

VU Research Portal

Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband

Akkermans, Arno

1997

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

CC BY

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Akkermans, A. (1997). *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: Een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid*. W.E.J. Tjeenk Willink.

General rights

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

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

Take down policy

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

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

Schoordijk Instituut

Centrum voor aansprakelijkheidsrecht

A.J. Akkermans

Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband

Een rechtsvergelijkend onderzoek naar
wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing
van aansprakelijkheid naar rato van
veroorzakingswaarschijnlijkheid



W.E.J. Tjeenk Willink
1997
Deventer

Dit is de handelseditie van het proefschrift waarop de auteur promoveerde tot doctor aan de Katholieke Universiteit Brabant.

Als promotor trad op prof. mr. J. Spier.

In de promotiecommissie hadden zitting: prof. mr. J.M. Barendrecht, prof. mr. M.G. Faure, prof. mr. A.S. Hartkamp, prof. mr. T. Hartlief en prof. mr. J.B.M. Vranken.

Omslagontwerp: Marit van Vliet

Deze uitgave is gedrukt op chloorvrij papier.

© 1997 A.J. Akkermans, Amsterdam

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. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug. 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90-271-4699-3
NUGI 693

Beknopt inhoudsoverzicht

Uitgebreide inhoudsopgave	VII
Lijst van afkortingen	XV
1. Inleiding	1
2. Alternatieve veroorzaking	17
3. Het verlies van een kans	107
4. De alternatieve benadeelde	255
5. Alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden	325
6. Proportionele aansprakelijkheid en omkering van de bewijslast	393
7. Grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid	431
8. Conclusies	451
Summary	463
Geraadpleegde literatuur	479
Jurisprudentieregister	511
Trefwoordenregister	519
Verschenen uitgaven Centrum voor aansprakelijkheidsrecht	525

Uitgebreide inhoudsopgave

Lijst van afkortingen

XV

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1	Introductie	1
1.1.1	Het probleem	1
1.1.2	Doelstellingen van dit boek	3
1.2	Aspecten van onzeker causaal verband	4
1.2.1	Onzekerheid over het causaal verband als een gevolg van meervoudige causaliteit	4
1.2.2	Geen onzekerheid over onrechtmatigheid of tekortkoming	6
1.2.3	Waar onzeker causaal verband het meeste voorkomt	7
1.2.4	Wat het probleem actueel maakt	8
1.3	Overzicht van de inhoud van dit boek	9
1.3.1	Hoofdstuk 2: alternatieve veroorzaking	9
1.3.2	Hoofdstuk 3: het verlies van een kans	10
1.3.3	Hoofdstuk 4: de alternatieve benadeelde	11
1.3.4	Hoofdstuk 5: alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden	12
1.3.5	Hoofdstuk 6: bewijslastomkeer en proportionele aansprakelijkheid	14
1.3.6	Hoofdstuk 7: grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid	14
1.3.7	Hoofdstuk 8: conclusies	15

HOOFDSTUK 2

Alternatieve veroorzaking

2.1	Inleiding	17
2.1.1	Onzeker causaal verband als een bijzonder geval van alternatieve veroorzaking	17
2.1.2	Plan van behandeling	18
2.2	Uitwerking van de vraagstelling aan de hand van het Nederlandse recht	19
2.2.1	Inleiding	19
2.2.2	Wat is de rechtsgrond van artikel 6:99?	22
2.2.3	Is artikel 6:99 toepasselijk bij twijfel over de omvang van deelschades?	23
2.2.4	Wat is rechtens wanneer op één of meer van de alternatieve oorzaken geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd?	24
2.3	Rechtsvergelijkend overzicht	27
2.3.1	Algemeen	27
2.3.2	Duitsland	28

VII

2.3.3	Oostenrijk	35
2.3.4	Zwitserland	39
2.3.5	Frankrijk	43
2.3.6	België	47
2.3.7	Verenigde Staten	47
2.3.8	Canada	53
2.3.9	Engeland	54
2.4	De rechtsgrond van artikel 6:99	55
2.4.1	Inleiding	55
2.4.2	Artikel 6:99 houdt méér in dan alleen omkering van de bewijslast	56
2.4.3	De betere bewijspositie van de gedaagden	57
2.4.4	Het doen ontstaan van de bewijsnood door de gedaagden	58
2.4.5	Het bestaan van een bewijsnood is geen voorwaarde voor de toepasseljkheid van artikel 6:99	61
2.4.6	Het "efficiency"-argument van Williams	69
2.4.7	Eigen opvatting	70
2.5	Twijfel over de omvang van deelschades	72
2.5.1	Inleiding	72
2.5.2	De betekenis van het DES-arrest	73
2.5.3	Tegenbewijs	74
2.5.4	Toerekening van de bewijsnood aan de gedaagden	75
2.5.5	Positie benadeelde minder penibel	76
2.5.6	Hoe artikel 6:99 wél kan worden toegepast	76
2.5.7	De aansprakelijkheid van ieder der gedaagden moet afzonderlijk worden gezien	79
2.6	Wanneer op één of meer van de alternatieve oorzaken geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd	80
2.6.1	Inleiding	80
2.6.2	Voorbeelden	80
2.6.3	De kernvraag	82
2.6.4	Alles-of-niets leidt tot een patstelling	85
2.6.5	Alles-of-niets werkt hoe dan ook arbitrair	87
2.6.6	Rechtvaardiging van proportionele aansprakelijkheid ten opzichte van de gedaagde	93
2.6.7	Rechtvaardiging van proportionele aansprakelijkheid ten opzichte van de benadeelde	95
2.6.8	Kans kleiner dan 50%	95
2.6.9	Aansluiting bij het principe van de "eigen schuld"	96
2.6.10	De betekenis van het DES-arrest	101
2.6.11	Aansluiting bij de tekst van artikel 6:99	103
2.6.12	Conclusies	105

HOOFDSTUK 3

Het verlies van een kans

3.1	Inleiding	107
3.1.1	Het verlies van een kans als vergoedbare vermogensschade	107
3.1.2	De waardering van kansen bij onzekere schade-omvang	108
3.1.3	Plan van behandeling	111
3.2	Uitwerking van de vraagstelling aan de hand van het Nederlandse recht	112
3.2.1	Inleiding	112
3.2.2	In welke omvang moet het principe van het verlies van een kans worden aanvaard?	115
3.2.3	In welke omvang moet de belasting met een duurzaam risico worden aanvaard als een vergoedbare vermogensschade?	119
3.2.4	Wat moet de minimale, en wat de maximale grootte van een kans zijn om als zodanig voor vergoeding in aanmerking te komen?	123
3.3	Rechtsvergelijkend overzicht	125
3.3.1	Algemeen	125
3.3.2	Frankrijk	126
3.3.3	België	133
3.3.4	Engeland	137
3.3.5	Verenigde Staten	146
3.3.6	Canada	160
3.3.7	Duitsland	161
3.4	Evaluatie van het principe van het verlies van een kans	168
3.4.1	Inleiding	168
3.4.2	De financiële waarde van kansen	171
3.4.3	Kans overdraagbaar: verkeerswaarde	172
3.4.4	Kans niet overdraagbaar: door benadeelde geleverde inspanningen	174
3.4.5	Kans niet overdraagbaar: hypothetische marktwaarde	175
3.4.6	Kansen met betrekking tot de gezondheid	176
3.4.7	Aansluiting bij de waardering van kansen bij de begroting van inkomensschade	177
3.4.8	Het verlies van gezondheidskansen als immateriële schade	179
3.4.9	De betekenis van moeilijkheden bij de begroting van de waarde van een verloren kans	181
3.4.10	Redelijke begroting is veelal wel degelijk mogelijk	183
3.4.11	Het gebruik van statistische gegevens	187
3.4.12	Het verlies van een kans als "constructie" om de onzekerheid omtrent het causaal verband te omzeilen	193
3.4.13	Het veronderstelde onderscheid tussen de "traditionele" toepassingen van het kansleerstuk en de toepassing bij medische fouten	195
3.4.14	Het beweerde onderscheid tussen kansen met betrekking tot de toekomst en met betrekking tot het verleden	197
3.4.15	Het Hotson-argument: het onderscheid tussen past en future fact	200

Uitgebreide inhoudsopgave

3.4.16	Verwarring van "afgesneden" en "openstaande" kansen	205
3.4.17	Een onderscheidend criterium bestaat niet	206
3.4.18	Aspecten die de kritiek mogelijk kunnen verklaren	207
3.4.19	Kansen waarvan de verwezenlijking afhankelijk zou zijn geweest van de benadeelde	208
3.4.20	Gezichtspunten van rechtspolitieke aard	213
3.4.21	Conclusies	217
3.5	De belasting met een duurzaam risico als vergoedbare vermogensschade	219
3.5.1	Inleiding	219
3.5.2	Uitgangspunt: in de regel is sprake van actuele vermogensschade	220
3.5.3	Het bezwaar van over- of ondercompensatie	222
3.5.4	Complicaties bij het bestaan van een achtergrondrisico	223
3.5.5	Claims met een speculatief karakter	224
3.5.6	Oplossing: de (analoge) toepasselijkheid van artikel 6:105	227
3.5.7	Begrotingsproblemen	229
3.5.8	Praktische bezwaren tegen uitstel	231
3.5.9	Samenhang met abstracte schadeberekening	233
3.5.10	Het vaststaan van aansprakelijkheid voor andere schadeposten	236
3.5.11	Gezichtspunten van rechtspolitieke aard	238
3.5.12	Gezag van gewijsde	240
3.5.13	Aanpassing van de remedie aan de bijzondere aard van het nadeel	242
3.5.14	Conclusies	244
3.6	De minimale en de maximale grootte van een te vergoeden kans	244
3.6.1	Inleiding	244
3.6.2	Beslissing van geval tot geval	246
3.6.3	Onzekerheid over het bestaan van een te vergoeden kans	248
3.6.4	Grote onzekerheid over de omvang van een kleine kans	251
3.6.5	Conclusies	253

HOOFDSTUK 4

De alternatieve benadeelde

4.1	Inleiding	255
4.1.1	Pluraliteit van benadeelden, massaschade, en proportionele aansprakelijkheid	255
4.1.2	De alternatieve benadeelde	256
4.1.3	De verwerping van de alles-of-niets-benadering	259
4.1.4	Plan van behandeling	260
4.2	Opvattingen in literatuur en rechtspraak	261
4.2.1	Nederland	261
4.2.2	Verenigde Staten	265
4.2.3	Overige landen	276
4.3	De problematiek van uitsluitend statistisch aantoonbare schadeveroorzaking: epidemiologisch bewijs van "general causation"	281
4.3.1	Inleiding	281
4.3.2	Afbakening van het probleem	283

4.3.3	Hoofdpijnen van de epidemiologische methodiek	284
4.3.4	Voorwaarden voor het epidemiologisch bewijs van "general causation"	287
4.3.5	Conclusies	291
4.4	Collectieve benaderingswijzen	292
4.4.1	Inleiding	292
4.4.2	Gezamenlijke vordering tot schadevergoeding	294
4.4.3	Verhaal door een gezamenlijke verzekeraar	297
4.4.4	Conclusies	299
4.5	Evaluatie van proportionele aansprakelijkheid	300
4.5.1	Inleiding	300
4.5.2	Extra bezwaren tegen de alles-of-niets-benadering	300
4.5.3	Extra rechtvaardiging voor een proportionele benadering	302
4.5.4	"Incorrecte" compensatie van individuele benadeelden	302
4.5.5	De bruikbaarheid van statistische kansberekeningen voor de bepaling van de hoogte van een proportionele schadevergoeding	304
4.5.6	Principiële uitspraken versus "Salomonsoordelen"	307
4.5.7	Overige gezichtspunten van rechtspolitieke aard	309
4.5.8	De beperkte geschiktheid van civielrechtelijke aansprakelijkheid voor het redresseren van door toxische schadeveroorzaking geleden nadeel	313
4.5.9	Conclusies	316
4.6	De belasting met een duurzaam risico	317
4.6.1	Inleiding	317
4.6.2	Praktische aspecten	318
4.6.3	Verskil in beloop van de schadeloosstelling	320
4.6.4	Uitbreiding kring van benadeelden	321
4.6.5	Verzekeringsremedie of schadefonds	322
4.6.6	Conclusies	323

HOOFDSTUK 5

Alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden

5.1	Inleiding	325
5.1.1	Alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden	325
5.1.2	Een significant achtergrondrisico als additionele complicatie	327
5.1.3	Aansprakelijkheid voor het geheel of partieel?	330
5.1.4	Plan van behandeling	331
5.2	Opvattingen in literatuur en rechtspraak	332
5.2.1	Nederland	332
5.2.2	Verenigde Staten	336
5.2.3	Overige landen	349
5.3	Eigen opvatting: in principe proportionele aansprakelijkheid	354
5.3.1	Inleiding	354
5.3.2	De toepasselijkheid van artikel 6:99	356

5.3.3	De onverenigbaarheid van het resultaat van een één-voor-één-toepassing van artikel 6:99 met de inhoudelijke strekking van deze bepaling	357
5.3.4	De noodzaak van een totaalbeschouwing	358
5.3.5	De gerechte allocatie van het verhaalsrisico	362
5.3.6	Materieelrechtelijk uitgangspunt: proportionele aansprakelijkheid	366
5.3.7	Procesrechtelijke uitwerking: lastenverdeling ten gunste van de benadeelden	369
5.3.8	Letselschade: totaalaansprakelijkheid als uitzondering op de regel?	375
5.3.9	Het bestaan van een achtergrondrisico: des te meer reden voor een proportionele oplossing	378
5.3.10	Conclusies	381
5.4	Uitwerkingsaspecten van een proportionele benadering	382
5.4.1	Inleiding	382
5.4.2	Hoe ver moet de logica van de "Gesamtschau" worden doorgevoerd?	382
5.4.3	De omvang van de individuele schadevergoedingsplicht: opdelen van de totaalschade ("apportionment") of uitgaan van het maximaal mogelijke ("Anteilszweifel")?	387
5.4.4	Conclusies	391

HOOFDSTUK 6

Proportionele aansprakelijkheid en omkering van de bewijslast

6.1	Inleiding	393
6.1.1	Bewijslastomkeer bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen	393
6.1.2	Vraagstelling	396
6.1.3	Plan van behandeling	398
6.2	Evaluatie van bewijslastomkeer bij aansprakelijkheid van de werkgever voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten	399
6.2.1	De aansprakelijkheid van de werkgever ex artikel 7:658 BW (1638x oud)	399
6.2.2	Bewijslastomkeer bij aanmerkelijke verhoging van de kans op schade	400
6.2.3	De effectiviteit van veiligheidsvoorschriften	402
6.2.4	Bescherming van de werknemer tegen eigen onvoorzichtigheid	403
6.2.5	Bescherming tegen schade ontstaan in "de uitoefening van de werkzaamheden"	405
6.2.6	Spanningsveld met schuldaansprakelijkheid	406
6.2.7	Tweede mogelijke oorzaak gelegen buiten "de uitoefening van de werkzaamheden"	411
6.2.8	Te lage veroorzakingswaarschijnlijkheid	413
6.2.9	Conclusies	418
6.3	Bewijslastomkeer met toelating van "gedeeltelijk tegenbewijs"	419
6.3.1	Verfijning van het leerstuk van bewijslastomkeer	419

6.3.2	Bij aansprakelijkheid van de werkgever ex artikel 7:658 (1638x oud)	420
6.3.3	Bij medische fouten	424
6.3.4	Conclusies	428

HOOFDSTUK 7

Grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid

7.1	Inleiding	431
7.2	Proportionele aansprakelijkheid: minder " <i>systemfremd</i> " dan wel wordt verondersteld	431
7.2.1	Onzeker causaal verband als bewijsimpasse	431
7.2.2	CSQN-verband: geen "feit" maar hooguit een veronderstelling	433
7.2.3	"Primaire causaliteit" als zuiver normatief gegeven	434
7.2.4	De glijdende schaal van de veroorzakingswaarschijnlijkheid	435
7.2.5	De logica van een proportionele oplossing	436
7.3	Evaluatie van verschillende benaderingen	437
7.3.1	Inleiding	437
7.3.2	De rechtseconomisch geïnspireerde benadering	437
7.3.3	Vermindering van de schadevergoedingsplicht door matiging ex artikel 6:109	438
7.3.4	Toerekening in de zin van artikel 6:98 ("toerekening naar kansbepaling")	440
7.3.5	Het verlies van een kans	444
7.3.6	Gecombineerde toepassing van de principes van alternatieve veroorzaking en "eigen schuld"	447
7.4	Conclusies	447

HOOFDSTUK 8

Conclusies

8.1	Opbouw van dit hoofdstuk	451
8.2	De merites van proportionele aansprakelijkheid	451
8.2.1	Algemeen	451
8.2.2	Individuele schadegevallen	452
8.2.3	Meerdere benadeelden (massaschade)	454
8.3	Inpassing in het systeem van het aansprakelijkheidsrecht	457
8.3.1	Algemeen	457
8.3.2	Geen vreemde eend in de bijt	458
8.3.3	Grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid	459
8.4	Afgrenzing van proportionele aansprakelijkheid	459
8.4.1	Algemeen	459
8.4.2	Bewijslastomkeer en proportionele aansprakelijkheid	460
8.4.3	Beperking tot substantiële causaliteitsonzekerheid	461
8.5	Besluit	462

Uitgebreide inhoudsopgave

Summary	463
Geraadpleegde literatuur	479
Jurisprudentieregister	511
Trefwoordenregister	519
Verschenen uitgaven Centrum voor aansprakelijkheidsrecht	525

Lijst van afkortingen

1re	première section
2e	deuxième section
2nd	Second Series
3d	Third Series
4th	Fourth Series
5th	Fifth Series
A.	Atlantic Reporter
AA	Ars Aequi
aant.	Aantekening
ABA	American Bar Association
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch [ÖS]
Abs.	Absatz
A.C.	Appeal Cases [UK]
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
A.D.	New York Appellate Division Reports
Adv.bl.	Advocatenblad
Advoc.Q.	The Advocates' Quarterly [Can]
A-G	advocaat-generaal
AJP	Aktuelle Juristische Praxis [CH]
Ala.	Alabama Reports
A.L.J.	Australian Law Journal
All E.R.	All England Law Reports
A.L.J.R.	Australian Law Journal Reports
A.L.R.	American Law Reports
A.L.R.Fed.	American Law Reports, Federal
Am.B.Found.J.	American Bar Foundation Research Journal
Am.J.Comp.L.	American Journal of Comparative Law
Am.Rev.Respiratory Disease	American Review of Respiratory Disease
Am.J.Trial Advoc.	American Journal of Trial Advocacy
Anm.	Anmerkung
Ann.Surv.Am.L.	Annual Survey of American Law
Ariz.	Arizona Reports
Ariz.St.L.J.	Arizona State Law Journal
art.	artikel
A&V	Aansprakelijkheid en Verzekering
a.w.	aangehaald werk
Baltimore L.Rev.	Baltimore Law Review
Baylor L.Rev.	Baylor Law Review
BB	Betriebs-Berater
Bb	Bedrijfsjuridische berichten
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch [D]

Lijst van afkortingen

BGE	Bundesgericht Entscheidung [CH]
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
bijv.	bijvoorbeeld
blz.	bladzijde
BR	Bouwrecht
Brooklyn L.Rev.	Brooklyn Law Review
Build.L.R.	Building Law Reports [UK]
Bull.civ.	Bulletin des arrêts de la Cour de cassation, chambres civiles
B.U.L.Rev.	Boston University Law Review
BVerfG	Bundesverfassungsgericht [D]
BW	Burgerlijk Wetboek
CA	Cour d'Appel
Cal.	California Reports
Cal.App.	California Appellate Reports
Cal.L.Rev.	California Law Review
Cal.Rptr.	West's California Reporter
Can.B.Rev.	Canadian Bar Review / Revue de Barreau Canadien
Cas.Civ.	Cour de Cassation, Chambre Civile [F]
Cas.Crim.	Cour de Cassation, Chambre Criminelle [F]
Cass.	Hof van Cassatie / Cour de Cassation [B]
Cath.U.L.Rev.	Catholic University Law Review
Cc	Code civil
CERCLA	Comprehensive Environmental Response, Compensation and Liability Act [US]
Chr.	Chronique (Recueil Dalloz)
Cir.	Circuit
Civ.	Cour de cassation, chambre civile
Clev.St.L.Rev.	Cleveland State Law Review
Co.	Compagny / Colorado
Colum.J.Envntl.L.	Columbia Journal of Environmental Law
Colum. L. Rev.	Columbia Law Review
Const.L.J.	Construction Law Journal [UK]
Consum.L.J.	Consumer Law Journal [UK]
Corp.	Corporation
c.s.	cum suis
CSQN	conditio sine qua non
D	Recueil Dalloz Sirey / Doctrine
D.	District
Def.Couns.J.	Defense Counsel Journal
Del.	Delaware Supreme Court Reports
Den.U.L.Rev.	Denver University Law Review

DES	Diethylstilbestrol
Dick.L.Rev.	Dickinson Law Review
Diss.	Dissertatie / Dissertation
D.L.R.	Dominion Law Reports [Can]
DM	Deutsche Mark
DRdA	Das Recht der Arbeit [ÖS]
Duq.L.Rev.	Dequesne Law Review
e.a.	en anderen
ERPL	European Review of Private Law
etc.	et cetera
EUR	Erasmus Universiteit Rotterdam
e.v.	en volgende
evt.	eventueel
Ed	Edition
E.D.	Eastern District
Envtl. Law	Environmental Law
esp.	espèce
EvBl	Evidenzblatt der Rechtsmittelentscheidungen in der Österreichische Juristenzeitung
Fasc.	Fascicule
Fla.	Florida Supreme Court
Fordham L.Rev.	Fordham Law Review
FS	Festschrift
F.Supp.	Federal Supplement
Ga.L.Rev.	Georgia Law Review
Gaz.Pal.	Gazette du Palais [F]
Geo.L.J.	The Georgetown Law Journal
Harv.Envtl.L.Rev.	Harvard Environmental Law Review
Harv.L.Rev.	Harvard Law Review
Hawaii	Hawaii Reports
H.C.	High Court [UK]
High Tech.L.J.	High Technology Law Journal
H.L.	House of Lords
Houston L.Rev.	Houston Law Review
Hrsg.	Herausgeber
HR	Hoge Raad
Ibid.	Ibidem (op dezelfde plaats)
IBS	Interimwet Bodemsanering
I.C.L.Q.	International and Comparative Law Quarterly
Ill.	Illinois Reports
Ill.App.	Illinois Appellate Court Reports
Ill.B.J.	Illinois Bar Journal

Lijst van afkortingen

Int.Enc.Comp.L.	International Encyclopedia of Comparative Law
Int.I.L.R.	International Insurance Law Review
Iowa	Iowa Reports
Iowa L.Rev.	Iowa Law Review
IR	Informations Rapide (Recueil Dalloz)
J.	Judge / Justice
J.Air L. & Com.	Journal of Air Law and Commerce
JB1	Juristische Blätter [ÖS]
J.Contemp.Health L. & Policy	Journal of Contemporary Health Law and Policy
JCP	Juris-classeur périodique (la semaine juridique)
J.-Cl.	Juris-classeur
J.Energy Nat.Res. & Env'tl.L.	Journal of Energy, Natural Resources and Environmental Law
J.L. & Econ.	Journal of Law and Economics
J.Legal Med.	Journal of Legal Medicine
J.Legal Stud.	Journal of Legal Studies
J.Marshall L.Rev.	John Marshall Law Review
J.Prod.Lia.	Journal of Product Liability
JR	Juristische Rundschau
JT	Journal des Tribunaux
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristen Zeitung [D]
Kansas L.Rev.	Kansas Law Review
K.B.	Kings Bench [UK]
Kentucky L.J.	Kentucky Law Journal
Ktr.	Kantonrechter
KUB	Katholieke Universiteit Brabant
KUN	Katholieke Universiteit Nijmegen
Ky.	Kentucky Reports
La.	Louisiana Courts of Appeal Reports
La.L.Rev.	Louisiana Law Review
Law & Phil.	Law and Philosophy
L.J.	Lord Justice
l.k.	linker kolom
Lloyd's L.R.	Lloyd's List Law Reports
LQR	Law Quarterly Review [UK]
LSA	Vereniging van Letselschade Advocaten
m.a.w.	met andere woorden
Mass.	Massachusetts Reports
m.b.t.	met betrekking tot
McGill L.J.	McGill Law Journal [Can]
Me.	Maine Reports
Med.Trial Tech.Q.	Medical Trial Technique Quarterly

m.i.	mijns inziens
Mich.	Michigan Supreme Court Reports
Mich. App.	Michigan Appeals Reports
Mich.B.J.	Michigan Bar Journal
Minn.	Minnesota Supreme Court Reports
Minn.L.Rev.	Minnesota Law Review
Misc.	Miscellaneous New York Reports
MLR	Modern Law Review [UK]
m.nt.	met noot
Mo.	Missouri Reports
Mon.	Monografieën
Monash U.L.Rev.	Monash University Law Review [Australia]
M&R	Tijdschrift voor Milieu en Recht
M.R.	Master of the Rolls [UK]
Müko	Münchener Kommentar
m.u.w.	met uitzondering van
MvA	memorie van antwoord
MvT	memorie van toelichting
NbBW	Nieuwsbrief BW
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek
N.C.L.Rev.	North Carolina Law Review
N.E.	North Eastern Reporter
N.Eng.J.Med.	New England Journal of Medicine
NGB	Nederlands Genootschap van Bedrijfjuristen
N.Ill.U.L.Rev.	Northern Illinois University Law Review
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
N.J.	New Jersey Reports
NJB	Nederlands Juristenblad
N.J.Super	New Jersey Superior Court Reports
NJV	Nederlandse Juristen Vereniging
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
nl.	namelijk
nr.	nummer / number
nrs.	nummers
nt.	noot / note
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NVR	Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking
NVwZ	Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht
N.W.	North Western Reporter
NW.U.L. Rev.	Northwestern University Law Review
N.Y.	New York Reports
N.Y.S.	New York Supplement
N.Y.U.L.Rev.	New York University Law Review
o.a.	onder andere
obsv.	observations

Lijst van afkortingen

OGer	Obergericht
OGH	Oberster Gerichtshof [ÖS]
Ohio st.	Ohio State Reports
ÖJZ	Österreichische Juristen-Zeitung
Okl.	Oklahoma
OLG	Oberlandesgericht
OR	Obligationenrecht [CH]
Or.	Oregon Reports
P.	Pacific Reporter
Pa.	Pennsylvania State Reports
Pa.D. & C.	Pennsylvania District and Country Reports
Pa.Super	Pennsylvania Superior Court Reports
Pas.	Pasicrisie Belge
P.G.	Parlementaire Geschiedenis
P-G	Procureur-Generaal
PLI	Product Liability International
P.P.L.R.	Public Procurement Law Review [UK]
Q.B.	Queen's Bench Division / Queen's Bench Reports [UK]
Québec Rep.	Québec Reports
RabelsZ	Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales privatrecht [D]
Rb	Rechtbank
red.	redactie
Resp. civ.	Responsabilité civile
Resp. civ. et assur.	Responsabilité civile et assurance
Rev.	Review / Revue
Rev.Dr.int.Dr.Comp.	Revue de Droit international et de Droit Comparé
Rev.Trim.Dr.Civ.	Revue Trimestrielle de Droit Civile
RG	Reichsgericht [D]
RGRK	Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes.
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen [D]
RIW	Recht der Internationalen Wirtschaft
r.k.	rechter kolom
RL	Rijksuniversiteit Leiden
RM Themis	Rechtsgeleerd Magazijn Themis
nr.	randnummer
nr.	randnummers
rov.	rechtsoverweging
RRJ	Revue de la Recherche Juridique

XX

RU	Rijksuniversiteit Utrecht
RUG	Rijksuniversiteit Groningen
RULi	Rijksuniversiteit Limburg
Rutgers L.J.	Rutgers Law Journal
Rutgers L.Rev.	Rutgers Law Review
RvdW	Rechtspraak van de Week
R.W.	Rechtskundig Weekblad [B]
S	Sirey, Recueil général des lois et des arrêts [F]
S.	Satz / section
S.	Southern Reporter [US]
San Diego L.Rev.	San Diego Law Review
Santa Clara L.Rev.	Santa Clara Law Review
Sask.L.Rev.	Saskatchewan Law Review [Can]
S.C.R.	Supreme Court Reports [Can]
S.Ct.	Supreme Court Reporter [US]
S.E.	South Eastern Reporter
S.Ill.U.L.J.	Southern Illinois University Law Journal
S.J.	Solicitors Journal [UK]
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
SMA	Sociaal Maandblad Arbeid
So.	Southern Reporter
Somm.	Sommaire (recueil Dalloz)
SR	Sociaal Recht
S.Tex.L.Rev.	South Texas Law Review
Sup.Ct.	Supreme Court Reporter
S.W.	South Western Reporter
t.a.p.	ter aangehaalde plaatse
TBBR	Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
Temple L.Rev.	Temple Law Review [US]
Tenn.L.Rev.	Tennessee Law Review
Tex.	Texas Supreme Court Reports
Tex.Civ.App.	Texas Civil Court of Appeals
TK	Tweede Kamer
T.M.	Toelichting-Meijers
t/m	tot en met
TMA	Tijdschrift voor Milieu Aansprakelijkheid
Tort & Ins.L.J.	Tort & Insurance Law Journal [US]
Torts L.J.	Torts Law Journal [Australia]
TPR	Tijdschrift voor Privaatrecht [B]
TvC	Tijdschrift voor Consumentenrecht
TvG	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
TVVS	Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen

Lijst van afkortingen

UCLA L.Rev.	University of California Los Angeles Law Review
UC Davis L.Rev.	University of California Davis Law Review
U.Miami L.Rev.	University of Miami Law Review
U.Pa.L.Rev.	University of Pennsylvania Law Review
UPR	Umwelt- und Planungsrecht
U.S.	United States Supreme Court Reports
UvA	Universiteit van Amsterdam
U.W.Ontario L. Rev.	University of Western Ontario Law Review [Can]
v.	versus
Va.	Virginia Reports
VA	Het Verzekerings-Archief
Vand.L.Rev.	Vanderbilt Law Review
VBR	Vereniging voor Burgelijk Recht
VersR	Zeitschrift für Versicherungsrecht [D]
VersRS	Versicherungsrundschau [ÖS]
VI.T.Gez.	Vlaams tijdschrift voor gezondheidsrecht
Vol.	Volume
VR	Tijdschrift voor Verkeersrecht
VS	Verenigde Staten van Amerika
Vt.	Vermont Reports
WAM	Wet Aansprakelijkheidsverzekering Motorrijtuigen
Wash.	Washington Reports
Wash.L.Rev.	Washington Law Review
W.L.R.	Weekly Law Reports [UK]
Wm & Mary L.Rev.	William and Mary Law Review [US]
Wis.	Wisconsin Reports
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
Yale L.J.	Yale Law Journal
ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
ZH OGer	Zürcher Obergericht
ZEuP	Zeitschrift für Europäisches Privatrecht
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung [ÖS]
z.g.	zogenaamde
ZHR	Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht
ZPO	Zivilprozeßordnung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht
ZvglRWiss	Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozeß

Inleiding

1.1 Introductie

1.1.1 Het probleem

Dit boek handelt over proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. De bedoelde onzekerheid heeft betrekking op het *conditio sine qua non*-verband, niet op de toerekening in de zin van artikel 6:98. Bij de hier te bespreken gevallen speelt telkens de vraag of tussen een bepaalde schade en een bepaalde gebeurtenis waarvoor de aansprakelijk te houden persoon moet instaan, wel CSQN-verband bestaat. Zoals bijvoorbeeld in de Amerikaanse zaak *Martin v. Johns-Manville Corporation*:¹

Werknemer Martin vorderde schadevergoeding van asbestproducent Johns-Manville omdat zijn longklachten zouden zijn veroorzaakt door de blootstelling aan asbest. De producent verweerde zich door erop te wijzen dat Martin bijna zijn hele volwassen leven lang twee pakjes sigaretten per dag had gerookt, en dat dit roken evengoed de oorzaak van de longklachten kon zijn. Ondanks dat niet minder dan vijf medische deskundigen werden geraadpleegd, kon de ware oorzaak van Martin's schade — tabaksrook of asbest — niet worden achterhaald.

Op wat (uiterst interessante) uitzonderingen na, heeft de Nederlandse rechter zich in dit soort situaties tot dusver beholpen met het doorhakken van knopen: òf CSQN-verband wordt aangenomen, en dan is de gedaagde volledig aansprakelijk, òf niet aangenomen, en dan gaat de benadeelde met lege handen naar huis. Onder omstandigheden kan CSQN-verband worden aangenomen op basis van vermoedens, of kan de bewijslast worden omgekeerd.²

Deze "alles-of-niets-benadering" pakt niet altijd even bevredigend uit. De casus van *Martin* kan dat illustreren. Het toekennen van een

1 502 A.2d 1264 (Pa.Super 1985), *reversed* in *Martin v. Owens-Corning Fiberglas Corp.*, 528 A.2d 947 (1987).

2 Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 13 en 14.

volledige schadevergoeding ("alles") lijkt niet zonder meer redelijk. Dit doet immers geen recht aan de reële mogelijkheid dat de schade werd veroorzaakt door het roken. Het afwijzen van alle schadevergoeding ("niets") lijkt echter evenmin zonder meer redelijk. Dat doet immers weer geen recht aan de reële mogelijkheid dat de schade werd veroorzaakt door de blootstelling aan asbest.³ De vraag werpt zich op waarom men niet zou kiezen voor een tussenoplossing: een proportionele aansprakelijkheid van Johns-Manville, naar rato van de kans dat de schade werd veroorzaakt door de blootstelling aan asbest.⁴

In binnen- en buitenland gaan de laatste jaren in toenemende mate stemmen op om niet altijd krampachtig vast te houden aan het alles-of-niets, maar in bepaalde gevallen te kiezen voor een proportionele aansprakelijkheid.⁵ Bijna in elk land heeft de rechtspraak ook weleens naar een dergelijke Salomons-oplossing gegrepen. Soms (nog) incidenteel, zoals in Nederland.⁶ Maar soms ook in het kader van een compleet leerstuk, zoals in Frankrijk, België, en in toenemende mate in de Verenigde Staten.⁷ De ene keer wordt de alles-of-niets-benadering openlijk ter zijde gesteld, de andere keer wordt het onconventionele

3 Ik merk op dat nog een derde mogelijkheid bestaat die hier ten behoeve van de eenvoud is weggelaten, nl. dat de schade werd veroorzaakt door beide oorzaken gezamenlijk. Ik kom op deze kwestie terug in de tekst bij noot 81 op blz. 422.

4 In Nederland is een dergelijke tussenoplossing inmiddels voorgesteld door A.J. Van en H.G.T. Nijs, *Asbest, tabaksrook en longkanker*, TMA 1996 blz. 45 e.v. Zij baseren deze gedeeltelijke schadevergoedingsplicht eenvoudig op de rechtstreekse toepassing van art. 6:101 ("eigen schuld"). Zie over deze benadering de tekst bij noot 79 op blz. 422.

5 Zowel de context waarin dit wordt bepleit als de ideeën over de dogmatische grondslag hiervoor lopen nogal uiteen. Voor overzichten zie de verschillende hoofdstukken. Overigens is ook buiten het terrein van causaal verband een tendens bespeurbaar naar het loslaten van het alles-of-niets. Zie J.B.M. Vranken, *Het alles of niets bij exoneratiebedingen*, WPNR 6142 (1994) blz. 453 e.v.

6 Zie bijv. Hof Amsterdam 4 jan. 1996, NJ 1997, 213; A&V 1996 blz. 67 e.v. m.nt. A.J. Akkermans; TvG 1997, 58 m.nt. M.J.J. de Ridder (*Wever/De Kraker c.s.*); HR 13 feb. 1981, NJ 1981, 456 m.nt. CJHB (*Heesch/Reijs*); Rb. Utrecht 28 okt. 1942, NJ 1943, 231 (telkens: proportionele oplossing door toepassing van de doctrine van het verlies van een kans). Andere voorbeelden zijn HR 8 juli 1993, NJ 1994, 210 m.nt. MMM (*Hogenboom/Unigarant*) waarover P. Clausing, *Causaal verband bij ongevallenverzekering*, NTBR 1994 blz. 15 e.v. (proportionele oplossing — i.c. 10% — bij contractuele schadevergoedingsplicht krachtens verzekeringspolis); Rb. Zwolle 12 okt 1994, Adv.bl. 1995 blz. 341 (aldaar ten onrechte aangeduid als Ktr. Zwolle 12 okt. 1994) m.nt. J.R. Beversluis (waarover nader in noot 29 op blz. 115).

7 Zie hoofdstuk 3.

karakter van de gekozen oplossing zoveel mogelijk toegedeckt. Door toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans wordt het probleem opgelost door het te benaderen als een geval met een specifiek soort schade. Er blijken dus meerdere wegen naar Rome te leiden. Een zeer onverholten breuk met de alles-of-niets-benadering is het voorstel van de Zwitserse Staatscommissie voor de hercodificatie van het aansprakelijkheidsrecht. Deze commissie heeft voorgesteld om een wettelijke bepaling op te nemen die de rechter uitdrukkelijk een algemene bevoegdheid geeft om schadevergoeding toe te kennen naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid.⁸

1.1.2 Doelstellingen van dit boek

Het zijn de merites van deze proportionele oplossing die in dit boek centraal staan. In de eerste plaats probeer ik een overzicht te geven van de verschillende figuren waarin de problematiek van de causaliteitsonzekerheid speelt. Onzekerheid over het CSQN-verband kan zich in zeer uiteenlopende situaties voordoen. Zij geven de problematiek telkens in bepaalde mate een eigen kleur. Ik heb in dit boek gekozen voor een beschrijving vanuit een basis-casuspositie met één benadeelde (hoofdstukken 2 en 3). Vandaar ga ik naar figuren met meerdere benadeelden (hoofdstukken 4 en 5). Veelal gaat het daarbij om gevallen van zogenaamde "massaschade", maar noodzakelijk is dat niet. Ik geef vooraf een overzicht van de te bespreken figuren in § 1.3.

Elk hoofdstuk wordt ingeleid met een eigen vraagstelling. In algemene zin kan echter een drietal vragen worden onderscheiden waarop ik in de loop van dit boek een antwoord probeer te vinden. De eerste is uiteraard in hoeverre aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid een betere oplossing is dan het alles-of-niets. Omdat de problematiek bij elke onderscheiden causale figuur enigszins van kleur verschiet bespreek ik deze vraag telkens afzonderlijk in de betreffende hoofdstukken. Om maar vast met de deur in huis te vallen: mijn conclusie zal telkens zijn dat de meest rechtvaardige oplossing inderdaad in beginsel is gelegen in een proportionele aansprakelijkheid.

De tweede vraag is hoe proportionele aansprakelijkheid kan worden ingepast in het systeem van het aansprakelijkheidsrecht. Zoals gezegd blijken er verschillende wegen naar Rome te leiden. Twee daarvan zal

8 Zie de tekst bij noot 111 op blz. 42.

ik zeer uitvoerig bespreken, namelijk de benadering via de principes van alternatieve veroorzaking en "eigen schuld" (in hoofdstuk 2) en de benadering vanuit het leerstuk van het verlies van een kans (in hoofdstuk 3). Andere benaderingen, waaronder de proportionele toerekening in het kader van artikel 6:98 ("*toerekening naar kansbepaling*"),⁹ komen in de loop van het boek eveneens aan de orde. In een apart hoofdstuk over de dogmatische grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid kom ik op deze kwestie uitgebreid terug (hoofdstuk 7).

Een derde vraag waarover ik mij heb gebogen is hoe proportionele aansprakelijkheid moet worden afgegrensd. Een eerste aspect betreft de uiteinden van de waarschijnlijkheidsschaal: ligt ook bij geringe twijfel over de aan- of afwezigheid van CSQN-verband een proportionele oplossing in de rede, en zo nee, waar leggen wij dan de grens? Omdat over deze kwestie rechtsvergelijkend gezien de meeste aanknopingspunten bestaan bij het leerstuk van het verlies van een kans werk ik deze vraag in het betreffende hoofdstuk uit (in § 3.6). De daar gevonden antwoorden hebben echter gelding voor proportionele aansprakelijkheid in het algemeen, dus ongeacht de dogmatische route waarlangs men haar zou willen bereiken. Een tweede aspect is hoe proportionele aansprakelijkheid zich verhoudt tot het leerstuk van de bewijslastomkeer met betrekking tot het CSQN-verband bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen. Aan deze vraag is hoofdstuk 6 gewijd.

1.2 Aspecten van onzeker causaal verband

1.2.1 *Onzekerheid over het causaal verband als een gevolg van meervoudige causaliteit*

Zoals gezegd gaat het in dit boek over de situatie waarin twijfel bestaat over het CSQN-verband tussen de schade en de gebeurtenis waarvoor de aansprakelijk te houden persoon moet instaan. Een dergelijke twijfel hangt per definitie samen met een andere mogelijke oorzaak van de betreffende schade. Meestal zal dat — zoals in *Martin* — een mogelijke oorzaak zijn die in de risicosfeer van de benadeelde ligt (het roken). Soms gaat het echter om een mogelijke oorzaak waarvoor een ander dan de eerstgedaagde moet instaan. Zoals in de DES-zaak waar

9 Zie N. Frenk, *Toerekening naar kansbepaling*, NJB 1995 blz. 482 e.v.

niet duidelijk was wie van diverse DES-producenten aan welke individuele benadeelde gezondheidsschade had toegebracht.¹⁰ Gedurende de periode dat ik aan de voorliggende studie werkte is in Nederland een aantal publikaties verschenen over de problematiek van de causaliteitsonzekerheid, met name in de context van massaschade, waarin de auteurs mede op grond van dit onderscheid een bepaalde categorisering aanbrenge(n). Zo spreekt Van in de eerste soort gevallen van "*onzekerheid over de causaliteit*", om de tweede soort gevallen aan te duiden met "*onzekerheid over het ouderschap*".¹¹ Tjittes¹² maakt, kennelijk in navolging van Frenk,¹³ geen twee- maar een driedeling. Hierin wordt de eerste soort gevallen aangeduid met onzekerheid over *wat* — welke gebeurtenis — de schade heeft veroorzaakt, de tweede soort met onzekerheid over *wie* — welke persoon — de schade heeft toegebracht, en een derde soort met onzekerheid over *wanneer* — op welk tijdstip — de schade is veroorzaakt. Als voorbeeld van de laatste categorie geeft hij het geval van een aan mesotheliom lijdende werknemer die bij verschillende scheepswerven werkzaam is geweest, terwijl onbekend is in welke periode het fatale asbestkristal werd ingeademd waardoor deze ziekte is ontstaan.¹⁴

Beide indelingen zijn naar mijn mening minder verhelderend dan zij op het eerste gezicht lijken. Onzekerheid over *wanneer* een bepaalde schade is veroorzaakt doet een volledig andere problematiek ontstaan afhankelijk van de vraag of in alle in aanmerking komende periodes de toenmalige werkgever wegens tekortkoming in principe aansprakelijk is, of dat de nalatigheidsperiode zich slechts over een deel van het arbeidsverleden van de werknemer uitstrekt, zoals het geval was in het arrest *Cijsouw/De Schelde*.¹⁵ Zowel bij onzekerheid over het *wat*, als over het *wie* de schade heeft veroorzaakt, is in wezen sprake van dezelfde causale figuur (alternatieve veroorzaking in een van zijn variaties), en beide vragen kunnen zich ook gecombineerd voor-

10 HR 9 okt. 1992, NJ 1994, 535 m.nt. CJHB. Zie nader § 1.3.4.

11 A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit* (diss. 1995) blz. 11-20.

12 R.P.J.L. Tjittes, *Causaliteitsonzekerheid bij massaschade*, in: *Massaschade*, Inleidingen LSA 1996 blz. 21 e.v.

13 N. Frenk, NJB 1995 blz. 482 e.v.

14 A.w. (zie noot 12) blz. 24.

15 HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 m.nt. PAS. Zie de tekst bij noot 42 op blz. 406.

doen.¹⁶ Tot op zekere hoogte was dat ook in de DES-zaak reeds het geval.¹⁷

De voorgestelde indelingen lijken mij nog lang niet rijp. Ik zal hen in elk geval niet volgen. Naar mijn mening kan men onzeker causaal verband het beste gewoon benaderen als een gevolg van bepaalde vormen van meervoudige causaliteit.¹⁸ Omdat het bestaan van de schade in principe gegeven is, zijn er — in elk geval juridisch gezien — altijd twee of meer mogelijke oorzaken in het spel, waarvan tenminste één voor het risico van een ander dan de benadeelde komt, en die zich op de meest uiteenlopende manieren tot elkaar kunnen verhouden. Door dat laatste krijgt de problematiek telkens een ietwat andere kleur. Zoals aangekondigd geef ik een overzicht van de door mij onderscheiden figuren in § 1.3.

1.2.2 *Geen onzekerheid over onrechtmatigheid of tekortkoming*

Het onderwerp van dit boek betreft uitsluitend onzekerheid over het causaal verband. Tenzij nadrukkelijk anders vermeld, wordt er telkens vanuit gegaan dat aan alle andere voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan. Met name de problematiek die ontstaat wanneer onzeker is of de gedaagde wel een onrechtmatige daad of tekortkoming kan worden verweten blijft buiten beschouwing. Het is van belang om dit onderscheid helder voor ogen te houden, omdat beide aspecten onlosmakelijk met elkaar kunnen zijn verbonden. Zoals in het volgende voorbeeld:

In de woonplaats van X rijden twee taxi's met een blauwe kleur, elk van een ander taxibedrijf. X wordt door een onbekende taxi aangereden. Hij kon alleen zien dat het een blauwe taxi was met een plaatselijke vergunning.

In zo'n geval is met de causaliteit ook de onrechtmatigheid gegeven, en andersom. Ten aanzien van elke individuele taxi bestaat niet alleen

16 Zoals het geval is bij de figuur van de alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden met een significant achtergrondrisico. Zie hierna het voorbeeld van *Agent Orange* in de tekst bij noot 31 op blz. 13.

17 Er moest immers rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat sommige kleinere producenten niet konden worden aangesproken omdat zij bij het in het verkeer brengen van DES geen fout hadden gemaakt. Zie r.o. 3.7.6 van het arrest.

18 In dezelfde zin P. Loser, *Kausalitätsprobleme bei der Haftung für Umweltschäden* (Diss. St. Gallen 1994) blz. 30.

onzekerheid over het causaal verband, maar tevens over de onrechtmatigheid: wie de schade niet heeft veroorzaakt kan ook geen onrechtmatige daad worden verweten. Het principe van de alternatieve veroorzaking van artikel 6:99 kan niet worden toegepast, omdat niet met betrekking tot elk der aansprakelijk te houden personen vaststaat dat aan alle overige voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan.¹⁹

Met name in de Verenigde Staten wordt deze problematiek wel met "enkele" causaliteitsonzekerheid op één hoop gegooid, zonder dat men zich van het onderscheid uitdrukkelijk rekenschap geeft.²⁰ Een enkele auteur heeft ook voor dit soort gevallen wel een proportionele oplossing verdedigd.²¹ Ik meen echter dat daarvan geen sprake kan zijn. Komt de onrechtmatigheid of tekortkoming niet vast te staan, dan houdt het voor de benadeelde gewoon op. Maar hoe dat ook zij, deze problematiek komt hier verder niet aan de orde. In het navolgende wordt er telkens vanuit gegaan dat in elk geval vaststaat dat de aansprakelijk te stellen persoon in principe wegens onrechtmatigheid of tekortkoming kan worden aangesproken. Onzekerheid bestaat alleen over het causaal verband tussen deze aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en de geleden schade.

1.2.3 Waar onzeker causaal verband het meeste voorkomt

Zoals de voorbeelden in dit boek zullen laten zien, kan de problematiek van de causaliteitsonzekerheid zich op alle terreinen van het aansprakelijkheidsrecht voordoen. Het terrein bij uitstek lijkt echter de gezondheidsschade te zijn. Het probleem speelt daar bij beroepsziekten zoals in *Martin* en *Cijsouw*, maar ook bij medische fouten, bij de blootstel-

19 Zie bijv. Hof Arnhem 28 april 1992, VR 1993 nr. 78.

20 In de Amerikaanse literatuur wordt vaak teruggegrepen op bekende voorbeelden als de "Blue Bus-Case" van Tribe in L. Tribe, *Trial by Mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, 84 Harv. L.Rev. (1971) blz. 1329 e.v. (op blz. 1340-1341) en J. Cohen's "paradox of the gatecrasher" in L.J. Cohen, *The Probable and the Provable* (1977) blz. 75. Zie over de Blue Bus-Case ook H.O. Kerkmeester, *De betekenis van het waarschijnlijkheidsbegrip voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: Meijers geactualiseerd*, WPNR 6111 (1993) blz. 767 e.v. (op blz. 769).

21 Zie J.E. Coons, *Compromise as Precise Justice*, 68 Cal.L.Rev. (1980) blz. 250 e.v., alsmede *Approaches to Court Imposed Compromise — The Uses of Doubt and Reason*, 58 Nw.U.L.Rev. (1964) blz. 750 e.v. waartegen C. Nesson, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, 98 Harv.L.Rev. (1985) blz. 1357 e.v.

ling aan straling of giftige stoffen, en bij ondeugdelijke medicijnen zoals in het *DES*-arrest. Dat op dit terrein relatief vaak van causaliteitsonzekerheid sprake is heeft verschillende redenen, maar hangt in elk geval voor een deel samen met de beperkingen en de aard van de medische wetenschap. Soms zijn de oorzaken van bepaalde ziekten en aandoeningen nog niet (helemaal) bekend. Soms zijn ze dat in principe wel, maar komen in concrete gevallen meerdere mogelijke oorzaken in aanmerking. En altijd geldt dat de medische wetenschap geen exacte wetenschap is. Vaak kan het bestaan van causaal verband met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust slechts in waarschijnlijkheidspercentages worden uitgedrukt. Door de toenemende beschikbaarheid van gegevens over medische kansen en risico's gebeurt dat ook steeds vaker en kan het vaak ook steeds nauwkeuriger.²²

Een ander terrein waarop het probleem van onzeker causaal verband zich relatief vaak voordoet, is dat van de beroepsaansprakelijkheid, niet alleen van de arts, maar ook van advocaten, notarissen, accountants en allerlei andere "vrije" beroepen. Dit hangt samen met de aard van de werkzaamheden, die meebrengt dat het lang niet altijd duidelijk is wat het eindresultaat zou zijn geweest wanneer de kunstfout niet zou zijn gemaakt. Zou de patiënt volledig zijn genezen wanneer de juiste diagnose op tijd was gesteld? Zou de procedure zijn gewonnen wanneer de termijn niet was overschreden? Zou de cliënt anders hebben gehandeld wanneer hij op juiste wijze was geïnformeerd? Over de vraag wat zou zijn gebeurd in het hypothetische geval dat een fout niet was gemaakt bestaat weliswaar per definitie minder dan volledige zekerheid (het gaat immers om een *hypothetische* afloop),²³ maar kenmerkend voor de beroepsaansprakelijkheid is dat hierover vaker reële twijfel kan bestaan dan op de meeste andere terreinen. Bij de schending van een informatieplicht bijvoorbeeld, is vrij regelmatig niet of nauwelijks vast te stellen of de nadelige handeling zonder de fout achterwege zou zijn gebleven.

1.2.4 Wat het probleem actueel maakt

Aan het probleem van onzeker causaal verband werd in Nederland tot voor kort maar weinig aandacht besteed. De belangrijkste uitzondering is de *DES*-procedure, maar die werd doorgaans als een geval apart

22 Vgl. *Prosser and Keeton on Torts* (1984) § 41 blz. 272.

23 Zie nader § 7.2.2.

beschouwd. Het is niet eenvoudig om aan te geven wat precies de redenen zijn waarom deze problematiek de laatste jaren meer in de belangstelling is komen te staan. Het gaat in elk geval om een internationale tendens, die is terug te vinden in een groeiend aantal rechtsstelsels in Europa en daarbuiten. Voor een deel is zij komen overwaaien uit de Verenigde Staten — denk vooral aan de DES-problematiek en de vaak sterk rechtseconomisch georiënteerde literatuur over bepaalde gevallen van massaschade — maar voor een deel hangt zij onmiskenbaar samen met ontwikkelingen in de eigen rechtsstelsels.

Zo in elk geval in Nederland. Verschillende schrijvers zijn duidelijk mede geïnspireerd door met name de Amerikaanse literatuur,²⁴ maar het pleidooi voor alternatieve oplossingen wordt vooral gevoed door bepaalde uitspraken van de Hoge Raad waarin de grenzen van het redelijke — met name wat betreft de omkering van de bewijslast — lijken te zijn bereikt.²⁵ Inmiddels is ook de rechtspraak op dit punt in beweging gekomen, op een wijze die maar weinig of niets met buitenlandse invloed van doen lijkt te hebben.²⁶ Zelf denk ik dat de aandacht voor het probleem van de causaliteitsonzekerheid en het pleidooi voor een proportionele aansprakelijkheid vooral worden ingegeven door de omstandigheid dat de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad en overeenkomst zover is uitgedijd dat op sommige punten een bezinning lijkt te zijn aangewezen over de toekomst. De problematiek van onzeker causaal verband is zo'n punt. Doorgaan op de weg van het alles-of-niets dreigt hier en daar te gaan leiden tot aperte over- of ondercompensatie. Ter vermijding daarvan is een nadere verfijning van het recht noodzakelijk geworden.

1.3 Overzicht van de inhoud van dit boek

1.3.1 Hoofdstuk 2: alternatieve veroorzaking

Zoals gezegd doet onzekerheid over het CSQN-verband zich in zeer uiteenlopende situaties voor. De hoofdstukken 2 t/m 5 vormen daarvan

24 Zo bijvoorbeeld M.G. Faure, (*G*)een schijn van kans (oratie RULi 1993); N. Frenk, NJB 1995 blz. 482 e.v.; A.J. Van, a.w. (zie noot 11).

25 Ik doel op uitspraken als het *DES*-arrest, *Cijsouw/De Schelde* (HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686) en *Dicky Trading II* (HR 26 jan. 1996, NJ 1996, 607 m.nt. WMK).

26 Zie Hof Amsterdam 4 jan 1996, NJ 1997, 213; A&V 1996 blz. 67 m.nt. A.J. Akkermans; TvG 1997, 58 m.nt. M.J.J. de Ridder (*Wever/De Kraker c.s.*).

een overzicht. Ik vertrek vanuit een basis-casuspositie met één benadeelde (hoofdstukken 2 en 3) en ga vandaar naar figuren met meerdere benadeelden (hoofdstukken 4 en 5). Ik begin met een bespreking van het principe van de *alternatieve veroorzaking* (artikel 6:99), en de toepassing daarbij van het beginsel van "*eigen schuld*" (artikel 6:101). Met name in de Duitstalige rechtsstelsels wordt het probleem van onzeker causaal verband wel langs deze weg benaderd, zoals gebeurde in een uitspraak van het Duitse *Oberlandesgericht Celle*:²⁷

X, 7 jaar oud, raakte ernstig aan het oog gewond toen hij met A en B, 12 respectievelijk 7 jaar oud, tijdens een spel op een binnenplaats stenen aan het gooien was. Het was niet uitgesloten dat de fatale steen door X zelf was geworpen en tegen een boom was teruggekaatst.

Het OLG achtte A en B aansprakelijk krachtens § 830 Abs. 1 S. 2 BGB, het Duitse equivalent van artikel 6:99, onder analoge toepassing van § 254 BGB, het Duitse equivalent van artikel 6:101. Ook naar Nederlands recht lijkt mij dit een uiterst passende benadering, die het voornaamste onderwerp vormt van hoofdstuk 2.

1.3.2 Hoofdstuk 3: het verlies van een kans

Een geheel andere benadering van het probleem van schade met een onzeker causaal verband is die vanuit het leerstuk van *het verlies van een kans*. Het probleem wordt dan niet benaderd als een vraag van causaal verband, maar als een geval met een specifiek soort schade. Een voorbeeld is de uitspraak van het Hof Amsterdam inzake *Wever/De Kraker c.s.*:²⁸

Door een diagnosefout werd een hersenbloeding bij een baby van 3 weken te laat als zodanig herkend. Hierdoor vond medisch ingrijpen pas een dag later plaats dan mogelijk was geweest. De moeder van de baby vorderde namens haar kind schadevergoeding wegens de door de hersenbloeding ontstane hersenbeschadiging, die had geleid tot blijvende afwijkingen. De kans dat bij een vroegere diagnosestelling een significante vermindering

27 OLG Celle 13 juli 1950, NJW 1950, 951, m. Anm. Reinicke in NJW 1951, blz. 316 e.v.

28 Hof Amsterdam 4 jan. 1996, NJ 1997, 213; A&V 1996 blz. 67 m.nt. A.J. Akkermans; TvG 1997, 58 m.nt. M.J.J. de Ridder.

van deze restverschijnselen zou zijn bewerkstelligd, werd door deskundigen echter "*niet groot*" geacht.

De rechtbank oordeelde dat de baby door het uitblijven van tijdige diagnose een kans had verloren op een beter behandelingsresultaat die in elk geval niet nihil of verwaarloosbaar klein was, en begrootte deze op 25%. Tot dit percentage waren gedaagden aansprakelijk voor de door de hersenbloeding veroorzaakte schade. In hoger beroep werd deze beslissing door het Hof bekrachtigd. Ik bespreek het leerstuk van het verlies van een kans in hoofdstuk 3.

1.3.3 Hoofdstuk 4: de alternatieve benadeelde

In de hoofdstukken 4 en 5 bespreek ik vervolgens een aantal figuren waarbij meer dan één benadeelde in het geding is. Meestal gaat het om gevallen van zogenaamde "massaschade", maar noodzakelijk is dat niet. In hoofdstuk 4 komt de figuur aan bod waarbij weliswaar meerdere mogelijke benadeelden, maar slechts één aansprakelijkheidsscheppende mogelijke oorzaak in het geding is. Deze figuur vormt in zeker opzicht het spiegelbeeld van de figuur van de alternatieve veroorzaking. Gaat het in artikel 6:99 om het geval waarin onbekend is wie van twee of meer mogelijke veroorzakers de schade daadwerkelijk op zijn geweten heeft, hier speelt het probleem dat onbekend is wie van twee of meer personen daadwerkelijk werd gelaedeerd. Om deze reden duid ik deze figuur aan met de benaming "*alternatieve benadeelde*". In hoofdstuk 5 gaat het vervolgens om figuren waarbij zowel meerdere mogelijke benadeelden als meerdere mogelijke veroorzakers in het geding zijn.

Een voorbeeld van de figuur van de alternatieve benadeelde is het volgende:

Een chemische fabriek blijkt haar omwonenden jarenlang onrechtmatig te hebben blootgesteld aan bepaalde gevaarlijke stoffen. Van deze stoffen staat vast dat zij een bepaalde ziekte kunnen veroorzaken, die bij de omwonenden dan ook significant vaker voorkomt dan elders. Normaal gesproken zou deze ziekte hooguit 50 keer voorkomen, nu is dat 100 keer.

In dit soort gevallen speelt tevens de problematiek van het statistisch causaliteitsbewijs, vooral in verband met de preliminaire vraag of inderdaad kan worden aangenomen dat 50 van de 100 zieke omwonenden zonder de blootstelling niet ziek zouden zijn geworden. De figuur

van de alternatieve benadeelde kan zich echter ook voordoen buiten de context van uitsluitend statistisch aantoonbare schadeveroorzaking. Zoals in het geval dat werd voorgelegd aan het Duitse *Bundesgerichtshof*:²⁹

Een drietal expediteurs was in verband met een onrechtmatig overheidsvoorschrift enige tijd ten onrechte niet voor een bepaald soort opdrachten in aanmerking gekomen. Zij vorderden een vergoeding voor gederfde winst. In appel spitste het debat zich toe op een concrete opdracht die volgens de betreffende opdrachtgever zonder twijfel aan één van de drie expediteurs zou zijn gegund, maar onzeker was aan wie van hen. De waarschijnlijkheid van opdrachtverlening aan elk van de drie firma's was even groot.

1.3.4 Hoofdstuk 5: alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden

In hoofdstuk 5 gaat het zoals gezegd om figuren waarbij zowel meerdere mogelijke benadeelden als meerdere mogelijke veroorzakers in het geding zijn. Veruit het bekendste praktijkvoorbeeld is het geval van de zogenaamde "DES-dochters":³⁰

In de periode van 1953 tot medio 1967 brachten diverse farmaceutische bedrijven het middel DES ("diëthylstilbestrol") op de Nederlandse markt. Dit preparaat zou de kans op miskramen en vroeggeboorten verkleinen. Later bleek het gebruik van DES door de moeder tot bepaalde aandoeningen bij de dochter te kunnen leiden, waaronder een bijzondere vorm van kanker (adenocarcinoom of "clear-cell" kanker van het urogenitale stelsel). In 1985 spraken zes van een groot aantal door deze aandoeningen getroffen "DES-dochters" een tiental farmaceutische bedrijven aan tot vergoeding van hun materiële en immateriële schade. Zij voerden aan dat gedaagden onrechtmatig hadden gehandeld door DES in het verkeer te brengen voor gebruik tijdens zwangerschap, terwijl niet vaststond dat het middel doeltreffend was en er onvoldoende onderzoek was verricht naar eventuele schadelijke bijwerkingen. Centrale probleem was echter dat geen der DES-dochters kon aangeven van welk bedrijf de DES afkomstig was die destijds door haar moeder was gebruikt. De betreffende DES kon zelfs door een ander dan een van de tien gedaagden op de markt gebracht zijn.

Door de Hoge Raad is deze problematiek in de sleutel gezet van de alternatieve veroorzaking van artikel 6:99. Naar mijn mening bestaat

29 BGH 16 maart 1959, BGHZ 29, 393.

30 HR 9 okt. 1992, NJ 1994, 535 m.nt. CJHB.

echter een essentieel verschil met het "standaardgeval" van dat artikel. Bij de hier te bespreken figuur is namelijk niet alleen aan de kant van de *veroorzakers*, maar óók aan de kant van de *benadeelden* sprake van alternativiteit, reden waarom ik zal spreken van "*alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden*" of kortweg van "*tweezijdige alternativiteit*". Ter plaatse wordt een en ander nader toegelicht.

Een extra complicatie bestaat wanneer behalve meer dan een aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaak, ook een of meer *niet-aansprakelijkheidscheppende* mogelijke oorzaken in het geding zijn. In dat geval is niet alleen onbekend wie van de benadeelden door wie werd gelaedeerd, maar tevens is onbekend wiens nadeel in werkelijkheid uit de eigen risicosfeer stamt. Een praktijkvoorbeeld is de casus van de Amerikaanse *Agent Orange*-zaak:³¹

Het tijdens de oorlog in Vietnam in grote hoeveelheden gebruikte ontbladeringsmiddel *Agent Orange* bleek verontreinigingen te hebben bevat met het uiterst giftige dioxine. Door deze dioxine-verontreiniging was sprake van een gebrekkig product. Op grond daarvan spraken eisers zeven producenten van *Agent Orange* aan. Zij stelden als gevolg van blootstelling aan *Agent Orange* te lijden aan verschillende ziektes, waaronder diverse vormen van kanker en afwijkingen in hun genetisch materiaal. Dat laatste zou weer hebben geleid tot miskramen bij hun vrouwen en genetische afwijkingen bij hun kinderen. Behalve dat eisers niet konden aangeven van welke producent de *Agent Orange* waaraan zij waren blootgesteld afkomstig was, speelde tevens het probleem dat al hun klachten ook konden zijn veroorzaakt door achtergrondfactoren zoals natuurlijke oorzaken en blootstelling aan andere schadelijke stoffen dan *Agent Orange*.

Alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden kan zich dus voordoen mét en zonder significant achtergrondrisico.³² In hoofdstuk 5 komen beide varianten aan bod.

31 *In re "Agent Orange" Product liability litigation*, 597 F.Supp. 740 (E.D. New York 1984).

32 Een "achtergrond- of "omgevingsrisico" is het risico dat is gelegen in een mogelijke oorzaak die voor rekening komt van de benadeelde zelf, omdat zij niet is gelegen in iemands onrechtmatige daad of tekortkoming of omdat daarvoor een geldige exoneratie bestaat. Zoals "natuurlijke" risico's (bijvoorbeeld de normale bevattelijkheid voor bepaalde ziektes) of risico's gelegen in de eigen gedragingen van de benadeelde (bijvoorbeeld roken).

1.3.5 Hoofdstuk 6: bewijslastomkeer en proportionele aansprakelijkheid

In hoofdstuk 6 ga ik in op de vraag hoe proportionele aansprakelijkheid zich verhoudt tot het "leerstuk" van de bewijslastomkeer met betrekking tot het CSQN-verband bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen. Op het eerste gezicht lijken omkering van de bewijslast en een proportionele benadering elkaar uit te sluiten. Het verbaast dan ook niet dat de toepasselijkheid van het leerstuk van de bewijslastomkeer op bepaalde casusposities waarin sprake is van onzeker causaal verband, in de literatuur een belangrijk confrontatiepunt is geworden tussen voor- en tegenstanders van proportionele aansprakelijkheid.³³ Zoals zal blijken sluiten bewijslastomkeer en proportionele aansprakelijkheid elkaar echter geenszins volledig uit, maar kunnen zij ook heel goed met elkaar worden verzoend.

1.3.6 Hoofdstuk 7: grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid

In hoofdstuk 7 ga ik nader in op de vraag hoe een proportionele oplossing het beste in het systeem van het aansprakelijkheidsrecht kan worden ingepast. Eerst zet ik uiteen waarom proportionele aansprakelijkheid veel minder op gespannen voet staat met het systeem dan op het eerste gezicht misschien lijkt. Daarna evalueer ik de verschillende manieren waarop proportionele aansprakelijkheid dogmatisch kan worden onderbouwd. Behalve de gecombineerde toepassing van de principes van alternatieve veroorzaking en "eigen schuld" en het leerstuk van het verlies van een kans komen ook andere benaderingen aan de orde. Zoals de rechtseconomisch geïnspireerde benadering en de vermindering van de schadevergoedingsplicht in het kader van de toerekening van artikel 6:98 ("*toerekening naar kansbepaling*") respectievelijk door matiging ex artikel 6:109. Mijn conclusie zal zijn dat er maar liefst drie verschillende juridisch-dogmatische grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid zijn die de toets der kritiek kunnen doorstaan. Welk van die drie in een concreet geval de voorkeur verdient is mede afhankelijk van het feitencomplex.

33 Voor literatuurverwijzingen zie het betreffende hoofdstuk.

1.3.7 Hoofdstuk 8: conclusies

Ik sluit dit boek af met een hoofdstuk waarin de belangrijkste conclusies uit de voorafgaande hoofdstukken nog eens op een rijtje worden gezet. Daartoe zal ik inventariseren welke antwoorden zijn gevonden op de drie vragen die hiervoor in § 1.1.2 werden geformuleerd: in hoeverre is proportionele aansprakelijkheid een betere oplossing dan het alles-of-niets, hoe kan zij worden ingepast in het systeem van het aansprakelijkheidsrecht, en hoe moet zij worden afgegrensd.

Alternatieve veroorzaking

2.1 Inleiding

2.1.1 *Onzeker causaal verband als een bijzonder geval van alternatieve veroorzaking*

Zoals gezegd hangt twijfel over het bestaan van CSQN-verband per definitie samen met een andere mogelijke oorzaak van de betreffende schade dan de gebeurtenis waarvoor de aansprakelijk te houden persoon moet instaan. Gaat het daarbij om een mogelijke oorzaak waarvoor een tweede persoon moet instaan, dan is sprake van "alternatieve veroorzaking" zoals bedoeld in artikel 6:99: de schade is òf door de een, òf door de ander veroorzaakt. In Nederland is het niet gebruikelijk om eveneens van alternatieve veroorzaking te spreken wanneer op de tweede mogelijke oorzaak van de schade géén aansprakelijkheid kan worden gebaseerd, bijvoorbeeld omdat sprake is van een "natuurlijke" oorzaak ("toeval"), van een gedraging die niet onrechtmatig is, van een omstandigheid die aan de benadeelde moet worden toegerekend ("eigen schuld"), of van een dader die zich jegens de benadeelde heeft geëxonereerd. In dit soort gevallen zou artikel 6:99 geen toepassing kunnen vinden, al is dit uitgangspunt in het *DES*-arrest enigszins genuanceerd.¹ Dat neemt niet weg dat het hier causaal gezien om precies dezelfde figuur gaat als in het "standaard"-geval van artikel 6:99: omdat het bestaan van de schade gegeven is, kan zij slechts het gevolg zijn òf van de ene, òf van de andere oorzaak.²

In de Duitstalige rechtsstelsels wordt het probleem van schade met een onzeker causaal verband daarom wel benaderd als een bijzonder geval van *alternative Kausalität*. Een deel van de literatuur in Duitsland, Oostenrijk en Zwitserland bepleit een proportionele

1 Zie nader § 2.2.4.

2 Voor de eenvoud laat ik nu nog even daar dat het in beide gevallen (het "standaard-geval") én het geval met een niet-aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaak) lang niet altijd om *elkaar uitsluitende* mogelijke oorzaken gaat ("zuivere" alternatieve veroorzaking). Zie hierover nader § 2.2.1.

oplossing middels toepassing van het beginsel van "eigen schuld", een benadering die inmiddels door het Oostenrijkse *Oberster Gerichtshof* is aanvaard. In dit hoofdstuk zal ik trachten aan te tonen dat dit ook voor het Nederlandse recht een uiterst passende benadering is. Daarbij zal ik het begrip "alternatieve veroorzaking" hanteren in de hiervoor bedoelde, ruimere zin, dus los van de vraag of wel op alle mogelijke oorzaken aansprakelijkheid kan worden gebaseerd.

2.1.2 Plan van behandeling

Een eerste probleem voor de toepassing van het principe van de alternatieve veroorzaking op gevallen waarbij niet op alle mogelijke oorzaken aansprakelijkheid kan worden gebaseerd, is de rechtsgrond van artikel 6:99. Vrij algemeen wordt dit artikel getypeerd als een regel ter omkering van de bewijslast, gebaseerd op de billijkheid in de verhouding tussen het onschuldige slachtoffer en de mogelijke daders waarvan in elk geval vaststaat dat zij allen onrechtmatig hebben gehandeld. Wanneer op één van de mogelijke oorzaken van de schade geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd — bijvoorbeeld omdat geen sprake is van onrechtmatigheid — zouden de verhoudingen qua billijkheid wel eens anders kunnen liggen, en de vraag rijst of (het beginsel van) artikel 6:99 dan überhaupt wel van toepassing kan zijn. Het antwoord hangt samen met de vraag welk beginsel eigenlijk in het artikel is belichaamd. Ik zal daarom beginnen met een onderzoek naar de rechtsgrond van de aansprakelijkheid bij alternatieve veroorzaking (§ 2.4).

Vervolgens komt de vraag aan bod wat rechtens zou moeten zijn wanneer op één of meer van de alternatieve oorzaken geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd, een uitkomst conform het alles-of-niets of een proportionele oplossing (§ 2.6). Maar eerst bespreek ik nog een andere kwestie, namelijk de vraag in hoeverre aansprakelijkheid op artikel 6:99 kan worden gebaseerd wanneer de omvang van deelschade(s) niet is vast te stellen.³ In de Duitstalige rechtssystemen spreekt men in dit verband wel van *Anteilszweifel*.⁴ Binnen de opzet van dit boek is deze vraag eigenlijk vooral van belang bij mijn bespreking van

3 Zie over deze en andere causale figuren het overzicht in A.J. Akkermans, *Oorzakelijk verband*, in: BW-krant jaarboek 1996, blz. 39 e.v.

4 Men spreekt ook wel van *kumulative Kausalität*, een begrip dat echter ook gebruikt wordt voor gevallen van dubbele veroorzaking.

de figuur van de "*alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden*" in hoofdstuk 5. Maar omdat deze kwestie primair bij individuele schadegevallen thuishoort, en vanwege de nauwe samenhang met de rechtsgrond van de aansprakelijkheid bij alternatieve veroorzaking, bespreek ik deze vraag niet pas in hoofdstuk 5 maar in reeds dit hoofdstuk (§ 2.5).

Nadat ik de vraagstelling nader heb uitgewerkt aan de hand van het Nederlandse recht (§ 2.2) neem ik een kijkje over de grenzen (§ 2.3). Daarna probeer ik antwoorden te geven (§ 2.4 t/m § 2.6).

2.2 Uitwerking van de vraagstelling aan de hand van het Nederlandse recht

2.2.1 Inleiding

Een groot deel van de recente Nederlandse literatuur over alternatieve veroorzaking gaat over de *ins* en *outs* van de toepassing van artikel 6:99 BW op het geval van de zogenaamde "DES-dochters".⁵ De combinatie van een groot aantal eisers met een groot aantal mogelijke veroorzakers in een dergelijk geval van massaschade, schept naar mijn mening een specifieke problematiek. De toepassing van artikel 6:99 in dit soort gevallen komt aan de orde bij mijn bespreking van de figuur van de *alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden* in hoofdstuk 5. In dit hoofdstuk beperk ik mij in principe tot de figuur waarbij tegenover twee of meer mogelijke veroorzakers slechts één eiser staat. Omdat veel van de Nederlandse literatuur nu eenmaal in het teken staat van de DES-procedure zal het DES-geval niettemin hier en daar de kop op steken.

"Kan de schade een gevolg zijn van twee of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk⁶ 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

5 HR 9 okt. 1992, NJ 1994, 535 m.nt. CJHB. Zie de tekst bij noot 1 op blz. 325.

6 Het gebruik van de term *aansprakelijk* is hier minder gelukkig. Daardoor kan men in het artikel een tautologie lezen. Zie J. Spier, *Sluipende schade* (oratie 1990), blz. 17. *Verantwoordelijk* was wellicht beter geweest. Evenzo P. Ingelse, *Hoge Raad in Des-arrest: ruim baan voor artikel 6:99 BW*, NJB 1992 blz. 1403 e.v. (op blz. 1411 noot 42). Zie in dit verband tevens § 2.6.11.

2 Alternatieve veroorzaking

hij bewijst dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is."

Zo luidt artikel 6:99 BW. Deze regel was reeds ruim voor de invoering van het nieuwe BW geldend recht, aldus de Hoge Raad in het *DES*-arrest.⁷ Het artikel ziet op tenminste twee te onderscheiden situaties: (1) "Zuivere" alternatieve veroorzaking, waarbij de mogelijke oorzaken elkaar uitsluiten: de schade is veroorzaakt òf door A, òf door B.

Om maar meteen met het "klassieke" jager-voorbeeld te beginnen: twee jagers schieten in de richting van X, die door één kogel wordt getroffen, niet kan worden uitgemaakt door de kogel van wie.

(2) Zogenaamde "dubbele veroorzaking", waarbij de betreffende oorzaken elkaar *niet* wederzijds uitsluiten: er is niet sprake van twee *mogelijke* oorzaken maar van twee *zekere* oorzaken.⁸

In het jager-voorbeeld: beide jagers raken gelijktijdig X, elk van beide kogels was voldoende om diens overlijden te bewerkstelligen.

Artikel 6:99 bepaalt immers dat de schade door *ten minste* één van de gebeurtenissen moet zijn ontstaan.⁹ Ook met betrekking tot het equivalent van alternatieve veroorzaking in andere rechtsstelsels komt deze tweede betekenis voor.¹⁰ De problematiek van de dubbele

7 HR 9 okt. 1992, NJ 1994, 535 r.o. 3.4. Daarmee gaat de HR nogal ver. Het gaat hier waarschijnlijk om een geval van z.g. "*retrospectieve anticipatie*". Zie C.J.H. Brunner, noot bij het *DES*-arrest in NJ 1994, 535 onder nr. 2.; T. Hartlief, *Stellingen*, VA 1994 blz. 76; L. Dommering-Van Rongen, *Het DES-arrest: geen marktaandeelaansprakelijkheid maar aansprakelijkheid voor de gehele markt*, WPNR 6089 (1993), 276 e.v. (op blz. 277-278); P. Ingelse, NJB 1992 blz. 1407-1408; C.J.M. Klaassen en A.A. van Rossum, *DES-tijd(s), en hoe nu verder?*, RM Themis 1994 blz. 4 e.v. (op blz. 5).

8 Zie over deze figuur Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 18-23.

9 Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 99 aant. 4; Asser-Hartkamp I (1996) nr. 441b.

10 Ook in het Duitse recht verstaat men onder *alternative Verursachung* soms (tevens) gevallen van dubbele veroorzaking. Zie I. Kluge, *Alternative Kausalität* (diss. Tübingen 1973) blz. 3 nt 1; H. Lange, *Schadenersatz* (1990) blz. 157 nt. 401. Zie voorts A.M. Honoré, *Causation and Remoteness of Damage*: Int. Enc. Comp. L. XI, Torts (1971) ch. 7, s. 126-129 die met de term "*alternative causes*" niet doelt op alternatieve veroorzaking maar deze uitsluitend gebruikt voor gevallen van dubbele veroorzaking en situaties waarbij de schade veronderstellenderwijs ook veroorzaakt had kunnen worden door gedragingen die niet onrechtmatig waren — vgl. de z.g.

veroorzaking valt in principe buiten het bestek van dit werk.¹¹

Er bestaat echter nog een tussenfiguur: (3) De samenloop tussen een *zekere* en een *mogelijke* oorzaak.

In het jager-voorbeeld: het staat vast dat X dodelijk is getroffen door de kogel van A, maar mogelijk is hij tevens dodelijk getroffen door de kogel van B.

Deze figuur valt naar mijn mening eveneens onder de reikwijdte van artikel 6:99, een opvatting die in § 2.4.5 nader zal worden onderbouwd. Ik merk nog op dat buiten de wat academisch aandoende jagervoorbeelden¹² het onderscheid tussen de verschillende figuren vaak niet eenvoudig te maken is.

In de praktijk dient de regel van artikel 6:99 zich pas aan wanneer geen grondslag aanwezig is voor het aannemen van groepsaansprakelijkheid. Hetzelfde geldt in andere rechtsstelsels.¹³ De samenhang met groepsaansprakelijkheid is eenvoudig te illustreren aan de hand van de voorbeelden uit de Toelichting bij artikel 6:99:

"Men denke bijvoorbeeld aan het geval waarin twee personen A en B onvoorzichtig in dezelfde richting schieten of stenen gooien en iemand door één kogel of één steen wordt geraakt."¹⁴

Was in deze voorbeelden de "*kans op het aldus toebrengen van schade*" zodanig dat A en B zich hadden behoren te weerhouden van hun gedragingen, dan kan hun aansprakelijkheid worden gebaseerd op artikel 6:166. Het bewijs dat de eigen kogel of steen niet causaal was

leer Demogue-Besier (waarover Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 5). Alternatieve veroorzaking bespreekt hij in nr 124. Evenzo H.L.A. Hart en Tony Honoré, *Causation in the Law* (1985) die "*alternative causes*" bespreken op blz. 249 e.v. en alternatieve veroorzaking op blz. 423 e.v. (bij *evidence and procedure*).

11 Zie hierover A.J. Akkermans, a.w. (zie noot 3) blz. 47-50.

12 Overigens blijken dit soort jagervoorbeelden in de praktijk minder vergezocht dan op het eerste gezicht lijkt, in elk geval zodra men gaat rechtsvergelijken. Het is ongelofelijk op wat voor manieren het allemaal niet mis kan gaan wanneer mensen groepsgewijs met jachtgeweren gaan spelen. Je gaat je haast afvragen of ze ook wel eens wat wild raken. De *jager* lijkt wel de bedreigde soort, en natuurlijk weten ze nooit wie het gedaan heeft.

13 Zie § 2.3.1.

14 PG boek 6 blz. 346.

kan hen niet baten. Aan artikel 6:99 komen wij niet toe.¹⁵

Tenslotte zij nog opgemerkt dat artikel 6:99, door zijn plaatsing in afdeling 6.1.10, niet alleen geldt bij aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad maar ook bij aansprakelijkheid uit wanprestatie, zaakwaarneming of welke andere wettelijke grondslag dan ook.¹⁶

2.2.2 Wat is de rechtsgrond van artikel 6:99?

De eerste te onderzoeken vraag is die naar de rechtsgrond van artikel 6:99. De Toelichting typeert het artikel als een regel ter omkering van de bewijslast, gebaseerd op de billijkheid:

"Het ware in een dergelijk geval, waarin vaststaat dat A en B beiden onrechtmatig jegens de benadeelde hebben gehandeld en dat deze de schade heeft geleden óf ten gevolge van A's daad óf ten gevolge van die van B, onbillijk om de benadeelde zelf zijn schade te laten dragen omdat hij niet kan bewijzen wiens handeling causaal voor zijn schade was."¹⁷

De rechtsgrond van de aansprakelijkheid van A en B is daarin gelegen, zo vervolgt de Toelichting:

"dat zowel A als B onrechtmatig jegens de benadeelde heeft gehandeld en dat het zeker is dat óf A óf B schadevergoedingsplichtig is, terwijl in het algemeen de bewijsmoeilijkheden t.a.v. de vraag wiens daad causaal was voor de geleden schade groter zouden zijn voor de benadeelde dan ze zijn voor elk der daders."¹⁸

Volgens de Toelichting is dus mede-redengevend de betere bewijspositie waarin de gedaagden zouden verkeren met betrekking tot de werkelijke causale gang van zaken. Dit argument stamt vermoedelijk¹⁹ uit de Californische uitspraak *Summers v. Tice*²⁰ (zie § 2.3.7). Over

15 Zie Asser-Hartkamp I (1996) nr. 441b. Over de verhouding tussen de artt. 6:99 en 6:166 voorts J. Knottenbelt, *Hoofdstukken produktaansprakelijkheid*, Studiepockets privaatrecht nr. 46 (1991) blz. 109 r.k.

16 Het oorspronkelijke art. 6.3.3. OM was tot onrechtmatige daad beperkt. Voor voorbeelden van de ruimere toepasselijkheid van art. 6:99 zie R.J.B. Boonekamp, *Alternatieve veroorzaking*, in: BW-krant Jaarboek 1991 blz. 79 e.v. (op blz. 83-84); P. Ingelse, NJB 1992 blz. 1404.

17 PG boek 6 blz. 346-347.

18 Ibid, blz. 347.

19 Zie noot 153.

20 33 Cal.2d 80, 199 P.2d 1 (1948).

de waarde ervan wordt verschillend gedacht.²¹

In de literatuur wordt artikel 6:99 eveneens als een regel van bewijslastverdeling getypeerd.²² Boonekamp meent echter dat het artikel meer is dan dat. Volgens hem gaat de bepaling:

"in de richting van een materieelrechtelijke regel van aansprakelijkheid in die zin dat de mogelijke veroorzakers ook toegerekend wordt de bewijsnood die zij door hun verschillende onrechtmatige handelingen hebben doen ontstaan."²³

Ook ik vraag mij af of men artikel 6:99 met een kwalificatie als bewijsregel wel recht kan doen. Volgens Boonekamp is (mede-) redengevend het feit dat de mogelijke veroorzakers de bewijsnood hebben doen ontstaan. Ik meen dat artikel 6:99 zo niet kan worden verklaard. Ik bespreek dit alles in § 2.4.

2.2.3 *Is artikel 6:99 toepasselijk bij twijfel over de omvang van deelschades?*

De tweede vraag is die naar de eventuele toepasselijkheid van artikel 6:99 voor het geval dat de omvang van deelschades niet kan worden vastgesteld.²⁴ Voor de toepasselijkheid van het artikel wordt vrij algemeen vereist dat elk der alternatieve oorzaken de gehele schade heeft kunnen doen ontstaan.²⁵ Wat nu in het volgende geval:

21 Zo komt het argument volgens Boonekamp "uiteindelijk" geen waarde toe, zie BW-krant Jaarboek 1991, blz. 82-83. Hartkamp heeft daarover wel in andere zin opmerkingen gemaakt, zie het verslag van de jaarvergadering 1987 van de Vereniging voor Burgerlijk recht in WPNR 5869 (1988) blz. 220 e.v. (op blz. 221 l.k.).

22 Schadevergoeding (Boonekamp) art. 99 aant. 5; Asser-Hartkamp I (1996) nr. 441; Mon. Nieuw BW A-24 (Asser) blz. 106; P. Ingelse, NJB 1992 blz. 1404 l.k. en 1412. Zie echter L. Bergkamp, "Wie van de drie" en "Alles of niets": *Nederlandse toestanden?*, NJB 1993 blz. 100-101 (op blz. 100 r.k.).

23 BW-krant Jaarboek 1991, blz. 83. Ook volgens W.D.H. Asser komt art. 6:99 in de praktijk neer op een regel van materieel recht. Zie Mon. Nieuw B.W. A-24 (Asser) blz. 106.

24 Ik besprak deze kwestie eerder in A.J. Akkermans, a.w. (zie noot 3) blz. 46-47.

25 Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 99 aant. 4; Asser-Hartkamp I (1996) nr. 441b; J. Spier, noot bij Hof A'dam 22 nov. 1990 (*DES*) TMA 1991 blz. 40; de MvT op wetsontwerp 21 202 blz. 16; A-G Moltmaker, conclusie voor HR 15 juli 1988, NJ 1989, 714 op blz. 2685 r.k. onderaan; P.A. Kottenhagen-Edzes, *Onrechtmatige daad en milieu* (diss. 1992) § 6.5.6.; L. Dommering-Van Rongen,

2 Alternatieve veroorzaking

Vastgesteld kan worden dat A en B ieder in elk geval 30% van de totaalschade hebben veroorzaakt, maar niet wie van hen de overige 40% heeft veroorzaakt. Dat kan A of B zijn, maar ook ieder weer voor een deel.²⁶

Het betreft hier ontegenzeggelijk een aan alternatieve veroorzaking verwant geval. Boonekamp heeft — zij het aarzelend — gepleit voor toepassing van artikel 6:99 in zo'n geval.²⁷ Hartkamp wijst dit expliciet af.²⁸ Totaalaansprakelijkheid van A en B zou betekenen dat zij aansprakelijk worden voor schade die zij niet eens veroorzaakt *kunnen* hebben. Boonekamp neemt deze consequentie op de koop toe.²⁹ Hartlief valt hem daarin bij.³⁰ Hartlief meent voor zijn opvatting steun te kunnen putten uit het *DES*-arrest.³¹ Daarnaast voert hij aan dat bij twijfel over de omvang van deelschades, net als bij alternatieve veroorzaking, sprake zou zijn van een bewijsnood die zijn oorzaak vindt in het feit dat de onrechtmatige daden van verschillende veroorzakers bij elkaar zijn gekomen. Net als bij alternatieve veroorzaking zou die bewijsnood dan meer in de sfeer liggen van de mogelijke veroorzakers, dan van de gedaagde. In § 2.5 ga ik op dit alles nader in.

2.2.4 Wat is rechtens wanneer op één of meer van de alternatieve oorzaken geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd?

Daarna kom ik toe aan de belangrijkste hier te bespreken vraag, namelijk of (de rechtsbeginselen van) de artikelen 6:99 ("alternatieve veroorzaking") en 6:101 ("eigen schuld") kunnen worden toegepast wanneer op één of meer van de alternatieve oorzaken geen aansprake-

Produktaansprakelijkheid (diss. 1991) blz. 297; J.H.W. de Planque, *Aansprakelijkheid in geval van bodemverontreiniging*, BR 1985 blz. 689 e.v. (op blz. 694 l.k.).

26 Over de mogelijkheid van andere causale variaties zie noot 266.

27 BW-krant Jaarboek 1991 blz. 87-90.

28 Zie Asser-Hartkamp I (1996) nr. 441b en de conclusie voor het *DES*-arrest onder nr 14.

29 Zij het enigszins aarzelend (ibid, blz. 90).

30 TVVS 1992 blz. 313. Eveneens aarzelende bijval betoont M.J.A.L. Woertman, *De aansprakelijkheid van de werkgever voor aan asbest gerelateerde ziekten. Een rechtsvergelijking met het Amerikaanse recht*, Jaarboek consumentenrecht 1995, blz. 155 e.v. (op blz. 175).

31 T.a.p. Hiertegen Asser-Hartkamp I (1996) nr. 441b (blz. 362).

lijkheid kan worden gebaseerd.³² Enerzijds wordt de toepasselijkheid van artikel 6:99 afgewezen wanneer op één van twee mogelijke oorzaken geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd.³³ Anderzijds willen verschillende schrijvers het artikel wél toepassen wanneer van een groter aantal mogelijke oorzaken er één niet-aansprakelijkheid-scheppend is.³⁴ Doorgaans heeft men dan het oog op de casus van de DES-dochters. De kwestie speelde daar in verband met de vraag of alle producenten van DES moesten worden gedagvaard, of tenminste worden geïdentificeerd, teneinde te kunnen *vaststellen* of zij ook allemaal een fout hadden gemaakt door het in het verkeer brengen van DES. In dit geval een onmogelijke eis, wegens het mogelijk zeer grote aantal producenten en vooral vanwege het tijdsverloop. Wie de DES-dochters niet reeds met lege handen naar huis wilde sturen vanwege de mogelijkheid dat tussen de vele producenten er ergens één verborgen zat die geen fout had gemaakt, *moest* dus wel betogen dat dit niet aan de aansprakelijkheid van de overige producenten af kon doen.

Daarbij is echter van de DES-casus geabstraheerd. Zo wil Ingelse artikel 6:99 niet toepassen wanneer van drie bewaarnemers er slechts één wanpresteerde,³⁵ maar wél wanneer van vijf jagers er één niet onrechtmatig handelde.³⁶ De vraag dringt zich op hoeveel wél-aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaken nodig zijn om het artikel toe te passen (begint dat bij twee?) en hoeveel niet-aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaken aan die toepasselijkheid weer afbreuk kunnen doen. Boonekamp wil nog verschil maken tussen het geval dat van drie mogelijke veroorzakers er één niet onrechtmatig handelde

32 Zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 99 aant. 6.

33 In deze zin A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. 1965) nr. 230; J.H. Nieuwenhuis, *Alternatieve causaliteit en aansprakelijkheid naar marktaandeel*, preadvies Vereniging voor Burgerlijk recht (1987) blz. 12; A.S. Hartkamp, conclusie voor het DES-arrest, onder nr. 12; F.J. Fernhout, L.M.I.A. Bregonje en R.H.J. Otto, *Alternatieve causaliteit en DES-dochters*, NJB 1989 blz. 1376 e.v. (op blz. 1376 l.k.).

34 Zie P. Ingelse, NJB 1992 blz. 1408 r.k.; L. Dommering-Van Rongen WPNR 6089 (1993) blz. 281 l.k.

35 NJB 1992, blz. 1405 nt 8. Dat is overigens volstrekt juist omdat in Ingelse's voorbeeld niet alleen onbekend is wie van de bewaarnemers de schade veroorzaakte, maar ook wie van hen *wanpresteerde*. Wanneer *alle drie* de bewaarnemers wanpresteerden, en slechts onzekerheid bestaat over de vraag wie van hen de schade veroorzaakte, is artikel 6:99 wél toepasselijk. Zie voor een voorbeeld in deze zin § 2.6.8.

36 Ibid, blz. 1408 r.k. Zie in dit verband ook Ingelse's noot 34 op blz. 1409. Wat hij daarmee precies wil zeggen is mij niet duidelijk.

(geen toepassing) en het geval dat één van hen "niet aansprakelijk" is (wél toepassing). Als voorbeeld van het laatste noemt hij het geval waarin één van de mogelijke veroorzakers een kind beneden de 14 jaar is. Dit zou de overige mogelijke veroorzakers niet aangaan. Hij geeft toe dat het verschil tussen beide gevallen "*niet heel hard te maken is*".³⁷

In het *DES*-arrest oordeelde de Hoge Raad dat het aankwam op de omstandigheden van het geval, waaronder de grootte van de kans dat de schade was veroorzaakt door een niet-aansprakelijke producent. Volgens de Hoge Raad bleef de aansprakelijkheid van de overige mogelijke veroorzakers bestaan totdat zij "*naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn*."³⁸ Tegen de achtergrond van de *DES*-casus waarin het, zoals gezegd, bij voorbaat onmogelijk was om vast te stellen dat alle mogelijke veroorzakers een fout begingen, en tegelijkertijd de genoemde kans eigenlijk nogal klein was,³⁹ lijkt dit een pragmatische benadering (zie § 2.6.10).

Het is echter de vraag of dit zomaar naar andere casusposities kan worden geëxtrapoleerd. Volgens Ingelse verandert er, in zijn voorbeeld van de vijf jagers, niets aan de "*afzonderlijke billijkheidsverhoudingen*" tussen benadeelde en jagers wanneer in plaats van alle vijf slechts vier van hen onrechtmatig handelden. Dat bestrijd ik. Het maakt voor de aansprakelijken wel degelijk uit, namelijk voor de vraag op hoeveel personen zij regres kunnen nemen. Een jager die niet onrechtmatig handelde kan ook niet worden aangesproken voor regres. In het voorbeeld van Boonekamp met één mogelijke veroorzaker jonger dan 14 jaar, draait het om de vraag of diens ouders aansprakelijk zijn krachtens artikel 6:169 lid 1. Is dat niet het geval⁴⁰ dan gaat een en ander de overige mogelijke veroorzakers wel degelijk aan. De genoemde auteurs zien deze regresproblemen ten onrechte over het hoofd.

De niet-aansprakelijkheid van mogelijke veroorzaker A betekent

37 BW-krant Jaarboek 1991 blz. 85-86.

38 R.o 3.7.6.

39 Zie J. Spier, noot bij Hof Amsterdam 22 nov. 1990 (*DES*), TMA 1991 blz. 36 e.v. (op blz. 40 l.k.), evenals *DES-arrest*, Bb 1992 blz. 207 e.v. (op blz. 208 onder 2.6) en *De Des-dochters*, NTBR 1992 blz. 193 e.v. (op blz. 194 onder 2.5); J. Hijma, *Des-dochters*, AA 1993 blz. 123 e.v. (op blz. 129 r.k.); T. Hartlief, *Alternatieve causaliteit*, TVVS 1992, blz. 308 e.v. (op blz. 311 l.k.).

40 Voor de aansprakelijkheid van de ouders of voogd is noodzakelijk dat het om een "*als een doen te beschouwen gedraging*" van het kind gaat (zie art. 6:169 lid 1).

bovendien dat door hem mogelijk veroorzaakte schade in beginsel⁴¹ voor rekening van de benadeelde dient te blijven. Is het, alles in ogen-schouw genomen — en dus óók de positie van de aansprakelijk gestelde B en C — niet de redelijkste oplossing om A's interne deel van de schade door de benadeelde te laten dragen? Hier dient zich naar mijn mening de analoge toepassing aan van (het rechtsbeginsel van) artikel 6:101 (vermindering van de vergoedingsplicht wegens toerekenbaarheid van een mede-oorzakelijke omstandigheid aan de benadeelde, minder juist aangeduid met "eigen schuld"). Als in een "normaal" geval van eigen schuld de vergoedingsplicht van de aansprakelijke wordt verminderd waarom hier dan niet hetzelfde gedaan in plaats van de ongemakkelijke keuze tussen alles of niets? Aanvaardt men deze analogie, dan doet ook de reden waarom op de mogelijke oorzaak A geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd er niet meer toe. De alles-of-niets-benadering wordt zo doorbroken. In § 2.6 ga ik nader op deze mogelijkheid in.

2.3 Rechtsvergelijkend overzicht

2.3.1 Algemeen

Drie uitkomsten zijn denkbaar wanneer de identiteit van de veroorzaker van een schade onbekend is omdat verschillende personen hiervoor in aanmerking komen en onopgehelderd blijft wie van hen de feitelijke veroorzaker is: (1) De benadeelde blijft met lege handen staan omdat hij jegens geen der mogelijke veroorzakers is geslaagd in zijn bewijs van CSQN-verband; (2) De *mogelijke* veroorzaking is voldoende voor aansprakelijkheid. Ieder die niet kan ontkrachten dat hij de schade mogelijk heeft veroorzaakt is aansprakelijk voor de gehele schade; (3) Men zoekt de oplossing in een vorm van groepsaansprakelijkheid, waardoor de verschillende daders elkaars causale bijdrage in zekere zin krijgen toegerekend. Internationaal bezien komen alle drie de uitkomsten voor. De eerste uitkomst wordt als onbevredigend ervaren, de tweede als tamelijk uitzonderlijk, want op gespannen voet met het vereiste van causaal verband. De vraag of de tweede oplossing moet worden aanvaard ziet men daarom bij voorkeur pas onder ogen

41 Althans in de verhouding tussen A en de benadeelde. Mogelijk kan de laatste een derde aanspreken. Vgl. hetgeen hiervoor opgemerkt over artikel 6:169 lid 1.

wanneer de derde oplossing niet mogelijk blijkt.⁴²

Hieruit volgt dat de plaats die de figuur van de alternatieve veroorzaking inneemt wordt bepaald door de ruimte die het betreffende rechtsstelsel biedt voor het aannemen van groepsaansprakelijkheid. In dit opzicht verhouden groepsaansprakelijkheid en alternatieve veroorzaking zich als communicerende vaten. Hoe beperkter de ruimte voor groepsaansprakelijkheid, hoe vaker de rechter in het betreffende rechtsstelsel de aansprakelijkheid bij alternatieve veroorzaking als zodanig onder ogen moet zien. En omgekeerd, hoe royaler een rechtsstelsel de aansprakelijkheid bij alternatieve veroorzaking op haar eigen merites erkent, hoe minder de rechtspraak geneigd zal zijn de toevlucht te nemen tot het oprekken van de groepsaansprakelijkheid.

De verschillende figuren van groepsaansprakelijkheid, zoals de Nederlandse onrechtmatige daad in groepsverband, de Duitse *mittäter-schaft*, de Franse *faute collective* en *garde collective*, en de *concerted action* in de *Common Law*-stelsels, bieden niet allemaal dezelfde ruimte. De betekenis van de figuur van de alternatieve veroorzaking in de verschillende rechtsstelsels loopt daardoor nogal uiteen.⁴³

2.3.2 Duitsland

Het Duitse *Bürgerliches Gesetzbuch* kent van meet af aan een wettelijke bepaling over "*alternative Kausalität*" in de tweede volzin van § 830 *Absatz* 1 BGB:

42 Zie A.M. Honoré, *Causation and Remoteness of Damage*: Int.Enc.Comp.L. XI Torts (1971) ch. 7, s. 124. Vooral de Duitse juristen hebben flink om zich heen gekeken. Er bestaan over dit onderwerp verschillende rechtsvergelijkende dissertaties. Zie W. Buxbaum, *Solidarische Schadenshaftung bei ungeklärter Verursachung im deutschem, französischen und anglo-amerikanischen Recht* (1965); T. Weckerle, *Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer* (1974) (vergelijkt m.n. met VS en GB) en C. Stauder, *Probleme der Mehrtäterschaft in deutschen, französischen und englischen Deliktsrecht* (1964). Zie voorts A. Fenyves en H.-L. Weyers (Hrsg.), *Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten* (1988), met daarin bijdragen van E.D. Eliot (VS), S. Cigoj (voormalig Yu), E.A. Kramer (Ch en A), H.D. Assmann (D) en W. Posch. Voor Nederlands rechtsvergelijkend werk zie L. Dommering-Van Rongen, a.w. (zie noot 25) blz. 296-305; J. Knottebelt, a.w. (zie noot 15) § 76-79 en NJB 1982 blz. 185 e.v.; R.J.B. Boonekamp, BW-krant Jaarboek 1991, blz. 79 e.v.

43 Het meest informatief op dit punt is de dissertatie van W. Buxbaum (zie noot 42). Dit werk is uit 1965 maar geeft een goed inzicht in de plaats van de figuur van de alternatieve veroorzaking in de besproken rechtsstelsels. Zie voorts E.D. Eliot e.a., a.w. (zie noot 42).

"Das gleiche [namelijk totaalaansprakelijkheid van ieder] gilt, wenn sich nicht ermitteln läßt, wer von mehreren Beteiligten den Schaden durch seine Handlung verursacht hat."

Het toepassingsgebied van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB is tamelijk ruim. De Duitse rechter past de bepaling toe in casusposities waarbij een Nederlandse jurist niet meteen aan artikel 6:99 zou denken.⁴⁴ Dit vloeit met name voort uit de beperkte opvatting van de *Mittäterschaft*,⁴⁵ die — anders dan onrechtmatige daad in groepsverband in ons land of *concerted action* in de *Common Law*-stelsels — wordt beperkt tot *opzettelijk* veroorzaakte schade.⁴⁶ Toch probeert men, vanwege het uitzonderlijke karakter van de norm van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB, de toepassing ervan te beperken. Aanvankelijk verlangde de rechtspraak een subjectieve betrekking tussen de betreffende "*Beteiligten*". Dit evolueerde naar het vereiste van een *zeitlicher und räumlicher Zusammenhang* tussen de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenissen. Dit vereiste heeft echter zelden tot afwijzing van de vordering geleid en mist volgens veel auteurs iedere praktische betekenis.⁴⁷

Over het karakter van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB bestaat in de literatuur een levendig verschil van mening. § 830 Abs. 1 S. 2 BGB wordt gezien als een bewijsregel, maar ook als een bijzondere bepaling van materieel recht die is gebaseerd op een bepaalde onderlinge

44 Illustratief is ook de casuspositie die voerde tot het arrest van de Hoge Raad van 24 jan. 1992, NJ 1992, 302 (*Kortekaas/Bethlehem*). De hond van X en de hond van B, geen van beide aangelijnd, raakten in gevecht met elkaar. Toen X probeerde de honden uit elkaar te halen werd hij gebeten, met blijvend letsel aan zijn linker ringvinger als gevolg. Door welke hond hij werd gebeten kwam niet vast te staan. In de procedure die volgde werd de figuur van de alternatieve veroorzaking (bij mijn weten) niet aan de orde gesteld. In Duitsland (of Oostenrijk) zou deze casus waarschijnlijk wél (mede) zijn benaderd als een geval van alternatieve veroorzaking waarbij één van de mogelijke oorzaken is gelegen in de risicosfeer van de benadeelde:

45 Evenzo E. Deutsch, *Haftungsrecht*, Bd 1 (1976) blz. 342.

46 Zie T. Weckerle, a.w. (zie noot 42) blz. 60; E. Deutsch, *Haftungsrecht* Bd I (1976) blz. 344.

47 Zie Müko-Mertens, § 830 Rnr 31 en 32; Soergel-Zeuner § 830 Rnr 16-17; RGRK-Steffen, § 830 Rnr 25; Jauernich-Teichmann § 830 Anm. 4; Esser-Weyers Bd II (1984) § 60 I 1 b; E. Deutsch, *Haftungsrecht* Bd I (1976) blz. 352; F. Bydlinski, *Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität* in: Festschrift für Günther Beitzke (1979) blz. 12-14; T. Bodewig, *Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden*, Acp 185 (1985) blz. 505 e.v. (op blz. 515). Voorzichtiger: Staudinger-Schäfer § 830 Rnr 36-39; Erman-Drees § 830 Rnr 11; K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd I (1987) § 74 I b.

verantwoordelijkheid van de *Beteiligten*, op het *mogelijk* veroorzaken van schade, of op het mogelijk veroorzaken van schade terwijl het recht op schadevergoeding van de benadeelde in principe vaststaat, maar niet zeker is jegens wie.⁴⁸

Een belangrijk strijdpunt is de zogenaamde "*Subsidiarität*" van de aansprakelijkheid uit § 830 Abs. 1 S. 2 BGB.⁴⁹ Achtergrond is de rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* over het geval waarin naast een mogelijke oorzaak een vastgestelde oorzaak staat. Dit doet zich onder meer voor wanneer òf A òf B een verwonding toebrachten aan X, terwijl A de gevolgen van B's handeling krijgt toegerekend. Zoals in het zogenaamde *Anhalter-fall*:⁵⁰

X wilde een vrachtwagen aanhouden die werd bestuurd door A. A reed echter door. X werd daarbij aangereden en bleef bewusteloos op de weg liggen. Daar werd hij opnieuw aangereden door B. Door één van deze twee aanrijdingen verloor X zijn onderbeen, door welke bleef onbekend. A bleef onvindbaar, X sprak B aan.⁵¹

Een bewijsnood in de bedoelde zin was er niet, want de schade was *zeker* veroorzaakt door A (in de zin dat het ontstaan van de schade hem in elk geval kon worden toegerekend). Het BGH oordeelde dat X niettemin de *mogelijke* veroorzaker B aan kon spreken krachtens § 830 Abs. 1 S. 2 BGB.⁵² Hiermee kwam de typering van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB als een uitzonderings-regel ter leniging van de bewijsnood van de benadeelde uiteraard onder druk. Na kritiek in de literatuur, met name van Gernhuber,⁵³ nam het BGH in latere uitspraken⁵⁴ het

48 Aldus I. Kluge, a.w (zie noot 10) blz. 1. Een uitgebreid overzicht van de diverse opvattingen geeft T. Weckerle, a.w. (zie noot 42) blz. 112-121.

49 Zie Staudinger-Schäfer § 830 Rnr 22-27a; Müko-Mertens § 830 Rnr 28-30; Soergel-Zeuner § 830 Rnr 20-21; RGRK-Steffen § 830 Rnr. 20-22; I. Kluge, a.w. (zie noot 10) blz. 54 e.v.

50 BGH 15 nov. 1960, BGHZ 33, 286 = NJW 1961, 263 m. Anm. Deubner op 1013.

51 Onder aftrek van 25% wegens "eigen schuld".

52 Eenzelfde beslissing werd genomen in BGH 15 dec. 1970, BGHZ 55, 86 = NJW 1971, 506 m. Anm. Köndgen op 871 = JR 1971, 154 m. Anm. Schneider.

53 Zie J. Gernhuber, *Haftung bei alternativer Kausalität*, JZ 1961 blz. 148 e.v. Zie voorts G. Brambring, *Mittäter, Nebentäter, Beteiligte und die Verteilung des Schadens bei Mitverschulden des Geschädigten* (1973) blz. 109-117.

54 Zie BGH 22 juni 1976, BGHZ 67, 14 = NJW 1976, 1934 = JR 1977, 327; BGH 7 nov. 1978, BGHZ 72, 355 = NJW 1979, 544 m. Anm. Fraenkel op 1202 = JuS 1979, 445 m. Anm. Emmerich.

tegenovergestelde standpunt in.⁵⁵

De recente literatuur wijst deze beperking van de toepasselijkheid van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB in meerderheid af,⁵⁶ zij het met uiteenlopende motivering.⁵⁷ Het verst gaat de opvatting die § 830 Abs. 1 S. 2 BGB helemaal niet vat in termen van bewijsverdeling, maar de regel ziet als een bijzondere bepaling van materieel recht.⁵⁸

Vrij algemeen wordt § 830 Abs. 1 S. 2 BGB toepasselijk geacht in het geval dat twijfel bestaat over de omvang van deelschades. Daarvoor bestaat reeds steun in de wetsgeschiedenis.⁵⁹ Men spreekt van *Anteilszweifel* of van *kumulative Kausalität*. Voorwaarde is dat ieder der *Beteiligten* de gehele schade heeft kunnen veroorzaken.⁶⁰ Was een oorzaak daartoe niet geëigend dan kan op § 830 Abs. 1 S. 2 BGB geen totaalaansprakelijkheid worden gebaseerd. Ter illustratie van dit vereiste wordt vaak één of meer van de zogenaamde *Plünderungsfälle* aangehaald. Het gaat daarbij om gebeurtenissen aan het eind van de tweede wereldoorlog, waarbij opslagplaatsen met voedingsmiddelen of andere voorraden geleidelijk aan werden leeggeroofd door een groot aantal afzonderlijk handelende personen.⁶¹ Men kan dit de klassieke gevallen van veroorzaking van deelschade in het Duitse recht noemen.

55 Voor een mooie beschrijving van deze koerswijziging zie Staudinger-Schäfer § 830 Rnr 22-27a.

56 Aldus H.D. Assmann, a.w. (zie noot 42) blz. 132. Zie voorts F. Bydlinski, *Festschrift Beitzke* (zie noot 47), blz. 15; W. Posch, a.w. (zie noot 42) blz. 166.

57 Zie W. Brehm, *Zur Haftung bei alternativer Kausalität*, JZ 1980 blz. 585 e.v.; Soergel-Zeuner § 830 Rnr 12.

58 Zie F. Bydlinski, *Festschrift Beitzke* (zie noot 47), blz. 11; T. Weckerle, a.w. (zie noot 42) blz. 123; I. Kluge, a.w. (zie noot 10) blz. 42-48; W. Posch, a.w. (zie noot 42) blz. 166; P. Gottwald, *Kausalität und Zurechnung*, Karlsruher Forum 1986, Beiheft bij VersR 1988, blz. 18-19.

59 Zie W. Buxbaum, a.w. (zie noot 42) blz. 4-5; F. Bydlinski, *Festschrift Beitzke* (zie noot 47), blz. 7.

60 Müko-Mertens, § 830 Rnr 21; Soergel-Zeuner § 830 Rnr 13; Staudinger-Schäfer § 830 Rnr 30; RGRK-Steffen, § 830 Rnr 23; Palandt-Thomas, § 830 Rnr 9; F. Bydlinski, *Festschrift Beitzke* (zie noot 47) blz. 26 e.v.; I. Kluge, a.w. (zie noot 10) blz. 61 e.v.; W. Buxbaum, a.w. (zie noot 42) blz. 30 e.v.; G. Brambring, a.w. (zie noot 53) blz. 118 e.v.; T. Weckerle, a.w. (zie noot 42) blz. 155 e.v..

61 OLG Bamberg 16 okt. 1947, NJW 1949, 225 m. Anm. Kuth; OLG Koblenz, 20 okt. 1948, Acp 150 (1949), 453; OLG Braunschweig 5 dec. 1950, JR 1951, 658; OLG Hamburg 18 okt. 1955, MDR 1956, 676. Al deze uitspraken zijn ook te kennen uit W. Buxbaum, a.w. (zie noot 42) blz. 30-33.

2 Alternatieve veroorzaking

Een voorbeeld is het vonnis van het OLG Bamberg van 16 oktober 1947:⁶²

Bouwbedrijf X had tijdens de oorlog bouwmetaal opgeslagen in een dorp. In de periode direkt na het eind van de oorlog nam een onbekend aantal omwonenden, waaronder A, onafhankelijk van elkaar dit bouwmetaal geleidelijk aan weg. Uiteindelijk was alles verdwenen. X sprak A aan voor het totaal.

Totaalaansprakelijkheid van A als *Mittäter* was niet mogelijk omdat daarvoor onvoldoende samenhang tussen A en zijn mede-plunderaars bestond. Ook een beroep op § 830 Abs. 1 S. 2 BGB kon X niet baten omdat deze bepaling veronderstelt dat de *Alternativtäter* de *gehele* schade veroorzaakt kunnen hebben, aldus het OLG. Dat was hier niet het geval, want het stond vast dat A zich slechts een deel van het bouwmetaal had toegeëigend.⁶³

Anders werd geoordeeld in het hiervoor reeds aangehaalde *Anhalter-fall*. Met betrekking tot de mogelijkheid dat B de verwondingen van X slechts voor een deel had veroorzaakt overwoog het BGH expliciet dat dat niet aan de toepasselijkheid van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB in de weg kon staan.⁶⁴ Anders dan de gedaagden in de *Plünderungsfällen* kon B immers de gehele schade hebben veroorzaakt. Zo althans de heersende mening. Bydlinski nuanceert dit. Hij wijst erop dat enkele kleinere schadeposten *zeker* reeds waren veroorzaakt door A, en dat B die dus niet veroorzaakt kon hebben. Verhoudingsgewijs ging dat echter om minder dan niks. Een bedrag ervoor uitzonderen zou buitengewoon onpraktisch zijn geweest. Onder het motto *de minimis non curat praetor* acht hij het daarom juist dat het

62 NJW 1949, 225 m. Anm. Kuth.

63 In casu werd de eis volledig afgewezen omdat X niet zou zijn geslaagd in het bewijs van (de omvang van) zijn schade. A was dus ook niet aansprakelijk voor een deel. In de literatuur is men vrij algemeen van mening dat de rechter in een dergelijk geval de schadedelen kan schatten krachtens § 287 ZPO, zodat de benadeelde niet volledig in de kou blijft staan. Zie F. Bydlinski, *Festschrift Beitzke* (zie noot 47), blz. 29; G. Brambring, a.w. (zie noot 53) blz. 122; W. Buxbaum, a.w. (zie noot 42) blz. 38; T. Bodewig, AcP 185 (1985) blz. 533.

64 Zie r.o. 5 (aan het eind) van BGH 15 nov. 1960, BGHZ 33, 286 = NJW 1961, 263 m. Anm. Deubner op 1013. Een zelfde beslissing werd genomen in BGH 15 dec. 1970, BGHZ 55, 86 = NJW 1971, 506 m. Anm. Köndgen op 871 = JR 1971, 154 m. Anm. Schneider (eveneens aan het eind).

BGH er geen aandacht aan heeft besteed.⁶⁵

Wat betreft het geval waarin op één van de alternatieve oorzaken geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd, net als in Nederland met betrekking tot artikel 6:99 BW, is voor de toepasselijkheid van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB in principe noodzakelijk dat met betrekking tot elk der *Alternativtäter*, afgezien van het causale verband, aan alle overige voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan. Van elk der alternatieve gebeurtenissen moet de onrechtmatigheid en de toerekenbaarheid vast staan.⁶⁶ Bij risicoaansprakelijkheid moet het abstracte gevaar waarop zij betrekking heeft zich nader hebben gerealiseerd in de vorm een concrete gevaarstelling van het beschadigde rechtsgoed.⁶⁷

In de literatuur worden hierop uitzonderingen bepleit. De discussie lijkt te zijn begonnen met een uitspraak uit 1950 van het *Oberlandesgericht* Celle:⁶⁸

X, 7 jaar oud, raakte ernstig aan het oog gewond toen hij met A en B, 12 respectievelijk 7 jaar oud, tijdens een spel op een binnenplaats stenen aan het gooien was. Het was niet uitgesloten dat de fatale steen door X zelf was geworpen en tegen een boom was teruggekaatst. X sprak A aan.

Het OLG achtte A aansprakelijk krachtens § 830 Abs. 1 S. 2 BGB, onder analoge toepassing van § 254 BGB,⁶⁹ het Duitse equivalent van artikel 6:101 BW ("eigen schuld"). De schadevergoedingsverplichting van A werd bepaald op 75% van het totaal. Niet op 66%, omdat de verdeling mede was gebaseerd op het leeftijdsverschil tussen A en X op grond waarvan A een verhoudingsgewijs groter verwijt kon worden

65 F. Bydlinski, *Festschrift Beitzke* (zie noot 47), blz. 29. Evenzo voor het Oostenrijkse recht in *Haftung bei alternativer Kausalität*, JBl (1959) blz. 9 l.k.

66 Zie Müko-Mertens § 830 Rnr 24-25; RGRK-Steffen § 830 Rnr 17-19; T. Weckerle a.w. (zie noot 42) blz. 132 e.v.

67 Zie *Produkthaftungshandbuch-Foerste* § 42 Rnr 26-34; T. Weckerle, a.w. (zie noot 42) blz. 153; F. Bydlinski, *Festschrift Beitzke* (zie noot 47) blz. 25; I. Kluge, a.w. (zie noot 10) blz. 87; T. Bodewig, *Acp* 185 (1985), blz. 505 e.v., op blz. 521; H.D. Assmann, a.w. (zie noot 42) blz. 125. Zie hierover ook L. Dommering-Van Rongen, a.w. (zie noot 25) blz. 302 e.v.

68 OLG Celle 13 juli 1950, NJW 1950, 951, m. Anm. Reinicke in NJW 1951, blz. 316 e.v.

69 § 254 Abs. 1 BGB luidt: "Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatz sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist."

gemaakt. Aanvankelijk werd deze uitspraak in de literatuur vrij algemeen bijgevalen.⁷⁰

Het BGH heeft echter de toepasselijkheid van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB bij een niet-aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaak afgewezen, eerst voor het geval dat één van twee mogelijke veroorzakers niet onrechtmatig handelde⁷¹ en later eveneens voor het geval dat een mogelijke oorzaak was gelegen in het handelen van de benadeelde zelf.⁷²

In de literatuur stemt slechts een minderheid zonder meer met het BGH in.⁷³ Sommige auteurs willen een uitzondering maken voor het geval dat één der mogelijke daders niet *deliktsfähig* is, d.w.z. dat hem zijn onrechtmatig handelen niet kan worden toegerekend.⁷⁴ Vermoedelijk is het deze opvatting die Boonekamp heeft geïnspireerd tot het bepleiten van eenzelfde uitzondering op de niet-toepasselijkheid van artikel 6:99. Hij noemt daarbij het voorbeeld van een kind beneden de 14 jaar.⁷⁵ Andere schrijvers pleiten voor een benadering als in de uitspraak van het OLG Celle (wél toepasselijkheid van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB, maar slechts deelaansprakelijkheid overeenkomstig § 254 BGB) in het geval dat de benadeelde de schade mogelijk zelf veroorzaakte.⁷⁶ Weer andere schrijvers willen voor *alle* gevallen waarin op één van de mogelijke oorzaken geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd § 830 Abs. 1 S. 2 BGB toepassen met deelaansprakelijkheid analoog aan § 254 BGB. Dus ook wanneer het gaat om een "natuurlij-

70 Aldus G. Brambring, a.w. (zie noot 53) blz. 182; I. Kluge, a.w. (zie noot 10) blz. 79 en E. Klein, *Haftung nach § 830 Abs. 1 S. 2 BGB trotz potentieller Selbstschädigung?*, NJW 1971, blz. 453 e.v. op blz. 453 r.k. Kritiek was er ook, zie Staudinger-Schäfer § 830 Rnr 35.

71 BGH 17 dec. 1952, VersR 1953, 146 (*Wilderer-fall*), ook te kennen uit E. Deutsch, *Haftungsrecht* Bd I (1976) blz. 351; T. Weckerle, a.w. (zie noot 42) blz. 133; W. Buxbaum, a.w. (zie noot 42) blz. 22.

72 BGH 30 jan. 1973, BGHZ 60, 177 = NJW 1973, 993 m. Anm. Heinze op 2021 = JuS 1973, 575 nr. 2.

73 Zo wel I. Kluge, a.w. (zie noot 10) blz. 73-83; G. Brambring, a.w. (zie noot 53) blz. 96-98; B. Cypionka, *Deliktsrechtliche Haftung trotz ungeklärter Schadensverursachung* (diss. Münster 1985) blz. 49.

74 Zie Müko-Mertens § 830 Rnr 25, RGRK-Steffen § 830 Rnr 17; E. Deutsch, *Haftungsrecht* Bd I (1976) blz. 351; W. Buxbaum, a.w. (zie noot) blz. 124 nt. 10.

75 BW-krant Jaarboek 1991 blz. 86.

76 E. Deutsch, *Haftungsrecht* Bd I (1976) blz. 354 evenals *Unerlaubte Handlungen und Schadenersatz* (1987) Rnr 155; W. Buxbaum, a.w. (zie noot 42) blz. 23-26; P. Gottwald, *Schadenszurechnung und Schadensschätzung* (1979) blz. 119-121; M. Heinze, Anm. bij BGHZ 60, 177 = NJW 1973, 2021.

ke" oorzaak ("toeval"), om een gedraging die niet onrechtmatig is of die niet aan de dader kan worden toegerekend, of om een dader die zich jegens de benadeelde heeft geëxonereerd.⁷⁷

2.3.3 Oostenrijk

Grondlegger van het Oostenrijkse denken over *alternative Kausalität* is Franz Bydlinski.⁷⁸ In een invloedrijk artikel uit 1959 — waarnaar ook in Duitsland nog vaak wordt verwezen — betoogde hij dat een met § 830 Abs. 1 S. 2 BGB vergelijkbare regel kan worden gebaseerd op § 1302 van het Oostenrijkse *Allgemeines bürgerliches Gesetzbuch*.⁷⁹ Wordt een schade door meerderen veroorzaakt dan bestaat krachtens § 1302 ABGB totaalaansprakelijkheid onder meer:

"wenn die Anteile der Einzelnen an der Beschädigung sich nicht bestimmen lassen"

Deze bepaling ziet op het geval van *Anteilszweifel*. Daarover bestaat in Oostenrijk dus een wettelijke bepaling. De alternatieve veroorzaking als zodanig is daarmee niet geregeld. Volgens Bydlinski was dat, blijkens de wetsgeschiedenis, wel de bedoeling van de wetgever.⁸⁰ Zijn voornaamste argument berust echter op de *ratio legis* van deze bepaling. De grondslag voor de aansprakelijkheid van een gedaagde krachtens § 1302 ABGB boven het deel van de schade waarvan de veroorzaking *vaststaat*, kan slechts zijn gelegen in de omstandigheid dat hij dit meerdere *mogelijk* heeft veroorzaakt, aldus Bydlinski, welke

77 F. Bydlinski, *Festschrift Beitzke* (zie noot 47), blz. 30 e.v.; dezelfde, AcP 167 (1967) blz. 441 evenals *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, Beiheft nr. 28 bij ZHR 1964, blz. 78 e.v.; T. Weckerle, a.w. (zie noot 42) blz. 132-148; P. Gottwald, *Karlsruher Forum* 1986 (zie noot 58) blz. 21-22. Vgl. voorts H.D. Assmann, a.w. (zie noot 42) blz. 130-132. Voor het geval waarbij één mogelijke oorzaak is gelegen in "het toeval" meent Weckerle dat de Duitse *Rechtsordnung* nog niet toe is aan de (kennelijk wél billijk geachte) toepassing van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB met deelaansprakelijkheid (blz. 143). Bydlinski pleit expliciet voor toepassing van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB met deelaansprakelijkheid op dit geval, bij wijze van *Rechtsfortbildung* (*Festschrift Beitzke* blz. 30, *Probleme der Schadensverursachung* blz. 89).

78 Aldus ook E.A. Kramer, a.w. (zie noot 42) blz. 83 e.v.

79 *Haftung bei alternativer Kausalität*, JBl 1959 blz. 1 e.v.

80 JBl 1959, blz. 2 r.k., *Festschrift Beitzke* (zie noot 47) blz. 5-6.

grondslag eveneens de alternatieve veroorzaking omvat.⁸¹ De aansprakelijkheid bij *alternative Kausalität* naar analogie van § 1302 ABGB is inmiddels in literatuur en rechtspraak algemeen aanvaard.⁸²

Over de aard van deze, met artikel 6:99 BW en § 830 Abs. 1 S. 2 BGB vergelijkbare rechtsregel, bestaat nagenoeg dezelfde onenigheid tussen voor-⁸³ en tegenstanders⁸⁴ van de "*Subsidiarität*" van de aansprakelijkheid bij alternatieve veroorzaking als in Duitsland.⁸⁵

Met betrekking tot het geval dat op één van de mogelijke oorzaken geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd wijkt het Oostenrijkse recht echter duidelijk af van het Duitse, in die zin dat een proportionele oplossing gebaseerd op de analoge toepassing van § 1302 ABGB (alternatieve veroorzaking) en § 1304 ABGB ("eigen schuld")⁸⁶ als heersende leer kan worden beschouwd.⁸⁷ Reeds in voornoemd artikel uit 1959 had Bydlinski hiervoor een lans gebroken,⁸⁸ later daarin bijgevallen door Koziol.⁸⁹ Het Oostenrijkse *Oberster Gerichtshof* heeft

81 Zie Bydlinski's samenvatting van zijn argumentatie in *Festschrift Beitzke* (zie noot 47) blz. 6.

82 Zie H. Koziol, *Österreichisches Haftpflichtrecht* Bd I (1980) blz. 68; Rummel-Reischauer, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* Bd 2 (1984) § 1302 Rnr 12; E.A. Kramer, a.w. (zie noot 42) blz. 85; F. Bydlinski, *Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen*, in: *Festschrift Frotz* (1993) blz. 3 e. (met verwijzingen in noot 2 op blz. 3). Wat de rechtspraak betreft zie bijv. zeer expliciet OHG 4 juni 1993, EvBl 1994/13 (ÖJZ 1994 blz. 94 e.v.).

83 Zo Rummel-Reischauer, *Kommentar zum Allgemeinen bürgerlichen Gesetzbuch* Bd 2 (1984) § 1302 Rnr 12 (aan het eind).

84 Zo H. Koziol, *Österreichisches Haftpflichtrecht* Bd I (1980) blz. 69.

85 Voor een vergelijking zie E.A. Kramer blz. 86 e.v. en W. Posch blz. 165 e.v. a.w. (zie noot 42).

86 § 1304 ABGB luidt: "Wenn bei einer Beschädigung zugleich ein Verschulden von Seite der Beschädigten eintritt; so trägt er mit dem Beschädiger den Schaden verhältnismäßig; und, wenn sich das Verhältnis nicht bestimmen läßt, zu gleichen Teilen."

87 Zie de hierna besproken rechtspraak. Het concept van de aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid heeft inmiddels ook zijn weg gevonden naar de Oostenrijkse wetgever. Zie § 9 en § 10 van het wetsvoorstel No. 376/A d.d. 4 april 1990 van de *Grünen* voor een *Umweltschädenhaftpflichtgesetz* (Umwelt-HG), II-10667 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen des Nationalrates XVII. Gesetzgebungsperiode.

88 Zie JBl (1959) blz. 13 l.k. Dit pleidooi heeft Bydlinski door de jaren heen volgehouden en aangevuld. Zie o.a. *Probleme der Schadensverursachung* (zie noot 77) blz. 87; *Festschrift Beitzke* (zie noot 47), blz. 30 e.v.; *Festschrift Frotz* (zie noot 82) blz. 3 e.v.

89 Zie diens *Österreichisches Haftpflichtrecht* Bd I (1980) blz. 70-71.

deze benadering inmiddels expliciet aanvaard,⁹⁰ overigens niet dan na eerst — met wisselende uitkomst — zowat een decennium te hebben geworsteld met haar toepassing op gecompliceerde casusposities op het terrein van de medische fouten,⁹¹ waarvan vaak de vraag was of zij zich wel voor die toepassing leenden.⁹² De eerste uitspraak waarin ondubbelzinnig werd gekozen voor een proportionele oplossing stamt uit 1993 en betrof een vechtpartij:⁹³

X was gewond geraakt bij een vechtpartij met A, die hij zelf had uitgelokt door herhaalde provocaties en het toedienen van de eerste klap. A had zich verweerd door op zijn beurt een vuistslag uit te delen. X ging daardoor onderuit, waarna hij — kennelijk omdat hij met zijn hoofd tegen de grond was geslagen — bewusteloos bleef liggen. Tot zover was het handelen van A niet onrechtmatig, aldus het OGH, omdat het om een onder de gegeven omstandigheden "*angemessene Notwehrhandlung*" ging. A liet het daar echter niet bij, en diende de bewusteloze X nog meer slagen toe. Dát was onrechtmatig, aldus het OGH, en voor de gevolgen hiervan was A aansprakelijk. Het probleem was dat niet kon worden bepaald door welke oorzaak — de niet onrechtmatige eerste klap, of de wél onrechtmatige volgende klappen — de schade van X was ontstaan.

Het *Berufungsgericht* had terecht aangenomen dat het hier om een geval van *alternative Kausalität* ging, aldus het OGH, waarbij de gedaagde voor de ene mogelijke oorzaak moest instaan, terwijl de andere mogelijke oorzaak voor risico van de benadeelde zelf kwam. Het OGH koos daarop expliciet voor de door Bydlinski en Koziol voorgestelde proportionele oplossing:

"Bydlinski und Koziol halten [...] eine Teilung des Schadens für geboten: Sie führen diese Lösung überzeugend auf zwei Grundgedanken unserer Rechtsordnung zurück, nämlich auf die Anerkennung möglicher Verursachung als Zurechnungselement in § 1302 ABGB bei konkreter Gefährlichkeit eines rechtswidrig und schuldhaft handelnden Täters und auf das

90 Zie OGH 4 juni 1993, EvBl 1994/13 (ÖJZ 1994 blz. 94 e.v., zie hierna de tekst bij noot 93); OGH 7 november 1995, JBl 1996, 181 (zie hierna de tekst bij noot 96).

91 Zie OGH 7 mei 1985, JBl 1986, 576 m.Anm. Deutsch (*Schockbehandlung*, zie de tekst bij noot 280 op blz. 82); OGH 9 nov. 1989, JBl 1990, 524 m.Anm. Holzer = EvBl 1990/74 (*Zytostatikainjektion*); OGH 10 okt. 1991, JBl 1992, 522 = EvBl 1993/32 (*Gasbrandinfektion*); OGH 8 juli 1993, JBl 1994, 540 m.Anm. Bollenberger (*Speiseröhre*).

92 Zie o.a. het commentaar van F. Bydlinski in *Festschrift Frotz* (zie noot 82) op blz. 3 e.v. en van R. Bollenberger in diens noot bij OGH 8 juli 1993, JBl 1994, 540.

93 OGH 4 juni 1993, EvBl 1994/13 (ÖJZ 1994 blz. 94 e.v.).

2 Alternatieve veroorzaking

Prinzip der Schadensteilung in § 1304 ABGB. Beim Zusammentreffen schuldhaften Handelns des Schädigers und vom Geschädigten zu vertretender Umstände [...] ist der Schaden gemäß § 1304 zu teilen, uzw mangels näherer Bestimmbarkeit im Verhältnis 1:1. Der Beklagte hätte also dem Klager nur die Hälfte des Schadens zu ersetzen."⁹⁴

Conform de beginselen belichaamd in § 1302 en § 1304 ABGB behoort de schade in dit soort gevallen tussen gedaagde en benadeelde te worden gedeeld, aldus het OGH, bij gebrek aan nadere aanknopingspunten in de verhouding 1:1. In dit specifieke geval viel de benadeelde daarnaast echter óók nog "eigen schuld" te verwijten met betrekking tot de latere, wél onrechtmatig toegediende slagen, reden voor een reductie van A's aansprakelijkheid daarvoor met 50%. In totaal stelde het OGH de schadevergoedingsplicht van A vast op 25% van het totaal.

Na een enigszins zwalkende rechtspraak op dit punt — ingezet in 1985⁹⁵ — werd deze benadering in 1995 eveneens expliciet aanvaard voor het terrein van de medische fouten:⁹⁶

Bij de geboorte van benadeelde waren zodanige complicaties opgetreden dat hij zijn leven lang psychisch en fysiek gehandicapt zou blijven. Als oorzaken kwamen zowel een ernstige placenta-insufficiëntie van de moeder, als een dubbele knoop in de navelstreng in aanmerking. De navelstrengverknoping behoorde in principe tot de "normale" geboorterisico's waarvan de gevolgen voor rekening kwamen van de benadeelde. De gevolgen van de placenta-insufficiëntie waren echter vermijdbaar geweest wanneer de moeder niet — in strijd met de regels der medische kunst — uit een eerdere opname in het ziekenhuis was ontslagen. Daarom zou het hier gaan om een schade met als alternatieve oorzaken een kunstfout van de behandelend arts en een in de risicosfeer van de patiënt gelegen "toeval".

Na zijn eerdere uitspraken op dit terrein, alsmede de commentaren daarop, uitvoerig te hebben geëvalueerd, concludeerde het OGH dat een eenduidige rechtspraak tot dusver ontbrak, en sloot zich bij zijn hierboven beschreven principe-beslissing inzake de vechtpartij aan. Wanneer een schade alternatief kan zijn veroorzaakt door een medische fout of door een in de risicosfeer van de patiënt gelegen "toeval", biedt de leer-Bydlinski de enige "*dem Gerechtigkeitsgebot entsprechende*

94 EvBl 1994/3, ÖJZ 1994 blz. 95 l.k.

95 Zie de verwijzingen in noot 91.

96 OGH 7 november 1995, JBl 1996, 181.

Problemlösung", aldus het OGH. Dit omdat de beide andere alternatieven — het toekennen van een volledige schadeloosstelling, en het volledig afwijzen van alle aansprakelijkheid — "*unverständlich*" en onbillijk zijn, en hun toepassing in strijd zou zijn met de fundamentele beginselen van Oostenrijks schadevergoedingsrecht:

"Demgegenüber wären nämlich bei alternativer Konkurrenz zwischen einem Erfolg aus schuldhaftem Handeln und einem Zufall nur — unverständliche und unbillige — Extremösungen denkbar: Man könnte sonst nur entweder die Meinung vertreten, daß der Geschädigte mangels eindeutiger Feststellbarkeit, welches der beiden Ereignisse tatsächlich kausal war, jeden Ersatzanspruch verliere oder daß der Schädiger ungeachtet der gar nicht feststehenden Kausalität seines Verhaltens dem Geschädigten vollen Ersatz zu leisten habe. Beides widerspräche aber den tragenden Grundsätzen des österreichischen Schadenersatzrechtes, welche jedoch bei der hier vertretenen Lösung jedenfalls insoweit gewahrt bleiben, als sie mit den §§ 1302, 1304 ABGB zugrundeliegenden Wertungen im Einklang stehen."⁹⁷

In dit specifieke geval stond echter niet vast dat het werkelijk ging om een geval van alternatieve veroorzaking, aldus het OGH. Behalve dat de schade een gevolg kon zijn van òf de ene, òf de andere oorzaak, was tevens denkbaar dat zij een gevolg was van beide oorzaken gezamenlijk. Bovendien had bij juist medisch handelen de geboorte waarschijnlijk veel eerder plaats hebben kunnen vinden en was de navelstrengverknoping misschien zelfs helemaal niet ontstaan. In beide gevallen zou de gedaagde voor de totale schade moeten instaan. Daarom was nader onderzoek naar de feitelijke omstandigheden noodzakelijk.

2.3.4 Zwitserland

Tot op heden wordt een met artikel 6:99 vergelijkbare rechtsregel in het Zwitserse recht niet erkend.⁹⁸ Omdat artikel 50 *Obligationenrecht*

97 JBI 1996 blz. 183 l.k.

98 R. Brehm, *Berner Kommentar OR* 41 N 145; K. Otfinger, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Bd I (1975) § 3 II B. (blz. 80-82); Von Tuhr/Peter, *Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts*, Bd I (1979) blz. 94; Keller/Gabi, *Haftpflichtrecht* (1985) blz. 24.

(OR), het Zwitserse equivalent van de groepsaansprakelijkheid,⁹⁹ zeer ruim wordt uitgelegd kan men in veel gevallen toch de aansprakelijkheid van ieder der gedaagden aannemen. Ook bijzondere wettelijke bepalingen bieden soms een uitkomst.¹⁰⁰ Maar als regel blijft de benadeelde met lege handen staan wanneer de mogelijke veroorzakers volledig onafhankelijk van elkaar handelden, zodat het voor de toepassing van artikel 50 OR noodzakelijke *gemeinsames Verschulden* en/of de *gemeinsame Verursachung* ontbreekt.¹⁰¹ In de literatuur wordt wel gepleit voor de aanvaarding van de aansprakelijkheid bij alternatieve veroorzaking,¹⁰² evenals voor een gedeeltelijke schadevergoedingsplicht in het geval dat op één van de alternatieve oorzaken geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd.¹⁰³

Tot dit laatste resultaat, maar dogmatisch langs een heel andere weg, kwam het *Obergericht* van Zürich in het zogenaamde *Hodenkrebs-fall*.¹⁰⁴

Omdat een kankertumor werd vermoed aan een van zijn testikels onderging X een operatie waarbij zijn zaadbal ter nader onderzoek werd vrijgelegd. De opererende artsen konden evenwel geen tumor ontdekken. Tijdens een drietal nacontroles werden verdikkingen van X's scrotum vastgesteld, welke echter werden toegeschreven aan door de operatie ontstane bloedingen. Toen X op herhaald eigen aandringen, en na interventie van de directeur van de betreffende kliniek, uiteindelijk opnieuw werd geopereerd, werd een tumor ontdekt en de betreffende testikel verwijderd. Inmiddels

99 Art. 50 OR Abs. 1 luidt: "Haben mehrere den Schaden gemeinsam verschuldet, sei es als Anstifter, Urheber oder Gehilfen, so haften sie dem Geschädigten solidarisch."

100 Zie R. Quendoz, *Modell einer Haftung bei alternativer Kausalität* (diss. Zürich, 1991) blz. 16-17; P. Loser, *Kausalitätsprobleme bei Haftung für Umweltschäden* (diss. St. Gallen, 1994) blz. 41-42.

101 Zie R. Quendoz, a.w. (zie noot 100) blz. 9-12.

102 Zo met name R. Quendoz, a.w. (zie noot 100). Zie voorts P. Loser, a.w. (zie noot 100) blz. 238-242.

103 Zo R. Quendoz, a.w. (zie noot 100) blz. 85-87. Sommige schrijvers betrekken hierbij ook het leerstuk van het verlies van een kans. Zie E. Stark, *Die "Perte d'une chance" im schweizerischen Recht*, in: O. Guillod (Hrsg.), *Kolloquium: Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht* (1991) blz. 101 e.v. Andere pleidooien voor een proportionele aansprakelijkheid hebben uitsluitend of primair betrekking op de problematiek van de alternatieve benadeelde (waarover hoofdstuk 4). In deze zin Oftinger/Stark, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Bd. II/3 (1991) § 29 N. 299-308 blz. 243-246; R. Quendoz, a.w. (zie noot 100) blz. 6 resp. 86; P. Loser, a.w. (zie noot 100) blz. 247-249.

104 ZH OGer 17 nov. 1988, SJZ 1989, blz. 119 e.v.

was de tumor echter uitgezaaid. Een volgende operatie in de buikholte en stralingstherapie konden niet voorkomen dat X ruim een jaar later aan kanker overleed.

Het OG oordeelde dat in elk geval bij de derde nacontrole een kunstfout was gemaakt. Op dat moment hadden de verdikkingen van X's scrotum niet langer aan door de operatie onstane bloedingen mogen worden toegeschreven, en was onmiddellijk hernieuwd operatief onderzoek geboden geweest. Ook de operatie in de buikholte en de stralingstherapie waren veel te laat uitgevoerd. Het probleem was dat eisers het causaal verband tussen deze fouten en het overlijden van X niet konden bewijzen, omdat X ook bij een tijdige behandeling mogelijk aan zijn ziekte zou zijn overleden.

Om redenen van billijkheid kwam het OG eisers tegemoet met een bewijslastverlichting. Was normaal voor het bewijs van CSQN-verband een "*überwiegender Wahrscheinlichkeit*" vereist, in dit soort gevallen was de "*ernsthafte Möglichkeit*" van het bestaan van causaal verband voldoende, aldus het OG. De omstandigheid dat X ook bij een tijdige behandeling mogelijk zou zijn overleden, was echter aanleiding om de omvang van de schadevergoedingsplicht te matigen krachtens artikel 43 lid 1 OR:

"Dem Umstand, dass X möglicherweise auch bei richtiger Behandlung gestorben wäre, wird bei der Schadenersatzbemessung in dem Sinne Rechnung zu tragen sein, als der Beklagte — in Anwendung von Art. 43 Abs. 1 OR — zum Ersatz nicht des vollen Schadens zu verpflichten sein wird. Hätte X bei richtiger Behandlung Überlebenschancen von nicht viel weniger als 100% gehabt, so hätte der Beklagte grundsätzlich den vollen Schaden zu tragen. Da die Überlebenschancen von X bei richtiger Behandlung wahrscheinlich deutlich unter 100% lagen [...] erschiene es indessen unbillig, den Beklagten den vollen Schaden tragen zu lassen."¹⁰⁵

Artikel 43 lid 1 OR bevat een zeer algemeen geformuleerde bevoegdheid van de rechter om — na de omvang van de schade te hebben begroot — de omvang van de schadevergoeding vast te stellen.¹⁰⁶ De in de rechtspraak nader uitgekristaliseerde gronden om de vergoedings-

105 SJZ 1989 blz. 123 l.k.

106 Art. 43 Abs. 1 OR luidt: "Art und Größe des Ersatzes für dem eingetretenen Schaden bestimmt der Richter, der hierbei sowohl die Umstände als die Größe des Verschuldens zu würdigen hat."

plicht te verminderen omvatten zowel "eigen schuld" in de zin van art. 6:101 BW, als de veroorzaking van deelschade, en de gronden voor matiging in de zin van art. 6:109 BW.¹⁰⁷ Het artikel wordt wel getypeerd als een — rechtsvergelijkend gezien — vrij vergaande relativering van het beginsel van volledige schadevergoeding.¹⁰⁸ De beslissing van het OG Zürich om onzekerheid over het causaal verband te verdisconteren als een van de *Umstände* bij de *Schadenersatzbemesung* van artikel 43 lid 1 OR heeft bijval gekregen in de literatuur,¹⁰⁹ maar tot navolging in de rechtspraak is het bij mijn weten tot dusver niet gekomen.

Een veelomvattende breuk met het "*Alles-oder-Nichts-Prinzip*" is voorgesteld door de Zwitserse Staatscommissie voor de hercodificatie van het aansprakelijkheidsrecht. Deze commissie heeft voorgesteld om een wettelijke bepaling op te nemen die de rechter uitdrukkelijk een algemene bevoegdheid geeft om schadevergoeding toe te kennen naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid.¹¹⁰ Het betreffende wetsvoorstel luidt:

"Kann der Beweis nicht mit Sicherheit erbracht oder kann der Person, der er obliegt, die Beweisführung nicht zugemutet werden, so kann sich das Gericht mit einer einleuchtenden Wahrscheinlichkeit begnügen; ferner kann es die Ersatzleistung nach dem Grad der Wahrscheinlichkeit bemessen."¹¹¹

Blijkens zijn toelichting beoogt het voorstel met de laatste zinsnede niet alleen een wettelijke grondslag te creëren voor een (proportionele) aansprakelijkheid bij alternatieve veroorzaking, maar ook om de

107 Zie R. Brehm, *Berner Kommentar OR 43*; K. Oftinger, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Bd I (1975) § 7 (blz. 261-285).

108 In deze zin bijv. P. Widmer, in: O. Guillod (Hrsg.), *Kolloquium: Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht* (1991) blz. 149. Zie voorts P. Loser, a.w. (zie noot 100) blz. 38-40.

109 Zo bijv. P. Loser, a.w. (zie noot 100) blz. 228 en noot 463) die deze benadering eveneens wil toepassen bij de figuur van de alternatieve benadeelde (blz. 247-247). Kritisch, echter niet wat de proportionele oplossing betreft, maar wat betreft haar onderbouwing: E. Stark, a.w. (zie noot 103) blz. 108; R. Quendoz, a.w. (zie noot) blz. 72.

110 Zie het *Bericht der Studienkommission für die Gesamtrevision des Haftpflichtrechts* (1991), These 512-8: "Die Zulassung des Wahrscheinlichkeitsbeweises ist im Gesetz zu verankern. Dem Richter ist ferner zu ermöglichen, Schadenersatz in der Höhe der Wahrscheinlichkeit zuzusprechen." (blz. 146).

111 Artikel 49 lid 2 wetsvoorstel (concept zomer 1996).

rechter de mogelijkheid te geven een proportionele oplossing te kiezen bij figuren zoals de DES-affaire, de alternatieve benadeelde, en het verlies van genezingskansen zoals in het *Hodenkrebs-fall*, dit laatste in aansluiting bij het leerstuk van het verlies van een kans zoals ontwikkeld in het Franse en het Anglo-Amerikaanse recht.¹¹²

2.3.5 Frankrijk

De Franse *Code civil* kent geen bepaling over alternatieve veroorzaking. In de literatuur wordt vooropgesteld dat de vordering moet worden afgewezen wanneer de benadeelde niet kan bewijzen dat de schade is veroorzaakt door een bepaald lid van een groep mogelijke veroorzakers.¹¹³ De rechtspraak heeft echter verschillende wegen gevonden om te voorkomen dat de benadeelde met lege handen blijft staan.¹¹⁴ De belangrijkste zijn de *faute collective* (of *faute connexe*), gebaseerd op de hoofdregel voor persoonlijke aansprakelijkheid van artikel 1382 Cc, en de *garde collective* (of *garde en commun*), gebaseerd op de aansprakelijkheid voor zaken van artikel 1384 Cc.

De eerste oplossing houdt in dat het aanknopingspunt voor het causaal verband wordt verplaatst van de feitelijk schadetoebrengende handeling naar het groepsgebeuren als zodanig. Zo is de aansprakelijkheid aangenomen van zeven jagers die een salvo afvuurden ter afsluiting van een jachtpartij, waarbij een achtste jager gewond raakte, doordat hun gezamenlijke onzorgvuldige handeling werd aangemerkt als *la cause réelle* van het ongeluk.¹¹⁵

De tweede oplossing houdt in dat de aansprakelijkheid van een groep personen wordt aangenomen omdat zij gezamenlijk *gardien*

112 Toelichting bij het wetsvoorstel (concept zomer 1996) blz. 175-176.

113 Zie G. Viney, *Traité de Droit Civil, Les obligations, La responsabilité: conditions* (1982) nr. 374; A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations* (1989) nr. 404; Mazeaud-Tunc, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*, Tome II (1970) nr 1417 e.v.

114 Zie G. Viney, a.w. (zie noot 113) nrs 377-382; N. Dejean de la Bâtie, *Responsabilité délictuelle* (1989) blz. 126 e.v.; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Obligations, 1. Responsabilité délictuelle* (1988) nr 855-857; *J.-Cl. Responsabilité civile* (Jourdain) fasc.. 160 nrs. 93-104. Een overzicht geeft ook W. Buxbaum, a.w. (zie noot 42) blz. 54 e.v.

115 Cas. Civ. 2e, 5 juni 1957, D 1957, 439 note R. Savatier; JCP 1957 II 10205, note P. Esmein; obsv. H. et L. Mazeaud, *Rev. trim. dir. civ.* 1957, blz. 695 e.v. Zie voor een overzicht van meer recente jurisprudentie G. Viney, a.w. (zie noot 113) nr. 378.

waren van de zaak of de zaken waarmee de schade is veroorzaakt. Op basis van artikel 1384 lid 1 Cc kan aansprakelijkheid ontstaan voor alle zaken die men onder zich heeft.¹¹⁶ Zo is de aansprakelijkheid aangenomen van vijf schutters omdat zij gezamenlijk *gardien* waren van de geweren waarmee zij, tijdens een trouwpartij, een feestsalvo afgevuurd waardoor twee anderen gewond raakten.¹¹⁷ De meer exotische uitspraken in deze categorie zijn die waarin werd aangenomen dat meerdere schutters de *garde en commun* hadden over de *gerbe unique de plombs*, dat is de wolk van hagel samengesteld uit de schoten die ieder van hen gelijktijdig had afgevuurd.¹¹⁸ Meer recent is de notie van de *gerbe unique* verworpen.¹¹⁹

Overigens bieden, naast de aansprakelijkheid voor zaken, ook andere kwalitatieve aansprakelijkheden van artikel 1384 Cc soms een uitkomst, zoals de aansprakelijkheid van ouders voor hun kinderen en die van werkgevers voor hun personeel. Behoren bijvoorbeeld alle mogelijke veroorzakers tot de kinderen van één gezin dan staat de onbekendheid van de werkelijke veroorzaker niet aan de aansprakelijkheid van de ouders in de weg.¹²⁰ Ook verschillende bijzondere wetten bevatten bepalingen op grond waarvan alle leden van een bij de schadeveroorzaking betrokken groep kunnen worden aangesproken, of waarin anderszins wordt voorzien in een schadevergoeding voor de benadeelde.¹²¹ Zo heeft bij onopgehelderde verkeersongevallen de benadeelde aanspraak op het *Fonds de garantie automobile* (vergelijkbaar met het Nederlandse Waarborgfonds Motorverkeer). Sinds 1966 kan ook het slachtoffer van een onopgehelderd jachtongeluk aanspraak maken op dit fonds.¹²²

Op het eerste gezicht lijken de uitspraken over de *faute collective* en de *garde collective* de Franse versie van de aansprakelijkheid voor

116 Zie G. Viney, a.w. (zie noot 113) nrs 749 e.v.; Mazeaud-Tunc a.w. (zie noot 113) nr 1008 e.v.

117 Cas. Civ 2e, 15 dec. 1980, D 1981, 455 note E. Poisson-Drocourt; Rev. trim. dr. civ. 1981, 638 nr. 3 obsv. G. Durry; JCP 1981 IV, blz. 88. Voor een overzicht van deze jurisprudentie zie G. Viney, a.w. (zie noot 113) nr. 379.

118 Cour de Angers, 13 nov. 1957, D 1957, 721; JCP 1957 II 10339, bevestigd door Cas. Civ. 5 feb. 1960, D 1960, J 365, note H. Aberkane. Evenzo Cas. Civ. 11 feb. 1966, D 1966, 228, note R. Schmelck; R. Rodière, Rev. trim. dr. civ. 1966, blz. 538. Zie *J.-Cl. Responsabilité civile* (Jourdain) fasc. 160 nr. 100.

119 Cas. Civ. 2e, 13 maart 1975, D 1975, IR 124; JCP 1975 IV blz. 151.

120 Zie *J.-Cl. Responsabilité civile* (Jourdain) fasc. 160 nr. 95.

121 Zie B. Starck, H. Roland et L. Boyer, a.w. (zie noot 114) nr. 858-860.

122 Zie G. Viney, a.w. (zie noot 113) nrs. 374 en 375.

het handelen in groepsverband. De lakmoesproef is de vraag hoe de beslissing uitvalt wanneer — in een vergelijkbaar feitencomplex — de feitelijke veroorzaker is geïdentificeerd. De aansprakelijkheid van de overige deelnemers blijkt dan nogal eens te vervallen.¹²³ En omgekeerd, kan een van de betrokkenen aantonen dat het uitgesloten is dat hij de schade heeft veroorzaakt, dan is hij ondanks zijn deelneming niet aansprakelijk, terwijl de aansprakelijkheid van de overige betrokkenen op grond van *faute collective* blijft bestaan.¹²⁴ Hierdoor doet de motivering van deze beslissingen ongeloofwaardig aan.¹²⁵

Postagioglu heeft geopperd om, naast de directe schade, ook het teloor gaan van de bewijsmogelijkheden voor de benadeelde als een rechtens relevante schade te beschouwen. De daadwerkelijke veroorzaker is aansprakelijk voor de directe schade, de overige deelnemers voor de "bewijsschade".¹²⁶ In een enkele uitspraak is deze gedachte ook gevolgd.¹²⁷ In de literatuur is zij deels bijgevallen, deels afgewezen.¹²⁸ Zo heeft Viney ertegen aangevoerd dat er geen *faute* kan zijn gelegen in het doen teloor gaan van bewijsmogelijkheden, enkel door het toevallig tegelijk met anderen overhalen van de trekker of door andere activiteiten die toevallig de identificatie van de feitelijke veroorzaker onmogelijk maken.¹²⁹

Viney concludeert dat de noties van de *faute collective* en de *garde collective* de jurisprudentie niet kunnen verklaren. De werkelijke grondslag van deze beslissingen is volgens haar gelegen in een omkering van de bewijslast inzake het causaal verband, gebaseerd op de billijkheid:

"Les explications doctrinales ne nous paraissent donc pas rendre compte du véritable objectif poursuivi par la jurisprudence. Celle-ci a voulu tout

123 Cass. Civ. 2e, 10 jan. 1973, Rev. trim. dr. civ. 1973, blz. 779, obsv. G. Durry; Cass. Civ. 2e, 28 april 1975, D 1975, IR 173.

124 Cass. Civ. 2e, 19 mei 1976, D 1976, 629 note Mayer, JCP 1978 II 18773, note N. Dejean de la Batie.

125 Zie over dit alles ook R.J.B. Boonekamp, *Onrechtmatige daad in groepsverband* (diss. 1990) blz. 38-40. Hij spreekt in dit verband van een rechtsregel die "*twee-slachtig en inconsequent*" is (blz. 39).

126 I.E. Postagioglu, *Faits simultanés et le problème de la responsabilité collective*, Rev. trim. dr. civ., 1954, blz. 438 e.v.

127 Cour de Riom, 5 feb. 1964, JCP 1964 II 13640, note P. Esmein.

128 Zie de verwijzingen bij W. Buxbaum, a.w. (zie noot 42) blz. 62-65.

129 A.w. (zie noot 113) nr 380. In dezelfde zin A.M. Honoré a.w. (zie noot 42) nr 124.

2 Alternatieve veroorzaking

simplement, nous semble-t-il, répartir plus équitablement la charge de la preuve du lien de causalité dans certains cas où l'identification de l'auteur du dommage s'avère impossible."¹³⁰

In dezelfde zin verschillende andere schrijvers.¹³¹

De Franse rechtspraak heeft dus nogal met de alternatieve veroorzaking geworsteld. De verklaring daarvoor is het strikt vasthouden aan het vereiste dat het causaal verband tussen *faute* en schade vast moet staan. In elk geval lijkt zowel het toepassingsgebied van de *faute collective* als dat van de *garde collective* beperkter dan dat van artikel 6:99 BW en § 830 Abs. 1 S. 2 BGB.¹³² Voor beide figuren is immers in beginsel nodig dat de deelnemers in een zekere samenhang hebben gehandeld. Voor § 830 Abs. 1 S. 2 BGB is dat vereiste, voorzover al aangenomen, ver uitgehold.¹³³ Voor artikel 6:99 geldt het in elk geval niet.¹³⁴

Bij veroorzaking van deelschade wordt strikt vastgehouden aan het uitgangspunt dat ieder der daders slechts voor zijn deel aansprakelijk is.¹³⁵ Twijfel over de omvang van deelschades is geen reden om ieder voor het geheel te veroordelen. Zo wordt totaalaansprakelijkheid afgewezen voor het geval dat meerdere personen een fruitboom leeggeplunderd hebben en niet vastgesteld kan worden voor hoeveel fruit ieder verantwoordelijk is.¹³⁶ De omvang van deelschades wordt desnoods door de rechter geschat.¹³⁷

Het geval waarin op één van twee mogelijke oorzaken van een schade geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd wordt in het Franse recht niet benaderd vanuit het causaal verband, maar vanuit het

130 A.w. (zie noot 113) nr 380, blz. 451.

131 P. Esmein, note bij Cour de Riom, 5 feb. 1964, JCP 1964 II 13640; N. Dejean de la batie, note bij Cas. Civ. 2e, 19 mei 1976, JCP 1978 II 18773 1re esp.

132 Voor een vergelijking met art. 6:99 zie R.J.B. Boonekamp, a.w. (zie noot 125) blz. 40 en 43.

133 Zie de literatuurverwijzingen in noot 47.

134 Zie PG boek 6 blz. 347.

135 Zie Mazeaud-Tunc, a.w. (zie noot 113) nr. 1951. Vgl. ook W. Buxbaum, a.w. (zie noot 42) blz. 69-71.

136 Mazeaud-Tunc, a.w. (zie noot 113) nr. 1951.

137 Zo bijv. in Cass. Civ. 2e, 19 april 1956, D 1956, 538, JCP 1956 II 9381, note P. Esmein.

schadebegrip.¹³⁸ De alles-of-niets-benadering wordt hier wel doorbroken door het leerstuk van *la perte d'une chance*. Zie daarover § 3.3.2.

2.3.6 België

Het Belgische recht vertoont op het punt van de alternatieve veroorzaking een sterke gelijkenis met het Franse. Ook hier ontbreekt een wettelijke bepaling, en behelpt de rechtspraak zich zoveel mogelijk met het verplaatsen van het aanknopingspunt voor het causaal verband van de feitelijk schadetoebrengende handeling naar het groepsgebeuren als zodanig.¹³⁹ Door een enkele schrijver is gepleit voor een oplossing in de geest van artikel 6:99 BW.¹⁴⁰ Het geval waarin op één van twee mogelijke oorzaken geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd wordt wel benaderd vanuit het leerstuk van het verlies van een kans. Zie daarover § 3.3.3.

2.3.7 Verenigde Staten

De Amerikaanse *Restatement (2nd)* bevat de volgende bepaling over "alternative liability":¹⁴¹

Where the conduct of two or more actors is tortious, and it is proved that harm has been caused to the plaintiff by only one of them, but there is uncertainty as to which one has caused it, the burden is upon each such actor to prove that he has not caused the harm.¹⁴²

Deze regel werd in 1948 voor het eerst aanvaard door het *California Supreme Court* in *Summers v. Tice*,¹⁴³ een klassiek geworden

138 Een bredere kijk heeft J. Boré, *L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCP 1974 I 2620. Het artikel staat niettemin geheel in het teken van de leer van *la perte d'une chance* waarover meer in § 3.3.2.

139 Zie H. Vandenberghe & M. van Quickenborne, *Overzicht van rechtspraak aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1979-1984*, TPR 1987 nr. 175 blz. 1536-1537; M. van Quickenborne, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid* (1972), nrs. 291-321 blz. 169-182; I. Geers, *Alternative Liability under Belgian Law: Unknown and Thus Unloved?* 2 ERPL (1994) blz. 442 e.v.

140 M. van Quickenborne, t.a.p.

141 Men spreekt ook wel van "alternate" liability.

142 *Restatement of the Law (second) Torts* (1965), § 433 B(3).

143 33 Cal.2d 80, 199 P.2d 1 (1948).

2 Alternatieve veroorzaking

uitspraak met een al even klassieke casus: twee jagers schoten gelijktijdig in de richting van een derde die aan het oog gewond raakt. De ratio van deze regel is gelegen in:

"the injustice of permitting proved wrongdoers, who among them have inflicted an injury upon the entirely innocent plaintiff, to escape liability merely because the nature of their conduct and the resulting harm has made it difficult or impossible to prove which of them has caused the harm"¹⁴⁴

In *Summers* voerde het *California Supreme Court* naast dit billijkheidsargument nog een tweede overweging aan. Volgens het gerecht was omkering van de bewijslast mede gerechtvaardigd omdat de gedaagden doorgaans in een betere positie zouden verkeren om op te helderen wie van hen de schade werkelijk heeft veroorzaakt. Hetzelfde argument werd aangevoerd in de Toelichting op artikel 6:99 (zie § 2.2.2). Daarom is de achtergrond ervan interessant.

De betere bewijspositie van de gedaagde, als redengevend voor de omkering van de bewijslast, stamt uit een eerdere uitspraak van het *California Supreme Court*, namelijk uit *Ybarra v. Spangard*,¹⁴⁵ waarop in *Summers* werd voortgebouwd. *Ybarra* is ook om een tweede reden interessant. Voor de toepasselijkheid van de *Summers-rule* wordt algemeen vereist dat, afgezien van het causaal verband, aan alle overige voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan. Met name de *negligence* van alle gedaagden moet vaststaan.¹⁴⁶ Aan deze voorwaarde was in *Ybarra* niet voldaan:

In de loop van een blinde darm-operatie had de benadeelde een ernstige verwonding aan zijn schouder opgelopen. Hij sprak daarop alle bij de operatie betrokken artsen en ziekenhuis-employés aan, al was duidelijk dat zij niet allemaal verantwoordelijk konden zijn. Omdat hij onder narcose was geweest kon hij niets naders over de gang van zaken aangeven. Ook van de gedaagden werd het gerecht niets wijzer.

Onder de benaming *Res Ipsa Loquitur* kennen de VS, net als andere landen met een *Common Law*-stelsel, de mogelijkheid om de *negligence* van de gedaagde aan te nemen op grond van vermoede

144 Restatement 2nd, Torts, § 433 B, Comment on Subsection (3) onder f, blz. 446.

145 25 Cal.2d 486, 154 P.2d 687, 162 A.L.R. 1258 (1944).

146 Zie Restatement 2nd, Torts, § 433 B, Comment on Subsection (3) blz. 446 onder g; *Prosser and Keeton on Torts* (1984) § 41 blz. 271.

dens.¹⁴⁷ Ook in ons land wordt deze benaming gebruikt voor het geval waarin bepaalde feiten niet (volledig) bewezen hoeven te worden omdat zij door de omstandigheden reeds voldoende aannemelijk zijn geworden ("de feiten spreken voor zich").¹⁴⁸ In *Ybarra* nam het gerecht op grond van *Res Ipsa Loquitur* de *negligence* aan van alle gedaagden en veroordeelde hen hoofdelijk tot schadevergoeding, een beslissing die vooral was ingegeven door de onwil¹⁴⁹ van de gedaagden tot nadere uitleg. Hoewel zeer omstreden¹⁵⁰ heeft *Ybarra* enige navolging gehad, met name in andere gevallen waar iets mis was gegaan bij de behandeling in een ziekenhuis.¹⁵¹ Volgens *Prosser and Keeton on Torts* is deze jurisprudentie:

"not unconnected with the refusal of the medical profession to testify against one another."¹⁵²

Ziehier de vermoedelijke origine van de overweging dat in het geval van alternatieve veroorzaking de gedaagden doorgaans in een betere bewijspositie verkeren dan de benadeelde.¹⁵³ Zij ligt in de casuspositie waarin de werkelijke oorzaak onbekend blijft *omdat* de gedaagden weigeren daarover opheldering te verschaffen, terwijl zij daar wel degelijk toe in staat zijn.

147 Zie *Prosser and Keeton on Torts* (1984) § 39-40.

148 Zie bijv. H.K. Köster, *Res ipsa loquitur, en de eis van voldoende opheldering*, in: *Recht door zee. Liber amicorum H. Schadee* (1980) blz. 133 e.v.

149 Dat zij niet tot nadere uitleg in staat waren was althans niet aannemelijk gemaakt. Zie echter W.A. Seavey, *Res ipsa loquitur: tabula in naufragio* 63 Harv.L.Rev. (1950) blz. 643 e.v., die de beslissing ondermeer aanvalt omdat volgens hem één van de gedaagde zusters, *nurse Thompson*, evenmin als de benadeelde is staat was om nadere inlichtingen over de gang van zaken te geven.

150 Zie W.A. Seavey, 63 Harv.L.Rev. (1950) blz. 643 e.v.; *Prosser and Keeton on Torts* (1984) § 39 blz. 252-253 noot 19 en voorts: T.B. Hogan, *Cook v. Lewis Re-examined*, 24 MLR (1961) blz. 331.

151 Zie *Prosser and Keeton on Torts* (1984) § 39 blz. 252-253 noot 19.

152 *Prosser and Keeton on Torts* (1984) § 39 blz. 253 l.k.

153 Ook volgens Knottenbelt gaat de geschiedenis van art. 6:99 vermoedelijk terug op *Summers v. Tice* (zie WPNR 5869 (1988) blz. 221 r.k.). In de toelichting (PG blz. 346 noot 3) wordt weliswaar niet verwezen naar *Summers* maar wél naar de Canadese uitspraak *Cook v. Lewis* ([1952] 1 DLR 1). De *leading opinion* in *Cook v. Lewis* haakt voor de motivering aan bij *Summers* (zie hierna § 2.3.8). Daarbij wordt de bedoelde overweging uit *Summers* letterlijk geciteerd ([1952] 1 DLR blz. 18). En in *Summers* werd voortgeborduurd op *Ybarra*, aldus het *Supreme Court of California* zelf (o.a. in *Sindell*).

In een andere klassieker, *Sindell v. Abott Laboratories*, de bekende uitspraak over de aansprakelijkheid van de producenten van DES, heeft het *California Supreme Court* de bedoelde overweging van ondergeschikt belang verklaard.¹⁵⁴ Na te hebben overwogen dat die betere bewijspositie zich in casu niet voordeed en dat dat in *Summers* evenmin het geval was geweest, besloot het gerecht in *Sindell* dat dit aan de toepasselijkheid van de *Summers-rule* geenszins in de weg stond.

Later besliste het *Supreme Court of Michigan* in *Abel v. Eli Lilly & Co.*,¹⁵⁵ eveneens een DES-procedure, dat de betere bewijspositie van de gedaagde geen relevante factor is voor *alternative liability*, maar een facet van het leerstuk van *res ipsa loquitur*:

"The requirements of better access to evidence and its counterpart, exclusive control, are more correctly facets of the doctrine of *res ipsa loquitur*."¹⁵⁶

De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat de verwijzing in *Summers* naar de betere bewijspositie van de gedaagden vooral historisch moet worden verklaard en dat het billijkheids-argument zelfstandig redengevend is voor de *Summers-rule*.

Zoals gezegd vormt *Ybarra* een uitzondering op het vereiste dat de *negligence* van elk der gedaagden vast staat,¹⁵⁷ een vereiste voor toepassing van de *Summers-rule* waaraan men algemeen wil vasthouden.¹⁵⁸ Buxbaum stelt daarom dat in *Ybarra* de bewijslast werd omgedraaid voor het causaal verband én voor de onrechtmatigheid.¹⁵⁹ Op zichzelf is dat juist. Of men daaraan veel gewicht moet toekennen is een tweede. Ik meen namelijk dat men het gerecht in *Ybarra* beter moet begrijpen dan het zichzelf begrepen heeft.

In de eerste plaats kan het resultaat eenvoudig worden verklaard vanuit de redenering van de Franse jurist Postagioglu. Wat daarvan in het algemeen ook zij — ik meen dat deze redenering voor de aansprakelijkheid bij alternatieve veroorzaking geen afdoende

154 26 Cal.3d 588, 607 P.2d 924, 163 Cal.Rptr. 132, 2 A.L.R. 4th 1061 (1980), cert. denied, 449 U.S. 912, 101 S.Ct. 285.

155 418 Mich. 311, 343 N.W.2d 164 (1984).

156 343 N.W.2d op blz. 174.

157 Zo ook W.A. Seavey, 63 Harv.L.Rev. (1950) blz. 643 e.v.; T.B. Hogan, 24 MLR (1961) blz. 339; W. Buxbaum, a.w. (zie noot 42) blz. 97 e.v.

158 Zie noot 146.

159 A.w. (zie noot 42) blz. 97 e.v. Evenzo T. Weckerle, a.w. (zie noot 42) blz. 50 e.v.

verklaring kan opleveren, zie § 2.4.4 — bij het bewust verijdelen van het bewijs door de gedaagden gaat zij in elk geval op. In dat geval kan de aansprakelijkheid van de gedaagden die de schade in werkelijkheid niet hebben veroorzaakt worden gebaseerd op de omstandigheid dat zij, door te zwijgen waar spreken mogelijk was, de bewijsmogelijkheden van de benadeelde teloor hebben doen gaan. En wel op een wijze die — en hier zit het bijzondere — in beginsel onrechtmatig is jegens de benadeelde.¹⁶⁰ Zo gezien had in *Ybarra* ieder der gedaagden wel degelijk onrechtmatig gehandeld, er waren alleen twee verschillende onrechtmatige daden in het spel: een eerste die de schade veroorzaakte en een tweede waardoor ten onrechte duister bleef wie de eerste beging. Deze redenering heeft het gerecht echter niet gevolgd en in zoverre is de bedoelde uitzondering een gegeven.¹⁶¹

Een tweede verklaring voor *Ybarra* kan worden gezocht in het feit dat alle gedaagden employés waren van hetzelfde ziekenhuis. In dit verband is wel aangevoerd dat in feite sprake was van een indirecte vorm van *enterprise liability*.¹⁶² Naar Nederlands recht is de aansprakelijkheid van het ziekenhuis uiteraard de aangewezen oplossing.¹⁶³

Hoofdregel in het Amerikaanse recht is dat bij veroorzaking van deelschade ieder slechts aansprakelijk is voor zijn deel. De vraag wanneer sprake is van veroorzaking van deelschade wordt beantwoord vanuit het criterium *indivisible damage*. Of sprake is van *indivisible damage* wordt primair gezien als een feitenkwestie die moet worden beslist door de jury. De rechtspraak over dit onderwerp is mede daardoor moeilijk te systematiseren.¹⁶⁴ Bij twijfel over de omvang van deelschades is de kernvraag in hoeverre *indeterminable* gelijk kan worden gesteld aan *indivisible*. Volgens *Prosser and Keeton on Torts* heeft het maken van een *rough division* de voorkeur boven het aannemen van totaalaansprakelijkheid.¹⁶⁵ In de regel hakt men de

160 In dezelfde zin F. Bydłinski, Acp 167 (1967) blz. 437 e.v., op blz. 439.

161 Zie voor een overzicht van rechtspraak waarbij de *negligence* van alle gedaagden niet vaststond W. Buxbaum, a.w. (zie noot 42) blz. 97-103.

162 R.W. Wright, *Causation in Tort Law*, 73 Cal. L. Rev. (1985) blz. 1735 e.v. (op blz. 1821).

163 Zie art. 7:462 BW.

164 Vgl. W. Buxbaum, a.w. (zie noot 42) blz. 105. Voor een zeer uitvoerig overzicht van de rechtspraak over dit onderwerp bij opeenvolgende botsingen in het wegverkeer (t/m 1961) zie de *annotation* van D.E. Buckner, *Apportionment of damages involving successive impacts by different motor vehicles* 100 ALR 2d (1961) blz. 16 e.v.

165 *Prosser and Keeton on Torts* (1984) § 52 blz. 345 r.k.

knoop door met behulp van een schatting.¹⁶⁶ In de literatuur is wel gepleit voor een omkering van de bewijslast:¹⁶⁷

"in any case where two or more defendants are shown to have been negligent, and each to have caused some damage, and only the extent as to each is in question, the burden of proof should be shifted to the defendants, and each should be held liable to the extent not disproved. The justification for this rests upon the fact that a choice must be made, as to where the loss due to failure of proof shall fall, between an entirely innocent plaintiff and defendants who are clearly proved to have been at fault, and to have done harm."¹⁶⁸

Deze gedachte is op beperkte schaal nagevolgd in de rechtspraak,¹⁶⁹ onder andere bij kettingbotsingen op de weg¹⁷⁰ en bij medische fouten.¹⁷¹

Het geval waarin op één van twee mogelijke oorzaken van een schade geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd wordt in het Amerikaanse recht zowel benaderd vanuit het schadebegrip (*Loss of a Chance*) als vanuit het causaal verband. Dit laatste met name in de context van massaschade,¹⁷² waarover nader in § 4.2.2. Daarbij wordt echter niet echt aansluiting gezocht bij de aansprakelijkheid bij alternatieve veroorzaking, zoals in de Duitstalige rechtsstelsels het geval is. Over het leerstuk van het verlies van een kans in de VS zie § 3.3.5.

166 *Prosser and Keeton on Torts* (1984) § 52 blz. 348-350. Zie voorts J. Makdisi, *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability*, 67 N.C.L.Rev. (1989) blz. 1096-1097 e.v. Zie tevens T. Weckerle, a.w. (zie noot 42) blz. 52-53.

167 Zie A. Conant, *Recent Developments in Joint and Several Tort Liability*, 14 *Baylor L.Rev.* (1962) blz. 421 e.v.; J.H. Wigmore, *Joint-Tortfeasors and Severance of Damages; Making the Innocent Party Suffer without Redress*, 17 *Ill.L.Rev.* (1923) blz. 458 e.v. (op blz. 459).

168 *Prosser and Keeton on Torts* (1984) § 52 blz. 350 r.k.

169 *Prosser and Keeton on Torts* (1984) § 52 blz. 350-351.

170 *Leading case is Maddux v. Donaldson* 362 Mich. 452, 108 N.W.2d 33, 100 ALR 2d 1 (1961). Zie voor een overzicht (t/m 1961) de zeer uitvoerige *annotation* van D.E. Buckner, *Apportionment of damages involving successive impacts by different motor vehicles* 100 ALR 2d blz. 16 e.v.

171 *Fosgate v. Corona*, 66 N.J. 268, 330 A.2d 355 (1974).

172 Een uitzondering is bijvoorbeeld J. Makdisi, 67 N.C.L.Rev. (1989) blz. 1063 e.v. (proportionele aansprakelijkheid, op grond van "*probable causation*" in plaats van *causation in fact*, ook in individuele schadegevallen).

2.3.8 Canada

De omkering van de bewijslast bij alternatieve veroorzaking werd voor het eerst aanvaard door het *Supreme Court of Canada* in *Cook v. Lewis*.¹⁷³ Het betrof ook hier een jachtongeluk waarbij niet kon worden uitgemaakt wie van twee jagers een derde aan het oog verwondde. De *leading opinion* haakt voor de motivering kortweg aan bij *Summers*.¹⁷⁴ In een *concurring opinion* motiveert Rand J. zijn oordeel met de overweging dat de gedaagden eigenlijk een dubbel verwijt te maken valt. Zij hebben de benadeelde niet alleen in een gevaarlijke situatie gebracht, maar door de onophelderbaarheid van het causaal verband ook zijn *remedial right of establishing liability* teloor doen gaan.¹⁷⁵ Hier klinkt Postagioglu's opvatting door. Ook tegen de *opinion* van Rand J. is ingebracht dat het laatste verwijt de aansprakelijkheid niet kan verklaren omdat het — behalve bij het bewust verijdelen van het bewijs — aan onrechtmatigheid schort.¹⁷⁶ Williams introduceert nog een derde argument:

"To deny a remedy means that justice is certainly not done; to give a remedy would mean a fifty per cent possibility that justice is done."¹⁷⁷

Vanuit het oogpunt van een juiste rechtsbedeling is het efficiënter om de gedaagden aansprakelijk te houden dan om hen vrijuit te laten gaan, aldus dit argument. Ook door anderen is deze gedachte aangevoerd, in de regel als een aanvullend argument.¹⁷⁸

Cook v. Lewis is in verschillende Canadese uitspraken gevolgd. Een opmerkelijke beperking werd aangelegd in *Lange v. Bennett*.¹⁷⁹ De

173 [1951] S.C.R. 830, [1952] 1 D.L.R. 1. Voor een samenvatting zie Wright, Linden & Klar, *Canadian Tort Law* (1990) ch. 7 blz. 10 e.v.

174 Cartwright J., [1952] 1 DLR blz. 18.

175 [1952] 1 DLR blz. 4.

176 Zie T.B. Hogan, *Cook v. Lewis Re-examined*, 24 MLR (1961) blz. 331 e.v., op blz. 333; H.L.A. Hart & T. Honoré, *Causation in the law* (1985) blz. 425. Bijval betoond echter E.J. Weinrib, *A Step Forward in Factual Causation*, 38 MLR (1975) blz. 518 e.v., op blz. 525.

177 G.L. Williams, *Comment on Cook v. Lewis*, 31 Can. B. Rev. (1953) blz. 315 e.v. (op blz. 317).

178 Zie E.J. Weinrib, 38 MLR (1975) blz. 524; J.G. Fleming, *The Law of Torts* (1987) blz. 288.

179 [1964] 1 O.R. 233, te kennen uit Wright, Linden & Klar a.w. (zie noot 173) ch. 7 blz. 13.

2 Alternatieve veroorzaking

regel uit *Cook v. Lewis* werd daar niet toegepast omdat de benadeelde "eigen schuld" had aan het ontstaan van het ongeluk. Hij bevond zich in geknieelde positie in het schootsveld van twee medejagers. Niet kon worden uitgemaakt door wie van de twee hij werd geraakt toen hij plotseling opstond.¹⁸⁰

Ook in Canada zoekt men voor het geval waarin op één van twee mogelijke oorzaken van een schade geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd niet een aansluiting bij *alternative liability*. Wel kent men ook hier de notie van de *lost chance*. Zie daarover § 3.3.6.

2.3.9 Engeland

Engeland kent geen rechtsregel voor alternatieve veroorzaking. Wanneer geen *concert of action* kan worden aangenomen, en de waarschijnlijkheid dat de gedaagde de schade heeft veroorzaakt niet hoger kan worden ingeschat dan 50%, gaat de gedaagde vrijuit.¹⁸¹ De Engelse rechter heeft een met de *Summers-rule* vergelijkbare rechtsregel nog niet aanvaard. Wel is een aanknopingspunt te vinden in een *obiter dictum* van Lord Denning in *Roe v. Minister of Health*.¹⁸² In de literatuur is de Canadese uitspraak *Cook v. Lewis* zowel bestreden¹⁸³ als bijgevallen.¹⁸⁴

Ook in Engeland wordt het geval dat een schade mogelijk door een

180 Voor een kritiek hierop zie E.J. Weinrib, 38 MLR (1975) blz. 524 noot 26. Hij merkt terecht op dat hier een onzelfstandige oorzaak (het plotseling opstaan door de benadeelde) is verward met een alternatieve oorzaak. Voor de oplossing naar Nederlands recht zie noot 338.

181 Zie J.G. Fleming, *The Law of Torts* (1987) blz. 287-288; *Charlesworth & Percy on Negligence* (1990) nr 5-97; H. Street, *The Law of Torts* (1983) blz. 476; *Clerk & Lindsell on Torts* (1989) nr. 1-108; H.L.A. Hart & Tony Honoré, *Causation in the law* (1985) blz. 410.

182 [1954] 2 Q.B. 66: "If an injured person shows that one or other or both of two persons injured him, but cannot say which of them it was, then he is not defeated altogether. He can call on each of them for an explanation." (blz. 82). Zie T.B. Hogan, *Cook v. Lewis Re-examined* 24 MLR (1961) blz. 331 e.v.

183 Zie T.B. Hogan, 24 MLR (1961) blz. 331 e.v.

184 Zie J.G. Fleming, *The Law of Torts* (1987) blz. 288-289; *Charlesworth & Percy on Negligence* (1990) nr 5-97; G.L. Williams, 31 Can. B. Rev. (1953) blz. 315 e.v.; E.J. Weinrib, *A Step Forward in Factual Causation*, 38 MLR (1975) blz. 518 e.v.; P. Crane, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law* (1993), blz. 98. Zie voorts m.b.t. *Summers v. Tice*, H.L.A. Hart & Tony Honoré, *Causation in the law* (1985) blz. 424.

niet-aansprakelijkheidscheppende oorzaak in het leven werd geroepen wel benaderd vanuit de notie van de *lost chance*. Zie daarover § 3.3.4.

2.4 De rechtsgrond van artikel 6:99

2.4.1 Inleiding

Uit het rechtsvergelijkend overzicht blijkt dat ter rechtvaardiging van de aansprakelijkheid bij alternatieve veroorzaking vrij algemeen wordt aangevoerd dat het redelijker is de gedaagden de schade te laten dragen dan de benadeelde met lege handen te laten staan. De gedaagden hebben nu eenmaal ieder een onrechtmatige daad gepleegd (of anderszins voldaan aan bepaalde voorwaarden voor aansprakelijkheid) en daarmee mogelijk de schade veroorzaakt. Zet daar de "onschuldige" benadeelde tegenover en de uitkomst van een billijkheidsafweging ligt voor de hand.

Kennelijk vinden velen deze redengeving alléén wat magertjes. Het vereiste van causaal verband lijkt overboord te worden gezet met het enkele beroep op de billijkheid en daar schrikt men toch wat voor terug. Daarom zijn niet alleen diverse pogingen gedaan om het resultaat van aanvullende argumenten te voorzien, maar probeert men ook de breuk met het vereiste van causaal verband wat te verhullen. Daarnaast is, met name voor het Duitse *Bundesgerichtshof*, het uitzonderlijke karakter van de aansprakelijkheid bij alternatieve veroorzaking reden geweest om de toepasselijkheid ervan te beperken.

Ik meen dat de rechtsgrond van de aansprakelijkheid bij alternatieve veroorzaking is gelegen in het feit dat de gedaagde de benadeelde op onrechtmatige wijze in een concreet gevaar heeft gebracht dat volledig was geëigend om de schade te doen ontstaan. Ontstond de schade desondanks door een andere oorzaak, dan lag dat buiten de invloedssfeer van de gedaagde. Wat hem betreft is dat louter toeval. De billijkheidsafweging die in artikel 6:99 besloten ligt, houdt in dat het niet redelijk is wanneer de gedaagde zich jegens de benadeelde op die toevalsmogelijkheid zou kunnen beroepen.

Naar mijn mening is deze onrechtmatige gevaarstelling uiteindelijk ook de *enige* rechtsgrond. Alle andere argumenten die worden aangevoerd zijn òf een andere formulering ervan, òf erop terug te voeren, òf snijden geen hout. Ik licht mijn opvatting nader toe in § 2.4.7. Eerst komen verschillende andere meningen aan bod.

2.4.2 Artikel 6:99 houdt méér in dan alleen omkering van de bewijslast

Zoals uit het rechtsvergelijkend overzicht blijkt wordt de aansprakelijkheid bij alternatieve veroorzaking vaak getypeerd als een kwestie van omkering van de bewijslast met betrekking tot het causaal verband. Ik meen daarentegen dat men artikel 6:99 met een kwalificatie als bewijsregel onmogelijk recht kan doen. Om te beginnen al niet omdat spreken over "omkering van de bewijslast" suggereert dat in beginsel wordt vastgehouden aan het vereiste van causaal verband. Dat is verhullend taalgebruik. Slechts één van de alternatieve daders heeft de schade werkelijk veroorzaakt, de ander(en) niet. Ieder is aansprakelijk, dus ook personen waarvan *vaststaat* dat zij de schade niet werkelijk hebben veroorzaakt, al weet men niet wie dat zijn.¹⁸⁵ Bekijkt men de verhoudingen tussen eiser en ieder der gedaagden afzonderlijk, dan kan enigszins aan de notie van een bewijsregel worden vastgehouden. Enigszins, want het causaal verband wordt *niet werkelijk* geacht te zijn "bewezen" jegens de gedaagde die niet in het bewijs van het tegendeel slaagt. Was dat *wel* zo, dan zou een eventuele tweede gedaagde vrijuit moeten gaan. Daarvan is uiteraard geen sprake. Artikel 6:99 kan men daarom niet afdoen als een regel die slechts de bewijslast met betrekking tot het causaal verband omdraait. Overziet men de verhoudingen in hun totaliteit, dan wordt duidelijk dat het artikel in de gegeven omstandigheden materieel niets minder inhoudt dan dat *mogelijke* veroorzaking voldoende is voor aansprakelijkheid.

In de gegeven omstandigheden, maar welke zijn dat dan precies? Dit is de kern van de zaak. Veel literatuur veronderstelt, zij het doorgaans impliciet, dat er sprake moet zijn van een benadeelde in bewijsnood. Ter rechtvaardiging van de aansprakelijkheid bij alternatieve veroorzaking is in diverse bewoordingen aangevoerd dat de bewijsnood van de benadeelde om een of andere reden kan worden

185 Ook de Toelichting wijst hierop (PG boek 6 blz. 346) evenals Asser-Hartkamp I (1996) nr. 441 en R.J.B. Boonekamp, BW-krant Jaarboek 1991, blz. 83. Evenzo in Duitsland m.b.t. § 830 Abs. 1 S. 2 BGB: K. Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Bd I (1987) § 74 I blz. 666; E. Deutsch, *Haftungsrecht* Bd I (1976) blz. 355; F. Bydlinski, *Festschrift Beitzke* (zie noot 47), blz. 8; J. Gernhuber, *Haftung bei alternativer Kausalität*, JZ 1961 blz. 148 e.v. (op blz. 150 r.k.); in de VS m.b.t. het principe van *alternative liability*: R.W. Wright, 73 Cal.L.Rev. (1985) blz. 1817; D. Rosenberg, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System*, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 851 e.v. (op blz. 883).

toegerekend aan de gedaagden. Als aanvullend argument — naast de mogelijke veroorzaking door een onrechtmatige gevaarstelling — of als voornaamste argument.

2.4.3 De betere bewijspositie van de gedaagden

Een eerste variant van dit toerekenings-argument is de redenering uit *Ybarra v. Spangard* en de Toelichting Meijers, namelijk dat de bewijsnood mede kan worden toegerekend aan de gedaagden omdat zij in het algemeen in een gunstiger bewijspositie zouden verkeren met betrekking tot de causale gang van zaken. Deze redenering is bedoeld als aanvullend argument. Zoals gezegd verklaarde het *California Supreme Court* haar in *Sindell v. Abott Laboratories* van ondergeschikt belang, en meende het *Supreme Court of Michigan* in *Abel v. Eli Lilly & Co.* dat zij thuis hoort in het leerstuk van *res ipsa loquitur*.¹⁸⁶ Boonekamp vindt de waarde van dit argument maar betrekkelijk. Kenmerkend voor de gevallen van alternatieve veroorzaking is volgens hem:

"dat waarschijnlijk doorgaans juist door geen van beide partijen bewijs geleverd kan worden en dat in het geheel niet vastgesteld kan worden wie de schade in werkelijkheid heeft veroorzaakt."¹⁸⁷

Ik meen dat het argument in het geheel niet op gaat. Wanneer de overige gedaagden werkelijk in staat waren om de echte veroorzaker te achterhalen dan zouden zij dat toch reeds in de procedure tegen de benadeelde doen, in plaats van zich hoofdelijk te laten veroordelen?¹⁸⁸ In de praktijk is het van tweeën een: òf de gedaagden kunnen het bewijs leveren en dan komen wij niet aan artikel 6:99 toe; òf zij verkeren evenzeer in het duister als de benadeelde, en dan snijdt de bedoelde redenering geen hout. Het is dus geenszins zo dat "*waarschijnlijk doorgaans*" (zie Boonekamp hierboven) de gedaagden het bewijs van het causaal verband evenmin als de benadeelde kunnen leveren. Dit is juist typisch voor het geval waarin artikel 6:99 wordt toegepast.¹⁸⁹ Zoals wij zagen stamt het argument vermoedelijk uit de

186 Zie de tekst bij noot 154 op blz. 50.

187 BW-krant Jaarboek 1991 blz. 82.

188 Evenzo F. Bydlinski, JBl (1959) blz. 10 l.k.

189 Evenzo J. Gernhuber, die het hier besproken argument betitelt als "*eine Fabel*" (JZ 1961 blz. 150 r.k.)

specifieke context van *Ybarra v. Spangard*, waar de gedaagden door hun zwijgen bewust verijdelden dat het causaal verband werd opgehelderd. Dat is heel andere koek, en dient uiteraard volledig voor hun rekening te worden gebracht. Strikt genomen is artikel 6:99 daarbij niet eens nodig. Het causaal verband tussen deze "tweede" onrechtmatige daad (het zwijgen waar spreken is geboden) en de "bewijschade" (het onvermogen van de benadeelde om zich te verhalen op de veroorzaker van zijn directe schade) staat immers vast. Zo bezien kan met toepassing van de hoofdregel van artikel 6:98 worden volstaan.

2.4.4 Het doen ontstaan van de bewijsnood door de gedaagden

Hiermee komen wij op een tweede variant van het toerekeningsargument. Op uiteenlopende wijze is de gedachte geformuleerd dat de bewijsnood aan de gedaagden kan worden toegerekend omdat zij degenen zijn die deze bewijsnood hebben doen ontstaan. Zo onder meer Postagioglu in Frankrijk,¹⁹⁰ Rand J.¹⁹¹ en Weinrib¹⁹² in Canada, en Boonekamp¹⁹³ gevolgd door Hartlief¹⁹⁴ in Nederland. Voor Postagioglu is het doen ontstaan van de bewijsnood door de gedaagden het dragende argument voor hun aansprakelijkheid. Ook voor Boonekamp lijkt dit het hoofdargument te zijn.¹⁹⁵ Voor Weinrib daarentegen vormt het een *second rationale*,¹⁹⁶ een aanvullend argument op de hiervoor weergegeven billijkheidsafweging en het "efficiency"-argument¹⁹⁷ van Williams.

Deze gedachte is van diverse zijden bestreden met het argument dat de gedaagden in redelijkheid niet kan worden aangerekend dat de bewijsmogelijkheden van de benadeelde teloor zijn gegaan.¹⁹⁸ Wat hen kan worden aangerekend is dát ze de benadeelde in gevaar brachten, niet dat ze dat deden onder bepaalde omstandigheden die

190 Rev. trim. dr. civ., 1954, blz. 438 e.v.

191 In zijn *concurring opinion* in *Cook v. Lewis* [1952] 1 DLR blz. 4.

192 38 MLR (1975) blz. 518 e.v.

193 BW krant Jaarboek 1991, blz. 83.

194 TVVS 1992 blz. 313 r.k.

195 BW-krant Jaarboek 1991 blz. 81-83.

196 Zie 38 MLR (1975) blz. 525.

197 Zie § 2.3.8.

198 Voor Duitsland zie o.m. J. Gernhuber, JZ 1961 blz. 150 r.k. Voor Frankrijk en de *Common Law* zie noten 129 resp. 176.

toevallig ongelukkig blijken voor de bewijsvoering. Voorstanders van de redenering voeren weliswaar aan dat de gedaagden de bewijsnood hebben geschapen,¹⁹⁹ dat zij hebben deelgenomen aan een *proof-destroying process*²⁰⁰, maar nergens wordt helemaal duidelijk welke *zelfstandige* argumenten — dus los van het in gevaar brengen van de benadeelde als zodanig — redengevend zijn om dit de gedaagden ook *in rechte aan te rekenen*.

In dit verband is het verhelderend om na te gaan welke oplossing men voorstaat voor het geval dat de gedaagden niet van elkaars gedragingen wisten en ook niet behoefden te weten. In zo'n geval is het duidelijk dat de gedaagden voor het ontstaan van de bewijsnood als zodanig geen enkel verwijt treft. Zoals bijvoorbeeld in *Saint-Pierre v. McCarthy*,²⁰¹ een uitspraak uit de Canadese provincie Québec:

Een groepje jongens onder de 14 jaar kocht bij twee verschillende kooplieden munitie. Het grootste deel verschoten zij met een geweer op het vrije veld. Met één schot ging het mis en werd de dochter van X verwond. Van welke koopman deze patroon afkomstig was bleef onbekend. Vanwege de jeugdige leeftijd van de jongens hadden beide kooplieden onrechtmatig gehandeld. De één wist echter niets van de verkoop door de ander.

Weinrib erkent dat de deelname aan het *proof-destroying process* hier onmogelijk *negligent* kan zijn. Toch is dat voor hem geen reden om van de aansprakelijkheid van beide kooplieden af te willen zien.²⁰²

Blijft de vraag wat dan wél de reden is voor toerekening van de bewijsnood aan de gedaagden. Als dat niet hun rol bij het ontstaan van die bewijsnood is, dan blijft toch alleen de onrechtmatige gevaarzetting als zodanig over? In zijn kritiek op de redenering van Rand J. in *Cook v. Lewis* voert Hogan aan:

"It is a startling proposition, if it is a fair inference from what Rand J. says, that nursing staff assisting at a negligently conducted operation may be called on for an explanation simply because, had they not been there, it would be so much easier for the plaintiff to ascertain the negligent party."²⁰³

199 Vgl. R.J.B. Boonekamp, BW-krant Jaarboek 1991 blz. 81.

200 Zo E.J. Weinrib, 38 MLR (1975) blz. 525 noot 27.

201 [1957] Québec Rep. 421, ook te kennen uit W. Buxbaum, a.w. (zie noot 42) blz. 56.

202 38 MLR (1975) blz. 525 noot 27.

203 24 MLR (1961) blz. 333.

Dat is de boel ridiculiseren, zo voert Weinrib aan, want:

"this only happens if each nurse had breached a substantive duty owed to the patient".²⁰⁴

Hiermee wordt duidelijk dat het ook voor Weinrib uiteindelijk om de onrechtmatige gevaarstelling als zodanig draait. Ik meen dan ook dat deze gevaarstelling de échte reden is waarom hij het ontstaan van de bewijsnood aan de gedaagden toe wil rekenen.

Boonekamp voert het doen ontstaan van de bewijsnood door de gedaagden aan als hoofdargument.²⁰⁵

"Het is billijker [...] het bewijsrisico bij de mogelijke veroorzakers te leggen dan bij de gelaedeerde en wel omdat zij door hun toerekenbaar onrechtmatig handelen de bewijsnood hebben geschapen en het bewijsrisico daarom meer in hun sfeer thuis hoort dan in die van het onschuldige slachtoffer."

Ik vind deze benadering onjuist, en wel om twee redenen. In de eerste plaats omdat, zoals hiervoor uiteengezet, het niet het onrechtmatig scheppen van de bewijsnood is dat funderend is voor de aansprakelijkheid bij alternatieve veroorzaking, maar het onrechtmatig scheppen van een concreet gevaar waardoor de schade mogelijk werd veroorzaakt. De onrechtmatigheid heeft niet betrekking op het ontstaan van de bewijsnood — die kan ook volstrekt toevallig ontstaan — maar op de gevaarstelling. Het is weliswaar *mogelijk* dat de bewijsnood op onrechtmatige wijze wordt veroorzaakt (bijvoorbeeld door te zwijgen waar spreken is geboden, zoals in *Ybarra*) maar de toepasselijkheid van artikel 6:99 is zeker *niet tot dat geval beperkt*. Sterker nog, zoals hiervoor reeds aangevoerd,²⁰⁶ strikt genomen hebben wij het artikel dan niet meer nodig.

In de tweede plaats vind ik Boonekamp's benadering niet juist omdat naar mijn mening voor de toepasselijkheid van artikel 6:99 helemaal geen sprake hoeft te zijn van een bewijsnood. Althans, van

204 38 MLR (1975) blz. 526 noot 30. Hij wijst er vervolgens op dat *Ybarra v. Spangard* op dit punt verder gaat.

205 BW-krant Jaarboek 1991 blz. 83. Hij spreekt aanvankelijk wel van een *"tweeledig argument"*, maar het tweede deel — de betere bewijspositie van de gedaagden — wordt door hem gerelativeerd. Hij concludeert: *"uiteindelijk is dat deel [het eerste, AA] dus eigenlijk het enige argument"* (blz. 82-83).

206 Zie § 2.4.3 (slot).

een bewijsnood in de bedoelde zin, dat wil zeggen het onvermogen van de benadeelde om te bewijzen wie *van twee of meer* mogelijke daders de werkelijke veroorzaker is (omdat het gaat om *mogelijke* veroorzaking is in zekere zin wel altijd sprake van een ander "bewijsprobleem", zie § 2.4.7). Voor wie meent, zoals ik — én zoals Boonekamp²⁰⁷ — dat artikel 6:99 toepasselijk kan zijn wanneer die bewijsnood niet bestaat, kan het artikel sowieso niet worden verklaard in termen van deze bewijsnood en de toerekening daarvan.

2.4.5 *Het bestaan van een bewijsnood is geen voorwaarde voor de toepasselijkheid van artikel 6:99*

Dat het bestaan van een bewijsnood in de bedoelde zin geen voorwaarde is voor de toepasselijkheid van artikel 6:99, zal ik proberen aan te tonen aan de hand van het geval waarin naast een mogelijke oorzaak een vastgestelde oorzaak staat. Het gaat dus om schade die *zeker* door A werd veroorzaakt, maar *mogelijk tevens* door B. In § 2.2.1 gaf ik een jager-voorbeeld: het geval waarin het vast staat dat X werd getroffen door de kogel van A, maar mogelijk tevens door de kogel van B. Ik meen dat artikel 6:99 ook in dit geval toepasselijk moet zijn, ondanks het feit dat het onvermogen van de benadeelde om van twee of meer mogelijke daders de werkelijke veroorzaker aan te wijzen, dan niet bestaat.

Zoals aangestipt in § 2.2.1 gaat het hier om een tussenfiguur tussen "zuivere" alternatieve veroorzaking en "dubbele" veroorzaking, en men zou kunnen volstaan met het argument dat de toepasselijkheid van 6:99 zonder meer voortvloeit uit de tekst van dat artikel. Die bepaalt immers dat de schade door *ten minste* een van de gebeurtenissen moet zijn ontstaan, waardoor de vastgestelde oorzakelijkheid van de één, nog niet aan de aansprakelijkheid krachtens artikel 6:99 van de ander in de weg hoeft te staan. Ik wil met dit naar mijn smaak ietwat legistische argument niet volstaan. Daarom zal ik trachten mijn opvatting met inhoudelijke argumenten te onderbouwen. Dat zal ik doen aan de hand van de discussie in het Duitse recht over de zogenaamde *Subsidiarität* van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB.

207 Gezien zijn opvattingen over de grondslag van art. 6:99 is het opmerkelijk dat ook Boonekamp het bestaan van een bewijsnood niet noodzakelijk acht voor de toepasselijkheid van het artikel. In zijn bespreking van het Duitse recht wijst hij navolging voor het Nederlandse recht van de *Subsidiarität* van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB af. Zie BW-krant Jaarboek 1991 blz. 91.

2 Alternatieve veroorzaking

De figuur waarbij naast een mogelijke oorzaak een vastgestelde oorzaak staat, doet zich niet alleen voor bij "echte" mogelijke dubbele veroorzaking zoals in het jagervoorbeeld, maar ook wanneer de "zekere" veroorzaking door A enkel het gevolg is van het feit dat de schade die eventueel door B is veroorzaakt, aan A wordt *toegerekend*. Dit is onder meer het geval in de casusposities die ten grondslag lagen aan de bedoelde discussie over § 830 Abs. 1 S. 2 BGB. Ik breng het *Anhalter-fall* in herinnering:

X wilde een vrachtwagen aanhouden die werd bestuurd door A. A reed echter door. X werd daarbij aangereden en bleef bewusteloos op de weg liggen. Daar werd hij opnieuw aangereden door B. Door één van deze twee aanrijdingen verloor X zijn onderbeen, door welke bleef onbekend. A bleef onvindbaar, X sprak B aan.²⁰⁸

Het BGH besliste dat X de *mogelijke* veroorzaker B kon aanspreken krachtens § 830 Abs. 1 S. 2 BGB, ondanks het feit dat A de schade *zeker* veroorzaakt had (in die zin dus dat het ontstaan van de schade hem in elk geval kon worden toegerekend).²⁰⁹ Gernhuber kritiseerde deze beslissing met het argument dat de aansprakelijkheid bij alternatieve veroorzaking een subsidiair karakter heeft. Staat aansprakelijkheid van één der gedaagden reeds vast wegens *nachgewiesener Kausalität* dan is voor toepasselijkheid van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB geen plaats meer:

"Geschaffen für jene Fälle, in denen der Geschädigte gar nichts erhalten würde, falls er gezwungen wäre, seinen Schaden in Rahmen der herkömmlichen Haftungsgrundsätze geltend zu machen, wird Mißbrauch mit ihr getrieben, wenn es gilt, einem Kläger zu helfen, der auf Schwierigkeiten bei dem Versuch stößt, einen aus nachgewiesener Kausalität Verpflichteten ausfindig zu machen, und wenn es gilt, einem Kläger beizuspringen, der einen aus nachgewiesener Kausalität Verpflichteten nicht belangen mag, weil dessen Vermögensverhältnisse keinen vollen Erfolg garantieren. Ob sich der entscheidende Senat dieser Subsidiarität der Haftung bei alternativer Kausalität bewußt gewesen ist, läßt sein Urteil nicht erkennen."²¹⁰

208 BGH 15 nov. 1960, BGHZ 33, 286 = NJW 1961, 263 m. Anm. Deubner op 1013.

209 Deze toerekening vindt ook plaats in het Nederlandse recht. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 49; Onrechtmatige daad V (oud) (Bouwman) nr. 138; A.R. Bloembergen, diss. (zie noot 33) nr. 152; J. van Schellen, *Toerekening naar redelijkheid* (1985) blz. 57 e.v.

210 JZ 1961 blz. 148 l.k.

Aanvankelijk wees het BGH deze kritiek van de hand. Ook wanneer de schadevergoedingsplicht van een veroorzaker vaststaat, kan de benadeelde "*ein erhebliches Interesse*" hebben om *tevens* een ander aan te kunnen spreken die de schade slechts mogelijk veroorzaakte. Bijvoorbeeld wanneer de eerste veroorzaker onvindbaar of insolvent is.²¹¹

Later stelde het BGH dit standpunt bij.²¹² Gernhuber's *Subsidiarität* van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB werd als zodanig nog steeds afgewezen. Voor de toepasselijkheid van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB zou echter wel zijn vereist dat minstens twee mogelijke veroorzakers tegenover elkaar staan. Dit illustreerde het BGH met het zogenaamde *Kanalschachtbeispiel*:

A en B stoten X aan, die door één van deze stoten (onbekend is door welke) in een put valt. C is aansprakelijk voor het feit dat de put niet behoorlijk was afgedekt.²¹³

De aansprakelijkheid van A en B als *Beteiligten*²¹⁴ wordt dan niet geëcarteerd door de aansprakelijkheid van C,²¹⁵ aldus het BGH. Hetzelfde wordt aangenomen wanneer X een vordering heeft tegen een verzekeraar.²¹⁶ Dit is anders wanneer maar één onzekere oorzaak in het spel is:

"Ist demnach auch die Verwendung des Begriffs "Subsidiarität" in diesem Zusammenhang verfehlt, so bleibt es doch jedenfalls im Grundsatz dabei, daß eine Alternativbeteiligung im Sinne der Vorschrift dann nicht gegeben ist, wenn einer der für die "Beteiligung" in Frage kommenden erwiesener-

211 Zie r.o. II 1 a in BGH 15 dec. 1970, BGHZ 55, 86 = NJW 1971, 506 m. Anm. Köndgen op blz. 871 = JR 1971, 154 m. Anm. Schneider.

212 Voor het eerst in BGH 22 juni 1976, BGHZ 67, 14 = NJW 1976, 1934 = JR 1977, 327.

213 Zie r.o. 2 bb in BGH 22 juni 1976, BGHZ 67, 14 = NJW 1976, 1934 = JR 1977, 327. Hierover ondermeer Staudinger-Schäfer § 839 Rnr 28; RGRK-Steffen § 830 Rnr 21; F. Bydliniski, *Festschrift Beitzke* (zie noot 47), blz. 18.

214 Niet als *Mittäter*, want geen (kans)opzet.

215 C is hier een *Nebentäter* die moet instaan voor een onzelfstandige (zekere) oorzaak die samengelopen is met één van twee mogelijke (alternatieve) oorzaken.

216 Zie Müko-Mertens, § 830 Rnr 30; Soergel-Zeuner § 830 Rnr 21; Staudinger-Schäfer § 830 Rnr 28.

2 Alternatieve veroorzaking

maßen haftet. Denn dann besteht die Beweisnot der Geschädigten nicht, die dem Gesetzgeber Anlaß zu der Sonderregelung gab."²¹⁷

Komt met betrekking tot één van twee mogelijke veroorzakers het causaal verband vast te staan, dan doet de typische bewijsnood waar § 830 Abs. 1 S. 2 BGB op ziet zich niet langer voor, aldus het BGH.

Toen het BGH daarna een volstrekt met het *Anhalter-fall* vergelijkbare casus ter beoordeling kreeg voorgelegd, wees het de aansprakelijkheid van de mogelijke veroorzaker B af.²¹⁸ De redengeving hield in dat § 830 Abs. 1 S. 2 BGB niet dient om de aansprakelijkheid van een tweede (mogelijke) dader in het leven te roepen wanneer die van een eerste reeds vaststaat:

"Die bloße Ungewißheit, ob *zusätzlich* ein anderer verantwortlich ist, reicht für ihre Anwendung [die van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB] nicht aus."²¹⁹

De omstandigheid dat de eerste dader onvindbaar of insolvelabel kan zijn doet daar niet aan af:

"Die besondere Rechtswohltat der Vorschrift soll nur den Nachteil ausgleichen, den der Geschädigte sonst durch die Situation der Alternativverursachung nicht *vielleicht*, sondern mit Sicherheit erleidet."²²⁰

De recente literatuur wijst deze nieuwe koers van het BGH in meerderheid af.²²¹ Bydlinski wijst erop dat het vastgesteld causaal verband van de één niet betekent dat de ander niet langer alle voorwaarden voor aansprakelijkheid zou hebben vervuld:

"Auch wenn hinsichtlich eines bestimmten Schadens neben einem alternativ kausalen Schädiger ein erweislich kausaler Schädiger steht, bleibt es wahr, daß der erstere schuldhaft, rechtswidrig und möglicherweise kausal

217 R.o. 2 bb in BGH 22 juni 1976, BGHZ 67, 14 = NJW 1976, 1934 = JR 1977, 327.

218 BGH 7 nov. 1978, BGHZ 72, 355 = NJW 1979, 544 m. Anm. Fraenkel op blz. 1202 = JuS 1979, 445 m. Anm. Emmerich.

219 Ibid, r.o. 2 b.

220 Ibid, r.o. 2 bb.

221 Aldus H.D. Assmann, a.w. (zie noot 42) blz. 132. Zie voorts F. Bydlinski, *Festschrift Beitzke* (zie noot 47), blz. 15; W. Posch, a.w. (zie noot 42) blz. 166; W. Brehm, *Zur Haftung bei alternativer Kausalität*, JZ 1980 blz. 585 e.v.; Soergel-Zeuner § 830 Rnr. 12.

gehandelt hat und damit einem im Rahmen des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB zureichenden Haftungstatbestand gesetzt hat."²²²

Dat voor toepasselijkheid van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB het bestaan van minstens twee mogelijke veroorzakers zou zijn vereist is volgens hem niet vol te houden:

"Das aber wäre eine Zahlenspielerei ohne jeden rechtlichen Gehalt. Sollte das Kanalschachtbeispiel ernsthaft anders entschieden werden, wenn der für die Sicherung des Schachts Verantwortliche mit einem der beiden identisch ist, von denen man nicht weiß, wessen Stoß den Verletzten in den ungesicherten Schacht stürzen ließt?"²²³

En waarom het in rechte vaststaan van de schadevergoedingsplicht van A, ongeacht diens mogelijke onvindbaarheid of insolventie, van invloed zou zijn op de verhouding tussen X en B, valt volgens hem niet in te zien:

"Der Gedanke, daß seine nur im juristischen Begriffshimmel beheimatete Ersatzpflicht, die hienieden sonst nicht die geringsten realen Auswirkungen hat, die Rechtslage zwischen dem Verletzten und dem Alternativtäter entscheidend zugunsten des letzteren verschieben sollte, ist schwer nachzuvollziehen. Der juristisch sichere Anspruch ändert ja infolge seiner Irrealität nichts an den Gründen, die die Schutzwürdigkeit des Verletzten konstituieren, ebensowenig aber an den Haftungsgründen, die den Alternativtäter belasten."²²⁴

Ook ik meen dat de oorspronkelijke beslissing van het BGH in het *Anhalter-fall* juist is. De nieuwe jurisprudentie zou ik voor het Nederlandse recht niet willen volgen. Vóór de toepasselijkheid van artikel 6:99 in het bedoelde geval spreken, naast de tekst van het artikel, ook verschillende inhoudelijke argumenten:

In de eerste plaats met betrekking tot de positie van de benadeelde. Het is evident dat X hetzelfde belang kan hebben bij de toepasselijkheid van artikel 6:99 als bij twee mogelijke oorzaken. Bijvoorbeeld

222 F. Bydlinski, *Festschrift Beitzke* (zie noot 47), blz. 15.

223 Ibid, blz. 18.

224 Ibid, blz. 16.

wanneer A onvindbaar is, zoals in het *Anhalter-fall*, of insolvent.²²⁵ In het hiervoor weergegeven citaat voert Gernhuber aan dat § 830 Abs. 1 S. 2 BGB alleen dient om de benadeelde tegemoet te komen bij problemen met het causaal verband, niet bij problemen wegens de onvindbaarheid of de insolventie van een dader wiens aansprakelijkheid wegens vastgesteld causaal verband zonder meer vaststaat. De tegenstelling die hij schildert is slechts schijn. Wanneer X de mogelijke veroorzaker B wil aanspreken is het nog steeds een probleem van causaal verband, en niet een ander probleem, waarvoor X zich op § 830 Abs. 1 S. 2 BGB wil beroepen. Het probleem van onvindbaarheid of insolventie betreft A, niet B. Voor de toepasselijkheid van artikel 6:99 geldt uiteraard hetzelfde.

In de regel betekent het een voordeel voor de benadeelde wanneer meer dan één persoon bij de veroorzaking van zijn schade is betrokken. Zijn meerdere veroorzakers voor het geheel aansprakelijk, dan deert de onbekendheid of insolventie van één van hen hem niet. Hij kan aanspreken wie hem het beste uitkomt. Het is niet op voorhand inzichtelijk waarom dat hier ineens anders zou zijn. In de casuspostie van het *Anhalter-fall* klemt deze vraag temeer omdat hier de niet-toepasselijkheid van artikel 6:99 enkel het gevolg zou zijn van de omstandigheid dat A de gevolgen van B's handelingen krijgt toegerekend.²²⁶ Deze toerekening vindt juist plaats in het belang van de benadeelde.²²⁷ Het is wel een heel merkwaardig resultaat wanneer in het voorliggende geval deze rechtsregel in het *nadeel* van de benadeelde zou werken. Ook in Duitsland is dit argument aangevoerd, onder meer door Fraenkel:

"Eine Regelung aber, deren ausschließlicher Zweck darin liegt, den Verletzten zu begünstigen, kann nicht dazu führen, dem Verletzten die ohne diese Regelung zweifelsfrei gegebene Möglichkeit der Anspruchsbegründung nach § 830 Abs. 1 S. 2 BGB zu nehmen."²²⁸

225 Ook verzekering kan een rol spelen. Deutsch wijst in dit verband op de mogelijkheid dat B (als automobilist) verplicht is verzekerd, terwijl fietser A dat niet is. Zie E. Deutsch, *Unerlaubte Handlungen und Schadenersatz* (1987) Rnr. 156.

226 Zo althans in het hier besproken geval. In de "echte" gevallen van mogelijke dubbele veroorzaking is dat niet zo.

227 Zie de literatuur in noot 209.

228 NJW 1979 blz. 1203 l.k. Ook het BGH voerde dit argument aanvankelijk tegen de stellingen van Gernhuber aan. Zie r.o. II 1 a in BGH 15 dec. 1970, BGHZ 55, 86 = NJW 1971, 506 m. Anm. Köndgen op blz. 871 = JR 1971, 154 m. Anm. Schneider. Zie voorts E. Deutsch, *Die dem Geschädigten nachteilige Adäquanz*, NJW 1981 blz. 2731 e.v.

Een volgend argument betreft de positie van de gedaagde. Een bezwaar tegen de toepasselijkheid van artikel 6:99 jegens B wordt wellicht min of meer intuïtief ingegeven door de gedachte dat de *mogelijke* veroorzaking van een schade niet langer voldoende is voor aansprakelijkheid wanneer daarnaast de *zekere* veroorzaking door een ander staat. Deze intuïtie is misleidend. Anders dan de spreektaal op het eerste gezicht suggereert, sluiten in het kader van de juridische causaliteit *mogelijke* en *zekere* veroorzaking elkaar niet noodzakelijk uit. Dat *kan* natuurlijk wel zo zijn, bijvoorbeeld wanneer na aanvangelijke twijfel tussen twee mogelijke oorzaken de werkelijke oorzaak vast komt te staan. Maar het *hoeft* niet, zoals de casuspositie van het *Anhalter-fall* illustreert. In het hier besproken geval doet de zekere veroorzaking door A in geen enkel opzicht af aan de mogelijke veroorzaking door B. Zouden de voorwaarden voor de aansprakelijkheid van B niet langer zijn vervuld, dan ligt de reden daarvoor in elk geval niet in een veranderde positie van B.

Ik kom bij de kern van de zaak. In het "standaard-geval" met twee onzekere oorzaken valt de afweging tussen de benadeelde X en de gedaagden A en B in het voordeel uit van X. Welnu, waarom dat in het hier besproken geval wat B betreft anders zou zijn valt niet in te zien. In beide gevallen heeft B de benadeelde op onrechtmatige wijze in een concreet gevaar gebracht, dat mogelijk de schade heeft veroorzaakt. Daar doet de gewijzigde positie van A in geen enkel opzicht af. En het belang van de benadeelde bij de aansprakelijkheid van B hoeft evenmin te zijn verminderd, zoals de onvindbaarheid van A in het *Anhalter-fall* treffend illustreert. Wat dit betreft sluit ik mij volledig bij de argumentatie van Bydlinski met betrekking tot § 830 Abs. 1 S. 2 BGB aan. Ook Boonekamp meent dat artikel 6:99 hier toepasbaar is omdat de situatie ten opzichte van het standaardgeval niet principieel is veranderd.²²⁹

Een aanvullend argument voor de toepasselijkheid van artikel 6:99, specifiek voor de casuspositie van het *Anhalter-fall*, is gelegen in de verhouding tussen A en B. Onderling bezien zijn A en B "gewone" alternatieve veroorzakers. Jegens X moet A weliswaar als een zekere veroorzaker gelden, maar dat is alleen zo omdat A de gevolgen van

²²⁹ BW-krant Jaarboek 1991 blz. 91.

B's handelingen krijgt toegerekend.²³⁰ Deze toerekening is echter slechts gerechtvaardigd jegens X. In de verhouding tussen A en B bestaat daarvoor geen grondslag. Wanneer A de schade aan X vergoedt is het onrechtvaardig als hij geen regres kan nemen op B.²³¹ De schade kan immers zowel door A als door B zijn veroorzaakt. Net als bij "gewone" alternatieve veroorzakers zullen zij de schade daarom samen moeten dragen. Als maatstaf voor die draagplicht komt met name de relatieve waarschijnlijkheid in aanmerking waarmee de schade door A danwel door B werd veroorzaakt.²³² Welnu, wanneer de toepasselijkheid van artikel 6:99 wordt afgewezen in de verhouding tussen X en B, kan A zich niet op B verhalen. Een regresvordering is niet mogelijk omdat B geen medeschuldenaar is jegens X. Een eigen actie van A uit onrechtmatige daad zal in beginsel afstuiten op het relativiteitsvereiste. Ook een vordering uit ongerechtvaardigde verrijking is niet mogelijk. B wordt immers niet door de vergoeding van de schade door A verrijkt zolang hij niet eerst jegens X aansprakelijk is.

Ik concludeer dat artikel 6:99, behalve wegens zijn "*wortlaut*", ook om inhoudelijke redenen toepasselijk dient te zijn jegens de mogelijke veroorzaker B, ondanks dat de veroorzaking door A reeds vaststaat. De nieuwere jurisprudentie van het BGH, die met betrekking tot § 830 Abs. 1 S. 2 BGB het tegendeel inhoudt, is niet overtuigend. Zij lijkt vooral te zijn ingegeven door de wens om de toepasselijkheid van de bepaling vanwege zijn uitzonderlijk karakter — het BGH spreekt van een "*besondere Rechtswohltat*"²³³ — zoveel mogelijk te beperken. De motivering is nogal leerstellig van aard. Verschillende materiële argumenten spreken vóór toepasselijkheid. Evenals de meerderheid van de recente Duitse literatuur meen ik dat de argumentatie van het BGH daar niet tegen opweegt.²³⁴

230 Althans, in het hier besproken geval. In de "echte" gevallen van mogelijke dubbele veroorzaking is dat anders. Het hier weergegeven *aanvullende* argument snijdt daar ook wat minder hout.

231 Evenzo voor het Duitse recht M. Fraenkel, Anmerkung zu BGH 7-11-78, NJW 1979 blz. 1202 e.v.; F. Bydlinski, *Festschrift Beitzke* (zie noot 47), blz. 16.

232 Evenzo T. Bodewig, AcP 185 (1985) blz. 523; B.M. Maassen, *Beweismaßprobleme im Schadensersatzprozeß* (1975) blz. 124.

233 Zie het citaat bij noot 220 op blz. 64.

234 Tot hetzelfde resultaat (maar langs geheel andere weg) kwam de Engelse rechter bij een vergelijkbare casuspositie in *Fitzgerald v. Lane* [1987] Q.B. 781; [1987] 3 W.L.R. 249; [1987] 2 All E.R. 455 (*Court of Appeal*; het beroep bij het *House of Lords* had betrekking op andere gronden, [1988] 3 W.L.R. 356; [1988] 2 All E.R. 961.

Het onvermogen van de benadeelde om van twee of meer mogelijke daders de werkelijke veroorzaker aan te wijzen, bestaat hier echter niet. Daaruit volgt eens te meer dat artikel 6:99 niet kan worden verklaard in termen van deze²³⁵ bewijsnood en de toerekening daarvan aan de gedaagden.

2.4.6 Het "efficiency"-argument van Williams

"To deny a remedy means that justice is certainly not done; to give a remedy would mean a fifty per cent possibility that justice is done."²³⁶

Aldus het "efficiency"-argument van Williams dat onder meer terugkwam bij Weinrib.²³⁷ Dit argument snijdt geen hout omdat het voorbij gaat aan de noodzaak van een onrechtmatige gevaarzetting door ieder der aansprakelijk te stellen personen. Een voorbeeld kan dit verduidelijken. Ik herinner aan het taxi-voorbeeld uit § 1.2.2:

In de woonplaats van X rijden twee taxi's met een blauwe kleur, elk van een ander taxibedrijf. X wordt door een onbekende taxi aangereden. Hij kon alleen zien dat het een blauwe taxi was met een plaatselijke vergunning.

In dit geval kan de aansprakelijkheid van beide taxibedrijven met een blauwe taxi toch niet worden gebaseerd op de redenering dat de "trefkans" 50% is? Eén van de twee heeft niet meer gedaan dan met een blauwe taxi rijden, en dat is uiteraard niet onrechtmatig. Nog daargelaten dat het percentage "treffers" afneemt naarmate er meer mogelijke veroorzakers in het spel zijn, met deze niet-geschoten-is-altijd-mis redenering kan men gewoon geen recht doen. De onrechtmatige gevaarzetting door de aansprakelijk te stellen personen staat niet vast.²³⁸ Kennelijk wordt zij in Williams' redenering voorondersteld.

235 Zoals reeds aangegeven is in zekere zin wel altijd sprake van een *ander* bewijsprobleem, omdat het nu eenmaal gaat om *mogelijke* veroorzaking. Zie hierover nader § 2.4.7.

236 31 Can.B.Rev. (1953) blz. 317.

237 38 MLR (1975) blz. 524.

238 Vgl. *Smith v. Rapid Transit*, 317 Mass. 469, 58 N.E.2d 754 (1945) waarover Makdisi, 67 N.C.L.Rev. (1989) blz. 1079. Anders echter *Kaminsky v. Hertz Corp.*, 94 Mich. App. 356, 288 N.W.2d 426 (1979), waarop dan ook kritiek door R.W. Wright, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof*:

2.4.7 Eigen opvatting

Ik meen dat men artikel 6:99 moet begrijpen, niet als een bewijsregel, maar als een bijzondere regel van materieel recht. Artikel 6:99 roept aansprakelijkheid in het leven bij *mogelijke* veroorzaking. In zo'n situatie kan de benadeelde niet bewijzen dat de gedaagde de schade veroorzaakte, terwijl de gedaagde het tegendeel niet kan bewijzen. In zoverre kan men dus volhouden dat het artikel de benadeelde tegemoet komt bij een bepaald bewijsprobleem. Maar daarmee is artikel 6:99 nog geen bewijsregel. Met deze kwalificatie kan men het artikel onmogelijk recht doen. Zoals uiteengezet in § 2.4.2 wordt het causaal verband niet *werkelijk* geacht te zijn "bewezen" jegens de gedaagde die niet in het bewijs van het tegendeel slaagt. Dat "bewijs" houdt immers geenszins in dat een eventuele tweede mogelijke veroorzaker vrijuit gaat. De omkering van de bewijslast in artikel 6:99 is naar mijn mening slechts een middel tot een doel. Dat doel is de aansprakelijkheid van de gedaagde. Het middel van de bewijslastomkeer moet daarmee niet worden vereenzelvigd. Evenmin kan men artikel 6:99 verklaren vanuit het bestaan van een bepaalde bewijsnood die aan de gedaagde zou worden toegerekend. Voor de toerekening van die bewijsnood bestaan geen *zelfstandige* argumenten (dus los van het onrechtmatig in gevaar brengen van de benadeelde als zodanig, zie § 2.4.3 en § 2.4.4), en het bestaan ervan is geen noodzakelijke voorwaarde voor de toepasselijkheid van het artikel (zie § 2.4.5).

Artikel 6:99 kan daarom logischerwijs niet anders zijn dan een bepaling van materieel recht die onder bepaalde omstandigheden aansprakelijkheid in het leven roept wegens *mogelijke* veroorzaking van schade. Wat zijn die omstandigheden dan precies? Ik meen dat het draait om de onrechtmatige gevaarzetting door de gedaagden.²³⁹ Het artikel kan worden toegepast jegens iedere gedaagde die de benadeelde op onrechtmatige wijze in een concreet gevaar heeft gebracht dat volledig was geëigend om de schade te doen ontstaan.²⁴⁰ Mogelijk is

Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts, 71 Iowa L.Rev. (1988) blz. 1001 e.v. (op blz. 1075-1076).

239 In dezelfde zin F. Bydlinski, *Festschrift Beitzke* (zie noot 47), blz. 9; P. Gottwald, *Karlsruher Forum* 1986 (zie noot 58) blz. 18-19; H. Koziol, *Österreichisches Haftpflichtrecht* Bd I (1980) blz. 68-69; R. Quendoz, a.w. (zie noot 100) blz. 61.

240 Bij risico-aansprakelijkheid betekent dit dat het abstracte gevaar waarop zij betrekking heeft, zich nader moet hebben gerealiseerd in de vorm van een concrete gevaarzetting van het beschadigde rechtsgoed. Voor Duitse literatuur hierover zie noot 67.

de schade erdoor ontstaan. Was dat *niet* het geval, en ontstond de schade door een andere oorzaak, dan lag dat buiten de invloedssfeer van de gedaagde. Wat hem betreft is dat louter toeval. De billijkheidsafweging die in artikel 6:99 besloten ligt, houdt in dat het niet redelijk is wanneer de gedaagde zich jegens de benadeelde op die toevalsmogelijkheid zou kunnen beroepen.²⁴¹

Deze onrechtmatige gevaarstelling is een vereiste voor de toepasselijkheid van artikel 6:99 dat betrekking heeft op de gedaagde. - Men kan van mening zijn dat daarnaast ook aan de zijde van de benadeelde aan een vereiste moet zijn voldaan. Namelijk dat vast moet staan dat de benadeelde in principe een recht op schadevergoeding toekomt, en dat alleen niet kan worden vastgesteld *jegens wie* der mogelijke veroorzakers dat recht bestaat. In dat geval kan men artikel 6:99 echter niet toepassen wanneer op één of meer van de alternatieve oorzaken geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd. Bijvoorbeeld wanneer van drie mogelijke veroorzakers er één niet onrechtmatig handelde. Het recht op schadevergoeding van de benadeelde staat dan niet *a priori* vast. Het is immers mogelijk dat de schade in werkelijkheid werd veroorzaakt door de persoon die rechtmatig handelde. Ik bespreek deze problematiek in § 2.6. Daar zet ik uiteen dat het niet *a priori* vaststaan van het recht op schadevergoeding geen reden is om van (analoge)²⁴² toepassing van artikel 6:99 af te zien. Dat volgt ook uit het DES-arrest.²⁴³ In mijn opvatting is de onrechtmatige gevaarstelling door ieder der aansprakelijk te houden personen het enige vereiste voor toepasselijkheid van artikel 6:99.

Dat deze onrechtmatige gevaarstelling op zichzelf reeds voldoende is om juridische consequenties te hebben is iets minder uitzonderlijk

²⁴¹ Vgl. J. Hijma, AA 1993 blz. 128 r.k. In dezelfde zin E. Handsley, *Market Share Liability and the Nature of Causation in Tort*, 1 Torts L.J. (1993) blz. 24 e.v. (op blz. 40). Voor een beschouwing over de morele grondslagen voor de aansprakelijkheid bij mogelijke veroorzaking zie J.J. Thomson, *The Decline of Cause*, 76 Georgetown L.J. (1987) blz. 137 e.v. (op blz. 147-150).

²⁴² Letterlijk genomen is, wanneer op één van de alternatieve oorzaken (mogelijk) geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd, slechts een *analoge* toepassing van artikel 6:99 mogelijk, gezien het gebruik van het woord "*aansprakelijk*" in de tekst van het artikel. Zo terecht J. Hijma, AA 1993 blz. 127-128. Zie nader § 2.6.11.

²⁴³ Zie r.o. 3.7.6.

dan misschien lijkt. Een dergelijke gevaarzetting is in beginsel²⁴⁴ vatbaar voor een rechterlijk verbod. Ook daarvoor is uiteraard niet vereist dat (reeds) schade werd veroorzaakt. Ook de algemeen aanvaarde aansprakelijkheid van de tweede veroorzaker van een voortdurende schade²⁴⁵ kan naar mijn mening met name door diens onrechtmatige gevaarzetting worden verklaard. En wanneer sprake is van een min of meer *duurzame* gevaarzetting, brengt zij in de regel zelfs reeds *als zodanig* een vergoedbare vermogensschade teweeg, in de vorm van het op geld waardeerbare risico dat de definitieve schade zal ontstaan. Zie hierover § 3.5.

Ik concludeer dat artikel 6:99 geen bewijsregel is maar een bepaling van materieel recht die aansprakelijkheid in het leven roept wegens *mogelijke* veroorzaking van schade. Het artikel kan worden begrepen als een bijzondere uitwerking van de hoofdregel van causaal verband, artikel 6:98. Voor de toepasselijkheid ervan is niet méér vereist dan de mogelijke veroorzaking door ieder der aansprakelijk te houden personen. Voor het overige kan de toepassing van (het rechtsbeginsel van) artikel 6:99 alleen worden beperkt naar de algemene maatstaven van artikel 6:98. Dit betekent dat men met het rechtsbeginsel van artikel 6:99 in principe eveneens uit de voeten kan wanneer op een *andere* mogelijk oorzaak van de schade geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd. Of en hoe dat zou moeten geschieden is het onderwerp van § 2.6.

2.5 Twijfel over de omvang van deelschades

2.5.1 Inleiding

In het geval dat de omvang van deelschades niet kan worden vastgesteld bestaat in enkele landen — naast de mogelijkheid van een schatting door de rechter — de mogelijkheid om de aansprakelijkheid

244 In beginsel, want in de praktijk zal de schade vaak onmiddellijk op de (mogelijk oorzakelijke) gevaarzetting volgen, zodat voor een verbodsactie geen tijd is. Dat doet er niet aan af dat een verbod mogelijk zou zijn geweest wanneer de gevaarzetting een min of meer voortdurende situatie betrof. Daarnaast veronderstelt een verbod dat de kans op het ontstaan van de schade ook reeds *bij voorbaat* voldoende groot schijnt om een verbod te rechtvaardigen.

245 Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98. aant. 23; A.J. Akkermans, a.w. (zie noot 3) blz. 49.

van de gedaagden te baseren op alternatieve veroorzaking.²⁴⁶ In Duitsland²⁴⁷ acht men, net als in ons land,²⁴⁸ daarvoor noodzakelijk dat ieder der aansprakelijk te houden personen de gehele schade heeft kunnen veroorzaken. Zoals gezegd menen Boonekamp²⁴⁹ en Hartlief²⁵⁰ dat niet per se aan deze voorwaarde hoeft te zijn voldaan. Ik ben dat wel en niet met hen eens. Ook wanneer niet jegens ieder der veroorzakers aan het vereiste van mogelijke totaalveroorzaking is voldaan kunnen wij naar mijn mening met artikel 6:99 uit de voeten. In zoverre ben ik het met voormelde schrijvers eens. Dat kan echter niet met de botte bijl. Het kernpunt is dat toepasselijkheid van artikel 6:99 er niet toe kan leiden dat een gedaagde aansprakelijk wordt gehouden voor méér dan hij veroorzaakt kan hebben. Althans, in elk geval kan dat niet buiten de specifieke context van het *DES*-arrest.²⁵¹ Boonekamp en Hartlief overschrijden deze grens en daarin wil ik hen niet volgen.

2.5.2 De betekenis van het *DES*-arrest

Volgens Hartlief zouden de argumenten voor het vereiste van mogelijke totaalveroorzaking met het *DES*-arrest "*onderuitgehaald*" zijn.²⁵² Dat ben ik niet met hem eens. Dat in het *DES*-arrest de producenten van *DES* per saldo voor méér aansprakelijk werden geacht dan zij hebben kunnen veroorzaken is enkel en alleen het gevolg van het feit dat de Hoge Raad artikel 6:99 cumulatief toepasselijk heeft geacht, dat wil zeggen telkens met betrekking tot één eiseres afzonderlijk (zie over deze "één-voor-één-benadering" nader § 5.3.3). Voor ieder der *DES*-dochters *afzonderlijk* geldt wel degelijk dat ieder der gedaagden haar gehele schade heeft kunnen veroorzaken.²⁵³ Daar is

246 Zie § 2.3.

247 Zie noot 60.

248 Zie noot 25.

249 Zij het enigszins aarzelend. Zie *BW*-krant Jaarboek 1991 blz. 87-90.

250 *TVVS* 1992 blz. 313.

251 Overigens meen ik dat dit óók niet zou moeten kunnen *in* de specifieke context van het *DES*-arrest (zie § 5.3), maar dat hier (nog) terzijde.

252 *Ibid*, linkerkolom.

253 Er bestaat weliswaar de *mogelijkheid* dat de moeder van een *DES*-dochter tabletten gebruikte die van meer dan één producent afkomstig waren, maar die doet aan de *mogelijkheid* van totaalveroorzaking niet af. Het is denkbaar dat in het eerst bedoelde geval de betreffende producenten — indien zij bekend waren — ieder slechts voor een deel van de schade van de dochter verantwoordelijk zouden zijn.

de beslissing van de Hoge Raad ook mede op gebaseerd.²⁵⁴ Daarom is met het *DES*-arrest nog niets gezegd over andere gevallen, zoals het geval waarin sprake is van maar één benadeelde.²⁵⁵

2.5.3 Tegenbewijs

Een volgend argument van Hartlief is dat veroorzaking van deelschade in de tekst van artikel 6:99 valt te passen.²⁵⁶ Ook dit ben ik niet met hem eens. Althans niet zoals Hartlief dit bedoelt, namelijk met de totaalaansprakelijkheid van ieder der daders als resultaat. Veroorzaking van deelschade veronderstelt dat met betrekking tot tenminste één van de daders een door hem veroorzaakt deel kan worden *vastgesteld*. Voor dat deel zal de *andere* veroorzaker in principe slagen in het tegenbewijs dat in artikel 6:99 is voorzien. Hartlief ziet dat kennelijk over het hoofd. Nemen wij het voorbeeld uit § 2.2.3:

Vastgesteld kan worden dat A en B ieder in elk geval 30% van de totaalschade hebben veroorzaakt, maar niet wie van hen de overige 40% heeft veroorzaakt. Dat kan A of B zijn, maar ook ieder weer voor een deel.²⁵⁷

In dit voorbeeld zal zowel A als B, ieder voor de 30% van de schade die de ander heeft veroorzaakt, en die hijzelf bijgevolg niet veroorzaakt *kan* hebben, in principe slagen in het bewijs "*dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is*".²⁵⁸ Daarom

Niet zozeer wegens veroorzaking van deelschade. Daarvan zou alleen sprake zijn wanneer de dochter door elk van de doses afzonderlijk ook ziek zou zijn geworden, maar minder. Ik ga er vanuit dat dit bij de betreffende aandoening (carcinomen van het uro-genitale stelsel) niet het geval is. Het is echter wél mogelijk dat sprake zou zijn van sluipende schade waarbij een pro rata-benadering is aangewezen (zie A.J. Akkermans, a.w. — zie noot 3 — blz. 44-45). Zoals gezegd gaat het enkel om een *mogelijkheid*, want welke tabletten gebruikt werden weten we nu eenmaal niet. De mogelijkheid dat de schade wel degelijk voor het geheel door dezelfde producent werd veroorzaakt blijft dus in alle gevallen bestaan. Daarom vormt de mogelijkheid van het tegendeel geen belemmering voor de toepasselijkheid van artikel 6:99. Zie § 2.5.7 en noot 275.

254 Zie r.o. 3.7.1. Evenzo: L. Dommering-Van Rongen, WPNR 6089 (1993) blz. 281 m.k.

255 In dezelfde zin Asser-Hartkamp I (1996) nr. 441b (op blz. 362).

256 TVVS 1992 blz. 313 r.k.

257 Over de mogelijkheid van andere causale variaties zie noot 266.

258 Aldus artikel 6:99 aan het eind.

kan de totaalaansprakelijkheid van A en B onmogelijk in de tekst van artikel 6:99 worden gepast. In *Prosser and Keeton on Torts* wordt in dit verband terecht opgemerkt dat omkering van de bewijslast alleen kan leiden tot aansprakelijkheid "to the extent not disproved."²⁵⁹

2.5.4 Toerekening van de bewijsnood aan de gedaagden

Een belangrijk argument van Boonekamp — dat terugkomt bij Hartlief — is dat bij twijfel over de omvang van deelschades sprake is van een bewijsnood die zijn oorzaak vindt in het feit dat de onrechtmatige daden van verschillende veroorzakers bij elkaar zijn gekomen. Net als bij alternatieve veroorzaking zou die bewijsnood in de sfeer van de mogelijke veroorzakers liggen.²⁶⁰ Zoals uiteengezet in § 2.4.4 onderschrijf ik deze verklaring voor de aansprakelijkheid bij alternatieve veroorzaking niet. Maar ook als men dat wél doet kan dit argument niet toereikend zijn voor de totaalaansprakelijkheid van A en B, zoals die Boonekamp en Hartlief voor ogen staat. Zoals reeds aangevoerd veronderstelt veroorzaking van deelschade dat met betrekking tot tenminste één van de daders een door hem veroorzaakt deel kan worden *vastgesteld*. Inzoverre is dus geen sprake van bewijsnood. Evenzo Bydlinski:

"Für den Schaden, den sicher (allein) ein anderer verursacht hat, besteht prinzipiell keine Ersatzpflicht. [...] Es ist verfehlt, demgegenüber das durch das Zusammentreffen der mehreren Ursachen entstandene Unaufklärbarkeitsrisiko als den angeblich allein maßgebenden Gesichtspunkt gegen die Tatsache auszuspielen, daß jeder nur ein Teil verursacht (bzw. genauer einen Teil nicht verursacht) hat. Soweit nämlich feststeht, daß mindestens ein bestimmter Schadensteil von einem anderen verursacht wurde — und anderfalls kann man gar nicht wissen, daß dieser überhaupt irgendeinen Anteil verursacht hat — kann auch von Unaufklärbarkeit keine Rede sein."²⁶¹

Bij twijfel over de omvang van deelschades kan de totaalaansprakelijkheid van de gedaagden dus niet worden gebaseerd op de bewijsnood

259 Zie het citaat bij noot 168 op blz. 52. Voor een overzicht van Amerikaanse rechtspraak m.b.t. dit tegenbewijs bij gevallen van opeenvolgende botsingen in het verkeer zie § 9[a] van de *annotation* van D.E. Buckner, 100 ALR 2nd (1961) blz. 16 e.v.

260 BW-krant Jaarboek 1991 blz. 90.

261 *Festschrift Beitzke* (zie noot 47), blz. 28.

van de benadeelde, omdat deze bewijsnood zich niet over het totaal uitstrekt, maar slechts over een deel.

2.5.5 *Positie benadeelde minder penibel*

Aan de bewijsnood van de benadeelde zou zelfs een argument *tegen* de toepasselijkheid van artikel 6:99 kunnen worden ontleend. Bij twijfel over de omvang van deelschades is deze bewijsnood niet van dezelfde orde als in het standaard-geval van alternatieve veroorzaking. Komt men in dit standaard-geval de benadeelde niet tegemoet, dan blijft hij volledig met lege handen staan. Bij twijfel over de omvang van deelschades is niet alleen een deel van de schade sowieso bewijsbaar, maar ook kan voor het overige een schatting worden gemaakt.²⁶² De positie van de benadeelde is daarom lang niet zo penibel als in het standaard-geval van alternatieve veroorzaking. Dat zou ervoor kunnen spreken om het bij een schatting te laten. In het voorbeeld ligt het dan voor de hand dat de rechter de aandelen van A en B elk schat op 50%. Dat is in elk geval redelijker dan A en B ieder tot vergoeding van slechts 30% te veroordelen.

Ik meen echter dat de essentie van artikel 6:99 niet ligt in het bestaan van een bewijsnood bij de benadeelde, maar in de onrechtmatige gevaarstelling door de gedaagde (zie § 2.4.7). Zoals uiteengezet in § 2.4.5 kan het artikel naar mijn mening zelfs worden toegepast wanneer de schadevergoedingsplicht van één der daders voor de *gehele* schade reeds vaststaat. In de omstandigheid dat bij twijfel over de omvang van deelschades de bewijsnood van de benadeelde slechts betrekkelijk is, is volgens mij dan ook geen doorslaggevend argument tegen de toepasselijkheid van artikel 6:99 gelegen.

2.5.6 *Hoe artikel 6:99 wél kan worden toegepast*

Zoals hiervoor uiteengezet kan bij twijfel over de omvang van deelschades artikel 6:99 in geen geval worden toegepast op een wijze die tot totaalaansprakelijkheid van ieder der daders zou leiden. Dit

262 Evenzo J.H.W. de Planque, BR 1985 blz. 694 nr 5.2. Zie art. 6:96 BW. In dat artikel gaat het niet — zoals strikt genomen hier het geval is — om een vraag van causaal verband. M.i. kan er niettemin aansluiting bij worden gezocht. Vgl. J. Spier, *Sluipende schade* (oratie 1990), blz. 8 noot 19.

betekent dat tenminste één²⁶³ der daders slechts voor een nader te bepalen deel aansprakelijk kan zijn. De rechter kan de verschillende delen schatten.

Nu is het maken van een schatting maar een kleine stap verwijderd van toepassing van artikel 6:99. Het door een schatting "oprekken" van de aansprakelijkheid van A van 30% naar 50% is immers alleen redelijk omdat die 50% ook mogelijk door hem veroorzaakt werd.

Daar komt bij dat er redenen zijn om de benadeelde verder tegemoet te komen. B kan onbekend zijn of insolvent. De knoop doorhakken bij 50% zou dan betekenen dat de benadeelde slechts 50% van zijn schade vergoed krijgt, terwijl A in totaal mogelijk 70% veroorzaakte. Anders gezegd: A veroorzaakte zeker 30% van de schade, maar de onrechtmatige gevaarzetting door A was geëigend om in totaal 70% te veroorzaken.

Daarom is het ook mogelijk om verder te gaan dan het maken van een schatting, en artikel 6:99 toe te passen. Dat volgt mede uit mijn opvatting van de rechtsgrond van het artikel. Ik meen immers dat die is gelegen in de onrechtmatige gevaarzetting door de gedaagde (zie § 2.4.7). Die onrechtmatige gevaarzetting is voldoende voor aansprakelijkheid wanneer, zoals in het standaard-geval, de feitelijke veroorzaking voor het geheel niet vast staat. Dan is zij dat *a fortiori* wanneer, zoals hier, de feitelijke veroorzaking voor een deel wél vaststaat.

Het is dan wel noodzakelijk om te nuanceren. Er moet worden onderscheiden tussen tenminste²⁶⁴ drie schadedelen:

- 1 Het deel waarvan *vastgesteld* kan worden dat het werd veroorzaakt door A en dus²⁶⁵ niet door B (in het voorbeeld 30%).
- 2 Het deel waarvan *vastgesteld* kan worden dat het werd veroorzaakt door B en dus niet door A (in het voorbeeld eveneens 30%).
- 3 Een deel groot 100% min (1 plus 2) (in het voorbeeld dus 40%), waarvan niet kan worden vastgesteld door wie het werd veroorzaakt.²⁶⁶

263 Voor de mogelijkheid dat de één voor het totaal, en de ander slechts voor een deel aansprakelijk is, zie § 2.5.7.

264 Ik merk op dat ingewikkelder causale figuren mogelijk zijn. Voor de eenvoud laat ik hen hier buiten beschouwing, behalve wat schadedeel 3 betreft. Zie daarover noot 266.

265 Zie de opmerking in noot 264.

266 Voor de eenvoud gaat dit voorbeeld ervan uit dat dit derde schadedeel werd veroorzaakt door A òf door B (elkaar uitsluitende alternatieve oorzaken). Het kan uiteraard ook zijn dat zich hier een andere causale figuur voordoet. Bijvoorbeeld

Volgens de hoofdregel van artikel 6:98 is A aansprakelijk voor deel 1 en B voor deel 2. Met betrekking tot deel 3 kan artikel 6:99 worden toegepast.²⁶⁷ In het voorbeeld leidt dat ertoe dat A aansprakelijk kan worden gesteld voor 30% (krachtens artikel 6:98) plus 40% (krachtens artikel 6:99), dat is samen 70%. En idem voor B. Daarmee is het maximum van ieders aansprakelijkheid bereikt.²⁶⁸ Artikel 6:99 kan alleen met betrekking tot deel 3 worden toegepast. Niet met betrekking tot de andere twee schadedelen. Het artikel kan geen aansprakelijkheid scheppen voor schade die men *onmogelijk* veroorzaakt kan hebben.²⁶⁹ Of, wanneer men vast wil houden aan de notie van bewijslastverdeling, het artikel kan de bewijslast niet "omdraaien" voor schade waarvan reeds *vaststaat* dat zij door een ander is veroorzaakt.

Toepasselijkheid van artikel 6:99 leidt dus maximaal tot de aansprakelijkheid voor 70% van het totaal zowel van A als van B. Uiteraard kan de benadeelde slechts schadevergoeding vorderen tot het maximum van de door hem geleden schade, in totaal dus 100%. Het gaat hier om "gedeeltelijk overlappende aansprakelijkheid", een tussenfiguur tussen totaal- en deelaansprakelijkheid.²⁷⁰

Bij twijfel over de omvang van deelschades kan de benadeelde er in beginsel aanspraak op maken dat artikel 6:99 op de hier beschreven wijze wordt toegepast. In beginsel, want om uiteenlopende weten kan die toepassing minder opportuun zijn dan het maken van een schatting.²⁷¹ Zo zal in een pragmatische benadering veel afhangen van de

samenloop van onzelfstandige oorzaken (deel 3 ontstaan door samenloop van oorzaken A en B, beide oorzaken staan in CSQN-verband met dit schadedeel); dubbele veroorzaking (deel 3 zowel door A als door B zelfstandig veroorzaakt) of samenloop van een zekere en een mogelijke oorzaak (deel 3 in elk geval veroorzaakt door A, en misschien tevens door B). In al deze gevallen is de uitkomst echter dezelfde: A en B zijn beide voor het totaal van schadedeel 3 aansprakelijk, in het eerste geval krachtens de hoofdregel van art. 6:98, in de twee laatste gevallen krachtens art. 6:99.

267 Idem inzake de toepasselijkheid van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB: P. Gottwald, *Schadenzurechnung und Schadensschätzung* (1979) blz. 116.

268 Tot een zelfde resultaat komen Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) blz. 30-31 en J. Spier en A.J. Akkermans, *Polycausaliteit en rechterlijke matiging*, TMA 1991 blz. 157 e.v. (op blz. 160).

269 In elk geval niet buiten de specifieke context van het *DES*-arrest. Zie mijn opmerking in noot 251.

270 Zie J. Spier en A.J. Akkermans, TMA 1991 blz. 160.

271 Bijvoorbeeld omdat aanknopingspunten voor het vaststellen van de verschillende schadedelen ontbreken, terwijl niettemin duidelijk is dat sprake is van veroorzaking van deelschade. Of wanneer een aantal schadeposten in het geding zijn waaraan uiteenlopende causale figuren ten grondslag liggen.

omvang van het deel waarvan niet kan worden vastgesteld door wie het werd veroorzaakt (deel 3). Naarmate dat deel kleiner is ligt het meer voor de hand om het bij een schatting te laten. Bydlinski beroept zich in dit verband op het adagium *de minimis non curat praetor*.²⁷² Ik sluit mij daar graag bij aan.

2.5.7 *De aansprakelijkheid van ieder der gedaagden moet afzonderlijk worden gezien*

Ik merk nog op dat het doorgaans noodzakelijk zal zijn om nader tussen de verschillende gedaagden te onderscheiden. In het eerder gegeven voorbeeld staat zowel met betrekking tot A als met betrekking tot B vast dat zij een bepaald deel van de schade hebben veroorzaakt, en zijn deze delen bovendien even groot. Dat houdt het voorbeeld lekker eenvoudig, maar in de praktijk zal dat natuurlijk slechts bij toeval precies zo uitvallen. De zeker veroorzaakte delen 1 en 2 kunnen van verschillende omvang zijn. Eén van hen,²⁷³ bijvoorbeeld deel 2, kan ook nul bedragen. In dit laatste geval kan een met zekerheid veroorzaakt deel dus slechts met betrekking tot A, maar *niet* met betrekking tot B worden vastgesteld.²⁷⁴

Met dat alles verandert de berekeningswijze van ieders maximale aansprakelijkheid niet. Ook niet wanneer deel 2 nul bedraagt. Ook dan is A aansprakelijk krachtens artikel 6:98 voor deel 1 en krachtens artikel 6:99 voor deel 3. Omdat deel 2 nul bedraagt, is dat samen 100%. B is aansprakelijk krachtens artikel 6:99 voor deel 3. Is deel 1 bijvoorbeeld 30% dan is B aansprakelijk voor 70%.

Allerlei cijfermatige verhoudingen zijn dus mogelijk. Daarom is het noodzakelijk om voor iedere gedaagde afzonderlijk te bekijken wat de omvang van zijn aansprakelijkheid maximaal kan zijn. Volgens de

²⁷² Zie de tekst bij noot 65 op blz. 33.

²⁷³ Wellicht ten overvloede: bedragen delen 1 en 2 *beide* nul, dan is niet langer sprake van veroorzaking van deelschade. Deel 3 bedraagt dan 100% en wij hebben te doen met het "normale" geval van alternatieve veroorzaking van artikel 6:99.

²⁷⁴ A heeft dan mogelijk 100% van de schade veroorzaakt en is voor het totaal aansprakelijk. Zie voor een praktijkgeval HR 17 januari 1997, RvdW 1997, 22 C (*Moerman/Bakker*), waarover W.J. Noordhuizen, *Alternatieve causaliteit: een door allen, ieder voor het geheel*, NbBW 1997 blz. 26 e.v..

grondgedachte van artikel 6:99 draait het daarbij telkens om de vraag hoeveel schade *mogelijk* in totaal door hem werd veroorzaakt.²⁷⁵

2.6 Wanneer op één of meer van de alternatieve oorzaken geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd

2.6.1 Inleiding

Thans kom ik bij de belangrijkste in dit hoofdstuk te bespreken vraag, namelijk wat rechtens zou moeten zijn wanneer op één of meer van de alternatieve oorzaken geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd. Zoals uit het rechtsvergelijkend overzicht blijkt wordt in Oostenrijk in deze gevallen een proportionele aansprakelijkheid aangenomen, gebaseerd op toepassing van het beginsel van "eigen schuld". Ook in Duitsland wordt deze benadering bepleit, en in Zwitserland is een proportionele oplossing voorgesteld als toekomstig recht. In het navolgende zal ik deze oplossing evalueren naar Nederlands recht. Mijn conclusie zal zijn dat voor het geval dat één (of meer) van de alternatieve oorzaken geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd, de meest rechtvaardige oplossing in beginsel is gelegen in de gedeeltelijke aansprakelijkheid van de (wél) onrechtmatig handelende mogelijke veroorzaker(s). Ook naar Nederlands recht kan deze oplossing worden gebaseerd op de toepassing van de beginselen van alternatieve veroorzaking (artikel 6:99) en "eigen schuld" (artikel 6:101).

2.6.2 Voorbeelden

De hier te bespreken figuur doet zich voor wanneer (tenminste) één mogelijke oorzaak van de schade is gelegen in de handelingen van een dader die zich jegens de benadeelde heeft geëxonereerd, in een gedraging die niet onrechtmatig is, in een omstandigheid die aan de benadeelde moet worden toegerekend ("eigen schuld"), of in een "natuurlijke" oorzaak ("toeval"). In de praktijk gaat het om zeer uiteenlopende casusposities. Een voorbeeld waarin één der mogelijke

275 Dat is niet anders in het geval dat niet zozeer (of nauwkeuriger: niet *alleen*) twijfel bestaat over de omvang van deelschades maar veeleer over de vraag of wel sprake is van deelschades. Evenzo voor het Duitse recht F. Bydlinski, *Festschrift Beitzke* (zie noot 47) blz. 26. Zie voor zo'n geval mijn opmerking over de DES-casus in noot 253.

2.6 Niet-aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaak

veroorzakers zich jegens de benadeelde heeft geëxonereerd is de casuspositie die ten grondslag lag aan een uitspraak van het OLG Hamburg:²⁷⁶

Voorbeeld 1: Bij een kettingbotsing bleef onopgehelderd of de schade aan de voorzijde van de auto van X was veroorzaakt doordat A, de chauffeur van X, tegen een voorligger was aangebotst, of doordat achterligger B de wagen van X opschoof en tegen de voorligger deed botsen. A kon zich jegens X op een exoneratie beroepen. In het geding stond alleen de schade aan de voorzijde van de auto ter discussie.

Een voorbeeld waarin één der mogelijke veroorzakers niet onrechtmatig handelde, en dat aardig aansluit bij de "klassieke" jagervoorbeelden, is het zogenaamde *Wilderer-fall*.²⁷⁷

Voorbeeld 2: Jachtopziener A achtervolgde samen met B, de houder van de jachtrechten op het betreffende terrein, een *Wilderer* (een stroper). Daarbij gebruikten beiden hun geweren. De stroper werd door één van hen dodelijk getroffen, door wie bleef onbekend. A was op grond van wettelijke bepalingen tot dit gebruik van zijn vuurwapen bevoegd.²⁷⁸ Daarom handelde alleen B onrechtmatig.

Het geval dat de benadeelde zelf één van de mogelijke veroorzakers is deed zich voor bij de met stenen gooïende kinderen in de uitspraak van het OLG Celle.²⁷⁹

Voorbeeld 3: X, 7 jaar oud, raakte ernstig aan het oog gewond toen hij met A en B, 12 respectievelijk 7 jaar oud, tijdens een spel op een binnenplaats

276 11 april 1967, (ongepubliceerd) kenbaar uit T. Weckerle, a.w. (zie noot 42) blz. 135; F. Bydliniski, *Festschrift Beitzke* (zie noot 47), blz. 20 noot 62; E. Klein, NJW 1971 blz. 454 l.k.

277 BGH 17 dec. 1952, VersR 1953, 146, ook te kennen uit T. Weckerle, a.w. (zie noot 42) blz. 133; W. Buxbaum, a.w. (zie noot 42) blz. 22; E. Deutsch, *Haftungsrecht* Bd I (1976) blz. 351. Voor een voorbeeld dat net een slag anders ligt (één dader met meerdere mogelijk causale handelingen, waarvan de een niet, en de andere wel aansprakelijkheidscheppend) zie de casus van de vechtpartij bij noot 93 op blz. 37.

278 Zijn handelen werd kennelijk ook niet disproportioneel geacht. Misschien verklaart het iets dat de betreffende wet (*Gesetz über den Waffengebrauch der Forst- und Jagdberechtigten*) uit 1935 stamt.

279 OLG Celle 13 juli 1950, NJW 1950, 951, m. Anm. Reinicke in NJW 1951, blz. 316 e.v.

2 Alternatieve veroorzaking

stenen aan het gooien was. Het was niet uitgesloten dat de fatale steen door X zelf was geworpen en tegen een boom was teruggekaatst.

Het geval waarin één der mogelijke oorzaken is gelegen in "de natuur", of "het toeval", doet zich geregeld voor bij medische fouten. Zoals in een uitspraak van het Oostenrijkse *Oberster Gerichtshof*.²⁸⁰

Voorbeeld 4: Door een ongeluk (waarvoor zij zelf verantwoordelijk was) had X een aantal botbreuken opgelopen. In het ziekenhuis bleef ten onrechte een intensieve shockbehandeling achterwege. Na de operatie traden ernstige complicaties op. Het genezingsproces betekende bijna een vol jaar van ellende, met diverse operatieve ingrepen en hele perioden met zeer ernstige pijnen. Niet kon worden vastgesteld of de complicaties het gevolg waren van de medische fout (mogelijke oorzaak B) of van het zich realiseren van een normaal operatie-risico (mogelijke oorzaak A). In de feitelijke instanties werd de waarschijnlijkheid van beide mogelijkheden gesteld op 50%.

Deze casusposities hebben gemeen dat telkens (tenminste) één van de mogelijke oorzaken in de risicosfeer van de benadeelde ligt. De redenen waarom dat zo is lopen echter uiteen. Grond voor een verschillende uitkomst geeft dat in beginsel niet.²⁸¹

2.6.3 De kernvraag

Wat het kernprobleem in al deze casusposities is, wordt duidelijk zodra men ze vergelijkt met het standaard-geval van alternatieve veroorzaking. Dan blijkt dat het probleem *niet* (alleen) kan zijn, dat niet zeker is dat B de schade veroorzaakte. Dat is het in het standaardgeval immers evenmin. Staat dat *daar* niet aan de vestiging van B's aansprakelijkheid in de weg, dan doet het dat *hier* logischerwijs óók niet (zonder meer).

Het probleem kan óók niet zijn dat artikel 6:99 toepasselijkheid mist omdat het ontstaan van de bewijsnood van X niet aan B kan worden toegerekend. Zoals uiteengezet in § 2.4 kan men in mijn

280 OGH 7 mei 1985, JBl 1986, blz. 576 m. Anm. Deutsch (*Schockbehandlung*).

281 Wel dient men zich rekenschap te geven van de mogelijkheid dat krachtens een bijzondere norm (zoals bijv. art. 7:658) een mogelijke oorzaak in de risicosfeer van de gedaagde wordt gebracht, die zonder die norm in de risicosfeer van de benadeelde thuis zou horen. Zo bijvoorbeeld de eigen onvoorzichtigheid van de werknemer, niet zijnde "opzet of bewuste roekeloosheid". Zie over deze materie § 6.2.

opvatting artikel 6:99 niet verklaren vanuit de toerekening van de bewijsnood aan de gedaagden, en is de ware grondslag voor de vestiging van hun aansprakelijkheid gelegen in de *mogelijke* veroorzaking van de schade. Mits de onrechtmatige gevaarstelling door B volledig was geëigend om de schade te doen ontstaan, en de schade mogelijk daardoor ontstaan is, is aan de voorwaarden voor toepasselijkheid van (het rechtsbeginsel van) artikel 6:99 voldaan (zie § 2.4.7). Maar ook indien men daarover anders denkt, en wél meent dat de grondslag van artikel 6:99 is gelegen in de toerekening van de bewijsnood van de benadeelde aan de gedaagden, volgt niet zonder meer dat het artikel in de gegeven voorbeelden niet van toepassing zou kunnen zijn. De bewijsnood van X is immers evident, en (mede) te wijten aan de onrechtmatige gedraging van B.²⁸²

Men wordt al warmer wanneer men het bezwaar aanvoert dat B mogelijk zou moeten instaan voor het toeval, voor een daad van de benadeelde zelf, of voor de rechtmatige daad van een derde. Dat laatste voerde het BGH aan in het *Wilderer-fall* (voorbeeld 2). B's aansprakelijkheid krachtens § 830 Abs. 1 S. 2 BGB was niet op zijn plaats, aldus het BGH:

"Dies liebe auf die mit den Grundsätzen des Rechts der unerlaubten Handlungen unvereinbare Folge hinaus, daß jemand möglicherweise für die rechtmäßige Tat eines anderen einzustehen hätte."²⁸³

Toch is het kernprobleem hiermee niet voldoende nauwkeurig geformuleerd. Weliswaar moet B, indien aansprakelijk, mogelijk instaan *voor* (de gevolgen van) de rechtmatige daad van A, maar in geen geval *wegens* die rechtmatige daad. De aansprakelijkheid van B zou immers niet (mede) op het handelen van A, maar enkel op zijn eigen onrechtmatig gedrag gebaseerd zijn. Dat A niet onrechtmatig handelde verandert in dat opzicht niets aan de positie van B.²⁸⁴ Tegen de

282 Wel krijgt men het in deze opvatting waarschijnlijk wat moeilijker bij het *Eigenunfall* van voorbeeld 3. Daar is X immers evenzeer instrumenteel voor het ontstaan van zijn bewijsnood als B. In deze zin ondermeer E. Klein, NJW 1971 blz. 456 l.k.; H. Klinkhammer, *Die Kausalitätsvermutung des § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB bei potentieller Selbstverursachung*, NJW 1972 blz. 1917 e.v. (op blz. 1919 r.k.).

283 BGH 17 dec. 1952, VersR 1953, 146. Zie T. Weckerle, a.w. (zie noot 42) blz. 133; W. Buxbaum, a.w. (zie noot 42) blz. 22.

284 Wat uiteraard wél verandert aan de positie van B is de onmogelijkheid van regres op A. Daarom — én omdat de niet-aansprakelijkheidscheppende oorzaak A nu eenmaal tot de risicosfeer van X behoort — is slechts een *deelaansprakelijkheid* van B gerechtvaardigd.

motivering van het BGH is dan ook door verschillende schrijvers ingebracht dat zij het kernprobleem niet raakt.²⁸⁵ Zo onder meer Weckerle:

"Bei der Haftung aus alternativer Kausalität geht es nicht darum, daß der Inanspruchgenommene für die wirklich kausale Handlung einzustehen hat, sondern allein darum, ob ihm wegen seines das verletzte Rechtsgut konkret gefährdenden Verhaltens das Risiko der Nichtfeststellbarkeit des Schadensurhebers aufgebürdet werden soll. Da jeder nur wegen seines eigenen Verhaltens haftet, stellt sich das Problem "daß jemand möglicherweise für die rechtmäßige Tat eines anderen einzustehen hätte", überhaupt nicht."²⁸⁶

Het kernprobleem in al de gegeven voorbeelden ligt dan ook niet aan de zijde van B, maar aan de zijde van X. Is sprake van twee of meer alternatieve daders die allen onrechtmatig handelden, dan komt de benadeelde in principe een recht op schadevergoeding toe. Er kan alleen niet worden vastgesteld jegens wie der mogelijke veroorzakers dat recht bestaat, en daarin komt artikel 6:99 hem tegemoet. In de hier te bespreken casusposities is dat anders. Daar bestaat de mogelijkheid dat de schade voor rekening van benadeelde X dient te blijven, namelijk wanneer zij in werkelijkheid het gevolg is van de niet-aansprakelijkheidscheppende oorzaak A. In deze zin ook Bloembergen:

"Hoofdregel van ons recht is, dat men de eigen schade zelf heeft te dragen; een uitzondering op die hoofdregel wordt gevormd door de regel van art. 1401 dat men de door een onrechtmatige daad van een ander veroorzaakte schade op die ander kan verhalen. Is nu de schade alternatief door twee onrechtmatige daden veroorzaakt [...] dan staat vast dat de uitzondering (art. 1401) van toepassing is, zij het dan ook, dat niet duidelijk is, wie de ander is. Maar als een van de alternatieve oorzaken voor rekening van de benadeelde komt, staat niet vast, dat de uitzondering toepasselijk is omdat niet vaststaat, dat een onrechtmatige daad de schade heeft veroorzaakt. Het schijnt daarom redelijk om dan de hoofdregel toe te passen."²⁸⁷

Het kernprobleem is dus gelegen in de kans dat de schade voor

285 Zo T. Weckerle a.w. (zie noot 42) blz. 133-134; W. Buxbaum, a.w. (zie noot 42) blz. 22; F. Bydlinski, *Festschrift Beitzke* (zie noot 47), blz. 19.

286 A.w. (zie noot 42) blz. 134.

287 Diss. (zie noot 33) nr. 160.

rekening van X behoort te blijven.²⁸⁸ Daarom luidt de kernvraag of het bestaan van de mogelijkheid dat X geen recht op schadevergoeding toekomt, aan de (proportionele) aansprakelijkheid van B in de weg staat, ondanks het feit (1) dat eveneens de mogelijkheid bestaat dat X wél een recht op schadevergoeding toekomt, en (2) dat onverminderd is voldaan aan de voorwaarden voor vestiging²⁸⁹ van de aansprakelijkheid van B. Zoals gezegd meen ik van niet, en daarvoor spreken verschillende argumenten.

2.6.4 Alles-of-niets leidt tot een patstelling

Een eerste argument voor een proportionele oplossing is dat met betrekking tot de hiervoor gestelde kernvraag de alles-of-niets-benadering in principe tot een volstrekte patstelling voert.²⁹⁰ In die zin dat geen van beide oplossingen (aansprakelijkheid ja of nee) méér voor de hand ligt dan de ander. Dit doet zich voor wanneer de kans dat de schade in werkelijkheid door oorzaak A of door oorzaak B werd veroorzaakt *fifty-fifty* is, of in elk geval zodanig onbekend dat de ene oorzaak niet waarschijnlijker voorkomt dan de andere, en *fifty-fifty* daarom een redelijke aanname is. Met name dit laatste is praktisch goed voorstelbaar. Tegenover de mogelijkheid van een benadeelde die ten onrechte zijn schade krijgt vergoed, staat altijd de mogelijkheid van een gedaagde die ten onrechte vrijuit gaat. Zoals een groot aantal schrijvers heeft aangevoerd, valt niet in te zien waarom het één automatisch zwaarder zou moeten wegen dan het ander.²⁹¹

288 Evenzo F. Bydliniski, *Festschrift Beitzke* (zie noot 47), blz. 9-10 evenals *Probleme der Schadensverursachung* (zie noot 77) blz. 78-79 en JBI (1959) blz. 13 r.k. W. Buxbaum, a.w. (zie noot 42) blz. 22; H. Koziol, *Österreichisches Haftpflichtrecht* Bd I (1980) blz. 70. Zie voorts Müko-Mertens § 830 Rnr. 24; Soergel-Zeuner § 830 Rnr. 19; Staudinger-Schäfer § 830 Rnr. 35; RGRK-Steffen § 830 Rnr. 18-19; Erman-Drees § 830 Rnr. 10.

289 Zie noot 284.

290 Althans bij twee mogelijke oorzaken waarvan één niet-aansprakelijkheidscheppend, zoals in de voorbeelden 1 t/m 4. Bij meer mogelijke oorzaken kan dat anders zijn, zie voorbeeld 5 op blz. 88.

291 Zo o.a. F. Bydliniski, *Festschrift Beitzke* (zie noot 47), blz. 31 evenals *Probleme der Schadensverursachung* (zie noot 77) blz. 79-80 en JBI (1959) blz. 13 r.k.; J. Gernhuber, JZ (1961) blz. 151 l.k.; H.D. Assmann, a.w. (zie noot 42) blz. 130; H. Koziol, *Österreichisches Haftpflichtrecht* Bd I (1980) blz. 70; T. Weckerle, a.w. (zie noot 42) blz. 146; I. Kluge, a.w. (zie noot 10) blz. 74-75; D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 884.

Zoals bleek uit de hiervoor aangehaalde passage, is Bloembergen een andere mening toegedaan. Volgens hem volgt de niet-aansprakelijkheid van B uit het algemene principe van aansprakelijkheidsrecht dat ieder zijn eigen schade moet dragen tenzij er een deugdelijke grond bestaat om deze naar een ander over te hevelen. Met deze redening maakt hij het zich wel een beetje makkelijk. In de hier besproken situatie bestaat immers juist een patstelling in verband met de vraag of die deugdelijke grond bestaat. Wie met een beroep op het genoemde principe aan deze patstelling wil ontsnappen, en B's aansprakelijkheid wil afwijzen omdat van een deugdelijke grond ervoor nu eenmaal onvoldoende is gebleken, verschuilt zich achter een klassieke tautologie. "Niets doen" is hier onvermijdelijk óók een keus, en de vraag is juist of die keus wel kan worden gerechtvaardigd.²⁹² In dezelfde zin onder meer Rosenberg:

"the proposition that the state is not involved when courts absolve defendants of liability to deserving plaintiffs but is involved when courts hold defendants liable to undeserving plaintiffs is hardly self-evident. In both instances, courts exercise the state's monopoly over coercive dispute resolution."²⁹³

Waar het volgens mij om draait is de vraag of de door Bloembergen bedoelde "hoofdregeel" een normatieve inhoud kan worden toegedacht die haar toepassing in dit geval zou kunnen rechtvaardigen. Naar mijn mening is dat niet het geval. Ik betwijfel zelfs of deze regel überhaupt een normatieve is, althans voor het civiele recht.²⁹⁴ Schade ontstaat nu eenmaal bij de benadeelde, en blijft waar zij is, tenzij de rechtsorde kan worden geactiveerd om haar naar een ander te verplaatsen. Dat dit zo is, en niet andersom, is naar mijn mening in de eerste plaats een

292 Vlg. hierover J. Spier, *Sluipende schade*, blz. 22. Deze keus valt wellicht nog te verdedigen wanneer (tevens) twijfel bestaat over onrechtmatigheid of tekortkoming, maar daarvan is in de hier besproken gevallen geen sprake (zie § 1.2.2). Overigens wordt zelfs voor dat soort gevallen wel een middenweg bepleit. Zie J.E. Coons, *Approaches to Court Imposed Compromise — The Uses of Doubt and Reason*, 58 Nw.U.L.Rev. (1964) blz. 750 e.v. alsmede *Compromise as Precise Justice*, 68 Cal.L.Rev. (1980) blz. 250 e.v. Anders: C. Nesson, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, 98 Harv.L.Rev. (1985) blz. 1357 e.v.

293 D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 884.

294 Over levensbeschouwelijke opvattingen hieromtrent matig ik mij op deze plaats geen oordeel aan.

praktische kwestie. Pogingen om daar ook *normatieve* gevolgtrekkingen aan te verbinden, hebben mij tot dusver nooit helemaal kunnen overtuigen. De meeste beschouwingen over de vraag of ons recht inderdaad een dergelijke "hoofdregel" kent, blijven steken in zuiver *kwantitatieve* inschattingen, waarover men niet alleen — bij gebrek aan harde gegevens — naar hartelust van mening kan blijven verschillen, maar waaraan in elk geval niet zomaar een normatieve betekenis kan worden toegekend.²⁹⁵

Naar mijn mening is een bevredigend antwoord op de hiervoor geformuleerde kernvraag niet mogelijk zolang men vasthoudt aan het alles of niets. Met vele anderen meen ik dat geen overtuigende reden bestaat waarom de niet-aansprakelijkheid van B meer voor de hand zou liggen dan de tegenovergestelde oplossing.²⁹⁶ Volgens mij is de enige benadering die werkelijk recht doet aan deze patstelling die waarin de oplossing wordt gezocht in een gedeeltelijke aansprakelijkheid.

2.6.5 *Alles-of-niets werkt hoe dan ook arbitrair*

Ik ben dus niet van het gelijk van Bloembergen overtuigd. Maar wat mij betreft gaat het hier niet om een halszaak. Belangrijker is dat men ook in Bloembergens benadering niet uit de problemen raakt. Wie in een *fifty-fifty*-situatie de vordering wil afwijzen — al of niet op grond van de bedoelde "hoofdregel"²⁹⁷ — zal moeten aangeven wanneer de veroorzakingswaarschijnlijkheid voldoende groot kan worden geacht om de balans in het voordeel van de benadeelde door te laten slaan. Per saldo wordt het probleem zo alleen maar een eindje "opgeschoven" van 50% naar 50% plus nog wat, waarbij uiteraard de vraag zich opdringt plus *hoeveel* dat dan moet zijn. Nemen wij het in § 2.2.4 vermelde voorbeeld van Ingelse:

295 Zie voor een beknopt overzicht van de hierover in ons land gevoerde discussie Asser-Hartkamp III (1994) nr. 12 e.v.

296 Ik herinner aan hetgeen opgemerkt in § 2.6.3 over het tekort schieten van het argument dat X niet met zekerheid kan bewijzen dat B de schade heeft veroorzaakt.

297 Vgl. bijv. H.O. Kerkmeester, *De betekenis van het waarschijnlijkheidsbegrip voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: Meijers geactualiseerd*, WPNR 6111 (1993) blz. 767 e.v. (op blz 772 r.k.), die meent dat een rechtvaardiging voor afwijzing kan worden gevonden in de noodzaak om een drempel op te werpen tegen lichtvaardig procederen. Zelf geloof ik dat dit doel zo niet, of niet noemenswaardig kan worden gediend. Zoals de praktijk laat zien (bijv. op het terrein van de medische fouten) zijn de meeste procedures reeds een heel eind gevorderd, voordat het qua causaliteit precies een dubbeltje op zijn kant blijkt te zijn.

Voorbeeld 5: "er waren niet twee maar vijf jagers die op dezelfde kwartel schoten. Eén van hen had wel zicht op de kwartel maar — door een struik — niet op Summers. Hij hoefde ook niet op diens aanwezigheid te rekenen, zodat hem geen schuld trof. [...] Deze laatste is dus niet aansprakelijk."²⁹⁸

In dit geval kan worden geredeneerd dat de kans dat de benadeelde een recht op schadevergoeding toekomt, aanmerkelijk groter is dan de kans op het tegendeel.²⁹⁹ Dat kan dan redengevend zijn om de balans te laten doorslaan in het voordeel van de benadeelde, en de vier jagers die wél onrechtmatig handelden aansprakelijk te houden voor het totaal van de schade. Ook volgens Ingelse kunnen die vier jagers aansprakelijk worden gehouden, waarbij hij opmerkt:

"Dit wordt pas anders, indien de kans dat een van de plegers van de onrechtmatige daad de werkelijke veroorzaker is, te gering is."³⁰⁰

Deze benadering is nauw verwant aan die in het *DES*-arrest, waar de Hoge Raad overwoog dat ondanks de kans dat de schade was veroorzaakt door een niet-aansprakelijke producent, de aansprakelijkheid van de overige producenten bleef bestaan, tenzij dat in de gegeven omstandigheden, waaronder de grootte van de betreffende kans, "*naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn*".³⁰¹

Ten opzichte van het zonder meer afwijzen van alle aansprakelijkheid van de wél onrechtmatig handelende mogelijke veroorzaker(s) lijkt mij dit zeker een stap in de goede richting. Maar een in het oog springend probleem is uiteraard de vraag *wanneer* de kans dat een van de aansprakelijk te houden personen de schade daadwerkelijk heeft veroorzaakt "*te gering*" is. Ingelse geeft dat niet aan. Hij verwijst naar de betreffende overweging uit het *DES*-arrest, maar daar worden wij in dit verband niet wijzer van.³⁰² Wanneer één van hen niet onrechtmatig handelde, hoeveel wél onrechtmatig handelende jagers heeft X dan

298 NJB 1992, blz. 1408 r.k.

299 Althans, ervan uitgaande dat de relatieve waarschijnlijkheid van elk der mogelijke oorzaken afzonderlijk (hier zijn dat er vijf) niet (teveel) uiteenloopt.

300 NJB 1992, blz. 1408 r.k.

301 R.o. 3.7.6. Zie over de betekenis hiervan voor de hier besproken materie § 2.6.10.

302 Ibid. J. Hijma is wat dit betreft concreter en trekt de grens bij 80% / 20% (m.a.w. "*te gering*" is minder dan 80%). Hij erkent echter royaal dat dit slechts op nattevinger-werk berust. Zie AA 1993 blz. 130 noot 19.

nodig om zijn schade te kunnen verhalen? Waar kunnen wij in dit verband een geloofwaardige grens trekken? Let wel, het gaat om de grens tussen alles en niets.

Stel dat men de grens wil trekken bij minimaal twee onrechtmatig handelende jagers (B en C). Dat betekent dat X in het *Wilderer-fall* (voorbeeld 2) met lege handen zou blijven staan. Vanuit B bezien een buitengewoon merkwaardig resultaat, omdat de kans dat B de werkelijke veroorzaker was ongeveer 50% zal zijn. Zijn er twee onrechtmatig handelende jagers in het spel (B en C) dan is die kans voor ieder van hen afzonderlijk *kleiner* (namelijk 33%) terwijl zij wél aansprakelijk zouden zijn. In het voorbeeld van Ingelse met vier onrechtmatig handelende jagers (voorbeeld 5) is die kans zelfs maar 20%. Toch zou daar ieder der onrechtmatig handelende jagers wél aansprakelijk zijn, en B in het *Wilderer-fall* niet. Deze oplossing komt er dus op neer dat men juist de meer waarschijnlijke veroorzaker de dans laat ontspringen.

De stap naar aansprakelijkheid van B bij slechts één onrechtmatig handelende jager (alleen B zelf dus) kan men echter onmogelijk zetten — zolang men vasthoudt aan de alles-of-niets-benadering — zonder uit te komen bij de graad van waarschijnlijkheid waarmee in het algemeen het *conditio sine qua non*-verband tussen onrechtmatige daad en schade moet zijn bewezen.³⁰³ Nu is voor het bewijs van het causaal verband tussen onrechtmatige daad (of toerekenbare tekortkoming) en schade ook in het algemeen niet nodig dat dit logisch dwingend vast komt te staan. Een redelijke mate van waarschijnlijkheid is voldoende.³⁰⁴ Bij overtreding van veiligheidsnormen kan causaal verband worden aangenomen wanneer de kans op het ontstaan van de schade in aanmerkelijke mate werd verhoogd.³⁰⁵ De vereiste graad van waarschijnlijkheid laat zich echter niet eenvoudig kwantificeren. Hij loopt vermoedelijk van geval tot geval uiteen. Ik zou willen aannemen dat hij in het algemeen hoger is dan 51%.

Internationaal bezien bestaat op dit punt nogal wat verschil, in elk geval in de doctrine.³⁰⁶ In de landen van de *Common Law* acht men het voldoende wanneer "*on the balance of probabilities*" kan worden aangenomen dat de gedaagde de schade veroorzaakte. Men formuleert

303 Vgl. hetgeen uiteengezet in § 2.1.1.

304 Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 13.1 alsmede aant. 14.

305 Zie over deze materie uitvoerig hoofdstuk 6.

306 Zie A.M. Honoré, a.w. (zie noot 42) s. 203; B.M. Maassen, a.w. (zie noot 232).

het ook wel zo, dat voldoende is wanneer dit "*more probable than not*" is.³⁰⁷ Fleming heeft zich verzet tegen een invulling hiervan met "*a merely mathematical or statistical probability of barely 51 per cent*"³⁰⁸ Toch is dat precies wat wel wordt aangenomen,³⁰⁹ met name in de Verenigde Staten.³¹⁰ In *Cooper v. Sisters of Charity*³¹¹ bijvoorbeeld, besliste het *Ohio Supreme Court* expliciet dat "*probable is more than 50% of actual*".³¹²

In navolging van de *Common Law* zouden wij ook voor het Nederlandse recht een algemeen geldend omslagpunt kunnen aannemen bij 50%.³¹³ Daarboven is de kans dat de benadeelde een recht op schadevergoeding toekomt in elk geval groter dan de kans op het tegendeel. In de Nederlandse literatuur is het *more probable than not*-criterium weliswaar bekritiseerd — het omslagpunt zou hoger,³¹⁴ of

307 C.q. "*more likely than not*". Zie *Prosser and Keeton on Torts* (1984) § 41 blz. 269; H.L.A. Hart & T. Honoré, *Causation in the law* (1985) blz. 422; J.G. Fleming, *The Law of Torts* (1987) blz. 286; *Charlesworth & Percy on Negligence* (1990) nr 5-32; *Winfield and Jolowicz on Tort* (1989) blz. 132.

308 J.G. Fleming, *The Law of Torts* (1987) blz. 286. Zie ook *Probabilistic Causation in Tort Law*, 68 *Can.B.Rev.* (1989) blz. 661 e.v. (op blz. 662).

309 Zie W. Scott, *Causation in Medico-Legal Practice: A Doctor's Approach to the "Lost Opportunity" Cases*, 55 *MLR* (1992) blz. 521 e.v.; T. Hill, *A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords*, 54 *MLR* (1991) blz. 511 e.v. D.P.T. Price, *Causation — The Lords' Lost Chance?*, 38 *ICLQ* (1989) blz. 735 e.v.; Sir John Donaldson MR in *Hotson v. East Berkshire AHA* [1987] 1 *All E.R.* 210, op blz. 216.

310 Zie S. Gold, *Causation in Toxic Torts: Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence*, 96 *Yale L.J.* (1986) blz. 376 e.v. (op blz. 383); J.H. King, *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, 90 *Yale L.J.* (1981) blz. 1353 e.v. (op blz. 1368). Soms wordt echter een strengere maatstaf gehanteerd. Men spreekt wel van een "*strong*" *version* van de *preponderance-of-evidence rule*, in tegenstelling tot de "*weak*" *version* die genoeg neemt met 50% + 1. Zie D. Rosenberg, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System*, 97 *Harv.L.Rev.* 1984 blz. 849 e.v. (op blz. 857); *In re "Agent Orange" product liability litigation*, 597 *F.Supp.* 740 (1984) (op blz. 835-836). Over *the Burden of Persuasion* in het algemeen zie *McCormick's Handbook on the Law of Evidence* (1972) § 339.

311 27 *Ohio St.2d* 242, 272 *N.E.2d* 97 (1971).

312 272 *N.E.2d* 97 (1971), op blz. 104.

313 Ook voor het Duitse recht is dit wel voorgesteld. Zie B.M. Maassen, a.w. (zie noot 232) blz. 54 e.v.

314 Zo o.a. H.O. Kerkmeester ("*aanzienlijk meer dan 50%*") *WPNR* 6111 (1993) blz. 771-772 (in de context van statistische waarschijnlijkheid); J. Hijma (zijn opvatting komt neer op 80%), *AA* 1993 blz. 130 noot 19 (in de context van het *DES*-arrest).

juist lager³¹⁵ moeten worden gelegd — maar een andere *algemeen* geldende grens dan 50% kan naar mijn mening niet op rationele basis worden aangewezen.

Toch werkt ook een omslagpunt bij een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 50% niet bevredigend. In de eerste plaats kan zo de in § 2.6.4 bedoelde patstelling lang niet altijd op geloofwaardige wijze worden vermeden: *more probable than not* veronderstelt dat de ene oorzaak daadwerkelijk meer waarschijnlijk kan worden geacht dan de andere. In de praktijk zullen daar lang niet altijd "harde" aanknopingspunten voor bestaan,³¹⁶ terwijl zo toch het verschil zou moeten worden gemaakt tussen alles en niets. Stel bijvoorbeeld dat in het *Wilderer-fall* (voorbeeld 2) de benadeelde aannemelijk kan maken dat B, die bij het schieten op de stroper onrechtmatig handelde, een betere schutter was dan jachtopziener A. Daarmee kan de kans dat het fatale schot van B afkomstig was, in principe groter voorkomen dan de kans op een treffer van A. Moet op grond dáárvan dan maar in het voordeel van X worden beslist?

Maar ook wanneer er in beginsel wél objectieve aanknopingspunten bestaan voor het vaststellen van de relatieve waarschijnlijkheid van mogelijke oorzaken — zoals medische statistieken³¹⁷ — kunnen problemen ontstaan. Omdat één procent in principe het hele verschil kan uitmaken tussen alles en niets (waar men het omslagpunt ook legt) bestaat het gevaar dat partijen de rechter eindeloos blijven bestoken met elkaar tegensprekende gegevens en/of deskundigen. In de Verenigde Staten is deze zogenaamde "*battle of the experts*" voor sommige gerechten mede-redengevend geweest om voor het terrein van de medische fouten de *more probable than not*-benadering te verlaten en te kiezen voor een proportionele oplossing.³¹⁸

315 Zo o.a. R.P.J.L. Tjittes, *Causaliteitsonzekerheid bij massaschade*, in: *Massaschade*, inleidingen LSA 1996 blz. 21 e.v. (op blz. 29); A.J. Van, *Statistiek en bewijsrecht* (reactie), NJB 1995 blz. 1467 e.v. (op blz. 1467 l.k.), (beiden in de context van statische waarschijnlijkheid); J. Hijma (20%), AA 1994 blz. 114 r.k. (in de context van de bewijslastomkeer ex artikel 1638x, thans 7:658).

316 Over het vaststellen van waarschijnlijkheden en kansen zie § 3.4.10.

317 Zie over het gebruik van statistische gegevens in deze context nader § 3.4.11.

318 Zie *Thompson v. Sun City Community Hospital*, 688 P.2d 605 (1984) waarin het *Arizona Supreme Court* de traditionele alles-of-niets grens van 50%-plus verwierp (en in plaats daarvan het leerstuk van het verlies van een kans aanvaardde), ondermeer met het argument: "*for every expert witness who evaluates the lost chance at 49% there is another who estimates it at closer to 51%.*" (688 P.2d 605 blz. 615). In dezelfde zin het gerecht in *Waffen v. United States*, 799 F.2d 911 (4th Cir. 1986) (op blz. 923).

Daarmee zijn wij aangeland bij het meest fundamentele bezwaar tegen de alles-of-niets-benadering, namelijk dat één procentje verschil in veroorzakingswaarschijnlijkheid (net onder of niet boven het omslagpunt) in principe het hele verschil kan uitmaken tussen alles en niets. Ik meen dat dit niet werkelijk kan worden gerechtvaardigd. Waar men de grens ook precies zou willen trekken, als men enigszins in de buurt van het omslagpunt komt raakt het billijkheidsgehalte van deze benadering al spoedig zoek.³¹⁹

In een proportionele benadering worden deze problemen (grotendeels) vermeden. Reeds intuïtief spreekt deze oplossing meer aan dan het hanteren van een omslagpunt, omdat de kloof tussen alles en niets komt te vervallen. Ook hier zullen onzekerheden blijven bestaan, maar dat is veel minder bezwaarlijk omdat die van hun dramatische gevolgen zijn ontdaan. Bestaan geen solide aanknopingspunten voor het vaststellen van de relatieve waarschijnlijkheid van oorzaak A ten opzichte van oorzaak B, dan kan de schade per kopdeel worden verdeeld.³²⁰ In de voorbeelden 1 t/m 3 betekent dat een aansprakelijkheid van B voor 50% van de totaalschade (evenzo in voorbeeld 5³²¹). Bestaan die aanknopingspunten wél, dan kan de theoretische draagplicht van A, en daarmee de omvang van de aansprakelijkheid van B, nader worden vastgesteld. De rechter zal zijn vaststellingen zoveel mogelijk op de feiten moeten baseren, en voorzover dat niet lukt op de billijkheid. Een vergaande nauwkeurigheid bij het vaststellen van het beloop van de schadevergoedingsplicht is hier, net als in vergelijkbare gevallen, mogelijk noch vereist.³²² Bijvoorbeeld bij een regresprocedure tussen twee alternatieve veroorzakers in het standaardgeval van artikel 6:99 is dit niet anders.

319 Evenzo vele andere schrijvers. Zie de verwijzingen in de noten 299, 300, 301, 302 op blz. 169.

320 Evenzo het Oostenrijkse OGH (zie het citaat bij noot 94 op blz. 38). Overigens zal de rechter in zeer veel gevallen tot een redelijke inschatting van de relevante kansen en waarschijnlijkheden in staat zijn (zie nader § 3.4.10), en kan de omvang van een proportionele schadevergoeding ook anderszins *ex aequo et bono* worden vastgesteld.

321 Onder (analoge) toepassing van artikel 6:102 lid 2 (zie nader noot 51 op blz. 448). Anders: R. Quendoz, a.w. (zie noot 100) blz. 86.

322 Evenzo B.M. Maassen, a.w. (zie noot 232) blz. 170. Zie nader § 3.4.10.

2.6.6 Rechtvaardiging van proportionele aansprakelijkheid ten opzichte van de gedaagde

Belangrijker dan de voorgaande kritiek op de alles-of-niets-benadering, is dat een proportionele benadering geenszins een verlegenheidsoplossing is, geen "zwakgebod" om de beschreven problemen te vermijden. Integendeel, een gedeeltelijke schadevergoedingplicht is een oplossing die zowel tegenover de benadeelde, als tegenover de gedaagde volledig kan worden gerechtvaardigd.

Tegenover B is een proportionele aansprakelijkheid gerechtvaardigd, omdat — vergeleken met het standaard-geval van 6:99 — enerzijds *aan de zijde van B* de voorwaarden voor vestiging van aansprakelijkheid onverminderd zijn vervuld en hij dus niet "onverdiend" vrijuit behoort te gaan, terwijl anderzijds B niet behoort te worden benadeeld door het niet-aansprakelijkheidscheppende karakter van mogelijke oorzaak A.

Dit laat zich goed illustreren aan de hand van het hiervoor weergegeven kettingbotsing-geval (voorbeeld 1). Het OLG Hamburg achtte B niet aansprakelijk krachtens § 830 Abs. 1 S. 2 BGB, omdat X in verband met de exoneratie van A mogelijk geen schadevergoeding toekwam. Wat de problematiek betreft nam het OLG dus in elk geval de koe bij de horens. Het resultaat spreekt echter niet aan. Evenzo Weckerle:

"Dem OLG is zuzugeben, daß es mit dieser Argumentation den Kern der Problematik getroffen hat. Gerade in diesem Fall ist die dahinterstehende Wertung aber offensichtlich zweifelhaft, weil sie ganz sicher nicht dem von den Parteien mit dem Haftungsausschluß erstrebten Zweck entspricht. Die Parteien wollten den Fahrer von einer möglichen Haftung freistellen, aber nicht eventuelle Ansprüche des Geschädigten gegen Dritte verkürzen oder doch höchstens in dem Maße, das im Innenverhältnis der Täter vom dem freigestellten Fahrer zu tragen wäre."³²³

De niet-aansprakelijkheid van B bevredigt niet omdat B volledig buiten de exoneratie-overeenkomst tussen A en X stond. De partijen bij die overeenkomst kunnen slechts de bedoeling hebben gehad om A van een eventuele verplichting tot schadevergoeding vrij te stellen. X kan niet geacht worden tevens af te hebben gezien van eventuele vorderingen jegens derden. De positie van B behoort geen gevolg te ondervinden

323 A.w. (zie noot 42) blz. 135.

van de overeenkomst tussen X en A, omdat hij daar nu eenmaal volledig buiten staat. Daarom mag de exoneratie van A niet aan de vestiging van de aansprakelijkheid van B afdoen. Voor een dergelijke voordeel bestaat geen enkele grond.

Er bestaat echter evenmin enige grond voor een benadeling van B. In het standaard-geval van alternatieve veroorzaking kan de aansprakelijke die de benadeelde voldeed regres nemen op de andere mogelijke veroorzaker(s). Als maatstaf voor de interne draagplicht komt in eerste instantie de relatieve waarschijnlijkheid in aanmerking waarmee de schade door ieder der aansprakelijken werd veroorzaakt.³²⁴ Wanneer B in het hier besproken geval onverkort aansprakelijk zou worden gehouden wegens alternatieve veroorzaking, zou hij géén regres kunnen nemen op A.³²⁵ Hij zou derhalve meer moeten dragen dan zonder die overeenkomst het geval was geweest. En dat is óók niet te rechtvaardigen. De enige oplossing die recht doet aan het feit dat de positie van B niet is veranderd, behalve wat het regres betreft, én aan het beginsel dat een overeenkomst alleen tussen partijen werkt, is de vermindering van de aansprakelijkheid van B met de theoretische draagplicht van A.³²⁶ Een proportionele aansprakelijkheid kortom, naar rato van de veroorzakingswaarschijnlijkheid van B.

Net zo moet worden geoordeeld in de andere casusposities waarin op mogelijke oorzaak A geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd (voorbeelden 2 t/m 4). Ook daar valt niet in te zien waarom het niet-aansprakelijkheidscheppende karakter van mogelijke oorzaak A, gevolgen zou moeten hebben voor B. B behoort niet onverdiend vrijuit te gaan, maar dient evenmin met een hogere draagplicht te worden

324 Zie de verwijzingen in noot 232.

325 A is immers geen medeschuldenaar (zie art. 6:102 lid 1). Zelfs als hij dat (voor een deel) wél is (bijvoorbeeld wanneer A's aansprakelijkheid tot een bepaald bedrag was gemaximeerd) kan A zijn exoneratie aan B tegenwerpen (zie artikel 6:11).

326 Ook buiten het geval van alternatieve veroorzaking kan zich de figuur voordoen waarbij twee veroorzakers aansprakelijk zouden zijn voor dezelfde schade, ware het niet dat de benadeelde met één van hen een exoneratie overeenkwam. In de literatuur wordt aangenomen dat in zo'n geval de uitsluiting van de aansprakelijkheid ten opzichte van één veroorzaker, de vordering van de benadeelde jegens de andere beperkt. Daarbij wordt deze beperking in principe vastgesteld op het deel dat de geëxonereerde in verhouding tot de wél aansprakelijke zou hebben moeten bijdragen. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 102 aant. 13.2; Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) blz. 31-32; A.J.O. van Wassenauer van Catwijck, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid* (1995) blz. 166-171 en *Eigen schuld* (diss. 1971) blz. 279-280.

opgezadeld. In al deze casusposities behoort B daarom in beginsel wél aansprakelijk te zijn, maar moet die aansprakelijkheid worden verminderd met de theoretische draagplicht van A.

2.6.7 *Rechtvaardiging van proportionele aansprakelijkheid ten opzichte van de benadeelde*

Ook tegenover X is de gedeeltelijke aansprakelijkheid van B gerechtvaardigd. Het voorbeeld met de exoneratieclausule (voorbeeld 1) maakt duidelijk dat het volledig vrijuit gaan van B onrechtvaardig zou zijn jegens X. X kan niet geacht worden af te hebben gezien van zijn vordering jegens B. Waarom hij desondanks (ook) deze vordering volledig zou moeten verliezen valt niet in te zien. X heeft echter wél afgezien van zijn vordering jegens A. Daarmee heeft X het risico op zich genomen van eventueel door A te veroorzaken schade. De vermindering van X's vordering jegens B met de theoretische draagplicht van A, is daarom ook tegenover X volledig gerechtvaardigd.

In de andere casusposities is dit niet anders. Het gaat telkens om een mogelijke oorzaak A die in de risicosfeer van benadeelde X ligt. Waarom X op grond daarvan (ook) zijn vordering jegens B volledig zou moeten verliezen valt niet in te zien. Omdat de mogelijke oorzaak A telkens in de risicosfeer van X ligt, is het daarentegen wél gerechtvaardigd om X's vordering jegens B met de theoretische draagplicht van A te verminderen.

2.6.8 *Kans kleiner dan 50%*

Uit het voorgaande volgt dat de proportionele aansprakelijkheid van B ook dan een rechtvaardige oplossing is, wanneer de kans dat X een recht op schadevergoeding toekomt, kleiner is dan 50%. Zoals in het volgende geval:

Voorbeeld 6: X slaat zijn piano gedurende enige jaren op, achtereenvolgens bij A, B en C. Na afloop blijkt dat de piano — kennelijk door een onzorgvuldige verplaatsing — ernstig is beschadigd. Ieder der bewaarnemers blijkt de piano tenminste één keer op een zodanig onzorgvuldige wijze te hebben verplaatst, dat de betreffende beschadiging bij elk van deze

2 Alternatieve veroorzaking

gelegenheden kan zijn ontstaan.³²⁷ A en C kunnen zich jegens X op een exoneratie beroepen, B niet.

De kans dat X een recht op schadevergoeding toekomt zal hier in principe kleiner zijn dan 50%. Wanneer ieder der bewaarnemers de piano even vaak en even onzorgvuldig verplaatste, kan deze kans worden gesteld op 33%. Een doorslaggevend verschil met het kettingbotsing-geval (voorbeeld 1) levert dit niet op. Dat B hier niet één, maar twee mogelijke veroorzakers naast zich heeft die zich op een exoneratie kunnen beroepen, verandert niets aan de aangewezen oplossing. De positie van B behoort geen gevolg te ondervinden van de overeenkomsten X-A en X-C. B behoort niet "onverdiend" vrijuit te gaan, maar ook niet te worden benadeeld. Daarom is B's aansprakelijkheid gerechtvaardigd, mits verminderd met de theoretische draagplicht van A en C. B kan aansprakelijk worden gehouden voor 33% van de schade.

2.6.9 Aansluiting bij het principe van de "eigen schuld"

Zoals wij zagen wordt de vermindering van de schadevergoedingsplicht van B door het Oostenrijkse OGH gebaseerd op § 1304 ABGB, het Oostenrijkse equivalent van artikel 6:101 ("eigen schuld").³²⁸ Het OGH volgde daarmee de dogmatische aanzet voor een proportionele oplossing zoals uitgewerkt door Bydlinski. Zodra men eenmaal het uitgangspunt accepteert dat een gedeeltelijke schadevergoedingsplicht in de hier besproken gevallen de meest billijke oplossing is, ligt een aansluiting bij het beginsel van de "eigen schuld" eigenlijk nogal voor de hand. Dit beginsel vindt immers altijd toepassing in situaties waarin één van de relevante oorzaken van een schade in de risicosfeer van de benadeelde ligt. Zo bezien is een uitbreiding naar *mogelijke* oorzaken slechts een kleine stap. Dit niet alleen wanneer de niet-aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaak is gelegen in een handeling van de benadeelde zelf — zoals het geval was bij de met stenen gooiende kinderen in de uitspraak van het OLG Celle (voorbeeld 3) — maar ook

³²⁷ Terecht wijst Ingelse de toepassing van artikel 6:99 af voor het geval dat van drie bewaarnemers van een piano er slechts één wanpresteerde, terwijl niet bekend is wie (NJB 1992 blz. 1405 noot 8). De onrechtmatige gevaarstelling door de aansprakelijk te stellen personen staat dan immers niet vast. Dan houdt het voor de benadeelde jammer genoeg gewoon op. Zie eerder § 1.2.2 en § 2.4.6.

³²⁸ Voor de tekst van § 1304 ABGB zie noot 86.

2.6 Niet-aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaak

wanneer zij aan de benadeelde kan worden "toegerekend" omdat zij in diens risicosfeer ligt (voorbeelden 1, 2 en 4). Zoals bekend is ook de "normale" toepassing van artikel 6:101 geenszins tot eigen gedragingen van de benadeelde beperkt, maar kunnen allerlei omstandigheden die tot zijn risicosfeer behoren aan hem worden toegerekend in de zin van deze bepaling.³²⁹

Deze grondslag voor een proportionele oplossing is ook bepleit voor het Duitse recht, waar het beginsel van de "eigen schuld" is neergelegd in § 254 BGB.³³⁰ Hiertegen is wel aangevoerd dat § 254 BGB niet op *mogelijke* oorzaken toepasbaar is:

"Bei der Abwägung im Rahmen dieser Vorschrift handelt es sich um einen wertenden Vergleich nachgewiesener tatsächlicher Verursachungsbeiträge, nicht jedoch — wie hier — abstrakter Möglichkeiten und Wahrscheinlichkeiten."³³¹

Een vergelijkbaar probleem bestaat met betrekking tot de toepasselijkheid van artikel 6:101 op de hier besproken gevallen van alternatieve veroorzaking. Ook bij artikel 6:101 gaat het in de regel om de afweging van *vastgestelde* medeoorzaken, eventueel aangevuld met een billijkheidscorrectie, en niet om afweging van verschillende *mogelijke* oorzaken.³³² Men formuleert het wel zo, dat minimaal CSQN-verband moet bestaan tussen de omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend en het ontstaan van de schade.³³³ Dat eveneens CSQN-verband bestaat tussen het ontstaan van de schade en de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de gedaagde is gebaseerd, wordt daarbij waarschijnlijk voorondersteld.³³⁴ Het standaard-geval van "eigen schuld" betreft dus de figuur van

329 Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 101 aant. 2.

330 Voor de tekst van § 254 BGB zie noot 69.

331 Aldus G. Brambring, a.w. (zie noot 53) blz. 97. In dezelfde zin E. Klein, NJW 1971 blz. 454 r.k.; I. Kluge, a.w. (zie noot 10) blz. 77. Zie voorts G. Brambring, a.w. (zie noot 53) blz. 186 e.v.

332 Hierop wijst ook N. Frenk, *Toerekening naar kansbepaling*, NJB 1995 blz. 482 e.v. (op blz. 486 l.k.), die eveneens pleit voor een proportionele oplossing in aansluiting bij art. 6:101.

333 Zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 101 aant. 4; Onrechtmatige daad I (oud) (de Groot) nr. 372; Asser-Hartkamp I (1996) nr 448a; A.J.O. van Wassenaer van Catwijck, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid* (1995) blz. 51 en *Eigen schuld* (diss. 1971) blz. 78 e.v.; A.R. Bloembergen, diss. (zie noot 33) nr. 273.

334 Wél expliciet hierover Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 101 aant. 4.

2 Alternatieve veroorzaking

samenloop van onzelfstandige oorzaken,³³⁵ waarvan er één aan de benadeelde kan worden toegerekend. Daarnaast is artikel 6:101 toepasselijk bij veroorzaking van deelschade,³³⁶ waarvan met name sprake zal zijn bij schending van een schadebeperkingsplicht.³³⁷

Hier komt bij dat de tekst van artikel 6:101 een (rechtstreekse) toepasselijkheid op alternatieve veroorzaking niet toe lijkt te laten. Blijkens zijn tekst ziet het artikel op het geval:

"Wanneer de schade *mede* een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend"

en daarvan is in de hier besproken gevallen³³⁸ geen sprake. De schade is hier immers het gevolg òf van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, òf van een andere oorzaak, maar niet "mede" van deze mogelijke oorzaken. Ook bij het vaststellen van de verdelingsmaatstaf geeft de tekst van het artikel problemen. In eerste instantie moet de schade immers worden verdeeld:

"in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden aan de schade hebben bijgedragen"

335 Beide oorzaken zijn immers CSQN voor de gehele schade, maar hebben elkaar nodig om haar te doen ontstaan. Zie A.J. Akkermans, a.w. (zie noot 3) blz. 41-43.

336 Zie A.J.O. Van Wassenaer van Catwijck, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid* (1995), blz. 54 e.v. en *Eigen schuld* (diss. 1971) blz. 81 e.v. (hij spreekt in dit verband van "gedeeltelijke causaliteit", een term die ik minder gelukkig vind dan "deelschade" omdat zij het verschil met onzelfstandige oorzaken minder goed doet uitkomen).

337 Het niet voldoen aan de schadebeperkingsplicht is een species van "eigen schuld", zie PG boek 6 blz. 351; Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 101 aant. 37; Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) blz. 4-5; Asser-Hartkamp I (1996) nr 453; A.R. Bloembergen, diss. (zie noot 33) nr. 271.

338 Dat is anders wanneer de benadeelde een omstandigheid kan worden toegerekend die niet een alternatieve, maar een *onzelfstandige* oorzaak was van de schade, terwijl twee of meer gedaagden aansprakelijk worden gesteld wegens alternatieve veroorzaking. Zoals in het in § 2.3.8 besproken geval van *Lange v. Bennett* [1964] 1 O.R. 233. De benadeelde bevond zich in geknielde positie in het schootsveld van twee medejagers. Niet kon worden uitgemaakt door wie van de twee hij werd geraakt toen hij plotseling opstond. De Canadese rechter wees de aansprakelijkheid van de gedaagden af wegens "eigen schuld". Naar Nederlands recht levert de toepasselijkheid van art. 6:101 in zo'n geval geen enkel probleem op. Een vermindering ex art. 6:101 van de aansprakelijkheid ex art. 6:99 is daarom de aangewezen weg. Zie tevens noot 180.

In de hier besproken gevallen snijdt dit geen hout. Bij alternatieve veroorzaking is geen sprake van het in een bepaalde "mate" aan de schade bijdragen: van de mogelijke oorzaken is juist onbekend of zij überhaupt aan (het ontstaan van) de schade hebben bijgedragen. De verdelingsmaatstaf zal daarom moeten worden gezocht in de relatieve graad van waarschijnlijkheid waarmee de mogelijke oorzaken de schade hebben doen ontstaan.³³⁹

Dit alles³⁴⁰ hoeft naar mijn mening niet aan de toepassing van het rechtsbeginsel van artikel 6:101 op de hier besproken gevallen van alternatieve veroorzaking in de weg te staan.³⁴¹ Over de grondslag van de vermindering van de schadevergoedingsplicht bij "eigen schuld" lopen de meningen uiteen.³⁴² Deze vermindering vindt in elk geval haar wortels (mede) in de billijkheid.³⁴³ Van Wassenaer van Catwijck wil artikel 6:101 niet alleen toepassen op samenloop van onzelfstandige oorzaken en veroorzaking van deelschade, maar ook op dubbele veroorzaking.³⁴⁴ Voor dit laatste beroept hij zich op analogische toepassing van artikel 6:99.³⁴⁵ Boonekamp wil artikel 6:101 ook toepassen bij onrechtmatige daad in groepsverband, dus wanneer de benadeelde tot de deelnemers aan het onrechtmatige groepsgebeuren behoorde.³⁴⁶ Welnu, wanneer bij al deze causale figuren de billijkheid kan meebrengen dat de schadevergoedingsplicht wordt verminderd omdat één van de relevante oorzaken in de risicosfeer van de

339 Zie de verwijzingen in noot 232.

340 Artikel 6:101 spreekt bovendien van "de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten" en daarvan is geen sprake wanneer één der mogelijke oorzaken is gelegen in "het toeval" (zoals in voorbeeld 4).

341 Zie voor een eerder pleidooi in deze zin A.J. Akkermans, a.w. (zie noot 3) blz. 64-65.

342 Zie Onrechtmatige daad I (oud) (de Groot) nr. 369 e.v.; A.J.O. van Wassenaer van Catwijck, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid* (1995) blz. 10 e.v. en *Eigen schuld* (diss. 1971) blz. 19 e.v.

343 Aldus ondermeer Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) blz. 2; Asser-Hartkamp I (1996) nr 449.

344 Hij onderscheidt in dit verband drie categoriën oorzaken, waarvan nr 3 op gevallen van dubbele veroorzaking ziet, al gebruikt hij deze term niet. Zie *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid* (1995) blz. 52 e.v. en *Eigen schuld* (diss. 1971) blz. 79 e.v.

345 *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid* (1995) blz. 53-54.

346 A.w. (zie noot 125) blz. 68. Dit zowel wanneer de benadeelde schade werd toegebracht door een mededeelnemer als wanneer hij schade toebracht aan zichzelf.

benadeelde ligt,³⁴⁷ dan zou het toch vreemd zijn wanneer dat bij alternatieve veroorzaking niet mogelijk zou zijn. Voor zo'n onderscheid zouden sprekende argumenten nodig zijn. Ik zie die niet. Integendeel, uit het oogpunt van billijkheid bestaat in de hier besproken gevallen bepaaldelijk evenveel aanleiding voor de bedoelde vermindering als bij de andere causale figuren.

Het zij toegegeven dat de "*Wortlaut*" van artikel 6:101 aan de rechtstreekse toepasselijkheid op alternatieve veroorzaking in de weg staat. Toch meen ik dat ook bij alternatieve veroorzaking kan worden aangesloten bij het (mede) op de billijkheid gebaseerde rechtsbeginsel van artikel 6:101. In de hier besproken casusposities gaat het in wezen om dezelfde billijkheidsgedachte als in andere gevallen van toerekenbaarheid van een mede-oorzakelijke omstandigheid aan de benadeelde. Anders gezegd: een verminderde schadevergoedingsplicht in het geval dat één van de relevante oorzaken van een schade in de risicosfeer van de benadeelde ligt, lijkt mij voort te vloeien uit één en dezelfde billijkheidsgedachte, ongeacht om welke causale figuur het in casu precies gaat.

Ik meen daarom dat bij alternatieve veroorzaking artikel 6:101 analoog kan worden toegepast. Dit niet alleen wanneer één van de mogelijke oorzaken is gelegen is een gedraging van de benadeelde zelf (zoals in voorbeeld 3) maar in alle gevallen waarin een mogelijke oorzaak aan de benadeelde kan worden "toegerekend" omdat zij in diens risicosfeer ligt (dus ook in de voorbeelden 1,2 en 4).³⁴⁸ In elk geval biedt artikel 6:101, als fundamentele doorbreking van de alles-of-niets-benadering, een belangrijk aanknopingspunt voor de hier bepleite proportionele aansprakelijkheid in het geval dat op één van de alternatieve oorzaken geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd.³⁴⁹

347 In het geval van dubbele veroorzaking van een *voortdurende schade* waarbij een latere oorzaak in de risicosfeer van de benadeelde ligt vervalt de schadevergoedingsplicht in zijn geheel, aldus de Hoge Raad: HR 2 feb. 1990, NJ 1991, 292 m.nt. CJHB (*Vermaat/Staat*). Ik meen echter dat ook hier art. 6:101 behoort te worden toegepast (zie A.J. Akkermans, a.w. — zie noot 3 — blz. 50). In dezelfde zin Spier, *Sluipende schade* (oratie 1990), blz. 22.

348 Zie over de "toerekening" in het kader van artikel 6:101 Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 101 aant. 5.

349 In deze zin ook N. Frenk, NJB 1995 blz. 486.

2.6.10 De betekenis van het DES-arrest

In het *DES*-arrest overwoog de Hoge Raad dat het denkbaar was dat (in een vervolprocedure) vast zou komen te staan dat DES in de relevante periode ook in het verkeer was gebracht door producenten die daarvoor wegens het ontbreken van een fout niet aansprakelijk waren, en dat de schade van de betrokken DES-dochter ook door deze DES kon zijn veroorzaakt. Zoals gezegd oordeelde de Hoge Raad dat dit in beginsel niet aan de totaalaansprakelijkheid van de andere producenten afdeed:

"Een en ander onthefte 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."³⁵⁰

Ik pleit daarentegen voor een gedeeltelijke aansprakelijkheid in het geval dat op één (of meer) van de mogelijke oorzaken van een schade geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd. Gooit de geciteerde overweging uit het *DES*-arrest dan geen roet in mijn eten? Ik meen van niet, omdat men deze overweging moet begrijpen tegen de specifieke achtergrond van het *DES*-arrest.

De mogelijkheid dat één of meer kleinere producenten van DES geen fout begingen met het in het verkeer brengen van DES, had in de loop van de procedure voornamelijk in de sleutel gestaan van de vraag of alle producenten moesten worden gedagvaard, of tenminste worden geïdentificeerd, teneinde te kunnen vaststellen of zij ook allemaal een fout hadden gemaakt. Zoals gezegd een onmogelijke eis, wegens het mogelijk zeer grote aantal producenten en vooral vanwege het tijdsverloop. Ik denk dat het met name deze knoop is geweest die de Hoge Raad heeft willen doorhakken in het voordeel van de DES-dochters.

Maar ook wanneer men aan deze beslissing een verdergaande betekenis zou willen hechten is de geciteerde overweging geheel met de hier bepleite proportionele aansprakelijkheid te verzoenen. In al de tot dusver door mij besproken casusposities (zie de voorbeelden 1 t/m 6) houdt de aanwezigheid van één of meer niet-aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaken een aanmerkelijke benadeling in voor

350 R.o. 3.7.6.

de wél aansprakelijk te stellen mogelijke veroorzakers wanneer men hen onverkort aansprakelijk zou houden voor de gehele schade. De niet-aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaak levert immers geen regresplichtige op waar zij zich op zouden kunnen verhalen. In de DES-casus speelde dit probleem niet of nauwelijks. De kans dat bepaalde producenten geen fout maakten met het in het verkeer brengen van DES was, zoals reeds aangestipt,³⁵¹ nogal klein. Deze kans kon niet helemaal worden uitgesloten met het oog op *zeer kleine* producenten zoals apothekers, waarvoor niet ondenkbaar was dat het betamelijkheidsvereiste milder zou uitvallen.³⁵² Wanneer wij ervan uitgaan dat de interne draagplicht van de aansprakelijke producenten wordt bepaald door hun marktaandeel³⁵³ dan betekent dit dat de extra interne draagplicht in verband met de onmogelijkheid van regres op de niet-aansprakelijke producenten — als die al zouden bestaan — in elk geval zeer gering zou zijn. Deze extra last zou bovendien over vele hoofden kunnen worden omgeslagen. Al met al kan worden aangenomen dat het ging om een ("*naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid*") verwaarloosbaar kleine kans op een (eveneens "*naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid*") verwaarloosbaar klein extra nadeel voor de wél-aansprakelijke producenten.³⁵⁴ *De minimis non curat praetor.*

Per saldo betrof de kwestie van de niet-aansprakelijke producenten in het DES-arrest slechts een geringe *mogelijkheid* die enerzijds — als zij later al werkelijkheid zou worden — slechts een onbeduidende benadeling voor de gedaagden zou inhouden, terwijl anderzijds het wél reeds bij voorbaat verbinden van consequenties aan die mogelijkheid, grote praktische en procedurele problemen op zou kunnen³⁵⁵ leveren voor de benadeelden. In deze omstandigheden lijkt mij de beslissing om ten aanzien van de wél onrechtmatig handelende producenten geen

351 Zie de tekst bij noot 39 op blz. 26.

352 Zie C.J.H. Brunner in diens noot onder het arrest in de NJ 1994, 535 onder nr. 4.

353 Daarnaast kunnen ook andere gezichtspunten een rol spelen. Zie Spier, TMA 1991 blz. 42 l.k.; A.S. Hartkamp in zijn conclusie voor het DES-arrest onder nr. 21. Vgl. *Collins v. Eli Lilly Co*, 116 Wis.2d 166, 342 N.W.2d 37 (Wis. 1984).

354 Ook Hijma spreekt in dit verband van "*een te verwaarlozen groep*". Zie AA 1993 blz. 129 r.k.

355 Onvermijdelijk was dat niet. Een andere oplossing was geweest om stelplicht en bewijslast over het bestaan van niet-aansprakelijke producenten, over hun marktaandelen en andere omstandigheden die van belang kunnen zijn voor het bepalen van hun theoretische draagplicht, op te dragen aan gedaagden. Zie nader § 5.3.7.

consequenties te verbinden aan de *mogelijkheid* dat sommige producenten met het in het verkeer brengen van DES geen fout maakten, een pragmatische en geenszins onrechtvaardige benadering.³⁵⁶ Strijdigheid met een proportionele benadering zie ik er niet in.³⁵⁷

Integendeel, ik put er steun uit voor mijn opvatting. In de eerste plaats houdt de beslissing in dat het bestaan van een niet-aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaak niet zonder meer aan de (analoge) toepassing van artikel 6:99 in de weg staat (zie hierna). Maar bovendien biedt de hiervoor geciteerde overweging — bedoeld of onbedoeld — ook een duidelijk aanknopingspunt voor een proportionele benadering. Stel dat moet worden aangenomen dat — in verband met de grootte van de kans dat de schade van de betrokken DES-dochter door DES van een niet-aansprakelijke producent is veroorzaakt — de totaalaansprakelijkheid van de overige producenten *niet* langer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar zou zijn. Dat lijkt mij reeds het geval zodra vaststaat dat het om een substantieel gedeelte van het in totaal op de markt gebrachte DES gaat, dus méér dan enkele procenten. Wat dan dient te gebeuren geeft de Hoge Raad niet aan, maar het lijkt voor de hand te liggen dat dan alsnog een proportionele aansprakelijkheid moet worden aangenomen.³⁵⁸

2.6.11 Aansluiting bij de tekst van artikel 6:99

Zoals uiteengezet in § 2.6.9 kan de toepassing van artikel 6:101 op de hier besproken gevallen niet zonder meer met de *Wortlout* van deze bepaling worden verzoend, maar pleiten inhoudelijke argumenten voor een analoge toepassing ervan. Eenzelfde kwestie speelt met betrekking tot de tekst van artikel 6:99, die onder meer spreekt van:

356 Vgl. de opvatting van Brunner, die meent dat de beslissing van de HR alleen juist is "*indien de kans dat de Des-moeder het middel van een niet-aansprakelijke producent heeft gebruikt slechts hypothetisch, of tenminste uiterst gering is*" (noot onder het arrest in NJ 1994, 535 onder nr. 4).

357 Ook in een zuiver proportionele benadering als het leerstuk van het verlies van een kans is onzekerheid over het bestaan van een kleine kans een goede grond om haar niet in aanmerking te nemen. Zie hierover uitvoerig § 3.6.3.

358 In dezelfde zin T. Hartlief, TVVS 1992 blz. 311 l.k.; J. Gras, *Het schadebegrip in de DES-zaak*, NJB 1993 blz. 102-103 (op blz. 103 m.k.). Overigens had naar mijn mening — om andere redenen — sowieso tot deelaansprakelijkheid moeten worden besloten. Zie daarover § 5.3.

2 Alternatieve veroorzaking

"twee of meer gebeurtenissen voor *elk* waarvan een andere persoon aansprakelijk is"

Daaraan is strikt genomen niet voldaan wanneer één der mogelijke veroorzakers zich jegens de benadeelde heeft geëxonereerd, zoals in het kettingbotsing-geval (voorbeeld 1), en zeker niet wanneer één der mogelijke veroorzakers niet onrechtmatig handelde zoals in het *Wilderer-fall* (voorbeeld 2) of wanneer één der mogelijke oorzaken is gelegen in een gedraging van de benadeelde zelf (zoals in voorbeeld 3). Nu is het gebruik van de term "aansprakelijk" op de bedoelde plaats sowieso minder gelukkig omdat men daardoor een tautologie in het artikel kan lezen.³⁵⁹ In plaats daarvan kan men misschien beter "verantwoordelijk" lezen.³⁶⁰ Aldus opgevat kan de tekst van het artikel misschien worden verzoend met de voorbeelden 1 t/m 3. Dat biedt echter nog geen oplossing voor het geval waarin één der mogelijke oorzaken is gelegen in "de natuur" zoals bij de medische fout van voorbeeld 4. Daar is immers met betrekking tot één der mogelijke oorzaken zelfs geen sprake van een "persoon".

Wat hiervan ook zij, ik meen dat in elk geval voldoende grond aanwezig is voor een *analoge* toepassing van artikel 6:99 op alle gevallen waarin op één of meer van de mogelijke oorzaken geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd. Voor toepassing van het principe van de alternatieve veroorzaking is niet vereist dat *ieder der mogelijke veroorzakers*, maar slechts dat *ieder der aansprakelijk te houden personen* het beschadigde rechtsgoed op onrechtmatige wijze in gevaar bracht en daarmee mogelijk de schade veroorzaakte. In mijn opvatting vloeit dit rechtstreeks voort uit de rechtsgrond van artikel 6:99 (zie § 2.4.7). Maar zoals gezegd voel ik mij wat dit betreft ook gesterkt door de beslissing van de Hoge Raad in het *DES*-arrest. Terecht wijzen Hijma³⁶¹ en Hartkamp³⁶² erop dat de *DES*-casus realiter niet meer onder de tekst van artikel 6:99 te brengen valt, nu de Hoge Raad de mogelijkheid dat het schadeveroorzakend *DES* van een niet-aansprakelijke afkomstig was, expliciet heeft opengelaten. Ik meen dat ook in het *DES*-arrest strikt genomen sprake is van analoge toepassing van artikel 6:99. Waar de Hoge Raad overweegt dat de

359 Zie J. Spier, *Sluipende schade* (oratie 1990), blz. 17.

360 Evenzo P. Ingelse, *NJB* 1992 blz. 1411 noot 2.

361 *AA* 1993 blz. 128 r.k.

362 *De Des-zaak*, in: *Kabaal in Holland*, Asscher-bundel (1993) blz. 76 e.v.

DES-casus onder de tekst van het artikel valt,³⁶³ ziet hij ten onrechte het probleem van de mogelijk niet-aansprakelijke producenten over het hoofd.³⁶⁴

2.6.12 Conclusies

Op grond van het voorgaande concludeer ik dat wanneer op één of meer van de alternatieve oorzaken van een schade geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd, de meest rechtvaardige oplossing in beginsel moet worden gezocht in de gedeeltelijke aansprakelijkheid van de (wél) onrechtmatig handelende mogelijke veroorzaker(s). De alles-of-niets-benadering levert in deze gevallen in principe een patstelling op (§ 2.6.4) en pakt in elk geval nogal arbitrair uit (§ 2.6.5). Een proportionele oplossing vermijdt deze problemen niet alleen, maar kan ook inhoudelijk gezien volledig worden gerechtvaardigd, zowel tegenover de gedaagde (§ 2.6.6) als tegenover de benadeelde (§ 2.6.7). De dogmatische grondslag voor deze oplossing, zoals gehanteerd in Oostenrijk en bepleit in Duitsland en Zwitserland, is eveneens aanwezig in het Nederlandse recht. De vestiging van de aansprakelijkheid kan worden gebaseerd op de analoge toepassing van artikel 6:99 (§ 2.6.11) en de vermindering van de vergoedingsplicht op de analoge toepassing van artikel 6:101 (§ 2.6.9). In elk geval biedt de combinatie van beide wettelijke bepalingen voor de hier besproken proportionele oplossing een buitengewoon solide aanknopingspunt.

363 R.o. 3.7.1.

364 Evenzo J. Hijma, AA 1993 blz. 128 r.k.

Het verlies van een kans

3.1 Inleiding

3.1.1 *Het verlies van een kans als vergoedbare vermogensschade*

Een tweede benadering van het probleem van schade met een onzeker causaal verband is die vanuit het schadebegrip. Het probleem wordt dan benaderd als een geval met een specifiek soort schade. Men kent geen vergoeding toe voor de schade zoals die definitief bij de benadeelde is ingetreden, maar voor het *verlies van de kans* die de benadeelde had om deze te ontlopen.¹ Een klassiek voorbeeld is het mislukken van een juridische procedure door de fout van een advocaat, notaris of deurwaarder, waarbij niet kan worden vastgesteld wat de uitkomst van het proces zou zijn geweest wanneer geen fout was gemaakt.² In zo'n geval is wél zeker dat de cliënt door de fout een bepaalde kans heeft verloren om het proces te winnen. De essentie van deze benadering is het uitgangspunt dat zo'n kans een waarde heeft die op geld waardeerbaar is.³ Het verlies van die kans vormt een vermogensschade, en die moet worden vergoed.

Per saldo maakt men zo een gedachtensprong van de ene schade naar de andere. Men laat de vraag naar het causaal verband met de "*definitieve schade*" (in het voorbeeld: de waarde van de vorderingen die in het geding waren) voor wat zij is, en concentreert zich op de "*kansschade*"⁴ (in het voorbeeld: de waarde in het — eventueel fictie-

1 C.q. voor het verlies van een kans om een bepaald voordeel te behalen.

2 Denkbaar is dat de rechter dat wél met voldoende zekerheid kan vaststellen. Dan is uiteraard volledige toe- of afwijzing van de schadevergoedingsvordering geboden en komen wij aan het leerstuk van het verlies van een kans niet toe. Zie de tekst bij noot 366 op blz. 184.

3 Zie F.J. de Jong, *Het verlies van een kans als schadefactor*, NJB 1944 blz. 87 e.v.

4 In Frankrijk spreekt men wel van *le préjudice relatif* voor de schade die bestaat uit het verlies van een kans, en van *le préjudice absolu* of *final* voor de schade zoals zij zich uiteindelijk bij de benadeelde heeft gerealiseerd. In België spreekt men wel van *relatieve* schade c.q. de volledige of *absolute* schade. Om redenen van duidelijkheid geef ik de voorkeur aan de begrippen *kansschade* en *definitieve schade*.

ve — economische verkeer van de kans om het proces te winnen). Het causaal verband met *deze* schade staat wél vast.

In landen als Frankrijk en België is het verlies van een kans in een zeer breed scala van gevallen expliciet aanvaard als een vergoedbare schade, waaronder het verlies van overlevings- of genezingskansen van patiënten die het slachtoffer zijn van medische fouten.⁵ Evenzo in toenemende mate in de Verenigde Staten.⁶ Ik herinner aan de in § 2.6.2 beschreven Oostenrijkse casus waar een kans van 50% bestond dat de schade het gevolg was van een ten onrechte achterwege gebleven shockbehandeling.⁷ In Oostenrijk werd deze casus benaderd als een bijzonder geval van *alternative Kausalität*, waarbij één van de mogelijke oorzaken in de risicosfeer van de benadeelde lag. Het lijkt geen twijfel dat deze casus in Frankrijk of België zou zijn benaderd vanuit het leerstuk van *la perte d'une chance*.⁸

3.1.2 De waardering van kansen bij onzekere schade-omvang

Het toekennen van een geldelijke waarde aan kansen komt in het schadevergoedingsrecht vaker voor dan op het eerste gezicht misschien lijkt. Dikwijls gaat deze waardering min of meer schuil achter de begroting van de omvang van een schade. Zo geschiedt de begroting bij voorbaat van toekomstige schade "*na afweging van goede en kwade kansen*", zoals artikel 6:105 het uitdrukt. Veelvuldig wordt daarbij de waarschijnlijkheid van bepaalde gebeurtenissen in de omvang van de schade verdisconteerd.⁹ Maar ook bij actuele schade komt verrekening

5 Zie § 3.3.2 resp. § 3.3.3.

6 Zie § 3.3.5.

7 OGH 7 mei 1985, JBl 1986, 576 (m. Anm. Deutsch). Zie de tekst bij noot 280 op blz. 82.

8 In dezelfde zin E. Deutsch in zijn *Anmerkung* bij deze beslissing (JBl 1986 blz. 578 r.k.). Overigens is hiermee niet gezegd dat beide benaderingen altijd volledig uitwisselbaar zouden zijn. In bepaalde casusposities kan toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans erg gewrongen aandoen. Zie hetgeen hierover opgemerkt in § 7.3.5.

9 Dit komt vooral voor bij de kapitalisatie van toekomstige inkomensschade ingeval van letsel (arbeidsongeschiktheid) en overlijden. Vaak (maar niet altijd) worden daarbij in aanmerking genomen: de sterftekansen van de gerechtigde, de sterftekansen die een overledene had vóór het ongeval, de hertrouwkansen van een weduwe en verschillende kansen m.b.t. het verkrijgen door de benadeelde van een inkomen uit arbeid. Zie Schadevergoeding (Bolt) art. 107 aant. 12, 14 t/m 23 en art. 108 aant. 32 t/m 35 en 51; Mon. Nieuw BW B-37 (Bouman/Van Wassenaer) nr. 32; L.H. Pals, *Onrechtmatige doodslag* (diss. 1983) hoofdstuk 9 en P.C. Knol,

van bepaalde kansen voor. Een voorbeeld biedt de vaststelling van schadevergoeding krachtens de Onteigeningswet.¹⁰ In dit kader besliste de Hoge Raad:

"dat indien opstallen zonder de vereiste vergunning zijn gebouwd en een niet te verwaarlozen kans bestaat dat de Gemeente de afbraak daarvan zal bewerkstelligen zonder verplicht te zijn daarvoor schadevergoeding te betalen, die kans bij de bepaling van de werkelijke waarde in aanmerking moet worden genomen"¹¹

Gewoonlijk worden goede en kwade kansen in de bedoelde gevallen benaderd als factoren die slechts van invloed zijn op de *omvang* van een in beginsel vaststaande schade. Deze benadering wordt in de hand gewerkt doordat over een aanmerkelijk deel van de in totaal te vergoeden schade geen relevante onzekerheid bestaat.¹² Ook in de alles-of-niets-benadering moet dan schade worden vergoed, de vraag is alleen hoeveel. Dit in tegenstelling tot het geval waarin het verlies van een kans de enige schadepost vormt waarvan vergoeding wordt gevorderd, zoals in het voorbeeld van de verloren proceskans. Dan dringt de meer klemmende vraag naar het *bestaan* van een vergoedbare vermogensschade zich als eerste op.¹³ De alles-of-niets-benadering laat de benadeelde dan mogelijk met lege handen staan, terwijl de waardering op geld van kansen in elk geval een vergoedbare schade oplevert.

Vergoeding van letselschade (1986) § 14.

- 10 Met dit voorbeeld maak ik een uitstapje naar het bestuursrecht. Ik meen dat er wat *het principe* van de waardering van kansen betreft geen relevante verschillen met het privaatrecht zijn. Wel bestaat tussen privaat- en onteigeningsrecht een onderscheid dat relevant kan zijn m.b.t. de categorie van de "openstaande kansen" (over dit begrip hierna § 3.2.3). In het kader van de Ow. kan de begroting van toekomstige schade niet worden uitgesteld (art. 40a Ow). Art. 6:105 biedt die ruimte wél. Over de verhouding tussen privaat- en bestuursrechtelijke schadevergoeding in het algemeen zie Mon. Nieuw BW B-34 (Bloembergen) nr. 5.
- 11 Aldus HR 27 april 1977, NJO 1977, 8 m.nt. MB (*v.o.f. M. Mes/Rotterdam*). In dezelfde zin HR 30 mei 1973, NJ 1973, 492 m.nt. WPB (*Veghel/Hendriks*) en HR 1 dec. 1976, NJO 1977, 1 m.nt. MB (*Scheepers/Helmond*). Zie voorts *Ont eig. en Eigendomsbep.* (van Gelder) Bijz. II.III § 47.
- 12 Zo heeft schadevergoeding krachtens de Onteigeningswet in de regel betrekking op (veel) meer vermogensbestanddelen dan de illegale opstal uit het voorbeeld (die bovendien ook ná ingrijpen van de Gemeente een vaststaande restwaarde kan hebben).
- 13 C.q. de vraag naar het bestaan van voldoende causaal verband met de definitieve schade (afhankelijk van hoe de vraag wordt geformuleerd, als een van causaal verband of een van schade) .

Wat het principe van kanswaardering betreft bestaat tussen beide situaties geen verschil.¹⁴ Het in aanmerking nemen van kansen bij de begroting van de omvang van een schade laat zich — althans voor dat deel van de schade waarover de onzekerheid zich uitstrekt — steevast óók beschrijven in termen van de waardering op geld van deze kansen als zodanig.

Zo komt het in aanmerking nemen van goede en kwade kansen bij de begroting bij voorbaat van een toekomstige schade, voorzover het intreden daarvan onzeker is, op hetzelfde neer als het begroten van de waarde van de actuele kans dat dit deel van de schade daadwerkelijk zal intreden.¹⁵ En het verminderen van de waarde van een te onteigenen opstal vanwege de kans dat de Gemeente de afbraak daarvan zou hebben bewerkstelligd, komt op hetzelfde neer als het begroten van de waarde van de door onteigening te niet gegane kans dat de Gemeente het gedogen van de betreffende opstal had voortgezet.

Beide benaderingen zijn niet meer dan elkaars spiegelbeeld. Zij leiden per definitie tot eenzelfde resultaat, althans behoren dat logisch gezien te doen.

Wanneer kansen op geld kunnen worden gewaardeerd in het kader van de begroting van de omvang van een schade — al gebeurt dat, zoals uiteengezet, in de regel via een benadering die daar het spiegelbeeld van vormt — dan moet dat óók kunnen wanneer het verlies van een kans de enige schadepost is waarvan vergoeding wordt gevorderd.

14 Het verschil zit enkel in het object van de begroting. In de eerstbedoelde benadering staat een redelijke begroting van de omvang van de *definitieve schade* centraal. Men stelt zich bijvoorbeeld de volgende vraag: "Moet bij een bij voorbaat te begroten toekomstige inkomensschade rekening worden gehouden met de aanmerkelijke kans dat de gekwetste, vanwege zijn persoonlijke predispositie, op een zeker moment sowieso arbeidsongeschikt zou zijn geworden?". Vgl. Schadevergoeding (Bolt) art. 107 aant. 19 en met name HR 8 feb. 1985, NJ 1986, 136 en 137 m.nt. CJHB. In het tweede geval wordt een benadering gehanteerd die focust op de geldelijke waarde van de *kansschade*. Dan stelt men de vraag als volgt: "Is de aanmerkelijke kans die de gekwetste had om, ondanks zijn predispositie, niet of althans aanzienlijk later arbeidsongeschikt te worden, waardeerbaar op geld?" In de meeste gevallen zal de eerste benadering meer voor de hand liggen dan de tweede. Een principieel verschil bestaat er echter niet. Over de samenhang tussen het bedoelde predispositie-leerstuk en het verlies van gezondheidskansen zie nader § 3.4.7.

15 Zie het predispositie-voorbeeld in noot 14.

Ik meen dat beide figuren in dit opzicht zelfs niet te scheiden zijn.¹⁶ In elk geval levert het in aanmerking nemen van kansen bij schade met een onzekere omvang een krachtig argument op vóór de aanvaarding van het enkele verlies van een kans als een vergoedbare schade.¹⁷

Mijn primaire invalshoek is evenwel de figuur van het enkele verlies van een kans. Ik bespreek haar in beginsel op haar eigen merites. Vanwege de zeer nauwe samenhang wordt de figuur van de onzekere schade-omvang daar af en toe op betrokken.¹⁸

3.1.3 Plan van behandeling

In dit hoofdstuk staat een onderzoek naar de reikwijdte van het leerstuk van het verlies van een kans centraal. Ik onderscheid daarbij drie vragen. De eerste vraag is in welke omvang het principe van het verlies van een kans moet worden aanvaard. Gaat het hier om een soort uitzondering op de regel of komt er een bredere betekenis aan toe? Hoe verhoudt het kansleerstuk zich tot het vereiste van causaal verband? Ik betrek hierbij de problematiek van het verlies van genezings- en overlevingskansen van patiënten die het slachtoffer zijn van medische fouten.

De tweede vraag is in welke omvang de belasting met een duurzaam risico moet worden aanvaard als een vergoedbare vermogensschade. Deze vraag vergt enige toelichting. Het vorige hoofdstuk zag enkel op definitief ingetreden schade waarvan de oorzaak niet zeker is (voorbeeld: patiënt is invalide geworden, genezingskansen

16 Logisch gezien is het in aanmerking nemen van kansen bij de begroting van de omvang van een schade niet anders dan het begroten van een kansschade (m.b.t. dat deel van de definitieve schade dat te onzeker wordt geacht om onverkort in aanmerking te worden genomen, maar te waarschijnlijk om volledig te worden genegeerd) vermeerderd met dat deel van de definitieve schade dat wél voldoende zeker is. Het aldus beschrijven van het in aanmerking nemen van kansen bij onzekere schade-omvang brengt echter een hoop geworstel met de taal met zich mee (o.a. omdat kansen met een positieve en met een negatieve waarde door elkaar kunnen lopen) en doet soms behoorlijk gekunsteld aan (vooral wanneer de definitieve schade in de bedoelde zin niet vanzelfsprekend als zodanig in beeld komt). Daarom werk ik dit argument hier niet verder uit.

17 Het verband tussen beide figuren is ook gelegd door L.H. Pals, a.w. (zie noot 9) blz. 181-198. Hij hangt het onderscheid tussen beide figuren echter op aan de begrippen "momentschade" en "perioodeschade". Dit onderscheid is, althans voor mijn betoog, niet adequaat zoals het voorbeeld m.b.t. de Onteigeningswet (zie noot 11) laat zien.

18 Met name in § 3.4.7.

zonder medische fout waren 50%). Een benadering vanuit het schadebegrip maakt het noodzakelijk om hier tevens het geval bij te betrekken waarin de betreffende kans als zodanig wel is verkeken, maar de *definitieve schade* nog niet is ontstaan. Er is dus (nog) alleen maar een *kansschade* geleden (voorbeeld: door de onrechtmatige blootstelling aan een gevaarlijke stof is een kans van 50% op invaliditeit ontstaan, of dit risico zich ook zal realiseren kan slechts de toekomst uitwijzen). Voor nadere uitleg zie § 3.2.3. Als in het ene geval de kansschade een vergoedbare vermogensschade vormt, waarom dan niet ook in het andere?

De derde vraag is wat de minimale, en wat de maximale grootte van een kans moet zijn om als zodanig voor vergoeding in aanmerking te komen. Moet ook het verlies van een zeer kleine kans worden vergoed? En andersom, als er maar een kleine kans is dat de definitieve schade *niet* door de gedaagde werd veroorzaakt, komt dan toch alleen de kansschade voor vergoeding in aanmerking en niet de definitieve schade? En voor beide gevallen geldt: zo nee, waar trekken wij dan de grens?

Nadat ik deze vragen nader heb uitgewerkt aan de hand van een beschrijving van het Nederlandse recht (§ 3.2) neem ik opnieuw een kijkje over de grenzen (§ 3.3). Daarna probeer ik antwoorden te geven (§ 3.4 t/m § 3.6).

3.2 **Uitwerking van de vraagstelling aan de hand van het Nederlandse recht**

3.2.1 *Inleiding*

Afgezien van de hiervoor aangestipte praktijk van het in aanmerking nemen van goede en kwade kansen bij de begroting van schade met een onzekere omvang (§ 3.1.2), is de betekenis van het leerstuk van het verlies van een kans in Nederland tamelijk beperkt. In de rechtspraak vond het principe tot dusver slechts incidenteel toepassing.¹⁹ Een aardig voorbeeld biedt de procedure die leidde tot het arrest *Heesch/Reijs*:²⁰

19 Beknopte overzichten geven *Onrechtmatige Daad II* (Bloembergen) (oud) nr. 154 en L.H. Pals, a.w. (zie noot 9) blz. 183-186.

20 HR 13 feb. 1981, NJ 1981, 456 m.nt. CJHB.

Het college van B en W van de gemeente Heesch beloofde schriftelijk aan Reijs, de echtgenote van een projectontwikkelaar, een overeenkomst van grondruil tussen haar en de gemeente met een gunstig advies aan de gemeenteraad voor te leggen. B en W lieten het toegezegde echter na, inmiddels tot het oordeel gekomen dat de voorgenomen transactie voor de gemeente financieel ongunstig was. Het volgende wat Reijs mocht vernemen was dat een besluit tot onteigening van haar te ruilen percelen was genomen. Reijs vorderde een schadevergoeding van $\pm f$ 109.000 wegens gederfde winst op een twintigtal woningen die zij op het perceel had willen bouwen. De gemeente ontkende dat deze schade door de woordbreuk was geleden omdat, kort gezegd, de gemeenteraad nooit met het voorstel zou hebben ingestemd en het college van Gedeputeerde Staten zo'n besluit ook niet zou hebben goedgekeurd.

Dat laatste kon niet met zekerheid worden vastgesteld, aldus de Rechtbank, en vervolgde:

"dat, nu al evenmin vaststaat dat het tegenovergestelde het geval zou zijn geweest, slechts overblijft — doch tevens ook vaststaat — dat de schade die Reijs [...] geleden heeft er uit bestaat dat voor haar verloren is gegaan de kans dat de raad van de gemeente zou hebben besloten in de door haar gewenste zin; dat het ontnemen van deze kans aan Reijs op zichzelf reeds een aanmerkelijk vermogensrechtelijk nadeel voor Reijs oplevert".²¹

Uit een en ander volgde, aldus de Rechtbank:

"dat [...] de Rb de schadevergoeding ex aequo et bono moet vaststellen, waarbij in haar beslissing mede dient te worden verdisconteerd de naar billijkheid te begroten kans dat de door Reijs gestelde overeenkomst door de raad zou zijn gesloten"²²

Na een beschouwing over de grootte van de door Reijs gemiste kans, begrootte de Rechtbank de geldelijke waarde daarvan uiteindelijk op f 35.000.²³ Een daartegen gerichte grief in appel werd verworpen, evenals het cassatieberoep.²⁴

21 R.o. 40-41.

22 R.o. 48.

23 Zie de r.o. 57 en 58.

24 Het oordeel dat er een reële kans bestond dat de gemeenteraad zich met de ruilovereenkomst had kunnen verenigen was van feitelijke aard, aldus de Hoge Raad, en kon niet met succes in cassatie worden aangevochten. Het cassatieberoep was in zoverre succesvol dat de Hoge Raad, anders dan de Rechtbank en het Hof, de gemeente niet gebonden achtte tot nakoming van de toezegging, c.q. aansprakelijk

In de literatuur wordt het principe van het verlies van een kans als vergoedbare schade in de regel positief beoordeeld.²⁵ Een vonnis uit 1942 van de Rechtbank Utrecht gaf aanleiding tot enige kritiek. De benadeelde was door een fout van zijn advocaat niet-ontvankelijk verklaard. De Rechtbank was van oordeel dat de waarde van de verloren proceskansen moest worden vergoed. Bij de begroting daarvan maakte zij het zich wel heel erg makkelijk, door te overwegen:

"Tusschen partijen staat vast, dat beide vorderingen op feitelijke gronden werden weersproken. De kans op slagen moet in het algemeen en bij het ontbreken van verdere gegevens gesteld worden op 50%. Aan de vordering groot *f* 610 moet dus een waarde van 50% of *f* 305 worden toegekend, die door gedaagde's fout verloren is gegaan."²⁶

wegens wanprestatie, maar haar slechts aansprakelijk oordeelde wegens onrechtmatige daad.

- 25 Zo F.J. de Jong, NJB 1944 blz. 87 e.v.; G.H.A. Schut, *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid* (diss. 1963) blz. 160; J. van Schellen, *Juridische causaliteit* (diss. 1972) blz. 47; C.J.J.M. Stolker, *Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties* (diss. 1988) blz. 123-127 en *Aansprakelijkheid voor bloedprodukten en bloedtransfusies*, NJB 1995 blz. 685 e.v. (op blz. 690 r.k.); L.H. Pals, a.w. (zie noot 9) blz. 183-188; E.H. Hulst, *Grondslagen van milieuaansprakelijkheid* (diss. R'dam 1993) blz. 395 e.v.; J.M. Barendrecht en H.M. Storm (red.), *Berekening van schadevergoeding* (1995) blz. 184-186; J.M. van Dunné, *Psychisch letsel als vorm van schade*, in: *Bijzonder letsel*, Inleidingen LSA 1995, blz. 51 e.v. (op blz. 65); A.J. Van, *Onzekerheid over daderschap en causaliteit*, (diss. 1995) blz. 261 e.v.; M. de Ridder, *Kansverlies als schadefactor bij medische aansprakelijkheid*, AA 1995 blz. 548 e.v. evenals zijn noot bij Hof A'dam 4 jan. 1996, TvG 1997, blz. 58 e.v.; C.J.H. Brunner, *Is beroepsaansprakelijkheid iets bijzonders?*, AA 1995 blz. 932 e.v. (op blz. 936-937) evenals zijn noot onder HR 23 okt. 1987, NJ 1988, 1017 (blz. 3624 r.k.); A.J. Akkermans, noot bij Hof A'dam 4 jan. 1996, A&V 1996 blz. 67 e.v. (*Wever/De Kraker c.s.*) evenals *Oorzakelijk verband*, BW-krant jaarboek 1996 blz. 39 e.v. (op blz. 60-63) en *Aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, in: *Het aktuele recht*, JUVAT-bundel (1993) blz. 5 e.v. (op blz. 8). Vgl. R.J. Polak, *Aanspraak en Aansprakelijkheid uit Onrechtmatige Daad* (diss. 1949) blz. 42. Voor een poging om kansen en/of mogelijkheden centraal te stellen in de definitie van het begrip schade zie Hofmann-Van Opstall I (1976) blz. 174-176, waarover Bloembergen de staf breekt in Mon. Nieuw BW B-34, blz. 56, en Brunner bijval betoont in AA 1995 blz. 936.
- 26 Rb. Utrecht 28 okt. 1942, NJ 1943, 231 (blz. 315 l.k.). Deze overweging had slechts betrekking op één vordering, de kans op toewijzing van een tweede stelde de Rechtbank op nul.

Dat was "*er met de baret naar gooien*", zo meende Wolfsbergen.²⁷ Ook Schut, expliciet voorstander van de erkenning van het verlies van een kans als vergoedbare schade, vindt dat de rechter er zich zo niet van af mag maken.²⁸ Deze kritiek is vooral ingegeven door de weinig overtuigende wijze waarop de Rechtbank de grootte van de verloren kans bepaalde.²⁹ Het *principe* van het verlies van een kans lijkt eigenlijk door niemand (volledig) te worden verworpen.³⁰ In de recent opgelaaide discussie over onzeker causaal verband en proportionele aansprakelijkheid is door verschillende schrijvers gepleit voor aansluiting bij dat principe.³¹

3.2.2 *In welke omvang moet het principe van het verlies van een kans worden aanvaard?*

Ondanks het voorgaande is het nog maar de vraag in hoeverre de doctrine werkelijk voor de aanvaarding van het leerstuk van het verlies

27 A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad* (1946), blz. 172.

28 A.w. (zie noot 25) blz. 160.

29 Een vonnis dat vergelijkbare kritiek heeft geogst is Rb Zwolle 12 okt. 1994, Adv.bl. 1995 blz. 341 (aldaar ten onrechte aangeduid als Ktr. Zwolle 12 okt. 1994) m.nt. J.R. Beversluis. Een advocaat had verzuimd hoger beroep in te stellen, en de rechtbank oordeelde op uitsluitend *algemene* gronden dat de vordering tot schadevergoeding moest worden toegewezen tot een in redelijkheid en billijkheid geschat gedeelte van 50%. Dit vonnis verschilt in zoverre van dat van de Rb Utrecht, dat de Zwolse rechtbank niet eens het leerstuk van het verlies van een kans toepaste. In zijn noot breekt Beversluis over dit vonnis de staf. Gegeven de inadequate onderbouwing van het vonnis is zijn kritiek begrijpelijk, maar zijn stelling dat in dit soort gevallen "*gewoon uitgemaakt [dient] te worden of in hoger beroep anders zou zijn beslist*" onderschrijf ik niet. Indien de uitkomst van het hoger beroep voor immer in het ongewisse zal blijven, kan de verloren proceskans worden vergoed. Van de rechter mag dan wél een beredeneerde inschatting van die kans worden verwacht. Zie hetgeen hierover aangevoerd in de tekst bij noot 366 op blz. 184.

30 Het meest negatief lijkt A. Wolfsbergen, a.w. (zie noot 27) blz. 171-172. De kritiek van F.J.F.M. Duynstee, *Het verliezen van een kans en het verliezen van een proces als schadefactor*, NJB 1944 blz. 184-185, richt zich tegen toepassing van het kansleerstuk bij verloren proceskansen. Duynstee toont zich echter geen tegenstander van het principe van het verlies van een kans als zodanig. Mogelijk ook kritisch: B. Sluyters, *De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis*, Preadvies voor de NVR nr. 34 (1984) blz. 16.

31 Zo ondermeer door C.J.J.M. Stolker, NJB 1995 blz. 690 r.k.; A.J. Van, a.w. (zie noot 25) blz. 261 e.v.; A.J. Akkermans, a.w. (zie noot 25) blz. 8 evenals A&V 1996 blz. 67 e.v. Zie ook M. Faure, *(G)een schijn van kans* (oratie Maastricht 1993) blz. 40.

van een kans is gewonnen. Zo haalt Bloembergen in een overzicht in de losbladige *Onrechtmatige Daad* zowel uitspraken aan waarin het principe van het verlies van een kans is toegepast, als uitspraken waar dat niet gebeurt en die daarmee afwijzend tegenover het leerstuk lijken te staan.³² Hij schrijft daarbij het volgende:

"Als regel neemt men echter aan, dat de rechter in dit soort situaties moet nagaan of het voordeel zonder de onrechtmatige daad al dan niet behaald zou zijn. Wat het bewijs daarvan betreft, is een absolute zekerheid niet vereist, wel een redelijke mate van zekerheid."

Anders gezegd: "*als regel*" wordt de alles-of-niets-benadering gehanteerd. Toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans lijkt daarmee getypeerd als niet meer dan een uitzondering.³³ De eerste in dit hoofdstuk te onderzoeken vraag is in hoeverre dat terecht is. In welke omvang moet het principe van het verlies van een kans worden aanvaard? Gaat het hier inderdaad om een uitzondering, of komt aan dit leerstuk een bredere betekenis toe?

Een interessante problematiek in dit verband is die van het verlies van genezings- en overlevingskansen van patiënten die het slachtoffer zijn van medische fouten. Dit om verschillende redenen. Niet alleen bestaan op dit punt uiteenlopende opvattingen, maar ook praktisch gesproken is deze problematiek niet onbelangrijk. Onzeker causaal verband blijkt bij medische fouten verhoudingsgewijs vaak voor te komen, wat tevens de grote aandacht kan verklaren die deze problematiek in verschillende buitenlandse rechtsstelsels heeft gekregen. Het gaat hier dan ook om een vruchtbaar onderwerp van rechtsvergelijking. Volgens een invloedrijke stroming in de Franse literatuur is de toepassing van het kansleerstuk op het terrein van de medische fouten, anders dan meer "traditionele" toepassingen, onverenigbaar met het vereiste van causaal verband. In verschillende landen bestaat hier discussie over. Daarbij zijn diverse argumenten pro en contra geformuleerd. Daarmee kunnen wij in Nederland uiteraard ons voordeel doen. Een andere bijzonderheid is dat juist op medisch terrein vaak de nodige medisch-statistische informatie beschikbaar is over de omvang van kansen en risico's. En tot slot lijkt de waardering op geld van kansen bij persoonsschade ietwat problematischer dan bij zaakschade en

32 *Onrechtmatige daad II (oud)* (Boembergen) nr. 154.

33 In dezelfde zin T. Vanswevelt, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis* (diss. 1992) nr. 509 blz. 377.

zuivere vermogensschade.³⁴

In Nederland is het recht op dit punt nog verre van uitgekristalliseerd. De Hoge Raad heeft nog geen gelegenheid gehad om zich over deze materie uit te laten. In de lagere rechtspraak is het verlies van een genezingskans inmiddels een enkele keer aanvaard als een vergoedbare schade. Dat gebeurde in het arrest van het Hof Amsterdam inzake *Wever/De Kraker c.s.*:³⁵

Door een diagnosefout werd een hersenbloeding bij een baby van 3 weken te laat als zodanig herkend. Hierdoor vond medisch ingrijpen pas een dag later plaats dan mogelijk was geweest. De moeder van de baby vorderde namens haar kind schadevergoeding wegens de door de hersenbloeding ontstane hersenbeschadiging, die had geleid tot blijvende afwijkingen. De kans dat bij een vroegere diagnosestelling een significante vermindering van deze restverschijnselen zou zijn bewerkstelligd, werd door deskundigen echter "niet groot" geacht. De rechtbank oordeelde dat de baby door het uitblijven van tijdige diagnose een kans had verloren op een beter behandelingsresultaat die in elk geval niet nihil of verwaarloosbaar klein was, en begrootte deze op 25%. Tot dit percentage waren gedaagden aansprakelijk voor de door de hersenbloeding veroorzaakte schade. In hoger beroep werd deze beslissing door het Hof bekrachtigd.

Over wat rechtens is bij onzeker causaal verband tussen de medische fout en de schade bestaan in de literatuur uiteenlopende opvattingen. Anders dan in het buitenland echter, is men (nog) niet rechtstreeks met elkaar in discussie. Sommige schrijvers zijn voorstander van toepassing van het kansleerstuk,³⁶ anderen bepleiten een aansluiting bij de omkering van de bewijslast met betrekking tot het causaal verband bij

34 Zie nader § 3.4.2 t/m § 3.4.8.

35 Hof Amsterdam 4 jan. 1996, NJ 1997, 213; A&V 1996 blz. 67 m.nt. A.J. Akkermans; TvG 1997, 58 m.nt. R.J.J. de Ridder.

36 Zo C.J.J.M. Stolker, a.w. (zie noot 25) blz. 123-127 evenals *Aansprakelijkheid voor bloedproducten en bloedtransfusies*, NJB 1995 blz. 685 e.v. (op blz. 690 r.k.); J. van Schellen, a.w. (zie noot 25) blz. 47; A.J. Van, a.w. (zie noot 25) blz. 261 e.v.; R. de Ridder, AA 1995 blz. 548 e.v. evenals zijn noot bij Hof Amsterdam 4 jan. 1996 TvG 1997, 58 (*Wever/De Kraker c.s.*); A.J. Akkermans, noot bij *Wever/De Kraker c.s.*, A&V 1996 blz. 76 e.v.

de schending van verkeers- en veiligheidsnormen.³⁷ Een belangrijk voorbeeld van deze laatste stroming is Asser:

"Medisch handelen zal toch meestal gepaard gaan met het in acht nemen van medische veiligheidsnormen. Komt vast te staan dat er een fout is gemaakt, dan behoeft het slachtoffer niet de precieze oorzaak van bij behandeling opgetreden letsel te stellen en te bewijzen, maar moet de medicus stellen en bewijzen dat er geen enkel verband bestaat tussen de fout en het letsel."³⁸

Ook al wordt het verlies van een kans door Asser niet expliciet verworpen — hij roert het onderwerp in het geheel niet aan — het is duidelijk dat zijn opvatting daarmee moeilijk verenigbaar lijkt.³⁹

Ook voor omkering van de bewijslast bestaan in de lagere rechtspraak de nodige aanknopingspunten. Zo besliste het Hof Amsterdam in een eerder geval van te late diagnose dat het op de weg van gedaagde lag om te bewijzen dat de schade ook zou zijn ingetreden wanneer aanstonds de juiste diagnose was gesteld en de nodige maatregelen waren genomen. De kans op herstel bij tijdige diagnose en

37 Zie W.D.H. Asser, *Medisch feit en juridische causaliteit*, in: Medische en juridische causaliteit, Inleidingen LSA 1990, blz. 54 (evenzo in TvG 1991 blz. 75) en J.M. Beer, *Medische aansprakelijkheid gezien vanuit de juridische praktijk*, in: Aansprakelijkheid voor medische fouten vanuit juridisch oogpunt gezien, Inleidingen LSA 1991, blz. 10-12. In dezelfde zin L.H. Pals, *De positie van jurist en medicus bij letselschaden*, Adv.bl. 1989 blz. 69 e.v. (op blz. 72). Ook Stolker meent dat een analogie bestaat tussen medische zorgvuldigheidsnormen en verkeers- en veiligheidsnormen. Hij zoekt echter slechts aansluiting voor wat de ruime toerekening van de (gevolg)schade betreft, en niet bij de bewijslastomkeer inzake het CSQN-verband (a.w. — zie noot 25 — blz. 127-129). In dezelfde zin R.L.M. Wijshoff-Vogelzang, *Arts-Patiënt, Enige juridische aspecten van hun relatie* (diss. 1985) blz. 130. Voor bewijslastomkeer in geval een medische informatieplicht werd geschonden zie I. Giesen, *Bewijslastverdeling, de informatieplicht van de arts en het recht op zelfbeschikking: communicerende vaten!*, AA 1996 blz. 534 e.v.

38 A.w. (zie noot 37) blz. 54.

39 Het leerstuk van de bewijslastomkeer als zodanig is overigens wel degelijk verenigbaar met het verlies van een kans — ook in de context van medische fouten — mits men maar niet persé wil vasthouden aan het alles of niets. Zie § 6.3.3.

behandeling werd in dit geval evenwel "groot" geacht.⁴⁰ Als algemene regel is bewijslastomkeer echter nimmer ondubbelzinnig aanvaard.⁴¹

3.2.3 *In welke omvang moet de belasting met een duurzaam risico worden aanvaard als een vergoedbare vermogensschade?*

Tot dusver sprak ik over het verlies van een kans uitsluitend in de context van gevallen waarin, naast de te vergoeden kansschade, tevens een definitieve schade is geleden.

Voorbeeld: patiënt is invalide geworden, kans op genezing zonder medische fout was 50%. Volgens het principe van het verlies van een kans is schadevergoeding toewijsbaar voor het verlies van die genezingskans, te begroten op 50% van de definitieve schade.

Deze benadering lijkt met zich mee te brengen dat het verlies van een kans óók voor vergoeding in aanmerking komt wanneer de definitieve schade nog *niet* is ingetreden.

Voorbeeld: door de onrechtmatige blootstelling aan een gevaarlijke stof is definitief een kans van 50% op invaliditeit ontstaan. Of dit risico zich ook zal realiseren kan slechts de toekomst uitwijzen. Is nu een schadevergoeding toewijsbaar voor het verlies van de kans om deze invaliditeit te vermijden, te begroten op 50% van de dreigende toekomstige schade?

Op het eerste gezicht vloeit het één logisch uit het ander voort. Indien de kans die de benadeelde had om een bepaalde schade te ontlopen op geld waardeerbaar wordt geacht *nadat* die schade definitief is ingetreden, dan is dezelfde kans toch ook reeds op geld waardeerbaar *voordat* die schade definitief is ingetreden?

Nader bezien bestaat tussen beide situaties een belangrijk verschil: in het eerste geval zal de uitkomst van de verloren kans nooit meer

40 Hof Amsterdam 13 juni 1985, TvG 1986, 38. Van vergelijkbare strekking is Hof Amsterdam 4 april 1985, TvG 1986, 54. Het Hof baseert de aansprakelijkheid voor een gebitsbeschadiging onder meer op de overweging dat de kans op gebitsbeschadiging zónder fout zeer gering was (37:5387 = ca. 1:145). In Hof Amsterdam 12 feb. 1987, TvG 1990, 84 luidde het oordeel dat "*met een redelijke mate van waarschijnlijkheid*" causaal verband bestond.

41 Al de hiervoor in noot 40 genoemde uitspraken laten naar mijn mening de nodige ruimte voor de veronderstelling dat het oordeel anders was geweest wanneer de veroorzakingswaarschijnlijkheid minder groot zou zijn geacht. Anders: L.H. Pals, Adv.bl. 1989 blz. 72.

bekend worden. De ontwikkeling van die kans is door de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis "afgesneden". In het tweede geval is dat anders. Hier staan de kansen van de benadeelde nog open. Het is in principe mogelijk om af te wachten hoe het betreffende risico zal uitpakken. Een vordering tot schadevergoeding die daarop vooruitloopt kan om die reden vooralsnog worden afgewezen.

De figuur van het verlies van een kans doet zich dus in twee varianten voor: bij "afgesneden" en bij "openstaande" kansen. De tweede in dit hoofdstuk te bespreken vraag is in welke omvang de vergoeding van een kansschade mogelijk is bij "openstaande" kansen.

Het woord "kans" kan in deze context zowel betrekking hebben op de verloren kans op het *vermijden* van de definitieve schade, als op de kans op het *intreden* daarvan. De eerste kans heeft uiteraard een positieve, de tweede een negatieve waarde. In de regel is de laatste kans het meest in het oog springend en zal ik spreken van "*de belasting met een duurzaam risico*". Dat sluit ook goed aan bij het spraakgebruik in het buitenland.⁴²

Voor een goed begrip van de hier te bespreken figuur moet men beseffen dat zij een januskop heeft: men kan haar beschouwen als een *actuele* schade, bestaande uit het op geld waardeerbare risico op het intreden van de definitieve schade, maar ook als een onzekere *toekomstige* schade, bestaande uit de dreigende definitieve schade zelf. Op toekomstige schade ziet artikel 6:105, waarvan de eerste zin luidt:

"De begroting van nog niet ingetreden schade kan door de rechter geheel of gedeeltelijk worden uitgesteld of na afweging van goede en kwade kansen bij voorbaat geschieden."

Als voorwaarde voor de begroting bij voorbaat van een toekomstige schade wordt aangenomen dat haar intreden voldoende vast moet staan, en dat alleen haar omvang onzeker mag zijn.⁴³ In de praktijk gaat het

42 Zo spreken in de VS verschillende auteurs bij "afgesneden" positieve kansen van *loss of a chance* en bij "openstaande" negatieve kansen van *increased risk*. Bijv. H.R. Feldman, *Chances as Protected Interests: Recovery for the Loss of a Chance and Increased Risk*, Baltimore L.Rev. (1987) blz. 139 e.v.; G.O. Robinson, *Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk*, 19 J.Legal Stud. (1985) blz. 779 e.v. (blz. 792-793). Voor Canada zie bijv. K. Cooper, *Assessing Possibilities in Damage Awards — The Loss of a Chance or the Chance of a Loss*, 37 Sask.L.Rev. (1973) blz. 193 e.v. (blz. 194). Voor Frankrijk zie bijv. Ph. le Tourneau en L. Cadiet, *Droit de la responsabilité* (1996) nr. 652.

43 Zie Schadevergoeding (Bolt) art. 105 aant. 1.

meestal over toekomstige inkomensschade wegens letsel of overlijden.⁴⁴ Bij de kapitalisatie daarvan tot één bedrag worden regelmatig zowel "afgesneden" als "openstaande" kansen in aanmerking genomen.⁴⁵ Bijvoorbeeld bij overlijdensschade: "afgesneden" zijn daar onder meer de promotie-, invaliditeits- en overlijdenskansen die het slachtoffer had voorafgaand aan het ongeval. "Openstaand" zijn onder meer de overlijdens- en hertrouwkansen van de weduwe, de kans dat de weduwe in de toekomst inkomsten uit arbeid zal weten te verwerven, en de kans op verandering van sociale uitkeringen, belastingen, rente en inflatie.⁴⁶

Benadert men de belasting met een duurzaam risico als een *toekomstige* schade, dan heeft men te doen met een toekomstige schade die niet slechts voor een deel, maar *in volle omvang* onzeker is. Haar ontstaan in de toekomst is nog louter hypothetisch, en daarom kan zij moeilijk voor vergoeding in aanmerking komen.⁴⁷ Benadert men de belasting met een duurzaam risico daarentegen als een *actuele* schade dan is schadevergoeding wél mogelijk. Vaak zal een dreigende

44 Zie Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr. 41.

45 Zie de literatuurverwijzingen in noot 9.

46 Het onderscheid tussen beide categorieën kansen in deze context is beschreven door L.H. Pals, a.w. (zie noot 9) blz. 189. Hij knoopt daaraan een verschil in waarderingswijze vast dat er op neer komt dat "openstaande" kansen op geld worden gewaardeerd, maar dat bij "afgesneden" kansen de bewijslast m.b.t. de definitieve schade wordt omgekeerd. Ter onderbouwing van dit verschil beroept hij zich onder meer op het begrippenpaar "abstracte" en "concrete" schadeberekening (a.w. blz. 188-179). Literatuur noch rechtspraak is Pals in dit verschil in waarderingswijze gevolgd. Zie de verwijzingen in noot 9, en met name Mon. Nieuw BW B-37 (Bouman/Van Wassenaer) nr. 32. Ook ik kan hem er niet in volgen, alleen al niet omdat ik niet inzie wat er "concreet" is aan een omkering van de bewijslast. Ik vind dat juist een nogal abstracte wijze van het "begroten" van schade. Waardering van kansen op geld is dan veel "concreter". Ook Bloembergen meent dat wij met het in aanmerking nemen van kansen bij letselschade "*op het terrein van de concrete schadeberekening [blijven] zij het dan ook, dat die op iets ruwere wijze dan gewoonlijk geschiedt.*" (A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. 1965) nr. 75, blz. 106). In dezelfde zin Schadevergoeding (Bolt) art. 107 aant. 12 en art. 108 aant. 32. Anders L. Mok in: *Schadevergoeding in één som* (1982), die meent dat bij overlijdensschade de abstracte schadeberekening "*hoogtij viert*" (blz. 20). Volgens mij kan het onderscheid tussen "abstracte" en "concrete" schadeberekening het kernprobleem met de verrekening van sommige kansen niet werkelijk verhelderen. Dat probleem zit in de omstandigheid dat het bestaan van sommige kansen ten ene male te onzeker is om op rationele wijze in aanmerking te worden genomen. Zie nader § 3.6.

47 Zie Schadevergoeding (Bolt) art. 105 aant. 1.

toekomstige schade reeds haar weerslag hebben in het heden in de vorm van het op geld waardeerbare risico dat zij zich zal realiseren.⁴⁸ De rechtspraak heeft zich ook bereid getoond om deze benadering te hanteren. Een geval waarin expliciet de waarde van een actueel risico op het intreden van toekomstige schade op geld werd gewaardeerd, deed zich voor in het arrest *Oranje Nassau Mijnen/Van den Broek*:⁴⁹

Van den Broek was reeds jaren verwickeld in een procedure tegen Oranje Nassau Mijnen over mijnschade aan zijn huis te Heerlen. Het Hof kende onder meer f 150.000 schadevergoeding toe voor de waardevermindering van het pand wegens reeds ingetreden verzakkingen en zettingen, maar óók een bedrag van f 40.000 in verband met het risico dat door nawerking van de inmiddels gestaakte mijnexploitatie zich nieuwe schade aan het pand zou manifesteren.

Dit laatste bedrag betrof geen actuele schade, maar schade die slechts mogelijkwijs zou kunnen optreden, aldus Oranje Nassau Mijnen, en kwam daarom niet voor vergoeding in aanmerking. Het Hof verwierp dit betoog met de volgende motivering:

"dat waar de deskundigen het voor mogelijk houden dat nog circa tien jaren na het uitbrengen van hun rapport zich nieuwe mijnschade aan het pand zal kunnen manifesteren [...], die kwade kans de verkoopwaarde van het pand reeds thans nadelig beïnvloedt en diensvolgens als schadefactor actueel is en niet van toekomstige aard; dat die nadelige beïnvloeding haar effect heeft onafhankelijk van de vraag of het risico dat de vorenbedoelde kwade kans inhoudt, tot werkelijkheid wordt"

Omdat Van den Broek zich bereid had verklaard de f 40.000 als een "afkoopsum" te beschouwen en zich van verdere schadeclaims te onthouden, stond niets aan de toewijzing van dit bedrag in de weg, aldus het Hof. Het hiertegen gerichte cassatieberoep werd verworpen.

Dit voorbeeld illustreert dat het in principe heel goed mogelijk is om schadevergoeding toe te kennen voor de enkele belasting met een duurzaam risico. Niettemin kan het onder omstandigheden beter zijn om af te wachten wat de toekomst brengen zal. In het kader van artikel

48 Zie Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr. 43; Schadevergoeding (Bolt) art. 105 aant. 1; J.H. Beekhuis, noot bij HR 6 dec. 1963, NJ 1965, 56; L.E.H. Rutten, *Het recht op schadeloosstelling van de eigenaar van een auto welke als gevolg van een aanrijding een waardevermindering heeft ondergaan*, VR 1964 blz. 73 e.v. (op blz. 77 r.k.).

49 HR 23 mei 1980, NJ 1980, 466.

6:105 komt de rechter daarover ambtshalve een keuzebevoegdheid toe. Dat kan moeilijk anders zijn wanneer men een dreigende schade niet benadert als een onzekere toekomstige schade, maar als een actueel risico. Welke kant van de januskop men de rechter voorhoudt behoort voor diens bevoegdheden niet uit te maken. Daarom ligt de (analoge) toepasselijkheid van artikel 6:105 voor de hand. Voor de keuzevrijheid van de rechter tussen het direct toekennen van schadevergoeding, en het afwachten of het risico zich zal realiseren, biedt dat een wettelijke basis. Het pro en contra van deze keuze bespreek ik in § 3.5.

3.2.4 *Wat moet de minimale, en wat de maximale grootte van een kans zijn om als zodanig voor vergoeding in aanmerking te komen?*

De derde in dit hoofdstuk te bespreken vraag betreft de beide uiteinden van de waarschijnlijkheidsschaal waarbinnen een verloren kans moet liggen om als zodanig voor vergoeding in aanmerking te komen: wat is de minimale, en wat de maximale grootte van zo'n kans?

Het eerste aspect van deze vraag is de minimale grootte: wanneer is een verloren kans groot genoeg om voor vergoeding in aanmerking te komen? Volgens Schut kan in het algemeen het verlies van een "ernstige" kans als zekere schade gelden.⁵⁰ Stolker meent dat ieder minimum-percentages per definitie uit de lucht is gegrepen. Wanneer het gaat om medische kansberekening vindt hij 10% à 15% in elk geval een kans om rekening mee te houden. Aansprakelijkheid voor het verlies van nog kleinere kansen lijkt hem niet bezwaarlijk omdat de schadevergoedingsplicht naar rato zal dalen.⁵¹ Faure — die de vraag bespreekt in de context van massaschade — meent daarentegen dat de vordering tot schadevergoeding moet worden afgewezen wanneer de veroorzakingswaarschijnlijkheid "zeer laag" is. Dit ter vermindering van al te hoge proceskosten.⁵² Hij suggereert in dit verband een drempel

50 A.w. (zie noot 25) blz. 160.

51 A.w. (zie noot 25) blz. 126. Ook Storm, Kamp en Schön — die de kwestie bespreken in het kader van de begroting van inkomensschade — willen toepassing van de methode van het verlies van een kans bij kleine kanspercentages niet bij voorbaat uitsluiten. Dit omdat bij inkomensschade die een een langere tijdsduur bestrijkt, ook een kleine kans grote gevolgen kan hebben. Zie J.M. Barendrecht en H.M. Storm, a.w. (zie noot 25) blz. 186.

52 M. Faure, a.w. (zie noot 31) blz. 41. Evenzo R.P.J.L. Tjittes, *Causaliteitsonzekerheid bij massaschade*, in: *Massaschade*, Inleidingen LSA 1996 blz. 21 e.v.

van bijvoorbeeld 10%.⁵³ De Ridder meent dat het moet gaan om een schade die "*enige substantiële waarde*" vertegenwoordigt.⁵⁴ Een kleine kans met een groot gevolg kan toch van aanzienlijke betekenis zijn, aldus De Ridder, en een grote kans met een klein gevolg kan van geen betekenis zijn. Daarom zijn minimumpercentages niet te noemen.

Het tweede aspect van deze vraag is de maximale grootte: wanneer is een verloren kans zo groot — en dus de kans dat de gedaagde de schade *niet* veroorzaakte zo klein — dat de schadevergoedingsplicht niet beperkt is tot de kansschade, maar de gedaagde "gewoon" de definitieve schade moet vergoeden? Stolker merkt op dat niet ieder percentage minder dan 100% meebrengt dat de gedaagde slechts voor de kansschade aansprakelijk kan worden gehouden. Zekerheid is bij de beantwoording van causaliteitsvragen niet vereist, aldus Stolker, het gaat erom of de definitieve schade met "*voldoende waarschijnlijkheid*" zou zijn ingetreden. Faure meent dat de aansprakelijke is gehouden tot integrale schadevergoeding wanneer er "*bijna volledige zekerheid*" bestaat over de causaliteit.⁵⁵ Een waarschijnlijkheid van 80% oordeelt hij daartoe voldoende.⁵⁶

Een lagere eis wordt gesteld door Kerkmeester. Hij meent dat geen vast minimum-percentage kan worden gegeven, maar dat dit wel "*ruim boven de vijftig*" dient te liggen.⁵⁷ Kerkmeester lijkt zich echter geen

(op blz. 33). Beide auteurs baseren de door hen bepleite proportionele aansprakelijkheid weliswaar niet op het leerstuk van het verlies van een kans, maar de problematiek lijkt mij volstrekt vergelijkbaar.

53 A.w. (zie noot 31) blz. 38.

54 M. de Ridder, AA 1995 blz. 553 l.k.

55 A.w. (zie noot 31) blz. 41. Enzo R.P.J.L. Tjittes, a.w. (zie noot 52) blz. 33.

56 A.w. (zie noot 31) blz. 39. Uiteraard kan men over dit percentage twisten, zo merkt Faure op in noot 174. De Ridder wijst erop dat in de (Belgische) rechtspraak wel uitspraken zijn te vinden waarin ook bij percentages hoger dan 80% toch geen volledige schadevergoeding werd toegekend (AA 1995 blz. 553 l.k.). Vgl. over deze kwestie voorts J. Hijma, *Des-dochters*, AA 1993 blz. 123 e.v. (op blz. 130 noot 19), waarbij zich aansluit J. Spier, *Verdere verscherping van de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen*, A&V 1993 blz. 33 e.v. (op blz. 38 l.k.), die — in de context van de DES-casus — een waarschijnlijkheid van 80% noemen als minimum voor integrale schadevergoeding, en voorts Storm, Kamp en Schön, die — in de context van de begroting van inkomenschade — een percentage noemen van 75% (zie J.M. Barendrecht en H.M. Storm, a.w. — zie noot 25 — blz. 186).

57 H.O. Kerkmeester, *De betekenis van het waarschijnlijkheidsbegrip voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: Meijers geactualiseerd*, WPNR 6111 (1993) blz. 767 e.v. (op blz. 773).

rekenschap te geven van de mogelijkheid van een proportionele aansprakelijkheid. Wanneer men vasthoudt aan de alles-of-niets-benadering is de verleiding uiteraard groter om de voor totaalaansprakelijkheid vereiste zekerheid omtrent het causaal verband verder te beperken.⁵⁸

3.3 Rechtsvergelijkend overzicht

3.3.1 Algemeen

Internationaal gezien wordt het principe van het verlies van een kans vrij algemeen geaccepteerd. Zo is er in de Unidroit *Principles for International Commercial Contracts* een bepaling aan gewijd.⁵⁹ Bij een vergelijking van de ons omringende rechtsstelsels valt echter op hoezeer het toepassingsgebied van dit principe uiteen loopt. In Frankrijk en België wordt het kansleerstuk in een zeer breed scala van gevallen toegepast, de situatie in Duitsland vormt het andere uiterste, en de landen van de *Common Law* nemen een tussenpositie in. Aan een onderbouwde verklaring voor deze aanmerkelijke verschillen kom ik in dit bestek niet toe. Vermoedelijk bestaat er een bepaalde samenhang met de mate van vrijheid die de rechter toekomt bij de begroting van schade.⁶⁰ Stoll constateert met betrekking tot die vrijheid eenzelfde "glijdende schaal": in Frankrijk komt de rechter een "*pouvoir souverain*" toe om de schade te schatten, in Duitsland bestaat traditioneel een sterke gebondenheid van de rechter aan een nauwkeurige berekening van de diverse schadeposten, en de landen van de Common

58 Pas bij een waarschijnlijkheid van 50% + 1 lijkt hier de grens van de mogelijkheden te zijn bereikt. Vgl. de *balance of the probabilities*-regel van de *Common Law* (zie § 2.6.5).

59 Artikel 7.4.3 sub (2) luidt: *Compensation may be due for the loss of a chance in proportion to the probability of its occurrence*. In de toelichting wordt het "klassieke" voorbeeld gebruikt van het verlies van de kans om een paardenrace te winnen doordat vertraging optrad bij het vervoer van het paard (blz. 199).

60 Ook Stolker veronderstelt hier kennelijk een samenhang. Zijn verwachting dat de Nederlandse rechter bereid zal zijn om het verlies van genezings- en overlevingskansen als een vergoedbare schade te aanvaarden baseert hij uitdrukkelijk op de rechterlijke vrijheid bij de schadebegroting (a.w. — zie noot 25 — blz. 127).

Law nemen een middenpositie in.⁶¹

Een tweede opmerking vooraf is dat het recht op het terrein van het verlies van een kans in een aantal landen geenszins is uitgekristalliseerd, met name wat de aansprakelijkheid bij medische fouten betreft. Giesen merkt in dit verband op dat in een "*increasing number of jurisdictions*" het verlies van genezings- en overlevingskansen wordt erkend.⁶² De navolgende bespreking van de betreffende rechtsstelsels kan dan ook niet meer zijn dan een momentopname.⁶³

3.3.2 Frankrijk

In Frankrijk vindt het leerstuk van *la perte d'une chance* op ruime schaal toepassing.⁶⁴ Een eerste uitspraak van het *Cour de Cassation* stamt uit 1889 en betrof het verlies van een kans om een proces te winnen.⁶⁵ Sindsdien heeft de rechtspraak het principe toegepast in een grote variëteit van situaties. Vooral het toekennen van schadever-

61 H. Stoll, *Consequences of Liability: Remedies*: Int. Enc. Comp. L. XI Torts (1972) ch. 8 s. 18-21. Voor het verlies van een kans zie s. 34 en 141. Een ander aspect is de dogmatische structuur van het Duitse buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, dat niet is gebaseerd op een algemene norm zoals de artikelen 6:162 BW of 1382-1383 Cc, maar vertrekt vanuit een catalogus van beschermde rechtsgoederen. Dat maakt het noodzakelijk om kansen aan te merken als een zelfstandig beschermd rechtsgoed, vooraleer hun verlies voor vergoeding in aanmerking kan komen. Zie in dit verband H. Stoll, *Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht*, in: *Der Schadensersatz und seine Deckung*, Festschrift für Erich Steffen (1995) blz. 465 e.v. (op blz. 475).

62 D. Giesen, *International Medical Malpractice Law* (1988) nr. 406. Over het verlies van genezings- en overlevingskansen in verschillende landen zie ook T. Vanswevelt, a.w. (zie noot 33) nrs. 501-514 blz. 372-381.

63 Voor een interessante rechtsvergelijkende discussie over het leerstuk van het verlies van een kans zie O. Guillod (Hrsg.), *Kolloquium: Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht* (1991) blz. 101-170 met de inleidende bijdragen van E. Stark (CH), T. Weir (GB en VS), F. Chabas (F) en een uitvoerige weergave van het debat dat daarop volgde.

64 Zie G. Viney, *Traité de Droit Civil, Les obligations, La responsabilité: conditions* (1982) nrs. 278-284 (algemeen) en 370-373 (medische fouten); Ph. le Tourneau, a.w. (zie noot 42) nrs. 651-665; *J.-Cl. Responsabilité civile* (Endréo & Maillaud) fasc. 101 nrs. 7-13; B. Starck, H. Roland et L. Boyer, *Droit civil, Obligations, I. Responsabilité délictuelle* (1988) nrs. 101-102; A. Bénabent, *Droit civil, Les obligations* (1989) nr. 500 (algemeen) en nr. 406 (medische fouten); N. Dejean de la Bâtie, *Responsabilité délictuelle* (1989) nr. 19 (algemeen) en nr. 70 (medische fouten).

65 Cass. Req. 17 juli 1889, S 1891, 1, 399.

goeding voor het verlies van bepaalde carrièrekansen komt veel voor. De kans om te slagen voor een examen bijvoorbeeld, om een promotie te maken of om een bepaald beroep uit te oefenen. Ook het verlies van een kans om een voordelige overeenkomst te sluiten of om een overeenkomst te continueren komt voor vergoeding in aanmerking. Andere voorbeelden zijn het verlies van de kans om een lening terugbetaald te krijgen, om een huwelijk aan te gaan, om een kind te krijgen, en om een paardenrace te winnen. Sinds een arrest uit 1965 wordt tevens schadevergoeding toegekend voor het verlies van genezings- en overlevingskansen door patiënten die het slachtoffer zijn van medische fouten.⁶⁶

De belangrijke voorwaarde voor de toepassing van het leerstuk van *la perte d'une chance* is dat de verloren kans "*réelle*" of "*sérieuse*" moet zijn.⁶⁷ Oordeelt de rechter dat het gaat om gebeurtenissen die slechts "*éventuelle*" of "*hypothétique*" waren, dan wijst hij de vordering af. Het bestaan van de schade staat dan onvoldoende vast. Het moet om meer gaan dan een loutere mogelijkheid of een subjectieve hoop. In de woorden van Le Tourneau:

"toute perte d'une chance ne sera pas indemnisée. Le juriste n'est pas un romancier, libre d'imaginer mille châteaux en Espagne. La distinction entre préjudice virtuel et préjudice éventuel prend alors tout son sens."⁶⁸

Een tweede voorwaarde voor de toepassing van het leerstuk van *la perte d'une chance* is dat ook werkelijk alleen de verloren kans wordt vergoed. De waarde daarvan kan per definitie niet meer bedragen dan een breukdeel van de definitieve schade.⁶⁹ Dit principe wordt kernachtig samengevat door Mémeteau:

66 Cass. Civ. 1re, 14 dec. 1965, JCP 1966 II 14753 note R. Savatier; Rev.trim.dr.civ. 1967, blz. 181. Nog duidelijker: Cass. Civ. 1re, 18 maart 1969 en 27 jan. 1970, JCP 1970 II 16422 note A. Rabut; obs. G. Durry in Rev.trim.dr.civ. 1969 blz. 408-410.

67 Zie G. Viney, a.w. (zie noot 64) nr. 283; *J.-Cl. Responsabilité civile* (Endréo & Maillaud) fasc. 101 nr. 7; J. Boré, *L'indemnisation pour les chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causalité d'un fait dommageable*, JCP 1974 I 2620; N. Lesourd, *La perte d'une chance*, Gaz. Pal. 1963 D. blz. 49 e.v.

68 A.w. (zie noot 42) nr. 660.

69 Zie G. Viney, a.w. (zie noot 64) nr. 284; *J.-Cl. Responsabilité civile* (Endréo & Maillaud) fasc. 101 nr. 8; J. Boré, JCP 1974 I 2620 nrs. 7-11; N. Lesourd, Gaz. Pal. 1963 blz. 49 e.v.

3 Het verlies van een kans

"réparation totale de la perte de chances = réparation partielle du dommage final"⁷⁰

Een vonnis waarin de rechter kansschade en definitieve schade onvoldoende uit elkaar houdt, is vatbaar voor cassatie wegens "*contradiction de motifs*".⁷¹

De veelvuldige toepassing van het leerstuk van *la perte d'une chance* door de rechtspraak vindt ruime instemming in de literatuur. Alleen op het terrein van de aansprakelijkheid voor medische fouten is dat anders. De toekenning van schadevergoeding voor *la perte d'une chance de guérison ou de survie* staat van meet af aan bloot aan felle kritiek.⁷² De voornaamste bezwaren zijn:⁷³ (1) Toepassing van het verlies van een kans bij medische fouten is onverenigbaar met het vereiste van causaal verband. De rechter brengt in feite slechts zijn twijfel over het causaal verband tot uitdrukking. Bij gebrek aan objectieve maatstaven leidt dit tot arbitraire vonnissen.⁷⁴ (2) Bij verloren genezings- en overlevingskansen gaat het om kansen waarvan de uitkomst inmiddels bekend is en die dus geen waarde meer bezitten.⁷⁵ (3) Toepassing van het kansleerstuk leidt tot een onverantwoorde verzwaring van de medische aansprakelijkheid.⁷⁶

Voorts is aangevoerd dat het gebruik door de rechter van statistische gegevens bezwaarlijk is omdat deze gegevens niet geschikt zijn

70 G. Mémeteau, *Perte de chance en droit médical français*, 32 McGill L.J. (1986) blz. 125 e.v. (op blz. 145-146).

71 Zie J. Boré, JCP 1974 I 2620 nr. 8.

72 Zie G. Viney, a.w. (zie noot 64) nrs. 370-373; A. Bénabent, a.w. (zie noot 64) nr. 406; N. Dejean de la Bâtie, a.w. (zie noot 64) nr. 70; G. Mémeteau, 32 McGill L.J. (1986) blz. 125 e.v.; F. Chabas, *La perte d'une chance en droit français*, in: O. Guillod (hrsg.), *Kolloquium: Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht* (1991) blz. 131 e.v.

73 Voor een overzicht zie ook T. Vansweevelt, a.w. (zie noot 33), nrs. 516-519 blz. 382-383.

74 In deze zin o.a.: R. Savatier, *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?*, D 1970 chr. blz. 123 e.v.; J. Penneau, note bij Cass. Civ. 1re, 27 maart 1973, D 1973 blz. 595 e.v.; G. Mémeteau en L. Mélenec, *Traité de droit médical* (1982) blz. 145-146; G. Viney, a.w. (zie noot 64) nr. 370. Zie nader § 3.4.12 en § 3.4.14.

75 In deze zin o.a.: R. Savatier, D 1970 chr. blz. 124.; J. Penneau, *La responsabilité médicale* (1977) nr. 106-107. Zie nader § 3.4.16.

76 In deze zin o.a.: F. Chabas, *Vers un changement de nature de la responsabilité médicale*, JCP 1973 I 2737; R. Savatier, D 1970 chr. blz. 124. Zie nader § 3.4.20.

voor de bepaling van de genezingskans in een individueel geval;⁷⁷ dat de toepassing van *la perte d'une chance* ontoelaatbaar is wanneer de benadeelde invloed had op de realisatie van de verloren kans;⁷⁸ en dat deze toepassing alleen toelaatbaar is wanneer de medische fout is gelegen in een nalaten, en niet in een doen.⁷⁹ Andere schrijvers wijzen erop dat het kansleerstuk niet leidt tot volledige vergoeding van de benadeelde, en geven de voorkeur aan omkering van de bewijslast inzake het causaal verband tussen fout en definitieve schade.⁸⁰

Instemming met de jurisprudentie is er ondertussen ook.⁸¹ Zo meent Durry dat de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans juist goed aansluit bij de aard van de medische werkzaamheid:

"en droit, le médecin n'a pas l'obligation de guérir, mais celle de bien soigner et s'il a mal soigné, on ne saurait lui reprocher de ne pas avoir guéri, mais seulement d'avoir diminué les chances de guérison."⁸²

De rechtspraak heeft zich aan alle kritiek maar weinig gelegen laten liggen. Even leek een arrest uit 1982 een koerswijziging in te luiden,⁸³ maar in 1985 werd de vergoedbaarheid van *la perte d'une chance de guérison ou de survie* opnieuw ondubbelzinnig bevestigd.⁸⁴

Het leerstuk van *la perte d'une chance* heeft eveneens toepassing gevonden in allerlei casusposities waarin sprake was van de belasting met een duurzaam risico. Zo is onder meer schadevergoeding toegekend aan een schuldeiser voor het risico van wanbetaling, ontstaan doordat een aan een overeenkomst verbonden zekerheid verloren ging;⁸⁵ aan een *caisse de sécurité sociale* voor het risico dat

77 In deze zin o.a.: R. Savatier, JCP 1978 II 18966; J. Penneau, a.w. (zie noot 75) nr. 110. Zie nader § 3.4.11.

78 Zo I. Vacarie, *La perte d'une chance*, R.R.J. 1987 blz. 903 e.v. Zie nader § 3.4.19.

79 In deze zin o.a.: I. Vacarie, R.R.J. 1987 blz. 903 e.v.; M. Saluden, noot bij Cass. Civ. 1re, 17 nov. 1982, JCP 1983 II 20056.

80 In deze zin G. Viney, a.w. (zie noot 64) nr. 371-373.

81 Zie J. Boré, JCP 1974 I 2620 nr. 38; G. Durry, *La faute du médecin diminuant les « chances de guérison » du malade*, Rev.trim.dr.civ. 1969 blz. 797-798 en 1972 blz. 408-410; A. Dorsner-Dolivet, noot bij Cass. Civ. 1re, 17 nov. 1982, D 1984 blz. 305 e.v.

82 Rev.trim.dr.civ. 1969 blz. 182.

83 Cass. Civ. 1re, 17 nov. 1982, D 1984, 305 note A. Dorsner-Dolivet; JCP 1983 II 20056 obsv. M. Saluden; Rev.trim.dr.civ. 1983, 547 obsv. G. Durry.

84 Cass. Civ. 1re, 8 jan. 1985, D 1986, 390 met note J. Penneau.

85 Zie Ph. le Tourneau, a.w. (zie noot 42) nr. 658.

zij in de toekomst een uitkering zou moeten verschaffen aan het kind van een slachtoffer van een arbeidsongeval; aan een slachtoffer van letselschade voor het risico van voortijdig overlijden wegens de verwijdering van een orgaan;⁸⁶ en — met name in een aantal oudere beslissingen — aan de ouders van een overleden kind wegens het risico dat zij later behoeftig zullen worden en dan van hun kind geen steun kunnen ontvangen in het levensonderhoud.⁸⁷

In de literatuur wordt het onderscheid tussen "afgesneden" en "openstaande" kansen (zie § 3.2.3) slechts door een enkele auteur expliciet gemaakt.⁸⁸ Een van hen is Boré, die een schadevergoeding voor de belasting met een duurzaam risico afwijst. De rechtspraak zou als eis stellen dat de definitieve schade reeds is ingetreden voordat het verlies van een kans voor vergoeding in aanmerking komt, aldus Boré. Moet de toekomst nog uitwijzen of de definitieve schade zal intreden of niet, dan is de schade volstrekt onzeker en zou later kunnen blijken dat haar vergoeding misplaatst was:

"si l'existence du préjudice final dépendait encore de l'avenir, ce préjudice serait purement éventuel et hypothétique et ne pourrait faire valablement l'objet d'une indemnisation, que l'événement risquerait de rendre indue."⁸⁹

Het valt op dat Boré deze figuur benadert als een onzekere *toekomstige* schade, bestaande uit het eventuele "*préjudice final*" en niet tevens als een *actuele* schade, bestaande uit het op geld waardeerbare risico op het intreden van die toekomstige schade. Dat de vergoeding van onzekere toekomstige schade afstuit op het principe dat toekomstige schade alleen kan worden vergoed wanneer haar intreden voldoende zeker is, wordt in de Franse doctrine algemeen aangenomen.⁹⁰ De omgekeerde benadering, schadevergoeding voor een actueel risico, is daarentegen wél mogelijk, zoals onmiskenbaar uit de jurisprudentie

86 Zie G. Viney, a.w. (zie noot 64) nr. 281.

87 Zie Ph. le Tourneau, a.w. (zie noot 42) nr. 664, die opmerkt dat: "*Sociologiquement [...] il est de plus en plus rare de recourir à cette aide.*"

88 Wél door Ph. le Tourneau, a.w. (zie noot 42) nr. 652 en — tot op zekere hoogte — door G. Viney, a.w. (zie noot 64) nr. 281, al schijnen geen van beiden in hun voorbeelden altijd even consequent. Voorts eveneens door J. Boré, JCP 1974 I 2620 nr. 29 (zie hierna).

89 JCP 1974 I 2620 nr. 29.

90 Het principe-arrest in deze zin is Cass. Crim. 1 juni 1932, S 1933 I 49 note H. Mazeaud; D 1932 I 102. Zie voorts G. Viney, a.w. (zie noot 64) nr. 277.

blijkt. In § 3.2.3 wees ik erop dat de hier besproken figuur een januskop heeft. Dat dit Boré parten speelt blijkt wanneer hij zijn opvatting tracht te verzoenen met een arrest van het *Cour de Cassation* waarin het verlies van een hypothecaire zekerheid, als zijnde een "*préjudice actuel et certain*", werd aanvaard als vergoedbare schade, terwijl nog geenszins bekend was of de schuldenaar in gebreke zou blijven of niet.⁹¹ Deze uitspraak zou niet in strijd zijn met de door hem geformuleerde regel, aldus Boré, omdat het nadeel dat onder andere bestond uit de noodzaak voor de schuldeiser om een voorziening te scheppen voor het risico van wanbetaling, wél actueel en definitief was.⁹² Daarbij geeft hij zich kennelijk geen rekenschap van de mogelijkheid dat zo'n voorziening later zonder meer kan worden teruggeboekt, wanneer de schuldenaar de lening zonder mankeren heeft afgelost.⁹³

Hoe dat ook zij, de rechtspraak geeft Boré in elk geval ongelijk. Regelmatig wordt schadevergoeding toegekend voor het verlies van een kans terwijl de definitieve schade nog niet is ingetreden. De schijnbare strijd met het beginsel dat het intreden van een toekomstige schade voldoende zeker moet zijn om voor vergoeding in aanmerking komen, is opgemerkt door Verdier.⁹⁴ Hij wijst erop dat een onzekere toekomstige schade vaak reeds haar weerslag heeft in het heden in de vorm van het op geld waardeerbare risico dat zij zich zal realiseren. Dit verklaart waarom de rechtspraak soms schadevergoeding toekent terwijl "de schade" (waarbij men dan niet de *kansschade*, maar de dreigende *definitieve* schade op het oog heeft) nog volledig onzeker is:

"La distinction entre le préjudice simplement éventuel et le préjudice futur est une question de degré plutôt que de nature. Lorsqu'un préjudice est encore éventuel, hypothétique, il se traduit souvent dans l'immédiat sous la forme d'une menace ou d'une dépréciation. «En attendant qu'on sache si la menace se réalisera, il existe une chance, souvent appréciable en argent, et, par conséquent monnayable en dommages-intérêts, de réalisation du mal.»⁹⁵ Inversement, il est rare qu'un dommage futur mais certain, puisse être exactement connu d'avance. L'ampleur en reste éventuelle, bien que le

91 Cass. Civ. 16 juni 1926, D 1927 I 149.

92 JCP 1974 I 2620 nr. 29.

93 De andere schadeposten die hij noemt ("*frais d'inscription inutiles et frais de l'action en mainlevée*") zijn daarentegen wél zonder meer definitief.

94 J.-M. Verdier, *Les Droits éventuels* (1955).

95 Verdier citeert hier R. Savatier, *Traité de la Responsabilité civile en droit français* (1951).

principe en soit certain. C'est la raison pour laquelle des arrêts, qui semblent indemniser les victimes éventuelles de préjudices hypothétiques, et qui ont de ce fait troublé certains auteurs, nécessitent un examen quelque peu minutieux"⁹⁶

Wat de minimale en maximale grootte van een verloren kans betreft, in de rechtspraak wordt een te vergoeden kans maar zelden in een waarschijnlijkheidspercentage uitgedrukt. Doorgaans spreekt de rechter enkel van *chances "sérieuses", "réelles" of "raisonables"*, en begroot hij de schade *ex aequo et bono*. Daarbij komt hem een zeer grote vrijheid toe.⁹⁷

De literatuur volstaat meestal met de vermelding dat de verloren kans "reëel" moet zijn. Daarmee is weliswaar duidelijk dat het *bestaan* van de kans voldoende zeker moet zijn, maar is over haar *grootte* nog niets gezegd.⁹⁸ Ook Viney noemt geen kanspercentages, maar is wel iets concreter over het vereiste reële karakter van de verloren kans.⁹⁹ In een analyse van de jurisprudentie schildert zij een onderscheid tussen gevallen waarin de benadeelde, op het moment dat hij zijn kans verloren zag gaan, reeds bezig was om die kans te beproeven, en gevallen waarin dat nog niet het geval was. Reeds bezig om zijn kans te beproeven was bijvoorbeeld de benadeelde die de kans verloor om een gunstig contract te sluiten terwijl hij reeds met de onderhandelingen was begonnen; om een proces te winnen nadat reeds een aanvang met de procedure was gemaakt; of om een huwelijk aan te gaan terwijl hij reeds met de betrokkene was verloofd. In deze categorie gevallen was de kans in het algemeen "*réelle*", aldus Viney, en komt haar verlies in principe voor vergoeding in aanmerking.

Was de benadeelde daarentegen nog niet bezig om zijn kans te beproeven, maar zag hij enkel de mogelijkheid verloren gaan om dat op enig moment in de toekomst te doen, dan is relevant hoever in de toekomst dat moment is gelegen. Dat moet tamelijk nabij zijn, wil de verloren kans voor vergoeding in aanmerking komen. Zo wordt het verlies van carrièrekansen alleen vergoed wanneer zij zich op korte termijn zouden hebben voorgedaan.¹⁰⁰

96 A.w. (zie noot 94) blz. 86-87.

97 Zie I. Vacarie, R.R.J. 1987 blz. 926-928; J. Boré, JCP 1974 I 2620 nr. 41.

98 Dezelfde conclusie trekt T. Vansweevelt, a.w. (zie noot 33), nr. 525 blz. 387.

99 A.w. (zie noot 64) nr. 283.

100 In dezelfde zin *J.-Cl. Responsabilité civile* (Endréo & Maillaud) fasc. 101 nr. 11.

3.3.3 België

Ook in België wordt het verlies van een kans in een zeer breed scala van gevallen aanvaard als een vergoedbare schade.¹⁰¹ De rechtspraak heeft het principe onder meer toegepast bij onrechtmatige mededinging; bij fouten in juridische procedures; bij onregelmatig verlopen openbare aanbestedingen; bij medische fouten; bij het verlies van een schooljaar en andere carrièrekansen; bij het verlies van een mogelijke schuldenaar van alimentatie; en — zij het met de nodige reserve — ook in de context van spel en weddenschap.¹⁰² Bij beroepsfouten van advocaten is de vergoeding van verloren proceskansen volstreekte routine.¹⁰³

Als voorwaarden voor de vergoeding van het verlies van een kans worden genoemd: (1) Het verlies van de kans moet vaststaan. De betreffende mogelijkheid om het voordeel te verwerven of het nadeel te vermijden moet definitief verloren zijn gegaan. (2) De kans moet "ernstig" of "reëel" zijn. De pure toevalligheid of de loutere subjectieve hoop wordt daarmee uitgesloten.¹⁰⁴

In de doctrine wordt de vergoedbaarheid van kansen in verband gebracht met het beginsel dat wanneer een schade voldoende zeker is in haar bestaan, de moeilijkheid om haar omvang te bepalen niet aan haar vergoeding in de weg kan staan.¹⁰⁵ Zodra aan een kans enige economische waarde kan worden toegekend komt haar verlies in principe voor vergoeding in aanmerking. De rechter moet haar waarde

101 Zie J. Ronse, *Schade en Schadeloosstelling I* (1984) nrs. 103-118 blz. 83-93; E. Dirix, *Het begrip schade* (1984) nrs. 121-134 blz. 82-92; T. Vansweevelt, a.w. (zie noot 33), nrs. 498-500 blz. 370-372. Afwijzend: M.E. Storme, *Kausaliteit in het Belgisch aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*, VR 1990 blz. 225 e.v., nr. 19.

102 Zie E. Dirix, a.w. (zie noot 101) nrs. 123-134 blz. 84-92; L. Schuermans e.a., *Overzicht van rechtspraak onrechtmatige daad, schade en schadeloosstelling (1977-1982)*, TPR 1984 nr. 12 blz. 542-545; H. Vandenberghe & M. van Quickenborne, *Overzicht van rechtspraak aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1979-1984*, TPR 1987 nr. 174 blz. 1535-1536; L. Schuermans e.a., *Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)*, TPR 1994 nr. 2 blz. 851-1430.

103 Zie P. Depuydt, *De aansprakelijkheid van advocaten. Tien jaar rechtspraak (1983-1992)* (1993), blz. 22 e.v.

104 Zie E. Dirix, a.w. (zie noot 101) nr. 122 blz. 83; T. Vansweevelt, a.w. (zie noot 33), nr. 499 blz. 371 en de nrs. 525-527 blz. 387-388 en 536 blz. 395.

105 Aldus begrijp ik J. Ronse, a.w. (zie noot 101) nr. 103 blz. 83; L. Schuermans e.a., TPR 1984 blz. 542 en T. Vansweevelt, a.w. (zie noot 33), nr. 521 blz. 385. Over bedoeld beginsel zie J. Ronse nr. 78 blz. 357-358; E. Dirix, a.w. (zie noot 101) nr. 21 blz. 27-28 en L. Schuermans e.a. TPR 1984 blz. 541.

dan, bij gebrek aan beter, *ex aequo et bono* begroten.

Onder invloed van de hardnekkige kritiek in de Franse literatuur¹⁰⁶ klonk aanvankelijk enige aarzeling door over de toepasselijkheid van het kansleerstuk bij medische fouten.¹⁰⁷ Daaraan kwam een einde door een principe-arrest van het Hof van Cassatie:¹⁰⁸

Door nalatigheid bij de behandeling van een patiënt met beenbreuken ontstond gasgangreen en moest diens rechterbeen worden afgezet. De verantwoordelijke arts voerde aan dat ook zonder fout een aanmerkelijke kans op amputatie had bestaan. Het Hof van Beroep veroordeelde de arts *ex aequo et bono* tot vergoeding van 80% van de schade wegens het doen verliezen van de genezingskansen van de patiënt. De daartegen ingestelde voorziening werd door het Hof van Cassatie verworpen.

Wat de belasting met een duurzaam risico betreft, ook in België kent men het principe dat een toekomstige schade alleen voor vergoeding in aanmerking komt indien haar intreden met voldoende zekerheid vaststaat. Een "*eventuele*" of "*hypothetische*" schade geeft geen recht op schadevergoeding.¹⁰⁹ De "*loutere vrees*" voor dreigende schade kan geen herstellvordering schragen.¹¹⁰

Men is zich er echter van bewust dat een dreigende toekomstige schade reeds haar weerslag kan hebben in het heden in de vorm van het op geld waardeerbaar risico dat zij zich zal realiseren.¹¹¹ Daarom wordt aangenomen dat schadevergoeding onder andere mogelijk is voor de eigenaar van een pand dat zich in de nabijheid van een schietbaan of een opslagplaats voor gevaarlijke producten bevindt; voor de bewoner wiens binnenplaats onveilig is omdat de schoorsteen van een naburig pand dreigend overhelt;¹¹² voor de schuldeiser die een hypothecaire zekerheid verloren zag gaan;¹¹³ of voor de voormalige echtgenote van een overleden slachtoffer wegens het risico dat zij op zeker

106 Zie de tekst bij noot 72 op blz. 128.

107 Zie E. Dirix, *Het verlies van genezings- en overlevingskansen*, Vl.T.Gez. 1982 blz. 105 e.v.

108 Cass. 19 jan. 1984, R.G.A.R. 1986, 11084, noot T. Vansweevelt (*amputatie-arrest*).

109 Zie E. Dirix, a.w. (zie noot 101) nrs. 115-117 blz. 77-80; L. Schuermans e.a., TPR 1984 blz. 545-546.

110 Aldus E. Dirix, a.w. (zie noot 101) nr. 119 blz. 81.

111 Zie J. Ronse, a.w. (zie noot 101) nr. 95 blz. 80; E. Dirix, a.w. (zie noot 101) nr. 119 blz. 81.

112 Zie E. Dirix, a.w. (zie noot 101) nr. 119 blz. 81.

113 Zie J. Ronse, a.w. (zie noot 101) nr. 95 blz. 80.

moment behoeftig zou worden en dan onmogelijk meer alimentatie kan verkrijgen.¹¹⁴

Ronse meent dat in deze gevallen de uitspraak van de rechter wordt bepaald "*door het persoonlijk inzicht van de rechter over de zeer concrete omstandigheden*"¹¹⁵ Voorwaarde lijkt in elk geval dat de betreffende risico's voldoende groot worden geacht. Anders oordeelt de rechter de schade "*hypothetisch*" en wijst hij haar vergoeding af.¹¹⁶ Zo werd vergoeding afgewezen van de schade die voortvloeide uit de mogelijkheid dat de benadeelde in verband met zijn invaliditeit een promotie zou moeten weigeren of van loopbaan zou moeten veranderen.¹¹⁷

Het vereiste dat de kans "*reëel*" of "*ernstig*" moet zijn houdt in dat haar bestaan in elk geval voldoende zeker moet zijn. Inhoeverre er ook wat mee gezegd is over haar grootte is niet helemaal duidelijk.¹¹⁸ Niet voldoende "*ernstig*" werden onder andere geoordeeld: de kans dat een 13-jarig kind, slachtoffer van een ongeval, later afstand zou hebben gedaan van het loon dat het verdiend zou hebben; de in verband met de verwonding van een van haar spelers verloren kans van een voetbalclub om naar een hogere afdeling te promoveren, en de kans op schade wegens het verlies van een schooljaar door een zwakke student.¹¹⁹

Net als in Frankrijk pleegt de rechtspraak geen kanspercentages te vermelden.¹²⁰ Wat de minimale grootte van een verloren kans is, valt daarom moeilijk aan te geven. Blijkbaar kunnen ook zeer kleine kansen voor vergoeding in aanmerking komen. Zo kreeg een officier wiens promotiekansen "*zeer miniem*" werden geacht voor het verlies daarvan

114 Zie J. Ronse, a.w. (zie noot 101) nr. 93 blz. 77; E. Dirix, a.w. (zie noot 101) nr. 174 blz. 113.

115 A.w. (zie noot 101) nr. 95 blz. 80. Hij verwijst daarbij o.a. naar J.-M. Verdier (zie noot 94).

116 Zie L. Schuermans e.a., TPR 1994 blz. 1000.

117 Zie E. Dirix, a.w. (zie noot 101) nr. 115 blz. 77.

118 Zie T. Vansweevelt, a.w. (zie noot 33), nr. 525 blz. 387 (m.b.t. "reëel") en de nrs. 526-527 blz. 387-388 en 536 blz. 395 (m.b.t. "ernstig"). De Ridder meent dat met een "reële" kans wordt bedoeld dat alleen kansen voor vergoeding in aanmerking komen die zich in werkelijkheid hadden kunnen voltrekken, en dat onder "ernstig" moet worden verstaan dat de schade enige substantiële waarde vertegenwoordigt. Zie R. de Ridder, AA 1995 blz. 552-553.

119 Zie E. Dirix, a.w. (zie noot 101) nr. 115 blz. 77; T. Vansweevelt, noot onder Cass. 19 jan. 1984, R.G.A.R. 1986, 11084.

120 Zie T. Vansweevelt, a.w. (zie noot 33), nr. 524 blz. 387.

een — weliswaar evenzeer minieme — schadevergoeding van 25.000 franc.¹²¹

Hoe groot de rechter een kans kennelijk heeft geschat valt soms af te leiden uit de hoogte van de toegekende schadevergoeding. Zo werd 250.000 franc toegekend wegens het verlies van de kans om in hoger beroep alsnog een alimentatievordering van meer dan 4 miljoen franc toegewezen te krijgen.¹²² Hieruit kan worden opgemaakt dat de grootte van deze kans op niet meer dan 6,25% werd geschat.¹²³

Vansweevelt is van mening dat een minimale grootte niet is vereist, mits het bestaan van de verloren kans maar voldoende zeker is.¹²⁴ Hij baseert dit mede op het beginsel dat een schade steeds voor vergoeding in aanmerking komt, hoe beperkt haar omvang ook is.¹²⁵

De maximale grootte van een verloren kans vertaalt zich in de vraag wanneer het causaal verband met de definitieve schade voldoende waarschijnlijk wordt geacht om een veroordeling tot integrale schadevergoeding te kunnen dragen. Daartoe is niet vereist dat het causaal verband absoluut en onbetwistbaar vast komt te staan. Voldoende is "*gerechtelijke zekerheid*". Dit begrip houdt in:

"een hoge graad van waarschijnlijkheid, zodat men aan het tegendeel, dat theoretisch mogelijk blijft, niet meer ernstig hoeft te denken"¹²⁶

Een concreet waarschijnlijkheidspercentage wordt genoemd door Vansweevelt. Hij meent dat bij een waarschijnlijkheid van 80% het causaal verband tussen fout en schade in "*zo'n hoge mate waarschijnlijk en dus zeker*" is, dat de benadeelde recht heeft op een integrale schadeloosstelling.¹²⁷ In de procedure die leidde tot het hiervoor

121 Mil.Ger., 24 april 1975, R.G.A.R. 1978 9852, waarover T. Vansweevelt, a.w. (zie noot 33), nr. 534 blz. 394; L. Schuermans e.a., TPR 1984 blz. 643.

122 Cour d'Appel Mons, 16 feb. 1981, R.G.A.R. 1982, 10479.

123 Enzo H. Vandenberghe & M. van Quickenborne, TPR 1987 blz. 1536 en T. Vansweevelt, a.w. (zie noot 33), nr. 534 blz. 394.

124 A.w. (zie noot 33), nr. 536 blz. 395.

125 A.w. (zie noot 33), nr. 526 blz. 388. Over bedoeld beginsel zie E. Dirix, a.w. (zie noot 101) nr. 22 blz. 28.

126 J. Ronse, *Aanspraak op schadeloosstelling uit onrechtmatige daad* (1954) nr. 196 blz. 158. Enzo M. van Quickenborne, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid* (1972) nr. 219 blz. 131. Hetzelfde begrip wordt gehanteerd voor de vereiste zekerheid over het bestaan van de schade: zie J. Ronse, a.w. (zie noot 101) nr. 91 blz. 75-76.

127 A.w. (zie noot 33), nr. 529 blz. 389-390.

beschreven principe-arrest¹²⁸ dacht het Hof van Beroep daar kennelijk anders over.

3.3.4 Engeland

De wortels van het leerstuk van *loss of a chance* in de landen van de *Common Law* liggen in het contractenrecht. Een principe-uitspraak van de Engelse rechter dateert uit 1911. In *Chaplin v. Hicks*¹²⁹ werd een schadevergoeding toegekend voor het verlies van een kans om een competitie te winnen:

De gedaagde, een theaterexploitant, had in een krant een driejarige aanstelling als actrice in het vooruitzicht gesteld voor de twaalf winnaars van een competitie. Het loon voor de eerste vier zou £ 5 per week bedragen, voor de tweede vier £ 4 per week, en voor de laatste vier £ 3 per week. Zesduizend jonge vrouwen zonden een foto in, waaronder de benadeelde. Zij werd door de lezers van de krant gekozen tot één van de vijftig finalisten. Maar de gedaagde stelde haar daarvan niet op tijd in kennis, en de twaalf winnaars werden gekozen in haar afwezigheid. Zij stelde een actie in wegens *breach of contract*. Voor het verlies van haar kans op een aanstelling als actrice werd haar een schadevergoeding van £ 100 toegekend.

Deze beslissing werd unaniem bevestigd door het *Court of Appeal*. Het argument dat de verloren kans niet voor vergoeding in aanmerking kon komen omdat de begroting van haar waarde onmogelijk was, werd verworpen:

"The fact that damages cannot be assessed with certainty does not relieve the wrongdoer of the necessity of paying damages."¹³⁰

Chaplin v. Hicks is door menige uitpraak in gelijke zin gevolgd.¹³¹ Meermaals is schadevergoeding toegekend voor *loss of a chance* bij beroepsfouten van *solicitors*.¹³² Ook werd schadevergoeding toegekend aan een schuldeiser voor het verlies van de kans dat diens

128 Zie de tekst bij noot 108 op blz. 134.

129 [1911] 2 K.B. 786 (C.A.); [1911-13] All.E.R. 224.

130 Williams L.J., *ibid*.

131 Zie B. Coote, *Chance and the Burden of Proof in Contract and Tort*, 62 A.L.J. (1988) blz. 761 e.v. (op blz. 767-768).

132 Zie *McGregor on Damages* (1988) rnr. 364-365 blz. 226-228.

schuldenaar, ter vermijding van een executie die door de fout van een *bailiff* niet doorging, alsnog zou hebben gepresteerd;¹³³ aan een professionele golfer die wegens een verwonding aan zijn hand niet kon spelen, voor het verlies van de kans om prijzengeld te verdienen;¹³⁴ en aan een opdrachtgever die door de tekortkoming van een architect in tijdnood kwam, voor het verlies van een kans op het verkrijgen van een gunstiger offerte voor bepaalde materialen.¹³⁵ Voorts werd een schadevergoeding op zijn plaats geoordeeld voor een verzekeringnemer wiens polis wegens een fout van zijn tussenpersoon nietig bleek, voor het verlies van de kans om een *coulance*-uitkering te krijgen van zijn verzekeringsmaatschappij;¹³⁶ en voor een weduwe wiens echtgenoot om het leven kwam vlak nadat een aanzet was gemaakt tot een echtscheidingsprocedure, voor het verlies van de kans dat zij zich met haar echtgenoot zou hebben verzoend en van hem levensonderhoud zou zijn blijven ontvangen.¹³⁷ Daarentegen werd het leerstuk van *loss of a chance* niet toegepast in een geval waar de benadeelde invloed had op de realisatie van de verloren kans.¹³⁸

Schadevergoeding voor het verlies van genezings- en overlevingskansen werd echter afgewezen door het *House of Lords* in *Hotson v. East Berkshire Health Authority*.¹³⁹

Een schooljongen van 13 jaar werd na een val uit een boom naar het ziekenhuis gebracht. Voorzien van een kniebandage stuurde men hem naar

133 *Domine v. Grimsdall*, [1937] 2 All E.R. 119.

134 *Mulvaine v. Joseph*, (1968) 112 S.J. 927 (Q.B.); 118 NLJ 1078.

135 *Alexander Corfield v. David Grant*, (1992) 59 Build.L.R. 102.

136 *Dunbar v. A. & B. Painters*, [1986] 2 Lloyd's L.R. 38 (C.A.). In casu werd de kans op uitkering zeer groot geacht en een integrale schadevergoeding toegewezen.

137 *Davies v. Taylor*, [1974] A.C. 207; [1972] 3 W.L.R. 801; [1972] 3 All E.R. 836. Zie de tekst bij noot 438 in § 3.4.15. In casu werd de kans op verzoening te klein geacht en de vordering afgewezen.

138 *Sykes v. Midlandbank Executor and Trustee Co. Ltd.*, [1971] 1 Q.B. 113 (C.A.); [1970] 2 All E.R. 471. Over de figuur waarbij de benadeelde invloed had op de realisatie van de verloren kans zie § 3.4.19.

139 [1987] A.C. 750; [1987] 3 W.L.R. 232; [1987] 2 All E.R. 909. Vóór deze uitspraak van het *House of Lords* had het *High Court* reeds in een aantal gevallen schadevergoeding toegekend voor het verlies van een kans wegens *medical negligence*. Zie C.J. Lewis, *Medical Negligence, A Plaintiff's Guide* (1988) blz. 145 e.v., die verwijst naar *Clark v. MacLennan* [1983] 1 All E.R. 416 en *Bagley v. North Herts Health Authority* (1986) 136 NLJ 1014.

huis. De jongen hield last van ernstige pijn. Pas vijf dagen¹⁴⁰ later werd een gebroken heup ontdekt. Ondanks onmiddellijk operatief ingrijpen werd hij blijvend invalide. De rechter schatte de oorspronkelijke kans op het vermijden van die invaliditeit op 25%. Hij oordeelde dat sprake was van het verlies van een *substantial chance of achieving a better medical result*, en kende een vergoeding van 25% van de geleden schade toe.¹⁴¹

Deze beslissing werd bevestigd door het *Court of Appeal*,¹⁴² maar verworpen door het *House of Lords*.¹⁴³ Aan de uitspraak van het *House of Lords* lag de volgende redenering ten grondslag: op het moment dat de benadeelde naar het ziekenhuis werd gebracht bestond er een kans van 75% dat de bloedvaten in zijn heupgewricht reeds zodanig waren beschadigd dat de complicatie waardoor hij uiteindelijk invalide werd (*avascular necrose* van de *femur*- of bovenbeenknop), onvermijdelijk was. Daarmee stond *on the balance of probabilities* vast dat de val deze complicatie had veroorzaakt:

"the judge's findings of fact [...] are unmistakably to the effect that on a balance of probabilities the injury caused by the plaintiff's fall left insufficient blood vessels intact to keep the epiphysis alive. This amounts to a finding of fact that the fall was the sole cause of avascular necrosis."¹⁴⁴

Er kon dus geen causaal verband meer bestaan tussen de invaliditeit van de benadeelde en de fout van het ziekenhuis, aldus het *House of Lords*. Daarom moest de vordering worden afgewezen. Een en ander betekende niet dat het verlies van overlevings- of genezingskansen nooit voor vergoeding in aanmerking zou komen, aldus Lord Mackay:

140 Waarin o.a. tevergeefs een bezoek werd gebracht aan zijn huisarts, die meende dat hij overdreef en dat zijn echte probleem was gelegen in "*a profound dislike of school*". Deze arts was aanvankelijk medegedaagde maar stemde vóór het proces met een schikking in.

141 [1985] 1 W.L.R. 1036; [1985] 3 All E.R. 167 (*High Court*, onder de benaming *Hotson v. Fitzgerald and others*).

142 [1987] 2 W.L.R. 287; [1987] 1 All E.R. 210.

143 [1987] A.C. 750; [1987] 3 W.L.R. 232; [1987] 2 All E.R. 909.

144 [1987] 2 All E.R. 909 blz. 913 sub f en g (Lord Bridge).

3 Het verlies van een kans

"I consider that it would be unwise in the present case to lay it down as a rule that a plaintiff could never succeed by proving loss of a chance in a medical negligence case."¹⁴⁵

De eindbeslissing in *Hotson* berust dus op de juridische gelijkstelling van een waarschijnlijkheid van 75%¹⁴⁶ met een zekerheid van 100%. In de literatuur is de uitspraak uiteenlopend ontvangen.¹⁴⁷ Critici voeren aan dat de redenering van het *House of Lords* langs de argumentatie van eiser heen gaat:

"Their Lordships focussed on the traditional (but in this context, irrelevant) question of whether the plaintiff has shown a causal connection on the balance of probabilities to the necrosis, which of course he had and could not. [...] This reasoning unfortunately fails to address the essence of the plaintiff's argument, which was whether a claim formulated in a different way (i.e. in terms of loss of a chance) was acceptable."¹⁴⁸

Het is niet duidelijk of een in algemene termen formuleerbaar onderscheid kan worden aangegeven tussen de situatie in *Hotson* en de gevallen waarin *loss of a chance* wél een vergoedbare schade oplevert. Volgens sommige schrijvers zou het een kwestie van *contract* of *tort*

145 [1987] 2 All E.R. 909 blz. 916 sub d. Lord Bridge meende dat de vergoedbaarheid van het verlies van een kans in dit soort gevallen "*superficially attractive*" was, maar dat er "*formidable difficulties*" mee gemoeid waren, zie [1987] 2 All E.R. 909 blz. 913 sub j en 914 sub a.

146 In casu de waarschijnlijkheid van het causaal verband met de *niet-aansprakelijkheidscheppende* oorzaak (de val uit de boom).

147 Instemmend: C.J. Lewis, a.w. (zie noot 139) blz. 145-151; T. Hill, *A Lost Chance for Compensation in the Tort of Negligence by the House of Lords*, 54 MLR (1991) blz. 511 e.v. Afwijzend: J. Stapleton, *The gist of negligence*, 104 LQR (1988) blz. 213-238 & 389-409 (op blz. 393-394); W. Scott, *Causation in Medico-Legal Practice: A Doctor's Approach to the 'Lost Opportunity' Cases*, 55 MLR (1992) blz. 521 e.v.; D.P.T. Price, *Causation — The Lords' Lost Chance?*, 36 ICLQ (1989) blz. 735 e.v. (op blz. 753); J.G. Fleming, *Probabilistic Causation in Tort Law*, 68 Can.B.Rev. (1989) blz. 661 e.v. (op blz. 673-674). Zich op de vlakke houdend, maar bepaald niet enthousiast: *Charlesworth & Percy on Negligence* (1990) nr. 5-26. Zie voorts L.J. Anderson, *Loss of a chance in tort*, 131 SJ (1987) blz. 1258 e.v. (aan beslissing komt geen algemene betekenis toe).

148 J. Stapleton, 104 LQR (1988) blz. 393. In dezelfde zin J.G. Fleming, 68 Can.B.Rev. (1989) blz. 673.

kunnen zijn,¹⁴⁹ waartegen anderen aanvoeren dat ook in gevallen waar de vordering expliciet was gebaseerd op *negligence* schadevergoeding werd toegewezen voor het verlies van kansen door de fout van een *solicitor*.¹⁵⁰ Volgens Weir houdt het onderscheid verband met de omstandigheid dat *Hotson* een actie betrof wegens *personal injury* waarvoor — in tegenstelling tot bepaalde vorderingen met een andere grondslag — het bewijs van *actual damage* een constitutief vereiste is. Het verlies van een genezingskans voldoet daarvoor niet, want zo'n kans "*cannot realistically be described as an asset.*"¹⁵¹ Ik zal dit laatste trachten te weerleggen in § 3.4.6. Voor een kritiek op de beslissing in *Hotson* zie nader § 3.4.15.

De mogelijkheid van schadevergoeding voor de belasting met een duurzaam risico levert eveneens een divers beeld op. Er bestaan verschillen naar gelang van de aard van de schade, en in verband daarmee eveneens naar gelang van de grondslag van de vordering.

Bij dreigende zaakschade zal het betreffende risico in de regel een negatieve weerslag hebben op de actuele marktwaarde van de betreffende zaak.¹⁵² Daarom lijkt schadevergoeding in principe mogelijk,¹⁵³ al staat dat lang niet altijd vast. Met name niet wanneer geen sprake is van een fysieke beschadiging van de zaak. Dan bestaat de kans dat de rechter aanneemt dat (nog) geen sprake is van *property damage*, maar enkel van *economic loss*. Dit verschil is relevant omdat een actie wegens *negligence*, anders dan een actie gebaseerd op *breach*

149 Zie F.C. Cownie, *Damages for loss of a Chance in tort?*, Professional Negligence 1989 blz. 194 e.v. evenals (aarzelend) B. Coote, 62 A.L.J. (1988) blz. 771. Zonder aarzeling ook M. Bowsher, *Prospects for Establishing an Effective Tender Challenge Régime: Enforcing Rights under E.C. Procurement Law in English Courts*, (1994) 3 P.P.L.R. blz. 30 e.v. (op blz. 39), die schadevergoeding voorstaat voor het verlies van een kans op het verwerven van een bouwopdracht.

150 Bijv. in *Kitchen v. Royal Air Forces Association*, [1958] 1 W.L.R. 563; [1958] 3 All E.R. 241. Lord Justice Croom-Johnson van het *Court of Appeal* had daar in *Hotson* ook op gewezen, zie [1987] 1 All E.R. 210 blz. 222 sub f. In dezelfde zin voorts J.G. Fleming, 68 Can.B.Rev. (1989) blz. 674. Zie voorts F.C. Cownie, Professional negligence (1989) blz. 196.

151 T. Weir, *Loss of a Chance — Compensable in Tort? The Common Law*, in: O. Guillod (Hrsg.), *Kolloquium: Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht* (1991) blz. 111 e.v. (op blz. 122).

152 Zie de tekst bij noot 315 op blz. 173.

153 Zie *McGregor on Damages* (1988) rnr. 1245 e.v. Voor een voorbeeld zie *Butcher v. Perkins* (1994) 10 Const.L.J. 67 (Braintree County Court): schadepost van £ 500 wegens vermindering van de waarde van huis in verband met het risico, na reparatie, van verdere scheurvorming (blz. 71).

of contract, vaak niet mogelijk is wanneer enkel sprake is van *economic loss*.

Inhoeverre een fysieke beschadiging noodzakelijk is voor het aannemen van *property damage* is niet helemaal duidelijk.¹⁵⁴ Bij *gebrekkige zaken*¹⁵⁵ is voor schadevergoeding *in tort* in elk geval vereist dat sprake is van een fysieke beschadiging van een andere zaak dan de gebrekkige zaak zelf, of van *personal injury*,¹⁵⁶ enkele uitzonderingen daargelaten.¹⁵⁷

Bij dreigende schade wegens verzakking van de bodem is de daadwerkelijke fysieke beschadiging van de bodem een vereiste.¹⁵⁸ Het ontnemen van steun aan andermans bodem (door mijnbouw, afgraving van belendende percelen, etc.) levert een specifieke vorm van *the tort of nuisance* op. Daarbij komt de daling van de marktwaarde van onroerend goed wegens het risico van toekomstige verzakkingen niet voor vergoeding in aanmerking.¹⁵⁹ Zelfs wanneer de benadeelde op eigen initiatief preventieve maatregelen neemt zijn de daarmee gemoeide kosten niet verhaalbaar wanneer niet tevens sprake is van fysieke schade.¹⁶⁰

Bij zuivere vermogensschade is schadevergoeding voor de belasting met een duurzaam risico in principe mogelijk, mits aan de voorwaar-

154 Zie J. Stapleton, 104 LQR (1988) blz. 219: "*Guidance on what courts will regard as sufficient minimum actionable damages is more difficult to obtain.*"

155 Wat in dit verband wil zeggen: zaken waarbij reeds vanaf het moment van verkrijging of ingebruikname door de benadeelde een onvolkomenheid bestaat. Zie J. Stapleton, 104 LQR (1988) blz. 219.

156 *D. and F. Estates Limited v. The Church Commissioners*, [1989] A.C. 177; [1988] 3 W.L.R. 368; (1988) 41 Build.L.R. 1; *Murphy v. Brentwood District Council*. [1990] 3 W.L.R. 414; (1990) 50 Build.L.R. 1. Het gaat hier om een van de meest omstreden onderwerpen van Engels aansprakelijkheidsrecht. De rechtspraak op dit punt, die voornamelijk betrekking heeft op gebrekkige gebouwen, heeft de afgelopen jaren een bijna volledige ommezwaai gemaakt. Voor een fraai overzicht zie I. Ndekugri, *Tortious Negligence in Construction: Past, Present and Future*, 9 Const.L.J. (1993) blz. 175 e.v.

157 Zie *Charlesworth & Percy on Negligence*, supplement to the 8th ed. (1991), nr. 103a; I. Ndekugri, 9 Const.L.J. (1993) blz. 191-192. Een veelbelovende uitzondering bij gebrekkige gebouwen (want in de praktijk waarschijnlijk vaak van toepassing) lijkt zich aan te dienen wanneer het gebrek een gevaar oplevert voor "*persons or property on neighbouring land or on the highway*". Zie *Morse and Others v. Barratt (Leeds) Ltd.*, (1993) 9 Const.L.J. 158 (H.C.).

158 Zie *Clerk & Lindsell on Torts* (1989) nr. 24-58.

159 *West Leigh Colliery Co. Ltd. v. Tunncliffe & Hampsom Ltd.*, [1908] A.C. 27.

160 *Midland Bank v. Bardgrove Property Services Ltd.*, (1993) 9 Const.L.J. 49 (C.A.), waarover W.S.M. Lloyd-Schut, NTBR 1993 blz. 235.

den voor de vergoeding van *economic loss* is voldaan. Zo werd schadevergoeding toegekend voor het risico van toekomstige verliezen wegens fouten van een *solicitor* in de formulering van een overeenkomst.¹⁶¹

In een groot aantal uitspraken over *personal injury* heeft de rechter zich rekenschap gegeven van de omstandigheid dat bepaalde verwondingen een (vergroot) risico met zich mee brengen op het intreden van ziektes als epilepsie¹⁶² of artritis.¹⁶³ Deze risico's zijn algemeen aanvaard als een vergoedbare schadepost, die wordt begroot naar rato van de waarschijnlijkheid dat de betreffende ziekte zal intreden.¹⁶⁴ Deze jurisprudentie betreft echter het risico van *verergering* van vaststaand letsel. Uit de vergoedbaarheid daarvan volgt nog niet dat de belasting met een duurzaam gezondheidsrisico *zelfstandig* een actie wegens *personal injury* kan dragen. De vraag werpt zich op wanneer van "*personal injury*" sprake is, en in het bijzonder of daarvoor tastbaar fysiek letsel noodzakelijk is.¹⁶⁵

Hierop lijkt nog geen ondubbelzinnig antwoord te zijn gegeven.¹⁶⁶ De rechter is in elk geval bereid om reeds bij zeer minimale fysiek waarneembare symptomen een actie wegens *personal injury* te honoreren. Dat blijkt uit een drietal uitspraken over de gevolgen van de blootstelling aan asbest van werknemers in de *Royal Navy Dockyards*. Geen van de eisers leed aan een asbestziekte, maar alle drie hadden zogenaamde *asbestos pleural plaques*. Dat zijn kleine plekken op het longmembraan waar als gevolg van de irritatie door asbest een soort littekenweefsel is ontstaan.¹⁶⁷ Ten tijde van het proces hadden eisers daarvan nog geen enkele hinder ondervonden. In

161 *D.W. Moore & Co. Ltd. v. Ferrier*, [1988] 1 W.L.R. 267; [1988] 1 All E.R. 418.

Zie J. Stapleton, 104 LQR (1988) blz. 235.

162 Epilepsie = de z.g. "vallende ziekte".

163 Artritis = gewrichtsontsteking.

164 Zie *Charlesworth & Percy on Negligence* (1990) nr. 4-114; C.J. Lewis, a.w. (zie noot 139) blz. 146; J.G. Fleming, *The Law of Torts* (1987) blz. 205,

165 Zie B. Coote, 62 A.L.J. (1988) blz. 765 noot 25.

166 Over de vraag wat de "*minimum actionable damage*" in deze context is (waarbij ook verjaringsaspecten een rol spelen) zie N.J. Wikeley, *Industrial Disease and the Onset of Damage*, 105 LQR (1989) blz. 19 e.v.; J. Stapleton, 104 LQR (1988) blz. 213 e.v.; C.J. Lewis, a.w. (zie noot 139) blz. 140-141; J.G. Fleming, 68 Can.B.Rev. (1989) blz. 677-678.

167 Zie M.R. Becklake, *Asbestos-Related Diseases of the Lung and Other Organs: Their Epidemiology and Implications for Clinical Practice*, 114 Am.Rev. Respiratory Disease (1976) blz. 187 e.v. (op blz. 200-202).

*Church v. Ministry of Defense*¹⁶⁸ werd een bedrag van £ 1.500 aan *general damages* toegekend voor het letsel bestaande uit de asbestplaques, voor het risico op een verergering daarvan, en voor de zorgen die de benadeelde zich in verband daarmee maakte ("*anxiety*"). Het risico op het ontstaan van mesothelioom¹⁶⁹ werd te ver verwijderd geacht. In *Sykes v. Ministry of Defense*¹⁷⁰ werd eveneens £ 1.500 schadevergoeding toegekend. Ditmaal voor het letsel bestaande uit de asbestplaques, de gerezen bezorgdheid en, in tegenstelling tot *Church*, voor het risico op het ontstaan van mesothelioom, geschat op 2 à 3 procent. Ook in *Patterson v. Ministry of Defence*¹⁷¹ bestonden de schadeposten uit het letsel van de asbestplaques, het risico op verergering daarvan, het risico op het ontstaan van mesothelioom, en de in verband met dit alles gerezen bezorgdheid. Hier kende de rechter een voorlopige schadevergoeding toe van £ 1.250. Daarbij ging hij er vanuit dat geen mesothelioom zou ontstaan; de benadeelde behield het recht om opnieuw schadevergoeding te vorderen wanneer dat wél zou gebeuren.

Wat de minimale en de maximale grootte van een verloren kans betreft: in het algemeen geldt als voorwaarde voor de vergoedbaarheid van een *lost chance* dat zij niet "*minimal*" of "*a mere speculative possibility*" is.¹⁷² Een minimum waarschijnlijkheidspercentage wordt daarbij niet genoemd.¹⁷³ In *Hotson* merkte Simon Brown J. op het twijfelachtig te vinden of een kans die aanmerkelijk kleiner wordt geschat dan 25%, voor vergoeding in aanmerking komt:

168 (1984) 134 NLJ 263. Zie C.J. Lewis, a.w. (zie noot 139) blz. 140-141; N.J. Wikeley, 105 LQR (1989) blz. 21-22.

169 Mesothelioom = kwaadaardige gezwellen aan long- of buikvlies. Een nagenoeg altijd dodelijke asbestziekte. Zie M.R. Becklake, 114 Am.Rev. Respiratory Disease (1976) blz. 209-213.

170 *The Times*, 23 maart 1984, kenbaar uit C.J. Lewis, a.w. (zie noot 139) blz. 141; N.J. Wikeley, 105 LQR (1989) blz. 22.

171 (1987) 5 C.L. 104. Zie C.J. Lewis, a.w. (zie noot 139) blz. 141; N.J. Wikeley, 105 LQR (1989) blz. 22.

172 Aldus Dillon L.J. in *Hotson*, [1987] 1 All E.R. op blz. 218. Vergelijkbare terminologie werd gehanteerd in *Davies v. Taylor*, [1974] A.C. 207; [1972] 3 W.L.R. 801; [1972] 3 All E.R. 836, waar niet aan de bedoelde voorwaarde werd voldaan.

173 Vgl. K. Cooper, 37 Sask.L.Rev. (1973) blz. 207.

"the courts will not wish to encourage professional negligence claims of a speculative nature."¹⁷⁴

In dit opzicht is de beslissing in *Sykes v. Ministry of Defence* opmerkelijk: £ 1.500 *general damages* mede voor het risico op het ontstaan van mesothelioom, geschat op 2 à 3 procent. Deze uitspraak doet afvragen of het überhaupt wel zinvol is om voor zo laag geschatte risico's een schadevergoeding toe te kennen. Het bedrag dat de benadeelde kreeg was immers (nagenoeg) even hoog als in de andere twee *cases* (£ 1.500 in *Church* en £ 1.250 in *Patterson*), terwijl de benadeelde in *Sykes* zich geconfronteerd zal zien met het gezag van gewijsde, mocht hij later inderdaad mesothelioom krijgen.

Wat de maximale grootte van een verloren kans betreft, volgens het criterium van *the balance of probabilities* is iedere veroorzakingswaarschijnlijkheid groter dan 50% in principe voldoende om een veroordeling tot integrale schadevergoeding te kunnen schragen.¹⁷⁵ Dit lijkt op gespannen voet te staan met het leerstuk van *loss of a chance*. Bij toepassing van dit leerstuk wordt dan ook anders beslist. Zo werd in *Kitchen v. Royal Air Forces Association* een schadevergoeding toegekend voor het verlies van een kans die blijkbaar werd geschat op 66%.¹⁷⁶

Tamelijk ver in dit opzicht ging *Bagley v. North Herts Health Authority*,¹⁷⁷ een beslissing die werd gewezen vóórdát *Hotson* een eind maakte aan de toepassing van *loss of a chance* in gevallen van *medical negligence*:

Een zwangere vrouw had een bloedgroep die onverenigbaar was met die van haar ongeboren kind. Het ziekenhuis beging een aantal fouten en het kind kwam dood ter wereld. Simon Brown J. (die ook *Hotson* in eerste aanleg had gewezen) kende een schadevergoeding toe van 95% van de geleden schade, omdat ook zonder fouten een risico van 5% had bestaan dat het kind niet levend ter wereld zou zijn gekomen.

Over deze beslissing werd de staf gebroken door Lord Ackner in *Hotson*:

174 [1985] 3 All E.R. op blz. 177 sub c.

175 Zie § 2.6.5 en de verwijzingen aldaar in noot 309 op blz. 90.

176 [1958] 1 W.L.R. 563; [1958] 3 All E.R. 241. Het ging om het verlies van een kans op een schadevergoeding krachtens de *Fatal Accidents Act*. De maximale uitkering was £ 3000, de toegekende schadevergoeding £ 2000. Zie nader noot 446.

177 (1986) 136 NLJ 1014.

"the plaintiff had established on a balance of probabilities, indeed with near certainty, that the hospital's negligence had caused the stillbirth. Causation was thus fully established. Such a finding does not permit any discounting: to do so would be to propound a wholly new doctrine which has no support in principle or authority and would give rise to many complications in the search for mathematical or statistical exactitude."¹⁷⁸

3.3.5 Verenigde Staten

In de Verenigde Staten staat de rechtspraak traditioneel meer terughoudend tegenover het leerstuk van *loss of a chance* dan in Engeland.¹⁷⁹ In navolging van *Chaplin v. Hicks*¹⁸⁰ vonden de eerste toepassingen plaats bij het verlies van een kans om een competitie te winnen.¹⁸¹ Lange tijd kwam het leerstuk slechts een beperkte rol toe in het contractenrecht.¹⁸²

Recentelijk kwam het kansleerstuk in een stroomversnelling. De kennelijke grondlegger van deze ontwikkeling is Joseph H. King. In een invloedrijk artikel uit 1981 bepleitte hij de toepassing van *loss of a*

178 [1987] 2 All E.R. 909 blz. 922 sub c en d. Eveneens zeer kritisch C.J. Lewis, a.w. (zie noot 139) blz. 150-151.

179 Zie C.T. McCormick *Handbook on the Law of Damages* (1935), § 31 blz. 117-123; D.B. Dobbs, *Handbook on the Law of Remedies* (1973), § 3.3 blz. 155-157; E.J. Schaefer, *Uncertainty and the Law of Damages*, 19 Wm & Mary L.Rev. (1978) blz. 719 e.v. (op blz. 761 e.v.); *Comment, Damages Contingent Upon Chance*, 18 Rutgers L.Rev. (1964) blz. 875 e.v.; *Note, The Labor-Management Relationship: Present Damages for Loss of Future Contract*, 71 Yale L.J. (1962) blz. 563 e.v.; L.L. Wolfstone & T.J. Wolfstone, *Recovery of Damages for the Loss of a Chance*, 28 Med.Trial Tech.Q. (1982) blz. 121 e.v.

180 Zie de tekst bij noot 129 op blz. 137.

181 *Kansas City M. & O. R. Co. v. Bell*, 197 SW 322 (Tex.Civ.App. 1917) (verlies van een kans om de eerste prijs te winnen voor de mooiste varkens op een *stock show*); *Wachtel v. National Alfalfa Journal Co.*, 190 Iowa 1293, 176 N.W. 801 (1920) (verlies van een kans om een prijs te winnen in een competitie in de werving van nieuwe abonnees voor een tijdschrift); *Mange v. Unicorn Press Inc.*, 129 F.Supp. 727 (S.D. New York 1955) (puzzlewedstrijd). Zie echter *Collatz v. Fox Wisconsin Amusement Co.*, 300 N.W. 162 (1941) (geen schadevergoeding voor verlies van een kans om auto te winnen voor ten onrechte gediskwalificeerde finalist met nog slechts één concurrerende kandidaat).

182 Zie *Restatement (2nd) Contracts* (1981) § 348 (3): "If a breach is of a promise conditioned on a fortuitous event and it is uncertain whether the event would have occurred had there been no breach, the injured party may recover damages based on the value of the conditional right at the time of breach."

chance in gevallen van *personal injury torts*.¹⁸³ Behalve ruime bijval in de literatuur kreeg zijn opvatting geleidelijk ook navolging in de jurisprudentie.¹⁸⁴

Het belangrijkste terrein is dat van de *medical malpractice*. Het strijdpunt in menige procedure was welk (statistisch) waarschijnlijkheidspercentage was vereist om de vraag of voldoende causaal verband bestond tussen de medische fout en de geleden schade aan de jury te kunnen voorleggen. Op dit punt ontwikkelde de jurisprudentie in de verschillende deelstaten zich op uiteenlopende wijze.¹⁸⁵ In sommige deelstaten hield de hoogste rechter vast aan de "*more likely than not*"-standaard, wat werd ingevuld als een waarschijnlijkheid van minimaal 50% + 1.¹⁸⁶ In andere deelstaten achtte de rechter statistische waarschijnlijkheidspercentages van minder dan 50% voldoende om in het voorliggende geval causaal verband met de definitieve schade aan te nemen, óók wanneer andere aanknopingspunten geheel afwezig waren.

Bij de laatstbedoelde jurisprudentie gaat het dus niet om het toekennen van schadevergoeding voor het verlies van een kans, maar om een vermindering van de voor het aannemen van causaal verband vereiste zekerheid tot waarschijnlijkheden beneden de 50%. Daarbij wordt niettemin een integrale schadevergoeding toegekend. Deze rechtspraak wordt eveneens aangeduid met het begrip *loss of a chance*, wat uiteraard de nodige verwarring in de hand werkt. Het verlagen van

183 J.H. King, *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, 90 Yale L.J. (1981) blz. 1353 e.v.

184 Zie B.C. Boggs, *Lost Chance of Survival Doctrine: Should The Courts Ever Tinker With Chance?*, 16 S.Ill.U.L.J. (1992) blz. 421 e.v. (op blz. 436-440); R.A. Reising, *The Loss of Chance Theory in Medical Malpractice Cases: An Overview*, 13 Am.J.Trial Advoc. (1990) blz. 1163 e.v.; S.F. Brennwald, *Proving Causation in "Loss of a Chance" Cases: A Proportional Approach*, 34 Cath.U.L.Rev. (1985) blz. 747 e.v.

185 Voor een overzicht zie o.a. de *Annotations* in de *American Law Reports* van J.D. Hodson, *Medical Malpractice: "Loss of Chance" Causality*, 54 A.L.R.4th 10 (1987) en M.J. McMahon, *Medical Malpractice: Measure and Elements of Damages in Actions Based on Loss of Chance*, 81 A.L.R. 4th 485 (1990). Meer *up to date*: B.C. Boggs, 16 S.Ill.U.L.J. (1992) blz. 424-440; L. Perrochet, S.J. Smith en U. Colella, *Lost Chance Recovery and the Folly of Expanding Medical Malpractice Liability*, 27 Tort & Ins.L.J. (1992) blz. 615 e.v. (op blz. 629-637); D.L. Keith, *Loss of Chance: A Modern Proportional Approach to Damages in Texas*, 44 Baylor L.Rev. (1992) blz. 759 e.v. (op blz. 770-781).

186 Een veel aangehaald voorbeeld van deze jurisprudentie is *Cooper v. Sisters of Charity*, 27 Ohio St.2d 242, 272 N.E.2d 97 (1971).

de toe te kennen schadevergoeding naar rato van de grootte van de verloren kans (ter onderscheiding ook wel "pure" loss of a chance genoemd)¹⁸⁷ is een stap die in verschillende jurisdicties pas later werd gezet, en in andere tot dusver uitbleef.

Zoals uiteengezet in § 3.2.2 wordt in Nederland op het terrein van de medische fouten door Asser en anderen gepleit voor een omkering van de bewijslast met betrekking tot het causaal verband. In dit verband is de ontwikkeling in een deel van de Amerikaanse jurisprudentie interessant. Zij is illustratief voor de problemen die waarschijnlijk zouden rijzen wanneer de opvatting van Asser c.s. zonder meer zou worden gevolgd. Daarom ga ik wat nader op deze ontwikkeling in.

De leidende gedachte achter de bedoelde rechtspraak, zoals voor het eerst geformuleerd door het *Supreme Court of Pennsylvania* in *Hamil v. Bashline*,¹⁸⁸ zocht steun bij een innovatieve interpretatie van § 323 *Restatement (2nd)*.¹⁸⁹ Zij hield in dat procederen over medische fouten nu eenmaal het afwegen van waarschijnlijkheden met zich

187 Zie L. Perochet, S.J. Smith en U. Colella, 27 *Tort & Ins.L.J.* (1992) blz. 615 e.v.; L.N. Green, *Loss of Chance in Personal Injury and Malpractice Litigation*, 34 *Trauma* (1993) No. 6 blz. 51 e.v. (op blz. 55 r.k.).

188 481 Pa. 256, 392 A.2d 1280 (1978).

189 *Restatement of the Law (Second) Torts* (1965) § 323 (getiteld "Negligent Performance of Undertaking to Render Services") luidt:

"One who undertakes, gratuitously or for consideration, to render services to another which he should recognize as necessary for the protection of the other's person or things, is subject to liability to the other for physical harm resulting from his failure to exercise reasonable care to perform his undertaking, if

(a) his failure to exercise such care increases the risk of such harm, or

(b) the harm is suffered because of the other's reliance upon the undertaking."

Volgens het gerecht in *Hamil* was het doel van deze paragraaf: "to relax the degree of certitude normally required of plaintiff's evidence" (392 A.2d 1280 blz. 1286 r.k., Pomeroy J.).

Volgens anderen is deze interpretatie onjuist: zie R.W. Wright, *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, 73 *Iowa L.Rev.* (1988) blz. 1001 e.v. (op blz. 1070-1071); B.C. Boggs 16 *S.Ill.U.L.J.* (1992) blz. 435; F.C. Woodside e.a, *Loss of Chance: A Fundamental Change in Proximate Causation*, 59 *Def.Couns.J.* (1992) blz. 42 e.v. (op blz. 48); L. Perrochet, S.J. Smith en U. Colella, 27 *Tort & Ins.L.J.* (1992) blz. 617.

Over de oorspronkelijke interpretatie van § 323 zie D.H. Smith, *Increased Risk of Harm: A New Standard For Sufficiency of Evidence of Causation in Medical Malpractice Cases*, 65 *B.U.L.Rev.* (1985) blz. 275 e.v. (op blz. 283-285); J.M. Perdue, *Recovery for a Lost Chance of Survival: When the Doctor Gambles, Who Puts Up the Stakes?*, 28 *S.Tex.L.Rev.* (1987) blz. 37 e.v. (op blz. 51 noot 85).

meebrengt. Opdat de gedaagde, vanwege de onzekerheid over de gevolgen van zijn fout, niet per definitie vrijuit zou gaan, moest worden afgezien van de mate van zekerheid die normaal voor aansprakelijkheid is vereist:

"Such cases by their very nature elude the degree of certainty one would prefer and upon which the law normally insists before a person may be held liable. Nevertheless, in order that an actor is not completely insulated because of uncertainties as to the consequences of his negligent conduct, Section 323(a) tacitly acknowledges this difficulty and permits the issue to go to the jury upon a less than normal threshold of proof."¹⁹⁰

In dit soort gevallen kon causaal verband worden aangenomen wanneer sprake is van "*increased risk of harm*":

"Once a plaintiff has introduced evidence that a defendant's negligent act or omission increased the risk of harm to a person in plaintiff's position, and that the harm was in fact sustained, it becomes a question for the jury as to whether or not the increased risk was a substantial factor in producing the harm."¹⁹¹

De beslissing in het concrete geval was dus aan de jury. Oordeelde deze dat de risicoverhoging die door de fout in het leven werd geroepen een *substantial factor* was in het veroorzaken van de schade, dan was de gedaagde aansprakelijk.¹⁹²

Op deze redenering werd in verschillende deelstaten voortgebouwd, onder meer in Washington en New Jersey.¹⁹³ Aanvankelijk bleef deze

190 392 A.2d op blz. 1287-1288 (Pomeroy J.).

191 392 A.2d op blz. 1286 (Pomeroy J.). De gestelde voorwaarden lijken als twee druppels water op de voorwaarden voor bewijslastomkeer in het Nederlandse recht (zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 13.2.).

192 Overtuigend is deze redenering niet. De betreffende *opinions* doen er verder het zwijgen toe, maar *op wat voor grond precies* zou de jury — bij de afwezigheid van andere aanknopingspunten dan de statistische veroorzakingswaarschijnlijkheid — tot de aanwezigheid van causaal verband met de definitieve schade kunnen besluiten? In *Hamil* kon dit wellicht nog op basis van de statistische waarschijnlijkheid (75%, aldus de deskundige van eiser, zo goed als 0%, aldus de deskundige van gedaagde), in latere *cases* die op *Hamil* voortbouwden ging het om waarschijnlijkheden van (aanmerkelijk) minder dan 50%. Voor kritiek van gelijke strekking zie S.F. Brennwald, 34 Cath.U. L.Rev. (1985) blz. 58 noot 91 en blz. 774-777.

193 Voor de navolging van *Hamil* in andere deelstaten zie de overzichten van D.H. Smith, 65 B.U.L.Rev. (1985) blz. 288-292 en J.D. Hodson, 54 A.L.R. 4th 10 (1987) § 5.

rechtspraak trouw aan de alles-of-niets-benadering. De jury kreeg immers de ruimte om — ondanks statistische veroorzakingswaarschijnlijkheden van minder dan 50% — causaal verband aan te nemen met de definitieve schade, in welk geval de gedaagde voor de volle 100% aansprakelijk was.

Deze benadering bleek echter niet vol te houden. Al spoedig vonden ook zaken met zeer lage waarschijnlijkheidspercentages hun weg naar de rechter. Erg ver in dit opzicht ging *Herskovits v. Group Health Cooperative*.¹⁹⁴ Het ging om een te late diagnose van longkanker, waardoor een statistische kans van 14% verloren ging om nog tenminste vijf jaar te blijven leven. Niettemin liet de beslissing van het *Supreme Court of Washington* een integrale schadevergoeding toe.¹⁹⁵ Het is niet verrassend dat deze jurisprudentie de nodige kritiek opriep.¹⁹⁶ Critici voerden aan dat deze rechtspraak, ingegeven door de wens om de slachtoffers van medische fouten niet met lege handen te laten staan, was doorgeslagen naar het andere uiterste:

"The inequity has merely shifted from the plaintiff to the defendant."¹⁹⁷

De beslissing in *Herskovits* luidde dan ook een keerpunt in. In een

194 99 Wash.2d 609, 664 P.2d 474 (1983).

195 Op het eerste gezicht lijkt dit anders omdat "*total recovery*" niet noodzakelijk werd geacht (664 P.2d 474 blz. 479). Dit betrof echter een standaard jury-instructie voor een geval van *wrongful death* zoals het onderhavige, bedoeld om recht te doen aan het verschil in levensverwachting tussen het slachtoffer en een gezonde persoon van diens leeftijd. Aldus L.M. Roubik in haar *Casnote, Recovery for "Loss of Chance" in a Wrongful Death Action*, 59 Wash.L.Rev. (1984) blz. 981 e.v. (op blz. 989 noot 37). Van een schadebegroting naar rato van de grootte van de verloren kans was in elk geval geen sprake.

196 Zie J. Makdisi, *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability*, 67 N.C.L.Rev. (1989) blz. 1081-1084; S.F. Brennwald, 34 Cath.U.L.Rev (1985) blz. 774-777; L.M. Roubik, 59 Wash.L.Rev (1984) blz. 981 e.v.; J.D. Wolf, *Playing the Percentages: A Re-Examination of Recovery for Loss of Chance*, 26 Santa Clara L.Rev. (1986) blz. 429 e.v. (op blz. 445-446); R.W. Wright, 73 Iowa L.Rev. (1988) blz. 1068-1072; J.L. Benson, *The Dilemma of Chance in Medical Malpractice: Should Illinois Recognize a New Cause of Action for "Lost Chance" of Survivability?*, 9 N.Ill.U.L.Rev. (1989) blz. 575 e.v. (op blz. 590). Bijval was er ook, zie D.H. Smith, 65 B.U.L. Rev. (1985) blz. 275 e.v. (die niettemin pleit voor de aanvaarding van het verlies van een kans, zie blz. 303-306).

197 J.L. Benson, 9 N.Ill.U.L.Rev. (1989) blz. 586. In dezelfde zin J. Makdisi, 67 N.C.L.Rev. (1989) blz. 1083 en S.F. Brennwald, 34 Cath.U.L.Rev (1985) blz. 776.

concurring opinion had Justice Pearson, geïnspireerd door het artikel van King, gepleit voor het herdefiniëren van de te vergoeden schade. Niet het overlijden van de benadeelde, maar diens verlies van een kans om nog minstens vijf jaar door te kunnen leven moest worden vergoed.¹⁹⁸ Deze gedachte vond navolging in verschillende deelstaten, waaronder New Jersey. In *Evers v. Dollinger*¹⁹⁹ had het *Supreme Court of New Jersey*, voortbouwend op *Hamil*, de kwestie nog open gelaten. In *Scafidi v. Seiler*²⁰⁰ werd de schadevergoedingsplicht van de gedaagde expliciet beperkt tot de waarde van de verloren kans:

"In our view, a rule that limits a plaintiff's damages in *Evers*-type cases to the value of the lost chance of recovery is an essential complement to *Evers*' modification of the proof required to establish proximate causation."²⁰¹

Pas met deze tweede stap werd het verlies van de overlevings- of genezingskansen als zodanig gekenmerkt als de relevante schade. Inmiddels is deze benadering in verschillende deelstaten geldend recht.²⁰²

Over de Verenigde Staten in zijn geheel bezien levert de stand van zaken een nogal divers beeld op. De ontwikkelingen lijken voorlopig nog niet uitgekristalliseerd. In *Scafidi* merkte het *Supreme Court of New Jersey* op dat zijn met *Evers* ingezette jurisprudentie in overeenstemming was met:

"the emerging pattern of decisions on this issue in federal and state courts throughout the country."²⁰³

De verwachting lijkt gerechtvaardigd dat het verlies van overlevings-

198 664 P.2d 474 blz. 481 r.k. Pearson zei hiertoe te zijn overtuigd door het artikel van King, en citeerde daar ook uit (blz. 486-487).

199 95 N.J. 399, 471 A.2d 405 (1984). Voor de casus zie noot 221.

200 119 N.J. 93, 574 A.2d 398 (1990). Zie voorts de *Casenote* bij deze uitspraak van C.A. Carolan, 23 Rutgers L.J. (1991) blz. 169 e.v.

201 574 A.2d 398 blz. 408 (Stein, J.). Voor een bespreking van de ontwikkeling in de rechtspraak van New Jersey van *Evers* naar *Scafidi* zie de *Casenote* van C.A. Carolan, 23 Rutgers L.J. (1991) blz. 169 e.v.

202 Zie de overzichten bij L. Perrochet, S.J. Smith & U. Colella, 27 Tort & Ins.L.J. (1992) blz. 636-637; D.L. Keith, 44 Baylor L.Rev. (1992) blz. 770-776; M.J. McMahon, 81 A.L.R. 4th 485 (1990) § 3 en § 10 [a].

203 574 A.2d op blz. 403 (Stein, J.).

en genezingskansen in een toenemend aantal deelstaten zal worden aanvaard als een vergoedbare schade.

Wat de mogelijkheid van schadevergoeding voor de belasting met een duurzaam risico betreft, ook in de Verenigde Staten kent men het principe dat een toekomstige schade alleen voor vergoeding in aanmerking komt indien haar intreden voldoende waarschijnlijk is.²⁰⁴ Weliswaar wordt soms de onzekerheid over het intreden van een toekomstige schade in de begroting ervan verdisconteerd,²⁰⁵ maar schadevergoeding komt in principe pas aan de orde wanneer dat intreden tenminste *more likely than not* wordt geacht.

"The threat of future harm, not yet realized, is not enough"²⁰⁶

aldus *Prosser and Keeton on Torts*,²⁰⁷ waar erop wordt gewezen dat een dreigende toekomstige schade reeds haar weerslag kan hebben in het heden:

"It should be noted, however, that the danger of future harm may in itself cause present damage"²⁰⁸

Dat het risico van toekomstige schade een vergoedbare actuele schade oplevert wordt onder meer aangenomen in het kader van de *tort of nuisance*, waarvan sprake is bij inbreuken op het ongestoord gebruik van onroerend goed. Zo werd schadevergoeding toegekend voor risico's in verband met de opslag van explosieven, wegens brandbare gebouwen of materialen, en in verband met een gevaarlijke hond.²⁰⁹

Door een groot aantal auteurs is gepleit voor de aanvaarding van (verhoogde) risico's op toekomstige gezondheidsschade als een vergoedbare schade,²¹⁰ met name in de context van de zogenaamde

204 Het gaat hier om het leerstuk van "*certainty*". Zie Restatement (2nd) § 912; C.T. McCormick, a.w. (zie noot 179) § 25-32; D.B. Dobbs, a.w. (zie noot 179) § 3.3.

205 Zie Restatement (2nd) § 912 comment e (blz. 485-486) en § 924 comment d en e (blz. 525-526). Zie voorts E.J. Schaefer, 19 Wm & Mary L.Rev. (1978) blz. 719 e.v.

206 (Voor de vestiging van een *cause of action* in *negligence*).

207 *Prosser and Keeton on Torts* (1984) § 30 blz. 165.

208 T.a.p. noot 7.

209 Zie *Prosser and Keeton on Torts* (1984) § 87 blz. 620.

210 B.C. Legum, *Increased Risk of Cancer as an Actionable Injury*, 18 Ga.L.Rev. (1984) blz. 563 e.v.; B. Carson, *Increased Risk of Disease from Hazardous Waste: A Proposal for Judicial Relief*, 60 Wash.L.Rev. (1985) blz. 635 e.v.; H.R.

toxic torts.²¹¹ De belangrijkste argumenten zijn dat de belasting met een duurzaam risico op gezondheidsschade een rechtens relevante aantasting van de persoon is²¹² die een negatieve geldelijke waarde vertegenwoordigt,²¹³ uitstel van de vaststelling van de schadevergoedingsplicht van gedaagde is bovendien bezwaarlijk uit oogpunt van preventie,²¹⁴ maar ook in verband met de onzekerheid of de benadeelde zijn schade in de toekomst daadwerkelijk zal kunnen verhalen.²¹⁵

Als bezwaren zijn aangevoerd het gevaar van een oeverloze aansprakelijkheid,²¹⁶ het speculatieve karakter van letsel dat uitslui-

Feldman, *Chances as Protected Interests: Recovery for the Loss of a Chance and Increased Risk*, 17 Baltimore L.Rev. (1987) blz. 139 e.v. (op blz. 151-154); K. Chapin, *Toxic Torts, Public Health Data, and the Evolving Common Law: Compensation for Increased risk of Future Injury*, 13 J.Energy, Nat.Resources & Env'tl. L. (1993) blz. 129 e.v. D.C. Harvey, *Epidemiologic Proof of Probability: Implementing the Proportional Recovery Approach in Toxic Exposure Torts*, 89 Dick.L.Rev. (1984) blz. 233 e.v.; D.Rosenberg, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases; A "Public Law" Vision of the Tort System*, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 851 e.v.; G.O. Robinson, *Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk*, 19 J. Legal Stud. (1985) blz. 779 e.v. Eveneens pleitbezorger voor de erkenning van de belasting met een duurzaam gezondheidsrisico als een vergoedbare schade is Justice Handler van het *Supreme Court of New Jersey*. Zie diens *concurring opinions* in *Evers v. Dollinger*, *Scafidi v. Seiler* en *Ayers v. Township of Jackson*, 106 NJ 557, 525 A.2d 287, 76 A.L.R. 4th 571 (1987).

211 Zie hierover nader § 4.2.2.

212 B.C. Legum, 18 Ga.L.Rev. (1984) blz. 588; H.R. Feldman, 17 Baltimore L.Rev. (1987) blz. 154; Justice Handler in *Evers v. Dollinger*, 471 A.2d op blz. 418.

213 D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 885-886; Justice Handler in *Evers v. Dollinger*, 741 A.2d op blz. 418. Zie nader § 3.5.2.

214 B.C. Legum, 18 Ga.L.Rev. (1984) blz. 584; B. Carson, 60 Wash.L.Rev (1985) blz. 645; G.L. Ash, *Toxic Torts and Latent Diseases: The Case for an Increased Risk Cause of Action*, 38 Kansas L.Rev. (1990) blz. 1087 e.v. (op blz. 1099); D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 920. Zie nader § 3.5.11.

215 B.C. Legum, 18 Ga.L.Rev. (1984) blz. 574-575; H.R. Feldman, 17 Baltimore L.Rev. (1987) blz. 153; B. Carson, 60 Wash.L.Rev (1985) blz. 644; D.C. Harvey, 89 Dick.L.Rev. (1984) blz. 233 e.v.; S.F. Brennwald, 34 Cath.U.L.Rev. (1985) blz. 788; D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 919-920; G.O. Robinson, 19 J. Legal Stud. (1985) blz. 791. Zie nader § 3.5.8.

216 D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 892; G.O. Robinson, 19 J. Legal Stud. (1985) blz. 795; K.S. Abraham, *Environmental Liability and the Limits of Insurance*, 88 Colum.L.Rev. (1988) blz. 942 e.v. (op blz. 973); *Ayers v. Jackson Township*, 106 N.J. 557, 525 A.2d 287, 76 A.L.R. 4th 571 (1987) (76 A.L.R. 4th op blz. 606). Zie nader § 3.5.11.

tend bestaat uit een verhoogd risico op toekomstige gezondheidschade,²¹⁷ en het feit dat vergoeding van deze risico's in zeker opzicht *over- of ondercompensatie* met zich meebrengt: benadeelden bij wie het risico zich in de toekomst uiteindelijk niet realiseert zullen, achteraf gezien, vergoeding hebben ontvangen zonder dat zij een blijvende schade hebben geleden, en benadeelden bij wie het risico zich wél realiseert zullen, achteraf gezien, minder dan hun volledige schade vergoed hebben gekregen.²¹⁸

Ook op dit punt geeft de rechtspraak een uiteenlopend beeld te zien.²¹⁹ In de context van medische fouten is aansprakelijkheid voor de belasting met gezondheidsrisico's incidenteel aanvaard. Dat gebeurde voor het eerst in *James v. United States*:²²⁰

Bij een medische keuring was een longtumor aan het licht gekomen, maar door een administratieve fout kreeg de benadeelde dat niet te horen. Pas naar aanleiding van klachten twee jaar later ontving hij medische behandeling. Ten tijde van het proces was de tumor in omvang geslonken, de benadeelde weer op de been, en waren uitzaaiingen nog niet geconstateerd. Maar zeer waarschijnlijk zou de kanker in de nabije toekomst weer opspelen.

Dat laatste risico was door het uitstel van behandeling in elk geval verhoogd, aldus het gerecht, dat schadevergoeding toekende voor "*the loss*

217 Zie *Ayers v. Jackson Township*, 76 A.L.R. 4th 571 blz. 607; *Brafford v. Susquehanna Corp.*, 586 F.Supp. 14 (D.Co.1984) blz. 17; J.C. Cummings, *How Far Should Increased Risk Recovery Be Carried in the Context of Exposure to Hazardous Substances?*, 76 Kentucky L.J. (1987-88) blz. 459 e.v. (op blz. 475); E.D. Elliott, *Why Courts? Comment on Robinson*, 19 J. Legal Stud. (1985) blz. 799 e.v. (op blz. 801-802). Zie nader § 3.5.5.

218 B. Carson, 60 Wash.L.Rev. (1985) blz. 650; B.C. Legum, 18 Ga.L.Rev. (1984) blz. 579-581; H.R. Feldman, 17 Baltimore L.Rev. (1987) blz. 154; D.C. Harvey, 89 Dick.L.Rev. (1984) blz. 256; G.O. Robinson, 19 J. Legal Stud. (1985) blz. 786. Zie nader § 3.5.3.

219 Voor een overzicht zie de *Annotations* in de *American Law Reports* van D.C. Minneman, *Future Disease or Condition, or Anxiety Relating Thereto, as Element of Recovery*, 50 A.L.R. 4th 13 (1986); G.G. Sarno, *Tort Liability for Nonmedical Radiological Harm*, 73 A.L.R. 4th 582 (1989) § 37 en 39; W.B. Johnson, *Measure and Elements of Damages for Pollution of Well or Spring*, 76 A.L.R. 4th 629 (1990) § 12-14.

220 483 F.Supp. 581 (N.D. Cal 1980).

of the opportunity for earlier and possibly more effective treatment".²²¹ Een principiële uitspraak deed het *Supreme Court of Connecticut* in *Petriello v. Kalman*.²²² Door een operatiefout was een risico ontstaan op toekomstige darmverstoppingen. Onder verwijzing naar de discussie in de literatuur, en met een expliciete verwerping van de alles-of-niets-benadering voor dit soort gevallen, kende het gerecht een schadevergoeding toe naar rato van de grootte van het risico, geschat op 8% à 16%.²²³

Ook in verschillende gevallen waar bepaalde verwondingen een (verhoogd) risico met zich meebrachten voor ziektes als epilepsie,²²⁴ artritis,²²⁵ meningitis,²²⁶ of andere complicaties,²²⁷ werd dat risico aanvaard als een vergoedbare schadepost. In deze uitspraken werd echter vastgehouden aan het vereiste van "*tangible present injury*". Dat houdt in dat alléén bij het bestaan van tastbaar actueel letsel de gezondheidsrisico's die daar een uitvloeisel van zijn voor vergoeding in

221 483 F.Supp. 581 blz. 587 r.k. Ik merk op dat het gerecht het geleden nadeel in dit dictum formuleert in termen van het verlies van een kans ("*loss of the opportunity*"), in plaats van te spreken over risico. Dat verklaart misschien waarom lang niet alle commentatoren zich hebben gerealiseerd dat hier in feite vergoeding werd toegekend voor de belasting met een gezondheidsrisico. De definitieve schade (hier: het overlijden aan een dodelijke longtumor) was immers nog niet ingetreden. Hetzelfde geldt tot op zekere hoogte voor *Evers v Dollinger*, 95 N.J. 399, 471 A.2d 405 (N.J. 1984) waar de ontdekking en de behandeling van borstkanker door een diagnosefout 7 maanden was vertraagd. Ook hier was de patiënte nog in leven, maar ten tijde van de uitspraak in hoger beroep was haar situatie inmiddels terminaal.

222 576 A. 2d 474 (Conn. 1990).

223 Vanwege de ondubbelzinnige wijze waarop het gerecht partij koos in de discussie in de literatuur wordt deze uitspraak wel als een doorbraak beschouwd. Zo K. Chapin, 13 J.Energy, Nat. Resources & Env'tl.L. (1993) blz. 143.

224 *Schwegel v. Goldberg*, 209 Pa.Super. 280, 228 A.2d 405 (1967); *McCall v. United States*, 206 F.Supp. 421 (E.D.Va.1962); *Lindsay v. Appleby*, 91 Ill.App.3d 705, 46 Ill.Dec. 832, 414 N.E.2d 885 (1980). Zie voorts D.C. Minneman, 50 A.L.R. 4th 13 § 54.

225 *Starlings v. Ski Roundtop Corp.*, 493 F.Supp. 507 (M.D.Pa.1980). Zie voorts D.C. Minneman, 50 A.L.R. 4th 13 § 75.

226 (Meningitis = ontsteking van de ruggemerg- of hersenvliezen) *Feist v. Sears, Roebuck & Co.*, 267 Or. 402, 267 P.2d 675 (1973) (schedelbasisfractuur); *Davis v. Graviss*, 672 S.W.2d 928, 50 A.L.R. 4th 1 (Ky.1984) (schedelbasisfractuur; risico op meningitis en andere complicaties door lekken van hersenvocht). Zie voorts D.C. Minneman, 50 A.L.R. 4th 13 § 56.

227 *Martin v. City of New Orleans*, 678 F.2d 1321 (5th.Cir.1982) (onverwijderbare kogel in nek; beperkt risico op toekomstige complicaties als ontsteking, "kortsluiting" tussen aders en slagaders, pijn en verlamningsverschijnselen). Zie voorts D.C. Minneman, 50 A.L.R. 4th. § 49-110.

aanmerking kunnen komen.²²⁸

Dit vereiste is door verschillende schrijvers bekritiseerd.²²⁹ Zij voeren aan dat het neerkomt op een onderscheid tussen zichtbaar en onzichtbaar letsel, en dat zo'n willekeurig onderscheid niet redengevend kan zijn voor een verschil in rechtsgevolg. Door anderen is het vereiste verdedigd omdat het als waarborg zou kunnen dienen tegen speculatieve claims.²³⁰ Wel zou het begrip "*injury*" dan ruim moeten worden opgevat.

Dat laatste gebeurde onder meer in *Brafford v. Susquehanna Corporation*.²³¹

Een huis in de nabijheid van een uranium-mijn bleek voor een deel op radioactief mijnafval te zijn gefundeerd. Het gezin dat dertien jaar in het huis had gewoond vorderde onder meer schadevergoeding voor "*genetic and chromosomal damage*" en voor het risico op het ontstaan van kanker en andere nadelige gevolgen van de blootstelling aan straling.

Voor schadevergoeding voor het risico op het ontstaan van kanker was weliswaar noodzakelijk dat dit risico voortvloeide uit "*present physical injury*", aldus het *Colorado District Court*, maar aan dit vereiste was reeds voldaan wanneer het bestaan van *chromosomal damage* vast kwam te staan. Volgens verschillende deskundigen was van een dergelijke beschadiging onmiskenbaar sprake. De beslissing mocht daarom worden voorgelegd aan de jury.

Het merendeel van de rechtspraak is echter aanmerkelijk terughoudender, en wijst schadevergoeding voor het risico van toekomstige gezondheidschade af wanneer het intreden daarvan niet *more probable than not* is.²³²

Een uitweg die benadeelden regelmatig soelaas biedt is het vorderen van schadevergoeding voor immateriële schade ("*emotional dis-*

228 Zie B. Carson, 60 Wash.L.Rev. (1985) blz. 639-640 die spreekt van de "*extent of the injury doctrine*".

229 O.a. door B.C. Legum, 18 Ga.L.Rev. (1984) blz. 588; B. Carson, 60 Wash.L.Rev (1985) blz. 643.

230 In deze zin D.P.C. Ashton, *Decreasing the Risks Inherent in Claims for Increased Risk of Future Disease*, 43 U.Miami L.Rev. (1989) blz. 1081 e.v. (op blz. 1119); J.C. Cummings, 76 Kentucky L.J. (1987-88) blz. 475.

231 586 F.Supp. 14 (D.Co.1984).

232 Zie het overzicht bij D.C. Minneman, 50 A.L.R.4th 13 § 43-48.

stress")²³³ en voor de toekomstige kosten van periodiek medisch onderzoek.²³⁴ Een *leading case* is *Ayers v. Township of Jackson*:²³⁵

Door beheer in strijd met de geldende voorschriften was het grondwater onder een door de gemeentelijke overheid geëxploiteerde stortplaats vervuild met een groot aantal chemicaliën. Via dit grondwater raakten de drinkwaterputten van omwonenden vergiftigd. In totaal 339 omwonenden vorderden schadevergoeding van de gemeente, onder meer voor het (verhoogde) risico op het ontstaan van kanker, lever- en nierziekten, voor in verband met die risico's noodzakelijk geachte *medical surveillance*, voor *emotional distress*, en voor het ongemak gedurende een periode van 20 maanden waarin drinkwater werd aangevoerd in containers. Naar werd aangenomen waren de betreffende gezondheidsrisico's serieus, maar de benadeelden waren niet in staat om de omvang ervan nader te kwantificeren.

De vordering tot schadevergoeding wegens *emotional distress* werd afgewezen, maar enkel vanwege de toepasselijkheid van de *New Jersey Tort Claims Act*, een wet die betrekking heeft op de buitencontractuele aansprakelijkheid van overheidsinstellingen. Wel werd 5,4 miljoen dollar toegekend voor het ongemak gedurende de periode zonder stromend water. De beperkende strekking van de *Tort Claims Act* gaf eveneens de doorslag bij de aarzelende afwijzing van de vordering inzake de verhoogde gezondheidsrisico's.²³⁶ Voor de kosten van periodiek medisch onderzoek werd 8,2 miljoen dollar schadevergoeding toegekend.

De laatste jaren wordt in toenemende mate schadevergoeding toegekend voor in verband met gezondheidsrisico's ondervonden *emotional distress*.²³⁷ Een voorbeeld uit vele is *Herber v. Johns-*

233 Zie de literatuur in noot 237.

234 Zie G.W.C. McCarter, *Medical Sue-Veillance: A History and Critique of the Medical Monitoring Remedy in Toxic Tort Litigation*, 45 Rutgers L.Rev. (1993) blz. 227 e.v.

235 106 N.J. 557, 525 A.2d 287, 76 A.L.R. 4th 571 (1987).

236 Zie ook de *separate opinion* van Justice Handler, die meende dat voor deze schadepost wél een vergoeding moest worden toegewezen (76 A.L.R.4th 571 blz. 619 e.v.).

237 Zie de overzichten bij G.G. Sarno, *Infliction of Emotional Distress: Toxic Exposure*, 6 A.L.R. 5th 162 (1991); D.C. Minneman, 50 A.L.R.4th 13 § 3-41; G.G. Sarno, 73 A.L.R.4th 582 § 37; W.B. Johnson, 76 A.L.R.4th 629 § 12. Kritisch over deze ontwikkeling: T.M. Dworking, *Fear of Disease and Delayed Manifestation Injuries: A Solution or A Pandora's Box?*, 53 Fordham L.Rev. (1984) blz. 527 e.v.

Manville Corporation,²³⁸ een procedure van een werknemer tegen een aantal fabrikanten en leveranciers van asbesthoudende producten. Bij de benadeelde was vergelijkbaar littekenweefsel op het longmembraan vastgesteld (hier omschreven als "*pleural thickening*") als in de Engelse uitspraken *Church, Sykes*, en *Patterson*.²³⁹ De vordering tot schadevergoeding voor het risico op het ontstaan van kanker werd afgewezen, maar voor de daarmee samenhangende *emotional distress* werd wél vergoeding toegekend, alsmede voor de kosten van periodiek medisch onderzoek.²⁴⁰

Wat de minimale grootte van een verloren kans betreft, in de literatuur zijn bezwaren aangevoerd tegen vergoeding voor het verlies van "*de minimis*" kansen.²⁴¹ De rechtspraak vereist dat een kans "*substantial*" of "*appreciable*" is om voor vergoeding in aanmerking te komen.²⁴² Wannéer een kans groot genoeg is om *substantial* te zijn wordt gezien "*on a case by case basis*", besloot het *Supreme Court of Nevada*.²⁴³ Er zijn in elk geval grenzen, overwoog het gerecht, en de twijfel begint al bij een kans van 10%. In *Delaney v. Cade*²⁴⁴ boog het *Kansas District Court* zich over de vraag wanneer een kans groot genoeg is om *appreciable* te zijn.²⁴⁵ Een genezingskans die op 5% werd geschat was in elk geval te klein, en de vordering werd afgewezen. En in *Waffen v. United States*²⁴⁶ werd schadevergoeding afgewezen voor een niet nader gekwantificeerde genezingskans die *de minimis* werd geoordeeld.

Een ruimere opvatting leek de rechter te zijn toegedaan in *James v. United States*:²⁴⁷

238 783 F.2d 79 (3rd Cir. 1986).

239 Zie de tekst bij noot 168 op blz. 144.

240 Voor een overzicht van uitspraken over het risico van kanker door de blootstelling aan asbest, zie D.C. Minneman, 50 A.L.R. 4th 13 § 91.

241 Gold, 96 Yale L.J. (1986) blz. 401 noot 124; B.C. Boggs, 16 S.Ill.U.L.J. (1992) blz. 438.

242 Zie D.L. Keith, 44 Baylor L.Rev. (1992) blz. 792-795.

243 *Perez v. Las Vegas Medical Center*, 805 P.2d 589 (Nev. 1991) (op blz. 529).

244 756 F.Supp. 1476, *affirmed* 758 F.Supp. 1437 (D.Kan. 1991).

245 756 F.Supp. op blz. 1484.

246 799 F.2d 911 (4th Cir. 1986).

247 483 F.Supp. 581 (N.D.Cal.1980). Zie de tekst bij noot 220 op blz. 154.

"No matter how small that chance may have been — and its magnitude cannot be ascertained — no one can say that the chance of prolonging one's life or decreasing suffering is valueless."²⁴⁸

In casu kon de omvang van de verloren genezingskans niet worden vastgesteld. Dat stond echter niet aan schadevergoeding in de weg, zo oordeelde het gerecht.

Bij de belasting met een duurzaam risico kan het vaststaan van een vergoedingsplicht met betrekking tot *andere* schadeposten relevant zijn. In *Schwegel v. Goldberg*²⁴⁹ had een vierjarig kind ernstig hoofdletsel opgelopen. Het gerecht kende schadevergoeding toe voor het risico op het optreden van epilepsie, ondanks dat de kans daarop werd geschat op slechts 5%. Dit mede omdat in elk geval met betrekking tot het actuele letsel geen sprake was "*speculation or guessing*", aldus het gerecht.²⁵⁰

Wat de maximale grootte van een verloren kans betreft, in de alles-of-niets-benadering is, volgens de *more likely than not*-standaard, een waarschijnlijkheid van 51% voldoende voor integrale schadeloosstelling. Maar in het kader van *loss of a chance* wordt deze standaard niet gehanteerd. Een voorbeeld is *Denton v. United States*²⁵¹ waar een schadevergoeding werd toegekend voor het verlies van een overlevingskans van 80%.²⁵² Ook in de literatuur wordt een integrale schadevergoeding afgewezen bij waarschijnlijkheden boven 51%.²⁵³ Volgens King is zelfs bij een waarschijnlijkheid van 95% een proportionele schadevergoeding op zijn plaats, omdat anders sprake zou zijn van overcompensatie.²⁵⁴

248 483 F.Supp. op blz. 587.

249 209 Pa.Super. 280, 228 A.2d 405 (1967).

250 Zie voorts *Murphy v. City of Waterloo*, 123 N.W. 2d 49 (1963) (3% à 5% kans op epilepsie).

251 1990 W.L. 98335, 1990 U.S. Dist. Lexis 8727 (D.Kan.1990).

252 Zie voorts *Boody v. United States*, 706 F.Supp. 1458 (D.Kan. 1989) (verlies van een overlevingskans van 51%).

253 J.H. King, 90 Yale L.J. (1981) blz. 1387; S.F. Brennwald, 34 Cath.U.L.Rev. (1985) blz. 787; K.J. Willging, *Falcon v. Memorial Hospital: A Rational Approach to Loss-of-Chance Tort Actions*, 9 J.Contemp.Health L.& Policy (1993) blz. 545 e.v. (op blz. 555).

254 J.H. King, 90 Yale L.J. (1981) blz. 1387.

3.3.6 Canada

Ook in Canada kreeg de Engelse uitspraak in *Chaplin v. Hicks*, navolging, voornamelijk in het contractenrecht.²⁵⁵ Een enkele keer werd het kansleerstuk ook toegepast bij medische fouten.²⁵⁶ In *Lawson v. Laferrière*²⁵⁷ deed het *Supreme Court of Canada* echter een principe-uitspraak waarin de toepassing van *loss of a chance* op dit terrein werd afgewezen. Het ging daarbij om het recht van de Franstalige provincie Québec:

Een specialist op het gebied van borstkanker verzuimde een patiënte ervan op de hoogte te stellen dat het bij haar operatief verwijderde stukje weefsel kwaadaardig was. Ook werd zij niet geadviseerd over de aangewezen post-operatieve behandeling. Pas na klachten vier jaar later werd de kanker herontdekt. De toen toegepaste behandeling, waaronder hernieuwd operatief ingrijpen en chemotherapie, kon de patiënte niet meer baten. Na haar overlijden werd de procedure tegen de specialist voortgezet door haar *testamentary executor*.

Onder toepassing van de doctrine van *la perte d'une chance* kende het *Cour d'Appel* van Québec een schadevergoeding toe van 50.000 dollar. Het *Supreme Court* verwierp deze beslissing, maar kende 7.500 dollar vergoeding toe voor het verlies van "*a better quality of life*" gedurende haar ziekte, en 10.000 dollar voor "*psychological suffering*". In de rechtsvergelijkende motivering wordt aangeknoopt bij de kritiek in de Franse literatuur op de toepassing van het kansleerstuk bij medische fouten (zie § 3.3.2). Met name zou deze toepassing, anders dan in de "klassieke" gevallen, onverenigbaar zijn met het vereiste van causaal verband.²⁵⁸

Ook in Canada levert de mogelijkheid van schadevergoeding voor

255 Zie K. Cooper, *Assessing Possibilities in Damage Awards — The Loss of a Chance or the Chance of a Loss*, 37 Sask.L.Rev. (1973) blz. 193 e.v. (op blz. 226-231).

256 Zo in *Seyfert v. Burnaby Hospital Society*, (1986) 27 D.L.R. (4th) 96 (in deze beslissing verwijst het *British Columbia Supreme Court* ondermeer naar het vonnis van het Engelse *High Court* in *Hotson*. De uitspraak van het *House of Lords* was toen nog niet gewezen); *Lapointe v. Hôpital Le Gardeur*, [1989] R.J.Q.2619, 2 C.C.L.T. (2d) 97, 25 Q.A.C. 33 (*Cour d'Appel de Québec*); *Zuk v. Mihaly*, [1989] R.R.A. 737 (*Cour Supérieure de Québec*).

257 (1991) 78 D.L.R. (4th) 609.

258 Voor een weerlegging van deze kritiek zie § 3.4.12. e.v.

de belasting met een duurzaam risico een divers beeld op.²⁵⁹ Interessant vanwege de creatieve vorm van schadevergoeding die werd toegekend is *Wilson v. Rowsell*,²⁶⁰ een uitspraak over de belasting met een risico door de fout van een *solicitor*:

De benadeelde had gedaagde opdracht gegeven de juridische aspecten te regelen van een door hem te verstrekken lening van 50.000 dollar. De lener zou een drietal zekerheden verschaffen, waaronder de zekerheidsopdracht van zijn recht op een aandeel van 50% in het vermogen van zijn overleden vader, welk aandeel de lener eerst zou verkrijgen na het overlijden van zijn moeder. Dat vermogen werd geschat op 300.000 dollar. Door een fout van de gedaagde was de benadeelde er niet van op de hoogte dat het recht van de lener ook in een tweede opzicht voorwaardelijk was: de lener zou zijn aandeel slechts verkrijgen indien hij zijn moeder zou overleven. De lener bleef in gebreke met de terugbetaling en ging failliet. De benadeelde kon door middel van zijn eerste twee zekerheden 15.000 dollar uitwinnen. Voor het overige sprak hij de gedaagde aan.

Door de fout van de gedaagde zag de benadeelde zich dus onverwacht geconfronteerd met het risico dat zijn derde en meest belangrijke zekerheid waardeloos zou blijken. Het intreden van de definitieve schade was echter afhankelijk van een volstrekt onzekere gebeurtenis.²⁶¹ Desondanks had de benadeelde recht op schadevergoeding, zo meende het *Supreme Court*. Maar hoe deze te begroten? Hiervoor kwam het gerecht met de volgende oplossing. Het veroordeelde de gedaagde om de betreffende geldlening over te nemen, inclusief de gebrekkige zekerheid. Per saldo werd het risico zo verplaatst van de benadeelde naar de gedaagde.

3.3.7 Duitsland

In Duitsland komt het verlies van een kans hooguit voor vergoeding in aanmerking in de context van gedeerde toekomstige inkomsten. Voor het overige geldt het alles-of-niets.²⁶² Over *entgangener Gewinn*

259 Zie K. Cooper, 37 Sask.L.Rev. (1973) blz. 231-249; D. Gerecke, *Risk Exposure as Injury*, 35 McGill L.J. (1990) blz. 797 e.v.

260 (1970) 11 D.L.R. 3d 737.

261 I.c. het overlijden van de lener vóórdat deze het aandeel daadwerkelijk had geërfd.

262 Zie W. Müller-Stoy, *Schadenersatz für verlorene Chancen* (diss. Freiburg im Breisgau, 1973); RGRK-Steffen § 823 Rnr. 531; P. Gottwald, *Schadenzurechnung und Schadensschätzung* (1979) blz. 118-119; B.M. Maassen, *Beweismaßprobleme im Schadenersatzprozeß* (1975) blz. 165-171; H. Stoll, *Kausalzusammenhang und*

3 Het verlies van een kans

bepaalt § 252 BGB dat de inkomsten²⁶³ die "*mit Wahrscheinlichkeit*" konden worden verwacht voor vergoeding in aanmerking komen.²⁶⁴ Niettemin zou ook het verlies van loutere *Gewinnchancen* kunnen worden vergoed wanneer zij naar verkeersopvatting reeds een actuele vermogenswaarde hadden.²⁶⁵ Dat is het geval indien zij:

"soweit konkretisiert und individualisiert waren, daß der Verkehr sie als Träger eines wirtschaftlichen Werts betrachtet"²⁶⁶

Ondubbelzinnige rechtspraak hierover is schaars. Duidelijk is in elk geval dat aan de bedoelde voorwaarde niet snel wordt voldaan. In een met *Chaplin v. Hicks* vergelijkbare casus werd vergoeding voor het verlies van een kans om een prijs te winnen door het *Bundesgerichtshof* uitdrukkelijk afgewezen:²⁶⁷

Een gemeente had een prijsvraag uitgeschreven voor het ontwerp van een *Kurhaus* met hotel. Er was een aantal prijzen uitgelooft, en de winnaar zou bovendien de opdracht krijgen voor de daadwerkelijke bouw. De benadeelde diende, net als 42 andere architecten, een plan in. Door een administratieve fout werd hij ten onrechte van mededinging uitgesloten.

Normzweck im Deliktsrecht (1968) blz. 41. Uiteraard worden bij de kapitalisatie van toekomstige inkomensschade diverse kansen verdisconteerd, zoals sterfte- en hertrouwkansen. Zie de kapitalisatietabellen in Geigel-Schlegelmilch, *Haftpflichtprozeß* (1990) Anhang I (blz. 1339-13470). Bij de aansprakelijkheid voor letsel en overlijden is overigens hoofdregel dat een periodieke uitkering wordt vastgesteld. Zie § 843 BGB. Voor een geval van immateriële schadevergoeding in verband met het verlies van de kans op het krijgen van een kind zie BGH 9 nov. 1993, NJW 1994, 127 (waarover nader in noot 341 op blz. 180).

263 Onder "*entgangener Gewinn*" worden in deze context alle toekomstige inkomsten verstaan, dus niet alleen "winst" maar ook de toekomstige inkomensschade bij letsel en overlijden. Zie Soergel-Mertens § 252 Rnr. 1.

264 § 252 BGB luidt: "Der zu ersetzende Schaden umfaßt auch den entgangenen Gewinn. Als entgangen gilt der Gewinn, welcher nach dem gewöhnlichen Laufe der Dinge oder nach den besonderen Umständen, insbesondere nach den getroffenen Anstalten und Vorkehrungen, mit Wahrscheinlichkeit erwartet werden konnte".

265 Zie RGRK-Steffen § 823 Rnr. 441; Soergel-Mertens § 249 Rnr. 67. Vgl. H. Lange, *Schadensersatz* (1990), blz. 59-60. Anders: P. Hanau, *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit* (1971) blz. 131; H. Stoll, *Kausalzusammenhang* (zie noot 262) blz. 40.

266 RGRK-Steffen § 823 Rnr. 441.

267 BGH 23 sept. 1982, NJW 1983, 442. Voor kritiek op deze uitspraak zie H. Stoll, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht* (1993) blz. 42.

Het *Oberlandesgericht* oordeelde dat de benadeelde architect recht had op vergoeding van de waarde die de deelname aan de competitie voor hem had. Die waarde was met name gelegen in de kans om een prijs te winnen en de vervolgo opdracht te verwerven, en in de gunstige publiciteit die deelname met zich mee kon brengen. Het OLG begrootte dit gederfde voordeel op 2/3 van de door de architect gemaakte onkosten. Dit oordeel hield bij het BGH geen stand. De waarde van de deelname aan de prijsvraag kwam niet als zodanig voor vergoeding in aanmerking, aldus het BGH, want met betrekking tot deze schade was niet aan de voorwaarden van § 252 BGB voldaan. De benadeelde had alléén recht op schadevergoeding wanneer hij "*mit Wahrscheinlichkeit*" (in de zin van § 252 BGB) een prijs zou hebben gewonnen. Na verwijzing moest de rechter nagaan wat de uitkomst van de prijsvraag zou zijn geweest wanneer de benadeelde niet van deelname was uitgesloten. Dat betekende weliswaar dat de prijsvraag als het ware moest worden "overgedaan", maar — anders dan bijvoorbeeld bij een zang- of muziekwedstrijd — zou het voor een deskundige niet onmogelijk zijn om te beoordelen wat de jury zou hebben besloten wanneer de benadeelde wél had kunnen meedingen.²⁶⁸

Bij onzeker causaal verband blijft de benadeelde in beginsel met lege handen staan, behalve in bepaalde gevallen waarbij de bewijslast wordt verlicht of omgekeerd.²⁶⁹ Dat gebeurt onder meer bij medische fouten wanneer een arts een "*grobe*" of "*schwere*" *Behandlungsfehler* beging, die "*geeignet*" was om het bij de patiënt ingetreden gevolg te

268 "Auch das Bedenken, daß hier im Wege einer hypothetischen Inzidentprüfung gewissermaßen ein neues Preisausschreiben durchgeführt würde, greift nicht durch. Die Frage der Preiswürdigkeit der Arbeit des Kl. im Vergleich zu den anderen Entwürfen ist der Beantwortung durch einen Sachverständigen anhand sachbezogener Kriterien zugänglich; es geht nicht — wie etwa bei einem Gesangs- oder Instrumentalwettbewerb — um eine nicht mehr unter denselben Voraussetzungen nachvollziehbare Bewertung." (NJW 1983, 442 blz. 444 l.k.).

269 Zie Soergel-Wiedemann Vor § 275 Rnr. 397-417; RGRK-Steffen § 823 Rnr. 524-531.

doen ontstaan.²⁷⁰ Van een *grobe Behandlungsfehler* is sprake bij een medische behandeling die:

"aus objektiver ärztlicher Sicht [...] nicht mehr verständlich und verantwortbar erscheint, weil ein solcher Fehler dem behandelnden Arzt aus dieser Sicht "schlechterdings nicht unterlaufen darf"²⁷¹

Niet voldoende is een falen:

"wie es einem hinreichend befähigten und allgemein verantwortungsbewußten Arzt zwar zum Verschulden gereicht, aber doch "passieren kann".²⁷²

Verlichting of omkering van de bewijslast is slechts dan geboden wanneer juist dat risico zich heeft gerealiseerd, met het oog waarop de medische fout als "*grob*" moet worden aangemerkt. De omkeer van de bewijslast is in beginsel beperkt tot de directe lichamelijke schade; het causaal verband tussen deze *Primärschaden* en gevolgschades zoals vermogensschade en verder letsel, moet volgens de gewone regels worden bewezen.²⁷³

Het vereiste dat de grove medische fout "*geeignet*" was om de ingetreden schade te veroorzaken betekent niet dat deze veroorzaking waarschijnlijk moet zijn, maar slechts dat deze redelijkerwijs mogelijk moet zijn.²⁷⁴ Bij de beslissing of een omkering van de bewijslast op

270 Zie RGRK-Nußgens § 823 Anhang II (Arzthaftungsrecht) Rnr. 296 e.v.; Mükö-Mertens § 823 Rnr. 415 e.v.; Soergel-Wiedeman Vor § 275 Rnr. 405-414; Soergel-Zeuner § 823 Rnr. 281; D. Franzki, *Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß* (1982) blz. 56 e.v.; J. Sick, *Beweisrecht im Arzthaftungspflichtprozeß* (1986) blz. 48 e.v.; E. Steffen, *Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht* (1992) blz. 153 e.v.; K. Geiß, *Arzthaftungspflichtrecht* (1989) blz. 79 e.v.; A. Laufs, *Arztrecht* (1988) Rnr. 427 e.v.

271 BGH 10 mei 1983, NJW 1983, 2080 (op blz. 2081 r.k.).

272 BGH 10 mei 1983, NJW 1983, 2080 (op blz. 2081 r.k.). Zie voorts D. Franzki, a.w. (zie noot 270) blz. 63-65; Sick, a.w. (zie noot 270) blz. 50 e.v.; E. Steffen, a.w. (zie noot 270) blz. 153-160; K. Geiß, a.w. (zie noot 270) blz. 79-86; RGRK-Nußgens § 823 Anhang II (Arzthaftungsrecht) Rnr. 178 en 298; Soergel-Wiedeman Vor § 275 Rnr. 408.

273 Zie J. Sick, a.w. (zie noot 270) blz. 68-73.

274 BGH 21 sept. 1982, BGHZ 85, 212 = NJW 1983, 333 m. Anm. Matthies. Zie voorts J. Sick, a.w. (zie noot 270) blz. 62 e.v.; E. Steffen, a.w. (zie noot 270) blz. 154; RGRK-Nußgens § 823 Anhang II (Arzthaftungsrecht) Rnr. 300. Kritisch hierover: E. Deutsch, *Der grobe Behandlungsfehler: Dogmatik und Rechtsfolgen*,

zijn plaats is komt de veroorzakingswaarschijnlijkheid slechts een beperkte rol toe. Volgens de rechtspraak van het *Bundesgerichtshof* zou de rechtvaardiging voor bewijslastverlichting of -omkeer met name zijn gelegen in de omstandigheid dat de arts door zijn grove fout de opheldering over de daadwerkelijke loop der gebeurtenissen heeft bemoeilijkt of verhinderd.²⁷⁵ De door de fout veroorzaakte onzekerheid over het causaal verband is echter geringer naar mate de veroorzaking van de schade door de medische fout onwaarschijnlijker is, zo overwoog het BGH:

"Je unwahrscheinlicher ein solcher ursächlicher Zusammenhang ist [...] desto geringer wirken sich im Ergebnis auch die durch den Behandlungsfehler verursachten Aufklärungserschwernisse aus; ihr Gewicht verringert sich also gleichsam mit der wachsenden Unwahrscheinlichkeit eines Kausalzusammenhangs."²⁷⁶

De mate van bewijslastverlichting in het concrete geval behoort daarom mede afhankelijk te zijn van de mate waarin de onzekerheid over de daadwerkelijke oorzaak van de ingetreden schade door een geringe veroorzakingswaarschijnlijkheid wordt geneutraliseerd.²⁷⁷

Het principe van "*Beweiserleichterungen bis zur Beweislastumkehr*" geldt ook voor andere beroepen die met leven en gezondheid te maken hebben. In de medische sfeer wordt het principe eveneens gehanteerd wanneer de onzekerheid over de werkelijke oorzaak van een ingetreden gezondheidsschade mede wordt veroorzaakt doordat de arts heeft nagelaten diagnose- en controlegegevens te verzamelen terwijl dat wel geboden was;²⁷⁸ wanneer de bedoelde onzekerheid mede wordt veroorzaakt door een ernstige schending van de medische documentatieplicht;²⁷⁹ en wanneer een patiënt schade oploopt bij een operatie

VersR 1988 blz. 1 e.v. (op blz. 3 r.k.); P. Hanau, a.w. (zie noot 265) blz. 134.

275 BGH 21 sept. 1982, BGHZ 85, 212 = NJW 1983, 333 m. Anm. Matthies. Vaak wordt deze rechtvaardiging meer algemeen gezocht in de billijkheid. Voor een overzicht zie D. Franzki, a.w. (zie noot 270) blz. 61-63 (rechtspraak) en 75-93 (doctrine); J. Sick, a.w. (zie noot 270) blz. 74 e.v.

276 BGH 28 juni 1988, NJW 1988, 2949 (op blz. 250 r.k.).

277 Ibid, blz. 2950-2951.

278 BGH 21 sept. 1982, BGHZ 85, 212 = NJW 1983, 333 m. Anm. Matthies. Zie voorts E. Steffen, a.w. (zie noot 270) blz. 161-162; K. Geiß, a.w. (zie noot 270) blz. 77-79; A. Laufs, a.w. (zie noot 270) Rnr. 432; Soergel-Zeuner § 823 Rnr. 282; RGRK-Nußgens § 823 Anhang II (Arzthaftungsrecht) Rnr. 318.

279 Zie E. Steffen, a.w. (zie noot 270) blz. 163-164; K. Geiß, a.w. (zie noot 270) blz. 75-77; A. Laufs, a.w. (zie noot 270) Rnr. 431; Soergel-Zeuner § 823 Rnr. 283.

die is uitgevoerd door een onvoldoende gekwalificeerde *Assistenzarzt*.²⁸⁰

In de literatuur bestaat voor het leerstuk de nodige bijval. Kritiek is er echter ook,²⁸¹ onder meer wat betreft de door het BGH aangevoerde grondslag. Matthies wijst erop dat de geschonden zorgvuldigheidsplicht van de arts in de eerste plaats betrekking heeft op een adequate medische behandeling van de patiënt, en niet per definitie tevens op de ophelderbaarheid van de causale gang van zaken.²⁸² Van dat laatste kan alleen sprake zijn bij het onvoldoende verzamelen van diagnose- en controlegegevens, en bij een schending van de documentatieplicht.²⁸³ Buiten deze bijzondere gevallen kan de veronderstelde verantwoordelijkheid voor de onophelderbaarheid van het causaal verband niet werkelijk de grondslag vormen voor een omkering van de bewijslast. Zou dat wel zo zijn, dan zou men bij onzeker causaal verband de bewijslast *altijd* kunnen omkeren:

"sobald nach irgendeiner pflichtwidrigen Handlung eine hinsichtlich der Kausalität beweislose Situation vorgefunden wird, beruht jene auf eben diesem Pflichtverstoß. Eine solch allgemeine Beweislastumkehr wird jedoch von niemandem gefordert."²⁸⁴

De bedoelde grondslag biedt evenmin een bevredigende verklaring waarom de patiënt met lege handen moet blijven staan wanneer de onophelderbaarheid het gevolg is van een niet-grove fout.²⁸⁵ Ook wordt wel bezwaar gemaakt tegen het vereiste van een grove fout omdat daarmee een poenaal element in het schadevergoedingsrecht wordt gebracht, hetgeen *systemfremd* zou zijn.²⁸⁶ Tenslotte wordt

280 Zie E. Steffen, a.w. (zie noot 270) blz. 162; A. Laufs, a.w. (zie noot 270) Rnr. 436.

281 Zie D. Franzki, a.w. (zie noot 270) blz. 70-75; J. Sick, a.w. (zie noot 270) blz. 106-108; P. Hanau, a.w. (zie noot 265) blz. 132-135; K.-H. Matthies, *Schiedsinstanzen im Bereich der Arzthaftung: Soll und Haben* (1984) blz. 66-73; E. Deutsch, VersR 1988 blz. 3-4.

282 K.-H. Matthies, *Anmerkung* bij BGH 21 sept. 1982, NJW 1983, 333 (op blz. 335 r.k.).

283 T.a.p. blz. 336 r.k.

284 K.-H. Matthies, a.w. (zie noot 281) blz. 68.

285 K.-H. Matthies, a.w. (zie noot 281) blz. 67-68.

286 In deze zin H. Lange, *Schadensersatz* (1990), blz. 163-164; K.-H. Matthies, a.w. (zie noot 281) blz. 70; J. Sick, a.w. (zie noot 270) blz. 106-108; P. Hanau, a.w. (zie noot 265) blz. 133.

erop gewezen dat de grens tussen een grove en een niet-grove fout in de praktijk moeilijk is te vatten,²⁸⁷ terwijl aan de hand daarvan het onderscheid moet worden gemaakt tussen alles en niets.

Door enkele schrijvers wordt gepleit voor een proportionele benadering.²⁸⁸ Een constante pleitbezorger voor de aanvaarding van het verlies van een kans bij medische fouten is Deutsch.²⁸⁹ Hij wijst onder meer op de Franse en Engelse²⁹⁰ rechtspraak, en op de parallelen met de vergoeding van verloren winstkansen en de vermindering van de schadevergoedingsplicht bij "eigen schuld":

"Es ist an der Zeit, daß auch im deutschen Recht in Parallele zum entgangenen Gewinn und zur prozentualen Festsetzung beim Mitverschulden (§§ 252, 254) der Entgang einer Chance als Schaden anerkannt wird."²⁹¹

Stoll meent daarentegen dat een vergoeding voor verloren genezingskansen niet te verenigen valt met de dogmatische grondslag van het Duitse buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht, dat niet is gebaseerd op een algemene norm zoals de artikelen 1382 en 1383 van de Franse Code civil, maar vertrekt vanuit een catalogus van beschermde rechtsgoederen.²⁹² Een genezingskans kan niet worden aangemerkt als een zelfstandig rechtsgoed, aldus Stoll, reden waarom hij voor het Duitse recht de grondslag voor een proportionele oplossing wil zoeken in een vorm van voordeelsverrekening.²⁹³

Wat de belasting met een duurzaam risico betreft, volgens het BGH

287 In deze zin A. Laufs, a.w. (zie noot 270) Rnr. 422; K.-H. Matthies, a.w. (zie noot 281) blz. 60; P. Hanau, a.w. (zie noot 265) blz. 133.

288 Zo ondermeer door K.-H. Matthies a.w (zie noot 281) blz. 95-111; E. Deutsch (zie de verwijzingen in noot 289). Evenzo (in een ruimere context) B.M. Maassen, a.w. (zie noot 262) blz. 168-171; H. Stoll, *Haftungsfolgen* (zie noot 267) blz. 42.

289 Zie o.a. *Gefahr, Gefährdung, Gefahrerhöhung*, Festschrift für Karl Larenz (1973) blz. 885 e.v. (op blz. 902); *Rechtswidrigkeitszusammenhang, gefahrerhöhung und Sorgfaltsausgleichung bei der Arzthaftung*, Festschrift für Ernst von Caemmerer (1978) blz. 329 e.v. (op blz. 335); *Unerlaubte Handlungen und Schadenersatz* (1987) Rnr. 410; VersR 1988 blz. 4.

290 *Unerlaubte Handlungen und Schadenersatz* (1987) Rnr. 410. Deutsch verwijst naar de beslissing in eerste aanleg in *Hotson*. De beslissing van het *House of Lords* was op dat moment nog niet geweest.

291 *Unerlaubte Handlungen und Schadenersatz* (1987) Rnr. 410.

292 H. Stoll, *Schadenersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht*, in: Festschrift Steffen (1995) blz. 465 e.v. (op blz. 475).

293 *Ibid.*, blz. 477-478.

kan ook "*eine starke Vermögensgefährdung*" een vergoedbare schade vormen.²⁹⁴ Steffen meent dat het actuele risico op een toekomstige schade voor vergoeding in aanmerking komt:

"wenn die Aussicht auf die negative Entwicklung schon als gegenwärtige konkrete Vermögensbelastung anzusehen ist".²⁹⁵

Daarvan kan vooral sprake zijn bij risico's waarvoor een verzekering kan worden afgesloten:

"In Betracht kommen vor allem Fälle, in denen der Markt Sicherungen vor solchen Risiken bereithält, die ein vernünftiger Mensch in der Lage des Geschädigten wahrzunehmen bereit ist."²⁹⁶

3.4 Evaluatie van het principe van het verlies van een kans

3.4.1 Inleiding

Uit het rechtsvergelijkend overzicht blijkt dat het principe van het verlies van een kans in bijna alle besproken landen wordt aanvaard. In het toepassingsgebied van het principe bestaat echter veel verschil. Ook de discussies gaan daarover. Met name de toepassing bij medische fouten is omstreden. Het is des te opmerkelijker dat in de Verenigde Staten het kansleerstuk juist op dit terrein in een stroomversnelling is geraakt.

Een veel gebezigd argument tegen ruime toepassing is dat zij op gespannen voet zou staan met het vereiste van causaal verband.²⁹⁷ Het kansleerstuk zou kunnen ontaarden in een naar believen toe te passen truc waarmee eventuele onzekerheid over het causaal verband kan worden omzeild:

294 BGH 6 nov. 1973, BGHZ 61, 325 (op blz. 329).

295 RGRK-Steffen § 823 Rnr. 441.

296 RGRK-Steffen § 823 Rnr. 441.

297 Dit bezwaar wordt ondermeer geopperd in een deel van de Franse literatuur (zie noot 74), in *Lawson v. Laferrrière* (1991) 78 D.L.R. 609 en in *Hotson v. East Berkshire Health Authority* [1987] A.C. 750; [1987] 3 W.L.R. 232; [1987] 2 All E.R. 909. Zie voorts M.E. Storme in VR 1990 blz. 230 r.k.; F.C. Woodside e.a., 59 Def.Couns.J. (1992) blz. 42 e.v.

"La notion de perte d'une chance ne doit pas être utilisée comme une baguette magique qui permet d'éluder en toute hypothèse le caractère certain du lien causal"²⁹⁸

Anderzijds worden in de meest uiteenlopende toonaarden bezwaren aangevoerd tegen de alles-of-niets-benadering. Die zou irrationeel²⁹⁹ en arbitrair³⁰⁰ zijn, tot onbillijke resultaten leiden,³⁰¹ en zelfs tot "*radical injustice*".³⁰² Ook wordt aangevoerd dat, zolang wordt vastgehouden aan het alles-of-niets, in de rechtspraak de neiging bestaat om de algemene regels van causaal verband oneigenlijk te interpreteren en te verstoren ter vermijding van onbillijkheden.³⁰³

Inherent aan de alles-of-niets benadering is het bestaan van een omslagpunt tussen "alles" en "niets". Zoals aangestipt in § 2.6.5 roept dat de vraag op bij welke graad van waarschijnlijkheid deze grens moet worden getrokken. Met name de Amerikaanse jurisprudentie lijkt te bevestigen dat deze vraag zich vroeg of laat ook daadwerkelijk zal opwerpen wanneer men de benadeelde niet bij iedere twijfel over het causaal verband met lege handen wil laten staan, maar toch vasthoudt aan het alles-of-niets. Dit vanwege het verschijnsel dat, zodra de rechtspraak zich bereid heeft getoond om genoeg te nemen met een verminderde zekerheid over het bestaan van causaal verband, benadeelden het met steeds lagere waarschijnlijkheden gaan proberen. Zoals in *Herskovits v. Group Health Cooperative* waar het ging om een statistische veroorzakingswaarschijnlijkheid van 14%.³⁰⁴

Door dit "*Herskovits*-effect" zal de rechter — in elk geval op een terrein met waarschijnlijkheden die in toenemende mate kwantificeerbaar zijn, zoals op het terrein van de gezondheidsschade³⁰⁵ — vroeg

298 A. Dorsner-Dolivert, D 1984 blz. 307 l.k.

299 B.C. Legum, 18 Ga.L.Rev. (1984) blz. 569.

300 J.H. King, 90 Yale L.J. 1981 blz. 1376-1377; B. Carson, 60 Wash.L.Rev. (1985) blz. 639; J.D. Wolf, 26 Santa Clara L.Rev. (1986) blz. 445.

301 T. Vansweevelt, a.w. (zie noot 33) blz. 379; H.R. Feldman, 17 Baltimore L.Rev. (1987) blz. 143; J. Makdisi, 67 N.C.L.Rev. (1989) blz. 1065.

302 J. Makdisi, 67 N.C.L.Rev. (1989) blz. 1065.

303 S.F. Brennwald, 34 Cath.U.L.Rev. (1985) blz. 774-777; J.H. King, 90 Yale L.J. (1981) blz. 1377-1378, waarmee instemt *Justice Pearson* in *Herskovits*, 664 P.2d op blz. 487 l.k.; K.J. Willging, 9 J.Contemp.Health L.& Policy (1993) blz. 553; L.N. Green, 34 Trauma (1993) No. 6 blz. 54 r.k.

304 Zie de tekst bij noot 194 op blz. 150.

305 Vgl. *Prosser and Keeton on Torts* (1984) § 41 blz. 272. Het belang van deze ontwikkeling is eens te meer duidelijk als men bedenkt dat het terrein van de gezondheidsschade zich reeds nu heeft bewezen als het terrein bij uitstek van de causaliteitsonzekerheid.

of laat kleur moeten bekennen: òf hij moet alsnog ophouden met het volle pond toe te kennen en een proportionele vergoedingsplicht aannemen, zoals uiteindelijk in verschillende Amerikaanse deelstaten ook is gebeurd; òf hij moet de heikele vraag naar het omslagpunt tussen alles en niets beantwoorden. Dit is niet wezenlijk anders wanneer men vasthoudt aan het alles-of-niets door omkering van de bewijslast, zoals in Duitsland bij grove medische fouten. Ook dan zal de rechter vroeg of laat de vraag onder ogen moeten zien wanneer een fout zo weinig "geëigend" kan worden geacht om de schade te veroorzaken, dat een integrale vergoedingsplicht niet langer aanvaardbaar is.³⁰⁶

Mede in verband met de toenemende beschikbaarheid van wetenschappelijke gegevens over kansen en risico's zou het aanwijzen van een tamelijk precieze waarschijnlijkheidsgrens wel eens onvermijdelijk kunnen blijken. Zoals uiteengezet in § 2.6.5 zou men als algemeen geldend omslagpunt nog het beste een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 50% kunnen aanwijzen. Maar waar men de grens ook wil trekken, altijd blijft het bezwaar dat één procent het verschil zou uitmaken tussen alles en niets. Dit is zoals gezegd het meest fundamentele bezwaar tegen de alles-of-niets-benadering, en het *Herskovits*-effect heeft tot gevolg dat de confrontatie ermee uiteindelijk onvermijdelijk is.

Een proportionele benadering zoals het leerstuk van het verlies van een kans vermijdt deze problemen. Dat is niet onbelangrijk. Maar voor de omvang waarin het principe van het verlies van een kans moet worden aanvaard, komt het naar mijn mening in de eerste plaats aan op de vraag in hoeverre dit principe — en met name het centrale concept van de "kansschade" — ook daadwerkelijk hout snijdt. In hoeverre gaat het om meer dan een verlegenheidsoplossing, om meer dan een "*baguette magique*" met behulp waarvan de onzekerheid over het causaal verband kan worden omzeild?

In het navolgende zal ik het principe van het verlies van een kans evalueren. Ik begin met een beschouwing over de financiële waarde van kansen (§ 3.4.2 t/m § 3.4.8) en de begroting daarvan (§ 3.4.9 t/m § 3.4.11). Vervolgens bespreek ik de belangrijkste bezwaren die tegen

³⁰⁶ Een vergelijkbare — maar niet precies dezelfde — vraag speelt bij de bewijslast-omkeer bij aansprakelijkheid ex art. 7:658 (1638x oud). Het probleem spitst zich dan toe op de vraag bij welke veroorzakingswaarschijnlijkheid nog sprake is van een "aanmerkelijke kansverhoging". Zie over deze materie § 6.2.8.

het kansleerstuk zijn aangevoerd (§ 3.4.12 t/m § 3.4.19) en een drietal gezichtspunten van meer rechtspolitieke aard (§ 3.4.20). Mijn conclusie zal luiden dat het principe van het verlies van een kans zonder onnodige terughoudendheid moet worden aanvaard (§ 3.4.21). Het concept van de "kansschade" snijdt wel degelijk hout, al doet deze benadering in het ene geval een iets groter beroep op het voorstellingsvermogen dan in het andere. Anders dan wel wordt verondersteld kan het kansleerstuk niet worden afgebakend van het leerstuk van causaal verband. Voor het overmatig uitdijen van het toepassingsgebied hoeft echter niet te worden gevreesd.

De relatie tot het leerstuk van bewijslastomkeer bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen betreft een breder onderwerp dan het verlies van een kans alleen en wordt door mij besproken in hoofdstuk 6. Zoals daar uitgewerkt sluiten bewijslastomkeer en kansleerstuk elkaar geenszins uit, mits men maar niet persé wil vasthouden aan het alles-of-niets.

3.4.2 De financiële waarde van kansen

De schade die op grond van een wettelijke verplichting tot schadevergoeding moet worden vergoed, bestaat uit vermogensschade en uit ander nadeel, zo leert artikel 6:95. Met "ander nadeel" wordt immateriële of niet-economische schade bedoeld, een schadesoort die naar Nederlands recht alleen voor vergoeding in aanmerking komt in de gevallen genoemd in artikel 6:106.

Voor de beantwoording van de vraag of het verlies van een kans een vergoedbare vermogensschade oplevert, is maatgevend of dat verlies een nadeel inhoudt in feitelijk-economische zin.³⁰⁷ Dat klinkt eenvoudiger dan het in werkelijkheid is.³⁰⁸ Het onderscheid tussen vermogensschade en niet-economische schade is niet altijd even duidelijk. In zekere zin kan vrijwel alles in geld worden vertaald. Het schadevergoedingsrecht kan daar niet zonder meer in volgen, alleen al niet omdat anders de verplichting tot schadevergoeding tot in het oneindige zou kunnen uitdijen. Daarom spelen onder andere maatschappelijke ontwikkelingen en opvattingen een belangrijke rol.³⁰⁹

307 Aldus het criterium geformuleerd in Mon. Nieuw BW B-34 (Bloembergen) nr. 27.

308 Voor een aantal grensgevallen zie J.M. Barendrecht en H.M. Storm, a.w. (zie noot 25) blz. 44-49.

309 Evenzo Mon. Nieuw BW B-34 (Bloembergen) nr. 27.

Bij het verlies van een kans gaat het om het verlies van een mogelijkheid, van een gelegenheid, van het uitzicht op een gunstige gang van zaken. Of aan een dergelijk verlies een zelfstandige economische waarde moet worden toegekend is in de eerste plaats afhankelijk van hetgeen waarop de kans betrekking had. Steeds wanneer een kans betrekking heeft op een of meer vermogensbestanddelen met een duidelijke financiële waarde — bijvoorbeeld de kans om de betreffende vermogensbestanddelen ongeschonden te behouden, te verkrijgen of te benutten — levert haar verlies in principe een feitelijk-economisch nadeel op dat is afgeleid van de waarde van de betreffende vermogensbestanddelen.³¹⁰ Ik werk dit hierna verder uit.

Hiermee is niet gezegd dat in alle andere gevallen géén financiële waarde aan kansen kan worden toegekend. Het verlies van de kans om een huwelijk aan te gaan bijvoorbeeld, heeft geen betrekking op een vermogensbestanddeel,³¹¹ maar kan voor de betrokkene een zeer substantieel nadeel betekenen. Het kan alleszins redelijk zijn om, zoals wel is gebeurd in Frankrijk³¹² en België,³¹³ voor het verlies van dergelijke kansen schadevergoeding toe te kennen. Maar ik meen dat het terrein van de vermogensschade dan toch echt is verlaten, en dat men de benadeelde compenseert voor immateriële schade.

3.4.3 *Kans overdraagbaar: verkeerswaarde*

Dat aan een kans in de regel een zelfstandige financiële waarde toekomt wanneer zij betrekking heeft op een vermogensbestanddeel, is het meest evident wanneer dat vermogensbestanddeel overdraagbaar is. Dit omdat de betreffende kans van invloed zal zijn op de waarde van het goed in het economische verkeer. Soms zegt men het misschien beter zo, dat de kans zelf overdraagbaar is, zoals bij opties op aandelen

310 Ik merk op dat vermogensbestanddelen ("goederen" in de zin van art. 3:1 BW) niet per definitie een financiële waarde bezitten. Zie Mon. Nieuw BW B-34 (Bloembergen) nr. 27.

311 Er is weliswaar een relatie denkbaar met bepaalde vermogensbestanddelen, zoals het eventuele vermogen van de beoogde huwelijkspartner of de inkomsten die hij of zij zou kunnen verwerven, maar het verband daarmee lijkt mij in principe te ver verwijderd om serieus te worden genomen. Wel kan het wellicht van invloed zijn op de hoogte van een vergoeding voor immateriële schade. Enigszins anders H. Stoll, *Int. Enc. Comp. L. XI Torts* (1972) ch. 8 s. 17 (op blz. 19).

312 Zie G. Viney, a.w. (zie noot 64) nr. 283.

313 Bijv. in Cass. 30 nov. 1981, R.W. 1982-83, 1688. Zie L. Schuermans e.a., *TPR* 1994 blz. 994 e.v.; T. Vansweevelt, a.w. (zie noot 33) blz. 384.

en valuta's, en bij zogenaamde *swaps*. Voor dit soort kansen bestaat zelfs een objectieve marktwaarde. Het klassieke voorbeeld van deze categorie kansen is een lot in een loterij.³¹⁴ Goede en kwade kansen die betrekking hebben op zaken zullen in de regel van invloed zijn op de verkeerswaarde van de betreffende zaak,³¹⁵ zoals bijvoorbeeld werd aangenomen in het arrest *Oranje Nassau Mijnen/van den Broek*.³¹⁶ Maar ook van allerlei niet-lichamelijke goederen met een kans-aspect staat vast dat hun waarde mede wordt bepaald door de grootte van de betreffende kans. Een alledaags voorbeeld zijn (bank)garanties, borgtochten en verzekeringen. In allerlei sectoren van de economie is het op geld waarderen van goede en kwade kansen met betrekking tot vermogensbestanddelen volstreekte routine.

De invloed van kansen op de verkeerswaarde van goederen kan aan het licht worden gebracht door gebruik te maken van de maatstaf van de fictieve koper. Deze maatstaf wordt bijvoorbeeld gehanteerd in het kader van de *Onteigeningswet*. Zo moet bij de waardering van een zonder de vereiste vergunning gebouwde opstal de invloed worden bepaald van de kans dat de Gemeente het gedogen van de opstal niet had voortgezet.³¹⁷ Als criterium hanteert de rechter dan hetgeen "*een redelijk handelend koper*" voor die opstal had willen betalen.³¹⁸ Ook bij de beoordeling van de mijnschade in *Oranje Nassau Mijnen/Van den Broek* ging het Hof uit van "*de overwegingen van kopers en*

314 Zie bijv. C.J.H. Brunner in zijn noot bij HR 23 okt. 1987, NJ 1988, 1017 (op blz. 3624 r.k.); Hofmann/Van Opstall (1976) blz. 176.

315 Zo F. Bydliniski, *Probleme der Schadensverursachung nach deutschem und österreichischem Recht*, Beiheft nr. 28 bij ZHR 1964, blz. 100; H. Stoll, *Kausalzusammenhang* (zie noot 262) blz. 43, evenals (t.a.v. "*property damage*") Int. Enc. Comp. L. XI Torts (1972) ch. 8 (aan het eind van) nr. 141. Voor Nederland zie de verwijzingen in noot 48.

316 Zie de tekst bij noot 49 op blz. 122. Andere Nederlandse voorbeelden zijn HR 13 dec. 1963, NJ 1964, 449 m.nt. GJS (*Beschadigde auto-arrest*) (waardevermindering van auto, toe te schrijven aan het risico dat auto, ondanks herstel, gebrek heeft tengevolge van aanrijding) en HR 2 feb. 1979, NJ 1979, 384 m.nt. FHJM (*Binnendijk/IJsselcentrale*) (waardevermindering van onroerend goed door overhangende hoogspanningskabels die een verhoogd gevaar opleveren voor onroerend goed en de zich daarop en daarin bevindende personen en goederen).

317 Zie de tekst bij noot 11 op blz. 109.

318 Zie HR 30 mei 1973, NJ 1973, 492 m.nt. WPB (*Veghel/Hendriks*) en HR 1 dec. 1976, NJO 1977, 1 m.nt. MB (*Scheepers/Helmond*). HR 27 april 1977, NJO 1977, 8 m.nt. MB (v.o.f. *M. Mes/Rotterdam*) spreekt van "*een potentiële koper*". Het gaat hier om een algemeen criterium voor de schadevergoeding bij onteigening dat stamt uit HR 13 april 1960, NJ 1960, 295 en is gecodificeerd in art. 40b lid 2 Ow.

verkopers die redelijk handelen ten opzichte van hun eigen belang"³¹⁹
Zelfs in het in dit opzicht zeer restrictieve Duitse rechtsstelsel wordt erkend dat kansen naar verkeersopvatting een waarde kunnen hebben.³²⁰

3.4.4 *Kans niet overdraagbaar: door benadeelde geleverde inspanningen*

Maar ook wanneer het gaat om kansen of (afhankelijk van het in de betreffende context meest passende spraakgebruik) vermogensbestanddelen met een kansaspect die niet (of niet zonder meer) overdraagbaar zijn, kan duidelijk sprake zijn van een zelfstandige waarde in feitelijk-economische zin. Soms zal ook hier de waarde van kansen en risico's kunnen worden afgeleid uit de prijs van (bestaande of specifiek te berekenen) verzekeringen.³²¹ Maar vooral wanneer sprake is van een door de benadeelde met het oog op de verwerving, het behoud, of het benutten van een bepaalde kans geleverde inspanningen, ligt een economische betekenis van deze kans voor de hand.

Mogelijk lag dit besef mede ten grondslag aan vroege uitspraken in verschillende rechtsstelsels waarin het verlies van een kans om een wedstrijd te winnen werd aanvaard als een vergoedbare schade. Neem een uitspraak als *Kansas City M. & O. R. Co. v. Bell*,³²² een Amerikaanse beslissing uit 1917 waarbij schadevergoeding werd toegekend voor een door de wanprestatie van een spoorwegmaatschappij verloren kans om de eerste prijs te winnen voor de mooiste varkens op een *stock show*. Als men bedenkt dat de deelnemers aan dat soort wedstrijden zich niet zelden aanmerkelijke financiële offers hebben getroost om een zo goed mogelijke kans te maken, is zo'n uitspraak bepaald minder exotisch dan zij op het eerste gezicht misschien lijkt.

Deze "subjectieve" financiële betekenis van een kans is evident wanneer de betreffende kans het onderwerp uitmaakt van een overeenkomst, en door wanprestatie van de wederpartij verloren gaat. Wat er ook zij van een eventuele verkeerswaarde van zo'n kans, voor déze benadeelde had zij een financiële betekenis die *tenminste* gelijk is aan

319 Hof Den Bosch r.o. 42, kenbaar uit HR 23 mei 1980, N.J. 1980, 466.

320 RGRK-Steffen § 823 Rnr. 441; Soergel-Mertens § 249 Rnr. 67.

321 Evenzo K. Cooper, 37 Sask.L.Rev. (1973) blz. 224-225. In dezelfde zin B.C. Legum, 18 Ga.L.Rev. (1984) blz. 590; RGRK-Steffen § 823 Rnr. 441.

322 197 SW 322 (Tex.Civ.App. 1917).

de waarde van de door hem beloofde of geleverde wederprestatie.³²³ Alleen al daarom gaat het niet aan om hem een schadevergoeding te ontzeggen:

"If someone is prepared to contract for a chance and a fortiori to give consideration for it, it would be inconsistent for the law to treat it as being of no value, particularly since "value" in this context does not depend exclusively on profitability."³²⁴

3.4.5 Kans niet overdraagbaar: hypothetische marktwaarde

Is een kans niet overdraagbaar, en ontbreken eveneens eenvoudig op geld waardeerbare, ten behoeve van de verloren kans geleverde inspanningen, dan kan de financiële betekenis van deze kans aan het licht worden gebracht door uit te gaan van het hypothetische geval dat zij wél overdraagbaar zou zijn geweest.

Deze benadering werd gehanteerd door *Lord Justice Williams* in *Chaplin v. Hicks*, waar het ging om het verlies van een kans, in het kader van een competitie, op een aanstelling als actrice:³²⁵

"None of the fifty competitors could have gone into the market and sold her right; her right was a personal right and incapable of transfer. But a jury might well take the view that such a right, if it could have been transferred, would have been of such a value that every one would recognize that a good price could be obtained for it."³²⁶

In het hypothetische geval dat de verloren kans overdraagbaar was geweest, had zij een bepaalde waarde in het economische verkeer vertegenwoordigd. Daarom kon moeilijk worden gezegd dat de benadeelde door het verlies van haar kans geen financieel verlies had geleden. Brennwald spreekt in dit verband van "*the hypothetical market theory*".³²⁷

323 *Tenminste*, want de waarde van de ten onrechte niet verkregen kans kan groter zijn (bijv. bij gezondheidskansen, zie de tekst bij noot 333), en de benadeelde heeft recht op vergoeding van zijn "positieve contractsbelang".

324 B. Coote, 62 A.L.J. (1988) blz. 768.

325 Zie de tekst bij noot 129 op blz. 137.

326 [1911] 2 K.B. 786 (C.A.); [1911-13] All E.R. 224.

327 S.F. Brennwald, 34 Cath.U.L.Rev. (1985) blz. 768-772.

3.4.6 Kansen met betrekking tot de gezondheid

Bij kansen die betrekking hebben op de gezondheid bestaat veelal wel een relatie met vermogensbestanddelen, maar anders dan bij kansen met betrekking tot zaakschade of zuivere vermogensschade is die relatie indirect. Gezondheid als zodanig is ongetwijfeld een beschermd rechtsgoed, maar een vermogensrecht is zij niet. Gezondheidsschade kan uiteraard op haar beurt wel vermogensschade opleveren, zoals medische kosten, derving van inkomsten, en het verlies van de mogelijkheid om arbeidskracht zonder financiële vergoeding aan te wenden.³²⁸ Tevens is evident dat gezondheidsschade een aanmerkelijke immateriële schade kan betekenen.

Gezondheid als zodanig is niet overdraagbaar, en kansen met betrekking tot het behoud, het herstel of het verbeteren van de gezondheid zijn dat in de regel evenmin. Een referentie aan de verkeerswaarde van gezondheidskansen lijkt dan ook niet goed mogelijk. Onder het gezichtspunt van de inspanningen die in de samenleving worden geleverd met het oog op de verwerving, het behoud, of het benutten van gezondheidskansen, lijken dit soort kansen echter van onschatbare waarde:

"The billions of dollars being spent on medical research designed to save or prolong life clearly emphasize our general belief that life is valuable. If the loss of an opportunity to benefit from a contract is deemed valuable, how much greater should be the worth of a chance to live or a chance to achieve a greater health?"³²⁹

Alleen al met het oog op deze inspanningen kan een benadeelde moeilijk compensatie worden ontzegd met als argument dat aan de door hem verloren gezondheidskansen geen zelfstandige financiële betekenis toekomt. Leg aan een kankerpatiënt die door een medische fout een bepaalde kans op genezing, of althans op het verlengen van zijn levensverwachting, verloren zag gaan, maar eens uit dat geen sprake is van een rechtens relevante schade.³³⁰ Zo'n standpunt is onhoudbaar, meende ook het gerecht in *James v. United States*³³¹:

328 Dit laatste met name bij huishoudelijke arbeid in gezinsverband.

329 S.F. Brennwald, 34 Cath.U.L.Rev. (1985) blz. 772.

330 Zoals T. Weir kennelijk wil. Zie de tekst bij noot 151 op blz. 141.

331 483 F.Supp. 581 (N.D.Cal.1980).

"no one can say that the chance of prolonging one's life or decreasing suffering is valueless."³³²

Een meer rechtstreekse indicatie voor de zelfstandige financiële betekenis van gezondheidskansen kan bestaan in de vorm van de door de benadeelde of diens ziektekostenverzekeraar getrooste wederprestatie, met name in de context van medische fouten. Ook wanneer medische behandelingen slechts een bepaalde kans op succes hebben worden daaraan aanmerkelijke bedragen gespendeerd. Gaan die genezings- of overlevingskansen door fouten verloren dan kan de financiële betekenis van dat verlies alleen al vanwege die kosten niet worden ontkend. Overigens behoort de schadevergoeding niet tot deze kosten te worden beperkt. De benadeelde heeft recht op vergoeding van zijn "positieve contractsbelang":³³³ wat hij ten onrechte niet verkreeg was de geboden kans op genezing of overleving, en wanneer het gaat om gezondheidsschade die op haar beurt vermogensschade oplevert kan de financiële waarde van die gemiste kans aanmerkelijk hoger zijn.

Ook onder het gezichtspunt van de hypothetische markt tenslotte, is de zelfstandige financiële betekenis van gezondheidskansen evident. Wat zouden mensen — ook nuchtere, rationeel handelende personen — niet over hebben voor een bepaalde kans op behoud, herstel of verbetering van de gezondheid wanneer deze kans tegen betaling verkrijgbaar zou zijn?³³⁴ Overigens illustreert het voorbeeld van de zeer kostbare medische behandeling met een beperkte kans op succes dat deze benadering in zeker opzicht minder hypothetisch is dan op het eerste gezicht lijkt.

3.4.7 Aansluiting bij de waardering van kansen bij de begroting van inkomensschade

Ondanks hetgeen hiervoor is aangevoerd over de financiële betekenis van gezondheidskansen valt moeilijk te ontkennen dat het aannemen van een zelfstandig nadeel in feitelijk-economische zin in deze context een iets groter beroep op het voorstellingsvermogen doet dan bij het verlies van kansen die rechtstreeks betrekking hebben op vermogensbe-

332 483 F.Supp. op blz. 587. In dezelfde zin R.A. Reisig, 13 Am.J. Trial Advoc. (1990) blz. 1169 & 1185; J.L. Benson, 9 N.Ill. U.L.Rev. (1989) blz. 596-597.

333 Voor dit begrip zie Asser-Hartkamp I (1996) nr. 413; Mon. Nieuw BW B-34 (Bloembergen) nr. 32.

334 In dezelfde zin S.F. Brennwald, 34 Cath.U.L.Rev. (1985) blz. 771.

standdelen.³³⁵ Waarschijnlijk zijn vooral de principiële niet-overdraagbaarheid van gezondheidskansen, en het bijgevolg volledig ontbreken van een verkeerswaarde, daaraan debet.

Toch ligt het toekennen van een financiële waarde aan gezondheidskansen alleszins in de rede. Gezondheidsschade kan immers op haar beurt vermogensschade veroorzaken zoals de kosten van herstel en de derving van inkomsten. Uitgerekend op het terrein van de inkomensschade bestaat een gevestigde praktijk van het in aanmerking nemen van kansen voor de bepaling van de omvang van de schade. De "*afweging van goede en kwade kansen*" bij de begroting van toekomstige inkomensschade ex artikel 6:105 is geldend recht. Het toekennen van een financiële waarde aan gezondheidskansen sluit daar in zeker opzicht naadloos bij aan.

Dat spreekt het meest met betrekking tot de vermindering van de schadevergoeding wegens een predispositie van de benadeelde. Naar geldend recht kunnen de uit ziekte of gebrek van de benadeelde voortvloeiende risico's van arbeidsongeschiktheid grond opleveren om bij de bepaling van het arbeidsinkomen dat zonder de onrechtmatige gebeurtenis zou zijn verdiend, uit te gaan van een korter hypothetisch arbeidsleven dan normaal.³³⁶

De samenhang met het verlies van gezondheidskansen laat zich het beste illustreren aan de hand van een voorbeeld. Ik ontleen de volgende casus aan Stolker:

"Een patiënt wordt met een ernstig ziek been door een arts onderzocht. Deze maakt — dat staat vast — een fout bij de diagnose en meent het been ogenblikkelijk te moeten amputeren, hetgeen gebeurt. Naderhand blijkt de fout; bij een juiste diagnose waren de kansen op genezing van het been 50% [...] geweest. De kans dat de schade (verlies van het been) ook zonder de doktersfout zou zijn ingetreden, bedraagt in dit voorbeeld 50 [...] %."³³⁷

Stel dat de ziekte van het been zodanig was dat zij nog niet nu, maar wél in de toekomst mogelijk tot arbeidsongeschiktheid zou hebben geleid. Bijvoorbeeld zo dat de patiënt vrij zeker nog 10 à 15 jaar had

335 Vgl. B. Coote, 62 A.L.J. (1988) blz. 722 die in dit verband spreekt van "*artificiality*".

336 Zie Schadevergoeding (Bolt) art. 107 aant. 19 en met name HR 8 feb. 1985, NJ 1986, 136 en 137 m.nt. CJHB.

337 C.J.J.M. Stolker, a.w. (zie noot 25) blz. 123.

kunnen blijven werken, maar naar alle waarschijnlijkheid niet tot zijn 65e levensjaar. Dan zou het causaal verband tussen de medische fout en de huidige arbeidsongeschiktheid geen problemen geven, maar wél een vermindering van de schadevergoeding in de rede liggen, wegens de kwade kans dat na 10 à 15 jaar sowieso arbeidsongeschiktheid zou zijn ontstaan. Vergelijken wij deze mogelijkheid met de situatie zoals Stolker die waarschijnlijk heeft bedoeld, waarin de ziekte van het been zodanig was dat de arbeidsongeschiktheid mogelijk reeds op het moment van de fout definitief was ingetreden. Dan geeft het causaal verband tussen fout en arbeidsongeschiktheid wél problemen.

Naar mijn mening bestaat tussen beide situaties slechts een gradueel verschil. Een fundamenteel andere benadering kan dat niet rechtvaardigen. Wanneer de predispositie van de benadeelde in aanmerking kan worden genomen omdat zij op enig moment *in de toekomst* tot vermindering van arbeidsinkomen had kunnen leiden, is het maar een kleine stap om dat óók te doen wanneer de mogelijkheid bestaat dat zij *reeds ten tijde van het proces* tot die schade zou hebben geleid. Mét Stolker ben ik van mening dat ook in het tweede geval een proportionele schadevergoeding is aangewezen. Het netto-resultaat komt dan in beide gevallen op hetzelfde neer: slechts de door de onrechtmatige gebeurtenis daadwerkelijk verloren gezondheidskansen moeten worden vergoed.³³⁸ Door deze kansen af te zetten tegen het maximaal denkbare arbeidsinkomen kan hun waarde op rationele wijze worden bepaald.

3.4.8 *Het verlies van gezondheidskansen als immateriële schade*

Denkbaar is tenslotte dat een verloren kans betrekking heeft op gezondheidsschade die géén aanwijsbare financiële consequenties heeft. Zoals bij letsel dat niet tot vermindering van arbeidsinkomen leidt, maar bijvoorbeeld wel tot lichte invaliditeit, langdurig ongemak, of ontsierende littekens. Wanneer een en ander evenmin tot het maken van substantiële medische kosten leidt, is niet of nauwelijks vermogensschade geleden. Toch kan ook voor het verlies van kansen op het vermijden van dit soort gezondheidsschade een vergoeding in de rede liggen. Het gaat dan om vergoeding van immateriële schade, net zoals bij de eerder genoemde huwelijkskansen.³³⁹

338 Zie hetgeen eerder aangevoerd in § 3.1.2 en met name in noot 14 op blz. 110.

339 Zie de tekst bij noot 312 op blz. 172.

Een geval apart is het verlies van de kans op het krijgen van kinderen, waarvoor onder meer schadevergoeding is toegekend in Frankrijk³⁴⁰ en — althans in zekere zin — ook in Duitsland.³⁴¹ Komt de benadeelde na een onrechtmatige gebeurtenis het vermogen te ontvallen om nakomelingen te verwekken of te baren, dan kan het leerstuk van het verlies van een kans op tenminste twee verschillende punten in de causale keten een rol spelen. Het kan reeds aan de orde komen wegens de onzekerheid over het causaal verband met de onvruchtbaarheid (bijvoorbeeld bij een predispositie van de benadeelde die een beperkte vruchtbaarheid met zich meebracht),³⁴² maar ook pas wegens de onzekerheid over het causaal verband met het gemis van nakomelingen (die immers ook om andere redenen dan onvruchtbaarheid hadden kunnen uitblijven). Wordt voor het verlies van voortplantingskansen een schadevergoeding toegekend, dan gaat het eveneens in principe om vergoeding van immateriële schade.³⁴³

Ik herinner in dit verband aan de tendens in de rechtspraak in de Verenigde Staten om bij de belasting met gezondheidsrisico's schadevergoeding toe te kennen wegens *emotional distress*.³⁴⁴ Naar mijn mening kan het toekennen van schadevergoeding voor immateriële schade telkens aangewezen zijn wanneer het gaat om kansen of risico's waarbij (nog) geen duidelijke relatie bestaat met het vermogen om

340 Cass. civ. 1re, 28 maart 1984, Lexis arrest nr. 328 (zie I. Vacarie, RJJ 1987 blz. 928-929); *J.-Cl. Responsabilité civile* (Endréo & Maillaud) fasc. 101 nr. 13.

341 BGH 9 nov. 1993, NJW 1994, 127. Een man die een operatie moest ondergaan waardoor hij geen kinderen meer zou kunnen krijgen, liet een hoeveelheid van zijn sperma conserveren. Toen hij later was gehuwd, en met zijn echtgenote de wens naar een gezamenlijk kind wilde vervullen, bleek door een administratieve vergissing van de kliniek het sperma inmiddels vernietigd. Het BGH vond een *Schmerzensgeld* van 25.000 DM aangewezen.

342 Zoals het geval was in het Franse arrest in noot 340, en zoals — in verband met de beperkte kans van slagen bij kunstmatige inseminatie — waarschijnlijk eveneens mocht worden aangenomen in de Duitse casus in noot 341.

343 Er is een scenario denkbaar waarbij dat tot op zekere hoogte anders zou kunnen zijn, in verband met de verschillende vruchtbaarheidsverhogende of -vervangende behandelingen die de afgelopen jaren mogelijk zijn geworden. Daar heeft men soms aanmerkelijke bedragen (en wat al niet meer) voor over. In de regel heeft zo'n behandeling slechts een bepaalde kans van slagen. Gaat die kans bijvoorbeeld door wanprestatie verloren, dan is eveneens sprake van het verlies van voortplantingskansen. Vanwege de wederprestatie die de benadeelde zich heeft getroost gaat het dan niet langer enkel om immateriële schade.

344 Zie § 3.3.5 en de verwijzingen aldaar in noot 237 op blz. 157.

inkomsten te verwerven, maar het niettemin onbillijk schijnt om de benadeelde met lege handen te laten staan.

3.4.9 *De betekenis van moeilijkheden bij de begroting van de waarde van een verloren kans*

Tegen het leerstuk van het verlies van een kans wordt wel het bezwaar aangevoerd dat in veel gevallen de grootte van de betreffende kans, en daarmee het beloop van het geleden nadeel, onvoldoende zou kunnen worden vastgesteld, met name in de context van het verlies van genezings- en overlevingskansen door medische fouten.³⁴⁵ Ook door voorstanders van het kansleerstuk wordt dit probleem wel beschouwd als de "achilleshiel" van het principe. Zo bijvoorbeeld door Deutsch:

"Der Teufel steckt auch hier wohl im Detail. Man wird sich fragen müssen, ob es wirklich regelmäßig möglich ist, eine Heilungschance prozentual auszudrücken."³⁴⁶

Ik wil dit probleem niet bagatelliseren, al schijnt het mij juist op het terrein van de gezondheidsschade eerder mee te vallen. Zoals eerder aangestipt³⁴⁷ is vooral op dit terrein sprake van een toenemende beschikbaarheid van wetenschappelijke gegevens over kansen en risico's, een ontwikkeling waarmee de relatief recente opkomst van het kansleerstuk in de Verenigde Staten zich mogelijk mede laat verklaren.³⁴⁸

Hoe dat ook zij, moeilijkheden bij de begroting van de waarde van een verloren kans kunnen op zichzelf nooit een geldige reden zijn om een schadevergoeding af te wijzen. Dat volgt uit het beginsel dat wanneer een schade voldoende zeker is in haar bestaan, de moeilijkheid om haar omvang te bepalen niet aan vergoeding in de weg kan staan.

Het gaat hier om een beginsel van schadevergoedingsrecht dat

345 Aldus bijvoorbeeld de kritiek in een deel van de Franse literatuur (zie noot 74 op blz. 128).

346 VersR 1988 blz. 4 r.k. Dit probleem speelt niet alleen bij het leerstuk van het verlies van een kans, maar bij iedere vorm van proportionele aansprakelijkheid wegens onzeker causaal verband. Zie J. Makdisi, 67 N.C.L.Rev. (1989) blz. 1094.

347 Zie de tekst bij noot 305 op blz. 169.

348 In dezelfde zin S. Levmore, *Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs*, 19 J. Legal Stud. (1990) blz. 691 e.v. (op blz. 718-719). Vgl. *Prosser and Keeton on Torts* (1984) § 41 blz. 272.

rechtsvergelijkend gezien algemeen wordt aanvaard, al bestaan uiteraard nuanceverschillen in formulering en toepassing ervan.³⁴⁹ Ronse formuleert het zo:

"Wanneer de schade in haar bestaan zeker is, kan het herstel nooit geweigerd worden onder voorwendsel dat haar omvang onzeker is. De rechter zal dan bij gebrek aan beter, *ex aequo et bono* haar omvang waardenen."³⁵⁰

Zoals hiervoor aangestipt was de beslissing in *Chaplin v. Hicks* mede op dit beginsel gebaseerd.³⁵¹ Ook in België is dit beginsel nadrukkelijk ter onderbouwing van het kansleerstuk in stelling gebracht.³⁵² In Nederland komt het tot uitdrukking in artikel 6:97, tweede zin:

"Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat."

Volgens Bloembergen is deze bepaling een uitwerking van het beginsel dat vermogensschade volledig moet worden vergoed.³⁵³ De rechter kan de omvang van de schade desnoods *ex aequo et bono*³⁵⁴ vaststellen.³⁵⁵ De gewone regels van stelplicht en bewijslast gelden hier niet.³⁵⁶ Mits het bestaan van de schade voldoende vaststaat, kan een vordering tot schadevergoeding dus niet worden afgewezen wegens

349 Voor Nederland zie art. 6:97 BW tweede zin; G.H.A. Schut, a.w. (zie noot 25) blz. 159. Voor België zie J. Ronse, a.w. (zie noot 101) nr. 78 blz. 66; E. Dirix, a.w. (zie noot 101) nr. 21 blz. 27. Voor Engeland zie *McGregor on Damages* (1988) nr. 344 blz. 214. Voor de VS zie McCormick, *Handbook on the Law of Damages* (1935) § 27 blz. 103. Voor Canada zie K. Cooper, 37 Sask.L.Rev. (1973) blz. 217. Voor Duitsland zie § 287 ZPO, waarover Zöller-Stephan, ZPO (1984) § 287 Anm. 4 en 6. Voor Zwitserland zie art. 42 lid 2 OR.

350 A.w. (zie noot 101) nr. 90 blz. 75.

351 Zie het citaat bij noot 130 op blz. 137.

352 Zie T. Vanswevelt, a.w. (zie noot 33) nr. 521 blz. 385.

353 Zie Mon. Nieuw BW B-34 (Bloembergen) blz. 8.

354 Voor bezwaar tegen het gebruik van deze uitdrukking zie Asser-Hartkamp I (1996) nr. 416: zij zou te ruim kunnen worden opgevat. Met name het onderscheid tussen de schatting *ex art. 6:97* en de matigingsbevoegdheid *ex art. 6:109* zou er onvoldoende uit blijken.

355 Hij kan overigens ook een schadestaatprocedure bevelen. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 97 aant. 37-42; Onrechtmatige daad II (oud) nr. 165. De hier bedoelde problemen lost dat uiteraard niet op.

356 Zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 97 aant. 16; Onrechtmatige daad II (oud) nr. 167-169a; Asser-Hartkamp I (1996) nr. 416.

onzekerheid over haar omvang, zelfs niet wanneer de benadeelde daarover geen enkel bewijs kan bijbrengen.

Voor het verlies van een kans betekent dit dat onderscheid moet worden gemaakt tussen de onzekerheid over het *bestaan* en over de *grootte* van de verloren kans.³⁵⁷ Zoals in § 3.6 nader zal worden uiteengezet kunnen beide aspecten alleen bij zeer kleine kansen niet helemaal worden gescheiden. Aan het uitgangspunt doet dat niet af: mits een kans voldoende zeker is in haar bestaan kan de eventuele onzekerheid over haar grootte geen reden zijn om een schadevergoeding voor haar verlies af te wijzen.³⁵⁸

3.4.10 Redelijke begroting is veelal wel degelijk mogelijk

Moeilijkheden bij de begroting van de waarde van een verloren kans kunnen niet alleen geen geldige reden zijn om een schadevergoeding af te wijzen, zij zijn ook niet onoverkomelijk.

Bij een kans die betrekking heeft op overdraagbare goederen kan de rechter zich wellicht refereren aan de invloed van de betreffende kans op de verkeerswaarde daarvan (zie § 3.4.3). Maatstaf kan zijn de "redelijk handelende koper". Uiteraard kan de rechter zich hierover laten voorlichten door deskundigen, zoals bijvoorbeeld steeds gebeurt in het kader van de Onteigeningswet,³⁵⁹ en ook gebeurde in *Oranje Nassau Mijnen/Van den Broek*.³⁶⁰

In andere gevallen kan de waarde van een verloren kans worden vastgesteld aan de hand van een eenvoudige rekensom. Het beloop van de te vergoeden schade is in principe gelijk aan een breukdeel van de definitieve schade, evenredig aan de grootte van de verloren kans.

Bedraagt het geleden verlies of het gederfde voordeel³⁶¹ bijvoorbeeld 500, en heeft de verloren kans op het vermijden van dat verlies of op het verkrijgen van dat voordeel een grootte van 50%, dan kan de waarde van die kans worden gesteld op $50\% \times 500 = 250$.³⁶²

357 In dezelfde zin G.H.A. Schut, a.w. (zie noot 25) blz. 160.

358 Dit ligt iets genuanceerder bij "openstaande" kansen. Zie daarover § 3.5.7.

359 Zie de artikelen 27-37 Ow.

360 Zie de tekst bij noot 49 op blz. 122.

361 Bij "openstaande" kansen: het *dreigende* verlies of de *dreigende* winstderving.

362 Onder omstandigheden is deze benadering mogelijk iets te simplistisch. Voor twijfel over de vraag of deze rekensom wel altijd volledig voldoet zie bijv. John Donaldson M.R. in *Hotson v. East Berkshire A.H.A.*, [1987] 1 All E.R. op blz. 217 sub e. Voor "openstaande" kansen is ook wel een meer geavanceerde benadering

Hiervoor is uiteraard nodig dat de grootte van de verloren kans voldoende kan worden vastgesteld. Een redelijke inschatting van die grootte is veelal wel degelijk mogelijk, al zal de rechter soms een beroep op deskundigen moeten doen.³⁶³

Over kansen met betrekking tot de gezondheid merkte ik reeds op dat de rechter juist op dit terrein geenszins in het duister hoeft te tasten. Omdat de medische wetenschap geen exacte wetenschap is, is het werken met waarschijnlijkheids-gegevens relatief ver verbreid en ontwikkeld. Daarop wijst ook Matthies:

"Gerade in der Medizin sind Wahrscheinlichkeitsangaben regelmäßig möglich, wenn auch zum Teil schwierig, ja die Wahrscheinlichkeit ist gar das für die Medizin typische Instrument."³⁶⁴

Het bezwaar dat de grootte van verloren gezondheidskansen onvoldoende zou kunnen worden vastgesteld snijdt dan ook veel minder hout dan men wel doet voorkomen. De rechter die zich op een verstandige manier laat bijstaan door deskundigen kan zeker tot aanvaardbare resultaten komen, wat onder meer wordt bewezen door de Franse en de Belgische praktijk. In dezelfde zin Matthies:

"Der Vorwurf mangelnder Praktikabilität beruht daher bislang auf einem nicht verifizierten Vorurteil, während das Gegenteil durch Beispiele belegt werden kann."³⁶⁵

Bij het mislukken van een juridische procedure door de fout van een advocaat, notaris, of deurwaarder, is de rechter zélf de deskundige bij uitstek die de grootte van de verloren kans op het winnen van het proces kan inschatten.³⁶⁶ Mogelijk kan hij zelfs met voldoende zekerheid vaststellen wat de uitkomst van het proces zou zijn geweest. Dan is uiteraard toe- of afwijzing van schadevergoeding ten belope van het volledige procesbelang geboden, en komen wij aan het leerstuk van

voorgesteld. Zie J.H. King, 90 Yale L.J. (1981) blz. 1381-1387, die onderscheidt tussen de "*single outcome*"- en de "*expected value*"- of "*weighted man*"-methode.

363 Evenzo J. Ronse, a.w. (zie noot 101) nr. 107 blz. 87-88; J. Boré, JCP 1974 I 2620 (nr. 26).

364 A.w. (zie noot 281) blz. 104.

365 A.w. (zie noot 281) blz. 105.

366 Evenzo A. Wolfsbergen, a.w. (zie noot 27) blz. 172; J. Ronse, a.w. (zie noot 101) nr. 105 blz. 85; J. Boré, JCP 1974 I 2620 (nr. 26).

het verlies van een kans niet toe.³⁶⁷ De uitkomst van de mislukte procedure kan echter ook voor immer in het ongewisse blijven. Men kan haar nu eenmaal moeilijk alsnog volledig voeren of overdoen, alleen al niet omdat de oorspronkelijke tegenpartij geen partij meer is, en hooguit als getuige zou kunnen optreden. Zijn medewerking zal echter niet groot zijn. Hij werd immers door de fout bevoordeeld, en heeft er geen belang bij te doen vaststellen dat voor zijn voordeel geen grond bestond.³⁶⁸ In zo'n geval mag van de rechter een beredeneerde inschatting van de verloren proceskansen worden verwacht.³⁶⁹ Tot het maken daarvan is hij als geen ander in staat. Natuurlijk kan zo'n inschatting niet overdreven nauwkeurig zijn. Aan de noodzaak haar te maken doet dat niets af. De onnauwkeurigheid van de alles-of-niets-benadering is immers nog veel groter.³⁷⁰

Ook in andere gevallen kan de rechter een beredeneerde schatting van de grootte van de verloren kans maken. Dat deed ook de Rechtbank in *Heesch/Reijs*, waar het ging om de kans dat de overeenkomst waarover tussen Reijs en B en W overeenstemming was bereikt, tot een door GS goedgekeurd raadsbesluit zou hebben geleid.³⁷¹ De rechtbank begrootte deze kans "*naar billijkheid*", maar daarmee deed zij nog niet volledig een slag in de lucht. Zij maakte een gemotiveerde schatting, onder meer gebaseerd op "*aan ervaringsregels ontleende gronden*" en op "*hetgeen in dergelijke gevallen [...] gebruikelijk is*".³⁷²

Wij hebben hier te doen met wat statistici het "*subjectieve kansbegrip*" noemen, dat als uitgangspunt heeft:

367 Ik begrijp F.J.F.M. Duynstee, NJB 1944, blz. 184-185, zo dat hij eigenlijk vindt dat dit *altijd* de uitkomst van de rechterlijke arbeid zou moeten zijn. Dezelfde opvatting heeft J.R. Beversluis, noot bij Rb. Zwolle 12 okt. 1994, Adv.bl. 1995 blz. 341 (aldaar ten onrechte aangeduid als Ktr. Zwolle 12 okt. 1994).

368 Hierop wijst ook C.J.H. Brunner, AA 1995 blz. 936.

369 Evenzo C.J.H. Brunner, AA 1995 blz. 936-937; I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten* (1995) blz. 92; G.H.A. Schut, a.w. (zie noot 25) blz. 160; J. van Schellen, a.w. (zie noot 25) blz. 47; J. Spier, commentaar bij Rb. R'dam 13 aug. 1993, A&V 1994 blz. 55 e.v. (op blz. 56 l.k.); F.J. de Jong, NJB 1944 blz. 87 e.v.

370 In dezelfde zin K. Cooper, 37 Sask.L.Rev. (1973) blz. 219; J.H. King, 90 Yale L.J. (1981) blz. 1387; K.-H. Matties, a.w. (zie noot 281) blz. 104.

371 Zie de tekst bij noot 20 op blz. 112.

372 R.o. 57. (NJ 1981, 456 blz. 1517).

"het kansoordeel van een rationeel — logisch redenerend — individu, waarbij voor lief wordt genomen dat verschillende rationale individuen soms tot verschillende kansoordelen zullen komen."³⁷³

In de statistiek is het inmiddels gemeengoed dat ook subjectieve kansen zich lenen voor kwantificering, en dat het mogelijk is er berekeningen mee uit te voeren op een wijze die sterk overeenkomt met de manier waarop met frequentistische³⁷⁴ kansen kan worden gerekend.³⁷⁵

In zeer veel gevallen zal de rechter tot een dergelijke inschatting van de grootte van de verloren kans in staat zijn, gewoon op basis van ervaring en gezond verstand.³⁷⁶ Exactheid zal daarbij, net als in veel andere gevallen van schadebegroting, mogelijk noch noodzakelijk zijn.³⁷⁷ De omvang van een schade die niet nauwkeurig kan worden vastgesteld moet immers worden geschat (zie § 3.4.9), en dat geldt eens te meer bij de begroting van de waarde van een verloren kans. Het enige alternatief is immers het vasthouden aan het alles-of-niets, en de uitkomst daarvan is in elk geval nóg onnauwkeuriger.³⁷⁸ De begroting van de schade ontstaan door het verlies van een kans is ook niet moeilijker dan bijvoorbeeld het vaststellen van smartegeld,³⁷⁹ het bepalen van de maatstaf voor de verdeling van de schade tussen benadeelde en aansprakelijke bij "eigen schuld",³⁸⁰ of het bepalen

373 H.O. Kerkmeester, WPNR 6111 (1993) blz. 769 l.k. Hij verwijst naar L.J. Savage, *The Foundations of Statistics* (1972).

374 "De frequentistische waarschijnlijkheid waarmee een uitkomst optreedt is gebaseerd op de proportie dat die uitkomst wordt gerealiseerd van het totaal aantal malen dat die uitkomst op had kunnen treden", aldus H.O. Kerkmeester, WPNR 6111 (1993) blz. 769 r.k.

375 Zie H.O. Kerkmeester, WPNR 6111 (1993) blz. 769 l.k. en voorts H.O. Kerkmeester en R.V. de Mulder, *Statistiek en Bewijsrecht*, NJB 1987 blz. 73 e.v. (op blz. 76 en noot 28).

376 In dezelfde zin H.O. Kerkmeester, WPNR 6111 (1993) blz. 770 r.k.

377 In dezelfde zin B.M. Maassen, a.w. (zie noot 262) blz. 170. Vlg. C.J.H. Brunner in zijn noot bij HR 23 okt. 1987, NJ 1988, 1017 (op blz. 3624 r.k.).

378 In dezelfde zin K. Cooper, 37 Sask.L.Rev. (1973) blz. 219; J.H. King, 90 Yale L.J. (1981) blz. 1387; K.-H. Matties, a.w. (zie noot 281) blz. 104.

379 Evenzo G. Viney, a.w. (zie noot 64) nr. 278; N. Lesourd, Gaz. Pal. 1963 D. blz. 51 l.k.; J. Ronse, a.w. (zie noot 101) nr. 107 blz. 88; T. Vansweevelt, a.w. (zie noot 33) nr. 521 blz. 385.

380 In dezelfde zin A.E. Shoenberger, 6 J.Legal Med. (1985) blz. 82-83; E. Adeney, *The Challenge of Medical Uncertainty: Factual Causation in Anglo-Australian Toxic Tort Litigation*, 19 Monash U.L.Rev. (1993) blz. 23 e.v. (op blz. 65).

van de invloed van kansen bij de begroting van toekomstige inkomensschade.³⁸¹

3.4.11 Het gebruik van statistische gegevens

Indien beschikbaar, maakt de rechter voor het vaststellen van bestaan en grootte van kansen nogal eens gebruik van statistische gegevens. Rechtsvergelijkend gezien blijkt dat met name bij kansen met betrekking tot de gezondheid het geval. In de literatuur treft men op dit punt wel bedenkingen aan.³⁸² Sommige schrijvers getuigen van een algeheel wantrouwen ten opzichte van het gebruik van statistiek in de rechtszaal. Vooral in de VS woedt hierover reeds lang een discussie.³⁸³ Andere auteurs vrezen voor elkaar tegensprekende gegevens en/of deskundigen, en voor een eindeloos gekissebis over de exacte grootte van kansen en waarschijnlijkheden.³⁸⁴ De bedenkingen van weer anderen zijn van beperkter strekking. Zij betreffen de deductie die bij het gebruik van statistische gegevens noodzakelijk plaatsvindt van algemeen (het statistische gemiddelde) naar bijzonder (het individuele geval). Daarbij speelt het probleem dat een *statistisch gemiddelde* kans van X% nog niet wil zeggen dat ook iedere *individuele* kans X% bedraagt.³⁸⁵ In verschillende toonaarden is de vrees tot uitdrukking gebracht dat de rechter aan dit onderscheid weleens onvoldoende recht zou kunnen doen.³⁸⁶ Ook Kerkmeester wijst op dit deductie-probleem:

"Als iets met een bepaalde mate van waarschijnlijkheid opgaat voor een populatie wil dit nog niet zeggen dat hetzelfde geldt voor een individu uit

381 Soms spreekt de rechter hier expliciet van "*ruwe schattingen*", zie bijv. Rb en Hof in Hof Den Haag 10 jan. 1986, VR 1987, 123.

382 Waarvan een aantal tevens zijn besproken door S.F. Brennwald, 34 Cath.U.L.Rev. (1985) blz. 784-786; D. Gerecke, 35 McGill L.J. (1990) blz. 811-814; D.P.T. Price, 36 ICLQ (1989) blz. 755-756.

383 Waarover uitvoerig H.O. Kerkmeester en R.V. de Mulder, NJB 1987 blz. 73 e.v.

384 In deze zin ondermeer S. Gold, 96 Yale L.J. (1986) blz. 397-398. Vgl. M. Faure, a.w. (zie noot 31) blz. 46.

385 Zie over deze sprong A.J. Van, a.w. (zie noot 25) blz. 8, blz. 85 e.v. en blz. 144.

386 In deze zin ondermeer J. Penneau, a.w. (zie noot 75) nr. 101 (die aanvoert dat tussen beide kansen een "*abîme profond*" bestaat); T. Hill, 54 MLR (1991) blz. 511 e.v.; P. Gottwald, a.w. (zie noot 262) blz. 119. Vgl. voorts J. van Rooijen in: L. Mok e.a., *Schadevergoeding in één som* (1982) blz. 127-128; P. Verkuijlen, NJB 1995 blz. 903.

die populatie. Dit zou pas het geval zijn wanneer de van belang zijnde karakteristieken tussen individu en populatie overeenstemmen."³⁸⁷

Ik meen dat tegen het gebruik van statistische gegevens voor het vaststellen van de grootte van een verloren kans geen enkel onoverkomelijk bezwaar bestaat. Uiteraard moet een en ander op verstandige wijze gebeuren, maar daartoe kan de rechter, mits voldoende voorgelicht, zonder meer in staat worden geacht.³⁸⁸

Ik wijs in dit verband op een zestal punten. In de eerste plaats gooien voor- en tegenstanders van het gebruik van statistische gegevens in de rechtspleging verschillende toepassingen vaak op één hoop. Dat is bepaald niet juist, omdat het varen op statistische gegevens bij het nemen van de ene juridische beslissing veel beter past dan bij het nemen van de andere.³⁸⁹ Bij het verlies van een kans gaat het niet om het bewijs van daderschap of onrechtmatigheid (zoals in de omstrede

387 WPNR 6111 (1993) blz. 772 l.k. Vanwege de geringe betrouwbaarheid van statistische kansberekeningen is het bezwaarlijk om daar rechtstreeks de hoogte van de schadevergoeding op te baseren, zo meent Kerkmeester, die vooral om deze reden een proportionele benadering niet ziet zitten, althans niet in de context van massaschade. Zie H.O. Kerkmeester, *bespreking van M.G. Faure: (G)een schijn van kans*, TMA 1994 blz. 45 e.v. (op blz. 47). Zie nader over Kerkmeester's standpunt de tekst bij noot 17 op blz. 261. Zoals hierna wordt uiteengezet deel ik Kerkmeester's bezwaren wel, maar ben ik het met zijn conclusie niet eens. Voor een weerwoord toegespitst op de context van massaschade zie § 4.5.5.

388 De rechtspraak in het buitenland wijst dat ook uit. Sterke staaltjes zijn: de *Sellafield*-uitspraak (High Court of Justice, Queens Bench Division, 8 okt. 1993, *Elizabeth Reay v. British Nuclear Fuels Plc*, 1990 R. No. 860 en *Jane Hope v. British Nuclear Fuels Plc*, 1989 H. No. 3689. Zie voor de mondeling door de rechter uitgesproken samenvatting *The Independent* 22 nov. 1993, ook te vinden in Lexis. Voor een bespreking van deze uitspraak zie de tekst bij noot 104 op blz. 279, waarin de Engelse rechter een heldere en uitvoerige evaluatie maakt van het tussen partijen gevoerde epidemiologische debat; *DeLuca v. Merrel Dow Pharmaceuticals*, 911 F.2d 941 (3rd Cir. 1990), waarin de Amerikaanse rechter uitstekend blijkt te kunnen omgaan met een specifiek verschil in opvattingen tussen statistische vakbroeders onderling over een zuiver methodologische kwestie (inzake statistische "significantie"). Zonder vakkundige voorlichting kunnen wél gevaren bestaan in verband met de feilbaarheid van de menselijke intuïtie. Voor voorbeelden zie H.O. Kerkmeester, *Het belang van statistiek-onderwijs aan juridische studenten*, AA 1989 blz. 30 e.v. (op blz. 35-36). Zie voorts J.R. Dierx en J.J. Siegers, *Indirecte discriminatie van deeltijdwerkers*, NJB 1990 blz. 554 e.v.

389 In verband hiermee maken expliciet onderscheid D.P.T. Price, 36 ICLQ (1989) blz. 755-756; J.H. King, 90 Yale L.J. (1981) blz. 1385; D.C. Harvey, 89 Dick.L.Rev. (1984) blz. 249 noot 98.

jurisprudentie in de VS)³⁹⁰ en zelfs niet om het bewijs van causaal verband (zoals in de alles-of-niets-benadering)³⁹¹ maar slechts om een beredeneerde schatting van de schade in een geval waarin haar beloop niet nauwkeurig kan worden vastgesteld. Omdat het bij een dergelijke schatting niet gaat om een alles-of-niets-beslissing, maar om de rationele kwantificatie van een bepaalde grootte, is statistiek een bij uitstek passend en reeds lang aanvaard hulpmiddel.³⁹²

Wat betreft de vrees voor eindeloos gekissebis over de exacte grootte van kansen en waarschijnlijkheden — al of niet gevoed door elkaar tegensprekende gegevens en/of deskundigen — verschillende auteurs hebben erop gewezen dat dit risico uiteindelijk groter is indien men vasthoudt aan het alles-of-niets.³⁹³ Omdat men daarbij vroeg of laat een omslagpunt moet vaststellen³⁹⁴ kan één procent in principe een wereld van verschil uitmaken. Dan is de beer pas écht los.³⁹⁵ In een proportionele benadering lijkt de eventuele taak van de rechter om orde te scheppen in het debat tussen partijen niet bezwaarlijker dan bij

390 Voor een Nederlands voorbeeld zie HR 10 dec. 1982, NJ 1983, 687 m.nt. EAA (*Binderen/Kaya*) (vermoeden van discriminatie door woningbouwvereniging op grond van statistische gegevens).

391 Voor een overzicht van opvattingen over statistisch causaliteitsbewijs in de Nederlandse literatuur zie M. Faure, a.w. (zie noot 31) blz. 15 e.v. Een aantal van deze opvattingen worden ook weergegeven in § 4.2.1.

392 In dezelfde zin S.F. Brennwald, 34 *Cath.U.L.Rev.* (1985) blz. 786; D. Gerecke, 35 *McGill L.J.* (1990) blz. 829. Uiteraard is statistiek een bij uitstek passend hulpmiddel in *alle* gevallen waarin men geen alles-of-niets-beslissing wil nemen, maar een bepaalde grootte wil kwantificeren. Dus ook bij het vaststellen van een proportionele aansprakelijkheid wegens onzeker causaal verband, wanneer deze benadering niet (expliciet) is gebaseerd op het leerstuk van het verlies van een kans, zoals bijvoorbeeld in de opvatting van Faure (zie noot 31).

393 H.R. Feldman, 17 *Baltimore L.Rev.* (1987) blz. 143-144; S. Gold, 96 *Yale L.J.* (1986) blz. 386-387; W. Scott, 55 *MLR* (1992) blz. 523. Vgl. C.A. Carolan, 23 *Rutgers L.J.* (1991) blz. 183-184. R.A. Reisig, 13 *Am.J.Trial Advoc.* (1990) blz. 1180.

394 Zie § 3.4.1.

395 Vgl. *Thompson v. Sun City Community Hospital*, 688 P.2d 605 (1984) waarin het *Arizona Supreme Court* de traditionele alles-of-niets grens van 50% + 1 ("*the balance of probabilities*") verwierp (en in plaats daarvan het verlies van een kans aanvaarde), ondermeer met het argument: "*for every expert witness who evaluates the lost chance at 49% there is another who estimates it at closer to 51%.*" (688 P.2d 605 blz. 615). In dezelfde zin het gerecht in *Waffen v. United States*, 799 F.2d 911 (4th Cir. 1986) (op blz. 923).

veel andere onderwerpen.³⁹⁶ Een categorische weigering om kennis te nemen van statistische gegevens kan in elk geval moeilijk aan de beheersing van het gewraakte risico bijdragen.

Lastiger is het deductie-probleem. Zoals aangestipt is statistiek een reeds lang aanvaard hulpmiddel bij de begroting van schade, met name bij de kapitalisatie van toekomstige inkomensschade door letsel of overlijden. Ondanks bezwaren³⁹⁷ schroomt de rechtspraak niet om zich mede op statistische gegevens te baseren, zelfs niet bij kansen waar een zeer evidente discrepantie bestaat tussen het statistisch gemiddelde en de individuele waarde, zoals bij de kans op het minder gaan werken wegens het krijgen van kinderen,³⁹⁸ en bij de hertrouw-kans van een weduwe.³⁹⁹ Ook al probeert de rechter de statistische waarden zoveel mogelijk toe te spitsen op de individuele benadeelde, feit blijft dat het deductie-probleem hier wel erg in het oog springend is. Of iemand kinderen zou hebben gekregen, of hertrouwen zal, is immers een volstrekt individuele zaak, waarover weliswaar gemiddelden kunnen worden uitgerekend, maar waarbij het uiterst twijfelachtig is of die gemiddelden ook enige voorspellende waarde hebben voor het individuele geval. Desondanks blijken statistische gegevens hier een bruikbaar aanknopingspunt te bieden (maar ook niet méér dan dat). De rechter moet nu eenmaal roeien met de riemen die hij heeft, en men moet niet uit het oog verliezen dat het botweg buiten beschouwing laten van dit soort kansen in principe nóg willekeuriger is.

Daarenboven moet men zich realiseren dat het deductie-probleem lang niet altijd even groot is — doorgaans is het veel minder

396 In dezelfde zin (m.b.t. de taak van de jury) B.C. Boggs, 16 S.Ill.U.L.J. (1992) blz. 435.

397 Zie H.K. Köster, *Bezwaren en gevaren verbonden aan de actuariële berekeningen bij het bepalen der schadevergoeding volgens artikel 1406 of artikel 1407 BW*, VA 1963 blz. 200 e.v. Over de hachelijkheid van het gebruik van statistische waarden in deze context zie voorts de verschillende bijdragen in L. Mok e.a., *Schadevergoeding in één som* (1982), en met name de kritiek van J. Viaene (blz. 154 e.v.), die zelfs spreekt van "een onaanvaardbare zaak" (op blz. 169).

398 Zo Rb. Zutphen 5 aug. 1982 en 19 dec. 1985, VR 1986, 138.

399 Op dit punt bestaat wisselende rechtspraak. Zie Schadevergoeding (Bolt) art. 108 aant. 51; Onrechtmatige daad (oud) II (de Groot) nr. 326. Soms volgt men expliciet bepaalde statistische gegevens. Zo bijv. Rb. Utrecht 2 mei 1962 VR 1964, 91. In andere gevallen laat men, althans in naam, de statistieken voor wat zij zijn, en begroot de hertrouwkans *ex aequo et bono*. In deze zin bijv. Hof Den Haag 5 mei 1961, NJ 1962, 401. Het komt uiteraard ook voor dat de rechter de hertrouwkans in casu zo gering acht dat zij buiten beschouwing wordt gelaten. Zie bijv. HR 28 feb. 1986, VR 1987, 16 m.nt. v.W.v.C.

klemmend dan in de hiervoor genoemde gevallen — en dat de rechter met de ernst ervan rekening kan houden. De omvang van het probleem kan veelal worden uitgedrukt in de z.g. "standaardafwijking" of "standaarddeviatie". Dat is de gemiddelde afwijking van de individuele waarden ten opzichte van de gemiddelde waarde.⁴⁰⁰ Ook kan het probleem geheel of gedeeltelijk zichtbaar worden gemaakt door het aangeven van een bandbreedte waarbinnen de individuele waarden zich bevinden. In de statistiek spreekt men van een "betrouwbaarheidsinterval".⁴⁰¹ Hoe kleiner de standaardafwijking, c.q. hoe smaller het betrouwbaarheidsinterval, hoe geringer de omvang van het deductieprobleem. In dit opzicht is de ene statistiek de andere niet. De statistische wetenschap is zich uiteraard bewust van het deductie-probleem. Diverse kneepjes van het vak zijn erop gericht dit probleem zoveel mogelijk te elimineren. Bij medische statistieken gebeurt dat onder meer door het "individualiseren" van de statistiek zelf, door het onderscheiden van steeds meer (sub)categoriën patiënten met dezelfde relevante karakteristieken. Om deze reden concludeert Scott (zelf arts):

"a well designed and modern series of medical statistics will be a fairly accurate reflection of the chances that any individual patient would have had of a good outcome."⁴⁰²

Men moet ook niet het onmogelijke willen. De kloof tussen de statistisch gemiddelde kans en het individuele geval kan nooit *helemaal* worden gedicht. Dat is inherent aan de materie. De kern van de zaak is immers dat men *niet* weet hoe het individuele geval van de benadeelde zou zijn afgelopen. Het toekennen van schadevergoeding voor het verlies van een kans geschiedt geenszins vanuit de pretentie dat men daarover wél tot een oordeel kan komen.⁴⁰³ Het leerstuk doet juist

400 De standaardafwijking van een reeks getallen (scores) geeft aan in hoeverre de scores van elkaar verschillen en afwijken van het gemiddelde. Hoe groter de standaardafwijking, des te meer verschillen de scores onderling en des te minder scores zullen er gelijk zijn aan het gemiddelde. Zie A. Slotboom, *Statistiek in woorden* (1991) blz. 202.

401 Een betrouwbaarheidsinterval geeft met een bepaalde mate van waarschijnlijkheid — meestal 95% — het gebied aan waarbinnen de werkelijke kans ligt. Zie A. Slotboom, a.w. (zie noot 400) blz. 24.

402 55 MLR (1992) blz. 524.

403 Hierop wijst ook A. Bénabent, *La Chance et le Droit* (1973) blz. 180: "*En indemnisant la victime par l'équivalent de la chance perdue, on la place dans la situation où elle serait si elle avait vendu sa chance, non dans celle où elle serait si*

recht aan het bestaan van *onzekerheid*, van een *niet-weten*, en statistiek is een hulpmiddel bij uitstek om deze onzekerheid op een rationele manier te hanteren.

Daar komt bij dat het deductie-probleem ook lang niet zo absoluut is als wel wordt voorgesteld. In de praktijk vindt altijd — al of niet expliciet — een nadere toespitsing op het individuele geval plaats.⁴⁰⁴ Dit houdt in dat de rechter — op basis van ervaring en gezond verstand — een eigen inschatting maakt van de werkelijke betekenis van een bepaalde statistische waarde voor een concreet geval, en op grond daarvan zijn eindoordeel aanpast.⁴⁰⁵ Volgens de statistische wetenschap is dit een vast verschijnsel dat zich bij alle mensen voordoet. Dit fenomeen wordt eveneens aangeduid met het eerder genoemde begrip "subjectief kansoordeel".⁴⁰⁶

Tot slot zij benadrukt dat een proportionele benadering als het leerstuk van het verlies van een kans, óók wanneer daarbij gebruik wordt gemaakt van statistische gegevens waarop het nodige kan worden afgedongen, altijd nog minder onnauwkeurig is dan het alles-of-niets.⁴⁰⁷

elle l'avait courue." Hieraan gaat volledig voorbij T. Hill, 54 MLR (1991) blz. 511 e.v., wiens kritiek om die reden onhoudbaar is. Vgl. de repliek van W. Scott, 55 MLR (1992) blz. 521 e.v.

404 In dezelfde zin T. Vanswevelt, a.w. (zie noot 33) blz. 386. Vgl. J.H. King, 90 Yale L.J. (1981) blz. 1386; S.F. Brennwald, 34 Cath.U.L.Rev. (1985) blz. 786. Deze toespitsing is ook vereist, aldus het Hof Arnhem 26 april 1988, VR 1990, 152.

405 Voorbeelden van expliciete toespitsing op het individuele geval zijn overvloedig. Zo ondermeer Rb. Zutphen, 5 aug 1982 en 19 dec. 1985, VR 1986, 138 (kans op kinderloosheid zonder ongeval; de Rb. houdt rekening met leeftijdsfase, persoonlijke gegevens en verwachtingen van de gekwetste, en vraagt om "voorlichting door deskundigen of en in hoeverre voor mevrouw Tolle, gelet op voormelde persoonlijke gegevens en inzichten, de kans op kinderloosheid groter zou zijn geweest dan gemiddeld voor gehuwde vrouwen in Nederland"); Rb. Zwolle, 3 dec. 1969, VR 1974, 66 (hertrouwkans i.c. buiten beschouwing gelaten op grond van "de geestelijke en lichamelijke gesteldheid van eiseres"); Rb. Amsterdam 21 jan 1987, VR 1988, 107 (werkloosheidskansen toegespitst op bedrijfstak, bedrijf, opleidingsniveau en persoon van de gekwetste).

406 Zie H.O. Kerkmeester, WPNR 6111 (1993) blz. 768-769. Vgl. D.C. Harvey, 89 Dick.L.Rev. (1984) blz. 253.

407 In deze zin J.H. King, 90 Yale L.J. (1981) blz. 1387; K. Cooper, 37 Sask.L.Rev. (1973) blz. 219; Matties, a.w. (zie noot 281) blz. 104.

3.4.12 Het verlies van een kans als "constructie" om de onzekerheid omtrent het causaal verband te omzeilen

Het meest fundamentele bezwaar dat tegen het principe van het verlies van een kans wordt aangevoerd is het argument dat dit principe — per definitie, of slechts onder bepaalde omstandigheden — op gespannen voet zou staan met het vereiste van causaal verband. Dit bezwaar treft men in verschillende landen aan, maar het heftigst is deze kritiek in de Franse literatuur inzake de aansprakelijkheid bij medische fouten. Daar stamt zij van Savatier,⁴⁰⁸ die daarin door verschillende schrijvers is bijgevalen.⁴⁰⁹ Volgens Savatier leidt de toepassing van het principe van het verlies van een kans bij medische fouten tot aansprakelijkheid zonder bewijs van causaal verband. Anders dan bij de "traditionele" toepassingen zou hier slechts sprake zijn van een uitvlucht waarmee de rechter zijn twijfel over het causaal verband tot uitdrukking brengt:

"une opération de l'esprit du juge, mesurant le degré de son ignorance sur les causes du dommage."⁴¹⁰

Bij gebrek aan objectieve maatstaven leidt dat tot arbitraire vonnissen. Deze uitvlucht vormt zelfs een bedenkelijk precedent, zo meent Savatier, omdat het juist de taak van de rechter is om knopen door te hakken:

"Paradis de juges indécis! C'est bien en cela que la tentation est dangereuse!"⁴¹¹

De Franse rechtspraak heeft zich aan deze felle kritiek maar weinig gelegen laten liggen. Voorstanders van het kansleerstuk in de medische context doen haar wel af met de tegenwerping dat van een inbreuk op het vereiste van causaal verband geen sprake is. Bij toepassing van het principe van het verlies van een kans bestaat immers wél causaal verband, alleen met een *andere* schade. Zo bezien weigeren Savatier

408 D 1970 chr. blz. 123 e.v.

409 O.a. door J. Penneau, D 1973 blz. 597 en a.w. (zie noot 75) nr. 109; G. Mémeteau en L. Mélenec, a.w. (zie noot 74) blz. 145-146. Idem — zij het slechts tot op zekere hoogte — door G. Viney, a.w. (zie noot 64) nr. 370. In dezelfde zin in België: M.E. Storme, VR 1990 blz. 230.

410 D 1970 chr. blz. 124 r.k.

411 D 1970 chr. blz. 125 l.k.

c.s. om de gedachtesprong te volgen die aan het concept van het verlies van een kans ten grondslag ligt, namelijk die van de definitieve naar de kansschade.⁴¹² In deze zin onder meer Stolker:

"de gemiste kans wordt als schadepost aangemerkt, en dán is er wel voldaan aan het condicio-vereiste"⁴¹³

Ik kan mij in de kritiek van Savatier c.s. — en van gelijkgestemden in andere rechtsstelsels — niet vinden.⁴¹⁴ Met de enkele tegenwerping dat

"the opposing viewpoints refuse to acknowledge the approach"⁴¹⁵

wil ik echter niet volstaan. Niet alleen omdat de discussie dan niet boven het welles/nietes-niveau uit zou komen, maar vooral omdat het merendeel van de bedoelde critici — waaronder Savatier — er een min of meer genuanceerde opvatting op na houdt, waarin het principe van het verlies van een kans buiten de context van medische fouten wél wordt onderschreven. Ook Franse auteurs als Viney en Bénabent maken een dergelijk onderscheid: zij bespreken de "traditionele" toepassingen van het kansleerstuk onder de noemer "schade", en het verlies van genezings- en overlevingskansen onder de noemer "causaal verband". In het eerste geval zou het gaan om een kwestie van schadebegroting, in het tweede om een verlichting van het vereiste van causaal verband.⁴¹⁶ Dit laatste onderscheid klinkt zelfs door in een enkele uitspraak van het *Cour de Cassation*.⁴¹⁷

Ook in Engeland en Canada is aangevoerd dat een verschil zou bestaan tussen de "traditionele" toepassingen van het verlies van een

412 Zie § 3.1.1.

413 A.w. (zie noot 25) blz. 124. Vgl. I. Vacarie, R.R.J. 1987 blz. 915; T. Vanswevelt, a.w. (zie noot 33) nr. 516 blz. 382; E. Dirix, Vl.T.Gez. 1982 blz. 106.

414 Overigens is in mijn opvatting het bedoelde verwijt sowieso geen probleem: het verdisconteren van de onzekerheid over het causaal verband in de hoogte van de schadevergoeding is gewoon een andere benadering die tot dezelfde oplossing voert (namelijk proportionele aansprakelijkheid). Zoals ondermeer betoogd in het vorige hoofdstuk is deze benadering even goed te verdedigen.

415 D.L. Keith, 44 Baylor L.Rev. (1992) blz. 778.

416 Zie de verwijzingen in noot 64.

417 Cass. Civ. 1re, 17 nov. 1982, D 1984, 305 note A. Dorsner-Dolivet; JCP 1983 II 20056 obsv. M. Saluden; Rev.trim.dr.civ. 1983, 547 obsv. G. Durry.

kans en de toepassing bij medische fouten.⁴¹⁸ Ook hier is dit onderscheid wel opgehangen aan de tegenstelling tussen schadebegroting en causaal verband. Zelfs het *High Court* dat in *Hotson* het verlies van genezingskansen voor vergoeding vatbaar achtte, ging ervan uit dat deze tegenstelling van doorslaggevende betekenis was:

"If the issue is one of causation then the defendants succeed since the plaintiff will have failed to prove his claim on the balance of probabilities. [...] If, however, the issue is one of quantification then the plaintiff succeeds because it is trite law that the quantum of a recognised head of damage must be evaluated according to the chances of the loss occurring."⁴¹⁹

Ook elders klinkt de opvatting door dat het kansleerstuk principieel zou kunnen worden gescheiden van het leerstuk van causaal verband.⁴²⁰ Dit alles roept de vraag op waarin precies het verschil zou schuilen tussen de "traditionele" toepassingen van het leerstuk van het verlies van een kans en de toepassing bij medische fouten.

3.4.13 *Het veronderstelde onderscheid tussen de "traditionele" toepassingen van het kansleerstuk en de toepassing bij medische fouten*

Een aanzienlijk deel van de Franse literatuur gaat uit van een onderscheid tussen de "traditionele" toepassingen van *la perte d'une chance* en de toepassing bij medische fouten, dat min of meer vanzelfsprekend zou zijn. Bij de traditionele toepassingen zouden aansprakelijkheid en causaal verband als zodanig gegeven zijn, maar zou alleen de vraag spelen of de schade wel is ingetreden of niet (door de fout kon het paard niet aan de race deelnemen, maar zou het wel een prijs hebben gewonnen?). Bij medische fouten zou daarentegen het bestaan van de schade als zodanig gegeven zijn, maar de vraag spelen of causaal verband en aansprakelijkheid wel bestaan of niet (de

418 Voor Canada zie *Lawson v. Laferrière* (zie de tekst bij noot 257 op blz. 160).

419 [1985] 3 All E.R. 167 blz. 175 sub g.

420 Zo bijv. in Zwitserland. Zie P. Loser, *Kausalitätsprobleme bei der Haftung für Umweltschäden* (diss. St. Gallen 1994) blz. 215-216.

benadeelde is invalide geworden, maar was dat wel het gevolg van de fout?).⁴²¹

In werkelijkheid doet het veronderstelde onderscheid zich niet voor. Wanneer de schade niet is ingetreden, bestaat óók geen causaal verband met de fout van de gedaagde. En omgekeerd, wanneer geen causaal verband met de fout bestaat, is óók geen "schade" geleden in de juridische zin van het woord.⁴²² En in *beide* gevallen geldt uiteraard dat waar geen schade is, ook geen aansprakelijkheid kan zijn.

Deze samenhang wordt door schrijvers als Viney en Bénabent kennelijk over het hoofd gezien. Hun opvatting gaat namelijk uit van het vertrekpunt dat bij medische fouten — anders dan bij de traditionele toepassingen — het bestaan van de definitieve schade vaststaat. Dit wordt waarschijnlijk in de hand gewerkt doordat bij medische fouten de onfortuinlijke gezondheidstoestand van de benadeelde (het overlijden, de chronische ziekte of het gebrek) een nogal in het oog springende realiteit is. Het niet winnen van een prijs in een paardenrace steekt daar wellicht wat mager tegen af. Toch is ook een onfortuinlijke gezondheidstoestand, wanneer zij niet het gevolg is van een oorzaak waarvoor een ander aansprakelijk kan zijn, geen "schade" in juridische zin. In dit opzicht bestaat geen enkel onderscheid met het niet winnen van prijzen in een paardenrace of het nadeel bij andere traditionele toepassingen van het leerstuk van *la perte d'une chance*.

In *alle* casusposities zijn vragen van schade, causaal verband en aansprakelijkheid onlosmakelijk met elkaar verweven, bij medische fouten niet minder dan in de "traditionele" gevallen. Van het a priori "vaststaan" van aansprakelijkheid en causaal verband in de traditionele gevallen zou enkel sprake kunnen zijn wanneer steeds ook *andere* schadeposten dan het verlies van een kans in het geding waren. Bijvoorbeeld wanneer het slachtoffer van een ongeval, naast het verlies van bepaalde promotie-kansen, ook schadeposten claimt waarover géén relevante onzekerheid bestaat. In veel "traditionele" gevallen is daarvan echter geen sprake, en waar dat wél het geval is wordt aan dat feit door rechtspraak noch literatuur enige bijzondere betekenis toegekend.

421 Vaak ligt de nadruk op het onderscheid tussen vragen van causaal verband en vragen van schade. Soms wordt het echter zo voorgesteld dat bij medische fouten de toepassing van het kansleerstuk een *voorwaarde* zou zijn voor aansprakelijkheid, terwijl bij de traditionele toepassingen de aansprakelijkheid reeds zou *vaststaan*. In deze zin nadrukkelijk I. Vacarie, RRJ 1987 blz. 907.

422 Over het causale karakter van het begrip schade zie A.R. Bloembergen, diss. (zie noot 46) nr. 12.

Bovendien kunnen ook bij medische fouten bepaalde schadeposten in het geding zijn waarvoor aansprakelijkheid buiten kijf staat. Zoals bijvoorbeeld in *Hotson*, waar de verplichting tot vergoeding van £ 150 voor *pain and suffering* van meet af aan vaststond.⁴²³

Het vanzelfsprekende onderscheid tussen "traditionele" gevallen en medische fouten waar veel auteurs vanuit lijken te gaan, is niet meer dan een veronderstelling, een denkconstructie,⁴²⁴ en biedt geen houdbare grondslag voor een dramatisch verschil in rechtsgevolgen.

3.4.14 *Het beweerde onderscheid tussen kansen met betrekking tot de toekomst en met betrekking tot het verleden*

Voor de uitzonderingspositie van het terrein van de medische fouten zijn echter ook meer expliciete argumenten aangevoerd. Als ik het goed zie is het belangrijkste onderscheid dat zowel in Frankrijk als in Engeland aan de afwijzende standpunten ten grondslag wordt gelegd, het verschil dat zou bestaan tussen kansen met betrekking tot gebeurtenissen in de toekomst, en kansen met betrekking tot gebeurtenissen die reeds hebben plaatsgevonden.

In Frankrijk kan dit argument worden teruggevoerd op de kritiek van Savatier. Bij kansen gaat het om mogelijkheden, gelegenheden, om het uitzicht op een gunstige gang van zaken. Een kans heeft dus altijd betrekking op de *toekomst*, zo voert Savatier aan, en daarom kan men in het heden nog niet weten of zij zich zal realiseren of niet. Bij het verlies van een kans kan men dus niet meer doen dan haar omvang proberen te schatten. Zo is het met de kans die een kandidaat had om te slagen voor een examen, en met de kans die een procespartij had om een procedure te winnen.⁴²⁵

Bij medische fouten zou dit anders zijn. Hier is de definitieve gezondheidsschade — het overlijden, de chronische ziekte of het

423 Overigens valt ook niet in te zien *om welke reden* de aanwezigheid van "zekere" schadeposten doorslaggevend zou kunnen worden geacht voor de aansprakelijkheid voor het verlies van een kans. In deze zin ook het *House of Lords* in *Hotson*, [1987] 2 All E.R. 909 blz. 912 sub a. Hetzelfde geldt m.b.t. de belasting met een duurzaam risico. Zie daarover § 3.5.10.

424 Vgl. Stark, die stelt dat het hier om "*einen Kunstgriff*" gaat. Zie E. Stark, *Die "Perte d'une chance" im schweizerischen Recht*, in: O. Guillod (Hrsg.), *Kolloquium: Neuere Entwicklungen im Haftpflichtrecht* (1991) blz. 101 e.v. (op blz. 106/7 noot 24).

425 D 1970 chr. blz. 124 l.k.

gebrek — reeds ingetreden. De genezings- of overlevingskansen van de patiënt hebben betrekking op het *verleden*, aldus Savatier. Het gaat hier niet meer om kansen, maar om voldongen feiten:

"Le raisonnement que nous croyons inacceptable situe, au contraire, des chances dans le passé, où se place, déjà, l'événement auquel on les applique. C'est une recherche périmée! [...] Il ne s'agit plus de chances, mais de faits accomplis."⁴²⁶

Savatier trekt een vergelijking met de waarde van een lot in de loterij: ná de trekking belichaamt zo'n lot niet langer een kans op een prijs, maar de prijs zelf, wanneer die erop gevallen is, òf niets, wanneer het lot niet in de prijzen viel.⁴²⁷

Omdat het concept van de kansschade bij medische fouten geen hout snijdt, kan de rechter alleen tot schadevergoeding veroordelen als hij tot de overtuiging is gekomen dat causaal verband bestaat tussen fout en definitieve schade, aldus Savatier.⁴²⁸

Savatier's opvatting lijkt samen te hangen met de volgende gedachtengang: verloor de benadeelde een kans met betrekking tot een toekomstige gebeurtenis dan is een beroep op het kansleerstuk noodzakelijk en legitiem. Zonder glazen bol kunnen wij nu eenmaal niet in de toekomst kijken. Verloor de gedaagde daarentegen een kans met betrekking tot een gebeurtenis in het verleden, dan gaat het om een kwestie als alle andere waarin de rechter de knoop behoort door te hakken.

De kritiek van Savatier klopt echter niet, de weergegeven gedachtengang bevat een essentiële omissie, en bovenal: niet valt in te zien waarom aldus geredeneerd juist het terrein van de medische fouten een uitzonderingspositie zou innemen. Waar Savatier zich geen reenschap van geeft is dat het onderscheid tussen gebeurtenissen in de toekomst en in het verleden alléén hout snijdt met betrekking tot niet-hypothetische gebeurtenissen, terwijl het bij het verlies van een kans — ongeacht het toepassingsgebied — onvermijdelijk om een inschatting van hypothesen gaat. De kans die de benadeelde verloor was *op het moment van de fout* per definitie in de toekomst gelegen, óók wanneer het moment waarop de benadeelde zijn kans had kunnen beproeven *inmiddels* in het verleden ligt. Doordat de fout van de

426 D 1970 chr. blz. 124.

427 Ibid.

428 Ibid.

gedaagde in de loop der gebeurtenissen heeft ingegrepen is deze toekomst echter *louter hypothetisch* geworden. In dezelfde zin Boré:

"la chance est toujours une « supputation légitime de l'avenir »⁴²⁹ mais [...] en cas de *perte* d'une chance, cet avenir est toujours *définitivement révolu*"⁴³⁰

De kern van de zaak is dat de benadeelde het door de fout van de gedaagde met een *andere* toekomst heeft moeten doen: een toekomst waarin hij de gunstige kans die hij oorspronkelijk had niet kan beproeven. *Hoever* deze nieuwe toekomst zich op het tijdstip van het proces reeds heeft voltrokken, kan op de realiteit van dit nadeel niet meer van invloed zijn: de betreffende kans is hoe dan ook definitief verloren. De uitkomst die zij zou hebben gehad zal nooit meer bekend worden omdat zij door de fout definitief werd "afgesneden" (zie § 3.2.3). Het vaststellen van gebeurtenissen in een *hypothetisch* verleden is even ondoenlijk als het voorspellen van gebeurtenissen in een hypothetische toekomst: het kan allebei slechts met behulp van een glazen bol. Wil men het toegebrachte nadeel compenseren dan is in *beide* gevallen een beroep op het kansleerstuk noodzakelijk en legitiem.

Ook aan de door Savatier genoemde voorbeelden kan men zien dat het bedoelde onderscheid in werkelijkheid geen hout snijdt, noch specifiek voor het terrein van de medische fouten kan zijn. Ten tijde van de fout hadden de kansen van de benadeelden in alle door hem genoemde gevallen betrekking op toekomstige ontwikkelingen. Ten tijde van het proces is het intreden van de definitieve schade in alle gevallen reeds definitief. Het diploma voor het examen, het gunstige vonnis in de mislukte procedure, een meer fortuinlijke gezondheidstoestand, telkens zijn zij de benadeelde definitief ontgaan.

Het tijdstip waarop de benadeelde zijn kans had kunnen beproeven kan onmogelijk een uitzonderingspositie voor het terrein van de medische fouten constitueren. Ook bij de niet gewraakte "traditionele" toepassingen komt het geregeld voor dat dit tijdstip inmiddels in het verleden ligt. Het zou ook een uiterst merkwaardig resultaat opleveren wanneer werkelijk doorslaggevend werd geacht of dit tijdstip was gelegen vóór of ná de datum van het proces.⁴³¹

429 Hij citeert hier R. Savatier, D 1970 chr. blz. 124 l.k.

430 JCP 1974 I 2620 nr. 38.

431 Enzo B. Coote, 62 A.L.J. (1988) blz. 767 (zie de tekst bij noot 448 op blz. 204).

Het voorbeeld met het lot dat na trekking slechts een waarde bezit wanneer er een prijs op is gevallen, is dan ook misleidend. Een eerlijke vergelijking levert de casus op waarin nooit bekend wordt of op het verloren lot een prijs zou zijn gevallen ("afgesneden" kans), bijvoorbeeld omdat de lotnummers onbekend zijn gebleven.⁴³²

3.4.15 *Het Hotson-argument: het onderscheid tussen past en future fact*

Ook in Engeland is aangevoerd dat verschil zou bestaan tussen kansen met betrekking tot de toekomst en met betrekking tot het verleden, zij het verpakt in een andere redenering. Zo begrijp ik tenminste de eindbeslissing in *Hotson*, waar het *House of Lords* zijn afwijzende standpunt met name baseerde op het onderscheid tussen *past* en *future fact*.⁴³³ Het cruciale probleem in de *Hotson*-casus was gelegen in de feitelijke stand van zaken op het moment vóórdat de foutieve behandeling van de benadeelde begon, aldus het *House of Lords*, namelijk de onzekerheid over de vraag of de bloedvaten in benadeeldes heupgewricht op dat moment reeds zodanig waren beschadigd dat de *avasculaire necrose* waardoor hij uiteindelijk invalide werd, onvermijdelijk was. Het ging dus niet om het inschatten van hypothetische mogelijkheden, maar gewoon om een vraag van *past fact*, aldus Lord Mackay:

"the fundamental question of fact to be answered in this case related to a point in time before the negligent failure to treat began. It must, therefore, be a matter of past fact. It did not raise any question of what might have been the situation in a hypothetical state of facts."⁴³⁴

432 Overigens kan ook in de casus à la Savatier, waarin wél bekend wordt of het verloren lot in de prijzen zou zijn gevallen ("openstaande" kans), worden verdedigd dat een schadevergoeding op zijn plaats is. Omdat een lot in de loterij — anders dan een gezondheidskans — in principe overdraagbaar zal zijn heeft de benadeelde, *op het tijdstip van de onrechtmatige daad of wanprestatie*, een vermogensverlies geleden in de vorm van de mogelijkheid om het lot vóór de trekking te verkopen. In deze zin Hofmann/Van Opstall (1976) blz. 176, bijgevallen door C.J.H. Brunner, AA 1995 blz. 936 r.k. Zie voorts L.H. Pals, a.w. (zie noot 9) die meent dat schadevergoeding slechts mogelijk in het kader van een "abstracte" schadeberekening (blz. 182). Over het ijkpunt voor de begroting van schade en de samenhang met het leerstuk van de abstracte schadeberekening, zie nader § 3.5.9.

433 Evenzo D.P.T. Price, 38 ICLQ (1989) blz. 752-753.

434 [1987] 2 All E.R. 909 blz. 915 sub j.

Daarom moest de knoop *on the balance of probabilities* worden doorgehakt, zo meende ook Lord Bridge:

"This was a conflict, like any other about some relevant past event, which the judge could not avoid resolving on a balance of probabilities."⁴³⁵

Lord Makay onderbouwde zijn standpunt onder meer met een verwijzing naar een passage van Lord Diplock over het onderscheid tussen *past* en *future fact* in *Mallett v. McMonagle*:⁴³⁶

"The role of the court in making an assessment of damages which depends upon its view as to what will be and what would have been is to be contrasted with its ordinary function in civil actions of determining what was. In determining what did happen in the past a court decides on the balance of probabilities. Anything that is more probable than not it treats as certain. But in assessing damages which depend upon its view as to what will happen in the future or would have happened in the past, the court must make an estimate as to what are the chances that a particular thing will or would have happened and reflect those chances, whether they are more or less than even, in the amount of damages which it awards."⁴³⁷

Op grond van dit onderscheid tussen *past* en *future fact* zou een verschil moeten worden aangenomen tussen de situatie in *Hotson (past fact*: knoop doorhakken volgens het alles-of-niets) en het geval dat de kans van de benadeelde betrekking had op een gebeurtenis in de toekomst (*future fact*: begroting van de schade naar rato van de waarschijnlijkheid van intreden). Een uitspraak waarin kennelijk werd aangenomen dat de verloren kans van de benadeelde betrekking had op de toekomst is *Davies v. Taylor*.⁴³⁸

Een weduwe wier echtgenoot om het leven kwam vlak nadat een aanzet was gemaakt tot een echtscheidingsprocedure, sprak de veroorzaker van het ongeval aan wegens gederfd levensonderhoud. In eerste aanleg en in hoger beroep werd haar vordering afgewezen omdat zij niet *on the balance of probabilities* had kunnen bewijzen dat zij zich, zoals aangevoerd, met haar

435 [1987] 2 All E.R. 909 blz. 913 sub f.

436 [1970] A.C. 166; [1969] 2 W.L.R. 767; [1969] 2 All E.R. 178.

437 [1969] 2 All E.R. op blz. 191.

438 [1974] A.C. 207; [1972] 3 W.L.R. 801; [1972] 3 All E.R. 836.

3 *Het verlies van een kans*

echtgenoot zou hebben verzoend en van hem levensonderhoud zou zijn blijven ontvangen.⁴³⁹

Daarmee was een verkeerde maatstaf aangelegd, aldus het *House of Lords*. De weduwe hoefde niet *on the balance of probabilities* te bewijzen dat zij zich met haar echtgenoot zou hebben verzoend, maar had recht op een schadevergoeding naar rato van de kans dat deze verzoening zou hebben plaatsgevonden.⁴⁴⁰ Aan deze beslissing werd door Lord Reid onder meer het onderscheid tussen *past* en *future fact* ten grondslag gelegd:

"You can prove that a past event happened, but you cannot prove that a future event will happen and I do not think that the law is so foolish as to suppose that you can. All that you can do is to evaluate the chance"⁴⁴¹

Wat wij hier in fraaie termen te berde zien gebracht is het zojuist besproken argument van de glazen bol. De strekking van mijn commentaar is hetzelfde: het verschil tussen gebeurtenissen in de toekomst en gebeurtenissen in het verleden snijdt alleen hout met betrekking tot niet-hypothetische gebeurtenissen, zoals Lord Diplock zich blijkens zijn bewoordingen in *Mallett* ook heeft gerealiseerd.⁴⁴² In de hier besproken context kan men er enkel door op het verkeerde been worden gezet. Hier bestaat namelijk *geen* wezenlijk verschil tussen de (on)mogelijkheid om een gebeurtenis in de toekomst vast te stellen zoals in *Davies*, en de (on)mogelijkheid om een gebeurtenis in het verleden vast te stellen zoals in *Hotson*, omdat de rechter in beide gevallen over de betreffende gebeurtenis niets relevants kan vaststellen *los van het hypothetische*. Anders dan *their Lordships* het voorstellen gaat het in *Hotson* niet om de vaststelling van een statische situatie voorafgaand aan de fout van gedaagde, maar om het inschatten van de dynamiek van oorzaak en gevolg.⁴⁴³ Het cruciale aspect van de

439 Het ging om een vordering krachtens de *Fatal Accidents Act*. De omstandigheden waren zo dat de man na echtscheiding kennelijk niet verplicht zou zijn geweest tot het betalen van alimentatie.

440 In casu werd de kans op verzoening te klein geacht en de vordering afgewezen.

441 [1972] 3 All E.R. op blz. 838 sub h.

442 Anders dan Lord Reid in *Davies* contrasteert Lord Diplock in *Mallett* "what was" met "what will be and what would have been".

443 C.q. om de vraag of door de fout van gedaagde wel *schade* is ontstaan. Maar ook vanuit deze invalshoek stuit men onherroepelijk op een hypothetisch element: voor een juiste vaststelling van de schade moet men de toestand na de onrechtmatige daad

toestand van de benadeelde vóórdát de fout in de loop van de gebeurtenissen ingreep, was gelegen in de vraag of die toestand (de mate waarin de bloedvaten in het heupgewricht waren beschadigd) ook zonder de fout tot de daarop volgende toestand (de invaliditeit) zou hebben geleid. Anders dan Lord Mackay het voorstelt bestaat ook hier, net als in *Davies*, een hypothetisch element: in *beide* situaties is de vraag wat de feitelijke situatie *was* (was het intreden van de definitieve schade reeds vóór de fout onafwendbaar?) onlosmakelijk verbonden met de vraag wat in een hypothetische situatie gebeurd *zou zijn* (zou de definitieve schade ook zijn ingetreden zonder de fout van de gedaagde?).⁴⁴⁴ De suggestie dat over het één werkelijk iets relevants kan worden vastgesteld los van het ander is misleidend. In dezelfde zin Price:

"With respect to their Lordships, it is misleading merely to state the issue as one of past fact and thus removed from any question of a hypothetical state of affairs. In reality, almost all assessments of causation involve the assessment of hypotheticals. The "but for" test itself requires the court to consider what would have happened in the absence of the alleged breach of duty."⁴⁴⁵

In werkelijkheid kan het onderscheid tussen *past* en *future fact* in de hier besproken context niet méér inhouden dan een onderscheid in tijdstip waarop de benadeelde zijn kans had kunnen beproeven — in het verleden danwel in de toekomst — bezien vanuit de datum van het proces. Een dergelijk toevallig onderscheid kan — zoals reeds aangevoerd met betrekking tot de opvatting van Savatier — het veronderstelde verschil in rechtgevolg nooit rechtvaardigen. Evenmin valt in te zien hoe dit onderscheid een uitzonderingspositie voor het terrein van de medische fouten zou kunnen constitueren. Ook in Engeland komt bij de "traditionele" toepassingen van *loss of a chance* geen bijzondere betekenis aan het bedoelde tijdstip toe. Meermaals is schadevergoeding toegekend terwijl dit tijdstip inmiddels in het

niet vergelijken met de toestand zoals die voor de onrechtmatige daad *was*, maar met de toestand zoals die zonder de onrechtmatige daad *zou zijn geworden*. Zie A.R. Bloembergen, diss. (zie noot 46) nr. 14.

444 In dezelfde zin T. Weir, a.w. (zie noot 151) blz. 119.

445 38 ICLQ (1989) blz. 753.

verleden lag.⁴⁴⁶

Wanneer het wél op dit tijdstip zou aankomen zou dat bovendien het merkwaardige resultaat opleveren dat doorslaggevend wordt of dit tijdstip was gelegen vóór of ná de datum van het proces. In dezelfde zin de Australische hoogleraar Coote:

"it would be an odd result if, in a case like *Davies v. Taylor*, succes or failure for the plaintiff's case should have to turn on whether the chance of reconciliation with her husband related to the period after, rather than before, the hearing of the action. [...] Rather, the contrast drawn is between the actual and the necessarily hypothetical. That being so, it seems reasonable to conclude that when his Lordship spoke of what would have happenend in the future if something had not happened in the past,⁴⁴⁷ the future to which he referred was intended to date from the occurrence of that "something" rather than from the hearing of the action."⁴⁴⁸

Naar mijn mening kan het onderscheid tussen *past* en *future fact* het verschil in uitkomst tussen *Davies* en *Hotson* niet werkelijk verklaren. Als in *Davies* de waarschijnlijkheid van een hypothetische gebeurtenis (de verzoening die mogelijk was geweest zonder het ongeval) in de hoogte van de schadevergoeding moest worden verdisconteerd, dan valt niet in te zien waarom die benadering niet eveneens was aangewezen met betrekking tot de hypothetische gebeurtenis in *Hotson* (de genezing die mogelijk was geweest zonder de medische fout). Zoals Lord Diplock reeds aangaf in *Mallett* kan de rechter in géén van beide situaties meer doen dan het maken van "*an estimate as to what are the chances that a particular thing will or would have happened*".⁴⁴⁹

446 Een sprekend voorbeeld is *Kitchen v. Royal Air Forces Association*, [1958] 1 W.L.R. 563; [1958] 3 All E.R. 241, waar het ging om het verlies van een kans, inmiddels bijna 10 jaar geleden, op de toekenning van een claim krachtens de *Fatal Accidents Act*, die verloren ging doordat de betreffende *sollicitor* destijds de indieningstermijn had laten verlopen. Het ongeval waarbij de echtgenoot van de benadeelde kwam te overlijden vond plaats in 1945. De indieningstermijn verliep 12 maanden daarna. Pas in 1955 sprak de weduwe haar *sollicitor* aan wegens *negligence*. In 1957 werd hij veroordeeld tot vergoeding van 2/3 van het bedrag dat de weduwe krachtens de *Fatal Accidents Act* had kunnen verhalen. In 1958 werd de beslissing bevestigd door het *Court of Appeal*.

447 Bedoeld wordt de passage van Lord Diplock in *Mallett v. McMonagle* (zie de tekst bij noot 436 op blz. 201).

448 62 A.L.J. (1988) blz. 767.

449 Zie het citaat bij noot 436 op blz. 201.

3.4.16 Verwarring van "afgesneden" en "openstaande" kansen

Sterk verwant aan de kritiek van Savatier op de toepassing van het leerstuk van *la perte d'une chance* bij medische fouten is die van Penneau. Volgens Penneau gaat het bij het verlies van genezings- en overlevingskansen in feite om *beproefde* kansen, waarvan de uitkomst inmiddels bekend is.⁴⁵⁰ Hij vergelijkt de benadeelde patiënt met de student die ondanks zijn door een fout verminderde slaagkansen tóch aan een examen deelneemt en zakt.⁴⁵¹ Het verlies van een kans komt slechts voor vergoeding in aanmerking wanneer die kans nooit beproefd werd en haar uitslag dus steeds onbekend zal blijven, aldus Penneau. Hij voegt daaraan toe dat het vreemd zou zijn wanneer ook vergoeding moet worden toegekend indien — ondanks het kansverlies — de patiënt tóch nog geneest, of het examen tóch wordt gehaald.⁴⁵²

Deze kritiek gaat eraan voorbij dat de benadeelden hun *verloren* kansen juist *niet* hebben kunnen beproeven. In de gewraakte casusposities zijn zij door de fout zelfs volledig kansloos geworden. Het doet er niet toe of de kansloze student nog op het examen verschenen is of niet. Evenzo bij medische fouten. Anders dan de student kan een kansloze patiënt de proef op de som niet ontlopen. De afloop van zijn gezondheidstoestand is nu eenmaal geen "examen" waarvoor hij zich terug zou kunnen trekken. Een kans om te beproeven heeft hij echter niet meer: door de fout van de gedaagde staat het intreden van de definitieve schade bij voorbaat vast.

In het bijzondere geval waar Penneau zijn vergelijking mee trekt, waar ondanks het kansverlies nog een (kleinere) kans *overblijft*, is sprake van een wezenlijk andere figuur. Namelijk die van de "openstaande" kansen, door mij ook "de belasting met een duurzaam risico" genoemd (zie § 3.2.3). In dat geval kan het lot van de benadeelde inderdaad nog ten goede keren, wat niet wil zeggen dat hij niet

450 Soms krijgt deze kritiek de vorm van de weigering om genezings- en overlevingskansen als een afzonderlijke schade te beschouwen. Deze kansen zouden "geabsorbeerd" zijn door de definitieve schade (J.-L. Aubert, *Encyclopédie Dalloz, Répertoire droit civil*, v° Médecine, nr. 767), en daarom niet zelfstandig voor vergoeding in aanmerking kunnen komen.

451 A.w. (zie noot 75) nr. 106; D 1973 blz. 597 l.k.

452 Ibid. In dezelfde zin in de VS: L.M. Roubik, 59 Wash.L.Rev. (1984) blz. 985.

benadeeld zou zijn,⁴⁵³ maar slechts dat het alternatief bestaat om te wachten wat de toekomst brengen zal. Blijkt dat de student ondanks het kansverlies toch nog slaagt, c.q. dat de patiënt toch nog geneest, dan staat uiteraard tevens vast dat zich uiteindelijk geen vergoedbare schade heeft gerealiseerd (behoudens eventuele "vertragingsschade").⁴⁵⁴ Zie over deze figuur nader § 3.5.

3.4.17 *Een onderscheidend criterium bestaat niet*

Zoals uiteengezet is zowel in Frankrijk als in Engeland getracht een onderscheidend criterium te vinden tussen de "traditionele" toepassingen van het verlies van een kans en de toepassing bij medische fouten. Dit criterium zou het verschil uitmaken tussen het verlies van een kans als een onomstreden techniek van schadebegroting enerzijds, en als een bedenkelijke "constructie" om de onzekerheid over het causaal verband te omzeilen anderzijds.

Ik hoop te hebben aangetoond dat een dergelijk criterium niet kan worden geformuleerd. De rechter stelt zich een onmogelijke opgave, wanneer hij het vraagstuk benadert als het *High Court* deed in *Hotson*:

"In the end the problem comes down to one of classification. Is this on true analysis a case where the plaintiff is concerned to establish causative negligence or is it rather a case where the real question is the proper quantum of damage? Clearly the case hovers near the border. Its proper solution in my judgement depends on categorising it correctly between the two."⁴⁵⁵

De hier bedoelde afbakening is niet mogelijk omdat *iedere* casuspositie met het verlies van een kans kan worden geformuleerd als een kwestie van causaal verband *en* als een kwestie van schade. Voor- en tegenstanders van de toepassing van het kansleerstuk in de medische context kunnen eindeloos langs elkaar heen praten omdat ieder *kan* zien wat hij *wil* zien: of een vraag van causaal verband op de voorgrond treedt, of een van schade wordt uiteindelijk slechts bepaald door de

453 Zie G. Durry, Rev.trim.dr.civ. 1972 blz. 410; T. Vansweevel, a.w. (zie noot 33) nr. 517 blz. 382-383.

454 In dezelfde zin in de VS: K.J. Willging, 9 J.Contemp. Health L.& Policy (1993) blz. 552-553.

455 [1985] 3 All E.R. 167 blz. 175 sub f.

gekozen invalshoek.⁴⁵⁶ Een abstract-logisch onderscheid tussen de toepassing bij medische fouten en de "traditionele" toepassingen bestaat echter niet.

3.4.18 Aspecten die de kritiek mogelijk kunnen verklaren

De vraag rijst hoe de hardnekkige kritiek op de toepassing van het kansleerstuk bij medische fouten in Frankrijk, en de afwijzende beslissing in *Hotson* dan wél kunnen worden verklaard. Zulks te meer waar in de Verenigde Staten het kansleerstuk juist op het gewraakte terrein in een stroomversnelling is geraakt. Ik noem drie aspecten die hierbij mogelijk van belang zijn.

In de eerste plaats de reeds genoemde omstandigheid dat bij medische fouten het geleden nadeel (het overlijden, de chronische ziekte of het gebrek) een wel erg in het oog springende realiteit is. De realiteit van de kansschade ontwaart men slechts door enig redeneren, en steekt daar wat magertjes tegen af. Dit heeft niet alleen het in in § 3.4.13 beschreven gevolg dat veel schrijvers er als vanzelfsprekend vanuit lijken te gaan dat hier — anders dan bij "traditionele" toepassingen — uitsluitend een vraag van causaal verband aan de orde is. Het maakt ook dat de toepassing van het kansleerstuk een groter beroep op het voorstellingsvermogen doet dan bij rechtstreekse vermogensschade. Daar bestaat tussen kans- en definitieve schade vaak veel minder contrast. Bijvoorbeeld bij de derving van toekomstige inkomsten, waar het onderscheid tussen gedeerde winst en verloren *winstkansen* voornamelijk tot uitdrukking komt in de hoogte van het toe te kennen geldbedrag.

Een tweede aspect hangt hiermee samen en betreft de aard van de schade. Bij medische fouten gaat het om het verlies van een kans op het vermijden van gezondheidsschade. Het verband met vermogensschade is *indirect*. Zoals aangestipt in § 3.4.7 kan ook dit aspect meebrengen dat het aannemen van een zelfstandig nadeel in feitelijk-economische zin hier een wat groter beroep op het voorstellingsvermogen doet dan bij het verlies van kansen die rechtstreeks betrekking hebben op vermogensbestanddelen. Zoals daar uiteengezet ligt het toekennen van een financiële waarde aan gezondheidskansen niettemin alleszins in de rede.

Last but not least zijn er overwegingen van rechtspolitieke aard die

456 Zie § 3.4.13.

een rol kunnen spelen. Het zou mij niet verbazen wanneer de beslissing van het *House of Lords* in *Hotson* vooral was ingegeven door de vrees om de aansprakelijkheid van de medische stand te ver op te rekken. In Frankrijk is deze vrees nadrukkelijk aangevoerd als mede-redengevend voor de bezwaren tegen de toepassing van het kansleerstuk bij medische fouten.⁴⁵⁷

De wens om de aansprakelijkheid van de medische stand binnen de perken te houden is in principe een legitiem gezichtspunt, waarover meer in § 3.4.20. Op deze plaats wijs ik er reeds op dat deze overweging in het Nederlandse recht juist de andere kant op zou wijzen. Het alternatief voor de vergoeding van genezings- en overlevingskansen lijkt immers de omkering van de bewijslast te zijn,⁴⁵⁸ hetgeen uiteraard tot een nog verdergaande aansprakelijkheid zou leiden. Ook in Frankrijk is opgemerkt dat de vergoeding van het verlies van genezings- en overlevingskansen voor de medische stand in werkelijkheid wel eens het minste van twee kwaden zou kunnen zijn.⁴⁵⁹

3.4.19 *Kansen waarvan de verwezenlijking afhankelijk zou zijn geweest van de benadeelde*

Een bijzondere figuur doet zich voor bij het verlies van een mogelijkheid om anders te handelen dan men deed. Dat kan met name gebeuren wanneer de benadeelde door de fout van een derde over onjuiste of onvoldoende informatie beschikte. Zoals bij het verlies van de mogelijkheid om een bepaalde rechtshandeling niet, juist wel, of tegen andere condities te verrichten doordat een advocaat of andere dienstverlener ten onrechte naliet de benadeelde voldoende te informeren,⁴⁶⁰ of bij het verlies van de mogelijkheid om een geïnformeerde afweging te maken over het ondergaan van een bepaalde medische behandeling doordat een arts ten onrechte naliet om op

457 Zie de verwijzingen in noot 76.

458 Vgl. de opvatting van Asser en anderen (zie noot 37).

459 G. Durry, Rev. Trim. Dr. Civ. 1983 blz. 548.

460 Een recent voorbeeld van een dergelijke casus is HR 26 jan. 1996, NJ 1996, 607 m.nt. WMK (*Dicky Trading II*) (notaris laat ten onrechte na kritische vragen te stellen waardoor de benadeelde een kans misliep om af te zien van een fatale transactie met een "geslepen oplichter") Bij mijn weten is toepassing van het kansleerstuk in deze procedure niet bepleit.

bepaalde risico's te wijzen (behandeling uitgevoerd zonder "informed consent").

In verschillende landen is aangevoerd dat toepassing van het kansleerstuk in dit soort gevallen onjuist zou zijn.⁴⁶¹ In tenminste één geval heeft het Franse *Cour de Cassation* ook in deze zin beslist.⁴⁶²

De *administrateur provisoire* van een notarispraktijk verzuimde om een aangetekende brief, waarin de op non-actief gestelde notaris werd gemaand om de achterstallige premie voor zijn levensverzekering te betalen, tijdig naar deze door te zenden. Toen de notaris enige tijd later overleed, weigerde de verzekeraar uitkering aan diens weduwe. Vanwege de benarde financiële situatie van de notaris en zijn vrouw was onzeker of zij, indien de aanmaning wél op tijd zou zijn doorgezonden, de achterstallige premie zouden hebben betaald. In verband met deze onzekerheid paste het *Cour d'Appel* het leerstuk van *la perte d'une chance* toe.

Dat vond geen genade bij het *Cour de Cassation*. Het vermogen of het onvermogen van de echtelieden om de premie te betalen — daarover diende de feitenrechter de knoop door te hakken — had moeten leiden tot het aannemen of afwijzen van causaal verband, aldus het *Cour de Cassation*. Voor toepassing van het kansleerstuk is slechts plaats bij een onzekere toekomstige gebeurtenis, waarvan het intreden onafhankelijk is van de eigen wil van de benadeelde:

"la perte d'une chance ne peut dépendre que d'un événement futur et incertain dont la réalisation ne peut résulter de l'attitude de la victime".

In de literatuur is dit arrest uiteenlopend ontvangen. Instemming heeft het gevonden bij Vacarie,⁴⁶³ die het ook van toepassing acht op de figuur van de onvoldoende geïnformeerde patiënt. Bij deze figuur was het kansleerstuk in eerdere beslissingen reeds aanvaard.⁴⁶⁴ Afwijzend is het commentaar van Huet, die niet kan inzien waarom de betrokkenheid van de benadeelde per definitie zou betekenen dat van het verlies

461 Voor een pleidooi voor een omkering van de bewijslast bij schending van een medische informatieplicht, zie I. Giesen, AA 1995 blz. 534 e.v. Giesen laat echter de doctrine van het verlies van een kans buiten beschouwing, zoals hij zelf aangeeft in noot 1.

462 Cass. Civ. 1re 2 okt. 1984, JCP 1984 IV 338.

463 I. Vacarie, RRJ 1987 blz. 917-922.

464 Cass. Civ. 1re 5 nov. 1974, Bull. civ. 1974 I nr. 291; JCP 1974 IV 417. Ook Vansweevelt wijst hierop (a.w. — zie noot 33 — nr. 418 blz. 321).

van een reële kans geen sprake kan zijn.⁴⁶⁵ Deze Franse discussie heeft inmiddels haar weerklank gevonden in België, waar Nys zich heeft uitgesproken tégen,⁴⁶⁶ en Vansweevelt zich heeft uitgesproken vóór de toepassing van het kansleerstuk op de figuur van de onvoldoende geïnformeerde patiënt.⁴⁶⁷

Ook in Engeland heeft de rechter een enkele maal in afwijzende zin besloten. Dat gebeurde in *Sykes v. Midlandbank*:⁴⁶⁸

Een huurder had schade geleden in verband met een ongebruikelijke en enigszins cryptisch geformuleerde bepaling in zijn huurovereenkomst, waarover hij ten onrechte niet was voorgelicht door zijn *solicitor*. Omdat de huurder niet kon bewijzen dat hij, indien voldoende voorgelicht, van het aangaan van deze huurovereenkomst zou hebben afgezien, deed hij een beroep op het leerstuk van *loss of a chance*.

Dat beroep werd afgewezen door het *Court of Appeal*, dat zich echter — anders dan het Franse *Cour de Cassation* — niet liet verleiden tot het formuleren van een in algemene termen verwoord onderscheid dat zou bestaan ten opzichte van wél aanvaarde gevallen van *loss of a chance*.

Hieraan waagde zich wel Donaldson M.R. in *Hotson*. Hij voerde aan dat in de hier besproken figuur niet het lot, maar de benadeelde zélf de uitkomst van de verloren kans zou hebben bepaald, en dat het — anders dan in "gewone" gevallen van het verlies van een kans — mogelijk zou zijn om vast te stellen wat die uitkomst zou zijn geweest wanneer de fout niet was gemaakt.⁴⁶⁹

Dat laatste valt niet in te zien. Hoe de omstandigheid dat de benadeelde zelf zou hebben beslist, het per definitie mogelijk zou maken om vast te stellen wat die beslissing zou zijn geweest, blijft voor mij volledig duister. De gelegenheid deze beslissing te nemen is de benadeelde immers definitief ontnomen. Zijn huidige opvatting kan — menselijkerwijs gezien — niet meer maatgevend zijn, omdat hij

465 J. Huet, *Perte d'une chance: du plus ou moins classique*, Rev. Trim. Dr. Civ. 1986 blz. 117-119.

466 Zie H. Nys, *Het kind en de rekening. Fout, schade en schadevergoeding naar aanleiding van een mislukte sterilisatie*, RW 1988-89 blz. 1156 e.v. (op blz. 1161).

467 T. Vansweevelt, a.w. (zie noot 33) nrs. 519-520 blz. 383-384 (alsmede nrs. 417-418 blz. 320-321).

468 [1971] 1 Q.B. 113; [1970] 2 All E.R. 471 (C.A.).

469 [1987] 1 All E.R. op blz. 217 sub h. Donaldson geeft zijn mening niet n.a.v. *Sykes*, maar n.a.v. een hypothetisch voorbeeld.

inmiddels weet heeft van de onfortuinlijke gang van zaken die zich heeft voltrokken.⁴⁷⁰ In beide hiervoor vermelde casusposities meende de rechter dan ook onvoldoende aanknopingspunten te hebben om te kunnen oordelen hoe de benadeelde zou hebben gehandeld wanneer hij wél over voldoende informatie had beschikt. De redenering van Donaldson laat ook onverklaard waarom het kansleerstuk niet eveneens werd afgewezen in gevallen waarin de beslissing over de uitkomst van de verloren kans in handen van andere personen dan de benadeelde zou zijn geweest. Zoals bijvoorbeeld in *Chaplin v. Hicks*,⁴⁷¹ waar de beslissing over de aanstelling van de benadeelde als actrice in handen zou hebben gelegen van de gedaagde.⁴⁷²

Wat er ook zij van de concrete beslissingen in de beide hiervoor weergegeven casusposities, voor een *categorale* afwijzing van het kansleerstuk bestaat naar mijn mening geen enkele grond. Een anders-luidende opvatting kan slechts berusten op de verwarring van de daadwerkelijke gang van zaken met een hypothetische.

De in categorale termen geformuleerde motivering van het Franse arrest lijkt uit te gaan van de opvatting dat de begrippen "vrije wil" en "kans" elkaar volledig uitsluiten.⁴⁷³ Wanneer de benadeelde de loop der dingen daadwerkelijk in de hand zou hebben gehad, is dat inderdaad het geval.⁴⁷⁴ In de hier besproken figuur bleef die mogelijkheid echter louter hypothetisch. De situatie waarin de benadeelde zijn vrije wil had kunnen uitoefenen heeft zich juist *niet* voorgedaan. Door het informatiegebrek heeft hij immers niet, of althans niet "vrij", kunnen beslissen. En sinds hij wél wist wat hij destijds had moeten weten, heeft hij de loop der dingen evenmin meer kunnen beïnvloeden.

Voor de toepassing van het kansleerstuk kan slechts doorslaggevend zijn of een serieuze twijfel bestaat over de vraag wat de benadeelde — de fout weggedacht — zou hebben gedaan.⁴⁷⁵ Bestaat een reële kans dat hij anders zou hebben gehandeld, dan is die kans door de fout

470 Vgl. H.L.A. Hart & Tony Honoré, *Causation in the law* (1985) blz. 417; D. Giesen, a.w. (zie noot 62) rnr. 676.

471 Zie de tekst bij noot 129 op blz. 137.

472 In de gemiste finale bestond de jury uit één persoon, namelijk de gedaagde zelf. Diens posterieure opvatting kon evenmin maatgevend zijn. Vgl. *McGregor on Damages* (1988) rnr. 367 blz. 230.

473 Deze opvatting is ook het uitgangspunt van Vacarie, zie RRJ 1987 blz. 904.

474 Althans voor zover men het begrip "kans" opvat als een onzekere, niet voor menselijke beheersing vatbare gebeurtenis.

475 In dezelfde zin J. Huet, *Rev. Trim. Dr. Civ.* 1986 blz. 118.

verloren gegaan, en komt zij voor vergoeding in aanmerking. Dat is slechts anders wanneer men het bestaan van die kans *niet* reëel oordeelt.⁴⁷⁶ In dezelfde zin Vansweevelt:

"of de realisatie van de kans uiteindelijk in de handen ligt van de betrokkene is irrelevant. Essentieel in de kanstheorie is enkel dat door de fout van een persoon de mogelijkheid om een bepaald voordeel te verwerven of om een nadeel te vermijden, teloor gaat. Is die mogelijkheid voldoende reëel, dan staan we voor "zekere" schade."⁴⁷⁷

Een beslissing hierover hoeft geen onoverkomelijke problemen op te leveren. Net als in "gewone" gevallen van het verlies van een kans zal de rechter een beredeneerde inschatting kunnen maken. Daartoe kan hij zich refereren aan de doorsnee, redelijk handelende persoon, en de aldus gevonden indicatie eventueel bijstellen op grond van specifieke karakteristieken van de benadeelde.⁴⁷⁸ Zo zal als vertrekpunt mogen worden genomen dat de onvoldoende geïnformeerde cliënt zou hebben gehandeld als ieder ander in een vergelijkbare maatschappelijke en/of commerciële positie, die redelijk handelt ten opzichte van zijn eigen belang. Evenzo bij de onvoldoende geïnformeerde patiënt.⁴⁷⁹ In dit laatste geval kan de rechterlijke besluitvorming mogelijk mede worden gebaseerd op empirische gegevens over de beslissingen van patiënten in een vergelijkbare positie die — wél voldoende geïnformeerd — voor dezelfde keuze werden gesteld. De aldus gemaakte inschatting behoort zoveel mogelijk nader te worden toegespitst op de specifieke persoon

476 C.q. wanneer men oordeelt dat niet slechts een *kans* bestond, maar dat voldoende *zekerheid* over een andersluidende beslissing bestaat. In dat geval is uiteraard een integrale schadevergoeding aangewezen, en komen wij aan het verlies van een kans niet toe. Hetzelfde resultaat wordt bereikt wanneer men meent dat het risico van een verkeerde afloop, dat normaliter op de benadeelde rust, vanwege de fout moet worden gedragen door de gedaagde. Aan deze benadering lijkt (althans in de context van de onvoldoende geïnformeerde patiënt) de voorkeur te worden gegeven door D. Giesen, a.w. (zie noot 62) rnr. 698, die de toepassing van het kansleerstuk kennelijk als een aanvaardbaar alternatief beschouwt (rnr. 702).

477 A.w. (zie noot 33) nr. 520 blz. 384.

478 Voor een uitvoerige beschouwing over de hier te hanteren maatstaf (althans in de context van de onvoldoende geïnformeerde patiënt) zie D. Giesen, a.w. (zie noot 62) rnr. 670-684, die de z.g. "*objective test*" verwerpt en pleit voor de z.g. "*subjective test*" (rnr. 685).

479 Over de gezichtspunten die bij deze inschatting relevant kunnen zijn uitvoerig T. Vansweevelt, a.w. (zie noot 33) nrs. 406-413 blz. 314-319.

van de benadeelde.⁴⁸⁰

Van de rechter mag een serieuze inschatting worden verwacht. Hij mag er zich niet met een jantje-van-leiden van afmaken door eenvoudig te stellen dat hij óók niet weet hoe de benadeelde zou hebben gehandeld, en — *simsalabim* — het leerstuk van het verlies van een kans toe te passen. Een serieus onderzoek zal vaak voldoende aanknopingspunten bieden voor de conclusie dat de benadeelde voldoende waarschijnlijk net zo zou hebben gehandeld — of juist anders. Blijft echter zodanige twijfel bestaan, dat géén van deze beide oplossingen kan bevredigen, dan staat niets aan de toepassing van het kansleerstuk in de weg.⁴⁸¹ Met name op het terrein van de beroepsfouten en de "*informed consent*"-problematiek zal daarmee regelmatig een rechtvaardiger oplossing kunnen worden bereikt dan met de botte bijl van het alles of niets.⁴⁸²

3.4.20 Gezichtspunten van rechtspolitieke aard

Ook vanuit een meer rechtspolitieke invalshoek zijn argumenten geformuleerd met betrekking tot het leerstuk van het verlies van een kans. Vóór toepassing van dit leerstuk zouden onder andere pleiten de gezichtspunten van compensatie en preventie, ertegen onder meer het risico van oeverloze aansprakelijkheid.

Het bieden van compensatie voor geleden schade wordt algemeen als de belangrijkste doelstelling van het schadevergoedingsrecht gezien.⁴⁸³ Voorstanders voeren aan dat het zonder meer onvergoed laten van door de fout van anderen teloorgegangene kansen met deze centrale doelstelling onverenigbaar is.⁴⁸⁴ Dit argument sluit ten

480 Vgl. D. Giesen t.a.p.

481 Evenzo T. Vansweevelt, a.w. (zie noot 33) nr. 417 blz. 320-321.

482 In dezelfde zin wat betreft de *informed consent*-problematiek, R. de Ridder, AA 1995 blz. 550-551. Voor een voorbeeld van een beroepsfout waar toepassing van het kansleerstuk in de rede had kunnen liggen zie HR 26 jan. 1996, NJ 1996, 607 m.nt. WMK (*Dicky Trading II*).

483 Zie A. Tunc, *Introduction*, Int. Enc. Comp. L. XI Torts (1972) nr. 164 blz. 93; Mon. Nieuw BW B-34 (Bloembergen) nr. 2.

484 In de Duitse doctrine neemt dit argument de vorm aan van de stelling dat het verkrijgen, het behouden of het benutten van kansen in talloze gevallen een beschermd recht is (dit hangt samen met het feit dat het Duitse aansprakelijkheidsrecht geen algemene zorgvuldigheidsnorm kent, maar een catalogus van beschermde rechten, zie BGB § 823 e.v.). De schending van zo'n recht behoort te leiden tot een aanspraak op schadevergoeding. In deze zin uitvoerig B.M. Maassen,

nauwste aan bij hetgeen door mij in § 3.4.2 t/m § 3.4.9 aangevoerd over de financiële waarde van kansen. Zoals daar aangestipt is de vraag of sprake is van een vergoedbare vermogensschade mede afhankelijk van maatschappelijke opvattingen en ontwikkelingen.⁴⁸⁵

Het preventie-argument houdt in dat de erkenning van het verlies van een kans geboden is omdat anders een prikkel tot zorgvuldig gedrag zou ontbreken telkens wanneer een andere mogelijke oorzaak in het geding is. Vooral in de context van medische fouten wordt dit argument aangevoerd, en dan met name in de Verenigde Staten.⁴⁸⁶ Een beroep op de *deterrence objectives* van het aansprakelijkheidsrecht is daar min of meer gemeengoed. Ook de rechtspraak kent hier groot gewicht aan toe.⁴⁸⁷ Een veel geciteerd argument vóór aanvaarding van het kansleerstuk is van het *Supreme Court of Washington* in *Herskovits*:

"To decide otherwise would be a blanket release from liability for doctors and hospitals any time there was a less than a 50 percent chance of survival, regardless of how flagrant the negligence."⁴⁸⁸

In Nederland is lang niet iedereen evenzeer van de preventieve werking van aansprakelijkheid overtuigd.⁴⁸⁹ Misschien dat onder invloed van de rechtseconomie enige opwaardering van dit gezichtspunt plaats vindt.⁴⁹⁰ Zelf meen ik dat moet worden onderscheiden. In de context

a.w. (zie noot 262) blz. 168-170. Ook elders wordt soms een enigszins vergelijkbare gedachtengang gevolgd, zie bijv. C.T. McCormick, *Handbook on the Law of Damages* (1935) § 31 blz. 117-123; B. Coote, 62 A.L.J. (1988) blz. 771-772.

485 Zie § 3.4.2.

486 Zie J.H. King, 90 Yale L.J. (1981) blz. 1377; J.D. Wolf, 26 Santa Clara L.Rev. (1986) blz. 451; H.R. Feldman, 17 Baltimore L.Rev. (1987) blz. 150; R.A. Reisig, 13 Am.J.Trial Advoc. (1990) blz. 1180; D.L. Keith, 44 Baylor L.Rev. (1992) blz. 778; A.E. Shoenberger, 6 J.Legal Med. (1985) blz. 81; J.L. Benson, 9 N.Ill.U.L.-Rev. (1989) blz. 583; K.J. Willging, 9 J.Contemp.Health L. & Policy (1993) blz. 556. Voor Frankrijk zie G. Durry, Rev.trim.dr.civ. 1969 blz. 798.

487 Zie *Herskovits v. Group Health Cooperative*, 664 P.2d 474 (Wash. 1983) op blz. 477; *Roberson v. Counselman*, 686 P.2d 149 (Kan. 1984) op blz. 160; *McKellips v. Saint Francis Hosp.* 741 P.2d 467 (Okl. 1987) op blz. 474; *Falcon v. Memorial Hospital*, 462 N.W. 2d 44 (Mich. 1990) op blz. 51; *Perez v. Las Vegas Medical Center*, 805 P.2d 589 (Nev. 1991) op blz. 591.

488 664 P.2d 474 blz. 477 i.k. (Dore J.).

489 Zie bijv. Mon. Nieuw BW B-34 (Bloembergen) nr. 3.

490 Vgl. M. Faure, *Enkele rechtseconomische kanttekeningen bij de dienstenaansprakelijkheid*, A&V 1994 blz. 33 e.v. (op blz. 35).

van verkeersongevallen kan ik mij voorstellen dat van aansprakelijkheid weinig of geen preventieve werking uitgaat,⁴⁹¹ in elk geval op het niveau van het afzonderlijke individu.⁴⁹² Maar in een bedrijfs- of beroepsmatige setting lijkt dat beslist anders. Zo ook in de medische sfeer.⁴⁹³ Een flink aantal medische schadeclaims blijkt zijn oorzaak te vinden in procedurele fouten die vermijdbaar zijn.⁴⁹⁴ In principe zouden extra investeringen in veiligheid tot een daling van dat soort fouten moeten leiden. Aansprakelijkheid maakt dergelijke inspanningen ook in economisch opzicht rendabel. Ook de medische stand zélf geeft soms aan dat van aansprakelijkheid een preventieve werking uitgaat.⁴⁹⁵

Op bepaalde terreinen van het aansprakelijkheidsrecht lijkt preventie dus een geldig gezichtspunt. Zo ook wat de toepassing van het kansleerstuk betreft. Een preventief effect veronderstelt dat ruime toepassing zou leiden tot aansprakelijkheid waar zij anders zou ontbreken, én dat op die extra aansprakelijkheid zou worden geanticipeerd door potentiële daders. Het eerste is aannemelijk en het tweede is niet ondenkbaar, zij het beide slechts in een beperkt aantal gevallen.

Wat de extra aansprakelijkheid betreft, in veel gevallen is het maar de vraag of de alles-of-niets-benadering de benadeelde volledig met lege handen zou laten staan. In de Nederlandse context is daarvan alvast géén sprake bij de in preventief opzicht belangrijke categorie van verkeers- en veiligheidnormen. Hier wordt de bewijslast omgekeerd, wat waarschijnlijk ook het alternatief zou zijn voor de toepassing van het kansleerstuk bij medische fouten.⁴⁹⁶ Vestiging van aansprakelijkheid staat evenmin ter discussie ingeval de onzekerheid niet alle schadeposten, of niet de volle schade-omvang betreft. Alleen buiten de

491 Zie hierover A.R. Boembergen, *Blikschade*, NJB 1980 blz. 925 e.v. op blz. 934 l.k.

492 Dat neemt overigens niet weg dat preventieprikkels die op individueel niveau vrijwel te verwaarlozen zijn, op het niveau van de massa aanzienlijke gevolgen kunnen hebben. Zie A. Nentjes en J. Dijkstra, *Verkeersaansprakelijkheid: slachtoffercompensatie of ongevallenpreventie?*, NJB 1993 blz. 951 e.v. (op blz. 953 r.k.).

493 Vgl. T. Vansweevelt, a.w. (zie noot 33) nr. 1336 blz. 820.

494 Zie L.G. Angenent en J.H. Hubben, *Medische schadeclaims in Nederland 1980-1990* (1992), blz. 41.

495 In deze zin tenminste één arts, Prof. dr. E.V. van Hall, voorwoord bij C.J.J.M. Stolker, a.w. (zie noot 25) blz. VI.

496 Gezien het pleidooi voor omkering van de bewijslast van Asser en anderen (zie noot 37).

genoemde gevallen zou aansprakelijkheid ontstaan waar die anders geheel zou ontbreken. De betekenis daarvan moet beslist niet worden overschat.

Dat van deze extra aansprakelijkheid enige preventieve werking uit zou gaan ligt lang niet altijd voor de hand. Dit veronderstelt immers dat de gedragingen van potentiële daders worden beïnvloed door de verwachting zich achter een tweede mogelijke schade-oorzaak te kunnen verschuilen. Vaak zal de aanwezigheid van zo'n vreemde oorzaak niet bij voorbaat duidelijk zijn. En waar dat wél het geval is, zoals bij de behandeling van bepaalde ziekten en verwondingen, bestaat lang niet altijd zodanig inzicht in de waarschijnlijkheid van die vreemde oorzaak, dat men in verband daarmee zijn zorgvuldigheidsinspanningen zou kunnen laten verslappen.⁴⁹⁷ In de medische context is een dergelijke cynisch gedrag sowieso maar moeilijk voorstelbaar. Mogelijk ligt dat bij zuivere vermogensschade anders. Niet ondenkbaar is bijvoorbeeld wanprestatie, in de verwachting dat de wederpartij tóch niet zal kunnen bewijzen dat zijn verlies bij correcte nakoming zou zijn voorkomen.

Toch zal dit soort situaties zich slechts bij uitzondering voordoen. Dat kan alleen anders zijn op gebieden waar tot dusver niet of nauwelijks aansprakelijkheid bestaat omdat het causaal verband *per definitie* niet kan worden bewezen. Lijkt dan aansprakelijkheid in een proportionele benadering wél haalbaar, dan zou daarvan een preventieve werking uit kunnen gaan. Dit is niet ondenkbaar met betrekking tot de blootstelling aan straling of gevaarlijke stoffen (zie tevens § 3.5.11 en § 4.5.7). Buiten dit soort specifieke situaties echter, lijkt de betekenis van dit argument nogal beperkt.

Het risico van oeverloze aansprakelijkheid is een argument dat vooral is aangevoerd tegen de toepassing van het kansleerstuk bij medische fouten. Schadevergoeding voor verloren genezings- en overlevingskansen zou de aansprakelijkheid van de medische stand verder oprukken, en daarmee onder andere leiden tot een onverantwoorde verhoging van de kosten van de gezondheidszorg.⁴⁹⁸

497 Evenzo B.C. Boggs, 16 S.Ill.U.L.J. (1992) blz. 440.

498 In deze zin in de VS: F.C. Woodside e.a., 59 Def.Couns.J. (1992) blz. 47 r.k.; L. Perrochet, S.J. Smith en U. Colella, 27 Tort & Ins.L.J. (1992) blz. 625-627. Voor een weerwoord zie K.J. Willging, 9 J.Contemp.Health L. & Policy (1993) blz. 559-560; D.L. Keith, 44 Baylor L.Rev. (1992) blz. 779; D.H. Smith, 65 B.U.L.Rev. (1985) blz. 309-311. Het bezwaar is ook geopperd in Frankrijk, in welk verband ondermeer is aangevoerd dat men door toepassing van het kansleerstuk in feite zou

In zeker opzicht is dit "*floodgates*-argument" het spiegelbeeld van het preventie-argument. Beide argumenten gaan uit van de veronderstelling dat ruime toepassing van het kansleerstuk zal leiden tot méér aansprakelijkheid. Zoals hiervoor aangevoerd is dat slechts bij uitzondering het geval. In de praktijk van alledag komt het kansleerstuk — hoe ruim ook opgevat — slechts zelden aan de orde.⁴⁹⁹ Weliswaar doet causale onzekerheid zich in de medische sfeer vaker voor dan elders, maar ook hier is zij bepaald geen schering en inslag. Dat toepassing van het kansleerstuk de aansprakelijkheid van de medische stand te ver zou oprekken lijkt een nogal overdreven verwachting. Ook in Frankrijk en België, waar die toepassing reeds jaren plaatvindt, is niets dat daarop wijst.

In de Nederlandse context lijkt eerder het omgekeerde te gelden. Voorzover de toepassing van het kansleerstuk enige significante invloed zou hebben op de omvang van de medische aansprakelijkheid, zou die eerder matigend zijn. De omvang van de toe te kennen schadevergoedingen is immers slechts een deel van de volle 100% die moet worden toegewezen bij omkering van de bewijslast.

Buiten het terrein van de medische fouten is het *floodgates*-argument vooral aangevoerd tegen de aansprakelijkheid voor de belasting met een duurzaam risico.⁵⁰⁰ Ik kom hierop terug in § 3.5.11.

3.4.21 Conclusies

Op grond van het voorgaande concludeer ik dat het principe van het verlies van een kans zonder onnodige terughoudendheid moet worden aanvaard. Het concept van de "kansschade" snijdt wel degelijk hout (§ 3.4.2 t/m § 3.4.8), al doet deze benadering in het ene geval een iets groter beroep op het voorstellingsvermogen dan in het andere.

uitkomen bij een resultaatsverbintenis van de medicus. In deze zin bijv. F. Chabas, JCP 1973 I 2737; G. Mémeteau en L. Mélenec, a.w. (zie noot 74) blz. 140. Het verwijt treft geen doel: voor men aan het kansleerstuk toekomt staat er altijd eerst een *fout* vast. Evenzo G. Viney, a.w. (zie noot 64) nr. 370; T. Vansweevelt, a.w. (zie noot 33) nr. 518 blz. 383. Over de al of niet vermeende "crisis" in het medische aansprakelijkheidsrecht zie uitvoerig T. Vansweevelt, a.w. nrs. 1331-1467 blz. 817-883.

⁴⁹⁹ Lezing van dit werk doet dat misschien even uit het oog verliezen, maar in het gros van de gevallen bestaat uiteraard géén relevante onzekerheid over het causaal verband met het geleden nadeel.

⁵⁰⁰ Zie noot 216.

Moeilijkheden bij de begroting van deze schade kunnen aan haar vergoedbaarheid niet in de weg staan (§ 3.4.9) en zijn ook niet onoverkomelijk (§ 3.4.10 en § 3.4.11).

Anders dan wel wordt verondersteld kan het kansleerstuk niet worden afgebakend van het leerstuk van causaal verband. Of een vraag van schade op de voorgrond treedt, of een van causaal verband wordt uitsluitend bepaald door de gekozen invalshoek. Voor een afwijzing van de toepassing van het kansleerstuk bij medische fouten bestaat geen abstract-logische grondslag (§ 3.4.12 t/m § 3.4.18). En bij kansen waarvan de verwezenlijking afhankelijk zou zijn geweest van de benadeelde bestaat zo'n grondslag evenmin (§ 3.4.19).

Dat de rechter, zoals Bloembergen schrijft, "*als regel*" de knoop over het causaal verband gewoon doorhakt,⁵⁰¹ duidt dan ook niet op een beperking van het *principe* van het verlies van een kans, maar eerder op de relatieve onbekendheid van dit leerstuk in Nederland, en op de omstandigheid dat in de praktijk veel onzekerheden op een rationele, verantwoorde wijze kunnen worden genegeerd. Deze laatste kwestie bespreek ik in § 3.6, waar ik een antwoord tracht te vinden op de vraag wat de minimale, en wat de maximale grootte van een verloren kans moet zijn om als zodanig voor vergoeding in aanmerking te komen. Zoals ik daar zal concluderen hoeft voor het overmatig uitdijen van het toepassinggebied van het kansleerstuk niet te worden gevreesd. In het bijzonder hoeft geen angst te bestaan dat het vereiste van causaal verband volledig op de helling zou gaan. Ook bij een ruime toepassing van het kansleerstuk blijft aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid een uitzondering, zij het wellicht in iets mindere mate dan Bloembergen bij het schrijven van voormelde passage waarschijnlijk voor ogen stond.

Ook het verlies van genezings- en overlevingskansen kan zonder aarzeling worden aanvaard als een vergoedbare schade. Mét de Franse auteur Durry ben ik van mening dat dit ook goed aansluit bij de aard van de medische werkzaamheid.⁵⁰² De prestatie van de medicus bestaat immers niet uit het verschaffen van gezondheid, genezing of overleven, maar enkel uit het verschaffen van de *kansen* daarop, zoals die door de medische wetenschap, de techniek en praktische mogelijkheden worden geboden. Zo bezien is het niet meer dan logisch om, wanneer de verder gelegen gevolgen van een tekortkoming onvol-

501 Zie het citaat bij noot 32 op blz. 116.

502 Zie het citaat bij noot 82 op blz. 129.

doende vaststaan, het verlies van die kansen te vergoeden. Wat dit betreft is de Nederlandse rechter met de beslissing in *Wever/De Kraker c.s.*⁵⁰³ een veelbelovende richting ingeslagen. Een nietsontziende omkeer van de bewijslast lijkt in elk geval een doodlopende weg vanwege het *Herskovits*-effect.⁵⁰⁴

Voor het Nederlandse recht betekent de vergoeding van genezings- en overlevingskansen in zeker opzicht de erkenning van een nieuwe categorie vermogensschade.⁵⁰⁵ Gezien de dynamische aard van het aansprakelijkheidsrecht kan dat geen probleem zijn.⁵⁰⁶ In de woorden van Donaldson M.R. in *Hotson*:

"It has been said times without number that the categories of negligence are never closed and [...] I can see no reason why the categories of loss should be closed either."⁵⁰⁷

3.5 De belasting met een duurzaam risico als vergoedbare vermogensschade

3.5.1 Inleiding

De tweede in dit hoofdstuk te bespreken vraag is in welke omvang de belasting met een duurzaam risico moet worden aanvaard als een

503 Zie eerder de tekst bij noot 35 op blz. 117.

504 Zie § 3.4.1.

505 Enkel in *zeker* opzicht, omdat anderzijds verschillende kansen met betrekking tot leven en gezondheid reeds sinds lang op geld worden gewaardeerd bij de begroting van letsel- of overlijdensschade met een onzekere omvang (zie § 3.1.2). Qua *principe* zijn beide vormen van kanswaardering niet te scheiden (zie noot 14 op blz. 110), en qua *toepassing* vloeien zij naadloos in elkaar over (zie § 3.4.7).

506 Ik signaleer nog dat bij overlijdensschade een probleem zou kunnen rijzen i.v.m. de "*Wortlaut*" van art. 6:108. Het artikel veronderstelt dat het slachtoffer "*ten gevolge*" van een fout is overleden, en dat is bij het verlies van een overlevingskans juist niet bekend. De tekst van art. 6:107 kent dit probleem niet. Het zou echter al te zot zijn wanneer doorslaggevend wordt of de 30 jaar inkomstenderving waarop een kansschade betrekking heeft, het gevolg is van invaliditeit (art. 6:107) of van overlijden (art. 6:108). M.i. kan het probleem eenvoudig worden opgelost door ruime uitleg. In de VS speelt een vergelijkbaar probleem met sommige *Wrongful Death Statutes*. Ook daar wordt het wel opgelost door een ruime uitleg, zo bijv. J. Pearson in *Herskovits*, 664 P.2d 474 blz. 487 l.k. Zie voorts S.F. Brennwald 34 Cath.U.L.Rev. (1985) blz. 786-787, die pleit voor wetswijzigingen.

507 [1987] 1 All E.R. 210 blz. 217 sub c.

vergoedbare vermogensschade. Zoals uiteengezet in § 3.2.3 heeft deze figuur een januskop: men kan haar beschouwen als een *actuele* schade, bestaande uit het op geld waardeerbare risico op het intreden van een definitieve schade, maar ook als een onzekere *toekomstige* schade, bestaande uit de dreigende definitieve schade zelf. Nagenoeg in elk beschreven rechtsstelsel heeft men zich deze samenhang gerealiseerd.⁵⁰⁸ Niettemin wordt zij geregeld uit het oog verloren. Dat speelt de eenduidigheid in rechtspraak en doctrine soms behoorlijk parten.⁵⁰⁹ Men wil met name nogal eens in de knoop raken met het beginsel dat het intreden van een toekomstige schade voldoende zeker moet zijn, wil zij voor vergoeding in aanmerking komen. Toch bestaat hier geen enkel probleem omdat beide benaderingen een *andere* schade centraal stellen: toekomstig is de *definitieve* schade, actueel is de *kansschade*. De laatste bestaat zoals gezegd uit het op geld waardeerbare risico op het intreden van de eerste, en haar beloop bedraagt per definitie slechts een breukdeel daarvan. Ook het tijdstip van ontstaan is anders.⁵¹⁰ Dit alles neemt niet weg dat het wat de vergoeding betreft noodzakelijkerwijs van tweeën één is (zie § 3.5.12).

Mijn invalshoek is de belasting met een duurzaam risico als *actuele* schade. Ik zal evenwel trachten mij consequent rekenschap te geven van de uitwisselbaarheid van deze benadering met die vanuit het leerstuk van de toekomstige schade.

3.5.2 *Uitgangspunt: in de regel is sprake van actuele vermogensschade*

Uitgangspunt moet zijn dat de belasting met een duurzaam risico een in principe vergoedbare schade is. Dat volgt rechtstreeks uit hetgeen is uiteengezet in § 3.4. Indien de kans die de benadeelde had om een bepaalde schade te ontlopen op geld waardeerbaar is *nadat* die schade definitief is ingetreden, dan is dezelfde kans logischerwijs ook reeds op

508 Voor Nederland zie de verwijzingen in noot 48; voor België zie de verwijzingen in noot 111; voor Frankrijk zie het citaat van Verdier bij noot 96 op blz. 132; voor de VS zie het citaat uit *Prosser and Keeton on Torts* bij noot 208 op blz. 152; voor Duitsland zie het citaat van Steffen bij noot 295 op blz. 168.

509 Zie bijvoorbeeld de (schijnbare) discrepantie tussen de opvattingen van Boré en de praktijk van de Franse rechtspraak (zie § 3.3.2).

510 Over het tijdstip van ontstaan van toekomstige schade bestaat enige discussie. Zie daarover, en over de praktische consequenties van deze kwestie, uitvoerig Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr. 43.

geld waardeerbaar *voordat* die schade definitief is ingetreden.⁵¹¹ Hetgeen hiervoor werd aangevoerd over de financiële waarde van kansen (§ 3.4.2 t/m § 3.4.8) en de begroting daarvan (§ 3.4.9 t/m § 3.4.11) geldt ook hier. Wie zich duurzaam⁵¹² belast ziet met een reëel risico dat betrekking heeft op een of meer vermogensbestanddelen met een duidelijke financiële waarde lijdt — los van de vraag of het betreffende risico zich uiteindelijk zal realiseren of niet — een actuele schade met een zelfstandige financiële betekenis. In nagenoeg alle beschreven rechtstelsels heeft de rechtspraak in meer of mindere mate aan dit inzicht gevolg gegeven, doorgaans zonder al te veel getheoretiseer. Zo bezien is de terughoudendheid van de Amerikaanse rechter met betrekking tot door *toxic torts* veroorzaakte risico's op toekomstige gezondheidsschade op het eerste gezicht opmerkelijk.

Benaderd vanuit het leerstuk van de toekomstige schade betekent dit dat een dreigende toekomstige schade niet *soms*, maar in principe *altijd* haar schaduw vooruit werpt en daarmee een actuele schade te weeg brengt.⁵¹³ In Nederland is dit tot dusver alleen voor dreigende schade aan een zaak expliciet erkend.⁵¹⁴ Voor een dergelijke beperking bestaat echter geen grond. Evenals zaken ondergaan ook niet-lichamelijke vermogensbestanddelen in principe een waardedaling wanneer zij met een risico worden belast. In beide gevallen kan de financiële betekenis van het risico ook tot uitdrukking komen in de prijs van (bestaande of specifiek te berekenen) verzekeringen. Een voorbeeld is het verlies van een zekerheid bij een geldlening, waarvoor in verschillende landen schadevergoeding is toegekend.⁵¹⁵ Bij risico's op

511 In dezelfde zin J. Stapleton, 104 LQR (1988) blz. 395; Handler J. in *Scafidi v. Seiler*, 574 A.2d 398 (N.J. 1990) (op blz. 411 l.k.); H.R. Feldman, 17 Baltimore L.Rev. (1987) blz. 154; G.O. Robinson, 19 J.Legal Stud. (1985) blz. 793.

512 Ik merk op dat de meeste risico's *niet* duurzaam zijn. Al snel staat vast dat zij zich niet hebben gerealiseerd: het risico houdt op te bestaan zodra het onrechtmatige gedrag wordt beëindigd. Over de vraag wanneer een risico voldoende duurzaam moet worden geacht zie hetgeen opgemerkt in noot 551.

513 Mits de dreiging van (voldoende) duurzame aard is, zie noot 512.

514 Voor literatuur zie de verwijzingen in noot 48. Voor voorbeelden uit de rechtspraak zie noot 316.

515 Voor België zie de verwijzing in noot 113, voor Frankrijk zie de verwijzing in noot 85. Een Canadees voorbeeld is *Wilson v. Rowsell* (zie de tekst bij noot 260 in § 3.3.6). Voor een Engels voorbeeld waarin vergoeding werd toegekend voor het risico op zuivere vermogensschade zie *D.W. Moore & Co. Ltd. v. Ferrier*, [1988] 1 W.L.R. 267; [1988] 1 All E.R. 418. In Nederland is in deze richting gedacht door P. v. Schilfgaarde in diens noot bij HR 24 mei 1991, NJ 1992, 246 (nietige borgtocht wegens valse handtekening) welk arrest echter volledig in het teken stond

gezondheidsschade is het verband met vermogensbestanddelen weliswaar indirect, maar dat neemt niet weg dat ook aan dergelijke risico's een zelfstandige financiële betekenis kan worden toegekend.⁵¹⁶ Zo kan ook een duurzaam risico op gezondheidsschade door de vertaling naar een verzekering leiden tot een meer tastbaar vermogensverlies in de vorm van (hogere) premies.⁵¹⁷ Het toekennen van een vergoeding voor dit soort risico's is weliswaar problematischer dan bij andere schadesoorten, maar dat hangt samen met andere aspecten (waarover nader in § 3.5.5 en § 3.5.7) en doet aan het hier bedoelde principe als zodanig niet af.

3.5.3 *Het bezwaar van over- of ondercompensatie*

Aan het toekennen van schadevergoeding voor de belasting met een duurzaam risico kleven echter ook bezwaren. Het voornaamste probleem is dat vergoeding in zeker opzicht een soort over- of ondercompensatie met zich meebrengt: benadeelden bij wie het risico zich in de toekomst uiteindelijk niet realiseert zullen, achteraf gezien, vergoeding hebben ontvangen zonder dat zij een blijvende schade hebben geleden,⁵¹⁸ en benadeelden bij wie het risico zich wél realiseert zullen, achteraf gezien, minder dan hun volledige schade vergoed hebben gekregen.

Nu geldt dit bezwaar niet altijd even absoluut. Soms zal "nooit" of pas na vele jaren voldoende zeker zijn dat een risico zich niet realiseert, bijvoorbeeld bij de aanleg van hoogspanningskabels boven een woning⁵¹⁹ of bij ziektes die tientallen jaren latent kunnen blijven. De benadeelde wordt ook niet gedwongen om een actie in te stellen. Hij kan afwachten of de definitieve schade daadwerkelijk intreedt, in

van de vraag op welk moment de schade was ontstaan.

516 Zie § 3.4.6. Zie voorts de *concurring opinion* van Handler J. in *Evers v. Dollinger*, 471 A.2d 405 (N.J. 1984) (op blz. 415 e.v.).

517 In dezelfde zin K. Cooper, 37 Sask.L.Rev. (1973) blz. 224-225; D.P.C. Ashton, 43 U.Miami L.Rev. (1989) blz. 1120-1121; D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 886.

518 Voor een andere zienswijze zie de tekst bij noot 557 op blz. 234.

519 Voor een Nederlands voorbeeld zie HR 2 feb. 1979, NJ 1979, 384 m.nt. FHJM (*Binnendijk/IJsselcentrale*) (waardevermindering van onroerend goed door overhangende hoogspanningskabels die een verhoogd gevaar opleveren voor onroerend goed en de zich daarop en daarin bevindende personen en goederen).

welk geval hij haar volledig vergoed kan krijgen.⁵²⁰ Onder omstandigheden kan hij het bedoelde bezwaar opvangen door de toegekende vergoeding aan te wenden voor het afsluiten van een verzekering.⁵²¹ De vraag is dus niet of de benadeelde slechts met een gedeeltelijke vergoeding genoeg *moet* nemen, maar enkel of er voldoende redenen zijn om hem een onmiddellijke actie met die mogelijke consequentie te ontzeggen.⁵²²

Uniek is het probleem evenmin. Zo speelt het vrij algemeen bij de vergoeding van toekomstige schade die evenzeer te hoog of te laag kan uitpakken (zie § 3.5.6), en kan het zich ook voordoen in het kader van een abstracte schadeberekening (zie § 3.5.9). Tot slot kan het probleem in principe worden voorkomen door uitdrukkelijk slechts een voorlopige schadevergoeding toe te kennen (zie § 3.5.12).

Niettemin levert het bezwaar van over- of ondercompensatie een plausibel argument op tégen de toekenning van schadevergoeding voor openstaande risico's. Dit argument komt vooral gewicht toe omdat er een alternatief bestaat voor het definitief afwijzen van schadevergoeding. De omstandigheid dat de kansen van de benadeelde nog open staan maakt het ook voor de rechter mogelijk om af te wachten hoe het risico zal uitpakken. Een vordering tot schadevergoeding die daarop vooruitloopt kán om die reden vooralsnog worden afgewezen. In dit opzicht bestaat een principieel verschil met "afgesneden" kansen.

3.5.4 Complicaties bij het bestaan van een achtergrondrisico

Het bezwaar van over- of ondercompensatie neemt een gecompliceerde vorm aan bij het bestaan van een substantieel "achtergrondrisico". Een "achtergrond"- of "omgevingsrisico" is een risico dat niet het gevolg is van iemands onrechtmatige daad of tekortkoming. Zoals "natuurlijke" risico's (bijvoorbeeld de normale bevattelijkheid voor bepaalde ziektes) of risico's uit eigen gedragingen (bijvoorbeeld roken). Het hier bedoelde probleem laat zich het beste illustreren aan de hand van een voorbeeld:

520 Eventueel kan een verklaring voor recht worden gevorderd dat de gedaagde voor het volle pond aansprakelijk is, mocht de definitieve schade daadwerkelijk intreden. Ook een zekerheidsstelling is denkbaar.

521 In dezelfde zin G.O. Robinson, 19 J.Legal Stud. (1985) blz. 787.

522 In dezelfde zin Robinson, t.a.p. blz. 788.

3 *Het verlies van een kans*

Wegens "natuurlijke" oorzaken of omgevingsfactoren die voor zijn eigen rekening komen, loopt X een risico van 10% op het krijgen van een bepaalde kanker. Door de onrechtmatige blootstelling aan een gevaarlijke stof wordt dit risico met 30% verhoogd.

Wanneer X onmiddellijk schadevergoeding zou vorderen voor de belasting met een duurzaam risico op het krijgen van kanker, 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 de achtergrondfactoren als 3:1. Nu ligt het in de rede om X's nadeel te begroten op 75% van zijn definitieve schade.

In dit soort gevallen is het knelpunt dus niet zozeer dat de benadeelde minder dan zijn volle schade vergoed heeft gekregen (dat volgt in een proportionele benadering onvermijdelijk uit het bestaan van een *substantieel* achtergrondrisico), maar wel dat hij minder heeft gekregen dan de vergoeding waarop hij achteraf gezien aanspraak had kunnen maken. Dit komt door het veranderen van de waarschijnlijkheidspercentages waarop de omvang van de vergoeding wordt gebaseerd.

Deze variant van het bezwaar van over- of ondercompensatie lijkt misschien wat vergezocht maar is dat naar mijn mening niet. Zij speelt tevens in bepaalde gevallen van massaschade (zie § 4.6.3). Tegen deze variant kunnen dezelfde relativeringen worden aangevoerd als tegen het "gewone" bezwaar. In de context van massaschade komt er echter een hiermee samenhangende, zwaarwegende bedenking bij. Zie daarover § 4.6.4.

3.5.5 *Claims met een speculatief karakter*

Een volgend bezwaar tegen het toekennen van schadevergoeding voor de belasting met een duurzaam risico wordt met name aangevoerd in de context van gezondheidsschade, en betreft het speculatieve karakter dat dit soort nadeel kan hebben.⁵²³ Voorzover daarmee wordt bedoeld op de onzekerheid over de vraag of de definitieve schade wel zal intreden of niet, is dit bezwaar niet geldig: die onzekerheid is nu

⁵²³ Zie de verwijzingen in noot 217.

eenmaal inherent aan een risico. Bij een risico met betrekking tot een zaak bestaat zij evenzeer, terwijl daar de realiteit van de actuele schade (waardedaling) door niemand serieus wordt bestreden. Het bezwaar is echter wél geldig voorzover er mee wordt gedoeld op een *andere* onzekerheid, namelijk de onzekerheid die zich kan voordoen over het *bestaan* van een significant gezondheidsrisico. De angst van velen voor onbekende, chemische stoffen en voor beruchte ziektes, maakt dat het bestaan van een verhoogde kans op toekomstige gezondheidsschade in de beleving van menige benadeelde veel eerder vaststaat dan op objectieve, wetenschappelijke basis kan worden vastgesteld. In de VS spreekt men in dit verband wel van "*cancerfobia*".⁵²⁴ Ik herinner aan de casus in *Ayers v. Township of Jackson*.⁵²⁵

Door beheer in strijd met de geldende voorschriften was het grondwater onder een door de gemeentelijke overheid geëxploiteerde stortplaats vervuild met een groot aantal chemicaliën. Via dit grondwater raakten de drinkwaterputten van omwonenden vergiftigd. In totaal 339 omwonenden vorderden schadevergoeding van de gemeente, onder meer voor het (verhoogde) risico op het ontstaan van kanker, lever- en nierziekten.

In een dergelijk geval zullen de bedoelde gezondheidsrisico's reëel genoeg zijn zolang men uit kan gaan van een scenario waarin alle 339 betrokkenen gedurende langere tijd zekere hoeveelheden van de chemicaliën tot zich hebben genomen, bepaalde concentraties daarvan in hun lichaam kunnen worden teruggevonden, en/of zich reeds bepaalde symptomen bij hen voordoen. In de praktijk kunnen echter allerlei onzekerheden bestaan. Bij sommige ziektes duurt het vele jaren voordat ook maar enig symptoom waarneembaar is; sommige stoffen zijn reeds schadelijk in lagere concentraties dan in het lichaam kunnen worden teruggevonden, of kunnen het lichaam al weer hebben verlaten nadat zij hun schadelijke werking hebben gehad; van sommige stoffen is het schadelijke karakter nog omstreden, van andere is de omvang van de schadelijke werking niet nauwkeurig bekend; niet alle omwonenden hoeven evenveel water uit hun putten te hebben gedronken, niet alle putten hoeven even lang en met dezelfde stoffen in

524 Zie C.L. Callahan, *Establishment of Causation in Toxic Tort Litigation*, 23 Ariz.St.L.J. (1991) blz. 605 e.v. (op blz. 661-665).

525 Zie de tekst bij noot 235 op blz. 157.

dezelfde concentraties besmet te zijn geweest, etc.⁵²⁶

In verband met dit soort onzekerheden kunnen claims wegens verhoogde gezondheidsrisico's een sterk speculatief karakter krijgen. Met name wanneer een voldoende intensieve blootstelling aan giftige stoffen of straling alleen maar *mogelijk* heeft plaatsgevonden, en niet met redelijke zekerheid vaststaat.⁵²⁷ Sommige schrijvers zijn bang dat de rechter zal worden overspoeld met speculatieve claims. Men vreest voor eindeloze procedures, veel nader onderzoek — dat vervolgens geen uitsluitsel blijkt te kunnen bieden — veel emoties, veel kosten en uiteindelijk — de rechter is tenslotte ook maar een mens — veel ten onrechte uit te betalen schadevergoeding.

Zelf vertrouw ik dat tenminste de rechter bij dit soort procedures het hoofd koel zal weten te houden. Maar ook dan verdient het bedoelde bezwaar serieus te worden genomen. Een categorische afwijzing van schadevergoeding voor gezondheidsrisico's kan er echter niet op worden gebaseerd. Waar het om draait is de zekerheid over het *bestaan* van de schade. Deze onzekerheid kan — anders dan die over haar *omvang* — aan de toekenning van schadevergoeding in de weg staan.⁵²⁸ Dat spreekt bij de belasting met een risico des te meer omdat hier een reëel alternatief bestaat: voorlopige afwijzing van de vordering teneinde af te wachten of het risico zich zal realiseren of niet.

Concreet betekent dit dat de rechter de vordering vooralsnog zal moeten afwijzen, zolang niet met voldoende zekerheid is komen vast te staan dat inderdaad van een substantieel verhoogd risico sprake is. Voor de benadeelde kan dat uiteraard erg onbevredigend zijn. Vaak zal de rechter hem tegemoet kunnen komen met een vergoeding voor immateriële schade en/of voor periodiek medisch onderzoek, zoals ook in de VS geregeld gebeurt.⁵²⁹ Voor het overige zal de benadeelde

526 Over de vele problemen die in dit verband kunnen rijzen zie S.R. Poulter, *Science and Toxic Torts: Is There a Rational Solution to the Problem of Causation?*, 7 High Tech.L.J. (1992) blz. 189 e.v.

527 Zie voor de (on)mogelijkheden tot wetenschappelijk bewijs van blootstelling S.R. Poulter, 7 High Tech.L.J. (1992) blz. 236 e.v.

528 Erkend zij dat beide vragen in elkaar kunnen overlopen. Een kans op een kans vormt zelf immers ook weer een kans, alleen een *kleinere*. Dat neemt niet weg dat beide vragen in de praktijk vaak goed zijn te onderscheiden. Zie over deze problematiek nader § 3.6.3.

529 Ik merk op dat voor vergoeding van immateriële schade naar Nederlands recht wél moet kunnen worden aangenomen dat sprake is van enig "*lichamelijk letsel*" of dat de benadeelde door de mogelijke blootstelling "*in zijn persoon is aangetast*" (6:106

zich tevreden moeten stellen met de wetenschap dat hij zijn rechten heeft behouden voor het geval dat hij in de toekomst daadwerkelijk ziek wordt.⁵³⁰

3.5.6 Oplossing: de (analoge) toepasselijkheid van artikel 6:105

In principe is de belasting met een duurzaam risico dus een vergoedbare vermogensschade. Anderzijds kleven aan vergoeding bepaalde bezwaren, en is het alternatief beschikbaar om af te wachten wat de toekomst brengen zal. Wat de meest redelijke oplossing is — vergoeden of afwachten — lijkt mede afhankelijk van een aantal gezichtspunten waaraan van geval tot geval een ander gewicht kan toekomen (zie § 3.5.7 t/m § 3.5.11). Ik meen daarom dat in principe moet worden vergoed, maar dat de rechter binnen zekere grenzen de bevoegdheid moet hebben om te beslissen tot afwachten.

Een dergelijke keuzebevoegdheid is niet zonder precedent. Het probleem dat een eenmaal toegekende vergoeding te hoog of te laag kan uitpakken speelt zoals gezegd vrij algemeen bij toekomstige schade.⁵³¹ Om deze reden biedt artikel 6:105 de rechter de bevoegdheid om de begroting van toekomstige schade geheel of gedeeltelijk uit te stellen. Uitstel ligt met name in de rede wanneer "*de omvang van de schade [...] nog geheel onzeker is, doch verwacht kan worden dat na verloop van tijd daaromtrent meer bekend zal zijn*", aldus de Toelichting Meijers.⁵³² Inhoudelijk sluit dit volledig aan bij de problematiek van de over- of ondercompensatie. Bovendien kan uit de keuzebe-

lid 1 sub b). Het eerste is in de bedoelde gevallen juist *niet* vast komen te staan. Dus zal alle heil van de tweede mogelijkheid moeten komen. Dat zou ook geen probleem moeten zijn. Het hoeft ook geenszins overdreven te zijn om angst en onzekerheid te kwalificeren als *geestelijk* letsel waardoor men in zijn persoon is aangetast. Evenzo Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr. 51; C.J.J.M. Stolker en D.I. Levine, *AIDS-phobia, Schadevergoeding voor angst*, NJB 1996 blz. 882 e.v. Onder omstandigheden kan geestelijk letsel worden aangemerkt als een aantasting van de persoon, die recht geeft op vergoeding van immateriële schade, aldus bijv. HR 13 jan. 1995, RvdW 1995, 29 (*Ontvanger/Bos*). Met zo'n kwalificatie zou men ook niet verder gaan dan de wetgever ongeveer voor ogen stond. Blijkens de parlementaire geschiedenis kan van een aantasting van de persoon onder meer sprake zijn bij "*het toebrengen van psychische storingen*" (PG boek 6 blz. 389) en zelfs reeds bij "*inbreuken op iemands privacy*" (t.a.p. blz. 380). Uiteraard moet deze mogelijkheid alleen worden benut in voldoende serieuze gevallen.

530 Wel zal hij alert moeten zijn op het gevaar van verjaring.

531 Waarover uitvoerig Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nrs. 44,49 en 50.

532 PG boek 6 blz. 365.

voegdheid van artikel 6:105 ook moeilijk anders volgen dan dat een vergelijkbare bevoegdheid bestaat met betrekking tot de belasting met een duurzaam risico. De januskop van deze figuur maakt immers dat men haar ook kan presenteren als een onzekere toekomstige schade, in welk geval artikel 6:105 zonder meer van toepassing zou zijn. Welke kant van de januskop men de rechter voorhoudt behoort voor diens bevoegdheden niet uit te maken.⁵³³ Daarom ligt ook bij de belasting met een duurzaam risico de (analoge) toepasselijkheid van artikel 6:105 voor de hand. Voor de hier bepleite keuzevrijheid van de rechter tussen het direct toekennen van schadevergoeding, en het uitstel van een definitieve beslissing, biedt dat een wettelijke basis.⁵³⁴

Volledig vrij in deze keuze is de rechter ondertussen niet. Uitgangspunt dient te zijn dat schadevergoeding wordt toegekend, tenzij de omstandigheden van het geval bepaaldelijk tot uitstel van een definitieve beslissing nopen. Dat volgt uit de constatering dat de belasting met een duurzaam risico in de regel een actuele vermogensschade is. Telkens wanneer zij dat is, behoort zij volgens de hoofdregel van artikel 6:95 te worden vergoed. Uitstel verdraagt zich daar slecht mee. Daar komt bij dat de benadeelde, die zélf heeft besloten niet af te wachten maar onmiddellijk een vordering in te stellen, er in principe op mag rekenen dat zijn keuze door de rechter wordt gerespecteerd. De benadeelde komt een eigen verantwoordelijkheid toe, die het bezwaar van mogelijke *ondercompensatie* sterk relativeert. Dat is anders wat het bezwaar van mogelijke *overcompensatie* betreft. Daarom zal uitstel met name in de rede kunnen liggen wanneer de legitieme belangen van de *gedaagde* te zeer in de knel dreigen te komen. En met betrekking tot *beide* partijen geldt dat een absolute

533 Erkend zij dat men bij een presentatie als toekomstige schade logischerwijs vergoeding vordert van een *andere* schade, namelijk van de definitieve- in plaats van de kansschade. In principe zou dit onderscheid redengevend kunnen zijn voor een verschil in rechterlijke bevoegdheden. Erg praktisch lijkt mij zo'n onderscheid echter niet, vooral niet waar in beide gevallen nauw verwante, *inhoudelijke* argumenten pleiten voor een uitstelbevoegdheid.

534 Overigens zou de rechter onder omstandigheden ook zonder een dergelijke expliciete bevoegdheid een besluit kunnen nemen dat neerkomt op afwachten, namelijk door te oordelen dat een risico niet voldoende "duurzaam" is om voor directe vergoeding in aanmerking te komen. Een dergelijk oordeel is goed denkbaar wanneer op afzienbare termijn uitsluitel is te verwachten over het al dan niet intreden van de definitieve schade. Het lijkt mij echter geen goede zaak wanneer de uitstel-bevoegdheid tot dit geval zou zijn beperkt.

grens in elk geval dáár ligt waar strijd zou ontstaan met het redelijke termijn-vereiste van artikel 6 EVRM.⁵³⁵

Voor een definitieve *afwijzing* van aansprakelijkheid is in principe geen plaats. Tenminste, zolang niet is komen vast te staan dat het betreffende risico zich niet heeft gerealiseerd.⁵³⁶ Het vonnis kan uiteraard wél inhouden dat de vordering ter vergoeding van de *kansschade* definitief wordt afgewezen. Waar het om gaat is dat de benadeelde de mogelijkheid overhoudt om vergoeding van zijn *definitieve* schade te vorderen, indien later mocht blijken dat zij daadwerkelijk intreedt. Een eventueel gezag van gewijsde van een eerdere beslissing mag daaraan niet in de weg staan.⁵³⁷

De rechter zal van geval tot geval moeten beslissen. Bij die afweging kunnen verschillende gezichtspunten van belang zijn. Een aantal daarvan zal ik hierna bespreken.

3.5.7 Begrotingsproblemen

Zoals hiervoor aangestipt doet de belangrijkste reden voor uitstel van de begroting van toekomstige schade zich voor wanneer de omvang van die schade onzeker is, terwijl verwacht kan worden dat daarover later meer bekend zal zijn.⁵³⁸ Bij de belasting met een duurzaam risico wordt dit motief problematisch. Hier gaat het immers om *actuele* schade. Uitstel wegens begrotingsproblemen staat op gespannen voet met het beginsel dat moeilijkheden bij de begroting van een schade geen geldige reden zijn om vergoeding af te wijzen.⁵³⁹

Deze spanning noopt tot een genuanceerde benadering. Bij de belasting met een duurzaam risico kan de enkele onzekerheid over de omvang van de schade moeilijk zelfstandig reden zijn voor uitstel.⁵⁴⁰ Wanneer het voornaamste probleem is dat de rechter geen objectieve aanknopingspunten heeft om de financiële waarde van het risico te

535 Ook bij de "normale" toepassing van art. 6:105 zou strijd kunnen ontstaan met art. 6 EVRM, aldus Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr. 45.

536 Uiteraard kan aansprakelijkheid ook definitief worden afgewezen wanneer het schort aan *andere* vereisten, zoals onrechtmatigheid, toerekening en relativiteit.

537 Ook hier geldt: tenzij het schortte aan *andere* vereisten voor aansprakelijkheid.

538 Zie het citaat uit de Toelichting Meijers bij noot 532.

539 Zie over dit beginsel § 3.4.9.

540 Uiteraard ligt dit anders wanneer niet zozeer de omvang, maar veeleer het *bestaan* van een substantieel risico onzeker is, zoals bij claims met een speculatief karakter als bedoeld in § 3.5.5. Wanneer dáárover te weinig zekerheid bestaat ligt uitstel alleszins in de rede.

bepalen, geldt hetgeen is uiteengezet in § 3.4.9 en § 3.4.10: desnoods zal hij *ex aequo et bono* een schatting moeten maken. Dit neemt niet weg dat ernstige begrotingsproblemen een zeker gewicht in de schaal kunnen leggen wanneer ook andere gezichtspunten in de richting van uitstel wijzen.⁵⁴¹ Te bedenken valt dat het hier "slechts" gaat om uitstel, en niet om een definitieve afwijzing waardoor de benadeelde met een bepaalde vermogensschade zou blijven zitten: òf de huidige schade "verdampt" omdat het risico zich niet realiseert, òf de definitieve schade treedt in haar plaats en komt zonder meer voor vergoeding in aanmerking. Geen beginsel of er zijn wel uitzonderingen op mogelijk.

Ernstige begrotingsproblemen als hiervoor bedoeld zijn vooral denkbaar bij risico's op gezondheidsschade. Zoals eerder aangestipt bestaat hier — anders dan bij zaakschade en zuivere vermogensschade — per definitie geen verkeerswaarde die negatief wordt beïnvloed. Dus is er ook geen eenvoudig aantoonbare daling van die verkeerswaarde die maatstaf kan zijn voor de waarde van het risico. Probleematischer is dat ook het alternatief — het maken van een eigen rekening — niet altijd even goed mogelijk is. Dit omdat niet altijd evenveel zicht zal bestaan op de omvang van de dreigende definitieve schade, waartegen het risico kan worden afgezet.⁵⁴² Zo zal de waarde van een risico op het intreden van een bepaalde ziekte moeilijk te begroten zijn indien grote onzekerheid bestaat over de omvang van de financiële consequenties — inkomstenderving en medische kosten — die zouden ontstaan wanneer die ziekte daadwerkelijk zou intreden. Te bedenken valt dat het hier in de regel gaat om doorlopende schade. Daarom bestaat reeds aanmerkelijke onzekerheid over haar omvang wanneer niet duidelijk is vanaf welk tijdstip van intreden ongeveer moet worden uitgegaan.⁵⁴³ Voorzover het gaat om ziektes valt meestal wel wat over de incubatietijd te zeggen. Maar ook dan kunnen tussen vroegste en laatste mogelijke tijdstip tientallen jaren liggen, àls er al een "laatste" mogelijk tijdstip is. Om deze reden zijn wel geavanceerde methodes van begroten voorgesteld, die meer recht doen aan een lange periode van onzekerheid over het mogelijke tijdstip van intreden dan

541 Met name wanneer het gaat om relatief kleine risico's, zie § 3.6.4.

542 Voor beide methoden van begroten zie § 3.4.6.

543 Ik merk op dat het hier beschreven probleem zich alleen bij "openstaande" risico's voordoet: bij "afgesneden" kansen is de definitieve schade reeds daadwerkelijk ingetreden.

mogelijk is bij het maken van een enkelvoudige rekensom.⁵⁴⁴ Het zal echter duidelijk zijn dat een schadebegroting in dit soort situaties nooit méér kan zijn dan een beredeneerde schatting.

3.5.8 Praktische bezwaren tegen uitstel

Het direct toekennen van schadevergoeding gaat dus niet altijd zonder praktische problemen. Maar ook aan uitstel kunnen aanmerkelijke praktische bezwaren kleven.

Een eerste aspect is het bewijs van onrechtmatigheid of tekortkoming. Wanneer jaren met een definitieve beslissing moet worden gewacht kan dat onmogelijk zijn geworden.⁵⁴⁵ Een verklaring voor recht zal dan soelaas moeten bieden. Ook verjaringsproblemen kunnen zo worden aangepakt. Dat betekent wel dat partijen zijn genoodzaakt om het processuele debat over deze vraag volledig te voeren, met alle kosten van dien, terwijl een eventuele schadevergoeding nog vele jaren op zich kan laten wachten. Treedt de definitieve schade daadwerkelijk in, dan is een tweede procedure nodig. Dit bezwaar valt natuurlijk weg wanneer partijen tot een schikking kunnen komen. Een verklaringprocedure kan daarvoor een goede basis bieden. En een kostenveroordeling kan enige verlichting brengen voor de proceskosten.

Een tweede aspect is het bewijs van causaal verband. Het is nog maar de vraag of later wel causaal verband kan worden bewezen, wanneer de definitieve schade inderdaad is ingetreden. Deze problematiek hoeft er met het verstrijken van de jaren niet minder op te worden, integendeel.⁵⁴⁶ De mogelijkheid bestaat dat inmiddels ook allerlei andere mogelijke oorzaken in beeld zijn gekomen. Dat is met name goed denkbaar bij ziektes als kanker, waarvoor een hele catalogus van risicofactoren bestaat. Het intreden van de definitieve schade staat dan weliswaar vast, en dat is één belangrijk probleem minder, maar daarvoor in de plaats kunnen weer allerlei andere

544 Zie J.H. King, 90 Yale L.J. (1981) blz. 1381-1387, die een "expected value" of "weighted man"-methode voorstelt als alternatief voor het maken van een enkelvoudige rekensom (de "single outcome"-methode).

545 Zie B. Carson, 60 Wash.L.Rev (1985) blz. 644; H.R. Feldman, 17 Baltimore L.Rev. (1987) blz. 153; S.F. Brennwald, 34 Cath.U.L.Rev. (1985) blz. 788; D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. blz. 920.

546 In dezelfde zin D.P.C. Ashton, 43 U.Miami L.Rev. (1989) blz. 1116-1117; G.L. Ash, 38 Kansas L.Rev. (1990) blz. 1098; S.F. Brennwald, 34 Cath.U.L.Rev. (1985) blz. 788-789.

problemen zijn gekomen.

Een klassiek bezwaar tegen uitstel is de mogelijkheid dat de gedaagde later niet meer kan worden aangesproken omdat hij inmiddels insolvent is, onvindbaar is, of heeft opgehouden te bestaan.⁵⁴⁷ Het stellen van zekerheid veronderstelt eveneens een voorafgaand processueel debat. Over een periode van vele jaren lijkt deze optie bovendien maar weinig realistisch.

Ook is er nog het argument dat een benadeelde zich het meest zal inspannen voor het beperken van zijn schade, wanneer hij weet dat hij daarmee zijn eigen belang dient.⁵⁴⁸ Bij de belasting met een duurzaam risico is het niet ondenkbaar dat de benadeelde enige invloed kan uitoefenen op het intreden en/of de omvang van de definitieve schade, met name niet bij gezondheidsrisico's.⁵⁴⁹ De "verleiding" om daadwerkelijk arbeidsongeschikt te worden kon wel eens groter zijn wanneer men een mogelijke aansprakelijke achter de hand weet.

Tenslotte lijkt het in het algemeen beter om het conflict tussen partijen zo snel mogelijk te beslechten. Door direct de knoop definitief door te hakken kunnen partijen zowel psychologisch als financieel de zaak als afgehandeld beschouwen en "de boeken sluiten", in plaats van vele jaren met de affaire te blijven slepen.⁵⁵⁰

Aan de hier genoemde bezwaren komt in het algemeen minder gewicht toe wanneer op niet al te lange termijn uitsluitel is te verwachten over het al of niet intreden van de definitieve schade. Wel moet dat uitsluitel niet alleen op afzienbare termijn, maar ook met een redelijke waarschijnlijkheid zijn te verwachten.⁵⁵¹ De enkele *moge-*

547 In dezelfde zin D.P.C. Ashton, 43 U.Miami L.Rev. (1989) blz. 1116; G.L. Ash, 38 Kansas L.Rev. (1990) blz. 1098; H.R. Feldman, 17 Baltimore L.Rev. (1987) blz. 153; D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. blz. 919. Dit probleem speelt bij toekomstige schade in het algemeen. Zie Schadevergoeding (Bolt) art. 105 aant. 5 sub f.

548 Ook dit argument speelt bij toekomstige schade in het algemeen. Zie PG boek 6 blz. 366; Schadevergoeding (Bolt) art. 105 aant. 5 sub b.

549 Wellicht ten overvloede: indien de benadeelde het intreden van de definitieve schade *volledig* kan beïnvloeden, is geen sprake van de belasting met een duurzaam risico.

550 Vgl. Schadevergoeding (Bolt) art. 105 aant. 5 sub a en d.

551 Men kan deze situatie ook anders benaderen door te zeggen dat hier de "duurzaamheid" van het betreffende risico maar beperkt is. Zo gezien kan men ook de vraag centraal stellen wanneer precies van de belasting met een *duurzaam* risico sprake is. De door mij bepleite uitstel-bevoegdheid van de rechter komt er dan op neer dat hij van geval tot geval kan beslissen of een risico voldoende duurzaam kan worden geacht om voor directe vergoeding in aanmerking te komen.

lijkheid van uitsluitel lijkt mij niet voldoende. Uitstel voor *onbepaalde tijd* is in elk geval ongewenst, en vermoedelijk ook in strijd met het redelijke termijn-vereiste van artikel 6 EVRM.

3.5.9 *Samenhang met abstracte schadeberekening*

Zoals opgemerkt kan het bezwaar van mogelijke overcompensatie zich ook voordoen in het kader van een zogenaamde "abstracte" schadeberekening. Onder omstandigheden kan dat een belangrijk gezichtspunt opleveren, met name bij risico's met betrekking tot zaken. In het *beschadigde auto-arrest*⁵⁵² heeft de Hoge Raad zich expliciet gebogen over de vraag wat de betekenis was van de mogelijkheid dat zo'n risico zich uiteindelijk niet zou verwezenlijken. Het ging om het alledaagse geval van de waardevermindering van een auto, ondanks herstel, tengevolge van een aanrijding. Ik laat de Hoge Raad aan het woord:

"Bedoelde waardevermindering is hieraan toe te schrijven, dat de aan de auto toe te kennen waarde in het gegeven geval mede bepaald wordt door de waardering van het risico, dat de auto, ondanks herstel, tengevolge van de aanrijding een gebrek zou hebben. Bij zodanige waardering bestaat uiteraard de mogelijkheid, dat de kans op een gebrek zich niet zal verwezenlijken, terwijl, naar gelang er na de aanrijding tijd verstrijkt, de auto, ook afgezien van het risico van een gebrek tengevolge van de aanrijding, in waarde vermindert, en bovendien de kans dat zich alsnog een gebrek zal openbaren afneemt. Dientengevolge zal het bedrag der waardevermindering, die het gevolg is van de aanrijding, zijn afgenomen naar gelang de bepaling van de waarde van de auto naar een later tijdstip geschiedt. Een en ander neemt echter niet weg, dat het vermogen van de eigenaar door de aanrijding terstond een vermindering ondergaat gelijk aan de vermindering van de waarde van de auto [...] De eigenaar heeft recht op vergoeding van deze vermogensvermindering al gaat hij tot verkoop of inruil in het geheel niet of eerst op een later tijdstip over, en ook al verwezenlijkt het risico, hetwelk hij door de auto te blijven gebruiken op zich heeft genomen, zich niet."

Het bezwaar van mogelijke overcompensatie wordt hier dus eenvoudig terzijde geschoven door het moment van de beschadiging als ijkpunt te nemen voor de begroting van de schade. De Hoge Raad geeft geen inzicht in zijn motieven voor deze beslissing.⁵⁵³ Het arrest is een

552 HR 13 dec. 1963, NJ 1964, 449 m.nt. GJS (*Schreuder/Van Driesten*).

553 Zie echter hetgeen opgemerkt in noot 557.

klassieker geworden in het leerstuk van de abstracte schadeberekening. In de discussie die erover is gevoerd zijn verschillende argumenten pro en contra geformuleerd.

Critici wijzen erop dat het arrest nogal ver gaat. Niet alleen wordt de *mogelijkheid* van overcompensatie op de koop toe genomen, de beslissing ziet uitdrukkelijk tevens op het geval dat ten tijde van de uitspraak reeds *vaststaat* dat de eigenaar de auto is blijven gebruiken totdat deze geheel was versleten, zonder dat gebreken aan het licht zijn gekomen.⁵⁵⁴ In dat geval "*is het resultaat voor de getroffen puur voordeel*", zo meent annotator Scholten.⁵⁵⁵ Ook zou de beslissing haaks staan op het beginsel van schadevergoedingsrecht dat de schade moet worden vastgesteld op grond van de feiten zoals die bekend zijn op het tijdstip van de einduitspraak.⁵⁵⁶

Een belangrijk argument vóór het arrest richt zich tegen het verrijksbezwaar. Ook al blijkt achteraf dat het risico zich niet heeft verwezenlijkt, zo luidt dit argument, dan nog heeft de benadeelde in de tussentijd het risico voor zijn rekening moeten nemen. Het is niet onredelijk dat hij daarvoor een schadevergoeding ontvangt.⁵⁵⁷ Rutten maakt een vergelijking met verzekering:

"De niet-verwezenlijking van het risico heeft niet tot gevolg dat de eigenaar onrechtmatig wordt verrijkt ten koste van de aansprakelijk gestelde. [...] Zo geniet ook de verzekeraar een geldelijk voordeel bij het uitblijven van

554 Het verworpen cassatiemiddel had subsidiair voorgesteld dat de betreffende schadefactor per datum van de einduitspraak van de laatste feitelijke rechter moest worden berekend.

555 Zie diens noot bij het arrest, NJ 1964, 449 op blz. 1174 r.k.

556 In deze zin L.E.H.R. Rutten, VR 1964 blz. 80 r.k. Zie ook het weerwoord van A.R. Bloembergen, diss. (zie noot 46) nr. 49 blz. 68.

557 In deze zin ondermeer A.R. Bloembergen, diss. (zie noot 46) nr. 49 blz. 69 en Rutten, VR 1964 blz. 81. In essentie evenzo de conclusie van P-G Langemeijer, NJ 1964, 449 op blz. 1173 r.k. Met de zinssnede dat de benadeelde het risico "*door de auto te blijven gebruiken op zich heeft genomen*" lijkt ook de Hoge Raad in deze richting te wijzen. Volgens Bloembergen geldt het argument alleen bij aanvaarding van een abstract begrip schade. Gaat men uit van een concreet schadebegrip, en staat achteraf vast dat de auto geen verborgen gebreken had, dan staat tevens vast dat de eigenaar geen risico heeft gelopen, aldus Bloembergen (a.w. blz. 69 noten 2 en 5). Dit standpunt lijkt mij niet juist. Dat het risico *inmiddels* is verdwenen, maakt nog niet dat het er *destijds* ook niet was. Dat ik na een ravijn over een boomstam te zijn overgestoken, inmiddels weet dat ik er niet in ben gevallen, maakt nog niet niet dat ik tijdens die oversteek geen enkel risico liep. Vermoedelijk verwacht Bloembergen hier de definitieve schade (het verborgen gebrek dat er niet bleek te zijn) met de kansschade (het risico op een gebrek, welk risico er wel degelijk was).

een calamiteit, maar dat wil niet zeggen dat hij wordt verrijkt ten koste van de verzekerde, die tegen betaling van premie dekking van risico heeft genoten."⁵⁵⁸

Van groot belang lijkt dat ook verschillende gezichtspunten van praktische aard voor de gekozen oplossing spreken. Zoals het argument dat bij een "concrete" wijze van schadeberekening zou moeten worden nagegaan wat de eigenaar tot het tijdstip van de uitspraak met de auto heeft gedaan,⁵⁵⁹ en dat de gedaagde er dan belang bij zou hebben om de afwikkeling van de zaak te traineren.⁵⁶⁰

De vraag rijst bij welke risico's een dergelijke "abstracte" methode van schadeberekening moet worden gehanteerd. Ik denk dat daarop geen algemeen antwoord is te geven. Dat kan al niet wat de toelaatbaarheid van een abstracte schadeberekening in het algemeen betreft. Juist de beschadigde auto is hier een schoolvoorbeeld, maar behalve de *aard van de schade* kunnen ook andere gezichtspunten een rol spelen. In dit verband worden wel genoemd de *doelmatigheid*, de *strekking van het schadevergoedingsrecht*, *wettelijke gegevens*, en de *redelijkheid en billijkheid*.⁵⁶¹

Ik zou ook geen algemeen antwoord *willen* geven. Mijn inzet is de vraag wat bij de belasting met een duurzaam risico de meest redelijke oplossing is, direct vergoeden of uitstel. Het enkele feit dat de rechtspraak met betrekking tot bepaalde schadesoorten een abstracte schadeberekening pleegt te aanvaarden levert voor de beantwoording van deze vraag nog geen *inhoudelijke* gezichtspunten op, ook niet als het risico op een van de betreffende schadesoorten betrekking heeft. Wel zou directe vergoeding in dat geval het beste aansluiten bij de gebruikelijke benadering. Dát argument kan in elk geval aan het leerstuk van de abstracte schadeberekening worden ontleend, met name bij risico's met betrekking tot zaken.

Van de inhoudelijke gezichtspunten uit de discussie over het *beschadigde auto*-arrest is vooral de relativering van het verrijgingsbezwaaar interessant. Op het eerste gezicht lijkt het argument dat de benadeelde zijn voordeel in zeker opzicht heeft "verdiend" niet onredelijk. Bij nader inzien is het oppassen geblazen. Wanneer in algemene

558 VR 1964 blz. 81.

559 Zie A.R. Bloembergen, diss. (zie noot 46) nr. 49 blz. 69.

560 Zie G.J. Scholten in zijn noot bij het arrest, NJ 1964, 449 op blz. 1174 r.k.

561 Aldus Mon. Nieuw BW B-34 (Bloembergen) nr. 30. Zie voorts het overzicht van opvattingen in Schadevergoeding (Boonekamp) art. 97 aant. 27.

zin zou worden aanvaard dat het gedurende enige tijd op zich moeten nemen van een risico, *ook wanneer inmiddels reeds vaststaat dat die situatie zonder verdere nadelige gevolgen is beëindigd*, recht geeft op schadevergoeding, zou het hek behoorlijk van de dam kunnen raken. Dan zou immers *elke* niet zonder meer rechtmatige activiteit die gedurende een bepaalde tijd risico's voor derden in het leven roept, tot aansprakelijkheid kunnen leiden, óók in die overgrote meerderheid van gevallen waar het risico ophoudt te bestaan zodra de activiteit wordt beëindigd.⁵⁶² Het enige vereiste waaraan zou moeten zijn voldaan, is dat de derde het betreffende risico daadwerkelijk "op zich moet nemen". In theorie lijkt dat niet vaak het geval, omdat degene die het risico in het leven roept, veelal aansprakelijk zou zijn indien het zich zou realiseren. Maar alleen wie *zeker* weet volledige vergoeding te zullen ontvangen wanneer een mogelijke schade daadwerkelijk intreedt, loopt geen enkel (financieel) risico. En in de praktijk van alledag is dat maar zelden het geval.

Het komt mij voor dat wij deze doos van pandora beter stevig dicht kunnen houden. De beslissing van de Hoge Raad in het *beschadigde auto*-arrest om de waarde van het risico *ex tunc* te beoordelen, en niet *ex nunc*, verdient in elk geval geen klakkeloze navolging buiten de specifieke context waarin zij is gegeven.⁵⁶³ Dit te meer waar de aangevoerde praktische argumenten nogal specifiek van aard lijken te zijn.

3.5.10 *Het vaststaan van aansprakelijkheid voor andere schadeposten*

Zoals opgemerkt is het in Engeland bij de vergoeding van letselschade gebruikelijk dat wanneer de opgelopen verwondingen een risico met zich brengen op het intreden van ziektes zoals epilepsie of artritis, voor die risico's een bedrag wordt toegekend naar rato van de waar-

562 Voor de situatie die dan zou kunnen ontstaan zie het vérgaande voorstel van C.H. Schroeder, *Corrective Justice and Liability for Increasing Risks*, 37 UCLA L.Rev. (1990) blz. 439 e.v. met in 38 UCLA L.Rev. (1990) op blz. 113 e.v. een reactie van K.W. Simons en op blz. 143 e.v. een repliek van Schroeder.

563 Overigens kan ook het tijdstip van de uitspraak niet altijd zaligmakend zijn. Met name niet wanneer op afzienbare termijn uitsluitel kan worden verwacht over het al of niet intreden van de definitieve schade, c.q. wanneer de vraag rijst of wel van een *duurzaam* risico sprake is (zie noot 551). Dan kan uitstel van de beslissing zijn geboden, hetgeen neerkomt op het begroten van de schade noch *ex tunc*, noch *ex nunc*, maar naar een moment in de toekomst.

schijnlijkheid dat de betreffende ziekte zal intreden.⁵⁶⁴ Ook in Amerika is dat meermaals gebeurd.⁵⁶⁵ Één van de achterliggende gedachten is dat het vaststaan van de aansprakelijkheid voor de verwondingen het vergoeden van de daaruit voortvloeiende gezondheidsrisico's minder bezwaarlijk maakt omdat er in elk geval ook niet-speculatief nadeel bestaat.⁵⁶⁶

Oorspronkelijk betrof deze rechtspraak alleen risico's van verergering van vaststaande letselschade. Zowel in Engeland als in de VS werd deze benadering wat opgerekt en vergoeding toegekend mits maar sprake was van tastbaar actueel letsel, ook wanneer dat letsel als zodanig niet tot financiële consequenties had geleid. Zoals in de Engelse uitspraken *Church, Sykes* en *Patterson*, waar een schadevergoeding voor risico's en *anxiety* werd opgehangen aan de constatering van overigens symptoomloze *asbestos pleural plaques*.⁵⁶⁷ In de VS hebben sommige voorstanders van de vergoeding van gezondheidsrisico's het vereiste van *tangible present injury* verdedigd.⁵⁶⁸ Het zou een noodzakelijke waarborg vormen tegen speculatieve claims. Wel zou het begrip "*injury*" dan ruim moeten worden opgevat. Zoals in *Brafford v. Susquehanna Corporation*, waar het bestaan van *chromosomal damage* voldoende werd geacht.⁵⁶⁹

Zelf ben ik niet zo gecharmeerd van deze benadering. Zij doet te weinig recht aan het uitgangspunt dat de belasting met een duurzaam risico een vermogensschade is die zelfstandig een veroordeling tot vergoeding kan dragen. Een waarborg tegen speculatieve claims is ongetwijfeld noodzakelijk, maar moet gewoon worden gezocht in de zekerheid over het bestaan van de schade. Zoals uiteengezet in § 3.5.5 betekent dit dat met voldoende zekerheid moet komen vast te staan dat inderdaad van een substantieel (verhoogd) risico sprake is. Het zij echter toegegeven dat het *tangible present injury*-vereiste bij hetzelfde uitkomt indien het begrip "*tangible injury*" maar ruim genoeg wordt opgevat.

564 Zie de tekst bij noot 164 op blz. 143.

565 Zie de tekst bij noot 224 op blz. 155.

566 Een voorbeeld waar dit argument expliciet werd gehanteerd is de uitspraak in *Schwegel v. Goldberg*, zie de tekst bij noot 249 op blz. 159. Over de ratio van het onderscheid zie voorts de beschouwingen van J. Stapleton, 104 LQR (1988) blz. 213-238 & 389-409.

567 Zie de tekst bij noot 168 op blz. 144.

568 Zie de verwijzingen in noot 230.

569 Zie de tekst bij noot 231 op blz. 156.

Het al of niet vaststaan van aansprakelijkheid voor andere schade-posten lijkt mij in beginsel géén geldig gezichtspunt bij de beslissing over uitstel of het direct toekennen van schadevergoeding. De belasting met een duurzaam risico geeft in principe zelfstandig aanspraak op vergoeding. Wel lijkt het in de bedoelde situatie eens te meer wenselijk om partijen met een definitieve beslissing over *alle* schadeposten "van elkaar af te helpen", in plaats van de mogelijkheid open te laten dat zij later nog eens op de zaak terug moeten komen wegens het zich realiseren van eerder onvergoed gebleven risico's.

3.5.11 *Gezichtspunten van rechtspolitieke aard*

Ook met betrekking tot de belasting met een duurzaam risico zijn argumenten aangevoerd vanuit een meer rechtspolitieke invalshoek. Met name in de Verenigde Staten krijgen zij veel nadruk. Het beeld is vergelijkbaar met dat bij het verlies van een kans in het algemeen (zie § 3.4.20). Ook hier zouden de gezichtspunten van compensatie en preventie vóór vergoeding pleiten, en het *floodgates*-argument ertegen.

In grote lijnen zou ik willen aansluiten bij hetgeen aangevoerd in § 3.4.20: het compensatie-argument komt neer op het uitgangspunt dat sprake is van een vergoedbare vermogensschade, het preventie- en het *floodgates*-argument zijn in beginsel geldige — maar tegenstrijdige — gezichtspunten waarvan de betekenis zeer beperkt lijkt. Dat laatste geldt temeer omdat het hier niet zozeer gaat om de vraag *of* aansprakelijkheid zou moeten bestaan ja of nee, maar veeleer om de vraag *op welk moment* aansprakelijkheid moet worden aangenomen.⁵⁷⁰ Is dat reeds bij de belasting met het risico, of pas zodra en indien dat risico zich daadwerkelijk realiseert? De vraag is dus welk effect uitgaat van direct vergoeden ten opzichte van het alternatief van afwachten. Bij de inschatting van dat effect moet men zich realiseren dat ook los van een eventuele vergoeding een rechterlijk verbod van de risico-scheppende activiteit mogelijk kan zijn. Ook kan de potentiële benadeelde zijn gerechtigd om zelf preventieve maatregelen te nemen, en de kosten daarvan te verhalen.⁵⁷¹ Wel is het zo dat deze mogelijkheden lang

570 Men kan het ook zo voorstellen dat het gaat om de vraag *welke* schade moet worden vergoed, de kansschade of de eventuele definitieve schade.

571 Het Engelse recht lijkt op dit punt te kort te schieten. Daar zijn de kosten van preventieve maatregelen onder omstandigheden niet verhaalbaar wanneer niet tevens sprake is van fysieke schade (voor een voorbeeld zie *Midlandbank v. Bardgrove Property Services Ltd.*, (1993) 9 Const. L.J. 49 (C.A.), waarover W.S.M. Lloyd-

niet altijd openstaan, met name niet bij incidenten die niet voorzienbaar zijn.

Een preventief effect veronderstelt dat de potentiële schepper van een risico die zich *niet* laat afschrikken door de mogelijke aansprakelijkheid voor de definitieve schade in de toekomst, zich *wel* zou laten afschrikken door de aansprakelijkheid voor het risico in het heden. Dat zal slechts zelden het geval zijn. In de discussie over *toxic torts* in de VS is wel aangevoerd dat de managers van een onderneming zwaarder zouden tillen aan de dreiging van onmiddellijke aansprakelijkheid, dan aan een dreigende aansprakelijkheid in de toekomst. Dat laatste zou hen minder hoofdbrekens bezorgen, ondanks de grotere bedragen die ermee gemoeid zouden zijn, al was het maar omdat zij tegen die tijd waarschijnlijk door anderen zijn opgevolgd.⁵⁷² Op deze redenering valt nogal wat af te dingen.⁵⁷³ Onder meer dat een dergelijk korte termijn-denken, voorzover dat werkelijk zou heersen, niet zou zijn ingegeven door een verstandige afweging van risico's, maar juist door het nalaten daarvan. In die hypothese kan men zich evengoed afvragen of het aansprakelijkheidsrecht überhaupt van wezenlijke invloed op de beslissingen van het management zou zijn.

Toch is het mogelijk dat van de dreiging van onmiddellijke aansprakelijkheid enige preventieve werking uit zou gaan. Dat is met name denkbaar op gebieden waar anders niet of nauwelijks aansprakelijkheid zou bestaan, omdat de benadeelde, wanneer de definitieve schade na vele jaren daadwerkelijk intreedt, niet in staat is om het causaal verband met de vroegere blootstelling te bewijzen. Zoals aangestipt is dat goed voorstelbaar bij ziektes waarvoor vele mogelijke oorzaken in aanmerking kunnen komen.

Ook aan het *floodgates*-argument komt maar weinig gewicht toe, ondanks alle nadruk die er in de VS aan wordt gegeven. In de eerste plaats geldt ook hier dat het niet gaat om de vraag *of* aansprakelijkheid zou moeten bestaan, maar veeleer om de vraag *op welk moment* aansprakelijkheid moet worden aangenomen. Daar komt bij dat het soort van casusposities waarin een actie kan worden ingesteld wegens

Schut, Ntbr 1993 blz. 235). Zie over deze kwestie het pleidooi van J. Stapleton, 104 LQR (1988) blz. 213 e.v. (in het bijzonder blz. 224-229).

572 In deze zin D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 920. Vgl. G.O. Robinson, 19 J.Legal Stud. (1985) blz. 784-785.

573 Zo gaat men ten onrechte voorbij aan het verzekeringsaspect. Een begrenzing van de dekking van de bedrijfsaansprakelijkheidsverzekering naar tijd zou een en ander juist andersom kunnen doen uitpakken.

de belasting met een risico nogal beperkt is. De meeste risico's zijn nu eenmaal *niet* duurzaam. Meestal houden zij op te bestaan zodra de onrechtmatige toestand wordt beëindigd, of staat in elk geval vrij spoedig vast of zij zich hebben gerealiseerd of niet.⁵⁷⁴

Mijns inziens verdient het *floodgates*-argument eigenlijk alleen serieuze aandacht met betrekking tot gezondheidsrisico's door de blootstelling aan straling of gevaarlijke stoffen. En in deze context kan de gevreesde vloedgolf van procedures afdoende worden ingedamd door het afwijzen van speculatieve claims (zie § 3.5.5). Zodra wél met voldoende zekerheid vaststaat dat van een substantieel verhoogd risico sprake is, kan het *floodgates*-argument nooit redengevend zijn voor uitstel. In de woorden van *Justice Handler* in *Ayers v. Jackson Township*:

"Courts should not allow speculative fears or undifferentiated anxiety over a possible rush of litigation to defeat a sound and fair cause of action".⁵⁷⁵

3.5.12 *Gezag van gewijsde*

Mocht de rechter besluiten tot het direct toekennen van schadevergoeding, dan kan men zich afvragen wat rechtens is wanneer later de definitieve schade daadwerkelijk intreedt. Er is wel verdedigd dat de benadeelde dan een nieuwe actie toekomt. Déze schade werd immers nog niet vergoed. Wel zou de oorspronkelijke vergoeding met de nieuw toe te wijzen schadevergoeding moeten worden verrekend.⁵⁷⁶

Deze redenering is niet houdbaar. Het gaat hier weliswaar om twee verschillende schades (zie § 3.5.1), maar vergoeding van de ene sluit vergoeding van de andere uit. Wie vergoeding ontvangt voor een risico neemt het daarmee ook voor zijn rekening.⁵⁷⁷ Anders wordt hij ongegrond verrijkt. En wie later vergoeding zal ontvangen voor de definitieve schade loopt thans geen (financieel) risico. Daarom is het

574 In deze zin B.C. Legum, 18 Ga.L.Rev. (1984) blz. 589-590.

575 76 ALR 4th op blz. 625.

576 Zo H.R. Feldman, 17 Baltimore L.Rev. (1987) blz. 154.

577 In deze zin ook het Hof in *Oranje Nassau Mijnen/Van den Broek* (zie de tekst bij noot 49 op blz. 122). Het Hof overwoog dat de schadevergoeding voor het risico op verdere mijnschade in wezen een "*afkoopsom*" was voor eventuele toekomstige schade, en dat "*dit gedeelte van de schadeloosstelling slechts met inachtneming daarvan kan worden toegewezen*" (r.o. 45).

qua vergoeding noodzakelijkerwijs van tweeën één.⁵⁷⁸ Zou dat werkelijk anders zijn, dan viel ook niet in te zien waarom een verrekening zou zijn geboden.

Het voorstel komt dan ook neer op iets anders. De vergoeding voor het risico wordt achteraf als het ware "ingetrokken", waardoor voor de benadeelde de weg vrij is om voor een ander anker te gaan liggen. Per saldo ontstaat zo een soort "voorschot-constructie": vóór het intreden van de definitieve schade krijgt de benadeelde een bedrag ter grootte van het risico, en daarna krijgt hij de rest. Aldus verkrijgt men een optimale slachtofferbescherming.

Aan deze constructie kleven echter nogal wat bezwaren. Wat wanneer het spiegelbeeld zich voordoet, dus als vast komt te staan dat de definitieve schade *niet* intreedt? Waarom dan niet aan de aansprakelijke een actie toestaan om de, achteraf gezien, "ten onrechte" ontvangen schadevergoeding terug te vorderen? "Omdat de benadeelde in de tussentijd het risico voor zijn rekening heeft moeten nemen, en het niet onredelijk is dat hij daarvoor een vergoeding ontvangt", zo zou men kunnen redeneren in de lijn van de discussie over het *beschadigde auto-arrest*.⁵⁷⁹ Maar dan ziet men over het hoofd dat de benadeelde het risico juist *niet* voor zijn rekening hoeft te nemen, wanneer men hem in de gelegenheid stelt om later op het eerste vonnis terug te komen. Logisch gezien zou het mes dus aan twee kanten moeten snijden. Wanneer alleen de benadeelde op het eerdere vonnis terug zou mogen komen schept dat een ongelijkheid tussen partijen die maar moeilijk is te rechtvaardigen.⁵⁸⁰

Daar komt bij dat een aantal van de praktische voordelen van direct vergoeden (zie § 3.5.8) alsnog zou komen te vervallen. Ernstiger is dat zou worden bevorderd dat twee keer wordt geprocedeerd over hetzelfde feitencomplex. De benadeelde zou immers de verantwoorde-

578 In dezelfde zin L.E.H. Rutten, VR 1964 blz. 80 r.k.

579 Zie het argument bij noot 557 op blz. 234.

580 Ter rechtvaardiging van deze ongelijkheid zou men kunnen aanvoeren dat het accent in het schadevergoedingsrecht nu eenmaal meer op de bescherming van de benadeelde ligt. Vgl. Mon. Nieuw BW B-34 (Bloembergen) (aan het eind van) nr. 30. Van die stelling als zodanig zou echter nog geen verklarende kracht uitgaan. Slachtofferbescherming is ongetwijfeld een belangrijk gezichtspunt, maar daarmee is nog niet gezegd *welk gewicht* daaraan moet worden toegekend wanneer het, zoals hier, om de beantwoording van een concrete vraag gaat. De gelijkheid van partijen in het proces lijkt een tamelijk fundamenteel uitgangspunt. Zonder nadere, *inhoudelijke* argumenten daartoe kan daarvan niet worden afgeweken. En dergelijke argumenten zie ik hier niet.

lijkheid voor een afweging (nu vorderen of afwachten) uit handen worden genomen. Hij zou bij een eerste procedure niets te verliezen hebben, en deze ook instellen in omstandigheden waarin hij anders zou kiezen voor afwachten.

Ik meen daarom dat het gezag van gewijsde onverkort heeft te gelden, en wel voor *beide* partijen. Het is echter niet ondenkbaar dat de rechter slechts een voorlopige schadevergoeding toekent en zijn definitieve oordeel tot een later tijdstip opschort.⁵⁸¹ Schoordijk acht dat zelfs mogelijk bij de vergoeding door middel van een som ineens van toekomstige schade,⁵⁸² waar zo'n gang van zaken inhoudelijk gezien op gespannen voet staat met de uitdrukkelijke bedoeling van artikel 6:105.⁵⁸³ Dat laatste probleem speelt hier in elk geval niet. Ik zou ook niet bij voorbaat willen uitsluiten dat een voorlopige schadevergoeding een rechtvaardige oplossing kan zijn, ondanks de bezwaren die daar in algemene zin aan kleven. Maar dan moet de rechter daartoe expliciet beslissen. En dat is heel iets anders dan morrelen aan het gezag van gewijsde, waardoor de gedaagde naar believen met een tweede procedure zou kunnen worden overvallen.

3.5.13 *Aanpassing van de remedie aan de bijzondere aard van het nadeel*

Met het oog op het bezwaar van over- of ondercompensatie is wel voorgesteld dat de benadeelde op kosten van de gedaagde tegen het (verhoogde) risico moet worden verzekerd.⁵⁸⁴ Een dergelijke

581 Ik doel hier op een voorlopige schadevergoeding voor het risico als zodanig, niet voor andere schadeposten zoals medische kosten, kosten van rechtsbijstand en immateriële schade. Het intreden van *deze* schade staat definitief vast, ongeacht of het risico zich uiteindelijk realiseren zal of niet. Voor de vergoeding van deze posten behoort dus niet te worden afgewacht hoe het risico zal uitpakken. Over hun *omvang* kan echter onzekerheid bestaan, namelijk voorzover zij in de toekomst liggen. In verband daarmee is uitstel of een voorlopige schadeloosstelling niet ontoelaatbaar, maar alleen voorzover deze posten in de toekomst liggen.

582 Zie H.C.F. Schoordijk, *Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het Nieuw Burgerlijk Wetboek* (1979) blz. 264.

583 Zie PG boek 6 blz. 365-370. Op deze spanning wordt ook gewezen in Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr. 49, waar de wijzigingsmogelijkheden bij toekomstige schade uitvoerig worden besproken (alsmede in de nrs. 44 en 50).

584 In deze zin D.P.C. Ashton, 43 U.Miami L.Rev. (1989) blz. 1119 e.v.; B. Carson, 60 Wash.L.Rev. (1985) blz. 648-652; D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 919-924.

"*insurance remedy*" zou als geen ander zijn toegesneden op de aard van het toegebrachte nadeel⁵⁸⁵ en daarom de voorkeur verdienen boven de toekenning van een geldsom. In dit verband herinner ik aan de uitspraak in *Wilson v. Rowsell*,⁵⁸⁶ waar eveneens een oplossing werd gekozen die volledig was toegesneden op de bijzondere aard van het nadeel. Door een fout was de benadeelde opgezaald met een gebrekkige zekerheid. Het *Supreme Court of Canada* veroordeelde de gedaagde om de betreffende geldlening over te nemen, inclusief de gebrekkige zekerheid. Aldus kwam het risico voor rekening van de gedaagde.

Telkens wanneer een dergelijke oplossing praktisch uitvoerbaar is lijkt zij het ei van Columbus. Maar juist aan die praktische uitvoerbaarheid zal het vaak ontbreken. De *Wilson*-oplossing is alleen mogelijk bij overdraagbare goederen, en alleen reëel wanneer men zowel van benadeelde als van gedaagde kan en mag verlangen dat zij aan een overdracht meewerken. Dat lijkt slechts bij uitzondering het geval. Alleen in de commerciële sfeer is dat wellicht enigszins anders. Ook van de verzekeringsremedie moet niet te veel worden verwacht. Te bedenken valt dat het om de meest uiteenlopende risico's kan gaan. Een standaard-polis zal lang niet altijd beschikbaar zijn. De kosten van het speciaal in het leven roepen van een bijzondere verzekering zullen vaak onevenredig hoog zijn.⁵⁸⁷

Maar ook wanneer een dekkingsmogelijkheid wél kant en klaar beschikbaar is, valt niet in te zien waarom de benadeelde niet de voorkeur zou mogen geven aan vergoeding door een som ineens. Uiteraard kan de benadeelde zélf kiezen voor het afsluiten van een verzekering. Maar hij kan het er ook gewoon op willen wagen. Voor een beperking van zijn keuzevrijheid is geen plaats. Ook niet wanneer de tot vergoeding verplichte een verzekeraar is, en enig financieel belang heeft bij vergoeding door middel van een polis.⁵⁸⁸ Wel kan de gekapitaliseerde premie in dit soort gevallen een richtsnoer zijn voor de

585 Aldus B. Carson, 60 Wash.L.Rev. (1985) blz. 637 ("*uniquely tailored to the increased risk injury*").

586 Zie de tekst bij noot 260 op blz. 161.

587 Voor andere problemen met betrekking tot de *insurance remedy* zie D.P.C. Ashton, 43 U.Miami L.Rev. (1989) blz. 1125-1136.

588 In deze zin ook Rb. Breda, 1 aug. 1989, NJ 1991, 226. Hier ging het om de vraag of de benadeelde bij de vergoeding van toekomstige inkomensschade kan worden verplicht om genoegen te nemen met een lijfrentepolis. Zie over deze kwestie Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr. 47; Schadevergoeding (Bolt) artikel 105 aant. 8.

hoogte van de toe te kennen geldsom.

Een "opgelegde" verzekeringsremedie kan overigens wél een goede oplossing zijn in bepaalde gevallen van massaschade. Daar kan een dergelijke aanpak bevorderen dat de schadevergoeding zoveel mogelijk bij de juiste personen terecht komt. Ik kom hierop terug in § 4.6.5.

3.5.14 *Conclusies*

Op grond van het voorgaande concludeer ik dat de belasting met een duurzaam risico zonder onnodige terughoudendheid moet worden aanvaard als een vergoedbare vermogensschade. Wel moet de rechter binnen zekere grenzen de bevoegdheid hebben om te beslissen tot afwachten. In dit opzicht ligt een aansluiting bij artikel 6:105 voor de hand. Uitgangspunt dient te zijn dat schadevergoeding direct wordt toegekend, tenzij de omstandigheden van het geval bepaaldelijk tot uitstel nopen. Aan dat laatste valt met name te denken wanneer op afzienbare termijn uitsluitel kan worden verwacht over het al of niet intreden van de definitieve schade. In de mogelijkheid tot afwachten is een principeel verschil gelegen met de situatie bij "afgesneden" kansen.

3.6 **De minimale en de maximale grootte van een te vergoeden kans**

3.6.1 *Inleiding*

De derde en laatste in dit hoofdstuk te bespreken vraag betreft de beide uiteinden van de waarschijnlijkheidsschaal waarbinnen een verloren kans moet liggen om als zodanig voor vergoeding in aanmerking te komen: wat is de minimale, en wat de maximale grootte van zo'n kans? Er is wel verdedigd dat hier *geen* grenzen zouden moeten worden getrokken.⁵⁸⁹ Neemt men dit letterlijk dan zou het toepassingsgebied van het kansleerstuk zeer ver kunnen uitdijen. Aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid zou vermoedelijk de hoofdregel worden, in plaats van een uitzondering. Hoe vaak

589 In deze zin J. Makdisi, 67 N.C.L.Rev. (1989) blz. 1063 e.v. Makdisi stelt voor om het leerstuk van *causation in fact* volledig te vervangen door "*probable causation in fact*" (blz. 1064). Overigens verkiest hij een benadering vanuit het causaal verband boven die vanuit het leerstuk van *loss of a chance* (blz. 1092-1094).

blijft er niet enige twijfel mogelijk — hoe gering ook — over het bestaan van causaal verband? Het is duidelijk dat zo meer problemen worden opgeroepen dan opgelost.⁵⁹⁰

Het overgrote deel van de literatuur en de rechtspraak in de beschreven rechtsstelsels gaat er dan ook vanuit dat er zowel een minimum als een maximum grootte moet zijn. In landen als Frankrijk en België, waar het kansleerstuk op ruime schaal wordt toegepast, wordt er nadrukkelijk op gewezen dat niet elke mogelijkheid, droom of wens die de benadeelde door de fout van de gedaagde is ontgaan, rechtens in aanmerking kan worden genomen. Men zegt het wel zo, dat een verloren kans voldoende "ernstig" of "reëel" moet zijn.⁵⁹¹ Anderzijds is erop gewezen dat niet elke theoretische mogelijkheid dat een nadeel zonder de fout van de gedaagde eveneens zou zijn ontstaan, rechtens in aanmerking kan worden genomen. Wanneer iedere twijfel over het causaal verband aan een integrale schadevergoeding in de weg zou staan, zou dat ernstig afbreuk kunnen doen aan de centrale compensatiedoelstelling van het schadevergoedingsrecht. In deze zin bijvoorbeeld Hanau:

"die Ausgleichsfunktion des Schadensersatzes [wird] gefährlich beeinträchtigt, wenn man nur in den seltenen Fällen eindeutiger Kausalität vollen Schadensersatz verlangen kann."⁵⁹²

Het zou in elk geval buitengewoon onpraktisch zijn wanneer de rechter een precieze veroorzakingswaarschijnlijkheid zou moeten vaststellen ondanks dat causaal verband zo goed als zeker is. Bovendien zou dat een ongewenste stimulans opleveren voor de gedaagde om te

590 In dezelfde zin de op een rechtseconomische analyse gebaseerde conclusie van S. Shavell, *Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability*, 28 J.L. & Econ. (1985) blz. 587 e.v.: "the appeal of proportional liability will be limited primarily to situations where [...] the chance of uncertainty over causation is significant. [...] In the context of most torts, however, there will be no real advantage of proportional liability, as the likelihood of uncertainty over causation is undoubtedly low." (blz. 606-607).

591 Aldus het spraakgebruik in België (zie § 3.3.3). In andere landen hanteert men vergelijkbare uitdrukkingen. In Frankrijk spreekt men onder meer van chances "sérieuses", "réelles" of "raisonables" (zie § 3.3.2), in de VS zegt men het wel zo dat kansen "substantial" of "appreciable" moeten zijn om voor vergoeding in aanmerking te komen (zie § 3.3.5), en in Engeland geeft men negatief geformuleerd aan dat kansen niet "minimal" of "a mere speculative possibility" mogen zijn (zie § 3.3.4).

592 A.w. (zie noot 265) blz. 132.

procederen in plaats van te schikken, in een poging om de te betalen schadevergoeding met enkele procentpunten te verminderen.⁵⁹³ Ook van de kans dat het geleden nadeel *niet* door de gedaagde werd veroorzaakt, kan men dus eisen dat zij voldoende "ernstig" of "reëel" moet zijn.

3.6.2 *Beslissing van geval tot geval*

Voor de vergoeding van verloren kansen heeft dus ongetwijfeld een minimum en een maximum grootte te gelden, al was het maar om praktische redenen. De rechtspraak waagt er zich echter niet aan om algemeen geldende grenzen aan te geven, en beslist van geval tot geval. Er lijkt ook niet veel anders op te zitten. Algemeen geldende minimum- en maximum-percentages kunnen niet op rationele basis worden aangewezen. Veel schrijvers vinden dat kennelijk nogal onbevredigend, en noemen toch een of meer grensgetallen. Die zijn echter per definitie uit de lucht gegrepen,⁵⁹⁴ en zouden in een concreet geval volstrekt willekeurig kunnen uitpakken. Daarom is het beter om te beslissen van geval tot geval. Daarbij kunnen verschillende gezichtspunten een rol spelen.

Vóór de vergoeding van kleine kansen spreekt het beginsel van de volledige schadevergoeding. Dat brengt immers mee dat een schade steeds voor vergoeding in aanmerking komt, hoe beperkt haar omvang ook is.⁵⁹⁵ Hieruit wordt zelfs afgeleid dat een minimale grootte niet kan worden vereist, zolang het *bestaan* van de verloren kans maar voldoende zeker is.⁵⁹⁶ Ook zou men kunnen aanvoeren dat het vergoeden van kleine kansen niet bezwaarlijk is, omdat de omvang van de schadevergoedingsplicht navenant gering zal zijn.⁵⁹⁷ Daar staat echter tegenover dat de proceskosten onevenredig hoog kunnen zijn.⁵⁹⁸ Bovendien zegt de grootte van een kans lang niet alles. Ook

593 In dezelfde zin S. Levmore, 19 J.Legal Stud. (1990) blz. 723; R. Quendoz, *Modell einer Haftung bei alternativer Kausalität* (diss. Zürich 1991) blz. 45.

594 Evenzo (m.b.t. het minimum-percentage) C.J.J.M. Stolker, a.w. (zie noot 25) blz. 126.

595 Aldus expliciet T. Vansweevelt, a.w. (zie noot 33) nr. 526 blz. 388. In dezelfde zin het gerecht in *James v. United States* (zie het citaat bij noot 248 op blz. 159).

596 Zo bijv. T. Vansweevelt, a.w. (zie noot 33) nr. 536 blz. 395.

597 In deze zin C.J.J.M. Stolker, a.w. (zie noot 25) blz. 126.

598 Ook Faure noemt de proceskosten als gezichtspunt (a.w. — zie noot 31 — blz. 41. Evenzo S. Levmore, 19 J.Legal Stud. (1990) blz. 707.

de omvang van de definitieve schade waar de kans betrekking op heeft is van belang. Gaat het daar om zeer hoge bedragen, dan kan ook een kleine kans een substantiële waarde vertegenwoordigen.

In dit verband geldt nog een bijzonderheid bij de belasting met een duurzaam risico. Bij kleine risico's op ernstige schade zou men kunnen overwegen om de benadeelde tegen zichzelf te beschermen, door te voorkomen dat een eventuele latere vordering afstuit op het gezag van gewijsde. Deze problematiek wordt treffend geïllustreerd door de Engelse uitspraak in *Sykes v. Ministry of Defence*,⁵⁹⁹ waar de benadeelde £ 1.500 ontving mede voor het risico op mesothelioom, geschat op 2 à 3 procent. Dat was nagenoeg evenveel als in de volstrekt vergelijkbare zaken *Church* en *Patterson*, waar dit risico *niet* in de schadeloosstelling was meegenomen. De benadeelde in *Sykes* zal zich echter geconfronteerd zien met het gezag van gewijsde, mocht hij later inderdaad mesothelioom krijgen. Overigens kan het trekken van een ondergrens in dit soort situaties ook worden gezien als middel om al te speculatieve claims te voorkomen.

Aan het andere eind van het spectrum gaat het om de vraag wanneer de kans dat de gedaagde het geleden nadeel *niet* veroorzaakte, groot genoeg is om in aanmerking te worden genomen. Naar geldend recht is voor het aannemen van causaal verband geenszins een absolute zekerheid vereist. Een "*redelijke mate van waarschijnlijkheid*" is voldoende.⁶⁰⁰ Wat dit precies inhoudt is onbekend. De vereiste graad van waarschijnlijkheid is nooit gekwantificeerd.⁶⁰¹ Hij loopt vermoedelijk van geval tot geval uiteen.

Voor een beslissing in een concreet geval lijkt dit alles maar weinig behulpzaam. Gelukkig bestaan in de praktijk vaak solider aanknopingspunten voor het besluit om een kleine kans niet in aanmerking te nemen. Daarvan is onder meer sprake bij onzekerheid over het bestaan van de te vergoeden kans, waarover nader in § 3.6.3, en bij grote onzekerheid over de omvang van een kleine kans, waarover nader in § 3.6.4. Overigens kunnen deze twee aspecten nauw samenhangen. Het gaat hier om een lastige materie, waarover heel wat meer te zeggen valt dan in dit bestek mogelijk is, met name in wiskundige zin. Ik zal proberen beide aspecten ten minste enigszins te ontsluiten.

599 Zie de tekst bij noot 168 op blz. 144.

600 Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 13.

601 Internationaal gezien bestaat op dit punt nogal wat verschil, in elk geval in de doctrine. Zie A.M. Honoré, *Causation and Remoteness of Damage*, Int.Enc.-Comp.L. XI Torts (1971) ch. 7 s. 203; B.M. Maassen, a.w. (zie noot 262).

3.6.3 *Onzekerheid over het bestaan van een te vergoeden kans*

Ik vermeldde reeds de opvatting dat een minimale grootte niet kan worden vereist, zolang het bestaan van de te vergoeden kans maar voldoende zeker is. Zoals gezegd wordt dit afgeleid uit het beginsel dat een schade steeds voor vergoeding in aanmerking komt, hoe beperkt haar omvang ook is.⁶⁰² Het probleem is dat zo een onderscheid wordt aangelegd dat in de praktijk dikwijls wel werkbaar is, maar waarop theoretisch gezien nogal wat kan worden afgedongen. Een "onzekere kans" is een enigszins problematisch begrip. Het begrip "kans" belichaamt immers al een bepaalde onzekerheid. Elke additonele onzekerheid kan daarin eenvoudig worden verdisconteerd. Een kans op een kans vormt zelf ook weer een kans, alleen een *kleinere*. En die laatste kans is in principe weer wél "zeker" in haar bestaan.

Stel dat een benadeelde schadeloosstelling vordert voor het verlies van de kans dat hij een som geld had gewonnen bij een dobbelspel. Om te winnen had hij in één keer een zes moeten gooien. Op het eerste gezicht verloor hij dan een kans van 16,55% ($1/6 \times 100\%$). Maar wat nu wanneer blijkt dat het niet helemaal zeker is of de benadeelde zonder de fout van gedaagde wel aan het dobbelspel had deelgenomen? Op het eerste gezicht is dan niet zeker of zijn kans om te winnen wel zou hebben bestaan. Daarmee ligt zijn vordering echter nog niet zonder meer voor afwijzing gereed. Ook al is het niet helemaal *zeker*, dan is het nog wel *mogelijk* dat de benadeelde aan het dobbelspel had deelgenomen. Stel dat de kans dáárop kan worden geschat op 70%. De benadeelde kan dan met recht betogen dat hij in elk geval een kans verloor op zijn kans om een zes te werpen. Deze "kans op een kans" vormt zelf ook weer een kans, en wel van 11,66% ($70\% \times 16,66\%$). Deze laatste kans, dus de kans dat hij aan het dobbelspel had deelgenomen én dat hij daarbij een zes zou hebben geworpen, is weer wél zeker in haar bestaan. Als aan de eerste kans (op het werpen van een zes) een bepaalde financiële waarde kan worden toegekend, dan kan dat logischerwijs aan deze laatste kans eveneens.

Omdat elke additionele onzekerheid in het kansbegrip kan worden verdisconteerd, komt men vroeg of laat altijd bij een "zekere" kans uit, al kan die wel erg klein zijn geworden. In theorie kan de vraag of een te vergoeden kans voldoende zeker is in haar bestaan dus niet worden gescheiden van de vraag naar de minimale grootte die een kans moet hebben om nog voor vergoeding in aanmerking te komen.

602 Zo bijv. T. Vansweevelt, a.w. (zie noot 33) nr. 536 blz. 395.

Toch is het onderscheid in de praktijk vaak wel degelijk werkbaar. Dat blijkt bijvoorbeeld uit de inhoud die in Frankrijk wordt gegeven aan het vereiste dat een te vergoeden kans "*réelle*" of "*sérieuse*" moet zijn. Op dit punt is de rechtspraak over *la perte d'une chance* geanalyseerd door Viney.⁶⁰³ Zij merkt onder meer op dat het bij de vergoeding voor het verlies van een kans om een gunstig contract te sluiten typisch gaat om benadeelden die op het moment dat zij hun kans verloren reeds met de onderhandelingen waren begonnen; dat verloren proceskansen worden vergoed wanneer reeds een aanvang met de procedure was gemaakt; en dat een verloren huwelijkskans wordt vergoed wanneer de benadeelde reeds met de betrokkene was verloofd. Kenmerkend is dat de benadeelde op het moment dat hij zijn kans verloren zag gaan, reeds bezig was om haar te beproeven, aldus Viney. Was de benadeelde daarentegen nog niet bezig om zijn kans te beproeven, dat moet het moment waarop hij dat zou hebben gedaan in de tamelijk nabije toekomst hebben gelegen.

Deze materie kan heel goed worden benaderd vanuit de vraag of het bestaan van de kans waarvoor vergoeding wordt gevraagd voldoende zeker is, of dat het slechts gaat om een kans op een kans. Wie serieus met onderhandelingen was begonnen had in principe een kans op een gunstig resultaat, en wie serieus met een studie was begonnen, had in principe een kans om de eindstreep te halen (in beide gevallen: tenzij het tegendeel reeds aanstonds duidelijk is). Wanneer het gemiste eindresultaat een bepaalde financiële waarde had, dan hadden deze kansen dat eveneens, ook wanneer zij relatief klein waren. Gingen zij door de fout van de gedaagde verloren, dan ligt een schade-loosstelling in de rede. Dat is in het algemeen anders wanneer de benadeelde nog *niet* met de onderhandelingen was begonnen, c.q. nog niet met de studie was aangevangen. Hij was het alleen nog maar van plan. Maar misschien was het er wel nooit van gekomen, we zullen het nimmer zeker weten want door de fout van de gedaagde is de loop der gebeurtenissen definitief afgesneden. En waar geen zekerheid bestaat resteert opnieuw slechts een kans, die op haar beurt groot of klein kan zijn. Zo bezien verloor de benadeelde in dit soort gevallen dus niet meer dan een kans op een kans.

Nu kan deze voorstellingswijze wat vergezocht zijn wanneer de additionele onzekerheid niet meer inhoudt dan de *theoretische*

603 A.w. (zie noot 64) nr. 283. Zie mijn eerdere opmerkingen over deze analyse in de tekst bij noot 99 op blz. 132.

straling. Te denken valt aan de onzekerheid die kan bestaan over de vraag of wel een voldoende intensieve blootstelling heeft plaatsgevonden.⁶⁰⁶ Deze additionele onzekerheid zal veelal een goede reden zijn om van het direct toekennen van schadevergoeding af te zien. Zeker waar het gaat om een relatief klein risico lijkt het geïndiceerd om af te wachten wat de toekomst brengen zal.

Bij twijfelgevallen vanwege een geringe grootte is de aanwezigheid van additionele onzekerheid dus een goede grond om de betreffende kans niet in aanmerking te nemen. Met name wanneer die additionele onzekerheid duidelijk méér inhoudt dan de intrinsieke onzekerheid die een hypothetische voorstelling van zaken nu eenmaal met zich meebrengt. Dat hieraan kanstheoretisch gezien de nodige haken en ogen zitten doet daar maar weinig aan af. Met wat nuchter boerenverstand kan de rechter zeker tot aanvaardbare resultaten komen, zoals ook blijkt uit de Franse en Belgische praktijk. *Mutatis mutandis* geldt hetzelfde aan de andere zijde van het spectrum, wanneer de rechter wordt geconfronteerd met een kleine kans dat het geleden nadeel *niet* door de gedaagde werd veroorzaakt.⁶⁰⁷

3.6.4 Grote onzekerheid over de omvang van een kleine kans

Een tweede aanknopingspunt om een kleine kans niet in aanmerking te nemen doet zich voor wanneer grote onzekerheid bestaat over haar precieze omvang. Dit veronderstelt uiteraard dat wél duidelijk is dat het in elk geval om een *kleine* kans gaat. Zoals uiteengezet in § 3.4.9 kan de onzekerheid over de waarde van een verloren kans in principe niet aan haar vergoedbaarheid in de weg staan. Wanneer de omvang van een schade niet nauwkeurig kan worden vastgesteld, dan moet zij worden geschat. Dit neemt niet weg dat grote onzekerheid over de omvang van een kans een zeker gewicht in de schaal kan leggen wanneer het in elk geval gaat om een zodanig kleine kans dat de rechter zich afvraagt of zij nog wel voor vergoeding in aanmerking

606 Zie de tekst bij noot 527 op blz. 226.

607 Vgl. de beslissing van de Hoge Raad in het *DES*-arrest, waar de *mogelijkheid* dat sommige kleine producenten met het in het verkeer brengen van DES geen fout maakten, in beginsel niet aan de totaalaansprakelijkheid van de andere producenten afdeed (r.o. 3.7.6.). Ook hier ging het in wezen om een kans (dat sommige kleine producenten inderdaad geen fout maakten) op een kleine kans (dat een bepaalde DES-dochter juist door het produkt van zo'n kleine producent werd gelaedeerd). Zie over de bedoelde beslissing uitvoerig § 2.6.10.

komt. Hoe kleiner de kans, hoe zwaarwegender de onzekerheid over haar precieze grootte, omdat de mogelijkheid reëler wordt dat die grootte in werkelijkheid nagenoeg nul is. En andersom, hoe nauwkeuriger de grootte van een kans kan worden bepaald, hoe kleiner zij mag zijn om toch in aanmerking te worden genomen.

Deze samenhang laat zich goed illustreren aan de hand van een statistische kans waarbij de ernst van het deductie-probleem tot uitdrukking is gebracht in een standaardafwijking of betrouwbaarheidsinterval (zie § 3.4.11). Gaat het bijvoorbeeld om een statistisch gemiddelde kans van 5%, dan is het interessant om te weten wáár die 5% een gemiddelde van is: is dat een gemiddelde van kansen tussen 4% en 6%; tussen nul en 10%, of is er een groot aantal nulansen dat wordt gecompenseerd door een klein aantal uitschieters naar boven? Naar mate de omvang van een *individuele* kans met minder zekerheid is vast te stellen, is er meer te zeggen voor het negeren van een *gemiddelde* kans die in elk geval zeer klein is.

In dit verband herinner ik aan de Engelse uitspraak in *Bagley v. North Herts Health Authority*, waar een vergoeding werd toegekend van 95% van de geleden schade omdat ook zonder fouten een risico van 5% had bestaan dat het kind niet levend ter wereld zou zijn gekomen.⁶⁰⁸ Zoals gezegd werd in *Hotson* alsnog over deze beslissing de staf gebroken door het *House of Lords*.⁶⁰⁹ Ook Vansweevelt meent dat niet met deze beslissing kan worden ingestemd.⁶¹⁰ Mij lijkt relevant waar dat cijfer van 5% precies vandaan kwam. Ging het hier om een zeer algemeen statistisch gemiddelde, of om een cijfer dat nauwkeurig was toegespitst op de relevante karakteristieken van mevrouw Bagley?⁶¹¹ Wanneer het met redelijke zekerheid ging om een *individuele* kans van 5% is de benadering van het *High Court* best te verdedigen. Maar waarschijnlijk kan men van de medische statistiek op dit punt niet al te veel nauwkeurigheid verwachten, en dan kan de beslissing inderdaad maar matig bekoren.

Zoals *Bagley* laat zien geldt het hier besprokene *mutatis mutandis* ook aan de andere kant van de waarschijnlijkheidsschaal, waar het gaat om een zodanig grote kans dat de rechter zich afvraagt of hij niet "gewoon" causaal verband moet aannemen met de definitieve schade.

608 Zie de tekst bij noot 177 op blz. 145.

609 Zie het citaat van Lord Ackner bij noot 178 op blz. 146.

610 A.w. (zie noot 33) nr. 528 blz. 389.

611 Vgl. de tekst bij noot 402 op blz. 191.

Hoe kleiner de kans dat de definitieve schade *niet* door de gedaagde werd veroorzaakt, hoe zwaarwegender de onzekerheid over haar precieze grootte, omdat de mogelijkheid reëler wordt dat die grootte in werkelijkheid nagenoeg nul is. En andersom, hoe nauwkeuriger de grootte van die kans kan worden bepaald, hoe kleiner zij mag zijn om toch in aanmerking te worden genomen.

Bij het trekken van een onder- of bovengrens in een concreet geval kan de mate van zekerheid over de precieze omvang van de verloren kans dus een belangrijk gezichtspunt zijn. Om het voor de duidelijkheid eens extreem te stellen: zelfs bij een kans van 1% of 99% kan het van belang zijn of die grootte met zekerheid kan worden vastgesteld. Is dat *werkelijk* het geval, dan is niet ondenkbaar dat de kans van 1% voor vergoeding in aanmerking komt, c.q. dat de kans van 99% slechts als zodanig voor vergoeding in aanmerking komt. In de praktijk zal de grootte van de betreffende kans echter nagenoeg altijd voor betwisting vatbaar zijn, en dan behoort de 1% kans te worden genegeerd, en de 99% kans te worden behandeld als voldoende zekerheid voor het aannemen van causaal verband met de definitieve schade.

3.6.5 Conclusies

Voor de vergoeding van verloren kansen heeft ongetwijfeld een minimale en een maximale grootte te gelden, maar algemeen geldende grenzen kunnen niet op een rationele basis worden aangewezen. Dat betekent echter niet dat men in de praktijk zou zijn overgeleverd aan willekeur. In concrete casusposities bestaan vaak wel degelijk objectieve aanknopingspunten voor het besluit om een kleine kans niet in aanmerking te nemen, c.q. om een grote kans "naar boven af te ronden" en gewoon causaal verband met de definitieve schade aan te nemen. Zo kan het bestaan van "een kans op een kans" een goede grond zijn om de betreffende kans niet in aanmerking te nemen, evenals het bestaan van een grote onzekerheid over haar omvang. Het gaat hier weliswaar niet om "harde" criteria, maar die moeten wij in het recht zo vaak ontberen. In de praktijk kunnen zo veel onzekerheden op een rationele, verantwoorde wijze worden genegeerd. De rechter kan hier zeker tot aanvaardbare resultaten komen, zoals ook blijkt uit de Franse en Belgische praktijk.

In de hantering van een onder- en een bovengrens is een belangrijke beperking van het toepassingsgebied van het kansleerstuk gelegen. Voor het overmatig uitdijen van dit toepassingsgebied hoeft dan ook

3 Het verlies van een kans

niet te worden gevreesd. In het bijzonder hoeft geen angst te bestaan dat het vereiste van causaal verband volledig op de helling zou gaan. Aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid blijft hoe dan ook een uitzondering.

De alternatieve benadeelde

4.1 Inleiding

4.1.1 *Pluraliteit van benadeelden, massaschade, en proportionele aansprakelijkheid*

Dit hoofdstuk is, evenals het volgende, gewijd aan de problematiek van onzeker causaal verband in schadegevallen waarbij meer dan één benadeelde is betrokken. Veelal gaat het daarbij om gevallen van zogenaamde "massaschade".¹ Tot dusver besprak ik de problematiek van de causaliteitsonzekerheid voornamelijk vanuit individuele schadegevallen. Onzekerheid over het causaal verband kan echter ook samenhangen met de omstandigheid dat meerdere benadeelden in het spel zijn. Bij echte massaschade krijgt deze problematiek een heel eigen kleur. In de Verenigde Staten en elders is vooral in de context van massaschade gepleit voor proportionele aansprakelijkheid. Een bepaalde vorm daarvan heeft ook in Nederland veel aandacht gekregen, namelijk de marktaandeelaansprakelijkheid die volgens veel auteurs was aangewezen in de zaak van de DES-dochters.

1 Met het begrip "massaschade" duidt men gevallen aan waarbij een groot aantal personen eenzelfde of een vergelijkbare schade lijdt als gevolg van één of meer vergelijkbare gedragingen van één of meer veroorzakers. Doorgaans doet dit soort gevallen zich voor op het terrein van de producten- en de milieuaansprakelijkheid. Voor een definitie in deze zin zie P. Loser, *Kausalitätsprobleme bei der Haftung für Umweltschäden* (diss. St. Gallen, 1994) blz. 267. E. Bauw, *Tussen traditie en efficiëntie*, NJB 1995 blz. 622 e.v. geeft een ogenschijnlijk veel eenvoudiger definitie nl. "als door een gebeurtenis een groot aantal personen schade heeft geleden" (blz. 622). De vraag is dan echter hoe ruim het begrip "gebeurtenis" moet worden opgevat. Bauw wil wat dat betreft aansluiten bij de verjaringsbepaling van art. 3:310 BW (t.a.p. noot 1). Voor andere pogingen tot een omschrijving van het begrip massaschade zie H.J. Bunjes, *Praktische aspecten bij de behandeling van massaschades*, in: *Massaschade, Inleidingen LSA 1996*, blz. 9 e.v.; D. Rosenberg, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System*, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 851 e.v. (op blz. 853); T. Bodewig, *Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden*, AcP 185 (1985) blz. 505 e.v. (op blz. 507).

Relevant aan massaschade is hier niet zozeer dat vele benadeelden bij één schadegeval zijn betrokken, maar dat daardoor bijzondere problemen kunnen ontstaan met betrekking tot het causaal verband. Over de praktische betekenis van de massaschade-problematiek kan men van mening verschillen. Duidelijk is dat het om meer gaat dan enkele uitzonderlijke incidenten. Velen verwachten dat de betekenis van deze materie alleen maar zal toenemen. De toekomst zal dat uitwijzen. In elk geval zijn massaschadegevallen interessant omdat zij de problematiek van de causaliteitsonzekerheid als het ware uitvergroten. Zij laten vaak veel sprekender dan individuele gevallen zien hoe weinig opportuun het kan zijn om krampachtig vast te houden aan het alles-of-niets.

4.1.2 De alternatieve benadeelde

De hier te bespreken figuur vormt in zeker opzicht het spiegelbeeld van de figuur van de alternatieve veroorzaking. Gaat het daar om het geval waarin onbekend is wie van twee of meer mogelijke veroorzakers de schade daadwerkelijk op zijn geweten heeft, hier speelt het probleem dat onbekend is wie van twee of meer personen daadwerkelijk werd gelaedeerd. Deze figuur laat zich het beste introduceren aan de hand van een voorbeeld:

Voorbeeld 1: Een chemische fabriek blijkt haar omwonenden jarenlang onrechtmatig te hebben blootgesteld aan bepaalde gevaarlijke stoffen. Van deze stoffen staat vast dat zij een bepaalde ziekte kunnen veroorzaken, die bij de omwonenden dan ook significant vaker voorkomt dan elders. Normaal gesproken zou deze ziekte hooguit 50 keer voorkomen, nu is dat 100 keer.²

Van 50 zieken kan dus redelijkerwijs worden aangenomen dat zij zonder de onrechtmatige blootstelling niet ziek zouden zijn geworden, maar niet te achterhalen valt wie dat zijn. *Dat* er schade is geleden waarvoor de fabriek in beginsel aansprakelijk is staat dan vast, onbepaalbaar is alleen *wie* van de 100 zieken daadwerkelijk werd

2 Gemakshalve is in dit voorbeeld geabstraheerd van allerlei praktische problemen die in werkelijkheid in dit soort gevallen spelen. De belangrijkste van deze problemen komen in dit hoofdstuk nog aan bod (met name in § 4.3).

gelaedeerd. Vandaar het begrip "*alternatieve benadeelde*".³ In de Engelstalige rechtsstelsels spreekt men veelal van "*the indeterminate plaintiff*",⁴ in de Duitstalige rechtsstelsels spreekt men wel van "*alternative Opferschaft*",⁵ of van "*Alternativität auf Geschädigtenseite*".⁶

Praktijkvoorbeelden van de hier bedoelde problematiek zijn onder meer de gevolgen van de ramp met de kerncentrale in Tsjernobyl;⁷ het verhoogde aantal gevallen van leukemie bij kinderen in de omgeving van de Engelse nucleaire installatie in Sellafield;⁸ en het verhoogde aantal gevallen van diverse vormen van kanker bij omwonenden van het gebied in Nevada waar de Amerikaanse overheid van 1951 tot 1963 bovengrondse kernproeven hield.⁹

In al deze gevallen speelt de problematiek van statistisch-epidemiologisch causaliteitsbewijs een centrale rol. De figuur van de alternatieve benadeelde kan zich echter ook voordoen buiten de context van

-
- 3 Men spreekt in dit verband ook wel van "*schade die niet geïndividualiseerd kan worden*". Zie de parlementaire discussie n.a.v. het intiatiefwetsvoorstel tot wijziging van de Wet aansprakelijkheid kernongevallen (WAKO), met name het voorgestelde art. 32a, van de kamerleden Zijlstra en Tazelaar (later Zijlstra en Swildens-Rozendaal), TK 1986-1987, wetsvoorstel 20 025. L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid* (1991) spreekt van "*kansaansprakelijkheid*" (blz. 310-312). Ik geef de voorkeur aan de term "alternatieve benadeelde" omdat ik meen dat die de kern van de in dit hoofdstuk besproken problematiek het meest treffend aangeeft. Bovendien komt daarmee de spiegelbeeldige verhouding tot de figuur van de alternatieve veroorzaking duidelijk tot uitdrukking.
 - 4 Deze term stamt kennelijk van R. Delgado, *Beyond Sindell: Relaxation of Cause-in-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs*, 70 Cal.L.Rev. (1982) blz. 881 e.v.
 - 5 Deze term stamt kennelijk van T. Bodewig, AcP 185 (1985) blz. 531. Overigens duidt hij de hier bedoelde problematiek aan met "*reine*" *alternative Opferschaft* (t.a.p. blz. 543). Over de tweevoudige betekenis van het begrip *alternative Opferschaft* zie de tekst bij noot 17 in § 5.1.2, alsmede de nadere uitleg in die voetnoot.
 - 6 R. Quendoz, *Modell einer Haftung bei alternativer Kausalität* (diss. Zürich 1991), blz. 5. Overigens heeft ook dit begrip een tweevoudige betekenis. Zie de tekst bij noot 17 in § 5.1.2, alsmede de nadere uitleg in die voetnoot.
 - 7 Zie M. Faure, (*Geen schijn van kans* (oratie Maastricht 1993) blz. 3.
 - 8 Waarover uitspraak werd gedaan door het *High Court of Justice, Queens Bench Division*, 8 okt. 1993 in *Elizabeth Reay v. British Nuclear Fuels Plc*, 1990 R. No. 860 en *Jane Hope v. British Nuclear Fuels Plc*, 1989 H. No. 3689. Zie de tekst bij noot 104 in § 4.2.3.
 - 9 Waarover uitspraak werd gedaan in *Allen v. United States* 588 F.Supp. 247 (D. Utah 1984). Zie de tekst bij noot 86 in § 4.2.2.

uitsluitend statistisch aantoonbare schadeveroorzaking. Zoals in het geval dat werd voorgelegd aan het Duitse *Bundesgerichtshof*:¹⁰

Voorbeeld 2: Een drietal expediteurs was in verband met een onrechtmatig overheidsvoorschrift enige tijd ten onrechte niet voor een bepaald soort opdrachten in aanmerking gekomen. Zij vorderden een vergoeding voor gedeelde winst. In appel spitste het debat zich toe op een concrete opdracht die volgens de betreffende opdrachtgever zonder twijfel aan één van de drie expediteurs zou zijn gegund, maar onzeker was aan wie van hen. De waarschijnlijkheid van opdrachtverlening aan elk van de drie firma's was even groot, zo stelde het *Berufungsgericht* vast.¹¹

In dit geval speelde de vraag "Wie van de drie?"¹² dus niet aan de kant van de veroorzakers maar aan de kant van de benadeelden. De causale figuur die in het *DES*-arrest¹³ aan de orde kwam is nog net een slag meer gecompliceerd. In de *DES*-zaak waren *zowel* meerdere mogelijke veroorzakers als meerdere mogelijke benadeelden in het geding. In zo'n geval zou men kunnen spreken van *alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden*.¹⁴ Deze laatste figuur bespreek ik in het

10 BGH 16 maart 1959, BGHZ 29, 393.

11 Voor de beslissing van het BGH zie de tekst bij noot 99 op blz. 277.

12 Ik ontleen deze beeldspraak aan P. Ingelse, *Hoge Raad in Des-arrest: ruim baan voor artikel 6:99 BW*, NJB 1992 blz. 1403 e.v. (op blz. 1404 r.k.).

13 HR 9 okt. 1992, NJ 1994, 535 m.nt. CJHB.

14 Vgl. "*Alternativität auf Schädiger- und Geschädigtenseite*" (R. Quendoz, a.w. — zie noot 6 — blz. 5); "*Indeterminate Defendants and Plaintiffs*" (*In Re Agent Orange Product Liability Litigation*, 597 F.Supp. 740 (E.D. New York 1984) op blz. 842). Erkend zij dat op deze terminologie wel wat valt af te dingen. Enerzijds kon juist in de *DES*-casus het achtergrondrisico verwaarloosbaar worden geacht. Daarom kon worden aangenomen dat *elke* benadeelde daadwerkelijk was gelaedeerd — al wist men niet door welke producent. Inzoverre was van de in dit hoofdstuk te behandelen problematiek geen sprake. Toch kan ook bij de afwezigheid van een significant achtergrondrisico sprake zijn van "alternativiteit" aan de kant van de benadeelden, al heeft de daaruit voortvloeiende problematiek duidelijk een andere kleur. Zie daarover de uitleg in § 5.1.1. En soms bestaat wél een significant achtergrondrisico (zoals bijv. in *Agent Orange*), en dan is van de in dit hoofdstuk te behandelen problematiek wel degelijk sprake. Zie over mijn keuze voor het begrip "alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden" de toelichting in noot 17 op blz. 329. Anderzijds is bij de in dit hoofdstuk besproken figuur van de alternatieve benadeelde weliswaar geen sprake van alternatieve veroorzakers maar in principe wél van alternatieve veroorzaking, althans in de ruime betekenis van het woord. De heersende onzekerheid over het causaal verband hangt immers samen met een tweede mogelijke oorzaak die is gelegen in een achtergrondrisico. Al is dat soms een slecht passende voorstelling van zaken, zoals in het geval van de drie

volgende hoofdstuk. Hier beperk ik mij vooralsnog tot die gevallen waarin sprake is van slechts één aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaak.

4.1.3 De verwerping van de alles-of-niets-benadering

Het dilemma dat de figuur van de alternatieve benadeelde in het leven roept zal reeds op het eerste gezicht duidelijk zijn. Geen van de benadeelden kan causaal verband met het door hem geleden nadeel bewijzen.¹⁵ Het spreekt echter niet aan om daarom maar alle aansprakelijkheid af te wijzen. Het staat immers vast dat de gedaagde daadwerkelijk schade veroorzaakte, en tevens dat één of meer van de benadeelden daadwerkelijk een recht op vergoeding toekomt, al weet men niet wie van hen. Maar onverkorte aansprakelijkheid jegens ieder der alternatieve benadeelden spreekt al evenmin aan, omdat de gedaagde dan tevens zou moeten opkomen voor nadeel dat hij niet veroorzaakt kan hebben, én dat gewoon tot de risicosfeer van de benadeelden behoort. Zo bezien staat men voor een keuze tussen de "*Teufel der Sanktionslücke*" en de "*Beelzebub einer Übermaßhaftung*".¹⁶

Het zal daarom niet verrassen dat een flink aantal schrijvers uit verschillende landen heeft gepleit voor een proportionele aansprakelijkheid van de gedaagde jegens ieder der alternatieve benadeelden. Als maatstaf voor de omvang van die aansprakelijkheid zou de veroorzakingswaarschijnlijkheid van het individueel geleden nadeel moeten

expediteurs (voorbeeld 2). Ondanks deze onvolkomenheden maakt het onderscheid in de juridische problematiek met betrekking tot de hier te bespreken causale figuren het naar mijn mening voldoende opportuun om terminologisch en anderszins een tweedeling te hanteren tussen "de alternatieve benadeelde" enerzijds (dit hoofdstuk), en "alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden" anderzijds (het volgende hoofdstuk), waarbij de laatste figuur zich voor kan doen mét en zónder significant achtergrondrisico (zie nader § 5.1.2).

15 Erkend zij dat het in voorbeeld 2 meer voor de hand ligt om te stellen dat een individuele benadeelde het bestaan van zijn *schade* niet kan bewijzen. Zoals eerder uiteengezet in § 3.4.13 is dat zuiver een kwestie van invalshoek. Dat de gestelde schade in werkelijkheid niet is ingetreden betekent immers niets anders dan dat geen causaal verband bestaat tussen het geleden "nadeel" (i.c. het niet hebben gekregen van de opdracht) en de fout van gedaagde. En wanneer in voorbeeld 1 in werkelijkheid geen causaal verband met de fout bestaat, is evenmin als in voorbeeld 2 daadwerkelijk "schade" geleden in de juridische zin van het woord.

16 Aldus de terminologie van M. Adams, *Zur Aufgabe des Haftungsrechts im Umweltschutz*, ZZP 1986 blz. 127 e.v. (op blz. 151).

dienen. In voorbeeld 1 in zou dat neerkomen op de aansprakelijkheid van de chemische fabriek jegens alle 100 ziek geworden omwonenden voor 50% van het individueel geleden nadeel. En in voorbeeld 2 zou dat neerkomen op de aansprakelijkheid van de overheid jegens alle drie de expediteurs voor 1/3 van de winst die zij met de misgelopen opdracht zouden hebben behaald.

Deze voorstellen zijn uiteraard op weerstand gestuit omdat zij breken met de alles-of-niets-benadering. Bovendien zouden zij leiden tot een "incorrecte" compensatie van individuele benadeelden, en onvoldoende rekening houden met de formidabele problemen die doorgaans samenhangen met statistisch causaliteitsbewijs.

4.1.4 Plan van behandeling

In dit hoofdstuk zal ik ingaan op de *ins* en *outs* van een proportionele aansprakelijkheid jegens de alternatieve benadeelde. In de discussies daarover is een aantal argumenten gebezigd die in de hoofdstukken 2 en 3 reeds aan de orde kwamen in de context van individuele schadegevallen. Op het merendeel van deze argumenten zal ik niet opnieuw ingaan. Hier zal ik mij zo veel mogelijk beperken tot nieuwe gezichtspunten en tot gezichtspunten waaraan in de huidige context een groter gewicht toekomt. Voor mijn standpunt over een aantal hier niet besproken aspecten verwijs ik naar de hoofdstukken 2 en 3.

Ik begin met een overzicht van de opvattingen in de literatuur en de rechtspraak van een aantal landen (§ 4.2). Vervolgens bespreek ik de problematiek van uitsluitend statistisch aantoonbare schadeveroorzaking (§ 4.3) en aantal collectieve benaderingswijzen van de figuur van de alternatieve benadeelde (§ 4.4). Dan volgt een bespreking van de belangrijkste gezichtspunten pro en contra een proportionele aansprakelijkheid (§ 4.5), die ik afsluit met de conclusie dat ook bij de figuur van de alternatieve benadeelde de meest rechtvaardige oplossing in principe is gelegen in een proportionele aansprakelijkheid (§ 4.5.9). Tot slot ga ik nog even apart in op de mogelijkheid om schadevergoeding toe te kennen voor de belasting met een duurzaam risico (§ 4.6).

4.2 Opvattingen in literatuur en rechtspraak

4.2.1 Nederland

In Nederland is de problematiek van de alternatieve benadeelde door een flink aantal schrijvers aan de orde gesteld, zij het onder uiteenlopende benamingen.¹⁷ Men bespreekt het onderwerp doorgaans vanuit de invalshoek van massaschade en statistisch causaliteitsbewijs. Rechtspraak is er bij mijn weten nog niet. Het merendeel van de auteurs pleit voor een proportionele aansprakelijkheid. De daartegen geopperde bezwaren zijn vooral ingegeven door de problematiek van het statistisch causaliteitsbewijs. De voornaamste argumenten pro en contra keren in de meeste betogen telkens op een of andere wijze terug. Ik bespreek ze aan de hand van de opvattingen van een aantal schrijvers.

De hier te bespreken figuur werd voor het eerst expliciet aan de orde gesteld door Auping, in het kader van de toxische schadeveroorzaking.¹⁸ Auping pleit voor een omkering van de bewijslast, in aansluiting bij artikel 6:99 over alternatieve veroorzaking. Hij stelt voor om daartoe een artikel 6:99a op te nemen:

"Kan schade van iemand uit een identificeerbare groep een gevolg zijn van een gebeurtenis voor welk een persoon aansprakelijk is, en staat vast dat de

17 Zie J.M. Auping, *Causaliteitsproblemen bij toxische schadeveroorzaking*, AA 1990 blz. 929 e.v.; P.A. Kottenhagen-Edzes, *Onrechtmatige daad en milieu* (diss. 1992) blz. 271 alsmede M&R 1994 blz. 275 e.v.; G.E. van Maanen, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor kernongevallen naar Nederlands recht*, in: *Aansprakelijkheid voor het nucleaire risico* (1993) blz. 19 e.v.; L. Dommering-Van Rongen, a.w. (zie noot 3) blz. 310-312; M. Faure, a.w. (zie noot 7) alsmede NJB 1995 blz. 1232; H.O. Kerkmeester, *bespreking van M.G. Faure: (G)een schijn van kans*, TMA 1994 blz. 45 e.v. N. Frenk, *Toerekening naar kansbepaling*, NJB 1995 blz. 482 e.v. alsmede NJB 1995 blz. 903 e.v.; A.J. Akkermans, *Statistisch causaliteitsbewijs bij toxische schadeveroorzaking*, VA 1995 blz. 44 e.v. alsmede *Oorzakelijk verband*, BW-krant Jaarboek 1996 blz. 39 e.v. (op blz. 50 e.v.) en NJB 1995 blz. 1278 e.v.; A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit*, (diss. 1995) blz. 245 e.v. alsmede NJB 1995 blz. 1467; A.W. Jongbloed en M.L. Simon, *Waarheden, halve waarheden en onwaarheden: statistiek en bewijsrecht*, NJB 1995 blz. 891 e.v. alsmede NJB 1995 blz. 1279 e.v.; J.H. Wansink, *Causaliteit en (on)verzekerbaarheid*, in: *Is verzekeren nog verzekerd?*, voordrachten seminar Houthoff 28 sept. 1995 blz. 13 e.v. (op blz. 21-24); R.P.J.L. Tjittes, *Causaliteitsonzekerheid bij massaschade*, in: *Massaschade, inleidingen LSA* 1996 blz. 21 e.v. (op blz. 33); Asser-Hartkamp I (1996) nr. 434b.

18 AA 1990 blz. 929 e.v.

kans op de schade voor deze groep door deze gebeurtenis is verhoogd, dan rust de verplichting om de schade te vergoeden op deze persoon, tenzij hij bewijst dat deze niet het gevolg is van de gebeurtenis waarvoor hij aansprakelijk is."¹⁹

Van Maanen heeft zich bij dit voorstel van Auping aangesloten.²⁰ Hij bespreekt de problematiek vanuit de rechtspositie van potentiële slachtoffers bij een kernongeval. De rechtspraak biedt reeds de nodige aanknopingspunten voor een verlichting of omkering van de bewijslast, zo meent Van Maanen. Hij wijst in dit verband op het *DES*-arrest²¹ en op het arrest *Cijsouw/De schelde*.²² Niettemin verdient een wettelijke regeling aanbeveling, aldus Van Maanen. Auping wil de uit zijn voorstel voortvloeiende overmatige aansprakelijkheid "*limiteren*" naar rato van de statistische waarschijnlijkheid dat causaal verband aanwezig is.²³ Van Maanen brengt deze correctie niet aan, althans niet expliciet.

Van Maanen wijst erop dat de aanvaarding van statistisch causaliteitsbewijs aanmerkelijk minder problematisch wordt wanneer niet de individuele benadeelden, maar hun ziektekostenverzekeraars de schade proberen te verhalen.²⁴ Het is immers goed denkbaar dat een ziektekostenverzekeraar voldoende aannemelijk kan maken dat hij als gevolg van een kernongeval meer uitkeringen heeft moeten doen. Daarvoor is niet nodig dat die extra ziektegevallen kunnen worden geïdentificeerd. In dit verband betreurt Van Maanen het dat artikel 32a van het initiatiefwetsvoorstel Zijlstra tot wijziging van de Wet aansprakelijkheid kernongevallen (WAKO)²⁵ de eindstreep niet heeft gehaald. Dat artikel bevatte een wettelijk recht op schadevergoeding voor daarvoor in aanmerking komende ziektekostenverzekeraars;

19 T.a.p. blz. 933 r.k.

20 A.w. (zie noot 17) blz. 32. Hij geeft er overigens de voorkeur aan om hierover een regeling op te nemen in het Verdrag van Parijs (1960, Tractatenblad 1964, 175, met Aanvullend Protocol 1964, Tractatenblad 1964, 178) dat ten grondslag ligt aan de Wet aansprakelijkheid kernongevallen (WAKO).

21 HR 9 okt. 1992, NJ 1994, 535 m.nt. CJHB.

22 HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 m.nt. PAS. Zie de tekst bij noot 42 op blz. 406.

23 AA 1990 blz. 933. Overigens blijkt deze correctie — die m.i. essentieel is — niet uit de tekst van het door hem voorgestelde artikel.

24 A.w. (zie noot 17) blz. 26-27.

25 Initiatiefwetsvoorstel van de kamerleden Zijlstra en Tazelaar (later Zijlstra en Swildens-Rozendaal) tot wijziging van de Wet aansprakelijkheid kernongevallen, TK 1986-1987, 20 025, nr. 2.

"Voor zover de schade aan personen als gevolg van het vrijkomen van ioniserende straling niet per individu aanwijsbaar is, maar wel in medisch-statistisch verband met het ongeval staat".²⁶

De mogelijkheden voor een collectieve benadering van de problematiek van de alternatieve benadeelde worden door mij nader besproken in § 4.4.

Een doortimmerd pleidooi voor een proportionele benadering is gevoerd door Faure.²⁷ Hij bespreekt de problematiek in het kader van milieugezondheidsschade, en plaatst haar in de sleutel van het statistisch causaliteitsbewijs. Als voorbeelden noemt hij onder andere Tsjernobyl, Sellafeld en Mellery. Faure meent dat het Nederlandse civiel recht tot dusver geen bevredigende oplossing voor het probleem heeft.²⁸ In literatuur en rechtspraak constateert hij een toenemende tendens om tot bewijslastomkeer over te gaan. Maar deze bewijsrechtelijke benadering omzeilt volgens hem de cruciale vraag welke materieelrechtelijke eisen er aan het causale verband dienen te worden gesteld.²⁹

Voor zijn voorstel tot een proportionele aansprakelijkheid zoekt Faure onder andere aansluiting bij het leerstuk van het verlies van een kans en bij de Amerikaanse rechtspraak over DES en *Agent Orange*. Een belangrijke inspiratiebron is de Amerikaanse rechtseconomische literatuur over het probleem van de causaliteitsonzekerheid. Een rechtseconomische analyse leert dat de aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid de meest efficiënte wijze is om om te springen met onzeker causaal verband.³⁰

Faure veronderstelt dat hij met zijn voorstel voor het Nederlandse recht tegen de stroom in gaat. Hij benadrukt daarom dat een proportionaliteitsregel een veel rationeler oplossing biedt dan vage juridische noties als "toerekening naar redelijkheid" en "slachtofferbescherming".³¹ Eenzelfde "*appel op de ratio*" doet hij ten aanzien van de suggestie tot bewijslastomkeer.³² Hij gelooft niet dat die billijker zou zijn dan een proportionaliteitsregel. Recht blijft immers een even-

26 TK 1986-1987, 20 025, nr.2 art. 32a.

27 A.w. (zie noot 7).

28 T.a.p. blz. 26.

29 T.a.p. blz. 25.

30 T.a.p. blz. 38.

31 T.a.p. blz. 42-43.

32 T.a.p. blz. 43.

wichtskunst, aldus Faure, en een "nietsontziende" bewijslastomkeer zou ertoe leiden dat de gedaagde voor een groot gedeelte schade moet vergoeden die hij niet zelf veroorzaakte, zonder enige verhaalsmogelijkheid op derden.³³

Wat het statistisch-epidemiologisch causaliteitsbewijs betreft concludeert Faure dat bij milieugezondheidsschade moet worden aanvaard dat het causaliteitsbewijs langs statistische weg wordt geleverd, omdat de eis van een individueel causaliteitsbewijs tot de afwijzing van te veel vorderingen zou leiden.³⁴ Wel is met statistisch bewijs de nodige voorzichtigheid geboden. Dat is evenwel geen reden om het te negeren, maar enkel om het kritisch te beoordelen. Anders zou men het kind met het badwater weggoien.³⁵

De oratie van Faure heeft veel bijval geogst.³⁶ Kritisch is Kerkmeester,³⁷ die wel instemt met Faure's conclusies over de toelaatbaarheid van statistisch causaliteitsbewijs, maar hem niet wil volgen in zijn pleidooi voor een proportionele benadering. Vanwege de geringe betrouwbaarheid van statistische kansberekeningen is het bezwaarlijk om daar rechtstreeks de hoogte van de schadevergoeding op te baseren, zo voert Kerkmeester aan.³⁸ Hij vreest dat de rechter zijn discretionaire bevoegdheden bij de evaluatie van bewijsmateriaal zou verliezen, en een verlengstuk van de statisticus zou worden. Bovendien zou het alles-of-niets-idee zeer diep in het Nederlandse recht zijn geworteld, en aansluiten bij de wens van burgers dat in het recht principiële uitspraken worden gedaan. Kerkmeester meent daarom dat statistisch causaliteitsbewijs wel moet kunnen leiden tot een omkering van de bewijslast, maar niet tot een proportionele aansprakelijkheid. De eerste mogelijkheid zou de rechter de meeste ruimte laten om statistische gegevens te combineren met ander bewijs, en om statistisch materiaal te toetsen aan beschikbare achtergrondinformatie en *common sense*.³⁹ Voor een weerwoord op deze bezwaren zie § 4.5.5 en § 4.5.6.

33 T.a.p. blz. 44.

34 T.a.p. blz. 40.

35 T.a.p. blz. 47.

36 Zie de verwijzingen in noot 17.

37 TMA 1994 blz. 45 e.v. Zie ook de kritische bespreking van P. Kottenhagen-Edzes, M&R 1994 blz. 275 e.v.

38 Voor vergelijkbare bezwaren zie P. Verkuijlen, NJB 1995 blz. 903; A.W. Jongbloed en M.L. Simon, NJB 1995 blz. 1278 e.v.

39 T.a.p. blz. 47.

Eveneens een uitvoerig pleidooi voor proportionele aansprakelijkheid is gevoerd door Frenk.⁴⁰ Hij onderscheidt een drietal situaties waarin sprake is van onzeker causaal verband,⁴¹ waaronder die van de alternatieve benadeelde.⁴² Frenk meent dat een proportionele toerekening van schade het uitgangspunt dient te zijn.⁴³ Geen aansprakelijkheid is onbevredigend, zowel jegens de benadeelden als jegens de mogelijke veroorzakers, en zou leiden tot geringe preventieprikkels. Maar ook volledige aansprakelijkheid is onbevredigend omdat daarmee aansprakelijkheid zou ontstaan voor schade die niet werd veroorzaakt. Dat is niet alleen in zijn algemeenheid onredelijk, zo voert Frenk aan, maar geeft ook verzekeringseconomische problemen, en zou er toe kunnen leiden dat op zichzelf wenselijke maatschappelijke activiteiten zoals de productie van geneesmiddelen niet zullen worden ontplooid. Daarom pleit Frenk voor een proportionele toerekening van schade, door hem "*toerekening naar kansbepaling*" genoemd.⁴⁴ Hij zoekt daarvoor aanknopingspunten in de regeling van de "eigen schuld" van artikel 6:101, in het *Kalimijnen*-arrest,⁴⁵ en in de waardering van kansen bij de vergoeding ineens van toekomstige schade ex artikel 6:105.⁴⁶

4.2.2 Verenigde Staten

In de Verenigde Staten is de figuur van de alternatieve benadeelde in de aandacht gekomen in het kielzog van *Sindell v. Abbott Laboratories*,⁴⁷ de bekende uitspraak van het *California Supreme Court* waarin voor het eerst een aansprakelijkheid naar rato van marktaandeel werd aangenomen. Deze uitspraak heeft een soort intellectuele schokgolf

40 NJB 1995 blz. 482 e.v.

41 Ik herinner aan hetgeen opgemerkt over deze indeling in § 1.2.1.

42 Door hem aangeduid met de Amerikaanse term "*indeterminate plaintiff*" (t.a.p. blz. 483 l.k.).

43 In één van de door hem onderscheiden situaties, die van de DES-dochters, meent Frenk echter dat het uitgangspunt van proportionele schadevergoeding weer moet worden bijgesteld met een hoofdelijke aansprakelijkheid als resultaat. Zoals zal blijken in hoofdstuk 5 denk ik daar beslist anders over.

44 Voor een nadere bespreking van deze benadering zie § 7.3.4.

45 HR 23 sept. 1988, NJ 1989, 743 m.nt. JHN en JCS. Het ging daar om een geval van voorzaking van deelschade, zie A.J. Akkermans, *Oorzakelijk verband*, BW-krant Jaarboek 1996 blz. 39 e.v. (op blz. 43-44).

46 Waarover eerder in § 3.1.2.

47 26 Cal. 3d 588, 163 Cal.Rptr. 132, 607 P.2d 924 (1980).

teweegebracht, in het kader waarvan een indrukwekkende hoeveelheid literatuur is verschenen over het probleem van onzeker causaal verband, met name in de context van producten- en milieuaansprakelijkheid. Men gebruikt ook wel het verzamelbegrip "*toxic torts*".

Met betrekking tot de figuur van de *indeterminate plaintiff* bestaat inmiddels "*widespread scholarly agreement*"⁴⁸ over de noodzaak om de alles-of-niets-benadering los te laten, en een aansprakelijkheid aan te nemen naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid.⁴⁹ Deze oplossing wordt primair gebaseerd op de eigen merites van de problematiek en de doelstellingen van het aansprakelijkheidsrecht. Aan een nadere dogmatische verankering wordt vaak minder gewicht toegekend. Wel zijn daartoe een aantal uiteenlopende aanzetten gegeven. Naast de marktaandeelaansprakelijkheid en het principe van *alternative liability* is vooral de rechtseconomie een bron van inspiratie.⁵⁰ Een enkele schrijver zoekt ook aansluiting bij het leerstuk van *loss of a chance*.⁵¹

Het is in deze context dat veelal van "*probabilistic causation*" wordt gesproken. Met dit begrip doelt men op de vervanging van de

48 Aldus D.A. Farber, *Recurring Misses*, 19 J.Legal Stud. (1990) blz. 727 e.v. (op blz. 727). In dezelfde zin ("*a scholarly consensus*") D.A. Farber, *Toxic Causation*, 71 Minn.L.Rev. (1987) blz. 1219 e.v. (op blz. 1220)

49 Als "*leading works*" worden wel aangemerkt R. Delgado, *Beyond Sindell: Relaxation of Cause-in-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs*, 70 Cal.L.Rev. (1982) blz. 881 e.v.; G.O. Robinson, *Multiple Causation in Tort Law: Reflections on the DES Cases*, 68 Va.L.Rev. (1982) blz. 713 e.v. en *Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk*, 19 J.Legal Stud. (1985) blz. 779 e.v.; D. Rosenberg, *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System*, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 851 e.v.

50 Volledig rechtseconomisch georiënteerd zijn o.a. W.M. Landes en R.A. Posner, *Causation in Tort Law: An Economic Approach*, 12 J.Legal Stud. (1983) blz. 109 e.v. en *Tort Law as a Regulatory Regime for Catastrophic Personal Injuries*, 13 J.Legal Stud. (1984) blz. 417 e.v.; S. Shavell, *Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability*, 28 J.L.& Econ. (1985) blz. 587 e.v. Zeer kritisch over de rechtseconomische benadering van causaal verband is R.W. Wright, *Actual Causation vs. Probabilistic Linkage: The Bane of Economic Analysis*, 14 J.L.S. (1985) blz. 435 e.v.

51 Zo R.W. Wright, *Causation in Tort Law*, 73 Cal.L.Rev. (1985) blz. 1735 e.v. (op blz. 1814-1816) en *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, 73 Iowa L.Rev. (1988) blz. 1001 e.v. (op blz. 1067-1074). Evenzo de Canadese auteur D. Gerecke, *Risk Exposure as Injury*, 35 McGill L.J. (1990) blz. 797 e.v. (op blz. 833-838). Zie voorts J.G. Fleming, *Probabilistic Causation in Tort Law*, 68 Can.B.Rev. (1989) blz. 661 e.v. (op blz. 672-676).

more probable than not-standaard door een proportioneel causaliteitscriterium. Het merendeel van de literatuur wijst evenwel ook op het alternatief van een benadering vanuit het schadebegrip, en pleit voor de erkenning van de belasting met een duurzaam gezondheidsrisico als een vergoedbare schade.⁵² Door de aanvaarding van "*risk exposure*" als vergoedbare schade zou het traditionele causaliteitscriterium met rust kunnen worden gelaten.⁵³

Ondanks aanmerkelijke verschillen in benadering kan een drietal voordurend terugkerende argumenten voor proportionele aansprakelijkheid worden onderscheiden. In de eerste plaats is dat het rechts-economische argument dat de aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid een optimale afweging bewerkstelligt tussen de kosten van preventie en van aansprakelijkheid,⁵⁴ terwijl de alles-of-niets-benadering een dergelijke afweging verhindert, en bijgevolg ernstig tekort schiet in het bevorderen van een optimaal niveau van preventie.⁵⁵ Een tweede argument is dat het volledig vrijuit gaan van de gedaagde onaanvaardbaar is omdat vaststaat dat hij daadwerkelijk schade veroorzaakte,⁵⁶ terwijl volledige aansprakelijkheid zou leiden tot een "*crushing liability*".⁵⁷ En een derde argument is dat in een proportionele benadering *het totaal* van de door gedaagde te betalen vergoeding in principe overeenstemt met de door hem daadwerkelijk

52 Zo ondermeer D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 885-887; G.O. Robinson, 19 J.Legal Stud. (1985) blz. 770 e.v.; W.M. Landes en R.A. Posner, 13 J.Legal Stud. (1984) blz. 428-430; D. Gerecke, 35 McGill L.J. blz. 801. Zie ook de (meer uitgebreide) literatuurverwijzingen in noot 210 op blz. 152.

53 Sommige auteurs vinden elke inbreuk op het *cause-in-fact*-vereiste ronduit onaanvaardbaar. Zo met name Wright, die voorstander is van proportionele aansprakelijkheid mits zij wordt bereikt vanuit het schadebegrip (verlies van een kans en belasting met een duurzaam risico). Zie R.W. Wright, 73 Cal.L.Rev. (1985) blz. 1814-1816 en 73 Iowa L.Rev. (1988) blz. 1067-1074.

54 R. Delgado, 70 Cal.L.Rev. (1982) blz. 894; D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 866; J. Makdisi, *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability*, 67 N.C.L.Rev. (1989) blz. 1063 e.v. (op blz. 1067-1073).

55 D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 862-866; G.O. Robinson, 19 J.Legal Stud. (1985) blz. 784. Zie over het preventie-argument nader § 4.5.7.

56 R. Delgado, 70 Cal.L.Rev. (1982) blz. 904; D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 883.

57 D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 859 en 881.

veroorzaakte schade,⁵⁸ terwijl de benadeelden *als groep* precies het bedrag aan schadevergoeding ontvangen waar zij daadwerkelijk recht op hebben.⁵⁹

Als keerzijde wordt vrij algemeen gezien dat geen der *individuele* benadeelden een "correcte" schadevergoeding ontvangt. Wie daadwerkelijk werd gelaedeerd ontvangt immers te weinig, wiens nadeel in werkelijkheid uit de eigen risicosfeer stamt ontvangt te veel.⁶⁰ Ondanks dit bezwaar vindt men dat een proportionele aansprakelijkheid ten enen male de voorkeur verdient. In de woorden van Delgado:

"Faced with a choice between manifest injustice and inexact justice, the law should prefer the latter."⁶¹

De voorstanders van vergoeding voor *risk exposure* voeren wel aan dat het bezwaar van de "incorrecte" schadevergoeding in hun benadering niet speelt. Wanneer men niet de *definitieve* schade, maar de belasting met het extra risico op het intreden daarvan aanmerkt als het te compenseren nadeel, is men inderdaad van het kernprobleem van de figuur van de alternatieve benadeelde verlost. Met dat risico werd immers *ieder* der benadeelden belast, zodat van "alternativiteit" niet langer sprake is.⁶² Zo bezien ontvangt ieder precies waar hij recht op

58 R. Delgado, 70 Cal.L.Rev. (1982) blz. 893; D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. blz. 884-885; W.M. Landes en R.A. Posner, 13 J.Legal Stud. (1984) blz. 423; J. Makdisi, 67 N.C.L.Rev. (1989) blz. 1073-1075; J.G. Fleming, 68 Can.B.Rev. (1989) blz. 679-680; D. Gerecke, 35 McGill L.J. (1990) blz. 808.

59 R. Delgado, 70 Cal.L.Rev. (1982) blz. 892-893; D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 884-885.

60 R. Delgado, 70 Cal.L.Rev. (1982) blz. 892; D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 883-885; J.G. Fleming, 68 Can.B.Rev. (1989) blz. 680; D.C. Harvey, *Epidemiologic Proof of Probability: Implementing the Proportional Recovery Approach in Toxic Exposure Torts*, 89 Dick.L.Rev. (1984) blz. 233 e.v. (op blz. 245). Voor een weerwoord op dit bezwaar zie § 4.5.4.

61 70 Cal.L.Rev. (1982) blz. 895.

62 Overigens is dat niet alleen zo met betrekking tot de belasting met een risico (dus wanneer de definitieve schade nog niet is ingetreden), maar ook met betrekking tot het verlies van een kans (wanneer de definitieve schade al wél is ingetreden). In veel Amerikaanse literatuur over "*risk exposure*" gooit men beide situaties min of meer op één hoop. Het onderscheid tussen "openstaande" en "afgesneden" kansen (zie § 3.2.3) komt niet altijd even duidelijk uit de verf.

heeft.⁶³

Hiervoor in de plaats treden echter andere problemen,⁶⁴ waaronder het nauw verwante bezwaar van de over- of ondercompensatie bij de vergoeding voor de belasting met een duurzaam risico.⁶⁵ Benadeelden bij wie het risico zich in de toekomst uiteindelijk niet realiseert zullen, achteraf gezien, vergoeding hebben ontvangen zonder dat zij een blijvende schade hebben geleden, en benadeelden bij wie het risico zich wél realiseert zullen, achteraf gezien, minder dan hun volle schade vergoed hebben gekregen.⁶⁶ De meeste schrijvers geven zich hier ook rekenschap van en wijzen op de mogelijkheid om dit bezwaar op te vangen door middel van een "*insurance remedy*".⁶⁷ Daarbij worden de benadeelden op kosten van de gedaagde tegen het verhoogde risico verzekerd.⁶⁸ Over de alternatieve benadeelde en de belasting met een duurzaam risico zie nader § 4.6.

In rechtseconomische kringen woedt nog een opmerkelijke discussie die voortborduurde op het bezwaar van de "incorrecte" schadevergoeding. Deze discussie werd aangezwengeld door een artikel van Kaye waarin werd voorgerekend hoe het *more probable than not*-criterium in totaal een geringer bedrag aan schadevergoeding "verkeerd" terecht

63 In dezelfde zin D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 885; W.M. Landes en R.A. Posner, 13 J.Legal Stud. (1984) blz. 430; D. Gerecke, 35 McGill L.J. (1990) blz. 807.

64 Niet het geringste probleem is dat men de groep van benadeelden verder uitbreidt. Veelal zullen meer personen aan het risico zijn blootgesteld dan dat er daadwerkelijk ziek worden. Zo werden in het voorbeeld van de chemische fabriek (voorbeeld 1) niet alleen de 100 ziek geworden personen, maar alle blootgestelde omwonenden met een extra risico belast. Zie over deze kwestie nader § 4.6.4.

65 Zie over dit bezwaar eerder § 3.5.3.

66 Nauwkeuriger gesteld speelt hier de in § 3.5.4 beschreven variant op het bezwaar van over- of ondercompensatie, namelijk dat een aanmerkelijk verschil kan bestaan in het beloop van twee soorten kansschades. Zoals het voorbeeld in § 3.5.4 laat zien kan een *duurzaam risico* van 30% na het intreden van de definitieve schade best een *verloren kans* van 75% opleveren. Deze variant doet zich telkens voor wanneer een substantieel achtergrondrisico bestaat. Bij de figuur van de alternatieve benadeelde is dat per definitie het geval. Zie over deze materie nader § 4.6.3.

67 Zo D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. blz. 919-924; G.O. Robinson, 19 J.Legal Stud. (1985) blz. 787; D. Gerecke, 35 McGill L.J. (1990) blz. 832-833; B. Carson, *Increased Risk of Disease from Hazardous Wast: A Proposal for Judicial Relief*, 60 Wash.L.Rev. (1985) blz. 635 e.v. (op blz. 648-651).

68 Zie over de *insurance remedy* eerder § 3.5.13.

laat komen dan een proportionele benadering.⁶⁹ Dit hogere bedrag aan "error-costs" maakt volgens Kaye een proportionele oplossing alléén te verkiezen in gevallen waar de veroorzakingswaarschijnlijkheid voor alle alternatieve benadeelden min of meer gelijk is. Dit omdat de traditionele *balance of probabilities* in dat soort gevallen een volledig eenzijdige uitkomst geeft (en dus onbetwist het meeste "errors" maakt). Wanneer echter de veroorzakingswaarschijnlijkheid per individu aanmerkelijk uiteenloopt verdient de alles-of-niets-benadering de voorkeur.⁷⁰ Farber heeft deze gedachtengang verder uitgewerkt naar de zogenaamde "most likely victim"-benadering.⁷¹ Hierin wordt eerst op basis van de in totaal veroorzaakte schade het totaalbedrag aan uit te keren schadevergoeding vastgesteld. Vervolgens wordt de benadeelde met de hoogste veroorzakingswaarschijnlijkheid een volledige schadeloosstelling toegekend, daarna de benadeelde met de hoogste veroorzakingswaarschijnlijkheid op één na, en zo verder totdat het geld op is. Weer een andere oplossing wordt voorgesteld door Levmore,⁷² die vanuit dezelfde doelstelling van "error-minimalisation"⁷³ toch weer grotendeels bij een proportionele oplossing uitkomt. Zie over deze materie nader § 4.5.4.

Het merendeel van de literatuur over *probabilistic causation* heeft het oog op gevallen van massaschade. Door de wet van de grote getallen heeft vooral de rechtseconomisch getinte argumentatie in deze context ook de meeste overtuigingskracht. Inmiddels hebben zich echter ook enkele schrijvers in de discussie gemengd die pleiten voor

69 D. Kaye, *The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*, 2 Am.B.Found.Research J. (1982) blz. 487 e.v. Kaye's benadering is nader uitgewerkt en genuanceerd door N. Orloff en J. Stedinger, *A Framework for Evaluating the Preponderance-of-the-Evidence Standard*, 131 U.Pa.L.Rev. (1983) blz. 1159 e.v.

70 D. Kaye, 2 Am.B.Found.Research J. (1982) blz. 515. Vgl. N. Orloff en J. Stedinger, 131 U.Pa.L.Rev. (1983) blz. 1172.

71 D.A. Farber, 71 Minn.L.Rev. (1987) blz. 1291 e.v.

72 S. Levmore, *Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs*, 19 J.Legal Stud. (1990) blz. 691 e.v., waarop een reactie van D.A. Farber, 19 J.Legal Stud. (1990) blz. 727 e.v.

73 Voor een kritiek op de zijns inziens veel te starre hantering van dit uitgangspunt zie S. Shavell, 28 J.L.& Econ. (1985) blz. 605-606. Eveneens genuanceerd zijn N. Orloff en J. Stedinger, 131 U.Pa.L.Rev. (1983) blz. 1159 e.v.

het doortrekken van de proportionaliteitsregel naar individuele schadegevallen.⁷⁴

In de rechtspraak heeft het rijke gedachtengoed over de *indeterminate plaintiff* tot dusver maar een beperkte weerklank gevonden.⁷⁵ Reeds vóór deze figuur in de literatuur was "ontdekt" werd de rechter met een overeenkomstige problematiek geconfronteerd in bepaalde gevallen van arbeidsdiscriminatie. Daarbij kwam hij soms tot oplossingen die op een proportionele aansprakelijkheid neerkomen.⁷⁶ Een voorbeeld is *Pettway v. American Cast Iron Pipe Co.*,⁷⁷ een uitspraak uit 1974:

Een onderneming in de zuidelijke deelstaat Alabama had haar zwarte werknemers jarenlang gediscrimineerd, met name met betrekking tot interne opleiding en promotie. Toen deze werknemers vergoeding vorderden voor daardoor gederfde inkomsten, wierp zich het probleem op dat hun achterstelling als groep weliswaar vaststond, maar dat het onmogelijk was om vast te stellen wie van de individuele werknemers zonder discriminatie daadwerkelijk promotie zou hebben gemaakt, en wie niet.

Die omstandigheid mocht niet aan de toekenning van schadevergoeding in de weg staan, zo meende het gerecht. Wanneer de benadeling niet op individuele basis kon worden vastgesteld, moest een collectieve benadering maar uitkomst bieden. Een goede methode was het bepalen van het totaal aan gederfde inkomsten door vergelijking met een overeenkomstige groep niet-gediscrimineerde werknemers, en het vervolgens verdelen van dit totaal over de benadeelden op een *pro rata* basis:

"In other words, the total award for the entire class would be determined. At that point, individual claims would be calculated on *pro rata* shares for those workers of similar ability and seniority claiming the same position,

74 Zo bijv. J. Makdisi, 67 N.C.L.Rev. (1989) blz. 1063 e.v. en D. Gerecke, 35 McGill L.J. (1990) blz. 797 e.v. Eveneens een brede kijk heeft J.G. Fleming, 68 Can.B.Rev. (1989) blz. 661 e.v.

75 Dat is bepaald anders met betrekking tot de problematiek van de "*indeterminate defendant*". Zie daarover § 5.2.2.

76 Een aantal van deze oudere uitspraken worden aangehaald door rechter Weinstein in *In re "Agent Orange" product liability litigation*, 597 F.Supp. 740 (E.D. New York 1984), op blz. 839-841.

77 494 F.2d 211 (5th Cir.1974).

possibly eliminating the necessity of deciding which one of many employees would have obtained the position but for the discrimination."⁷⁸

Omdat het in *Pettway* ging om een *class action* was zo'n benadering administratief gezien ook vrij eenvoudig te realiseren.

Tamelijk uitvoerig kwam de problematiek van de *indeterminate plaintiff* aan de orde in *Agent Orange*,⁷⁹ de beslissing uit 1984 over de gevolgen van de blootstelling van Vietnam-veteranen aan het gelijknamige ontbladeringsmiddel:

Het tijdens de oorlog in Vietnam in grote hoeveelheden gebruikte ontbladeringsmiddel *Agent Orange* bleek verontreinigingen te hebben bevat met het uiterst giftige dioxine.⁸⁰ Eisers stelden als gevolg van blootstelling aan *Agent Orange* te lijden aan verschillende ziektes, waaronder diverse vormen van kanker en afwijkingen in hun genetisch materiaal. Dat laatste zou weer hebben geleid tot miskramen bij hun vrouwen en genetische afwijkingen bij hun kinderen. Een groot probleem was dat al deze klachten ook konden zijn veroorzaakt door andere factoren dan blootstelling aan *Agent Orange*. Zelfs een significante verhoging van het aantal ziektegevallen bij veteranen en hun familieleden was tot dan toe niet overtuigend aangetoond.

Na te hebben overwogen dat de alles-of-niets-benadering in dit soort gevallen tot zeer onbevredigende resultaten zou leiden, toonde het gerecht zich niet ongenegen om een proportionele aansprakelijkheid aan te nemen zoals voorgesteld in de literatuur. Op individueel niveau bood het geldende recht voor een dergelijke oplossing weliswaar onvoldoende aanknopingspunten, zo meende rechter Weinstein, maar in

78 494 F.2d 211 op blz. 263 noot 154.

79 *In re "Agent Orange" product liability litigation*, 597 F.Supp. 740 (E.D. New York 1984). Over de *Agent Orange*-zaak is ontzettend veel literatuur verschenen. Een volledige beschrijving van procedure, achtergronden en nasleep biedt het fraaie boek van P.H. Schück, *Agent Orange on Trial* (1986). Specifiek over de hier besproken problematiek zie o.a. P. Sherman, *Agent Orange and the Problem of the Indeterminate Plaintiff*, 52 Brooklyn L.Rev. (1986) blz. 369 e.v.

80 Door deze dioxine-verontreiniging was sprake van een gebreking product. Daarom spraken eisers de producenten van *Agent Orange* aan. De aansprakelijkheid van de federale overheid was uitgesloten in verband met de doctrine van "*sovereign immunity*". Althans wat de claims van de veteranen zelf, en de daarvan afgeleide claims van hun gezinsleden betrof. Voor de *eigen* claims van hun vrouwen en kinderen lag dit waarschijnlijk anders. Er waren voor de veteranen echter ook niet-juridische redenen om de federale overheid niet te dagvaarden. Zie P. Schuck, a.w. (zie noot 79) blz. 58-60.

een *class action* als *Agent Orange* kon zo'n benadering in principe wél worden gehanteerd:

"Since the problem results from a plaintiff-by-plaintiff method of adjudication, one solution is to try all plaintiffs' claims together in a class action thereby arriving at a single, class-wide determination of the total harm to the community of plaintiffs. [...] The defendant would then be liable to each exposed plaintiff for a pro rata share of that plaintiff's injuries."⁸¹

Ter ondersteuning van zo'n proportionele benadering wees hij op precedentes als *Pettway* en andere gevallen van *employment discrimination*, en op sommige *consumer class actions*.⁸² Aan de uitwerking van deze benadering kwam het gerecht echter niet toe. Het ging hier namelijk niet om een veroordelend vonnis, maar om de rechterlijke toetsing van een schikkingsvoorstel (een z.g. "*fairness opinion*").⁸³ Dat voorstel hield onder meer de stichting in van een schadevergoedingsfonds van 180 miljoen dollar, een fractie van de in totaal gevorderde schadeloosstelling (naar schatting waren zo'n 250.000 eisers in de procedure betrokken). In het kader van de toetsing van dit schikkingsvoorstel moest een inschatting worden gemaakt van de kansen van eisers om hun vorderingen toegewezen te krijgen bij voortzetting van de procedure. Vanwege de zeer zwakke positie van eisers met betrekking tot het bewijs dat in hun midden inderdaad sprake was van een significant groter aantal ziektegevallen dan bij de overige bevolking⁸⁴ werden deze kansen tamelijk minimaal geacht.⁸⁵

81 597 F.Supp. 740 blz. 837-838.

82 597 F.Supp. 740 blz. 839-841.

83 Een dergelijke toetsing is verplicht voor een schikking in een *class action* als *Agent Orange*, opdat het gerecht kan waken voor de belangen van de leden van de *class* die niet rechtstreeks bij de procedure zijn betrokken. Eenmaal bekrachtigd is een schikking in een *class action* bindend voor alle leden van de *class* namens wie werd geprocedeerd.

84 Het ging hier dus om de *preliminaire* vraag of door *Agent Orange* überhaupt wel schade was veroorzaakt (het gerecht sprak in dit verband van "*general causation*"), een kwestie die moet worden onderscheiden van de vraag of op *individueel* niveau causaal verband kon worden bewezen ("*specific*" of "*individual causation*"). Zie over de problematiek van het statistisch-epidemiologisch bewijs van *general causation* nader § 4.3.

85 "In sum, then, the result of an enormous scientific effort to be helpful on causation has, from the plaintiff's point of view, left the case at best open. This is not sufficient to support recovery in tort law" (597 F.Supp. 740 blz. 795 l.k.).

Vooraf met het oog daarop was het schikkingsvoorstel niet onredelijk, zo oordeelde het gerecht.

Volledig trouw aan de alles-of-niets-benadering bleef het gerecht in *Allen v. United States*,⁸⁶ de beslissing over de gevolgen van de blootstelling van omwonenden aan radioactieve *fallout* afkomstig van bovengrondse kernproeven in Nevada:

In de jaren 1951 tot 1963 voerde de Amerikaanse overheid een groot aantal bovengrondse kernproeven uit in een afgelegen gebied in de staat Nevada. Radioactieve *fallout* dreef weg van het testterrein en verspreidde zich over Nevada en de aangrenzende deelstaten. De daar levende bevolking was niet of zeer onvoldoende geïnformeerd over de daaraan verbonden gevaren. Vele jaren later stelden circa 1.200 omwonenden de federale overheid aansprakelijk voor diverse vormen van kanker die zij, of hun inmiddels overleden familieleden, als gevolg van blootstelling aan deze *fallout* zouden hebben opgelopen. Ook hier speelde het probleem dat deze ziektes evenzeer konden zijn ontstaan door andere factoren dan ioniserende straling. In *Allen* ging het om een proefprocedure met een min of meer representatieve groep van 24 eisers.

Het gerecht stelde vast dat de overheid destijds zowel was tekortgeschoten in het houden van toezicht op de verspreiding van *fallout*, als in het informeren van de bevolking.⁸⁷ Na een beschouwing over de geringe betrouwbaarheid van statistisch-epidemiologische berekeningen over populaties die, zoals hier, slechts van beperkte omvang zijn, verwierp het gerecht expliciet de invulling van de "*preponderance of the evidence*"-standaard met een waarschijnlijkheid van 50% + 1:

"mathematical probability aids in resolving the complex questions of causation raised by this lawsuit, but is not itself the answer to those questions."⁸⁸

86 588 F.Supp. 247 (D. Utah 1984), *reversed* 816 F.2d 1417 (10th Cir. 1987), *cert. den.* 484 U.S. 1004; 108 S.Ct. 694.

87 588 F.Supp. 247 blz. 404 r.k. In hoger beroep werd echter bepaald dat de handelswijze van de betreffende overheidsdiensten binnen de "*discretionary function exception*" van de *Federal Tort Claims Act* viel. Om deze reden werd alle aansprakelijkheid van de federale overheid afgewezen. Zie 816 F.2d 1417 (10th Cir. 1987), *cert. denied.* 484 U.S. 1004; 108 S.Ct. 694.

88 588 F.Supp. 247 blz. 419 l.k.

In plaats daarvan koos het gerecht voor het meer flexibele "*substantial factor*"-criterium.⁸⁹ In dat kader moest eerst aan drie voorwaarden zijn voldaan: (1) eiser moest voldoende aannemelijk maken dat hij zelf of zijn overleden familielid was blootgesteld aan van *fallout* afkomstige straling in doses die aanmerkelijk hoger waren dan de natuurlijke achtergrondstraling; (2) het moest om een ziekte gaan waarvan bekend was dat zij door ioniserende straling kon worden veroorzaakt; (3) de persoon in kwestie moest gedurende de testperiode in de geografische nabijheid van het testterrein hebben gewoond.⁹⁰

Vervolgens moest worden bepaald of blootstelling aan *fallout* een *substantial factor* kon worden geacht voor het ontstaan van de betreffende ziekte. Bij deze beslissing konden verschillende omstandigheden meewegen: vermoedelijke duur en intensiteit van de blootstelling aan *fallout*; factoren die de kwetsbaarheid voor ioniserende straling bepalen zoals leeftijd en de gevoeligheid van orgaan of weefsel waarin de kanker was ontstaan; verenigbaarheid van de incubatietijd met de hypothese van *fallout* als oorzaak; en het bestaan van een groter aantal gevallen van de betreffende ziekte bij omwonenden van het testterrein dan normaal op grond van epidemiologische gegevens kon worden verwacht.⁹¹

Op basis van deze maatstaven werd aan 10 eisers volledige schadevergoeding toegekend. De overige 14 bleven met lege handen staan. Ondanks de nadruk waarmee het gerecht voorop had gesteld dat "*mathematical probability*" niet doorslaggevend kon zijn, bestaat een frappante overeenkomst met de resultaten die een rigide mathematische toepassing van het *more likely than not*-criterium zou hebben opgeleverd.⁹² Bij het merendeel van de claims werd de statistische veroorzakingswaarschijnlijkheid zoals die door deskundigen was berekend, in het vonnis vermeld, zij het doorgaans in een voetnoot. Bij alle toegewezen claims op één na bedroeg deze veroorzakingswaar-

89 588 F.Supp. 247 blz. 428 r.k. Zie over het *substantial factor*-criterium Restatement (Second), Torts (1965) § 433; *Prosser and Keeton on Torts* (1984) § 41 blz. 267-269.

90 588 F.Supp. 247 blz. 415 en 428 r.k.

91 588 F.Supp. 247 blz. 415.

92 In dezelfde zin S. Gold, *Causation in Toxic Torts: Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence*, 96 Yale L.J. (1986) blz. 376 e.v. (op blz. 392).

schijnlijkheid meer dan 50 procent, variërend van 84,5 tot 59 procent.⁹³ De enige uitzondering was een geval van borstkanker met een statistische veroorzakingswaarschijnlijkheid van 47,5%.⁹⁴ Bij deze eiseres pasten echter ook persoonlijke indicaties als leeftijd en incubatietijd in de hypothese van *fallout* als oorzaak. Een eiseres met een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 33,9% zag haar claim bij gebreke van dergelijke ondersteunende indicaties afgewezen.⁹⁵ Van de overige afwezen claims leden eisers in drie gevallen aan een ziekte waarvan niet was aangetoond dat ioniserende straling van invloed kon zijn op haar intreden.⁹⁶ In de tien resterende gevallen was vooral een significante verhoging van het aantal ziektegevallen ten opzichte van de normale verwachting onvoldoende aangetoond.⁹⁷

4.2.3 Overige landen

In verschillende Europese landen heeft de literatuur de nodige aandacht besteed aan de problematiek van onzeker causaal verband in de context van massaschade. Invalshoeken zijn vooral milieu- en productenaansprakelijkheid. Vaak is men mede geïnspireerd door de Amerikaanse literatuur en rechtspraak over dit onderwerp. Een aantal schrijvers heeft de figuur van de alternatieve benadeelde expliciet aan de orde gesteld, en zich voorstander getoond van een proportionele benadering.⁹⁸

93 Deze percentages waren 59% tot 71% voor eisers 14 t/m 17 (588 F.Supp. 247 blz. 438 r.k.); 75,5% tot 77,4% voor eisers 18 t/m 21 (588 F.Supp. 247 blz. 440 noot 198); en 84,5% voor eiser 24 (588 F.Supp. 247 blz. 443 noot 203).

94 Eiseres nr. 23 (588 F.Supp. 247 blz. 441 noot 200).

95 Eiseres nr. 22 (588 F.Supp. 247 blz. 440 noot 199).

96 Eisers 1 t/m 3 (588 F.Supp. 247 blz. 428-429).

97 Eisers 4 t/m 13 (588 F.Supp. 247 blz. 430-435).

98 Zo in Duitsland o.a. T. Bodewig, *AcP* 185 (1985) blz. 505 e.v. (op blz. 543-548); J. Köndgen, *Überlegungen zur Fortbildung des Umwelthaftpflichtrechts*, *UPR* 1983 blz. 345 e.v. (op blz. 346-348); K. Otte, *Marktanteilshaftung* (1990) blz. 117. Eveneens voorstanders, maar twijfelend over de haalbaarheid zijn M. Adams, *ZZP* 1986 blz. 127 e.v.; P. Gottwald, *Kausalität und Zurechnung*, *Karlsruher Forum* 1986 (Beiheft bij *VersR* 1988) blz. 3-32 (op blz. 27-29); H.-D. Assmann, *Multikausale Schäden im deutschen Haftungsrecht*, in: A. Fenyves en H.L. Weyers (Hrsg.), *Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten* (1988) blz. 99-151 (op blz. 128-130). Afwijzend: H. Lange, *Schadensersatz* (1990), blz. 167; C. von Bar, *Zur Dogmatik des zivilrechtlichen Ausgleichs von Umweltschäden*, *Karlsruher Forum* 1987 (Beiheft bij *VersR* 1989) blz. 4-18 (op blz. 16 l.k.). Voor Zwitserland zie o.a. P. Loser, a.w. (zie noot 1) blz. 247-249; K. Oftinger/E. W. Stark, *Schweizerisches*

Jurisprudentie die zich rechtstreeks met deze problematiek bezig houdt is tot dusver tamelijk schaars. Ik vermeldde reeds de Duitse expediteurs-uitspraak⁹⁹ (voorbeeld 2). Deze uitspraak stamt uit 1959, en zag dus het licht reeds lang voordat de figuur van de alternatieve benadeelde in de literatuur in de aandacht kwam te staan. Het *Bundesgerichtshof* hoefde de knoop hier niet ondubbelzinnig door te hakken omdat het feitencomplex nog een andere uitweg bood. Ik herinner aan de in § 4.1.2 weergegeven casus:

Een drietal expediteurs was in verband met een onrechtmatig overheidsvoorschrift enige tijd ten onrechte niet voor een bepaald soort opdrachten in aanmerking gekomen. Zij vorderden een vergoeding voor gederfde winst. In appel spitste het debat zich toe op een concrete opdracht die volgens de betreffende opdrachtgever zonder twijfel aan één van de drie expediteurs zou zijn gegund, maar onzeker was aan wie van hen. De waarschijnlijkheid van opdrachtverlening aan elk van de drie firma's was even groot.

Omdat geen van de expediteurs kon bewijzen dat hij daadwerkelijk schade had geleden wees het *Berufungsgericht* alle drie de vorderingen af. Deze uitkomst was onaanvaardbaar, zo meende het BGH, omdat nu eenmaal vast stond dat één van de expediteurs daadwerkelijk was benadeeld. In dit verband overwoog het BGH de analoge toepassing van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB (*alternative Kausalität*). Als iemand krachtens § 830 Abs. 1 S. 2 BGB aansprakelijk is, ondanks dat niet vaststaat dat hij daadwerkelijk schade veroorzaakte, dan moet iemand waarvan wél vaststaat dat hij een schade veroorzaakte toch al helemaal aansprakelijk zijn, zo redeneerde het BGH. Dat niet bekend is bij wie

Haftpflichtrecht, Bd II/3 (1991) § 29 N 304-308 blz. 244-246; E.W. Stark, *Die "perte d'une chance" im schweizerischen Recht* in: O. Guillod (red.), *Colloque; Développements récents du droit de la responsabilité civile* (1991) blz. 101-109 (op blz. 105); R. Quendoz, a.w. (zie noot 6) blz. 6 resp. 86 (zie echter zijn afwijzing van *probabilistic causation* op blz. 45). Voor Oostenrijk zie P. Jabornegg, *Der Schutz der Umwelt durch das Zivilrecht*, VersRS 1988 blz. 37 e.v. (op blz. 56); B. Schilcher, *Umweltschutz und Haftpflichtrecht*, in: M. Haller (red.) *Ergänzungen* (1990) blz. 575-589 (op blz. 583-584). In de Engelse literatuur is de aandacht voor de problematiek van onzeker causaal verband in de context van massaschade verhoudingsgewijs nogal beperkt gebleven. Zie C. Pugh en M. Day, *Toxic torts*, 141 NLJ (1991) blz. 1549-1550 & 1596-1598 (die een "*explosion*" van *toxic tort claims* aankondigen, zie blz. 1598 l.k.). Ook de Amerikaanse discussie over proportionele aansprakelijkheid heeft tot dusver maar weinig weerklank gevonden. Een uitzondering is J.G. Fleming, *Mass Torts*, Denning L.J. 1988 blz. 37 e.v.

99 BGH 16 maart 1959, BGHZ 29, 393.

van drie betrokkenen die schade terecht kwam doet daar niet aan af:

"Wenn schon nach § 830 Abs. 1 Satz 2 BGB jemand zur Haftung herangezogen werde, von dem nicht einmal feststehe, ob seine Handlung überhaupt den Schaden verursacht habe, so müsse doch erst recht derjenige haftbar gemacht werden, der einen Schaden angerichtet habe, möge auch nicht zu klären sein, wen von drei Beteiligten er geschädigt habe; denn einer der drei Spediteure sei dann doch sicher geschädigt worden."¹⁰⁰

Daarom zou men door middel van een spiegelbeeldige toepassing van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB de gedaagde aansprakelijk kunnen houden jegens ieder der mogelijke benadeelden:

"Aus der Umkehrung des § 830 Abs. 1 S. 2 BGB könne deshalb darauf geschlossen werden, daß jemand, der in dieser Weise einen Schaden anrichte, jedem ach nur möglich Betroffenen hafte."¹⁰¹

In elk geval zou ieder der expediteurs recht moeten hebben op 1/3 van de vergoeding voor de in totaal door de gemiste opdrachten gederfde winst, zo overwoog het BGH.

Uiteindelijk werd een analoge toepassing van het principe van *alternative Kausalität* niet nodig geoordeeld. In dit specifieke geval kon ook het leerstuk van de *abstrakte Schadensberechnung* soelaas bieden. Eisers hoefden niet telkens per concrete, aanwijsbaar misgelopen opdracht *afzonderlijk* te bewijzen wie haar zou hebben gekregen. Na verwijzing moest het *Berufungsgericht* nagaan of van ieder der eisers met het oog op alle potentiële opdrachten *tezamen* kon worden aangenomen dat hij een of meer daarvan was misgelopen. Zekerheid was daarbij niet vereist, een redelijke mate van waarschijnlijkheid was voldoende.¹⁰² Bij een bevestigend antwoord stond de *haftungsbegründende Kausalität* voldoende vast, en kon de omvang van de schade worden geschat krachtens § 287 ZPO.¹⁰³

100 BGHZ 29, 393 blz. 396.

101 BGHZ 29, 393 blz. 396.

102 Omdat het hier ging om *entgangener Gewinn* was de bewijslastverlichting van § 252 BGB van toepassing.

103 Ik merk op naar Nederlands recht een beroep op het leerstuk van de abstracte schadeberekening waarschijnlijk overbodig zou zijn geweest. De Nederlandse rechter heeft een algemene bevoegdheid om een schade te schatten. Daarvoor is slechts nodig dat haar omvang niet nauwkeurig kan worden vastgesteld (art. 6:97). Bij gederfde winst zal dat relatief vaak het geval zijn. Met een abstracte schadebe-

Van recenter datum is de Engelse uitspraak over het verhoogde aantal gevallen van leukemie bij kinderen in de omgeving van de nucleaire installatie te Sellafield.¹⁰⁴ Hier kwam de rechter niet aan het dilemma van de alternatieve benadeelde toe. Eisers zagen hun vorderingen reeds stranden op het bewijs dat de nucleaire installatie ten minste *enige* schade had veroorzaakt:

Naar aanleiding van alarmerende berichten over een ongewoon hoog aantal gevallen van kanker bij jonge kinderen in de omgeving van Sellafield werd een onafhankelijke commissie ingesteld. In het nabijgelegen plaatsje Seascale zou het aantal gevallen van kinderleukemie maar liefst het tienvoudige zijn van het nationale gemiddelde. De commissie concludeerde dat inderdaad sprake was van een zodanig hoog aantal ziektegevallen dat toeval moest worden uitgesloten. Ter verklaring werden verschillende epidemiologische studies ondernomen. Daaruit bleek een statistische relatie tussen het verhoogde aantal ziektegevallen bij in Seascale geboren kinderen, en de blootstelling, vóór hun geboorte, van hun vaders aan straling tijdens werkzaamheden in Sellafield. Deze relatie werd medisch verklaard met de hypothese dat blootstelling aan straling het genetisch materiaal in de zaadcellen van de vaders had beschadigd (*paternal pre-conception irradiation* of PPI), en dat daardoor bij de met dit zaad verwekte kinderen een predispositie was ontstaan voor leukemie en lymfklierkanker. Naar de belangrijkste auteur van het eindrapport werd deze verklaring ook wel de *Gardner-hypothese* genoemd. Op basis van deze hypothese werd tegen de exploitant van Sellafield een proefprocedure ingesteld, met als eisers een patiënte met lymfklierkanker en de moeder van een aan leukemie overleden kind.

Het was aan eisers om voldoende aannemelijk te maken dat straling afkomstig van Sellafield "*the cause*" of een "*material contributory cause*" was van het door hen geleden nadeel.¹⁰⁵ Zoals gezegd slaagden zij daar uiteindelijk niet in. Er kunnen vier belangrijke problemen worden onderscheiden die eisers bij hun bewijsvoering parten speelden.

Een eerste probleem was het ontbreken van een nadere medische

rekening heeft dat in principe niets van doen.

104 *Reay v. British Nuclear Fuels Plc*, Queens Bench Divison, 8 oktober 1993, 1990 R. No. 860, 1989 H. No. 3689. Zie voor de mondeling door de rechter uitgesproken samenvatting *The Independent*, 22 nov. 1993 (ook te vinden in Lexis). Zie over deze uitspraak ook A.J. Van, *Statistisch bewijs van causaal verband*, TMA 1994 blz. 109 e.v.

105 Dit was de enige vraag in het geding. Krachtens de *Atomic Energy Authority Act 1954* rustte op de exploitant een risicoaansprakelijkheid.

verklaring voor de Gardner-hypothese. De "genetische route" van de vader via diens zaadcellen naar zijn kinderen was op zichzelf niet onmogelijk. Maar onverklaard bleef waarom beschadiging van de zaadcellen door PPI juist tot leukemie zou hebben geleid, en niet tevens tot andere kankers en misvormingen waarvan bekend was dat zij een grotere erfelijke component hadden dan leukemie. Een verhoogd aantal van déze ziektes had zich niet voorgedaan. Daar kwam bij dat een beschadiging van de genen in principe ook in de derde generatie zou hebben moeten doorwerken. Van een dergelijke doorwerking viel niets te bemerken.

Een tweede probleem waren de zwakke plekken in het epidemiologische onderzoek waarop de Gardner-hypothese was gebaseerd. Wellicht de zwakste stee was de beperkte omvang van de populaties die in dit onderzoek konden worden betrokken.¹⁰⁶ Tussen 1950 en 1983 waren in Seascale 1068 kinderen geboren. Op grond van het gemiddelde voor Engeland en Wales konden in deze groep 0,53 gevallen van leukemie worden verwacht. In werkelijkheid waren dat er vijf. Hoewel bijna het tienvoudige, is dat aantal in absolute termen zo klein dat de invloed van het toeval zeer groot kon zijn.¹⁰⁷ Een ander zwak punt was dat in de vele in het geding gebrachte epidemiologische studies uit Engeland en elders geen enkele bevestiging kon worden gevonden voor de Gardner-hypothese, óók niet in de internationaal als zeer gezaghebbend beschouwde Japanse studies naar de gevolgen van de atoomexplosies in Hiroshima en Nagasaki.

Een derde probleem was dat buiten het plaatsje Seascale géén cijfermatige correlatie¹⁰⁸ bestond tussen kinderleukemie en de blootstelling van vaders aan PPI. Als het verhoogde aantal ziektegevallen in Seascale inderdaad moest worden verklaard door PPI, dan moest ook in de overige woonplaatsen van aan PPI blootgestelde werknemers een verhoogd aantal leukemiegevallen worden verwacht. Daarvan was echter geen sprake. Anderzijds had zich wél een verhoogd aantal leukemiegevallen voorgedaan in het nabijgelegen Egremont North, maar juist bij kinderen van vaders die niet of nauwelijks waren blootgesteld aan PPI.

Een vierde probleem tenslotte, was het bestaan van een andere

106 In dezelfde zin A.J. Van, TMA 1994 blz. 113 r.k.

107 Zie over "het probleem van de kleine getallen" de tekst bij noot 138 op blz. 289.

108 Met de term "*correlatie*" duidt men op de samenhang tussen twee getalsmatige variabelen. Zie A. Slotboom, *Statistiek in woorden* (1991) blz. 43-44.

mogelijke verklaring — naast zuiver toeval — voor het hoge aantal gevallen van leukemie in Seascale en Egremont North. Deze verklaring was gebaseerd op het verschijnsel dat na toestroom van nieuwe bevolkingsgroepen in voordien geïsoleerde landelijke gebieden soms een verhoogd aantal gevallen van kinderleukemie kan worden waargenomen. De omgeving van Sellafield was een typisch voorbeeld van zo'n gebied. De "*population influx hypothesis*" hield in dat het plotseling toegenomen contact tussen voordien gescheiden bevolkingsgroepen tijdelijk tot een groter aantal infectieziekten kon leiden, en dat er een samenhang bestaat tussen een of meer van deze infectieziekten en kinderleukemie. Dit verschijnsel zou, samen met het toeval, de verklaring kunnen zijn voor de mini-epidemie van kinderleukemie in Seascale.

Deze laatste verklaring achtte de rechter niet minder plausibel dan de Gardner-hypothese. Uiteindelijk concludeerde hij dan ook dat eisers er niet in waren geslaagd om *on the balance of probabilities* te bewijzen dat een verband bestond tussen PPI en het verhoogde aantal gevallen van kinderleukemie. Daarom wees hij hun vorderingen af.

4.3 De problematiek van uitsluitend statistisch aantoonbare schadeveroorzaking: epidemiologisch bewijs van "general causation"

4.3.1 Inleiding

De *Sellafield*-uitspraak laat zien welk een geduchte problematiek schuil kan gaan achter de veronderstelling dat een verhoogd aantal gevallen van gezondheidsschade op grond van medisch-statistische gegevens kan worden toegeschreven aan een bepaalde omgevingsfactor. Zoals de veronderstelling in het door mij gegeven voorbeeld met de chemische fabriek (voorbeeld 1) dat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat 50 van de 100 zieke personen zonder de onrechtmatige blootstelling niet ziek zouden zijn geworden. Die veronderstelling houdt het voorbeeld weliswaar eenvoudig, maar gaat voorbij aan de problemen die in de praktijk kunnen voortvloeien uit de beperkingen van een medisch-epidemiologische bewijsvoering.

Deze beperkingen en de juridische problemen die zij met zich mee kunnen brengen behoren tot de vaste onderwerpen in de literatuur over

toxic torts. Met name in de VS is hierover al het nodige geschreven.¹⁰⁹ De teneur is meestal dat een epidemiologische bewijsvoering vaak heel wat minder zekerheid biedt dan de afgeronde cijfers waarin zij gestalte krijgt zouden kunnen suggereren. Veel schrijvers vrezen dat de rechter zich weleens knollen voor citroenen zou kunnen laten verkopen.¹¹⁰ Dat is een vrees die ik niet of nauwelijks kan delen.¹¹¹ Niet alleen zijn de beperkingen van dit soort bewijsvoering tamelijk evident — óók voor volstrekte leken als mijzelf — maar de praktijk wijst ook anders uit. De *Sellafield*-beslissing is daar een uitstekend voorbeeld van. Ook in de VS heeft de rechter bewezen dat hij zich niet zomaar laat betoveren door "*the myth of the magic number*".¹¹² De

109 Zie o.a. D.W. Large en P. Michie, *Proving that the Strength of the British Navy Depends on the Number of Old Maids in England: A Comparison of Scientific Proof with Legal Proof*, 11 *Envtl.L.* (1981) blz. 55 e.v.; M. Dore, *A Commentary on the Use of Epidemiological Evidence in Demonstrating Cause-In-Fact*, 7 *Harv.Envtl.-L.Rev.* (1983) blz. 429 e.v.; K.L. Hall en E.K. Silbergeld, *Reappraising Epidemiology: A Response to Mr. Dore*, 7 *Harv.Envtl.L.Rev.* (1983) blz. 441 e.v.; B. Black en D.E. Lilienfeld, *Epidemiological Proof in Toxic Tort Litigation*, 52 *Fordham L.Rev.* (1984) blz. 732 e.v.; D.C. Harvey, *Epidemiologic Proof of Probability: Implementing the Proportional Recovery Approach in Toxic Exposure Torts*, 89 *Dick.L.Rev.* (1984) blz. 233 e.v. W.E. Wagner, *Trans-Science in Torts*, 96 *Yale L.J.* (1986) blz. 428 e.v.; S. Gold, 96 *Yale L.J.* (1986) blz. 376 e.v.; C.L. Callahan, *Establishment of Causation in Toxic Tort Litigation*, 23 *Ariz.St.L.J.* (1991) blz. 605 e.v. (op blz. 621-653); S.R. Poulter, *Science and Toxic Torts: Is There a Rational Solution to the Problem of Causation?*, 7 *High Tech.L.J.* (1992) blz. 189 e.v. Voor Nederland zie het relaas over de z.g. "planta-affaire" van G.H.A. Schut, *Produktaansprakelijkheid* (1974) nr. 51 blz. 87-90, en voorts H.O. Kerkmeester, TMA 1994 blz. 45 e.v.; A.J. Van, TMA 1994 blz. 109 e.v.

110 Meer in het algemeen is men in de VS wel bedacht op het gevaar van "*junk science*" waarmee rechter en jury om de tuin geleid zouden kunnen worden. Zie P. Huber, *Galileo's Revenge: Junk Science in the Courtroom* (1991). Of dit — enkele veel aangehaalde uitzonderingen daargelaten — werkelijk zo'n vaart loopt vraag ik mij af. In elk geval kan dat geen reden zijn om bij toxische schadeveroorzaking statistisch en epidemiologisch bewijs categorisch uit te sluiten. Mits voldoende voorgelicht kan de rechter zonder meer in staat worden geacht om de werkelijke bewijskracht daarvan te beoordelen. Evenzo S.R. Poulter: "*much of the junk science that appears in toxic tort cases is readily apparent or easily uncovered by inquiry of which courts are quite capable.*" (7 *High Tech.L.J.* (1992) blz. 194). Zie voorts C.L. Callahan, 23 *Ariz.St.L.J.* (1991) blz. 641-653.

111 In dezelfde zin M. Faure, a.w. (zie noot 7) blz. 12.

112 Voor een sterk staaltje zie *DeLuca v. Merrel Dow Pharmaceuticals*, 911 F.2d 941 (3rd Cir. 1990), waarin de Amerikaanse rechter uitstekend blijkt te kunnen omgaan met een specifiek verschil in opvattingen tussen statistische vakbroeders onderling over een zuiver methodologische kwestie (inzake statistische "significantie").

bezorgdheid van veel Amerikaanse auteurs lijkt dan ook veeleer samen te hangen met het risico van manipulatie van de jury.¹¹³

4.3.2 Afbakening van het probleem

De hier te bespreken problematiek heeft betrekking op de *preliminaire* vraag òf de gedaagde überhaupt wel schade heeft veroorzaakt. Ik stel voorop dat deze vraag buiten de context van toxische schadeveroorzaking niet snel zal spelen. Zo staat de veroorzaking van schade in het door mij gegeven voorbeeld met de drie expediteurs (voorbeeld 2) eenvoudig vast op grond van de verklaring van de opdrachtgever. Ook in *Pettway* stond de benadeling van de zwarte werknemers als groep zonder meer vast.¹¹⁴ Maar bij veel *toxic torts* gaat het wel degelijk om een essentiële voorvraag. In de *Sellafield*-uitspraak zagen eisers hun vorderingen reeds over deze eerste horde struikelen.

Deze preliminaire vraag moet worden onderscheiden van de vraag of ook op *individueel* niveau causaal verband kan worden aangenomen met het door een bepaalde persoon geleden nadeel. In de VS spreekt men in het eerste geval wel van "*general*" *causation*, en in het tweede van "*specific*" of "*individual*" *causation*.¹¹⁵ Dat causaal verband op individueel niveau niet kan worden vastgesteld betekent nog niet dat ook het totaal van de door gedaagde veroorzaakte schade niet zou kunnen worden aangetoond.¹¹⁶ Een derde te onderscheiden kwestie is de vraag naar de bruikbaarheid van statistische kansberekeningen voor het vaststellen van de hoogte van een proportionele schadevergoeding. Deze vragen worden soms ten onrechte op één hoop gegooid. Uiteraard kunnen zij wel met elkaar samenhangen: waar onzekerheid bestaat over de eerste kwestie bestaat zij *a fortiori* over de andere twee.

113 Zo spreekt M. Dore van "*a jury's natural tendency to accord excessive probative weight to evidence that is obscure and impressive in its apparent numerical certainty.*" (7 Harv. Envtl. L. Rev. (1983) blz. 440).

114 Zie de tekst bij noot 77 op blz. 271.

115 Zie voor een uitvoerige bespreking van de bewijsproblematiek bij *toxic torts* waarin beide vragen zorgvuldig worden gescheiden S.R. Poulter, 7 High Tech. L.J. (1992) blz. 216-235.

116 In deze zin ook (m.b.t. het verhaalsrecht van de ziektekostenverzekeraar) de MvT bij art. 32a van het initiatiefwetsvoorstel Zijlstra tot wijziging van de WAKO, TK 1986-1987, 20 025, nr. 3 blz. 6; P.A. Kottenhagen-Edzes, a.w. (zie noot 17) blz. 276.

Of op grond van statistische gegevens causaal verband kan worden aangenomen met individueel geleden nadeel is een vraag die alleen in de alles-of-niets-benadering een centrale rol speelt. In een proportionele benadering treedt daarvoor de veel minder knellende problematiek in de plaats van de bruikbaarheid van statistische kansberekeningen voor het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding. Deze laatste problematiek besprak ik reeds tamelijk uitvoerig in § 3.4.11. Ik kom er nog even op terug in § 4.5.5. In het navolgende gaat het primair om de eerste vraag, namelijk de voorvraag of de gedaagde überhaupt wel schade heeft veroorzaakt. Deze vraag brengt ons op het terrein van de epidemiologie.

4.3.3 Hoofdpijnen van de epidemiologische methodiek

De epidemiologie is een tak van de medische wetenschap die als doel heeft het blootleggen van de relatie tussen een ziekte en de factoren waarvan men weet of vermoedt dat zij van invloed zijn op haar ontstaan.¹¹⁷ De blootstelling aan giftige stoffen of ioniserende straling kan zo'n factor zijn. Hoewel de epidemioloog gebruik maakt van statistische methoden is het uiteindelijke doel het vinden van een biologische verklaring voor de samenhang tussen de factor en het ontstaan van de ziekte.

Vereenvoudigd voorgesteld kunnen in een epidemiologisch onderzoek de volgende stappen worden onderscheiden. Een eerste stap is het maken van vergelijkingen tussen bepaalde bevolkingsgroepen.¹¹⁸ Daarbij wordt de samenhang tussen factor en ziekte onderzocht door het vergelijken van de frequentie waarmee een ziekte voorkomt (de z.g. "incidentie")¹¹⁹ in populaties van personen die niet, en die wel aan de betreffende factor zijn blootgesteld. Blijkt deze incidentie bij de blootgestelde personen hoger, dan levert dat uiteraard een indicatie op voor een causale samenhang. Zo'n indicatie is vooral sterk wanneer een cijfermatige correlatie blijkt te bestaan tussen de

117 Voor een beknopte introductie in de epidemiologie zie G. Rose en D. Barker, *Inleiding tot de epidemiologie* (1987).

118 Men spreekt ook wel van "demografische" studies. Zie A.J. Van, TMA 1994 blz. 111 r.k.; B. Black en D.E. Lilienfeld, 52 Fordham L.Rev. (1984) blz. 754-755.

119 Zie G. Rose en D. Barker, a.w. (zie noot 117) blz. 23-24.

intensiteit van de blootstelling en de verhoging van de incidentie.¹²⁰ Maar méér dan de *suggestie* van een mogelijk verband levert dit nooit op, en het is een klassieke valkuil om veel te snel tot een causale samenhang te concluderen.¹²¹ In dit verband doen allerlei beeldende anekdotes de ronde. Zo zou volgens Van in Nederland een correlatie bestaan tussen de hoogte van het geboortecijfer en het aantal nestelende ooievaars.¹²² Maar, zo stelt hij de lezer gerust, alle fabeltjes ten spijt is deze samenhang geheel toevallig.¹²³

Zolang het oorzakelijk verband tussen factor en ziekte niet biologisch is verklaard komt het er dus op aan om de vermoede samenhang nauwkeurig te verifiëren. Daarvoor worden op verschillende manieren vergelijkingen gemaakt tussen groepen individuen. Er is experimenteel onderzoek waarbij proefpersonen door de onderzoeker zelf aan de te onderzoeken factor worden blootgesteld.¹²⁴ Om voor de hand liggende redenen kan dat vaak niet met mensen, reden waarom ook wel wordt vergeleken met resultaten bij proefdieren.¹²⁵ De belangrijkste plaats wordt echter ingenomen door "observationeel" onderzoek, waarbij de blootstelling al een gegeven is. Binnen dit observationele onderzoek kunnen twee categorieën worden onderscheiden. Vereenvoudigd voorgesteld vergelijkt men bij "cohort-onder-

120 Met de term "*correlatie*" duidt men op de samenhang tussen twee getalsmatige variabelen. Zie A. Slotboom, a.w. (zie noot 108) blz. 43-44. Het bestaan van een correlatie tussen de intensiteit van de blootstelling en de verhoging van de frequentie is een krachtige indicatie voor een causale samenhang, omdat de kans dat zij op toeval berust verhoudingsgewijs nogal gering is. Zie A.J. Van, TMA 1994 blz. 113 r.k.

121 Men spreekt dan wel van een "*oneigenlijke correlatie*". Zie A. Slotboom, a.w. (zie noot 108) blz. 165. Heel vaak is er een derde variabele in het spel die het gevonden verband volledig verklaart. Soms berust het verband op zuiver toeval. Een schoolvoorbeeld van een evident niet-causale correlatie tussen een factor en een medisch verschijnsel is de lineaire relatie tussen de productie van ruwe ijzer in de Verenigde Staten en de hoogte van het geboortecijfer in Engeland. Zie B. Black en D.E. Lilienfeld, 52 Fordham L.Rev. (1984) blz. 755.

122 A.J. Van, TMA 1994 blz. 11 l.k.

123 Meer illustratieve zottigheid wordt vermeld door D.W. Large en P. Michie, 11 Env'tl.L. (1981) blz. 555 e.v., die ondermeer het "bewijs" leveren dat de sterkte van de Britse marine afhangt van het aantal oude vrijsters in Engeland (blz. 555 noot 1).

124 Zie G. Rose en D. Barker, a.w. (zie noot 117) blz. 77--80; B. Black en D.E. Lilienfeld, 52 Fordham L.Rev. (1984) blz. 755-756.

125 Zie over de problemen bij de extrapolatie van de resultaten van dierproeven en andere biologische experimenten naar mensen S.R. Poulter, 7 High Tech.L.J. (1992) blz. 219-226; C.L. Callahan, 23 Ariz.St.L.J. (1991) blz. 619-621.

zoek"¹²⁶ de incidentie van de ziekte tussen groepen personen (de cohorten) die wel en niet aan de te onderzoeken factor werden blootgesteld, en vergelijkt men bij "patiënt-controle-onderzoek"¹²⁷ de incidentie van de blootstelling aan de factor tussen groepen personen die wel en niet aan de te onderzoeken ziekte lijden.¹²⁸ Veel kneepjes van het vak zijn erop gericht om de resultaten zo betrouwbaar mogelijk te maken. Niet in de laatste plaats is het zaak om de mogelijke beïnvloeding door het toeval zo veel mogelijk te beperken.

Het resultaat van dit alles kan worden gepresenteerd aan de hand van een grootheid waarmee de invloed van de factor op het ontstaan van de ziekte wordt uitgedrukt, het zogenaamde "relatieve risico",¹²⁹ met een betrouwbaarheidsinterval¹³⁰ dat aangeeft hoe zeker men van zijn zaak is. Een relatief risico van 5 geeft aan dat de berekende kans op het ontstaan van de ziekte bij de blootgestelde populatie vijf maal zo groot is als bij de niet-blootgestelde personen, een betrouwbaarheidsinterval van 3 tot 7 geeft aan dat die kans in werkelijkheid kan variëren van drie tot zeven maal zo groot, maar met een grote mate van zekerheid¹³¹ niet daarbuiten ligt. Dergelijke gegevens kunnen weer deel uitmaken van een glijdende schaal die is gerelateerd aan de intensiteit van de blootstelling aan de betreffende factor. Wanneer bij een blootstelling van dosis Y het relatieve risico 5 bedraagt, dan kan het bij een dosis van 2 maal Y natuurlijk hoger zijn, en bij 1/2 maal Y weer lager.

Van veel ziektes die door blootstelling aan giftige stoffen of straling kunnen worden veroorzaakt, is de precieze wijze van ontstaan nog niet bekend. In verband met dit gebrek aan wetenschappelijke kennis is ook het oorzakelijk verband tussen dergelijke factoren en de betreffende ziekte biologisch veelal nog niet, of nog niet afdoende aangetoond. In dat geval moet door de epidemioloog ook een laatste stap worden gezet, en dat is het beantwoorden van de vraag of uit de gevonden

126 Men spreekt ook wel van "*prospective*"- of "*incidence*" studies.

127 Men spreekt ook wel van "*retrospective*" of "*case-control*" studies.

128 Zie G. Rose en D. Barker, a.w. (zie noot 117) blz. 68-71; C.L. Callahan, 23 Ariz.St.L.J. (1991) blz. 622-623; B. Black en D.E. Lilienfeld, 52 Fordham L.Rev. (1984) blz. 756-759; A.J. Van, TMA 1994 blz. 112.

129 Zie G. Rose en D. Barker, a.w. (zie noot 117) blz. 71-72.

130 Een betrouwbaarheidsinterval geeft met een bepaalde mate van waarschijnlijkheid — meestal 95% — het gebied aan waarbinnen het relatieve risico ligt. Zie A. Slotboom, a.w. (zie noot 108) blz. 24.

131 Meestal gaat het daarbij om een betrouwbaarheid van 95%. Zie noot 130.

4.3 Epidemiologisch bewijs van "general causation"

statistische relatie een oorzakelijk verband kan worden afgeleid.¹³² Alle zorgvuldigheid bij het kwantificerende onderzoek ten spijt blijft dat soms een heikele onderneming. Om de valkuil van de nestelende ooievaars zoveel mogelijk te elimineren worden bepaalde vuistregels in acht genomen.¹³³ Een groot aantal aspecten kan meewegen: de hoogte van het gevonden relatieve risico; het al of niet bestaan van een correlatie tussen de intensiteit van de blootstelling en de incidentie van de ziekte; het bestaan van een logisch tijdsverloop tussen vermoedelijke oorzaak en gevolg; verenigbaarheid van de gevonden resultaten met de uitkomsten van vergelijkbaar epidemiologisch onderzoek; aannemelijkheid van het veronderstelde biologische verband; verenigbaarheid met resultaten van laboratoriumonderzoek, bijvoorbeeld met dieren, en met overige bekende feiten; en het al of niet bestaan van analogieën met vergelijkbare factoren en/of vergelijkbare ziektes. Alleen wanneer weging van al deze aspecten die conclusie toelaat, kan een oorzakelijk verband worden aangenomen. En zelfs dan kan in principe pas absolute zekerheid bestaan wanneer het verband door nader laboratoriumonderzoek alsnog biologisch is aangetoond.

4.3.4 Voorwaarden voor het epidemiologisch bewijs van "general causation"

Stel dat men in het voorbeeld van de chemische fabriek (voorbeeld 1) met behulp van epidemiologische gegevens aannemelijk wil maken dat ten minste een aantal van de 100 zieke omwonenden zonder de

132 De achtergrond waartegen deze laatste stap wordt gezet kan heel verschillend zijn. Soms is zij eigenlijk niet meer nodig, omdat het biologische verband tussen factor en ziekte reeds bekend is. Het epidemiologische onderzoek dient dan om dit verband empirisch te verifiëren en te kwantificeren. Het kan echter ook zijn dat enkel een meer of minder plausibele biologische verklaring voorhanden is, en dat het doel van het epidemiologische onderzoek ligt in een nadere toetsing van deze en/of andere hypothesen. En tenslotte is het mogelijk dat het epidemiologische onderzoek een duidelijk verband uitwijst terwijl nog geen enkele biologische verklaring voorhanden is. Idealiter zijn de epidemiologische resultaten dan aanleiding voor nader laboratoriumonderzoek, dat vervolgens alsnog een biologische verklaring oplevert. Een voorbeeld van zo'n gang van zaken is de ontdekking van het verband tussen het gebruik van anticonceptiepillen en bepaalde hart- en vaatziekten (zie B. Black en D.E. Lilienfeld, 52 Fordham L.Rev. (1984) blz. 762 noot 124).

133 Voorbeelden zijn de z.g. "*Bradford-Hill criteria*" (waaraan de Gardner-hypothese werd getoetst in de *Sellafield*-uitspraak) en de "*Henle-Koch-Evans Postulates*" (zie C.L. Callahan, 23 Ariz.St.L.J. (1991) blz. 625-626; B. Black en D.E. Lilienfeld, 52 Fordham L.Rev. (1984) blz. 763).

onrechtmatige blootstelling aan stof A niet aan ziekte X zouden hebben geleden. Om in dat bewijs te slagen moet logisch gezien aan een vijftal voorwaarden worden voldaan.

Een eerste voorwaarde is dat een toereikende blootstelling aan stof A voldoende aannemelijk moet zijn.¹³⁴ Wie weliswaar aan ziekte X lijdt, maar niet dicht- of niet lang genoeg in de buurt van de fabriek woont om voldoende intensief aan stof A te zijn blootgesteld, kan niet tot de groep van mogelijke benadeelden worden gerekend. In de *Sellafield*-zaak deden zich op dit punt geen problemen voor. Partijen waren het eens geworden over een schatting van de intensiteit van de blootstelling van de betreffende werknemers aan PPI. In *Allen v. United States* werd als voorwaarde gesteld dat eisers voldoende aannemelijk konden maken dat zij zelf of hun overleden familieleden waren blootgesteld aan van *fallout* afkomstige straling in doses die aanmerkelijk hoger waren dan de natuurlijke achtergrondstraling. In dat kader was onder meer vereist dat de betreffende persoon gedurende de testperiode in de geografische nabijheid van het testterrein had gewoond.¹³⁵ Geen enkele eiser zag zijn vordering op deze voorwaarde stranden.

Een tweede voorwaarde is dat voldoende aannemelijk is dat stof A ziekte X daadwerkelijk kán veroorzaken. Dat lijkt nogal voor de hand liggend. Toch kunnen zich op dit punt problemen voordoen. Met name wanneer epidemiologisch onderzoek een oorzakelijk verband suggereert waarvoor nog geen biologisch bewijs voorhanden is. Zoals het geval was in de *Sellafield*-zaak, waar een nadere medische verklaring ontbrak voor de Gardner-hypothese. Biologisch was een verband tussen PPI en kanker bij de volgende generatie nooit aangetoond. Toch stuitte de zaak van eisers daar niet zonder meer op af. Vanwege hetzelfde gebrek aan biologische kennis kon dat verband namelijk ook niet bij voorbaat worden uitgesloten. In *Allen* stond in het merendeel van de gevallen zonder meer vast dat de betrokkene leed aan een ziekte die door ioniserende straling kon worden veroorzaakt. Dit op drie gevallen na, waarbij — anders dan in de *Sellafield*-zaak — ook geen statistische indicatie voor een oorzakelijk verband bestond. Daarom werden deze drie claims als eerste afgewezen.¹³⁶

134 Zie over mogelijkheden en problemen bij het bewijs van blootstelling S.R. Poulter, 7 High Tech.L.J. (1992) blz. 236-241.

135 588 F.Supp. 247 blz. 415 en 428 r.k.

136 Eisers 1 t/m 3 (588 F.Supp. 247 blz. 428-429).

4.3 Epidemiologisch bewijs van "general causation"

Een derde voorwaarde is dat bij de blootgestelde populatie een daadwerkelijke verhoging van het aantal ziektegevallen ten opzichte van de normale verwachting voldoende vaststaat. Ook dit lijkt misschien een open deur. Toch wordt niet altijd aan dit vereiste voldaan. Zo was in *Agent Orange* tot op het moment van de uitspraak niet overtuigend aangetoond dat sprake was van een significant hoger aantal ziektegevallen bij de veteranen en hun familieleden dan bij de overige bevolking. Dat kon overigens ook wel wat te maken hebben met de lange incubatietijd van sommige ziektes, een probleem dat in *Allen* veel minder speelde omdat daar de gewraakte blootstelling veel langer geleden had plaatsgevonden. Toch was ook in *Allen* in tien gevallen een daadwerkelijke verhoging van de incidentie van de betreffende ziekte niet ondubbelzinnig aangetoond, wat een belangrijke reden was waarom deze tien claims werden afgewezen.¹³⁷

Een vierde voorwaarde — die nauw met de vorige samenhangt — is dat de mogelijke beïnvloeding door het toeval niet te groot mag zijn. Het gaat hier om een van de kernproblemen van statistisch onderzoek.¹³⁸ Een centraal gegeven is de omvang van de populaties die in het onderzoek kunnen worden betrokken. Hoe groter die populaties, hoe kleiner de kans dat afwijkingen ten opzichte van de normale verwachting berusten op het toeval. In het voorbeeld van de chemische fabriek bestaat een verhoging van 50 naar 100 ziektegevallen. Dat maakt de conclusie dat deze verhoging daadwerkelijk aan stof A is te wijten heel wat betrouwbaarder dan bij een verhoging van 5 naar 10 gevallen. Ziektes manifesteren zich nu eenmaal niet keurig verspreid over de bevolking. Er doen zich altijd schommelingen voor ten opzichte van het gemiddelde. Bij 5 gevallen extra is de kans op beïnvloeding door toevallige schommelingen vele malen groter dan bij 50 gevallen extra. Hoe groter de populaties, hoe vaker dergelijke schommelingen tegen elkaar zullen wegvallen. Bij een verhoging van 500 naar 1000 ziektegevallen kan het toeval zonder veel aarzeling worden uitgesloten. Een ander aspect dat bepalend is voor het mogelijke gewicht van het toeval is de verhogingsfactor. In het voorbeeld van de chemische fabriek gaat het om een *tweevoudige* verhoging van 50 naar 100 gevallen. De kans dat een *tienvoudige*

137 Eisers 4 t/m 13 (588 F.Supp. 247 blz. 430-435).

138 In de statistiek hanteert men in dit verband het begrip "*significantie*". Een uitkomst wordt pas significant genoemd wanneer de kans dat zij op het toeval berust voldoende klein is. Meestal hanteert men een grens van 5%. Zie de uitleg van A.J. Van, TMA 1994 blz. 111 en A. Slotboom, a.w. (zie noot 108) blz. 200.

verhoging van 10 naar 100 volledig op het toeval berust is uiteraard veel kleiner. Bij echt kleine populaties weegt dit evenwel niet op tegen het probleem van de kleine getallen. In de *Sellafield*-zaak ging het om een verhoging van 0,53 naar 5. Dat was een zodanig klein aantal dat ondanks de tienvoudige verhoging de invloed van het toeval zeer groot kon zijn.¹³⁹ Ook in *Allen* gaf de rechter zich rekenschap van "*the small numbers problem*". Met de hantering van gegevens over kleine populaties was de nodige voorzichtigheid geboden, aldus het gerecht. Maar mits op hun juiste waarde geschat konden zij niettemin zeer behulpzaam zijn bij de bewijsvoering:

"That data from small populations must be handled with care does not mean that it cannot provide substantial evidence in aid of our effort to describe and understand events. [...] If relied upon as a guide rather than as an answer, the statistical evidence offered in this case provides material assistance in evaluating the factual connection between nuclear fallout and plaintiffs' injuries."¹⁴⁰

In *Agent Orange* speelde het probleem van de kleine getallen nauwelijks een rol omdat het ging om de uitzonderlijk grote populatie van 2,4 miljoen veteranen en hun familie.

Een vijfde en laatste voorwaarde is dat behalve het toeval, ook andere verklaringen voor het verhoogde aantal ziektegevallen met voldoende zekerheid moeten kunnen worden uitgesloten.¹⁴¹ In de *Sellafield*-zaak bestond met betrekking tot deze voorwaarde een prominent probleem. Hier was een alternatieve verklaring geopperd in de vorm van de "*population influx hypothesis*". Deze alternatieve verklaring werd uiteindelijk — samen met het toeval — "*no less plausible*" geacht dan de Gardner-hypothese. Daarmee was de basis van eisers' epidemiologische bewijsvoering grotendeels ondergraven.

139 Een voorbeeld waarbij populaties én verhogingsfactor eenvoudig te klein waren om aan de geconstateerde verhoging enige betekenis toe te kennen is *Renaud v. Martin Marietta Corp.*, 749 F.Supp. 1545 (D.Colo. 1990) (4 ziektegevallen waar er 2 konden worden verwacht).

140 588 F.Supp. 247 blz. 418 l.k.

141 Op deze voorwaarde zien de bedenkingen van G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad volgens BW en NBW* (1990) § 16 blz. 74. Schut meent dat zodra de gedaagde reële mogelijkheden kan aanwijzen die in een andere richting wijzen, eiser met andere dan statistische gegevens aanvullend bewijs zal moeten leveren. Ter illustratie wijst hij op de z.g. "planta-affaire" (nader beschreven in G.H.A. Schut, *Producten-aansprakelijkheid* (1974) nr. 51 blz. 87-90).

4.3 Epidemiologisch bewijs van "general causation"

Tot op zekere hoogte verhouden de genoemde voorwaarden zich jegens elkaar als communicerende vaten. Naarmate aan één of meer voorwaarden overtuigender is voldaan, kan de vervulling van de overige op voorhand aannemelijker zijn geworden, zodat men ten aanzien daarvan wellicht met wat minder zekerheid genoeg kan nemen. Zo was in *Allen* met betrekking tot een geval van schildklierkanker sprake van een zodanig hoog geschatte blootstelling van dit — voor ioniserende straling relatief gevoelige — orgaan (voorwaarde 1), dat aan het ontbreken van ondubbelzinnig bewijs van een verhoogde incidentie in eiser's woonomgeving (voorwaarde 3) minder zwaar werd getild.¹⁴² En omgekeerd, naarmate de vervulling van één of meer voorwaarden twijfelachtiger is, neemt het gewicht van de overige verhoudingsgewijs toe. Zo was in de *Sellafield*-zaak de afwezigheid van een biologische verklaring voor het verband tussen PPI en kanker bij de volgende generatie (voorwaarde 2) de reden dat extra zwaar werd getild aan de toevalsfactor en aan andere mogelijke verklaringen voor het verhoogde aantal ziektegevallen (voorwaarden 4 en 5).

4.3.5 Conclusies

De problematiek van het epidemiologisch bewijs van "general causation" moet niet worden onderschat. Wanneer echter aan de genoemde voorwaarden in voldoende mate wordt voldaan, is het zonder meer redelijk om aan te nemen dat de gedaagde daadwerkelijk schade heeft veroorzaakt. De vraag of in een concreet geval sprake is van een verhoogd aantal ziektegevallen en zo ja, of die verhoging aan gedaagde moet worden toegeschreven, kan naar mijn mening een gewoon onderdeel zijn van het processuele debat tussen partijen, die zich daarvoor van de nodige deskundige bijstand kunnen voorzien. De praktijk wijst uit dat de rechter dan heus wel tot een verstandige beslissing kan komen.

Zoals vooropgesteld zal deze problematiek zich buiten de context van de toxische schadeveroorzaking niet gauw voordoen. Maar ook bij *toxic torts* is het niet per definitie zo dat men zich met uitsluitend

142 "The ambiguity of statistical evidence relating to thyroid abnormalities and cancers in southern Utah reflects the dire importance of much more thorough studies [...] In this case, the Government's own "ball park" estimates of a thyroid dose of 30-340 rads combined with similar estimates from other sources is the strongest single factor justifying that inference" [dat een oorzakelijk verband voldoende aannemelijk was, A.A.] (588 F.Supp. 247 blz. 443 l.k.).

epidemiologisch bewijs moet behelpen. Het is goed denkbaar dat ook andersoortig bewijsmateriaal aanknopingspunten kan bieden. Zo kan het in het voorbeeld van de chemische fabriek heel wat uitmaken of de blootstelling van de omwonenden aan stof A alleen maar min of meer aannemelijk is, of dat zij onomstotelijk vast komt te staan doordat bepaalde concentraties van deze stof bij alle 100 ziek geworden personen in het longweefsel kunnen worden aangetoond.

Wanneer de rechter tot het oordeel komt dat de hier besproken preliminaire vraag bevestigend moet worden beantwoord, weet men echter nog immer niet *wie* van de mogelijke benadeelden daadwerkelijk werd gelaedeerd, en wiens nadeel in werkelijkheid uit de eigen risicosfeer stamt. Daarmee zijn wij terug bij het kernprobleem van de figuur van de alternatieve benadeelde. Het is de oplossing daarvan die in het vervolg van dit hoofdstuk centraal staat.

4.4 Collectieve benaderingswijzen

4.4.1 Inleiding

Een in literatuur en rechtspraak veelvuldig geopperde aanpak van de problematiek van de alternatieve benadeelde is het op een of andere wijze bundelen van de aanspraken van alle mogelijk gelaedeerden. Ten opzichte van de alternatieve benadeelden *als groep* staat de veroorzaking van schade immers wél zonder meer vast. De onzekerheid over het causaal verband met ieders individuele nadeel hoeft de toewijzing van een *gezamenlijke* vordering tot schadevergoeding niet in de weg te staan.

In deze richting dacht ook het *Bundesgerichtshof* in het geval van de drie expediteurs (voorbeeld 2), waar het zich afvroeg of niet het bestaan van een gezamenlijk vorderingsrecht kon worden aangenomen (z.g. "*Gesamtgläubigerschaft*").¹⁴³ In dat geval zou de toekenning van schadevergoeding geen probleem opleveren, en zou ieder der expediteurs op grond van de interne verhoudingen tussen de deelgenoten van zo'n gemeenschappelijk vorderingsrecht aanspraak kunnen maken op vergoeding van 1/3 van de door hem gederfde winst. Het

143 Zie § 428 BGB. Vgl. de voormalige figuur van de "actieve hoofdelijkheid" (zie de 9e druk (uit 1992) van Asser-Hartkamp I, nr. 92a), naar huidig recht vervangen door het gezamenlijke vorderingsrecht van artt. 6:15 en 6:16 BW.

bestaan van een *Gesamtgläubigerschaft* was echter niet gesteld, en mocht ook niet buiten het initiatief van partijen om worden aangenomen. Daarom kwam deze oplossing niet in aanmerking.¹⁴⁴ Maar dat zou waarschijnlijk anders zijn geweest indien de expediteurs het wél gezamenlijk hadden aangepakt. Ook in het voorbeeld van de chemische fabriek (voorbeeld 1) is zo'n collectieve benadering goed denkbaar. Omdat 50 van de 100 ziektegevallen redelijkerwijs aan gedaagde kunnen worden toegeschreven (mits aan de voorwaarden voor het epidemiologisch bewijs van een en ander is voldaan) zou namens alle 100 zieke omwonenden gezamenlijk een vordering kunnen worden ingesteld tot vergoeding van de schade die is gemoeid met deze 50 ziektegevallen extra.

Door het over een collectieve boeg te gooien kan het kernprobleem van de alternatieve benadeelde worden omzeild. Binnen de groep van mogelijk benadeelden is weliswaar nog steeds onbekend wie daadwerkelijk werd gelaedeerd en wie niet, maar doordat dit identificatieprobleem buiten het proces wordt gemanoeuvreerd kan de gedaagde er niet langer het verweer aan ontlennen dat het causaal verband met de te vergoeden schade niet vaststaat. Daarmee lijkt niets meer de vestiging van zijn aansprakelijkheid in de weg te staan. De verdeling van de ontvangen schadeloosstelling is een zaak van de benadeelden onderling. De gedaagde staat daar in principe buiten. Voor hem is enkel relevant wat het totaal van de schade is die hij heeft veroorzaakt. Wat dat betreft resteert hooguit een kwestie van schadebegroting.

Hier komt bij dat een collectieve aanpak uit het oogpunt van proceseconomie ook veel efficiënter kan zijn dan het voeren van een (groot) aantal individuele procedures. In verband met de kosten kan dat ook voor partijen aantrekkelijk zijn.

In de VS wordt dan ook geregeld aangedrongen op een oplossing via een *class action*.¹⁴⁵ Zoals wij zagen bestaan daarvoor ook enkele precedentes zoals *Pettway v. American Cast Iron Pipe Co.*¹⁴⁶ Ook in *Agent Orange* zocht het gerecht de oplossing in een collectieve aanpak in het kader van een *class action*.¹⁴⁷ Het Nederlandse recht kent de

144 BGHZ 29, 393 blz. 396-397.

145 Zo met name D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 851 e.v., maar bijv. ook R. Delgado, 70 Cal.L.Rev. (1982) blz. 899-902; G.O. Robinson, 19 J.Legal Stud. (1985) blz. 797.

146 Zie de tekst bij noot 77 op blz. 271.

147 Zie het citaat bij noot 81 op blz. 273.

figuur van de *class action* niet. Dat neemt niet weg dat ook hier mogelijkheden voor een collectieve benaderingswijze bestaan.

4.4.2 Gezamenlijke vordering tot schadevergoeding

Een eerste mogelijkheid zou de collectieve actie ex artikel 3:305a BW zijn, ware het niet dat in lid 3 van dat artikel het vorderen van schadevergoeding nadrukkelijk wordt uitgesloten. Wat natuurlijk wél mogelijk is, is cessie van de vorderingen van alle mogelijk benadeelden aan één partij, die vervolgens als eiser optreedt.¹⁴⁸ Nu zou men daartegen kunnen inbrengen dat van geen van de gepretendeerde vorderingen vaststaat dat zij toewijsbaar is, en dat de optelsom van een aantal ontoewijsbare vorderingen nog steeds niet meer dan een ontoewijsbare vordering oplevert, zij het ten belope van een hoger bedrag.¹⁴⁹ Naar mijn mening is dat echter geen juiste voorstelling van zaken. Het gaat hier immers om *alternatieve* benadeelden, en de aanname dat de ene vordering ontoewijsbaar is sluit dezelfde aanname met betrekking tot de andere vordering logischerwijs uit. Het is dan ook *niet* zo dat vele malen "niets" wordt gecedeerd, er wordt *soms* "niets" gecedeerd en andere keren een rechtsgeldige vordering, we weten alleen niet wanneer het een het geval is, en wanneer het ander. Maar dat neemt niet weg dat in elk geval *een bepaald aantal* toewijsbare vorderingen is gecedeerd, welk aantal wél vaststaat (zoals in het expediteurs-voorbeeld) of op een aanvaardbare wijze kan worden geschat (zoals — veronderstellenderwijs — in het voorbeeld met de chemische fabriek). De logica verbiedt dat men daaraan eenvoudig voorbij gaat.

148 Een collectieve schadevergoedingsactie door middel van cessie werd bijv. expliciet toegelaten in HR 2 dec. 1994, NJ 1996, 246 m.nt. DWFV (*ABN AMRO/Vereniging obligatiehouders Coopag*). Zie over de mogelijkheden van collectief schadeverhaal N. Frenk, *Kollektieve akties in het privaatrecht* (diss. 1994) blz. 177 e.v.

149 Vgl. de twijfel van de indieners van het initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van de WAKO over de subrogatie van Ziekenfondsen en vergelijkbare instellingen, Nota naar aanleiding van het eindverslag, TK 1988-1989 20 025, nr. 11. Volgens de indieners zouden deze instellingen een vergoeding voor hun hogere uitgaven tengevolge van een kernongeval "*veelal naar alle waarschijnlijkheid niet uit hoofde van subrogatie of artikel 83b Ziekenfondsenwet kunnen vorderen, aangezien de patiënten voor wie een vergoeding verstrekt wordt niet kunnen bewijzen dat hun ziekte het gevolg is van een kernongeval.*" (blz. 3). Zie over deze kwestie nader § 4.4.3.

Deze mening leek ook het BGH te zijn toegedaan in het geval met de drie expediteurs. Indien twee expediteurs hun aanspraken zouden hebben gecedeerd aan de derde, zo overwoog het BGH, dan zou het bestaan van een winstderving niet ontkend kunnen worden op grond van de redenering dat zij bij geen van de drie firma's afzonderlijk voldoende vaststaat:

"Würden die Klägerin zu 1) und die ausgeschiedene Klägerin der Klägerin zu 2) ihre etwaigen Schadensersatzansprüche abgetreten haben, so könnte ein Gewinnentgang nicht mit der Begründung des Berufungsgericht abgelehnt werden, die Wahrscheinlichkeit, mit der Vermittlung des Frachtraumes betraut zu werden, sei für alle drei in Frage kommenden Firmen gleich groß gewesen, und deshalb hätte bei keiner von ihnen mit Wahrscheinlichkeit ein Gewinn erwartet werden können."¹⁵⁰

Eenzelfde benadering lijkt aangewezen wanneer door alle mogelijk benadeelden een procesvolmacht wordt verleend. Ook dan staat immers vast dat eiser in elk geval namens een bepaald aantal werkelijk rechthebbenden optreedt.

Wel zal bij een gezamenlijke aanpak veelal een probleem van schadebegroting rijzen. Het beloop van ieders individuele nadeel zal immers hooguit bij toeval even hoog zijn. De ene expediteur zou op de misgelopen opdracht waarschijnlijk niet dezelfde winst hebben gemaakt als de andere. En de ene omwonende zal door zijn ziekte niet eenzelfde vermogensnadeel lijden als de andere. Vanwege het identificatieprobleem blijft onbekend welke individuele schades als maatstaf moeten worden genomen voor het begroten van de totale schade. De aansprakelijkheid van gedaagde kan daar echter nooit op afketsen. Het *bestaan* van de te vergoeden schade staat immers vast. Daarom kunnen eventuele moeilijkheden bij de begroting van haar *omvang* niet aan haar vergoedbaarheid in de weg staan (zie eerder § 3.4.9). Desnoods zal de rechter haar beloop *ex aequo et bono* moeten schatten. Daarbij ligt het voor de hand om uit te gaan van een gemiddelde omvang. Eventueel kunnen ook onderlinge verschillen in veroorzakingswaarschijnlijkheid worden verdisconteerd, wanneer daarvan sprake mocht zijn. In principe komt men dan op hetzelfde totaalbedrag uit als in een individuele proportionele benadering.

Toch kleeft aan de hier beschreven collectieve aanpak tenminste één ernstig bezwaar, althans voorzover men zou menen dat daarin een

150 BGHZ 29, 393 blz. 400.

alternatief is gelegen waartoe men de betrokkenen door het categorisch afwijzen van individuele vorderingen zou mogen noodzaken. En dat is dat het bestaan van het recht op schadeloosstelling afhankelijk zou worden van de bereidheid van voldoende lotgenoten om aan een gezamenlijke procedure mee te doen. Dat lijkt maar moeilijk verenigbaar met het materieel-vermogensrechtelijke karakter van het recht op schadevergoeding.¹⁵¹

Dit klemt te meer waar een gezamenlijke aanpak in de praktijk lang niet altijd mogelijk zal zijn. Te bedenken valt dat een bundeling van aanspraken pas effectief is wanneer alle, of althans het overgrote merendeel van de mogelijk benadeelden meedoet. Anders komt de onzekerheid over het causaal verband alsnog op de agenda, zij het dit keer met het door eisers gezamenlijk gestelde nadeel. Zo zou het in het expediteurs-voorbeeld onvoldoende zijn wanneer slechts twee van de expediteurs samen een vergoeding voor de gemiste opdracht zouden vorderen. Daarmee zou het weliswaar waarschijnlijker zijn geworden dat aan de kant van eisers de gestelde winstderving daadwerkelijk werd geleden, maar *zeker* zou dat nog immer niet zijn. De mogelijkheid blijft immers open dat juist de derde expediteur de opdracht zou hebben gehad. In het voorbeeld met de chemische fabriek zou in dit opzicht pas enige winst worden geboekt zodra meer dan 50 zieke omwonenden in een gezamenlijke actie zouden participeren. Maar zolang niet alle, of tenminste bijna alle mogelijk benadeelden meedoen, schiet het niet echt op. Bij 55 participanten bijvoorbeeld, zou slechts ten aanzien van 5 gevallen de veroorzaking van schade met zekerheid vaststaan.

Er moeten dus voldoende benadeelden meedoen, wil een collectieve aanpak effectief zijn. Maar bundeling van een voldoende aantal vorderingen kan praktisch gezien onmogelijk zijn. Bijvoorbeeld vanwege het bestaan van grote onderlinge verschillen in het moment van intreden van de definitieve schade, wat heel goed denkbaar is bij ziektes met een lange incubatietijd.¹⁵² En waar bundeling in principe wél mogelijk is, hoeven nog niet alle betrokkenen daartoe ook bereid te

151 Het hele vermogensrecht gaat immers uit van het bestaan van individuele subjectieve vermogensrechten. De afhankelijkheid die hier zou ontstaan past niet in het systeem. Zo kan bijv. geen sprake zijn van een "afhankelijk recht" in de zin van art. 3:7, want er is geen "hoofdrecht" waaraan het recht op schadevergoeding accessoir zou kunnen zijn.

152 Op dit probleem — en op andere bezwaren — wijst ook D.C. Harvey, 89 Dick.L.Rev. (1984) blz. 245-246.

zijn. Naar Nederlands recht zullen zij aan een gezamenlijke procedure hun actieve medewerking moeten verlenen, waartoe zij uiteraard op geen enkele wijze kunnen worden gedwongen. Het kan zelfs al moeilijk of onmogelijk zijn om vóór aanvang van de procedure alle mogelijk benadeelden op te sporen, bijvoorbeeld omdat nog maar een beperkt zicht bestaat op alle mogelijke gevolgen, nu en in de toekomst, van gedaagdes tekortkoming of onrechtmatige daad.

4.4.3 Verhaal door een gezamenlijke verzekeraar

Een heel ander soort collectieve benadering is het instellen van een verhaalsactie door een verzekeraar of een uitvoeringsorgaan van de sociale zekerheid. Zo zou in voorbeeld 1 de ziektekostenverzekeraar van alle 100 zieke omwonenden de chemische fabriek kunnen aanspreken voor de kosten van 50 uitkeringen extra. Zijn er meer ziektekostenverzekeraars die uitkeringen hebben moeten doen, dan kunnen zij hun verhaalsacties bundelen.

Wij kwamen deze mogelijkheid al tegen bij de bespreking van de opvattingen van Van Maanen,¹⁵³ die in dit verband betreurde dat artikel 32a van het initiatiefwetsvoorstel Zijlstra tot wijziging van de Wet aansprakelijkheid Kernongevallen (WAKO)¹⁵⁴ de eindstreep niet heeft gehaald. Dat artikel bevatte een wettelijk recht op schadevergoeding voor daarvoor in aanmerking komende ziektekostenverzekeraars:

"Voor zover de schade aan personen als gevolg van het vrijkomen van ioniserende straling niet per individu aanwijsbaar is, maar wel in medisch-statistisch verband met het ongeval staat".¹⁵⁵

Maar ook zonder bijzondere wettelijke bepaling is een verhaalsactie door verzekeraars denkbaar, namelijk op grond van hun subrogatie in de vorderingen van de verzekerden. In verband met artikel 284 WvK en andere wettelijke verhaalsrechten voerde de Minister van Financiën zelfs aan dat geen behoefte bestond aan een aparte regeling van de

153 Zie de tekst bij noot 24 op blz. 262.

154 Initiatiefwetsvoorstel van de kamerleden Zijlstra en Tazelaar (later Zijlstra en Swildens-Rozendaal) tot wijziging van de Wet aansprakelijkheid kernongevallen, TK 1986-1987, 20 025, nr. 2.

155 TK 1986-1987, 20 025, nr. 2 art. 32a.

verhaalsmogelijkheid van verzekeraars in de WAKO.¹⁵⁶ De indieners verwachtten echter problemen bij een verhaalsactie krachtens subrogatie:

"aangezien de patiënten waarvoor een vergoeding verstrekt wordt niet kunnen bewijzen dat hun ziekte het gevolg is van een kernongeval."¹⁵⁷

Wat die zorg betrof werden zij ook niet gerustgesteld door de opvatting van de Minister:

"dat subrogatie, die plaatsvindt in de materiële vordering van de verzekerde, niet noodzakelijk meebrengt dat de bewijspositie van de verzekeraar ter zake van het bestaan van de vordering waarin hij gesubrogeerd wordt, gelijk is aan de bewijspositie van de verzekerde, indien deze zelf zijn schade zou vorderen."¹⁵⁸

Mijns inziens gaat het hier om dezelfde kwestie als bij de bundeling van aanspraken door cessie: kan de optelsom van een groot aantal ontoewijsbare vorderingen eigenlijk wel een toewijsbare vordering opleveren? Het antwoord luidt ook hier bevestigend. De verzekeraar wordt niet vele malen in "niets" gesubrogeerd, hij wordt *soms* in "niets" gesubrogeerd, en andere keren in een rechtsgeldige vordering, we weten alleen niet wanneer het een het geval is, en wanneer het ander. Het beloop van het totaal aan toewijsbare vorderingen kan worden gesteld op het totaal aan extra gedane uitkeringen. Net als bij een gezamenlijke actie van de benadeelden zelf, hoeft de onzekerheid over het causaal verband op individueel niveau dus niet aan het verhaal krachtens subrogatie in de weg te staan. Ook de verhaal zoekende verzekeraars kunnen volstaan met het aantonen van *general causation*.

Een verhaalsactie door een of meer verzekeraars kan echter moeilijk als alternatief worden gezien voor een individueel recht op schadevergoeding van de benadeelden zelf. Met name omdat niet of nauwelijks sprake is van echte compensatie. Om te beginnen pleegt lang niet alle schade door verzekering te zijn gedekt. Ook alle gezondheidsschade is dat zeker niet. Schade door kernongevallen wordt

156 Brief van de Minister van Financiën van 26 mei 1989, TK 1988-1989, 20 025, nr 10 blz. 5.

157 Nota naar aanleiding van het eindverslag, TK 1988-1989, 20 025, nr. 11 blz. 3.

158 Brief van de Minister van Financiën van 26 mei 1989, TK 1988-1989, 20 025, nr 10 blz. 5.

in de regel zelfs volledig van dekking uitgesloten.¹⁵⁹ Ook kan artikel 6:197 BW (de "tijdelijke" regeling verhaalsrechten) onoverkomelijke barrières opwerpen. Op grond van dat artikel kunnen verzekeraars en andere instanties zich bij hun verhaal, anders dan de benadeelden zélf hadden kunnen doen, niet beroepen op een aantal met de invoering van het nieuw BW geïntroduceerde risico-aansprakelijkheden.¹⁶⁰ Ernstiger is dat de benadeelden hoe dan ook niet meer ontvangen dan waarvoor zij zélf premie hebben betaald. En voorzover de verzekeraar de ontvangen schadevergoeding "doorgeeft" in de vorm van lagere premies, wordt dit voordeel niet verdeeld over de groep van mogelijk gelaedeerden, maar over álle verzekerden. Al met al zouden de individuele benadeelden waarschijnlijk maar weinig van een geslaagde verhaalsactie door hun verzekeraars merken. Alleen bij een groot aantal opeenvolgende incidenten, of bij catastrofale gebeurtenissen van zeer grote omvang zou dat enigszins anders kunnen zijn.

Bezien vanuit de belangrijkste doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht — het bieden van compensatie voor geleden schade — komt aan een verhaalsactie door verzekeraars dus nauwelijks enige betekenis toe.¹⁶¹ Wel zou zo'n actie zinvol kunnen zijn vanuit het streven naar een meer rechtvaardige allocatie van de voor- en nadelen van risicovolle activiteiten. Met name wanneer individuele acties uitgesloten zijn — om wat voor redenen dan ook, denk bijvoorbeeld aan de ramp met de kerncentrale in Tsjernobyl — kan aan dat gezichtspunt het nodige gewicht toekomen.

4.4.4 Conclusies

Telkens wanneer bij de figuur van de alternatieve benadeelde een collectieve benadering mogelijk is, vormt zij ongetwijfeld een zeer pragmatische methode van aanpak. Het sterke punt is dat de gedaagde het verweer wordt ontnomen dat het causaal verband met de te vergoeden schade niet vaststaat. Daarmee staat niets de vestiging van zijn aansprakelijkheid meer in de weg. Maar dat maakt een collectieve benadering nog geen aanvaardbaar alternatief voor een individueel recht op schadevergoeding. Een verhaalsactie door een of meer

159 Hierop wijst ook G.E. van Maanen, a.w. (zie noot 17) blz. 20.

160 Hierop wijst ook P.A. Kottenhagen-Edzes, a.w. (zie noot 17) blz. 276.

161 Tenzij men de uitkeringsverplichting van de verzekeraar eveneens zou willen aanmerken als "schade", i.p.v. de realisatie van diens centrale ondernemingsrisico.

verzekeraars is dat zeker niet, omdat niet of nauwelijks sprake is van echte compensatie. En wanneer men de benadeelden zélf tot een gezamenlijke actie zou noodzaken, zou het bestaan van het individuele recht op schadevergoeding afhankelijk worden van de bereidheid van voldoende lotgenoten om aan een gezamenlijke procedure mee te doen. Dat lijkt maar moeilijk verenigbaar met het materieel-vermogensrechtelijke karakter van het recht op schadevergoeding.

De constatering dat de gezamenlijk optredende alternatieve benadeelden het recht op schadevergoeding niet kan worden ontzegd, wijst eerder in een andere richting. Zij pleit er juist voor om dat recht óók te erkennen op individueel niveau. Maar dan moet men wel durven te breken met de alles-of-niets-benadering. Ook bij een gezamenlijke aanpak komt men in principe bij een proportionele schadevergoeding uit. Vanwege het identificatieprobleem zal er niets anders opzitten dan een verdeling van het totaalbedrag aan ontvangen schadevergoeding over de hele groep van mogelijk benadeelden. Daarbij ligt het in de rede om rekening te houden met onderlinge verschillen in veroorzakingswaarschijnlijkheid, wanneer daarvan sprake mocht zijn. Dit brengt ons terug bij de meest doortastende aanpak van de problematiek van de alternatieve benadeelde, namelijk het aannemen van een proportionele aansprakelijkheid jegens ieder der mogelijk gelaedeerden.

4.5 Evaluatie van proportionele aansprakelijkheid

4.5.1 Inleiding

Uit de opvattingen in literatuur en rechtspraak kunnen verschillende argumenten pro en contra een proportionele aansprakelijkheid worden onderscheiden. Deels bestaat een overlap met argumenten die door mij in de hoofdstukken 2 en 3 reeds reeds werden besproken in de context van individuele schadegevallen. Om niet in herhalingen te vallen zal ik op het merendeel daarvan niet meer ingaan, maar mij zoveel mogelijk beperken tot nieuwe gezichtspunten en tot gezichtspunten waaraan een extra gewicht toekomt.

4.5.2 Extra bezwaren tegen de alles-of-niets-benadering

Een eerste bijzonderheid van de figuur van de alternatieve benadeelde is dat de tekortkomingen van de alles-of-niets-benadering hier nog

sprekender zijn dan bij individuele schadegevallen. Enerzijds spreekt het categorisch afwijzen van aansprakelijkheid nog minder aan. Bij causaliteitsonzekerheid met betrekking tot één individuele schade wijzen sommige schrijvers alle aansprakelijkheid — ook een proportionele — af omdat nu eenmaal niet vast zou staan dat de gedaagde schade veroorzaakte, noch dat de benadeelde recht heeft op vergoeding van het door hem geleden nadeel. Zoals uiteengezet ben ik het om verschillende redenen niet met deze redenering eens,¹⁶² maar met betrekking tot de alternatieve benadeelde gaat zij sowieso niet op. Hier staat immers vast dat de gedaagde daadwerkelijk schade veroorzaakte, en tevens dat één of meer van de benadeelden daadwerkelijk een recht op vergoeding toekomt, al weet men niet wie van hen.¹⁶³ Onder die omstandigheden is het afwijzen van alle aansprakelijkheid duidelijk geen passende oplossing. Dat was ook het uitgangspunt van het BGH in de expediteurs-uitspraak.¹⁶⁴

Anderzijds spreekt ook het aannemen van een volledige aansprakelijkheid, bijvoorbeeld door middel van een omkering van de bewijslast,¹⁶⁵ nog minder aan. Bij individuele schadegevallen houdt men zo de gedaagde ten minste nog aansprakelijk voor schade die hij *mogelijk* heeft veroorzaakt, zij het dat ook mogelijk is dat zij uit de risicosfeer van de benadeelde stamt. Maar bij de figuur van de alternatieve benadeelde zou men de gedaagde zo óók aansprakelijk houden voor schade die hij *zeker niet* heeft veroorzaakt, en die *zeker* uit de risico-

162 In de eerste plaats staat in een "normaal" geval van alternatieve veroorzaking evenmin vast dat de gedaagde het geleden nadeel daadwerkelijk veroorzaakte, en toch wordt daar aansprakelijkheid aangenomen. De rechtsgrond daarvoor is naar mijn mening eveneens van toepassing wanneer op een van de alternatieve oorzaken géén aansprakelijkheid kan worden gebaseerd (zie eerder § 2.6). In de tweede plaats snijdt het geopperde bezwaar alleen hout m.b.t. de *definitieve* schade. Men ziet immers voorbij aan de mogelijkheid dat in elk geval een *kansschade* werd veroorzaakt c.q. geleden (zie eerder § 3.4). Hier komt bij dat dezelfde schrijvers soms géén bezwaar maken tegen bewijslastomkeer. Die heeft echter eveneens tot gevolg dat de gedaagde aansprakelijk wordt gehouden, en wel voor het totaal van de definitieve schade, terwijl *in werkelijkheid* evenmin vaststaat dat hij haar veroorzaakte noch dat de benadeelde werkelijk recht op vergoeding heeft (zie in dit verband nader § 7.2.3).

163 Voor sommige schrijvers is dit verschil van doorslaggevende betekenis. Zo bijv. voor P. Loser, a.w. (zie noot 1) blz. 247-248.

164 Zie de tekst bij noot 99 in § 4.2.3.

165 Zoals uiteengezet in § 3.4.1 meen ik dat een nietsontziende bewijslastomkeer sowieso een doodlopende weg is in verband met het *Herskovits*-effect.

sfeer van de benadeelden stamt.¹⁶⁶ Dat zou tot onaanvaardbare resultaten leiden. Zo zou in het expediteurs-geval de gedaagde drie maal zoveel winst hebben moeten vergoeden als daadwerkelijk kon zijn gederfd.

4.5.3 *Extra rechtvaardiging voor een proportionele benadering*

Een tweede bijzonderheid van de figuur van de alternatieve benadeelde is dat het alternatief van een proportionele aansprakelijkheid hier nog meer voor de hand ligt dan bij individuele schadegevallen. Alleen zo bereikt men immers de gebruikelijke evenredigheid tussen schadevergoeding en -veroorzaking. In een proportionele benadering wordt de gedaagde *in totaal* niet voor meer, maar ook niet voor minder aansprakelijk gehouden dan wat hij redelijkerwijs kan worden geacht te hebben veroorzaakt, terwijl ook de benadeelden *als groep* precies het bedrag aan schadevergoeding ontvangen waar zij daadwerkelijk recht op hebben. Deze evenredigheid krijgt grote nadruk in de rechtseconomisch geïnspireerde literatuur. Zoals uiteengezet in § 4.4 leidt ook een eventuele gezamenlijke actie van de alternatieve benadeelden tot een dergelijk evenredig resultaat.

4.5.4 *"Incorrecte" compensatie van individuele benadeelden*

Als keerzijde van de proportionele benadering wordt wel aangevoerd dat geen der individuele benadeelden een "correcte" schadevergoeding ontvangt. Wie daadwerkelijk werd gelaedeerd ontvangt te weinig, wiens nadeel in werkelijkheid uit de eigen risicosfeer stamt ontvangt te veel. Hiertegen is wel aangevoerd dat een proportionele aansprakelijk-

166 Nu zou men kunnen tegenwerpen dat de omstandigheid dat de gedaagde een bepaalde schade niet *kan* hebben veroorzaakt geen absoluut beletsel hoeft te zijn voor een aansprakelijkheid die zich mede over die schade uitstrekt. Zo'n overmatige aansprakelijkheid was immers ook de consequentie van de beslissing in het *DES*-arrest (zie hierna § 5.3.3). Op zichzelf is dat juist, zij het dat dit precies de belangrijkste reden is waarom deze uitspraak door een deel van de literatuur — m.i. terecht — is bekritiseerd. Maar dan nog ligt e.e.a. hier principieel anders. In het *DES*-arrest werd aan het bedoelde bezwaar minder gewicht toegekend omdat de schade in elk geval niet uit de risicosfeer van de *DES*-dochters zelf stamde, en voor de producenten in principe de mogelijkheid van regres openstond. Bij de figuur van de alternatieve benadeelde daarentegen, is van geen van deze verzachtende omstandigheden sprake.

heid desondanks het minste van twee kwaden is.¹⁶⁷

Ik meen dat het geopperde bezwaar veel fundamenteeler moet worden weerlegd. In werkelijkheid is ook op individueel niveau geen sprake van "incorrecte" compensatie. Voor ieder der individuele benadeelden geldt nu eenmaal dat het door hem geleden nadeel mogelijk uit de eigen risicosfeer stamt. In verband met die mogelijkheid is het juist een heel redelijke oplossing om in de geest van artikel 6:101 ("eigen schuld")¹⁶⁸ de hoogte van de schadevergoeding te verminderen (zie eerder § 2.6). Men kan deze kwestie ook vanuit het schadebegrip benaderen, en aanvoeren dat het geopperde bezwaar enkel op de *definitieve* schade ziet, en voorbij gaat aan de mogelijkheid dat ieder der benadeelden in elk geval een *kansschade* leed (zie eerder § 3.4). In beide opzichten is helemaal geen sprake van "incorrecte" compensatie, maar juist van de meest rechtvaardige oplossing.

Om dezelfde redenen snijdt ook het bezwaar geen hout dat een proportionele aansprakelijkheid een groter bedrag aan schadevergoeding bij de "verkeerde" benadeelden zou doen belanden dan de alles-of-niets-benadering. Deze bedenking gaf in rechtseconomische kringen aanleiding voor een complete discussie over "*error-minimalisation*".¹⁶⁹ Het geopperde bezwaar gaat er echter volledig aan voorbij dat een proportionele aansprakelijkheid *ook op individueel niveau* de meest rechtvaardige oplossing is. Anders dan waar de bedoelde discussie vanuit gaat, komt er helemaal geen schadevergoeding "verkeerd" terecht.

Tegen de geopperde alternatieven, zoals de "*most likely victim*"-benadering,¹⁷⁰ bestaan ook verschillende bezwaren.¹⁷¹ In de eerste plaats gaat deze benadering uit van de bijzondere situatie dat de veroorzakingswaarschijnlijkheid per individu aanmerkelijk uiteenloopt, hetgeen uiteraard lang niet altijd het geval zal zijn, en — waar dat anders is — lang niet altijd zal kunnen worden vastgesteld. Voorts zou vóór de toewijzing van enige claim eerst het *totaal*bedrag aan uit te keren schadevergoeding moeten worden bepaald, wat al evenmin een haalbare kaart hoeft te zijn. Vervolgens zou de benadeelde met de hoogste veroorzakingswaarschijnlijkheid een volledige schadeloos-

167 Vgl. het citaat van R. Delgado bij noot 61 op blz. 268.

168 Of desnoods in de geest van artikel 6:109 (matiging), zie § 7.3.3.

169 Zie de tekst bij noot 69 op blz. 270.

170 Zie de tekst bij noot 71 op blz. 270.

171 Zie C.L. Callahan, 23 Ariz.St.L.J. (1991) blz. 670; P. Loser, a.w. (zie noot 1) blz. 217.

stelling moeten worden toegekend, daarna de benadeelde met de hoogste veroorzakingswaarschijnlijkheid op één na, en zo verder totdat het geld op is. Wie dan nog niet aan de beurt kwam, blijft met lege handen staan. Daarmee stoten wij op het meest fundamentele bezwaar tegen de *most likely victim*-benadering, namelijk dat zij alle rechtvaardigheid tussen de benadeelden onderling zoek doet raken. Ook al zitten de benadeelden in alle andere opzichten volledig in hetzelfde schuitje, toch zou één procentje veroorzakingswaarschijnlijkheid meer of minder het verschil kunnen uitmaken tussen alles of niets. De plaats van dit omslagpunt zou bovendien worden bepaald door een — vanuit het oogpunt van de individuele benadeelde — volstrekt willekeurig gegeven, namelijk door het moment waarop het geld op is. In de traditionele *more probable than not*-benadering bestaat voor de plaats van het omslagpunt tenminste nog een ter zake doende grondslag. Voor beide benaderingen geldt echter dat het bestaan van een *beperkt* onderscheid in veroorzakingswaarschijnlijkheid, nooit een *volledig* andere uitkomst (alles of niets) kan rechtvaardigen. De enige écht rechtvaardige oplossing is een proportionele schadevergoeding voor alle benadeelden. Aan een eventueel verschil in veroorzakingswaarschijnlijkheid tussen individuele benadeelden onderling wordt automatisch recht gedaan door het daarmee overeenstemmende verschil in de factor waarmee de hoogte van de proportionele vergoeding wordt vastgesteld. Overigens zou de *most likely victim*-benadering ook dwingen tot een collectieve wijze van procederen, terwijl sommige benadeelden (die met de laagste veroorzakingswaarschijnlijkheid) daar niets bij te winnen hebben. Dat maakt deze benadering behalve onrechtvaardig ook zeer onrealistisch, in elk geval buiten de Verenigde Staten.

4.5.5 De bruikbaarheid van statistische kansberekeningen voor de bepaling van de hoogte van een proportionele schadevergoeding

Een volgend bezwaar tegen een proportionele benadering heeft betrekking op het gebruik van statistische gegevens voor de bepaling van de hoogte van de schadevergoeding. Ik ging reeds tamelijk uitvoerig op deze problematiek in bij mijn bespreking van het leerstuk van het verlies van een kans (zie § 3.4.11). Op deze plaats kom ik kort op dit onderwerp terug naar aanleiding van de opvattingen van Kerkmeester, zoals door hem te berde gebracht in zijn bespreking van

de oratie van Faure.¹⁷² Kerkmeester stemt in met Faure's conclusies over de toelaatbaarheid van statistisch causaliteitsbewijs, maar wil hem niet volgen in zijn pleidooi voor een proportionele benadering. Vanwege de geringe betrouwbaarheid van statistische kansberekeningen is het bezwaarlijk om daar de hoogte van de schadevergoeding rechtstreeks op te baseren, zo voert Kerkmeester aan. Hij vreest dat de rechter zijn discretionaire bevoegdheden bij de evaluatie van bewijsmateriaal zou verliezen, en een verlengstuk van de statisticus zou worden. Statistisch causaliteitsbewijs zou volgens Kerkmeester wel moeten kunnen leiden tot een omkering van de bewijslast, maar niet tot een proportionele aansprakelijkheid. De eerste mogelijkheid zou de rechter de meeste ruimte laten om statistische gegevens te combineren met ander bewijs, en om statistisch materiaal te toetsen aan beschikbare achtergrondinformatie en *common sense*.¹⁷³

Vooraf herinner ik eraan dat het bij de kapitalisatie van toekomstige inkomensschade volstrekt gebruikelijk is dat de hoogte van een schadevergoeding mede op statistische gegevens wordt gebaseerd. Daarbij hoeft — net zoals hier — de rechter zich geenszins *rechtstreeks* aan statistische grootheden te refereren. In de praktijk vindt altijd een nadere toespitsing op het individuele geval plaats.¹⁷⁴ Dit houdt in dat de rechter — inderdaad op basis van beschikbare achtergrondinformatie en *common sense* — een eigen inschatting maakt van de werkelijke betekenis van een bepaalde statistische waarde voor een concreet geval, en op grond daarvan zijn eindoordeel aanpast. Het is eigenlijk een open deur om aan te voeren dat statistische gegevens een onnauwkeurige maatstaf zijn. Waar het om gaat is dat de rechter nu eenmaal moet roeien met de riemen die hij heeft. Statistiek is daarbij een bij uitstek rationeel hulpmiddel. De praktijk wijst uit dat zo alleszins aanvaardbare resultaten kunnen worden bereikt.

Aan Kerkmeester's standpunt kleeft echter een veel fundamenteeler bezwaar, en dat is dat de beperkingen van statistische gegevens in de alles-of-niets-benadering per definitie nog knellender zijn dan in een proportionele benadering. Kerkmeester benadrukt de beperkte betrouwbaarheid van statistische gegevens, maar geeft er zich geen

172 TMA 1994 blz. 45 e.v. Voor een weergave van Kerkmeester's opvattingen zie eerder de tekst bij noot 37 op blz. 264.

173 Zoals zal blijken deel ik deze opvatting niet. Evenmin R.P.J.L. Tjittes, a.w. (zie noot 17) blz. 33.

174 Zie de tekst bij noot 404 op blz. 192 en de daar in noot 405 gegeven voorbeelden uit de jurisprudentie.

rekenschap van dat de mogelijke consequenties daarvan bij het nemen van een alles-of-niets-beslissing per definitie veel dramatischer zijn dan bij de kwantificatie van een bepaalde grootte. Wat dat betreft is zijn positie enigszins tegenstrijdig. Het is niet goed begrijpelijk hoe Kerkmeester een proportionele aansprakelijkheid kan afwijzen omdat over de precieze veroorzakingswaarschijnlijkheid te weinig zekerheid bestaat, en vervolgens kan pleiten voor het veel verdergaande alternatief van bewijslastomkeer. Als iets onnauwkeurig is dan is het dát wel.¹⁷⁵ Ook met zijn vrees voor het verlies van de discretionaire bevoegdheid van de rechter bij de evaluatie van bewijsmateriaal zet Kerkmeester de zaak eigenlijk op zijn kop. Alsof de rechter méér ruimte zou hebben om recht te doen aan alle omstandigheden van het geval wanneer men hem dwingt in het keurslijf van het alles-of-niets! Met de aanvaarding van een proportionele benadering wordt de rechter heus geen verlengstuk van de statisticus, maar krijgt hij er gewoon een mogelijkheid bij om een zo redelijk mogelijke oplossing te geven voor bepaalde bijzondere gevallen. En zoals hier uiteengezet zal een proportionele benadering in de bedoelde gevallen vaak de minst slechte oplossing zijn. De praktijk biedt geen enkele aanleiding om de rechter bij voorbaat onbekwaam te verklaren tot een verstandige evaluatie van statistische indicaties.

Een proportionele benadering staat of valt ook helemaal niet met de beschikbaarheid van voldoende betrouwbare statistische gegevens. Waar het om gaat is dat *general causation* voldoende vaststaat. Maar dat geldt net zo goed in de alles-of-niets-benadering, en buiten de context van *toxic torts* zullen daarvoor meestal geen statistische gegevens nodig zijn, zoals het voorbeeld met de drie expediteurs (voorbeeld 2) laat zien. Voor het bepalen van de hoogte van een proportionele schadevergoeding is men in elk geval niet van statistische

175 Wat dit betreft is bijv. de positie van de Amerikaanse auteur Gold veel consequenter. Zie S. Gold, 96 Yale L.J. (1986) blz. 376 e.v. Ook Gold voert aan dat statistische gegevens te onbetrouwbaar zijn om daar de hoogte van een proportionele schadevergoeding op te baseren, maar anders dan Kerkmeester trekt hij daar niet de gevolgtrekking uit dat zou moeten worden vastgehouden aan het alles-of-niets. Gold pleit voor de vaststelling van de hoogte van een proportionele schadevergoeding naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid ("*intuitive discounting*", t.a.p. blz. 400). Mijn weerwoord daarop is dat de beperkte betrouwbaarheid van statistische gegevens erkend zij, maar dat het gegeven eindoordeel toch slecht aan overtuigingskracht kan winnen door te verkondigen dat het *uitsluitend* op een billijkheidsoordeel, en niet *mede* op statistische indicaties is gebaseerd. Voor een kritiek in dezelfde zin zie D. Gerecke, 35 McGill L.J. (1990) blz. 830.

gegevens afhankelijk. Daarvoor kan men zich ook baseren op een subjectief kansoordeel¹⁷⁶ en/of op de redelijkheid en billijkheid.¹⁷⁷ Dat is beslist niet moeilijker dan het bepalen van de maatstaf voor de verdeling van de schade tussen benadeelde en aansprakelijke bij "eigen schuld", het vaststellen van smartegeld, of het bepalen van de invloed van kansen bij de begroting van toekomstige inkomensschade.

4.5.6 Principiële uitspraken versus "Salomonsoordelen"

Kerkmeester voert nog een tweede argument aan tegen een proportionele benadering, en dat is dat het alles-of-niets-idee zeer diep in het recht zou zijn geworteld, en zou aansluiten bij de wens van burgers dat in het recht principiële uitspraken worden gedaan.¹⁷⁸

Ook dit argument snijdt naar mijn mening geen hout. De alles-of-niets-benadering is inderdaad diep in het recht geworteld, maar kent ook een zeer fundamentele uitzondering in de vorm van het leerstuk van de "eigen schuld".¹⁷⁹ Dit leerstuk houdt eveneens een proportionele benadering in — zij het van een ander, maar niet onvergelijkbaar probleem. Een proportionele oplossing van het probleem van de causaliteitsonzekerheid sluit daar uitstekend bij aan. Zoals uiteengezet in § 2.6.9 zou men dat zelfs als een soort uitbreiding van het leerstuk van de eigen schuld kunnen beschouwen. Als de doorbreking van het alles-of-niets bij "gewone" eigen schuld in het systeem past en door de burgers wordt begrepen en aanvaard, waarom zou dat bij onzeker causaal verband dan niet kunnen? Bovendien bestaat reeds een dergelijke uitzondering op het alles-of-niets in de vorm van het leerstuk van het verlies van een kans.

Het valt ook niet in te zien waarom het alles-of-niets in het algemeen voor de burgers aanvaardbaarder zou zijn dan het Salomonsoordeel van een proportionele oplossing. De onrechtmatigheid of de tekortkoming aan de kant van de gedaagde wordt in elk geval ondubbelzinnig door de rechter vastgesteld, dus in dat opzicht wordt de

176 Zie de tekst bij noot 373 op blz. 186.

177 Zie echter hetgeen daarover aangevoerd in noot 175.

178 TMA 1994 blz. 47 m.k.

179 Andere belangrijke uitzonderingen zijn ondermeer de matigingsbevoegdheid van art. 6:109, de overlijdensschade van art. 6:108, en de toerekening naar redelijkheid van art. 6:98 (waarbij immers bepaalde schades of schadeposten *niet* worden toegerekend).

behoefte aan een duidelijke uitspraak alvast bevredigd.¹⁸⁰ Verder is het nu eenmaal zo dat het door de benadeelde geleden nadeel mogelijk uit zijn eigen risicosfeer stamt. De benadeelde die dat feit *werkelijk* aanvaardt, kan ook accepteren dat het consequenties heeft voor het rechterlijk oordeel. Dat is toch écht niet wezenlijk anders dan bij "gewone" eigen schuld?

De tekortkomingen van de alles-of-niets-benadering kunnen daarentegen zeer sprekend zijn, óók voor volstreckte leken. Neem nu *Allen v. United States*, een uitspraak die tot op grote hoogte lijkt aan te sluiten bij hetgeen door Kerkmeester wordt voorgestaan. Het speculatieve karakter van statistische gegevens werd immers expliciet erkend, alle beschikbare achtergrondinformatie werd nadrukkelijk meegewogen, en de knoop van de causaliteitsonzekerheid werd telkens ferm doorgehakt — met als resultaat dat sommige benadeelden een volledige schadevergoeding kregen toegewezen terwijl anderen met lege handen bleven staan.¹⁸¹ De bijzondere werfkracht van deze gang

180 Het onderscheid tussen onzekerheid over onrechtmatigheid en over causaliteit wordt door Kerkmeester wel gesignaleerd (zie ook zijn artikel in WPNR 6111 (1993) blz. 767 e.v.), maar het principiële verschil dat in de context van een proportionele benadering tussen beiden bestaat wordt door hem niet of te weinig onderkend. Kerkmeester verwijst in noot 11 naar het artikel van de Amerikaanse auteur C. Nesson, *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, 98 Harv.L.Rev. (1985) blz. 1357 e.v. Nesson betoogt onder meer dat rechterlijke uitspraken door het publiek moeten kunnen worden opgevat als beslissingen over de overtreding van rechtsnormen, en niet als beslissingen over de voorwaarden waaraan het bewijs van zo'n overtreding moet voldoen. Alleen in het eerste geval zou het publiek worden uitgenodigd zich aan die normen te houden, terwijl van het tweede veeleer de uitnodiging zou uitgaan om zich af te vragen wat bij een eventuele overtreding tegen hen zou kunnen worden bewezen. Nesson's betoog ziet echter nadrukkelijk op *gedragsnormen* in straf- en civielrecht, niet op het vereiste van *causaal verband*. Hij maakt weliswaar bezwaar tegen een proportionele benadering (blz. 1382-1383), maar dat bezwaar ziet uitsluitend op *casusposities* als in het voorbeeld van de *Blue Bus Case* (zie noot 20 op blz. 7), waar een 80% waarschijnlijkheid bestaat dat een bus van een bepaald bedrijf een verkeersongeval veroorzaakte. In zo'n geval bestaat echter niet alleen twijfel over het *causaal verband*, maar in de eerste plaats over de *onrechtmatigheid* (zie § 1.2.2). Staat de overtreding van een gedragsnorm daarentegen wél vast, dan heeft ook Nesson geen bezwaar tegen een proportionele schadevergoeding. Met de marktaandeelaansprakelijkheid uit *Sindell v. Abott Laboratories* stemt hij dan ook uitdrukkelijk in (blz. 1384). Het principiële verschil tussen onrechtmatigheid en causaliteit in een proportionele benadering wordt eveneens benadrukt in het commentaar van J. Makdisi, 67 N.C.L.Rev. (1989) blz. 1075-1079.

181 Zie de tekst bij noot 86 op blz. 274.

van zaken ontgaat mij. Ik geloof onmiddellijk dat de nabestaanden van de aan borstkanker overleden Norma Pollitt vrede hadden met het besluit om hen ondanks een veroorzakingswaarschijnlijkheid van slechts 47,5% een volledige schadevergoeding toe te kennen.¹⁸² Maar hoe geloofwaardig zouden de nabestaanden van de aan lymfklierkanker overleden Daisy Prince het gelijktijdig genomen besluit hebben gevonden om hen ondanks een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 33,9% volledig met lege handen te laten staan?¹⁸³ Wat is er eigenlijk "principiële" aan een dergelijk vonnis? Een diepgeworteld rechtsgevoel dat slechts op deze wijze zou kunnen worden bevredigd bestaat dan ook niet. Zelf kan ik mij bij zo'n resultaat alleen maar ongemakkelijk voelen en ik kan niet geloven dat dat voor het grote publiek veel anders is.

4.5.7 Overige gezichtspunten van rechtspolitieke aard

In de discussie over de problematiek van de alternatieve benadeelde zijn nog meer argumenten van rechtspolitieke aard aangevoerd. Het beeld is vergelijkbaar met dat bij individuele schadegevallen (zie § 3.4.20 en § 3.5.11). De gezichtspunten van compensatie en preventie zouden vóór een proportionele aansprakelijkheid spreken, en het *floodgates*-argument ertegen. Opnieuw is het vooral in de Verenigde Staten dat aan deze argumenten veel gewicht wordt toegekend.

Het compensatie-argument houdt in dat bij de figuur van de alternatieve benadeelde een proportionele aansprakelijkheid de enige geloofwaardige manier is om te bewerkstelligen dat de door gedaagde veroorzaakte schade daadwerkelijk wordt vergoed. Daar sluit ik mij graag bij aan. Veel schrijvers worstelen nog met het probleem van de "incorrecte" compensatie van individuele benadeelden. Zoals uiteengezet in § 4.5.4 bestaat dat probleem in werkelijkheid niet omdat een proportionele schadevergoeding ook op individueel niveau de meest rechtvaardige oplossing is.

In preventie-opzicht wordt door verschillende schrijvers veel van een proportionaliteitsregel verwacht, meer nog dan bij individuele schadegevallen. Men denkt dan vooral aan diverse vormen van toxische schadeveroorzaking, en wijst erop dat de potentiële veroorzakers veelal

182 In het algemeen zal *de gedaagde* met een dergelijk besluit natuurlijk heel wat minder vrede hebben.

183 Zie 588 F.Supp. 247 blz. 440-441.

organisaties zijn (bedrijven, overheid) die de mogelijkheid hebben tot het uitstippelen van een lange termijn-beleid. Daardoor zou meer dan ooit een rechtstreeks verband bestaan tussen dreigende aansprakelijkheid en investeringen in preventie. En meer dan bij incidentele ongevallen het geval is, zouden dergelijke investeringen ook daadwerkelijk het intreden van de bedoelde schade kunnen voorkomen:

"in contrast to sporadic accidents, which generally result from all-too-human individual lapses of attention, mass exposure torts are frequently products of the deliberate policies of businesses that tailor safety investments to profit margins. Such risk-taking policies should be especially amenable to control through threats of liability."¹⁸⁴

In theorie zou met betrekking tot bepaalde milieubelastende activiteiten nog een extra reden kunnen worden aangevoerd waarom van een proportionaliteitsregel een preventieve werking uit zou gaan. Typisch voor de bedoelde activiteiten is dat schadelijke stoffen of straling over een zodanig groot gebied worden verspreid dat de nadelige effecten daarvan niet meer identificeerbaar zijn. Adams spreekt in dit verband van "*die Politik der hohen Schornsteine*".¹⁸⁵ Voorzover hierdoor de kosten van het belasten van "openbare" goederen als lucht en water onvoldoende door de vervuilers worden geïnternaliseerd, zou een verdergaande aansprakelijkheid dit falen van het marktmechanisme kunnen corrigeren.¹⁸⁶ De aanvaarding van een proportionele aansprakelijkheid zou de drempel voor aansprakelijkheid voor verspreid optredende milieuschade kunnen verlagen, en daarmee de gevolgen van "de politiek van de hoge schoorstenen" iets kunnen temperen.

Ik ben geneigd te geloven dat een preventieve werking van proportionele aansprakelijkheid in de context van de toxische schadeveroorzaking inderdaad iets aannemelijker is dan bij andere schadegevallen. Maar ik geloof niet dat binnen die context een relevant verschil bestaat tussen de figuur van de alternatieve benadeelde en

184 D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 855. Zie tevens hetgeen door hem wordt opgemerkt in noot 51 op blz. 861-862. De hogere *deterrence value* van proportionele aansprakelijkheid is de rode draad in het betoog van Rosenberg. Hij ziet een sterk *algemeen* belang in het aanvaarden van proportionele aansprakelijkheid, zelfs bij (individueel gezien) zeer kleine verhogingen van risico's. Over het preventie-argument zie voorts de literatuur aangehaald in de noten 54, 55 en 50 in § 4.2.2.

185 M. Adams, ZZP 1986 blz. 150.

186 Vgl. P. Loser, a.w. (zie noot 1) blz. 67-68.

individuele schadegevallen. Zoals eerder aangestipt is niet ondenkbaar dat in bepaalde situaties de detrimente gevolgen van de blootstelling aan gevaarlijke stoffen of straling als zodanig wel aanwijsbaar zijn, maar tot dusver niet of nauwelijks tot aansprakelijkheid leiden omdat individueel causaal verband niet kan worden bewezen.¹⁸⁷ Lijkt dan aansprakelijkheid in een proportionele benadering wél haalbaar, dan zou daarvan een preventieve werking uit kunnen gaan. Dat veronderstelt echter dat enerzijds voldoende kwantitatieve gegevens over schadeveroorzaking en -spreiding beschikbaar zijn om een proportionele benadering een haalbare kaart te maken, terwijl anderzijds de individuele veroorzakingswaarschijnlijkheid telkens zo gering is dat aansprakelijkheid in de alles-of-niets-benadering per definitie onhaalbaar zou zijn. Het is niet erg waarschijnlijk dat een dergelijke "modelsituatie" zich echt vaak zal voordoen.

Een algemene drempelverlaging voor aansprakelijkheid voor verspreid optredende milieuschade lijkt in elk geval zeer onrealistisch, omdat in de regel onvoldoende bruikbare informatie beschikbaar zal zijn. Alleen in voldoende afgebakende gevallen kan dat anders zijn.¹⁸⁸ En voorzover het daarbij zou gaan om reguliere, door publiekrechtelijke voorschriften beheerste milieubelastende activiteiten, zou de beschikbaarheid van de bedoelde gegevens en de maatschappelijke onrust waartoe zij ongetwijfeld aanleiding zouden geven, vermoedelijk eerder leiden tot het nemen van publiekrechtelijke maatregelen, dan tot het met succes bewandelen van de veel problematischer en onzekerder weg van het aansprakelijkheidsrecht. Voor het nemen van publiekrechtelijke maatregelen — zoals het terugdringen of geheel verbieden van de betreffende activiteiten, het invoeren van heffingen, stortingen in een fonds of het verbinden van financiële voorwaarden aan vergunningen — kan immers met minder nauwkeurige informatie worden volstaan dan vereist is voor het aannemen van civielrechtelijke aansprakelijkheid, of die nou proportioneel zou zijn of niet.¹⁸⁹

187 Zie eerder § 3.4.20.

188 Evenzo M. Adams, ZZP 1986 blz. 160.

189 In dezelfde zin het commentaar van de Minister van Justitie op z.g. "vervuilersaandeelaansprakelijkheid" in de Memorie van Antwoord bij het wetsvoorstel tot aanvulling van de Boeken 3, 6 en 8 nieuw BW met regels betreffende de aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen en verontreiniging van lucht, water of bodem (TK 1990-1991, 21 202, nr. 6, blz. 19-20). Overigens wordt daar in de eerste plaats gedacht aan de problematiek van meerdere veroorzakers, een extra

Dit neemt niet weg dat — zoals de praktijk heeft geleerd — een effectieve publiekrechtelijke regulering van toxische gevaren om allerlei redenen te laat kan komen, ondanks dat achteraf kan worden vastgesteld dat het aan hun voorzienbaarheid niet werkelijk schortte.¹⁹⁰ In dat geval is voor het aansprakelijkheidsrecht natuurlijk wél een belangrijke rol weggelegd, evenals bij ongevallen en bij de *schending* van voorwaarden en voorschriften. Ook al zal de hiervoor bedoelde "modelsituatie" zich niet vaak voordoen, het blijft een redelijke verwachting dat een proportionaliteitsregel de drempel voor aansprakelijkheid zou kunnen verlagen. En voorzover het gaat om gevaren die inderdaad voldoende voorzienbaar zijn, zou van die drempelverlaging een extra preventieve werking uit kunnen gaan. Maar om de aangegeven redenen moet de betekenis daarvan niet worden overschat.

Het *floodgates*-argument is in zeker opzicht het spiegelbeeld van het preventie-argument.¹⁹¹ Beide argumenten gaan uit van de veronderstelling dat een proportionele benadering zal leiden tot méér aansprakelijkheid. Zoals uiteengezet zal dat hooguit in beperkte omvang het geval zijn. Dat de aanvaarding van een proportionele aansprakelijkheid tot een vloedgolf van procedures zou leiden, lijkt dan ook een nogal overdreven verwachting, óók in de context van de toxische schadeveroorzaking. En voor zover men zou vrezen voor het aanwakkeren van ongefundeerde "*cancerfobia*", is de enige juiste remedie daartegen het consequent afwijzen van speculatieve claims¹⁹² Concreet betekent dit vooral dat moet worden vastgehouden aan het overtuigend bewijs van *general causation*. Zonder voldoende betrouwbaar medisch-epidemiologisch bewijs daarvan dient aansprakelijkheid — proportioneel of niet — überhaupt niet in overweging te worden genomen.

complicatie die ik in dit hoofdstuk nog buiten beschouwing laat (zie daarover hoofdstuk 5).

190 Een sprekend voorbeeld hiervan lijkt mij de asbest-problematiek.

191 In dezelfde zin eerder in § 3.4.20 en § 3.5.11.

192 Evenzo met betrekking tot claims wegens de belasting met een duurzaam gezondheidsrisico. Zie eerder § 3.5.5.

4.5.8 De beperkte geschiktheid van civielrechtelijke aansprakelijkheid voor het redresseren van door toxische schadeveroorzaking geleden nadeel

Het laatste hier te bespreken argument dat is aangevoerd tegen de aanvaarding van een proportionele aansprakelijkheid bij de figuur van de alternatieve benadeelde, heeft opnieuw betrekking op de *toxic torts*-problematiek, en houdt in dat deze beter zou kunnen worden aangepakt door middel van publiekrechtelijke regelgeving. Publiekrechtelijke maatregelen zouden effectiever, efficiënter en rechtvaardiger zijn dan civielrechtelijke aansprakelijkheid, niet alleen wat betreft preventie maar ook wat betreft compensatie.¹⁹³ Sommige schrijvers stellen, mede geïnspireerd door schikkingen als in *Agent Orange* en de zogenaamde *Wellington*-overeenkomst over de aansprakelijkheid voor asbest,¹⁹⁴ particuliere alternatieve compensatie-systemen voor, waarvan eisers en gedaagden op vrijwillige basis gebruik kunnen maken.¹⁹⁵ In Nederland wordt wel gepleit voor de instelling van een

193 Zie bijv. E.D. Elliott, *Why Courts? Comment on Robinson*, 19 J.Legal Stud. (1985) blz. 799 e.v. Vgl. M. Faure, a.w. (zie noot 7) blz. 47-49. In meer algemene zin zie S.D. Sugeran, *Doing Away with Tort Law*, 73 Cal.L.Rev. (1985) blz. 553 e.v. (in het bijzonder blz. 596-603). Een nadrukkelijk betoog vóór de geschiktheid van het aansprakelijkheidsrecht voeren ondermeer D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 851 e.v. en W.M. Landes en R.A. Posner, 13 J.Legal Stud. (1984) blz. 417 e.v.

194 De *Wellington*-overeenkomst is een veelomvattend akkoord tussen een groot aantal producenten van asbesthoudende producten en hun bedrijfsaansprakelijkheidsverzekeraars door de jaren heen, over de te hanteren criteria voor het evalueren, schikken of niet-schikken van claims gebaseerd op de blootstelling aan asbest, en over de onderlinge verdeling van de aldus uitgekeerde schadevergoeding. Ook van de kant van de benadeelden waren een aantal advocaten bij de totstandkoming van deze overeenkomst betrokken. Krachtens dit akkoord is een aparte organisatie, de z.g. *Asbestos Claims Facility* ingesteld, waar eisers op vrijwillige basis hun claims kunnen aanmelden. Naar de onafhankelijke voorzitter van de onderhandelingen, Harry Wellington, destijds *dean* van de Yale Law School, wordt het bereikte akkoord algemeen *the Wellington-Agreement* genoemd. Zie H.H. Wellington, *Asbestos: The Private Management of a Public Problem*, 33 Clev.St.L.Rev. (1984-85) blz. 375 e.v.

195 Zo K.R. Feinberg, *The Toxic Tort Litigation Crisis: Conceptual Problems and Proposed Solutions*, 24 Houston L.Rev. (1987) blz. 155 e.v. Zie tevens het weerwoord van D. Rosenberg, *Toxic Tort Litigation: Crisis or Chrysalis? A Comment on Feinberg's Conceptual Problems and Proposed Solutions*, 24 Houston L.Rev. (1987) blz. 195.

schadefonds voor asbestslachtoffers.¹⁹⁶

Wat het preventie-aspect betreft lijkt mij zonneklaar dat voor publiekrechtelijke regelgeving de belangrijkste rol is weggelegd (zie § 4.5.7). Maar zodra het op compensatie aankomt zijn de voordelen van een publiekrechtelijke benadering minder evident. Althans wat de problematiek van causaliteitsonzekerheid betreft. Er kunnen uiteraard wel *andere* problemen dan dat van causaliteitsonzekerheid pleiten voor een alternatieve methode van compensatie. Bij een publiekrechtelijk compensatoir systeem spelen immers in principe dezelfde problemen met het causaal verband als in het civiele recht.¹⁹⁷ De enige effectieve manier om die problemen te verlichten is om de benadeelde systematisch het voordeel van de twijfel te gunnen, en hem een vergoeding toe te kennen ongeacht de mogelijkheid dat het geleden nadeel uit zijn eigen risicosfeer stamt. Faure wijst in dit verband op de Belgische wet op de beroepsziekten, waarin het causaal verband met de ziekte wordt aangenomen zodra iemand gedurende zijn werk aan bepaalde stoffen werd blootgesteld, en daaropvolgend een erkende beroepsziekte krijgt.¹⁹⁸ Wel is het, zoals Faure terecht opmerkt, minder bezwaarlijk wanneer de benadeelde, ondanks de kans dat zijn ziekte door een achtergrondrisico werd veroorzaakt, vergoeding krijgt via de sociale zekerheid, dan dat dit risico via het aansprakelijkheidsrecht wordt afgewenteld op een individuele gedaagde.

Wat hiervan ook zij, zolang de bedoelde publiekrechtelijke maatregelen niet zijn genomen, kan de beweerde superioriteit daarvan geen geldig argument opleveren om van de verdere ontwikkeling van het civiele aansprakelijkheidsrecht af te zien wanneer de rechtvaardigheid om die ontwikkeling vraagt. In dezelfde zin het gerecht in *Collins v. Eli Lilly Co.*,¹⁹⁹ een procedure over de detrimente gevolgen van DES:

196 Waarover M.G. Faure en T. Hartlief, *Een asbestfonds als alternatief voor de aansprakelijkheid van de werkgever?*, SR 1996 blz. 37 e.v.; L. Dommering-Van Rongen, *Schadevergoeding door Fondsvorming*, (oratie RU 1996), alsmede *Een schadefonds voor asbestslachtoffers?*, TMA 1996 blz. 97 e.v.; R.F. Ruers, *Collectieve regeling voor asbestslachtoffers*, TMA 1996 blz. 105 e.v.

197 Enzo D.A. Farber, 71 Min.L.Rev. (1987) blz. 1242; D Rosenberg, 24 Houston L.Rev. (1987) blz. 193.

198 M. Faure, a.w. (zie noot 7) blz. 48. Ook Nederland kent lijsten met beroepsziekten, o.a. in het kader van de meldingsplicht van de werkgever krachtens de Ziektewet (art. 58 ZW). Zie L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten* (1988) blz. 40 en 49.

199 342 N.W.2d 37 (Wis. 1984). Zie nader de tekst bij noot 60 op blz. 340

"The defendants argue that the plaintiff's remedy in this type of case should be fashioned by the legislature [...] We disagree with this argument. It is the function of this court to modify the existing common law if that becomes necessary to promote justice under the law."²⁰⁰

Vast staat dat een specifiek publiekrechtelijk compensatie-systeem voor toxische ziektes op dit moment niet bestaat, en ook niet op afzienbare termijn valt te verwachten. De huidige tendens wijst eerder in de tegenovergestelde richting.²⁰¹ De algemene sociale zekerheidsinstrumenten die er thans wél zijn, bieden geen volledige compensatie. Het ziet er dus naar uit dat op het terrein van de toxische ziektes nog lang een rol voor het civiele aansprakelijkheidsrecht zal zijn weggelegd. En zolang dat zo is, zal de rechter met het dilemma van de causaliteitsonzekerheid worden geconfronteerd. De beweerde superioriteit van niet-bestaande alternatieven kan nooit een reden zijn om hem de mogelijkheid van een proportionele oplossing te ontfangen.

Voor particuliere alternatieve compensatie-systemen (waaronder behalve schikkingen ook arbitrage en andere vormen van *Alternative Dispute Resolution* (ADR) worden verstaan) geldt iets vergelijkbaars. Stellig kunnen dit soort oplossingen ook op het terrein van de toxische ziektes een waardevolle rol spelen. Maar daarmee vormen zij nog geen zodanig alternatief dat van bepaalde, voor een rechtvaardige overheidsrechtspraak noodzakelijke, ontwikkelingen zou kunnen worden afgezien. Zelfs wanneer het merendeel van de schadegevallen door middel van schikkingen en ADR zou kunnen worden afgehandeld, zou overheidsrechtspraak noodzakelijk blijven voor het genereren van gezaghebbende beslissingen die de onderhandelingspositie van partijen nader kunnen bepalen.²⁰² Dat deed zich bijvoorbeeld duidelijk voelen bij de totstandkoming van de *Wellington*-overeenkomst.²⁰³

De constatering dat door schikkingen en ADR passende oplossingen kunnen worden bereikt, wijst eerder in de tegenovergestelde richting. Omdat die oplossingen vaak op bepaalde proportionele benaderingen

200 342 N.W.2d 37 blz. 52 noot 12.

201 In dezelfde zin S. Klosse, *Bedrijfsongevallen en beroepsziekten: individuele of collectieve verantwoordelijkheid*, NJB 1993 blz. 1608 e.v.

202 Evenzo D. Rosenberg, 24 Houston L.Rev. (1987) blz. 188-189, die er tevens op wijst dat eerdere overheidsrechtspraak over *toxic torts* eveneens noodzakelijk was om het onderzoek en de kennis te genereren waarop latere onderhandelingen konden voortbouwen.

203 Zie H.H. Wellington, 33 Clev.St.L.Rev. (1984-85) blz. 381 en 383.

zijn gebaseerd, illustreren zij eens te meer de billijkheid en aanvaardbaarheid daarvan. En dat pleit weer voor de aanvaarding van dit soort benaderingen in de overheidsrechtspraak.²⁰⁴

4.5.9 Conclusies

Op grond van het voorgaande concludeer ik dat ook bij de figuur van de alternatieve benadeelde de meest rechtvaardige oplossing in principe is gelegen in een proportionele aansprakelijkheid. Wanneer men vasthoudt aan het alles-of-niets doet men onvermijdelijk òf de benadeelde tekort (de "*Teufel der Sanktionslücke*") òf de gedaagde (de "*Beelzebub einer Übermaßhaftung*"). Het toekennen van een schadevergoeding naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid is de enige rationele uitweg uit dit dilemma. Een proportionele benadering ligt ook voor de hand omdat men alleen daarmee de gebruikelijke evenredigheid tussen schadevergoeding en -veroorzaking kan bereiken (§ 4.5.3). Bij een aanpak door de benadeelden gezamenlijk kan hen het recht op schadevergoeding in elk geval niet worden ontzegd, terwijl men ook dan in principe bij een proportionele oplossing uitkomt (§ 4.4). Het veel geopperde bezwaar van de "incorrecte" compensatie van individuele benadeelden snijdt geen hout omdat een proportionele schadevergoeding ook op individueel niveau de meest rechtvaardige oplossing is (§ 4.5.4). Ook andere aangevoerde tegenargumenten houden bij nadere beschouwing geen stand (§ 4.5.5 t/m § 4.5.8).

Ook in gevallen waarbij de toxische veroorzaking van schade uitsluitend statistisch-epidemiologisch kan worden aangetoond, zal een proportionele schadevergoeding veelal de meest rechtvaardige oplossing zijn. De problematiek van het statistisch causaliteitsbewijs moet niet worden onderschat, maar is beslist niet onoverkomenlijk, en overigens ook niet uniek voor de figuur van de alternatieve benadeelde, noch onlosmakelijk daarmee verbonden. De praktijk wijst uit dat de rechter alleszins tot een verstandige beslissing kan komen (§ 4.3).

Voor het aannemen van een proportionele aansprakelijkheid jegens de alternatieve benadeelde is geen bijzondere wettelijke bepaling vereist. Het voorstel van Auping²⁰⁵ voor de invoering van een artikel

204 In dezelfde zin L. Dommering-van Rongen, a.w. (zie noot 3) blz. 312.

205 Zie de tekst bij noot 19 op blz. 262.

6:99a lijkt mij overbodig.²⁰⁶ De positie van iedere individuele benadeelde afzonderlijk kan worden benaderd als een geval van alternatieve veroorzaking waarbij één van de mogelijke oorzaken in de risicosfeer van de benadeelde ligt.²⁰⁷ Aldus kan de vestiging van de proportionele aansprakelijkheid worden gebaseerd op de analoge toepassing van artikel 6:99, en de vermindering van de vergoedingsplicht op de analoge toepassing van artikel 6:101 ("eigen schuld"). De figuur van de alternatieve benadeelde kan ook worden benaderd vanuit het leerstuk van het verlies van een kans.²⁰⁸ Veelal zal het zo zijn dat ieder der benadeelden een kansschade leed, en ook dan komt men bij een proportionele schadevergoeding uit. Voor andere grondslagen voor een proportionele aansprakelijkheid zie hoofdstuk 7. Op de mogelijkheid om een schadevergoeding toe te kennen voor de belasting met een duurzaam risico ga ik hierna apart in.

4.6 De belasting met een duurzaam risico

4.6.1 Inleiding

Zoals gezegd is in de Verenigde Staten door een groot aantal schrijvers gepleit voor de aanvaarding van (verhoogde) risico's op toekomstige gezondheidsschade als een vergoedbare schade, met name in de context van de *toxic torts*.²⁰⁹ Vooral met betrekking tot de figuur van de alternatieve benadeelde wordt van de aanvaarding van "*risk exposure as injury*"²¹⁰ veel verwacht. Niet alleen omdat in deze benadering het probleem van de "incorrecte" compensatie van individuele benadeelden niet zou spelen,²¹¹ maar ook omdat zo het traditionele causaliteitscri-

206 Zie tevens het in noot 23 vermelde bezwaar tegen de redactie van het voorgestelde artikel.

207 Evenzo P. Jabornegg, VersRS 1988 blz. 56.

208 Evenzo R.W. Wright, 73 Cal.L.Rev. (1985) blz. 1814-1816 en 73 Iowa L.Rev. (1988) blz. 1067-1074. In dezelfde zin C.L. Callahan, 23 Ariz.St.L.J. (1991) blz. 672; D. Gerecke, 35 McGill L.J. (1990) blz. 815 en blz. 836 noot 244. Ook M. Faure meent dat bij het kansleerstuk kan worden aangesloten (a.w. — zie noot 7 — blz. 28), evenals L. Veuchelen, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor kernongevallen naar Belgisch recht*, in: Aansprakelijkheid voor het nucleaire risico (1993) blz. 37-64 (op blz. 59).

209 Zie de tekst bij noot 210 op blz. 152.

210 Ik ontleen deze uitdrukking aan D. Gerecke, 35 McGill L.J. (1990) blz. 797 e.v.

211 Zie de tekst bij noot 63 op blz. 269.

terium met rust zou kunnen worden gelaten.²¹² Wanneer men niet de definitieve schade, maar de belasting met het extra risico op het intreden daarvan aanmerkt als het te compenseren nadeel, is men van het kernprobleem van de figuur van de alternatieve benadeelde verlost. Met dat risico werd immers *ieder* der benadeelden belast, zodat van "alternativiteit" niet langer sprake is. Overigens is dat niet alleen zo met betrekking tot de belasting met een risico (dus wanneer de definitieve schade nog niet is ingetreden), maar ook met betrekking tot het verlies van een kans (wanneer de definitieve schade al wél is ingetreden). In veel Amerikaanse literatuur over "*risk exposure*" gooit men beide situaties min of meer op één hoop. Het onderscheid tussen "openstaande" en "afgesneden" kansen (zie § 3.2.3) komt lang niet altijd even duidelijk uit de verf.

Zoals uiteengezet in § 3.5 speelt bij de belasting met een duurzaam risico een bijzondere problematiek. Enerzijds is in principe sprake van een vergoedbare vermogensschade. Anderzijds kleven aan vergoeding bepaalde bezwaren, en is het alternatief beschikbaar om af te wachten wat de toekomst brengen zal. Wat de meest redelijke oplossing is — vergoeden of afwachten — is mede afhankelijk van een aantal gezichtspunten waaraan van geval tot geval een ander gewicht kan toekomen.²¹³ Dit alles is niet anders bij de figuur van de alternatieve benadeelde. In deze context kleven aan de risico-benadering echter een aantal extra haken en ogen, waarop ik kort zal ingaan.

4.6.2 Praktische aspecten

Een eerste voorwaarde voor het vorderen van vergoeding voor de belasting met een duurzaam risico is dat het feitencomplex deze benadering ook moet toelaten. Anders dan sommige schrijvers lijken te veronderstellen,²¹⁴ is dat lang niet altijd het geval. Wanneer zoals in het voorbeeld met de chemische fabriek (voorbeeld 1) de definitieve schade reeds is ingetreden, kan men nog wel vergoeding vorderen voor het verlies van een kans, maar de risico-benadering is dan in principe een gepasseerd station. Een praktijkvoorbeeld waar de risico-

212 Zie de tekst bij noot 52 op blz. 267.

213 Zie § 3.5.7 t/m § 3.5.11.

214 Op dit punt bestaat soms onduidelijkheid omdat lang niet alle schrijvers een expliciet onderscheid maken tussen de situatie waarin de definitieve schade al wél, en nog niet is intreden.

benadering wél zonder meer mogelijk was, is de in § 3.3.5. beschreven casus van *Ayers v. Township of Jackson*.²¹⁵

Door beheer in strijd met de geldende voorschriften was het grondwater onder een door de gemeentelijke overheid geëxploiteerde stortplaats vervuild met een groot aantal chemicaliën. Via dit grondwater raakten de drinkwaterputten van omwonenden vergiftigd. In totaal 339 omwonenden vorderden schadevergoeding van de gemeente, onder meer voor het (verhoogde) risico op het ontstaan van kanker, lever- en nierziektes.

In *Ayers* was de actie ingesteld voordat ook maar één van de omwonenden daadwerkelijk ziek was geworden.²¹⁶ Onder die omstandigheden is uiteraard alle plaats voor de risico-benadering, en bevindt het kernprobleem van de figuur van de alternatieve benadeelde zich nog buiten beeld.²¹⁷ Maar dat is anders zodra sommige omwonenden al wél ziek zijn geworden. Met betrekking tot reeds zieke benadeelden is niet langer sprake van de belasting met een duurzaam risico, maar van een risico dat zich heeft gerealiseerd. De vraag is dan *welk* risico zich heeft gerealiseerd, het extra risico in verband met het drinken van verontreinigd drinkwater, of het normale achtergrondrisico.

Het moment waarop een vordering wordt ingesteld — vóór het daadwerkelijk intreden van de ziekte, of pas daarna — is dus van groot belang. En dat moment hoeft geenszins voor ieder der benadeelden hetzelfde te zijn. In beginsel staat het immers ieder van hen vrij om direct vergoeding te vorderen voor de belasting met het risico, of af te wachten of de ziekte daadwerkelijk zal intreden of niet. Een keuze die nogal wat kan uitmaken, niet in de laatste plaats vanwege het verschil in het beloop van de toe te kennen schadeloosstelling (waarover meer in § 4.6.3).

Net als bij individuele schadegevallen kunnen allerlei valide redenen bestaan om niet af te wachten, maar direct een actie in te stellen.²¹⁸ Aan het voor onbepaalde tijd uitstellen van een proces

215 106 N.J. 557, 525 A.2d 287, 76 A.L.R.4th 571 (1987). Zie eerder de tekst bij noot 235 op blz. 157.

216 Reeds ingetreden ziektes waren in elk geval niet gesteld. Zie 76 A.L.R.4th 571 blz. 590.

217 Voor een ander praktijkvoorbeeld van zo'n situatie, zie de met *Ayers* volstrekt vergelijkbare casus van *Sterling v. Velsicol Chemical Corp.*, 855 F.2d 1188 (6th Cir. 1988).

218 Zie eerder § 3.5.8.

kunnen diverse bezwaren kleven, niet alleen wat betreft het voeren van het processuele debat, maar ook vanwege de mogelijkheid dat de gedaagde later wegens insolventie of andere redenen niet meer met succes kan worden aangesproken. Bij het bestaan van een groot aantal benadeelden zou het wel eens "wie het eerst komt, het eerst maalt" kunnen worden.²¹⁹ Ook kan het zijn dat de benadeelden toch al direct willen procederen met het oog op *andere* schadeposten, zoals preventieve en/of curatieve maatregelen, beschadiging of waardedaling van eigendommen, periodiek medisch onderzoek en immateriële schade. In zo'n geval is goed denkbaar dat zij de zaak het liefste in één keer volledig willen afhandelen, in plaats van vele jaren met de affaire te blijven slepen. Zodra een of meer benadeelden eenmaal het voortouw hebben genomen om direct een schadeloosstelling te vorderen voor de belasting met het risico, zou weleens een flink aantal anderen kunnen volgen.

Anderzijds kan het direct instellen van een actie een aantal extra problemen oproepen, met name wat de beschikbaarheid van voldoende betrouwbare informatie betreft. In het algemeen wegen de beperkingen van een statistisch-epidemiologische bewijsvoering in de risico-benadering veel zwaarder, vooral vanwege het gevaar van speculatieve claims.²²⁰ Zo zal doorgaans extra zekerheid zijn vereist over de daadwerkelijke blootstelling aan straling of gevaarlijke stoffen, en over het schadelijke potentieel daarvan. Een *mogelijke* blootstelling zal in principe onvoldoende zijn,²²¹ en voorzover de ziekte nog niet is ingetreden kan de *daadwerkelijke* blootstelling ook niet extra aannemelijk worden door de constatering van een anderszins onverklaarbaar hoge incidentie. Het gewicht van deze extra problemen moet niet worden onderschat.

4.6.3 *Verskil in beloop van de schadeloosstelling*

Een belangrijk aspect van het onderscheid tussen het direct vergoeden van het risico, en het afwachten wat de toekomst brengen zal, is het verschil in het beloop van de toe te kennen schadeloosstelling. Ik zal deze kwestie illustreren aan de hand van een voorbeeld geënt op *Ayers v. Township of Jackson*:

219 Hierop wijst ook D. Rosenberg, 97 Harv.L.Rev. (1984) blz. 920.

220 Zie eerder § 3.5.5.

221 Zie de tekst bij noot 606 op blz. 251.

Stel dat voor de omwonenden in *Ayers* wegens "natuurlijke" oorzaken of omgevingsfactoren die voor hun eigen rekening komen, een risico van 5% bestond op het krijgen van een bepaalde leveraandoening. Door het drinken van het verontreinigde drinkwater is dit risico met 10% verhoogd.

Met betrekking tot de omwonenden die onmiddellijk schadevergoeding zouden vorderen voor het verhoogde risico, ligt het in de rede om de schadeloosstelling te begroten op 10% van het bedrag waarop zij recht zouden hebben indien zij de leveraandoening daadwerkelijk zouden krijgen. Maar ten aanzien van de omwonenden die zouden afwachten, en pas schadevergoeding zouden vorderen *nadat* zij inderdaad ziek zijn geworden, zou een heel ander percentage gelden. Voor een daadwerkelijk zieke omwonende verhoudt de kans dat zijn leveraandoening te wijten is aan het drinken van verontreinigd drinkwater zich tot de kans dat zij te wijten is aan de achtergrondfactoren als 2:1. Daarom ligt het in de rede om zijn schadeloosstelling te begroten op 66% van zijn definitieve schade.

Eerder beschreef ik deze kwestie in de context van individuele schadegevallen (zie § 3.5.4). Zoals daar uiteengezet gaat het hier om een variant op het bezwaar van over- of ondercompensatie, die zich telkens voordoet bij het bestaan van een significant achtergrondrisico. Bij de figuur van de alternatieve benadeelde is dat per definitie het geval. Tegen deze variant kunnen dezelfde relativeringen worden aangevoerd als tegen het "gewone" bezwaar. Niettemin levert een en ander een plausibel argument op tegen de risico-benadering, in de eerste plaats voor de benadeelden zelf, maar tot op zekere hoogte ook voor de rechter (zie eerder § 3.5.3).

4.6.4 *Uitbreiding kring van benadeelden*

Er is nog een tweede aspect van het onderscheid tussen direct vergoeden en afwachten waaraan groot gewicht kan toekomen, en dat is dat in de risico-benadering een (veel) groter aantal benadeelden moet worden gecompenseerd dan wanneer men afwacht bij wie van hen de definitieve schade daadwerkelijk intreedt. In principe zijn altijd méér personen aan het risico blootgesteld, dan er daadwerkelijk ziek zullen worden. Het totaalbedrag aan uit te keren schadevergoeding blijft echter gelijk, en naarmate de kring van benadeelden ruimer wordt getrokken komt van dat bedrag een kleiner gedeelte terecht bij de personen die er het meeste behoefte aan hebben. Ook dit aspect laat zich het beste illustreren aan de hand van een voorbeeld:

Stel opnieuw dat voor de omwonenden in *Ayers* een achtergrondrisico van 5% bestond op het krijgen van een bepaalde leveraandoening, en dat dit risico door het drinken van het verontreinigde drinkwater met 10% is verhoogd. Naar verwachting zouden dan van de 339 omwonenden er uiteindelijk ongeveer 51 daadwerkelijk ziek worden ($15\% \times 339$). Circa 17 daarvan ($5\% \times 339$) zouden, vanwege het achtergrondrisico, sowieso ziek zijn geworden, maar zo'n 34 ziektegevallen ($10\% \times 339$) zouden redelijkerwijs kunnen worden toegeschreven aan het verontreinigde drinkwater, al weet men niet welke 34 dat zijn.

Voor het totaal-bedrag aan uit te keren schadeloosstelling maakt het in principe niet uit of men nu direct een proportionele schadevergoeding van 10% toekent aan alle 339 omwonenden wegens de belasting met een duurzaam risico, of — op een later tijdstip — een van 66% aan alle 51 daadwerkelijk ziek geworden omwonenden. Maar in het laatste geval komt een veel groter deel terecht bij de benadeelden die daar het meeste behoefte aan hebben (de 51 daadwerkelijk ziek geworden omwonenden) dan in het eerste (alle 339 omwonenden waarvan er, achteraf gezien, 288 geen blijvende schade hebben geleden). Nu kan men wel tegenwerpen dat ook van de 51 ziektegevallen er 17 "onverdiend" een schadevergoeding ontvangen (quod non, zie § 4.5.4). Maar al deze 51 *zijn* tenminste ziek, en gegeven de onmogelijkheid om de "echte" benadeelden te identificeren is het de meest rechtvaardige oplossing om hen allemaal een schadeloosstelling toe te kennen, zij het slechts een proportionele.²²²

Naar mijn mening gaat het hier om een zeer zwaarwegende bedenking tegen het toekennen van vergoeding voor de belasting met een duurzaam risico bij de figuur van alternatieve benadeelde. Bezien vanuit de belangrijkste doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht — het bieden van compensatie voor geleden schade — is de "achteraf"-benadering onmiskenbaar het beste alternatief. Alleen al daarom hoeft de rechter de benadeelden die zélf voor de risico-benadering hebben gekozen, daar zeker niet zonder meer in te volgen.

4.6.5 Verzekeringsremedie of schadefonds

Aan de risico-benadering kleven dus diverse bezwaren. Anderzijds kunnen er valide redenen bestaan om het intreden van de definitieve schade niet af te wachten. Met name de mogelijkheid dat de gedaagde

²²² Zie de conclusies in § 4.5.9.

tegen die tijd wegens insolventie of andere redenen niet meer met succes kan worden aangesproken, kan niet zomaar worden genegeerd. In theorie zou de in de VS veelvuldig bepleite mogelijkheid van een "insurance remedy" een oplossing kunnen bieden.²²³ De verzekeringsremedie houdt in dat de benadeelden op kosten van de gedaagde tegen het verhoogde risico worden verzekerd. Ook zou de gedaagde kunnen worden verplicht een bepaald bedrag in een schadefonds te storten. Het belangrijkste voordeel van dit soort oplossingen is dat niet hoeft te worden gewacht met het vaststellen en effectueren van de schadevergoedingsplicht, terwijl de schadeloosstelling uiteindelijk — in de vorm van uitkeringen door verzekeraar of fonds — toch gericht terecht komt bij die benadeelden die daadwerkelijk ziek zijn geworden. In dat opzicht combineert men zo dus het beste van twee werelden.

Ik besprak de verzekeringsremedie reeds in de context van individuele schadegevallen in § 3.5.13. Zoals daar opgemerkt is in beginsel geen plaats voor een beperking van de keuzevrijheid van de benadeelde tussen het afsluiten van een verzekering, en vergoeding door een som ineens. Maar in de context van de figuur van de alternatieve benadeelde is dat naar mijn mening anders. Hier kan een verzekeringsremedie bevorderen dat de schadevergoeding zoveel mogelijk bij de juiste personen terecht komt. Vanwege het grote gewicht van deze overweging zou dit wel eens redengevend kunnen zijn om vergoeding door een som ineens af te wijzen, en te opteren voor een verzekeringsremedie, ook al zou de voorkeur van de benadeelde daar niet naar uitgaan. Overigens kan zo'n oplossing alleen effectief zijn wanneer een voldoende groot aantal claims aanhangig is gemaakt. Benadeelden die ervoor kiezen om af te wachten of zij daadwerkelijk ziek zullen worden of niet, kunnen niet worden gedwongen om in een verzekering of fonds te participeren. Het zal sterk van de omstandigheden van het geval afhangen of een verzekeringsremedie of schadefonds ook praktisch gesproken een zinvolle oplossing is.²²⁴

4.6.6 Conclusies

Bij de figuur van de alternatieve benadeelde kleven aan de risico-benadering nog meer haken en ogen dan bij individuele schadegevallen. Zo wordt het informatieprobleem erdoor vergroot, en wordt de kring

223 Zie de literatuurverwijzingen in noot 67.

224 Zie over deze problematiek de literatuur aangehaald in noot 196.

van te compenseren benadeelden uitgebreid, waardoor een kleiner gedeelte van de totale schadevergoeding terecht komt bij de personen die er het meeste behoefte aan hebben. Toch kunnen ook hier valide redenen bestaan om het intreden van de definitieve schade niet af te wachten, met name wanneer het gaat om ziektes met een lange incubatietijd. Mits praktisch gesproken een haalbare kaart, valt te overwegen of niet voor een verzekeringsremedie of een schadefonds moet worden gekozen, ook al zou de voorkeur van de benadeelden daar niet naar uit gaan. Op deze manier hoeft niet voor onbepaalde tijd te worden gewacht met effectueren van de schadevergoedingsplicht, terwijl de schadeloosstelling tóch terecht komt bij de benadeelden die daar het meeste behoefte aan hebben.

Alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden

5.1 Inleiding

5.1.1 *Alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden*

Dit hoofdstuk is, net als het vorige, gewijd aan schadegevallen waarbij meer dan één benadeelde is betrokken. Ook hier gaat het veelal om gevallen van massaschade. Betrof het vorige hoofdstuk nog uitsluitend gevallen waarbij sprake is van slechts één aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaak, bij de hier te bespreken figuur zijn *meerdere* mogelijke oorzaken in het geding waarop aansprakelijkheid kan worden gebaseerd. Veruit het bekendste praktijkvoorbeeld is het geval van de zogenaamde "DES-dochters":¹

Voorbeeld 1: In de periode van 1953 tot medio 1967 brachten diverse farmaceutische bedrijven het middel DES ("diëthylstilbestrol") op de Nederlandse markt. Dit preparaat zou de kans op miskramen en vroeggeboorten verkleinen. Later bleek het gebruik van DES door de moeder tot bepaalde aandoeningen bij de dochter te kunnen leiden, waaronder een bijzondere vorm van kanker (adenocarcinoom of "*clear-cell*" kanker van het urogenitale stelsel). In 1985 spraken zes van een groot aantal² door deze aandoeningen getroffen "DES-dochters" een tiental farmaceutische bedrijven aan tot vergoeding van hun materiële en immateriële schade. Zij

1 Zie HR 9 okt. 1992, NJ 1994, 535 m.nt. CJHB.

2 Eind 1992 hadden zich zo'n 18.000 personen bij de producenten aangemeld teneinde de verjaring te stuiten. Het gaat om ruwweg 14.500 dochters en 3.500 zonen en moeders. Van deze personen staat nog niet vast dat zij uiteindelijk ook allemaal een claim zullen kunnen substantiëren. Van de zonen en moeders staat dat zelfs op categoriaal niveau nog ter discussie. Het aantal personen dat zich heeft aangemeld bij de stichting DES Aktie- en Informatiecentrum zou inmiddels zijn aangegroeid circa 20.000. In totaal gaat het hoe dan ook om nogal wat benadeelden. De consequenties van DES-gebruik blijven gelukkig in het overgrote meerendeel van de gevallen beperkt tot minder kwaadaardige afwijkingen dan adenocarcinoom. Het precieze aantal kankergevallen is tot dusver niet bekend, maar lijkt in elk geval niet hoger te zullen worden dan 150.

voerden aan dat gedaagden onrechtmatig hadden gehandeld door DES in het verkeer te brengen voor gebruik tijdens zwangerschap, terwijl niet vaststond dat het middel doeltreffend was en er onvoldoende onderzoek was verricht naar eventuele schadelijke bijwerkingen. Centrale probleem was echter dat geen der DES-dochters kon aangeven van welk bedrijf de DES afkomstig was die destijds door haar moeder was gebruikt. De betreffende DES kon zelfs door een ander dan een van de tien gedaagden op de markt gebracht zijn.

Voor ieder der DES-dochters gold dat ieder der gedaagden haar schade had *kunnen* veroorzaken, men wist alleen niet wie van hen haar daadwerkelijk op zijn geweten had. Inzoverre is in dit soort gevallen dus sprake van alternatieve veroorzaking in de zin van artikel 6:99. Toch bestaat een essentieel verschil met het "standaardgeval" van dat artikel. Bij de hier te bespreken figuur is namelijk óók aan de kant van de *benadeelden* sprake van alterniviteit, zij het dat de daaruit voortvloeiende problematiek (deels) van een andere aard is dan bij de figuur van de alternatieve benadeelde zoals besproken in het vorige hoofdstuk.³ In de Duitstalige rechtsstelsels spreekt men dan ook wel van "*Alternivität auf Schädiger- und Geschädigtenseite*"⁴ of van "*kombinerter alternativer Täter/Opferschaft*".⁵ In navolging daarvan zal ik spreken van "*alterniviteit bij veroorzakers én benadeelden*" of kortweg van "*tweezijdige alterniviteit*".

Dat deze benaming inderdaad het meest kenmerkende aspect van de bedoelde figuur weergeeft wordt het duidelijkst wanneer men haar terugbrengt van de grootschalige en relatief gecompliceerde DES-casus naar een kleinschaliger voorbeeld:

Voorbeeld 2: In een parkeergarage wordt op een kwade dag door drie, onafhankelijk van elkaar opererende dieven, telkens één auto van hetzelfde merk en type gestolen. Elk van de drie gestolen wagens behoort een andere eigenaar toe. Wanneer later de dieven zijn gevat, kan niet meer worden vastgesteld wie van hen welke auto heeft onvreemd.⁶

Zoals dit voorbeeld laat zien speelt de vraag "Wie van de drie?" bij de

3 Zie over dit verschil de uitleg in noot 17.

4 Zo R. Quendoz, *Modell einer Haftung bei alternativer Kausalität* (diss. Zürich 1991) blz. 5.

5 Zo K. Otte, *Marktanteilshaftung* (1990) blz. 117.

6 Ik ontleen dit voorbeeld aan T. Bodewig, *Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden*, AcP 185 (1985) blz. 505 e.v. (op blz. 525).

hier te bespreken causale figuur zowel aan de kant van de veroorzakers als aan de kant van de benadeelden.⁷ Enerzijds is sprake van alternatieve veroorzaking: voor iedere benadeelde geldt dat (tenminste)⁸ één van de veroorzakers zijn schade op zijn geweten heeft, maar dat niet te achterhalen valt om welke veroorzaker het gaat. Anderzijds is ook aan de kant van de benadeelden sprake van alternativiteit: voor iedere veroorzaker geldt dat hij de schade van één benadeelde op zijn geweten heeft, maar dat niet te achterhalen valt om welke benadeelde het gaat (autodieven-voorbeeld), c.q. dat hij met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid een deel van de totale groep benadeelden heeft gelaedeerd, maar dat niet te achterhalen valt om welke benadeelden het gaat (DES-casus).

Op het eerste gezicht lijkt misschien bijzonder aan de DES-casus dat daar aanmerkelijke onzekerheid bestaat over de vraag *hoeveel* schade ieder der producenten precies heeft veroorzaakt. Toch ligt dat in het autodieven-voorbeeld niet wezenlijk anders, tenzij het toeval wil dat alle drie de gestolen auto's precies dezelfde waarde hadden. Kenmerkend voor *beide* gevallen is echter dat redelijkerwijs kan worden uitgesloten dat één veroorzaker *alle* schade op zijn geweten heeft. Dat is geen gevolg van de enkele omstandigheid dat er meerdere benadeelden in het spel zijn,⁹ maar van de bijzonderheid dat ook bij die benadeelden sprake is van alternativiteit. In het autodieven-voorbeeld kan de door iedere individuele dief veroorzaakte schade redelijkerwijs worden gesteld op 1/3 van het totaal, in de DES-casus kan het door iedere individuele producent veroorzaakte deel van de totale schade redelijkerwijs worden gelijk gesteld aan zijn aandeel in de totale hoeveelheid op de markt gebrachte DES.

5.1.2 Een significant achtergrondrisico als additionele complicatie

Een extra complicatie bestaat wanneer behalve van meer dan één aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaak, tevens sprake is van

7 Vgl. de tekst bij noot 12 op blz. 258.

8 In de DES-casus bestaat ook de mogelijkheid dat de moeder van een DES-dochter tabletten gebruikte van meer dan één producent. Zie daarover hetgeen opgemerkt in noot 253 op blz. 73.

9 Zie het voorbeeld met het vliegtuigongeval op blz. 374.

een significant achtergrondrisico.¹⁰ Een bijzonder kenmerk van de DES-casus was dat het achtergrondrisico verwaarloosbaar kon worden geacht.¹¹ Adenocarcinoom of "*clear-cell*" kanker van het uro-genitale stelsel komt namelijk "van nature" nauwelijks voor.¹² Men spreekt in dit verband wel van een "*signature disease*". Om deze reden kon worden aangenomen dat elke zieke DES-dochter daadwerkelijk werd gelaedeerd — al wist men niet door welke producent.¹³ Van zo'n *signature disease* is echter lang niet altijd sprake.¹⁴ Indien de reële mogelijkheid bestaat dat het geleden nadeel is ontstaan door een oorzaak die in de risicosfeer van de benadeelde zelf ligt, speelt tevens de problematiek van de alternatieve benadeelde zoals besproken in het vorige hoofdstuk: niet alleen is onbekend wie van de benadeelden door wie werd gelaedeerd, maar tevens is onbekend wiens nadeel in werkelijkheid uit de eigen risicosfeer stamt. Een praktijkvoorbeeld waar de figuur van alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden zich voordeed in combinatie met een significant achtergrondrisico is de eerder in § 4.2.2 beschreven casus van *Agent Orange*:¹⁵

-
- 10 Een "achtergrond- of "omgevingsrisico" is het risico dat is gelegen in een mogelijke oorzaak die voor rekening komt van de benadeelde zelf, omdat zij niet is gelegen in iemands onrechtmatige daad of tekortkoming of omdat daarvoor een geldige exoneratie bestaat. Zoals "natuurlijke" risico's (bijvoorbeeld de normale bevatelijkheid voor bepaalde ziekte's) of risico's gelegen in de eigen gedragingen van de benadeelde (bijvoorbeeld roken).
 - 11 Althans daar gaat men in de literatuur doorgaans vanuit. In de Nederlandse procedure is dit echter nog niet expliciet vastgesteld.
 - 12 Zie A.L. Herbst, H. Ulfelder en D.C. Poskanzer, *Adenocarcinoma of the Vagina, Association of Maternal Stilbestrol Therapy with Tumor Appearance in Young Women*, 284 N.Eng.J.Med. (1971) blz. 878 e.v. (op blz. 880); H. Ulfelder, *The Stilbestrol-Adenosis-Carcinoma Syndrome*, 38 Cancer (1976) blz. 426 e.v. (op blz. 428).
 - 13 Wel speelde in het DES-arrest de *mogelijkheid* van het bestaan van een achtergrondrisico een rol (zie r.o. 3.7.6). Dit betrof de (geringe) kans dat een klein deel van de op de markt gebrachte DES in het verkeer werd gebracht door een of meer kleine producenten die daarvoor wegens het ontbreken van een fout niet aansprakelijk zouden zijn. Deze mogelijkheid kon echter verwaarloosbaar klein worden geacht, zie § 2.6.10.
 - 14 Overigens kan ook bij een *signature disease* een achtergrondrisico bestaan, namelijk wanneer tevens een blootstelling aan de causale factor heeft plaatsgevonden die om een of andere reden voor risico van de benadeelde zelf komt.
 - 15 Zie *In re "Agent Orange" Product liability litigation*, 597 F.Supp. 740 (E.D. New York 1984). Zie eerder de tekst bij noot 79 op blz. 272.

Voorbeeld 3: Het tijdens de oorlog in Vietnam in grote hoeveelheden gebruikte ontbladeringsmiddel *Agent Orange* bleek verontreinigingen te hebben bevat met het uiterst giftige dioxine. Door deze dioxine-verontreiniging was sprake van een gebrekkig product. Op grond daarvan spraken eisers zeven producenten van *Agent Orange* aan.¹⁶ Zij stelden als gevolg van blootstelling aan *Agent Orange* te lijden aan verschillende ziektes, waaronder diverse vormen van kanker en afwijkingen in hun genetisch materiaal. Dat laatste zou weer hebben geleid tot miskramen bij hun vrouwen en genetische afwijkingen bij hun kinderen. Behalve dat eisers niet konden aangeven van welke producent de *Agent Orange* waaraan zij waren blootgesteld afkomstig was, speelde tevens het probleem dat al hun klachten ook konden zijn veroorzaakt door achtergrondfactoren zoals natuurlijke oorzaken en blootstelling aan andere schadelijke stoffen dan *Agent Orange*.

Alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden kan zich dus voordoen mét en zonder significant achtergrondrisico.¹⁷ Zo bijvoorbeeld bij

16 Daarmee waren "*virtually all producers [...] before the court*", zo concludeerde het gerecht, hetgeen een belangrijk verschil met de DES-gevallen werd geacht (597 F.Supp. 740 blz. 827).

17 In *beide* gevallen is sprake van alternativiteit aan de kant van de benadeelden: voor elke individuele dader staat vast dat hij schade heeft veroorzaakt, maar niet bij welke benadeelde. De hieruit voortvloeiende problematiek krijgt echter een geheel andere kleur wanneer ook een niet-aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaak in het geding is. Dan is niet alleen onbekend wie van de benadeelden door wie werd gelaedeerd, maar tevens wiens nadeel in werkelijkheid uit de eigen risicosfeer stamt. In de door mij uit het Duitse taalgebied overgenomen terminologie komt dit verschil in problematiek niet duidelijk tot uitdrukking. Om deze reden kan op deze terminologische indeling het nodige worden afgedongen. Er lijkt echter geen beknopte aanduiding beschikbaar die wél duidelijk onderscheid maakt tussen beide situaties. Ik heb er in elk geval geen kunnen verzinnen en ook internationaal gezien is een aansprekende benaming nog niet opgedoken. Bodewig spreekt van "*reine alternative Opferschaft*" wanneer hij de in het vorige hoofdstuk besproken problematiek van de alternatieve benadeelde bedoelt (AcP 185 (1985) blz. 543). In de Verenigde Staten spreekt men bij alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden doorgaans eenvoudig van "*indeterminate defendants*", terwijl men de aanduiding "*indeterminate plaintiffs and defendants*" uitsluitend gebruikt voor gevallen van tweezijdige alternativiteit mét significant achtergrondrisico (zo bijv. in *Agent Orange*, zie 597 F.Supp. 740 blz. 842). Dat laatste verdient m.i. in elk geval geen navolging omdat daarmee het zo essentiële onderscheid tussen alternatieve veroorzaking ("*alternative liability*") en tweezijdige alternativiteit ("*indeterminate defendants*") onvoldoende tot uitdrukking komt. Ondanks alle onvolkomenheden lijkt het mij het meest opportuun om in alle voorkomende gevallen te spreken van "alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden" of van "tweezijdige alternativiteit", en er apart melding van te maken wanneer sprake is van een significant achtergrondrisico. Zo bijv. ook R. Quendoz, a.w. (zie noot 4) blz. 5-6. Zie over mijn keuze voor het

asbest-ziekten die het gevolg kunnen zijn van blootstelling aan asbest bij verschillende werkgevers of afkomstig van verschillende producenten: terwijl longkanker en — zij het in veel mindere mate — mesothelioom ook door andere omstandigheden kunnen worden veroorzaakt, wordt asbestose uitsluitend met asbest in verband gebracht.¹⁸

5.1.3 Aansprakelijkheid voor het geheel of partieel?

Wanneer sprake is van alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden zijn in principe drie uitkomsten denkbaar: (1) De aansprakelijkheid van alle gedaagden wordt volledig afgewezen omdat met geen enkele individueel geleden schade causaal verband kan worden bewezen. (2) Ieder der gedaagden is jegens ieder der benadeelden aansprakelijk voor diens gehele schade omdat ieder van hen deze *mogelijk* heeft veroorzaakt, tenzij gedaagde het tegendeel kan bewijzen. (3) Ieder der gedaagden is jegens ieder der benadeelden aansprakelijk wegens mogelijke veroorzaking, maar telkens slechts ten belope van een bepaald gedeelte van de schade omdat ieder individueel gezien onmogelijk *alle* in totaal door de benadeelden geleden schade heeft kunnen veroorzaken.

Zoals bekend koos de Hoge Raad in het *DES*-arrest voor de tweede, meest vergaande oplossing. Mits aan alle overige voorwaarden voor aansprakelijkheid werd voldaan, waren de gedaagde producenten krachtens artikel 6:99 hoofdelijk aansprakelijk voor de door de *DES*-dochters geleden schade, aldus de Hoge Raad. In de literatuur heeft deze uitspraak naast bijval ook de nodige kritiek opgeroepen. Het voornaamste bezwaar is dat voor individuele producenten een aansprakelijkheid in het leven wordt geroepen voor méér schade dan door hen redelijkerwijs *kan* zijn veroorzaakt. Dat lijkt niet alleen op gespannen voet te staan met het stelsel van het aansprakelijkheidsrecht, ook uit verzekeringsoogpunt is dit uiterst bezwaarlijk. Voor het Nederlandse recht lijkt het debat zich dan ook toe te spitsen op de keuze tussen de oplossingen 2 en 3: dient bij de figuur van de alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden een aansprakelijkheid te

begrip "de alternatieve benadeelde" de toelichting in noot 14 op blz. 258.

18 Zie M.R. Becklake, *Asbestos-Related Diseases of the Lung and Other Organs: Their Epidemiology and Implications for Clinical Practice*, 114 *Am.Rev. Respiratory Disease* (1976) blz. 187 e.v.

worden aangenomen voor het geheel, of slechts voor een deel van de totale schade?

In de Nederlandse literatuur staat de discussie over deze kwestie volledig in het teken van de DES-zaak. Veel van de gebezigde argumenten zijn ook sterk door die context gekleurd, onder andere voorzover zij samenhangen met de aard van de schade (letselschade) of uitgaan van de afwezigheid van een significant achtergrondrisico. In zeker opzicht is dat jammer omdat tweezijdige alternativiteit zich ook in een geheel andere context kan voordoen, zoals het autodievenvoorbeeld laat zien.¹⁹ Ik zal deze figuur in een bredere context bespreken, al is onvermijdelijk dat ook mijn uiteenzetting voor een groot deel in teken van DES-problematiek zal staan.

Zoals zal blijken ben ik het niet met de beslissing in het *DES*-arrest eens. Mijn bezwaren betreffen niet zozeer de uitkomst — daar valt in dit specifieke geval nog wel mee te leven — maar vooral de door de Hoge Raad gehanteerde grondslag. Ik meen dat in het *DES*-arrest sprake is van een onvoldoende doordachte toepassing van artikel 6:99, waarbij ten onrechte niet over de papieren muur van het individuele dossier heen wordt gekeken. Maar ook wanneer men zich wél in het arrest kan vinden, blijft er voldoende reden om zich af te vragen of bij de figuur van de alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden *altijd* een aansprakelijkheid voor het geheel zou moeten worden aangenomen. Al was het maar voor die gevallen (bij toxische schadeveroorzaking vermoedelijk de meerderheid) waarin wél van een significant achtergrondrisico sprake is. Ook andere aspecten van het *DES*-arrest vormen een indicatie voor een beperkte reikwijdte van deze beslissing.

5.1.4 Plan van behandeling

Ik begin mijn beschouwingen met een overzicht van de opvattingen in de literatuur en de rechtspraak van een aantal landen (§ 5.2). Daarna werk ik mijn eigen opvatting uit (§ 5.3). Mijn conclusie zal luiden dat ook bij de figuur van de alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden de meest rechtvaardige oplossing in principe is gelegen in een proportionele aansprakelijkheid (§ 5.3.10). Indien sprake is van een significant achtergrondrisico bestaan voor zo'n oplossing alleen nog maar meer goede redenen (§ 5.3.9). Met de andersluidende beslissing in het *DES*-arrest kan niet worden ingestemd. Aan het eind van dit

¹⁹ Zie tevens het Duitse *Bienen-* of *Imkerfall* in de tekst bij noot 122 op blz. 351.

hoofdstuk ga ik nog even apart in op enkele uitwerkingsaspecten van een proportionele benadering (§ 5.4).

5.2 Opvattingen in literatuur en rechtspraak

5.2.1 Nederland

In de Nederlandse discussie over de DES-problematiek staat de vraag naar de toepasselijkheid van het beginsel van de alternatieve veroorzaking centraal.²⁰ Aanvankelijk viel deze discussie samen met de laatste fase van de invoering van het nieuwe Burgerlijk Wetboek, waarin het principe van de alternatieve veroorzaking voor het eerst werd gecodificeerd. De uitleg van de tekst van artikel 6:99 en de daarbij behorende toelichting waren hierdoor mede inzet van het debat.

Een primaire vraag was of voor de toepasselijkheid van het beginsel van de alternatieve veroorzaking is vereist dat alle mogelijke veroorzakers in rechte worden betrokken — zoals een passage in de Toelichting-Meijers leek te suggereren²¹ — of tenminste moeten worden geïdentificeerd.²² In casu een onmogelijke eis, vanwege het

20 Dat begon reeds bij J. Knottenbelt, *Marktaandeelaansprakelijkheid*, NJB 1982, blz. 185 e.v., die daarmee aansloot bij de ontwikkelingen in de VS (overigens spreekt hij van "*alternatieve aansprakelijkheid*", zie blz. 191 l.k.). Een overzicht van de omvangrijke Nederlandse literatuur over de DES-problematiek die verscheen vóór het wijzen van het *DES*-arrest geeft A-G Hartkamp in zijn indrukwekkende conclusie voor dit arrest, NJ 1994, 535 onder punt 10.

21 "De regel van het onderhavige artikel geldt alleen, indien komt vast te staan a. dat aan alle personen die de benadeelde aansprakelijk stelt een onrechtmatige handeling jegens hem kan worden toegerekend; b. dat de door de benadeelde geleden schade het gevolg is van de daad van één van deze personen hoewel de benadeelde niet kan bewijzen van wie." (PG boek 6 blz. 347).

22 Dit probleem werd voor het eerst aangesneden door A.J.O. van Wassenauer van Catwijck, *Produktaansprakelijkheid in Europees verband* (1e druk 1986) blz. 79 e.v (met een veranderd standpunt in de tweede druk uit 1991 op blz. 84). Tegen dit vereiste o.a. J.H. Nieuwenhuis, *Alternatieve causaliteit en aansprakelijkheid naar marktaandeel*, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk recht (1987) blz. 10-13. Vóór het vereiste (van dagvaarding) o.a. R.M.H.H. Tuinstra, *DES-dochters met lege handen na vonnis Rechtbank Amsterdam 25 mei 1988: juiste interpretatie van art. 6.1.9.4a Nieuw BW (6:99)?*, Kwartaalbericht NBW 1990/3 blz. 74 e.v. Niet dagvaarding, maar slechts identificatie van alle producenten was noodzakelijk volgens F.J. Fernhout, L.M.I.A. Bregonje, R.H.J. Otto, *Alternatieve causaliteit en DES-dochters*, NJB 1989, blz. 1376 e.v.; A-G Hartkamp in zijn conclusie voor het *DES*-arrest (onder punt 15), NJ 1994, 535. Vóór het vereiste dat in elk geval

mogelijk zeer grote aantal producenten en vooral vanwege het tijdsverloop. Deze kwestie kreeg vooral gewicht vanwege de mogelijkheid dat één of meer producenten met het in het verkeer brengen van DES geen fout hadden begaan. De kans daarop was weliswaar niet groot, maar kon niet helemaal worden uitgesloten met het oog op kleine producenten zoals apothekers, waarvoor niet ondenkbaar was dat het betamelijkheidsvereiste milder zou uitvallen. Bijvoorbeeld omdat voor hen een minder vergaande onderzoeksplicht zou worden aangenomen, c.q. omdat zij meer mochten vertrouwen op het onderzoek van anderen.²³ Wie de DES-dochters niet reeds met lege handen naar huis wilde sturen vanwege de *mogelijkheid* dat tussen de vele producenten er ergens één verborgen zat die geen fout had gemaakt, moest dus wel betogen dat dit niet aan de aansprakelijkheid van de overige producenten af kon doen. In feitelijke instanties stuitten de vorderingen van de DES-dochters op deze kwestie af. De rechtbank meende dat "*moet vaststaan dat de dader behoort tot de aansprakelijk gestelde personen*"²⁴ (wat neerkomt op dagvaarding), het Hof meende dat "*in elk geval vereist [is] dat exact wordt gesteld en vervolgens ook komt vast te staan wie tot de kring der aansprakelijk te houden personen behoort*"²⁵ (wat neerkomt op identificatie).

Een volgend vraagpunt was (en is) in hoeverre voor de toepasselijkheid van artikel 6:99 is vereist dat de aansprakelijk gestelde personen ieder voor zich de gehele schade hebben kunnen veroorzaken.²⁶ In de DES-zaak kon dat redelijkerwijs worden uitgesloten. Het was immers aannemelijk dat iedere producent slechts een deel van de totale schade

voldoende zeker is dat de schade slechts het gevolg kan zijn van gebeurtenissen waarvoor aansprakelijkheid bestaat: R.J.B. Boonekamp, *Alternatieve veroorzaking*, BW-krant Jaarboek 1991 blz. 79 e.v. (op blz. 93); L. Dommering-Van Rongen, *Produktaansprakelijkheid* (diss. 1991) blz. 307. Voor een omkering van de stelplicht in deze: G.J. Rijken en H.E.G.S. Schneider, *Bespreking van de preadviezen uitgebracht voor de VBR door J.H. Nieuwenhuis en J.M. Barendrecht*, Kwartaalbericht NBW 1988/4 blz. 129 e.v. (op blz. 130).

23 Er was dus sprake van de *mogelijkheid* van het bestaan van een soort "achtergrondrisico", niet gelegen in natuurlijke oorzaken maar in het gebruik van DES afkomstig van een niet-aansprakelijke producent.

24 Rb Amsterdam 25 mei 1988, TvC 1988 blz. 274 e.v., m.nt. E.H. Hondius.

25 Hof Amsterdam 22 nov. 1990, TvC 1991 blz. 123 e.v.; TMA 1991 blz. 36 e.v., m.nt. J. Spier.

26 Het bestaan van dit vereiste wordt vrij algemeen aangenomen. Zie de verwijzingen in noot 25 op blz. 23.

van alle benadeelden had veroorzaakt.²⁷ Daarom meenden verschillende schrijvers dat een hoofdelijke aansprakelijkheid in elk geval te ver ging.²⁸ Navolging van het Amerikaanse voorbeeld van marktaandeel-aansprakelijkheid verdiende volgens hen de voorkeur. Voor A-G Hartkamp was dit de hoofdreden om de toepasselijkheid van artikel 6:99 af te wijzen. Uit de strekking van het artikel vloeit voort dat het op een massaschade als die in de DES-zaak niet van toepassing is, aldus Hartkamp, omdat anders elk der gedaagden aansprakelijk zou zijn voor méér schade dan hij *kan* hebben veroorzaakt.²⁹ In plaats daarvan pleitte hij voor een vorm van marktaandeelaansprakelijkheid gebaseerd op de algemene toerekeningsregel van artikel 6:98, met een versoepeling van het vereiste van CSQN-verband.

Zoals bekend dacht de Hoge Raad hier anders over, en oordeelde dat de regel van artikel 6:99 wél van toepassing was. In principe kon ieder der DES-dochters met dagvaarding van één producent volstaan: het in het geding betrekken of identificeren van andere producenten was niet vereist. De DES-dochters hoefden slechts te stellen dat alle producenten bij het in het verkeer brengen van DES een fout maakten. Zelfs wanneer zou komen *vaststaan* dat daarvan bij een of meer producenten geen sprake was, zou dat de anderen niet van hun aansprakelijkheid voor de gehele schade ontheffen, aldus de Hoge Raad, 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."³⁰

Aan het kernargument uit de conclusie van het OM — dat artikel 6:99 in de onderhavige situatie niet passend is omdat daarmee ieder der gedaagden aansprakelijk wordt voor meer schade dan hij kan hebben veroorzaakt — kwam volgens de Hoge Raad "*niet voldoende gewicht*"

27 Bezien vanuit ieder der benadeelden *afzonderlijk* lag dit anders. Zie nader § 5.3.3.

28 In deze zin o.a. A.J.O. van Wassenauer van Catwijck, *Productenaansprakelijkheid in Europees verband* (1991) blz. 90; L. Dommering-van Rongen, a.w. (zie noot 22) blz. 308; J. Spier, TMA 1991 blz. 38 e.v.; A.J. Akkermans, *Veroorzaking van deelschade*, WPNR 6043 (1992) blz. 249 e.v. (op blz. 255).

29 Zie de punten 12 t/m 15 van zijn conclusie voor het DES-arrest, NJ 1994, 535.

30 R.o. 3.7.6.

toe.³¹ Het zou niet redelijk zijn om de individuele DES-dochters in een ongunstiger bewijspositie te plaatsen dan in artikel 6:99 zou zijn voorzien, "enkel omdat er vele benadeelden zijn".³² Bovendien hadden de producenten onderling verhaal, zodat zij uiteindelijk in beginsel niet meer zouden hoeven te dragen dan hun aandeel in de totale schade.³³ Een stelsel van marktaandeelaansprakelijkheid kon niet worden aanvaard. Daarmee zou het risico dat een der producenten wegens insolventie of andere redenen niet meer met succes kan worden aangesproken, op de slachtoffers worden gelegd en niet op de producenten, en dat was niet bevredigend.³⁴ Ook was bezwaarlijk dat de slachtoffers zoveel mogelijk producenten zouden moeten aanspreken, en dat in het geding tussen hen en de producenten ook zou moeten worden vastgesteld wat het marktaandeel van elk der producenten was.³⁵

Uit de vele kritische commentaren blijkt dat het arrest lang niet iedereen heeft kunnen overtuigen, al was er ook de nodige bijval.³⁶ Algemeen wordt aangenomen dat de beslissing van de Hoge Raad primair moet worden verklaard vanuit het grote gewicht dat werd toegekend aan het oogpunt van slachtofferbescherming. De voor hen

31 R.o. 3.7.3.

32 Ibid. Zie voor een weerwoord op dit argument de tekst bij noot 194 op blz. 373.

33 Ibid. Zie voor een weerwoord op dit argument de tekst bij noot 164 op blz. 363.

34 R.o. 3.8. Zie voor een weerwoord op dit argument § 5.3.5.

35 Ibid. Zie voor een weerwoord op dit argument § 5.3.7. Hierop volgt nog het merkwaardige argument dat aan marktaandeelaansprakelijkheid "geen behoefte" zou bestaan nu de Hoge Raad voor de verdergaande oplossing van hoofdelijke aansprakelijkheid heeft gekozen. Dat is natuurlijk een circelredenering waaraan geen zelfstandige overtuigende kracht kan toekomen. Het tautologische karakter van dit argument wordt nog versterkt door de samenhang met r.o. 3.7.2: artikel 6:99 is toepasselijk, mede omdat het onaanvaardbaar zou zijn wanneer de DES-dochters met lege handen zouden blijven staan. Weliswaar blijven zij ook bij aanvaarding van een stelsel van marktaandeelaansprakelijkheid niet van schadevergoeding verstoken, maar dat stelsel kan niet worden aanvaard (aldus r.o. 3.7.2). En dat stelsel kan mede daarom niet worden aanvaard omdat er "geen behoefte" aan is nu artikel 6:99 toepasselijk is (aldus r.o. 3.8).

36 Een overzicht van de vele reacties op het arrest geeft E.H. Hondius, *Kroniek Boek 6 Titels 1 en 2*, NTBR 1995 blz. 66 e.v. (op blz. 70 r.k.). Overigens schrijft Hondius elders dat "The DES decision has met with a positive reception in the Netherlands. A majority of writers is happy with the result" (zie *A Dutch DES-case: Pharmaceutical Producers Jointly and Severally Liable*, 2 ERPL (1994) blz. 409 e.v., op blz. 413). Ik deel deze indruk niet. Vreemd vind ik ook dat Hondius onder de bedoelde "majority" zelfs J. Hijma rekent, die mij — gezien zijn uiterst kritische noot in AA 1993 blz. 123 e.v. — beslist niet zo "happy" overkomt.

gunstige uitkomst wordt de DES-dochters ook algemeen gegund. Vanuit de algemene optiek van het aansprakelijkheidsrecht echter, is met dit arrest volgens verschillende critici de balans te ver doorgeslagen.³⁷ De voornaamste steen des aanstoots is het resultaat dat de aansprakelijkheid van iedere individuele producent niet is gerelateerd aan zijn daadwerkelijke aandeel in de totale schade, maar zich uitstrekt tot de risico's van de gehele markt waarop hij actief was.³⁸ Vanwege de vele regresproblemen zullen de producenten ook meer dan hun aandeel moeten *dragen*.³⁹ Voor vele, zo niet alle producenten zal de beschikbare verzekeringsdekking onvoldoende zijn, en ook voor de toekomst is de verzekerbaarheid van een dergelijke aansprakelijkheid uiterst twijfelachtig.⁴⁰ Wegens mogelijke insolventie van de producenten is het zelfs de vraag of de DES-slachtoffers direct of indirect niet tóch zullen zijn gedwongen om verschillende producenten voor een deel van de schade aan te spreken, teneinde tot een volledige schadeloosstelling te komen.⁴¹

5.2.2 Verenigde Staten

De kiem van de discussie over de DES-problematiek en marktaandeelaansprakelijkheid ligt in *Sindell v. Abbott Laboratories*,⁴² de beroemde uitspraak van het *California Supreme Court* waarin voor het eerst een aansprakelijkheid naar rato van marktaandeel werd aangenomen.

37 In deze zin o.a. C.J.M. Klaassen en A.A. van Rossum, *DES-tijd(s), en hoe nu verder?*, RM Themis 1994 blz. 4 e.v.; J. Hijma, *Des-dochters*, AA 1993 blz. 123 e.v. (op blz. 130 r.k.); J. Spier, NTBR 1992 blz. 195 m.k.

38 In deze zin o.a. L. Bergkamp, *'Wie van de Drie' en 'Alles of Niets': Nederlandse toestanden?*, NJB 1993 blz. 100-101; E. Gras, *Het schadebegrip in de DES-zaak*, NJB 1993 blz. 102 e.v.; L. Dommering-van Rongen, *Het DES-arrest: geen marktaandeelaansprakelijkheid maar aansprakelijkheid voor de gehele markt*, WPNR 6089 (1993) blz. 276 e.v. (op blz. 282).

39 Zie over de regresproblematiek m.n. J. Spier, TMA 1992 blz. 196-197.

40 In deze zin o.a. J.H. Wansink, *Het DES-arrest in het perspectief van de verzekerbare slachtofferbescherming*, A&V 1993 blz. 6 e.v. (op blz. 10 r.k.). Ook volgens Hartkamp is de verzekerbaarheid *"het meest problematische aspect"* van de opvatting van de HR. Zie A.S. Hartkamp, *De Des-zaak*, in: Kabaal in Holland, Asscher-bundel (1993) blz. 76 e.v. (op blz. 77). In dezelfde zin J.B.M. Vranken, *Maatwerk of konfektie in het verbintenissenrecht*, in: CJHB, Brunner-bundel (1994) blz. 417 e.v. (op blz. 421).

41 In deze zin L. Dommering-van Rongen, WPNR 6089 (1993) blz. 282 r.k.

42 26 Cal.3d 588, 163 Cal.Rptr. 132, 607 P.2d 924, 2 A.L.R. 4th 1061 (1980), *cert. denied*, 449 U.S. 912, 101 S.Ct. 285.

men. Zelden zal een enkele uitspraak zoveel pennen in beweging hebben gebracht. Ook meer in het algemeen is in de VS over de problematiek van de *indeterminate defendant* en het concept van de *market share liability* werkelijk zéér veel geschreven. In de regel plaatst men de problematiek in de context van productenaansprakelijkheid en gezondheidsschade. Inzet van discussie zijn de aanvaardbaarheid van de grondgedachte van *market share liability*, de *ins* en *outs* van de uiteenlopende wijze waarop dit principe door verschillende gerechten is ingevuld, en de reikwijdte van het leerstuk.⁴³

Wat betreft de toepasselijkheid van het principe van *alternative liability*, het Amerikaanse equivalent van de regel van artikel 6:99,⁴⁴ is de beslissing in *Sindell* toonaangevend gebleken. In *Sindell* werd een onverkorte toepassing van dit principe van de hand gewezen, hoofdzakelijk omdat lang niet alle mogelijke veroorzakers voor het gerecht waren gedaagd.⁴⁵ Zoals bekend koos het gerecht voor een aanpassing van het principe die inhield dat ieder der producenten slechts aansprakelijk was naar rato van zijn marktaandeel. In zijn oorspronkelijke, onaangepaste vorm is het principe sindsdien door geen enkel gerecht meer toegepast.⁴⁶ Wel werd één uitspraak gedaan waarin een oplossing toelaatbaar werd geacht die qua resultaat nagenoeg op hetzelfde neerkwam, namelijk *Abel v. Eli Lilly & Co.*,⁴⁷ waarin het *Supreme Court of Michigan* het groene licht gaf voor toepassing van "*a new DES-unique version of alternative liability*".⁴⁸ Net als bij de onaangepaste versie is de aansprakelijkheid van de gedaagden niet beperkt tot hun marktaandeel, maar strekt zij zich uit over de gehele schade. Wel moeten — zoals in casu beweerdelijk het

43 Voor een overzicht van de ontwikkelingen in de VS vanaf *Sindell* zie A.B. Nace, *Market Share Liability: A Current Assessment of a Decade-Old Doctrine*, 44 Vand.L.Rev. (1991) blz. 395 e.v.; M.S. Madden, *Products Liability* (1988 + Supp. 1991) hoofdstuk 15 (getiteld: "*Joint Liability*"). Beschrijvingen door Nederlandse auteurs zijn te vinden bij C.J.M. Klaassen en A.A. van Rossum, RM Themis 1994 blz. 11-13; J. Knottenbelt, *Hoofdstukken produktaansprakelijkheid*, studiepockets privaatrecht nr. 46 (1991) blz. 110-116; L. Dommering-Van Rongen, a.w. (zie noot 22) blz. 296 e.v.

44 Zie § 2.3.7.

45 163 Cal.Rptr. 132 op blz. 139.

46 Dat gebeurde nog wel een eerdere uitspraak, nl. in *Ferrigno v. Eli Lilly & Co.*, 175 N.J. Super 551, 420 A.2d 1305 (1980).

47 418 Mich. 311, 343 N.W.2d 164 (1984).

48 343 N.W.2d 164 op blz. 173 l.k.

geval was⁴⁹ — alle mogelijke veroorzakers voor de rechter zijn gedaagd, en moet de benadeelde alles in het werk hebben gesteld dat redelijkerwijs van hem kan worden gevegd om de daadwerkelijke veroorzaker te identificeren. Deze benadering werd door het gerecht "*DES modified alternative liability*" genoemd.⁵⁰ De beslissing in *Abel* bleef echter geïsoleerd en kreeg geen enkele navolging.⁵¹

Voor het overige werd de totaalaansprakelijkheid van individuele producenten unaniem verworpen. Meestal gebeurde dat zeer expliciet.⁵² De enige uitzondering is het in deze context zeldzame geval van een gezamenlijk handelen door de gedaagden dat grondslag biedt voor het aannemen van een vorm van aansprakelijkheid in groepsverband. Zo'n groepsaansprakelijkheid werd aangenomen in twee uitspraken die veel zijn geciteerd, maar tot dusver nooit zijn nagevolgd.⁵³ In alle andere gevallen werd of een vorm van marktaan-

49 *Abel* was geen toekennend vonnis, maar de einduitspraak in een beroepsprocedure over een *summary judgement*, een verkorte uitspraak van de *trial judge* waarbij eisers' claims bij voorbaat waren afgewezen. In verband hiermee moest het *Supreme Court* het realiteitsgehalte van een aantal cruciale feitelijke stellingen in het midden laten, die pas na verwijzing nader konden worden getoetst.

50 343 N.W.2d 164 op blz. 173 r.k.

51 Zie A.B. Nace, 44 Vand.L.Rev. (1991) blz. 428.

52 Zo ondermeer door het *California Supreme Court* in *Brown v. Superior Court*, 44 Cal.3d 1049, 245 Cal.Rptr 412, 751 P.2d 470 (1988) (op blz. 485-487); door het *United States District Court* in *McCormack v. Abbott Laboratories*, 617 F.Supp. 1521 (D. Mass. 1985) (op blz. 1525-1527); door het *Florida Supreme Court* in *Conley v. Boyle Drug Co.*, 570 So.2d 275 (Fla 1990) (op blz. 285). Zie voorts het *Washington Supreme Court* in *Martin v. Abbott Laboratories*, 102 Wash.2d 581, 689 P.2d 368 (1984) (op blz. 380-381).

53 De enige DES-zaak waarin een vorm van groepsaansprakelijkheid werd aangenomen is *Bichler v. Eli Lilly & Co.*, 436 N.E.2d 182, 22 A.L.R.4th 171 (N.Y. 1982), een beslissing van het *New York Court of Appeals* waarin de jury in eerste aanleg een hoofdelijke aansprakelijkheid had aangenomen gebaseerd op "*concerted action*", een leerstuk dat nog het meeste lijkt op het Nederlandse mededaderschap met bewuste samenwerking (zie *Restatement of the Law (second) Torts* (1965) § 876; *Prosser and Keeton on Torts* (1984) § 46). De beslissing in *Bichler* was slechts mogelijk doordat de gedaagden hadden verzuimd bezwaar te maken tegen opname van *concerted action* in de jury-instructies, waardoor ook de rechter in hoger beroep aan deze instructie was gebonden. In alle andere DES-procedures waar een beroep op dit leerstuk werd gedaan werd dat expliciet verworpen (zie F.H. Fern en L.S. McHugh, 2 Prod.Lia.L.J. (1990/91) blz. 100 noot 21). Dit omdat — anders dan voor aanname van *concerted action* is vereist — geen sprake was van een gezamenlijk optreden ("*acting together*" of "*acting pursuant to a common design*") van de DES-producenten. In *Abel* werd *concerted action* weliswaar in principe toelaatbaar geacht, maar alleen indien na verwijzing het vereiste "*acting together*"

deelaansprakelijkheid aangenomen, òf iedere aansprakelijkheid afgewezen.

Sinds *Sindell* zijn in het kader van verschillende DES-procedures

vast zou komen te staan, hetgeen nimmer geschiedde. En wat *Bichler* betreft, toen zich later in een volgende DES-procedure de gelegenheid voordeed wees ook het *New York Court of Appeals* zélf *concerted action* nadrukkelijk af, en koos het voor een partiële aansprakelijkheid op basis van *market share liability* (*Hymowitz v. Eli Lilly and Co.* 541 N.Y.S.2d 941 (1989), PLI 1989 blz. 106 e.v. op blz. 108 l.k.). De tweede uitspraak waarin een vorm van groepsaansprakelijkheid werd aangenomen is *Hall v. E.I. Du Pont De Nemours & Co.*, 345 F.Supp. 353 (E.D.N.Y. 1972). Hierin werd het leerstuk van de z.g. "enterprise" of "industry-wide" liability geïntroduceerd, een aangepaste vorm van *concerted action* die nog het meeste lijkt op de Nederlandse onrechtmatige daad in groepsverband van art. 6:166. Gedaagden waren een zestal producenten van slaghoedjes. Omdat zij in het kader van hun *trade association* gezamenlijk een veiligheidsstandaard hadden vastgesteld, en aan deze *trade association* ook bepaalde taken hadden uitbesteed met betrekking tot veiligheidsonderzoek en etikettering, concludeerde het gerecht dat zij een gezamenlijke controle ("*joint control*") uitoefenden over de betrokken risico's. Mede vanwege het beperkt aantal producenten werd dit voldoende grondslag geacht om een vorm van collectieve aansprakelijkheid aan te nemen, waarbij — anders dan bij art. 6:166 — voor een individuele producent het tegenbewijs openstond dat de schade niet door zijn product kon zijn veroorzaakt. In menige DES-procedure hebben eisers zich op *Hall* beroepen. In de DES-context was echter geen sprake van een gezamenlijk vastgestelde veiligheidsstandaard, maar slechts van gebruik van dezelfde chemische formule, en stonden veiligheid en etikettering onder toezicht van een federale overheidsinstelling, de *Food and Drug Administration*. Ook was het aantal producenten veel groter. Om deze redenen heeft ook *Hall* geen enkele navolging gekregen. Voor een rechtspraakoverzicht — waarbij echter de verschillende leerstukken en concepten volledig door elkaar heen zijn gehusseld — zie *Annotation: "Concert of Activity", "Alternative Liability", "Enterprise Liability", or Similar Theory as Basis for Imposing Liability Upon One or More Manufacturers of Defective Uniform Product, In Absence of Identification of Manufacturer of Precise Unit or Batch Causing Injury*, 22 A.L.R.4th 183 (1983 + Supp. 1993). Volledigheidshalve zij nog opgemerkt dat — net als eerder gebeurde in *Abel* — ook in een enkele uitspraak over de aansprakelijkheid van bepaalde producenten van autobanden en -velgen voor de gevolgen van het onverwacht exploderen daarvan, in principe groen licht is gegeven voor toepassing van *concerted action*, maar ook hier slechts op voorwaarde dat de vereiste graad van samenwerking tussen gedaagden daadwerkelijk vast kwam te staan. Zo overwoog het gerecht in *Rastelli v. Goodyear Tire & Rubber Co.*, 165 A.D.2d 111, 565 N.Y.S.2d 889 (3d Dep't 1991) dat "*further discovery may disclose an express agreement or tacit understanding among [gedaagden] to prevent public awareness of the extreme propensity of [...] rims to explode, and to block governmental action which could have required the manufacturers to recall those products*" (565 N.Y.S.2d 889 op blz. 890). Zie voorts *Cousineau v. Ford Motor Co.*, 140 Mich.App. 19, 363 N.W.2d 721 (1985), *cert. denied* 474 U.S. 971, 106 S.Ct. 352.

uiteenlopende varianten van *market share liability* ontwikkeld, die evenzovele variaties opleveren in de precieze omvang van de aansprakelijkheid van individuele gedaagden, en in de verdeling van de bewijslast daaromtrent. In de oplossing van het *Washington Supreme Court* in *Martin v. Abbott Laboratories*⁵⁴ wordt voor de verdeling van de schadevergoedingplicht over de gedaagden in aanvang uitgegaan van gelijke marktaandelen, waarbij ieder individueel in staat wordt gesteld een kleiner aandeel te bewijzen. Het veronderstelde marktaandeel van de overige producenten wordt dan verhoudingsgewijs groter, tenzij ook zij hun werkelijke aandeel kunnen bewijzen. Komt vast te staan dat het marktaandeel van alle gedaagden samen minder dan 100 procent bedraagt,⁵⁵ dan komt ook de door de benadeelden te ontvangen schadeloosstelling op een verhoudingsgewijs lager bedrag uit.⁵⁶ Deze oplossing wordt wel "*market share alternate liability*" genoemd en is in essentie onder meer nagevolgd door het *United States District Court* van Massachusetts,⁵⁷ het *Supreme Court* van Florida,⁵⁸ en het *Supreme Court* van Hawaii.⁵⁹

In de oplossing van het *Wisconsin Supreme Court* in *Collins v. Eli Lilly & Co.*⁶⁰ wordt uitgegaan van een soort voorwaardelijke totaalaansprakelijkheid, waarbij de benadeelde in principe kan volstaan met het dagvaarden van één producent, die in beginsel voor de totale schade aansprakelijk is. Zover zal het echter niet komen omdat iedere gedaagde in staat wordt gesteld om andere producenten in de procedure te betrekken, waarna een verdeling van de schadevergoedingsplicht plaatsvindt naar rato van ieders bijdrage aan het totale risico van DES. De bepaling van ieders individuele "*risk contribution*" geschiedt aan de hand van meer gezichtspunten dan marktaandeel alleen, waaronder het verwijt dat ieder kan worden gemaakt, een en ander op dezelfde voet als bij *comparative negligence*, het Amerikaanse equivalent van de

54 102 Wash.2d 581, 689 P.2d 368 (1984).

55 Dat kan in principe op twee manieren vast komen te staan. De eerste mogelijkheid is dat alle aanwezige producenten hun eigen marktaandeel voldoende aannemelijk kunnen maken, terwijl het totaal minder bedraagt dan 100%. De tweede mogelijkheid is dat het marktaandeel van afwezige producenten kan worden vastgesteld. De bewijslast daarvan ligt op de wel-aanwezige producenten.

56 689 P.2d 368 op blz. 383 l.k.

57 *McCormack v. Abbott Laboratories*, 617 F.Supp. 1521 (D. Mass. 1985).

58 *Conley v. Boyle Drug Co.*, 570 So.2d 275 (Fla 1990).

59 *Smith v. Cutter Biological Inc.*, 823 P.2d 717 (Hawaii 1991) (serum voor bloedtransfusie besmet met AIDS-virus).

60 116 Wis.2d 166, 342 N.W.2d 37, *cert. denied*, 468 U.S. 826 (1984).

regel van artikel 6:101 ("eigen schuld").⁶¹ Het *Supreme Court* ging ervan uit dat zijn benadering in totaal altijd een volledige schadeloosstelling zou opleveren.⁶² Deze oplossing wordt wel de "*risk contribution theory*" genoemd.

In de oplossing van het *New York Court of Appeals* in *Hymowitz v. Eli Lilly and Co.*⁶³ tenslotte, wordt weer strikt vastgehouden aan een aansprakelijkheid naar rato van marktaandeel, waarbij uitdrukkelijk de consequentie wordt aanvaard dat de benadeelde minder dan een volledige schadeloosstelling kan ontvangen.⁶⁴

Het gebruikelijke alternatief voor de aanvaarding van het principe van *market share liability* is het afwijzen van *alle* aansprakelijkheid. Een hoofdelijke aansprakelijk ligt in de regel volledig buiten het gezichtsveld.⁶⁵ In drie deelstaten werd toepassing van *market share liability* categorisch verworpen. In Missouri,⁶⁶ Iowa⁶⁷ en Illinois⁶⁸ werd het leerstuk expliciet door de hoogste rechter afgewezen, en bleven de DES-dochters met lege handen staan.⁶⁹ Aan de eerste twee beslissingen lagen voornamelijk vrij algemene rechtspolitieke argumenten ten grondslag. *Market share liability* zou een te grote afwijking betekenen van het traditionele vereiste van causaal verband. Voor zo'n ingrijpende wijziging van het geldende recht zou niet de rechter, maar veeleer de wetgever de aangewezen partij zijn. De afwijzende beslissing van het *Illinois Supreme Court* in *Smith v. Eli Lilly & Co.*⁷⁰ was echter vooral gebaseerd op een uitvoerige en zeer kritische evaluatie van het concept van de *market share liability* als zodanig. Een eerste kritiekpunt was de noodzaak om de omvang van ieders

61 342 N.W.2d 37 blz. 53.

62 Dit omdat een door DES getroffen foetus moeilijk eigen schuld zou kunnen worden verweten (342 N.W. 2d 37 blz. 53 noot 14). Kennelijk sloot het gerecht toerekening aan de benadeelde van de *risk contribution* van niet langer bestaande of insolvabele producenten impliciet uit.

63 541 N.Y.S.2d 941 (1989), PLI 1989 blz. 106 e.v.

64 PLI 1989 blz. 110. Over de verdeling van de bewijslast met betrekking tot de omvang van de marktaandelen laat het gerecht zich opmerkelijk genoeg niet nader uit.

65 Uitzonderingen zijn *Abel* (zie de tekst bij noot 47 op blz. 337) en de gevallen bedoeld in noot 53.

66 *Zaft v. Eli Lilly & Co.*, 676 S.W.2d 241 (Mo. 1984).

67 *Mulcahy v. Eli Lilly & Co.*, 386 N.W.2d 67 (Iowa 1986).

68 *Smith v. Eli Lilly & Co.*, 137 Ill.2d 222, 560 N.E.2d 324 (1990).

69 Zie voorts de niet nader gemotiveerde afwijzende beslissing van het *Supreme Court of Rhode Island* in *Gorman v. Abbott Laboratories*, 599 A.2d 1364 (1991).

70 137 Ill.2d 222, 560 N.E.2d 324 (1990).

marktaandeel vast te stellen, terwijl de praktijk had geleerd dat meestal een schrijnend gebrek aan bruikbare gegevens bestond. Dat zou leiden tot tijdrovend onderzoek, veel discussie, hoge proceskosten en een onevenredige belasting van de gerechten in feitelijke instantie, en onvermijdelijk voeren tot arbitraire verdelingen die niet met de werkelijke marktaandelen overeenkomen.⁷¹ Ook werd zwaar getild aan de omstandigheid dat een flink aantal producenten om uiteenlopende redenen niet voor het gerecht konden worden gedaagd. *Market share liability* zou de wél-aanwezigen voor de lasten van de volledige markt op laten draaien, zo meende het gerecht,⁷² en dat was ten ene male niet redelijk. Voorts zou marktaandeelaansprakelijkheid een onge-rechtvaardigd voordeel opleveren voor de benadeelden die hun producent niet kunnen identificeren, omdat de benadeelden die dat wél kunnen het risico van afwezigheid of insolventie van hun producent zelf moeten dragen, terwijl dat risico voor de eerst genoemde categorie over alle benadeelden wordt gespreid.⁷³ Ook het preventie-argument werd verworpen. De potentiële aansprakelijkheid van de farmaceutische industrie ging reeds zo ver dat het zeer de vraag was of van een verdere oprekking nog wel enig preventief effect kon worden verwacht, zo meende het gerecht. In elk geval kon dat niet bij een product als DES dat reeds twintig jaar van de markt was verdwenen.⁷⁴ De conclusie was dat marktaandeelaansprakelijkheid een onaanvaardbaar grote afwijking inhield van het traditionele vereiste van *cause in fact*, vooral omdat het ging om een "*flawed concept*", dat slechts jegens een beperkt deel van alle verantwoordelijke producenten zou kunnen worden toegepast.⁷⁵

Nog veel terughoudender is de rechtspraak met betrekking tot andere producten dan DES.⁷⁶ Met succes werd een beroep op *market*

71 560 N.E.2d 342 blz. 337-338.

72 560 N.E.2d 342 blz. 344. Kennelijk ging het gerecht ervan uit dat marktaandeelaansprakelijkheid per definitie tot een volledige schadeloosstelling zou leiden.

73 560 N.E.2d 342 blz. 338-339. Zie over dit argument nader § 5.3.5.

74 560 N.E.2d 342 blz. 342 r.k.

75 560 N.E.2d 342 blz. 345 l.k. Voor bijval bij deze beslissing zie de *casenote* van S. Bonanno, *Presumed Innocent: Illinois' Rejection of Market Share Liability in Smith v. Eli Lilly & Company Is "Cause in Fact" To Celebrate*, 24 J. Marshall L.Rev. (1991) blz. 869 e.v.

76 Voor een overzicht van pogingen om *market share liability* toe te passen buiten de DES-context zie E.D. Katz, *Removing the Fungibility Requirement From the Market Share Liability Rule — Why It Can Work in Non-DES Cases*, 3 Prod.Lia.L.J. (1991/92) blz. 32 e.v. Eveneens zeer lezenswaard is K. Otte, a.w. (zie noot 5) blz. 62-76.

share liability gedaan bij schade door asbest,⁷⁷ door zogenaamd "DPT"-vaccin,⁷⁸ en door met het AIDS-virus besmet bloedtransfusieserum.⁷⁹ Toch werd het leerstuk ook bij deze producten in de meeste gevallen afgewezen, en bij andere producten werd het tot dusver geen enkele keer ondubbelzinnig aanvaard. Afwijzing vond plaats op grond van de meest uiteenlopende overwegingen, waarin tenminste een vijftal grote lijnen kan worden onderscheiden.

Een eerste en zeer evident obstakel voor toepassing van het leerstuk bestaat wanneer niet alle op de markt gebrachte producten het betreffende gebrek vertoonden.⁸⁰ Een voorbeeld is *Sheffield v. Eli Lilly & Co.*⁸¹ waar het ging om een anti-polio vaccin dat schadelijk was wegens een incidentele productiefout bij één bepaalde producent, niet wegens een standaard-gebrek in de door alle producenten gebruikte formule van het vaccin.⁸² Een ander voorbeeld is *York v. Lunkes*⁸³ waar de benadeelde was verwond tijdens een poging om een auto te

77 Zo bijv. in *Hardy v. Johnson*, *Manville Corp.*, 509 F.Supp. 1353 (E.D. Tex. 1981), *reversed* om andere redenen 681 F.2d 334 (5th Cir. 1982); *In Re Brooklyn Navy Yard Asbestos Litigation*, 971 F.2d 831 (2nd Cir. 1992). Voor een rechtspraakoverzicht zie W.B. Johnson, *Annotation: Products Liability: Inhalation of Asbestos*, 39 A.L.R.4th 399 (1985 + Supp. 1991) § 6.

78 DPT = "diphtheria-pertussis-tetanus". Marktaandeelaansprakelijkheid van producenten van DPT-vaccin werd aangenomen in *Morris v. Parke, Davis & Co.*, 667 F.Supp. 1332 (C.D. Cal. 1987). Anders werd beslist in *Shackil v. Lederle Laboratories*, 116 N.J. 155, 561 A.2d 511 (N.J. 1989) (zie nader de tekst bij noot 93). Zie over marktaandeelaansprakelijkheid en DPT F.H. Fern en L.S. McHugh, *The Market Share Conundrum: DES Contrasted with DPT*, 2 Prod.Lia.L.J. (1990/91) blz. 95 e.v.

79 Zo in *Smith v. Cutter Biological Inc.*, 823 P.2d 717 (Hawaii 1991). Anders: *Poole v. Alpha Therapeutic Corp.*, 696 F.Supp. 351 (N.D.Ill. 1988).

80 Dit obstakel is zo evident omdat onder deze omstandigheden niet m.b.t alle aansprakelijk te houden personen sprake is van onrechtmatigheid of tekortkoming. Zie over deze kwestie eerder § 1.2.2.

81 144 Cal.App.3d 583, 192 Cal.Rptr. 870 (1983).

82 In dit verband wordt wel onderscheiden tussen "design" en "manufacturing" defects of tussen "fungible" en "manufactured" products. Waar het echter om draait is een uniform gebrek in alle op de markt gebrachte producten, of dat nu is ontstaan door een fout in formule of ontwerp of door een productiefout. Zie *Morris v. Parke, Davis & Co.*, 667 F.Supp. 1332 (C.D. Cal. 1987) op blz. 1342 r.k. Evenzo E.D. Katz, 3 Prod.Lia.L.J. (1991/92) blz. 57. Het verschil is dat een bepaalde productiefout vaak niet door alle producenten gemaakt zal zijn, terwijl een fout in formule of ontwerp in de regel wél aan alle producenten zal kunnen worden toegerekend.

83 189 Ill.App.3d 689, 545 N.E.2d 478 (1989)

starten met behulp van hulpstartkabels.⁸⁴ Daarbij ontplofte de accu, waardoor het onmogelijk was om de producent daarvan te achterhalen. Een beroep op *market share liability* werd afgewezen omdat het niet om een uniform gebrek ging.⁸⁵

In een aantal gevallen werd toepassing van het leerstuk afgewezen omdat de benadeelde in staat was om een of meer van de producenten van het door hem gebruikte product te identificeren. Onder die omstandigheden zou jegens de overige producenten een omkering van de bewijslast niet langer gerechtvaardigd zijn. Zo werd in *Celotex Corp. v. Copeland*⁸⁶ een beroep op *market share liability* afgewezen omdat de benadeelde elf van de zestien door hem gedaagde producenten kon identificeren als de daadwerkelijke leveranciers van asbestproducten waaraan hij tijdens zijn werkzaamheden was blootgesteld.⁸⁷ De overige producenten, aan wiens producten hij mogelijk eveneens was blootgesteld, gingen vrijuit. In dit soort gevallen kan de benadeelde zijn claim dus alleen doorzetten jegens wél-geïdentificeerde producenten, en voorzover die daadwerkelijk verhaal bieden blijft hij niet met lege handen staan.

Een derde motief voor afwijzing van *market share liability* wordt aangevoerd wanneer niet alle producten even schadelijk waren. Dat zou maken dat marktaandelen geen werkbare maatstaf meer zijn voor de omvang van ieders aansprakelijkheid. Dit argument wordt met name

84 Wanneer een auto een lege accu heeft kan hij worden gestart door met hulpstartkabels (de Amerikanen spreken van "*jumper-cables*") een verbinding te maken met een andere stroombron, meestal de accu van een andere auto (een "*jump-start*").

85 545 N.E.2d 478 op blz. 480. Zie voorts *Pennfield v. Meadow Valley Elec.*, 604 a.2d 1082 (Pa.Super. 1992) (Defecte elektrische kabel geleverd door één van twee mogelijke distributeurs. Afgewezen wegens afwezigheid van tekortkoming van *beide* distributeurs); *Tirey v. Firestone Tire & Rubber Co.*, 22 Ohio Misc. 2d 50, 513 N.E.2d 825 (Ct.Com.Pl. 1986) (Een werknemer van Firestone stelde zijn werkgever en verschillende producenten van banden en velgen — men spreekt van "*multi-piece tire rims*" — aansprakelijk voor verwondingen opgelopen toen een wiel ontplofte tijdens montage op een truck. Doordat band en velg volledig waren vernietigd was het niet mogelijk om de producent ervan te achterhalen. Afgewezen mede omdat het niet om een uniform product ging (513 N.E.2d 825 op blz. 827).

86 471 So.2d 533 (Fla. 1985).

87 Eenzelfde reden werd aangevoerd in *In Re Related Asbestos Cases*, 543 F.Supp. 1152 (N.D.Cal. 1982). Zie nader W.B. Johnson, 39 A.L.R.4th 399 (1985 + Supp. 1991) § 6.

gebezigd in de context van aansprakelijkheid voor asbesthoudende producten.⁸⁸

Een vierde motief voor afwijzing van het leerstuk is gelegen in het bestaan van een achtergrondrisico.⁸⁹ Een voorbeeld waar de schade mogelijk uit de risicosfeer van de benadeelde zelf stamde is *Santiago v. Sherwin-Williams Co.*:⁹⁰

De benadeelde had als jong kind geleden aan een ernstige loodvergiftiging, die zij zou hebben opgelopen door het inslikken van loodhoudende verf waarmee de muren van haar ouderlijk huis waren beschilderd. Op latere leeftijd kampte zij met leerproblemen en een achterstand in haar ontwikkeling, symptomen die met loodvergiftiging in verband worden gebracht. Met een beroep op *market share liability* vorderde zij schadevergoeding van een zestal producenten van loodpigment.

Het gerecht overwoog dat hier, anders dan bij DES, geen sprake was van een *signature disease*: de symptomen waaraan benadeelde leed konden ook door andere factoren dan loodvergiftiging zijn veroorzaakt.⁹¹ Mede om deze reden werd het beroep op *market share liability* afgewezen.⁹²

Een vijfde motief dat wel ter afwijzing van *market share liability* wordt aangevoerd, zijn algemene rechtspolitieke bezwaren tegen het verder oprekken van de potentiële aansprakelijkheid van de producenten van een nuttig product. Een voorbeeld is *Shackil v. Lederle Laboratories*,⁹³ een uitspraak van het *New Jersey Supreme Court* over

88 Zo bijv. in *Goldman v. Johns-Manville Sales Corp.*, 33 Ohio St.3d 40, 514 N.E.2d 691 (Ohio 1987); *Case v. Fibreboard Corp.*, 743 P.2d 1062 (Okl. 1987) (blz. 1065-1066); *Starling v. Seaboard Coast Line R. Co.*, 533 F.Supp. 183 (1982) (blz. 191).

89 Ook dit argument wordt geregeld aangevoerd in asbestzaken. Zie *Case v. Fibreboard Corp.*, 743 P.2d 1062 (Okl. 1987) (blz. 1066); *Starling v. Seaboard Coast Line R. Co.*, 533 F.Supp. 183 (1982) (blz. 191).

90 782 F.Supp. 186 (D.Mass. 1992).

91 782 F.Supp. 186 blz. 193 l.k. Bovendien kon de loodvergiftiging ook door lood uit andere bron dan loodhoudende verf zijn ontstaan (ibid).

92 Een ander argument was gelegen in de omstandigheid dat de producenten waren gedaagd als fabrikanten van loodpigment, niet van de loodhoudende verf waarin dat pigment was verwerkt. Niet gedaagden, maar de *verf*producenten oefenden de controle uit over de risico's voor het publiek van loodhoudende verf, door hun besluitvorming over verfsamenstelling en etikettering (782 F.Supp. 195 blz. 195 l.k.). Daarnaast speelde ook een rol dat een aantal producenten niet langer bestonden, en dat de vaststelling van marktaandelen zeer moeilijk zou zijn (782 F.Supp. 195 blz. 194).

93 116 N.J. 155, 561 A.2d 511 (N.J. 1989).

de aansprakelijkheid van de producenten van "*diphtheria-pertussis-tetanus*" ("DPT") -vaccin:

DPT is een kinder-vaccin waarbij in een verhoudingsgewijs zeer gering aantal gevallen — schattingen variëren van 1:330.000 tot 1:110.000 — blijvende complicaties kunnen optreden, die overigens van zeer ernstige aard kunnen zijn.⁹⁴ In *Shackil* verloor de benadeelde na inenting op tweejarige leeftijd haar verbale, motorieke en geestelijke vermogens. Zij raakte uiteindelijk ernstig geestelijk gehandicapt, en moest blijvend in een tehuis worden opgenomen.⁹⁵

Het gerecht overwoog dat aan het DPT-vaccin weliswaar risico's waren verbonden, maar dat het in het algemeen een uiterst nuttig product was, dat had geleid tot een reductie van 99% van de potentieel dodelijke ziekte pertussis:

"We deem it a matter of paramount importance that this case involves a vaccine — a product regarded as essential to the public welfare. Before the vaccine's appearance, the disease of pertussis claimed the lives of thousands of children in the United States each year and left many others with severe injuries"⁹⁶

Recente ontwikkelingen vormden echter een serieuze bedreiging voor de beschikbaarheid van het vaccin. Vooral vanwege de hoge aansprakelijkheidsrisico's was de prijs van een enkele dosis DPT gestegen van elf dollarcent in 1984, naar elf dollar en veertig cent in 1986, waarvan acht dollar opging aan verzekeringspremies.⁹⁷ Van de vijf producenten van DPT uit 1984 waren er thans nog maar twee bereid om het middel op de markt te brengen. Voorts hechtte het gerecht groot belang

94 Zie F.H. Fern en L.S. McHugh, 2 Prod.Lia.L.J. (1990/91) blz. 113-114.

95 Omdat haar ouders zich lange tijd niet bewust waren van het verband met de vaccinatie, spanden zij pas dertien jaar later een procedure aan. Door dit uitstel was identificatie van de betrokken producent onmogelijk geworden (561 A.2d 511 op blz. 513 l.k.).

96 561 A.2d 511 op blz. 522 r.k. Ook *Shackil* betrof een beroepsprocedure over een *summary judgement* (zie eerder noot 49) in verband waarmee het *Supreme Court* ervan uit moest gaan dat sprake was van een gebrekkig product (t.a.p. op blz. 514 r.k.). Met name bleef in het midden of het DPT-vaccin een "*unavoidably unsafe product*" was in de zin van comment k van § 402A Restatement (second) Torts (zie nader noot 99).

97 561 A.2d 511 op blz. 523 r.k. In 1989 kostte een enkele dosis al bijna vijftien dollar. Zie A.B. Nace, 33 Vand.L.Rev. (1991) blz. 433 noot 309.

aan de inwerkingtreding van de *National Childhood Vaccine Injury Act* (NCVIA), op grond waarvan het voor de benadeelde mogelijk was geweest om de voordien opgestarte privaatrechtelijke procedure stop te zetten — hetgeen dan wel vóór de einduitspraak had moeten geschieden — en een schadeloosstelling aan te vragen uit een publiekrechtelijk fonds, zij het tot een bepaald maximum bedrag.⁹⁸ Op grond van deze overwegingen concludeerde het gerecht dat toepassing van *market share liability* in strijd zou zijn met het algemeen belang,⁹⁹ vanwege het negatieve effect op verkrijgbaarheid van DPT en de noodzaak om verdere productie en ontwikkeling van vaccins aan te moedigen:

"Rather than approach our decision from the perspective of an analytical criticism of the market-share approach, we have chosen to posit today's ruling on the regressive effect that collective liability would have on the social policy of encouraging vaccine production and research.¹⁰⁰ [...] It should not be read as forecasting an inhospitable response to the theory of market-share liability in an appropriate context, perhaps one in which its application would be consistent with public policy and where no other remedy would be available. This case, the Court's first exposure to market-share liability, may therefore come to represent the exception rather than the rule."¹⁰¹

Van de genoemde vijf motieven lijken alleen de eerste twee een absoluut obstakel te vormen voor toepassing van het principe van *market share liability*.¹⁰² Voor de overige drie ligt dat anders. Wat betreft het laatste argument volgt dat reeds uit de overwegingen van het gerecht zelf, waarbij nog zij opgemerkt dat in een andere DPT-zaak het principe van *market share liability* wél werd toegepast.¹⁰³ Dat

98 561 A.2d 511 op blz. 524-527.

99 Het algemeen belang bij de ontwikkeling van producten zoals nieuwe medicijnen is ook de ratio achter comment k van § 402A Restatement (second), Torts, waarin de vrijstelling van risico-aansprakelijkheid is voorzien van producenten van "*unavoidably unsafe products*", mits het betreffende product was voorzien van afdoende veiligheidsinstructies en waarschuwingen.

100 561 A.2d 511 op blz. 528 l.k.

101 561 A.2d 511 op blz. 529.

102 Over de tweede omstandigheid (identificatie van een of meer producenten) kan men van mening verschillen. Zelf meen ik dat dit geen absoluut obstakel zou mogen zijn (zie in dit verband hetgeen uiteengezet in § 2.4.5). De eerste omstandigheid (niet alle op de markt gebrachte producten vertoonden het betreffende gebrek) vormt naar mijn mening in elk geval wél een absoluut obstakel. Zie hetgeen opgemerkt in noot 80.

103 *Morris v. Parke, Davis & Co.*, 667 F.Supp. 1332 (C.D. Cal. 1987).

ook de resterende twee bezwaren niet onoverkomelijk hoeven te zijn wordt onder meer geïllustreerd door de *Agent Orange*-zaak.¹⁰⁴

Zoals eerder opgemerkt eindigde de hoofdprocedure in *Agent Orange* met een schikking waarbij een schadevergoedingsfonds werd gesticht van 180 miljoen dollar.¹⁰⁵ Bij het vaststellen van een verdeelsleutel voor de bijdragen aan dit fonds speelde het probleem dat de gemiddelde concentratie dioxine-verontreiniging per producent sterk uiteen liep. Het product van de een kon wel tien keer zo schadelijk zijn geweest als dat van de ander.¹⁰⁶ Op voorstel van rechter Weinstein werd ieders bijdrage vastgesteld volgens een verdeelsleutel die rekening hield met marktaandeel én gemiddelde dioxine-concentratie.¹⁰⁷ Het aldus gecorrigeerde marktaandeel weerspiegelde ieders individuele bijdrage aan het totale gevaar van *Agent Orange*. De omstandigheid dat niet alle producten even schadelijk waren vormde dus geen beletsel voor een objectieve verdeling van de schadevergoedingplicht, maar slechts een extra factor die daarbij in acht moest worden genomen.¹⁰⁸ Ook het gerecht ging bij zijn toetsing van het schikkingsvoorstel uit van de partiële aansprakelijkheid van iedere producent die aannemelijk kon maken dat een beperking van zijn schadevergoedingsplicht redelijk was, bijvoorbeeld vanwege zijn aandeel in de totale hoeveelheid geleverde *Agent Orange* of de relatieve zuiverheid van zijn product.¹⁰⁹

Evenmin onoverkomelijk was het bestaan van een achtergrondrisico. Zoals beschreven in § 4.2.2 ging het gerecht ervan uit dat de kans dat de schade uit de risicosfeer van de benadeelde stamde, kon worden verrekend door het toekennen van een proportionele schadeloosstelling.¹¹⁰ Deze oplossing was echter alleen mogelijk omdat het gerecht in principe bereid was een uitzondering te maken op het alles-of-niets. Men kan haar ook zo voorstellen dat het achtergrondrisico wordt aangemerkt als een "marktaandeel" dat voor rekening blijft van de benadeelde zelf.

104 Zie de tekst bij noot 15 op blz. 328.

105 Zie de tekst bij noot 79 op blz. 272.

106 597 F.Supp. 740 blz. 817 l.k.

107 Zie P.H. Schuck, *Agent Orange on Trial* (1986) blz. 156.

108 Ook bij asbesthoudende producten laat het probleem zich in principe oplossen door op de marktaandelen een correctie toe te passen naar rato van de schadelijkheid van het product. Voor zo'n correctie-methode zie K. Otte, a.w. (zie noot 5) blz. 70-73.

109 597 F.Supp. 740 blz. 833 r.k.

110 597 F.Supp. 740 blz. 837-838. Zie eerder de tekst bij noot 81 op blz. 273.

5.2.3 Overige landen

Behalve in Nederland heeft de DES-problematiek en het Amerikaanse leerstuk van de *market share liability* ook in andere Europese landen aandacht getrokken.¹¹¹ Met name in Duitsland is hierover de nodige literatuur verschenen. Veruit de meeste schrijvers staan een proportionele oplossing voor.¹¹²

De meest invloedrijke opvatting lijkt die van Bodewig.¹¹³ In een toonaangevend artikel uit 1985 besprak hij situaties van het DES-type naar Duits recht. Volgens Bodewig is § 830 Abs. 1 S. 2 BGB, het Duitse equivalent van artikel 6:99,¹¹⁴ in principe toepasselijk omdat aan alle voorwaarden daarvoor is voldaan. Een "*unreflektierte Anwendung*" van deze bepaling wijst hij echter van de hand, omdat zij zou leiden tot een resultaat dat onverenigbaar is met haar strekking. § 830 Abs. 1 S. 2 BGB roept immers aansprakelijkheid in het leven wegens *mogelijke* veroorzaking, terwijl onverkorte toepassing van deze bepaling op de DES-figuur zou leiden tot aansprakelijkheid voor schade die *onmogelijk* door de gedaagde kan zijn veroorzaakt. In dit opzicht bestaat een tegenstelling tussen het resultaat van een "*Einzelbetrachtung*" en een "*Gesamtschau*": bezien vanuit ieder der benadeelden

111 Een aardige staalkaart aan opvattingen bieden de diverse noten bij het Nederlandse DES-arrest in de *European Review of Private Law* (1994) blz. 409 e.v. met bijdragen van M.A. Parra (Spanje) op blz. 414-430; G. Häger (BRD) op blz. 430-441; I. Geers (B) op blz. 442-451; O. Guillod en A. Leuba (CH) op blz. 452-461; D. Tzouganatos (GR) op blz. 401-465; J. Calvão da Silva (P) op blz. 465-469 en in het *Consumer Law Journal* [1994] blz. 40 e.v. met bijdragen van J.J. Phillips (USA) op blz. 43 en J. Bridgeman (GB) op blz. 44-48.

112 Zie *Produkthaftungshandbuch/Foerste* § 42 Rnr. 38; T. Bodewig, *AcP* 185 (1985) blz. 505 e.v.; K. Otte, a.w. (zie noot 5) blz. 108-120; J. Koch, *Haftungsprobleme bei Produktpätschaden* (1987) blz. 192-193; A. Pfeifer, *Produktfehler oder Fehlverhalten des Produzenten* (diss. Hamburg 1987) blz. 220; H. Stoll, *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht* (1993) blz. 132; H.-D. Assmann, *Multikausale Schäden im deutschen Haftungsrecht*, in: A. Fenyves en H.-L. Weyers (Hrsg.), *Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten* (1988) blz. 99 e.v. (op blz. 126-130). Voor Zwitserland zie o.a. R. Quendoz, a.w. (zie noot 4) blz. 88-90; P. Loser, *Kausalitätsprobleme bei der Haftung für Umweltschäden* (diss. St. Gallen 1994) blz. 245-246.

113 T. Bodewig, *Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden*, *AcP* 185 (1985) blz. 505 e.v. Volgens Schuijjer geeft dit artikel zelfs de "*heersende leer*" weer. Zie E.I. Schuijjer, *Alternatieve causaliteit*, in: *Jaarboek konsumentenrecht 1994* blz. 69 e.v. (op blz. 79).

114 Zie § 2.3.2.

afzonderlijk geldt dat ieder der gedaagden zijn gehele schade kan hebben veroorzaakt, maar gezien vanuit alle benadeelden *gezamenlijk* geldt dat ieder der gedaagden onmogelijk hun totale schade kan hebben veroorzaakt. In de eerste optiek is de toepasselijkheid van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB zonder meer gerechtvaardigd, maar in de tweede optiek gaat het resultaat de strekking van deze bepaling te buiten. Een analyse van rechtspraak en literatuur over § 830 Abs. 1 S. 2 BGB en de veroorzaking van deelschade — Bodewig betreft daarbij onder meer de in § 2.3.2 besproken *Plünderungsfälle*¹¹⁵ — levert de algemene regel op dat aansprakelijkheid slechts zover kan reiken als dat tenminste de *mogelijkheid* van veroorzaking bestaat. Indien en voorzover die mogelijkheid ontbreekt, ontbreekt ook de aansprakelijkheid.¹¹⁶ Daarom moet bij de figuur van de tweezijdige alternativiteit de logica van de *Gesamtschau* voorgaan op die van de *Einzelbetrachtung*, aldus Bodewig, en behoort § 830 Abs. 1 S. 2 BGB zodanig te worden toegepast dat de totale aansprakelijkheid van elke individuele gedaagde niet verder reikt dan het deel van de totale schade dat hij ook werkelijk veroorzaakt kan hebben. De enige aanvaardbare manier om dat resultaat te bereiken is om gedaagde's schadevergoedingsplicht jegens individuele benadeelden tot een overeenkomstig deel te beperken.¹¹⁷ Maatstaf daarvoor is niet zozeer gedaagde's marktaandeel, maar de veroorzakingswaarschijnlijkheid van de te vergoeden schade, waarvoor marktaandelen wel een goede richtsnoer kunnen, maar lang niet altijd hoeven te zijn.

Volgens Bodewig is deze proportionele oplossing ook aangewezen wanneer een mogelijke oorzaak in het geding is die voor rekening komt van de benadeelde zelf. Ook bij het bestaan van zo'n achtergrond risico moet § 830 Abs. 1 S. 2 BGB toepasselijk zijn, omdat de gedaagden anders volledig vrijuit zouden gaan terwijl vaststaat dat ieder van hen wel degelijk een deel van de totale schade heeft veroorzaakt.

In navolging van Bodewig gaan veel auteurs ervan uit dat § 830 Abs. 1 S. 2 BGB in de bedoelde gevallen op aangepaste wijze kan worden toegepast, anderen twijfelen over de haalbaarheid daarvan *de lege lata*, en zoeken naar een alternatieve grondslag.¹¹⁸ Een hoofde-

115 Zie de tekst bij noot 61 op blz. 31.

116 T.a.p. blz. 536.

117 T.a.p. blz. 548-549.

118 Zo K. Otte, a.w. (zie noot 5) blz. 121-138; H. Stoll, a.w. (zie noot 112) blz. 132; H.-D. Assman, a.w. (zie noot 112) blz. 126-130.

lijke aansprakelijkheid wordt nagenoeg algemeen verworpen,¹¹⁹ evenals het wegvallen van alle aansprakelijkheid bij het bestaan van een achtergrondrisico.¹²⁰

Jurisprudentie die zich rechtstreeks met de figuur van de alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden bezighoudt is tot dusver uiterst schaars. Met betrekking tot de DES-problematiek zijn in andere Europese landen dan Nederland bij mijn weten nog geen uitspraken gedaan.¹²¹ Lang voordat de DES-problematiek in de aandacht kwam deed het Duitse *Oberlandesgericht Neustadt* uitspraak in het *Bienen- of Imker-fall*.¹²²

In een landelijke gemeente had een groot aantal fruittelers hun boomgaarden op een onjuist tijdstip met een insectenverdelger besproeid, met een omvangrijke bijensterfte als gevolg. Zes van de gedupeerde imkers spraken via hun regionale imkervereniging vijf fruittelers aan voor de totale door hen geleden schade. Het was niet mogelijk om vast te stellen welke bijen bij welke boomgaard met het gif in contact waren gekomen.

119 Een uitzondering is I.C.F. Ohmann, *Die "Market Share Liability" als Lösung des Identifikationsproblems bei alternativ verursachten Massenschäden im US-Deliktsrecht* (Diss. München 1986) blz. 313-318. Een min of meer neutraal standpunt wordt ingenomen door G. Häger, *Anmerkung zu dem Urteil des hohen Rats der Niederlande vom 9. Oktober 1992 No. 14.667 AS*, 2 ERPL (1994) blz. 430 e.v. Ook in Zwitserland zijn er voorstanders van hoofdelijkheid, zie O. Guilloid & A. Leuba, *Causalité alternative et responsabilité du fait des produits: un pour tout, tous pour un*, 2 ERPL (1994) blz. 452 e.v.

120 Anders: *Produkthaftungshandbuch/Foerste* § 42 Rnr. 16-22.

121 Nederland loopt wat dit betreft duidelijk voorop, waarschijnlijk als gevolg van het feit dat de benadeelden zich nog nergens in Europa zo goed hebben georganiseerd en van ondersteuning hebben kunnen voorzien als hier. Overigens loopt de mate waarin DES in de verschillende landen werd voorgeschreven nogal uiteen. Naar zich thans laat aanzien gebeurde dat in elk geval op relatief grote schaal in Nederland, Frankrijk en Spanje. In Frankrijk loopt inmiddels een DES-procedure, maar daarbij gaat het om één individueel geval waarin de producent van de gebruikte DES kon worden geïdentificeerd. In Duitsland schijnt DES relatief weinig te zijn gebruikt. In deze zin ook E.I. Schuijjer, a.w. (zie noot 113) blz. 78. In België zou DES slechts door één producent zijn gedistribueerd, hetgeen echter nog niets zegt over de schaal waarop dat gebeurde. Bron van dit alles: Stichting DES aktie- en informatiecentrum, Utrecht. In Engeland schijnt DES eveneens op kleinere schaal te zijn gedistribueerd. Volgens J.G. Teulings, *D.E.S. and Market Share Liability in the Netherlands*, 11 LQR (1994) blz. 228 e.v. (op blz. 233) zouden in Engeland statistisch gezien niet meer dan 10 à 20 slachtoffers kunnen worden verwacht, waarvan er tot dusver slechts drie zouden zijn opgedoken.

122 OLG Neustadt 20 dec. 1957, VersR 1958, 251, ook kenbaar uit T. Bodewig, AcP 185 (1985) blz. 530 noot 105.

De gevorderde hoofdelijke aansprakelijkheid werd door het gerecht afgewezen. De fruittelers hadden niet als *Mittäter* gehandeld, en individueel gezien kon geen van hen verantwoordelijk worden geacht voor de dood van alle gestorven bijen. Ieder had slechts een deelschade veroorzaakt. Bij afwezigheid van mogelijke totaalveroorzaking kon ook toepassing van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB niet tot totaalaansprakelijkheid leiden. Het OLG concludeerde dat iedere fruitteler afzonderlijk niet voor meer dan een deel van de totale schade kon worden aangesproken, te schatten conform § 287 ZPO.

Het OLG hanteerde dus een *Gesamtschau*, wat in dit geval ook voor de hand lag omdat de zes imkers hun vorderingen aan de imkervereniging hadden gecedeerd. Bodewig vraagt zich af wat het OLG zou hebben besloten wanneer de imkers ieder afzonderlijk in rechte waren opgetreden.¹²³ Dan zou de cruciale vraag zijn geweest of ieder der fruittelers niet de gehele schade van ieder der imkers *afzonderlijk* had kunnen veroorzaken.¹²⁴ Zo ja, dan had de onverkorte toepassing per *Einzelfall* van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB tot de mogelijkheden behoort, wat tot gevolg had kunnen hebben dat ieder der fruittelers wél voor de totale schade aansprakelijk zou zijn geweest. Volgens Bodewig een uiterst merkwaardig resultaat, dat als onverenigbaar met de strekking van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB moet worden verworpen.¹²⁵

Relevant lijkt ook de uitspraak van het *Bundesgerichtshof* in het *Kindertee-fall*.¹²⁶ Aan deze uitspraak lag weliswaar een afwijkende casuspositie ten grondslag, maar door de principiële benadering van het BGH wordt zij toch gezien als een uitspraak die ook op de figuur van de tweezijdige alternativiteit betrekking heeft.¹²⁷

Eiser had als jong kind aan een zeer ernstige aantasting van zijn melkgebit geleden. Aan een lange periode van tandpijn kwam pas een eind toen op 3-jarige leeftijd vijf voortanden werden getrokken. De cariës-aantasting was veroorzaakt door het landurig sabbelen op een zuigfles met suikerhoudende

123 AcP 185 (1985) blz. 531 noot 107.

124 Overigens ging het OLG er vanuit dat ook deze vraag negatief moest worden beantwoord (t.a.p. blz. 252 l.k.).

125 AcP 185 (1985) blz. 534-535. Bodewig illustreert dit punt aan de hand van het autodieven-voorbeeld. Zie over dit argument nader de tekst bij noot 152 op blz. 361.

126 BGH 11 jan. 1994, NJW 1994, 932.

127 Zo bijv. door H.-J. Kullmann, *Die Rechtsprechung des BGH zum Produkthaftpflichtrecht in den Jahren 1992-1994*, NJW 1994 blz. 1698 e.v. (blz. 1703 l.k.).

kinderthee (het z.g. "*Baby-bottle-syndrome*"). Eiser had kinderthee van twee verschillende producenten gebruikt. Ter vergoeding van geleden en nog te lijden materiële en immateriële schade sprak hij beide theeproducenten hoofdelijk aan.

Het precieze causale verband tussen het theegebruik en de cariësschade kon niet worden vastgesteld. Niet duidelijk was of de schade slechts had kunnen ontstaan door het afwisselend gebruik van thee van *beide* producenten, of dat zij reeds had kunnen ontstaan door het gebruik van thee van één producent. In eerste aanleg werd de eis tegen producent A-AG afgewezen, omdat deze producent niet tekort zou zijn geschoten in zijn waarschuwingsplicht. In hoger beroep nam het *Berufungsgericht* alsnog een tekortkoming aan, en overwoog dat § 830 Abs. 1 S. 2 BGB in principe kon worden toegepast, mits ook producent M-AG zijn waarschuwingsplicht zou hebben geschonden. Dat laatste kon echter niet worden vastgesteld omdat M-AG niet in de appelprocedure was betrokken. In *Revision* wees het BGH de zaak terug omdat het *Berufungsgericht* onvoldoende had vastgesteld of de consumptie van thee afkomstig van A-AG in de door eiser gebruikte hoeveelheden op zichzelf reeds de cariësschade in volle omvang had kunnen veroorzaken, of hooguit slechts in mindere omvang.¹²⁸ In het laatste geval kon toepassing van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB onmogelijk tot totaalaansprakelijkheid leiden, aldus het BGH, maar hooguit tot aansprakelijkheid voor een deelschade, eventueel te schatten conform § 287 ZPO:

"§ 830 I 2 BGB [kann nur] zur Haftung der Bekl. für den gesamten Kariesschaden [...] führen, wenn der Tee der Bekl. in der von der Kl. genossenen Menge geeignet war, diesen schweren Schaden auch allein herbeizuführen. Ist eine solche Schadenseignung für den gesamten Kariesschaden nicht festzustellen, so kann eine Haftung der Bekl. nach § 830 I 2 BGB allenfalls für den gegebenenfalls nach § 287 ZPO zu schätzenden Schadensanteil in betracht kommen, zu dessen Herbeiführung sowohl der Tee der Bekl. als auch der Tee der M-AG je allein geeignet war."¹²⁹

Door de benadeelde was nog aangevoerd dat M-AG volgens de algemene grondbeginselen van het aansprakelijkheidsrecht óók verantwoordelijk was voor schade die door thee van A-AG was veroorzaakt,

128 Een tweede reden was dat onvoldoende was vastgesteld of de producent ook jegens *deze* concrete benadeelde in zijn waarschuwingsplicht was tekortgekomen.

129 NJW 1994, 932 blz. 934.

omdat beide merken thee een *Substitutionsprodukt* van elkaar waren, in verband waarmee tussen de producenten een soort gevarengemeenschap zou bestaan. Deze redenering werd door het BGH nadrukkelijk verworpen:

"Das Berufungsurteil läßt sich in diesem Punkt auch nicht mit der Erwägung halten, die Bekl. habe nach den allgemeinen Grundsätzen des Haftungsrechts auch für den Zahnschaden einzustehen, den die A-AG etwa verschuldet habe. Der Bekl. sind diese Schäden entgegen der Ansicht der Revisionserwiderung nicht etwa deswegen zuzurechnen, weil es sich bei dem Tee der M-AG um ein Substitutionsprodukt zu ihren Tees handelte und Bekl. sich deshalb mit der M-AG in einer Art Gefahrengemeinschaft befand. Ihre Verantwortlichkeit reicht nur so weit, wie Gefahren von ihrem Tee ausgingen."¹³⁰

Al met al hield het BGH dus zeer nauwgezet vast aan het uitgangspunt dat de verantwoordelijkheid van een producent niet verder behoort te reiken dan de gevaren die van zijn eigen product uitgingen. Volgens dat uitgangspunt zou ook bij de figuur van de tweezijdige alternativiteit de aansprakelijkheid van een individuele producent beperkt moeten blijven tot het door hem zelf geschapen gevaar. Dat brengt mee dat ook bij deze figuur de toepassing van § 830 Abs. 1 S. 2 BGB hooguit tot een vorm van deelaansprakelijkheid zou kunnen leiden. De conclusie lijkt dan ook gerechtvaardigd dat de aanname van een hoofdelijke aansprakelijkheid bij de figuur van de alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden in het Duitse recht uiterst onwaarschijnlijk is.¹³¹

130 NJW 1994 blz. 934 r.k.

131 Ook Schuijjer meent dat een uitspraak als van de Hoge Raad in het *DES*-arrest in Duitsland voor onmogelijk moet worden gehouden. Zie E.I. Schuijjer, a.w. (zie noot 113) blz. 80.

5.3 Eigen opvatting: in principe proportionele aansprakelijkheid

5.3.1 Inleiding

Gezien de opvattingen in literatuur en rechtspraak van de beschreven landen lijkt de Hoge Raad met het *DES*-arrest tamelijk alleen te staan.¹³² Ook elders wordt het principe van marktaandeelaansprakelijkheid wel verworpen, maar doorgaans enkel om vervolgens alle aansprakelijkheid volledig af te wijzen, niet om een hoofdelijke aan te nemen.¹³³ Internationaal gezien gaat het *DES*-arrest dus erg ver. *Te* ver, zo menen verschillende critici,¹³⁴ een opvatting waar ik mij bij aansluit.

Naar mijn mening is ook bij de figuur van de alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden de meest rechtvaardige oplossing in

132 Volgens Hondius zijn de reacties op het arrest in het buitenland "overwegend positief" (Jaarboek konsumentenrecht 1995 blz. 79). Hij verwijst in dit verband naar de diverse noten bij het arrest in de *European Review of Private Law* (1994) en het *Consumer Law Journal* [1994] (zie noot 111). Die kwalificatie lijkt op zich wel adequaat, maar kan door haar beknoptheid toch enigszins misleidend zijn. In hun soms zeer korte commentaren tonen alle schrijvers zich er voorstander van dat de *DES*-dochter niet met lege handen blijven staan, maar bij de in Nederland juist zo omstreden keuze tussen hoofdelijkheid en marktaandeelaansprakelijkheid staan zij lang niet allemaal even uitvoerig stil. Gemotiveerd vóór hoofdelijkheid zijn O. Guilloid & A. Leuba (Zwitserland) ERPL blz. 452 e.v. Ook voor hoofdelijkheid, maar zonder veel woorden vuil te maken aan de daaraan verbonden bezwaren J. Calvão da Silva (Portugal) ERPL blz. 465 e.v. en J.J. Philips (Verenigde Staten) [1994] *Consum.L.J.* blz. 43, evenals (kennelijk) D. Tzouganatos (Griekenland) ERPL blz. 461 e.v. Min of meer neutraal zijn G. Häger (Duitsland) ERPL blz. 431 e.v. en M.A. Parra (Spanje) ERPL blz. 414 e.v. Volledig onbesproken blijft de kwestie bij I. Geers (België) ERPL blz. 442 e.v. en J. Bridgeman (Engeland) [1994] *Consum.L.J.* blz. 44 e.v. Overigens verwachten verschillende schrijvers dat een soortgelijke vordering in eigen land in het geheel niet zou slagen (zo I. Geers m.b.t. België; J. Bridgeman m.b.t. Engeland en O. Guilloid & A. Leuba m.b.t. Zwitserland), of hooguit in het standaard-geval van alternatieve veroorzaking waarbij alle mogelijke veroorzakers voor het gerecht zijn gedaagd (zo M.A. Parra m.b.t. Spanje). Ook Fleming wijst op het opmerkelijke karakter van de Nederlandse beslissing, zie J.G. Fleming, *Mass Torts*, 42 *Am.J.Comp.L.* (1994) blz. 507 e.v. (op blz. 512).

133 Uitzonderingen zijn de opvattingen vermeld in noot 119. In dit verband wijs ik er nog op dat noch in *Abel v. Eli Lilly & Co.* (zie de tekst bij noot 47 op blz. 337), noch in de twee in noot 53 bedoelde uitspraken het principe van *market share liability* aan de orde was gekomen.

134 Zo ondermeer L. Bergkamp, die in dit verband spreekt van "Nederlandse" in plaats van "Amerikaanse" toestanden (NJB 1993 blz. 100 e.v.).

principe gelegen in een proportionele aansprakelijkheid. In het autodieven-voorbeeld komt dit neer op de aansprakelijkheid van iedere dief jegens ieder der bestolen eigenaren voor 1/3 van de individueel geleden schade.¹³⁵ En in de DES-casus komt dit neer op de aansprakelijkheid van iedere producent jegens ieder der DES-dochters voor een gedeelte van de individueel geleden schade dat in principe — en in de uitwerking hiervan kan aanmerkelijk verschil bestaan¹³⁶ — is gerelateerd aan zijn marktaandeel. Voor een deel sluiten de redenen hiervoor aan bij de in de vorige hoofdstukken besproken argumenten, met name indien sprake is van een significant achtergrondrisico. Voor een ander deel vloeien zij voort uit de specifieke merites van deze causale figuur. In het navolgende zal ik mij aanvankelijk tot deze laatste redenen beperken (§ 5.3.2 t/m § 5.3.8) Pas daarna kom ik terug op de problematiek van het achtergrondrisico (§ 5.3.9).

Zoals zal blijken komt mijn opvatting in sterke mate¹³⁷ overeen met de hiervoor in § 5.2.3 beknopt weergegeven visie van Bodewig, die zoals gezegd voor Duitsland als toonaangevend kan worden beschouwd.¹³⁸ Waar de problematiek ook in Nederland in de sleutel van het principe van de alternatieve veroorzaking wordt geplaatst, ligt het ook erg voor de hand om aandachtig naar het Duitse recht te kijken, omdat dit leerstuk daar veel verder is uitgekristalliseerd dan bij ons.¹³⁹

5.3.2 De toepasselijkheid van artikel 6:99

Naar mijn mening is artikel 6:99 op de figuur van de alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden in principe van toepassing, omdat aan de inhoudelijke voorwaarden voor die toepasselijkheid wordt voldaan. Zoals uiteengezet in § 2.4 moet het artikel naar mijn mening worden opgevat als een bijzondere bepaling van materieel recht die aansprakelijkheid in het leven roept wegens *mogelijke* veroorzaking van schade.¹⁴⁰ Daarvan is bij tweezijdige alternativiteit zonder meer sprake

135 Althans in het meest eenvoudige geval. Onder omstandigheden is ook een andere uitkomst denkbaar. Zie hierover § 5.4.3.

136 Zie nader § 5.4.

137 Zie echter § 5.4.2 en hetgeen aldaar opgemerkt in noot 221 (blz. 386).

138 E.I. Schuijjer spreekt in dit verband zelfs van "heersende leer" (a.w. — zie noot 113 — blz. 79).

139 Vgl. E.I. Schuijjer, a.w. (zie noot 113) blz. 72.

140 Zie § 2.4.7.

— zij het slechts tot een bepaalde maximale omvang — en voor zover is het artikel dan ook toepasselijk. Maar dan moet het in artikel 6:99 gecodificeerde principe wél worden toegepast conform zijn *inhoudelijke* strekking. Het probleem bij de hier besproken figuur is dat dit noopt tot een meer doordachte aanpak dan het onverkort toepasselijk verklaren van de "*Wortlaut*" van het artikel.

5.3.3 *De onverenigbaarheid van het resultaat van een één-voor-één-toepassing van artikel 6:99 met de inhoudelijke strekking van deze bepaling*

Bij de figuur van de alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden doet zich het probleem voor dat het resultaat van een onverkorte toepassing van het principe van de alternatieve veroorzaking op de individuele schadevergoedingsvorderingen één voor één, in haar totaliteit tot een resultaat leidt dat onverenigbaar is met de inhoudelijke strekking van dat principe. Dit laat zich eenvoudig illustreren aan de hand van het autodieven-voorbeeld:¹⁴¹

In een parkeergarage wordt op een kwade dag door drie, onafhankelijk van elkaar opererende dieven, telkens één auto van hetzelfde merk en type gestolen. Elk van de drie gestolen wagens behoort een andere eigenaar toe. Wanneer later de dieven zijn gevat, kan niet meer worden vastgesteld wie van hen welke auto heeft ontvreemd.

Stel dat eigenaar X zich op dief A wenst te verhalen. Vaststaat dat A onrechtmatig heeft gehandeld, en mogelijk X's schade heeft veroorzaakt. Op het eerste gezicht staat niets de toepasselijkheid van artikel 6:99 in de weg. Nemen wij daarom aan dat A de schade van X moet vergoeden. Wat is dan rechtens wanneer vervolgens ook eigenaar Y zich op A wenst te verhalen? Tussen Y en A afzonderlijk bezien geldt eveneens dat A onrechtmatig heeft gehandeld, en mogelijk Y's schade heeft veroorzaakt. Opnieuw lijkt niets aan de toepassing van artikel 6:99 in de weg te staan, met als gevolg dat A ook de schade van Y zou hebben te vergoeden. Hetzelfde zou gelden voor een vordering van eigenaar Z. Het resultaat van dit alles zou zijn dat A alle drie de bestolen eigenaren schadeloos zou moeten stellen, terwijl vaststaat dat hij slechts de schade van één van hen heeft veroorzaakt.

Het problematische van dit resultaat is dat het ten ene male onver-

141 Zie eerder de tekst bij noot 6 op blz. 326.

enigbaar is met de inhoudelijke strekking van het in artikel 6:99 gecodificeerde principe. Zoals gezegd moet dit artikel naar mijn mening worden opgevat als een bijzondere bepaling van materieel recht die aansprakelijkheid in het leven roept wegens *mogelijke* veroorzaking van schade. Daaruit volgt dat het artikel niet kan leiden tot aansprakelijkheid voor schade die *onmogelijk* kan zijn veroorzaakt. En ook wanneer men wil vasthouden aan de notie van bewijslastverdeling zal men toch moeten toegeven dat het een merkwaardig resultaat geeft wanneer door toepassing van het artikel de bewijslast wordt "omgedraaid" voor schade waarvan *vaststaat* dat zij niet door de gedaagde kan zijn veroorzaakt.

5.3.4 De noodzaak van een totaalbeschouwing

Toch is dit wonderlijke resultaat onvermijdelijk wanneer men de relaties tussen benadeelden en gedaagden uitsluitend één voor één in ogenschouw wenst te nemen. Alleen wanneer men bereid is de relaties tussen benadeelden en gedaagden in hun totaal te beschouwen wordt duidelijk dat een onverkorte cumulatieve toepassing van artikel 6:99 de inhoudelijke strekking van deze bepaling te buiten gaat. Wat dat betreft heeft Bodewig dus inderdaad de kern van de problematiek blootgelegd met de vraag aan welke logica voorrang moet worden gegeven, aan die van de *Einzelbetrachtung* of aan die van de *Gesamtschau*.

Zoals gezegd gaat volgens Bodewig de laatste logica vóór op de eerste, een opvatting waarin hij door het overgrote merendeel van de Duitstalige literatuur is gevolgd, niet alleen in Duitsland maar bijvoorbeeld ook in Zwitserland.¹⁴² Ook ik ben van mening dat in deze context de totaalbeschouwing moet prevaleren. De essentie van de figuur van de alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden is nu eenmaal dat meerdere veroorzakers en benadeelden op onontwarbare wijze in één en dezelfde causale figuur zijn betrokken, en zonder het totaal van hun onderlinge relaties in ogenschouw te nemen kan men hen niet werkelijk recht doen.¹⁴³

142 Voor Zwitserland zie R. Quendoz, a.w. (zie noot 4) blz. 88; P. Loser, a.w. (zie noot 112) blz. 245.

143 Zie in dit verband ook het (naar mijn mening overtuigende) betoog van R.J.B. Boonekamp, *Onrechtmatige daad in groepsverband* (diss. 1990), blz. 205-208. Overigens kan eenzelfde fenomeen zich voordoen bij samenhangende rechtsverhoudingen in het contractenrecht. Zie J.B.M. Vranken, a.w. (zie noot 40) blz. 422-427; J.G.A. Linssen, *Samenhangende rechtsverhoudingen in het contractenrecht*, NJB 1995 blz. 1265 e.v.

5.3 Eigen opvatting: proportionele aansprakelijkheid

Wanneer men zich beperkt tot een één-voor-één-benadering doet men ook geweld aan het uitgangspunt van de gelijkwaardigheid van partijen. Deze benadering beziet de verhoudingen uitsluitend vanuit het individuele slachtoffer. In deze optiek is alleen sprake van alternatieve veroorzaking, en lijkt niets de totaalaansprakelijkheid van alle gedaagden in de weg te staan. Ten onrechte beziet men zo de verhoudingen niet *tevens* vanuit de individuele gedaagde. Dan komt ook de alternativiteit aan de kant van de benadeelden aan het licht, en wordt duidelijk dat een totaalaansprakelijkheid helemaal niet zo vanzelfsprekend is als in een volledig eenzijdige benadering lijkt.¹⁴⁴ De enige manier om recht te doen aan de positie van beide partijen is het hanteren van een totaalbeschouwing waarin men zich rekenschap geeft van *beide* kanten van het gelijk.¹⁴⁵

Zodra men zich wat nader op de consequenties van de één-voor-één-benadering bezint, komen nog meer bezwaren aan het licht. Zo is het resultaat van deze benadering niet alleen strijdig met de inhoudelijke strekking van artikel 6:99, maar ook moeilijk verenigbaar met de overige regels van het aansprakelijkheidsrecht. Volgens een grondbeginsel van aansprakelijkheidsrecht geldt het bestaan van *conditio sine qua non*-verband als minimum-vereiste voor de vestiging van aansprakelijkheid.¹⁴⁶ Nu bestaan hierop wel uitzonderingen zoals alternatieve en dubbele veroorzaking, "onderbroken" en "hypothetische" causaliteit,¹⁴⁷ maar daarbij is minimaal sprake van gedragingen die in principe volledig *geëigend* waren om de te vergoeden schade te veroorzaken. Voorzover een gedraging een schade niet eens *mogelijk* had kunnen veroorzaken, wordt nergens aansprakelijkheid aangenomen.¹⁴⁸ Een andersoortige uitzondering doet zich voor wanneer grond bestaat voor het aannemen van een vorm van groepsaansprakelijkheid — mededaderschap met bewuste samenwerking of onrechtmatige daad in groepsverband — maar daarvan is in de bedoelde gevallen

144 In dezelfde zin T. Bodewig, AcP 184 (1985) blz. 530-531.

145 In dezelfde zin de kritiek van J. Hijma, AA 1993 blz. 130 r.k.; L. Dommering-van Rongen, WPNR 6089 (1993) blz. 281 m.k.

146 Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 9.

147 Voor een overzicht van figuren van meervoudige causaliteit zie de conclusie van A-G Hartkamp voor het DES-arrest onder nr. 20; A.J. Akkermans, *Oorzakelijk verband*, BW-krant Jaarboek 1996 blz. 39 e.v. Zie over deze materie voorts Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 18-23; Asser-Hartkamp I (1996) nr. 440-441b.

148 Evenzo in het Duitse recht, zie T. Bodewig, AcP 185 (1985) blz. 536.

juist geen sprake. Voorzover men bij de hier besproken figuur door hantering van de één-voor-één-benadering aansprakelijkheid in het leven roept voor schade waarvan vaststaat dat de aansprakelijke haar niet eens heeft kunnen veroorzaken, maakt men zich dus schuldig aan een precedentloze breuk met het vereiste van causaal verband. Terecht spreekt Hijma in dit verband van een gehoudendheid die "atypisch" is voor het aansprakelijkheidsrecht.¹⁴⁹

Een andere problematische consequentie van de één-voor-één-benadering is dat de omvang van de aansprakelijkheid domweg afhankelijk wordt van de vraag of de getroffen rechtsgoederen in eigendom zijn bij één, of bij meerdere benadeelden, danwel of een groep van benadeelden zijn aanspraken al of niet heeft gebundeld:

Stel dat de auto's uit het autodieven-voorbeeld niet bij drie verschillende personen in eigendom waren, maar bij één en dezelfde leasemaatschappij.

Wanneer nu dief A door de leasemaatschappij wordt aangesproken hoeft hij als veroorzaker van deelschade niet meer te vergoeden dan de schade wegens het verlies van één auto. Er is immers geen sprake van mededaderschap of van onrechtmatige daad in groepsverband, en met de schade veroorzaakt door de andere twee dieven bestaan geen CSQN-verband.¹⁵⁰ Eenzelfde uitkomst dient zich aan wanneer de benadeelden hun vordering aan één eiser hebben gecedeerd, zoals het geval was in het *Imker-fall*.¹⁵¹

Tussen deze uitkomst en die van het eerste autodieven-voorbeeld bestaat een discrepantie die niet logisch kan worden verklaard. Waarom dief A in het ene geval slechts voor één auto, en in het andere geval voor alle drie aansprakelijk zou zijn, valt ten ene male niet in te zien. In beide gevallen staat hij volledig buiten de diefstal van de twee andere auto's, en de eigendomssituatie daarvan regardeert hem in het geheel niet. Bodewig wijst erop dat van deze merkwaardige discrepantie zelfs misbruik zou kunnen worden gemaakt, namelijk wanneer de oorspronkelijk enig gerechtigde met het oog hierop delen van zijn schadevergoedingsvordering aan een of meer stromannen zou cede-

149 AA 1993 blz. 130 r.k.

150 Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 102, aant. 6; Mon. Nieuw BW B-36 (Spier) nr. 15; A.J. Akkermans, *Veroorzaking van deelschade*, WPNR 6043 (1992) blz. 249 e.v.

151 Zie de tekst bij noot 122 op blz. 351.

ren.¹⁵² Op die manier zou ook de leasemaatschappij uit het voorbeeld een hoofdelijke aansprakelijkheid van individuele dieven kunnen creëren.

De één-voor-één-benadering draagt dus een element van willekeur in zich. Ook in de DES-zaak is deze kwestie opgemerkt. Zo vroeg Hartkamp zich in zijn conclusie af:

"Hoe zou het te verklaren zijn dat indien één vrouw alle producenten dagvaardt, zij haar gehele schade van ieder der gedaagden vergoed zou krijgen, terwijl indien een groep van een zekere omvang (hoe groot is in dit verband niet van belang) optreedt, dat niet voor alle leden daarvan zou gelden? De groep is immers een optelsom van haar leden; elk lid ageert op eigen naam."¹⁵³

Die discrepantie is inderdaad niet logisch te verklaren. Mede daarom kan ook in de DES-context niet zomaar met een één-voor-één-benadering worden volstaan.

Om de genoemde redenen is het naar mijn mening vereist dat men zich bij de figuur van de tweezijdige alternativiteit zoveel mogelijk laat leiden door de inzichten die worden verkregen in een totaalbeschouwing.¹⁵⁴ Nu is het zo dat het in het vermogensrecht in principe draait om individuele aanspraken. Ook het burgerlijk procesrecht is traditioneel in principe individueel georiënteerd. Deze traditie klinkt ook door in het *DES*-arrest wanneer de Hoge Raad de door hem gehanteerde één-voor-één-benadering probeert te rechtvaardigen:

"De Des-dochters vorderen in dit geding elk voor zich schadevergoeding van elk der pharmaceutische bedrijven; zij treden — rechtens — niet als groep op en kunnen trouwens ook niet als zodanig optreden."¹⁵⁵

Naar mijn mening snijdt dit argument onvoldoende hout. De omstandigheid dat eisers in principe alleen voor zichzelf een vergoeding vorderen, maakt het voor de rechter nog niet onmogelijk om over de papieren muur van het individuele procesdossier heen te kijken, en eventueel consequenties te verbinden aan hetgeen hij daar aantreft. In ander verband gebeurt dat ook reeds. Zo heeft de Hoge Raad zich in

152 AcP 185 (1985) blz. 535 noot 122.

153 Conclusie voor het *DES*-arrest onder nr 11. Zie voorts C.J.M. Klaassen en A.A. van Rossum, RM Themis 1994 blz. 9.

154 Zie hierover nader § 5.4.2.

155 R.o. 3.7.3.

het huurrecht al wél in staat getoond om diverse op zichzelf staande rechtsverhoudingen in samenhang te bezien en niet één voor één af te wikkelen.¹⁵⁶ De bereidheid van de rechtspraak om recht te doen aan de problematiek van de samenhangende rechtsverhoudingen wordt wel gezien als een onderdeel van het meer algemene fenomeen van de schaalvergroting in het vermogensrecht.¹⁵⁷ Waarom deze bereidheid alleen in het contractenrecht zou kunnen worden opgebracht valt niet in te zien. Een halstarrig vasthouden aan de één-voor-één-benadering zal naar mijn verwachting ook in het aansprakelijkheidsrecht in toenemende mate onhoudbaar blijken.¹⁵⁸

Naar mijn mening is het *DES*-arrest op dit kernpunt echt onder de maat.¹⁵⁹ Groot is het contrast met een uitspraak als *Hymowitz v. Eli Lilly & Co.*,¹⁶⁰ waar het gerecht zich wél uitdrukkelijk rekenschap gaf van het feit dat de voorliggende individuele vorderingen onderdeel uitmaakten van een geheel van samenhangende rechtsverhoudingen:

"While not class actions, these cases are representative of nearly 500 similar actions pending in the courts in this state; the rules articulated by the court here, therefore, must do justice and be administratively feasible in the context of this mass litigation."¹⁶¹

5.3.5 De gerechte allocatie van het verhaalsrisico

Wanneer wij de verhoudingen tussen veroorzakers en benadeelden daadwerkelijk in hun totaliteit beschouwen komt niet alleen de tweezijdige alternativiteit in beeld, maar ook de mogelijkheid van regres van de ene gedaagde op de andere. In principe kan de driemaal aangesproken autodief A zich voor dat deel van de schade dat niet door hem werd veroorzaakt, verhalen op de dieven B en C. Dit roept de vraag op of daarmee het bezwaar tegen A's bovenmatige externe aansprake-

156 Zie J.B.M. Vranken, a.w. (zie noot 40) blz. 425 die wijst op HR 16 okt. 1992, NJ 1993, 167 (*Van Gent/Wijnants*). Zie voorts J.G.A. Linssen, NJB 1995 blz. 1265 e.v.

157 Zie J.B.M. Vranken t.a.p. Zie over het bedoelde fenomeen de gelijknamige artikelenserie in de jaargang 1995 van het NJB, geïntroduceerd door Vranken in *Schaalvergroting in het vermogensrecht*, NJB 1995 blz. 117.

158 Vgl. E. Bauw, *Tussen traditie en efficiëntie*, NJB 1995 blz. 622 e.v.; N. Frenk, *De afwikkeling van massaschade*, NTBR 1993 blz. 89 e.v.

159 In dezelfde zin L. Dommering-van Rongen, WPNR 6089 (1993) blz. 281 m.k.

160 541 N.Y.S.2d 941 (1989), PLI 1989 blz. 106 e.v.

161 PLI 1989 blz. 106 l.k.

lijkheid niet geheel of gedeeltelijk komt te vervallen.

Ook in de DES-context is wel aangevoerd dat een externe totaalaansprakelijkheid mede daarom gerechtvaardigd is omdat de producenten in principe de mogelijkheid van onderling regres hebben.¹⁶² Uiteindelijk zouden zij in beginsel niet meer dan hun aandeel hoeven te dragen. Tot op zekere hoogte kan hetzelfde resultaat zelfs reeds *van aanvang af* worden bereikt, namelijk voorzover de ene gedaagde de anderen met succes tot vrijwaring zou oproepen. Het verschil in resultaat tussen totaal- en deelaansprakelijkheid zit 'm dan voornamelijk in het verhaalsrisico.¹⁶³ Het risico dat een gedaagde om een of andere reden geen verhaal biedt rust in het eerste geval op de overige gedaagden, in het tweede op de benadeelden. Zo bezien loopt de vraag naar de rechtvaardiging van een externe totaalaansprakelijkheid samen met de vraag naar de meest rechtvaardige allocatie van het verhaalsrisico.

In het *DES*-arrest overwoog de Hoge Raad expliciet dat het verhaalsrisico op de schouders van de producenten behoort te rusten. Een stelsel van marktaandeelaansprakelijkheid werd verworpen met onder meer de volgende overweging:

"Het is immers niet bevredigend dat in dit stelsel het risico van geldelijk onvermogen van een der producenten, alsmede het risico dat deze niet meer bestaat of niet meer te traceren is, op de slachtoffers wordt gelegd en niet op de producenten."¹⁶⁴

Hiermee stelt zich opnieuw de vraag of bij de figuur van de tweezijdige alternativiteit niet een externe aansprakelijkheid kan worden aangenomen voor de totale schade. Indien die totaalaansprakelijkheid niet kan worden gebaseerd op artikel 6:99, kan zij dan niet worden gebaseerd op de gedachte dat het verhaalsrisico bij de gedaagden hoort en niet bij de benadeelden?¹⁶⁵

Het antwoord luidt opnieuw ontkennend en wel om tenminste twee redenen. In de eerste plaats past een dergelijke redenering niet in het systeem. Aan regres kan men uit de aard der zaak pas toekomen

162 Zie r.o. 3.7.3. van het *DES*-arrest.

163 En uiteraard in de verhaalskosten, die in de DES-context al snel zeer substantieel kunnen zijn.

164 R.o. 3.8.

165 In deze zin bijvoorbeeld N. Frenk, *Toerekening naar kansbepaling*, NJB 1995 blz. 482 (op blz. 487-488).

wanneer éérs aansprakelijkheid bestaat, wat veronderstelt dat daarvoor een zelfstandige vestigingsgrond kan worden gevonden. De *enkele* mogelijkheid van regres kan geen grondslag voor aansprakelijkheid zijn.¹⁶⁶ Men kan toch slecht een ieder die in een of ander opzicht bij een schadegeval "in de buurt" was en die zelf óók een onrechtmatige daad of tekortkoming valt toe te rekenen, aansprakelijk houden voor schade die met zijn éigen gedraging geen verband houdt, met het enkele argument dat hij zich in principe op de werkelijke veroorzakers daarvan kan verhalen. Dat zou neerkomen op een verzekering tegen het verhaalsrisico op kosten van een toevallige derde. In een werkelijk *individuele* aansprakelijkheid past dit in elk geval niet. Wie zoals de Hoge Raad in het *DES*-arrest, die verhaalsmogelijkheid in deze context tóch laat meewegen, introduceert onvermijdelijk een element van groepsaansprakelijkheid. En dat verhoudt zich slecht met de rechts-overwegingen van hetzelfde arrest waarin enigerlei vorm van groepsaansprakelijkheid expliciet werd verworpen.¹⁶⁷

Het tweede argument is meer fundamenteel en luidt dat het verhaalsrisico in principe helemaal niet bij de gedaagden behóórt te liggen, maar gewoon bij de benadeelden thuishoort — wat men daarvan in de specifieke context van het *DES*-arrest ook moge vinden. Het bestaan van een verhaalsrisico is het gevolg van het feit dat van meerdere mogelijke veroorzakers een aantal mogelijk geen verhaal biedt.¹⁶⁸ Dat een aansprakelijke persoon om wat voor reden dan ook geen verhaal biedt is een omstandigheid die normaal óók voor risico van de benadeelde komt. Dat is alleen anders wanneer er tevens wél solvante aansprakelijken in het geding zijn die extern voor het geheel kunnen worden aangesproken omdat tussen hun gedraging en de gehele schade CSQN-verband bestaat, omdat zij die gehele schade mogelijk hebben veroorzaakt, of omdat een vorm van groepsaansprakelijkheid kan worden aangenomen. Maar daarvan is in de hier besproken gevallen juist geen sprake. Indien de causale gang van zaken hier wél

166 In dezelfde zin: J. Hijma, AA 1993 blz. 130-131 ("*geen voldoende rechtvaardiging*"); T. Bodewig, AcP 185 (1985) blz. 537; K. Otte, a.w. (zie noot 5) blz. 118 ("*systemwidrig wie die Zurechnung fremden Verhaltens*"); H.-D. Assman, a.w. (zie noot 112) blz. 127.

167 R.o 3.9 (m.b.t. "*groepsaansprakelijkheid*") en 3.10 (m.b.t. "*een collectief jegens de collectieve slachtoffers begane onrechtmatige daad*").

168 In de *DES*-context is dit zelfs zo goed als zeker, en komt hier nog het risico bij dat sommige (kleinere) producenten wegens het ontbreken van een fout niet aansprakelijk blijken te zijn.

bekend zou zijn, zouden de benadeelden wier schade werd veroorzaakt door een gedaagde die geen verhaal biedt, volledig met lege handen blijven staan:

Stel dat in het autodieven-voorbeeld de causale gang van zaken alsnog kan worden achterhaald. Het blijkt dat dief A de auto van X stal, dief B de auto van Y, en dief C de auto van Z. Wanneer alléén dief A verhaal biedt — omdat de identiteit van B en C onbekend blijft, omdat zij niet kunnen worden gevat, of omdat zij insolvent zijn — blijven Y en Z volledig met lege handen staan.

Deze uitkomst is als zodanig natuurlijk onbevredigend, maar het is duidelijk dat de mogelijkheden van het civiele aansprakelijkheidsrecht hier hun grens hebben bereikt. Bij afwezigheid van CSQN-verband en groepsaansprakelijkheid kan dief A niet voor de schade van Y en Z aansprakelijk worden gehouden. Het verhaalsrisico wegens de onvindbaarheid of insolventie van B en C hoort dan ook gewoon op Y en Z te rusten. Het kan niet worden verplaatst naar A.

Nu is de essentie van de figuur van de tweezijdige causaliteit uiteraard dat de werkelijke causale gang van zaken *niet* bekend is. Maar dat enkele feit verandert de gerechte allocatie van het verhaalsrisico nog niet. Ook wanneer *niet* bekend is welk van de drie auto's hij stal kan dief A niet extern aansprakelijk worden gehouden voor de schade die door B en C werd veroorzaakt. Tussen die schade en zijn gedraging bestaat immers geen CSQN-verband, noch bestaat er groepsaansprakelijkheid en ook artikel 6:99 kan — zoals hiervoor uiteengezet — krachtens zijn inhoudelijke strekking de aansprakelijkheid van A voor méér dan zijn deel niet schragen. Ook nu hoort het verhaalsrisico gewoon bij de benadeelden en niet bij A. Het enige verschil is dat thans onbekend is *wie* van de benadeelden door A, en wie door de onvindbare of insolvente B en C werd bestolen. Daarom is de meest rechtvaardige oplossing gelegen in de proportionele aansprakelijkheid van A jegens ieder der bestolen eigenaren, wat erop neerkomt dat het verhaalsrisico zo eerlijk mogelijk over alle benadeelden wordt gespreid.

In de DES-context is dit alles is niet wezenlijk anders. Ook hier hoort het verhaalsrisico gewoon bij de benadeelden.¹⁶⁹ Was de

169 Evenzo A.D. Twerski, *Market Share — A Tale of Two Centuries*, 55 Brooklyn L.Rev. (1989) blz. 869 e.v.: "There is simply no reason why the risk of insolvency should fall on defendants, unrelated to each other in no way other than that they are

causale gang van zaken wél bekend, dan zouden de benadeelden wier schade werd veroorzaakt door DES afkomstig van producenten die geen verhaal meer bieden, volledig met lege handen blijven staan. Een stelsel van marktaandeelaansprakelijkheid biedt dan nog het voordeel dat dit risico over alle benadeelden wordt gespreid. Hierop wees ook het gerecht in *Smith v. Eli Lilly & Co.*:¹⁷⁰

"In a typical tort case the plaintiff takes the risk that the defendant will be unable to assume financial responsibility for injuries caused. However, with the market share theory, liability is spread throughout members of the industry, reducing the risk that plaintiff will be without a solvent defendant."¹⁷¹

Dat de benadeelden in dit stelsel mogelijk niet hun gehele schade vergoed krijgen moge men — mét de Hoge Raad — "*niet bevredigend*" vinden. Dat onbehagen scheidt als zodanig echter nog geen afdoende grondslag om dan maar de producenten met het verhaalsrisico te belasten. Dat risico hoort nu eenmaal bij de benadeelden. Wie hen daarin persé tegemoet wil komen kan beter proberen behalve de kool ook de geit zoveel mogelijk te sparen door de te vergoeden geschadeden zoveel mogelijk te maximeren (zie nader 5.4.3). Op het enkele streven de benadeelden zoveel mogelijk voor verhaalsproblemen te behoeden kan de externe totaalaansprakelijkheid van de gedaagden in elk geval niet worden gebaseerd.

5.3.6 Materieelrechtelijk uitgangspunt: proportionele aansprakelijkheid

Uit het voorgaande volgt dat artikel 6:99 zodanig moet worden toegepast dat de totale aansprakelijkheid van iedere individuele gedaagde niet verder reikt dan het deel van de totale schade dat hij ook werkelijk veroorzaakt kan hebben. Waar autodief A slechts één van de drie wagens heeft gestolen, hoeft hij slechts een derde deel van de

parties named in the same caption of a law suit, rather than on plaintiffs. Both plaintiffs and defendants are legally strangers to the insolvent defendants. Absent traditional causation and absent any legal relationship between defendants, there is no rationale which can support the assessment of full or inflated damages against any market share defendant."(blz. 875).

170 560 N.E.2d 324 (Ill 1990).

171 560 N.E.2d 324 blz. 339.

totale schade te vergoeden. In principe is het denkbaar om hem door één van de bestolen eigenaren voor diens volledige verlies te laten aanspreken, waarna de andere twee geen beroep op artikel 6:99 meer zouden kunnen doen. Dit is echter geen aanvaardbare oplossing. Zij komt neer op "wie het eerst komt, het eerst maalt". In een grootschalige casus als het DES-geval zou zo een run op solvente debiteuren kunnen ontstaan. Wie te laat is, bijvoorbeeld wegens een langere incubatietijd, vist dan achter het net. Dat is willekeur.¹⁷²

De enige aanvaardbare manier om het gewenste resultaat te bereiken is om de schadevergoedingsplicht van iedere gedaagde jegens iedere individuele benadeelde tot een overeenkomstig deel te beperken. In het autodieven-voorbeeld betekent dit dat ieder der bestolen eigenaren A slechts voor 1/3 van zijn schade kan aanspreken.¹⁷³ In een casus als het DES-geval kan dit neerkomen op een aansprakelijkheid naar rato van marktaandeel, maar dat hoeft niet. Net als in andere gevallen van onzeker causaal verband is ook hier de veroorzakingswaarschijnlijkheid in beginsel de meest rechtvaardige maatstaf, en die stemt niet noodzakelijk overeen met het aandeel in de markt. Wanneer niet alle producten even schadelijk waren moet op de marktaandelen een correctie worden toegepast, zoals bijvoorbeeld gebeurde in *Agent Orange*.¹⁷⁴ Bovendien kan ook plaats zijn voor andere gezichtspunten.¹⁷⁵ Een andere complicatie doet zich voor wanneer er verschil bestaat tussen de veroorzakingswaarschijnlijkheid van de door verschillende benadeelden geleden schade. Er kan sprake zijn van een achtergrondrisico dat niet bij iedere benadeelde even groot

172 In dezelfde zin T. Bodewig, AcP 185 (1985) blz. 548-549. In theorie is nog denkbaar dat benadeelden die achter het net vissen — nadat voldoende is komen vast te staan dat geen andere mogelijke veroorzaker meer verhaal biedt — zich zouden wenden tot degenen die eerder een volledige schadeloosstelling ontvingen, om deze met hen op een of andere manier te delen. Dit lijkt echter praktisch niet goed voorstelbaar — en voor de aangesproken benadeelden eigenlijk onverteerbaar — nog daargelaten wat de grondslag van zo'n vordering tot "opdelen" precies zou moeten zijn.

173 Althans in het meest eenvoudige geval. Onder omstandigheden is ook een andere uitkomst denkbaar. Zie hierover § 5.4.3.

174 Zie de tekst bij noot 106 op blz. 348.

175 Dit sluit aan bij de "billijkheidscorrectie" in artikel 6:101 ("eigen schuld"). Ook in *Collins v. Eli Lilly Co.* werd de totale schade verdeeld aan de hand van meer gezichtspunten dan marktaandeel alleen, waaronder het verwijt dat iedere producent kon worden gemaakt, een en ander op dezelfde voet als bij *comparative negligence*, het Amerikaanse equivalent van de regel van art. 101 (zie de tekst bij noot 60 op blz. 340).

hoeft te zijn. Ook kan het zijn dat een afwijkende kring van mogelijke veroorzakers in aanmerking komt. Zo had de moeder van de benadeelde in *Bichler v. Eli Lilly*¹⁷⁶ haar DES betrokken van een apotheek die het preparaat van 4 van de toenmalige 147 producenten in voorraad had.¹⁷⁷ Zie over deze problematiek nader § 5.4.2.

Het zij erkend dat de aldus individueel te verschaffen schadeloosstelling niet noodzakelijk precies samenvalt met het beloop van de individueel veroorzaakte schade. Wanneer de waarde van de drie gestolen auto's aanmerkelijk uiteenloopt, kan niet nauwkeurig worden vastgesteld wat de omvang is van de schade die dief A daadwerkelijk heeft veroorzaakt. Heeft hij het verlies van de duurste of juist van de minst waardevolle auto op zijn geweten? Dat neemt niet weg dat kan worden vastgesteld hoeveel schade hij *maximaal* heeft kunnen veroorzaken. Voor méér schade dan het verlies van de duurste auto kan hij in elk geval niet verantwoordelijk zijn. Wanneer het beloop van de door A veroorzaakte schade niet kan worden vastgesteld, kan men nog altijd van dit maximum uitgaan, en dat naar rato van het beloop van het individueel geleden nadeel over de eigenaren verdelen.¹⁷⁸ Deze benadering levert cijfermatig weliswaar een ingewikkeld beeld op, maar vormt toch een interessant alternatief. Zij pakt immers voor de benadeelden wat gunster uit, terwijl zij toch onverminderd de bovengrens respecteert van de schade-omvang die *niet* kan zijn veroorzaakt. Het gaat hier om een toepassing van het door mij in § 2.5 besproken principe van *Anteilszweifel*. Ook in de DES-context is deze benadering goed denkbaar. Zie over deze kwestie nader § 5.4.3.

Over de wettelijke grondslag van een proportionele oplossing wordt verschillend gedacht. Zo wil Hartkamp een aansprakelijkheid naar rato van marktaandeel baseren op de hoofdregel over causaal verband van artikel 6:98,¹⁷⁹ daarin in essentie nagevolgd door Klaasen en Van Rossum,¹⁸⁰ terwijl Hijma meer ziet in de terzijdestelling van het conditio-vereiste via artikel 99, om daarna door toepassing van artikel 98 de in beginsel volledige schadevergoedingsplicht tot de grootte van

176 436 N.E.2d 182, 22 A.L.R.4th 171 (N.Y. 1982). Zie eerder noot 53.

177 Althans ging het gerecht ervan uit dat de betreffende apotheek naast de producten van gedaagde die van tenminste drie andere producenten in voorraad had gehad (22 A.L.R.4th 171 blz. 175).

178 Voor een uitgewerkt voorbeeld zie § 5.4.3.

179 Conclusie voor het *DES*-arrest onder nr. 19.

180 RM Themis 1994 blz. 15.

het marktaandeel te reduceren.¹⁸¹ In de benadering van Hartkamp is een beroep op artikel 6:99 overbodig. Mijn gedachtengang verloopt in zoverre anders dat ik meen dat het beoogde resultaat eveneens wordt bereikt wanneer artikel 6:99 wordt toegepast, mits dat gebeurt conform zijn inhoudelijke strekking. In dat geval is het (tevens) terugvallen op artikel 98 niet nodig. Maar tegen de benaderingen van Hartkamp en Hijma heb ik geen bezwaar. Een proportionele oplossing vloeit mijns inziens rechtstreeks voort uit een doordachte opvatting van het wettelijk systeem. Welke artikelen daarbij precies van stal worden gehaald lijkt mij niet van groot belang.

5.3.7 *Procesrechtelijke uitwerking: lastenverdeling ten gunste van de benadeelden*

Aanvaarden wij eenmaal het uitgangspunt dat ook bij de figuur van de tweezijdige alternativiteit de oplossing in beginsel moet worden gezocht in een proportionele aansprakelijkheid, dan resteert de vraag naar de verdeling van stelplicht en bewijslast met betrekking tot de gegevens die noodzakelijk zijn om hieraan uitvoering te geven. Het praktische gewicht van deze materie is groot. Reeds in een relatief eenvoudige casus als die van het autodieven-voorbeeld kunnen in de praktijk veel cruciale feiten betwist blijven. Wat als helemaal niet vast komt te staan hoeveel dieven in het spel waren of hoeveel auto's in totaal werden gestolen? En in een grootschalige casus als die van het *DES*-arrest kunnen de problemen en de kosten die kunnen komen kijken bij het identificeren en dagvaarden van alle nog traceerbare producenten en het bewijzen van hun marktaandeel al helemaal moeilijk worden overschat. Hoe omvangrijker de groep van mogelijke veroorzakers is, des te groter zullen de hiermee samenhangende problemen zijn.

In Nederland zijn deze omstandigheden in de context van de *DES*-zaak veelvuldig tegen de aanvaarding van een marktaandeelaansprakelijkheid in stelling gebracht. In dat kader heeft men er onder meer op gewezen dat redelijkerwijs kan worden verondersteld dat de bedoelde problemen voor de producenten minder groot zullen zijn. In beginsel zullen zij hun concurrenten beter kennen, en beter geoutilleerd zijn om

181 AA 1993 blz. 131 l.k.

elkaars marktaandeel vast te stellen.¹⁸² Hierbij gaat men er echter voetstoots vanuit dat in een proportionele benadering noodzakelijkerwijs de benadeelden met deze bewijsproblemen moeten worden opgezadeld. Dit geheel ten onrechte. Ook in een proportionele benadering kan men deze bewijsproblematiek geheel voor rekening brengen van de gedaagden. De Amerikaanse jurisprudentie laat daarvan verschillende voorbeelden zien.¹⁸³ Het gaat daarbij om een omkering van de bewijslast, niet met betrekking tot het causaal verband met de individueel geleden schade (zoals in het stelsel van het *DES*-arrest) maar met betrekking tot het bestaan en de omvang van marktaandelen.¹⁸⁴

Bij de beantwoording van de vraag op wiens schouders deze bewijslast behoort te rusten, dient opnieuw de inhoudelijke strekking van artikel 6:99 maatgevend te zijn. Zoals uiteengezet in § 2.4 ligt in dit artikel een billijkheidsafweging besloten die inhoudt dat het bij onzekerheid over de daadwerkelijke causale gang van zaken redelijker is om de mogelijke veroorzakers van een schade aansprakelijk te houden, dan de benadeelde met lege handen te laten staan. Daarom roept het artikel aansprakelijkheid in het leven wegens *mogelijke* veroorzaking van schade. Het middel tot dit doel is een omkering van de bewijslast met betrekking tot het causaal verband.¹⁸⁵ Volgens het artikel dient de gedaagde de schade te vergoeden:

"tenzij hij bewijst dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is".

In de regel kan men eenvoudig met de toepassing van dit middel volstaan. In een "standaard"-geval van alternatieve veroorzaking vloeien doel en middel immers probleemloos ineen. Een schade werd mogelijk door de gedaagde veroorzaakt zolang het tegendeel niet is bewezen. De benadeelde krijgt het voordeel van de twijfel. Maar bij de

182 *In beginsel* lijkt dat inderdaad zo te zijn. *In casu* is de waarde van dit argument maar zeer relatief. Waarschijnlijk zal het vaststellen van een en ander voor de producenten uiteindelijk even goed onmogelijk blijken dan voor de benadeelden. Zie J. Spier, NTBR 1992 blz. 195 l.k.

183 Zie de cases besproken in § 5.2.2, met name *Martin v. Abott Laboratories* en *Collins v. Eli Lilly & Co.*

184 In Nederland is een dergelijke "secundaire" bewijslastomkeer wel voorgesteld door L. Bergkamp, NJB 1993 blz. 101 r.k. In dezelfde richting dacht ook J. Knottenbelt, NJB 1982, blz. 191 l.k.

185 Dit middel moet niet met het doel worden vereenzelvigd. Zie § 2.4.7.

figuur van de tweezijdige alternativiteit moet men — zoals hiervoor uitgewerkt — ervoor waken dat de ondoordachte toepassing van het middel van de bewijslastomkeer de inhoudelijke strekking van de bepaling niet te buiten gaat. Die strekking brengt immers mee dat het artikel geen aansprakelijkheid kan scheppen voor schade die men *onmogelijk* veroorzaakt kan hebben. Of uitgedrukt in termen van bewijslastverdeling, het artikel kan de bewijslast niet "omdraaien" voor schade waarvan *vaststaat* dat zij door een ander is veroorzaakt. Een doordachte toepassing van het middel van de bewijslastomkeer laat de gedaagde dan ook toe om de maximale omvang van de door hem in totaal veroorzaakte schade te bewijzen, om vervolgens zijn totale gehoudendheid overeenkomstig te verminderen.

Maar dat neemt niet weg dat het in principe aan de *gedaagde* blijft om een en ander te voldoende aannemelijk te maken. De benadeelde dient ook hier het voordeel van de twijfel te krijgen. Gegeven de billijkheidsafweging die in het artikel besloten ligt is een tegenovergesteld uitgangspunt niet goed denkbaar. Waarom zou het bestaan van onzekerheid over de precieze causale gang van zaken nu ineens wél ten nadele van de benadeelde moeten komen? Ook nu is het redelijker om een eventueel gebrek aan bewijs ten laste te laten komen van de mogelijke veroorzaker. Deze verdeling van de bewijslast volgt ook uit de tekst van het artikel.¹⁸⁶

Het belasten van de gedaagde met het bewijs van de maximale omvang van de door hem in totaal veroorzaakte schade sluit ook aan bij het principe van *Anteilszweifel*. Voorzover niet bekend is hoeveel schade elk der gedaagden precies veroorzaakte hebben wij te doen met het in § 2.5 besproken geval van twijfel over de omvang van deelschades. En zoals daar uiteengezet leidt toepassing van artikel 6:99 onder die omstandigheden in principe tot een aansprakelijkheid "*to the extent not disproved*".¹⁸⁷

Het uitgangspunt moet dus zijn dat niet de benadeelden, maar de gedaagden met het bewijs van het bestaan en de omvang van verschillende schadedelen moeten worden belast. Dit uitgangspunt laat echter de nodige speelruimte, die in de praktijk ook broodnodig is om tot een redelijke en werkbare oplossing te kunnen komen.

De billijkheidsafweging die in artikel 6:99 ligt besloten laat hier veel meer ruimte voor een genuanceerde afweging dan in het

186 Al is die tekst — zoals eerder ook bleek — natuurlijk nooit alles bepalend.

187 Vgl. het citaat uit *Prosser and Keeton on Torts* bij noot 168 op blz. 52.

standaardgeval van alternatieve veroorzaking, omdat het hier niet langer gaat om het alles-of-niets van de vestiging van aansprakelijkheid, zonder welke de benadeelde volledig met lege handen zou blijven staan, maar slechts om de vaststelling van de precieze omvang van de door de verschillende gedaagden te vergoeden schadedelen.¹⁸⁸ De benadeelde is hier — in elk geval voor een deel — al met de voeten op het droge. Dat geeft de nodige speelruimte om de gedaagden tegemoet te komen met betrekking tot de eisen die aan het door hen te leveren tegenbewijs worden gesteld. Is het voor gedaagden onmogelijk om de maximale omvang van de door hen veroorzaakte schadedelen echt te bewijzen, maar staat wél vast dat in elk geval sprake is van veroorzaking van deelschade, dan kan dat reden zijn om met minder zekerheid genoeg te nemen dan in de regel voor bewijsvoering is vereist, en de resterende onduidelijkheid in te vullen door het maken van een schatting. Dat sluit zowel aan bij artikel 177 Rv als bij 6:97 BW. Men hoeft de soep van de bewijslastomkeer hier dus niet zo heet te eten als dat zij in het standaardgeval van alternatieve veroorzaking wordt opgediend. Maar dat doet niet af aan het uitgangspunt dat de *benadeelden* in elk geval *niet* met het bewijs van het bestaan en de omvang van verschillende schadedelen mogen worden belast.

Concreet behoort de verdeling van stelplicht en bewijslast bij de figuur van de tweezijdige alternativiteit er ongeveer als volgt uit te zien. Net als in het stelsel van het *DES*-arrest kan men de benadeelden in principe laten volstaan met het dagvaarden van één mogelijke veroorzaker. Het is dan aan deze gedaagde om voldoende aannemelijk te maken dat zijn aansprakelijkheid door de één-voor-één-toepassing van artikel 6:99 in deze of toekomstige procedures een overmatige omvang zou aannemen. Daartoe zal gedaagde tenminste moeten bewijzen dat (1) er meer benadeelden zijn, (2) er meer mogelijke veroorzakers zijn, en (3) de omvang van het eigen mogelijke aandeel in de veroorzaking van de schade minder is dan 100%. Dit komt erop neer dat de gedaagde voldoende aannemelijk moet maken dat inderdaad sprake is van tweezijdige alternativiteit. In zo'n stelsel zou men de gedaagde, net als in *Collins v. Eli Lilly Co.*,¹⁸⁹ op straffe van totaalaansprakelijkheid kunnen verplichten om de overige mogelijke veroorzakers in het geding te betrekken.

Leveren de gedaagden vervolgens geen of onvoldoende bewijs over

188 Vgl. hetgeen aangevoerd in § 2.5.5.

189 Zie de tekst bij noot 60 op blz. 340.

de maximale omvang van de door hen veroorzaakte schade, dan bestaat de nodige speelruimte voor het vinden van de meest redelijke oplossing. Men kan heel streng uitgaan van de maximaal denkbare omvang (volgens het principe van *Anteilszweifel*),¹⁹⁰ of de totale schade over de gedaagden verdelen door middel van een schatting (wat men in de VS "*apportionment*" noemt).¹⁹¹ Zo'n opdeling kan plaats vinden op basis van veroorzakingswaarschijnlijkheid zoals in *Agent Orange*,¹⁹² maar men kan ook uitgaan van gelijke delen zoals in *Martin v. Abbott laboratories*,¹⁹³ of kiezen voor een verdeling naar redelijkheid en billijkheid waarbij ook andere gezichtspunten expliciet worden meegewogen zoals in *Collins*. Op welke wijze men aan het uitgangspunt van partiële aansprakelijkheid in concreto ook vorm zou willen geven, waar het om draait is dat de bovengrens wordt gerespecteerd van de schade-omvang die redelijkerwijs *niet* veroorzaakt kon worden, dat de benadeelden niet worden opgezadeld met het bewijs van bestaan en omvang van de verschillende schadedelen, en dat de rechter de speelruimte die dit kader biedt durft te gebruiken om te komen tot de in casu meest redelijke en best werkbare oplossing.

In een proportionele benadering behoort de bewijspositie van de benadeelden dus even vergaand te worden verlicht als in het stelsel van het *DES*-arrest. Hierop stuit dan ook een cruciaal bezwaar af dat in de *DES*-context tegen marktaandeelaansprakelijkheid is geopperd. Ik doel op het argument van de Hoge Raad dat het niet redelijk zou zijn om de *DES*-dochters:

"in een ongunstiger bewijspositie te plaatsen dan in art. 99 voorzien, enkel omdat er meer benadeelden zijn".¹⁹⁴

190 Zie eerder § 2.5. Bij deze aanpak komt de redelijkheid met name kijken bij de beantwoording van de vraag wat "denkbaar" is.

191 Zie § 433 A Restatement (Second) Torts; *Prosser and Keeton on Torts* (1984) § 52 blz. 345 e.v. Overigens zullen beide benaderingen in een grootschalige casus door de wet van de grote getallen veelal op hetzelfde of nagenoeg hetzelfde neerkomen. Zie nader § 5.4.3.

192 Zie de tekst bij noot 106 op blz. 348.

193 Zie de tekst bij noot 54 op blz. 340.

194 R.o. 3.7.3. Bij sommige schrijvers is dit argument goed aangeslagen. Zo ondermeer bij annotator Brunner, die het zelfs "*overtuigend*" vindt (zie diens noot bij het arrest in NJ 1995, 535 onder 5). Vgl. voorts het betoog van P. Ingelse, NJB 1992 blz. 1408-1409 en dat van N. Frenk, NJB 1995 blz. 487.

Nu viel op dit argument sowieso al het nodige af te dingen. Zo is bij de figuur van de tweezijdige alternativiteit een proportionele oplossing niet aangewezen "enkel omdat er meer benadeelden zijn", maar vanwege het bestaan van alternativiteit aan de zijde van de benadeelden, waardoor redelijkerwijs moet worden uitgesloten dat één veroorzaker alle schade op zijn geweten heeft. Is van alternativiteit bij de benadeelden geen sprake, dan zal het ook in een geval met meer benadeelden zo zijn dat ieder der mogelijke veroorzakers de gehele schade op zijn geweten kan hebben. Zo bijvoorbeeld bij een vliegtuigongeval met vele slachtoffers, waarvoor twee of meer aansprakelijkheidscheppende oorzaken in aanmerking komen. De mogelijke veroorzakers daarvan hebben òf alle, òf in het geheel geen schade veroorzaakt. Daarom zal toepassing van artikel 6:99 leiden tot aansprakelijkheid voor de gehele schade. Niet het aantal benadeelden is relevant, maar de aard van de causale figuur waarin zij tot de mogelijke veroorzakers en elkaar zijn betrokken. Ook bij "kleinschalige" schadeveroorzaking kan het zo zijn dat mogelijke totaalveroorzaking redelijkerwijs moet worden uitgesloten, zoals casusposities als die van het autodieven-voorbeeld¹⁹⁵ en het *Imker-fall*¹⁹⁶ laten zien.

Het argument van de Hoge Raad belicht de zaken ook eenzijdig vanuit de positie van de benadeelden, en gaat eraan voorbij dat het alternatief van totaalaansprakelijkheid met zich meebrengt dat een gedaagde in een ongunstiger positie wordt geplaatst dan in individuele schadegevallen "enkel omdat er meer veroorzakers zijn". Zo moet hij immers méér schade vergoeden dan hij veroorzaakt kan hebben, en daarvan is in het standaardgeval van artikel 99 uiteraard geen sprake. Het gaat niet aan om uitsluitend oog te hebben voor de individuele positie van de benadeelden, en niet tevens voor de individuele positie van de gedaagden.¹⁹⁷

Op grond van hetgeen hiervoor werd uiteengezet kan hieraan worden toegevoegd dat de *bewijspositie* van de benadeelden in een proportionele benadering in het geheel niet slechter hoeft (en behoort) te zijn dan in het stelsel van het *DES*-arrest. Alleen het materieelrechtelijke uitgangspunt is verschillend, en wel — anders dan een hoofdelijke aansprakelijkheid — in overeenstemming met de *werkelijke* inhoudelijke strekking van artikel 6:99. Blijken de bewijsproblemen in een

195 Zie de tekst bij noot 6 op blz. 326.

196 Zie de tekst bij noot 122 op blz. 351.

197 Zie eerder § 5.3.4.

concreet geval inderdaad zo onoverkomelijk als sommige auteurs vrezen, dan zal ook de *uitkomst* van beide benaderingen in wezen dezelfde zijn, omdat het gebrek aan bewijs van marktaandelen en hun omvang voor rekening dient te komen van de producenten.¹⁹⁸

5.3.8 Letselschade: totaalaansprakelijkheid als uitzondering op de regel?

Over de reikwijdte van het *DES*-arrest bestaat in de literatuur de nodige discussie.¹⁹⁹ Zo heeft men zich afgevraagd of de daarin vervatte regel ook op zou moeten gaan buiten gevallen van schuldaansprakelijkheid, en bij andere schadesoorten dan letselschade. Mij lijkt het onwaarschijnlijk dat het stelsel van het *DES*-arrest ook buiten gevallen van letselschade toepasselijk zal worden verklaard. Een geëxtrapoleerde versie van het autodieven-voorbeeld moge dit verduidelijken:

Voorbeeld 4: In de periode van 1953 tot medio 1967 was een groot aantal autodieven actief op de Nederlandse "markt". Sommige dieven waren professioneel georganiseerd in een bende die verantwoordelijk was voor een flink "marktaandeel" gestolen auto's. Anderen opereerden uitsluitend individueel. Stel nu dat een aantal autodieven wordt gevat, en dat zij ter vergoeding van de geleden schade worden aangesproken door een aantal van de bestolen eigenaren. Vast staat dat ieder der autodieven de door de eigenaren individueel geleden schade heeft *kunnen* veroorzaken. Maar geen van de eigenaren kan aangeven welke dief zijn auto gestolen heeft. De betreffende auto kan zelfs door een ander dan een van gedaagde dieven gestolen zijn.

198 Daarvoor hoeft men nog geen *hoofdelijke* aansprakelijkheid aan te nemen. Voldoende zou zijn dat men van de gedaagde producenten verlangt dat zij in elk geval het bestaan en de omvang van het marktaandeel bewijzen van producenten die geen verhaal meer bieden, of wegens het ontbreken van een fout niet aansprakelijk zijn. Komen bestaan en omvang van deze marktaandelen onvoldoende vast te staan, dan kan de schade in haar volledige omvang worden verdeeld over de producenten die wél verhaal bieden. Bij deze verdeling kan men per definitie tot een totaal van 100% van de schade komen, zonder de inhoudelijke strekking van artikel 6:99 geweld aan te doen. Bij *volledig* gebrek aan bewijs van het tegendeel kan men er immers in alle redelijkheid van uitgaan dat de solvante producenten gezamenlijk de totale schade hebben kunnen veroorzaken. Voor de benadeelden betekent dit dat zij ook in deze benadering een volledige schadevergoeding tegemoet kunnen zien. Zie voor deze "uitvulvariant" nader de tekst bij noot 230 op blz. 390.

199 Zie de verwijzingen in de noten 37 t/m 41 in § 5.2.1.

Volgt men nu klakkeloos het stelsel van het *DES*-arrest, dan komt men onvermijdelijk uit bij de hoofdelijke aansprakelijkheid van iedere individuele autodief voor alle gedurende de gegeven periode in Nederland gestolen auto's.²⁰⁰ Naar mijn mening een weinig voor de hand liggende uitkomst. Had de *DES*-zaak zich nooit voorgedaan dan zou men waarschijnlijk niet eens op het idee zijn gekomen. Als men hier al een aansprakelijkheid had willen aannemen dan toch zeker geen hoofdelijke, omdat zonneklaar is dat geen der dieven individueel verantwoordelijk kan worden geacht voor de diefstal van alle auto's. Ik geloof dan ook niet dat zo'n uitkomst op dezelfde bijval zou kunnen rekenen als de uitkomst van het *DES*-arrest. Maar waarom eigenlijk? Waarom zou het aannemen van hoofdelijkheid hier minder aansluiten bij het intuïtieve rechtsgevoel dan bij *DES*?

Dit soort vragen is natuurlijk nooit met zekerheid te beantwoorden, maar naar mijn mening moet het antwoord worden gezocht in de aard van de schade. De aard van de aansprakelijkheid kan in elk geval moeilijk bepalend zijn. Dat gezichtspunt wijst eerder in de tegenovergestelde richting. Een dief veroorzaakt opzettelijk een volstrekt voorzienbare schade. De *DES*-producenten valt ten aanzien van de onvoorziene gevolgen van hun product maximaal nalatigheid te verwijten. Hetzelfde geldt voor de hoedanigheid van de dader. Men kan slecht beweren dat een ordinaire autodief het meer verdient om te worden ontzien dan een reguliere farmaceutische onderneming.²⁰¹

Ik schaar mij dan ook bij die auteurs die menen dat het *DES*-arrest primair moet worden verklaard vanuit het streven de *DES*-dochter met

200 Volgens dit stelsel kan immers ieder der bestolenen jegens ieder der gedaagden een onverkort beroep op artikel 6:99 doen. Onder toepassing van de regels vervat in r.o. 3.7.5. zouden zij daartoe niet meer hoeven te stellen dan (1) dat de aangesprokene in de relevante periode een of meer auto's heeft gestolen; (2) dat er nog een of meer andere — al of niet in geding betrokken — autodieven zijn die in de relevante periode eveneens auto's hebben gestolen; en (3) dat zij schade hebben geleden die gevolg is van de diefstal van een auto, maar dat niet meer is vast te stellen wie de betreffende auto heeft gestolen.

201 Dit tenzij men zou vinden dat barbertje maar moet hangen omdat kan worden verondersteld dat hij over de nodige financiële middelen beschikt. Dit gezichtspunt past echter niet in het civiele aansprakelijkheidsrecht, althans niet bij de *vestiging* van aansprakelijkheid (waaraan niet afdoet dat er wél ruimte voor bestaat bij de matiging van art. 6:109). Bovendien zou men zich hierbij weleens lelijk kunnen verkijken op de werkelijke draagkracht van de farmaceutische ondernemingen (én van de autodieven).

hun ernstige letsel zoveel mogelijk tegemoet te komen.²⁰² Bij andere schadesoorten is dat meestal minder dringend. Dat roept de vraag op of in de DES-zaak de hoofdelijke aansprakelijkheid van de producenten niet had kunnen worden gebaseerd op een billijkheidsafweging, waarbij de door de slachtoffers geleden ernstige letselschade ruimer dan normaal zou worden toegerekend in de zin van artikel 6:98. Een uitzondering dus, gebaseerd op de billijkheid, in plaats van een algemene regel over de toepassing van 6:99.

Had de Hoge Raad déze weg gekozen, dan was wat mij betreft de voornaamste angel eruit geweest. Toch zou ook zo'n benadering mij niet echt hebben overtuigd. In de eerste plaats is het niet nodig om te breken met het uitgangspunt van partiële externe aansprakelijkheid, wanneer men de benadeelden perse een volledige schadevergoeding wil garanderen. Daartoe kan men volstaan met het toerekenen van het aandeel van DES-producenten die om wat voor reden dan ook geen verhaal bieden, aan de gezamenlijke producenten die dat wél doen, zoals per saldo gebeurde in *Collins v. Eli Lilly & Co.*²⁰³ In dat systeem wordt de schadevergoeding zodanig over de solvente gedaagden verdeeld dat zij in totaal 100% bedraagt.²⁰⁴ Zoals uiteengezet in § 5.3.5 zou zo'n verplaatsing van het verhaalsrisico weliswaar een breuk betekenen met het normale stelsel van het aansprakelijkheidsrecht, maar voor een uitzondering op grond van de billijkheid is dat minder bezwaarlijk dan voor een algemene regel.

Hier komt bij dat ik mij afvraag of het nu werkelijk zo dringend is om de benadeelden een volledige schadevergoeding te garanderen. In dit verband lijkt mij niet zonder belang om wat voor schadeposten het eigenlijk gaat. Te bedenken valt dat wij nog immer in zoverre in een verzorgingsstaat leven, dat de kosten voor geneeskundige behandeling

202 Zo ondermeer J. Spier en C.H.W.M Sterk, *Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen* (1995) blz. 23, die erop wijzen dat ook Bloembergen — de voorzitter van de kamer die het arrest heeft gewezen — zich op verschillende symposia in deze zin heeft uitgelaten (t.a.p. noot 153). Zie voorts J. Spier, NTBR 1992 blz. 197 m.k.; M. Faure, (*Geen schijn van kans* (oratie Maastricht 1993) blz. 41-42 (die eveneens verwijst naar uitlatingen van Bloembergen); J. Hijma, AA 1993 blz. 133. Een beperking tot letselschade wordt echter nadrukkelijk afgewezen door A.J.O. van Wassenauer van Catwijk, VR 1993 blz. 61 m.k.; J. van Dunné, TMA 1993 blz. 24-25 en (tevens afgedrukt in *Verbintenissenrecht*, deel 2 (1993) blz. 397-400).

203 Zie de tekst bij noot 60 op blz. 340.

204 Overigens kan zo'n oplossing alleen in aanmerking komen zolang geen significant achtergrondrisico in het spel is. Het zou immers te ver gaan om ook het "marktaandeel" van natuurlijke oorzaken over de gedaagden te verdelen.

toch al door verzekering worden gedekt, evenals inkomstenderving wegens arbeidsongeschiktheid — zij het dat laatste in toenemende mate slechts gedeeltelijk. Ik vermoed dan ook dat een groot deel van de door de DES-dochters te vorderen schadeloosstelling betrekking zal hebben op immateriële schade. In alle begrip voor hun ellende vraag ik mij af wat een "volledige" schadevergoeding in dit verband eigenlijk betekent.²⁰⁵ Ook vond ik nogal ontvullend de opmerkingen van een van de advocaten van de DES-dochters, gemaakt op een studiedag over het *DES*-arrest in Rotterdam. Volgens diens schatting was met de 10 gedaagde producenten 90% of meer van de markt in de procedure vertegenwoordigd. Het zou dan ook geen ramp zijn geweest wanneer de Hoge Raad voor marktaandeelaansprakelijkheid zou hebben gekozen, aldus deze advocaat, temeer daar hij meende dat aan het gemis van het allerlaatste stukje schadeloosstelling wel een mouw had kunnen worden gepast door het "opkrikken" van de te vorderen vergoeding.²⁰⁶

5.3.9 *Het bestaan van een achtergrondrisico: des te meer reden voor een proportionele oplossing*

Zoals gezegd kan de figuur van de tweezijdige alternativiteit zich ook voordoen in combinatie met een significant achtergrondrisico. In § 5.1.2 gaf ik als voorbeeld de casus van *Agent Orange*. Behalve dat de Vietnam-veteranen niet konden aangeven van welke producent de *Agent Orange* waaraan zij waren blootgesteld afkomstig was, speelde tevens het probleem dat al hun klachten ook konden zijn veroorzaakt door achtergrondfactoren zoals natuurlijke oorzaken en blootstelling aan andere schadelijke stoffen dan *Agent Orange*. In de *DES*-casus speelde deze problematiek niet, omdat het achtergrondrisico daar

205 Ik laat nog daar dat de uit te keren schadevergoeding waarschijnlijk een sterk forfaitair karakter zal dragen. In een massaschadegeval zoals *DES* is het ten ene male ondoenlijk om elke individuele schade nauwkeurig te berekenen. Een voor de hand liggende benadering is het benoemen van een aantal schadecategoriën aan de hand van de aard van de ondervonden gezondheidsklachten, en het daaraan vastknopen van een bepaald schadebedrag. In elk geval zal het gros van de schadegevallen op een dergelijke forfaitaire wijze moeten worden afgedaan.

206 In deze zin L.G. Eykman op de Studiedag *Het DES-dochters-arrest: nieuwe wegen voor producten- en milieu-aansprakelijkheid? Meerdaderschap en multi-causaliteit in de jaren '90*, Instituut voor Milieuschade, Erasmus Universiteit Rotterdam, 27 aug. 1993.

verwaarloosbaar kon worden geacht.²⁰⁷ Eigenlijk is dat tamelijk uitzonderlijk. Vermoedelijk zal bij toxische schadeveroorzaking in een meerderheid van de gevallen wél van een significant achtergrondrisico sprake zijn.

Wanneer op één of meer van de mogelijke oorzaken van de geleden schade geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd, is de keuze voor een proportionele oplossing nog veel dringender. Het aannemen van een hoofdelijke aansprakelijkheid ligt nog minder voor de hand, omdat de gedaagden dan niet alleen zouden moeten opkomen voor meer schade dan zij hebben kunnen veroorzaken, maar ook voor nadeel dat zonder meer tot de risicosfeer van de benadeelden behoort. Anderzijds spreekt ook het categorisch afwijzen van alle aansprakelijkheid niet aan, omdat van iedere gedaagde redelijkerwijs vaststaat dat hij in een bepaalde omvang schade veroorzaakt heeft — al weet men niet bij welke benadeelde(n) — en tevens vaststaat dat sommige van de benadeelden daadwerkelijk een recht op vergoeding toekomt — al weet men niet wie van hen. In essentie gaat het hier om dezelfde argumenten als besproken in het vorige hoofdstuk. Daarom ga ik op deze plaats niet opnieuw op deze argumenten in.

Aanvaardt men eenmaal het uitgangspunt dat ook bij de figuur van de tweezijdige alternativiteit de oplossing in beginsel moet worden gezocht in een proportionele aansprakelijkheid, dan levert het bestaan van een significant achtergrondrisico eigenlijk geen bijzondere problemen meer op. De kans dat het geleden nadeel in werkelijkheid uit de risicosfeer van de benadeelde stamt kan in principe eenvoudig worden verrekend in het beloop van de proportionele schadevergoeding. Men kan dit ook zo voorstellen dat het achtergrondrisico wordt behandeld als een "marktaandeel" dat voor rekening blijft van de benadeelde.

Ook de toepasselijkheid van artikel 6:99 lijkt geen probleem. Zoals eerder uitgewerkt in § 2.6.11 bestaat goede grond voor de *analoge* toepassing van dit artikel op alle gevallen waarin op één of meer van de mogelijke oorzaken geen aansprakelijkheid kan worden gebaseerd. In het *DES*-arrest heeft de Hoge Raad artikel 6:99 zelfs *rechtstreeks* toegepast. Dit terwijl ook de *DES*-casus realiter niet meer onder de letterlijke tekst van artikel 6:99 te brengen valt, nu de mogelijkheid dat het schadeveroorzakend *DES* afkomstig was van een niet-aansprakelijke

207 Althans daar gaat men in de literatuur doorgaans vanuit. In de Nederlandse procedure is dit echter nog niet expliciet vastgesteld.

producent door de Hoge Raad expliciet werd opengelaten.²⁰⁸ Zoals gezegd meen ik daarom dat ook in het *DES*-arrest strikt genomen sprake is van een analoge toepassing van artikel 6:99.²⁰⁹

Het *DES*-arrest biedt — bedoeld of onbedoeld — ook een duidelijk aanknopingspunt voor een proportionele benadering bij het bestaan van een significant achtergrondrisico. Zoals bekend moest in de *DES*-casus rekening worden gehouden met de mogelijkheid dat sommige kleinere producenten niet konden worden aangesproken omdat zij bij het in het verkeer brengen van *DES* geen fout hadden gemaakt. De Hoge Raad overwoog in dit verband dat wanneer het bestaan van één of meer niet-aansprakelijke producenten in een latere procedure inderdaad zou komen vast te staan, dit de andere producenten niet van hun aansprakelijkheid voor de gehele schade zou ontheffen, 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."²¹⁰

Zoals uiteengezet in § 2.6.10 betrefte de kwestie van de niet-aansprakelijke producenten in de *DES*-casus niet echt een serieus "achtergrondrisico", maar slechts een geringe *mogelijkheid* die enerzijds — als zij later al werkelijkheid zou worden — slechts een onbeduidende benadeling voor de gedaagden zou inhouden, terwijl anderzijds het wél reeds bij voorbaat verbinden van consequenties aan die *mogelijkheid*, grote praktische en procedurele problemen op zou kunnen leveren voor de benadeelden. Ook in een proportionele benadering is onzekerheid over het bestaan van een kleine kans een goede grond om haar niet in aanmerking te nemen (zie § 3.6.3). De beslissing van de Hoge Raad om niet reeds bij voorbaat consequenties te verbinden aan de *mogelijkheid* dat sommige producenten met het in het verkeer brengen van *DES* geen fout maakten, had ook in een proportioneel stelsel goed gepast. Waar het mij thans om gaat is wat zou dienen te gebeuren wanneer — in verband met de grootte van de betreffende kans — de totaalaansprakelijkheid van de overige producenten *niet* langer naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aanvaardbaar zou zijn. De Hoge Raad

208 Hierop wijzen ook J. Hijma, AA 1993 blz. 127 r.k.; A.S. Hartkamp, a.w. (zie noot 40) blz. 76.

209 Evenzo J. Hijma, AA 1993 blz. 128 r.k.

210 R.o. 3.7.6.

geeft dat niet aan, maar het lijkt voor de hand te liggen dat dan alsnog een proportionele aansprakelijkheid moet worden aangenomen.²¹¹ Anders roept men de noodzaak over zich af om een "omslagpunt" aan te geven waar de aansprakelijkheid van alle producenten geheel weg zou vallen, met alle bezwaren van dien (zie § 2.6.5). De beslissing van de Hoge Raad kan zo worden opgevat, dat zodra *vaststaat* dat een *significant* achtergrondrisico in het geding is, een aansprakelijkheid voor het geheel niet langer aanvaardbaar is, en er naar een andere oplossing moet worden omgezien. Naar mijn mening is de enige oplossing die dan wél "naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid" aanvaardbaar is, de proportionele schadevergoedingsplicht van de wel-aansprakelijke gedaagden.

5.3.10 Conclusies

Op grond van het voorgaande concludeer ik dat ook bij de figuur van de alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden de meest rechtvaardige oplossing in principe is gelegen in een proportionele aansprakelijkheid. Deze oplossing vloeit rechtstreeks voort uit een doordachte opvatting van het wettelijk systeem. Aan de toepasselijkheid van artikel 6:99 staat niets in de weg (§ 5.3.2). De inhoudelijke strekking van deze bepaling noopt echter tot een proportionele aansprakelijkheid (§ 5.3.3 t/m § 5.3.5). Uitgangspunt is dat de totale schadevergoedingsplicht van een individuele gedaagde zoveel mogelijk gelijk behoort te zijn aan de omvang van de in totaal door hem veroorzaakte schade (§ 5.3.6). De stelplicht en de bewijslast van de gegevens die noodzakelijk zijn om hieraan uitvoering te geven rusten op de gedaagden (§ 5.3.7). Indien sprake is van een significant achtergrondrisico bestaan alleen nog maar meer goede redenen voor een proportionele benadering (§ 5.3.9).

Met de andersluidende beslissing in het *DES*-arrest kan niet worden ingestemd. Deze beslissing staat in diverse opzichten op gespannen voet met het stelsel van het aansprakelijkheidsrecht (§ 5.3.4 en § 5.3.5). Zij is gebaseerd op een onvoldoende doordachte toepassing van artikel 6:99, waarbij ten onrechte niet over de papieren muur van het individuele dossier heen wordt gekeken. Deze één-voor-één-benadering beziet de verhoudingen uitsluitend vanuit de individuele

211 In dezelfde zin J. Gras, NJB 1993 blz. 103 m.k. en T. Hartlief, TVVS 1992 blz. 311 l.k.

benadeelden, en heeft ten onrechte niet tevens oog voor de positie van de individuele gedaagden. Internationaal gezien staat de Hoge Raad met zijn arrest ook nagenoeg alleen (§ 5.2.2 en § 5.2.3).

5.4 Uitwerkingsaspecten van een proportionele benadering

5.4.1 Inleiding

Bij de figuur van de tweezijdige alternativiteit moet de oplossing dus in beginsel worden gezocht in een proportionele aansprakelijkheid. Maar hieruit volgt nog niet een bepaalde, nauw afgebakende oplossingsroute die aangewezen zou zijn voor alle denkbare gevallen. Binnen de aangegeven marges zal voor elke concrete casus de meest rechtvaardige en best werkbare oplossing moeten worden gezocht. Zoals reeds aangestipt zijn bij de verdeling van de schadevergoedingsplicht verschillende benaderingen denkbaar (§ 5.3.6) en bestaat ook bij de invulling van de bewijslast van gedaagden een flinke speelruimte (§ 5.3.7). Maar ook andere aspecten zullen van geval tot geval door de rechter moeten worden ingevuld. Toch valt over sommige uitwerkingsaspecten wel wat meer te zeggen. Op een tweetal ga ik nog wat nader in.

5.4.2 Hoe ver moet de logica van de "Gesamtschau" worden doorgevoerd?

Zoals hiervoor aangevoerd moet men zich bij de figuur van de tweezijdige alternativiteit zoveel mogelijk laten leiden door de inzichten die worden verkregen in een totaalbeschouwing. In § 5.3.4 ging het mij erom te laten zien dat de één-voor-één-toepassing van artikel 6:99 tot een resultaat voert dat de inhoudelijke strekking van dat artikel te buiten gaat. De tegenstelling tussen een totaalbeschouwing en de één-voor-één-benadering speelt echter bij meer aspecten een rol.

Een eerste aspect is de vraag of gedaagden waarvan vaststaat dat zij een deel van de *totale* schade op hun geweten hebben, moeten worden toegelaten tot het tegenbewijs dat zij de door een bepaalde *individuele* benadeelde geleden schade niet hebben veroorzaakt. In het standaardgeval van alternatieve veroorzaking is dat laatste vanzelfsprekend, maar bij de figuur van de tweezijdige alternativiteit ligt het honoreren van zulk tegenbewijs heel wat minder voor de hand. Waar het bij deze

figuur primair om draait is of een gedaagde geacht kan worden een deel van de totale schade te hebben veroorzaakt. Staat dat eenmaal vast, dan doet de toevallige mogelijkheid om zich met betrekking tot één bepaalde benadeelde te disculperen aan die verantwoordelijkheid — en aan haar vermoedelijke omvang — niets meer af. Heeft de gedaagde niet de schade van *deze* benadeelde veroorzaakt, dan heeft hij dat wel van een *andere*. In een totaalbeschouwing levert het bedoelde tegenbewijs dus geen enkele grond op voor disculpatie van de gedaagde, óók niet jegens de betreffende benadeelde. Dat zou de gedaagde immers een "onverdiend" voordeel opleveren. Wie echter vasthoudt aan de één-voor-één-benadering kan moeilijk anders dan het tegenbewijs honoreren. Tussen de betreffende partijen *individueel* staat immers de afwezigheid van causaal verband gewoon vast.²¹²

Ook in de DES-context is gepleit tegen het toelaten van tegenbewijs jegens individuele benadeelden.²¹³ Het zou slechts een willekeurig toeval zijn wanneer tegenbewijs jegens een individuele DES-dochter mogelijk is, en in geen enkel opzicht afdoen aan de verantwoordelijkheid van de betreffende producent. Deze mening was ook het *New York Court of Appeals* toegedaan in *Hymowitz. v. Eli Lilly & Co.*:²¹⁴

"It is merely a windfall for a producer to escape liability solely because it manufactured a more indentifiable pill, or sold to certain drugstores. These fortuities in no way diminish the culpability of a defendant for marketing the product, which is the basis of liability here."²¹⁵

212 Zo bezien is het niet meer dan consequent dat de Hoge Raad in het *DES*-arrest besliste dat de producenten tegenbewijs open stond jegens elk der *DES*-dochters (r.o. 3.7.5) ook al is het (on)praktische gevolg daarvan "*dat voor iedere DES-dochter de groep van aansprakelijke producenten verschillend kan zijn*" (zo L. Dommering-van Rongen, WPNR 6089 (1993) blz. 282 l.k.).

213 Zo in Nederland R.J.B. Boonekamp, a.w. (zie noot 143) blz. 207, die spreekt van "*de ultieme consequentie*" van de door hem bepleite totaalbeschouwing; A-G Hartkamp in zijn Conclusie voor het *DES*-arrest, noot 10, die e.e.a. baseert op een consequente opvatting van marktaandeelaansprakelijkheid. Zie voor de USA o.a. A.B. Nace, 44 Vand.L.Rev. (1991) blz. 426-428; A.D. Twerski, 55 Brooklyn L.Rev. (1989) blz. 872-873, die het toelaten van tegenbewijs jegens individuele benadeelden betitelt als "*arrant nonsense*"; R.A. Epstein, *Two Fallacies in the Law of Joint Torts*, 73 Georgetown L.J. (1985) blz. 1377 e.v. (op blz. 1381-1382) ("*brings about the worst of all possible worlds*").

214 541 N.Y.S.2d 941 (1989), PLI 1989 blz. 106 e.v.

215 PLI 1989 blz. 109 l.k.

In *Hymowitz* werd tegenbewijs jegens individuele benadeelden dan ook niet toegelaten. Het enige geldige verweer was dat men geen aandeel had op de relevante markt.²¹⁶

De kwestie van het tegenbewijs is onlosmakelijk verbonden met andere aspecten van de tegenstelling tussen totaalbeschouwing en één-voor-één-benadering. Direct in haar verlengde ligt de vraag wat moet gebeuren wanneer met betrekking tot één of meer van de benadeelden de kring van mogelijke veroorzakers nader kan worden afgebakend. Ook deze vraag speelt in de DES-context, waar voor veel benadeelden de kring van mogelijke veroorzakers nader kan worden afgebakend op grond van gegevens van tijd en plaats van het DES-gebruik. Een sterk voorbeeld is het geval waarin de gebruikte DES werd betrokken van een bepaalde apotheek die slechts het preparaat van een viertal producenten in voorraad had, zoals in *Bichler v. Eli Lilly*.²¹⁷ En in bijna alle Amerikaanse procedures speelde de vraag van welke markt men het beste kon uitgaan, de markt van de betreffende deelstaat of de nationale markt van de gehele USA.

De vraag is of telkens met betrekking tot elke benadeelde afzonderlijk een "deelmarkt" moet worden vastgesteld met bijbehorende aandelen voor de ingeperkte groep producenten (één-voor-één-benadering) of dat men moet blijven uitgaan van één totale markt met de bijbehorende aandelen voor alle producenten, in het vertrouwen dat men zo dankzij de wet van de grote getallen toch het dichtst bij de werkelijke verantwoordelijkheid van de producenten uitkomt (totaalbeschouwing).²¹⁸ En in het verlengde hiervan ligt weer de vraag wat dient te gebeuren met de "dubbele" aansprakelijkheid van de producent die als één van de vier leveranciers aan de betreffende apotheek is aangesproken op zijn aandeel in die "deelmarkt", of wiens product door sommige benadeelden zelfs als het enige door hen gebruikte preparaat is geïdentificeerd, maar wie door andere benadeelden weer

216 Ibid. In dezelfde zin A-G Hartkamp in noot 10 bij zijn conclusie voor het *DES*-arrest.

217 Zie de tekst bij noot 177 op blz. 368.

218 Deze kwestie is ook aangeroerd door A-G Hartkamp in noot 10 bij zijn conclusie voor het *DES*-arrest. Volgens Hartkamp kan men "over wat hier de voorkeur verdient [...] binnen het normatieve kader van art. 98 geredelijk van mening verschillen". Zie voorts T. Bodewig, AcP 185 (1985) blz. 553-557.

wordt aangesproken op zijn aandeel in de totale markt.²¹⁹

In *Hymowitz* werd de logica van de totaalbeschouwing consequent doorgevoerd. Niet alleen werd het leveren van tegenbewijs jegens individuele benadeelden uitgesloten, ook werd gekozen voor één vaste maatstaf voor de verdeling van alle geleden schade, namelijk de marktaandelen van gedaagden op de nationale markt van de gehele USA. Het gerecht gaf zich er uitdrukkelijk rekenschap van dat het resultaat van deze verdeling niet noodzakelijk overeen hoefde te stemmen met de hoeveelheid schade die door gedaagden werd veroorzaakt in de staat New York, noch met hoogte van het risico waaraan gedaagden afzonderlijke benadeelden hadden blootgesteld. Niettemin was deze benadering het meest billijk en rationeel, zo meende het gerecht:

"We are aware that the adoption of a national market will likely result in a disproportion between the liability of individual manufacturers and the actual injuries each manufacturer caused in this state. Thus our market share theory cannot be founded upon the belief that, over the run of cases, liability will approximate causation in this state. Nor does the use of a national market provide a reasonable link between liability and the risk created by a defendant to a particular plaintiff. Instead, we choose to apportion liability so as to correspond with the overall culpability of each defendant, measured by the amount of risk of injury each defendant created to the public at large. Use of a national market is a fair method, we believe, of apportioning defendants' liabilities according to their total culpability in marketing DES for use during pregnancy. Under the

219 Deze en aanverwante problemen werden in de VS reeds vroeg opgemerkt. Zie Note, *Market Share Liability: An Answer to the DES Causation Problem*, 92 Harv.L.Rev. (1981) blz 668 e.v. (op blz. 675-677). Alle antwoorden heeft de rechtspraak nog immer niet gevonden, al werden de belangrijkste problemen wel opgelost in *Hymowitz*. Zie de evaluatie van A.B. Nace, 44 Vand.L.Rev. (1991) blz. 425-431. Een probleem dat tot dusver weinig aandacht heeft gekregen is dat van benadeelde A die aantoonbaar werd gelaedeerd door producent X die geen verhaal meer biedt. De oplossing is n.m.m. afhankelijk van wat voor stelsel men voorstaat. Hanteert men een proportionele benadering waarin het verhaalsrisico op de benadeelden rust — zij het dat dit risico over alle benadeelden wordt gespreid — dan is het nogal schrijnend om A volledig met lege handen te laten staan. Het lijkt dan billijker om het verhaalsrisico wegens de insolventie van X ook echt over *alle* benadeelden te spreiden, inclusief A. Staat men er echter op — zoals de Hoge Raad in het *DES*-arrest — om het verhaalsrisico op de schouders van de producenten te leggen, dan ligt een tegemoetkoming aan A veel minder voor de hand. Waarom de producenten zich het lot van A zouden moeten aantrekken valt immers veel minder goed in te zien.

circumstances, this is an equitable way to provide plaintiffs with the relief they deserve, while also rationally distributing the responsibility for plaintiff's injuries among defendants"

De doorslaggevende motieven voor deze benadering waren vooral van praktische aard. Het is immers zeer complicerend wanneer voor iedere benadeelde van een andere groep aansprakelijken moet worden uitgegaan.²²⁰ Zeker bij een schadegeval van enige omvang lijkt het loslaten van de één-voor-één-benadering onontkoombaar. Het is dan gewoon niet doenlijk om voor iedere benadeelde afzonderlijk de waarschijnlijkheid vast te stellen van elke mogelijke oorzaak.

Hier komt nog bij dat het consequent hanteren van de totaalbeschouwing in principe ook tot het meest rechtvaardige resultaat leidt. Wat voor bijzonderheden ook bekend mogen worden met betrekking tot individuele benadeelden (veroorzaking uitgesloten, veroorzaking vastgesteld, afwijkende veroorzakingswaarschijnlijkheid) in *totaal* gezien blijft onverminderd overeind dat redelijkerwijs kan worden aangenomen dat iedere producent de schade van een aantal benadeelden heeft veroorzaakt dat overeenkomt met zijn aandeel in de totale markt. Het bewandelen van één-voor-één-wegen compliceert de zaken niet alleen, het kan de uiteindelijke uitkomst ook alleen maar vertroebelen.²²¹

Naar mijn mening moet de logica van de totaalbeschouwing dan ook zover mogelijk worden doorgevoerd. Het zij echter erkend dat dit grote spanningen kan oproepen met hetgeen wij in het op individuele aanspraken georiënteerde burgerlijk recht gewend zijn. Als zodanig is het nog geen halszaak dat benadeelden naar Nederlands recht op geen enkele wijze kunnen worden gedwongen om collectief te procederen. Ook bij individuele procedures is het in principe mogelijk om recht te doen aan het feit dat de verhoudingen tussen partijen een onlosmakelijk deel uitmaken van een groter geheel van samenhangende rechtsverhoudingen. Maar onder omstandigheden kan het resultaat daarvan nogal radicaal uitpakken. Wie in de individuele procedure van benadeelde X

220 Dat is overigens ook het geval in het stelsel van het *DES*-arrest. Vgl. L. Dommering-van Rongen, WPNR 6089 (1993) blz. 282 l.k.

221 Opmerkelijk genoeg wil Bodewig bij de hier besproken problematiek wél vasthouden aan de één-voor-één-benadering. Zie AcP 185 (1985) blz. 552-557. Aan het bezwaar van de vertroebelde uitkomst tilt hij minder zwaar omdat deze "Fehlerquote" bij echte massaschade wordt verminderd door de wet van de grote getallen (blz. 555-556).

jegens een aantal gedaagden die elk een deel van de in totaal door X en anderen geleden schade hebben veroorzaakt, aan gedaagde A het tegenbewijs ontzegt dat hij nu juist bij X geen schade kan hebben veroorzaakt, roept per saldo aansprakelijkheid in het leven voor schade die aantoonbaar niet is veroorzaakt.²²² Dat gaat aanmerkelijk verder dan aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid. Ook kunnen praktische problemen bestaan, bijvoorbeeld wanneer de rechter om een uitspraak wordt gevraagd terwijl nog niet vaststaat dat er ook andere benadeelden zijn, of dat deze eveneens schadevergoeding zullen vorderen. Maar aan het principe dat bij de figuur van de tweezijdige alternativiteit de logica van de totaalbeschouwing de voorkeur verdient, doet dit alles niet af. Hoever de rechter daarmee in concrete gevallen zal kunnen en durven gaan, kan slechts worden afgewacht.

5.4.3 *De omvang van de individuele schadevergoedingsplicht: opdelen van de totaalschade ("apportionment") of uitgaan van het maximaal mogelijke ("Anteilszweifel")?*

Het uitgangspunt van de door mij bepleite proportionele benadering is dat de omvang van de totale schadevergoedingsplicht van een individuele gedaagde zoveel mogelijk gelijk behoort te zijn aan de omvang van de in totaal door hem veroorzaakte schade (zie § 5.3.6). De stelplicht en de bewijslast van de gegevens die nodig zijn om het beloop daarvan te bepalen rusten op de gedaagden (zie § 5.3.7). In de praktijk zullen deze maar zelden in staat zijn om dit beloop nauwkeurig te bewijzen. Zoals aangestipt zijn er in beginsel twee manieren om met de resterende onduidelijkheid om te gaan: men kan heel streng uitgaan van de maximaal denkbare omvang (volgens het principe van *Anteilszweifel*), of de totale schade over de gedaagden verdelen door middel van een schatting (wat men in de VS "*apportionment*" noemt).²²³ In

222 Wellicht ten overvloede: de rechtvaardiging hiervoor is dat vaststaat dat A in elk geval *enige* schade heeft veroorzaakt, indien niet van X, dan wel van anderen. Het hanteren van een totaalbeschouwing is de beste manier om te bewerkstelligen dat de totale schadevergoedingsplicht van A zo veel mogelijk overeenkomt met de in totaal door hem veroorzaakte schade.

223 Zie eerder de tekst bij noot 191 op blz. 373. Dat men in de Amerikaanse jurisprudentie over *market share liability* niet uitgaat van de maximale omvang van de individueel veroorzaakte schade, maar altijd kiest voor het opdelen van het totaal door *apportionment* is niet verwonderlijk omdat de rechter daar vertrouwd is met

het navolgende ga ik wat nader op deze twee benaderingen in. Qua methode verschillen zij duidelijk van elkaar, en ook qua uitkomst kunnen zij dat doen, althans in een kleinschalige casus. In een groot-schalige casus als die van het *DES*-arrest brengt de wet van de grote getallen hun uitkomsten weer zeer dicht bij elkaar.

Het principiële verschil tussen beide benaderingen zit in het vertrekpunt van waaruit men naar het eindresultaat toe redeneert. Bij *apportionment* is dat vertrekpunt de omvang van de totaalschade, die vervolgens wordt "opgedeeld" over de verschillende mogelijke oorzaken. Deze verdeling kan plaatsvinden op basis van veroorzakings-waarschijnlijkheid zoals in *Agent Orange*,²²⁴ maar men kan ook uitgaan van gelijke delen zoals in *Martin v. Abbott laboratories*,²²⁵ of kiezen voor een verdeling naar redelijkheid en billijkheid waarbij ook andere gezichtspunten expliciet worden meegewogen zoals in *Collins v. Eli Lilly Co.*²²⁶ Maar welke maatstaf men ook kiest, altijd redeneert men van het totaal van 100% naar de delen. Bij de toepassing van het principe van *Anteilszweifel* is dat precies andersom. Hier is het vertrekpunt de omvang van de door de individuele gedaagden maximaal veroorzaakte schadedelen, die opgeteld meer dan 100% van het totaal kunnen opleveren.

De uitkomst van beide benaderingen hoeft dus niet dezelfde te zijn. Het verschil is groter naar mate de marges van onzekerheid over de omvang van de schadedelen groter zijn. Het gaat hier om een ingewikkelde materie. Het onderscheid tussen beide benaderingen kan worden geïllustreerd aan de hand van een nadere uitwerking van het eerste autodieven-voorbeeld (voorbeeld 2):

Stel dat de waarde van de auto van eigenaar X 50.000 gulden bedroeg, de waarde van de auto van Y 30.000 en die van Z 20.000 gulden. De in totaal geleden schade bedraagt dan 100.000 gulden. Zoals bekend stalen dieven A, B en C ieder één auto, maar weet men niet welke.

Wanneer men volgens het principe van *apportionment* de totale schade over de autodieven wil verdelen ligt het voor de hand om ieder een totaalbedrag van 33.333 gulden toe te rekenen. In dit geval leveren

verdelen van schade over verschillende gedaagden. Zie § 433 A Restatement (Second) Torts; *Prosser and Keeton on Torts* (1984) § 52 blz. 345 e.v.

224 Zie de tekst bij noot 106 op blz. 348.

225 Zie de tekst bij noot 54 op blz. 340.

226 Zie de tekst bij noot 60 op blz. 340.

immers zowel de hantering van "marktaandelen" (telkens $1/3$), de individuele veroorzakingswaarschijnlijkheid (telkens $33,3\%$), als "gelijke delen behoudens tegenbewijs" een verdelingsfactor van $1/3$ op. *Apportionment* levert dus driemaal een totale aansprakelijkheid op van 33.333 gulden. Bij iedere dief wordt dit totaalbedrag bereikt door hem jegens ieder der bestolen eigenaren aansprakelijk te houden voor $1/3$ van het door het verlies van de auto geleden nadeel. Het resultaat is dat X van ieder der dieven f 16.666 ($1/3 \times 50.000$) vergoeding kan vorderen, Y f 10.000 ($1/3 \times 30.000$), en Z 6.666 ($1/3 \times 20.000$).

Omdat in dit voorbeeld aanmerkelijke onzekerheid bestaat over de precieze omvang van de individueel veroorzaakte schadedelen, levert toepassing van het principe van *Anteilszweifel* een aanmerkelijk afwijkende uitkomst op. Iedere dief heeft *zeker* een schade van 20.000 gulden (de waarde van de minst dure auto) veroorzaakt. Tegelijk heeft iedere dief *mogelijk* een bedrag van 50.000 gulden (de waarde van de duurste auto) op zijn geweten. Maar ieder van hen kan *onmogelijk* de totale schade van 100.000 gulden veroorzaakt hebben. Zo bezien een typisch geval van *Anteilszweifel*. De door artikel 6:99 in het leven geroepen aansprakelijkheid voor mogelijk veroorzaakte schade kan dan maximaal een totale vergoedingsplicht opleveren voor iedere dief van 50.000 gulden, ofwel 50% van de in totaal geleden schade. Teneinde deze totale vergoedingsplicht over de drie benadeelden te verdelen wordt dan *déze* factor (50%) in plaats van "marktaandeel" of veroorzakingswaarschijnlijkheid ($1/3$) afgezet tegen de omvang van het individueel geleden nadeel. Het resultaat is dat X van ieder der dieven 25.000 gulden vergoeding kan vorderen ($1/2 \times 50.000$), Y 15.000 gulden ($1/2 \times 30.000$), en Z 10.000 ($1/2 \times 20.000$). Dit uiteraard telkens slechts tot het maximum van het daadwerkelijk geleden nadeel, X dus tot een totaal van 50.000, Y tot 30.000, en Z tot een totaal 20.000 gulden. Er ontstaat dus een "gedeeltelijk overlappende aansprakelijkheid", de tussenfiguur tussen totaal- en deelaansprakelijkheid (zie eerder § 2.5.6). De dief die wordt aangesproken voor meer dan hem aangaat zal de anderen in vrijwaring moeten oproepen of achteraf zijn heil moeten zoeken in een verhaalsactie.

Beide benaderingen, "*apportionment*" én "*Anteilszweifel*", passen binnen de inhoudelijke strekking van artikel 6:99 omdat zij de bovengrens respecteren van de schade-omvang die *niet* kan zijn veroorzaakt (in het voorbeeld: 50.000 gulden). De tweede benadering is ingewikkelder, maar pakt voor de benadeelden wat gunstiger uit omdat hun verhaalsrisico hier kleiner is dan in de eerste. In het voorbeeld hebben

de bestolen eigenaren voldoende aan twee solvente autodieven om zich van een volledige schadevergoeding te kunnen voorzien, in plaats van dat zij daarvoor alle drie de dieven moeten aanspreken.

In een grootschalige casus als die van het *DES*-arrest of *Agent Orange* echter, brengt de wet van de grote getallen de uitkomsten van beide benaderingen weer zeer dicht bij elkaar. Naarmate het aantal benadeelden groter is benadert de "meest waarschijnlijke" omvang (waarvan wordt uitgegaan bij *apportionment*) al snel de "redelijkerwijs maximale" omvang (waarvan wordt uitgegaan bij *Anteilszweifel*) van de individueel in totaal veroorzaakte schade. Stel een producent heeft een marktaandeel van 20%. Dan is het bij duizenden benadeelden niet alleen redelijk om de "meest waarschijnlijke" omvang van de door hem veroorzaakte schade op 20% te schatten, maar ook om de "redelijkerwijs maximale" omvang op 20% te stellen. In theorie kan de betreffende producent weliswaar méér dan 20% van de schade op zijn geweten hebben, maar naar mate de aantallen groter worden wordt dat al ras minder waarschijnlijk.²²⁷

Niettemin schept de theoretische mogelijkheid dat een producent méér schade veroorzaakte dan overeenstemt met zijn marktaandeel in principe een bepaalde ruimte om de benadeelden verder tegemoet te komen. Te denken valt aan oplossingen zoals de door Hijma voorgestelde "verdubbelingsvariant".²²⁸ In deze oplossing wordt iedere producent aansprakelijk gehouden voor een bedrag dat overeenkomt met *twee maal* zijn marktaandeel. Hijma meent dat deze oplossing, hoewel aantrekkelijk, "*juridisch vlees noch vis*" is.²²⁹ Naar mijn mening hoeft dat niet perse zo te zijn. Een dergelijke oplossing kan in beginsel worden gebaseerd op het principe van *Anteilszweifel*, mits het in casu ook werkelijk een redelijke aanname is dat een producent met een marktaandeel van Y% een hoeveelheid schade van 2 maal Y% zou kunnen hebben veroorzaakt. In de *DES*-context lijkt mij dat onaannemelijk, reden waarom ik dit vooralsnog geen aanvaardbare oplossing vind.

Wél een haalbare oplossing zou de "uitvulvariant" kunnen zijn.²³⁰ Hierin wordt het totaal aan marktaandelen van verhaal biedende

227 De wet van de grote getallen treedt hier niet alleen corrigerend op m.b.t. het aantal veroorzaakte schadegevallen, maar ook m.b.t. het uiteenlopen van de schadeomvang per benadeelde.

228 Zie J. Hijma, AA 1993 blz. 131.

229 T.a.p.

230 Zie J. Hijma, t.a.p.

5.4 Uitwerkingsaspecten proportionele benadering

producenten tot 100% "opgeblazen" (in de VS spreekt men wel van "*inflated market shares*").²³¹ Of dit aanvaardbaar is, hangt af van de omvang van het totaal aan op te blazen marktaandelen. Is die bijvoorbeeld 90% of meer, zoals beweerdelijk het geval was in het *DES*-arrest,²³² dan lijkt mij dat in principe heel goed mogelijk. Is die minder dan 50%, dan gaat deze oplossing nog verder dan de verdubbingsvariant, en wordt ongetwijfeld de bovengrens overschreden van de schade-omvang die realistisch gezien niet meer kán zijn veroorzaakt.

Hoe realistisch dergelijke oplossingen zijn kan men niet in algemene zin aangeven, maar moet van geval tot geval worden beoordeeld. Wanneer men voor de benadeelden het onderste uit de kan wil, is het op deze grondslag zo veel mogelijk maximeren van de door de gedaagden te vergoeden schadedelen in elk geval de enige aanvaardbare optie. Zo lang men maar op een serieuze manier de grens respecteert van de schade-omvang die redelijkerwijs *niet* kan zijn veroorzaakt.²³³

5.4.4 Conclusies

Het uitgangspunt dat bij de figuur van de tweezijdige alternativiteit de omvang van de totale schadevergoedingsplicht van een individuele gedaagde zoveel mogelijk gelijk behoort te zijn aan de omvang van de in totaal door hem veroorzaakte schade, laat in de praktijk zeer veel ruimte voor nadere uitwerking. Het is aan de rechter om voor het concrete geval de meest rechtvaardige en best werkbare oplossing te kiezen. Daarbij kunnen de benadeelden desgewenst vergaand tegemoet worden gekomen. In de *DES*-context was het vermoedelijk zelfs mogelijk geweest om tot in wezen hetzelfde resultaat te komen als in het arrest van de Hoge Raad.²³⁴

231 Zie bijv. A.B. Nace, 44 Vand.L.Rev. (1991) blz. 428.

232 Zie de tekst bij noot 206 op blz. 378.

233 Zo is in de *DES*-context door Eykman (zie noot 206) aangevoerd dat elke producent in theorie *alle* schadegevallen kan hebben veroorzaakt, hetgeen een rechtvaardiging zou zijn voor de door de Hoge Raad in het *DES*-arrest aangenomen hoofdelijkheid. Een dergelijke mogelijkheid lijkt echter veel te academisch om ook maar een moment serieus te worden genomen (behalve ten aanzien van een producent met een zeer groot marktaandeel, bijv. meer dan 80%). In dezelfde zin J. Hijma, AA 1993 blz. 130 noot 25.

234 Dat wil zeggen geen *hoofdelijke* aansprakelijkheid, maar een proportionele waarbij de benadeelden niettemin een *volledige* schadevergoeding wordt gegarandeerd. Zie over deze oplossing eerder noot 198.

Proportionele aansprakelijkheid en omkering van de bewijslast

6.1 Inleiding

6.1.1 *Bewijslastomkeer bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen*

Zoals in de vorige hoofdstukken reeds enkele malen ter sprake kwam, bestaat er bijzondere rechtspraak over het bewijs van causaal verband bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen. Bij overtreding van een dergelijke norm vindt niet alleen een ruimere toerekening plaats in de zin van artikel 6:98, met name van personenschade,¹ maar ook worden veelal bijzondere regels gehanteerd met betrekking tot de bewijslast inzake het causaal verband in de zin van *conditio sine qua non*. Zijn geschreven of ongeschreven normen overtreden waardoor het gevaar voor de soort ongevallen ter voorkoming waarvan de norm strekt, in het algemeen is verhoogd, en doet zich vervolgens een dergelijk ongeval voor, dan kan CSQN-verband worden aangenomen, tenzij de gedaagde aantoont dat naleving van de geschonden norm de schade waarschijnlijk niet zou hebben voorkomen.²

Deze regel is ontwikkeld in de rechtspraak van de Hoge Raad over verkeers-³ en arbeidsongevallen.⁴ Inmiddels is ook buiten dit terrein

1 Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 29.3; Asser-Hartkamp I (1996) nr. 434 onder 3.

2 Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 13.2; Asser-Hartkamp I (1992) nr. 434a; Onrechtmatige daad I (oud) (de Groot) nr 304; J. van Schellen, *Toerekening naar redelijkheid* (1985), blz. 86-87; L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten* (1988), blz. 52 e.v.

3 Zo bijv. HR 5 mei 1961, NJ 1961, 421, VR 1961, 56 m.nt. P; HR 16 nov. 1990, NJ 1991, 55; HR 21 okt. 1994, NJ 1995, 95.

4 Zo met name HR 21 juni 1974, NJ 1974, 453 m.nt. GJS (*Windmill/Roelofsen*) (ontbrekende trapleuning, zie de tekst bij noot 22 op blz. 400.); HR 17 nov. 1989, NJ 1990, 572 m.nt. PAS onder HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 (*De Kok/Jansen's BV*) (gebroken binnenruit, zie de tekst bij noot 36 op blz. 405); HR 22 maart 1991, NJ 1991, 420 (*Roeffen/Thijssen*) (ongeremde rolsteiger). Voor een toepassing van

wel geoordeeld dat met de verhoging van het gevaar het CSQN-verband in beginsel gegeven is.⁵ In de literatuur spreekt men van "*bewijslastomkeer bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen*". Dat zou kunnen suggereren dat het hier gaat om een min of meer afgebakend en uitgekristalliseerd leerstuk. Dat is echter geenszins het geval. Om te beginnen is niet geheel duidelijk wanneer precies sprake is van een "veiligheidsnorm" in de zin van dit leerstuk. Is dat telkens wanneer schending van de betreffende norm kan leiden tot letselschade? Maakt het hierbij werkelijk niets uit of het gaat om geschreven of ongeschreven normen?⁶ Een volgend probleem is dat niet *elke*

dit leerstuk bij beroepsziekten zie HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 m.nt. PAS (*Cijsouw/De Schelde*) (mesothelioom, zie de tekst bij noot 42 op blz. 406). Het leerstuk is eveneens toepasselijk wanneer de vordering tot vergoeding van de door een arbeidsongeval geleden schade niet op art. 7:658 (toen: 7A:1638x) maar op 6:162 wordt gebaseerd, aldus HR 6 december 1996, RvdW 1996, 245 C (*Fortes/Smits*).

- 5 Zie bijv. HR 12 jan. 1979, NJ 1979, 362 m.nt. ARB (*Securicor*) (zuivere vermogensschade door beroving van geldtransport); HR 26 jan 1996, NJ 1996, 607 m.nt. WMK (*Dicky Trading II*) (zuivere vermogensschade; beroepsfout notaris verhoogt risico van oplichting). Voor kritiek op deze laatste uitbreiding zie de noot bij dit arrest van J. Spier in A&V 1996 blz. 43, alsmede diens commentaar in A.T. Bolt en J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, preadvies NJV 1996 blz. 364. In een latere uitspraak over de aansprakelijkheid van de notaris werd weer in andere zin beslist (zij het dat de kwestie hier werd benaderd als een probleem van schade), zie HR 20 sept. 1996, NJ 1996, 747 (*Beurskens/Notarissen*). Eveneens een expliciete afwijzing van bewijslastomkeer vond plaats in HR 29 okt. 1993, NJ 1994, 108 (*Blok/Vara*) (winstderving na deels onrechtmatige kritiek in televisieprogramma).
- 6 Op het eerste gezicht lijkt het er misschien op dat beide vragen positief moeten worden beantwoord. In deze zin bijv. T. Hartlief, *Een (te) vergaande aansprakelijkheid voor sportverenigingen, sportscholen en clubs?*, NJB 1995 blz. 1459 e.v. (op blz. 1461 r.k.). Zie ook J.M. van Dunné, *Het De Schelde-arrest en aansprakelijkheid voor asbestziekten*, in: *Asbest en aansprakelijkheid* (1994) blz. 19 e.v. (op blz. 24). Steun hiervoor bieden bijv. HR 13 jan. 1995, RvdW 1995, 31 (*De Heel/Korver*) en HR 6 okt. 1995, RvdW 1995, 203 (*Veenhoven/Hilbrands*). In beide arresten ging het evenwel niet om het bewijs van CSQN-verband, maar om ruime toerekening van (gevolg)schade in de zin van art. 6:98. Daargelaten of er op het punt van de toerekening inderdaad geen enkel onderscheid zou moeten worden gemaakt tussen geschreven en ongeschreven normen, op het punt van het bewijs van CSQN-verband ligt dat naar mijn mening in elk geval anders. Hier is het aannemen van een relevant onderscheid heel goed denkbaar. Bij geschreven veiligheidsnormen gaat het immers om door de wetgever of het bestuur expliciet gewilde veiligheidsvoorschriften. In de praktijk blijkt geregeld twijfel mogelijk over het causaal verband met nagelaten veiligheidsmaatregelen. Afhankelijk van het voorschrift en het precieze gevaar kan die twijfel zelfs per definitie bestaan. Wanneer de benadeelde

gevaarverhoging aanleiding blijkt om causaal verband aan te nemen.⁷ In de literatuur wordt wel aangenomen dat vereist is dat sprake is van een "*aanmerkelijke*" verhoging van de kans op het ontstaan van schade, hetgeen uiteraard de vraag oproept waar de grens zou moeten worden getrokken.⁸ Tenslotte kan zowel over de rechtsgronden⁹ als over de

desondanks steeds causaal verband zou moeten bewijzen, zou het voorschrift een groot deel van zijn effectiviteit kunnen verliezen. Bewijslastomkeer met betrekking tot het causaal verband vormt dan een wenselijk geachte stimulans voor daadwerkelijke implementatie van veiligheidsvoorschriften. Zie nader § 6.2.3.

7 Met name bij verkeersongevallen zijn in de rechtspraak expliciet uitzonderingen gemaakt. Zie bijv. HR 8 juli 1987, VR 1988, 145; HR 15 maart 1957, NJ 1957, 526; Hof Amsterdam 26 april 1972, VR 1972, 139; Rb Den Bosch 25 okt. 1974, VR 1977, 11. Bij arbeidsongevallen lijkt de jurisprudentie op het eerste gezicht veel consistent. Toch bestaan ook hier wel uitzonderingen, maar daarbij wordt juridisch een andere weg bewandeld om tot afwijzing van de vordering te komen: de rechter ontkent dan het bestaan van een relevante tekortkoming van de werkgever. Het bewandelen van deze route is steeds mogelijk — en ligt zelfs voor de hand — wanneer het gaat om een *ongeschreven* veiligheidsnorm die geschonden zou zijn. Bij een te gering geachte gevaarverhoging zal eisers vordering immers reeds afstuiten op de eerste horde van de tekortkoming. Aan de causaliteitskwestie komt men dan niet meer toe. Zie bijv. HR 24 juni 1994, NJ 1995, 137 m.nt. PAS; A&V 1994, 40 m.nt. J. Spier (*Hollander/Wolfard & Wessels*) (ongeval door onveilige ladder of door "eigen schuld": ondanks gevaar dat onveilige ladder ook daadwerkelijk gebruikt zou worden werd geen tekortkoming aangenomen); Rb. Rotterdam 19 nov. 1993, A&V 1994, 17 m.nt. J. Spier (*Khargi/ECT*) (ongeval door oneffenheid in wegdek van bedrijfsterrein of door te hard rijden: ondanks gevaarverhoging door oneffenheid werd geen tekortkoming aangenomen).

8 Zie over deze problematiek § 6.2.8.

9 Voor "bewijslastomkeer" zijn verschillende rechtsgronden denkbaar. Een eerste benadering is zuiver formeel, inhoudende dat in de bestreken situaties een strikt *feitelijk* vermoeden van causaal verband is ontstaan, wat maar door de wederpartij moet worden weerlegd (Asser spreekt in dit verband van "onzuivere" bewijslastomkeer, zie Mon. Nieuw BW A-24 nr. 13). Daarbij zou de omstandigheid dat de wederpartij in principe ook over betere bewijsmogelijkheden beschikt een aanvullend gezichtspunt kunnen zijn, zij het dat van die betere bewijspositie in de bedoelde gevallen vaak in het geheel geen sprake is. Erg bevredigend vind ik deze verklaring niet, omdat zij volledig om de hete materieel-rechtelijke brij heen blijft lopen (*waarom* precies moet de mogelijkheid van CSQN-verband zwaarder wegen dan de mogelijkheid van afwezigheid daarvan?). Een meer materieel getinte benadering zou kunnen aanknopen bij de z.g. "slachtofferbescherming" en inhouden dat de benadeelde het voordeel van de twijfel krijgt wegens de doelstellingen van compensatie en preventie. Zie bijv. J.M. van Dunné, *Het beginsel van slachtofferbescherming: zo oud als de weg naar Kralingen*, BW-krant jaarboek 1993 blz. 175 e.v. (op blz. 184). Toch graaft ook deze verklaring niet werkelijk dieper, omdat zij geen aanknopingspunten biedt voor een nadere afbakening (waarom dan niet *altijd* CSQN-verband aangenomen?). Zie over enkele dragende argumenten voor bewijslast-

precieze inhoud¹⁰ van de gebezigde "bewijslastomkeer" verschillend worden gedacht.

Ik laat deze kwesties hier grotendeels rusten. Ik teken slechts aan dat het geldend recht op het onderhavige terrein nog verre van uitgekristalliseerd is. Over reikwijdte en inhoud van het "leerstuk" dat uit de betreffende jurisprudentie kan worden afgeleid kan men aanmerkelijk van mening verschillen. In het navolgende ga ik uit van de bestaande rechtspraak, en bespreek ik hoe deze zich naar mijn mening verhoudt tot een aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid.

6.1.2 Vraagstelling

Op het eerste gezicht lijken omkering van de bewijslast en een proportionele benadering elkaar uit te sluiten. Wil men in een concreet

omkeer de conclusie van waarnemend A-G Bloembergen bij HR 29 okt. 1993, NJ 1994, 108 (*Blok/Vara*). In Duitsland zijn de rechtsgronden voor *Beweislastverschiebung* aanmerkelijk uitgebreider aan wetenschappelijke analyse blootgesteld. Zie bijv. J. Sick, *Beweisrecht im Arzthaftpflichtprozeß*, (1986) blz. 74-108. Op deze plaats zal ik deze materie primair benaderen vanuit het *resultaat* van bewijslastomkeer, waarbij de strekking van de geschonden veiligheidsnorm m.i. maatgevend is (zie § 6.2).

- 10 Zo wijst Asser erop dat bij afwijking van de hoofdregel van bewijslastverdeling vaak geen sprake is van echte "omkeer" van de bewijslast, maar slechts van het op grond van gebleken feiten of omstandigheden aannemen van de juistheid van eisers stelling, waarbij het de gedaagde vrij staat om door het leveren van tegenbewijs zoveel twijfel te zaaien te maken dat die juistheid alsnog onwaarschijnlijk voorkomt. Zie Mon. Nieuw BW A-24 (Asser) nr. 13. Asser spreekt in dit verband van "onzuivere" omkering. Van "echte" omkering zou men volgens Asser eigenlijk alleen mogen spreken wanneer vereist wordt dat de onjuistheid van eisers stelling komt *vast te staan*. Een dergelijk tegenbewijs wordt in de hier besproken jurisprudentie over artikel 7A:1638x (oud) niet van de gedaagde verlangd. Hij hoeft slechts aan te tonen dat naleving van de geschonden norm de schade *waarschijnlijk* niet zou hebben voorkomen. Zie bijv. HR 5 mei 1961, NJ 1961, 421 ("tenzij [gedaagde] aantoonde, dat ondanks het nakomen van zijn verplichting het schadelijk gevolg *naar alle waarschijnlijkheid* [curs. AA] toch zou zijn ingetreden"); HR 21 juni 1974, NJ 1974, 453 ("en het op de weg van [gedaagde] zou hebben gelegen om te stellen en aan te tonen dat het aanwezig zijn van een leuning het ongeval *waarschijnlijk* [curs. AA] niet zou hebben voorkomen"). Zie in dit verband ook Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 13.1. Volgens Frenk zou dit in verband met de redactie van het nieuwe artikel 7:658 anders zijn geworden. Zie N. Frenk, *Nieuwe regeling van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten*, A&V 1996 blz. 80 e.v. (op blz. 81 r.k.). Ik betwijfel dat, met name omdat uit niets van een bedoeling in die zin van de wetgever blijkt.

geval van mogelijke veroorzaking de vordering van de benadeelde niet zonder meer afwijzen, dan lijkt het van tweeën één: òf men neemt bij gebrek aan tegenbewijs CSQN-verband aan, òf men kiest voor een proportionele oplossing op basis van de veroorzakingswaarschijnlijkheid. Het verbaast dan ook niet dat de toepasselijkheid van het "leerstuk" van de bewijslastomkeer op bepaalde casusposities waarin sprake is van onzeker causaal verband, in de literatuur een belangrijk confrontatiepunt is geworden tussen voor- en tegenstanders van proportionele aansprakelijkheid.¹¹ En zoals aangestipt in hoofdstuk 3, lijkt het ook met betrekking tot het leerstuk van het verlies van een kans wel zo dat een keuze zou moeten worden gemaakt — met name bij medische fouten — tussen toepassing van het kansleerstuk (zoals in Frankrijk, België en de Verenigde Staten) en omkering van de bewijslast (zoals in het Duitse leerstuk van de *grobe Behandlungsfehler*).¹²

Het is deze relatie tussen bewijslastomkeer en proportionele aansprakelijkheid die in dit hoofdstuk centraal staat. Betrof het hier inderdaad elkaar volledig uitsluitende alternatieven, dan zou de vraag gerechtigd zijn of op het terrein van de verkeers- en veiligheidsnormen überhaupt wel een rol voor een proportionele benadering is weggelegd. Waar het beginsel van bewijslastomkeer in een constante rechtspraak door de Hoge Raad is aanvaard en toegepast, zou in principe slechts een vraag van afbakening resteren. Zoals zal blijken sluiten bewijslastomkeer en proportionele aansprakelijkheid elkaar echter geenszins

11 Vóór toepasselijkheid is o.m. gepleit door H.O. Kerkmeester, *bespreking van M.G. Faure: (G)een schijn van kans*, TMA 1994 blz. 45 e.v. (op blz. 47 r.k.); A.W. Jongbloed en M.L. Simon, *Statistiek en bewijsrecht* (naschrift), NJB 1995 blz. 1279 e.v. Vermoedelijk ook voorstanders, maar voorzichtiger formulerend: A.J. Van, *Statistisch bewijs van causaal verband*, TMA 1994 blz. 109 e.v. (op blz. 117); P.A. Kottenhagen-Edzes, *bespreking van M.G. Faure: (G)een schijn van kans*, M&R 1994, blz. 275 e.v. Tegen (onverkorte) toepasselijkheid o.m. M.G. Faure, *(G)een schijn van kans* (oratie RULi 1993) (op blz. 43-44); N. Frenk, *Toerekening naar kansbepaling*, NJB 1995 blz. 482 e.v. (op blz. 488-489); C.J.J.M. Stolker, *Aansprakelijkheid voor bloedprodukten en bloedtransfusies*, NJB 1995 blz. 685 e.v. (op blz. 690 r.k.); J. Spier, *Asbest en aansprakelijkheid* in de gelijknamige bundel (1994) blz. 35 e.v. (op blz. 38-39); J. Hijma, *noot bij HR 25 juni 1993*, NJ 1993, 686 (*Erven Cijssouw/De Schelde*), AA 1994 blz. 109 e.v. (op blz. 113-114); A.J. Akkermans, *Aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, In: Het actuele recht, JUVAT-bundel (1993) blz. 5 e.v. (op blz. 6); *Statistisch causaliteitsbewijs bij toxische schadeveroorzaking*, VA 1995 blz. 44 e.v. (op blz. 51-53); *Statistiek en bewijsrecht* (reactie), NJB 1995 blz. 1278-1279.

12 Zie § 3.2.2.

volledig uit, maar kunnen zij ook heel goed met elkaar worden verzoend. Daarbij kan worden vastgehouden aan het uitgangspunt dat de overtreding van de veiligheidsnorm wordt vermoed de oorzaak van de schade te zijn. Indien echter de wederpartij het tegendeel niet kan bewijzen, maar wél dat de schade eveneens kan zijn veroorzaakt door een oorzaak die niet in zijn risicosfeer behoort te worden gebracht, dan is dit "gedeeltelijke tegenbewijs" aanleiding om niet een volledige, maar slechts een proportionele aansprakelijkheid tot uitgangspunt te nemen.¹³ Aldus betekent proportionele aansprakelijkheid niet zozeer een alternatief, maar veeleer een *verfijning* van het leerstuk van de bewijslastomkeer.

6.1.3 Plan van behandeling

Ik begin met een evaluatie van het principe van de bewijslastomkeer op het terrein dat in dit verband het meest belangrijk lijkt, namelijk de aansprakelijkheid van de werkgever voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten krachtens artikel 7:658 BW (1638x oud) (§ 6.2). Mijn insteek zijn vooral de resultaten waartoe bewijslastomkeer leidt, met de strekking van de geschonden veiligheidsnorm als beoordelingsmaatstaf. Mijn conclusie zal luiden dat in tenminste twee soorten gevallen een onverkorte omkering van de bewijslast tot onredelijke resultaten zou leiden, en de voorkeur moet worden gegeven aan een proportionele oplossing (§ 6.2.9). Daarna ga ik nader in op de aanpak die in de bedoelde situaties zou kunnen worden gevolgd, namelijk bewijslastomkeer met toelating van "gedeeltelijk tegenbewijs" (§ 6.3). Eerst werk ik deze aanpak uit voor de aansprakelijkheid ex artikel 7:658 (§ 6.3.2), en daarna voor het terrein van de medische fouten (§ 6.3.3).

13 Eenzelfde benadering wordt voorgestaan door N. Frenk, NJB 1995 blz. 489.

6.2 Evaluatie van bewijslastomkeer bij aansprakelijkheid van de werkgever voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten

6.2.1 De aansprakelijkheid van de werkgever ex artikel 7:658 BW (1638x oud)

Artikel 7:658 legt op de werkgever de contractuele verplichting om te zorgen voor zo veilig mogelijke werkomstandigheden.¹⁴ Bij niet-nakoming van deze veiligheidsverplichting is de werkgever krachtens lid 2 van dit artikel aansprakelijk voor schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, een en ander behoudens opzet of bewuste roekeloosheid.¹⁵ Het artikel is de opvolger van artikel 1638x (oud).¹⁶ De laatste jaren was de aansprakelijkheid van de werkgever krachtens dat artikel door de Hoge Raad in een reeks van arresten aanzienlijk verscherpt.¹⁷ Toch was van een echte risico-aansprakelijkheid geen sprake, en de wetgever heeft wat dat betreft met artikel 7:658 bewust geen verandering gewild. Wel veranderd is de

14 De tekst van lid 1 van het artikel luidt: "De werkgever is verplicht de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt."

15 "De werkgever is jegens de werknemer aansprakelijk voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoont dat hij de in lid 1 genoemde verplichtingen is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer." Over de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen en beroepsziekten bestaat een aanzienlijke literatuur. Ik verwijs hier slechts naar de losbladige Arbeidsovereenkomst (Christe) Art. 1638x (oud) en naar de dissertatie van L. Bier, *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten* (1988).

16 De tekst van dat artikel luidde: "De werkgever is verplicht de lokalen, werktuigen en gereedschappen, waarin of waarmee hij den arbeid doet verrichten, op zoodanige wijze in te richten en te onderhouden, alsmede omtrent het verrichten van den arbeid zoodanige regelingen te treffen en aanwijzingen te verstrekken, dat de arbeider tegen gevaar voor lijf, eerbaarheid en goed zoover beschermd is, als redelijkerwijze in verband met de aard van den arbeid gevorderd kan worden."

17 Voor besprekingen van deze jurisprudentie en haar gevolgen zie o.a. J. Spier, *Verdere verscherping van de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen*, A&V 1993, blz. 33 e.v.; M.G. Faure en T. Hartlief (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast* (1995); A.T. Bolt en J. Spier, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, preadvies NJV 1996 blz. 87-118.

bewijslastverdeling met betrekking tot de tekortkoming van de werkgever. Naar oud recht rustte de bewijslast dat de werkgever in de nakoming van zijn veiligheidsverplichtingen is tekortgeschoten in principe op de werknemer, zij het dat deze door de Hoge Raad vergaand was tegemoet gekomen.¹⁸ Krachtens 7:658 ligt echter de bewijslast dat hij *niet* in zijn veiligheidsverplichtingen is tekortgeschoten op de werkgever. In dit opzicht houdt het nieuwe artikel dus een wezenlijke verandering in ten opzichte van het oude.¹⁹ Op deze plaats gaat het echter niet om de bewijslast met betrekking tot de tekortkoming van de werkgever, maar om de bewijslast met betrekking tot het CSQN-verband tussen deze tekortkoming en de schade.²⁰ Op dit punt bevat artikel 7:658 geen vernieuwingen,²¹ zodat de oude jurisprudentie onverminderd van belang zal blijven.

6.2.2 *Bewijslastomkeer bij aanmerkelijke verhoging van de kans op schade*

Een goed voorbeeld van de rechtspraak over het bewijs van CSQN-verband bij schending van veiligheidsverplichtingen zoals bedoeld in artikel 7:658 is het arrest *Windmill/Roelofsen*:²²

18 Zie HR 6 april 1990, NJ 1990, 573, m.nt. PAS (*Janssen/Nefabas*); HR 1 juli 1993, NJ 1993, 687; HR 24 nov. 1995, NJ 1996, 271 (*Rust/BAM*).

19 Omdat op dit punt wordt voortgebouwd op de bestaande jurisprudentie is het beoogde materieel-rechtelijke verschil niettemin beperkt. Zie de MvT bij wetsvoorstel 23 438, TK 1994-1995 nr. 3, blz. 39.

20 Beide aspecten worden in de literatuur soms ten onrechte op één hoop geveegd. Ook kan het zich voordoen dat causaliteit en tekortkoming onlosmakelijk met elkaar zijn verweven (zie hierover eerder § 1.2.2) zoals bijvoorbeeld het geval was in HR 9 juni 1995, NJ 1995, 630 (*Van de Luytgaarden/Schuurink*).

21 Al wordt daar wel anders over gedacht, zie de verwijzing naar N. Frenk in noot 10. Zelf zou ik uit de redactie van artikel 7:658 lid 2, en met name aan het niet overnemen van de term "*dientengevolge*" uit 1638x lid 2, eerder afleiden dat de wetgever de rechtspraak van de Hoge Raad over het bewijs van CSQN-verband heeft willen volgen. Deze redactie maakt duidelijk dat de bewijslast dat de schade in elk geval door "*de uitoefening van zijn werkzaamheden*" is ontstaan, in principe bij de werknemer blijft liggen, en dat vervolgens op de werkgever de bewijslast rust dat de schade niet is ontstaan door een tekortkoming van zijn kant. Evenzo L. Bier, *Stelplicht en bewijslast bij beroepsziekten*, NTBR 1993 blz. 209 e.v. (op blz. 211 l.k.).

22 HR 21 juni 1974, NJ 1974, 453 m.nt. GJS.

Wanneer werknemer Roelofsen een trap wil afdalen in het bedrijfsgebouw van Windmill blijft hij met de hak van zijn schoen achter een drempeltje haken en verliest zijn evenwicht. Hij valt van de trap waaraan — in strijd met de veiligheidsvoorschriften — een leuning ontbreekt. Roelofsen loopt daarbij een schedelbasisfractuur op en wordt uiteindelijk 100% arbeidsongeschikt verklaard. Hij spreekt Windmill aan voor vergoeding van zijn schade, stellende dat hij door de afwezigheid van een trapleuning zijn evenwicht niet kon herstellen en daardoor van de trap is gevallen. Windmill bestrijdt dat het ontbreken van de leuning de val heeft veroorzaakt.

De rechtbank was van oordeel dat het letsel van Roelofsen moest worden beschouwd:

"als een naar ervaringsregelen te verwachten gevolg van het ontbreken van deze leuning aan de litigieuze trap, nu het ontbreken van deze leuning de kans op het intreden van het gevolg in aanmerkelijke mate heeft verhoogd."²³

Het hiertegen gerichte cassatiemiddel faalde. De Hoge Raad overwoog:

"dat naar het [...] oordeel van de Rb. het ontbreken van een leuning [...] de kans op het aan Roelofsen overkomen letsel in aanmerkelijke mate heeft verhoogd; dat hiermee het vereiste verband tussen het verzuim van Windmill om te doen hetgeen juist is voorgeschreven met het oog op een gevaar dat zich te dezen heeft verwezenlijkt en het aan Roelofsen overkomen ongeval is vastgesteld, en het op de weg van Windmill zou hebben gelegen om te stellen en aan te tonen dat het aanwezig zijn van een leuning het ongeval waarschijnlijk niet zou hebben voorkomen; dat voor het oordeel van de Rb. omtrent het causaal verband niet behoefde te worden vastgesteld op welk ogenblik en op welke plaats, alsmede door welke directe oorzaak Roelofsen ten val is gekomen"²⁴

Met de essentie van deze beslissing ben ik het van harte eens. Om verschillende redenen zou het te ver gaan om van een benadeelde als Roelofsen het bewijs te verlangen dat zijn schade bij eerbiediging van de veiligheidsvoorschriften niet zou zijn ontstaan.

23 Vonnis Rb van 22 juni 1973, r.o. 1.

24 Eerste rechtsoverweging (ongenummerd) m.b.t. de middelen van cassatie.

6.2.3 De effectiviteit van veiligheidsvoorschriften

Een eerste reden om niet vast te houden aan de normale bewijslastverdeling is dat dit ten koste zou gaan van de effectiviteit van veiligheidsvoorschriften als het onderhavige. In de praktijk blijkt bij nagelaten veiligheidsmaatregelen geregeld twijfel mogelijk over het causaal verband tussen dat nalaten en de opgetreden schade. Afhankelijk van het voorschrift en het precieze gevaar kan die twijfel zelfs per definitie bestaan. Zoals bij de verplichting om een reddingsboei aanwezig te hebben bij een zwembad, om een misthoorn in werking te hebben bij het varen in de mist, of — zoals in *Windmill* — om een leuning aanwezig te hebben aan een trap. Zou de verdronken badgast zijn gered wanneer de verplichte reddingsboei wél aanwezig was geweest, of had het toewerpen van die boei hem toch niet meer kunnen baten?²⁵ Zou de aanvaring zijn voorkomen wanneer de misthoorn was gebruikt, of zou zij desondanks toch hebben plaatsgevonden?²⁶ Zou Roelofsen zijn evenwicht nog hebben kunnen herstellen wanneer de verplichte trapleuning aanwezig was geweest, of had dat zijn val met haar dramatische gevolgen toch niet hebben voorkomen? Dit soort vragen kan achteraf nooit met zekerheid worden beantwoord. Wie hier de bewijslast krijgt opgedragen is dan ook steevast de sigaar. Wanneer de benadeelde onverkort het bewijs van causaal verband zou moeten leveren, gaat de gedaagde haast per definitie vrijuit. Daarmee zou het betreffende veiligheidsvoorschrift een groot deel van zijn effectiviteit kunnen verliezen. Vanwege het beschermingskarakter van veiligheidsvoorschriften is dat uiterst ongewenst. Omkering van de bewijslast waarborgt voor de benadeelde de bescherming die hem toekomt, en fungeert als een stimulans voor de daadwerkelijke implementatie van dit soort voorschriften. In het buitenland is dit "implementatie-gezichtspunt" wel aangevoerd als redengevend voor bewijslastomkeer inzake het CSQN-verband. Aldus bijvoorbeeld de motivering in *The Pennsylvania*, waarin de Amerikaanse rechter oordeelde dat het nalatige schip maar moest bewijzen dat het gebruik van een misthoorn de aanvaring niet zou hebben voorkomen:²⁷

25 Vgl. *Haft v. Lone Palm Hotel*, 478 P.2d 465, 91 Cal.Rptr. 745 (1970).

26 Vlg. *The Pennsylvania*, 86 U.S. 125 (1874).

27 86 U.S. 125 (1874).

"Such a rule is necessary to enforce obedience to the mandate of the statute."²⁸

6.2.4 Bescherming van de werknemer tegen eigen onvoorzichtigheid

Een volgende reden om bij ongevallen zoals in *Windmill* niet vast te houden aan de normale bewijslastverdeling is de nauwe samenhang die in dit soort situaties bestaat tussen causaliteit en "eigen schuld". Zoals de meeste verkeers- en veiligheidsnormen beoogt artikel 7:658 mede de benadeelde te beschermen tegen eigen onvoorzichtigheid. Dit komt onder meer tot uitdrukking in lid 2 van het artikel, dat de werkgever van aansprakelijkheid ontslaat wanneer deze kan bewijzen dat de schade in belangrijke mate aan "opzet of bewuste roekeloosheid" van de werknemer is te wijten. Artikel 1638x lid 2 sprak van "grove schuld"²⁹ maar ook daar werd in de rechtspraak "opzet of bewuste roekeloosheid" onder verstaan.³⁰ De strekking van deze bepaling:

"komt hierop neer dat deze bepaling de werknemer beoogt te beschermen door bij de aan zijn schuld te stellen eisen rekening te houden met het ervaringsfeit dat de dagelijkse omgang met machines, werktuigen of gereedschappen de werknemer die deze gebruikt, er licht toe zal brengen niet alle voorzichtigheid in acht te nemen die ter voorkoming van ongelukken geraden is, terwijl veel veiligheidsvoorschriften ter bescherming van werknemers bij hun werk juist met het oog op deze menselijke neiging zijn gegeven"

aldus de Hoge Raad.³¹ De geboden bescherming houdt in dat

28 86 U.S. 125 (1874) blz. 136. Zie voorts *McGhee v. National Coal Board*, [1973] 1 W.L.R. 1 [1972] 3 All E.R. 1008 (H.L.) (Lord Simon of Glaisdale op blz. 1015 sub B en Lord Salmon op blz. 1018 sub C); E.J. Weinrib, *A Step Forward in Factual Causation*, 38 MLR (1975) blz. 518 e.v. (op blz. 529); D.A. Farber, *Recurring Misses*, 19 J.Legal Stud. (1990) blz. 727 e.v. (op blz. 732).

29 "Zijn die verplichtingen niet nagekomen, dan is de werkgever gehouden tot vergoeding der schade aan den arbeider dientengevolge in de uitoefening zijner dienstbetrekking overkomen, tenzij door hem het bewijs wordt geleverd, dat die niet-nakoming aan overmacht, of die schade in belangrijke mate aan grove schuld van den arbeider is te wijten."

30 HR 27 maart 1992, NJ 1992, 496 m.nt. PAS (*Morsink/Nebem*) (r.o. 3.3).

31 HR 9 jan. 1987, NJ 1987, 948 m.nt. PAS (*Sweegers/Van den Hout*) (r.o. 3.2). Aan de hier bedoelde menselijke neiging wordt in menig arrest over artikel 1638x gerefereerd, laatstelijk in HR 20 sept. 1996, NJ 1997, 198 m.nt. PAS (*Pollemans/Hoondert*)

onvoorzichtigheid van de werknemer geen aanleiding biedt tot verval of vermindering van de schadevergoedingsplicht van de werkgever, tenzij deze onvoorzichtigheid moet worden aangemerkt als opzet of bewuste roekeloosheid.

Deze bescherming van de werknemer tegen zijn eigen, door dagelijkse routine toegenomen onvoorzichtigheid, loopt als een rode draad door het hele stelsel van het arbeidsrecht. Behalve in de materiële inhoud van veel veiligheids- en zorgvuldigheidsnormen, die — zoals de Hoge Raad terecht signaleert — vaak juist met het oog op deze onvoorzichtigheid zijn gegeven, vindt men haar terug bij de beperkte draagplicht van de werknemer voor schade door zijn fout toegebracht aan derden, wanneer de werkgever kwalitatief aansprakelijk is;³² bij de beperkte aansprakelijkheid van de werknemer voor schade door hem toegebracht aan zijn werkgever;³³ en bij de verplichting van de werkgever, anders dan krachtens artikel 7:658, tot vergoeding van schade aan zaken van de werknemer.³⁴ De nauwe samenhang tussen deze onderwerpen is evident, al was het maar omdat de wet, en in het laatste geval de Hoge Raad, telkens het strenge criterium "opzet of bewuste roekeloosheid" hanteert.

Zonder de beperking van het beroep van de werkgever op "eigen schuld" van de werknemer zouden veel veiligheidsnormen al snel hun effect verliezen. Met de ene hand — het leerstuk van de "eigen schuld" — zou immers de bescherming worden weggenomen die met de andere hand — de veiligheidsnorm zelf — wordt gegeven.³⁵ Dit is niet anders met betrekking tot het bewijs van causaal verband. Ook op dit punt dwingt het oogmerk van de bescherming van de werknemer tegen zijn eigen onvoorzichtigheid tot een afwijking van meer algemene regels van aansprakelijkheidsrecht. Een arbeidsongeval wordt heel vaak in meer of mindere mate medeveroorzaakt door eigen onvoorzichtigheid van de betrokken werknemer. Zou aan de normale bewijslastverdeling worden vastgehouden, dan zou via de achterdeur van het

32 Zie artikel 6:170 lid 3 en 7:661 (1639da oud).

33 Zie art. 7:661 (1639da oud).

34 Zie HR 16 okt. 1992, NJ 1992, 227 m.nt. PAS (*Bruinsma/Schuitmaker*).

35 Deze samenhang tussen de materiële inhoud van veiligheidsnormen en de beperking van het beroep op "eigen schuld" komt ook duidelijk naar voren op het terrein van de verkeersaansprakelijkheid. Zie J.M. Barendrecht, *Verkeersaansprakelijkheid en het 50/50 beginsel*, in: Het actuele recht, JUVAT-bundel (1993) blz. 13 e.v. Over deze samenhang bij verkeers- en veiligheidsnormen in het algemeen zie Schadevergoeding (Boonekamp) Art. 101 aant. 17.4.

causaliteitsbewijs de beperking van het beroep op "eigen schuld" alsnog zijn effect kunnen verliezen. Omkering van de bewijslast is een noodzakelijk complement van de rechtsregels die de bescherming van de werknemer tegen zijn eigen onvoorzichtigheid beogen te bewerkstelligen.

De casus van *Windmill* biedt hiervoor een goed voorbeeld. Hier ging het immers om de vraag wat nu precies de doorslaggevende causale factor was die tot de val van Roelofsen leidde. Was dat zijn eigen onvoorzichtigheid (die hem achter het drempeltje deed haken en zijn evenwicht deed verliezen), of was dat de afwezigheid van een trapleuning (waaraan hij zich misschien zou hebben kunnen vastgrijpen en zo zijn evenwicht herstellen)? Wanneer men Roelofsen onverkort aan het bewijs van het laatste zou houden zou men — gegeven de praktische onmogelijkheid van dat bewijs — per saldo juist het soort eigen onvoorzichtigheid voor zijn risico brengen, waartegen de betreffende veiligheidsnorm hem beoogt te beschermen. Omkering van de bewijslast is hier noodzakelijk om de eigen onvoorzichtigheid van Roelofsen in die risicosfeer te houden waar zij volgens het stelsel van het arbeidsrecht thuishoort: de risicosfeer van de werkgever.

6.2.5 Bescherming tegen schade ontstaan in "de uitoefening van de werkzaamheden"

Uiteraard kunnen in het kader van artikel 7:658 ook andere mogelijke oorzaken dan de eigen onvoorzichtigheid van de werknemer door middel van bewijslastomkeer in de risicosfeer van de werkgever worden gebracht. Zoals gebeurde in het arrest *De Kok/Jansen's BV*,³⁶ waar zich de vraag opwierp of de fatale breuk van een glazen ruit zich ook zou hebben voorgedaan wanneer deze — anders dan in het voorliggende geval — wél met gebruik van bepaalde hulpmiddelen uit de sponning zou zijn verwijderd. De breuk van een ruit die volgens alle regelen der kunst wordt uitgenomen hoeft uiteraard niets met onvoorzichtigheid van de werknemer te maken te hebben. Niettemin is zo'n ruitbreuk een risico dat zodanig nauw samenhangt met de "uitoefening zijner dienstbetrekking"³⁷ door de werknemer — in dit geval een glazenwasser — dat het alleszins redelijk lijkt om haar door

36 HR 17 nov. 1989, NJ 1990, 572 m.nt. PAS onder HR 6 april 1990, NJ 1990, 573).

37 Vgl. de tekst van art. 1638x lid 2 oud (zie noot 29).

middel van bewijslastomkeer voor rekening van de werkgever te brengen.³⁸

Waar het hier steeds om draait is de vraag of het om mogelijke oorzaken gaat die — net als de door dagelijkse routine toegenomen onvoorzichtigheid van de gemiddelde werknemer — voortvloeien uit de werkzaamheden die in het kader van de dienstbetrekking werden verricht. Dit komt goed tot uitdrukking in de redactie van artikel 7:658 lid 2³⁹ waaruit blijkt dat de bewijslast dat de schade in elk geval in "de uitoefening van zijn werkzaamheden" is ontstaan, bij de werknemer blijft liggen. Op de werkgever rust vervolgens de bewijslast dat de schade niet is ontstaan door een tekortkoming van zijn kant.⁴⁰

6.2.6 Spanningsveld met schuldaansprakelijkheid

Bij arbeidsongevallen als in *Windmill* bestaat voor de door de Hoge Raad gehanteerde bewijslastomkeer dus goede grond.⁴¹ Maar daaruit volgt niet dat zij blindelings zou kunnen worden toegepast. Te bedenken valt dat het resultaat zeer ver gaat. Zo is het onder andere moeilijk te rijmen met de op schuld gebaseerde aansprakelijkheid van de werkgever. Dit bezwaar is met name geopperd naar aanleiding van het arrest *Cijsouw/De Schelde*:⁴²

Cijsouw was van september 1949 tot maart 1967 in dienst bij scheepswerf De Schelde, eerst als scheepsbeschieter en meubelmaker en vanaf 1961 als beambte tijdwaarneming/arbeidsanalist. In 1988 wordt bij Cijsouw mesothelioom vastgesteld, een dodelijke asbestziekte die reeds bij betrekkelijk kortstondige blootstelling aan asbest kan ontstaan — in

38 Erkend zij dat het hier om een in hoge mate rechtspolitieke appreciatie gaat. Een tegenovergesteld standpunt is ook verdedigbaar, maar zou indruisen tegen de jurisprudentie van de Hoge Raad, tegen de redactie van art. 7:658, en tegen meer algemene maatschappelijke ontwikkelingen (zie bijv. S. Klosse, *Bedrijfsongevallen en beroepsziekten: individuele of collectieve verantwoordelijkheid*, NJB 1993 blz. 1608 e.v.).

39 Zie noot 15.

40 Evenzo L.Bier, NTBR 1993 blz. 211 l.k., die in dit verband spreekt van "twee 'soorten' causaal verband" (t.a.p.).

41 Het zij benadrukt dat ik geenszins pretendeer alle mogelijke gronden voor deze bewijslastomkeer te hebben besproken. Zie in dit verband tevens hetgeen opgemerkt in noot 9, alsmede de daar vermelde literatuur.

42 HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 m.nt. PAS.

principe al door het inademen van één asbestkristal⁴³ — met een incubatietijd die kan uiteenlopen van twintig tot veertig jaar. Cijsouw vordert schadevergoeding van De Schelde, stellende dat zijn ziekte is ontstaan door blootstelling aan asbest tijdens zijn werkzaamheden aldaar, en dat De Schelde heeft nagelaten de veiligheidsmaatregelen te treffen die redelijkerwijs van haar konden worden gevergd. In 1989 overlijdt Cijsouw en wordt de procedure door zijn erven voortgezet. Het verweer van De Schelde houdt onder meer in dat zij niet tekort zou zijn geschoten in haar veiligheidsverplichtingen, omdat het gevaar van mesothelioom in de relevante periode nog niet bekend zou zijn geweest. Het verband tussen asbest en asbestose werd reeds voor de Tweede Wereldoorlog gelegd en het verband tussen asbest en longkanker in de jaren vijftig. Maar pas in 1964 werd voor het eerst gewag gemaakt van een mogelijk causaal verband tussen blootstelling aan asbest en mesothelioom, aldus de Schelde, zodat vóór dat tijdstip van een werkgever geen daartegen gerichte veiligheidsmaatregelen konden worden verwacht.

De rechtbank ging ervan uit dat De Schelde in ieder geval tot 1960 niet kon worden verweten geen maatregelen te hebben genomen tegen het gevaar van mesothelioom. Op grond daarvan kwam de rechtbank uit bij een opdeling van het dienstverband van Cijsouw in twee perioden, een eerste van september 1949 tot 1960 en een tweede van 1960 tot maart 1967. Alléén wanneer het fatale asbestkristal was ingeademd in periode II kon De Schelde aansprakelijk zijn, aldus de rechtbank, maar dat zou Cijsouw nooit kunnen bewijzen:

"Op het eerste gezicht immers is reeds de kans dat de fatale inademing plaatsvond voor 1960 groter omdat de periode van blootstelling aan asbeststof groter is geweest (ruim tien jaar voor 1960 tegenover krap acht jaar daarna). Daarbij komt dat vaststaat dat Cijsouw na 1962 (wijziging functie) [...] in ieder geval niet aan asbeststof werd blootgesteld met een intensiteit gelijk aan die van voor 1962."⁴⁴

De vordering van Cijsouw werd daarom afgewezen. In cassatie hield dit vonnis geen stand. Volgens de Hoge Raad had de rechtbank een te

43 Deze mogelijkheid heeft in de onderhavige procedure geleid tot een sterk gesimplificeerde benadering van de wijze waarop een aandoening als mesothelioom ontstaat. Het ontstaan van Cijsoews ziekte wordt namelijk volledig opgehangen aan het op een bepaald moment inademen van "*het fatale asbestkristal*". Deze voorstellingswijze doet maar beperkt recht aan de werkelijke samenhang tussen mesothelioom en een langdurige blootstelling aan asbest. Voor kritiek van gelijke strekking zie L. Bier, NTBR 1993 blz. 209 m.k.

44 R.o. 3.11.

beperkt uitgangspunt genomen door alleen veiligheidsmaatregelen in beschouwing te nemen die waren gericht op het voorkomen van mesothelioom. Ook veiligheidsmaatregelen met het oog op het destijds al wél bekende gevaar van asbestose en longkanker had de rechtbank in haar oordeel moeten betrekken:

"Indien [...] De Schelde in de periode 1949-1967 te kort is geschoten in haar verplichting om al die veiligheidsmaatregelen te nemen welke waren vereist met het oog op de haar bekende gevaren van het werken met asbest en dit verzuim de kans dat Cijssouw een tot een mesothelioom leidend asbestkristal zou binnenkrijgen, in aanmerkelijke mate heeft verhoogd, is De Schelde ingevolge art. 1638x voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk, ook al heeft die nalatigheid geleid tot de verwezenlijking van een haar toen niet bekend gevaar (mesothelioom). Zulks is slechts anders, indien De Schelde aannemelijk maakt dat het nemen van de destijds vereiste veiligheidsmaatregelen de verwezenlijking van het gevaar van mesothelioom waarschijnlijk niet had kunnen voorkomen."⁴⁵

Door deze ruimere benadering van de ter zake doende veiligheidsverplichtingen van De Schelde kwam het temporele causaliteitsprobleem waarop Cijssouws vordering bij de rechtbank was afgestuit, op het tweede plan te staan. Het speelde immers alleen in de veronderstelling waar de rechtbank van uit was gegaan, namelijk dat vóór 1960 van een relevante tekortkoming geen sprake was.

Nu was het niet ondenkbaar dat De Schelde, na verwijzing, zou slagen in het tegenbewijs dat de vóór 1960, in verband met *asbestose* vereiste veiligheidsmaatregelen, het gevaar van *mesothelioom* waarschijnlijk niet hadden kunnen voorkomen.⁴⁶ In principe zou de vraag in welke periode Cijssouw het fatale asbestkristal had ingeademd, zich dan opnieuw in volle omvang opwerpen. Het arrest bevat nog een tweede beslissing die op deze situatie anticipeert. In het cassatiemiddel werd onder meer het oordeel van de rechtbank aangevochten dat voor aansprakelijkheid van De Schelde nodig zou zijn dat "*met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid*" zou komen vast te staan dat Cijssouw het fatale asbestkristal had binnen gekregen in periode II. De Hoge Raad overwoog daaromtrent:

45 R.o. 3.6.

46 In het arrest na verwijzing is beslist dat De Schelde daarin *niet* is geslaagd. Zie Hof Den Haag 25 februari 1997, rolnr. 94/1894, (nog) niet gepubliceerd. Tegen het arrest is cassatie ingesteld.

"Het strookt niet met de strekking van art. 1638x, dat immers beoogt werknemers bescherming te bieden tegen aan hun werkzaamheden verbonden gevaren, een dergelijke eis te stellen en het risico dat niet kan worden bewezen dat die eis vervuld is, ten laste van de werknemer te brengen. Bedoelde strekking brengt daarentegen mede dat onder de omstandigheden als hiervoor aangegeven, De Schelde zich niet erop kan beroepen dat Cijssouw, die gedurende de gehele duur van zijn dienstverband is blootgesteld aan asbeststof, het fatale asbestkristal mogelijk heeft binnen gekregen in een eerdere periode van zijn dienstverband, toen haar van het ontbreken van dergelijke maatregelen geen verwijt viel te maken."⁴⁷

Het is deze tweede beslissing die hier van belang is. Op het eerste gezicht is zij niet meer dan een logische voortzetting van de rechtspraak waarin de bewijslast met betrekking tot het CSQN-verband wordt omgekeerd.⁴⁸ Het resultaat is echter dat het mogelijke oplopen van mesothelioom door Cijssouw tijdens periode I voor risico van De Schelde wordt gebracht, terwijl in die periode — in verband met de stand van de wetenschap en techniek — van een relevante *tekortkoming* van De Schelde nog geen sprake was.⁴⁹ Dit resultaat is in zoverre opmerkelijk, dat op de werkgever nadrukkelijk géén risico-aansprakelijkheid rust, noch naar oud, noch naar huidig recht; pogingen om deze langs jurisprudentiële weg te introduceren zijn door de Hoge Raad telkens van de hand gewezen.⁵⁰ Door verschillende schrijvers wordt er dan ook op gewezen dat de Hoge Raad in *Cijssouw* indirect tóch een vorm van risico-aansprakelijkheid heeft geïntroduceerd, die bovendien

47 R.o. 3.10.

48 Al formuleert de Hoge Raad hier wat apodictischer dan gebruikelijk. De Schelde mocht zich immers "*niet erop beroepen*" dat de schade mogelijk werd geleden in een periode waarin van een relevante tekortkoming geen sprake was, terwijl in eerdere uitspraken de werkgever nog de ruimte werd geboden om het tegenbewijs te leveren dat nakoming van zijn verplichtingen de schade "*waarschijnlijk niet zou hebben voorkomen*". R. Overeem spreekt in dit verband van "*een (jurisprudentieel) onweerlegbaar vermoeden*" waardoor "*in wezen [...] een regel van materieel recht [wordt] geïntroduceerd*". Zie zijn bespreking van *Cijssouw/De Schelde* in Adv.bl. 1993 blz. 533 e.v. (op blz. 534 m.k.).

49 Althans van die situatie gaat de Hoge Raad blijkens zijn bewoordingen ("*toen haar van het ontbreken van dergelijke maatregelen geen verwijt viel te maken*") in deze passage uit.

50 Zie HR 10 juni 1983, NJ 1984, 20 m.nt. PAS (*Berisa/Raymakers*) en HR 17 november 1989, NJ 1990, 572 m.nt. PAS onder HR 6 april 1990, NJ 1990, 573 (*De Kok/Jansen's BV*).

vrij ver gaat.⁵¹ Zo wijst Klosse erop dat zelfs bij de puur op risico gebaseerde aansprakelijkheid voor gebrekkige producten en gevaarlijke stoffen, de mogelijkheid bestaat om met een beroep op de stand van wetenschap en techniek aan aansprakelijkheid te ontkomen. Dat de werkgever zich daarop bij beroepsziekten niet kan beroepen, laat zich volgens Klosse moeilijk rijmen met de op schuld gebaseerde aansprakelijkheid van artikel 7:658.⁵²

Toch is het resultaat van de beslissing in *Cijsouw* helemaal niet zo bijzonder. Ook wanneer Cijsouw zijn mesotheliom opliep tijdens de eerste periode van zijn dienstverband gaat het om een oorzaak die — anders dan wanneer zijn ziekte bijvoorbeeld mogelijk werd veroorzaakt door roken — zonder meer was gelegen in "*de uitvoering van zijn werkzaamheden*".⁵³ Dergelijke mogelijke oorzaken worden ook in een "standaard-geval" van bewijslastomkeer voor risico van de werkgever gebracht. Welbeschouwd heeft bewijslastomkeer per definitie als resultaat dat een mogelijke oorzaak voor risico van de werkgever wordt gebracht waarvoor een *relevante* tekortkoming ontbreekt. Indien de val van Roelofsen in *Windmill* in werkelijkheid uitsluitend werd veroorzaakt door zijn eigen onvoorzichtigheid, dan was de omstandigheid dat ten onrechte een trapeleuning ontbrak, voor het intreden van de schade niet relevant. En wanneer de glazen ruit in *De Kok/Jansen's BV* sowieso door midden zou zijn gebroken, dan was de omstandigheid dat aan De Kok ten onrechte geen hulpmiddelen ter beschikking waren gesteld, voor het intreden van de schade niet relevant. Het bijzondere aan *Cijsouw* is slechts dat het vérgaande resultaat van bewijslastomkeer — dat een mogelijke oorzaak voor risico van de werkgever wordt gebracht waarvoor een relevante tekortkoming ontbreekt — hier veel meer in het oog springt dan in het standaardgeval. Dat komt doordat in de regel de mogelijke oorzaken van de schade samenvallen in tijd, en dus ten tijde van het ontstaan van de schade in elk geval sprake was van een tekortkoming van de werkgever — causaal of niet — terwijl dat in *Cijsouw* niet het geval is. Bijzondere problemen ten aanzien van het karakter van de aansprake-

51 Zie W. van Boom, *Art. 7A:1638x BW: risico-aansprakelijkheid?*, Bb 1993 blz. 157 e.v. (op blz. 158 r.k.); S. Klosse, NJB 1993 blz. 1610 l.k.; J. Spier, A&V 1993 blz. 37 r.k.; A.J. Akkermans, JUVAT-bundel (zie noot 11) blz. 8.

52 Destijds 1638x. Zie S. Klosse, NJB 1993 blz. 1610 l.k.

53 Ook voor de Hoge Raad lijkt dit van groot belang waar hij benadrukt dat Cijsouw "*gedurende de gehele duur van zijn dienstverband is blootgesteld aan asbeststof*" (zie het citaat bij noot 47).

lijkheid van de werkgever deden zich hier echter niet voor: waar omkering van de bewijslast per definitie mogelijke oorzaken voor rekening van de werkgever brengt waarvoor een relevante tekortkoming ontbreekt, staat zij *uit de aard der zaak* op gespannen voet met schuldaansprakelijkheid.

6.2.7 *Tweede mogelijke oorzaak gelegen buiten "de uitoefening van de werkzaamheden"*

Door de omkering van de bewijslast draagt de aansprakelijkheid ex artikel 7:658 dus onvermijdelijk tot op zekere hoogte het karakter van een risico-aansprakelijkheid. Wie — zoals ik — meent dat bewijslastomkeer bij arbeidsongevallen zoals in *Windmill* en *De Kok/Jansen's BV* in principe een goede zaak is, zal deze consequentie in beginsel moeten aanvaarden, ook in meer sprekende gevallen zoals in *Cijsouw*. Dit brengt ons bij een kwestie die wél van bijzondere betekenis is, namelijk de vraag hoever de aldus geschapen risicosfeer van de werkgever kan worden opgerekt.

Naar mijn mening brengt de strekking van artikel 7:658 met zich mee dat deze risicosfeer beperkt dient te blijven tot schade die in elk geval samenhangt met "*de uitoefening van zijn werkzaamheden*" door de werknemer. Deze samenhang staat niet langer vast zodra — anders dan in *Cijsouw* — de tweede mogelijke oorzaak van de schade duidelijk *buiten* "*de uitoefening van zijn werkzaamheden*" is gelegen. Bijvoorbeeld bij bepaalde beroepsziekten die ook "*van nature*" voorkomen, of die tevens veroorzaakt kunnen worden door omstandigheden die bezwaarlijk aan de werkgever kunnen worden toegerekend. In dit soort gevallen wordt onverkorte omkering van de bewijslast bezwaarlijk. Een voorbeeld zijn de schadelijke gevolgen van roken en de blootstelling aan asbest. Zoals bekend kunnen beiden leiden tot het ontstaan van longkanker:

Stel dat werknemer X schadevergoeding claimt omdat zijn longkanker zou zijn veroorzaakt door de blootstelling aan asbest. De werkgever verweert zich door erop te wijzen dat de betreffende werknemer zijn volwassen leven lang een pakje sigaretten per dag heeft gerookt, en dat dit roken evengoed de oorzaak van de longkanker zou kunnen zijn.⁵⁴

54 Vgl. *In re Manguno*, 961 F.2d 533 (5th Cir. 1992).

Onverkorte omkering van de bewijslast zou hier betekenen dat de werkgever maar moet bewijzen dat het roken, en niet de blootstelling aan asbest, de oorzaak van de longkanker is. Een dergelijk bewijs is in principe niet mogelijk. De medische wetenschap is tot dusver niet in staat om vast te stellen waardoor een bepaalde kankertumor is ontstaan. Daarmee zou de werkgever in dit soort gevallen altijd volledig aansprakelijk zijn. Dat lijkt niet redelijk. Roken en asbest zijn beide belangrijke risicofactoren voor het ontstaan van longkanker. Zij werken sterk synergetisch ten opzichte van elkaar, dat wil zeggen dat hun gecombineerde effect aanmerkelijk groter is dan de optelsom van beide risicofactoren afzonderlijk.⁵⁵ Een kettingrokende werknemer zoals X kan worden geacht evenzeer aan het ontstaan van zijn ziekte te hebben bijgedragen als zijn werkgever die onvoldoende maatregelen trof tegen asbest.⁵⁶ Wanneer men zou vasthouden aan een onverkorte omkering van de bewijslast, zou de werkgever niet alleen op moeten komen voor de gevolgen van blootstelling aan asbest, maar ook voor de gevolgen van het roken door zijn werknemers. Dat zou de strekking van artikel 7:658 naar mijn mening te buiten gaan.

Het doorslaggevende verschil met casusposities zoals in *Cijsouw* en *Windmill* is dat roken *niet* een mogelijke oorzaak is die voortvloeit uit de werkzaamheden die in het kader van de dienstbetrekking werden verricht. De "onvoorzichtigheid" die in roken is gelegen behoort — anders dan onvoorzichtigheid bij de uitvoering van de werkzaamheden — niet tot de beschermings sfeer van artikel 7:658. Het staat ook niet op voorhand vast dat de schade van X, zoals het artikel vereist, werd geleden "*in de uitoefening van zijn werkzaamheden*". Naar mijn mening betreft het kettingroken van X in principe een aan hemzelf toe te rekenen omstandigheid die aanleiding moet zijn om de schadevergoedingsplicht te verminderen in de geest van artikel 6:101 ("eigen

55 In de epidemiologische literatuur wordt het relatieve risico van roken soms wel op 10 gesteld, en dat van blootstelling aan asbest op 5. Het gecombineerde effect van beide factoren bedraagt dan echter geen factor 15, maar een factor 50. Zie A.J. Van en H.G.T. Nijs, *Asbest, Tabaksrook en Longkanker*, TMA 1996 blz. 45 e.v.

56 In verband met de synergetische samenhang tussen beide risicofactoren doet het maar zeer beperkt recht aan de werkelijkheid om het zo voor te stellen dat de longkanker van een rokende, aan asbest blootgestelde werknemer, zou zijn veroorzaakt òf door roken, òf door asbest. In dezelfde zin S. Poulter, *Science and Toxic Torts: Is There a Rational Solution to the Problem of Causation?*, 7 High Tech.L.J. (1992) blz. 189 e.v. (op blz. 234).

schuld").⁵⁷ Een onverkorte omkering van de bewijslast is hier niet langer op zijn plaats.

6.2.8 Te lage veroorzakingswaarschijnlijkheid

Ook in een tweede opzicht kan onverkorte omkering van de bewijslast zeer vergaand uitpakken, namelijk wanneer de kans dat de schade veroorzaakt werd door de tekortkoming van de werkgever relatief klein is. Zoals gezegd wordt in de literatuur wel aangenomen dat voor bewijslastomkeer vereist is dat sprake is van een "aanmerkelijke" verhoging van de kans op het ontstaan van schade,⁵⁸ een criterium dat is ingegeven door de terminologie van de Hoge Raad.⁵⁹ Dit roept niet alleen de vraag op bij welke veroorzakingswaarschijnlijkheid de grens moet worden getrokken, maar ook wat rechtens is wanneer die grens niet wordt bereikt.

Ook deze kwestie is aan de orde gesteld naar aanleiding van het arrest *Cijsouw/De Schelde*. Zoals gezegd kwam het in de voorstelling van de rechtbank aan op de vraag wanneer Cijsouw "het fatale asbestkristal" had ingeademd, in de periode vóór 1960 of daarna.⁶⁰ Omdat Cijsouw vanaf oktober 1961 een administratieve functie vervulde kan worden aangenomen dat hij daarna aanmerkelijk minder intensief aan asbeststof werd blootgesteld dan daarvoor.⁶¹ De kans dat hij zijn mesothelioom in de nalatigheidsperiode had opgelopen wordt in

57 Evenzo A.J. Van en H.G.T. Nijs, TMA 1996 blz. 47 l.k. Zelfs een *rechtstreekse* toepassing van artikel 6:101 is hier goed denkbaar, mits men daarbij afziet van de in het kader van art. 7:658 geldende beperking tot "opzet of bewuste roekeloosheid". Zie over deze benadering de tekst bij noot 79 op blz. 422

58 Zie J. Hijma, AA 1994 blz. 113 r.k. (die overigens spreekt van een "aanzienlijke" kansverhoging); J. Spier, *Asbest en aansprakelijkheid* (zie noot 8) blz. 39.

59 Zie bijv. het citaat uit *Windmill* in de tekst bij noot 24 en het citaat uit *Cijsouw* in de tekst bij noot 45. Voor uitvoeriger verwijzingen zie J. Spier, *Asbest en aansprakelijkheid* (zie noot 8) blz. 39 noot 14.

60 Ik merkte reeds op dat deze voorstellingswijze maar beperkt recht doet aan de samenhang tussen mesothelioom en een langdurige blootstelling aan asbest (zie noot 43). Voor de Hoge Raad was deze benadering echter een gegeven, en ook in de literatuur gaat men doorgaans uit van de voorstellingswijze van de rechtbank. Ik laat deze kwestie hier rusten omdat zij voor de hier besproken vraag als zodanig — wanneer is de veroorzakingswaarschijnlijkheid zo laag dat onverkorte bewijslastomkeer niet langer is gerechtvaardigd? — niet relevant is.

61 Ook de rechtbank gaat uit van een verschil in intensiteit van de blootstelling aan asbeststof. Zie het citaat in de tekst bij noot 44.

de literatuur wel kleiner geacht dan 30%.⁶² Hijma gaat bij wijze van voorbeeld uit van een kans van 10%, hetgeen volgens hem onvoldoende is om de werkgever door middel van bewijslastomkeer volledig aansprakelijk te houden.⁶³ Omdat het echter een feit blijft dat de werkgever — zij het gedurende een beperkte periode — is tekortgeschoten, én om redenen van preventie, wil hij de werknemer in zo'n geval toch niet met lege handen laten staan, maar kiest hij voor een proportionele aansprakelijkheid naar rato van de kans dat de schade in de nalatigheidsperiode is ontstaan. Hijma geeft zich rekenschap van de noodzaak tot het aanwijzen van een omslagpunt, en kiest daarbij voor een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 20%, waarbij hij volmondig toegeeft dat "*iedere keuze arbitrair is*".⁶⁴ Boven dat percentage wil hij

62 Zie J. Spier, A&V 1993 blz. 37 noot 15; J. Hijma, AA 1994 blz. 113 r.k.; A.J. Akkermans, JUVAT-bundel (zie noot 11) blz. 6. Voor bezwaren tegen de wijze waarop het kansbegrip hier zou worden gehanteerd zie J.M. van Dunné, *Asbest en aansprakelijkheid* (zie noot 8) blz. 28-29 en de repliek van Spier in dezelfde bundel op blz. 42. Volgens Van Dunné zouden de door hem gewraakte auteurs (Hijma en Spier) een *a priori*-kans hanteren, in plaats van de volgens hem te verkiezen *a posteriori*-kans. Het verwijt lijkt gebaseerd op een spraakverwarring. Wanneer het risico op een bepaalde aandoening door blootstelling aan een toxische stof wordt verhoogd met 1%, en het "natuurlijke" achtergrondrisico op deze aandoening eveneens 1% bedraagt, dan levert dit in het meest eenvoudige geval een totaal *risico* op van 2%. De kansverhoging bedraagt dan 100%. Indien de kwade kans van in totaal 2% zich realiseert en de benadeelde inderdaad ziek wordt, is sprake van een *veroorzakingswaarschijnlijkheid* van 50%. De kans dat de benadeelde ziek werd door de blootstelling is immers gelijk aan de kans dat hij ziek is geworden in verband met het achtergrondrisico. Zoals gezegd verdient volgens Van Dunné de *a posteriori*-kans voor de vaststelling van aansprakelijkheid de voorkeur boven de *a priori*-kans (t.a.p.). Maar anders dan Van Dunné meent gaan de door hem gewraakte auteurs daar ook vanuit. Zij hanteren immers de veroorzakingswaarschijnlijkheid als maatstaf. Die bestaat uit de kans dat de schade in de nalatigheidsperiode werd veroorzaakt. Dit is duidelijk een *a posteriori*-kans, omdat zij uitgaat van werkelijke gebeurtenissen (de blootstelling en het intreden van de ziekte) die reeds hebben plaatsgevonden. Overigens is Hijma zich het verschil tussen verschillende kansen ook duidelijk bewust, waar hij opmerkt dat de door hem genoemde veroorzakingswaarschijnlijkheid van 20% een kansverhoging van 25% betekent (AA 1994 blz. 114 noot 21).

63 AA 1994 blz. 113-114.

64 AA 1994 blz. 114 r.k. Eerder stelde Hijma hetzelfde percentage reeds voor in de context van het *DES*-arrest, i.v.m. rechtsoverweging 3.7.6 uit dat arrest (zie de tekst bij noot 210 op blz. 380), maar daar ging het om de maximale kans van *niet*-veroorzaking door een aansprakelijk te houden producent. Dit komt dus niet op hetzelfde neer, maar op 80%. Zie J. Hijma, *DES-dochters*, AA 1993 blz. 130 noot 19.

dus bewijslastomkeer met als gevolg een volledige aansprakelijkheid, eronder wil hij een proportionele aansprakelijkheid. Spier geeft de voorkeur aan een omslagpunt bij 50%, maar merkt op dat het van het concrete geval zal afhangen welk percentage is vereist.⁶⁵

De Hoge Raad laat zich in het arrest over deze kwestie niet uit.⁶⁶ Naar mijn mening is het onvermijdelijk om bij een te lage veroorzakingswaarschijnlijkheid van een onverkorte omkering van de bewijslast af te zien. Ook al ligt de tweede mogelijke oorzaak — zoals in *Cijsouw* — wel degelijk in "de uitoefening van de werkzaamheden", feit blijft dat daarvoor een relevante tekortkoming ontbreekt. In Hijma's voorbeeld met een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 10% is de kans dat de schade aan deze tweede mogelijke oorzaak is te wijten, vele malen groter dan de kans dat zij werd veroorzaakt door de tekortkoming van de werkgever. Zo lang men de aansprakelijkheid van de werkgever niet volledig wil doen ontaarden in een pure risico-aansprakelijkheid,⁶⁷ zal men aan deze omstandigheid toch enig recht moeten doen. Zoals gezegd heeft de Hoge Raad een risico-aansprakelijkheid telkens afgewezen, en ook de wetgever heeft voor het nieuwe recht nadrukkelijk voor een op schuld gebaseerde aansprakelijkheid gekozen. Daarmee lijkt onverenigbaar om de werkgever in dit soort gevallen door middel van onverkorte omkering van de bewijslast toch volledig aansprakelijk te houden.

Ook hier is dus sprake van een tweede mogelijke oorzaak die niet in de risicosfeer van de werkgever behoort te worden gebracht, in dit geval echter niet vanwege haar *herkomst* zoals in de situaties besproken in § 6.2.7, maar vanwege haar *overheersende waarschijnlijkheid*.

Geen onverkorte omkering van de bewijslast bij een al lage veroorzakingswaarschijnlijkheid van de tekortkoming dus. Maar wat

65 *Asbest en aansprakelijkheid* (zie noot 8) blz. 39.

66 In de procedure zelf is de kwestie van de lage waarschijnlijkheid van veroorzaking gedurende de nalatigheidsperiode in het geheel niet naar voren gebracht. Dat gebeurde pas in de commentaren die verschenen nadat het arrest was geweest. Wat dit betreft is ook jammer dat de Hoge Raad niet meer toekwam aan bespreking van onderdeel 10 van het cassatiemiddel. Daarin werd betoogd dat omstandigheden zoals de onderhavige een aansprakelijkheid in het leven kunnen roepen "*naar rato van de kans dat de schade door handelen in strijd met de overtreden norm is veroorzaakt*"

67 Ook wanneer men het rechtspolitieke standpunt zou huldigen dat op de werkgever een zuivere risico-aansprakelijkheid behoort te rusten, dan nog behoort zij zeker niet met *terugwerkende kracht* te worden ingevoerd — het onvermijdelijke resultaat, wanneer men de werkgever in het hier bedoelde geval zonder meer volledig aansprakelijk zou houden.

dan wel? Om de redenen die Hijma aangeeft ligt het inderdaad niet voor de hand om de werknemer in dit soort gevallen volledig met lege handen te laten staan. Met name lijkt mij van gewicht dat de werkgever — zij het gedurende een beperkte periode — de werknemer ten onrechte heeft blootgesteld aan een inmiddels bekend gevaar van zeer ernstig letsel. Een proportionele aansprakelijkheid lijkt in beginsel de meest rechtvaardige oplossing.⁶⁸

Resteert de vraag bij welke veroorzakingswaarschijnlijkheid het omslagpunt zou moeten liggen. Ik besprak vergelijkbare — maar beslist niet dezelfde — vragen reeds met betrekking tot het omslagpunt tussen "alles" en "niets" (§ 2.6.5), en met betrekking tot de minimale en maximale grootte van een verloren kans (§ 3.6). Mijn antwoord is in essentie hetzelfde. Een omslagpunt kan niet op een rationele basis worden aangewezen.⁶⁹ Hieruit volgt dat men beter van het aangeven van een scherpe grens kan afzien, omdat zij per definitie tot arbitraire resultaten zou leiden. Het kan immers nooit werkelijk worden gerechtvaardigd dat 1% verschil in veroorzakingswaarschijnlijkheid (net onder of net boven de grens) het hele verschil in de uitkomst bepaalt. Al wordt dit bezwaar hier wel enigszins getemperd, omdat het niet gaat om een grens tussen "alles" en "niets", maar tussen "alles" en "proportioneel".

Een en ander betekent dat slechts kan worden beslist van geval tot geval. Daarbij kan aansluiting worden gezocht bij de criteria zoals door mij genoemd in § 3.6. Ook hier kunnen de onzekerheid over het bestaan van een kans ("een kans op een kans", zie § 3.6.3) en het bestaan van grote onzekerheid over de omvang van een kans die in elk geval relatief klein is (zie § 3.6.4), beweegreden zijn om de knoop in een bepaalde zin door te hakken. Uiteraard kunnen ook andere gezichtspunten een rol spelen, waarbij het voor de hand ligt om aan te sluiten bij de criteria van artikel 6:98 ("toerekening").

Het gaat hier weliswaar niet om "harde" criteria, maar zoals eerder gezegd moeten wij die in het recht zo vaak ontberen. Wie graag een scherpere norm had gezien moet bedenken dat het fixeren van het omslagpunt op een bepaald waarschijnlijkheidspercentage in de praktijk

68 Evenzo J. Spier, A&V 1993 blz. 37 r.k. en *Asbest en aansprakelijkheid* (zie noot 8) blz. 38-39.

69 Met betrekking tot een *ander* omslagpunt, namelijk dat tussen "alles" en "niets", bestaat wat dit betreft een uitzondering in de vorm van de "*more likely than not*"-norm (= 50%), die weliswaar niet bevredigend werkt, maar beslist niet alle rationaliteit kan worden ontzegd (zie § 2.6.5).

niet werkelijk meer houvast zou bieden. Het meest sprekend is dat bij arbeidsongevallen zoals in *Windmill* en *De Kok/Jansen's BV*. Het gaat hier immers om op zichzelf staande ongevallen, waarbij de omstandigheden telkens zodanig uniek zijn dat de veroorzakingswaarschijnlijkheid van de mogelijke oorzaken die in het geding zijn, niet werkelijk bepaalbaar is. Hoe waarschijnlijk is het dat een werknemer als Roelofsen zich nog aan een trapleuning kan vastgrijpen, wanneer hij bovenaan de trap zijn evenwicht verliest? De voor het ontstaan van dit soort incidentele ongevallen relevante factoren zijn te weinig vergelijkbaar voor het bepalen een frequentistische waarschijnlijkheid. En van ervaringsregels die de grondslag kunnen vormen voor een gemotiveerde schatting,⁷⁰ zal in de regel evenmin sprake kunnen zijn. Ook al zou men, zoals Hijma, het omslagpunt op een bepaald percentage willen fixeren, dan nog is in concrete gevallen het nodige natte-vingerwerk niet te vermijden, namelijk bij de beantwoording van de vraag of in casu het betreffende omslagpunt bereikt is of niet. Tot op zekere hoogte kan deze problematiek wat minder klemmend zijn bij beroepsziekten, zoals in *Cijsouw*. Hoewel de kwantificeerbaarheid van dit soort risicofactoren beslist niet moet worden overschat, bestaan hier in de regel toch objectieve aanknopingspunten.

Gegeven deze praktische problemen lijkt mij dat de geringe omvang van de kans dat de schade door de tekortkoming van de werkgever werd veroorzaakt echt in het oog springend moet zijn, voordat men aan het loslaten van onverkorte bewijslastomkeer zou moeten denken. Anders gezegd: onverkorte bewijslastomkeer lijkt mij de regel, een proportionele benadering de uitzondering, die slechts in beeld komt wanneer de uitkomst van de hoofdregel niet langer "redelijk en billijk" kan worden genoemd.⁷¹ Omdat kwantificering van waarschijnlijkheden bij incidentele ongevallen zo problematisch is, lijkt aannemelijk dat deze uitzondering zich voornamelijk of uitsluitend bij beroepsziekten zal aandienen. Het fixeren van het omslagpunt tussen bewijslastomkeer en een proportionele benadering op een bepaald percentage lijkt mij in elk geval ongewenst en ook niet werkelijk nodig. Ik vertrouw — tot

70 Zie de tekst bij noot 373 op blz. 186.

71 Wellicht ten overvloede: dit zolang vaststaat dat de oorzaak van de schade in elk geval is gelegen in "de uitoefening van de werkzaamheden". Is dat *niet* het geval, zoals in het voorbeeld met asbest en roken (zie § 6.2.7), dan lijkt mij een onverkorte bewijslastomkeer in het geheel niet op zijn plaats.

bewijs van het tegendeel — ook wat dit betreft op het gezonde boerenverstand van de rechter.⁷²

6.2.9 Conclusies

Op grond van het voorgaande concludeer ik dat onverkorte toepassing van het principe van de bewijslastomkeer in het kader van artikel 7:658 in tenminste twee soorten gevallen tot onredelijke resultaten zou leiden. Bewijslastomkeer brengt onvermijdelijk een element van risico-aansprakelijkheid met zich mee (§ 6.2.6), en de risicosfeer van de werkgever die zo wordt geschapen kan niet oneindig worden opgerekt. Zowel vanwege haar *herkomst* (§ 6.2.7), als vanwege haar *overheersende waarschijnlijkheid* (§ 6.2.8), kan sprake zijn van een tweede mogelijke oorzaak die niet door middel van bewijslastomkeer in de risicosfeer van de werkgever behoort te worden gebracht.

Maatgevend is hoever de bescherming van artikel 7:658 zich uitstrekt. Naar mijn mening brengt de strekking van dit artikel met zich mee dat de risicosfeer van de werkgever beperkt dient te blijven tot schade die qua herkomst in elk geval stamt uit "de uitoefening van de werkzaamheden". Dit komt ook tot uitdrukking in de redactie van lid 2 van het artikel, waaruit blijkt dat de bewijslast dat de schade in elk geval in "*de uitoefening van zijn werkzaamheden*" is ontstaan, bij de werknemer blijft liggen. Of bewijslastomkeer gerechtvaardigd is, hangt dus in de eerste plaats af van de vraag of ook de tweede mogelijke oorzaak van de schade — naast de tekortkoming van de werkgever — is gelegen in "*de uitoefening van de werkzaamheden*".

Is dat het geval — zoals bij de arbeidsongevallen in *Windmill* en de *Kok/Jansen's BV*, en bij de beroepsziekte in *Cijsouw* — dan is bewijslastomkeer in principe gerechtvaardigd. Hierop bestaat slechts een uitzondering wanneer de veroorzakingswaarschijnlijkheid van tweede mogelijke oorzaak van de schade zo overheersend is dat het resultaat niet langer "redelijk en billijk" is. Praktisch gesproken zal deze uitzondering zich vermoedelijk alleen bij beroepsziekten aandienen.

Ligt de tweede mogelijke oorzaak van de schade *niet* in "*de uitoefening van de werkzaamheden*" — zoals in het voorbeeld van asbest en roken — dan is een onverkorte bewijslastomkeer vanwege deze "vreemde" herkomst in het geheel niet op zijn plaats, en is een

⁷² Zie eerder in gelijke zin o.a. § 3.4.10 en § 3.4.11.

proportionele oplossing aangewezen.

In de volgende paragraaf zal ik nader uitwerken welke aanpak in de bedoelde situaties zou kunnen worden gevolgd. Eerst voor de aansprakelijkheid ex artikel 7:658, en daarna voor een ander terrein waar geregeld veiligheidsnormen in het geding zijn, namelijk dat van de medische fouten.

6.3 Bewijslastomkeer met toelating van "gedeeltelijk tegenbewijs"

6.3.1 Verfijning van het leerstuk van bewijslastomkeer

Wanneer om de hiervoor vermelde redenen van een onverkorte bewijslastomkeer wordt afgezien, dan hoeft dat de benadeelde qua bewijslastverdeling geenszins helemaal "terug bij af" te brengen. Ook dan kan worden vastgehouden aan het uitgangspunt dat de overtreding van de veiligheidsnorm wordt vermoed de oorzaak van de schade te zijn. Indien echter de wederpartij het tegendeel niet kan bewijzen, maar wél dat de schade eveneens kan zijn veroorzaakt door een oorzaak die — hetzij vanwege haar herkomst, hetzij vanwege haar overheersende waarschijnlijkheid — niet in zijn risicosfeer behoort te worden gebracht, dan is dit "gedeeltelijke tegenbewijs" aanleiding om niet een volledige, maar slechts een proportionele aansprakelijkheid tot uitgangspunt te nemen.

In deze benadering blijft de verplichting tot het leveren van tegenbewijs dus op de gedaagde rusten. Slaagt hij er niet in voldoende gronden aan te dragen voor een proportionele oplossing, dan wordt de vordering in haar geheel toegewezen. De rollen blijven dus omgedraaid ten opzichte van een "normale" bewijslastverdeling, en in zoverre wordt vastgehouden aan het principe van bewijslastomkeer. Alleen wordt ook het bedoelde tegenbewijs als zodanig aanvaard — maar dan met slechts een *vermindering*, en niet het *verval* van de schadevergoedingsplicht tot gevolg — en in zoverre is sprake van een proportionele benadering.⁷³

73 Eenzelfde benadering wordt voorgestaan door N. Frenk, NJB 1995 blz. 489. Men kan deze benadering ook formuleren in termen van het verlies van een kans. Het uitgangspunt is dan eveneens dat causaal verband wordt aangenomen, maar wanneer de gedaagde slaagt in het "tegenbewijs" van een beperkte veroorzakingswaarschijnlijkheid, leidt dit tot het afwijzen van causaal verband met de *definitieve* schade, en

Aldus betekent proportionele aansprakelijkheid niet zozeer een alternatief, maar veeleer een *verfijning* van het leerstuk van de bewijslastomkeer. Omdat ook in deze benadering de gedaagde geenszins per definitie vrijuit gaat, wordt de effectiviteit van veiligheidsvoorschriften hier evenzeer gewaarborgd als in een standaardgeval van bewijslastomkeer.⁷⁴

6.3.2 *Bij aansprakelijkheid van de werkgever ex artikel 7:658 (1638x oud)*

Hoe bewijslastomkeer met toelating van "gedeeltelijk tegenbewijs" bij artikel 7:658 kan worden toegepast laat zich goed illustreren aan de hand van het eerder gegeven voorbeeld met asbest en roken:

Werknemer X claimt schadevergoeding omdat zijn longkanker zou zijn veroorzaakt door de blootstelling aan asbest. De werkgever verweert zich door erop te wijzen dat de betreffende werknemer zijn volwassen leven lang een pakje sigaretten per dag heeft gerookt, en dat dit roken evengoed de oorzaak van de longkanker zou kunnen zijn.

Net als bij elke andere vordering gebaseerd op artikel 7:658 kan de werknemer in principe volstaan met te stellen dat zijn longkanker is veroorzaakt door de blootstelling aan asbest, en dat de werkgever daarvoor wegens een tekortkoming in zijn veiligheidsverplichtingen

het aannemen van causaal verband met de *kansschade*. Zie nader § 6.3.3. Overigens kan een "verzoening" tussen bewijslastomkeer en proportionele aansprakelijkheid dogmatisch ook nog op andere manieren worden bereikt, nl. door "normale" toepassing van art. 6:101 ("eigen schuld"), van art. 6:98 (toerekening) of van art. 6:109 (matiging). Door bewijslastomkeer wordt dan het bestaan van causaal verband met de definitieve schade aangenomen, maar de beperkte veroorzakingswaarschijnlijkheid (te bewijzen door de gedaagde) wordt aangemerkt als een aan de benadeelde toe te rekenen verminderingsgrond in de zin van art. 6:101, resp. als reden voor toerekening in de zin van art. 6:98 van slechts een deel van de schade, of als matigingsgrond in de zin van art. 6:109. Zie nader wat de toepassing van art. 6:101 betreft hetgeen opgemerkt in § 6.3.2.

74 Uiteraard ontvangt de benadeelde hier geen volledige schadevergoeding, Maar het is nu eenmaal zo dat zijn schade mogelijk uit zijn eigen risicosfeer stamt, en het is alleszins redelijk dat dit consequenties heeft voor de omvang van de schadeloosstelling. Bij "gewone" eigen schuld is dat niet anders. Het oogmerk van preventie wordt in deze benadering in elk geval niet werkelijk minder gediend dan in een standaard-geval van bewijslastomkeer.

aansprakelijk is.⁷⁵ Het is dan aan de werkgever om aan te tonen dat de schade evenzeer kan zijn ontstaan door een oorzaak die niet in zijn risicosfeer behoort te worden gebracht — het kettingroken door de werknemer — omdat zij qua herkomst niet behoort tot de beschermings-sfeer van artikel 7:658. Op hem rust in principe ook de taak om zoveel mogelijk aanknopingspunten aan te dragen om de causale bijdrage van beide factoren te kwantificeren. Daarvoor zal met name gebruik kunnen worden gemaakt van de medische gegevens van de werknemer,⁷⁶ mogelijk aangevuld met de epidemiologische gegevens die hierover beschikbaar zijn.

Als "gedeeltelijk tegenbewijs" is voldoende dat vast komt te staan dat het roken een reële causale betekenis heeft gehad voor het ontstaan van de schade. Niet is vereist dat op basis van de aangevoerde gegevens een exacte verdelingsmaatstaf kan worden vastgesteld.⁷⁷ De praktische onmogelijkheid om uit medische gegevens een exacte verdelingsfactor af te leiden doet niet af aan het feit dat een proportionele benadering hier de redelijkste oplossing is. Het vaststellen van het beloop van een schadevergoeding verloopt wel vaker niet exact,

75 Ik herinner eraan dat bij toepasselijkheid van het oude artikel 1638x de bewijslast van die tekortkoming in principe op de werknemer rust, zij het dat deze daarin vergaand tegemoet werd gekomen. Zie eerder § 6.2.1.

76 Aan het verkrijgen van die gegevens moeten dan wél door de werknemer in redelijkheid worden meegewerkt, op straffe van het weer verspringen van de bewijslast. Een voorbeeld uit de VS waar dit soort medische gegevens aanvankelijk met succes werden aangedragen is *Martin v. Johns-Manville Corp.*, 502 A.2d 1264 (Pa.Super. 1985). Naar aanleiding van de getuigenissen van medische deskundigen over de invloed van zowel roken als de blootstelling aan asbest op het ontstaan van de longklachten van de benadeelde (asbestose), kende de jury slechts een gedeeltelijke schadevergoeding toe. Door het *Supreme Court of Pennsylvania* werden de door de medische deskundigen verschaft aanknopingspunten echter te licht bevonden voor "apportionment" in de zin van § 433 A van de *Restatement (Second) of Torts*, zij het met een nipte meerderheid van 4 tegen 3. Zie *Martin v. Owens-Corning Fiberglas Corp.*, 528 A.2d 947 (1987). Deze laatste beslissing heeft mij niet kunnen overtuigen. De oorspronkelijke beslissing van het *Superior Court*, en de *dissenting opinions* van de drie leden van de minderheid in het *Supreme Court*, met name die van *Justice Hutchinson*, lijken mij veel overtuigender. Voor het Nederlandse recht zou ik de meerderheidsbeslissing van het *Supreme Court* in elk geval niet willen volgen. In ons land hoeft het probleem ook niet benaderd te worden als een geval van deelschade. Een benadering via artikel 6:101 ("eigen schuld") — rechtstreeks of analoog — ligt veel meer voor de hand. Evenzo A.J. Van en H.G.T. Nijs, TMA 1996 blz. 47 l.k.

77 Voor een mooie aanzet tot een (algemene) verdelingsmaatstaf in dit soort gevallen zie A.J. Van en H.G.T. Nijs, TMA 1996 blz. 47-48.

zoals bij het bepalen van de maatstaf voor de verdeling van de schade tussen benadeelde en aansprakelijke bij "eigen schuld", bij het vaststellen van smartegeld, of bij het bepalen van de invloed van kansen bij de begroting van toekomstige inkomensschade. Desnoods kan de rechter het beloop van de schadeloosstelling *ex aequo et bono* vaststellen.⁷⁸

Overigens kan hetzelfde resultaat worden bereikt wanneer men het hier besproken geval zou willen benaderen als een "normaal" geval van "eigen schuld", mits men daarbij afziet van de in het kader van artikel 7:658 geldende beperking tot "opzet en bewuste roekeloosheid". De ratio van deze beperking is hier ook niet van toepassing, omdat de "onvoorzichtigheid" die in roken is gelegen — anders dan onvoorzichtigheid bij de uitvoering van de werkzaamheden — niet tot de beschermingsfeer van art. 7:658 behoort.⁷⁹ Een rechtstreekse toepassing van artikel 6:101 is ook heel goed denkbaar. In verband met de synergetische samenhang tussen beide risicofactoren doet het maar zeer beperkt recht aan de werkelijkheid om het zo voor te stellen dat de longkanker van een rokende, aan asbest blootgestelde werknemer, zou zijn veroorzaakt òf door roken, òf door asbest. Het probleem is dat evenmin echt sprake is van een samenloop van twee onzelfstandige oorzaken die ieder *conditio sine qua non* zijn voor de schade, zoals in een standaard-geval van artikel 6:101.⁸⁰ In dit geval doet zich een combinatie van beide causale figuren voor: de longkanker van X kan zijn veroorzaakt door het roken, door de blootstelling aan asbest, én door een combinatie van deze factoren.⁸¹ Het voorbeeld illustreert eens te meer hoe dicht de "normale" toepassing van artikel 6:101, en de door mij bepleite analoge toepassing daarvan bij onzeker causaal verband,⁸² in de praktijk bij elkaar kunnen komen.

Voor wat betreft arbeidsongevallen zal de aanvaarding van "gedeeltelijk tegenbewijs" in de praktijk vermoedelijk slechts van zeer beperkte betekenis zijn. In de eerste plaats is moeilijk denkbaar dat een mogelijke oorzaak van een arbeidsongeval zou zijn gelegen *buiten* "de uitoefening van de werkzaamheden". Waar dat bij uitzondering wél het geval is — denk bijvoorbeeld aan dronkenschap op het werk — zal een

78 Zie eerder in gelijke zin § 3.4.9 t/m § 3.4.11.

79 Zie eerder § 6.2.7. Overigens zou men bij kettingroken misschien best van "bewuste roekeloosheid" kunnen spreken.

80 Zie de tekst bij noot 335 op blz. 98.

81 Voor nadere uitleg zie A.J. Van en H.G.T. Nijs, TMA 1996 blz. 45 e.v.

82 Zie eerder § 2.6.9.

6.3 Toelating van "gedeeltelijk tegenbewijs"

rechtstreekse toepassing van artikel 6:101 vaak meer voor de hand liggen dan een benadering via het bewijs van causaal verband.⁸³ Bovendien is de kwantificering van waarschijnlijkheden bij incidentele ongevallen in het algemeen zo problematisch, dat een werkgever niet makkelijk zal slagen in het leveren van "gedeeltelijk tegenbewijs", zeer uitzonderlijke gevallen daargelaten. Maar zoals gezegd zal men bij arbeidsongevallen doorgaans niet aan het leveren van "gedeeltelijk tegenbewijs" toekomen, omdat de tweede mogelijke oorzaak van de schade eveneens in "de uitoefening van de werkzaamheden" is gelegen. De casusposities van *Windmill* en *De Kok/Jansen's BV* zijn hiervan een goed voorbeeld. Dit betekent dat de werkgever in de regel een 100% aansprakelijkheid niet zal kunnen ontlopen.

Een geval apart zijn "nieuwe" beroepsziekten waarvan in verband met een gebrek aan wetenschap nog niet vaststaat dat zij daadwerkelijk door beroepsmatig verrichte werkzaamheden kunnen worden veroorzaakt. Zoals bijvoorbeeld bepaalde aandoeningen aan de ledematen waarvan nog omstreden is of zij als "*Repetitive Strain Injury*" met beroepsactiviteiten in verband kunnen worden gebracht,⁸⁴ en de eventuele schadelijke gevolgen van elektromagnetische velden van onder andere beeldschermen en zaktelefoons. Het bijzondere aan dit soort vermeende beroepsziekten is dat niet alleen in concrete gevallen onduidelijk is waardoor de klachten zijn veroorzaakt, maar dat onzeker is of zij überhaupt wel door beroepsactiviteiten veroorzaakt *kunnen* worden. Vanwege hetzelfde gebrek aan wetenschap kan dat echter ook niet bij voorbaat worden uitgesloten. Of met betrekking tot dit soort aandoeningen sprake kan zijn van een tekortkoming door de werkgever wordt met name bepaald door de mate van zekerheid die in de wetenschap bestaat over het causaal verband met beroepsactiviteiten, en de ernst van het gevaar.⁸⁵ Krachtens artikel 7:658 lid 2 rust de

83 Ook bij dronkenschap op het werk geldt naar mijn mening dat de ratio van de beperking van het beroep op art. 6:101 tot "opzet of bewuste roekeloosheid" niet van toepassing is, omdat de "onvoorzichtigheid" die in dronkenschap is gelegen — anders dan de door routine toegenomen onvoorzichtigheid bij de uitvoering van de werkzaamheden — net als roken niet tot de beschermingssfeer van art. 7:658 behoort. Overigens geldt ook hier dat men bij dronkenschap op het werk misschien best van "bewuste roekeloosheid" zou kunnen spreken, e.e.a. afhankelijk van de aard van de werkzaamheden.

84 Van bepaalde aandoeningen wordt dat inmiddels wel aangenomen. Zie L. Dommering-van Rongen, *Aansprakelijkheid van de werkgever voor toetsenbordletsel ('Repetitive Strain Injury')*, A&V 1995 blz. 27 e.v.

85 Zie HR 25 juni 1993, NJ 1993, 686 m.nt. PAS (*Cijsouw/De Schelde*) r.o. 3.8.4.

bewijslast op dit punt in elk geval op de werkgever,⁸⁶ die het zich dus niet kan permitteren om zich voor nieuwe ontwikkelingen horende doof en ziende blind te houden.

Wat de bewijslastverdeling inzake het causaal verband betreft, die zou in dit soort gevallen als volgt kunnen verlopen. Een onverkorte bewijslastomkeer ligt hier duidelijk niet in de rede. Het staat immers verre van vast dat de schade is ontstaan in "de uitoefening van de werkzaamheden". Dat neemt niet weg dat een werknemer ook hier in principe kan volstaan met te stellen dat zijn klachten zijn veroorzaakt door beroepsmatig verrichte werkzaamheden. Gegeven de huidige stand van de wetenschap kan de werkgever het tegendeel weliswaar nooit logisch dwingend bewijzen, maar toelating van "gedeeltelijk tegenbewijs" betekent dat hij slechts hoeft aan te tonen dat de schade evenzeer kan zijn ontstaan door "natuurlijke" oorzaken, of althans door een oorzaak die niet in zijn risicosfeer behoort te worden gebracht omdat zij niet behoort tot de beschermingsfeer van artikel 7:658. Dit lijkt misschien bezwaarlijker dan het in werkelijkheid is, omdat de werkgever in de hier bedoelde gevallen vrij eenvoudig zal slagen in het bewijs dat het causaal verband met de beroepsactiviteiten bij de huidige stand van de wetenschap nog uiterst speculatief is. In dat geval is ook voor een proportionele schadeloosstelling geen plaats, omdat de kans dat de klachten door de beroepsmatig verrichte werkzaamheden zijn veroorzaakt, zo gering is dat zij niet aanmerking behoort te worden genomen.⁸⁷ Slechts nieuwe ontwikkelingen in de wetenschap kunnen dit voor de toekomst anders doen zijn.

6.3.3 *Bij medische fouten*

Een ander terrein waar de hier bepleite benadering zou kunnen worden gehanteerd is dat van de medische fouten. Zoals gezegd blijkt het probleem van onzeker causaal verband zich daar relatief vaak voor te doen. Deze materie kwam reeds vrij uitvoerig aan de orde in hoofdstuk 3 over het verlies van een kans.

In de Nederlandse literatuur wordt met betrekking tot de schending van medische zorgvuldigheidsnormen vrij algemeen gepleit voor aansluiting bij het terrein van de verkeers- en veiligheidsnormen,

86 Het verschil met het oude recht is echter maar beperkt. Zie eerder § 6.2.1.

87 Zie de criteria genoemd in § 3.6. Overigens lijkt mij dat in dit soort gevallen een vordering doorgaans reeds zal afstuiten op de eerste horde van de tekortkoming.

6.3 Toelating van "gedeeltelijk tegenbewijs"

althans wat de ruimere toerekening van (gevolg)schade in de zin van artikel 6:98 betreft.⁸⁸ Sommige schrijvers willen deze aansluiting ook voor wat betreft de bewijslastomkeer met betrekking tot het *conditio sine qua non*-verband.⁸⁹ Anderen geven bij onzeker causaal verband de voorkeur aan toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans.⁹⁰ Dit laatste is inmiddels ook gebeurd in het arrest van het Hof Amsterdam inzake *Wever/De Kraker c.s.*⁹¹ Maar ook voor omkering van de bewijslast bestaan in de lagere rechtspraak de nodige aanknopingspunten.⁹² Zie over dit alles eerder § 3.2.2. De Hoge Raad heeft nog geen gelegenheid gehad om zich over deze materie uit te laten.

Wat de aansluiting bij het terrein van de verkeers- en veiligheidsnormen betreft, waar medische zorgvuldigheidsnormen in de regel zullen dienen ter vermijding van (verder) letsel valt daarvoor best het nodige te zeggen. Toch gaat het hier om een nogal ruime categorie. Te bedenken valt dat onder "medische zorgvuldigheidsnormen" bijvoorbeeld ook informatie- en documentatieplichten vallen.⁹³ Het is daarom de vraag of een *categorale* typering als veiligheidsnormen in de zin van het hier besproken leerstuk wel gerechtvaardigd is.⁹⁴

Wat daarvan ook zij, een onverkorte toepassing van het leerstuk van bewijslastomkeer is hier in elk geval niet op zijn plaats. Bij

88 In deze zin bijv. R.L.M. Wijshoff-Vogelzang, *Arts-Patiënt, Enige juridische aspecten van hun relatie* (diss. 1985) blz. 130; C.J.J.M. Stolker, *Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties* (diss. 1988) blz. 128.

89 Zo W.D.H. Asser, *Medisch feit en juridische causaliteit*, in: *Medische en juridische causaliteit*, Inleidingen LSA 1990, blz. 54, alsmede *Stelplicht en bewijslastverdeling en medische aansprakelijkheid in het Nederlandse recht*, TvG 1991 blz. 62 e.v. (op blz. 75). In dezelfde zin L.H. Pals, *De positie van jurist en medicus bij letselschaden*, Adv.bl. 1989 blz. 69 e.v. (op blz. 72) en — neutraler formulerend — J.M. Beer, *Medische aansprakelijkheid gezien vanuit de juridische praktijk*, in: *Aansprakelijkheid voor medische fouten vanuit juridisch oogpunt gezien*, Inleidingen LSA 1991, blz. 10-12.

90 Zo C.J.J.M. Stolker, a.w. (zie noot 88) blz. 123-127 evenals *Aansprakelijkheid voor bloedproducten en bloedtransfusies*, NJB 1995 blz. 685 e.v. (op blz. 690 r.k.); J. van Schellen, *Juridische causaliteit* (diss. 1972), blz. 47; A.J. Akkermans, noot bij Hof Amsterdam 4 jan. 1996 (*Wever/De Kraker c.s.*), A&V 1996 blz. 67 e.v.; R.J.J. de Ridder, AA 1995 blz. 548 e.v. alsmede zijn noot bij *Wever/De Kraker c.s.*, TvG 1997, 58.

91 Zie eerder de tekst bij noot 35 op blz. 117.

92 Zie eerder de tekst bij noot 40 op blz. 119.

93 Zie de artt. 7:448 resp. 7:454 BW.

94 Zie in dit verband A.T. Bolt, preadvies NJV 1996, die slechts van veiligheidsnormen wil spreken wanneer het normen betreft die "duidelijk zijn gericht op het voorkomen van letsel of van verdere gezondheidsschade van de patiënt" (blz. 123).

onzeker causaal verband leidt een proportionele benadering zoals het leerstuk van het verlies van een kans in principe tot het meest rechtvaardige resultaat. Beide benaderingen kunnen echter vergaand worden verzoend door middel van de hiervoor beschreven aanpak van bewijslastomkeer met toelating van "gedeeltelijk tegenbewijs". Ik herinner aan de casus van *Wever/De Kraker c.s.*:⁹⁵

Door een diagnosefout werd een hersenbloeding bij een baby van 3 weken te laat als zodanig herkend. Hierdoor vond medisch ingrijpen pas een dag later plaats dan mogelijk was geweest. De moeder van de baby vorderde namens haar kind schadevergoeding wegens de door de hersenbloeding ontstane hersenbeschadiging, die had geleid tot blijvende afwijkingen. De gedaagden betwistten deze vordering met het verweer dat niet was aangetoond dat de schade het gevolg was van de vertraging in medische behandeling, en dat ook bij een vroegere diagnosestelling restverschijnselen zouden zijn overgebleven.

De benadeelde had zich beroepen op het principe van de bewijslastomkeer, en gesteld dat het aan de gedaagden was om de afwezigheid van causaal verband te bewijzen. De rechtbank volgde haar daarin niet, en refereerde zich aan het deskundigenbericht. Op basis daarvan kwam zij tot het oordeel dat de baby door het uitblijven van tijdige diagnose een kans had verloren op een beter behandelingsresultaat, die werd begroot op 25%.

In dit geval had de rechtbank een deskundigenbericht gelast waarin drie onpartijdige deskundigen hun antwoord gaven op door de rechter vastgestelde vragen. Een dergelijke gang van zaken lijkt mij in het algemeen de voorkeur verdienen boven rapportage door partijdeskundigen, omdat dit het gevaar vermindert van "*expert-shopping*".

Dat neemt niet weg dat men bij medische fouten als deze best als uitgangspunt zou kunnen nemen dat de gedaagden ten volle aansprakelijk zijn, tenzij voldoende aannemelijk is — bij voorkeur op grond van een onpartijdig deskundigenbericht — dat er een reële kans bestaat dat de schade is ontstaan door een andere oorzaak die in de risicosfeer van de benadeelde thuishoort. Wanneer dit "tegenbewijs" wordt geleverd is dat aanleiding om niet een volledige, maar slechts een proportionele aansprakelijkheid tot uitgangspunt te nemen. Of geformuleerd in termen van het verlies van een kans: dit "tegenbewijs"

95 Zie eerder de tekst bij noot 35 in § 3.2.2.

6.3 Toelating van "gedeeltelijk tegenbewijs"

leidt tot het afwijzen van causaal verband met de *definitieve* schade, en het aannemen van causaal verband met de *kansschade*.

In dit verband dient men te beseffen dat wat er ook zij van de analogie die zou bestaan tussen medische zorgvuldigheidsnormen en verkeers- en veiligheidsnormen, er in elk geval een cruciaal verschil bestaat met een bepaling als artikel 7:658 voor wat de *strekking* van deze norm betreft. Het typerende van een medische behandeling is dat ook wanneer zij volledig volgens de regelen der kunst geschiedt, de genezing of verbeterde gezondheidstoestand van de patiënt nooit gegarandeerd is. Medische zorgvuldigheidsnormen kunnen er dan ook niet toe strekken de patiënt tevens te beschermen tegen de kwalijke gevolgen van de verwonding, de ziekte of het gebrek die de aanleiding vormde tot de medische behandeling. Is de tweede mogelijke oorzaak van de schade daarin gelegen — en dat zal in de regel het geval zijn — dan betreft dat een mogelijke oorzaak die niet in de beschermings sfeer van de geschonden zorgvuldigheidsnorm kan zijn gelegen. Zij behoort dan ook niet door een onverkorte bewijslastomkeer in de risicosfeer van de medicus te worden gebracht.⁹⁶ Zoals wij zagen kent artikel 7:658 wat dit betreft een veel ruimere strekking, namelijk bescherming van de werknemer tegen schade geleden in "de uitoefening van de werkzaamheden".⁹⁷ Anders dan bijvoorbeeld bij arbeidsongevallen behoort de tweede mogelijke oorzaak van een schade bij medische fouten dus doorgaans reeds vanwege haar "vreemde herkomst" voor het risico van de benadeelde te blijven.

Het aardige van de hier bepleite benadering is dat het in principe de arts is die moet waarmaken dat slechts de vergoeding van een deel van de definitieve schade, respectievelijk van een kansschade, geboden is. De arts lijkt voor het leveren van een dergelijk bewijs ook in beginsel de meest gereede partij. In de regel zal hij, méér dan de patiënt, in de gelegenheid zijn om gegevens over prognoses, waarschijnlijkheden en risico's op te sporen en in het processuele debat te (doen) presenteren.

Ook hier geldt dat voor het slagen van het "gedeeltelijk tegenbewijs" niet is vereist dat op basis van de aangevoerde gegevens een exacte verdelingsmaatstaf kan worden vastgesteld. De praktische onmogelijkheid om uit medische gegevens een exacte verdelingsfactor

96 Voor een uitvoerige uiteenzetting waarom bewijslastomkeer niet aansluit bij de aard van de prestaties van de arts zie K.-H. Matthies, *Schiedsinstanzen im Bereich der Artzhaftung: Soll und Haben* (1984) blz. 66-73.

97 Zie § 6.2.

af te leiden doet niet af aan feit dat een proportionele benadering in dit soort gevallen de redelijkste oplossing is. Zoals gezegd verloopt het vaststellen van het beloop van een schadevergoeding wel vaker verre van exact. Voldoende lijkt mij dat een reële kans bestaat dat de schade ook zou zijn ingetreden zonder de medische fout. Een dergelijke benadering spreekt ook uit de beslissing in *Wever/De Kraker c.s.*, waar de kans dat bij een tijdige diagnose een significante vermindering van de restverschijnselen zou zijn bewerkstelligd, door de deskundigen "niet groot" werd geacht. De rechtbank oordeelde dat door de diagnosefout een kans op een beter behandelingsresultaat was verloren die in elk geval niet nihil of verwaarloosbaar klein was, en begrootte deze op 25%. Een tegen de vaststelling van dit percentage gericht grieft werd door het Hof verworpen. Volgens het Hof was dit percentage "alle omstandigheden in aanmerking genomen een juiste schatting".⁹⁸

Ik merk nog op dat de precieze dogmatische onderbouwing van de hier bepleite benadering er wat mij betreft minder toe doet. Bij het slagen van het "gedeeltelijk tegenbewijs" kan men, zoals rechtbank en Hof in *Wever/De Kraker c.s.*, de toepassing geven aan het leerstuk van het verlies van een kans. Maar men kan de kwestie ook benaderen met behulp van andere leerstukken.⁹⁹ Voor mij telt vooral het resultaat en dat is alle gevallen hetzelfde.

6.3.4 Conclusies

Voor een rechtvaardige verdeling van de bewijslast met betrekking tot het CSQN-verband is het noodzakelijk is om van geval tot geval na te gaan wat de strekking van de overtreden veiligheidsnorm precies met zich meebrengt, en met name of haar beschermingsfeer zich tevens uitstrekt over de tweede mogelijke oorzaak van de schade. Artikel 7:658 heeft in dit opzicht een veel ruimere strekking dan medische zorgvuldigheidsnormen. Ligt de tweede mogelijke oorzaak van de schade niet in de beschermingsfeer van de geschonden veiligheidsnorm, dan behoort zij niet door een onverkorte bewijslastomkeer in de risicosfeer van de gedaagde te worden gebracht. In dat geval ligt een proportionele oplossing het meest in de rede. Dat hoeft de benadeelde qua bewijslastverdeling geenszins helemaal "terug bij af" te brengen.

98 R.o. 4.4.

99 Zie hoofdstuk 7.

6.3 Toelating van "gedeeltelijk tegenbewijs"

Door de toepassing van bewijslastomkeer met toelating van "gedeeltelijk tegenbewijs" kan hij ook dan vergaand tegemoet worden gekomen.

Grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid

7.1 Inleiding

In het voorafgaande kwam een scala van figuren aan de orde waarin sprake is van onzeker causaal verband. Mijn conclusie was telkens dat bij het bestaan van substantiële twijfel over het CSQN-verband de meest rechtvaardige oplossing in principe is gelegen in een proportionele aansprakelijkheid. In dit hoofdstuk wil ik nader ingaan op de vraag hoe deze oplossing het beste in het systeem van het aansprakelijkheidsrecht kan worden ingepast. Twee dogmatische grondslagen werden uitvoerig besproken in de hoofdstukken 2 en 3, namelijk de gecombineerde toepassing van de principes van alternatieve veroorzaking en "eigen schuld", en het leerstuk van het verlies van een kans. Andere benaderingen kwamen tot dusver niet of slechts min of meer zijdelings aan de orde.

In het navolgende zal ik de verschillende manieren waarop proportionele aansprakelijkheid dogmatisch kan worden onderbouwd evalueren (§ 7.3). Mijn conclusie zal zijn dat er behalve de twee reeds besproken benaderingen, nog een juridisch-dogmatische grondslag voor proportionele aansprakelijkheid is die de toets der kritiek kan doorstaan (§ 7.4). Maar eerst zal ik nader ingaan op de vraag of proportionele aansprakelijkheid wel zo vreemd is voor het systeem van het aansprakelijkheidsrecht als wel wordt verondersteld (§ 7.2).

7.2 Proportionele aansprakelijkheid: minder "systemfremd" dan wel wordt verondersteld

7.2.1 *Onzeker causaal verband als bewijsimpasse*

Tijdens het werk aan dit proefschrift is mij meermaals gebleken dat een proportionele oplossing van de in dit boek behandelde problemen een bepaalde intuïtieve aantrekkingskracht heeft. Wanneer ik niet-juristen uit mijn kennissenkring de vraagstelling van mijn boek probeerde uit te

leggen was hun reactie nogal eens dat de door mij als controversieel gepresenteerde proportionele benadering eigenlijk heel erg voor de hand lijkt te liggen. De juristen onder hen daarentegen, zagen proportionele aansprakelijkheid doorgaans als een min of meer exotische oplossing waarvoor de nodige fantasie en durf is vereist. De vraag rijst wat proportionele aansprakelijkheid juridisch gezien zo bijzonder maakt.

Het antwoord is gelegen in de traditionele juridische dogmatiek, waarin onzekerheid over het CSQN-verband wordt gezien als een bewijsvraag over feitelijke omstandigheden. De rechter moet tijdens een procedure de feiten vaststellen waarop hij het recht toepast. Voorzover deze worden betwist is het een kwestie van bewijs welke versie van de feitelijke gang van zaken als juist heeft te gelden. Zo bezien bestaat bij onzeker causaal verband niet meer dan een bepaalde bewijsimpassie waar men aan de hand van de toepasselijke regels van bewijsrecht — zoals over bewijslastverdeling en bewijswaardering — uit moet zien te geraken. Om aan het bestaan van deze bewijsimpassie een oplossing vast te knopen die materieelrechtelijk een geheel andere weg inslaat — proportionele aansprakelijkheid — is aan deze benadering wezensvreemd. Als eiser stelt dat hij pas op vrijdag over iets cruciaals werd geïnformeerd, en gedaagde volhoudt dat hij reeds op maandag aan zijn informatieplicht terzake voldeed, dan moet de rechter daarover uiteindelijk toch gewoon de knoop doorhakken, en niet in plaats daarvan beslissen alsof de informatie op woensdag werd gegeven?

Deze bewijsrechtelijke benadering houdt nauw verband met de notie van CSQN-verband als een feitelijk, niet normatief gegeven. Dit in tegenstelling tot de toerekeningsfase van het causaal verband, die zuiver normatief zou zijn. Het onderscheid wordt soms nog zwaarder aangezet door met betrekking tot het CSQN-verband te spreken van "primaire causaliteit", die zou zien op de *vestiging* van aansprakelijkheid, en met betrekking tot de toerekening te spreken van "secundaire causaliteit", die zou zien op de *omvang* van de aansprakelijkheid.¹

1 Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 4; M.F.H.S. Haan, *Oorzaak: onbekend* (1996) blz. 14 e.v..

7.2.2 CSQN-verband: geen "feit" maar hooguit een veronderstelling

In werkelijkheid kan de aldus gesuggereerde scheiding van het feitelijke en het normatieve niet in alle opzichten worden volgehouden. In de eerste plaats bestaat een belangrijk verschil tussen feitelijke gebeurtenissen die in het verleden hebben plaatsgevonden — zoals het verstrekken van cruciale informatie op een bepaalde dag — en het "feit" van CSQN-verband. Historische gebeurtenissen hebben plaatsgevonden of hebben dat niet. Dat is inderdaad zuiver een kwestie van waarheidsvinding. Maar bij het vaststellen van CSQN-verband moet worden vergeleken met de *hypothetische* toestand die zou zijn ontstaan wanneer de fout niet was gemaakt. En het is nu eenmaal niet mogelijk om een hypothetische toestand vast te stellen, om de eenvoudige reden dat zij nooit werkelijk heeft plaatsgevonden.² Zo bezien gaat het bij CSQN-verband nooit om een "feit", maar per definitie slechts om een veronderstelling, waaraan een hoge mate van waarschijnlijkheid ten grondslag kan liggen, maar waarover absolute zekerheid in principe is uitgesloten.³ De traditionele dogmatiek lost dit probleem op door voor het bewijs van CSQN-verband geen absolute zekerheid, maar slechts een redelijke mate van waarschijnlijkheid te eisen.⁴ Deze formule laat voldoende ruimte om de notie van de feitelijke in stand te houden: wanneer aan deze maatstaf is voldaan wordt het "feit" van CSQN-verband voor bewezen gehouden. In werkelijkheid wordt zo slechts aangegeven wanneer het bestaan van CSQN-verband voldoende waarschijnlijk kan worden geacht om een veroordeling tot schadevergoeding te rechtvaardigen.⁵ Dit beoordelingsmoment maakt dat qua "feitelijke" niet echt een principieel verschil bestaat met de toerekeningsfase.

2 Dit aspect kwam eerder aan de orde bij de evaluatie van het principe van het verlies van een kans, met name in § 3.4.14 en § 3.4.15.

3 Ik merk op dat ik hier aan een onderwerp raak dat inzet is van een wetenschapsfilosofische controverse. Zie daarover bijv. A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit* (diss. 1995) blz. 19-20. Ik ga aan deze kwestie voorbij: er serieus op ingaan zou een tweede boek vergen.

4 Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 13.1. alsmede aant. 14.

5 Mede om deze reden geef Hartkamp er de voorkeur aan om het soepel geformuleerde artikel 6:98 zo ruim op te vatten dat ook het CSQN-verband daaronder valt. Zie Asser-Hartkamp I (1996) nr. 440.

7.2.3 "Primaire causaliteit" als zuiver normatief gegeven

Vanwege het hypothetische element van CSQN-verband rust op eiser dus niet zozeer de taak om een "feit" te bewijzen, maar slechts om een veroorzakingswaarschijnlijkheid aan te tonen die voldoende hoog is. En de rechter constateert niet het "feit" van CSQN-verband, maar oordeelt dat dit voldoende waarschijnlijk is. Deze beslissing wordt onvermijdelijk meer normatief van aard naarmate de veroorzakingswaarschijnlijkheid lager is. Dat komt uiteraard het duidelijkst aan het licht bij substantiële twijfel over de causale gang van zaken. Ik herinner aan de casus van *Martin v. Johns-Manville Corporation*.⁶

Werknemer Martin vorderde schadevergoeding van asbestproducent Johns-Manville omdat zijn longklachten zouden zijn veroorzaakt door de blootstelling aan asbest. De producent verweerde zich door erop te wijzen dat Martin bijna zijn hele volwassen leven lang twee pakjes sigaretten per dag had gerookt, en dat dit roken evengoed de oorzaak van de longklachten kon zijn. Ondanks dat niet minder dan vijf medische deskundigen werden geraadpleegd, kon de ware oorzaak van Martins schade — tabaksrook of asbest — niet worden achterhaald.

Onder dit soort omstandigheden treedt het normatieve karakter van de beslissing over het CSQN-verband — hoe die ook zou uitpakken — duidelijk aan het licht. Wie bijvoorbeeld de bewijslast omkeert — zoals gebeurt bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen — kan wel beweren dat het "feitelijke" CSQN-verband bij gebrek aan tegenbewijs is komen vast te staan, maar dat kan natuurlijk niet verhullen dat de gedaagde aansprakelijk wordt gehouden terwijl *in werkelijkheid* in het geheel niet vaststaat dat hij de schade veroorzaakte. Formeel wordt daar weliswaar vanuit gegaan, maar dat is de uitkomst van een zuiver normatieve afweging en heeft met het vaststellen van feiten weinig of niets meer te maken.⁷

Hier komt bij dat om volstrekt normatieve redenen een aantal uitzonderingen op het CSQN-vereiste worden geaccepteerd,⁸ zoals bij

6 502 A.2d 1264 (Pa.Super 1985), *reversed* in *Martin v. Owens-Corning Fiberglas Corp.*, 528 A.2d 947 (1987).

7 Ik merk op dat hetzelfde geldt wanneer besloten wordt de bewijslast *niet* om te keren. Ook zo'n besluit kan slechts worden gegrond op overwegingen van normatieve aard. Zie over deze kwestie eerder § 2.6.4.

8 Voor een overzicht: A.J. Akkermans, *Oorzakelijk verband*, in: BW-krant jaarboek 1996 blz. 39 e.v.; de conclusie van A-G Hartkamp bij het *DES*-arrest, nr. 20.

de groepsaansprakelijkheid van artikel 6:166,⁹ bij de alternatieve veroorzaking van artikel 6:99, bij dubbele veroorzaking¹⁰ (voor een deel eveneens gecodificeerd in artikel 6:99) en bij kosten ter voorkoming of beperking van schade als bedoeld in artikel 6:96 lid 2 sub a.¹¹ Weliswaar probeert men in de dogmatiek deze uitzonderingen zoveel mogelijk te "verfeitelijken" — zo zou bij artikel 6:166 sprake zijn van "*psychisch causaal verband*",¹² en wordt artikel 6:99 doorgaans gekwalificeerd als een regel van bewijslastverdeling¹³ — maar dat kan niet verhullen dat in de bedoelde gevallen juridisch-normatieve motieven de doorslag geven. Met name bij dubbele veroorzaking komt men daarvoor soms ook openlijk uit.

7.2.4 De glijdende schaal van de veroorzakingswaarschijnlijkheid

Nu zou men met recht kunnen tegenwerpen dat het aannemen van CSQN-verband op grond van normatieve regels van bewijsrecht niets bijzonders is. Altijd wanneer onduidelijkheid blijft bestaan of bepaalde feiten zich wel of niet hebben voorgedaan — een zogenaamd "*non liquet*" — hebben de toepasselijke regels van bewijsrecht onvermijdelijk materieelrechtelijke gevolgen.¹⁴ Maar het hiervoor bedoelde verschil tussen historische feiten en CSQN-verband maakt dat een benadering van onzeker causaal verband als een probleem van bewijsrecht waarover gewoon de knoop moet worden doorgemaakt, in tenminste één belangrijk opzicht voorbij gaat aan de bijzondere aard van deze problematiek. Historische gebeurtenissen hebben — zoals gezegd — plaatsgevonden of hebben dat niet. Zo heeft een bepaalde uitwisseling van informatie al of niet op een zekere dag plaatsgehad, en het lijkt inderdaad een arbitraire uitvlucht om het op woensdag te

9 Zie R.J.B. Boonekamp, *Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW* (diss. 1990) blz. 13-18.

10 Zie hierover Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 18 e.v.

11 De rechtspraak vereist immers niet dat de getroffen maatregelen zonder de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust niet zouden zijn genomen. De kosten van deze maatregelen komen zelfs voor vergoeding in aanmerking indien zij werden gemaakt nog voordat de laatst bedoelde gebeurtenis had plaatsgevonden. Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 10.

12 Waarover — mijns inziens heel treffend — R.J.B. Boonekamp, a.w. (zie noot 9) blz. 18. Anders: A.J.O. van Wassenaer van Catwijck in zijn bespreking van Boonekamps dissertatie in *RM Themis* 1992 blz. 439 e.v. (op blz. 440-441).

13 Hetgeen ik hoop overtuigend te hebben weerlegd in § 2.4.

14 Zie *Mon. Nieuw BW* A-24 (Asser) nrs. 2 en 11.

houden, wanneer maandag noch vrijdag afdoende kan worden bewezen. Dat hangt samen met de omstandigheid dat historische gebeurtenissen ten minste *in principe kenbaar* zijn, en wanneer zij in een procedure niet kunnen worden bewezen wil dat slechts zeggen dat degene die de bewijslast draagt er niet in slaagt de werkelijke gang van zaken te ontsluiten. Maar bij onzekerheid over het CSQN-verband zoals hier wordt besproken is niet slechts sprake van een dergelijke "subjectieve" onzekerheid, maar van "objectieve" onzekerheid, zoals in *Martin*: de vraag of Martin eveneens ziek zou zijn geworden wanneer hij niet aan asbest was blootgesteld, kan *uit de aard der zaak* niet met zekerheid worden beantwoord, door eiser noch door gedaagde noch door enig ander, omdat zij niet betrekking heeft op een *historische*, maar op een *hypothetische* toestand. CSQN-verband is nooit echt "kenbaar", maar altijd slechts meer of minder waarschijnlijk. Het gaat niet om het onthullen van "de waarheid", maar om het aanwijzen van een punt op een glijdende schaal van waarschijnlijkheid. Het problematische aan *Martin* is dat beide oorzaken — roken en asbest — medisch gezien (ongeveer) even waarschijnlijk zijn.

7.2.5 De logica van een proportionele oplossing

Bij een dergelijke impasse bestaat geen enkele logisch-dwingende reden om de rechter gevangen te houden in het keurslijf van het alles-of-niets. Gegeven het feit dat normatieve gezichtspunten sowieso de doorslag geven, valt niet in te zien waarom deze niet ook zouden kunnen leiden tot een proportionele oplossing. Omdat de veroorzakingswaarschijnlijkheid van asbest zich hier ongeveer op het midden van de waarschijnlijkheidsschaal bevindt, ligt een dergelijke beslissing logisch gezien juist het meest voor de hand.

Anders dan alle geloofsbelijdenis over het "feitelijke" karakter van de "primaire causaliteit" doet vermoeden, staat proportionele aansprakelijkheid logisch gezien dus helemaal niet zo op gespannen voet met het systeem. Daar komt bij dat het aansprakelijkheidsrecht voor deze oplossing verschillende aanknopingspunten biedt, zowel binnen als buiten het leerstuk van de causaliteit.

7.3 Evaluatie van verschillende benaderingen

7.3.1 Inleiding

Zoals bleek uit de rechtsvergelijkende paragrafen van de vorige hoofdstukken, worden in de literatuur en de rechtspraak van de door mij onderzochte landen heel uiteenlopende wegen bewandeld om bij een proportionele oplossing uit te komen. Ik meen dat alle gehanteerde benaderingen — op een enkele uitzondering na¹⁵ — kunnen worden onderverdeeld in een vijftal categorieën, die ik hierna nader zal evalueren.

7.3.2 De rechtseconomisch geïnspireerde benadering

Zoals eerder aangestipt is de aandacht voor de problematiek van de causaliteitsonzekerheid voor een deel komen overwaaien uit de Verenigde Staten, waar een indrukwekkende hoeveelheid literatuur is verschenen over het probleem van onzeker causaal verband, met name in de context van zogenaamde "*toxic torts*". In het algemeen is deze literatuur sterk rechtseconomisch georiënteerd. Het daarin gebezigde hoofdargument komt erop neer dat alleen in een proportionele benadering het totaal van de door gedaagden te betalen vergoeding overeenstemt met de door hen daadwerkelijk veroorzaakte schade. Deze school van de zogenaamde "*probabilistic causation*" kwam aan de orde in § 4.2.2. Verschillende Nederlandse schrijvers — zoals bijvoorbeeld Faure,¹⁶ Frenk¹⁷ en Van¹⁸ — zijn duidelijk door deze Amerikaanse literatuur geïnspireerd. De primaire insteek in de problematiek is steeds gelegen in bepaalde gevallen van massaschade. Door de wet van de grote getallen heeft een rechtseconomisch getinte argumentatie in deze context ook de meeste overtuigingskracht. Van daaruit wordt al of niet voorgesteld om de proportionaliteitsregel door te trekken naar individuele schadegevallen. Aan een nadere dogmati-

15 Een benadering die op zichzelf staat is het voorstel van Stoll om een proportionele oplossing te baseren op een vorm van voordeelsverekening (zie de tekst bij noot 292 op blz. 167). Ik ga op deze suggestie niet verder in omdat zij naar mijn mening geheel is ingegeven door de specifieke dogmatische problemen in het Duitse recht met betrekking tot het leerstuk van het verlies van een kans.

16 M.G. Faure, (*G*)een schijn van kans (oratie RULi 1993).

17 N. Frenk, *Toerekening naar kansbepaling*, NJB 1995 blz. 482 e.v.

18 A.J. Van, a.w. (zie noot 3).

sche verankering wordt vaak minder gewicht toegekend, al worden daartoe wel uiteenlopende aanzetten gegeven.

In dat laatste ligt mijns inziens een zekere tekortkoming besloten. Een rechtseconomische argumentatie levert als zodanig nog geen juridisch-dogmatische grondslag op voor een proportionele oplossing op *individueel* niveau. De Nederlandse schrijvers geven zich daar ook rekenschap van, maar in de Verenigde Staten gaan veel auteurs aan dit gegeven min of meer voorbij. Het ontbreken van een grondslag op individueel niveau heeft zelfs tot gevolg dat veel van de betrokken schrijvers als keerzijde van een proportionele oplossing zien dat individuele benadeelden een "incorrecte" schadevergoeding ontvangen. Gaat men wél van zo'n juridisch-dogmatische grondslag uit, dan is van "incorrecte" compensatie uiteraard geen sprake (zie § 4.5.4). Het is dan ook niet verbazend dat de betreffende schrijvers hun pleidooi voor een proportionele oplossing doorgaans beperken tot gevallen van massaschade, al blijft een expliciete afbakening met individuele schadegevallen veelal achterwege.¹⁹

7.3.3 Vermindering van de schadevergoedingsplicht door matiging ex artikel 6:109

Wél een grondslag voor een proportionele oplossing op individueel niveau biedt de benadering die wij tegenkwamen in § 2.3.4 over het Zwitserse recht. Zoals daar beschreven nam het *Obergericht* van Zürich in het *Hodenkrebs-fall* uit billijkheidsoverwegingen genoeg met een verminderde veroorzakingswaarschijnlijkheid voor het aannemen van CSQN-verband, om vervolgens de omvang van de vergoedingsplicht te matigen wegens de reële mogelijkheid dat de betreffende schade ook zonder fout zou zijn ingetreden.²⁰ In de

19 Zie voor zo'n afbakening A.J. Van, a.w. (zie noot 3) blz. 107 e.v. evenals (beknoper) NJB 1995 blz. 1467. Vans beschouwingen zijn gebaseerd op de veronderstelling dat "*door een proportionele benadering te kiezen het individualistische perspectief van het civiele aansprakelijkheidsrecht wordt verlaten*" (NJB 1995 blz. 1467). Deze veronderstelling is niet houdbaar. Zij gaat ervan uit dat voor een proportionele oplossing een juridisch-dogmatische grondslag op individueel niveau geheel ontbreekt. En dat is — getuige de diverse hierna te bespreken benaderingen — geenszins het geval. Elders geeft ook Van "individualistische" onderbouwingen voor een proportionele oplossing, zoals het leerstuk van het verlies van een kans (a.w. — zie noot 3 — blz. 261-264) en het beginsel van de "eigen schuld" (TMA 1996 blz. 47 l.k.).

20 Zie de tekst bij noot 104 op blz. 40.

Zwitserse rechtspraak is deze benadering tot dusver niet nagevolgd, maar in de literatuur is wel een bredere toepassing ervan voorgesteld.²¹

Ook voor het Nederlandse recht lijkt aansluiting bij het leerstuk van de matiging in principe mogelijk. Bij onzekerheid over het CSQN-verband zou de rechter genoeg kunnen nemen met een verminderde veroorzakingswaarschijnlijkheid, en "ter compensatie" daarvan de omvang van de schadevergoeding kunnen matigen in de zin van artikel 6:109. Dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, waarbij de grootte van de kans dat schade in werkelijkheid niet door de gedaagde werd veroorzaakt het voornaamste gezichtspunt kan zijn. In de literatuur is ook weleens een suggestie in deze richting gedaan.²²

Toch kleeft aan deze benadering een aantal bezwaren. In de eerste plaats is het op zijn minst een gekunstelde gedachtengang om eerst ondanks substantiële onzekerheid over het causaal verband een volledige aansprakelijkheid aan te nemen, enkel om vervolgens de schadevergoedingsplicht te matigen vanwege de eerder genegeerde onzekerheid.²³ De meeste moeite heb ik met de eerste stap. Naar mijn mening valt bij een veroorzakingswaarschijnlijkheid van bijvoorbeeld 33% moeilijk in te zien op grond waarvan de gedaagde aansprakelijk zou moeten worden gehouden.²⁴ De kans dat hij de schade *niet* veroorzaakte is maar liefst twee keer zo groot als de kans dat hij haar *wel* op zijn geweten heeft. Toch zouden wij hier eerst een volledige aansprakelijkheid moeten aannemen, anders komen wij niet aan matiging toe. Toepassing van artikel 6:109 komt immers eerst aan de orde wanneer de volledige omvang van de verplichting tot schadevergoeding is bepaald aan de hand van alle andere voor toepassing in aanmerking komende bepalingen.²⁵ Naar mijn mening behoort causaliteitsonzekerheid in aanmerking te worden genomen in het kader van de causaliteit. Haar aldaar negeren teneinde haar pas in aanmer-

21 Zo P. Loser, *Kausalitätsprobleme bei Haftung für Umweltschäden* (diss. St. Gallen 1994) blz. 228 en noot 463.

22 Zie A.W. Jongbloed en M.L. Simon, *Waarheden, halve waarheden en onwaarheden: statistiek en bewijsrecht*, NJB 1995 blz. 891 e.v. (op blz. 897 l.k.), waartegen A.J. Akkermans, NJB 1995 blz. 1278-1279.

23 Vgl. J. Spier, *Asbest en aansprakelijkheid* in de gelijknamige bundel (1994) blz. 35 e.v. (op blz. 43).

24 Voor de eenvoud laat ik hier die gevallen buiten beschouwing waar aanleiding kan bestaan voor een omkering van de bewijslast. Zie daarover hoofdstuk 6.

25 Zie Asser-Hartkamp I (1988) nr. 493.

king te nemen in het kader van de matiging is in zekere zin het paard achter de wagen spannen.

In de tweede plaats past matiging wegens causaliteitsonzekerheid maar slecht in de tekst en de strekking van artikel 6:109. Ook al is de opsomming in lid 1 van de omstandigheden die tot matiging aanleiding kunnen geven, zeker niet uitputtend bedoeld, aan een omstandigheid als onzeker causaal verband is beslist niet gedacht. Dat zou op zich matiging wegens causaliteitsonzekerheid nog niet in de weg hoeven te staan, ware het niet dat lid 2 alsnog roet in het eten kan gooien ("*De matiging mag niet geschieden tot een lager bedrag dan waarvoor de schuldenaar zijn aansprakelijkheid door verzekering heeft gedekt of verplicht was te dekken*"). Deze bepaling zou onder omstandigheden zonder meer buiten toepassing moeten blijven. Het is allemaal niet onmogelijk, maar naadloos aansluiten doet het zeker niet. In dit verband dient men te bedenken dat de reikwijdte van het Zwitserse artikel 41 OR veel ruimer is. Bij deze bepaling omvatten de gronden om de vergoedingsplicht te verminderen naast de "echte" matigingsgronden in de zin van het Nederlandse artikel 6:109, ook causale criteria zoals "eigen schuld" in de zin van artikel 6:101 BW en de veroorzaking van deelschade.

Een derde bezwaar ligt in het discretionaire karakter van de rechterlijke bevoegdheid tot matigen. Houden wij het negeren van substantiële causaliteitsonzekerheid in het kader van de causaliteit eenmaal voor gerechtvaardigd, dan bestaat in principe de mogelijkheid dat de rechter om hem moverende redenen het daar bij laat en van matiging afziet. Het lijkt mij niet juist wanneer een gedaagde ondanks een geringe veroorzakingswaarschijnlijkheid in beginsel toch volledig aansprakelijk kan worden gehouden omdat bijvoorbeeld zijn draagkracht zoveel groter is dan die van de benadeelde. Het discretionaire karakter van de matigingsbevoegdheid doet geen recht aan de omstandigheid dat bij substantiële twijfel over het causaal verband ten ene male onvoldoende grond bestaat voor een onverkorte aansprakelijkheid.

7.3.4 Toerekening in de zin van artikel 6:98 ("*toerekening naar kansbepaling*")

Een benadering die de oplossing wél zoekt binnen het leerstuk van de causaliteit is die waarin een proportionele schadevergoedingsplicht rechtstreeks wordt gebaseerd op de toerekening van artikel 6:98. Frenk

spreekt in dit verband van "toerekening naar kansbepaling".²⁶ Op het eerste gezicht valt voor deze benadering veel te zeggen. Zo heeft zij zeker de charme van de eenvoud. Waarom een omweg maken langs de artikelen 6:99 en 6:101 — laat staan een zijsprong naar het leerstuk van het verlies van een kans — als het gewenste resultaat ook door toepassing van de hoofdregel van 6:98 kan worden bereikt? Artikel 98 biedt een grondslag voor een grote rechterlijke vrijheid. In principe lijkt die groot genoeg om slechts een gedeelte van de schade toe te rekenen, naar rato van de kans dat de totale schade daadwerkelijk door de aansprakelijk te houden persoon werd veroorzaakt. Deze benadering sluit nauw aan bij het Zwitserse voorstel voor een algemene bevoegdheid van de rechter om schadevergoeding toe te kennen naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid.²⁷

Een complicatie zit echter in de rol van het CSQN-verband. Volgens de heersende leer ziet de toerekening van artikel 6:98 als zodanig niet op de vestiging van aansprakelijkheid, maar slechts op de omvang daarvan.²⁸ In Frenks benadering wordt het CSQN-vereiste als het ware overgeslagen. Vestiging en toerekening vloeien ineen. Naar mijn mening een stap met verreikende gevolgen. Wie haar zet moet onder ogen zien dat het traditionele leerstuk van causaal verband fundamenteel moet worden herzien, wil het een consistent geheel blijven. In feite verliest het CSQN-verband zo definitief haar status als *vereiste* — toch al zwaar onder vuur vanwege het toenemend aantal uitzonderingen²⁹ — en wordt het gedegradeerd tot één van de toerekeningsfactoren die in het kader van artikel 6:98 in aanmerking dienen te worden genomen. Wie immers het CSQN-verband juist passeert wanneer daarover serieuze twijfel bestaat, kan per saldo hooguit nog doen alsof het om een "vereiste" gaat in gevallen waar dit verband *buiten* alle twijfel staat. Dat zou niet méér inhouden dan een vrijblijvende lippendienst aan een in werkelijkheid volledig inhoudsloos dogmatisch geloofsartikel.

In de benadering van Frenk ligt dus een fundamentele dogmatische vernieuwing besloten. Op zichzelf ben ik daarvan een groot voorstander. Alle geloofsbelijdenis over het "feitelijke" karakter van de

26 NJB 1995 blz. 482 e.v.

27 Zie de tekst bij noot 111 op blz. 42.

28 Zie Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 3; M.F.H.S. Haan, a.w. (zie noot 1) blz. 14 e.v. Overigens wordt hierover ook anders gedacht. Zie bijv. Asser-Hartkamp I (1996) nr. 440.

29 Voor een overzicht zie de verwijzingen in noot 8.

vestigingsfase ten spijt, bestaat volgens mij niet echt een principiële verschil met de toerekeningsfase. Zoals uiteengezet in § 7.2 bestaat vanwege het hypothetische element van het CSQN-verband ook hier onvermijdelijk een beoordelingsmoment, en telkens als het moeilijk wordt geven zuiver normatieve gezichtspunten de doorslag. Daar komt bij dat *elk* voorstel voor een proportionele vergoedingsplicht bij onzeker causaal verband in wezen een fundamentele relativering van het CSQN-vereiste inhoudt, óók het leerstuk van het verlies van een kans en de gecombineerde toepassing van de principes van alternatieve veroorzaking en "eigen schuld".

Daarom wil ik mij van harte bij Frenks voorstel aansluiten. Ik maak daarbij echter twee kanttekeningen. In de eerste plaats is aan een "toerekening naar kansbepaling" voor mij wél onlosmakelijk de openlijke erkenning verbonden dat hiermee het CSQN-verband definitief haar status verliest als een vereiste voor aansprakelijkheid. Wanneer men deze consequentie niet onder ogen wil zien, haak ik af. Zo heb ik de nodige moeite met de beschouwingen van Tjittes, die Frenks benadering zonder meer inpast in de traditionele tweetrapsraket van primaire en secundaire causaliteit.³⁰ Volgens Tjittes dient bij onzekerheid over het CSQN-verband eerst te worden besloten over de vestiging van aansprakelijkheid, waarbij het — zoals bekend — zou gaan om een met bewijstechnische hulpmiddelen vast te stellen feitelijk verband.³¹ Onder omstandigheden acht hij daarvoor een (statistische) veroorzakingswaarschijnlijkheid van minder dan 50% voldoende.³² Pas daarna komt Tjittes toe aan de omvangsfase, waarin de vraag aan de orde komt of moet worden uitgegaan van een volledige schadevergoeding, of dat een proportionele schadevergoeding moet worden aanvaard.³³

Met deze benadering kan ik niet instemmen. Zoals hiervoor uiteengezet kan op het "feitelijke" karakter van de primaire causaliteit sowieso al het nodige worden afgedongen.³⁴ Maar wanneer men bij

30 R.P.J.L. Tjittes, *Causaliteitonzekerheid bij massaschade*, in: *Massaschade, Inleidingen LSA 1996* blz. 21 e.v.

31 T.a.p. blz. 24-31.

32 T.a.p. blz. 29.

33 T.a.p. blz. 32.

34 Ook Tjittes erkent dit waar hij erop wijst dat men zich reeds in het kader van de primaire causaliteit direct — met overslaan van vaststelling van het CSQN-verband — de vraag kan stellen of de schade aan de dader is toe te rekenen (t.a.p. blz. 23).

een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 50% of minder nog steeds wil doen alsof een in principe feitelijk gegeven aan de hand van het bewijsrecht wordt vastgesteld, wordt bij mij de pijngrens overschreden. Hier ontardt de notie van de feitelijkheid tot een pure fictie. Kern van de zaak is dat we met de beste wil van de wereld juist *niet* kunnen vaststellen wat er feitelijk is gebeurd. Het is deze onzekerheid waaraan ook Tjittes recht wil doen door slechts een gedeeltelijke vergoedingsplicht op te leggen. Maar dan moeten wij niet doen alsof ook onder deze omstandigheden met behulp van de "normale" (bewijs)regels tot vestiging van aansprakelijkheid kan worden besloten. Het bewijsrecht biedt juist geen bevredigende oplossing, daarom slaan wij materieel-rechtelijk een geheel andere weg in. Als men een proportionele oplossing wil, moet men er openlijk vooruitkomen dat aansprakelijkheid kan bestaan, niet alleen wegens daadwerkelijke veroorzaking, maar ook wegens uitsluitend *mogelijke* veroorzaking. Het vasthouden aan de tweeslag primaire/secundaire causaliteit kan dit slechts verhullen.

Bovendien wordt zo de suggestie gewekt dat de tweede stap niet noodzakelijk op de eerste hoeft te volgen. Daarmee zou de situatie kunnen ontstaan dat ondanks substantiële onzekerheid over het CSQN-verband, in de "vestigingsfase" aansprakelijkheid wordt aangenomen, terwijl de gedaagde nog maar moet afwachten of de rechter in de "omvangsfase" bereid zal zijn om zijn vergoedingsplicht te reduceren. Daartegen maak ik hetzelfde bezwaar als hiervoor aangevoerd in verband met het discretionaire karakter van de rechterlijke bevoegdheid tot matigen: dit doet geen recht aan de omstandigheid dat bij substantiële twijfel over het causaal verband ten ene male onvoldoende grond bestaat voor een onverkorte aansprakelijkheid.³⁵

Mijn tweede kanttekening is dat ik mij niet op een "toerekening naar kansbepaling" wil vastleggen. Het lijkt mij niet opportuun om de aanvaarding van een proportionaliteitsregel afhankelijk te maken van een dergelijke vérstrekkende dogmatische vernieuwing, hoe gewenst zij op zichzelf ook is. Dit omdat dat helemaal niet nodig is. Zoals ik hoop te hebben aangetoond kan voor een proportionele oplossing heel goed worden aangesloten bij reeds bestaande leerstukken zoals dat van de alternatieve veroorzaking en van het verlies van een kans. Daarbij blijft de huidige hoofdregel van causaal verband als zodanig buiten schot. De afschaffing van het CSQN-verband als een vereiste voor aansprakelijk-

35 Ook hier geldt hetgeen opgemerkt in noot 24.

heid daarentegen, is een veel "wilder" voorstel. Het zal op zijn minst de nodige tijd vergen voordat dat door rechtspraak en doctrine wordt geaccepteerd. Voor een proportionele aansprakelijkheid pleiten zóveel inhoudelijke argumenten dat ik daar eenvoudig niet op zou willen wachten.

7.3.5 Het verlies van een kans

Een grondslag voor proportionele aansprakelijkheid die in het Nederlandse recht reeds is aanvaard — zij het tot dusver op een beperkte schaal — is het leerstuk van het verlies van een kans. Zoals uiteengezet in hoofdstuk 3 kan aan dit leerstuk zonder bezwaar een ruim toepassingsgebied worden toegekend. Ook bedenkingen zoals hiervoor aangevoerd tegen de rechtseconomische benadering en de matiging ex artikel 6:109 spelen hier niet.

Wellicht het sterkste punt van het verlies van een kans is dat er solide aanknopingspunten voor bestaan in de rechtspraak, zoals de arresten *Heesch/Reijs*³⁶ en *Wever/De Kraker*.³⁷ Ook de literatuur is het kansleerstuk algemeen gunstig gezind.³⁸ In verschillende landen om ons heen bestaat een lange ervaring met een ruime toepassing van dit leerstuk,³⁹ en ook op supra-nationaal niveau heeft het erkenning gevonden.⁴⁰ Zoals gezegd blijft bij het verlies van een kans het causaliteitsleerstuk buiten schot. De doctrine van het verlies van een kans focust op een andere schade dan het nadeel dat definitief bij de benadeelde is ingetreden, en het causaal verband met deze kansschade kan volgens de normale regels worden vastgesteld.

In dat laatste schuilt naar mijn mening niet alleen de kracht, maar ook een bepaalde zwakte van het leerstuk van het verlies van een kans. Juist omdat het causaliteitsleerstuk als zodanig niet ter discussie wordt gesteld, krijgt het verlies van een kans inderdaad iets van een "*baguette magique*".⁴¹ Dat doet niet alleen een beetje af aan de

36 HR 13 feb. 1981, NJ 1981, 456 m.nt. CJHB. Zie de tekst bij noot 20 op blz. 112.

37 Hof Amsterdam 4 jan 1996, NJ 1997, 213; A&V 1996 blz. 67 e.v. m.nt. A.J. Akkermans; TvG 1997, 5 m.nt. R.J.J. de Ridder. Zie de tekst bij noot 35 op blz. 117.

38 Zie de verwijzingen in noot 25 op blz. 114.

39 Zie § 3.3.

40 Zie artikel 7.4.3. sub (2) van de Unidroit *Principles for International Commercial Contracts*.

41 Vgl. het citaat bij noot 298 op blz. 169.

overtuigingskracht van deze benadering, maar opent ook de deur voor oeverloze discussies zoals in Frankrijk, waar men al decennia tevergeefs zoekt naar een werkbare formule voor afbakening met het leerstuk van causaal verband.⁴²

Zoals ik hoop te hebben aangetoond in hoofdstuk 3, is een dergelijke afbakening niet mogelijk, althans niet op een abstract-logische grondslag. Of door toepassing van het kansleerstuk een vraag van shadeberekening wordt opgelost, of een van causaal verband wordt uitsluitend bepaald door de gekozen invalshoek.⁴³ Daarom is het mijns inziens onvermijdelijk om openlijk te erkennen dat het leerstuk van het verlies van een kans een fundamentele relativering van het CSQN-vereiste inhoudt. En daarmee wordt het traditionele causaliteitsleerstuk tóch ter discussie gesteld, zij het indirect. Dat pleit ervoor om de koe meteen bij de horens te nemen, en de grondslag voor de gewenste proportionele oplossing te zoeken *binnen* het leerstuk van de causaliteit, in plaats van daarbuiten. Zoals in een toerekening naar kansbepaling, of in de gecombineerde toepassing van de principes van alternatieve veroorzaking en "eigen schuld".

Daar komt bij dat toepassing van het kansleerstuk in bepaalde casusposities erg gekunsteld kan voorkomen, terwijl toch ook in die gevallen een proportionele oplossing is aangewezen. Dat is veelal zo wanneer de niet-aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaak niet is gelegen in "de natuur" of andere omstandigheden die min of meer vanzelfsprekend voor het risico van de benadeelde komen, maar in het handelen van een persoon, die echter niet aansprakelijk is wegens het ontbreken van een voorwaarde daarvoor. Zoals de voorbeelden in § 2.6.2 laten zien kan dat iemand zijn die niet onrechtmatig handelde (zoals in het *Wilderer-fall*⁴⁴), iemand die zich jegens de benadeelde heeft geëxonereerd (zoals in de casus met de kettingbotsing⁴⁵), maar ook de benadeelde zelf (zoals in de casus met de stenengooiende kinderen⁴⁶). Nemen wij het *Wilderer-fall*:

Jachtopziener A achtervolgde samen met B, de houder van de jachtrechten op het betreffende terrein, een *Wilderer* (een stroper). Daarbij gebruikten

42 Zie § 3.4.12 e.v.

43 Zie § 3.4.12 t/m § 3.4.18.

44 BGH 17 dec. 1952, VersR 1953, 146. Zie de tekst bij noot 277 op blz. 81 en hieronder.

45 OLG Hamburg 11 april 1967 (ongepubliceerd). Zie de tekst bij noot 276 op blz. 81.

46 OLG Celle 13 juli 1950, NJW 1950, 951. Zie de tekst bij noot 279 op blz. 81.

beiden hun geweren. De stroper werd door één van hen dodelijk getroffen, door wie bleef onbekend. A was op grond van wettelijke bepalingen tot dit gebruik van zijn vuurwapen bevoegd. Daarom handelde alleen B onrechtmatig.

Zoals betoogd in § 2.6 is ook in dit soort gevallen de meest rechtvaardige oplossing gelegen in beginsel gelegen in een proportionele aansprakelijkheid. Maar om deze te baseren op de redenering dat de stroper door het schot van B een kans verloor om niet te worden getroffen, dat deze kans op geld kan worden gewaardeerd, en dat deze waarde door B moet worden vergoed, doet erg gewrongen aan. In dit soort gevallen lijkt toepassing van het kansleerstuk geen adequate aanpak, en ligt een benadering vanuit de principes van alternatieve veroorzaking en "eigen schuld" veel meer voor de hand. Ook andere factoren kunnen maken dat toepassing van het kansleerstuk iets kunstmatigs krijgt, zoals de omstandigheid dat het gaat om elkaar uitsluitende ("zuivere") alternatieve oorzaken, en de afwezigheid van een toereikend tijdsverloop tussen twee of meer mogelijke oorzaken. Meer in het algemeen kan toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans soms een zeker beroep doen op het voorstellingsvermogen, zoals bij de waardering op geld van verloren gezondheidskansen.⁴⁷

Anderzijds kan toepassing van het kansleerstuk soms juist erg voor de hand liggen. Zoals bij het verlies van kansen die overdraagbaar zijn en waarvoor een duidelijke verkeerswaarde bestaat (denk aan het klassieke voorbeeld van een lot in de loterij) of bij kansen die betrekking hebben op overdraagbare vermogensbestanddelen, en waarvan de invloed op de verkeerswaarde van die vermogensbestanddelen relatief eenvoudig aan het licht kan worden gebracht door gebruik te maken van de maatstaf van de fictieve koper (zoals bijvoorbeeld gebeurt in het kader van de Onteigeningswet).⁴⁸ In dit soort gevallen is de realiteit van de kansschade zo in het oog springend dat een benadering die gebaseerd is op de mogelijkheid van causaal verband met de "definitieve schade" (de prijs in de loterij die niet werd gewonnen) erg gekunsteld aandoet.

Zoals uiteengezet in hoofdstuk 3 ben ik voorstander van een veel ruimere toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans dan thans in het Nederlandse recht plaatsvindt. Soms ligt deze benadering

47 Zie hetgeen hierover opgemerkt in § 3.4.18.

48 Zie § 3.4.3.

erg voor de hand, maar soms juist niet. Vooral vanwege dat laatste zou ik het betreuren wanneer alleen deze grondslag voor proportionele aansprakelijkheid zou worden aanvaard.

7.3.6 *Gecombineerde toepassing van de principes van alternatieve veroorzaking en "eigen schuld"*

Een benadering die eveneens een deugdelijke grondslag biedt voor proportionele aansprakelijkheid, en ook voor een groot aantal gevallen van onzeker causaal verband geschikt lijkt te zijn,⁴⁹ is de in hoofdstuk 2 besproken toepassing van de principes van alternatieve veroorzaking en "eigen schuld". Het sterke punt hiervan is dat een oplossing wordt geboden *binnen* het causaliteitsleerstuk terwijl een fundamentele vernieuwing van dit leerstuk niet is vereist. Er wordt immers gebruik gemaakt van een bestaande opening in het systeem, de uitzondering op het CSQN-vereiste van artikel 6:99, en aangesloten bij het gevestigde proportionaliteits-principe van de "eigen schuld", neergelegd in artikel 6:101. In het Oostenrijkse recht is voor dezelfde oplossing gekozen.⁵⁰

Maar ook voor deze benadering geldt — net als voor het verlies van een kans — dat zij soms wel, maar soms helemaal niet voor de hand ligt. Dat laatste is duidelijk het geval in de zojuist bedoelde gevallen waar een in het oog springende verkeerswaarde bestaat van de "kanschade". Voorts is voor deze benadering vereist dat de appreciatie van artikel 6:99 als een geval van bewijslastomkeer wordt verlaten voor een meer materiële duiding van dit artikel. Ik hoop daarvoor in § 2.4 een overtuigende argumentatie te hebben gegeven, maar of deze ook zal worden aanvaard moet uiteraard worden afgewacht.

7.4 Conclusies

Op grond van het voorgaande concludeer ik dat proportionele aansprakelijkheid logisch gezien niet op gespannen voet staat met het systeem van het aansprakelijkheidsrecht (§ 7.2), en dat er tenminste drie verschillende juridisch-dogmatische grondslagen voor bestaan die

49 Zie § 2.6. Onder omstandigheden kan voor de toepasbaarheid van deze benadering zijn vereist dat expliciet wordt aanvaard dat ook de samenloop van een *zekere* en een *mogelijke* oorzaak onder de reikwijdte van artikel 6:99 valt. Gelet op hetgeen hierover aangevoerd in § 2.4.5 lijkt mij dat geen enkel probleem.

50 Zie § 2.3.3.

in principe de toets der kritiek kunnen doorstaan: toerekening in de zin van artikel 6:98, het leerstuk van het verlies van een kans, en de gecombineerde toepassing van de principes van alternatieve veroorzaking en "eigen schuld". Een uitsluitend rechtseconomische benadering biedt voor proportionele aansprakelijkheid geen deugdelijke grondslag, althans niet op individueel niveau (§ 7.3.2), en matiging ex artikel 6:109 is weliswaar mogelijk, maar brengt aanmerkelijke bezwaren met zich mee (§ 7.3.3).

Vanuit zuiver dogmatisch oogpunt heb ik een zekere voorkeur voor de proportionele toerekening in de zin van artikel 6:98 (§ 7.3.4). Deze benadering lijkt mij het meest recht door zee, en maakt korte metten met een concept — de "feitelijke" primaire causaliteit — dat ik als achterhaald beschouw. Maar juist omdat zij dogmatisch het meest overhoop haalt is de kans dat zij zal worden aanvaard mijns inziens het geringst. De toekomst zal het uitwijzen. In elk geval vormen de andere twee benaderingen voor mij een volwaardig alternatief. Welke benadering in een concreet geval de voorkeur verdient is bovendien mede afhankelijk van het feitencomplex, dat kan maken dat een bepaalde benadering meer, of juist minder passend is (§ 7.3.5 en § 7.3.6).

Dat een proportionele oplossing in principe kan worden bereikt langs heel verschillende dogmatische routes beschouw ik bepaald niet als een probleem. Dat zou anders kunnen zijn wanneer de uitkomst naar gelang de gekozen route zou verschillen, maar waar die in beginsel hetzelfde is,⁵¹ versterken de verschillende benaderingen elkaar mijns inziens alleen maar. En welke route men ook kiest, voor mij telt uiteindelijk vooral het resultaat. En dat is in alle drie gevallen

51 Ik merk op dat een beperkt verschil in uitkomst kan bestaan wanneer, naast een niet-aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaak, meer dan één aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaak in het geding is. Bijvoorbeeld bij twee afzonderlijke medische fouten (de tweede niet toerekenbaar aan de eerste) en "de natuur", wanneer elk van deze drie mogelijke oorzaken zelfstandig in staat was om de schade in zijn geheel teweeg te brengen (zie ook "voorbeeld 5" in de tekst bij noot 298 op blz. 88). Stel dat zowel beide fouten als "de natuur" een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 33,3% kan worden toegekend. Dan leidt toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans tot een aansprakelijkheid van de twee medici van ieder 33,3% van de definitieve schade. Een benadering via de beginselen van artikel 6:99 en 6:101 zal echter leiden tot de toepasselijkheid van artikel 6:102 lid 2, met als gevolg dat ieder der medici jegens de benadeelde voor 50% aansprakelijk is, met dien verstande dat de benadeelde in totaal van hen niet meer kan vorderen dan 66,6%.

het loslaten van het alles-of-niets, en het aannemen van een proportionele aansprakelijkheid.

Conclusies

8.1 Opbouw van dit hoofdstuk

In dit afsluitende hoofdstuk vat ik de conclusies samen die in de loop van dit boek zijn getrokken. Hierbij zal ik niet een strikte hoofdstukindeling aanhouden, maar inventariseren welke antwoorden zijn gevonden op de drie algemene vragen die in de inleiding¹ zijn geformuleerd: in hoeverre is aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid een betere oplossing dan het alles-of-niets (§ 8.2), hoe kan proportionele aansprakelijkheid worden ingepast in het systeem van het aansprakelijkheidsrecht (§ 8.3), en hoe moet proportionele aansprakelijkheid worden afgegrensd (§ 8.4).

8.2 De merites van proportionele aansprakelijkheid

8.2.1 *Algemeen*

In de voorgaande hoofdstukken gaf ik een overzicht van de verschillende figuren waarin onzeker causaal verband zich voordoet, en van de uiteenlopende manieren waarop deze problematiek juridisch kan worden benaderd. Beide variabelen bleken van invloed op de toepasselijke argumenten pro en contra, en op het gewicht dat daaraan toekomt, maar mijn conclusie was telkens dezelfde: bij het bestaan van substantiële twijfel over het CSQN-verband is de meest rechtvaardige oplossing in principe gelegen in een proportionele aansprakelijkheid. Dat is reeds zo in individuele schadegevallen, en dat is eens te meer zo in gevallen van massaschade, waarin het tekortschieten van de alles-of-niets-benadering als het ware wordt uitvergroot.

1 Zie § 1.1.2.

8.2.2 Individuele schadegevallen

Bij substantiële twijfel over het causaal verband geeft de alles-of-niets-benadering geen bevredigende oplossing. In algemene zin ligt geen van beide mogelijkheden (aansprakelijkheid ja of nee) méér voor de hand dan de ander (§ 2.6.4). Inherent aan de alles-of-niets-benadering is het aannemen van een omslagpunt tussen "alles" en "niets", wat de heikele vraag oproept waar die grens moet worden getrokken. Als algemeen geldend omslagpunt komt logisch gezien alleen een veroorzakingswaarschijnlijkheid van 50% in aanmerking. Dogmatisch bestaan hiertegen de nodige bezwaren, en in de praktijk leidt dit tot grote problemen (§ 2.6.5). Maar het grootste praktische én principiële bezwaar is dat, waar men de grens ook wil trekken, één procent het verschil kan uitmaken tussen alles en niets, terwijl daarvoor inhoudelijk geen enkele rechtvaardiging bestaat.

Een aanpak door middel van bewijslastverlichting of -omkering is niet altijd gerechtvaardigd — óók niet bij verkeers- en veiligheidsnormen (§ 6.2.9 en § 6.3.4) — en waar zij dat wel is loopt zij vroeg of laat dood op zeer lage veroorzakingswaarschijnelijkheden (§ 3.4.1 en § 6.2.8). Omdat benadeelden het met steeds lagere veroorzakingswaarschijnelijkheden zullen proberen — ik noemde dat het "*Herskovits-effect*"² — moet de rechter uiteindelijk altijd kleur bekennen: òf hij moet ophouden met het volle pond toe te kennen en een proportionele vergoedingsplicht aannemen, òf hij moet een omslagpunt aanwijzen tussen alles en niets.

Een proportionele aanpak vermijdt deze problemen niet alleen, maar kan ook inhoudelijk gezien volledig worden gerechtvaardigd. Dit op meer dan één manier, afhankelijk van de wijze waarop het probleem van onzeker causaal verband juridisch wordt benaderd.

Een eerste benadering (hoofdstuk 2) is die waarin onzeker causaal verband wordt beschouwd als een bijzonder geval van *alternatieve causaliteit* (artikel 6:99), namelijk het geval waarin één van de alternatieve oorzaken is gelegen in de risicosfeer van de benadeelde: omdat het bestaan van de schade gegeven is, kan zij slechts het gevolg zijn òf van de ene (aansprakelijkheidscheppende), òf van de andere (niet-aansprakelijkheidscheppende) oorzaak. Deze benadering is gemeengoed in

2 Door mij zo genoemd naar *Herskovits v. Group Health Cooperative* (zie de tekst bij noot 194 op blz. 150) waar het ging om een statistische veroorzakingswaarschijnlijkheid van 14%.

Duitsland en Oostenrijk. Geredeneerd vanuit de "normale" aansprakelijkheid bij alternatieve veroorzaking kan een proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband volledig worden gerechtvaardigd, zowel tegenover de gedaagde als tegenover de benadeelde.

Aan de toepasselijkheid van het principe van artikel 6:99 als zodanig staat niets in de weg. Anders dan in de heersende leer wordt verondersteld, kan artikel 6:99 niet worden begrepen als een bewijsregel, maar belichaamt dit artikel een bijzondere regel van materieel recht, die aansprakelijkheid in het leven roept wegens *mogelijke* veroorzaking (§ 2.4.7).

Tegenover de gedaagde is een proportionele vergoedingsplicht gerechtvaardigd omdat — vergeleken met het standaardgeval van artikel 6:99 — enerzijds de voorwaarden voor vestiging van zijn aansprakelijkheid onverminderd zijn vervuld en hij dus niet "onverdiend" vrijuit behoort te gaan, terwijl hij anderzijds ook niet behoort te worden benadeeld door het niet-aansprakelijkheidscheppende karakter van de andere mogelijke oorzaak. Daarom behoort zijn aansprakelijkheid te worden verminderd met de theoretische draagplicht die de andere mogelijke oorzaak met zich meebrengt (§ 2.6.6).

Tegenover de benadeelde is een proportionele oplossing gerechtvaardigd omdat — vergeleken met het standaardgeval van artikel 6:99 — enerzijds het niet-aansprakelijkheidscheppende karakter van de ene mogelijke oorzaak, niet redengevend kan zijn om ook zijn vordering wegens de andere mogelijke oorzaak te laten vervallen, terwijl anderzijds die eerste mogelijke oorzaak wèl in zijn risicosfeer ligt, waardoor zijn vordering behoort te worden verminderd met de theoretische draagplicht die deze mogelijke oorzaak met zich meebrengt (§ 2.6.7). Deze vermindering kan worden beschouwd als een toepassing van het principe van de "eigen schuld" van artikel 6:101 (§ 2.6.9).

Aldus kan bij onzeker causaal verband de vestiging van de aansprakelijkheid worden gebaseerd op de analoge toepassing van artikel 6:99 en de vermindering van de vergoedingsplicht op de analoge toepassing van artikel 6:101 (§ 2.6.12). In Oostenrijk is deze benadering geldend recht (§ 2.3.3).

Ook door het leerstuk van *het verlies van een kans* kan een proportionele aansprakelijkheid volledig worden gerechtvaardigd (hoofdstuk 3). Bij toepassing van dit leerstuk kent men geen vergoeding toe voor de schade zoals die definitief bij de benadeelde is ingetreden, maar voor het verlies van de kans die de benadeelde had

om deze te ontlopen. In verschillende landen om ons heen wordt dit leerstuk in een breed scala van gevallen toegepast, en ook op supranationaal niveau heeft het erkenning gevonden (§ 3.3).

De essentie van de doctrine van het verlies van een kans is het uitgangspunt dat veel kansen een waarde hebben die op geld waardeerbaar is. Het verlies van zo'n kans vormt een vermogensschade en die moet worden vergoed. In de regel is dit uitgangspunt juist, al doet deze benadering bij gezondheidskansen wel een iets groter beroep op het voorstellingsvermogen dan bij kansen die rechtstreeks betrekking hebben op overdraagbare vermogensbestanddelen (§ 3.4.2 t/m § 3.4.8).

Staat eenmaal vast dat door het verlies van een kans een vermogensschade werd geleden, dan kunnen moeilijkheden bij de begroting daarvan geen beletsel zijn om schadevergoeding toe te wijzen. Dat volgt uit het beginsel dat wanneer een schade voldoende zeker is in haar bestaan, de moeilijkheid om haar omvang te bepalen niet aan haar vergoeding in de weg kan staan (§ 3.4.9). Overigens zijn de — evidente — problemen bij de begroting van een proportionele schadevergoeding geenszins onoverkomelijk (§ 3.4.10). Dat is niet anders wanneer daarbij gebruik wordt gemaakt van statistische gegevens (§ 3.4.11 en § 4.5.5).

Anders dan wel wordt verondersteld kan het kansleerstuk niet worden afgebakend van het leerstuk van causaal verband. Of een vraag van schade op de voorgrond treedt, of een van causaal verband wordt uitsluitend bepaald door de gekozen invalshoek. Voor een afwijzing van de toepassing van het kansleerstuk bij medische fouten bestaat geen abstract-logische grondslag (§ 3.4.12 t/m § 3.4.18). En bij kansen waarvan de verwezenlijking afhankelijk zou zijn geweest van de benadeelde bestaat zo'n grondslag evenmin (§ 3.4.19).

Ook de belasting met een duurzaam risico (zie voor dit begrip § 3.2.3) moet zonder onnodige terughoudendheid worden aanvaard als een vergoedbare vermogensschade. Wel moet de rechter binnen zekere grenzen de bevoegdheid hebben om af te wachten of de definitieve schade al of niet zal intreden, waarvoor kan worden aangesloten bij artikel 6:105 (§ 3.5.14).

8.2.3 Meerdere benadeelden (*massaschade*)

In die gevallen waarin de onzekerheid over het causaal verband samenhangt met de omstandigheid dat er meerdere (mogelijke)

benadeelden in het spel zijn, zijn de tekortkomingen van de alles-of-niets-benadering over het algemeen nog sprekender dan in individuele schadegevallen, en ligt het alternatief van een proportionele aansprakelijkheid nog meer voor de hand. Het afwijzen van alle aansprakelijkheid ("niets") spreekt nog minder aan, omdat vaststaat dat de gedaagde daadwerkelijk schade veroorzaakte, en tevens dat één of meer van de benadeelden daadwerkelijk een recht op vergoeding toekomt, al weet men niet altijd wie van hen. Maar ook het aannemen van een volledige aansprakelijkheid ("alles") spreekt nog minder aan, omdat men zo de gedaagde ook aansprakelijk zou houden voor schade die hij *onmogelijk* kan hebben veroorzaakt (§ 4.5.2). Alleen met een proportionele aansprakelijkheid bereikt men de gebruikelijke evenredigheid tussen schadevergoeding en -veroorzaking, waarbij de gedaagde in totaal niet voor meer, maar ook niet voor minder aansprakelijk wordt gehouden dan wat hij redelijkerwijs kan worden geacht te hebben veroorzaakt, terwijl ook de benadeelden als groep in beginsel precies het bedrag aan schadevergoeding ontvangen waar zij daadwerkelijk recht op hebben (§ 4.5.3).

Mede om deze redenen is bij de figuur van *de alternatieve benadeelde* (hoofdstuk 4) de meest rechtvaardige oplossing in principe gelegen in een proportionele aansprakelijkheid. Wanneer men vasthoudt aan het alles-of-niets doet men onvermijdelijk òf de benadeelde tekort (de "*Teufel der Sanktionslücke*") òf de gedaagde (de "*Beelzebub einer Übermaßhaftung*"). Het toekennen van een schadevergoeding naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid is de enige rationale uitweg uit dit dilemma. Bij een aanpak door de benadeelden gezamenlijk kan hen het recht op schadevergoeding in elk geval niet worden ontzegd, terwijl men ook dan in principe bij een proportionele oplossing uitkomt (§ 4.4). Het veel geopperde bezwaar van de "incorrecte" compensatie van individuele benadeelden snijdt geen hout omdat een proportionele schadevergoeding ook op individueel niveau de meest rechtvaardige oplossing is (§ 4.5.4). Ook andere aangevoerde tegenargumenten houden bij nadere beschouwing geen stand (§ 4.5.5 t/m § 4.5.8).

Ook in gevallen waarbij de toxische veroorzaking van schade uitsluitend statistisch-epidemiologisch kan worden aangetoond, zal een proportionele schadevergoeding veelal de meest rechtvaardige oplossing zijn. De problematiek van het statistisch causaliteitsbewijs moet niet worden onderschat, maar is beslist niet onoverkomelijk, en overigens ook niet uniek voor de figuur van de alternatieve benadeelde, noch

onlosmakelijk daarmee verbonden. Om de problemen hanteerbaar te maken moet nauwkeurig worden onderscheiden tussen verschillende aspecten. Bij de *preliminaire* vraag of de gedaagde überhaupt wel schade heeft veroorzaakt moeten hoge eisen aan het statistische bewijsmateriaal worden gesteld, of men nu een proportionele oplossing voorstaat of niet. Logisch gezien is een bevestigend antwoord alleen mogelijk wanneer in voldoende mate aan een vijftal voorwaarden wordt voldaan. De vervolgvraag of ook op *individueel* causaal verband kan worden aangenomen met de door een bepaald persoon geleden schade, speelt alleen in de alles-of-niets-benadering een centrale rol. In een proportionele benadering treedt daarvoor de veel minder knellende problematiek in de plaats van de bruikbaarheid van statistische kansberekeningen voor het vaststellen van de hoogte van de schadevergoeding. Voor dit laatste is statistiek een bij uitstek rationeel en reeds lang aanvaard hulpmiddel. De praktijk wijst uit dat de rechter alleszins tot een verstandige beslissing kan komen (§ 4.3).

Aan het toekennen van een vergoeding voor de belasting met een duurzaam risico kleven bij de figuur van de alternatieve benadeelde meer haken en ogen dan bij individuele schadegevallen (§ 4.6). Zo wordt het informatieprobleem erdoor vergroot, en wordt de kring van te compenseren benadeelden uitgebreid, waardoor een kleiner gedeelte van de totale schadevergoeding terecht komt bij de personen die er het meeste behoefte aan hebben. Toch kunnen ook hier valide redenen bestaan om het intreden van de definitieve schade niet af te wachten, met name wanneer het gaat om ziektes met een lange incubatietijd. Mits praktisch gesproken een haalbare kaart, valt te overwegen of niet voor een verzekeringsremedie of schadefonds moet worden gekozen, ook al zou de voorkeur van de benadeelden daar niet naar uit gaan. Op deze manier hoeft niet voor onbepaalde tijd te worden gewacht met effectueren van de schadevergoedingsplicht, terwijl de schadeloosstelling tóch terecht komt bij de benadeelden die daar het meeste behoefte aan hebben (§ 4.6.6).

Ook bij de figuur van de *alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden* (hoofdstuk 5) is de meest rechtvaardige oplossing in principe gelegen in een proportionele aansprakelijkheid. Deze oplossing vloeit rechtstreeks voort uit een doordachte opvatting van het wettelijk systeem. Aan de toepasselijkheid van artikel 6:99 staat niets in de weg (§ 5.3.2). De inhoudelijke strekking van deze bepaling noopt echter tot een proportionele aansprakelijkheid (§ 5.3.3 t/m § 5.3.5). Uitgangspunt is dat de totale schadevergoedingsplicht van een individuele gedaagde

zoveel mogelijk gelijk behoort te zijn aan de omvang van de in totaal door hem veroorzaakte schade (§ 5.3.6). De stelplicht en de bewijslast van de gegevens die noodzakelijk zijn om hieraan uitvoering te geven rusten op de gedaagden (§ 5.3.7). Indien sprake is van een significant achtergrondrisico bestaan alleen nog maar meer goede redenen voor een proportionele benadering (§ 5.3.9).

Met de andersluidende beslissing in het *DES*-arrest kan niet worden ingestemd. Deze beslissing staat in diverse opzichten op gespannen voet met het stelsel van het aansprakelijkheidsrecht (§ 5.3.4 en § 5.3.5). Zij is gebaseerd op een onvoldoende doordachte toepassing van artikel 6:99, waarbij ten onrechte niet over de papieren muur van het individuele dossier heen wordt gekeken. Deze één-voor-één-benadering bezieet de verhoudingen uitsluitend vanuit de individuele benadeelden, en heeft ten onrechte niet tevens oog voor de positie van de individuele gedaagden. Internationaal gezien staat de Hoge Raad met zijn arrest ook nagenoeg alleen (§ 5.2.2 en § 5.2.3).

Het uitgangspunt dat bij de figuur van de tweezijdige alternativiteit de omvang van de totale schadevergoedingsplicht van een individuele gedaagde zoveel mogelijk gelijk behoort te zijn aan de omvang van de in totaal door hem veroorzaakte schade, laat in de praktijk zeer veel ruimte voor nadere uitwerking (§ 5.4). Men kan heel streng uitgaan van de maximaal denkbare omvang (volgens het principe van *Anteilszweifel*), of de totale schade over de gedaagden verdelen door middel van een schatting (wat men in de VS "*apportionment*" noemt). Het is aan de rechter om voor het concrete geval de meest rechtvaardige en best werkbare oplossing te kiezen. Daarbij kunnen de benadeelden desgewenst vergaand tegemoet worden gekomen. In de *DES*-context was het vermoedelijk zelfs mogelijk geweest om tot in wezen hetzelfde resultaat te komen als in het arrest van de Hoge Raad (§ 5.4.4).

8.3 Inpassing in het systeem van het aansprakelijkheidsrecht

8.3.1 Algemeen

De wijze waarop proportionele aansprakelijkheid kan worden ingepast in het systeem van het aansprakelijkheidsrecht kwam in verschillende hoofdstukken aan de orde. Mijn conclusie was dat proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband veel minder "vreemd" is voor het aansprakelijkheidsrecht dan op het eerste gezicht misschien

lijkt, en dat er tenminste drie verschillende juridisch-dogmatische grondslagen voor bestaan die de toets der kritiek kunnen doorstaan.

8.3.2 *Geen vreemde eend in de bijt*

Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband is veel minder "vreemd" voor het aansprakelijkheidsrecht dan wel wordt verondersteld, zowel wat de praktijk als wat het systeem betreft. Wat de praktijk betreft valt op dat in bijna alle onderzochte landen proportionele benaderingen worden gehanteerd, soms op relatief grote schaal, in het kader van gevestigde leerstukken (Frankrijk, België, en in mindere mate Engeland), soms bij wijze van vrij recente innovatie (Verenigde Staten, Oostenrijk), en soms nog slechts incidenteel, bij wijze van een "experiment" waarvan de precieze afloop nog niet zeker is (Nederland, Zwitserland). Bijna overal bestaat in de literatuur veel steun voor een proportionele oplossing. Daarbij besteedt men doorgaans de meeste aandacht aan massaschades, terwijl de rechtspraak vooral worstelt met individuele schadegevallen (§ 2.3, § 3.3, § 4.2 en § 5.2).

Wat het systeem van het aansprakelijkheidsrecht betreft, dat biedt voor proportionele aansprakelijkheid verschillende solide aanknopingspunten. Naast het verlies van een kans is dat vooral het leerstuk van de "eigen schuld" van artikel 6:101, dat een fundamentele uitzondering vormt op de alles-of-niets-benadering. Een proportionele aanpak van het probleem van de causaliteitsonzekerheid kan worden beschouwd als een uitbreiding van dit leerstuk (§ 2.6.9). Andere belangrijke uitzonderingen op het alles-of-niets zijn onder meer de matigingsbevoegdheid van artikel 6:109 en de toerekening van artikel 6:98, die eveneens aanknopingspunten vormen voor proportionele aansprakelijkheid.

Proportionele aansprakelijkheid past ook veel beter in het leerstuk van causaal verband dan doorgaans wordt aangenomen (§ 7.2). Het traditionele onderscheid tussen het CSQN-verband als een feitelijk, niet normatief gegeven ("primaire causaliteit"), en de toerekeningsfase die zuiver normatief zou zijn ("secundaire causaliteit"), kan niet worden volgehouden. Vanwege het hypothetische element in het CSQN-verband bestaat ook bij de "primaire causaliteit" een beoordelingsmoment, dat maakt dat niet echt een principieel verschil bestaat met de toerekeningsfase (§ 7.2.2). Telkens als het antwoord op de vraag of CSQN-verband bestaat écht moeilijk wordt, geven volstrekt normatieve

8.4 *Afgrenzing van proportionele aansprakelijkheid*

gezichtspunten de doorslag (§ 7.2.3). Daarom valt niet in te zien waarom deze niet ook zouden kunnen leiden tot een proportionele oplossing, die bij substantiële causaliteitsonzekerheid logisch gezien ook het meest voor de hand ligt (§ 7.2.5).

8.3.3 *Grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid*

Voor proportionele aansprakelijkheid bestaan tenminste drie verschillende juridisch-dogmatische grondslagen die de toets der kritiek kunnen doorstaan: toerekening in de zin van artikel 6:98 ("toerekening naar kansbepaling"), het leerstuk van het verlies van een kans, en de gecombineerde toepassing van de principes van alternatieve veroorzaking en "eigen schuld" (§ 7.3). Een uitsluitend rechtseconomische benadering biedt voor proportionele aansprakelijkheid geen deugdelijke grondslag, althans niet op individueel niveau (§ 7.3.2), en matiging ex artikel 6:109 is weliswaar mogelijk, maar brengt aanmerkelijke bezwaren met zich mee (§ 7.3.3).

Vanuit zuiver dogmatisch oogpunt heeft de proportionele toerekening in de zin van artikel 6:98 in principe een streepje voor (§ 7.3.4). Welke benadering in een concreet geval de voorkeur verdient is echter mede afhankelijk van het feitencomplex, dat kan maken dat een bepaalde benadering meer, of juist minder passend is (§ 7.3.5 en § 7.3.6).

8.4 **Afgrenzing van proportionele aansprakelijkheid**

8.4.1 *Algemeen*

De derde vraag was hoe proportionele aansprakelijkheid moet worden afgegrensd. Mijn conclusie was dat een consistente afbakening mogelijk is met het leerstuk van de bewijslastomkeer bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen, en dat het toepassingsgebied van de proportionaliteitsregel op een in de praktijk alleszins aanvaardbare manier kan worden beperkt tot gevallen van substantiële causaliteitsonzekerheid.

8.4.2 Bewijslastomkeer en proportionele aansprakelijkheid

De afbakening tussen omkering van de bewijslast met betrekking tot het CSQN-verband en proportionele aansprakelijkheid is geen kwestie van het een òf het ander: anders dan wel wordt verondersteld, sluiten bewijslastomkeer en proportionele aansprakelijkheid elkaar geenszins volledig uit, maar kunnen zij heel goed met elkaar worden verzoend (hoofdstuk 6).

Zolang geen sprake is van een zuivere risico-aansprakelijkheid, moet bij de toepassing van bewijslastomkeer van geval tot geval worden nagegaan wat de strekking van de overtreden veiligheidsnorm precies met zich meebrengt, en met name of haar beschermingssfeer zich tevens uitstrekt over de tweede mogelijke oorzaak van de schade. Ligt de tweede mogelijke oorzaak van de schade niet in de beschermingssfeer van de geschonden veiligheidsnorm, dan behoort zij niet door een onverkorte bewijslastomkeer in de risicosfeer van de gedaagde te worden gebracht.

Behalve deze "*vreemde herkomst*", kan ook haar *overheersende waarschijnlijkheid* maken dat de tweede mogelijke oorzaak van de schade niet door middel van onverkorte bewijslastomkeer in de risicosfeer van de gedaagde behoort te worden gebracht. In beide gevallen ligt een proportionele oplossing het meest in de rede.

Dat brengt de benadeelde qua bewijslastverdeling geenszins helemaal "terug bij af". Door de toepassing van bewijslastomkeer met toelating van "gedeeltelijk tegenbewijs" kan hij ook dan vergaand tegemoet worden gekomen. Daarbij wordt vastgehouden aan het uitgangspunt dat de overtreding van de veiligheidsnorm wordt vermoed de oorzaak van de schade te zijn. Indien echter de gedaagde het tegendeel niet kan bewijzen, maar wél dat de schade eveneens kan zijn veroorzaakt door een oorzaak die niet in zijn risicosfeer behoort te worden gebracht, dan is dit "gedeeltelijke tegenbewijs" aanleiding om niet een volledige, maar slechts een proportionele aansprakelijkheid tot uitgangspunt te nemen. Aldus betekent proportionele aansprakelijkheid niet zozeer een alternatief, maar een *verfijning* van het leerstuk van de bewijslastomkeer (§ 6.3.4).

Toegepast op de aansprakelijkheid van de werkgever krachtens artikel 7:658 betekent dit het volgende. Krachtens de strekking van dit artikel dient de risicosfeer van de werkgever beperkt te blijven tot schade die qua herkomst in elk geval stamt uit "de uitoefening van de werkzaamheden" (§ 6.2). Of bewijslastomkeer gerechtvaardigd is,

hangt dus in de eerste plaats af van de vraag of ook de tweede mogelijke oorzaak van de schade — naast de tekortkoming van de werkgever — is gelegen in de uitoefening van de werkzaamheden. Is dat het geval, dan is bewijslastomkeer in principe gerechtvaardigd. Hierop bestaat slechts een uitzondering wanneer de veroorzakingswaarschijnlijkheid van de tweede mogelijke oorzaak van de schade zo overheersend is dat het resultaat niet langer "redelijk en billijk" is (§ 6.2.8). Praktisch gesproken zal deze uitzondering zich vermoedelijk alleen bij beroepsziekten aandienen. Ligt de tweede mogelijke oorzaak van de schade *niet* in "de uitoefening van de werkzaamheden" dan is een onverkorte bewijslastomkeer vanwege deze "vreemde" herkomst niet op zijn plaats, en is een proportionele oplossing aangewezen. De aangewezen weg daarvoor is bewijslastomkeer met toelating van "gedeeltelijk tegenbewijs" (§ 6.3.2).

Voor wat betreft de bewijslastverdeling bij medische fouten ligt weliswaar een aansluiting bij verkeers- en veiligheidsnormen in de rede, maar daarbij moet worden bedacht dat medische zorgvuldigheidsnormen een veel beperkter strekking hebben dan bijvoorbeeld artikel 7:658 BW. Medische zorgvuldigheidsnormen kunnen er niet toe strekken de patiënt tevens te beschermen tegen de kwalijke gevolgen van de verwonding, de ziekte of het gebrek die de aanleiding vormde tot de medische behandeling. In de regel zal de tweede mogelijke oorzaak van de schade daarin zijn gelegen, en dan behoort zij niet door een overkorte bewijslastomkeer in de risicosfeer van de medicus te worden gebracht, maar voor risico van de benadeelde te blijven. Daarom moet een proportionele oplossing tot uitgangspunt worden genomen. De aangewezen weg daarvoor is bewijslastomkeer met toelating van "gedeeltelijk tegenbewijs". Daarmee is het in principe de arts die moet waarmaken dat slechts de vergoeding van een deel van de geleden schade geboden is (§ 6.3.3).

8.4.3 *Beperking tot substantiële causaliteitsonzekerheid*

Een tweede afgrenzingsaspect dat werd onderzocht betreft de uiteinden van de waarschijnlijkheidsschaal waarbinnen een veroorzakingswaarschijnlijkheid moet liggen wil een proportionele oplossing zijn aangewezen. Ik besprak deze kwestie bij het leerstuk van het verlies van een kans (§ 3.6), maar de daar gevonden antwoorden zijn toepasselijk op proportionele aansprakelijkheid in het algemeen, dus ongeacht de dogmatische route waarlangs men haar wil bereiken.

Voor een proportionele oplossing heeft zeker een minimale en een maximale veroorzakingswaarschijnlijkheid te gelden, omdat anders meer problemen worden opgeroepen dan opgelost. Algemeen geldende grenzen kunnen echter niet op een rationele basis worden aangewezen, zodat moet worden beslist van geval tot geval. Dat betekent niet dat men in de praktijk zou zijn overgeleverd aan willekeur. In concrete casusposities bestaan vaak wel degelijk objectieve aanknopingspunten voor het besluit om een kleine kans op veroorzaking niet in aanmerking te nemen, c.q. om een grote veroorzakingswaarschijnlijkheid "naar boven af te ronden" en gewoon een volledige schadevergoeding toe te kennen. Zo zal onzekerheid over het bestaan van een toch al beperkte kans op veroorzaking ("een kans op een kans") een goede grond zijn om de betreffende mogelijkheid niet in aanmerking te nemen, evenals het bestaan van grote onzekerheid over haar omvang. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* aan de andere kant van de waarschijnlijkheidsschaal, bij een kleine kans dat de schade *niet* door de gedaagde werd veroorzaakt. Het gaat hier weliswaar niet om "harde" criteria, maar die moeten wij in het recht zo vaak ontberen. In de praktijk kunnen zo veel onzekerheden op een rationele, verantwoorde wijze worden genegeerd. De rechter kan hier zeker tot aanvaardbare resultaten komen, zoals ook blijkt uit de Franse en Belgische praktijk. Mijn conclusie was dat het toepassingsgebied van de proportionaliteitsregel op een in de praktijk alleszins aanvaardbare manier kan worden beperkt tot gevallen van substantiële causaliteitsonzekerheid (§ 3.6.5).

8.5 Besluit

De conclusies zijn eensluidend positief. Daarmee is dit boek één groot pleidooi geworden voor de aanvaarding van proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. De logica leidt daartoe, de billijkheid vraagt erom, en wetten noch praktische bezwaren staan er aan in de weg. De lezer die mocht zijn overtuigd, daag ik uit op eigen wijze aan de aanvaarding van een proportionaliteitsregel bij te dragen. Ik meen oprecht dat wij daarmee werken aan het betere recht.

Summary

The subject of this book

The subject of this book is proportional liability in circumstances of uncertain causation. In the situations discussed in this book, it is not possible to determine whether or not a *conditio sine qua non* connection exists between the event for which the defendant is to be held liable and the damages to be compensated. An example is the American *Martin v. Johns-Manville Corporation* case¹:

The employee Martin claimed damages from the asbestos manufacturer Johns-Manville claiming that his lung condition had been caused by exposure to asbestos. The manufacturer defended this claim by pointing out that Martin had smoked two packets of cigarettes almost all his adult life, and that his lung condition could very well have been caused by this smoking. Despite the fact that no less than five medical experts were consulted, the true cause of Martin's damages — exposure to cigarette smoke or to asbestos — could not be established.

Apart from some very interesting exceptions, the courts (in the Netherlands as well as elsewhere) have traditionally approached this kind of situation as a question of sufficiency of evidence: either the court will find cause-in-fact to be established and hold the defendant fully liable, or it will find cause-in-fact not established, in which event the plaintiff will be left empty-handed. In certain situations, the burden of proof of cause-in-fact can be alleviated, or shifted to the defendant.

The results of this "all-or-nothing-approach" are not always satisfactory, as can be illustrated by the *Martin* case. Simply awarding full damages ("all") does not seem reasonable, for the realistic possibility that the damages had been caused by smoking is not taken into account. Rejection of all damages ("nothing"), however, also does not seem reasonable, for in such event the realistic possibility that the damages had been caused by exposure to asbestos is not taken into account. The question arises whether one might find a compromise: proportional liability of Johns-Manville, proportional to the chance that

1 502 A.2d 1264 (Pa.Super 1985), *reversed* in *Martin v. Owens-Corning Fiberglas Corp.*, 528 A.2d 947 (1987).

the damages had been caused by exposure to asbestos.

Over the past few years, both within and outside the Netherlands, it has been increasingly argued that the courts should not always follow the all-or-nothing approach too strictly, but should in certain situations opt for proportional liability. The case law in almost every country has evidenced such a Solomon's judgment at some point - sometimes only occasionally, as in the Netherlands, but sometimes also as part of a complete doctrine of law, as in France, Belgium, and increasingly in the United States. In some cases the all-or-nothing approach has been openly set aside, in others the unconventional nature of the chosen solution is disguised to the extent possible. An all-or-nothing result is sometimes avoided by applying the doctrine of the *loss of chance*, which treats the injured party's loss of the chance to avoid the damage it suffered as a compensable injury. Thus, all roads lead to Rome. A very open departure from the all-or-nothing approach has been proposed by the Swiss State Commission for recodification of liability law. This commission has proposed a statutory provision explicitly granting the court general authority to award damages proportional to the probability of causation.

The questions raised in this book

The merits of this proportional solution are the central consideration of this book. First of all, an overview will be given of the various factual situations in which the question of uncertainty of causation plays a role. Uncertainty with respect to the CSQN connection may arise in very different situations, which each to a degree colors the legal analysis. This book approaches the issue of uncertain causality first from a basic fact situation involving one injured party (chapters 2 and 3). It then proceeds to situations involving multiple injured parties (chapters 4 and 5). The latter often, but do not necessarily, involve so-called mass torts.

Each chapter is introduced with a presentation of questions discussed. In general, however, three questions can be distinguished which will be answered in the course of this book. The first is, of course, the extent to which liability proportional to probability of causation is a better solution than all-or-nothing liability. Since the issues involved vary somewhat from one factual situation to another, this question will be discussed in each of the relevant chapters. The

conclusion with respect to each situation is that, in principle, the fairest solution is, indeed, proportional liability.

The second question is how to implement proportional liability within the system of (Netherlands) liability law. As said, all roads lead to Rome. Two of those roads will be discussed very extensively: the first being the approach via the principles of alternative causation (or alternative liability) and comparative fault (chapter 2), and the second, the approach via the doctrine of loss of chance (chapter 3). Other approaches, including proportional attribution pursuant to section 6:98 of the Netherlands Civil Code will also be discussed in the course of this book. I return to this approach in detail in a separate chapter on dogmatic grounds for proportional liability (chapter 7).

The third question is how to limit proportional liability. A first aspect relates to the extremes of the probability scale: would a proportional solution also be reasonable in the event of minor doubts as to the presence or absence of the CSQN connection, and if not, where do we draw the line? Since this matter is most linked to the doctrine of loss of chance from a comparative law point of view, this question is discussed in the relevant chapter (§ 3.6). The answers to be found there, however, apply to proportional liability in general, thus, irrespective of the dogmatic approach to it. A second aspect is the relation between proportional liability and the (Netherlands) doctrine of shifting of the burden of proof with respect to the CSQN connection in cases of violation of traffic and safety standards. Chapter 6 is devoted to this question.

Several chapters formulate specific questions from the point of view of Netherlands law, on the basis of which the laws of various countries are investigated, such as the laws of Germany, Switzerland and Austria, of Great Britain, the United States and Canada, and of France and Belgium. An inventory is made of the arguments formulated in the various countries in favor of or opposed to a certain solution, so that these arguments can be systematically weighed against each other.

Chapter 1: Introduction

In the introduction the subject of this book will be further explained and defined. Uncertain causation is defined as a result of certain forms of multiple causation. As the existence of the damages is, in principle, a fact, there are always — at least from a legal point of view — two

or more possible causes, the risk of at least one of which is borne by someone other than the plaintiff, and which may relate to one another in very different ways. Thus, the problems are always somewhat different.

The book is based on the assumption that, except for causal connection, all other conditions for liability have been met. In the situations to be discussed, there is uncertainty only with respect to causal connection, and not with respect to the question whether the defendant can be held liable at all for any wrongful act or default.

The conclusion is that uncertain causal connection presents itself in all areas of liability law, but especially in personal injury and service liability cases. It is difficult to say why the subject has been given more attention over the past few years, but in any event it is an international trend.

Chapter 2: Alternative Causation ("Alternative Liability")

As mentioned above, uncertainty with respect to the CSQN connection presents itself in very different situations. Chapters 2 through 5 give an overview. The book proceeds from a basic case position involving one injured party (chapters 2 and 3) and moves on to cases involving more than one injured party (chapters 4 and 5).

The book first discusses the principle of alternative causation (section 6:99 of the Netherlands Civil Code) and the application of the principle of comparative fault (section 6:101 of the Netherlands Civil Code). The German language legal systems in particular sometimes approach the problem of uncertain causal connection along these lines, e.g. in a decision of the German *Oberlandesgericht Celle*:²

7 year-old X's eye was injured when he was throwing stones during a game in an enclosed area with A and B, 12 and 7 years old respectively. The possibility that X himself had thrown the stone, which bounced back against a tree and caused the injury, could not be ruled out.

OLG held A and B liable pursuant to § 830 Abs. 1 S. 2 of the German Federal Code (*BGB*), the German equivalent of section 6:99, but reduced the amount of damages by analogous application of § 254

2 OLG Celle 13 July 1950, NJW 1950, 951.

BGB, the German equivalent of section 6:101. This approach is the primary focus of chapter 2.

The conclusions are that in the event of substantial doubt as to the causal connection, the all-or-nothing approach does not provide a satisfactory solution. In general, neither of the two options (liability, yes or no) is more obvious than the other (§ 2.6.4). Inherent in the all-or-nothing approach is the assumption of a turning point between "all" and "nothing", which raises the tricky question of where to draw that line. The only logical, generally applicable turning point would be a 50% probability of causation, as is common in the Common Law countries ("on the balance of probabilities", "more probable than not"). From a dogmatic point of view, however, there are quite some objections to this approach, and in practice it leads to great problems (§ 2.6.5). But the greatest practical *and* principled objection is that, wherever one may draw the line, one per cent may make the difference between all or nothing, although substantively there is no justification for this difference.

A proportional approach not only avoids these problems, it can also be substantively fully justified. Considered from the point of view of "normal" liability in the event of alternative causation, proportional liability may be fully justified if the causal connection is uncertain, both towards the defendant and towards the injured party.

The applicability of the principle of section 6:99 as such is not prevented in any way. Contrary to what is presumed in the prevailing legal theory, section 6:99 cannot be construed as a rule of evidence, but rather constitutes a special rule of substantive law, which creates liability based on *possible* causation (§ 2.4.7).

The obligation to pay proportional damages can be justified towards the defendant because — compared to the standard case of section 6:99 — on the one hand the conditions for establishment of his liability are all met, and he should, therefore, not go "undeservedly" free of liability, while on the other hand, he should also not be unfavorably affected by the non-liability-creating nature of another possible cause. Therefore, his liability should be reduced by the theoretical contribution obligation resulting from the other possible cause (§ 2.6.6).

A proportional solution can be justified towards the injured party because — compared to the standard case of section 6:99 — on the one hand, the non-liability-creating nature of one possible cause should not constitute a ground to reject his claim also with respect to the other possible cause, while on the other hand, he does bear the risk of that

first possible cause, as a result of which his claim should be reduced by the theoretical contribution obligation resulting from such possible cause (§ 2.6.7). This reduction can be considered an application of the principle of comparative fault of section 6:101 (§ 2.6.9).

Thus, in the event of uncertain causal connection, the determination of liability can be based on the analogous application of section 6:99, and reduction of the obligation to pay damages can be based on the analogous application of section 6:101 (§ 2.6.12). In Austria this approach is current law (§ 2.3.3).

Chapter 3: The Doctrine of Loss of chance

An entirely different approach to the problem of damages with uncertain causal connection is that drawn from the doctrine of *loss of chance*. According to this doctrine, the problem is not approached as a matter of causal connection, but as a matter of a specific type of damages. A Dutch example is the decision of the Court of Appeals in Amsterdam in the *Wever/De Kraker c.s.* case:³

Due to a diagnostic error, a brain hemorrhage in a three-week old baby was recognized too late. As a result, the baby received medical treatment a day later than necessary. The mother of the baby claimed damages on behalf of her child based on the permanent brain damage as a result of the brain hemorrhage. Experts, however, deemed the chance that earlier diagnosis would have significantly reduced the damage to be not substantial.

The court held that due to the absence of timely diagnosis, the baby had lost a chance of better results of treatment, which chance was in any event not zero nor negligible, and it estimated this chance at 25%. The defendants were held liable for this percentage of the damage caused by the brain hemorrhage. In the event of application of the doctrine of the *loss of chance*, compensation is not awarded for the damage as suffered by the injured party, but for the injured party's loss of the chance to avoid the damage.

The doctrine of *loss of chance* is the subject of chapter 3. From a comparative law point of view, *loss of chance* as such is rather generally accepted. It has also been recognized on a supranational level

3 Court of Appeals in Amsterdam, 4 January 1996, A&V 1996, p. 67.

(§ 3.3). The scope of application of the doctrine of *loss of chance* varies greatly, however, in particular with respect to the area of medical errors. In France and Belgium the doctrine is applied on a large scale. Also in England the doctrine is applied to very different situations, however, compensation for the loss of chance of healing was rejected by the House of Lords in 1987. It is striking that in the United States the doctrine of *loss of chance* has recently gained momentum especially in the area of medical malpractice.

The essence of the doctrine of *loss of chance* is the assumption that the value of many sorts of chance can be expressed in money. The loss of such a chance constitutes damages to capital which must be compensated. In general, this assumption is correct, although in the case of a chance of healing this approach does call for more imagination than in the case of chances directly related to transferable property (§ 3.4.2 through § 3.4.8).

Once it has been established that damages to capital have been suffered as a result of *loss of chance*, any difficulty in the determination of the amount thereof may not prevent the court from awarding damages. This conclusion follows from the principle that if there is sufficient certainty as to the existence of damages, any difficulty in the determination of the amount thereof may not prevent the court from awarding damages (§ 3.4.9). The — obvious — problems in the determination of proportional damages are absolutely not insurmountable (§ 3.4.10). This is no different if statistical information is used (§ 3.4.11 and § 4.5.5).

Contrary to what is sometimes assumed, the doctrine of *loss of chance* cannot be separated from the doctrine of causal connection. Whether a matter of damages or a matter of causal connection is more prominent is determined only by the chosen approach. There is no abstract logical foundation for rejection of the application of the doctrine of *loss of chance* in cases of medical errors (§ 3.4.12 through § 3.4.18). Neither is there such foundation in the case of a chance the realisation of which would have been dependent upon the injured party (§ 3.4.19).

Also the burden of a long-term risk (exposure) should be accepted as damage to capital which is eligible for compensation, without reservation. The court should, however, have the authority, within certain limits, to await the actual occurrence of any damages, which can be justified by section 6:105 (§ 3.5.14).

A proportional solution must be limited by a minimum and a maximum probability of causation, because otherwise more problems will be created than will be resolved. General limitations can, however, not be determined on a rational basis, so that these will have to be established for each separate case. This does not mean that in practice such limitations will be arbitrary. Specific factual situations often do offer objective standards for the decision not to take into account a very small probability of causation, or to "round up" a large probability of causation and simply award full damages. For example, uncertainty as to the existence of a small probability of causation ("a chance of a chance"), as well as the existence of great uncertainty as to the extent thereof, will be a good ground not to take into account the relevant possibility. The same is true, *mutatis mutandis*, on the other side of the probability scale, in the event of a small chance that the damages have *not* been caused by the defendant. These are not "hard" criteria, but, then again, in law we so often have to do without hard criteria. In practice, many uncertainties can be ignored in a rational, sound manner. The court may certainly reach acceptable decisions, as is also shown by the French and Belgian practice. The conclusion is that the area of applicability of the proportionality rule can be limited to cases of substantial uncertainty as to causation in a manner which, in practice, is completely acceptable (§ 3.6.5).

Chapter 4: The Alternative Plaintiff ("the Indeterminate Plaintiff")

Chapters 4 and 5 discuss a number of factual situations involving more than one injured party. Usually, but not necessarily, these are so-called mass torts. Chapter 4 discusses the case in which there is more than one possible injured party but only one possible liability-creating cause. This case is the mirror image of that of alternative causation. In contrast to section 6:99 which deals with the case in which it is unknown which of two or more possible parties actually caused the damages, this case deals with the problem that it is unknown which of two or more persons actually suffered injury. For this reason, this case is referred to as that of the "alternative plaintiff". Chapter 5 subsequently discusses the situation involving *both* more than one possible injured party *and* more than one possible party which has caused the damages.

An example of a case involving alternative plaintiffs is the

following:

A chemical plant appears to have exposed the people in a neighborhood to certain hazardous materials for years. It has been established that these materials can cause a certain disease which is found here substantially more frequently than elsewhere. Usually, this disease would be found in no more than 50 persons — in this case it is found in 100 persons.

In this type of case the problems of statistical evidence of causation also play a role, especially in view of the preliminary question of whether it may be assumed that 50 out of 100 sick residents would not have caught the disease had they not been exposed. The case of the alternative plaintiff can, however, also present itself outside the context of causation of damages which are demonstrable solely based on statistics. For example, in the case submitted before the German *Bundesgerichtshof*:⁴

Three shipping agents had not been considered for a certain type of work orders for some time due to an unlawful government regulation. They claimed compensation for lost profits. In appeal proceedings the discussion concentrated on a specific work order which, according to the commissioning party, would no doubt have been given to one of the three shipping agents, although it was uncertain to which one. The probability of awarding of the work to each of the three firms was equal.

In this type of case, in general, the flaws of the all-or-nothing approach are even more clear than in individual cases of damages, and the alternative of proportional liability is even more obvious. Rejection of all liability ("nothing") is even less likely, because it has been established that the defendant had, in fact, caused damages, and also that one or more of the injured parties are, in fact, entitled to compensation, although it is not possible to tell which one. Full liability ("all") is also less likely, because in such event the defendant would also be held liable for damages which he could not possibly have caused (§ 4.5.2). Only proportional liability creates the usual proportion between damages and cause, whereby the defendant in the aggregate cannot be held liable for any more — but also not for any less — damages than he can reasonably be deemed to have caused, while the injured parties as a group also receive the exact amount of damages to which they are actually entitled (§ 4.5.3).

4 BGH, 16 March 1959, BGHZ 29, 393.

For these reasons, the situation of the alternative (or indeterminate) plaintiff is resolved most fairly by proportional liability. If one holds on to an all-or-nothing approach, it is inevitable that either the plaintiff or the defendant will be wronged. Awarding of damages in proportion to the probability of causation is the only rational way out of this dilemma. In the case of a class action of injured parties, they can in any event not be denied the right to damages, and also in such event, in principle, a proportional solution will be found (§ 4.4). The objection often raised that the individual injured parties are "incorrectly" compensated is irrelevant, because proportional damages are also the fairest solution on an individual level (§ 4.5.4). Other counter-arguments are on further review also rejected (§ 4.5.5 through § 4.5.8).

In cases in which toxic causation of damages can be demonstrated only by statistical-epidemiological arguments, proportional damages will also in most circumstances be the fairest solution. The problems of statistical evidence should not be underestimated, but are not insurmountable. They are also neither unique to the situation of the alternative plaintiff, nor inseparably connected with it. In order to get a grip on this problem, the various aspects must be carefully distinguished. In the *preliminary* question of whether the defendant has caused any damages at all ("general causation"), the statistical evidence must meet high standards, irrespective of whether one favors a proportional solution or not. Logically, an affirmative answer is possible only if five conditions are sufficiently met. These are discussed (§ 4.3.3 and § 4.3.4). The subsequent question of whether causal connection with respect to the damages suffered by a certain person can be established also on an *individual* level ("specific" or "individual" causation), plays a central role only in the all-or-nothing approach. In the proportional approach, this question is replaced by the much less problematic question of the use of statistical probability for determination of the amount of the damages. Statistics are a very rational and long-accepted tool to make this determination. Practice has demonstrated that the courts can certainly come to reasonable decisions (§ 4.3).

Awarding compensation for the burden of a long-term risk presents more problems in the situation of the alternative plaintiff than in individual cases of damages (§ 4.6). For example, the information problem is thereby increased, and the circle of injured parties to be compensated is extended, as a result of which a smaller part of the total damages will be paid to those who need compensation the most.

Here also, however, there may be valid reasons not to await the occurrence of the actual damages, especially where diseases with a long incubation period are concerned. If practicable, the option of an insurance remedy or claims fund may be considered, even if the injured parties would not prefer this. In this way, one does not have to wait indefinitely to effectuate the obligation to pay damages, while the compensation is paid to the injured parties who need it the most (§ 4.6.6).

Chapter 5: Alternativity on the Part of Plaintiffs *and* Defendants ("the Indeterminate Defendant")

Chapter 5, as mentioned, discusses factual situations in which there are both multiple possible injured parties and multiple possible defendants. The best-known example is the so-called "DES daughters" case. In the Netherlands a DES case was decided by the Supreme Court ("*Hoge Raad*") in 1992:⁵

In the period of 1953 through mid-1967 various pharmaceutical companies marketed the drug DES (diethylstilbestrol) in the Netherlands. This drug was said to reduce the chances of miscarriages and premature births. Later it appeared that the use of DES by the mother could lead to certain diseases in the daughters, including a specific form of cancer (vaginal adenocarcinoma or "clear-cell" cancer). In 1985 six out of a large number of "DES daughters" who suffered these diseases claimed compensation from ten pharmaceutical companies for their material and non-material damages. They argued that the defendants had acted wrongfully by marketing DES for use during pregnancy, although it had not been established that the drug was effective and possible damaging side effects had been insufficiently investigated. The core problem, however, was that none of the DES daughters could indicate which company had provided the DES which had been used at the time by each of their mothers. The relevant DES could even have been marketed by a company other than the ten defendants.

The Supreme Court considered this matter as an instance alternative causation under section 6:99, and held that the defendants were joint and severally liable. There is, however, an essential difference from the "standard case" of that section. The case to be discussed here not only shows alternativity on the part of the *defendants* but also on the

5 HR 9 October 1992, NJ 1994, 535.

part of the *plaintiffs*. Therefore, this book discusses "*alternativity on the part of defendants and plaintiffs*", or, in short, "*mutual alternativity*".

A further complication arises if, in addition to more than one liability-creating possible cause, there are also one or more *non*-liability-creating possible causes. In such event, it is not only unknown which of the plaintiffs was injured by whom, but it is also unknown which person's damages are actually for his own risk. A practical example is the American *Agent Orange* case:⁶

The defoliant *Agent Orange*, large quantities of which were used during the Vietnam war, appeared to have been contaminated by the very toxic chemical dioxin. Because of this dioxin contamination, the product was defective. On that ground plaintiffs claimed damages from seven manufacturers of *Agent Orange*. They claimed that as a result of exposure to *Agent Orange*, they suffered from various diseases, such as various forms of cancer and genetic mutations. The latter was said to have led to miscarriages by their wives and genetic abnormalities in their children. In addition to the fact that the plaintiffs could not indicate which manufacturer had provided the *Agent Orange* to which they had been exposed, there was also the problem that all their symptoms could have been caused by background factors, such as natural causes and exposure to damaging materials other than *Agent Orange*.

Alternativity on the part of the defendants *and* the plaintiffs can, therefore, occur both with and without any significant background risks. Chapter 5 will discuss both situations.

The conclusion is that in these situations also the fairest solution is, in principle, proportional liability. In cases of product liability, like in the DES and Agent Orange cases, this will result in the widely-discussed market share liability. This solution is a direct result of a well-considered interpretation of the (Netherlands) system of liability law. The applicability of section 6:99 is not interfered with in any way (§ 5.3.2). The substantive intention of this section, however, requires proportional liability (§ 5.3.3 through § 5.3.5). The basic assumption is that the total obligation of an individual defendant to pay damages should — to the extent possible — be equal to the amount of the total damages caused by him (§ 5.3.6). The obligation to furnish facts and the burden of proof of the information necessary to carry this out are

6 *In re "Agent Orange" Product liability litigation*, 597 F.Supp. 740 (E.D. New York 1984).

imposed upon the defendants (§ 5.3.7). In the event that any significant background risk exists, there are even more reasons supporting a proportional approach (§ 5.3.9).

The different approach taken in the DES decision cannot be accepted. This decision is in many respects at odds with the system of liability law (§ 5.3.4 and § 5.3.5). It is based on insufficiently considered application of section 6:99, in which the court could not see beyond the paper wall of the individual file. The one-by-one approach considers the relationships only from the point of view of the individual injured parties, and incorrectly ignores the position of the individual defendants. Internationally, the Supreme Court is alone in its decision (§ 5.2.2 and § 5.2.3).

The assumption that in the case of mutual alternativity the amount of the total obligation of an individual defendant to pay damages should be equal to the amount of the total damages caused by him, in practice leaves a great deal of room for further interpretation (§ 5.4). One may very strictly adhere to the principle that each defendant must pay the maximum amount possibly caused by it (the *Anteilszweifel* principle) which will often result in over-lapping liability for which defendants are jointly and severally liable, or alternatively, one may divide the total damages among the defendants according to an estimate of the probability of causation by each (which in the US is called "apportionment"). The court must choose the fairest and most practicable solution for each specific case, thereby accommodating, if it so chooses, the interests of plaintiffs to a great extent. In the DES context, it might very well have been possible to come to essentially the same result as in the Supreme Court decision (§ 5.4.4).

Chapter 6: Reversal of the Burden of Proof and Proportional Liability

Chapter 6 discusses the question of how proportional liability relates to the "doctrine" in Netherlands law of reversal of the burden of proof with respect to the CSQN connection in the violation of safety rules in traffic and at the work place. On the surface reversal of the burden of proof and a proportional approach seem to be conflicting. Upon further consideration, it appears that reversal of the burden of proof and proportional liability are not at all mutually exclusive, but rather are quite reconcilable.

In the absence of strict (risk) liability, whether the burden of proof should be reversed must be considered on a case-by-case basis taking into account the purpose of the safety standard which has been violated, and in particular whether the scope of its protection also extends to the second possible cause of the damages. If the second possible cause of the damages is not covered by the scope of protection of the breached safety standard, the risk should not be borne by the defendant as a result of unrestricted reversal of the burden of proof.

In addition to this "*foreign origin*" situation, the *predominant probability* of the second possible cause of action may require that damages caused by it should not be borne by the defendant as a result of an uncurtailed reversal of the burden of proof. In both situations, a proportional solution is the most reasonable.

This does not mean that the plaintiff is "back to square one" with respect to the allocation of the burden of proof. By reversing the burden of proof while allowing "partial evidence to the contrary", the interests of the plaintiff can be substantially accommodated. The starting point that violation of the safety standard is presumed to have caused the damages is thereby maintained. In the event, however, that the defendant cannot prove the contrary, but *can* demonstrate that the damages could also have been caused by a factor for which he does not bear the risk, such "partial evidence to the contrary" constitutes a ground to find not full but proportional liability. Thus, proportional liability is not so much an alternative to, but rather a means of *fine-tuning* the doctrine of reversal of the burden of proof (§ 6.3.4).

Chapter 7: Grounds for Proportional Liability

The previous chapters have already shown that proportional liability in cases of uncertain causal connection is less "foreign" to liability law than is presumed, both in practice and as regards the system. Almost all countries investigated use proportional approaches, sometimes on a relatively large scale, within the scope of established doctrines (France, Belgium, and less frequently England), sometimes by way of rather recent innovation (United States, Austria), and sometimes only incidentally, by way of "experiment", the exact outcome of which is still unknown (the Netherlands, Switzerland). Almost everywhere proportional solutions are widely supported in literature. Most attention is usually given to mass torts, whereas the courts usually struggle with

individual damage cases (§ 2.3, § 3.3, § 4.2, and § 5.2).

Proportional liability also fits into the doctrine of causal connection better than is usually assumed (§ 7.2). The traditional distinction between the CSQN connection as a factual, not a normative determination ("primary causation") on the one hand, and the attribution phase, which is supposed to be purely normative ("secondary causation") on the other, cannot be maintained. Because of the hypothetical element in the CSQN connection, the determination of "primary causation" also involves an element of judgment, as a result of which there is no real principled difference between that determination and the attribution phase (§ 7.2.2). Each time the answer to the question of whether there actually is a CSQN connection becomes really difficult, strictly normative perspectives will be decisive (§ 7.2.3). Therefore, there is no reason why these could not lead to a proportional solution, which is also the most obvious solution in the event of substantial uncertainty as to the causal connection (§ 7.2.5).

There are at least three different legal-dogmatic grounds for proportional liability which can stand the test of criticism: attribution within the meaning of section 6:98 ("attribution according to probability of causation"), the doctrine of *loss of chance*, and a combined application of the principles of alternative causation and the "own fault" of (causation attributable to) the injured party (§ 7.3). An exclusively legal-economic approach is not a solid ground for proportional liability, at least not on an individual level (§ 7.3.2), and although mitigation pursuant to section 6:109 is a possible ground, it raises substantial problems (§ 7.3.3).

From a purely dogmatic point of view, proportional attribution within the meaning of section 6:98 would, in principle, be preferable (§ 7.3.4). Which approach would be preferable in a specific case, however, will also depend on the factual circumstances, which can make a specific approach more or less appropriate (§ 7.3.5 and § 7.3.6).

Chapter 8: Conclusions

The book concludes with a chapter summarizing the most important conclusions from the previous chapters. An inventory is made of the answers which have been found to the three questions formulated in the introduction: to what extent is proportional liability a better solution

than an all-or-nothing approach, how can it be fit into the system of liability law, and how should it be limited.

The conclusions reached uniformly favor proportional liability, making this book a real plea for acceptance of proportional liability in the event of uncertain causal connection because proportional liability offers fairer results than an all-or-nothing approach. Internationally, this view is clearly gaining acceptance — sometimes with all the associated dogmatic pains — and anyone who is persuaded by this approach is invited to make its own contribution to this development.

Geraadpleegde literatuur

A

- Abraham, K.S., *Environmental Liability and the Limits of Insurance*, Columbia Law Review, vol. 88, 1988, blz. 942 e.v.
- Acht, R.J.J. van, e.a., *Milieuprivatrecht*, Zwolle, 1992
- Adams, M., *Zur Aufgabe des Haftungsrechts im Umweltschutz*, Zeitschrift für Zivilprozeß, 1986, blz. 129 e.v.
- Adeney, E., *The Challenge of Medical Uncertainty: Factual Causation in Anglo-Australian Toxic Tort Litigation*, Monash University Law Review, vol. 19, 1993, blz. 23 e.v.
- Akkermans, A.J., *Veroorzaking van deelschade*, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, nr. 6043, 1992, blz. 249 e.v.
- Akkermans, A.J., *Aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, in: Het actuele recht, Lelystad, 1993.
- Akkermans, A.J., *Statistisch causaliteitsbewijs bij toxische schadeveroorzaking*, Het Verzekerings-Archief 1995, blz. 44 e.v.
- Akkermans, A.J., *Statistiek en bewijsrecht*, Nederlands Juristenblad 1995, blz. 1278-1279.
- Akkermans, A.J., noot bij Hof Amsterdam 4 januari 1996 (*Wever/De Kraker c.s.*), Aansprakelijkheid en Verzekering, 1996, blz. 67 e.v.
- Akkermans, A.J., *Oorzakelijk verband*, in: Onrechtmatige daad, BW-krant jaarboek 1996, Deventer, 1996.
- Akkermans, A.J. en Spier, J., *Polycasualiteit en rechterlijke matiging*, Tijdschrift voor Milieu-aansprakelijkheid, 1991, blz. 157 e.v.
- Anderson, L.J., *Loss of a chance in tort*, Solicitors Journal, vol. 131, 1987, blz. 1258 e.v.
- Angenent, L.G. en Hubben, J.H., *Medische Schadeclaims in Nederland*, Nijmegen, 1992.
- Ansink, B.J.J., *Medische causaliteit en letsel: schade?*, in: Medische en juridische causaliteit, Inleidingen LSA 1990, Lelystad, 1990.
- Ash, G.L., *Toxic Torts and Latent Diseases: The Case for an Increased Risk Cause of Action*, Kansas Law Review, vol. 38, 1990, blz. 1078 e.v.
- Ashton, D.P.C., *Decreasing the Risks Inherent in Claims for Increased Risk of Future Disease*, University of Miami Law Review, vol. 43, 1989, blz. 1081 e.v.
- Asser, W.D.H., *Medisch feit en juridische causaliteit*, in: Medische en Juridische Causaliteit, Inleidingen LSA 1990, Lelystad, 1990.
- Asser, W.D.H., *Stelplicht en bewijslastverdeling en medische aansprakelijkheid in het Nederlandse recht*, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, 1991, blz. 62 e.v.
- Asser, W.D.H., *Bewijslastverdeling*, Monografiën Nieuw BW A-24, Deventer, 1992.
- Asser-Hartkamp I, C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, *Verbintenissenrecht, Deel I: De verbintenis in het algemeen*, Zwolle, 1996.

- Asser-Hartkamp III, C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht, *Verbintenissenrecht, Deel III: De verbintenis uit de wet*, Zwolle, 1994.
- Assman, H.D., *Multikausale schäden im deutschen Haftungsrecht*, in: A. Fenyves en H.-L. Weyers (Hrsg.), *Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten, Arbeiten zur Rechtsvergleichung* nr. 138, Frankfurt am Main, 1988.
- Auping, J.M. *Causaliteitsproblemen bij toxische schadeveroorzaking*, *Ars Aequi*, 1990, blz. 929 e.v.

B

- Bar, C. von, *Zur Dogmatik des Zivilrechtlichen Ausgleichs von Umweltschäden*, *Karlsruher Forum* 1987, Beiheft bij *Zeitschrift für Versicherungsrecht*, 1989, blz. 4 e.v.
- Barendrecht, J.M., *Recht als model van rechtvaardigheid*, diss. KUB 1992, Deventer, 1992.
- Barendrecht, J.M., *Verkeersaansprakelijkheid en het 50/50 beginsel*, in: *Het Actuele Recht*, Lelystad, 1993.
- Barendrecht, J.M. en Storm, H.M., *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle, 1995.
- Baudoin, J.L., *La Responsabilité Civile Délictuelle*, Cowansville (Quebec), 1985.
- Bauw, E., *Tussen traditie en efficiëntie. Naar een wettelijke regeling van de afwikkeling van massaschade*, *Nederlands Juristenblad*, 1995, blz. 622 e.v.
- Beclake, M.R., *Asbestos-Related Diseases of the Lung and Other Organs: Their Epidemiology and Implications for Clinical Practice*, *American Review of Respiratory Disease*, vol. 114, 1976, blz. 187 e.v.
- Beer, J.M., *Medische aansprakelijkheid gezien vanuit de juridische praktijk*, in: *Aansprakelijkheid voor medische fouten vanuit juridisch oogpunt bezien*, *Inleidingen LSA* 1991, Lelystad, 1991.
- Betlem, G., *Civil Liability for Transfrontier Pollution*, diss. RU 1993, London/Dordrecht/Boston, 1993.
- Bénabent, A., *La chance et le droit*, Parijs, 1973.
- Bénabent, A., *Droit Civil, les obligations*, Parijs, 1989.
- Benson, J.L., *The Dilemma of Chance in Medical Malpractice: Should Illinois Recognize a New Cause of Action for 'Lost Chance' of Survivability?*, *Northern Illinois University Law Review*, vol. 9, 1989, blz. 575 e.v.
- Bergkamp, L., *"Wie van de drie" en "Alles of niets": Nederlandse toestanden?*, *Nederlands Juristenblad*, 1993, blz. 100-101.
- Beverluis, J.R., noot bij Rb. Zwolle 12 okt. 1994, *Advocatenblad*, 1995, blz. 341 (aldaar ten onrechte aangeduid als Ktr. Zwolle 12 okt. 1994).
- Bianchi, F., *Pollution atmosphérique et droit privé*, diss., Lausanne, 1989.
- Bier, L., *Stelplicht en bewijslast bij beroepsziekten*, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 1993, blz. 209 e.v.
- Bier, L., *Aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten*, diss. RU 1988, Deventer, 1988
- Bierbooms, P.F.A., *Medeverantwoordelijkheid overheid in bodemverontreinig-*

- gingszaken*, Nederlands Juristenblad, 1991, blz. 1131-1135.
- Birnbaum, S.L. en Crawford, G.E., *Market-Share Acceptance Is Still Limited*, The National Law Journal, 1933, blz. 22 e.v.
- Black, B., en Lilienfeld, D.E., *Epidemiologic Proof in Toxic Tort Litigation*, Fordham Law Review, vol. 52, 1984, blz. 732 e.v.
- Bloembergen, A.R., *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, diss. RU 1965, Deventer, 1965.
- Bloembergen, A.R., *Bespreking J. van Schellen, Juridische Causaliteit*, Rechtsgeleerd Magazijn Themis, 1973, blz. 475 e.v.
- Bloembergen, A.R., *Blikshade*, Nederlands Juristenblad, 1980, blz. 925 e.v.
- Bloembergen, A.R., *Boekbeschuwing: Wassenaer van Catwijk: 'Eigen schuld en medeschuld volgens BW en NBW*, Rechtsgeleerd Magazijn Themis, nr. 5, 1987, blz. 249-252.
- Bloembergen, A.R., *Het regresrecht van de sociale verzekeraar*, in: Schadeverhaal, BW-krant jaarboek 1987, Leiden, 1987.
- Bloembergen, A.R., *Verplaatsing van schade*, in: Quod Licet (Kleijn-bundel), Deventer, 1992.
- Bloembergen, A.R./ de Groot, G.J., *Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Monografiën Nieuw BW B-34, Deventer, 1982.
- Bocken, H., *Enkele hoofdthema's van de causaliteitsproblematiek*, Tijdschrift voor Belgisch Burgerlijk Recht, 1988, blz. 268 e.v.
- Bodewig, T., *Probleme alternativer Kausalität bei Massenschäden*, Archiv für die civilistische Praxis, 1985, blz. 505 e.v.
- Boggs, B.C., *Lost Chance of Survival Doctrine: Should The Courts Ever Tinker With Chance?*, Southern Illinois University Law Journal, vol 16, 1992, blz. 421 e.v.
- Bollenberger, R., Anmerkung zu OGH 8 juli 1993, Juristische Blätter, 1994, blz. 540 e.v.
- Bolt, A.T., *Subrogatie van de sommenverzekeraar?*, Kwartaalbericht NBW, 1989, blz. 40 e.v.
- Bolt, A.T., *Loterij of rechtspraak? Een rechtsvergelijkend onderzoek naar het Amerikaanse recht inzake schadevergoeding bij letsel en overlijden*, Deventer, 1992.
- Bolt, A.T., en Spier, J., *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Preadvies NJV 1996, Zwolle, 1996.
- Bonanno, S., *Presumed Innocent: Illinois Rejection of Market Share Liability in Smith vs Eli Lilly & Company Is "Cause In Fact" To Celebrate*, The John Marshall Law Review, vol. 24, 1991, blz. 869 e.v.
- Boom, W.H. van, *Art. 7A: 1638x BW: Risico-aansprakelijkheid?*, Bedrijfsjuridische Berichten, 1993, blz. 157 e.v.
- Boonekamp, R.J.B., *Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW*, diss. RL 1990, Deventer 1990.
- Boonekamp, R.J.B., *Alternatieve veroorzaking*, in: Practicum Nieuw BW, BW-krant jaarboek 1991, Arnhem, 1991.
- Boonekamp, R.J.B., noot bij Rb Arnhem 16 april 1992, Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, blz. 68 e.v.

- Booij, L.H.D.J., *Aansprakelijkheid voor medische fouten vanuit medisch oogpunt bezien*, In: *Aansprakelijkheid voor medische fouten vanuit juridisch oogpunt bezien*, Inleidingen LSA 1991, Lelystad, 1991.
- Boré, J., *L'Indemnisation pour des chances perdues: une forme d'appréciation quantitative de la causabilité d'un fait dommageable*, *Juris-Classeur Périodique*, 1974, I 2620.
- Bouman, H.A., Van Wassenauer van Catwijck, A.J.O., *Schadevergoeding: personenschade*, Monografiën Nieuw BW B-37, Deventer, 1991.
- Braams, W. Th., *Boekbespreking J.Spier, Sluipende schade*, *Verkeersrecht*, 1991, blz. 312 e.v.
- Brambring, G., *Mittäter, Nebentäter, Beteiligte und die Verteilung des Schadens bei Mitverschulden des Geschädigten*, *Schriften zum Bürgerlichen Recht*, Band 10, Berlin, 1973.
- Brehm, Berner Kommentar, Schweizerisches Zivilgesetzbuch, *Das Obligationenrecht*, Band VI, 1 Abteilung, Allgemeine Bestimmungen, 3. Teilband, 1. Unterteilband, Die Entstehung durch unerlaubte Handlungen, Kommentar zu Art. 41-61 OR, Erläutert von R. Brehm, Bern, 1990.
- Brehm, W., *Zur Haftung bei alternativer Kausalität*, *Juristenzeitung*, 1980, blz. 585 e.v.
- Brennwald, S.F., *Comment: Proving Causation in 'Loss of a Chance' Cases: A Proportional Approach*, *Catholic University Law Review*, vol. 34, 1985, blz. 747 e.v.
- Bridgeman, J., *Diethylstilbestrol: A Case in English Common Law?*, *Consumer Law Journal*, 1994, blz. 44 e.v.
- Bowsher, M., *Prospects for Establishing an Effective Tender Challenge Régime: Enforcing Rights under E.C. Procurement Law in English Courts*, *Public Procurement Law Review*, vol. 3, 1994, blz. 30 e.v.
- Brunner, C.J.H., *Causaliteit en toerekening van schade*, *Verkeersrecht*, 1981, blz. 210-216, 233-236
- Brunner, C.J.H., *Beginselen van Samenloop*, Arnhem, 1984.
- Brunner, C.J.H., *Is beroepsaansprakelijkheid iets bijzonders?*, *Ars Aequi*, 1995, blz. 932 e.v.
- Buckner, D.E., *Apportionment of damages involving successive impacts by different motor vehicles*, Annotation, *American Law Reports, Second Series*, vol. 100, 1961, blz. 16 e.v.
- Bunjes, H.J., *Praktische aspecten bij de behandeling van massaschades*, in: *Massaschade*, Inleidingen LSA 1996, Lelystad 1996.
- Bush, R.A.B., *Between two Worlds: The Shift from Individual to Group Responsibility in the Law of Causation of Injury*, *University of California Los Angeles Law Review*, vol. 33, 1986, blz. 1473 e.v.
- Buxbaum, W., *Solidarische Schadenshaftung bei ungeklärter Verursachung in deutschem, französischem und anglo-amerikanischen Recht*, Karlsruhe, 1965.
- Bydlinski, F., *Haftung bei alternativer Kausalität*, *Juristische Blätter*, 1959, blz. 1 e.v.
- Bydlinski, F., *Probleme der Schadensverursachung nach deutschen und österreichischen Recht*, Beiheft nr. 28 bij *Zeitschrift für das Gesamte Handelsrecht und*

Wirtschaftsrecht, 1964.

- Bydlinski, F., *Boekbespreking Wiebke Buxbaum: Solidarische Schadenshaftung bei ungeklärter Verursachung im deutschen, französischen und anglo-amerikanischen Recht*, Archiv für die civilistische Praxis, 1967, blz. 437 e.v.
- Bydlinski, F., *Aktuelle Streitfragen um die alternative Kausalität*, in: Festschrift für Günther Beitzke, Berlin-New York, 1979.
- Bydlinski, F., *Haftungsgrund und Zufall als alternativ mögliche Schadensursachen*, in: Aktuelle Probleme des Unternehmensrechts, Festschrift Gerhard Frotz, Wien, 1993.
- Bijker, J., noot bij HR 27 maart 1992, NJ 1992, 496, Tijdschrift voor vennootschappen, verenigingen en stichtingen, 1992, blz. 159 e.v.

C

- Caemerer, E. von, *Ausgleichsprobleme im Haftpflichtrecht in rechtsvergleichender Sicht*, Zeitschrift für Rechtsvergleichung, 1968, blz. 81 e.v.
- Callahan, C.L., *Establishment of Causation in Toxic Tort Litigation*, Arizona State Law Journal, vol. 23, 1991, blz. 605 e.v.
- Calvão da Silva, J., *L'Arret DES*, European Review of Private Law, vol. 2, 1994, blz. 465 e.v.
- Carno, T., *A New Cause of Action for Massive Medical Toxic Injury*, Journal of Product Liability, vol 8, 1985, blz. 65 e.v.
- Carolan, C.A., *Casnote: Medical Malpractice etc.*, Rutgers Law Journal, vol. 23, 1991, blz. 169 e.v.
- Carson, B., *Increased Risk of Disease from Hazardous Waste: A Proposal for Judicial Relief*, Washington Law Review, vol. 60, 1985, blz. 635 e.v.
- Celli, A.G., *Toward a risk contribution approach to tortfeasor identification and multiple causation cases*, New York University Law Review, vol. 65, 1990, blz. 635 e.v.
- Chabas, F., *L'Influence de la pluralité de causes sur le droit a réparation*, Bibliotheque de droit privé, Tome LXXVIII, Parijs, 1967.
- Chamallas, M., *Comparative fault and multiple party litigation in Louisiana; A sampling of the problems*, Louisiana Law Review, vol. 40, 1980, blz. 373 e.v.
- Chapin, K., *Toxic Torts, Public Health Data, and the Evolving Common Law: Compensation for Increased Risk of Future Injury*, Journal of Energy, Natural Resources and Environmental Law, vol. 13, 1993, blz. 129 e.v.
- Charlesworth & Percy on Negligence, The Common Law Library no. 6, London, 1990.
- Cigoi, S., *Multikausale Schäden — Landesreferat Jugoslaviens*, in: A. Fenyves en H.-L. Weyers (Hrsg.), Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten, Arbeiten zur Rechtsvergleichung nr. 138, Frankfurt am Main, 1988.
- Clausing, P., *Boekbespreking: J. Spier, Sluipende schade*, Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, 1992, blz. 50 e.v.
- Clausing, P., *Samenloop van aansprakelijkheidsverzekeringen; onderling regres; anticipatie op art. 7.17.2.24A NBW*, Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, 1992, blz. 147 e.v.

- Clausing, P., *Causaal verband bij ongevallenverzekering*, Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, 1994, blz. 15 e.v.
- Clerk & Lindsell on Torts, The Common Law Library no. 3, Londen, 1989.
- Cohen, L.J., *The Probable and the Provable*, Oxford, 1977
- Conant, A., *Recent Developments in Joint and Several Tort Liability*, Baylor Law Review, vol. 14, 1962, blz. 421 e.v.
- Cooke, R., *An Impossible Distinction*, Law Quarterly Review, vol. 107, 1991, blz. 46 e.v.
- Coons, J.E., *Approaches to Court Imposed Compromise — The Uses of Doubt and Reason*, Northwestern University Law Review, vol. 58, 1964, blz. 750 e.v.
- Coons, J.E., *Compromise as Precise Justice*, California Law Review, vol. 68, 1980, blz. 250 e.v.
- Cooper, K., *Assessing Possibilities in Damage Awards — The Loss of a Chance or the Chance of a Loss*, Saskatchewan Law Review, vol. 37, 1972, blz. 193 e.v.
- Coote, B., *Chance and the Burden of Proof in Contract and Tort*, Australian Law Journal, vol. 62, 1988, blz. 76.
- Cortese, A.W. en Hall, D.W., *Statutory Trends in Modifying Joint and Several Liability*, Product Liability Law Journal, vol. 2, 1990/91, blz. 28 e.v.
- Cownie, F.C., *Damages for loss of a chance in tort?*, Professional Negligence, 1989, blz. 194 e.v.
- Crane, P., *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, Londen, 1993.
- Cummings, J.C., *How Far Should Increased Risk Recovery Be Carried in the Context of Exposure to Hazardous Substances?*, Kentucky Law Journal, vol. 76, 1987/88, blz. 459 e.v.
- Cypionka, B., *Deliktsrechtliche Haftung trotz ungeklärter Schadensverursachung*, diss., Münster, 1985.

D

- Dam, C.C. van, *Gemeenschap van gemoederen*, Kwartaalbericht Nieuw BW, 1987, blz. 121 e.v.
- Dejean de la Bâtie, N., *Responsabilité délictuelle*, Droit Civil Français, Tome VI-2, Parijs, 1989.
- Delgado, R., *Beyond Sindell: Relaxation of Cause-In-Fact Rules for Indeterminate Plaintiffs*, California Law Review, vol. 70, 1982, blz. 881 e.v.
- Depuydt, P., *De aansprakelijkheid van advocaten. Tien jaar rechtspraak (1983-1992)*, Antwerpen, 1993.
- Deubner, K.G., Anmerkung zu BGH 15 nov. 1960, Neue Juristische Wochenschrift, 1961, blz 1013 e.v.
- Deutsch, E., *Das Verhältnis van Mittäterschaft und Alternativtäterschaft im Zivilrecht*, Juristenzeitung, 1972, blz. 105 e.v.
- Deutsch, Haftungsrecht I, E. Deutsch, *Haftungsrecht*, Erster Band: Allgemeine Lehren, Köln-Berlin-Bonn-München 1976.
- Deutsch, E., *Rechtswidrigkeitszusammenhang, Gefahrerhöhung und Sorgfaltsausgleichung bei der Arzthaftung*, in: Festschrift für E. von Caemerer, blz. 329 e.v., Tübingen, 1978.

- Deutsch, E., *Die dem Geschädigten nachteilige Adäquanz*, Neue Juristische Wochenschrift, 1981, blz. 2731 e.v.
- Deutsch, E., *Der grobe Behandlungsfehler: Dogmatik und Rechtsfolgen*, Zeitschrift für Versicherungsrecht, 1988, blz. 1 e.v.
- Deutsch, E., *Das 'Allgemeine Lebensrisiko' als negativer Zurechnungsgrund*, Zeitschrift für Versicherungsrecht, 1993, blz. 1041 e.v.
- Deutsch, E., *Unerlaubte Handlungen und Schadensersatz*, Ein Grundriß, Keulen, Berlin, Bonn, München, 1987
- Deutsch, E., en Matthies, K.H., *Artzhaftungsrecht; Grundlagen, Rechtsprechung, Gutachter- und Schlichtungstellen*, Recht und Wirtschaft der Schule Skript 148, Keulen, 1988.
- Dias, R.W.M. en Markesinis, B.S., *Tort Law*, Oxford, 1989.
- Dierx, J.R. en Siegers, J.J., *Indirecte discriminatie van deeltijdwerkers; Statisch bewijs en objectieve rechtvaardiging*, Nederlands Juristenblad, 1990, blz. 554 e.v.
- Dirix, E., *Het begrip schade*, Antwerpen, Apeldoorn, 1984.
- Dirix, E., *Het verlies van genezings- en overlevingskansen*, Vlaams tijdschrift voor gezondheidsrecht, 1982, blz. 105 e.v.
- Dobbs, D.B., *Handbook on the Law of Remedies. Damages — Equity — Restitution*, St.Paul (Minn.), 1973.
- Dommering-Van Rongen, L., *Produktaansprakelijkheid*, diss., Deventer 1991.
- Dommering-Van Rongen, L., *Stelplecht en bewijslast bij arbeidsongevallen*, in: Personenschade door bedrijfsongevallen, Inleidingen LSA 1993, Lelystad 1993.
- Dommering-Van Rongen, L., *Het DES-arrest: geen marktaandeelaansprakelijkheid maar aansprakelijkheid voor de gehele markt*, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, nr. 6089, 1993, blz. 276 e.v.
- Dommering-Van Rongen, L., *Aansprakelijkheid van de werkgever voor toetsenbordletsel (Repetitive Strain Injury)*, Aansprakelijkheid en Verzekering 1995, blz. 27 e.v.
- Dommering-Van Rongen, L., *Schadevergoeding door Fondsvorming*, oratie RU 1996, Deventer, 1996.
- Dommering-Van Rongen, L., *Een schadefonds voor asbestslachtoffers?*, Tijdschrift voor Milieu-aansprakelijkheid, 1996, blz. 97 e.v.
- Dore, M., *A Commentary on the Use of Epidemiological Evidence in Demonstrating Cause-in-fact*, Harvard Environmental Law Review, vol. 7, 1982, blz. 429 e.v.
- Dorsner-Dolivet, A., Noot bij Cass. Civ. 1re, 17 nov. 1992, Recueil Dalloz, 1984, jurisprudence, blz. 305 e.v.
- Dozy, F.B., *Onheils-opeenvolging*, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, 1950, blz. 4148-4150.
- Drion, H., *Vijftien jaar causaliteitsrechtspraak van de Hoge Raad der Nederlanden*, Verkeersrecht, 1987, blz. 29 e.v.
- Drupsteen, Th. G., *Aansprakelijkheid voor milieuschade*, Ars Aequi, 1990, blz. 275 e.v.
- Dunné, J.M. van, *Verbintenissenrecht in ontwikkeling*, Op de grenzen van geldend en wordend recht, supplement 1986, Deventer, 1986.
- Dunné, J.M. van, *De Franse kalimijnen-zaak en milieu-aansprakelijkheid, een*

- tussenbalans*, Tijdschrift voor Milieu-aansprakelijkheid, 1988, blz. 33 e.v.
- Dunné, J.M. van, *Milieu aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: van schuld naar risico-aansprakelijkheid*, in: Zand erover?, Bundel Jonge Balie Congres 1989, Zwolle, 1989.
- Dunné, J.M. van, *Aansprakelijkheid voor milieuschade bij doorlozingen vervuild havenslib (deel 3)*, Instituut voor Milieuschade, EUR, 1991.
- Dunné, J.M. van, *Verbintenissenrecht, Deel 2*, Contractenrecht, 2e gedeelte; Onrechtmatige Daad; Overige verbintenissen, Deventer, 1993.
- Dunné, J.M. van, *Het beginsel van slachtofferbescherming: zo oud als de weg naar Kralingen*, in: Beginselen van vermogensrecht, BW-krant jaarboek 1993, Arnhem, 1993.
- Dunné, J.M. van, *Het Schelde-arrest en aansprakelijkheid voor asbestziekten*, in: Asbest en aansprakelijkheid, Arnhem, 1994.
- Dunné, J.M. van, *Psychisch letsel als vorm van schade*, in: Bijzonder letsel, Inleidingen LSA 1995, Lelystad, 1995.
- Dunné, J.M. en Snijder, E.E.I., *Asbest en Aansprakelijkheid*, Tijdschrift voor Milieu-aansprakelijkheid, 1991, blz. 60 e.v.
- Dunz, W., *Fremde Unrechtshandlungen in der Kausalkette*, Neue Juristische Wochenschrift, 1966, blz. 134 e.v.
- Durry, G., *La faute du médecin diminuant les 'chances du guérison' du malade*, Revue Trimestrielle de Droit Civile, 1969, blz. 797 e.v.
- Durry, G., *Faute médicale et perte de chances de survie*, Revue Trimestrielle de Droit Civile, 1972, blz. 408 e.v.
- Durry, G., *Sur un probable revivement de jurisprudence en matière de réparation de la perte d'une chance de guérison ou de survie*, Revue Trimestrielle de Droit Civile, 1983, blz. 547 e.v.
- Duynstee, F.L.F.M., *Het verliezen van een kans en het verliezen van een proces als schadefactor*, Nederlands Juristenblad, 1944, blz. 184 e.v.
- Dworkin, T.M., *Fear of Disease and Delayed Manifestation Injuries: A Solution or a Pandora's Box?*, Fordham Law Review, vol. 53, 1984, blz. 527 e.v.

E

- Eclavea, R.P., *Products Liability: Diethylstilbestrol (DES)*, Annotation, American Law Reports, 4th series, vol. 2, 1980, blz. 1091 e.v. + Supp. 1993.
- Eikema Hommes, H.J. van, *De elementaire grondbegrippen der rechtswetenschap. Een juridische methodologie*, Deventer, 1972.
- Elliott, E.D., *Torts with multiple causes under U.S. Law*, in: A. Fenyves en H.-L. Weyers (Hrsg.), Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten, Arbeiten zur Rechtsvergleichung nr. 138, Frankfurt am Main, 1988.
- Elliott, E.D., *Why Courts? Comment on Robinson*, The Journal of Legal Studies, vol. 14, 1985, blz. 799 e.v.
- Emmerich, V., Anmerkung zu BGH 7-11-78, Juristische Schulung, 1979, blz. 225 e.v.
- Empel, A.C. van, *Regres van de W.A.M.-assuradeur*, Verkeersrecht, 1973, blz. 239 e.v.

- Epstein, R.A., *Two Fallacies in the Law of Joint Torts*, Georgetown Law Journal, vol. 73, 1985, blz. 1377 e.v.
- Erman-Drees, *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, (verwezen wordt naar het gedeelte bewerkt door Drees), Münster (Westfalen), 1989.
- Esser/Schmidt I, *Schuldrecht Band I, Allgemeiner Teil*, Ein Lehrbuch begr. von J. Esser, fortgeführt von E. Schmidt, Heidelberg, 1984.
- Esser/Weyers II, *Schuldrecht Band II, Besonderer Teil*, Ein Lehrbuch begr. von J. Esser, fortgeführt von H.L. Weyers, Heidelberg, 1984.

F

- Farber, D.A., *Recurring Misses*, Journal of Legal Studies, vol. 19, 1990, blz. 727 e.v.
- Farber, D.A., *Toxic Causation*, Minnesota Law Review, vol. 71, 1987, blz. 121 e.v.
- Faure, M.G., *(G)een schijn van kans*, oratie Rijksuniversiteit Limburg 1993, Antwerpen, 1993.
- Faure, M.G., *Enkele rechtseconomische kanttekeningen bij de dienstenaansprakelijkheid*, Tijdschrift voor aansprakelijkheid en verzekering, 1994, blz. 33 e.v.
- Faure, M.G., *Over beschermde slachtoffers, vrijgevige rechters en zuchtende verzekeraars*, Nederlands Juristenblad, 1995, blz. 1227 e.v.
- Faure, M.G. en Hartlief T. (red.), *Verzekering en de groeiende aansprakelijkheidslast*, Deventer, 1995.
- Faure, M.G. en Hartlief, T., *Een asbestfonds als alternatief voor de aansprakelijkheid van de werkgever?*, Sociaal Recht, 1996, blz. 37 e.v.
- Feinberg, K.R., *The Toxic Tort Litigation Crisis: Conceptual Problems and Proposed Solutions*, Houston Law Review, vol. 24, 1987, blz. 155 e.v.
- Feldman, H.R., *Chances As Protected Interests: Recovery for the Loss of A Chance and Increased Risk*, Baltimore Law Review, vol. 17, 1987, blz. 139 e.v.
- Fenyers, A. en Weyers, H.L. (Hrgs.), *Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten*, Arbeiten zur Rechtsvergleichung nr. 138, Frankfurt am Main, 1988.
- Fern, F.H. en McHugh, L.S., *The Market Share Conundrum: DES Contrasted with DPT*, Products Liability Law Journal, vol. 2, 1990/91, blz. 95 e.v.
- Fernhout, F.J., Bregonje, L.M.I.A. en Otto R.H.J., *Alternatieve causaliteit en Desdochters*, Nederlands Juristenblad, 1989, blz. 1376 e.v.
- Fikentscher, W., *Schuldrecht*, Berlin New York, 1992.
- Finkelstein, M.O. en Fairley, W.B., *A Comment on "Trial by Mathematics"*, Harvard Law Review, vol. 84, 1971, blz. 1801 e.v.
- Firak, N., *The Developing Policy Characters of Cause-in-fact: Alternative Forms of Liability, Epidemiological Proof and Trans-science Issues*, Temple Law Review, vol. 63, 1990, blz. 311 e.v.
- Fleming, J.G., *The Law of Torts*, 1987.
- Fleming, J.G., *Mass Torts*, Denning Law Journal, 1988, blz. 37 e.v.
- Fleming, J.G., *Probabilistic Causation in Tort Law*, Canadian Bar Review, vol. 68, 1989, blz. 661 e.v.

- Fleming, J.G., *Property Damage — Economic Loss: A Comparative View*, The Law Quarterly Review, vol. 105, 1989, blz. 508 e.v.
- Fleming, J.G., *Requiem for Anns*, The Law Quarterly Review, vol. 106, 1990, blz. 525 e.v.
- Fleming, J.G., *Probabilistic Causation in Tort Law: A Postscript*, Canadian Bar Review, vol. 70, 1991, blz. 136 e.v.
- Fleming, J.G., *Mass Torts*, American Journal of Comparative Law, vol. 42, 1994, blz. 507 e.v.
- Fosmire, M.S., *A proposal for proportionate liability in employment related accidents*, Michigan Bar Journal, vol. 66, blz. 648 e.v.
- Fraenkel, M., Anmerkung zu BGH 7 nov. 78, Neue Juristische Wochenschrift, 1979, blz. 1202 e.v.
- Franzki, D., *Die Beweisregeln im Arzthaftungsprozeß*, Schriften zum Prozeßrecht, Band 72, Berlin, 1982.
- Frenk, N., *De afwikkeling van massaschade*, Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, 1993, blz. 89 e.v.
- Frenk, N., *Collectieve acties in het privaatrecht*, diss. 1994, Deventer, 1994.
- Frenk, N., *Collectieve acties tegen een gemeenschappelijke contractpartner*, Tijdschrift voor civiele rechtspleging, 1994, blz. 81 e.v.
- Frenk, N., *Toerekening naar kansbepaling*, Nederlands Juristenblad, 1995, blz. 482 e.v.
- Frenk, N., Naschrift bij Verkuijden, Nederlands Juristenblad, 1995, blz. 903 e.v.
- Frenk, N., *Nieuwe regeling van de aansprakelijkheid voor bedrijfsongevallen en beroepsziekten*, Aansprakelijkheid en Verzekering, 1996, blz. 80 e.v.
- Friedland, E., *Pollution share liability: A new remedy for plaintiffs injured by air pollutants*, Columbia Journal of Environmental Law, vol 9, 1984, blz. 297 e.v.
- Fridman on Torts, Londen, 1990.

G

- Geers, J., *Alternative Liability Under Belgian Law: Unknown and Thus Unloved?*, European Review of Private Law, vol.2, blz. 442 e.v.
- Geigel-Schlegelmilch, *Der Haftpflichtprozeß, mit Einschluß des materiellen Haftpflichtrechts* (verwezen wordt naar het gedeelte bewerkt door Schlegelmilch), München, 1990.
- Geiß, K., *Haftungspflichtrecht*, Seminarschriften der Deutschen Anwaltsakademie, Band 18, München, 1989.
- Gerecke, D., *Risk Exposure as Injury*, McGill Law Journal, vol. 35, 1990, blz. 797 e.v.
- Gernhuber, J., *Haftung bei alternative Kausalität*, Juristenzeitung, 1961, blz. 148 e.v.
- Giesberts, L., *Die gerechte Lastenverteilung unter mehreren Störern*, Diss. Trier 1989, Schriften zum Umweltrecht, Band 17, Berlin, 1990.
- Giesen, D., *International Medical Malpractice Law, A Comparative Law Study of Civil Liability Arising form Medical Care*, Tübingen, Dordrecht, Londen, 1988.

- Giesen, I., *Bewijslastverdeling, de informatieplicht van de arts en het recht op zelfbeschikking: communicerende vaten!*, Ars Aequi, 1996, blz. 534 e.v.
- Gold, S., *Causation in Toxic Torts; Burdens of Proof, Standards of Persuasion, and Statistical Evidence*, Yale Law Journal, vol. 69, blz. 376 e.v.
- Görgens, P., *Konkurrierende Zurechnungstatbestände im Rahmen der deliktsrechtlichen Haftung nach § 823 BGB*, Juristische Schulung, 1977, blz. 709 e.v.
- Gottwald, P., *Kausalität und Zurechnung*, Probleme und Entwicklungstendenzen des Haftungsrechts, in: Karlsruher Forum 1986, Beiheft zum Zeitschrift für Versicherungsrecht, 1988, blz. 3 e.v.
- Gottwald, P., *Schadenzurechnung und Schadensschätzung*, München, 1979.
- Gras, E., *Het schadebegrip in de DES-zaak*, Nederlands Juristenblad, 1993, blz. 102 e.v.
- Green, L.N., *Loss of Chance in Personal Injury and Malpractice Litigation*, Trauma, vol. 34, 1993, blz. 51 e.v.
- Guillod, O. en Leuba, A., *Causalité alternative et responsabilité du fait des produits: un pour tout, tous pour un*, European Review of Private Law, vol. 2, blz. 452 e.v.
- Guillod, O., (red.) *Colloque: Développements récents de droit de la responsabilité civile*, Genève 1991, Zürich, 1991.
- Günter, P.Y., *La responsabilité du médecin en Suisse*, Schweizerische Juristenzeitung, 1993, blz. 93 e.v.
- Gutachten Bd I (Hohloch), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Band I, G. Hohloch, Allgemeines Schadensrecht, blz. 375 e.v. Keulen, 1981.

H

- Haan, M.F.H.S., *Oorzaak: onbekend*. Het aantonen van het feitelijk verband bij meervoudig veroorzaakte milieuschade, Zwolle, 1996.
- Häger, G., *Anmerkung zu dem Urteil des hohen Rats der Niederlande vom 9 Oktober 1992, No. 14.667 AS*, European Review of Private Law, vol. 2, blz. 430 e.v.
- Hall, K.L. en Silbergeld, E.K., *Reappraising Epidemiology: A Response to Mr. Dore*, Harvard Environmental Law Review, vol. 7, 1983, blz. 441 e.v.
- Haller, M. (Red.), *Ergänzungen*. Ergebnisse der wissenschaftlichen Tagung anlässlich der Einweihung des Ergänzungsbaus der Hochschule St. Gallen, Bern, Stuttgart, 1990.
- Hanau, P., *Anmerkung zu BGH 11 Juni 1968*, Neue Juristische Wochenschrift, 1968, 2291.
- Hanau, P., *Die Kausalität der Pflichtwidrigkeit*. Eine Studie zum Problem des pflichtmäßigen Alternativverhaltens im bürgerlichen Recht, Göttinger Rechtswissenschaftliche Studien, Band 84, Göttingen, 1971.
- Handsley, E., *Market Share Liability and the Nature of Causation in Tort*, Torts Law Journal, vol. 1, 1993, blz. 24 e.v.
- Hart, H.L.A. en Honoré, T., *Causation in the Law*, Oxford, 1985.

- Hartkamp, A.S., *De DES-zaak*, in: Kabaal in Holland (Asscher-bundel) blz. 76 e.v., Arnhem, 1993.
- Hartlief, T., *Alternatieve causaliteit*, Tijdschrift voor Vennootschappen, Verenigingen en Stichtingen, 1992, blz. 308 e.v.
- Hartlief, T., *Stellingen*, Het Verzekerings-Archief 1994, blz. 76.
- Hartlief, T., *Het aansprakelijkheidsrecht en de macht van het getal*, Nederlands Juristenblad, 1995, blz. 118 e.v.
- Hartlief, T. en Van Maanen, G.E., *Bedrijfsvereniging, verhaal en nieuw BW. Het eind van het verhaal!*, Sociaal Maandblad Arbeid, 1991, blz. 292 e.v.
- Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., *De invloed van verzekeringen op de civiele aansprakelijkheid: privaatrechtelijke aspecten*, In: De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid, preadvies VBR 1990, Lelystad, 1990.
- Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., *Regres in gezinsverband*, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, nr. 6000, 1991, blz. 225 e.v.
- Hartlief, T. en Tjittes, R.P.J.L., *Verkeersaansprakelijkheid: Quo Vadis?*, Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, 1992, blz. 115 e.v.
- Hartmann, A., *Der Regress bei Haftung Mehrerer aus verschiedenen Rechtsgründen*, Diss., Bern, 1942.
- Harvey, D.C., *Epidemiologic Proof of Probability: Implementing the Proportional Recovery Approach in Toxic Exposure Torts*, Dickinson Law Review, vol. 89, 1984, blz. 233 e.v.
- Heinze, M., Anmerkung zu BGH 30 jan. 1973, Neue Juristische Wochenschrift 1973, blz. 2021 e.v.
- Hensler, D.R. en Peterson, M.A., *Understanding Mass Personal Injury Litigation: A Socio-Legal Analysis*, Brooklyn Law Review, vol. 59, 1993, blz. 961 e.v.
- Hell, S. van der, *Market share liability in mass product liability cases*, in: Jaarboek Consumentenrecht 1994, blz. 55 e.v., Deventer, 1994.
- Henderson, J.A. en Eisenberg, T., *The Quiet Revolution in Products Liability: An Empirical Study of Legal Change*, University of California Los Angeles Law Review, vol. 37, 1990, blz. 279 e.v.
- Herbst, A.L. e.a., *Adenocarcinoma of the Vagina. Association of Maternal Stilbestrol Therapy with Tumor Appearance in Young Women*, The New England Journal of Medicine, vol. 284, 1971, blz. 878 e.v.
- Hill, T., *A lost chance for compensation in the tort of negligence by the House of Lords*, Modern Law Review, vol. 54, 1991, blz. 511 e.v.
- Hirsch, D.J., *Bichler and Sindell: Generic Drug Products and Liability Without Causation*, Journal of Product Liability, vol. 6, 1983, blz. 253 e.v.
- Hodson, J.D., *Medical Malpractice: "Loss of Chance" Causality*, Annotation, American Law Reports, 4th series, vol. 54, blz. 10 e.v.
- Hoffmans, J.G.F.M., *Bescherming van de werknemer tegen de gevolgen van bedrijfsongevallen en beroepsziekten verder uitgebreid*, Bedrijfsjuridische Berichten, 1993, blz. 145 e.v.
- Hofmann-Van Opstall, *Het Nederlands Verbintenissenrecht*, Deel I, De algemene leer van de verbintenissen, Eerste gedeelte (artt. 1269-1387 BW), Eerste stuk (artt. 1269-1301 en 1304-1348 BW, Groningen, 1976.
- Hogan, T.B., *Cook vs Lewis Re-examined*, Modern Law Review, vol. 24, 1961,

- blz. 331 e.v.
- Hol, A.M., *Gewogen recht. Billijkheid en efficiëntie bij onrechtmatige daad*, diss. RL 1993, Deventer, 1993.
- Holzer, W., *Die Haftung des Arztes im Zivilrecht*, In: *Arzt- und Arzneimittelhaftung in Österreich*, Wien, 1992.
- Hondius, E.H., *A Dutch DES case: Pharmaceutical Producers Jointly and Severably Liable*, *European Review of Private Law*, vol. 2, 1994, blz. 409 e.v.
- Hondius, E.H., *Kroniek produktenaansprakelijkheid*, *Jaarboek consumentenrecht*, 1995, Deventer, 1995.
- Honoré, A.M., *Causation and Remoteness of Damage*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XI, Torts, Chapter 7, Tübingen / Dordrecht-Boston-Lancaster, 1971.
- Howell, H., *Die Zivilrechtliche Haftung des Arztes*, *Zeitschrift für Schweizerisches Recht*, 1990, blz. 135 e.v.
- Huber, P.W., *Liability. The Legal Revolution and its Consequences*, New York, 1988.
- Huber, P.W., *Galileo's Revenge. Junkscience in the Courtroom*, New York, 1991.
- Huet, J., *Perte d'une chance: du plus ou moins classique*, *Revue trimestrielle de Droit Civile*, 1986, blz. 117 e.v.
- Hulst, E.H., *Grondslagen van milieu-aansprakelijkheid*, diss. EUR 1993, Arnhem, 1993.
- Huizen, Ph.H.J.G. van, *Boekbespreking: J. Spier, Sluipende schade*, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, nr. 6027, 1991, blz. 822 e.v.
- Hijma, Jac., *Des-dochters*, *Ars Aequi*, 1993, blz. 123 e.v.
- Hijma, Jac., *Erven Cijssouw/De Schelde*, *Ars Aequi* 1994, blz. 109 e.v.
- Hijma, Jac. en Olthof, M.M., *Compendium voor het Nederlands vermogensrecht; Leidraad voor het NBW met verwijzingen naar het BW*, Deventer, 1990.

I

- Ietswaard, H.F.P., *Boekbespreking: M.G. Faure, (G)een schijn van kans: Beschouwingen over het statistisch causaliteitsbewijs bij milieu-gezondheidsschade*, *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1995, blz. 35 e.v.
- Ingelse, P., *Hoge Raad in Des-arrest: ruim baan voor artikel 6:99 BW*, *Nederlands Juristenblad* 1992, blz. 1403 e.v.

J

- Jabornegg, P., *Der Schutz der Umwelt durch das Zivilrecht*, *Versicherungsrundschau*, 1988, blz. 37.
- Jansen, C.H.M., *Onrechtmatige daad: algemene beschouwingen*, *Monografiën Nieuw BW*, B-45, Deventer, 1996.
- Jansen, G., *Das Zusammentreffen von Haftungsgründen bei einer Mehrheit von Ersatzpflichtigen*, *Diss. Freiburg in der Schweiz* 1973, Bern, 1973.

- Jauernich-Teichmann, *Bürgerliches Gesetzbuch*, mit Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Kommentar herausgegeben von O. Jauernig (verwezen wordt naar het gedeelte bewerkt door Teichmann), München, 1987.
- Johnson, J.F., *American Briefing*, Product Liability International, 1989, blz. 78 e.v.
- Johnson, W.B., *Measure and Elements of Damage for Pollution of Well or Spring*, Annotation, American Law Reports, 4th Series, vol. 76, 1990, blz. 629 e.v..
- Johnson, W.B., *Products Liability: Inhalation of Asbestos*, Annotation, American Law Reports 4th series, vol. 39, 1985, blz. 399 e.v. + Supp. 1993.
- Jong, F.J. de, *Het verlies van een kans als schadefactor*, Nederlands Juristenblad, 1944, blz. 87 e.v.
- Jongbloed, A.W. en Simon, M.L., *Waarheden, halve waarheden en onwaarheden: statistiek en bewijsrecht*, Nederlands Juristenblad, 1995, blz. 891 e.v.
- Jongbloed, A.W. en Simon, M.L., *Statistiek en bewijsrecht* (naschrift), Nederlands Juristenblad, 1995, blz. 1279 e.v.
- Juris-Classeur Responsabilité Civile, (Endréo & Maillaud), losbladige uitgave, Droit a reparation, Conditions de la responsabilité délictuelle, Le dommage, Caractères du dommage réparable, Endréo, G. & Maillaud, E., fascicule 101, Parijs.
- Juris-Classeur Responsabilité Civile, (Jourdain), losbladige uitgave, Droit a reparation, Lien de causalité, Détermination des causes de dommage, Jourdain, P., fascicule 160, Parijs.

K

- Kahrs, H.J., *Kausalität und überholende Kausalität im Zivilrecht*, Hamburg, 1969.
- Kapfer ABGB., *Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, Wien, 1985.
- Katz, E.D., *Removing the Fungibility Requirement from the Market Share Liability Rule — Why It Can Work in Non-DES cases*, Product Liability Law Journal, vol 3, 1991/1992, blz. 32 e.v.
- Kastelein, W.R., *Amerikaanse toestanden*, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht, 1991, blz. 197.
- Kaye, D., *The Limits of the Preponderance of the Evidence Standard: Justifiably Naked Statistical Evidence and Multiple Causation*, American Bar Foundation Research Journal, vol. 2, 1982, blz. 487 e.v.
- Keith, D.L., *Loss of Chance: A Modern Proportional Approach to Damages in Texas*, Baylor Law Review, vol. 44, 1992, blz. 759 e.v.
- Keller/Gabi, *Haftpflichtrecht*, Das Schweizerische Schuldrecht, Band II, Basel, 1985.
- Kerkmeester, H.O., *Het belang van statistiek-onderwijs aan juridische studenten*, Ars Aequi, 1989, blz. 30 e.v.
- Kerkmeester, H.O., *De betekenis van het waarschijnlijkheidsbegrip voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad: Meijers geactualiseerd*, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, nr. 6111, 1993, blz. 767 e.v.
- Kerkmeester, H.O., *Boekbespreking (G)een schijn van kans, van M.G. Faure*, Tijdschrift voor Milieu-aansprakelijkheid, 1994, blz. 45 e.v.

- Kerkmeester, H.O. en Mulder, R.V. de, *Statistiek en bewijsrecht*, Nederlands Juristenblad, 1987, blz. 73 e.v.
- Keuk, B., *Die Solidarhaftung der Nebentäter*, Archiv für die civilistische Praxis, 1968, blz. 175 e.v.
- Kikel, D.C., *Comments: Comparative Negligence, Multiple Parties, and Settlements*, California Law Review, vol. 65, 1977, blz. 1264 e.v.
- King, J.H., *Causation, Valuation, and Chance in Personal Injury Torts Involving Preexisting Conditions and Future Consequences*, The Yale Law Journal, vol. 90, 1981, blz. 1353 e.v.
- Klaassen, C.J.M., *Risico-aansprakelijkheid*, diss. KUN 1991, Zwolle, 1991.
- Klaassen, C.J.M., en Van Rossum, A.A., *Des-tijd(s), en hoe nu verder?*, Rechtsgeleerd Magazijn Themis, 1994, blz. 4 e.v.
- Klein, E., *Haftung nach § 830 Abs 1 Satz 2 BGB trotz potentieller Selbstbeschädigung?*, Neue Juristische Wochenschrift, 1971, blz. 453 e.v.
- Klinkhammer, H., *Die Kausalitätsvermutung des § 830 Abs 1 Satz 2 BGB bei potentieller Selbstverursachung*, Neue Juristische Wochenschrift, 1972, blz. 1917 e.v.
- Klosse, S., *Bedrijfsongevallen en beroepsziekten: individuele of collectieve verantwoordelijkheid*, Nederlands Juristenblad, 1993, blz. 1608 e.v.
- Knepper, W.E., *Review of Recent Tort Trends*, Journal of Product Liability, vol. 9, 1986, blz. 89 e.v.
- Knol, P.C., *Vergoeding van letselschade volgens huidig en komend recht*, Studiepockets privaatrecht nr. 40, Zwolle, 1986.
- Kluge, I., *Alternative Kausalität*, diss., Tübingen, 1973.
- Knottebelt, J., *Hoofdstukken produktaansprakelijkheid*, Studiepockets privaatrecht nr. 46, Zwolle, 1991.
- Knottebelt, J., *Marktaandeelaansprakelijkheid*, Nederlands Juristenblad, 1982, blz. 185 e.v.
- Koch, J., *Haftungsprobleme bei Produktschäden. Unvorhersehbare Auswirkungen und alternative Kausalität im Deutschen und US-amerikanischen Haftungsrecht*, Reihe Rechtswissenschaft Band 59, Pfaffenweiler, 1987.
- Koeman, N.S.J., (red.) *Artikel 21 Interimwet bodemsanering*, Annotaties en Jurisprudentie, Vereniging voor Milieurecht, Zwolle, 1990.
- Koeman, N.S.J., noot bij Staat/Duphar, Tijdschrift voor Milieu-aansprakelijkheid, 1990, blz. 62 e.v.
- Kok, H.G.F.M. de, *Een commentaar bij de Memorie van Antwoord voor Boek 6 NBW titel 2*, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie 3565, 1976, blz. 631 e.v.
- Kok, H.G.F.M. de, *Het Regres*, diss., Deventer, 1965.
- Kok, H.G.F.M. de, *Regres en hoofdelijkheid in het Nieuw BW*, Kwartaalbericht NBW, 1990, blz. 37.
- Köndgen, J., *Haftung aus § 830 Abs 1 Satz 2 trotz feststehender Ersatzpflicht?*, Neue Juristische Wochenschrift, 1971, blz. 871 e.v.
- Köndgen, J., *Überlegungen zur Fortbildung des Umwelthaftpflichtrechts*, Umwelt- und Planungsrecht, 1983, blz. 345 e.v.
- Kornhauser, L.A. en Revesz, R., *Sharing damages among multiple tortfeasors*,

- Yale Law Journal, vol. 98, 1989, blz. 831 e.v.
- Kortmann, S.C.J.J., noot bij HR 23 september 1988 (*Kalimijnen*), *Ars Aequi*, 1989, blz. 874 e.v.
- Kortmann, S.C.J.J., *De rechtgronden voor aansprakelijkheid in geval van medische fouten*, in: *Aansprakelijkheid voor medische fouten vanuit juridisch oogpunt bezien*, Inleidingen LSA 1991, Lelystad, 1991.
- Köster, H.K., *Bezwaren en gevaren verbonden aan de actuariële berekeningen bij het bepalen der schadevergoeding volgens artikel 1406 of artikel 1407 BW*, *Het Verzekerings-Archief*, 1963, blz. 200 e.v.
- Kottenhagen, R.J.P., *Buiten-contractuele aansprakelijkheid voor economische schade*, *Bouwrecht*, 1991, blz. 339 e.v.
- Kottenhagen-Edzes, P.A., *Milieuschade die het gevolg is van meer dan één oorzaak*, *Nederlands Juristenblad*, nr. 37, 1989, blz. 1334 e.v.
- Kottenhagen-Edzes, P.A., *Milieuschade en schadevergoeding*, in: *Zand erover? Milieurecht in de Advocatenpraktijk*, *Bundel Jonge Balie Congres 1989*, Zwolle, 1989.
- Kottenhagen-Edzes, P.A., *Bespreking van oraties Van Maanen en Spier*, *Milieu en Recht*, 1991, blz. 253 e.v.
- Kottenhagen-Edzes, P.A., *Onrechtmatige daad en milieu*, diss. EUR 1992, Arnhem 1992.
- Kottenhagen-Edzes, P.A., *Boekbespreking: M.G. Faure, (G)een schijn van kans*, *Milieu en Recht*, 1994, blz. 275 e.v.
- Kötz, H., *Zum Haftungsprivileg des Ehegatten im Straßenverkehr*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1967, blz. 1213 e.v.
- Koziol, H., *Österreichisches Haftpflichtrecht*, Band I, Allgemeiner Teil, Wien, 1980.
- Kramer, E.A., *Noch einmal: Zu Bydlinskis Lehre von der Haftung für potentielle Kausalität*, *Das Recht der Arbeit*, 1970, blz. 70-71.
- Kramer, E.A., *Multikausale Schäden — Landerberichte Schweiz/Österreich*, in: *Fenyers, A. en Weyers, H.L. (Hrgs.), Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten*, *Arbeiten zur Rechtsvergleichung* nr. 138, Frankfurt am Main, 1988.
- Kramer, E.A., *bespreking R. Quendoz: Modell einer Haftung bei alternativer Kausalität*, *Aktuelle Juristische Praxis*, 1992, blz. 1471 e.v.
- Kremer, M., *Buitencontractuele aansprakelijkheid voor asbesthoudende producten*, *Ars Aequi*, 1994, blz. 495 e.v.
- Kuipers, P., *Bodemsanering, relativiteit, onrechtmatigheid en het kenbaarheidsvereiste*, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, nr. 6063, blz. 684 e.v. en nr. 6064, blz. 703 e.v.
- Kuipers, P., *Een wetsontwerp dat sanering behoeft*, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, nr. 6039, 1992, blz. 171 e.v.
- Kullmann, H.J., *Die Rechtsprechung des BGH zum Produkthaftpflichtrecht in den Jahren 1992-1994*, *Neue Juristische Wochenschrift*, 1994, blz. 1698 e.v.

L

- Landes & Posner, *Causation in Tort Law: An Economic Approach*, The Journal of Legal Studies, vol. 12, 1983, blz. 109 e.v.
- Landes & Posner, *Tort Law as A Regulatory Regime for Catastrophic Personal Injuries*, Journal of Legal Studies, vol. 13, 1984, blz. 417 e.v.
- Lange, H., *Schadenersatz*, Handbuch des Schuldrechts, Band I, Tübingen, 1990.
- Langemeijer, G.E., *Kausalität und kein Ende*, in: Gratia Commercii (van Ovenbündel), Zwolle, 1981.
- Larenz, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, Band I Allgemeiner Teil 1987, Band II Besonderer Teil 1981, Band II Besonderer Teil Halbband 1 1986, München.
- Large, W. en Michie, P., *Proving that the Strenghth of the British Navy Depends on the Number of Old Maids in Eglan: A Comparison of Scientific Proof with Legal Proof*, Environmental Law, vol. 11, 1981, blz. 555 e.v.
- Laufs, A., *Arztrecht*, Schriftenreihe der NJW, Heft 29, München, 1988.
- Lazarus, A.J. e.a., *Products, General Liability, and Consumer Law: Annual Survey of Recent Developments*, Tort & Insurance Law Journal, vol. 28, 1993, blz. 354 e.v.
- Legum, B.C., *Increased Risk of Cancer as An Actionable Injury*, Georgia Law Review, vol. 18, 1984, blz. 563 e.v.
- Lesourd, N., *La perte d'une chance*, Gazette du Palais, 1963, Doctrine, blz. 49 e.v.
- Levmore, S., *Probabilistic Recoveries, Restitution, and Recurring Wrongs*, Journal of Legal Studies, vol. 19, 1990, blz. 691 e.v.
- Lewis, C.J., *Medical Negligence. A Plaintiff's Guide*, Londen, 1988.
- Linssen, J.G.A., *Samenhangende rechtsverhoudingen in het contractenrecht*, Nederlands Juristenblad, 1995, blz. 1265 e.v.
- Loser, P., *Kausalitätsprobleme bei der Haftung für Umweltschäden*, diss. St. Gallen 1994, Bern-Stuttgart-Wenen, 1994.
- Loth, M.A., *Schuld en solidariteit*. Over de collectivering van aansprakelijkheid, in: Dilemma's van aansprakelijkheid, Zwolle, 1991.
- Louman, A.J.M.I., *Een groep is een groep is een groep?*, Rechtshulp, 1993, blz. 2 e.v.

M

- Maanen, G.E. van, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor kernongevallen naar Nederlands recht*, in: De aansprakelijkheid voor het nuclaire risico, Antwerpen, Apeldoorn, 1993.
- Maanen, G.E. van, Spier, j., Sterk, C.H.W.M., *Van schuld naar risico? Enkele opmerkingen over ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht*, in: Aansprakelijkheden, NGB Bundel 1990, Deventer, 1990.
- Maassen, B.M., *Beweismaßprobleme im Schadenersatzprozeß*, Prozeßrechtliche Abhandlungen, Heft 39, Keulen-Berlijn-Bonn-München, 1975.
- Madden, M.S., *Products liability*, St. Paul (Minnesota), 1988.

- Makdisi, J., *Proportional Liability: A Comprehensive Rule to Apportion Tort Damages Based on Probability*, North Carolina Law Review, vol. 67, 1989, blz. 1063 e.v.
- Matthies, K.-H., *Schiedsinstanzen im Bereich der Arzthaftung: Soll und Haben*, Schriften zum Bürgerlichen Recht, Band 86, Berlijn, 1984.
- Mazeaud-Tunc II, *Traité théorique et pratique de la Responsabilité Civile délictuelle et contractuelle*, Tome II, Parijs, 1970.
- McCarter, G.W.C., *Medical Sue-Veillance: A History and Critique of the Medical Monitoring Remedy in Toxic Tort Litigation*, Rutgers Law Review, vol. 45, 1993, blz. 227 e.v.
- McCormick, C.T., *Handbook on the Law of Damages*, 1936, 23e ongewijzigde herdruk, St.Paul (Minnesota), 1985.
- McCormick, C.T., *McCormick's Handbook of the Law of Evidence*, St.Paul (Minnesota), 1972.
- McGregor, H., *Successive Causes of Personal Injury*, Modern Law Review, vol. 33, 1970, blz. 378 e.v.
- McGregor, H., *Personal Injury and Death*, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XI, Torts. Chapter 9, Tübingen / Dordrecht-Boston-Lancaster, 1972.
- McGregor, H., *McGregor on Damages*, The Common Law Library, no 9, Londen, 1988.
- McMahon, M.J., *Medical Malpractice: Measure and Elements of Damages in Action Based on Loss of Chance*, Annotation, American Law Reports Fourth Series, vol. 81, 1990, blz. 485 e.v.
- Mémeteau, G., *Perte de chance en droit médical français*, McGill Law Journal, vol. 32, 1986, blz. 125 e.v.
- Mémeteau, G., en Mélenec, L., *La responsabilité civile du médecin; le contrat médical*, Traité de droit médical, Tome 2, Parijs, 1982.
- Merz, H., *Obligationsrecht. Allgemeiner Teil*, Schweizerisches Privatrecht Band VI, erster Teilband, Basel-Frankfurt am Main, 1984.
- Meijers, E.M., *Algemene leer van het Burgerlijk Recht*, Deel 1: De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht, Leiden, 1948.
- Michiels van Kessenich-Hoogendam, I.P., *Beroepsfouten*, Studiepocket Privaatrecht nr. 11, Zwolle, 1995.
- Minneman, D.C., *Future Disease or Condition, or Anxiety Relating Thereto, As Element of Recovery*, Annotation, American Law Reports, fourth series, vol. 50, 1986, blz. 13 e.v.
- Mok, L., *Samenloop en subrogatie*, Het Verzekerings-Archief, 1973, blz. 274 e.v.
- Mok, L. e.a., *Schadevergoeding in één som*. Verlies van arbeidsinkomen bij letsel, overlijden, onteigening en ontslag, Verslag studieconferentie te Lochem 1982, Antwerpen-Apeldoorn, 1982.
- Müko-Mertens, *Münchener Kommentar zum BGB*, Band 3, Schuldrecht, Besonderer Teil, 2 Halbband (§§ 652-853)(verwezen wordt naar het gedeelte bewerkt door Mertens), München, 1984-1990.
- Müller-Stoy, W., *Schadensersatz für verlorene Chancen*. Ein rechtsvergleichende Untersuchung, diss., Freiburg im Breisgau, 1973.

- Munkman, J., *Damages for personal injuries and death*, Londen, 1973.
Munnik, C.H.M.A. de, *Ontstaansmoment schadevergoedingsvordering*, Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, 1992, blz. 73 e.v.

N

- Nace, A.B., *Market Share Liability: A Current Assessment of a Decade-old Doctrine*, Vanderbilt Law Review, vol. 44, 1991, blz. 395 e.v.
Ndekugri, J., *Tortious Negligence in Construction: Past, Present and Future*, Construction Law Journal, vol. 9, 1993, blz. 175 e.v.
Neleman, P., *Toerekening van schade*, in: Schadeverhaal, BW-krant Jaarboek 1987, Leiden, 1987.
Nell, E.L., *Wahrscheinlichkeitsurteile in juristischen Entscheidungen*, diss. Bayreuth 1983, Berlijn, 1983.
Nesson, C., *The Evidence or the Event? On Judicial Proof and the Acceptability of Verdicts*, Harvard Law Review vol. 98, 1985, blz. 1357 e.v.
Newdick, C., *Strict Liability for Defective Drugs in the Pharmaceutical Industry*, Law Quarterly Review, vol. 101, 1985, blz. 405 e.v.
Nieuwenhuis, J.H., *Alternatieve causaliteit en aansprakelijkheid naar marktaandeel*, in: Productenaansprakelijkheid, preadvies VBR 1987, Lelystad 1987.
Noordhuizen, W.J., *Alternative causaliteit; een door allen, ieder voor het geheel*, Nieuwsbrief BW, 1997, blz. 26 e.v.
Nys, H., *Het kind en de rekening. Fout, schade en schadevergoeding naar aanleiding van een mislukte sterilisatie*, Rechtskundig Weekblad, 1988-89, blz. 1156 e.v.

O

- Oftinger, K., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band I, Erster Band, Allgemeiner Teil, Zürich, 1975.
Oftinger, K. en Stark, E.W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band II/1, Zweiter Band, Besonderer Teil, Teilband 1, Verschuldenshaftung, gewöhnliche Kausalhaftung, Haftung aus Gewässerverschmutzung, Zürich, 1987.
Oftinger, K. en Stark, E.W., *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Band II/3, Zweiter Band, Besonderer Teil, Teilband 3, Übrige Gefährdungshaftungen, Zürich, 1991.
Oi, W.Y., *Tort Law as A Regulatory Regime: A Comment on Landes and Posner*, Journal of Legal Studies, vol. 13, 1984, blz. 435 e.v.
Onrechtmatige daad II (Bloembergen) (oud), *Onrechtmatige daad*, band II, losbladige uitgave onder redactie van H. Drion, samengesteld door A.R. Bloembergen e.a. (verwezen wordt naar het gedeelte bewerkt door Bloembergen), (oud BW), Deventer, 1964-1991.
Onrechtmatige daad (Bouman), *Onrechtmatige daad: titel 6.3*, losbladige uitgave onder redactie van A.R. Bloembergen, samengesteld door H.A. Bouman e.a. (verwezen wordt naar het gedeelte bewerkt door Bouman), (nieuwe editie),

- Deventer, 1991 -.
- Onteig. en Eigendomsbep. (van Gelder), *Onteigening en Eigendomsbeperking*, losbladige uitgave door W.J.I. van Wijmen, met medewerking van A.Ph. van Gelder e.a. (verwezen wordt naar het gedeelte bewerkt door Van Gelder), van 1958-1995 onder de titel: *Onteigeningsrecht*, vanaf 1997 onder de titel: *Onteigening, eigendomsbeperking en kostenverhaal*, Deventer, 1958 -.
- Orloff, N., en Stedinger, J., *A Framework for Evaluating the Preponderance-of-the-Evidence Standard*, *University of Pennsylvania Law Review*, vol. 131, 1983, blz. 1159 e.v.
- Otte, K., *Marktanteilshaftung*. Rechtsvergleich und Alternativen im US-amerikanischen und deutschen Recht, diss. Keulen 1988, *Schriften zum internationalen Recht*, Band 45, Berlijn, 1990.
- Ottmann, I.C.F., *Die "Market Share Liability" als Lösung des Identifikationsproblems bei alternativ verursachten Massenschäden im US-Deliktrecht*, diss., München, 1986.
- Overeem, R., *Asbestose II. Risico-aansprakelijkheid ex artikel 7A:1638x BW*, *Advocatenblad*, 1993, blz. 533 e.v.
- Overeem, R., *Regresrecht en verkeersrisico-aansprakelijkheid*, *Het Verzekerings-Archief*, 1992, blz. 67 e.v.
- Owen, D.G., *Deterrence and Desert in Tort: A Comment*, *California Law Review*, vol. 73, 1985, blz. 665 e.v.

P

- Palandt-Thomas, O. Palandt, *Bürgerliches Gesetzbuch*, *Kurzkommentar* (verwezen wordt naar het gedeelte bewerkt door Thomas), München, 1991.
- Pals, L.H., *De positie van jurist en medicus bij letselschaden*, *Advocatenblad*, 1989, blz. 69 e.v.
- Pals, L.H., *Onrechtmatige doodslag*. Van beperkte naar volledige schadevergoeding, diss. RUG 1983, Deventer, 1983.
- Parra, M.A., *The Proof of a Causal Relationship — Damages Caused by Identical Products Made by Different Manufacturers*, *European Review of Private Law*, vol. 2, 1994, blz. 414 e.v.
- Pearson, R.N., *Apportionment of Losses under Comparative Fault Laws — An analysis of the alternatives*, *Louisiana Law Review*, vol. 40, 1980, blz. 343 e.v.
- Peeperkorn, D.H.M., *Juridische causaliteit: redelijk en adequaat?* De TNR-leer in de rechtspraak over letselschade, in: *Medische en juridische causaliteit*, *Inleidingen LSA 1990*, Lelystad, 1990.
- Pels Rijcken, L.D., noot bij HR 18 juni 1982 (*Plas/Valburg*), *Bouwrecht*, 1983, blz. 404 e.v.
- Penneau, J., *La Responsabilité Médicale*, Parijs, 1977.
- Penneau, J., noot bij Cass. Civ. 1re 27 maart 1973, *Recueil Dalloz*, 1973, jurisprudence, blz. 595.
- Penneau, J., noot bij Cass. Civ. 1re 8 januari 1985 en 27 maart 1985, *Recueil Dalloz*, 1986, jurisprudence, blz. 390.

- Perdue, J.M., *Recovery for A Lost Chance of Survival: When the Doctor gambles, Who Puts Up the Stakes?*, South Texas Law Review, vol. 28, 1987, blz. 37 e.v.
- Perrochet, L., Smith, S.J., & Colella, U., *Lost Chance Recovery and the Folly of Expanding Medical Malpractice Liability*, Tort & Insurance Law Journal, vol. 27, 1992, blz. 615 e.v.
- Petitpierre, D., *Zivilrechtliche Haftpflicht für Umweltschädigungen nach schweizerischen Recht*. Unter Berücksichtigung der Bestimmungen von Art. 138 IPRG und Art. 59a USG (Entwurf), Diss. Basel 1992, Schriftenreihe des Instituts für Internationales Recht und Internationale Beziehungen, Band 58, Basel-Frankfurt am Main, 1993.
- Pfeifer, A., *Produktfehler oder Fehlverhalten des Produzenten*, Das neue Produkthaftungsrecht in Deutschland, den USA und nach der EG-Richtlinie, Schriften zum Internationalen Recht, Band 41, Berlin, 1987.
- Phillips, J.J., *Comments on Van Ballegooijen v. Bayer Nederland from an American Perspective*, Consumer Law Journal, 1994, blz. 43.
- Phillips, J.J., *Comments on the Wright-Twerski Colloquy Concerning the Joint Liability Debate*, Tennessee Law Review, vol. 57, 1990, blz. 321 e.v.
- Pineau, J. en Ouellette, M., *Théorie de la responsabilité civile*, Montréal, 1980.
- Planteydt, H.T., *Asbestos Exposure and Health*, Tijdschrift voor Milieu-aansprakelijkheid, 1991, blz. 56 e.v.
- Planque de, J.H.W., *Aansprakelijkheid in geval van bodemverontreiniging*, Bouwrecht, 1985, blz. 689 e.v.
- Polak, J.M., *De afscheidscolleges van Herman Schoordijk*, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, nr. 6031, 1992, blz. 2 e.v.
- Polak, R.J., *Aanspraak en aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, Zwolle, 1949.
- Posch, W., *Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten*, in: A. Fenyves en H.-L. Weyers (Hrsg.), *Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten*, Arbeiten zur Rechtsvergleichung nr. 138, Frankfurt am Main, 1988.
- Poulter, S.R., *Science and Toxic Torts: Is There A Rational Solution to the Problem of Causation?*, High Technology Law Journal, vol. 7, 1992, blz. 189 e.v.
- Pressler, L. en Schieffer, K.V., *Joint and Several Liability: A Case for Reform*, Denver University Law Review, vol. 64, 1987, blz. 651 e.v.
- Price, D.P.T., *Causation: The Lord's Lost Chance?*, International and Comparative Law Quarterly, vol. 38, 1989, blz. 735 e.v.
- Produkthaftungshandbuch/Foerste, *Produkthaftungshandbuch*, Band 1, Vertragliche und deliktische Haftung, Strafrecht und Produkt-Haftpflichtversicherung (verwezen wordt naar het gedeelte bewerkt door Foerste), München, 1989.
- Prosser and Keeton on Torts, W. Page Keeton (General Editor), *Prosser and Keeton on the Law of Torts*, St. Paul (Minneapolis), 1984 + Pocket Part 1988.
- Pugh, C. en Day, M., *Toxic Torts*, New Law Journal, vol. 141, 1991, blz. 1549-1550 en 1596-1598.

Q

- Quendoz, R., *Modell einer Haftung bei alternative Kausalität*, Diss. Zürich 1992, Zürcher Studien zum Privatrecht, nr. 85, Zürich, 1991.
- Quickenborne, M. van, *De oorzakelijkheid in het recht van de burgerlijke aansprakelijkheid*, diss. Gent 1972, Brussel, 1972.
- Quickenborne, M. van, *Het regres van de « in solidum » veroordeelde schuldenaar*, Antwerpen-Amsterdam, 1975.
- Quickenborne, M. van, *De verbintenis « in solidum » in een impasse?*, Rechtskundig Weekblad, 1978, blz. 2621 e.v.

R

- Reisig, R.A., *The Loss of Chance Theory in Medical Malpractice Cases: An Overview*, American Journal of Trial Advocacy, vol. 13, 1990, blz. 1163 e.v.
- Restatement of the Law (second), *Restatement of the Law, Second*, as adopted and Promulgated by the American Law Institute at Washington, D.C., Torts 2d, 1965, Contracts 2d, 1981, St. Paul, Minnesota.
- RGRK-Steffen, *Das Bürgerliche Gesetzbuch*, mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes. Kommentar herausgegeben von Mitgliedern des Bundesgerichtshofes (verwezen wordt naar het gedeelte bewerkt door Steffen), Berlin, New York, 1989.
- Rheingold, P.D., *The Hymowitz Decision — Practical Aspects of New York DES Litigation*, Brooklyn Law Review, vol. 55, 1989, blz. 883 e.v.
- Ridder, M.J.J. de, *Kansverlies als schadefactor bij medische aansprakelijkheid*, Ars Aequi, 1995, blz. 548 e.v.
- Ridder, M.J.J. de, noot bij Hof Amsterdam 4 jan. 1996 (*Wever/De Kraker*), Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1997, blz. 58 e.v.
- Ries, G., *Zur Haftung der Nebentäter nach § 830 und § 840 BGB*, Archiv für die civilistische Praxis, 1977, blz. 541 e.v.
- Rizzo, M.J. en Arnold, F.S., *Causal Apportionment in the Law of Torts: An Economic Theory*, Columbia Law Review, vol. 80, 1980, blz. 1399. e.v.
- Rizzo, M.J. en Arnold, F.S., *Causal Apportionment: Reply to the critics*, Journal of Legal Studies, vol. 15, 1986, blz. 219 e.v.
- Robertson, G., *Overcoming the Causation Hurdle in Informed Consent Cases: The Principle in McGhee vs. N.C.B.*, University of Western Ontario Law Review, vol. 22, 1984, blz. 75 e.v.
- Robinson, G.O., *Probabilistic Causation and Compensation for Tortious Risk*, Journal of Legal Studies, vol. 14, 1985, blz. 779 e.v.
- Roelvink, H.L.J., *De aansprakelijkheid van de werkgever*, in: Personenschade door bedrijfsongevallen, inleidingen LSA 1993, Lelystad, 1993.
- Ronse, J., *Schade en schadeloosstelling*, Gent, 1984.
- Roosen, J.M.H., *Enkele opmerkingen over verscheidene oorzaken*, in: Civielrechtelijke Aansprakelijkheid voor Milieuschade, 1987, blz. 97 e.v.

- Rose, G. en Barker, D., *Inleiding tot de epidemiologie*, oorspronkelijke titel: *Epidemiology for the uninitiated*, vertaling: P.B.G. ten Ham en R.H. Rijntjes, Alphen aan den Rijn-Brussel, 1987.
- Rosenberg, D., *The Causal Connection in Mass Exposure Cases: A "Public Law" Vision of the Tort System*, Harvard Law Review, vol. 97, 1984, blz. 849 e.v.
- Rosenberg, D., *Toxic Tort Litigation: Crisis of Chrysalis? A Comment on Feinberg's Conceptual Problems and Proposed Solutions*, Houston Law Review, vol. 24, 1987, blz. 183 e.v.
- Ross, I., *Products Liability: DES Litigation and Successor Liability*, Annual Survey of American Law, 1985, blz. 863 e.v.
- Roth, R., *Causation and the Burden of Proof: An Age Old Dilemma and A New Age Approach*, The Advocate's Quarterly, vol. 14, 1993, blz. 70 e.v.
- Rother, W., *Adäquanztheorie und Schadensverursachung durch Mehrere*, Neue Juristische Wochenschrift, 1965, blz. 177 e.v.
- Roubik, L.M., *Recovery for "Loss of Chance" in A Wrongful Death Action*, Washington Law Review, vol. 59, 1984, blz. 981 e.v.
- Ruers, R.F., *Collectieve regeling voor asbestslachtoffers*, Tijdschrift voor Milieu-aansprakelijkheid, 1996, blz. 105 e.v.
- Rummel-Reischauer, *Kommentar zum Allgemeinen Bürgerlichen Gesetzbuch*, herausgegeben von Peter Rummel, Band 2, (verwezen wordt naar het gedeelte bewerkt door Reischauer), Wien, 1984.
- Rutten, L.E.H., *Het recht op schadeloosstelling van de eigenaar van een auto welke als gevolg van een aanrijding een waardevermindering heeft ondergaan*, Verkeersrecht, 1964, blz. 73 e.v.
- Rutten-Roos, A., *Meerdere schadeveroorzakende factoren bij schade uit onrechtmatige daad*, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, nr. 5154, 1971, blz. 531 e.v.
- Rijken, G.J. en Rinkes, J.G.J., noot bij HR 9 oktober 1992 (DES), Tijdschrift voor Consumentenrecht, 1992, blz. 325 e.v.
- Rijken, G.J. en Schneider, H., *bespreking van : "Produktenaansprakelijkheid"*, *Nieuwenhuis en Barendrecht*, Kwartaalbericht Nieuw BW, 1988, blz. 129 e.v.

S

- Salomons, R.A., *boekbespreking: J.Spier, Sluipende schade*, Verzekerings-archief, 1991, blz. 354.
- Saluden, M., noot bij Cass.Civ. 1re 17 nov. 1982, Juris-Classeur Périodique, 1983, II 20056.
- Sarno, G.G., *Infliction of Emotional Distress: Toxic Exposure*, Annotation, American Law Reports, fifth series, vol. 6, blz. 162 e.v.
- Sarno, G.G., *Tort Liability for Nonmedical Radiological Harms*, Annotation, American Law Reports, fourth series, vol. 73, blz. 582 e.v.
- Savatie, R., *Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?*, Recueil Dalloz, 1970, chronique, blz. 123 e.v.
- Schadevergoeding (Boonekamp), losbladige uitgave onder redactie van A.R. Bloembergen, samengesteld door A.R. Bloembergen, A.T. Bolt en R.J.B.

- Boonekamp (verwezen wordt naar het gedeelte bewerkt door Boonekamp), Deventer, 1992 -.
- Schaefer, E.J., *Uncertainty and the Law of Damages*, William and Mary Law Review, vol. 19, 1978, blz. 719 e.v.
- Schellen, J. van, *Adequaat causaal verband en toerekening naar redelijkheid*, in: Non Sine Causa, Scholten-bundel, Zwolle, 1979.
- Schellen, J. van, *Juridische causaliteit*. Een onderzoek naar het oorzakelijkheidsvereiste in het civiele aansprakelijkheidsrecht, diss. UvA 1972, Deventer, 1972.
- Schellen, J. van, *Toerekening naar redelijkheid naar huidig en komend recht*, Studiepocket Privaatrecht, nr. 35, Zwolle, 1985.
- Scheske, J.J., *The reform of joint and several liability theory: a survey of state approaches*, Journal of Air Law and Commerce, vol. 54, 1988, blz. 627 e.v.
- Schmidt-Salzer, J., *Kommentar zum Umwelthaftungsrecht*, Heidelberg, 1992.
- Schneider, U.H., Anmerkung zu BGH 22 juni 76, Juristische Rundschau, 1977, blz. 327 e.v.
- Schoenberger, A.E., *Medical Malpractice Injury. Causation and Valuation of the Loss of a Chance to Survive*, Journal of Legal Medicine, vol. 6, 1985, blz. 51 e.v.
- Scholl, C., *Wahrscheinlichkeit, Statistik und Recht*, Juristenzeitung, 1992, blz. 122 e.v.
- Scholten, G.J., *Grondslag en bronnen van verbintenissen*, Monografiën Nieuw BW A-2, Deventer, 1983.
- Schoordijk, H.C.F., Boekbespreking Asser-Hartkamp I, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, nr. 5707, 1984, blz. 484 e.v.
- Schoordijk, H.C.F., *Het algemeen gedeelte van het Verbintenissenrecht naar Nieuw BW*, Deventer, 1979.
- Schoordijk, H.C.F., *Beschouwingen over drie-partijen-verhoudingen van obligatieve aard*, diss., Zwolle, 1958.
- Schoordijk, H.C.F., *Regres en subrogatie naar wordend recht*, Rechtsgeleerd Magazijn Themis, 1967, blz. 147 e.v.
- Schroeder, C.H., *Corrective Justice and Liability for Increasing Risks*, University of California Los Angeles Law Review, vol. 37, 1990, blz. 439 e.v.
- Schroeder, C.H., *Corrective Justice, Liability for Risks, and Tort Law*, University of California Los Angeles Law Review, vol. 38, 1990, blz. 143 e.v.
- Schubert, M., *Asbestgefahren als rechtliches Ordnungsproblem — Erfahrungen aus den Vereinigten Staaten von Amerika*, Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, Vol. 47, 1983, blz. 367 e.v.
- Schuck, P.H., *Agent Orange on Trial*. Mass Toxic Disasters in the Courts, Cambridge (Mass.), 1986.
- Schuermans, L. e.a., *Overzicht van de rechtspraak onrechtmatige daad, schade en schadeloosstelling (1977-1982)*, Tijdschrift voor Privaatrecht, 1984, blz. 511 e.v.
- Schuermans, L. e.a., *Overzicht van rechtspraak. Onrechtmatige daad. Schade en Schadeloosstelling (1983-1992)*, Tijdschrift voor Privaatrecht, 1994, blz. 851 e.v.

- Schut, G.H.A., *Rechtelijke verantwoordelijkheid en wettelijke aansprakelijkheid*, diss. VU 193, Zwolle, 1963.
- Schut, G.H.A., *Produktaansprakelijkheid*, Zwolle, 1974.
- Schut, G.H.A., *De aard van de aansprakelijkheid en van de schade*, Rechtsgeleerd Magazijn Themis, 1978, blz. 380 e.v.
- Schut, G.H.A., *Rechtshandeling, overeenkomst en verbintenis volgens BW en Nieuw BW*, Studiepocket Privaatrecht, nr. 15, Zwolle, 1987.
- Schut, G.H.A., *Toerekenen in het aansprakelijkheidsrecht*, Rechtsgeleerd Magazijn Themis, 1989, blz. 171 e.v.
- Schut, C.H.A., *Onrechtmatige daad volgens BW en Nieuw BW*, Studiepocket Privaatrecht, nr. 21, Zwolle, 1990.
- Schuijjer, E.I., *Alternatieve causaliteit*, in: Jaarboek Consumentenrecht 1994, Deventer, 1994.
- Schwartz, V.E. en Mahshigian, V., *Failure to Identify the Defendant in Tort Law: Towards a Legislative Solution*, California Law Review, vol. 73, 1985, blz. 941 e.v.
- Schwerdtner, E., *Die Lastenverteilung unter mehreren Störern*, Neue Zeitschrift für Verwaltungsrecht, 1992, blz. 141 e.v.
- Scott, W., *Causation in Medico-Legal Practice: A Doctor's Approach to the "Lost Opportunity"-Cases*, Modern Law Review, vol. 55, 1992, blz. 521 e.v.
- Seavy, W.A., *Res ipsa loquitur: tabula in naufragio*, Harvard Law Review, vol. 63, 1950, blz. 643 e.v.
- Shavell, S., *Uncertainty over Causation and the Determination of Civil Liability*, The Journal of Law and Economics, vol. 28, 1985, blz. 587 e.v.
- Sherman, P., *Agent Orange and the Problem of the Indeterminate Plaintiff*, Brooklyn Law Review, vol. 52, 1986, blz. 369 e.v.
- Sick, J., *Beweisrecht im Arzthaftpflichtprozeß*, Recht und Medizin, Band II, Frankfurt am Main, 1986.
- Simons, K.W., *Corrective Justice and Liability for Risk-Creation: A Comment*, University of California Los Angeles Law Review, vol. 38, 1990, blz. 113 e.v.
- Slotboom, A., *Statistiek in woorden*. Een gebruikersvriendelijke beschrijving van de meest voorkomende termen en technieken, Groningen, 1991.
- Sluyters, B., *De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis*, preadviezen NVR, nr. 34, Deventer, 1984.
- Smith, D.H., *Increased Risk of Harms: A New Standard for Sufficiency of Evidence of Causation in Medical Malpractice Cases*, Boston University Law Review, vol. 65, 1985, blz. 275 e.v.
- Smith, J.C., *Liability in negligence*, Londen, 1984.
- Snijder, E.E.I., *Van market share liability naar pollution share liability?*, Tijdschrift voor Milieu-aansprakelijkheid, 1990, blz. 141 e.v.
- Soergel-Zeuner, A., *Bürgerliches Gesetzbuch*, Kohlhammer-Kommentar (verwezen wordt naar het gedeelte bewerkt door Zeuner), Stuttgart-Berlin-Köln-Mainz, 1985.
- Spier, J., *Onrechtmatige Overheidsdaad*, Studiepockets Privaatrecht nr. 28, Zwolle, 1987.
- Spier, J., *Sluipende schade*, oratie KUB 1990, Deventer 1990.

- Spier, J., *Internationale aspecten van produktenaansprakelijkheid*, in: *Produkt en Aansprakelijkheid*, Lelystad, 1991.
- Spier, J., *Milieu-verontreiniging op scherp: uitbreiding van de wet bodembescherming*, Tijdschrift voor Milieu-aansprakelijkheid, 1991, blz. 21 e.v.
- Spier, J., *Boekbespreking: R.J.B. Boonekamp, Onrechtmatige Daad in groepsverband volgens NBW*, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, nr. 6029, 1991, blz. 857 e.v.
- Spier, J., noot bij Hof Amsterdam 22 nov. 1990 (*Des*), Tijdschrift voor Milieu Aansprakelijkheid 1991, blz. 40.
- Spier, J., *Bezittersaansprakelijkheid: een nieuw wapen bij milieuverontreiniging?*, in: *Quod Licet* (Kleijn-bundel), Deventer, 1992.
- Spier, J., *Des-arrest*, noot bij HR 9 okt. 1992, *Bedrijfjuridische Berichten*, 1992, blz. 207 e.v.
- Spier, J., *De Des-dochters*, noot bij HR 9 okt. 1992, *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht*, 1992, blz. 193 e.v.
- Spier, J., *Gecomplieerde verjaringskwesaties*, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, 1992, blz. 589 e.v.
- Spier, J., *De maalstroom van het aansprakelijkheidsrecht*, voordracht Houthoff 24 maart 1992, Rotterdam, 1992.
- Spier, J., *Persoonlijke aansprakelijkheid van bestuurders van rechtspersonen*, *Milieu en Recht*, 1992, blz. 130 e.v.
- Spier, J., *Schadevergoeding: algemeen, deel 3*, monografiën Nieuw BW B-36, Deventer, 1992.
- Spier, J., *Joint and Several Liability of DES Manufacturers: a Dutch Tort Crisis?*, *International Insurance Law Review*, vol. 6, 1993, blz. 176 e.v.
- Spier, J., *Verdere verscherping van de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsongevallen*, *Aansprakelijkheid en Verzekering*, 1993, blz. 33 e.v.
- Spier, J., *Asbest en aansprakelijkheid*, in: *Asbest en aansprakelijkheid. Bewijsvragen, milieu- en produktenaansprakelijkheid*, Arnhem, 1994.
- Spier, J., *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad*, pre-advies Nederlandse Juristen Vereniging, Zwolle, 1996.
- Spier, J. en Akkermans, A.J., *Polycausaliteit en rechterlijke matiging*, Tijdschrift voor Milieu-aansprakelijkheid, 1991, blz. 157 e.v.
- Spier, j., Maanen, G.E. van, en Sterk, C.H.W.M., *Van schuld naar risico? Enkele opmerkingen over ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht*, in: *Aansprakelijkheden*, NGB Bundel 1990, Deventer, 1990.
- Spier, J., en Sterk., C.H.W.M., *De draft convention on civil liability for damage resulting from activities dangerous to the environment*, *Milieu en Recht*, 1992, blz. 591 e.v.
- Spier, J., en Sterk, C.H.W.M., *Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen*, Deventer, 1995.
- Staafl, R. en Yandle, B., *Market-Share Liability and the Production of Defects*, *Journal of Product Liability*, vol. 13, 1991, blz. 121 e.v.
- Stapleton, J., *Disease and the Compensation Debate*, Oxford, 1986.
- Stapleton, J., *The Gist of Negligence*, *The Law Quarterly Review*, vol. 104, 1988, blz. 213 e.v.

- Stapleton, J., *Duty of Care and Economic Loss: A Wider Agenda*, The Law Quarterly Review, vol. 107, 1991, blz. 249 e.v.
- Starck, B., *La Pluralité des causes de dommage et la responsabilité civile*, Juris-Classeur Périodique, 1970, I 2339.
- Starck, B., Roland, H., en Boyer, L., *Droit Civil, Obligations, 1. Responsabilité délictuelle*, Parijs, 1988.
- Stark, E.W., *Entlastungsgründe im Haftpflichtrecht*, diss., Zürich, 1946.
- Stauder, C., *Probleme der Mehrtäterschaft in deutschen, französischen und englischen Deliktsrecht*, diss., Bonn, 1964.
- Staudinger-Schäfer, J. von *Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* (verwezen wordt naar het gedeelte bewerkt door K. Schäfer), Berlin, 1986.
- Steagall, R.L., *Loss of Chance of Survival in Medical Malpractice Cases*, Illinois Bar Journal, vol. 79, 1991, blz. 490 e.v.
- Steffen, E., *Neue Entwicklungslinien der BGH-Rechtsprechung zum Arzthaftungsrecht*, Keulen, 1992.
- Steindorff, E., *Abstrakte und konkrete Schadensberechnung*, Archiv für die civilistische Praxis, 1959, blz. 431 e.v.
- Sterk, C.H.W.M., *Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht*, diss. KUB 1994, Deventer, 1994.
- Sterk, C.H.W.M., Spier, j., en Maanen, G.E. van, *Van schuld naar risico? Enkele opmerkingen over ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht*, in: Aansprakelijkheden, NGB Bundel 1990, Deventer, 1990.
- Sterk, C.H.W.M., en Spier, J., *De draft convention on civil liability for damage resulting from activities dangerous to the environment*, Milieu en Recht, 1992, blz. 591 e.v.
- Sterk, C.H.W.M., en Spier J., *Aansprakelijkheid voor gevaarlijke stoffen*, Deventer, 1995.
- Stolker, C.J.J.M., *Mitgegangen, mitgehangen?*, Kwartaalbericht Nieuw BW nr. 4, 1987, blz. 125 e.v.
- Stolker, C.J.J.M., *Aansprakelijkheid voor de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, diss., Deventer, 1988.
- Stolker, C.J.J.M., *Van arts naar advocaat. Aansprakelijkheid voor medische fouten in Amerika. Een les voor Nederland?*, Deventer, 1989.
- Stolker, C.J.J.M., *Aansprakelijkheid voor bloedprodukten en bloedtransfusies*, Nederlands Juristenblad, 1995, blz. 685 e.v.
- Stolker, C.J.J.M., *"U bent met te veel, dus u krijgt niets!"*, Amerikaanse ervaringen met collectief schadeverhaal, in: Massaschade, Inleidingen LSA 1996, Lelystad, 1996.
- Stolker, C.J.J.M. en Levine, D.I., *AIDS-phobia. Schadevergoeding voor angst*, Nederlands Juristenblad, 1996, blz. 882 e.v.
- Stoll, H., *Kausalzusammenhang und Normzweck im Deliktsrecht*, Antrittsvorlesung 1967, Tübingen, 1968.
- Stoll, H., *Consequences of Liability: Remedies*, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XI, Torts, Chapter 8, Tübingen / Dordrecht-Boston-Lancaster, 1972 (met supplement 1986).

- Stoll, H., *Haftungsfolgen im bürgerlichen Recht*. Ein Darstellung auf rechtsvergleichender Grundlage, Freiburger rechts- und staatswissenschaftliche Abhandlungen Band 58, Heidelberg, 1993.
- Stoll, H., *Schadensersatz für verlorene Heilungschancen vor englischen Gerichten in rechtsvergleichender Sicht*, in: Der Schadensersatz und seine Deckung, Festschrift für Erich Steffen, blz. 465 e.v., Berlin, New York, 1995.
- Storme, M.E., *Kausaliteit in het Belgische aansprakelijkheids- en verzekeringsrecht*, Verkeersrecht, 1990, blz. 225 e.v.
- Strachan, D.M.A., *The Scope and Application of the "But for" Causal Test*, Modern Law Review, vol. 33, 1970, blz. 386 e.v.
- Street, H., *The Law of Torts*, Londen, 1983.
- Strudler, A., *Mass Torts and Moral Principles*, Law and Philosophy, vol. 11, 1992, blz. 297 e.v.
- Stubenrouch, C.J.M., *De gifaffaire Lekkerkerk: ruim 10 jaar na dato*, Advocatenblad, 1991, blz. 211-214, 230-234.
- Stucki, R., *Mehrheit von Ersatzpflichtigen*, Zürich, 1966.
- Stürmer, R., *Entwicklungstendenzen des zivilprozessualen Beweisrechts und Arzthaftungsprozeß*, Neue Juristische Wochenschrift, 1979, blz. 1225 e.v.
- Sugarman, S.D., *Doing Away with Tort Law*, California Law Review, vol. 73, 1985, blz. 553 e.v.
- Swuste, P.H.J.J. en Burdorf, A., *Recognition of occupational diseases and introduction of preventive measures in the Netherlands 1930-1990*, Tijdschrift voor Milieu-aansprakelijkheid, 1991, blz. 49 e.v.

T

- Tancelin, M., *Des obligations, contrat et responsabilité*, Montréal, 1986.
- Taschner, H.C. en Frietsch, E., *Produkthaftungsgesetz und EG-Produkthaftungsrichtlinie*, München, 1990.
- Teff, H., *"Market Share" Liability — A Novel Approach to Causation*, International and Comparative Law Quarterly, vol. 31, 1982, blz. 840 e.v.
- Teulings, J.G., *D.E.S. and Market Share Liability in the Netherlands*, Law Quarterly Review, vol. 110, 1994, blz. 228 e.v.
- Thomson, J.J., *The Decline of Cause*, Georgetown Law Journal, vol. 76, blz. 137 e.v.
- Thunnissen, F.H.A.M., *Hoeft rechtszekerheid niet in het milieu*, Nederlands Juristenblad, 1990, blz. 1511 e.v.
- Tjittes, R.P.J.L., *De tijdelijke regeling verhaalsrechten*, Nieuwsbrief BW, 1992, blz. 10 e.v.
- Tjittes, R.P.J.L., *Causaliteitsonzekerheid bij massaschade*, in: Massaschade, Inleidingen LSA 1996, Lelystad 1996.
- Tourneau, P. le, en Cadiet, L., *Droit de la Responsabilité*, Parijs, 1996.
- Trebilcock, M.J., *The Social Insurance-Deterrence Dilemma of Modern North American Tort Law: A Canadian Perspective on the Liability Insurance Crisis*, San Diego Law Review, vol. 24, 1987, blz. 929 e.v.
- Treitel, G.H., *The Law of Contract*, Londen, 1991.

- Tribe, L.H., *Trial by mathematics: Precision and Ritual in the Legal Process*, Harvard Law Review, vol. 84, 1971, blz. 1329 e.v.
- Tribe, L.H., *A Further Critique of Mathematical Proof*, Harvard Law Review, vol. 84, 1971, blz. 1810 e.v.
- Von Tuhr/Escher, *Allgemeine Teil des Schweizerischen Obligationsrechts*, Band 2, Zürich, 1974.
- Von Tuhr/Peter, *Allgemeine Teil des Schweizerischen Obligationsrechts*, Band 1, Zürich, 1979.
- Twerski, A.D., *The Joint Tortfeasor Legislative Revolt: A Rational Response to the Critics*, University of California Davis Law Review, vol. 22, 1989, blz. 1125 e.v.
- Twerski, A.D., *The Baby Swallowed the Bathwater: A Rejoinder to Professor Wright*, University of California Davis Law Review, vol. 22, 1989, blz. 1161 e.v.
- Twerski, A.D., *Market Share — A Tale of Two Centuries*, Brooklyn Law Review, vol. 55, 1989, blz. 869 e.v.
- Tzouganatos, D., *Anmerkung zur Des-Entscheidung des Hoge Raad vom 9.10.1992*, European Review of Private Law, vol. 2, 1994, blz. 461 e.v.

V

- Vacarie, I., *La perte d'une chance*, Revue de la Recherche Juridique, 1987, blz. 903 e.v.
- Van, A.J., *Statistisch bewijs van causaal verband*, Tijdschrift voor Milieu-aansprakelijkheid, 1994, blz. 109 e.v.
- Van, A.J., *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit*, diss. EUR 1995, Arnhem, 1995.
- Van, A.J., *Statistiek en bewijsrecht*, Nederlands Juristenblad, 1995, blz. 1466 e.v.
- Van, A.J., en Nijs, H.G.T., *Asbest, tabaksrook en longkanker*, Tijdschrift voor Milieu Aansprakelijkheid 1996, blz. 45 e.v.
- Vandenberghe, H. en Van Quickenborne, J., *Overzicht van rechtspraak aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad 1979-1984*, Tijdschrift voor Privaatrecht, 1987, blz. 1536 e.v.
- Vansweevelt, T., *Schade wegens verlies van een kans: een toepassing op de medische aansprakelijkheid*, noot bij Cass. 19 jan. 1984, Revue Générale des Assurances et des Responsabilités, 1986, nr. 11084.
- Vansweevelt, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, diss. Antwerpen 1991, Antwerpen-Apeldoorn-Brussel, 1992.
- Veen, G.A. van der, *Bodemsanering en kostenverhaal. De aansprakelijkheid voor bodemverontreiniging in Nederland en Duitsland*, Deventer, 1992.
- Verier, J.-M., *Les droits éventuels*. Contribution à l'étude de la formation successive des droits, Parijs, 1955.
- Verkade, D.W.F., Sint Truiden, Ph. van, en Maassen, J.F.C., *Produkt in gebreke. Produktaansprakelijkheid naar Nederlands en EEG-recht*, Alphen aan den Rijn, 1990.
- Verkuijlen, P., *Statistiek en kansbepalingen*, Nederlands Juristenblad, 1995, blz. 903.

- Verbintenissenrecht I (den Tonkelaar), *Verbintenissenrecht*, band I, losbladige uitgave onder redactie van C.J.H. Brunner en E.H. Hondius (verwezen wordt naar het gedeelte bewerkt door Den Tonkelaar), Deventer.
- Veuchelen, L., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor kernongevallen naar Belgisch recht*, in: De aansprakelijkheid voor het nucleaire risico, Antwerpen-Apeldoorn, 1993, blz. 37 e.v.
- Viney, G., *Les Obligations. La responsabilité: conditions*, Traité de Droit Civil, Tome IV, Parijs, 1982.
- Vinke, H. en Wilthagen, T., *De mobilisering van het recht door asbestslachtoffers*, Rechtshulp, 1992, blz. 2 e.v.
- Vranken, J.B.M., *Themis en het vermogensrecht Nieuw BW*, Nederlands Juristenblad, 1988, blz. 675 e.v.
- Vranken, J.B.M., *Recente rechtspraak*, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, nr. 6034, 1992, blz. 82 e.v.
- Vranken, J.B.M., *Het alles of niets bij exoneratiebedingen*, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, nr. 6142, 1994, blz. 453 e.v.
- Vranken, J.B.M., *Maatwerk of konfektie in het verbintenissenrecht*, in: CJHB (Brunner-bundel), Deventer, 1994.
- Vranken, J.B.M., *Schaalvergroting in het vermogensrecht*, Nederlands Juristenblad, 1995, blz. 117 e.v.

W

- Wagenfeld, M., *Ausgleichsansprüche unter solidarisch haftenden Deliktsschuldern im englischen und deutschen Recht*, Tübingen, 1972.
- Wagner, W.E., *Trans-Science in Torts*, Yale Law Journal, vol. 96, 1986, blz. 428 e.v.
- Wallace, I.N.D., *Negligence and Defective Buildings: Confusion Confounded?*, The Law Quarterly Review, vol. 105, 1989, blz. 46 e.v.
- Wansink, J.H., *Causaliteit en (on)verzekerbaarheid*, in: Is verzekeren nog verzekerd?, Voordrachten Houthoff, 28 sept. 1995, Zwolle, 1995.
- Wassenaer van Catwijck, A.J.D. van, *Eigen schuld*, diss., Groningen, 1971.
- Wassenaer van Catwijck, A.J.D. van, *Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding*, Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie, nr. 5361, 1976, blz. 551 e.v.
- Wassenaer van Catwijck, A.J.D. van, *Motorrijtuigaansprakelijkheid, een botsing van belangen*, in: Schadeverhaal, BW-krant jaarboek 1987, Leiden, 1987.
- Wassenaer van Catwijck, A.J.D. van, *Polycausaliteit. Wanneer wordt Rijnwater rein water?*, in: Ter recognitie. Van der Linden-bundel, Hilversum, 1987.
- Wassenaer van Catwijck, A.J.D. van, *Polycausaliteit*, Verkeersrecht, 1988, blz. 88 e.v.
- Wassenaer van Catwijck, A.J.D. van, *Boekbespreking: J. Spier, Sluipende schade*, Rechtsgeleerd Magazijn Themis, 1992, blz. 246 e.v.
- Wassenaer van Catwijck, A.J.D. van, *Boekbespreking: R.J.B. Boonekamp,*

- Aansprakelijkheid in groepsverband volgens NBW, Rechtsgeleerd Magazijn Themis, 1992, blz. 439 e.v.
- Wassenaer van Catwijck, A.J.O. van, *DES-dochters winnen eerste ronde; putatieve causaliteit bij produktenaansprakelijkheid aanvaard. Hoge Raad anticipeert en expliceert art. 6:99 BW*, Bedrijfjuridische Berichten, 1992, blz. 209 e.v.
- Wassenaer van Catwijck, A.J.D. van, noot bij *DES*-arrest, Verkeersrecht, 1993, blz. 60 e.v.
- Wassenaer van Catwijck, A.J.D. van, *Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid*, Studiepockets Privaatrecht nr. 36, Zwolle, 1995.
- Weckerle, T., *Die deliktische Verantwortlichkeit mehrerer*, diss., Göttingen, 1974.
- Weinrib, E.J., *A Step Forward in Factual Causation*, Modern Law Review, vol. 38, 1975, blz. 518 e.v.
- Weir, T., *Complex Liabilities*, International Encyclopedia of Comparative Law, Vol. XI, Torts, Chapter 12, Tübingen / Dordrecht-Boston-Lancaster, 1971 (met supplement 1983).
- Wellington, H.H., *Asbestos: The Private Management of A Public Problem*, Cleveland State Law Review, vol. 33, 1984-85, blz. 375 e.v.
- Wiggers-Rust, L.F., *Bodemverontreiniging*. Verhaalsacties ex artikel 21 van de interimwet Bodemsanering, Nederlands Juristenblad, 1989, blz. 1506 e.v.
- Wikeley, N.J., *Industrial Disease and the Onset of Damage*, The Law Quarterly Review, vol. 105, 1989, blz. 19 e.v.
- Willging, K.J., *Falcon vs Memorial Hospital: A Rational Approach to Loss-of-Chance Tort Actions*, Journal of Contemporary Health Law and Policy, vol. 9, 1993, blz. 545 e.v.
- Williams, G.L., *Comment an Cook v. Lewis*, Canadian Bar Review, vol. 31, 1953, blz. 315 e.v.
- Williams, G.L., *Joint Torts and Contributory Negligence*, Londen, 1951.
- Winfield and Jolowicz on Tort, bewerkt door W.V.H. Rogers, Londen, 1989.
- Woertman, M.J.A.L., *De aansprakelijkheid van de werkgever voor aan asbest gerelateerde ziekten. Een rechtsvergelijking met het Amerikaanse recht*, in: Jaarboek konsumentenrecht 1995, Deventer, 1995
- Wohlfarth, D.K., *Joint Tortfeasors in Toxic Substance Litigation: Paying your Fair Share*, Duquesne Law Review, vol. 29, 1991, blz. 325 e.v.
- Wolf, J.D., *Playing the Percentages: A Re-examination of Recovery for Loss of Chance*, Santa Clara Law Review, vol. 26, 1986, blz. 429 e.v.
- Wolfsbergen, A., *Onrechtmatige Daad*, Leiden, 1946.
- Wolfstone, L.L. en Wolfstone, T.J., *Recovery of Damages for the Loss of a Chance*, Medical Trial Technique Quarterly, vol. 28, 1982, blz. 121 e.v.
- Woods, H., *Comparative Fault*, Rochester (N.Y.), San Francisco (Cal.), 1987.
- Woodside, F.C. III, e.a., *Loss of Chance: A Fundamental Change in Proximate Causation*, Defense Counsel Journal, vol. 59, 1992, blz. 42 e.v.
- Woertman, M.J.A.L., *De aansprakelijkheid van de werkgever voor aan asbest gerelateerde ziekten. Een rechtsvergelijking met het Amerikaanse recht*, Jaarboek Konsumentenrecht 1995, blz. 155 e.v.
- Wright, C.A., Linden, A.M., Klar, L.N., *Canadian Tort Law*. Cases, notes and materials, Toronto, 1990.

Geraadpleegde literatuur

- Wright, R.W., *Actual Causation vs. Probabilistic Linkage: The Bane of Economic Analysis*, *Journal of Legal Studies*, vol. 14, 1985, blz. 435 e.v.
- Wright, R.W., *Causation in Tort Law*, *California Law Review*, vol. 73, 1985, blz. 1735 e.v.
- Wright, R.W., *Allocating Liability Among Multiple Responsible Causes: A Principled Defense of Joint and Several Liability for Actual Harm and Risk Exposure*, *University of California Davis Law Review*, vol. 21, 1987-88, blz. 1141 e.v.
- Wright, R.W., *Causation, Responsibility, Risk, Probability, Naked Statistics, and Proof: Pruning the Bramble Bush by Clarifying the Concepts*, *Iowa Law Review*, vol. 73, 1988, blz. 1001 e.v.
- Wright, R.W., *Throwing Out the Baby with the Bathwater: A Reply to Professor Twerski*, *University of California Davis Law Review*, vol. 22, 1989, blz. 1147 e.v.
- Wijkerslooth, L.J.F.E. de, *Regres, gewent of niet?*, in: "Een Salomons oordeel", (Salomons-bundel), Zwolle, 1991.
- Wijmen, P.C.E. van, *Vrijwillige bodemsanering en hoofdelijkheid*, *Milieu en Recht*, 1990, blz. 401.
- Wijshoff-Vogelzang, R.L.M., *Arts-Patiënt. Enige juridische aspecten van hun relatie*, diss. KUN 1985, Deventer, 1985.

X

- X, Comment: *Damages Contingent Upon Chance*, *Rutgers Law Review*, vol. 18, 1964, blz. 875 e.v.
- X, Note: *The Labor-Management Relationship: Present Damages for Loss of Future Contracts*, *Yale Law Journal*, vol. 71, 1962, blz. 563 e.v.
- X, Note: *Market Share Liability: An Answer to the DES Causation Problem*, *Harvard Law Review*, vol. 94, 1981, blz. 668 e.v.

Z

- Zahnd, B., *Pluralité de responsables et solidarité*, diss., Lausanne, 1980.
- Zant, W.F. van, *Des-dochters*, *Advocatenblad*, 1992, blz. 569 e.v.
- Zöller-Stephan, ZPO, *Zivilprozessordnung* (verwezen wordt naar het gedeelte bewerkt door Stephan), Keulen, 1984.
- Zimmermann, R., *Herausforderungsformel und Haftung für fremde Willenbetätigungen nach § 823 I BGB*, *Juristenzeitung*, 1980, blz. 10 e.v.
- Zwitser, R., *Abstracte of concrete schadeberekening: een verwarrend onderscheid*, *Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie*, nr. 5517, 1980, blz. 322 e.v.

Jurisprudentieregister

Verwezen wordt naar paginanummers. Op de vetgedrukte pagina's worden casus (kort) weergegeven en/of overwegingen geciteerd.

Nederland

Hoge Raad

HR 15 maart 1957	NJ 1957, 526	395
HR 13 april 1960	NJ 1960, 295	173
HR 5 mei 1961	NJ 1961, 421; VR 1961, 56	393,396
HR 6 december 1963	NJ 1965, 56	122
HR 13 december 1963	NJ 1964, 449 (<i>Schreuder/Van Driesten</i>)	173, 233,241
HR 30 mei 1973	NJ 1973, 492 (<i>Veghel/Hendriks</i>)	109,173
HR 21 juni 1974	NJ 1974, 453 (<i>Windmill/Roelofsen</i>)	393, 396, 401,405,410
HR 1 december 1976	NJO 1977, 1 (<i>Scheepers/Helmond</i>)	109,173
HR 27 april 1977	NJO 1977, 8 (<i>v.o.f. M. Mes/Rotterdam</i>)	109,173
HR 2 februari 1979	NJ 1979, 384 (<i>Binnendijk/IJsselcentrale</i>)	173,222
HR 12 januari 1979	NJ 1979, 362 (<i>Securicor</i>)	394
HR 23 mei 1980	NJ 1980, 466 (<i>Oranje Nassau Mijnen/Van den Broek</i>)	122,173,187,246,240
HR 13 februari 1981	NJ 1981, 456 (<i>Heesch/Reijs</i>)	2,113,185,444
HR 10 december 1982	NJ 1983, 687 (<i>Binderen/Kaya</i>)	189
HR 10 juni 1983	NJ 1984, 20 (<i>Berisa/Raymakers</i>)	409
HR 8 februari 1985	NJ 1986, 136	110,178
HR 28 februari 1986	VR 1987, 16	190
HR 9 januari 1987	NJ 1987, 948 (<i>Sweegers/Van den Hout</i>)	403
HR 8 juli 1987	VR 1988, 145	395
HR 23 oktober 1987	NJ 1988, 1017	114,186
HR 23 september 1988	NJ 1989, 743 (<i>Kalimijnen</i>)	265
HR 17 november 1989	NJ 1990, 572 (<i>De Kok/Jansens BV</i>)	393,405,410
HR 2 februari 1990	NJ 1991, 293 (<i>Vermaat/Staat</i>)	100
HR 6 april 1990	NJ 1990, 573 (<i>Janssen/Nefabas</i>)	400,405
HR 16 november 1990	NJ 1991, 55	409
HR 22 maart 1991	NJ 1991, 420 (<i>Roeffen/Thijssen</i>)	393
HR 24 mei 1991	NJ 1992, 246	221
HR 24 januari 1992	NJ 1992, 302 (<i>Kortekaas/Bethlehem</i>)	29
HR 27 maart 1992	NJ 1992, 496 (<i>Morsink/Nebem</i>)	403
HR 9 oktober 1992	NJ 1994, 535 (<i>DES</i>)	4,6,9, 12,19,20,26,71,73,75,88, 101,107,105,251,262,265,302,325,334,355,361,363,373,376,380,384
HR 16 oktober 1992	NJ 1992, 227 (<i>Bruinsma/Schuitmaker</i>)	404
HR 16 oktober 1992	NJ 1993, 157 (<i>Van Gent/Wijnants</i>)	362
HR 25 juni 1993	NJ 1993, 686 (<i>Cijsouw/De Schelde</i>)	5,9, 262,394,397, 406,409,413

Jurisprudentieregister

HR 1 juli 1993	NJ 1993, 687		400
HR 8 juli 1993	NJ 1994, 210	(<i>Hoogenboom/Unigarant</i>)	2
HR 29 oktober 1993	NJ 1994, 108	(<i>Blok/Vara</i>)	394,396
HR 24 juni 1994	NJ 1995, 137	(<i>Hollander/Wolfard & Wessels</i>)	395
HR 2 december 1994	NJ 1996, 246	(<i>ABN AMRO/Coopag</i>)	294
HR 21 oktober 1994	NJ 1995, 95		393
HR 13 januari 1995	RvdW 1995, 29	(<i>Ontvanger/Bos</i>)	227
HR 13 januari 1995	RvdW 1995, 31	(<i>De Heel/Korver</i>)	394
HR 9 juni 1995	NJ 1995, 630	(<i>Van de Luytgaarden/Schuurink</i>)	400
HR 6 oktober 1995	RvdW 1995, 203	(<i>Veenhoven/Hilbrands</i>)	394
HR 24 november 1995	NJ 1996, 271	(<i>Rust/BAM</i>)	400
HR 26 januari 1996	NJ 1996, 607	(<i>Dicky Trading II</i>)	9,208,213,394
HR 20 september 1996	NJ 1996, 747	(<i>Beurkens/Notarissen</i>)	394
HR 20 september 1996	NJ 1997, 198	(<i>Pollemans/Hoondert</i>)	403
HR 6 december 1996	RvdW 1996, 245	(<i>Fortes/Smits</i>)	394
HR 17 januari 1997	RvdW 1997, 22	(<i>Moerman/Bakker</i>)	79

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 26 april 1972	VR 1972, 139		395
Hof Amsterdam 4 april 1985	TvG 1986, 54		119
Hof Amsterdam 13 juni 1985	TvG 1986, 38		119
Hof Amsterdam 12 februari 1987	TvG 1990, 84		119
Hof Amsterdam 22 november 1990	TMA 1991, 36; TvC 1991, 123	(<i>DES</i>)	333
Hof Amsterdam 4 januari 1996	NJ 1997, 213; A&V 1996, 67;		
	TvG 1997, 58 (<i>Wever/De Kraker</i>)		2,9,10,117,219,426,428,444
Hof Arnhem 28 april 1992	VR 1993, 78		7
Hof Den Haag 5 mei 1961	NJ 1962, 401		190
Hof Den Haag 10 januari 1986	VR 1987, 123		187

Rechtbanken

Rb Amsterdam 21 januari 1987	VR 1988, 107		192
Rb Amsterdam 25 mei 1988	TvC 1988, 274	(<i>DES</i>)	333
Rb Breda 1 augustus 1989	NJ 1991, 226		243
Rb Den Bosch 25 oktober 1974	VR 1977, 11		395
Rb Rotterdam 19 november 1993	A&V 1994, 17	(<i>Khargi/ECT</i>)	395
Rb Utrecht 28 oktober 1942	NJ 1943, 231		2,114
Rb Utrecht 2 mei 1962	VR 1964, 91		190
Rb Zutphen 5 augustus 1982	VR 1986, 138		190,192
Rb Zutphen 19 december 1985	VR 1986, 138		190,192
Rb Zwolle 3 december 1969	VR 1974, 66		192
Rb Zwolle 12 oktober 1994	Adv.bl. 1995, 341		2,115

Duitsland

Bundesgerichtshof

BGH 17 december 1952	VersR 1953, 146 (<i>Wilderer-fall</i>)	34,81,83,89,91,445
BGH 16 maart 1959	BGHZ 29, 393 (<i>drie expediteurs</i>)	12,258,277,292,295,301
BGH 15 november 1960	BGHZ 33, 286 (<i>Anhalter-fall</i>)	30,32,62,66
BGH 15 december 1970	BGHZ 55, 86	30,32,63,66
BGH 30 januari 1973	BGHZ 60, 177	34
BGH 6 november 1973	BGHZ 61, 325	168
BGH 22 juni 1976	BGHZ 67, 14	30,63,66
BGH 7 november 1978	BGHZ 72, 355	30,64,70
BGH 21 september 1982	BGHZ 85, 212	164,165
BGH 23 september 1982	NJW 1983, 442	162
BGH 10 mei 1983	NJW 1983, 2080	164
BGH 28 juni 1988	NJW 1988, 2949	165
BGH 9 november 1993	NJW 1994, 127	180
BGH 11 januari 1994	NJW 1994, 932 (<i>Kindertee-fall</i>)	352

Oberlandesgerichte

OLG Bamberg 16 oktober 1947	NJW 1949, 225	31,32
OLG Braunschweig 5 december 1950	JR 1951, 658	31
OLG Celle 13 juli 1950	NJW 1950, 951	10,33,81
OLG Hamburg 18 oktober 1955	MDR 1956, 676	31
OLG Hamburg 11 april 1967	Ongepubliceerd	81,93
OLG Koblenz 20 oktober 1948	AcP 1949, 453	31
OLG Neustadt 20 december 1957	VersR 1958, 251 (<i>Bienen-fall</i>)	351,360,374

Oostenrijk

OGH 7 mei 1985	JB1 1986, 576	(<i>Schockbehandlung</i>)	37,82,108
OGH 9 november 1989	JB1 1990, 524	(<i>Zytostatikainjektion</i>)	37
OGH 10 oktober 1991	JB1 1992, 552	(<i>Gasbrandinfektion</i>)	37
OGH 4 juni 1993	EvBl 1994, 13		37,96
OGH 8 juli 1993	JB1 1994, 540	(<i>Speiserohre</i>)	37
OGH 7 november 1995	JB1 1996, 181		37,38,39

Zwitserland

Obergericht Zurich, 17 november 1988	SJZ 1989, 119 (<i>Hodenkrebs-fall</i>)	40,41,438
--------------------------------------	--	-----------

Engeland

<i>Alexander Corfield v. David Grant</i> , (1992) 59 Build.L.R. 102	138
<i>Bagley v. North Herts Health Authority</i> , (1986) 136 NLJ 1014	148,252
<i>Butcher v. Perkins</i> , (1994) 10 Const.L.J. 67 (Braintree County Court)	141
<i>Chaplin v. Hicks</i> , [1911] 2 K.B. 786 (C.A.); [1911-13] All E.R. 224	137, 146,160,162,175,182,211
<i>Church v. Ministry of Defense</i> , (1984) 134 NLJ 263	144,158,237,247
<i>Clark v. MacLennan</i> , [1983] 1 All E.R. 416	141
<i>D. and F. Estates Limited v. The Church Commissioners</i> , [1989] A.C. 177; [1988] 3 W.L.R. 368; (1988) 41 Build.L.R. 1	142
<i>Davies v. Taylor</i> , [1974] A.C. 207; [19720 3 W.L.R. 801; [1972] 3 All E.R. 836	138,201,204
<i>Domine v. Grimsdall</i> , [1937] 2 All E.R. 119	138
<i>Dunbar v. A. & B. Painters</i> , [1986] 2 Lloyd's L.R. 38 (C.A.)	138
<i>D.W. Moore & Co. Ltd. v. Ferrier</i> , [1988] 1 W.L.R. 267; [1988] 1 All E.R. 418	143,221
<i>Fitzgerald v. Lane</i> , [1988] 3 W.L.R. 356; [1988] 2 All E.R. 961 (H.L.)	68
<i>Fitzgerald v. Lane</i> , [1987] Q.B. 781; [1987] 3 W.L.R. 249; [1987] 2 All E.R. 455 (C.A.)	68
<i>Hotson v. East Berkshire Health Authority</i> , [1987] A.C. 750; [1097] 3 W.L.R. 232; [1987] 2 All E.R. 909 (H.L.)	92,138,139,146,200,204,252
<i>Hotson v. East Berkshire Health Authority</i> , [1987] 2 W.L.R. 287; [1987] 1 All E.R. 210 (C.A.)	90,138,210,219
<i>Hotson v. Fitzgerald and others</i> , [1985] 1 W.L.R. 1036; [1985] 3 All E.R. 167 (H.C.)	138,139,146,195,206
<i>Hope v. British Nuclear Fuels Plc</i> , Q.B. 8 okt. 1993, 1989 H. No. 3689.	zie bij <i>Sellafield</i> -case
<i>Kitchen v. Royal Air Forces Association</i> , [1958] W.L.R. 563	141,148,208
<i>Mallett v. McMonagle</i> , [1970] A.C. 166; [1969] 2 W.L.R. 767; [1969] 2 All E.R. 178	201,204
<i>McGhee v. National Coal Board</i> , [1973] 1 W.L.R. 1; [1972] 3 All E.R. 1008 (H.L.)	403
<i>Midland Bank v. Bardgrove Property Services Ltd.</i> , (1993) 9 Const.L.J. 49 (C.A.)	142,238
<i>Morse and Others v. Barratt (Leeds) Ltd.</i> , (1993) 9 Const.L.J. 158 (H.C.)	142
<i>Mulvaine v. Joseph</i> , (1968) 112 S.J. 927 (Q.B.); 118 NLJ 1078	138
<i>Murphy v. Brentwood District Council</i> , [1990] 3 W.L.R. 414; (1990) 50 Build.L.R.1	142
<i>Patterson v. Ministry of Defense</i> , (1987) 5 C.L. 104	144,158,237,247
<i>Reay v. British Nuclear Fuels Plc</i> , Q.B. 8 okt. 1993, 1990, R. No. 860	Zie bij <i>Sellafield</i> -case
<i>Roe v. Minister of Health</i> , [1954] 2 Q.B. 66	54
<i>Sellafield</i> -case, Q.B. 8 okt. 1993, The Independent 22 nov. 1994.	188, 257,279,283,288,290

<i>Sykes v. Midlandbank Executor and Trustee Co. Ltd.</i> , [1971] 1 Q.B. 113 (C.A.); [1970] 2 All E.R. 471	138,210
<i>Sykes v. Ministry of Defense</i> , The Times 23 maart 1984	144,158,237,247
<i>West Leigh Colliery Co Ltd. v. Tunnicliffe & Hampsom Ltd.</i> , [1908] A.C. 27	142

Verenigde staten

<i>Abel v. Eli Lilly & Co.</i> , 418 Mich. 311, 343 N.W. 2d 164 (1984)	50,57,337,355
<i>In re "Agent Orange" Product liability litigation</i> , 597 F.Supp. 740 (E.D. New York 1984)	6,13,90,271,272,289,329,348,373,378,388
<i>Allen v. United States</i> , 588 F.Supp. 247 (D. Utah 1984), <i>reversed</i> 816 F.2d 1417 (10th Cir. 1987), <i>cert. den.</i> 484 U.S. 1004; 108 S.Ct. 694.	257, 274,288,290,308
<i>Ayers v. Jackson Township</i> , 106 N.J. 557, 552 A.2d 287, 76 A.L.R. 4th 571	154, 157,225,240,319,321
<i>Boody v. United States</i> , 796 F.Supp. 1458 (K.Kan. 1989)	159
<i>Bichler v. Eli Lilly & Co.</i> , 436 N.E.2d 182, 22 A.L.R.4th 171 (N.Y. 1982)	338, 368,384
<i>Brafford v. Susquehanna Corp.</i> , 586 F.Supp. 14 (D.Co. 1984)	154,156,237
<i>In re Brooklyn Navy Yard Asbestos Litigation</i> , 971 F.2d 831 (2nd Cir. 1992)	343
<i>Brown v. Superior Court</i> , 44 Cal.3d 1049, 245 Cal.Rptr 412, 751 P.2d 470 (1988)	338
<i>Case v. Fibreboard Corp.</i> , 743 P.2d 1062 (Okl.1987)	345
<i>Celotex Corp. v. Copeland</i> , 471 So.2d 533 (Fla.1985)	344
<i>Collatz v. Fox Wisconsin Amusement Co.</i> , 300 N.W. 162 (1941)	146
<i>Collins v. Eli Lilly Co.</i> , 116 Wis.2d 166, 342 N.W.2d 37 (Wis. 1984)	102, 315,340,367,370,372,377,388
<i>Conley v. Boyle Drug Co.</i> , 570 So.2d 275 (Fla 1990)	340
<i>Cooper v. Sisters of Charity</i> , 27 Ohio St.2d 242, 272 N.E.2d 97 (1971)	90,147
<i>Cousineau v. Ford Motor Co.</i> , 140 Mich.App. 19, 363 N.W.2d 721 (1985), <i>cert. den.</i> 474 U.S. 971, 106 S.Ct. 352.	339
<i>Davis v. Graviss.</i> , 672 S.W.2d 928, 50 A.L.R. 4th 1 (Ky. 1984)	155
<i>Delaney v. Cade</i> , 756 F.Supp.1476, (D.Kan. 1991)	158
<i>DeLuca v. Merrel Dow Pharmaceuticals</i> , 911 F.2d 941	188,282
<i>Denton v. United States</i> , 1990 W.L. 98335, 1990 U.S. Dist. Lexis 8727 (D.Kan.1990)	159
<i>Evers v. Dollinger</i> , 95 N.J. 399, 471 A.2d 405 (1984)	151,155,222
<i>Falcon v. Memorial Hospital</i> , 462 N.W.2d 44 (Mich. 1990)	214
<i>Feist v. Sears, Roebuck & Co.</i> , 267 Or. 402, 267 P.2d 675 (1973)	155
<i>Fosgate v. Corona</i> , 66 N.J. 268, 330 A.2d 355 (1974)	52
<i>Goldman v. Johns-Manville Sales Corporation</i> , 33 Ohio St.3d 40, 514 N.E.2d 691 (Ohio 1987)	345
<i>Gorman v. Abbott Laboratories</i> , 599 A.2d 1364 (1991)	341
<i>Haft v. Lone Palm Hotel</i> , 478 P.2d 465, 91 Cal. Rptr.745 (1970)	402
<i>Hall v. E.I. Du Pont De Nemours & Co.</i> , 345 F.Supp. 353 (E.D.N.Y.1972)	339
<i>Hamil v. Bashline</i> , 481 Pa. 256, 392 A.2d 1280 (1978)	149

<i>Hardy v. Johns-Manville Corporation</i> , 509 F.Supp. 1353 (E.D.Tex 1981)	343
<i>Herber v. Johns-Manville Corporation</i> , 783 F.2d 79 (3rd Cir.1986)	158
<i>Herskovits v. Group Health Cooperative</i> , 99 Wash.2d 609, 664 P.2d 474 (1983)	150,169,214,452
<i>Hymowitz v. Eli Lilly and Co.</i> , 541 N.Y.2d 941 (1989)	339,341,362,383,385
<i>James v. United States</i> , 483 F.Supp. 581 (N.D. Cal 1980)	154,159,177,246
<i>Kansas City M. & O.R.Co. v. Bell</i> , 197 SW 322 (Tex.Civ.App. 1917)	146,174
<i>Kaminsky v. Hertz Corp.</i> , 94 Mich.App. 356, 288 N.W.2d 426 (1979)	69
<i>Lindsay v. Appleby</i> , 91 Ill.App.3d 705, 414 N.E.2d 885 (1980)	155
<i>Maddux v. Donaldson</i> , 362 Mich. 452, 108 N.W.2d 33, 100 ALR 2d 1 (1961)	52
<i>Mange v. Unicorn Press Inc.</i> , 129 F.Supp. 727 (S.D. New York 1955)	146
<i>In re Manguno</i> , 961 F.2d 533 (5th Cir. 1992)	411
<i>Martin v. Abbott Laboratories</i> , 102 Wash.2d 581, 689 P.2d 368 (1984)	338, 340,370,373,388
<i>Martin v. City of New Orleans</i> , 678 F.2d 1321 (5th Cir. 1982)	155
<i>Martin v. Johns-Manville Corp.</i> , 502 A.2d 1264 (Pa.Super 1985), <i>reversed in</i> <i>Martin v. Owens-Corning Fiberglas Corp.</i> , 528 A.2d 947 (1987)	1,421,434
<i>McCall v. United States</i> , 206 F. Supp. 421 (E.D.Va. 1962)	155
<i>McCormack v. Abbott Laboratories</i> , 617 F.Supp. 1521 (D.Mass.1985)	338,340
<i>McKellips v. Saint Francis Hosp.</i> , 741 P.2d 149 (Okl.1984)	214
<i>Morris v. Parke, Davis & Co.</i> , 667 F.Supp. 1332 (C.D. Cal.1987)	343,347
<i>Murphy v. City of Waterloo</i> , 123 N.W.2d 49 (1963)	159
<i>Mulcahy v. Eli Lilly & Co.</i> , 386 N.W.2d 67 (Iowa 1986)	341
<i>Pennfield v. Meadow Valley Elec.</i> , 604 A.2d 1082 (Pa.Super. 1992)	344
<i>The Pennsylvania</i> , 86 U.S. 125 (1874)	403
<i>Perez v. Las Vegas Medical Center</i> , 805 P.2d 589 (Nev. 1991)	158,214
<i>Pettway v. American Cast Iron Pipe Co.</i> , 494 F.2d 211 (5th Cir. 1974)	271, 283,293
<i>Petriello v. Kalman</i> , 576 A.2d 474 (Conn. 1990)	155
<i>Poole v. Alpha Therapeutic Corp.</i> , 696 F.Supp.351 (N.D.Ill. 1988)	343
<i>Rastelli v. Goodyear Tire & Rubber Co.</i> , 165 A.D.2d 111, 565 N.Y.S.2d 889 (3d Dep't 1991)	339
<i>In re Related Asbestos Cases</i> , 543 F.Supp. 1152 (N.D.Cal. 1982)	344
<i>Renaud v. Martin Marietta Corp.</i> , 749 F.Supp. 1545 (D.Colo. 1990)	290
<i>Roberson v. Counselman</i> , 686 P. 2d 149 (Kan. 1984)	214
<i>Thompson v. Sun City Community Hospital</i> , 688 P. 2d 605 (1984)	91,189
<i>Santiago v. Sherwin-Williams Co.</i> , 782 F.Supp. 186 (D.Mass 1992)	345
<i>Scafidi v. Seiler</i> , 119 N.J. 93, 574 A.2d 398 (1990)	151,221
<i>Schwegel v. Goldberg</i> , 209 Pa. Super. 280, 228 A. 2d 405 (1967)	155,159,237
<i>Shackil v. Lederle Laboratories</i> , 116 N.J. 155, 561 A.2d 511 (N.J.1989)	343,346
<i>Sheffield v. Eli Lilly & Co.</i> , 144 Cal.App.3d 583, 192 Cal.Rptr. 870 (1983)	343
<i>Smith v. Cutter Biological Inc.</i> , 823 P.2d 717 (Hawaii 1991)	340,343
<i>Smith v. Eli Lilly & Co.</i> , 137 Ill.2d 222, 560 N.E.2d 324 (1990)	341,366
<i>Smith v. Rapid Transit</i> , 317 Mass. 469, 58 N.E.2d 754 (1945)	69
<i>Summers v. Tice</i> , 33 Cal.2d 80, 199 P.2d 1 (1948)	47,55

<i>Sindell v. Abott Laboratories</i> , 26 Cal. 3d 588, 607 P.2d 924, 163 Cal. Rptr. 132, 2 A.L.R. 4th 1061 (1980)	50,57,265,336
<i>Starling v. Seaboard Coast Line R. Co.</i> , 533 F.Supp. 183 (1982)	345
<i>Starlings v. Ski Roundtop Corp.</i> , 493 F.Supp. 507 (M.D.Pa. 1980)	155
<i>Sterling v. Velsicol Chemical Corp.</i> , 855 F. 2d 1188 (6th Cir. 1988)	319
<i>Tirey v. Firestone Tire & Rubber Co.</i> , 22 Ohio Misc. 2d 50, 513 N.E.2d 825, (Ct.Com.Pl. 1986)	344
<i>Wachtel v. National Alfalfa Journal Co.</i> , 190 Iowa 1293, 176 N.W. 801 (1920)	146
<i>Waffen v. United States</i> , 799 F. 2d 911 (4th Cir. 1986)	91,158,189
<i>Ybarra v. Spangard</i> , 25 Cal.2d 486, 154 P.2d 687, 162 A.L.R. 1258 (1944)	48,58,60
<i>York v. Lunkes</i> , 189 Ill.App.3d 689, 545 N.E. 2d 478 (1989)	343
<i>Zaft v. Eli Lilly & Co.</i> , 676 S.W.2d 241 (Mo. 1984)	341

Canada

<i>Cook v. Lewis</i> , [1951] S.C.R. 830, [1952] 1 D.L.R. 1 (Supreme Court of Canada)	49,53,54,59
<i>Lange v. Bennett</i> , [1961] O.R. 233	53,98
<i>Laptoine v. Hôpital Le Gardeur</i> , [1989] R.J.Q. 2619, 2 C.C.L.T.2d 97, 25 Q.A.C. 33 (Cour Supérieure de Québec)	160
<i>Lawson v. Laferrrière</i> , [1991] 78 D.L.R. 4th 609 (Supreme Court of Canada)	160,195
<i>Saint-Pierre v. McCarthy</i> , [1957] Québec Rep. 421	59
<i>Seyfert v. Burnaby Hospital Society</i> , [1987] 27 D.L.R. 4th 96 (British Columbia Supreme Court)	160
<i>Wilson v. Rowsell</i> , [1970] 11 D.L.R. 3d 737 (Supreme Court of Canada)	161, 221,243
<i>Zuk v. Mihaly</i> , [1989] R.R.A.737 (Cour Supérieure de Québec)	160

Frankrijk

Cour de Cassation

Cas. Req. 17 juli 1889	S 1891, 1, 399	126
Cas. Crim. 1 juni 1932	S 1933 I 49, D 1932 I 102	133
Cas. Civ. 16 juni 1926	D 1927 I 149	131
Cas. Civ. 19 april 1956	D 1956, 538	47
Cas. Civ. 5 juni 1957	D 1957, 439	44
Cas. Civ. 5 februari 1960	D 1960, J 365	44
Cas. Civ. 1re, 14 december 1965	JCP 1966 II 14753	127
Cas. Civ. 11 februari 1966	D 1966, 228	44
Cas. Civ. 1re, 18 maart 1969	JCP 1970 II 16422	127
Cas. Civ. 1re, 27 januari 1970	JCP 1970 II 16422	127
Cas. Civ. 2e, 10 januari 1973	Rev.trim.dr.civ. 1973, 779	45

Jurisprudentieregister

Cas. Civ. 1re, 5 november 1974	Bull. civ. 1974 I 291, JCP 1974 IV 417	209
Cas. Civ. 2e, 13 maart 1975	D 1975, IR 124	44
Cas. Civ. 2e, 28 april 1975	D 1975, IR 173	45
Cas. Civ. 2e, 19 mei 1976	D 1976, 629	45,46
Cas. Civ. 27 januari 1979	Rev.trim.dr.civ. 1969, 408	129
Cas. Civ. 2e, 15 december 1980	D 1981, 455	44
Cas. Civ. 1re, 17 november 1982	D 1984, 305, JCP 1983 II 20056	129,132,194
Cas. Civ. 1re, 28 maart 1984	RJJ 1987, 928, Lexis nr. 328	183,180
Cas. Civ. 2 oktober 1984	JCP 1984 IV 338	209
Cas. Civ. 1re, 8 januari 1985	D 1986, 3906	129

Lagere instanties

Cour de Angers, 13 november 1957	D 1957, 721	44
Cour de Riom, 5 februari 1964	JCP 1964 II 13640	45

België

Hof van Cassatie

Cass. 30 nov. 1981	R.W. 1982-83, 1688	178
Cass. 19 januari 1984 (<i>amputatie</i>)	R.G.A.R. 1986, 11084	134,137

Lagere instanties

Cour d'Appel Mons 16 februari 1981	R.G.A.R. 1982, 10479	136
Mil. Ger. 24 april 1975	R.G.A.R. 1978. 9852	136

Trefwoordenregister

Verwezen wordt naar paginanummers.

abstracte schadeberekening	zie bij begroting
achtergrondrisico	zie bij risico
ADR	315
alles-of-niets-benadering	1
- arbitraire werking	87 e.v.
- en onzekere schade-omvang	109
- patstelling	85 e.v.
- omslagpunt	90,92,170,416
alternatieve benadeelde	255 e.v.
- en de belasting met een duurzaam risico	317 e.v.
- collectieve benaderingswijzen	292 e.v.
- definitie	257
- <i>general causation</i>	zie bij statistisch bewijs
- identificatieprobleem	256,293
- incorrecte compensatie	268,302 e.v.,317
- <i>most likely victim</i> -benadering	270,303
alternatieve veroorzaking	17 e.v.
- analoge toepassing artikel 6:99 BW	
- in <i>DES</i> -arrest	104,356 e.v.
- bij onzeker causaal verband	17,80 e.v.,103 e.v.,447
- België	47
- Canada	53 e.v.
- Duitsland	28 e.v.
- en eigen schuld	27,38,96 e.v.,447
- en exoneratie	93 e.v.
- Engeland	54
- Frankrijk	43 e.v.
- Nederland	19 e.v.
- niet-aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaak	80 e.v.
- onderlinge regresmaatstaf	94
- Oostenrijk	35 e.v.
- rechtsgrond	22 e.v., 55 e.v., 70 e.v.
- samenhang met groepsaansprakelijkheid	21,28
- en twijfel over de omvang van deelschades	zie bij deelschade
- Verenigde Staten	47 e.v.
- Zwitserland	39 e.v.
alternativiteit bij veroorzaker én benadeelden	258,325 e.v.
- achtergrondrisico	327 e.v.,380,378 e.v.
- en <i>anteilszweifel</i>	368,371,373,387 e.v.
- en <i>apportionment</i>	373,387 e.v.
- definitie	326,329

Trefwoordenregister

- één-voor-één-benadering	73,357 e.v.
- <i>enterprise liability</i> / groepsaansprakelijkheid	51,339,364
- marktaandeelaansprakelijkheid	334,337,342,369
- totaalbeschouwing	358 e.v., 382 e.v.
- tweezijdige alternativiteit	326
<i>balance of probabilities</i> (zie ook <i>more likely than not</i>)	89,270
<i>battle of the experts</i> / <i>expertshopping</i>	91,426
begroting	
- abstracte schadeberekening	233,235,278
- beginsel	182
- <i>ex aequo et bono</i>	182,230,295
- rechterlijke vrijheid	125
- met behulp van statistiek	zie bij statistisch bewijs
- van de waarde van een risico	229
- van de waarde van een verloren kans	181 e.v.,183
belasting met een duurzaam risico	219 e.v.
- als actuele schade	122,220
- bij de alternatieve benadeelde	317 e.v.
- definitie	120
- duurzaam risico	221
- en immateriële schade	226
- over- of ondercompensatie	154,222 e.v.
- en toekomstige schade	120,220,221,227
- als vergoedbare schade	220 e.v.
- verlies van een zekerheid	221
- vergoeden of uitstellen	227 e.v.
- kracht van gewijsde	240 e.v.
- speculative claims	224 e.v.,250,320
bewijslast	
- omkering van	
- aanmerkelijke kansverhoging	395,413 e.v.
- en alternatieve veroorzaking	56
- bij de alternatieve benadeelde	261,264
- bij arbeidsongevallen en beroepsziekten	399 e.v.,420 e.v.
- en eigen schuld	403 e.v.
- en gedeeltelijk tegenbewijs	398,419 e.v.
- bij medische fouten	118,148,164,424 e.v.
- en proportionele aansprakelijkheid	393 e.v.,419 e.v.
- rechtsgrond	402 e.v.
- en schuldaansprakelijkheid	406 e.v.
- veiligheidsnorm	394
- bij verkeer- en veiligheidsnormen	393 e.v.
- omvang marktaandelen	369 e.v.
<i>Blue bus-case</i> / taxi-voorbeeld	6,7,69,308
<i>cancerfobia</i>	225,312
causaliteitsonzekerheid	zie onzeker causaal verband
collectieve actie	zie bij alternatieve benadeelde

compensatie-argument	213,238,309
<i>conditio sine qua non</i> -verband	
- bewijs van	89
- feitelijk karakter	431 e.v.
- hypothetisch element	433,436
- uitzonderingen	434
- vereiste zekerheid	89,247
deelschade, twijfel over de omvang van	23,72 e.v.
- en alternatieve veroorzaking	72,76
- Duitsland	31
- Frankrijk	46
- gedeeltelijk overlappende aansprakelijkheid	78
- en schatting	77
- Oostenrijk	35
- en tegenbewijs	74
- Verenigde Staten	51
deductieprobleem	zie bij statistisch bewijs
definitieve schade	107,127,220,301
dubbele veroorzaking	20
één-voor-één-benadering	zie bij alternativiteit bij veroorz. én benad.
eigen schuld	
- en alternatieve veroorzaking	27,80 e.v.,96 e.v.,447
- rechtsgrond	99
- uitbreiding	96 e.v.,307
<i>enterprise liability</i>	zie bij alternativiteit bij veroorz. én benad.
epidemiologie / epidemiologisch	zie bij statistisch bewijs
<i>floodgates</i> -argument	217,226,239,312
frequentistische kansen	zie bij kansen
gedeeltelijk overlappende aansprakelijkheid	78
gedeeltelijk tegenbewijs	zie bij bewijslast
<i>general causation</i>	zie bij statistisch bewijs
groepsaansprakelijkheid	
- en <i>conditio sine qua non</i> -verband	435
- Frankrijk	45
- samenhang met alternatieve veroorzaking	21,28
- bij alternativiteit bij veroorzakers én benadeelden	zie aldaar
<i>Herskovits</i> -effect	169,219,452
<i>Hotson</i> -argument	200 e.v.
incorrecte compensatie	zie bij alternatieve benadeelde
<i>indeterminate plaintiff</i>	266,271
<i>indeterminate defendant</i>	329,337
<i>informed consent</i>	209,213
<i>insurance remedy</i>	zie bij verzekeringsremedie
kansen	
- afgesneden kansen	120,121,205,244,268,318
- begroting van waarde	zie bij begroting
- en onzekere schade-omvang	108 e.v.,177 e.v.

Trefwoordenregister

- frequentistische	186,417
- hypothetische marktwaarde	175
- immateriële schade	179 e.v.
- financiële waarde van	171 e.v.
- kans op een kans	248
- kleiner dan 50%	95
- minimale en maximale grootte	123,244 e.v.
- onzekerheid over bestaan en over grootte	183,246,251
- openstaande kansen	120,121,205,268,318
- positieve contractsbelang	177
- en statistische gegevens	zie bij statistisch bewijs
- subjectieve kansoordeel	186,192
- toekomstige	197 e.v.
- verkeerswaarde	172
- verlies van	zie bij verlies van een kans
- in het verleden	197 e.v.
kansschade	301
- begroting	zie bij begroting
- definitie	107
- deugdelijkheid concept	170 e.v.,218
- en onzekere schadeomvang	zie bij kansen
<i>kumulative Kausalität</i>	18,31
marktaandeelaansprakelijkheid	zie bij alternativiteit bij veroorz. én benad.
massaschade	255
matiging	438 e.v.
meervoudige causaliteit	4
<i>more probable (likely) than not</i> (zie ook <i>balance of probabilities</i>)	90, 147,267,269,275
<i>most likely victim</i>	zie bij alternatieve benadeelde
<i>non liquet</i>	435
omgevingsrisico	zie bij risico
onzeker causaal verband	
- en alternatieve veroorzaking	17
- en meervoudige causaliteit	4
- en onrechtmatigheid	6,50,69
- en tekortkoming	6
- indeling	5
rechtseconomische benadering	269,437 e.v.
<i>risk exposure / risk contribution</i>	267,317,340
risico	
- achtergrondrisico	223,248,356
- duurzaam risico	zie bij belasting met
- omgevingsrisico	223,281
- risicosfeer	405,411 e.v.,412,427
preventie-argument	214,239,309
<i>probabilistic causation</i>	266,437
proceskans	184

samenloop	
- van een zekere en een mogelijke oorzaak	21,30,61 e.v.
- van onzelfstandige oorzaken	98
<i>signature disease</i>	328,345
<i>specific causation</i>	zie bij statistisch bewijs
statistisch bewijs	
- betrouwbaarheidsinterval	191,252,286
- bezwaren	187,264
- <i>Bradford-Hill</i> criteria	287
- correlatie	285
- deductieprobleem	187,190,252
- epidemiologie / epidemiologisch	273,248 e.v.,320
- van <i>general causation</i>	273,281 e.v.,298,306,312
- <i>Henle-Koch-Evans Postulates</i>	287
- incidentie	284
- kleine getallen-probleem	289
- van <i>specific</i> of individueel causaal verband	264,273
- van de omvang van verloren kansen	184,187 e.v.
- relatieve risico	286
- en schadebegroting	187 e.v.,264,304 e.v.
- significantie	188
- standaardafwijking	191,252
- standaarddeviatie	191
subjectieve kansoordeel	186,192
<i>substantial factor</i>	275
tegenbewijs	
- bij twijfel over de omvang van deelschades	74
- gedeeltelijk	zie bij gedeeltelijk tegenbewijs
toekomstige schade	
- kapitalisatie tot één som	121,242,305
- en risico's	zie bij belasting met een duurzaam risico
toerekening naar kansbepaling	265, 440 e.v.
<i>toxic torts</i>	153,266,291,306,317,437
tweezijdige alternativiteit	zie bij alternativiteit bij veroorz. én benad.
verlies van een kans	
- België	133 e.v.
- bij medische fouten	116, 195 e.v.
- Canada	160 e.v.
- en causaal verband	193 e.v.
- en compensatie	213
- Duitsland	161 e.v.
- Engeland	137 e.v.
- Frankrijk	126 e.v.
- op genezing	176 e.v.,218
- kansschade	zie bij kansschade
- kritiek op	193 e.v.
- minimale en maximale grootte kans	zie bij kansen

Trefwoordenregister

- Nederland	108,112 e.v.
- en oeverloze aansprakelijkheid	216
- om onderhandelingen te voltooien	249
- bij onzekere schade-omvang	108 e.v.
- om een proces te winnen	184
- en preventie	214
- om studie af te ronden / examen te halen	205,249
- traditionele toepassingen	195 e.v.
- Unidroit Principles	125
- Verenigde Staten	146 e.v.
- verwezenlijking afhankelijk van de benadeelde	208 e.v.
- om winst te maken	207
Verzekeringsremedie	243,269,322 e.v.
Wellington-overeenkomst	313

Verschenen uitgaven van het Schoordijk Instituut in de reeks Centrum voor aansprakelijkheidsrecht

Berekening van schadevergoeding

J.M. Barendrecht en H.M. Storm (red.)

Regresrechten. Afschaffen, handhaven of uitbreiden?

W.H. van Boom, T. Hartlief en J. Spier (red.)

De ontwerpende bouwer. Over turnkey- en design & build-contracten

M.A.M.C. van den Berg en C.E.C. Jansen (red.)

Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband.

Een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid

A.J. Akkermans