

jurisprudentie⁹. De Hoge Raad stelt dat om tot de onderhavige 'beperking' te kunnen concluderen (in het licht van art. 8.2 EVRM) het nationale grondrechtsartikel niet absoluut moet zijn geformuleerd, het burgerlijk recht voor deze horizontale 'beperking' voldoende aanknopingspunten moet bevatten (men lette ook op het 'in elk geval tussen burgers onderling') en voorzienbaar moet zijn en dat de 'beperking' in het concrete geval gerechtvaardigd moet kunnen worden (de proportionaliteits eis). Dat lijkt mij een evenwichtige benadering. Meer dient in het arrest niet gelezen te worden.

E.B. van Veen

1993/54 DES-arrest; alternatieve aansprakelijkheid van producenten van geneesmiddelen.

De Hoge Raad der Nederlanden (Mrs Bloembergen, Mijnsen, Davids, Neleman en Heemskerk) d.d. 9 oktober 1992.

Een zestal eiseressen dagvaardt tien producenten van het geneesmiddel DES. De eiseressen vorderen vergoeding van de letselschade die zij hebben geleden doordat hun moeders in de periode 1953-1967 DES-tabletten hebben gebruikt. Rechtbank en Hof wijzen de vordering af omdat niet is komen vast te staan welke van de gedagvaarde producenten de schade heeft veroorzaakt. Nadat A.G. Hartkamp heeft gekonkludeerd tot aanvaarding van de leer van de marktaandeel-aansprakelijkheid gaat de Hoge Raad nog een stap verder. De producenten zijn hoofdelijk voor de schade aansprakelijk op grond van artikel 6:99 B.W.

De Hoge Raad overweegt (post alia, red.):

1. Het geding in feitelijke instanties

Eiseressen tot cassatie – verder te noemen de Des-dochters – hebben bij exploiten van 28 april 1986 verweersters in cassatie – verder te noemen de Pharmaceutische Bedrijven – gedagvaard voor de Rechtbank te Amsterdam en gevorderd de Pharmaceutische Bedrijven, aldus dat de een betalende de ander in zoverre zal zijn bevrijd, te veroordelen tot vergoeding aan de Des-dochters van hun hierna vermelde schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Nadat de Pharmaceutische Bedrijven tegen

de vordering verweer hadden gevoerd, heeft de Rechtbank bij vonnis van 25 mei 1988 de vordering afgewezen.

Tegen dit vonnis hebben de Des-dochters hoger beroep ingesteld bij het Gerechtshof te Amsterdam, waarna de Pharmaceutische Bedrijven (voorwaardelijk) incidenteel hoger beroep hebben ingesteld.

Bij arrest van 22 november 1990 heeft het Hof, voor zover in cassatie van belang, zowel in het principaal als in het incidenteel beroep het bestreden vonnis bekrachtigd.

Het arrest van het Hof is aan dit arrest gehecht.

(...)

3. Beoordeling van de middelen in het principaal en het incidentele beroep

3.1. In cassatie kan – deels veronderstellen – derwijs – van het volgende worden uitgegaan:

(i) Alle Des-dochters lijden of hebben geleden aan een lichamelijke aandoening, bestaand in carcinomen van het uro-genitale stelsel, waardoor zij ernstige vermogens en niet-vermogensschade hebben geleden en nog lijden.

(ii) Deze aandoening is een gevolg van het feit dat de moeders van de Des-dochters in de periode van 1953 tot medio 1967, toen zij van deze dochters zwanger waren, Des(diethylstilbestrol)-tabletten hebben gebruikt.

(iii) De Pharmaceutische Bedrijven hebben in genoemde periode Des-tabletten in het verkeer gebracht, hetgeen in beginsel als een onrechtmatige daad moet worden aangemerkt die hun kan worden toegerekend.

(iv) De Des-dochters weten niet van wie de tabletten die hun moeders hebben gebruikt afkomstig zijn; zij kunnen ook niet aangeven – en bewijzen – dat hun schade is teweeggebracht 'vanuit een uitputtend aan te geven kring van personen, die Des in het verkeer heeft gebracht'.

In dit geding vorderen de Des-dochters dat ieder der Pharmaceutische Bedrijven wordt veroordeeld tot vergoeding van de gehele schade, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, aldus dat de een betalende de ander in zoverre zal zijn bevrijd. De Rechtbank heeft deze vorderingen afgewezen. Het Hof heeft het vonnis van de Rechtbank bekrachtigd.

3.2. 's Hof's overwegingen, voor zover in cassatie van belang, kunnen als volgt worden samengevat:

9 Vgl. Verhey, a.w., p. 156-165 voor overige arresten waarin zich deze benadering eveneens aftekende.

(i) De regel van art. 6:99 BW dient ook voor het vóór 1 januari 1992 geldende, hier toepasselijke recht als geldend recht te worden aangemerkt (rov. 4).

(ii) Toepassing van de regel van art. 99 komt niet in strijd met de Richtlijn van de Raad van de Europese Gemeenschappen van 25 juli 1985 inzake produktaansprakelijkheid (rov. 5).

(iii) Er is hier niet een voltooide onrechtmatige daad jegens een of meer van de Des-dochters, nu geen feiten zijn gesteld, waaruit van een concrete gedraging ten opzichte van de Des-dochters kan blijken, waarbij met name valt te denken aan verkoop van Des-tabletten door of via meer dan één van de Pharmaceutische Bedrijven aan telkens één van de moeders van de Des-dochters; zouden dergelijke feiten zijn gesteld, dan zou zulks 'veeler' leiden 'tot toepassing van het leerstuk der zogenaamde dubbele veroorzaking en derhalve tot aansprakelijkheid voor het geheel zonder meer' (rov. 7-9).

Naar de Hoge Raad begrijpt, brengt het Hof hiermede voor zover in cassatie van belang, tot uitdrukking dat er geen plaats is voor toepasselijkheid van art. 99, nu niet een concrete gedraging als evenbedoeld van de Pharmaceutische Bedrijven ten opzichte van de Des-dochters is gesteld.

(iv) In de rov. 10-13 gaat het Hof verondersteltenderwijs ervan uit dat het onder (iii) bedoelde beletsel voor toepasselijkheid van art. 99 niet bestaat. De regel van het artikel is dan echter toch niet toepasbaar, omdat voor toepassing vereist is dat 'exact wordt gesteld en vervolgens ook komt vast te staan wie tot de kring der aansprakelijk te houden personen behoort' en de Des-dochters niet hebben gesteld – en hebben toegegeven niet te kunnen stellen, laat staan bewijzen – dat 'de gestelde schade (in elk geval) (telkens) is teweeggebracht vanuit een uitputtend aan te geven kring van personen, die Des in het verkeer heeft gebracht'.

(v) Ook het beroep op de groepsaansprakelijkheid – als bedoeld in art. 6:166 – gaat niet op, omdat de Pharmaceutische Bedrijven niet als groep zijn opgetreden (rov. 15).

3.3. De onderdelen I, 1, 3 en 4 van het middel in het incidentele beroep richten zich tegen het hiervoor in 3.2. onder (i) weergegeven oordeel, onderdeel I, 2 van dit middel tegen het onder (ii) weergegeven oordeel.

De onderdelen 1 - 4 van het middel in het principale beroep richten zich met een reeks van klachten tegen de hiervoor in 3.2. onder (iii) en (iv) weergegeven oordelen van het Hof; de onderdelen 2 en 4 van dit middel richten zich, evenals onderdeel II van het middel in het incidentele beroep, meer in het bijzonder tegen de rov. 7-9.

Onderdeel 6 van het middel in het principale beroep richt zich tegen 's Hofs oordeel omtrent de groepsaansprakelijkheid, hiervoor in 3.2. onder (v) samengevat.

Onderdeel 5 betoogt dat hier plaats is voor een stelsel van 'marktaandeelaansprakelijkheid'. Tenslotte handelt onderdeel 7 over een 'collectieve' aansprakelijkheid.

3.4. De onderdelen I, 1, 3 en 4 van het middel in het incidentele beroep falen. Aangenomen moet worden dat de regel van art. 99 zowel voor de periode van 1953 tot medio 1967 – toen de moeders van de Des-dochters de Des-tabletten hebben gebruikt – als later – toen de gevolgen zich bij de Des-dochters openbaarden – moet worden toegepast als geldend recht, met dien verstande evenwel dat de regel leidde tot een samenlopende aansprakelijkheid voor het geheel en niet, zoals sedert 1 januari 1992 ingevolge art. 6:102 het geval is, tot een hoofdelijke aansprakelijkheid.

Het artikel was immers in een op aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad toegespitste, maar overigens niet wezenlijk verschillende formulering als art. 6.3.3 opgenomen in het Ontwerp Meijers voor Boek 6, dat in 1961 is verschenen. Het vormde de neerslag van de toen reeds in ons land geldende rechtsopvattingen. Het artikel is dan ook noch in noch buiten het parlement bestreden.

3.5. Er kan reeds daarom te dezen geen sprake zijn van strijd met de EEG-richtlijn Produktaansprakelijkheid en de op die richtlijn voortbouwende Nederlandse wetgeving omdat het hier gaat om een aansprakelijkheid voor produkten die vóór 1985 in het verkeer zijn gebracht en de richtlijn blijkens art. 17 in verbinding met art. 19 hierop in ieder geval niet van toepassing is. Onderdeel I, 2 van het middel in het incidentele beroep faalt derhalve eveneens. In dit verband verdient opmerking dat thans in het midden kan blijven of hetgeen hierna in de nrs. 3.7.1-6 zal worden overwogen ook toepassing kan vinden wanneer de aansprakelijkheid van een of meer van de producenten enkel berust op de art. 6:185-193 BW.

3.6. Onderdeel 2 van het middel in het principale beroep heeft in zijn geheel tot uitgangspunt dat het Hof heeft geoordeeld dat op basis van de door de Des-dochters aan hun eis ten grondslag gelegde stellingen niet kan worden gezegd dat er door de Pharmaceutische Bedrijven jegens hen onrechtmatig is gehandeld. Blijkens hetgeen hiervoor in 3.2. onder (iii) is overwogen berust dit uitgangspunt op een verkeerde lezing van 's Hofs arrest en mist het onderdeel dus feitelijke grondslag. Het kan derhalve niet tot cassatie leiden.

Onderdeel 4 van het middel in het principale beroep mist eveneens feitelijke grondslag:

klaarblijkelijk is ook het Hof ervan uitgegaan dat toepassing van de regel van art. 99 leidt tot een aansprakelijkheid voor het geheel. Het onderdeel kan dus evenmin tot cassatie leiden. Hetzelfde geldt voor onderdeel II van het middel in het incidentele beroep. Het Hof heeft slechts bij wege van veronderstelling geoordeeld dat niet opgaan de verweren die de Pharmaceutische Bedrijven hetzij gemeenschappelijk hetzij afzonderlijk hebben gevoerd om de stelling te bestrijden dat zij door het in het verkeer brengen van Des onrechtmatig hebben gehandeld.

3.7.1. Nu komen de onderdelen 1 en 3 van het middel in het principale beroep aan de orde. Deze onderdelen richten zich tegen de rov. 7-13 van het Hof betreffende de toepassing van art. 99.

's Hofs oordeel dat er te dezen geen plaats is voor toepassing van de regel van art. 99 geeft blijk van een onjuiste rechtsopvatting.

Er is aanleiding bij de uitleg van deze regel acht te slaan op de tekst, de strekking en de parlementair geschiedenis van het artikel.

De situatie die zich hier voordoet valt onder de tekst: veronderstellenderwijs moet worden aangenomen dat de bedrijven die in de relevante periode Des in het verkeer hebben gebracht, elk hiervoor wegens hun fout aansprakelijk zijn, dat de gehele schade van elke benadeelde door elk van deze 'gebeurtenissen' – het in het verkeer brengen – kan zijn ontstaan en dat de schade ten minste is ontstaan door een van deze 'gebeurtenissen'. Wanneer het Hof in de rov. 7-9, hiervoor in 3.2. onder (iii) samengevat, als vereiste stelt dat er een 'concrete gedraging' moet zijn gesteld, stelt het een vereiste waarvoor in de tekst van art. 99 geen steun is te vinden.

Toepassing van het artikel in een situatie als de onderhavige strookt ook met de strekking hiervan. Het artikel wil de onbillijkheid wegnemen dat de benadeelde de schade zelf moet dragen, omdat hij niet kan bewijzen wiens handeling causaal voor zijn schade is (Toelichting Meijers, Parl. Gesch. NBW, Boek 6, blz. 346). Zo een bewijsnood voor de benadeelden doet zich hier voor.

Weliswaar wordt in de Toelichting Meijers en de parlementaire stukken niet gesproken over een situatie als zich hier bij het produkt Des voordoet, maar aannemelijk is dat die situatie destijds buiten het gezichtsveld heeft gelegen. Aan het niet bespreken hiervan mag dus niet de conclusie worden verbonden dat in deze situatie het artikel geen toepassing kan vinden.

3.7.2. Verder is belangrijk dat het door het Hof aanvaarde stelsel tot een onaanvaardbaar resultaat leidt.

Hoewel hier veronderstellenderwijs ervan moet worden uitgegaan dat de Pharmaceutische Bedrijven elk een fout hebben gemaakt door het in het verkeer brengen van Des en dat de Des-dochters door het Des-gebruik door hun moeder ernstig letsel hebben opgelopen, blijven in dit stelsel de Des-dochters niettemin verstoken van een aanspraak op schadevergoeding als gevolg van de enkele omstandigheid dat zij niet kunnen aangeven van wie de Des-tabletten afkomstig waren, die hun moeders hebben gebruikt.

In dit verband verdient opmerking dat een stelsel van 'marktaandeelaansprakelijkheid', zoals door onderdeel 5 wordt verdedigd, eveneens ertoe leidt dat de Des-dochters niet van een aanspraak op schadevergoeding verstoken blijven. Dit stelsel kan echter, zoals hierna in 3.8. wordt overwogen, niet worden aanvaard.

3.7.3. Tegenover al het vorenstaande komt niet voldoende gewicht toe aan het in de literatuur aangevoerde en in de conclusie van het Openbaar Ministerie onder de nrs. 13-15 uitgewerkte argument dat art. 99 niet passend is voor een situatie als de onderhavige, waar het gaat om schadetoebrenging aan een groot aantal benadeelden en iedere producent slechts een – statistisch bepaalbaar – deel van de totale schade van alle benadeelden zal hebben veroorzaakt.

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. Hiervan uitgaande is het niet redelijk hen in een ongunstiger bewijspositie te plaatsen dan in art. 99 is voorzien, enkel omdat er vele benadeelden zijn. Daar komt bij dat de producenten, die jegens de benadeelden aansprakelijk zijn voor het geheel, onderling verhaal hebben, zodat zij uiteindelijk in beginsel niet meer behoeven te dragen dan hun aandeel in de totale schade. Overigens, nu het verhaal in dit geding niet aan de orde is, kan thans in het midden blijven wat elk der producenten in hun onderlinge verhouding heeft bij te dragen.

3.7.4. Zoals hiervoor in 3.2. al is aangestipt heeft het Hof in de rov. 10-13 art. 99 niet van toepassing geacht, omdat de Des-dochters niet hebben gesteld – en ook niet kunnen aangeven – wie tot de kring der aansprakelijke personen behoort, die Des in het verkeer hebben gebracht. Aldus oordelend is het Hof ook uitgegaan van een onjuiste rechtsopvatting. Het Hof (rov. 11) heeft aangenomen dat het niet noodzakelijk is alle plegers van de onrechtmatige daad te dagvaarden. Onderdeel 3f, dat van een andere lezing van 's Hofs arrest uitgaat, mist feitelijke grondslag. 's Hofs

oordeel op dit punt is overigens juist. Aangenomen moet worden dat een benadeelde kan volstaan met dagvaarding van een der aansprakelijke personen.

Evenmin kan worden geëist dat de benadeelde stelt – en dat komt vast te staan – wie tot de kring van de aansprakelijke personen behoort. Een dergelijke eis leidt al tot een onredelijk resultaat in de klassieke onder het bereik van art. 99 vallende situaties, te weten die waarin meer personen in dezelfde richting schieten of stenen gooien: wanneer niet alle schutters of gooiers zouden kunnen worden geïdentificeerd, zou de benadeelde zelf zijn schade moeten dragen. In een situatie als in dit geding aan de orde is, leidt een eis als evenbedoeld eens te meer tot een onredelijk resultaat: de benadeelde zou zelf haar schade moeten dragen, indien zij niet alle producenten die in de relevante periode Des in het verkeer hebben gebracht, kan identificeren, hoewel een dergelijke identificatie van alle producenten in feite vrijwel onmogelijk zal zijn. In de schriftelijke toelichting van de Pharmaceutische Bedrijven wordt ter verdediging van de door het Hof gestelde eis een beroep gedaan op een passage uit de Toelichting Meijers op art. 6.3.3. (Parl. Gesch., Boek 6, blz. 347, eerste volle alinea). Dit beroep faalt, omdat deze passage niet specifiek op de hier aan de orde zijnde vraag betrekking heeft en daaruit niet een eis als door het Hof gesteld mag worden afgeleid.

3.7.5. Ten aanzien van de stelplicht en de bewijslast geldt hier het volgende.

elk der Des-dochters kan, zoals zij in dit geding ook heeft gedaan, ten aanzien van elk der Pharmaceutische Bedrijven volstaan met te stellen: (i) dat het betrokken Pharmaceutische Bedrijf in de relevante periode Des in het verkeer heeft gebracht en daarvoor wegens een door hem gemaakte fout aansprakelijk is;

(ii) dat er nog een of meer andere – al dan niet in het geding betrokken – producenten zijn die in de relevante periode eveneens Des in het verkeer heeft (hebben) gebracht en die daarvoor eveneens wegens een fout aansprakelijk is (zijn);

en (iii): dat zij schade heeft geleden en dat de schade het gevolg is van Des-gebruik, maar dat niet meer is vast te stellen van wie het gebruik Des afkomstig is.

In beginsel rust de bewijslast van een en ander op de betrokken Des-dochter.

De slotwoorden van art. 99 brengen mede dat hiertegenover elk der Pharmaceutische Bedrijven tegenover elk der Des-dochters ter afwering van zijn aansprakelijkheid kan stellen en, zo nodig, bewijzen dat de schade van deze Des-dochter niet het gevolg is van gebruik

van door hem in het verkeer gebrachte Des. 3.7.6. Denkbaar is tenslotte dat komt vast te staan dat Des in de relevante periode ook in het verkeer is gebracht door een of meer producenten die daarvoor wegens het ontbreken van een fout niet aansprakelijk is (zijn) en dat de schade van de betrokken Des-dochter ook door deze Des kan zijn veroorzaakt. Een en ander 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.

3.7.7. Het vorenstaande brengt mee dat de onderdelen 1 en 3a-e van het middel in het principale beroep, in onderling verband beschouwd, gegrond zijn. 's Hof's arrest kan niet in stand blijven en verwijzing moet volgen. Nu hier voor gevallen als de onderhavige regels zijn aanvaard waarvan niet kan worden gezegd dat partijen daarmee reeds in volle omvang rekening hadden moeten houden, zullen zij hun stellingen aan die regels mogen aanpassen.

3.8. Onderdeel 5 beoogt dat ieder der Pharmaceutische Bedrijven 'naar rato van zijn aandeel in de totale met het in het verkeer brengen van het geneesmiddel veroorzaakte schade aansprakelijk is voor de schade die het individuele slachtoffer heeft geleden, welk aandeel rechtens gelijk kan (of in beginsel mag) worden gesteld aan het aandeel van het bedrijf in de totale door de bedrijven voor dat bepaalde gebruik in het verkeer gebrachte hoeveelheid van het geneesmiddel'.

Het onderdeel faalt, omdat zo een stelsel van 'marktaandeelaansprakelijkheid' – dat in de conclusie van het Openbaar Ministerie in de nrs. 17-21 is uitgewerkt – niet kan worden aanvaard.

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 meerte traceren is, op de slachtoffers wordt gelegd en niet op de producenten. Ook is bezwaarlijk dat de slachtoffers zo veel mogelijk producenten zullen moeten aanspreken en dat in het geding tussen hen en de producenten ook moet worden vastgesteld wat het marktaandeel van elk der producenten was. Bovendien is er in een situatie als de onderhavige uit het oogpunt van slachtofferbescherming geen behoefte aan een marktaandeelaansprakelijkheid, nu elk der producenten, zoals hiervoor is beslist, in beginsel voor het geheel aansprakelijk is.

In het midden kan thans blijven of bij de vaststelling van hetgeen elk der producenten in hun onderlinge verhouding heeft bij te dragen, ook het marktaandeel van elk van hen van belang kan zijn.

3.9. Onderdeel 6, betreffende de groepsaansprakelijkheid faalt. 's Hofs oordeel dat de Pharmaceutische Bedrijven niet als een groep zijn opgetreden, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting. Verder kan het wegens zijn verwevenheid met waarderingen van feitelijke aard in cassatie niet op zijn juistheid worden getoetst. het is niet onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

3.10. Onderdeel 7 betoogt – kort gezegd – dat hier sprake is van een 'collectief jegens de collectieve slachtoffers begane onrechtmatige daad' en dat deze daad ieder van de bedrijven verplicht tot gehele (of gedeeltelijke) vergoeding van de door ieder individueel slachtoffer geleden schade, althans tot het instellen van een gezamenlijk fonds met de andere bedrijven ten behoeve van de slachtoffers. Voor zover hier iets anders wordt betoogd dan in het vorenstaande als juist is aanvaard, is voor dit betoog geen steun te vinden in het recht. Het onderdeel faalt derhalve eveneens.

4. *Beslissing*

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

vernietigt het arrest van het Gerechtshof te Amsterdam van 22 november 1990; verwijst de zaak naar het Gerechtshof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing;

in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep;

Noot

1 Dit arrest is als een bom ingeslagen in juridisch Nederland. Op 1 januari 1992 trad een nieuw Burgerlijk Wetboek in werking. Het is echter niet de wetgever, maar de rechtspraak die het leerstuk van de onrechtmatige daad sindsdien beheerst. Natuurlijk heeft het nieuwe wetboek tot veranderingen in het recht geleid. Men denke slechts aan de regeling van de aansprakelijkheid van en voor jeugdige personen en geestelijk gestoorde personen. Op de aansprakelijkheid voor geestelijk gestoorde heeft de rechtspraak vroeger niet vooruit willen lopen, vanwege het tot 1 januari 1992 ontbreken van de mogelijkheid tot matiging van schadevergoeding.

Maar zoals gezegd, sinds de invoering van het nieuwe vermogensrecht is het de rechtspraak die de meeste aandacht krijgt. Eerst waren er de twee gelijklopende arresten van 24 april 1992, Van Wijngaarden c. Staat, RvdW 1992, 121, NTBR 1992/5 (G.E. van

Maanen) en Staat c. Akzo Resins, TMA 1992, 131 (J.M. van Dunné) inzake bodemverontreiniging. Vervolgens kwam het arrest IZA c. Vrerink, HR 28 februari 1992, RvdW 1992, 72, inzake motorrijtuigen. En als klap op de vuurpijl volgde het DES-arrest, dat ook internationaal opzien baart. Van deze vier arresten heeft alleen het DES-arrest rechtstreeks betekenis voor het gezondheidsrecht.

2 De casus van het DES-arrest is de volgende. In 1938 werd een slaapmiddel uitgevonden, dat in ons land van 1953-1967 onder de soortnaam 'diethylstilbestrol' in de handel werd gebracht. Het middel werd gebruikt tegen miskramen, maar bleek achteraf niet het gewenste effect te hebben. Integendeel, een ernstige bijwerking was dat dochters – en naar inmiddels is gebleken: ook kleindochters – van vrouwen die DES hadden gebruikt een bijzondere vorm van kanker in het urogenitale stelsel ontwikkelden. Nadat de Verenigde Staten ons hierin waren voorgegaan, werd ook in ons land een procedure tegen de fabrikanten van DES begonnen. In deze procedure vinden eiseressen tal van horden op hun weg. De eerste horde is thans genomen. Daarmee is nog niet gezegd dat de eindstreep ook zal worden bereikt.

3 De eerste horde heeft betrekking op de vraag of men succes kan hebben met een vordering indien men niet met zekerheid weet wie de schade heeft toegebracht. Juridisch uitgedrukt: is voldaan aan het vereiste van causaal verband tussen de normovertreding en de geleden schade. In eerste instantie lijkt dat niet het geval. Het is ook strijdig met ons rechtsgevoel. Als vaststaat dat bij een ongeval in Vlagtwedde een niet nader geïdentificeerde grijze Volvo-474 betrokken is geweest, maakt dit toch niet alle bezitters van een dergelijke Volvo aansprakelijk. Toch zullen wij onder omstandigheden uitzonderingen op de zojuist geformuleerde regel erkennen. Als in Vlagtwedde ten tijde van het ongeval een rally plaatsvond waaraan uitsluitend Volvo's deelnemen, ligt het voor de hand om de casus te vergelijken met het beroemde geval van de twee jagers die van een en hetzelfde gezelschap deel uitmaakten en van wie er één het dodelijke schot loste (NJ 1933, 753). Een komplikatie in deze zaak is nog dat niet alle producenten waren gedagvaard, maar slechts tien van hen.

4 Rechtbank en Hof achten hier niet een van de genoemde uitzonderingsgronden aanwezig. A-G Hartkamp verwerpt op wettelijke gronden het in cassatie aangehaalde art. 6:99. Hij ziet echter wel een mogelijkheid op basis van het in de Verenigde Staten ontwikkelde leerstuk van de marktaandeelaan-

sprakelijkheid. Dit leerstuk houdt in dat elk bedrijf proportioneel zijn aandeel in de totale schade draagt. Het is met name de staat Californië, waar dit leerstuk wordt toegepast: *Sindell v Abbott Laboratories*, 607 P2d 924 en de verdere jurisprudentie geciteerd door J. Knottenbelt, Hoofdstukken produktenaansprakelijkheid, Zwolle, blz. 109-124. In de VS is inmiddels zelfs jurisprudentie inzake de derde generatie slachtoffers, de DES-kleindochters, ontstaan.

5 Ook de Hoge Raad komt tot een slachtoffer-vriendelijke oplossing. Maar anders dan de A-G zoekt de HR de oplossing niet in een marktaandeelaansprakelijkheid. De Hoge Raad gaat verder en acht de producenten, in navolging van J.H. Nieuwenhuis, Alternatieve causaliteit en aansprakelijkheid naar marktaandeel, preadvies Vereniging voor burgerlijk recht, Lelystad 1987, blz. 16, in beginsel hoofdelijk aansprakelijk. De basis daarvoor is art. 6:99. Weliswaar gold het nieuw BW nog niet in de periode 1953-1967 en evenmin in de periode waarin zich het letsel van de DES-dochters openbaarde, maar art. 6:99 vormt slechts de neerslag van reeds in die perioden geldende rechtsopvattingen.

Bij de uitleg van deze bepaling slaat de HR acht op de tekst, de strekking en de parlementaire geschiedenis. De situatie die zich hier voordoet, valt volgens de HR onder de tekst. Toepassing in een situatie als de onderhavige strookt ook met de bedoeling. Ten slotte vermeldt de parlementaire geschiedenis deze situatie niet, maar dat betekent tevens dat zij toepassing hier niet verwerpt. Na toetsing aan deze drie uitlegbeginselen, komt nog een extra toetsingsmoment: het standpunt van het hof leidde tot een onaanvaardbaar resultaat. Met Van Wassenaer in VR 1993, nr. 19 ben ik het eens dat dit een fraaie redenering is. In r.o. 3.7.4. rekent de HR af met de mening dat de eiseressen alle aansprakelijke personen hadden moeten dagvaarden. Dit zou leiden tot een onredelijk resultaat, omdat het in feite vrijwel onmogelijk zal zijn.

De HR geeft voorts in r.o. 3.7.5. aan hoe de bewijslast in deze moet worden verdeeld. Ten slotte geeft de HR aan wat te doen indien een deel van de producenten niet onrechtmatig zou hebben gehandeld. De overige producenten blijven dan aansprakelijk voor het geheel, tenzij dit naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

6 Het arrest is als een bom ingeslagen, maar hoe groot is het effect? De werking van het arrest wordt door de Hoge Raad op een aantal punten beperkt. In de eerste plaats laat

de Hoge Raad uitdrukkelijk in het midden of de overwegingen ook gelden voor de nieuwe regeling van de produktenaansprakelijkheid in de art. 6:185-193 BW. Voorts geeft de HR geen regeling voor het onderling regres tussen de bedrijven onderling. Ten slotte behoeft de HR geen uitspraak te doen over de geenszins denkbeeldige complicatie dat ook buitenlandse producenten erbij betrokken zijn – zie A.E. Driessen, *Juridisch Up to date* 1982/20, blz. 6.

Ook door de feiten is het arrest beperkt. Het gaat hier om een generiek geneesmiddel dat door iedere producent in de handel mag worden gebracht. Mijn vergelijking met de grijze Volvo-474 is ook enigszins misleidend. Zij zou alleen op gaan, indien alle Volvo-rijders onrechtmatig handelden door bijv. bij aanwezigheid van risico-aansprakelijkheid in een defekte auto rond te rijden. In haar annotatie in *M & R* 1992, blz. 668 voorspelt P.A. Kottenhagen-Edzes dan ook slechts een geringe betekenis van dit arrest voor milieu-aansprakelijkheid. Het effect van de bom blijft mitsdien beperkt.

7 Met deze horde zijn eiseressen er nog niet. Verschillende van de hierboven op basis van de weergave van de feiten veronderstelde gegevens zullen nog moeten worden bewezen. Voorts is er nog een aantal lastige juridische vragen. In de procedure moet nog worden aangetoond dat sprake is van onrechtmatigheid. Daarnaast zal het moeilijk zijn voor iedere eiseres om haar schade aan te tonen. Gelukkig heeft de Nederlandse rechter niet de eis gesteld dat deze vooraf moet zijn vastgesteld. In Engeland wordt dat wel gedaan, zoals blijkt uit de zaak van ca. 1700 gebruikers van Valium, Librium en Mogadon. Deze ook in ons land vroeger veel gebruikte kalmeringsmiddelen leiden volgens sommige gebruikers tot verslaving en vervelende bijverschijnselen. Aanvankelijk waren er in Engeland niet minder dan 17000 klagers die zich voor gratis admittie tot de *Legal Aid Board* hebben gewend. De rechter die bij deze zaak werd betrokken, Mr Justice Ian Kennedy, bepaalde vervolgens dat van iedere klager een psychiatrisch rapport moest worden opgemaakt. Een dergelijk rapport kost ca. £ 500 per geval, waarbij de kosten van rechtsbijstand nog niet zijn inbegrepen. Nadat inmiddels miljoenen zijn uitgegeven voor dergelijke onderzoeken, en een groot aantal klagers ermee is gestopt, heeft de Legal Aid Board volgens de *Times* van 2 februari 1993 besloten de verstrekking van rechtsbijstand in deze zaak geheel te beëindigen.

8 De DES-zaak illustreert dat er aanleiding is de EG-richtlijn produktenaansprakelijkheid in 1995 op een aantal punten te her-

zien. Zelfs een op het oog onschuldig woord als 'zijn' in art. 185 lid 1 is al gebruikt als argument tegen marktaandeelaansprakelijkheid uit hoofde van de EG-richtlijn – Schmidt-Salzer, Kommentar EG-Richtlinie Produkthaftung, Hedelberg 1986, blz. 457. Daarnaast werpt een zaak als die van DES opnieuw de vraag op of het verweer van het ontwikkelingsrisiko van art. 185 lid 1 onder (e) althans voor geneesmiddelen niet dient te verdwijnen. Voorts dient de vraag te worden gesteld of de verval- en de verjaringstermijnen van art. 6:191 met het oog op schades als in de DES-zaak geen verlenging behoeven. Ten slotte lijkt het aangewezen om de vorming van een schadefonds in heroverweging te nemen.

9 Het DES-arrest heeft ruimschoots aandacht gekregen in de juridische vakpers. Het arrest wordt overwegend positief beoordeeld: zie Jac Hijma, AA 1993, blz. 123, P. Ingelse, NJB 1992, blz. 1403, G.J. Rijken en J.G.J. Rinkes, TvC 1992, blz. 325 en A.J.O. van

Wassenaer van Catwijck, VR 1993, nr. 19. Kritisch daarentegen zijn L. Dommering-van Rongen, WPNR 6089 en J. Spier, NTBR 1992, blz. 193. Over het leerstuk van de alternatieve causaliteit raadplege men R.J.B. Boonekamp, Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW, diss. Leiden, Deventer 1990 en over dat van de produktenaansprakelijkheid L. Dommering-van Rongen, Produktenaansprakelijkheid, diss. Utrecht, Deventer 1991.

10 Mijn oordeel valt positief uit. Men kan dit arrest op twee manieren beoordelen: technisch-juridisch en qua resultaat. Technisch-juridisch kan men over de redenering van mening verschillen. Het resultaat is evenwel billijk. Het is voorts een aansporing voor producenten om, zoals Rijken en Rinkes in hun TvC-noot stellen, de nodige voorzichtigheid aan de dag te leggen.

E.H. Hondius

Boekrecensie

D. Fernhout, Rechtsvragen rond ivf en embryotransfer, 1990, Gouda Quint.

In deze, in de Post Scriptum reeks verschenen, publicatie worden een aantal rechtsvragen die door ivf zijn opgeroepen, besproken. Na een inleidend eerste hoofdstuk komt in het tweede de status van het embryo aan de orde, in het derde de afstammingsproblematiek en in het vierde de positie van de donor. Bij de behandeling van de onderwerpen worden een aantal malen uitstapjes naar het Duitse recht gemaakt.

De verschillende problemen worden in kort bestek helder besproken en de in de literatuur neergelegde opvattingen worden in het algemeen goed weergegeven. De auteur neemt ook duidelijk standpunten in. Op een tweetal punten overtuigt hij me niet.

In de eerste plaats is hij van mening dat een embryo waarop is geëxperimenteerd, moet worden geïmplant (p. 20). Dat is in strijd

met de in de internationale literatuur vrij algemene opvatting dat dat juist niet mag vanwege de risico's. Dit standpunt wordt overigens op p. 21 door de auteur onderschreven waarmee zijn eerdere stelling niet in overeenstemming is. Dit nog afgezien van het feit, dat, omdat het experimentele embryo vaak door klieving is ontstaan, bij implantatie een kloon wordt tot stand gebracht.

Een tweede kanttekening betreft de, vanwege het bepleite recht de genetische ouders te kennen, opheffing van de anonimiteit van de donor die door Fernhout wordt voorgestaan. Hij bespreekt hier niet de tegenargumenten, hetgeen een lacune is. Onduidelijk is of hij ook bij eiceldonatie dit standpunt inneemt. Dat zou wel consequent zijn. Het lijkt me onjuist een onderscheid te maken tussen vrouwelijke en mannelijke gameten. Opheffen van de anonimiteit bij eiceldonatie zet echter wel het principe *mater semper certa* onder druk.

H. J. J. Leenen