

Grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband

1 Inleiding

Een terrein waarop het doorbreken van het 'alles of niets' ten behoeve van een gedifferentieerde benadering potentieel van verstrekkende betekenis is, is dat van het onzeker causaal verband. Dit niet alleen omdat in de praktijk, met name bij beroepsfouten van artsen, advocaten, notarissen en andere 'vrije' beroepsbeoefenaars, relatief vaak onzekerheid bestaat over het *conditio sine qua non*-verband tussen de fout en de schade, maar ook omdat een proportionele oplossing op pregnante wijze lijkt te breken met de traditionele juridische dogmatiek, waarin onzekerheid over het CSQN-verband wordt gezien als een bewijsprobleem met betrekking tot feitelijke omstandigheden, waarover de rechter aan de hand van het bewijsrecht de knoop behoort door te hakken.¹ Toch is proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband veel minder 'vreemd' voor het aansprakelijkheidsrecht dan wel wordt verondersteld. Dit zowel wat het systeem van het aansprakelijkheidsrecht betreft, als wat betreft de praktijk, althans wanneer men daarbij ook andere rechtsstelsels in ogenschouw neemt. Bijna in elk land worden proportionele benaderingen gehanteerd, soms (nog) incidenteel, zoals in Nederland,² maar soms ook op relatief grote schaal, in het kader van gevestigde leerstukken, zoals in Frankrijk, België en in toenemende mate in de Verenigde Staten.³

Het systeem van het aansprakelijkheidsrecht biedt voor proportionele aansprakelijkheid verschillende solide aanknopingspunten. In het navolgende

* Arno Akkermans is advocaat bij Kennedy Van der Laan Advocaten te Amsterdam.

1 Zie de bijdrage van I. Giesen aan deze bundel.

2 Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1997, 213; A&V 1996, p. 67 e.v., nt. A.J. Akkermans; TvG 1997, p. 58, nt. M.J.J. de Ridder (Wever/De Kraker c.s.); HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456, nt. CJHB (Heesch/Reijs); Rb. Utrecht 28 oktober 1942, NJ 1943, 231; HR 8 juli 1993, NJ 1994, 210, nt. MMM (Hogenboom/Unigarant); Rb. Zwolle 12 oktober 1994, Adv.bl. 1995, p. 341 (aldaar ten onrechte aangeduid als Ktr. Zwolle 12 oktober 1994), nt. J.R. Beversluis.

3 Voor een overzicht zie A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. KU Brabant, Tilburg 1997.

zal ik drie benaderingen bespreken die naar mijn mening de toets der kritiek kunnen doorstaan.⁴ De eerste is de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans, waardoor een proportionele oplossing kan worden bereikt zonder afbreuk te doen aan de traditionele opvattingen over het CSQN-verband. De tweede is de gecombineerde toepassing van de principes van alternatieve veroorzaking en 'eigen schuld', waarmee de traditionele dogmatiek weliswaar tot haar uiterste wordt opgerekt, maar in essentie overeind blijft omdat gebruik wordt gemaakt van reeds bestaande openingen in het systeem.

De derde benadering is die waarin een proportionele schadevergoedingsplicht rechtstreeks wordt gebaseerd op de toerekening van artikel 6:98 BW. Anders dan de eerste twee betekent deze 'toerekening naar kansbepaling'⁵ onvermijdelijk een vrij radicale breuk met de traditionele dogmatiek, omdat het CSQN-verband de facto haar status verliest als vereiste voor aansprakelijkheid en gedegradeerd wordt tot één van de toerekeningsfactoren die in het kader van artikel 6:98 in aanmerking dienen te worden genomen. Voor een dergelijke vérgaande dogmatische vernieuwing is echter veel te zeggen, omdat de traditionele dogmatiek inzake het causaal verband met haar nadrukkelijke onderscheid tussen het feitelijke en het normatieve de juridische werkelijkheid niet op een bevredigende wijze weergeeft, en hard aan herformulering toe is.

2 Het verlies van een kans

Door toepassing van leerstuk van het verlies van een kans wordt het probleem van onzeker causaal verband benaderd als een geval met een specifiek soort schade. Men kent geen vergoeding toe voor de schade zoals die definitief bij de benadeelde is ingetreden, maar voor het verlies van de kans die de benadeelde had om deze te ontlopen. Door deze zijsprong naar het schadebegrip wordt een frontale confrontatie met het CSQN-vereiste vermeden. Klassieke voorbeelden zijn het mislukken van een juridische procedure door de fout van een advocaat, deurwaarder of notaris, waarbij niet kan worden vastgesteld wat de uitkomst van het proces zou zijn geweest wanneer geen fout was gemaakt,⁶ en het mislukken van een medische behandeling door de fout van een arts, waarbij niet kan worden vastgesteld

4 Voor nog meer benaderingen — maar door mij gewogen en te licht bevonden — zie mijn in noot 3 genoemde proefschrift, p. 437 e.v.

5 Zie het gelijknamige artikel van N. Frenk, NJB 1995, p. 482 e.v.

6 Zie Rb. Utrecht 28 oktober 1942, NJ 1943, 231.

of de behandeling tot genezing zou hebben geleid indien geen fout was gemaakt.⁷ In zo'n geval is wél zeker dat de benadeelde door de fout in elk geval een bepaalde kans verloor op een beter resultaat. De essentie van het leerstuk van het verlies van een kans is het uitgangspunt dat die kans een waarde heeft die op geld waardeerbaar is. Het verlies van deze kans vormt een vermogensschade en die moet worden vergoed. Het causaal verband met *deze* schade staat wél vast. Aan het CSQN-vereiste wordt dus niet getornd.

Zoals elders uitvoeriger door mij betoogd is dit in de regel een valide redenering.⁸ Dat kansen een zelfstandige waarde kunnen hebben in feitelijke-economische zin is evident. Sommige kansen hebben zelfs een objectieve marktwaarde, zoals opties op aandelen en valuta's, en loten in een loterij. Andere hebben betrekking op overdraagbare vermogensbestanddelen, en zijn dan van invloed op de verkeerswaarde daarvan. Maar ook van niet overdraagbare kansen, zoals gezondheidskansen, kan de financiële waarde veelal niet worden ontkend. Staat eenmaal vast dat door het verlies van een kans een vermogensschade werd geleden dan kunnen de — evidente — moeilijkheden bij de begroting daarvan geen beletsel zijn om schadevergoeding toe te wijzen. Dat volgt uit het beginsel dat wanneer een schade voldoende zeker is in haar bestaan, de moeilijkheid om haar omvang te bepalen niet aan haar vergoeding in de weg kan staan.⁹

Het leerstuk van het verlies van een kans houdt een proportionele benadering in die zonder bezwaar op een ruim gebied kan worden gehanteerd. In bepaalde casusposities kan dit echter erg gekunsteld voor komen, met name wanneer de niet-aansprakelijkheidscheppende mogelijke oorzaak van de definitieve schade niet is gelegen in 'de natuur' (zoals bij de medische fout) of in andere omstandigheden die min of meer vanzelfsprekend voor het risico van de benadeelde komen (zoals bij de mislukte procedure), maar in het handelen van een persoon, die echter niet aansprakelijk is wegens het ontbreken van een voorwaarde daarvoor. Zoals in het hierna te bespreken Duitse *Wilderer-fall*,¹⁰ waar een particulier wel, maar een jachttopziener niet onrechtmatig handelde bij het vuren op een stroper. Reeds daarom zou het te betreuren zijn wanneer alleen het verlies

7 Zie Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1997, 213; A&V 1996, p. 67 e.v., nt. A.J. Akkermans; TvG 1997, 58, nt. M.J.J. de Ridder (Wever/De Kraker c.s.).

8 Zie mijn in noot 3 genoemde proefschrift, p. 168 e.v., alsmede mijn noot bij Hof Amsterdam 4 januari 1996, A&V 1996 p. 67 e.v., (Wever/De Kraker c.s.).

9 Dit beginsel wordt internationaal algemeen aanvaard. Voor Nederland komt het tot uitdrukking in artikel 6:97 BW, tweede zin: 'Kan de omvang van de schade niet worden vastgesteld, dan wordt zij geschat'.

10 BGH 17 december 1952, VersR 1953, p. 146.

van een kans als een grondslag voor proportionele aansprakelijkheid zou worden aanvaard.

3 Gecombineerde toepassing van de principes van alternatieve veroorzaking en 'eigen schuld'

Twijfel over het bestaan van CSQN-verband tussen de schade en de gebeurtenis waarvoor de aansprakelijk te houden persoon moet instaan, hangt per definitie samen met een andere mogelijke oorzaak van de schade. Is dat een mogelijke oorzaak waarvoor een ander dan de eerstgedaagde persoon moet instaan, dan is sprake van alternatieve veroorzaking zoals bedoeld in artikel 6:99 BW. Het klassieke voorbeeld is dat van twee jagers die beide in de richting van de benadeelde schoten, terwijl niet kan worden uitgemaakt door wiens kogel deze werd getroffen.¹¹ Mijn stelling is dat ook wanneer op één van de alternatieve oorzaken *geen* aansprakelijkheid kan worden gebaseerd, het principe van artikel 6:99 kan worden toegepast, zij het met vermindering van de vergoedingsplicht van de aansprakelijke mogelijke veroorzaker door toepassing van het principe van artikel 6:101 BW ('eigen schuld').¹² Een voorbeeld dat precies bij het klassieke jagervoorbeeld aansluit is het Duitse *Wilderer-fall*,¹³ waar niet kon worden uitgemaakt of een stroper (een 'Wilderer') dodelijk werd geraakt door een particuliere jager die tijdens een achtervolging op hem geschoten had en daarmee onrechtmatig had gehandeld, of door een jachtopziener die eveneens op de stroper had geschoten maar daartoe gerechtigd was.

In dit soort casusposities ligt, geredeneerd vanuit de 'normale' aansprakelijkheid bij alternatieve veroorzaking, een proportionele oplossing het meest voor de hand. Tegenover de gedaagde is een proportionele vergoedingsplicht gerechtvaardigd omdat — vergeleken met het standaardgeval van artikel 6:99 — enerzijds de voorwaarden voor vestiging van zijn aansprakelijkheid onverminderd zijn vervuld en hij dus niet 'onverdiend' vrijuit behoort te gaan, terwijl hij anderzijds ook niet behoort te worden benadeeld door het niet-aansprakelijkheidscheppende karakter van de andere mogelijke oorzaak. Daarom behoort zijn aansprakelijkheid te worden verminderd met de theoretische draagplicht die de andere mogelijke oorzaak met zich meebrengt. In het voorbeeld: voor de aansprakelijkheid van de

11 Zie onder meer Parl. Gesch. Boek 6, p. 346.

12 Zie hoofdstuk 2 van mijn in noot 3 genoemde proefschrift.

13 BGH 17 december 1952, VersR 1953, p. 146.

onrechtmatig handelende jager behoort het niet uit te maken of de andere schutter eveneens onrechtmatig handelde of niet, omdat deze omstandigheid hem in het geheel niet aangaat. Dit behoudens zijn mogelijkheid van regres, die in de standaard jager-casus wel, en in de stroper-casus niet bestaat, reden waarom zijn aansprakelijkheid in het laatste geval behoort te worden verminderd met de theoretische interne draagplicht van de jachtopziener. Tegenover de benadeelde is een proportionele oplossing gerechtvaardigd omdat — vergeleken met het standaardgeval van artikel 6:99 — enerzijds het niet-aansprakelijkheidscheppende karakter van de ene mogelijke oorzaak, niet redengevend kan zijn om ook zijn vordering wegens de andere mogelijke oorzaak te laten vervallen, terwijl anderzijds die eerste mogelijke oorzaak wél in zijn risicosfeer ligt, waardoor zijn vordering behoort te worden verminderd met de theoretische draagplicht die deze mogelijke oorzaak met zich meebrengt. Deze vermindering komt neer op toepassing van het principe van de 'eigen schuld' van artikel 6:101. In het voorbeeld: waarom de nagelaten betrekkingen van de stroper, omdat zij de jachtopziener niet kunnen aanspreken, ook hun vordering jegens de onrechtmatig handelende jager zouden moeten verliezen, valt niet in te zien, behoudens de theoretische interne draagplicht van de jachtopziener, die aan hen kan worden toegerekend omdat het handelen van de jachtopziener nu eenmaal voor hun risico komt.¹⁴

Bij deze gecombineerde toepassing van (de principes van) de artikelen 6:99 en 6:101 blijft de traditionele dogmatiek over het CSQN-verband in essentie overeind, omdat gebruik wordt gemaakt van reeds bestaande openingen in het systeem. In Oostenrijk is deze benadering geldend recht.¹⁵ Maar ook voor deze benadering geldt — net als voor het verlies van een kans — dat zij onder omstandigheden erg gekunsteld voor kan komen. Dit met name bij het verlies van kansen die overdraagbaar zijn (denk aan opties op aandelen en loten in een loterij), of bij kansen die betrekking hebben op overdraagbare vermogensbestanddelen, en waarvan de invloed op de verkeerswaarde daarvan relatief eenvoudig aan het licht kan worden gebracht door gebruik te maken van de maatstaf van een fictieve koper. In dit soort gevallen is de realiteit van de kansschade zo in het oog springend dat een benadering die gebaseerd is op de mogelijkheid van causaal verband met de definitieve schade (de prijs in de loterij die niet werd gewonnen) erg gekunsteld aandoet.

14 Voor een uitvoeriger onderbouwing zie mijn in noot 3 genoemde proefschrift, p. 80 e.v.

15 Zie OGH 4 juni 1993, EvBl 1994/13; OGH 7 november 1995, JBl 1996, p. 181.

4 Toerekening naar kansbepaling

In de derde en laatste hier te bespreken benadering wordt een proportionele schadevergoedingsplicht rechtstreeks gebaseerd op de toerekening van artikel 6:98. Deze bepaling biedt een grondslag voor een grote rechterlijke vrijheid. In principe lijkt die groot genoeg om slechts een gedeelte van de schade toe te rekenen, naar rato van de kans dat de totale schade daadwerkelijk door de aansprakelijk te houden persoon werd veroorzaakt. Frenk heeft deze benadering 'toerekening naar kansbepaling' gedoopt.¹⁶ Zij heeft alvast de charme van de eenvoud. Waarom een omweg maken langs de artikelen 6:99 en 6:101 — laat staan een zijsprong naar het leerstuk van het verlies van een kans — als het gewenste resultaat ook door toepassing van de hoofdregel van 6:98 kan worden bereikt?

Het problematische van deze benadering is haar onverenigbaarheid met de traditionele opvattingen over het CSQN-verband. Volgens de heersende leer ziet de toerekening van artikel 6:98 als zodanig niet op de vestiging van aansprakelijkheid, maar slechts op de omvang daarvan,¹⁷ al wordt hierover ook anders gedacht.¹⁸ Bij toerekening naar kansbepaling wordt het CSQN-vereiste als het ware overgeslagen. Vestiging en toerekening vloeien ineen. De facto verliest het CSQN-verband zo definitief haar status als *vereiste* — toch al zwaar onder vuur vanwege het toenemend aantal uitzonderingen¹⁹ — en wordt het gedegradeerd tot één van de toerekeningsfactoren die in het kader van artikel 6:98 in aanmerking dienen te worden genomen. Wie immers het CSQN-verband juist passeert wanneer daarover serieuze twijfel bestaat, kan per saldo hooguit nog doen alsof het om een 'vereiste' gaat in gevallen waar dit verband *buiten* alle twijfel staat. Dat zou niet méér inhouden dan een vrijblijvende lippendienst aan een in werkelijkheid volledig inhoudsloos dogmatisch geloofsartikel.

Toerekening naar kansbepaling betekent dus een vrij vergaande breuk met de traditionele juridische dogmatiek. Toch valt er veel te zeggen voor deze benadering, omdat de traditionele dogmatiek inzake het causaal verband hard aan vernieuwing toe is. Zij wordt namelijk gekenmerkt door een

16 Frenk, t.a.p. (noot 5), p. 482 e.v.

17 Zie losbl. Schadevergoeding art. 98 (Boonekamp), aant. 3; M.F.H.S. Haan, *Oorzaak: onbekend*, Zwolle 1996, p. 14 e.v.

18 Zie bijv. Asser-Hartkamp I (1996) nr. 440 en (uiteraard) N. Frenk, Ruime toerekening van schade: rechtvaardigingen en remedies, in: *Schademecum*, Bundel Jonge Balie Congres 1995, p. 13.

19 Voor een overzicht zie A.J. Akkermans, Oorzakelijk verband, in: *Onrechtmatige daad*, BW-krant Jaarboek 1996, p. 39 e.v.; de conclusie van A-G Hartkamp bij het *DES*-arrest, HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, nr. 20.

nadrukkelijk onderscheid tussen het feitelijke en het normatieve, dat naar mijn mening niet kan worden volgehouden.

5 Het fictieve aan het 'feitelijk' causaal verband

In de traditionele juridische dogmatiek wordt onzekerheid over het CSQN-verband gezien als een bewijsvraag over feitelijke omstandigheden.²⁰ De rechter moet tijdens een procedure de feiten vaststellen waarop hij het recht toepast. Voorzover deze worden betwist is het een kwestie van bewijs welke versie van de feitelijke gang van zaken als juist heeft te gelden. Zo bezien bestaat bij onzeker causaal verband niet meer dan een bepaalde bewijsimpasse waar men aan de hand van de toepasselijke regels van bewijsrecht — zoals over bewijslastverdeling en bewijswaardering — uit moet zien te geraken. Om aan het bestaan van deze bewijsimpasse een oplossing vast te knopen die materieelrechtelijk een geheel andere weg inslaat — proportionele aansprakelijkheid — is aan deze benadering wezensvreemd. Als eiser stelt dat hij pas op vrijdag over iets cruciaals werd geïnformeerd, en gedaagde volhoudt dat hij reeds op maandag aan zijn informatieplicht terzake voldeed, dan moet de rechter daarover uiteindelijk toch gewoon de knoop doorhakken, en niet in plaats daarvan beslissen alsof de informatie op woensdag werd gegeven?

Deze bewijsrechtelijke benadering houdt nauw verband met de notie van CSQN-verband als een feitelijk, niet normatief gegeven. Dit in tegenstelling tot de toerekeningsfase van het causaal verband, die zuiver normatief zou zijn. Het onderscheid wordt soms nog zwaarder aangezet door met betrekking tot het CSQN-verband te spreken van 'primaire causaliteit', die zou zien op de *vestiging* van aansprakelijkheid, en met betrekking tot de toerekening te spreken van 'secundaire causaliteit', die zou zien op de *omvang* van de aansprakelijkheid.²¹

In werkelijkheid kan de aldus gesuggereerde scheiding van het feitelijke en het normatieve niet in alle opzichten worden volgehouden. In de eerste plaats bestaat een belangrijk verschil tussen feitelijke gebeurtenissen die in het verleden hebben plaatsgevonden — zoals het verstrekken van cruciale informatie op een bepaalde dag — en het 'feit' van CSQN-verband. Historische gebeurtenissen hebben plaatsgevonden of hebben dat niet. Dat

20 Zie de bijdrage van I. Giesen aan deze bundel.

21 Zie losbl. Schadevergoeding art. 98 (Boonekamp), aant. 4; M.F.H.S. Haan, a.w. (zie noot 16), p. 14 e.v.

is inderdaad zuiver een kwestie van waarheidsvinding. Maar bij het vaststellen van CSQN-verband moet worden vergeleken met de *hypothetische* toestand die zou zijn ontstaan wanneer de fout niet was gemaakt. En het is nu eenmaal niet mogelijk om een hypothetische toestand vast te stellen, om de eenvoudige reden dat zij nooit werkelijk heeft plaatsgevonden. Zo bezien gaat het bij CSQN-verband nooit om een 'feit', maar per definitie slechts om een veronderstelling, waaraan een hoge mate van waarschijnlijkheid ten grondslag kan liggen, maar waarover absolute zekerheid in principe is uitgesloten.²² De traditionele dogmatiek lost dit probleem op door voor het bewijs van CSQN-verband geen absolute zekerheid, maar slechts een redelijke mate van waarschijnlijkheid te eisen.²³ Deze formule laat voldoende ruimte om de notie van de feitelijkheid in stand te houden: wanneer aan deze maatstaf is voldaan wordt het 'feit' van CSQN-verband voor bewezen gehouden. In werkelijkheid wordt zo slechts aangegeven wanneer het bestaan van CSQN-verband voldoende waarschijnlijk kan worden geacht om een veroordeling tot schadevergoeding te rechtvaardigen.²⁴ Dit beoordelingsmoment maakt dat qua 'feitelijkheid' niet echt een principieel verschil bestaat met de toerekeningsfase.

Vanwege het hypothetische element van CSQN-verband rust op eiser dus niet zozeer de taak om een 'feit' te bewijzen, maar slechts om een veroorzakingswaarschijnlijkheid aan te tonen die voldoende hoog is. En de rechter constateert niet het 'feit' van CSQN-verband, maar oordeelt dat dit voldoende waarschijnlijk is. Deze beslissing wordt onvermijdelijk meer normatief van aard naarmate de veroorzakingswaarschijnlijkheid lager is. Dat komt uiteraard het duidelijkst aan het licht bij substantiële twijfel over de causale gang van zaken. Nemen wij bijvoorbeeld de casus van de Amerikaanse zaak *Martin v. Johns-Manville Corporation*.²⁵

Werknemer Martin vorderde schadevergoeding van asbestproducent Johns-Manville omdat zijn longklachten zouden zijn veroorzaakt door de blootstelling aan asbest. De producent verweerde zich door erop te wijzen dat Martin bijna zijn hele volwassen leven lang twee pakjes sigaretten per dag had gerookt, en dat dit roken evengoed de oorzaak van de longklachten

22 Ik merk op dat ik hier aan een onderwerp raak dat inzet is van een wetenschapsfilosofische controverse. Zie daarover A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit*, diss. Rotterdam 1995, p. 19-20.

23 Zie losbl. Schadevergoeding art. 98 (Boonekamp), aant. 13.1 alsmede aant. 14.

24 Mede om deze reden geeft Hartkamp er de voorkeur aan om het soepel geformuleerde artikel 6:98 BW zo ruim op te vatten dat ook het CSQN-verband daaronder valt. Zie Asser-Hartkamp I (1996) nr. 440.

25 502 A.2d 1264 (Pa. Super 1985), 'reversed' in *Martin v. Owens-Corning Fiberglas Corp.*, 528 A.2d 947 (1987).

kon zijn. Ondanks dat niet minder dan vijf medische deskundigen werden geraadpleegd, kon de ware oorzaak van Martins schade — tabaksrook of asbest — niet worden achterhaald. Onder dit soort omstandigheden treedt het normatieve karakter van de beslissing over het CSQN-verband — hoe die ook zou uitpakken — duidelijk aan het licht. Wie bijvoorbeeld de bewijslast omkeert — zoals gebeurt bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen — kan wel beweren dat het ‘feitelijke’ CSQN-verband bij gebrek aan tegenbewijs is komen vast te staan, maar dat kan natuurlijk niet verhullen dat de gedaagde aansprakelijk wordt gehouden terwijl *in werkelijkheid* in het geheel niet vaststaat dat hij de schade veroorzaakte. Formeel wordt daar weliswaar vanuit gegaan, maar dat is de uitkomst van een zuiver normatieve afweging en heeft met het vaststellen van feiten weinig of niets meer te maken.²⁶

Hier komt bij dat om volstrekt normatieve redenen een aantal uitzonderingen op het CSQN-vereiste worden geaccepteerd,²⁷ zoals bij de groepsaansprakelijkheid van artikel 6:166,²⁸ bij de alternatieve veroorzaking van artikel 6:99, bij dubbele veroorzaking²⁹ (voor een deel eveneens gecodificeerd in artikel 6:99) en bij kosten ter voorkoming of beperking van schade als bedoeld in artikel 6:96 lid 2 sub a.³⁰ Weliswaar probeert men in de dogmatiek deze uitzonderingen zoveel mogelijk te ‘verfeitelijken’ — zo zou bij artikel 6:166 sprake zijn van ‘psychisch causaal verband’,³¹ en wordt artikel 6:99 doorgaans gekwalificeerd als een regel van bewijslastverdeling³² — maar dat kan niet verhullen dat in de bedoelde gevallen juridisch-normatieve motieven de doorslag geven. Met name bij dubbele veroorzaking komt men daarvoor soms ook openlijk uit.

Nu zou men met recht kunnen tegenwerpen dat het aannemen van CSQN-verband op grond van normatieve regels van bewijsrecht niets

26 Ik merk op dat hetzelfde geldt wanneer besloten wordt de bewijslast *niet* om te keren. Ook zo’n besluit kan slechts worden gegrond op overwegingen van normatieve aard.

27 Zie de verwijzingen in noot 18.

28 Zie R.J.B. Boonekamp, *Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW*, diss. Leiden 1990, p. 13-18.

29 Zie hierover Schadevergoeding art. 98 (Boonekamp), aant. 18 e.v.

30 De rechtspraak vereist immers niet dat de getroffen maatregelen zonder de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust niet zouden zijn genomen. De kosten van deze maatregelen komen zelfs voor vergoeding in aanmerking indien zij werden gemaakt nog voordat de laatst bedoelde gebeurtenis had plaatsgevonden. Zie Schadevergoeding art. 98 (Boonekamp), aant. 10.

31 Waarover — mijns inziens heel treffend — R.J.B. Boonekamp, a.w. (zie noot 28), p. 18. Anders: A.J.O. van Wassenaer van Catwijck in zijn bespreking van Boonekamps dissertatie in *RMTh* 1992, p. 439 e.v. (op p. 440-441).

32 Hetgeen ik uitvoerig tracht te weerleggen in mijn in noot 3 genoemde proefschrift, p. 55 e.v.

bijzonders is. Altijd wanneer onduidelijkheid blijft bestaan of bepaalde feiten zich wel of niet hebben voorgedaan — een zogenaamd ‘*non liquet*’ — hebben de toepasselijke regels van bewijsrecht onvermijdelijk materieelrechtelijke gevolgen.³³ Maar het hiervoor bedoelde verschil tussen historische feiten en CSQN-verband maakt dat een benadering van onzeker causaal verband als een probleem van bewijsrecht waarover gewoon de knoop moet worden doorgehakt, in tenminste één belangrijk opzicht voorbij gaat aan de bijzondere aard van deze problematiek. Historische gebeurtenissen hebben — zoals gezegd — plaatsgevonden of hebben dat niet. Zo heeft een bepaalde uitwisseling van informatie al of niet op een zekere dag plaatsgehad, en het lijkt inderdaad een arbitraire uitvlucht om het op woensdag te houden, wanneer maandag noch vrijdag afdoende kan worden bewezen. Dat hangt samen met de omstandigheid dat historische gebeurtenissen ten minste *in principe kenbaar* zijn, en wanneer zij in een procedure niet kunnen worden bewezen wil dat slechts zeggen dat degene die de bewijslast draagt er niet in slaagt de werkelijke gang van zaken te ontsluiten. Maar bij onzekerheid over het CSQN-verband zoals hier wordt besproken is niet slechts sprake van een dergelijke ‘subjectieve’ onzekerheid, maar van ‘objectieve’ onzekerheid, zoals in *Martin v. Johns-Manville Corporation*:³⁴ de vraag of Martin eveneens ziek zou zijn geworden wanneer hij niet aan asbest was blootgesteld, kan *uit de aard der zaak* niet met zekerheid worden beantwoord, door eiser noch door gedaagde noch door enig ander, omdat zij niet betrekking heeft op een *historische*, maar op een *hypothetische* toestand. CSQN-verband is nooit echt ‘kenbaar’, maar altijd slechts meer of minder waarschijnlijk. Het gaat niet om het onthullen van ‘de waarheid’, maar om het aanwijzen van een punt op een glijdende schaal van waarschijnlijkheid. Het problematische aan *Martin v. Johns-Manville Corporation* is dat beide oorzaken — roken en asbest — medisch gezien (ongeveer) even waarschijnlijk zijn.

Bij een dergelijke impasse bestaat geen enkele logisch-dwingende reden om de rechter gevangen te houden in het keurslijf van het ‘alles of niets’. Gegeven het feit dat normatieve gezichtspunten sowieso de doorslag geven, valt niet in te zien waarom deze niet ook zouden kunnen leiden tot een proportionele oplossing. Omdat de veroorzakingswaarschijnlijkheid van asbest zich hier ongeveer op het midden van de waarschijnlijkheidsschaal bevindt, ligt een dergelijke beslissing logisch gezien juist het meest voor de hand.

33 Zie Mon. Nieuw BW A-24 (Asser) nrs. 2 en 11.

34 Zie noot 25.

Alle geloofsbelijdenis over het 'feitelijke' karakter van de vestigingsfase ten spijt, bestaat dus niet echt een principieel verschil met de toerekeningsfase. Het sterke punt van 'toerekening naar kansbepaling' is dat hieruit de consequentie wordt getrokken, en dat vestiging en toerekening in één openlijk normatief geheel worden ondergebracht.

6 Besluit

Het systeem van het aansprakelijkheidsrecht biedt voor proportionele aansprakelijkheid verschillende solide aanknopingspunten, zowel binnen als buiten het leerstuk van de causaliteit. Alle drie de hier besproken benaderingen kunnen naar mijn mening de toets der kritiek doorstaan. Vanuit zuiver dogmatisch oogpunt heb ik een zekere voorkeur voor de laatst besproken benadering, de 'toerekening naar kansbepaling' in de sleutel van artikel 6:98. Deze benadering lijkt mij het meest recht door zee, en maakt korte metten met een concept — de 'feitelijke' primaire causaliteit — dat ik als achterhaald beschouw. Maar juist omdat zij dogmatisch het meest overhoop haalt is de kans dat zij in de praktijk ook zal worden aanvaard misschien het geringst. De toekomst zal het uitwijzen. In elk geval vormen de twee andere benaderingen een volwaardig alternatief. Welke benadering in een concreet geval de voorkeur verdient is bovendien mede afhankelijk van het feitencomplex, dat kan maken dat een bepaalde benadering meer, of juist minder passend is.

Dat een proportionele oplossing in principe kan worden bereikt langs heel verschillende dogmatische routes beschouw ik bepaald niet als een probleem. Dat zou anders kunnen zijn wanneer de uitkomst naar gelang de gekozen route zou verschillen, maar waar die in beginsel hetzelfde is, versterken de verschillende benaderingen elkaar mijns inziens alleen maar. En welke route men ook kiest, uiteindelijk telt vooral het resultaat. En dat is in alle drie gevallen het loslaten van het 'alles of niets', en het aannemen van een proportionele aansprakelijkheid.