

# VU Research Portal

## Veroorzaking van deelschade

Akkermans, Arno

### **published in**

Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie  
1992

### **document version**

Publisher's PDF, also known as Version of record

### **document license**

CC BY-NC

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

### **citation for published version (APA)**

Akkermans, A. (1992). Veroorzaking van deelschade. *Weekblad voor privaatrecht, notariaat en registratie*, (6043), 249-255.

### **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](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

# Veroorzaking van deelschade

Volgens het recht van verschillende landen is de veroorzaker van deelschade slechts voor een overeenkomstig deel van de totaalschade aansprakelijk. Naar Nederlands recht is dat niet anders. Een pleidooi voor de expliciete aanvaarding van deze rechtsregel en een bespreking van enkele consequenties voor mededaders, procedures ex artikel 21 IBS en marktaandeel-aansprakelijkheid.

## 1. Inleiding

Sinds enige tijd bestaat een zekere belangstelling voor problemen van aansprakelijkheid en schadevergoeding in gevallen waarin meer personen betrokken zijn bij de veroorzaking van de schade. De rechter ziet zich vaker met dit soort gevallen geconfronteerd. Te denken valt aan vorderingen tot schadevergoeding wegens milieuverontreiniging, produktaansprakelijkheid en ongeregelheden in groepsverband. Over de vraag wie voor een bepaalde schade of een deel daarvan aansprakelijk is, zijn de opvattingen niet eenduidig. Een andere reden voor deze belangstelling is de omstandigheid dat in het nieuwe BW enkele rechtsregels op dit terrein voor het eerst zijn gecodificeerd. Te wijzen valt met name op de artikelen 6:99 (alternatieve veroorzaking) en 6:166 (handelen in groepsverband).

De problematiek is veelomvattend. Ik beperk mij hier tot het geval waarbij de aansprakelijk te stellen personen elk slechts een deel van de totale schade veroorzaakten<sup>1</sup>. Dit kan zich bijvoorbeeld voor doen wanneer twee of meer personen onafhankelijk van elkaar dezelfde rivier vervuilen. Denkt men het handelen van één van hen weg, dan zou er nog steeds schade zijn ontstaan, maar minder. Ik noem dit 'veroorzaking van deelschade'. Deze figuur heeft met name aandacht getrokken in een aantal procedures inzake milieuverontreiniging. Het meest bekend is de procedure die leidde tot het *Kalimijnen*-arrest<sup>2</sup>. Zoals zal blijken speelt deze figuur ook een rol bij z.g. marktaandeelaansprakelijkheid.

## 2. Opvattingen in literatuur en rechtspraak

Het geval waarbij schade wordt veroorzaakt door meer dan één persoon wordt vaak benaderd als een geval van z.g. 'mededaderschap' (ook wel 'meerdere' of 'medeschuld' genoemd)<sup>3</sup>. Dit in de jurisprudentie ontwikkelde leerstuk kon tot voor kort als volgt onder woorden worden gebracht: Mededaderschap heeft betrekking op twee soorten gevallen. (a) Verschillende personen verrichten gezamenlijk één onrechtma-

tige daad. Elke medepleger is dan voor het geheel aansprakelijk<sup>4</sup>. (b) Er is geen sprake van bewuste samenwerking. De schade is veroorzaakt door de samenloop van twee of meer afzonderlijk gepleegde onrechtmatige daden waarvoor verschillende personen verantwoordelijk zijn. Ook dan zijn deze voor het geheel aansprakelijk<sup>5</sup>.

Vooral sinds het *Kalimijnen*-arrest wordt de vraag gesteld of de onder (b) weergegeven regel bij veroorzaking van deelschade onverkort toepasselijk is. Van Wassenaer van Catwijck en Van Dunné beantwoorden deze vraag bevestigend. Echter niet zonder bedenkingen. Van Wassenaer van Catwijck vraagt zich af of de regel van hoofdelijke aansprakelijkheid niet 'overspannen' zou raken bij een te groot aantal medeaansprakelijken<sup>6</sup>. Van Dunné twijfelt 'of die hoofdelijke aansprakelijkheid [...] op het gebied van milieuschade onverkort gehandhaafd zal blijven [...] bij omvangrijke schadegevallen'<sup>7</sup>.

De meeste auteurs beantwoorden de hiervoor gestelde vraag ontkennend. Zij zijn van mening dat elke schadeveroorzaker slechts aansprakelijk is voor het door hem veroorzaakte gedeelte van de schade<sup>8</sup>.

In de *Kalimijnen*-zaak hadden de eisers hun vordering beperkt tot een zodanig deel van de schade als overeenkwam met het aandeel van de Kalimijnen in de totale zoutbelasting van de Rijn. Dat kan men vanzelfsprekend vinden, of alleen maar verstandig<sup>9</sup>, feit blijft dat de Hoge Raad daardoor in deze kwestie geen uitsluitel heeft gegeven.

In de lagere rechtspraak speelt de hiervoor besproken vraag vooral een rol bij verhaalsacties krachtens artikel 21 Interimwet bodemsanering. Daarbij wordt relatief vaak door gedaagden aangevoerd dat de bodemverontreiniging mede werd veroorzaakt door anderen. De Staat pleegt dan te stellen dat zij niettemin voor de volledige saneringskosten aansprakelijk zijn<sup>10</sup>. De rechter is in het



Mr. A.J. Akkermans\*

\* Assistent in opleiding (AIO) vakgroep privaatrecht, Katholieke Universiteit Brabant.

1. Niet apart besproken wordt het verwante geval dat aan de ene aansprakelijke slechts een deel van de schade kan worden toegerekend, en aan de andere de volledige schade. Denk aan een casus als van het *Zitman*-arrest (HR 20 juni 1969, NJ 1969, 374 GJS) waarbij het slachtoffer van een verkeersongeval invalide werd door een fout van het ziekenhuis. De veroorzaker van het ongeval werd alle schade toegerekend. Het ziekenhuis veroorzaakte slechts een deelschade nl. dat deel van de schade dat een gevolg was van de invaliditeit. Vgl. *Restatement 2nd, Torts*, § 433 A blz. 435.

2. HR 23 sept. 1988, NJ 1989 nr. 743, onder meer besproken in TMA 1989 blz. 12 e.v., M&R 1989 blz. 24 e.v., Kwartaalbericht Nieuw BW 1989 blz. 86 e.v., AA 1989 blz. 874 e.v., VR 1988 blz. 88 e.v. Eisers waren enkele kwekers in het Westland die schade ondervonden van het hoge zoutgehalte van het water van de Rijn. Voor een deel werd dit hoge zoutgehalte veroorzaakt door lozingen van de Franse *Mines de Potasse d'Alsace* (MDPA). De eisers hadden hun vordering beperkt tot zodanig deel van de schade als overeenkwam met het aandeel van MDPA in de totale zoutbelasting van de Rijn.

3. Vgl. het verschil van mening over de beste terminologie tussen G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad* (studiepoets privaatrecht nr. 21) § 23 en A.J.O. van Wassenaer van Catwijck, *Eigen schuld en medeschuld* (studiepoets privaatrecht nr. 36) § 1.

4. HR 3 mei 1901, W. 7601, HR 18 juni 1920 NJ 1920, 797.

5. HR 4 november 1955 NJ 1956, I, LEHR (aanrijding).

6. Zie A.J.O. van Wassenaer van Catwijck, *Polycausaliteit*, (Van der Linden-bundel) blz. 417-418. In een latere versie van deze bijdrage werkt hij deze bedenking verder uit (VR 1988, blz. 88 e.v. onder 8.2-8.4).

7. J.M. van Dunné, TMA 1988 blz. 42.

8. Aldus J.H.W. de Planque, *Bouwrecht* 1985 blz. 694; Schut, a.w. (zie noot 3), blz. 79; J. Spier, *Sluipende schade* blz. 15 e.v.; S.C.J.J. Kortmann, AA 1989 blz. 884 en P.A. Kottentagen-Edzes NJB 1989 blz. 1338. Toegespitsd op z.g. 'lineair verband': J.H. Nieuwenhuis, NJ 1989 blz. 2886 en Jac. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium van het Ned. vermogensrecht*, nr. 401. Toegespitsd op 'het milieurecht': J.M.H. Roosen in *Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade* (Ver. voor Milieurecht 1987) blz. 97/98. In dezelfde zin, maar zich wat op de vlakte houdend: Th. G. Drupsteen, AA 1990 blz. 282 en N.S.J. Koeman, TMA 1990 blz. 62 onder 6. Aarzelend: R.J.B. Boonekamp, *Onrechtmatige daad in groepsverband* (diss.), blz. 212.

9. In deze laatste zin Van Wassenaer van Catwijck, a.w. (zie noot 6), blz. 417 en J.M. van Dunné TMA 1988 blz. 42.

10. Overigens doet de Staat daarbij zelden expliciet een beroep op mededaderschap. Een uitzondering is Rb Amsterdam 31 mei 1989 (*Staat/Duphar*), TMA 1990 blz. 59, R & M 1990 blz. 123, en *Artikel 21 Interimwet bodemsanering, annotaties en jurisprudentie*, uitgave Vereniging voor Milieurecht 1990-5 (hierna: VMR 1990-5), blz. 212 (van het vonnis is inmiddels beroep ingesteld). Zie P.A. Kottentagen-Edzes op blz. 60/61 van haar bijdrage in VMR 1990-5.

algemeen niet bereid de Staat daarin te volgen<sup>11</sup>.

### 3. Een blik over de grenzen

In de *International Encyclopedia of Comparative Law* schrijft A.M. Honoré dat de veroorzaker van deelschade niet aansprakelijk is voor het gedeelte van de schade dat ook zonder zijn onrechtmatige daad zou zijn ontstaan, behoudens een bijzondere grondslag voor aansprakelijkheid voor het geheel<sup>12</sup>. Honoré baseert deze conclusie op gegevens uit een groot aantal landen. Op het recht van een aantal landen ga ik nader in. Voor het overige volsta ik met een verwijzing naar het werk van Honoré<sup>13</sup>.

#### 3.1. Duitsland

Naar Duits recht onderscheidt men tussen *Mittäter* en *Nebentäter*. Men spreekt van *Mittäter* in geval van samenwerking tussen de medeplegers van één *unerlaubte Handlung*. Krachtens § 830 BGB zijn deze aansprakelijk voor het geheel. De *Figuur* van de *Nebentäter* is niet geregeld in de wet maar is een product van de rechtspraak<sup>14</sup>. In het *Münchener Kommentar* wordt zij als volgt omschreven:

'Sie liegt vor, wenn mehrere Deliktstäter durch selbständige Einzelhandlungen ohne bewußtes Zusammenwirken eine Schaden vorsätzlich oder fahrlässig verursacht haben.'<sup>15</sup>

Verwezen wordt naar een uitspraak van het *BGH*<sup>16</sup> die doet denken aan het Nederlandse *aanrijding*-arrest<sup>17</sup>. De *Mittäter* is dus sterk verwant aan onze mededader in geval van 'bewuste samenwerking' (geval A), de *Nebentäter* lijkt vergelijkbaar met onze mededader in geval van 'samenloop van oorzaken' (geval B)<sup>18</sup>. *Nebentäter* zijn als volgt aansprakelijk:

'Hat ein Nebentäter an der Entstehung des Gesamtschadens mitgewirkt, so haftet er (zB aus § 823) auf das Ganze; ist dagegen nur ein bestimmter, unterscheidbarer Teil des Schadens auf sein Verhalten zurückzuführen, so ist er nur für diesen verantwortlich.'<sup>19</sup>

Naar Duits recht is de veroorzaker van deelschade dus slechts voor zijn deel aansprakelijk, mits dit deel te onderscheiden is en mits het een samenloop van afzonderlijke onrechtmatige daden betreft. Ingeval van *Mittäterschaft* vormt de samenwerking met de overige schadeveroorzakers de grondslag voor aansprakelijkheid voor het geheel<sup>20</sup>.

#### 3.2. Oostenrijk

In Duitsland zijn de hierover weergegeven rechtsregels een product van de

rechtspraak. Oostenrijk heeft een bepaling in het *Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch* die op ons onderwerp betrekking heeft. Artikel 1301 ABGB beschrijft een aantal gevallen waarbij meerdere personen voor wederrechtelijk toegebrachte schade verantwoordelijk zijn. Artikel 1302 bepaalt over de omvang van de aansprakelijkheid:

'In einem solchen Falle verantwortet, wenn die Beschädigung in einem Versehen gegründet ist, und die Anteile sich bestimmen lassen, jeder nur den durch sein Versehen verursachten Schaden. Wenn aber der Schaden vorsätzlich zugefügt worden ist; oder, wenn die Anteile der Einzelnen an der Beschädigung sich nicht bestimmen lassen; so haften alle für einen und einer für alle; doch bleibt demjenigen, welcher den Schaden ersetzt hat, der Rückersatz gegen die übrigen vorbehalten.'

De veroorzaker van deelschade is naar Oostenrijks recht dus slechts voor zijn deel aansprakelijk mits dat bepaalbaar is en mits zijn handeling als een *Versehen* kan worden gekwalificeerd. Een bijzondere grondslag voor aansprakelijkheid voor het geheel is dus gelegen in eventuele opzet. Wie een derde opzettelijk schade toebrengt kan zich niet aan aansprakelijkheid voor het geheel onttrekken met het verweer dat hij afzonderlijk bezien slechts een deel van de totale schade veroorzaakte<sup>21</sup>.

#### 3.3. Engeland

Naar Engels recht onderscheidt men bij *concurrent torts* tussen *joint* en *several tortfeasors*<sup>22</sup>. Bij *joint tortfeasors* is sprake van meerdere aansprakelijken in verband met één tort. *Several tortfeasors* daarentegen, 'are those who, acting independently of each other, combine in their actions to cause damage to the plaintiff'<sup>23</sup>. Onder de voorbeelden ook hier een *aanrijding*-geval<sup>24</sup>. In beide gevallen van *concurrent tortfeasors* bestaat aansprakelijkheid voor het geheel. Dat is echter anders bij veroorzaking van deelschade:

'Parties are not concurrent tortfeasors, whether joint or several, when there is no concerted action and their acts cause different items of damage. In such a case there is no solidary obligation; each is liable severally for the damage that he causes, and is not liable for the damage caused by the other. The plaintiff's total damage must therefore be apportioned between the defendants. If the true proportions cannot be determined, they may be apportioned equally.'<sup>25</sup>

Ook naar Engels recht is de veroorzaker van deelschade dus slechts aansprakelijk voor zijn deel, mits geen sprake is van *concerted action*<sup>26</sup>. *Concerted action*

vormt een bijzondere grondslag voor aansprakelijkheid voor het geheel. Dat doet sterk denken aan *Mittäterschaft* in het Duitse recht<sup>27</sup>.

#### 3.4. Verenigde Staten

In de Verenigde Staten heeft § 433 A *Restatement 2nd, Torts*, betrekking op ons onderwerp:

'(1) Damages for harm are to be apportioned among two or more causes where (a)

11. Zie r.o. 12 van de hiervoor vermelde uitspraak in *Staat/Duphar* en voorts: Rb Den Haag 11 juli 1990 (*Staat/Kemp*), gepubliceerd in *Wet bodembescherming/Interimwet bodemsanering* (losbladig), D-8 nr. 59, r.o. 5.9. en 5.10; Rb Den Bosch 14 okt. 1988 (*Staat/Van Boekel*), VMR 1990-5 blz. 182, BR 1989 blz. 283; Rb Utrecht 21 juni 1989 (*Staat/Van der Linden*), TMA 1990 blz. 117, VMR 1990-5 blz. 215 r.o. 5.17; Rb Utrecht 19 juli 1989 (*Staat/Chemco*), TMA 1991 blz. 17, VMR 1990-5 blz. 220, r.o. 6.13; Rb Arnhem 20 sept. 1990 (*Staat/Wevepe*), M & R 1991 blz. 45, r.o. 4.2.4. en Rb Middelburg 14 sept. 1988 (*Staat/De Schrijver c.s.*), TMA 1989 blz. 98, BR 1989 blz. 128, M & R 1989 blz. 171, VMR 1990-5 blz. 179, r.o. 4.7.12. A.M. Honoré, *Causation and Remoteness of Damage*, *International Encyclopedia of Comparative Law*, Vol. XI, 'Torts', Chapter 7, nr. 112.

13. Zie voorts: *Multikausale Schäden in modernen Haftungsrechten*, Arbeiten zur Rechtsvergleichung nr. 138 (1988), met daarin bijdragen van E.D. Elliot (VS), S. Cigoj (Yu), E.A. Kramer (CH en A) H.D. Assmann (D), en W. Posch.

14. Zie OLG Bamberg, NJW 1949, 225/226 en OLG Koblenz AcP 150 (1949), 453/454.

15. *Münchener Kommentar* (Mertens) § 830 Rz. 5.

16. BGHZ 30, 203, NJW 1959, 1772.

17. Zie noot 5.

18. Vgl. R.J.B. Boonekamp, *Onrechtmatige daad in groepsverband* (diss.) blz. 43/45.

19. *Münchener Kommentar* (Mertens) § 830 Rz. 6. Evenzo: Staudinger (Schäfer) § 830 Rz. 48, Soergel (Zeuner) § 830 Rz. 2, Palandt (Thomas) § 830 Rz. 1, Erman (Drees) § 830 Rz. 7, Larenz, *Lehrbuch des Schuldrechts* § 74 I a. Selb, *Mehrheiten von Gläubigern und Schuldner*, § 5 IV I. Zie voorts Assmann, a.w. (zie noot 13), blz. 119.

20. Zie over de daarvoor redengevende 'Gemeinschaftlicher Wille' BGH 25 mei 1955 (*Denunziationsfall*) BGHZ 17, 327 en BGH 11 mei 1971, NJW 1972, 40 (*Steinschlachfall*), besproken door Boonekamp, a.w. (zie noot 18), blz. 46-47.

21. Zie Kapfer, *Das Allgemeine bürgerliche Gesetzbuch*, §§ 1301, 1302 en Kramer, a.w. (zie noot 13), blz. 74 e.v.

22. Zie G.L. Williams, *Joint Torts and Contributory Negligence* (1951) (nog steeds het 'leading work' voor dit onderwerp, aldus Salmond and Heuston on the Law of Torts, 19th. ed., § 167, noot 54) en de aldaar aangehaalde rechtspraak.

23. R.W.M. Dias and B.S. Markesinis, *Tort Law*, 2nd. ed., blz. 575.

24. *Drinkwater v. Kimber* [1952] 2 QB 281 en *Thompson v. LCC* [1899] 2 QB 840. Voor een geval van *aanvaring* zie *The Koursk* [1924] P. 140, 159.

25. Aldus Williams, a.w. (zie noot 22), § 7. In dezelfde zin Dias and Markesinis, a.w. (zie noot 23), blz. 575.

26. Zie nader over 'concerted action' Williams, a.w. (zie noot 22), § 4 blz. 9 e.v. Zie voor de VS Prosser and Keeton on Torts, § 52 blz. 346.

27. Evenzo: Posch, a.w. (zie noot 13), blz. 161.

there are distinct harms, or (b) there is a reasonable basis for determining the contribution of each cause to a single harm.  
(2) Damages for any other harm cannot be apportioned among two or more causes'

Verdeling van de totale schade over de afzonderlijke oorzaken lijkt hier de hoofdregel. Voorwaarde is het bestaan van een *reasonable basis* daarvoor. Op deze regel bestaan uiteraard tal van uitzonderingen, ondermeer in het geval van concerted action<sup>28</sup>.

### 3.5. Zwitserland

Anders is het Zwitserse recht. Artikel 50 *Obligationenrecht* bepaalt in algemene zin dat bij een schadegeval met meer dan één veroorzaker alle veroorzakers voor het geheel aansprakelijk zijn. Net als § 830 van het Duitse BGB bevat artikel 50 OR geen aparte bepaling over de veroorzaker van deelschade. In Zwitserland is echter de 'ganz herrschender Auffassung' dat de veroorzaker van deelschade aansprakelijk is voor het geheel<sup>29</sup>.

In de woorden van Oftinger:

'Nach einem ungeschriebenen Fundamentalsatz des Haftpflichtrechts haftet eine Mehrheit von Ersatzpflichtigen solidarisch; d.h. jeder muß für den ganzen Schaden einstehen, ohne sich darauf berufen zu können, er sei nur für eine Teilursache verantwortlich.'<sup>30</sup>

Deze regel is niet onomstreden<sup>31</sup>. Ook het *Bundesgericht* liet zich eens ontvallen dat een aansprakelijkheid voor deelschade denkbaar is ingeval 'sich der Schadenserfolg zu bestimmten Anteilen auf die Tätigkeit der einzelnen mitwirkenden Personen zurückführen läßt'<sup>32</sup>. Oftinger verdedigt de heersende leer als volgt:

'Dies läßt sich [...] nicht logisch begründen und fließt auch nicht aus dem Grundsatz der adäquaten Verursachung; denn das Kausalitätsprinzip würde gegenteils verlangen, daß jeder nur für den Teil haftet, den er verursacht hat oder für dessen Verursacher er einstehen muß. Der Grundsatz der solidarischen Haftung, der Verschuldens- wie Kausalhaftpflichtige erfaßt, findet seine Motivierung vielmehr in dem Bestreben, die Stellung des Geschädigten zu verbessern.'<sup>33</sup>

Het streven naar een gunstige positie voor de benadeelde is de reden voor de Zwitserse 'Grundsatz der solidarischen Totalhaftung'. Ook wanneer uit 'das Kausalitätsprinzip' een ander resultaat zou voortvloeien. Kramer geeft zich er rekenschap van dat dit niet per definitie zo billijk is als het in abstracto wellicht lijkt. Hij merkt op:

'Offenbar hat man sich — wie ein kritischer

Beobachter schreibt<sup>34</sup> — an den Grundsatz der solidarischen Totalhaftung "derart gewöhnt" daß man sich gar nicht mehr darüber Rechenschaft ablegt. "wie hart" — ich würde hinzufügen: wie unbegründet hart — vielfach der Grundsatz sich zu Lasten einzelner Mithaftender auswirken kann.'<sup>35</sup>

### 4. Inpassing in het Nederlands recht

Deze (onvolledige) *tour d'horizon* bevestigt de conclusie van Honoré dat in de meeste landen de veroorzaker van deelschade slechts voor zijn deel aansprakelijk is, behoudens een bijzondere grondslag voor aansprakelijkheid voor het geheel. Een expliciete aanvaarding hiervan voor het Nederlandse recht sluit aan bij de opvatting van de meeste auteurs<sup>36</sup> en bij de lagere rechtspraak<sup>37</sup>. Ook dogmatisch is dit de meest aangeezene opvatting, zoals hierna zal blijken.

'Rust op ieder van twee of meer personen een verplichting tot vergoeding van dezelfde schade,' zo bepaalt artikel 6:102 lid 1 BW. 'dan zijn zij hoofdelijk verbonden.' Het artikel zegt echter niets over de vraag *wanneer* op ieder van twee of meer personen een verplichting rust tot vergoeding van dezelfde schade. Anders dan sommige auteurs menen<sup>38</sup> of suggereren<sup>39</sup> is het in de jurisprudentie ontwikkelde leerstuk van mededaderschap dus niet in dit artikel gecodificeerd<sup>40</sup>.

Voor een verdere ontwikkeling en/of afbakening van dit leerstuk heeft de rechtspraak de handen vrij.

Van belang is het verschil in causaal verband dat bestaat bij veroorzaking van deelschade en bij (andere) gevallen van 'samenloop van oorzaken'. Neem de 'klassieke' casus van het eerder genoemde *aanrijding-arrest*<sup>41</sup>.

*X en A rijden elk in een auto met een snelheid van 50 à 60 km per uur. A rijdt op een afstand van 5 à 10 meter achter X. Het wegdek is nat. Op een gegeven moment wil X een vrachtauto inhalen, bestuurd door B. Wanneer deze onverwacht links af slaat, moet X remmen. Hij wordt daarop van achteren aangereiden door A.*

Hier is de verkeersfout van zowel A als B noodzakelijk voor het ontstaan van de schade: denkt men het handelen van één van hen weg, dan was er in het geheel geen schade ontstaan. Beide onrechtmatige gedragingen staan in *conditio sine qua non*-verband met de gehele schade. Ze hebben elkaar als het ware nodig om de schade te doen ontstaan. Er is in zekere zin sprake van 'onzelfstandige' oorzaken.

Bij veroorzaking van deelschade is dit anders. Het gaat in beginsel om 'zelfstandige' oorzaken: elke handeling veroor-

zaakt op zichzelf reeds schade. De ene oorzaak is niet een voor de verwerkelijking van schade noodzakelijk 'bijkomende omstandigheid' ten opzichte van de andere<sup>42</sup>. Ook als men het handelen van de veroorzaker van deelschade wegdenkt zou er nog schade zijn ontstaan, maar minder. Er is geen CSQN-verband tussen de onrechtmatige gedraging van de veroorzaker van deelschade en de schade die door de overige 'mededaders' is veroorzaakt<sup>43</sup>.

Dit verschil in causaal verband vormt de dogmatische grondslag voor de beperking van de aansprakelijkheid van de veroorzaker van deelschade tot dat deel. Bij afzonderlijk begane onrechtmatige gedragingen moet voldoende causaal verband bestaan tussen de gedraging van elke veroorzaker afzonderlijk en de

28. Ik houd het kort. Zie het commentaar bij § 433 A Restatement 2nd, Torts, en Prosser and Keeton on Torts § 52. Zie voorts Elliott, a.w. (zie noot 13), blz. 17 e.v. Zie inzake bodemverontreiniging (bijv.) *United States v. Chem-Dyne Corp.* (SD Ohio) 572 F Supp 802, 70 ALR Fed 314.

29. Aldus Kramer, a.w. (zie noot 13) blz. 59.

30. K. Oftinger, *Schweizerisches Haftpflichtrecht*, Bnd. I, Allgemeiner Teil, blz. 337.

31. Zie Kramer, a.w. (zie noot 13), blz. 60 en noot 26.

32. BGE 68 II 369 (375).

33. Oftinger, a.w. (zie noot 30), blz. 337. Vgl. BGE 79 II 403 (415f) en BGE 66 II 114 (121).

34. Hij verwijst daarbij naar Garobbio, *Schweizerische Juristen-Zeitung*, 1961, 102.

35. Kramer, a.w. (zie noot 13), blz. 60.

36. Zie noot 8.

37. Zie noot 11.

38. Zie Van Wassenaer van Catwijck, a.w. (zie noot 3), blz. 131 en J.M. Auping, AA 1990 blz. 931.

39. Zie Asser-Hartkamp I nr. 459 en — misschien onbedoeld — Van Buchem-Spangens, *pluraliteit van schuldenaren en hoofdelijke verbondenheid*, monografieën NBW nr. 31. (1982), blz. 8 e.v.

40. Evenzo Boonekamp, a.w. (zie noot 18) blz. 28 noot 4. J. Knottenbelt, *Hoofdstukken produktaansprakelijkheid* (studiepoekets privaatrecht nr. 46) § 64. J.M.H. Roosen, *Civielrechtelijke aansprakelijkheid voor milieuschade* (Ver. voor Milieurecht 1987) blz. 97/98 en A. Rutten-Roos, WPNR 5154 (1971), blz. 532, rechterkolom. De misvatting dat in art. 6:102 lid 1 het leerstuk van de mededaderschap is gecodificeerd wordt wellicht in de hand gewerkt door het gebruik van het kopje 'medeschuld' in verschillende tekstedities van het nieuwe BW. Het gebruik van dit kopje bij art. 6:102 is onjuist en derhalve misleidend. Zoekt men een roepnaam voor dit artikel dan raad ik aan 'pluraliteit van schadevergoedingsplichtigen' of iets van gelijke strekking. Zie over de betekenis van art. 6:102 lid 1 noot 48.

41. Zie noot 5.

42. Vgl. de conclusie van A-G Langemeijer bij het *aanrijding-arrest*.

43. In dezelfde zin J.H. Nieuwenhuis in zijn noot bij het *Kalimijnen-arrest* (NJ 1989, 743 blz. 2886) en Boonekamp, a.w. (zie noot 18), blz. 212. Ook in andere rechtsstelsels wordt hier op gewezen. Zie de aangehaalde buitenlandse literatuur.

door hem te vergoeden schade<sup>44</sup>. Bij veroorzaking van deelschade ligt het oordeel voor de hand dat slechts een bepaald deel van de totaalschade in voldoende verband staat met de gedraging van de individuele veroorzaker.

Voor de figuur van de 'mededader' betekent dit het volgende. Hij kan in beginsel alleen dan aansprakelijk zijn voor de gehele schade, wanneer zijn gedraging mede-causaal was voor het geheel. Was zijn gedraging slechts causaal voor een deel van de totaalschade, dan is dat grondslag<sup>45</sup> om zijn aansprakelijkheid tot een overeenkomstig<sup>46</sup> deel te beperken<sup>47</sup>. Zijn meerdere personen elk voor een deel van de totaalschade aansprakelijk, dan zijn zij niet verplicht tot vergoeding van *dezelfde* schade in de zin van artikel 6:102 lid 1 BW<sup>48</sup>.

## 5. Afweging van belangen

De beperking van de aansprakelijkheid van de veroorzaker van deelschade tot het betreffende deel is dogmatisch dus de meest aangewezen weg. Literatuur<sup>49</sup> en rechtspraak<sup>50</sup> wijzen in meerderheid in deze richting. In de meeste andere landen is dit, zoals hiervoor bleek, geldend recht. Maar is het resultaat ook redelijk? Dat lijkt in beginsel het geval. Het argument van Oftinger<sup>51</sup>, dat het streven naar een gunstige positie voor de benadeelde per definitie noopt tot 'Totalhaftung', kan niet overtuigen. Geruime tijd geleden werd reeds gepleit voor uitzonderingen op de mededaderschaps-regel op grond van de billijkheid<sup>52</sup>. Als gevolg van de recente dynamische ontwikkeling van het aansprakelijkheidsrecht kan des te minder worden volstaan met het eenzijdig benadrukken van de belangen van de benadeelde. De aansprakelijk gestelde personen hebben evenzeer beschermenswaardige belangen, met name het belang om niet te hoeven opdraaien voor de onrechtmatige daad van een ander. Het is principieel een kwestie van *afweging*<sup>53</sup>.

Deze afweging zou als volgt kunnen verlopen. In verband met het beginsel<sup>54</sup> dat iemand niet aansprakelijk behoort te zijn voor schade die hij niet heeft 'veroorzaakt', moet het uitgangspunt zijn dat de veroorzaker van deelschade slechts aansprakelijk is voor een overeenkomstig deel. Wanneer de omstandigheden van het geval daartoe nopen, is ook een ander resultaat denkbaar. Zoals bekend gaat het bij het causaal verband van artikel 6:98 BW niet om CSQN-verband, maar om toerekening van schade mede op grond van normatieve gezichtspunten, ondermeer de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade. Op grond van art. 6:98 kan bij opzettelijk

toegebrachte schade<sup>55</sup> (vgl. het Oostenrijkse ABGB) of bij zeer beschermenswaardige benadeelden<sup>56</sup> (vgl. Zwitserse opvattingen) ruimer worden toegerekend, dan op grond van een minder normatief opgevat 'Kausalitätsprinzip' voor de hand zou liggen<sup>57</sup>. Er bestaan wel meer uitzonderingen op het CSQN-ver-eiste<sup>58</sup>.

44. Vgl. Boonekamp, a.w. (zie noot 18), blz. 21 noot 32. Anders is het in gevallen van 'bewuste samenwerking'. Dan is immers sprake van het medeplegen van een onrechtmatige daad door alle daders gezamenlijk.

45. Voor het afwijzen van aansprakelijkheid voor het geheel kunnen ook andere grondslagen bestaan. Kortheidshalve werk ik dat hier niet nader uit. Vgl. A. Rutten-Roos, WPNR 5154 (1971) en P.A. Kottentagen-Edzes, NJB 1989 blz. 1336 en noot 24.

46. Het CSQN-criterium kan grondslag zijn tot het verdelen van de schade over verschillende oorzaken. Daaruit volgt niet dat de maatstaf voor het vaststellen van dit deel (altijd) kan worden gevonden met behulp van het CSQN-criterium. Het vaststellen van die maatstaf komt neer op toerekening krachtens art. 6:98. Bij dat artikel gaat het niet (alleen) om CSQN-verband. Zie hierna nr. 7.

47. Zo geformuleerd sluit dit aan bij de Duitse doctrine. Dogmatisch kan men ook een andere kant uit. Bezien vanuit de individuele veroorzaker is bij veroorzaking van deelschade sprake van meerdere op zich zelf staande onrechtmatige daden, die elk hun eigen schade veroorzaakten. Er is geen sprake van 'samenloop van oorzaken' en daarom evenmin van 'mededaderschap'. Men kan veroorzaking van deelschade daarom ook buiten het leerstuk van 'mededaderschap' plaatsen. Vgl. het citaat van Williams (zie nr. 3.3.). Ziet men — zoals in het Duitse recht — veroorzaking van deelschade als bijzonder onderdeel van dit leerstuk, dan sluit men aan bij het perspectief van de benadeelde.

48. Enzo Nieuwenhuis, a.w. (zie noot 43), J. Spier, *Sluipende schade*, blz. 15, Kortmann, AA 1989 blz. 884 en Jac. Hijma en M.M. Olthof, *Compendium van het Ned. vermogensrecht*, nr. 401 blz. 261. Een andere opvatting is denkbaar, n.l. dat de respectievelijke vergoedingsplichten wél 'dezelfde schade' betreffen. Deze opvatting zou tot gevolg hebben dat aansprakelijkheid voor het geheel bestaat (krachtens art. 6:102 lid 1), omdat er aansprakelijkheid voor een deel bestaat (krachtens de overige regels van het aansprakelijkheidsrecht). Een dergelijke opvatting van 'dezelfde schade' wordt — naar mijn weten — nergens expliciet verdedigd, ook niet door Van Wassenaer van Catwijk en Van Dunne. Zij dient in elk geval categorisch te worden verworpen. Niet alleen vanwege het praktische bezwaar dat zij art. 6:102 lid 1 tot een uiterst curieuze bepaling zou maken, die in concrete gevallen telkens zou dwingen tot een exegese van het begrip 'dezelfde schade'. Een m.i. heilloze onderneming, waarbij talloze taal-foefjes op de loer liggen. Ter illustratie nodig ik u uit om, met als vertrekpunt de hier verworpen opvatting van 'dezelfde schade', eens door te denken over de voorbeelden van Kortmann (a.w.) m.b.t. winkeldiefstal en reservematerieel. Maar vooral vanwege het volgende principiële bezwaar. Artikel 6:102 lid 1 is een bepaling uit ons aansprakelijkheidsrecht die in

dat kader moet worden begrepen. Ook het begrip 'dezelfde schade' in dit artikelid moet in die context worden begrepen. Zoals elders in dit betoog uiteengezet brengt de context van het (overige) aansprakelijkheidsrecht met zich mee dat het bij twee of meer veroorzakers van deelschade juist niet 'dezelfde schade' is waarvoor een vergoedingsplicht bestaat. Het is immers niet 'dezelfde schade' die door betrokkenen is veroorzaakt. Een andere opvatting zou strijdig zijn met het systeem van het aansprakelijkheidsrecht, in het bijzonder met het vereiste van causaal verband. Voor zo'n opvatting zou minstens expliciete steun moeten bestaan in de Parlementaire Geschiedenis. Die steun is er niet. Uit niets blijkt dat de wetgever zich van deze kwestie rekenschap heeft gegeven. Dat is niet onbegrijpelijk want veroorzaking van deelschade was destijds minder aktueel dan nu. Aansprakelijkheid van een veroorzaker van deelschade voor de totaalschade laat zich — wat mij betreft — wel denken, maar dan op grond van een normatief gemotiveerde uitzondering op het CSQN-beginsel (dus bij wijze van uitzondering i.v.m. de bijzondere omstandigheden van een concreet geval, zie hierna nr. 5), niet op grond van een bedenkelijke interpretatie van artikel 6:102 lid 2 (dus bij wijze van hoofdregel) dat door de wetgever niet aldus werd bedoeld.

Een en ander brengt met zich mee dat een verdere exegese van het begrip 'dezelfde schade' onnodig is. De betekenis van art. 6:102 lid 1 laat zich zo verwoorden, dat dit artikelid geen zelfstandige vestigingsgrond voor aansprakelijkheid inhoudt. In dezelfde zin Rutten-Roos, a.w. (zie noot 40) blz. 532 rechterkolom. De bepaling heeft slechts tot gevolg dat de aansprakelijkheid een hoofdelijke is voorzover deze — krachtens rechtsregels die elders moeten worden gevonden — samenloopt. Daarmee wordt een eind gemaakt aan de figuur van de z.g. 'samenloop van vorderingen' zoals die naar oud recht bestond bij de aansprakelijkheid van meer dan een persoon uit onrechtmatige daad (zie Asser-Hartkamp I nr. 98a).

De hier bepleite opvatting sluit aan bij de eerder besproken buitenlandse rechtsstelsels. In het Duitse recht bestaat een vergelijkbare bepaling, n.l. § 840 I BGB dat luidt: 'Sind für den aus einer unerlaubten Handlung entstehenden Schaden mehrere nebeneinander verantwortlich, so haften sie als Gesamtschuldner'. Ook hier formuleren de meeste auteurs, al of niet (expliciet) met het oog op veroorzaking van deelschade door *Nebentäter*, het aldus, dat § 840 I geen zelfstandige vestigingsgrond voor aansprakelijkheid inhoudt. Zie Münchener Kommentar (Mertens) § 840 Rz. 4, Soergel (Zeuner) § 840 Rz. 2, RGRK (Nüßgens) § 840 Rz. 5, Jauernig (Teichmann) § 840 nr. 2 en Selb, *Mehrheiten von Glaubigern und Schuldner*, § 7 IV 6, blz. 105. Anders: Lange, *Schadenersatz*, § 10 XIII 3, blz. 626, die niet een ander resultaat voor staat, maar het niettemin zo formuleert, dat het aankomt op de vraag wat in een concreet geval het begrip 'Schaden' in de zin van § 840 I inhoudt.

49. Zie noot 8.

50. Zie noot 11.

51. Zie hiervoor onder 3.5.

52. Zie A. Rutten-Roos, WPNR 5154 (1971), met name blz. 543, linkerkolom en A-G Langemeijer's conclusie bij het *aanrijding*-arrest, NJ 1956 blz. 9, linkerkolom, derde alinea.

53. Vgl. J. Spier, noot bij Hof A'dam 22 nov. 1990 (DES), TMA 1991, blz. 42, rechterkolom.

54. Zie hierover Boonekamp, a.w. (zie noot 18), blz. 27 en noot 2. Volgens hem is dit beginsel in het Duitse recht zelfs een 'sacrosanct axioma' (a.w. blz. 45).

55. 'Aard van de aansprakelijkheid'.

56. Bijv. ingeval van letselschade ('aard van de schade') of wanneer de beschermenswaardigheid van de benadeelde anderszins als gezichtspunt wordt genomen bij de toerekening ex art. 6:98.

57. Met betrekking tot alle veroorzakers, maar denkbaar is ook slechts voor (een) enkele(n).

58. Vgl. de artt. 6:99 en 6:166, gevallen van z.g. 'dubbele veroorzaking' en gevallen van aansprakelijkheid voor reservematerieel zoals in het RTM-arrest of voor andere voorzieningen ter voorkoming van (verdere) schade zoals in het *Kalmijnen*-arrest. Zie de 'bijlage' bij de conclusie van A-G Franx bij het *Kalmijnen*-arrest (NJ 1989 blz. 2880), *Onrechtmatige daad I* (De Groot) nr. 309 e.v., Asser-Hartkamp I nrs. 437 en 440) en A.M. Honoré, a.w. (zie noot 12), nr. 119 e.v.

**6. Wanneer is verdeling van schade over verschillende oorzaken mogelijk?**

In het *Kalimijnen*-arrest had de rechtbank vastgesteld dat er een *lineair verband* bestond tussen de toeneming van het zoutgehalte in het door de kwekers gebruikte sproeiwater en de vermindering van de opbrengst van de besproeide gewassen<sup>59</sup>. In zijn noot bij het arrest legt Nieuwenhuis daarop sterk de nadruk<sup>60</sup>. Die nadruk lijkt mij in zoverre onjuist, dat ook wanneer het verband tussen de zoutbelasting en de verminderde opbrengst van de gekweekte gewassen *anders* zou zijn (minder gelijkmatig, met een drempelwaarde die eerst moest worden overschreden, per gewas zeer verschillend, of gedeeltelijk obscuur) een aansprakelijkheid naar rato van het aandeel in de zoutbelasting voor de hand ligt. Het aandeel in de zoutbelasting van de *Kalimijnen* is niet causaal voor de gehele schade van de kwekers. Dan kan bij de toerekening van de schade krachtens artikel 6:98 BW de totaalschade worden verdeeld over de afzonderlijke veroorzakers. Het enige (praktische) vereiste daarvoor is dat zich op basis van het feitencomplex<sup>61</sup> een *redelijke maatstaf*<sup>62</sup> voor die toerekening c.q. verdeling laat vaststellen. Prosser schrijft hierover:

'The question is primarily not one of the fact of causation, but of the feasibility and practical convenience of splitting up the total harm into separate parts which may be attributed to each of two or more causes.'<sup>63</sup>

In het *Kalimijnen*-arrest ligt een vergelijkbare gedachtengang besloten. Bekend is de rechtspraak waarbij de kosten van het beschikbaar houden van reservematerieel (trams, autobussen e.d.) voor een evenredig deel ten laste van de veroorzaker van een aanrijding kunnen worden gebracht<sup>64</sup>. In het *Kalimijnen*-arrest was de belangrijkste schadepost niet de verminderde opbrengst van de gekweekte gewassen, maar de kosten verbonden aan de aanleg en het onderhoud van ontziltingsapparatuur. Een lineair verband tussen zoutbelasting en deze schade bestond niet<sup>65</sup>. Niettemin kunnen ook deze kosten volgens de Hoge Raad *naar rato van het aandeel in de zoutbelasting* ten laste van de *Kalimijnen* worden gebracht. De conclusie is dat voor het verdelen van schade over verschillende oorzaken het bestaan van lineair verband geen vereiste is. Is eenmaal sprake van veroorzaking van deelschade, dan bestaat slechts het praktische vereiste dat een redelijke verdelingsmaatstaf vastgesteld moet kunnen worden. In de regel zal het feitencomplex daarvoor voldoende aanknopingspunten bieden.

**7. Hoe kan de verdelingsmaatstaf worden vastgesteld?**

De maatstaf voor het verdelen van de schade moet dus worden vastgesteld op basis van het feitencomplex. Dit betekent dat die vaststelling van geval tot geval zal moeten plaatsvinden. Ik beperk mij hier tot een drietal algemene opmerkingen.

In de eerste plaats houdt het onder 6 betoogde een relativering in van de betekenis van CSQN-verband voor het vaststellen van de verdelingsmaatstaf. Het bijzondere van lineair verband is namelijk dat verdeling van de schade naar rato van het aandeel in de zoutbelasting perfect gelijk loopt met een benadering via CSQN: Denken we het handelen van één vervuiler weg, verantwoordelijk voor 15% van de zoutbelasting, dan zou bij lineair verband *precies 15%* van de schade niet zijn ontstaan. Ten aanzien van de kosten van de ontziltingsapparatuur is die benadering niet mogelijk. Hier kan het CSQN-verband wel *grondslag* zijn voor de verdeling van de schade (het handelen van één vervuiler is niet causaal voor de gehele schade, daarom is sprake van veroorzaking van deelschade), maar niet de *maatstaf* daarvoor vormen (denken we het handelen van één vervuiler weg, verantwoordelijk voor 15% van de zoutbelasting, dan zouden de kosten voor de ontziltingsapparatuur even hoog blijven, mogelijk zouden ze lager zijn, maar die verlaging zou slechts bij toeval 15% zijn). Hieruit volgt dat het CSQN-verband niet het enige, zalmakende gezichtspunt kan zijn voor het vaststellen van de maatstaf voor die verdeling.

In de tweede plaats zou een andere opvatting op problemen stuiten in verband met artikel 6:98. Bij dat artikel gaat het niet (alleen) om CSQN-verband, maar om toerekening van schade mede op grond van normatieve gezichtspunten. Bezien vanuit de individuele veroorzaker is verdeling van de totaalschade niets anders dan toerekening krachtens artikel 6:98. Niet valt in te zien waarom het CSQN-beginsel de alleenheerschappij zou toekomen wanneer toerekening ex artikel 6:98 tevens verdeling van totaalschade inhoudt.

Een derde opmerking is dat wellicht kan worden aangesloten bij de maatstaf van artikel 6:101 lid 1 BW ('eigen schuld') dat spreekt van een verdeling *'in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt [...] indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist'*.

Mijn conclusie is dat voor de vaststelling van de toerekenings- c.q. verdelingsmaatstaf het CSQN-verband niet het enige gezichtspunt kan zijn. Die maatstaf zal van geval tot geval moeten worden vastgesteld, op basis van het feitencomplex, en mede op grond van normatieve gezichtspunten. Zie hierna onder 9.

**8. Vaststelbaarheid van aandelen en verdeling van bewijslast**

Wat is rechtens wanneer de omvang van de verschillende aandelen in de totaalschade zich niet (precies) laat vaststellen? Ik zie geen reden om voor dat geval een aansprakelijkheid voor het geheel voorop te stellen<sup>66</sup>. Hiermee hangt nauw samen de verdeling van de bewijslast inzake het bestaan en de omvang van de schadedelen. 'Wie stelt moet bewijzen' zou kunnen meebrengen dat de benadeelde zijn vorderingen in het geheel ziet stranden, enkel omdat hij omtrent de omvang van de door gedaagde(n) veroorzaakte *deelschade* onvoldoende bewijs kan leveren, terwijl zijn *totaalschade* (voldoende) vaststaat. Dat zou apert onredelijk zijn. Vandaar het

59. Zie r.o. 8.6. NJ 1989 blz. 2856. Ook de HR gaat daar van uit: zie r.o. 3.1. blz. 2882.  
60. A.w. (zie noot 43). Evenzo: Hijma en Olthof, a.w. (zie noot 48), nr. 401.  
61. Prosser spreekt in dit verband van een 'factual basis' (Prosser and Keeton on Torts § 52 blz. 345). In dit verband is niet altijd even overtuigend het in de VS gemaakte onderscheid tussen enerzijds 'distinct harms' en anderzijds 'single harms' waarbij niettemin een redelijke maatstaf voor toedeling naar verschillende oorzaken bestaat. Zie J. Spier, *Sluipende schade*, blz. 16 en noot 42. Overigens lijkt mij dat naar Nederlands recht de 'feitelijkheid' van de toerekenings- c.q. verdelingsgrondslag niet zo strikt genomen hoeft te worden als dat in de VS (althans formeel) gebeurt. Dit i.v.m. de expliciet normatieve elementen in art. 6:98.  
62. Vgl. de *reasonable basis* in het Amerikaanse recht.  
63. Prosser and Keeton on Torts § 52 blz. 345.  
64. Vgl. HR 31 maart 1950 (RTM-arrest) NJ 1950, 592 PhANH. Zie voorts art. 6:96 lid 2 sub a en *Onrechtmatige daad II* (Bloemenbergen) nr. 40. Anders dan bij de *Kalimijnen* doet zich hier bovendien de causale bijzonderheid voor dat de schade in tijd vooraf gaat aan de oorzaak.  
65. Dat is althans niet betoogd en de beslissing van de Hoge Raad is daar niet op gebaseerd. Anders dan voor de verminderde opbrengst van de gewassen, lijkt mij dat voor de kosten van de ontziltingsapparatuur ook niet het geval te kunnen zijn, of e.e.a. zou op louter toeval moeten berusten.  
66. In dezelfde zin N.S.J. Koeman, TMA 1990 blz. 62 nr. 6 en J. Spier en A.J. Akkermans, TMA 1991 blz. 160 nr. 3.

bestaan in buitenlandse rechtsstelsels van rechtsregels die de benadeelde van zijn bewijslast op dit punt ontheffen<sup>67</sup>. Dat wil niet zeggen dat 'de zwarte piet' dan maar volledig bij de gedaagde(n) moet komen te liggen. Het is opnieuw een kwestie van *afweging*, net als bij de vaststelling van het causaal verband.

De wet biedt de rechter voldoende mogelijkheden om een redelijke oplossing te vinden<sup>68</sup>. Hij kan de aandelen vaststellen door schatting<sup>69</sup>. Soms is het gelasten van nader onderzoek door deskundigen opportuun<sup>70</sup>. De rechter zal aan zijn beslissing terzake zoveel mogelijk feitelijke gegevens ten grondslag moeten leggen. Doch waar dat onmogelijk is, en er geen bijzondere redenen zijn om de bewijslast bij de gedaagde(n) te leggen, zal hij er *ex aequo et bono* een slag naar moeten slaan<sup>71</sup>.

Dit alles betreft uiteraard het gemene recht. Bij specifieke aansprakelijkheden kunnen wettelijke regelingen een andere bewijslastverdeling voorschrijven<sup>72</sup>.

## 9. Kostenverhaal ex art. 21 IBS

Wat zou aanvaarding van het voorgaande betekenen voor procedures ex artikel 21 Interimwet bodemsanering? Daarbij is relatief vaak sprake van veroorzaking van deelschade. Het argument van 'slachtoffer-bescherming' kan hier geen grond zijn voor ruimere toerekening (als bedoeld onder 5). Althans bij bodemverontreiniging uit het verleden. Wat haar betreft heeft iedereen boter op het hoofd<sup>73</sup>, een enkele milieu-activist uit die tijd daargelaten.

Blijft over het probleem van het verdelen van de te vergoeden saneringskosten over de afzonderlijke vervuilers<sup>74</sup>. Die kosten kunnen in principe worden verdeeld naar rato van ieders toedoen in het onrechtmatig aanbrengen van verontreinigende stoffen<sup>75</sup>. Dat lijkt mij in een meerderheid van gevallen de redelijkste maatstaf<sup>76</sup>. Uiteraard kan de rechter het aldus bereikte resultaat bijsturen als de omstandigheden van het geval daartoe aanleiding geven.

Deze pro rata-benadering wordt echter enigszins problematisch wanneer zich een tijdsverloop voordeed tussen de verschillende 'deeloorzaken'. Dat zal bij bodemverontreiniging relatief vaak het geval zijn. Neem het geval dat een terrein door een eerste vervuiler zodanig werd verontreinigd dat sanering (vermoedelijk) reeds daardoor noodzakelijk werd. Volgens de gevestigde doctrine lijkt dan de volgende benadering het meest aangewezen: De latere vervuiler is slechts aansprakelijk voorzover zijn vervuiling additionele kosten veroorzaakte. Ten aanzien van de overige saneringskosten

ontbreekt immers het CSQN-verband<sup>77</sup>. Deze benadering is niet altijd even bevredigend. Het enkele tijdsverloop tussen de deeloorzaken wordt doorslaggevend en dat heeft iets willekeurigs<sup>78</sup>. Dit klemt te meer wanneer het resultaat niet aanspreekt. Bijvoorbeeld ingeval de latere vervuiler een (veel) groter verwijt te maken valt dan de eerste vervuiler. Een situatie die zich bij bodemverontreiniging best laat denken. Deze benadering biedt bovendien niet altijd (evenveel) houvast. Zelden is (nog) (volledig) vast te stellen wie welke verontreiniging veroorzaakte, wanneer dat gebeurde en tot welk deel van de schade een en ander leidde<sup>79</sup>.

Deze dogmatische puzzel is eenvoudig op te lossen wanneer — althans voor het vaststellen van de toerekenings- c.q. verdelingsmaatstaf — van een eventueel tijdsverloop tussen de deeloorzaken wordt geabstraheerd<sup>80</sup>. Een dergelijke abstrahering ligt in elk geval voor de hand wanneer dat tijdsverloop onvoldoende kan worden vastgesteld. Een pro rata-benadering is evenzeer aangevoelen ingeval zich tussen twee of meer deeloorzaken weliswaar een tijdsverloop voordeed, maar het deeloorzaken betreft die op zich geen juridische schade zouden hebben opgeleverd maar dat gecumuleerd, door overschrijding van een drempelwaarde, wèl deden<sup>81</sup>. Ik erken op dit punt enige aarzeling<sup>82</sup>, maar ik zie niet in waarom een pro rata-benadering minder redelijk zou zijn wanneer geen van beide hiervoor genoemde omstandigheden zich voordoet. Ik herinner aan de onder 7 weergegeven conclusie dat het CSQN-verband niet het enige gezichtspunt kan zijn voor het vaststellen van de toerekenings- c.q. verdelingsmaatstaf. Laat men de hier bepleite abstrahering na, dan verkrijgt het CSQN-beginsel onder (min of meer toevallige) omstandigheden niettemin de alleenheerschappij.

De hier bepleite oplossing is in het kader van de toerekening krachtens artikel 6:98 zeer wel mogelijk. Door abstrahering wordt per saldo aan de eerste vervuiler *minder*, aan de latere *meer* toegerekend dan bij hantering van enkel het CSQN-criterium het geval zou zijn.

67. Zie bijv. het commentaar bij Restatement 2nd, Torts, § 433 B, subsection (2) onder d. (blz. 444) en e. (blz. 445).

68. Zie Kottenhagen-Edzes, a.w. (zie noot 10), blz. 69 e.v. Voorts: H.C.F. Schoordijk WPNR 5937 (1989), H.L.G. Dijksterhuis-Wieten, *Bewijsrecht in civiele procedures* en R.P.J.L. Tjittes, NJB 1988, blz. 1128 e.v.

69. Evenzo J.H.W. de Planque, BR 1985 blz. 694 nr. 5.2. Vgl. art. 6:96 BW. Het gaat in dit artikel niet — zoals hier — om een vraag van causaal verband. M.i. kan er niettemin aansluiting bij worden gezocht. Vgl. J. Spier, *Sluipende schade*, blz. 8 noot 19.

70. Vgl. (bijv.) r.o. 6.13 in Rb Utrecht 19 juli 1989 (*Staat/Chemco*) TMA 1991 blz. 17, VMR 1990-5 blz. 220 en r.o. 4.2.4. in Rb Arnhem 20 sept. 1990 (*Staat/Wepeve*), M & R 1991 blz. 45.

71. Een typisch voorbeeld is r.o. 4.7 in Rb Middelburg 14 sept. 1988 (*Staat/De Schrijver c.s.*), TMA 1989 blz. 98, BR 1989 blz. 128, M & R 1989 blz. 171, VMR 1990-5 blz. 179. Zie hiervoor Spier en Akkermans, a.w. (zie noot 66), blz. 159 en noot 22.

72. Zie bijv. het ontwerp-verdrag inzake wettelijke aansprakelijkheid voor schade ten gevolge van activiteiten die gevaar opleveren voor het milieu (juli 1991) van de Raad van Europa, artt. 6 lid 2, 7 lid 3 en II lid 1.

73. Niet in de laatste plaats de verhaalzoekende overheid zelf. Vgl. de MvT bij het voorstel IBS, I6821, nr. 3, blz. 23-24, alsmede de MvA II, I6821, nr. 10, blz. 33.

74. E.e.a. kan evenmin grond zijn voor het a priori opzadelen van de gedaagde(n) met de bewijslast inzake de omvang van de schadeleden.

75. Een verwant probleem bestaat wanneer een deel van de verontreiniging niet onrechtmatig werd veroorzaakt. Zie Kottenhagen-Edzes, a.w. (zie noot 10), blz. 65 e.v.

76. In gelijke zin: Vz ARRS 24 feb. 1984, AB 1984, 480 (*Booij Clean*), inzake een aanschrijving tot toepassing van politiedwang wegens overtreding van de Wet verontreiniging oppervlaktewateren.

77. Er blijven uiteraard problemen. Hoe verhoudt zich een hoeveelheid zeer schadelijke stoffen tot een hoeveelheid minder schadelijke stoffen? Hoe is e.e.a. (achteraf) vast te stellen? Ik moet deze vragen hier kortheidshalve onbesproken laten.

78. Dezelfde redenering, zij het over een andere boeg, luidt: voorzover de sanering reeds noodzakelijk was geworden door de stortingen van anderen heeft de latere vervuiler geen schade veroorzaakt.

79. Evenzo J.H.W. de Planque, BR 1985 blz. 695 nr. 5.5.

80. Een ander probleem doet zich voor wanneer de verontreinigingen deels gelijktijdig plaats vonden.

81. Dit veronderstelt in de eerste plaats dat de latere vervuiling enige additionele kosten veroorzaakte (de vraag hoeveel additionele schade voldoende is om in dit verband relevant te zijn laat ik rusten). In de tweede plaats kan abstrahering van het tijdsverloop tussen deeloorzaken om bijzondere redenen te bezwaarlijk zijn. Buiten het kader van art. 21 IBS is bijvoorbeeld denkbaar dat een eerste vervuiler reeds tot schadevergoeding werd aangesproken, maar dat de benadeelde, ook na betaling, niet tot sanering overging. Vindt dan een tweede verontreiniging plaats, dan lijkt mij de hier bedoelde mogelijkheid van een veroordeling naar rato van ieders toedoen in het aanbrengen van verontreinigende stoffen niet meer realistisch.

82. Zie J. Spier, *Sluipende schade* en R.J.J. van Acht, VMR 1990-5, blz. 47. Erkend zij dat mij — anders dan Spier — het schadebegrip parten speelt. In het door Spier besproken geval — waarbij de deeloorzaken afzonderlijk bezien geen schade zouden hebben veroorzaakt — kan de redenering, dat de latere veroorzaker geen schade veroorzaakte, behoudens eventuele additionele kosten, niet worden tegengeworpen. Bij afwezigheid van een drempelwaarde kan dat wel (zie noot 77). Voor de door mij bepleite abstrahering van het tijdsverloop tussen opeenvolgende deeloorzaken lijkt het schadebegrip (veel) minder ruimte te bieden dan het causaliteitsbegrip. Dat zij zo. Wat redelijk is bij het bestaan van een drempelwaarde, kan dat ook zijn bij afwezigheid daarvan. Ik acht het vooralsnog (zie noot 82) voldoende dat langs de weg van het causaal verband, met zijn sterk normatief gekleurde toerekening, het door mij bepleite wel kan worden bereikt.

83. Niet b.w.v. afgesleten juristenproza (vgl. NJB 1991 nr. 44) maar omdat ik oprecht niet uitsluit dat nader onderzoek (en/of reacties op dit artikel) mij zal doen besluiten mijn mening op dit punt te herzien (zie tevens noot 81).

Voor wat die eerste vervuiler betreft betekent dit een 'normale' beperking van toe te rekenen schade, voor wat die latere vervuiler betreft betekent dit een uitzondering op het CSQN-vereiste. Dat is niet meer dan een nieuwe uitzondering die aan een inmiddels lange rij<sup>83</sup> kan worden toegevoegd. De rechtvaardiging voor deze uitzondering is gelegen in het feit dat niet valt in te zien waarom de latere vervuiler er baat bij zou moeten hebben dat hij in zijn wangedrag door een eerdere vervuiler werd voorga-  
gaan<sup>84</sup>.

**10. Marktaandeelaansprakelijkheid**

Naar aanleiding van een spraakmakende beslissing van het *California Supreme Court* in de procedure van Judith Sindell tegen enkele producenten van DES<sup>85</sup> is ook in ons land het nodige geschreven over aansprakelijkheid naar rato van marktaandeel<sup>86</sup>. Er is inmiddels een procedure ahangig bij de Hoge Raad<sup>87</sup>. Nieuwenhuis heeft deze figuur ingepast in het leerstuk van de alternatieve veroorzaking<sup>88</sup>. Naar mijn mening hebben wij hier evenzeer te doen met veroorzaking van deelschade. Niet dat iedere producent individueel aan ieder slachtoffer een deel van diens schade heeft toegebracht. Maar wel dat van de totale schade van het totaal aantal slachtoffers ieder van de producenten een deel heeft veroorzaakt. Met redelijke mate van waarschijnlijkheid mag aangenomen worden dat dat deel overeenkomt met zijn aandeel in de markt. In dat opzicht zijn alle producenten naast elkaar als veroorzakers van deelschade te beschouwen.

Deze gedachtengang is uitvoerig beschreven door Boonekamp<sup>89</sup>. Hij geeft — zij het met de grootst mogelijke aarzeling — niettemin de voorkeur aan een hoofdelijke aansprakelijkheid van de DES-producenten. Dit zou wenselijker zijn met het oog op — kort gezegd — slachtofferbescherming<sup>90</sup>. Ook Nieuwenhuis pleit voor hoofdelijke aansprakelijkheid. Die zou ondermeer aansluiten bij reeds geregelde gevallen. Daarbij verwijst hij naar het *aanrijding*-arrest en de mededaderschapsregel<sup>91</sup>. Aanvaardt men de hier bepleite beperkte aansprakelijkheid van de veroorzaker van deelschade, dan is van die aansluiting naar mijn mening geen sprake<sup>92</sup>.

In de DES-zaak spelen bijzondere problemen in verband met de vraag op wat voor causaal verband de aansprakelijkheid van de DES-producenten kan worden gebaseerd<sup>93</sup>. Ik verwijs hiervoor naar de uiteenzetting van Spier<sup>94</sup>. Abstraheren wij van het feit dat het individuele benadeelden zijn die tegen de

producenten procederen, dan staan de benadeelden als groep tegenover de producenten als veroorzakers van deelschade. Volgens de hier bepleite rechtsregels zouden de producenten dan slechts voor hun deel aansprakelijk zijn<sup>95</sup>. De redelijkste maatstaf voor het verdelen van de totale schade over de afzonderlijke producenten is dan hun marktaandeel<sup>96</sup>. Dit zou het resultaat zijn wanneer het causaal verband voor de aansprakelijkheid van de producenten geen bijzondere problemen gaf. Nu deze problemen wel bestaan, zou een bepaalde terughoudendheid eerder voor de hand liggen dan het aannemen van een verdergaande aansprakelijkheid — daargelaten waar men die aansprakelijkheid precies op wil baseren. Een hoofdelijke aansprakelijkheid lijkt mij in elk geval niet zonder meer voor de hand liggen.

**11. Besluit**

De hier beschreven rechtsregel houdt in dat de veroorzaker van deelschade slechts voor een overeenkomstig deel aansprakelijk is, behoudens een bijzondere grondslag voor aansprakelijkheid voor het geheel. In de meeste landen is dit geldend recht. Een expliciete aanvaarding hiervan voor het Nederlandse recht sluit aan bij de opvatting van de meeste auteurs en bij de lagere rechtspraak. Het resultaat lijkt in beginsel redelijk. Ook dogmatisch lijkt deze opvatting aangewezen. Dit betekent een verdere uitwerking van de figuur van de mededader<sup>97</sup>. Een mededader kan in beginsel alleen dan aansprakelijk zijn voor de gehele schade, wanneer zijn gedraging mede-causaal was voor het geheel. Was zijn gedraging slechts causaal voor een deel van de totaalschade, dan is dat grondslag om zijn aansprakelijkheid tot een overeenkomstig deel te beperken. Voldoende is dat zich daarvoor op basis van het feitencomplex een redelijke maatstaf laat vaststellen. Voor het vaststellen van die maatstaf kan het CSQN-verband niet het enige gezichtspunt zijn. Een expliciete aanvaarding van deze rechtsregel kan rechtspraak en doctrine nieuw houvast bieden bij procedures ex artikel 21 IBS en bij de figuur van marktaandeelaansprakelijkheid.

*Mr. A.J. Akkermans*

83. Zie noot 58.  
84. Ook in de hier bepleite benadering laat zich het geval eenvoudig denken dat zowel de eerste als de latere vervuiler baat bij elkaars wangedrag behouden. Immers, de totale saneringskosten van één (opeenvolgend vervuild) terrein zullen in beginsel lager zijn dan de saneringskosten van twee afzonderlijke terreinen.  
85. *Sindell v. Abbott Laboratories* [1980] 26 Cal. 3d 588, 2 ALR 4th 1061.  
86. J. Knottenbelt, NJB 1982, blz. 185 e.v.; Van Wassenaer van Catwijck, *Produktaansprakelijkheid*, 1986, blz. 75 e.v.; J.H. Nieuwenhuis, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk recht, 1987; G.J. Rijken en H.E.G.S. Schneider, Kwartaalbericht NBW 1988/4 blz. 129 e.v.; F.J. Fernhout, c.s., NJB 1989, blz. 1376 e.v., Tuinstra, Kwartaalbericht NBW 1990/3 blz. 74 e.v.; J.M. Auping, AA 1990 blz. 929 e.v.; J. Knottenbelt, *Produktaansprakelijkheid* (diss) blz. 73 e.v.; R.J.B. Boonekamp, *Onrechtmatige daad in groepsverband* (diss), blz. 197-212 en BW-krant Jaarboek 1991 blz. 79 e.v.; E.E.I. Snijder, TMA 1990 blz. 141; Verkade c.s., *Produkt in gebreke*, blz. 119 e.v.; J. Spier, TMA 1991, blz. 38 e.v.; L. Dommering-Van Rongen, *produktaansprakelijkheid* (diss) blz. 296 e.v.  
87. Betreffende het cassatieberoep tegen Hof Amsterdam 22 nov. 1990 (DES), TMA 1991 blz. 36.  
88. A.w. (zie noot 86).  
89. A.w. (zie noot 86) blz. 204-208.  
90. A.w. (zie noot 86) blz. 208.  
91. A.w. (zie noot 86) blz. 14.  
92. Rijken en Schneider constateren dat de opvatting van Nieuwenhuis nog verder gaat dan die in de als consumentvriendelijk bekend staande Californische rechtspraak. Zij merken vervolgens op: 'Wij verhalen niet dat de sympathie voor het slachtoffer, die uit deze opvatting spreekt, ons belemmert in het maken van kanttekeningen bij het betoog van Nieuwenhuis' (a.w. — zie noot 86 — blz. 130, linkerkolom). Ik vraag mij af of het wel wijs is om d.m.v. een soort 'zelfcensuur' zich niet verder te bekommeren over de positie van de aansprakelijk gestelde(n) en over de juridische consistentie van de voorgestelde oplossingen. Ontstaat niet juist dan de kans dat e.e.a. voor het slachtoffer averechts uitpakt? Ook mijns inziens is in deze zaak een engagement met de DES-slachtoffers geboden. Maar juist daarom moet worden gezocht naar een oplossing die zowel redelijk is, als juridisch zo goed mogelijk houdbaar.  
93. Bezien vanuit het individuele slachtoffer raken wij het probleem van de alternatieve veroorzaking niet kwijt. De meeste 'DES-moeders' zullen immers de produkten van één of twee verschillende producenten hebben gebruikt. In elk geval niet de produkten van allemaal (laat staan naar rato van marktaandeel). Ongewis is dan wiens produkt de schade veroorzaakte en dat verwijst ons naar artikel 6:99. Of dat artikel in de DES-zaak van toepassing kan zijn is uiterst twijfelachtig. Zie Spier (a.w. — zie tot 86).  
94. A.w. (zie noot 86).  
95. Mits aan alle overige voorwaarden voor aansprakelijkheid is voldaan. In de Nederlandse procedure is dat nog niet vastgesteld.  
96. In de VS is het bepalen van marktaandelen buitengewoon moeilijk gebleken. De relevante gegevens blijken niet of slechts gedeeltelijk te achterhalen. Ik wil die problemen niet bagatelliseren. Maar mijns inziens doen zij aan de redelijkheid van deze benadering niet wezenlijk af. Er is altijd nog de rechter die de knoop *ex aequo et bono* kan doorhakken.  
97. Er zij aan herinnerd dat men dogmatisch ook de andere kant uit kan. Zie noot 47.