

[“*Massificatie in het privaatrecht. Opstellen ter gelegenheid van het 200-jarige bestaan van het genootschap Iustitia et Amicitia*“, Red. E.J. Numann c.s., Deventer: Kluwer, 2010, pp.9-30]

‘Aandeeltwifel’ bij meerdaderschap en meervoudige causaliteit

Jan van Dunne

1. Inleiding

Het aansprakelijkheidrecht is in oorsprong bedoeld voor een kleinschalig conflict, in een één-op-één situatie: één persoon pleegt een onrechtmatige daad die aan één andere persoon schade toebrengt. Een dader en een slachtoffer, en omdat het geen strafrecht maar privaatrecht is zou eigenlijk de term ‘dader’ moeten afvallen, evenals ‘slachtoffer’, hoewel in andere taalgebieden, zoals het Engelse, het gebruikelijk is om over ‘tort feator’ en ‘victim’ te spreken. Bij ons is het ‘laedens’ en ‘gelaedeerde’ geworden – vaak nog steeds met *ae*, terwijl wij toch al lang niet meer over een prae-advies spreken – maar het ging mij om de kleinschaligheid van de relatie als uitgangspunt. Als de schade niet goedschiks verhaald kan worden en het kwaadschiks wordt, blijven het steevast *twee* partijen die tot procederen tegen elkaar overgaan. Aulus Agerius tegen Numerius Nullus, leerden wij bij de colleges Romeins recht al. In het contractenrecht is het uitgangspunt niet anders: twee partijen sluiten een overeenkomst waaruit een crediteur en een debiteur ontstaan, overigens veel treffender woorden dan onze ‘schuldeiser’ en ‘schuldenaar’: het vertrouwen op de belofte te presteren (*credere*) enerzijds en het op zich nemen van een verplichting (*debere*) anderzijds zijn in de Nederlandse vertaling onder tafel gevallen.

In de tijd van de Lex Aquilia en de actio de dolo was deze kleinschaligheid in overeenstemming met de dagelijkse praktijk en daarom een niet alleen een logische maar ook functionele figuur voor het privaatrecht. In onze tijd, en eigenlijk al enkele eeuwen eerder, was het archetype van twee personen die in een relatie tot elkaar staan die delictueel of contractueel is, volkomen achterhaald. Personeel, hulppersonen, toeleveranciers, onderaannemers, toezichhouders, keuringsdiensten, overheden, assuradeuren, schaderegelaars, et cetera, staan in de coulissen wanneer twee personen hun eenakter opvoeren, en worden erbij gehaald en ter verantwoording geroepen wanneer het menens wordt. Dat wil zeggen, het op betalen van schadevergoeding of het leveren van een goede prestatie en geen wanprestatie aankomt. Het is des te verbazingwekkender dat de theorie van het recht, hetgeen ook wel bekend staat als de doctrine of dogmatiek, al jaar en dag uitgaat van het oude archetype van twee personen die iets met elkaar hebben. Het is niet toevallig dat de term ‘dogmatiek’ zo gangbaar is, er wordt immers van dogma’s uitgegaan, hier het dogma van de twee agerende personen. Het is dan ook verheugend dat de Redactiecommissie van deze Bundel de keerzijde van dit oude *topos* als onderwerp genomen heeft: de massificatie in het recht. *Ha die massa!*, kunnen wij alleen maar zeggen. Eindelijk wordt wat tegenwicht geboden.

Dit lijkt een vrij voor de hand liggende inleiding tot deze bijdrage aan deze Bundel, van een auteur die kennelijk nog niet op zijn onderwerp is warm gelopen, maar die impressie moet als te voor de hand liggend terzijde gelegd worden. Verre van dat. Zij is bovendien onjuist. Het is niet alleen maar dat de Redactiecommissie een veer aangereikt moest worden voor de briljante keuze van het onderwerp, het is daarnaast een uiterst functionele inleiding (ik heb

aanzienlijk vaker een minder functionele inleiding op een artikel geschreven, de lezer wil mij wel geloven). Wat is namelijk het geval, in het moeilijke onderwerp dat ik in een onbedachtzaam moment voor deze bijdrage aan de ‘Massificatie van het recht’ gekozen had, ik verwijs slechts naar bovenstaande titel, is een van de heikele kwesties dat men in de doctrine over dit onderwerp - zo u wilt: dogmatiek – uitgaat van het twee personen-archetype. Sinds Romeinse tijden is dat al zo. De casus van de *twee jagers* is de centrale figuur bij meerdaderschap en meervoudige causaliteit, met name bij de zogenaamde ‘alternatieve causaliteit’ (art. 6:99 BW) die in mijn verhaal de meeste aandacht zal krijgen. Ontleend aan de Amerikaanse zaak *Summers v. Tice* van 1948 die ook door de Nieuw BW-wetgever in de Toelichting als voorbeeld gesteld was¹, is deze casus niet meer uit de discussie weg geweest. En dat terwijl iedereen weet dat dit twee personenrecht in delictuele zaken de uitzondering op de regel is, om het met enige overdrijving te zeggen. Zodra een echte complexe zaak zich aandient - de ontwikkeling op dit terrein ging via de *DES*-zaak (1992, productenaansprakelijkheid), *Moerman – Bakker* (1997, milieuaansprakelijkheid), *AMEV* (2003, brandstichting door groepjes jongeren) - zijn de illustere Twee Personen al helemaal achter de horizon verdwenen. Grote, soms heel grote aantallen (mogelijke) plegers zijn in het geding, en soms ook heel veel gelaedeerden. De problemen die zich hierbij voordoen in doctrine en rechtspraak, en daar gaat het mij hier om, zijn voornamelijk ontstaan door het twee personen-denken in het aansprakelijkheidsrecht. Indien men niet bereid is om het denkkader te verruimen en van moderne leest te voorzien, blijft het tobben. Wij zullen zien dat de hoogste civiele rechter weinig moeite gehad heeft (in de aangehaalde jurisprudentie) om de bakens op dit punt te verzetten, zich door de eisen van de moderne samenleving te laten leiden en het recht daaraan ondergeschikt te maken, terwijl daarentegen veel commentatoren dat hoofdschuddend of zelfs neen-schuddend gadeslagen hebben, soms met groot misbaar.

Bij mijn bijdrage aan het thema Massificatie zal ik mij niet zozeer op het massale karakter van de schadetoebrenging (aan ontvangende of toebrengende zijde) richten maar op onzekerheden rond het toebrengen zelf als gevolg van de massaliteit van de gebeurtenis. Allereerst het causaal verband, waarbij het om meer dan één oorzaak gaat en meer dan één veroorzaker van schade. Meervoudige causaliteit en meerdaderschap, derhalve. Maar dat is niet het enige, er kan onzekerheid bestaan over het concrete aandeel van de afzonderlijke daders. Ik heb dat ‘aandeeltwijfel’ genoemd, een vrij letterlijke vertaling van het Duitse begrip *Anteilszweifel*. Het is een germanisme, maar zuiver op de graat en dan mag het, zeker als blikvanger.² Duitse juristen zijn grootmeesters in het bedenken van nieuwe termen, waar wij een lange zin voor nodig hebben (denk aan: *Drittschaden*, e.d.). Er bestaat twijfel, onduidelijkheid ten aanzien van de precieze bijdrage van individuele personen aan de veroorzaking van de schade. Wat betekent dat voor de aanspraken van die personen? Zijn zij dan geen potentiële dader meer? Indien het een vereiste is dat mogelijk de *gehele* schade veroorzaakt werd, zoals sommige schrijvers met stelligheid stellen, is het antwoord duidelijk negatief. Dat staat nog te bezien, door mij zal nog ter discussie gesteld worden of die vlieger wel opgaat. Het probleem speelt zowel op het vlak van de aansprakelijkheid als van het erop volgend regres van de daders onderling, want wij hebben het hier steeds over hoofdelijke aansprakelijkheid. Die laatste materie is er tot dusver in ons recht wat bekaaid van afgekomen maar daarin is verandering gekomen met het arrest van 19 december 2009, *London Verz. - Delta Lloyd*, dat geheel aan de

¹ Maar zie noot 3.

² Dit in tegenstelling tot gewone germanismen die mij een gruwel zijn, zoals: iets ‘gelijk doen, iets ‘afbouwen’, in de ‘zeventiger jaren’, etc. De figuur van Anteilszweifel werd overigens in 1974 door Weckerle gelanceerd en is vervolgens in de handboeken, als van Larenz/Canaris, *Schuldrecht*, 1994, terecht gekomen. Vgl. hiervoor mijn *Verbintenissenrecht*, Deel 2, Deventer: Kluwer, 5^e dr. 2004, p.349.

regresproblematiek bij alternatieve causaliteit gewijd is. Het lijkt erop of dit arrest een *just-on-time* levering is aan de auteur van dit artikel; het kan geen toeval zijn dat een lid van de Redactiecommissie van deze Bundel in de kamer van de Hoge Raad zat die het arrest gewezen heeft. Dat aanbod kon ik natuurlijk niet laten lopen, er zit dus veel regres in dit verhaal.

Wat nog meer? Ik wil mijn beschouwingen als volgt opbouwen – het begint steeds meer op een echte inleiding te lijken, maar dat terzijde –: na een overzicht van de velerlei vormen van meerdaderschap en meervoudige causaliteit (par. 2), volgt een inventarisatie van de knelpunten naar huidige rechtspraak en doctrine, waarbij ook de invloed van de Twee Personen-leer aangegeven zal worden (par. 3). Dan wordt de regresproblematiek besproken, de vraag of er sprake is van een reflexwerking van art. 6:99 BW (par. 4). Dat gebeurt aan de hand van een bespreking van het zojuist genoemde arrest van 19 december 2009. Na wat rechtsvergelijking, Duits en Zwitsers recht (par. 5), worden in een Conclusie wat draden aan elkaar geknoopt, hetgeen naar verwachting kritische massa zal opleveren (par. 6). Dit alles als bijdrage aan het massificatieproces.

2. Overzicht van vormen van meerdaderschap en meervoudige causaliteit

Allereerst dan het tableau van de verschillende rechtsfiguren die hier voorkomen, sinds mensenheugenis. Als opmerking vooraf, men kan de problematiek van twee zijden bezien: de oorzakelijke kant en de daders kant. Dat wil zeggen, als een complicatie bij de veroorzaking van de schade of als een complicatie bij het daderschap. Beide wegen worden in rechtspraak en doctrine gevolgd, en lopen vrolijk naast elkaar, soms door elkaar heen.

Om met de *veroorzaking* te beginnen, er kan sprake zijn van verscheidene oorzaken van schade, deze kunnen of afzonderlijk werken ('alternatief' zijn), of samenlopen ('cumulatief' zijn). Een voorbeeld van het eerste, de schade die door elke oorzaak afzonderlijk teweeggebracht kan zijn, is dat van de twee jagers: beide hebben geschoten maar niet duidelijk is wie van beide de onbezorgde wandelaar getroffen heeft.³ 'Zekerheid van causaliteit, onzekerheid van daderschap', noemde een promotus van mij dat eens. Een voorbeeld van het tweede is milieuvervuiling van een rivier door verschillende lozers op het water, die tezamen schade veroorzaken aan een viskwekerij benedenstrooms. Dat kan tegelijkertijd gebeuren of in de tijd gescheiden. Daarbij kan elk van de oorzaken de gehele schade veroorzaakt hebben of slechts een deel ervan.

Indien sprake is van handelingen die de gehele schade veroorzaakt hebben en in de tijd gescheiden zijn, spreekt men van 'dubbele causaliteit'. Een Romeinsrechtelijk voorbeeld is dat van de slaaf die uit woede over de arbeidsomstandigheden het paard ('Fatima') van zijn meester vergiftigd heeft, maar vóór het gif zijn desastreuze werk heeft kunnen doen, breekt er brand in de stal uit waardoor het paard omkomt. Een sprekend Rotterdams voorbeeld, dichterbij huis en ook echt gebeurd, is dat van het bombardement van mei 1940: een huis wordt in brand gestoken, maar een week later zou het huis toch bij de brand van Rotterdam in vlammen zijn opgegaan. De Duitse jurist spreekt hier weer beeldend van 'überholende Kausalität', het ene causale feit wordt door het andere ingehaald; de wat nuchterder ingestelde jurist heeft het hier over 'hypothetische causaliteit'.⁴

³ Ik merkte eerder op dat de NBW-wetgever naar de zaak *Summers v. Tice* (1948) verwezen had, een notoir feit. Bij herlezing van de Toelichting-Meijers bleek tot mijn verbazing dat daarentegen het Canadese arrest *Cook v. Lewis* (1951) aangehaald werd (p.657). Het doet mij denken aan wat Moltzer, de leermeester van Meijers, Scholten en Van Oven (de Grote Drie van het privaatrecht), placht te zeggen: 'Als u het zeker weet, moet u het opzoeken'.

⁴ Meer voorbeelden uit onze tijd zijn: HR 23 juni 1989, NJ 1990, 441, *Kennis - Gemeente Budel* en HR 2 febr. 1990, NJ 1991, 292, *Staat - Vermaat*. De oplossing van deze breinbreker is sterk casus-gebonden, zie beide

Indien het daderschap als uitgangspunt genomen wordt, meerdaderschap dus, staat voorop dat een bepaald persoon voor een deel betrokken was bij de schadeveroorzakende handeling, hetgeen in de tijd gescheiden kan zijn of niet. In het Duitse recht maakt men hier onderscheid of de medewerking bedoeld of onbedoeld was, en dat leidt tot respectievelijk *Mittäterschaft* en *Nebentäterschaft*. Voor het eerste geval is een bewust en gewild samenwerken vereist, maar de dogmatische soep wordt niet zo heet gegeten want de rechter neemt genoeg met meedoen zonder dat men de schade waartoe de deelname leidde daadwerkelijk gewild heeft. In het tweede geval is vereist dat de mededader in beginsel onafhankelijk van de andere handelingen de schade moet hebben kunnen veroorzaken. Maar indien dat niet vastgesteld kan worden ontloopt hij de aansprakelijkheid niet. Omdat hier steeds hoofdelijke aansprakelijkheid aan de orde is, betekent dat aansprakelijkheid voor de gehele schade.

In ons recht kennen wij die traditie niet, maar voorzag de invoering van het Nieuw BW in de invulling van de leemte met de aansprakelijkheid voor de groepshandeling van art. 6:166. Rechtstreeks uit het Romeinse recht ingevoerd: de aansprakelijkheid *in turba*, het strijdgewoel. De vechtpartij in de kroeg of op het (slag-)veld waarbij armen en benen uit de kluwen steken, door de striptekenaar doorgaans van uitroeptekens, sterren en krachttermen voorzien. Het is dan inderdaad moeilijk vast te stellen wie nu wie op het hoofd geslagen heeft. De wetgever heeft dit artikel bedoeld voor gevallen waarin baldadige jongeren optreden, demonstraties die uit de hand lopen e.d., met het grote voordeel dat de schadelijgende partij gewoon iemand uit de groep aansprakelijk kan stellen voor de gehele schade, ook al was het maar een meeloper, want hier geldt: ‘mitgegangen, mitgehangen’ - zoals dat in de Duitse doctrine zonder veel scrupules gezegd wordt.⁵ Er zijn schrijvers die hier in navolging van de wetgever van ‘psychische causaliteit’ spreken, een deftige term voor het hebben van verkeerde vrienden waar men maar niet mee moet optrekken. De groepsaansprakelijkheid heeft in ons recht nog geen spectaculaire ontwikkeling doorgemaakt, ondanks de potentie die deze figuur heeft voor complexe aansprakelijkheidsvormen.

Ik teken nog aan dat in het Duitse, Zwitserse en Franse recht op zeer creatieve wijze omgegaan wordt met aansprakelijkheid van mededaders. Zo komt het voor dat mededaders die ieder slechts een deel van de schade veroorzaakt hebben de delen door de Duitse rechter bij elkaar opgeteld zien worden (‘Summierung’) als oorzaak van de gehele schade, met aansprakelijkheid voor die schade tot gevolg, hoofdelijke aansprakelijkheid van iedere (deel-)veroorzaker dus. In 1971 werd dit al toegepast bij complexe watervervuiling door drie lozers van giftige stoffen.⁶ De Zwitserse voorbeelden zijn die van een schietpartij in de tuin van een restaurant, een vechtpartij bij een ijshockeywedstrijd, maar ook een slapende commissaris van een NV, die niet oplet wat zijn collega-commissaris aan nalatigheid uitvoert. In de eerste gevallen worden ook eigenaren van het gebouw of de organisatoren van het evenement als personen betrokken bij het ongeval beschouwd, en dus hoofdelijk aansprakelijk gehouden. Een leuke jagers-casus is de Franse zaak van de jager die gaat trouwen en waarbij de erehaag van zijn jager-vrienden schoten in de lucht vuurt, waarbij het alcoholgebruik het richten in negatieve zin beïnvloed heeft en een slachtoffer valt. Het doet denken aan een Nederlandse

arresten, met tegengestelde uitkomst. Vgl. ook nog, meer recent: HR 8 mei 2009, *RvdW* 2009, 621, inzake een faillissementscurator.

⁵ Bij de parlementaire behandeling is dit weer afgezwakt; de minister heeft als reactie op kritiek uit de Vaste Kamercommissie gezegd dat het gewelddadig karakter van de demonstratie wel voorzienbaar moet zijn geweest voor de aangesproken deelnemer. Zie MvA, *TK* 7729, p.161 e.v. (Gewijzigd Ontwerp 1976).

⁶ In het arrest *Hühnergülle*; vgl. ook *Steinbruch* (1976), waarbij sprake was van vrijwel gelijktijdige explosies in twee steengroeven en onzekerheid door welke explosie schade aan de fundering van een naburig huis veroorzaakt werd. Zie hiervoor mijn *Verbintenissenrecht* 2, p.318, ook voor vindplaatsen met betrekking tot hetgeen hier volgt. De rechtsvergelijking komt hieronder, in par. 5. nog verder aan bod.

jagers-casus, nog van voor de oorlog, waarbij in de tuin van een restaurant bij Dordrecht door een groep jagers geschoten wordt op een broodkorst die op een paaltje gelegd was en waarbij een traag voorbij varende roeier (als in een gedicht van Lodeizen) dodelijk getroffen werd. Op de Dordtse Kil, stel ik mij voor.

Aldus een kort overzicht van wat de doctrine op dit gebied te bieden heeft, met een bescheiden blik over de grenzen. Over grenzen gesproken, wat deze synopsis leert is dat de in de dogmatiek getrokken grenzen en onderscheidingen in de rechtspraak niet meer serieus genomen worden: het meerdaderschap wordt eigenlijk een amalgaam van personen die op een of andere manier met hun optreden een gemeenschappelijk gevolg teweeggebracht hebben, en daarmee in juridische zin veroorzaakt hebben. Met aansprakelijkheid voor het geheel, per hoofd, tot gevolg. Bij de groepshandeling zien wij iets soortgelijks gebeuren, maar het is nogal discretionair wat als ‘groep’ aangeduid kan worden: een medisch operatieteam is toch bij uitstek een ‘groep’?, zoals ook een Raad van Commissarissen of een Raad van Bestuur van een vennootschap?⁷ Een College van B en W is door onze rechter al eens als groep gezien, waarbij een wethouder aansprakelijk is voor zaken die niet tot zijn portefeuille behoren, maar waar hij wel kennis van had, en daarom tijdig had moeten ingrijpen.⁸ In de bouw zien wij steeds meer een optreden van uitvoerende partijen in teamverband, ook wanneer niet expliciet het model van ‘bouwteam’ gebruikt wordt.

De wetgever had bij artikel 166 baldadige jongeren en demonstraties voor ogen. De eerste figuur is nog steeds actueel rond voetbalwedstrijden en strandfeesten maar demonstraties die in geweld eindigen zijn een uitstervend fenomeen gebleken. Belangrijker is, dat dit verschijnselen in de marge van de samenleving zijn; wordt het geen tijd om de groepshandeling te actualiseren? In de DES-procedure van 1992 kwam de Hoge Raad niet aan de groepshandeling toe (het was de subsidiaire grond voor aansprakelijkheid), begrijpelijk want de alternatieve causaliteit van artikel 99 werd al op baanbrekende wijze toegepast. Het is de vraag of moderniseren van artikel 166 geen luxe-probleem is, nu artikel 99 voldoende bij de tijd gebracht is, zoals in de volgende paragraaf nog uiteen gezet zal worden.

Alvorens dat te doen, nog een korte, maar verstrekkende kanttekening. Wij hebben het steeds over een vorm van aansprakelijkheid die tot *hoofdelijke* aansprakelijkheid leidt. Dat betekent per definitie dat ieder hoofd dat in de context van de gebeurtenis aangetroffen wordt door de gelaedeerde voor de gehele schade aangesproken kan worden. Dus ook wanneer dat hoofd in kwestie maar een klein deel van de schade daadwerkelijk veroorzaakt heeft, zeg voor 20%. Dat is nu net de makke van hoofdelijkheid, daar helpt geen lieve moederen aan. Het is sinds 1955 bij ons vaste jurisprudentie.⁹ Mijn indruk is dat veel van de schrijvers met wie ik in het verleden de degens gekruist heb over dit onderwerp – Hartkamp, Spier en epigonen – dit steeds uit het oog verliezen, althans niet van willen horen. Het is dus niet zo sneu wanneer een (meestal industriële) alternatieve veroorzaker voor 100% gepakt wordt door de schadelijgende partij terwijl hij vermoedelijk maar een partje van de veroorzaking op zijn geweten heeft. Dat

⁷ Ten aanzien van het medisch team heeft men de minister als tegenligger, die tegenover de Kamercommissie verklaard heeft dat dit geen groep in de zin van artikel 166 zou zijn. Dat was in 1976 (MvA, TK 7729, p.162), nog een product van de tijdgeest?

⁸ HR 2 dec. 1997, NJ 1998, 208, *Gemeente Stein – Driessen*. Een havenkraan was aan de loop gegaan en had schade veroorzaakt. De beveiliging van de kraan was verwijderd en een wethouder wist dit en had dit bij de verantwoordelijke wethouder of B en W aan de orde moeten stellen. De gemeente kon geen beroep op een exoneratieclausule doen wegens ‘bewust roekeloos gevaar scheppen’.

⁹ HR 4 nov. 1955, NJ 1956, 1, m.nt. LEHR, *London & Lancashire Insurance – Huygen*. Vgl. ook HR 24 dec. 1999, NJ 2000, 351, m.nt. CJHB, *Nugteren – Meskes* (verzakking huis te Den IJp). Hier waren drie mogelijke oorzaken van verzakking van de fundering, afkomstig van 2 buurlieden; de aangesproken buurman die voor 1/3 had bijgedragen aan de veroorzaking wordt voor gehele schade aansprakelijk gehouden.

is immers bij elke vorm van hoofdelijke aansprakelijkheid een mogelijk scenario. Bovendien zijn preventie en maatschappelijke verantwoordelijkheid onderdeel van het onrechtmatige daadsrecht.

Een voorbeeld kan hier verhelderend werken. Ik geef een variant op de casus uit 1955, die het standaardarrest *London & Lancashire* opgeleverd heeft. Automobilist A rijdt in het donker op een tweebaansweg in de bebouwde kom van Dombergen, ziet op het laatste moment fietser B zonder licht die hij alleen kan ontwijken door het stuur om te gooien, waarbij hij op de andere weghelft terecht komt. Daar rijdt net een tegemoetkomende, vrij nieuwe auto van C met 70 km per uur die niet meer op tijd kan remmen, met een fatale botsing tot gevolg. A raakt daarbij arbeidsongeschikt. Bijkomende feiten: fietser B is student, maar Dombergen is geen universiteitsstad (waar iedereen zonder licht rijdt). De lantaarnpaal (van Gemeente D) ter hoogte van de fietser was defect en gaf die avond geen licht. De remmen van de auto van C bleken eveneens defect op het supreme moment; ze zouden die morgen bij een beurt in de garage van E nagekeken worden, op verzoek van C en dat was bij zijn weten gebeurd. E weet naderhand aannemelijk te maken dat het defect aan de remmen bij een normale beurt niet aan het licht had kunnen komen en geeft als vermoedelijke oorzaak een fabricagefout aan, van autofabrikant F. De laatste wijst iedere aansprakelijkheid af aangezien de kwaliteit van de auto geheel voldoet aan de geldende technische normen, dus *state of the art* is; een dergelijk gebrek heeft zich bovendien nog nimmer voorgedaan.

De feitenrechter stelt vast dat het aandeel van fietser B in de schadeveroorzaking op 17% bepaald moet worden. Hij wordt door A hoofdelijk aansprakelijk gesteld, dus voor 100%. Naar geldend recht is dat mogelijk, de eiser is vrij in zijn keuze welke van de hoofdelijk aansprakelijke (rechts-)personen hij voor zijn schade aanspreekt. Daar kan een aantal redenen voor zijn, zoals: bekendheid en beschikbaarheid (er wordt nog al eens doorgereden na een ongeval), solventie, verzekeringsdekking van deelnemende veroorzakers van schade. In een concreet geval kan dat bijvoorbeeld de fietser zijn, die bekend is en goed verzekerd. Bovendien kan hij geen gecompliceerd verweer bieden, hij is gewoon in overtreding van de wet door zonder licht te rijden en bracht daardoor het verkeer in gevaar. De complicaties bij het dagvaarden van B tot en met F gaf ik al aan; men kan dat moeiteloos nog verder compliceren, door van C een suikerpatiënt of hartpatiënt te maken die in paniek reageerde op het voorval en toen een botsing niet wist te voorkomen, waarbij falende medicijnen parten speelden. Of van C een Columbiaan te maken, woon- of verblijfplaats onbekend, die in de (vrijwel nieuwe) huurauto van bedrijf G reed, dat vanwege de crisis op het punt van omvallen stond. In die situatie alleen maar van ‘deep pocket’ spreken is een simplificatie, maar daarom nog niet onjuist.

Deze casus, toegegeven, wat speels (ik vergat nog te melden dat fietser B minderjarig is en zijn vader in de raad van bestuur van een beursgenoteerd bedrijf zit) is toch functioneel, want illustreert enkele dingen. Allereerst mijn eerdere opmerking dat in de praktijk ook eenvoudige gebeurtenissen vaak niet één-op-één-gevallen tussen twee personen zijn, maar complexe voorvallen waar vele andere personen op de achtergrond meespelen. Belangrijker is dat het voorbeeld aangeeft dat in meer gecompliceerde casus, van productenaansprakelijkheid, milieu- en medische aansprakelijkheid en dergelijke, er a fortiori sprake is van een causale en personele *in turba* situatie. Een gewoel waar men de draad in de kluwen moet zien te vinden en vervolgens afwikkelen. Ontwikkelen, als het ware (door de zogenaamde ‘kluwer’). Dat vraagt om een praktische benadering, een proceseconomische en rechtseconomische benadering van de materie. Anders blijft men wikkelen, met gevaar van *churning*, het ‘karnen’, indien er advocaten bij betrokken zijn. Die hebben nu eenmaal veel in de melk te brokken, zoals wij weten in een zuivelland als het onze. Dergelijke kosten wegen zwaar in een rechtseconomische kijk op het recht.

Dit leidt vanzelf tot het meest belangrijke aspect van mijn voorbeeld: het illustreert des poedels kern, namelijk de *bewijsnood* waarin de gelaedeerde verkeert. ‘Zekerheid van veroorzaking, onzekerheid van daderschap’, en dat is bij schadeverhaal op een dader vrij lastig. Het is niet voor niets dat de Hoge Raad, toen hij met het *DES*-arrest nadrukkelijk bij de alternatieve aansprakelijkheid een koers uitzette, naar de ratio (‘strekking’) van artikel 99 verwees, namelijk: ‘Het artikel wil de onbillijkheid wegnemen dat de benadeelde de schade zelf moet dragen, omdat hij niet kan bewijzen wiens handeling causaal is voor zijn schade’. Dat is een vrijwel letterlijk citaat uit de Toelichting van Meijers op het Ontwerp (op p.657). De wetgever had toen ook gesproken over een benadeelde die ‘in bewijsnood verkeert’ als rechtvaardiging voor de ‘omkering van de bewijslast’. Dat alles omdat hier ook een billijke verevening van schade aan de orde is.

Daarmee hebben wij geruisloos het eerste, materieelrechtelijke niveau van artikel 99 verlaten en zijn op de tweede, bewijsrechtelijke étage beland. Wat altijd een vooronderstelde structuur is bij een rechtsregel, zeker in het aansprakelijkheidsrecht, is bij dit onderwerp zoals wij zagen *loud and clear* aanwezig. Bij een dubieuze oorzakelijke samenhang en even onduidelijk verband in de personele sfeer van het dadersteam, staat en valt alles met het beantwoorden van de bewijsvraag indien men verhaal voor schade zoekt. De billijkheid speelt niet alleen een rol op het eerste niveau, als dragend rechtsbeginsel, op het tweede niveau is die rol nog uitgesprokener, letterlijk en figuurlijk.

Indien wij later de regresvraag met betrekking tot de mededaders onderling gaan bespreken komt deze materie weer terug, met name de vraag of ook daar aan de billijkheid een rol toekomt en leidt tot verdeling van de draagplicht naar evenredigheid van de veroorzaking in het licht van de jurisprudentie. Dat was namelijk de inzet van de procedure die geleid heeft tot het arrest van 19 december 2009.

De ratio van alternatieve causaliteit-regeling die zojuist beschreven werd is dus dezelfde als die van hoofdelijke aansprakelijkheid in het algemeen, het zijn hier communicerende vaten. Ik noem dat communiceren, al zal de echte dogmaticus hierbij meer aan ‘verwateren’ denken, en wel van mooie dogmatische begrippen en rechtsfiguren. Het einde van een tijdperk, wellicht?

Daarmee is het hoog tijd geworden om over te gaan tot het geven van een overzicht hoe men in de doctrine en jurisprudentie van de laatste decennia met het zojuist geschetste systeem van aansprakelijkheid is omgegaan. Daarbij zullen de hete hangijzers gesignaleerd worden, met de vraag of deze tot afkoeling gebracht zijn in de juridische smidse.

3. Van *DES* tot *AMEV*. Hoogtepunten en knelpunten in de ontwikkeling van alternatieve causaliteit. De receptie in de doctrine

De receptie van artikel 99 van Boek 6 in een moderne opvatting van alternatieve causaliteit begint met het *DES*-arrest van 1992.¹⁰ Om te beseffen hoe revolutionair die uitspraak is dient men in gedachte te nemen welke gangbare uitleg aan dat artikel in die tijd gegeven werd een letterlijke lezing van de Toelichting van Meijers, bijvoorbeeld door Hartkamp in zijn Asser-bewerking. Die visie, een heel beperkte uitleg van het artikel, werd overgenomen door het

¹⁰ HR 9 okt. 1992, *NJ* 1994, 535, m.nt. CJHB; AA 1993, p.123, m.nt. Hijma; *TMA* 1993, p.15, m.nt. Van Dunné. Vgl. nog Hartlief, *TVVS* 1992, p.308, en kritisch: Spier, *NTBR* 1992, p.193; Klaassen en Van Rossum, *RmTh* 1994, p.4. Zoals bekend ging het hier om het medicijn *DES* dat een veel gebruikt middel was om een miskraam tijdens zwangerschap te voorkomen. De ernstige gevolgen voor de ongeboren vrucht bleken veelal pas decennia later, o.m. vormen van kanker. Een probleem was dat er ook andere vergelijkbare medicijnen op de markt waren en het bewijs dat indertijd *DES* geslikt was door de moeders niet eenvoudig te leveren was, zoveel jaren later. Partijen gingen ervan uit dat artikel 99 geldend recht (oud-BW) weergaf.

Hof Amsterdam, dat daarvoor bijval had gekregen van schrijvers als Spier, Braams en Dommering-van Rongen.¹¹ Een tegengesteld standpunt was eerder bepleit door Nieuwenhuis en Knottenbelt, waarbij Hondius en ik ons aangesloten hadden. Die beperkte opvatting die door de Hoge Raad verworpen werd hield kort gezegd in dat een ‘concrete gedraging’ van de gelaedeerde vastgesteld moet zijn (hier het innemen van het gebrekkige medicijn in kwestie door de moeders van de DES-dochters), dat de kring van mogelijke daders moet vaststaan en dat elke dader op grond van artikel 162 aansprakelijk moet zijn (indien één dader dat niet is, bijvoorbeeld vanwege een rechtvaardigingsgrond of een beroep op ontwikkelingsrisico, zouden alle daders vrij uitgaan, stelt Hartkamp zelfs in zijn conclusie als A-G). Dit heeft tot gevolg dat iedere dader mogelijk de gehele schade veroorzaakt moet hebben, en niet slechts een deel ervan.

Zoals bekend heeft de cassatierechter een tegengesteld standpunt ingenomen. Voor de methode van rechtsvinding is een saillant punt dat het beroep van de tien gedaagde farmaceutische bedrijven (van een groep van enkele honderden DES-producenten) op de twee jagers uit de Toelichting Meijers ter onderbouwing van de visie op de ‘kring van daders’ als een gesloten kring van bij name bekende daders, door de Raad afgewezen wordt. Dit gebeurt met het argument dat door de wetgever weliswaar niet gesproken wordt over een situatie die zich bij het product DES voordoet, maar dat ‘aannemelijk is dat die situatie destijds buiten het gezichtsveld heeft gelegen’. Daaruit mag niet de conclusie getrokken worden dat het artikel hier geen toepassing kan vinden. Exit grammaticale wetsuitleg, en ruimte voor de teleologische uitleg van het artikel (strekking: het lenigen van bewijsnood). Dat *telos* gaat heel ver en leidt zelfs tot afwijzing van de marktaandeel-aansprakelijkheid die A-G Hartkamp met verve had voorgesteld, een Amerikaanse import. Dat zou namelijk niet ver genoeg gaan meent de cassatierechter, want daarmee zou het risico van insolventie of onvindbaarheid van producenten van DES op de slachtoffers worden gelegd en niet op de producenten zelf (bij regres). Dat zou ‘niet bevredigend’ zijn, oordeelt het college. Dat neemt niet weg, zo wordt vervolgens obiter dicterend gezegd, dat het marktaandeel van belang kan zijn bij regresacties van de producenten onderling. Een aangeslagen Hartkamp lucht zijn hart korte tijd later in de Asscher-bundel. Het zijn interessante tijden, niet alleen voor slachtoffers.

De DES-zaak heeft grote aandacht getrokken. De Nederlandse rechter ging aanzienlijk verder op dit gebied dan zijn Amerikaanse *brethren*. Het viel op dat Bloembergen, groot bepleiter van slachtofferhulp in het aansprakelijkheidsrecht, de kamer van de Hoge Raad had voorgezeten en dit zijn zwanenzang als raadsheer was. Het was echter een publiek geheim in Haagse kringen dat Bloembergen weinig gelukkig met deze uitspraak was. Was het dan een eendagsvlieg, een alternatief arrest over alternatieve causaliteit? Wat Van der Grinten ooit ‘kasian-rechtspraak’ noemde (voor de minder koloniaal ingestelde lezer, dat is Maleis voor ‘zilig’). Die gedachte heeft jarenlang in de literatuur, directiekamers en advocatenkantoren rond gezongen, je komt die opvatting nog steeds tegen.¹² Het ging immers om de DES-dochters die als eiseressen opgetreden waren, zes in getal, maar een groep vertegenwoordigend die vrij snel tot honderden, zelfs duizenden uitgegroeid is. Zij traden op tegen tien giganten van de farmaceutische industrie (met 90% van de markt in ons land, en ca. 50% van de DES-verkoop) en konden op veel sympathie rekenen.¹³

¹¹ Hof Amsterdam 22 nov. 1990, *TMA* 1991, p.36, m.nt. Spier, alwaar overzicht van de literatuur. De conclusie van A-G Hartkamp vercheen in *TvC* 1993, p.241, eveneens met veel literatuurvermelding.

¹² Aldus bijv. A-G Spier in zijn conclusie voor het nog te bespreken arrest van 19 dec. 2009 inzake regres bij meervoudige causaliteit.

¹³ Eind jaren '90 hadden zich ca. 20.000 ‘DES-dochters’ gemeld als slachtoffer van DES-gebruik door hun moeders. In de V.S. zijn overigens ook procedures door ‘DES-zonen’ gevoerd, evenals door kleinkinderen.

Een test kwam al enkele jaren later, met het arrest *Moerman – Bakker* van 1997, een geval van mini-milieuvervuiling van een boerensloot in Friesland, in Engelum.¹⁴ Groter contrast met de vorige zaak is nauwelijks denkbaar, qua financieel belang, aantallen procespartijen, aantal mogelijke daders en slachtoffers. Het belang was 11.000 gulden, er waren twee procespartijen, het ging om één schadelijgende partij en drie mogelijke veroorzakers van de schade. Verder ging het niet over productenaansprakelijkheid maar milieuaansprakelijkheid. Opmerkelijk is ook dat in het arrest a quo, van Hof Leeuwarden, artikel 99 in het geheel niet aan de orde gekomen was. Een mogelijke veroorzaker van schade, Moerman, werd eenvoudig weg voor de gehele schade (de saneringskosten waarvoor Bakker aangeslagen was door het waterschap) aansprakelijk gesteld, kennelijk hoofdelijke aansprakelijkheid. In cassatie vecht Moerman aan dat hier van hoofdelijkheid sprake is; daartoe stelt art. 6:102 BW de eis, zo betoogt hij, dat er van een gezamenlijk gepleegde onrechtmatige daad sprake moet zijn geweest, met betrekking tot dezelfde schade. Daar zou hier geen sprake van zijn, want andere mogelijk veroorzakers zijn hier ene Van Breeden die op het perceel van Moerman vroeger een autospuiterij had, en de zoon van eiser, Bakker Jr, die op het erf van zijn vader met auto's gesleuteld had. De A-G had evenmin alternatieve causaliteit aan de orde gesteld en het is dan ook verrassend dat de Hoge Raad in het arrest a quo een toepassing van artikel 99 ziet, met de 'kennelijk'-constructie (die al zoveel goede diensten heeft bewezen in cassatieland). Dat gebeurt in de volgende overweging, die heel wat discussie losgemaakt heeft. Men zal begrijpen dat de tegenstanders van het *DES*-arrest, dat waren er heel wat, helemaal niets opzienbarends zien in deze formulering, terwijl een voorstander van *DES*, zoals deze schrijver, de uitspraak in het verlengde van het arrest van 1992 ziet. Het gaat om deze paragraaf:

‘Aldus heeft het hof kennelijk de gedachtegang gevolgd, die ook aan het huidige art.6:99 BW ten grondslag ligt en die in een geval als hier aan de orde is erop neerkomt dat, wanneer vaststaat dat de aangesprokene aansprakelijk is voor een bepaalde gebeurtenis *waardoor de gehele gevorderde schade kan zijn ontstaan*, die schade niet geheel of gedeeltelijk voor rekening van de benadeelde behoort te blijven op de grond dat anderen, voor wie hij niet verantwoordelijk is, naar de stellingen van de aangesprokene een deel van de schade hebben veroorzaakt en de benadeelde niet kan bewijzen dat de gehele schade het gevolg van de voormelde gebeurtenis is’ (ov. 3.3, mijn curs.).

Het gaat hier om de door mij gecursiveerde zinsnede: ‘waardoor de gehele schade kan zijn ontstaan’. In de literatuur zijn twee stromingen; de eerste, aangevoerd door Hartkamp leest dit met de nadruk op het woord *gehele* schade, dus volledige veroorzaking. De tweede stroming, door mij ingang gezet, leest dit met het accent op *kan* zijn veroorzaakt, dat wil zeggen dat de *kans* op volledige veroorzaking aanwezig geacht wordt. Dit is geen woordenspel want het gaat hier om een type schade, in dit geval milieuvervuiling, waarbij in de regel een aantal kleine emissies van giftige stoffen gezamenlijk de gehele schade veroorzaken, die hierin bestaat dat vanwege overschrijding van bepaalde milieunormen gesaneerd moet worden tegen hoge kosten. Indien men staat op het individueel veroorzaken van die laatste, ‘gehele’ schade, moet dus vaststaan dat de lozing van een bepaalde dader zo omvangrijk is dat die op zich al sanering noodzakelijk maakt. Terwijl het uiterst moeilijk vast te stellen is wat precies de bijdrage van iedere dader (lozer) is, en bovendien de geloosde stoffen nog een versterkende, negatieve reactie op elkaar kunnen hebben. Is dat ‘bevredigend’, in de terminologie van de Hoge Raad ?

¹⁴ HR17 jan. 1997, *NJ* 230; *TMA* 1997, p.49, m.nt. Van Dunné. Moerman en Bakker grenzen met hun erven aan een gemeenschappelijke sloot die ernstig vervuild bleek te zijn. Het waterschap ging saneren, voerde de bagger af als chemisch afval en verhaalde de kosten op Bakker.

Wanneer wij de Toelichting-Meijers (1961) erop naslaan, valt op dat gesproken wordt van daden die niet tezamen een naar tijd en plaats samenhangende eenheid hoeven te vormen, maar ‘los van elkaar op onrechtmatige wijze het gevaar voor het intreden van de schade hebben geschapen en vaststaat dat dit gevaar zich verwezenlijkt heeft’. De bekende gevaarzettingsformule die in veel jurisprudentie van de afgelopen decennia is terug te vinden. Hierop volgt weliswaar de verwijzing van de Toelichter naar de verwezenlijking óf ten gevolge van A’s daad óf ten gevolge van die van B (in het twee jagers-syndroom) maar waar het mij om gaat is de gevaarzettingsgedachte, de *kans op gevaar* die zich verwezenlijkt heeft, als uitgangspunt voor het artikel.

Wat dat betreft is van groot gewicht de aanvulling die in de Memorie van Antwoord met betrekking tot Gewijzigd Ontwerp van 1976 in de toelichting op artikel 99 gegeven wordt - met intussen Wouter Snijders aan het roer - die in het verlengde hiervan ligt. Als volgt:

Artikel 6.1.9.4a [d.i. thans 6:99, JvD]. Dit artikel (...) hangt nauw samen met artikel 4 [d.i. 6:98, JvD] en leent zich evenals dat artikel voor toepassing ook buiten dat terrein. Men denke aan het geval dat komt vast te staan dat in een afgebrand huurhuis twee brandhaarden aanwezig waren, de een ontstaan als gevolg van een verzuim van de huurder, de ander door een van een derde, terwijl zowel de huurder als de derde betogen dat het huis niet als gevolg van de door hem veroorzaakte brandhaard in vlammen is opgegaan, maar juist door die van de ander. Ook kan worden gedacht aan het geval berecht door HR 4 maart 1966, NJ 1966, 268, waarin de eiser zijn vordering grondde op het feit dat hij ten onrechte zou zijn bewogen tot ontruiming van de door hem gehuurde tentoonstellingsstand en moeilijk was vast te stellen of de schade een gevolg was van een onjuist optreden van de verhuurder zelf dan wel van onjuiste mededelingen die een ander aan de eiser had gedaan’ (p.93).

Ik noteer dat beide casus gevallen van gevaarzetting zijn waarbij niet kan worden vastgesteld wat precies het aandeel van elke dader geweest was, laat staan of zij zelfstandig de ‘gehele’ schade veroorzaakt hebben.

Mijn uitleg van *Moerman – Bakker* evenals het pleidooi voor toepassing van artikel 99 is op breed verzet gestuit in de doctrine, met Hartkamp in zijn Asser-bewerking aan het hoofd.¹⁵ Ik zou het arrest ‘evident misverstaan’ hebben. Volgens Spier zou ik zelfs ‘op hol geslagen zijn’. Wanneer men bedenkt dat deze auteurs indertijd vonden dat de Hoge Raad met *DES* op hol geslagen was kan men zich voorstellen dat ik van die kritiek niet erg wakker gelegen heb. Je moet toch al een dikke huid hebben in het wetenschappelijk discours, zeker als oud-strijder tegen het Nieuw BW.

Met het *AMEV*-arrest van 2003 kwam de kentering in de doctrine: om deze uitspraak van de cassatierechter kon niemand meer heen.¹⁶ Zelfs Hartkamp draaide bij in een volgende Asser-druk, zonder overigens op zijn eerdere schreden terug te keren, met betrekking tot zijn lezing van *DES* en *Moerman - Bakker*.¹⁷ De casus lijkt ontleend te zijn aan de Toelichting op het Gewijzigd Ontwerp NBW van 1976, brandstichting in een pand door meer dan één dader en onduidelijkheid over de precieze toedracht. De casus komt in het kort hierop neer.

¹⁵ A-H I, nr 411b (2000). In dezelfde zin: Spier, De Planque, Kottenhagen-Edzes, Bauw, Akkermans en Wiggers-Rust. Wel hadden ook andere schrijvers zich uitgesproken voor de mogelijkheid van *gedeeltelijke* schadetoebrenging bij toepassing van artikel 99, zoals Betlem en Boonekamp. Zie voor deze discussie, met vindplaatsen, mijn *Verbintenissenrecht 2*, p. 357 e.v.

¹⁶ HR 31 jan. 2003, NJ 2003, 346, m.nt. JMBV, *Drewel c.s. – AMEV Verzekering NV*; AA 2003, p.795, m.nt. Van Dunné. De laatste noot werd verwerkt in mijn *Verbintenissenrecht 2*, p.360 e.v.

¹⁷ Asser-Hartkamp I, 12^e dr., 2004, nr. 441b. Vgl. ook: 13e dr., 2008, t.a.p. Spier is blijkens zijn conclusie voor het arrest van 19 dec. 2009 niet van opvatting veranderd.

Op oudejaarsnacht 1990 vinden enkele groepjes jongeren in Wagenborgen, Gemeente Delfzijl, vertier door het in brand steken van het oude, leegstaande politiebureau; de brandweer moet die nacht vier keer uitrukken om brandjes te blussen. De schade bedroeg 23.000 gulden, het gebouw was total loss. Het groepje van Drewel had bij eerdere brandjes toegezien, denkt dat dit beter kan en doet dat vervolgens aan de achterzijde van het pand. De feitenrechter gaat er van uit dat de eerdere branden slechts geringe schade hebben toegebracht en bepaalt dat de schade van 23.000 gulden in zijn geheel door Drewel c.s. veroorzaakt kan zijn, terwijl vaststaat dat de schade door tenminste één van de brandstichtingen veroorzaakt is. Met als gevolg dat Drewel c.s. de gehele schade moeten betalen tenzij bewijs geleverd wordt dat er een andere oorzaak geweest is. De laatsten gaan in cassatie, met een aantal middelen gebaseerd op het recht van vóór *DES* (vereiste van gelijktijdig handelen van de daders, die alle bekend moeten zijn), die dan ook door de Hoge Raad weg gekegeld worden. Belangrijker is het punt dat er een klacht was dat het hof ten onrechte gemeend had dat de gehele schade door Drewel c.s. kon zijn veroorzaakt. Daarbij gaan eisers ervan uit dat de eerdere brandstichting geen schade veroorzaakt zou hebben en dat standpunt is onjuist, stelt de Raad, want het hof had aannemelijk geacht dat er eerder schade toegebracht was, zij het een geringe schade. De schade was 23.000 gulden en niet is komen vast te staan dat de eerder gestichte brand een zodanige schade veroorzaakt heeft dat de waarde van het pand na die brand, derhalve de door Drewel c.s. veroorzaakte vermogensschade van AMEV, toen al minder dan 23.000 gulden was.

Wij zien hier dat de omstandigheid dat er een *kans* is dat de aangesproken dader de gehele schade veroorzaakt heeft, ook al zijn er andere daders die een deel van de schade veroorzaakt (kunnen) hebben, een voldoende grondslag is voor toepassing van artikel 99. De onzekerheid ten aanzien van veroorzaking en daderschap (die is ‘vooralsnog niet komen vast te staan’ zegt de cassatierechter) wordt terecht bij de aangesproken dader gelegd, die voor het geheel aansprakelijk gehouden wordt.

De conclusie lijkt gerechtvaardigd dat de aldus beschreven jurisprudentie met betrekking tot alternatieve causaliteit, ingezet met *DES* in 1992 via *Moerman – Bakker* van 1997 een eindpunt gevonden heeft in *AMEV* in 2003. Wat overblijft zijn achterhoedegevechten. Er staat natuurlijk veel op het spel, zoals in de inleiding opgemerkt werd is meerdaderschap eerder regel dan uitzondering, met onduidelijke veroorzaking als consequentie daarvan. De maatschappelijke belangen en daarmee financiële belangen, ook voor assuradeuren, zijn heel groot.¹⁸ Dat geldt niet alleen de milieuaansprakelijkheid waar het om miljarden gaat, maar ook terreinen als die van medische aansprakelijkheid en aansprakelijkheid in de bouw. Daarbij komt ook het regres in beeld, wanneer vastgesteld moet worden wie uiteindelijk de rekening gaat betalen, ons tweede thema.

4. De regresproblematiek: de achterkant van alternatieve causaliteit. Het arrest van 19 december 2009, *London Verzekeringen – Delta Lloyd*

Het arrest van 19 december 2009 heeft betrekking op lichamelijk letsel teweeggebracht door twee botsingen die zich na elkaar voorgedaan hebben waarbij hetzelfde slachtoffer gewond geraakt en ten slotte geheel arbeidsongeschikt geworden is.¹⁹ Een redelijk overzichtelijke casus: twee daders en één slachtoffer, maar wel een uiterst gecompliceerde schadetoedracht. De problematiek van alternatieve causaliteit speelt hier echter op het tweede plan, in de sfeer van het regres tussen de verzekeraars van beide daders, nadat de schade door een van hen met

¹⁸ Zie de conclusie van A-G Spier voor *AMEV* en eerder zijn bespreking van *Moerman – Bakker* in *A&V* 1997, p.73 e.v. Vgl. ook nog zijn conclusie onder het arrest van 19 december 2009, dat zo dadelijk aan de orde komt.

¹⁹ HR 19 dec. 2009, *RvdW* 2010, 33. Ik dank de raadsliden voor toezending van dossierstukken.

het slachtoffer afgewikkeld is. Hoe moet de bijdrageplicht van iedere verzekeraar vastgesteld worden? Naar mate van de bijdrage van de respectieve verzekerden/daders aan de causale toedracht (vgl. art. 6:102, hoofdelijkheid)? Maar hoe gaat dat wanneer die toedracht een onoplosbare puzzel is, en speelt artikel 99 nog een rol daarbij met een soort reflexwerking? De vraag is aan de Hoge Raad voorgelegd op een manier waarbij getoetst moest worden of de schade betalende verzekeraar aan de tweede verzekeraar een bijdrage van 50% mag vragen, tenzij de laatste erin zou slagen om te bewijzen dat de door hem te dragen schade minder is. Daarmee is ook aan de orde gesteld of bij regres een regel geldt dat er een bijdrageverplichting bestaat voor gelijke delen, naar rato van het aantal daders, hier: 50 - 50. Degene die in casu hier tegenin zou willen gaan, draagt de bewijslast met betrekking tot zijn daadwerkelijke aandeel in de schadetoedracht. De bewijsrechtelijke aspecten komen aldus op de voorgrond te staan.

Hoe was de casus? Jansen, een zelfstandig leesportefeuillebezorger, wordt op 9 juni 1995 in zijn auto van achteren aangereden door een bij Delta Lloyd verzekerde auto. Een half jaar later heeft hij het werk moeten neerleggen wegens pijnklachten; hij wordt 65-80% arbeidsongeschikt verklaard. Jansen is depressief en krijgt psychiatrische behandeling. Wanneer hij net twee dagen weer aan het werk is op therapeutische basis als taxichauffeur voor schoolkinderen voor 10 tot 15 uur per week, wordt hij op 27 augustus 1997 in zijn taxibus van links aangereden door een bij London verzekerde auto. Als gevolg daarvan krijgt hij nieuwe klachten, een verergering van whiplash-achtige klachten en ook psychische klachten. Een half jaar later staakt Jansen zijn werkzaamheden als taxichauffeur. Zijn huwelijk loopt stuk, hij doet een poging tot zelfmoord. In februari 1999 wordt hij 80-100% arbeidsongeschikt verklaard (vóór het tweede ongeval werd hij minder dan 25% arbeidsongeschikt geacht). In de voorafgaande periode werd hij door neurologen, psychiaters, arbeidsdeskundigen en een verzekeringsarts onderzocht. In december 2002 heeft Delta Lloyd met Jansen een vaststellingsovereenkomst gesloten waarbij de schade vastgesteld werd op € 226.890, welk bedrag aan hem uitgekeerd is. Dat gebeurde na een moeizaam proces; Jansen had ingezet op een schadebedrag van ruim 6,5 ton. Delta Lloyd spreekt London aan om een bijdrage van 50% te leveren; deze weigert dat, met het argument dat het tweede ongeval slechts 10% aan de schade bijgedragen zou hebben.

In het hierop volgende rechtsgeschil wordt uitvoerig ingegaan op hetgeen de medische deskundigen verklaard hebben over de gevolgen van de ongevallen, en de getuigenverklaring van Jansen en van de expert van het letselschadebureau dat Jansen ingeschakeld had. Deze expert had tegenover Delta Lloyd het standpunt ingenomen dat de schade van Jansen het uitsluitende gevolg van het eerste ongeval was. Het valt hierbij op dat London zich op deze getuige beroept, en op een arts die Jansen echter nooit onderzocht had, om tegenwicht te bieden aan de medische rapporten van zwaar kaliber. Er zou slechts sprake geweest zijn van een tijdelijke verergering van de klachten van Jansen na het tweede ongeval, klachten die het gevolg van het eerste ongeval waren (op grond van een opmerking van Jansen enkele maanden na het tweede ongeval gedaan). De Rechtbank Amsterdam heeft dan ook geen moeite om de medische rapporten te volgen en het standpunt van London te verwerpen, met als conclusie dat 'niet gebleken is dat de gevolgen van beide ongelukken in belangrijke mate in ernst verschillen'. Het tweede ongeval heeft dus blijvend letsel bij Jansen veroorzaakt. Vast staat dat de schade het gevolg kan zijn van zowel het eerste als het tweede ongeval, hetgeen de rechtbank tot de slotsom brengt dat bij gebrek aan verdere aanknopingspunten het ervoor gehouden moet worden dat de gehele schade die is ontstaan na het tweede ongeval moet worden aangemerkt als 'mengschade', waarin Delta Lloyd en London voor gelijke delen moeten bijdragen.

Het Hof Amsterdam neemt het oordeel van de rechtbank over ten aanzien van de schadetoedracht en bijdrageverplichtingen, inclusief de term ‘mengschade’. Het hof onderzoekt daarbij of beide ongevallen op zichzelf de gehele schade kunnen hebben veroorzaakt (waarvan Delta Lloyd aan London een bijdrage vraagt) en concludeert dan dat genoegzaam is komen vast te staan dat het tweede ongeval blijvend letsel, en dus schade, heeft veroorzaakt. De kernoverweging, die in cassatie bestreden wordt, luidt:

3.22. ‘Conclusie van al het voorafgaande is dat - zoals de rechtbank ook heeft geoordeeld – London en Delta Lloyd op grond van art. 6:99 jo. 6:102 BW hoofdelijke jegens Jansen aansprakelijk waren. Op grond van art. 6:102 jo. 6:101 BW moet de schade in het kader van het door Delta Lloyd op de voet van art. 6:10 BW op London te nemen regres tussen partijen worden verdeeld in evenredigheid met mate waarin de aan hen toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Een redelijke wetstoepassing brengt met zich dat niet de op grond van art. 6:10 BW verhaal zoekende hoofdelijke schuldenaar (Delta Lloyd) hoeft te stellen en te bewijzen dat en in welke mate aan de bijdrageplichtige hoofdelijke schuldenaar (London) toe te rekenen omstandigheden aan de schade hebben bijgedragen, maar dat de partij die meent dat haar schade meer respectievelijk minder bedraagt dan een evenredig deel (in casu 50%) dit zal hebben te stellen en te bewijzen. Ware dit anders, dan zou de betaald hebbende en verhaal zoekende hoofdelijke schuldenaar op dit punt zonder redelijke grond een bewijsrisico moeten dragen’.

Het hof vervolgt dat nu London van mening is dat haar aandeel in de (meng)schade slechts 10% bedraagt, op haar de stelplicht en bewijslast daarvan rust. Het hof acht dit ‘in lijn met (de gedachten achter) de Bedrijfsregeling no. 7 – Schaderegeling Schuldloze Derde’, door Delta Lloyd in het geding gebracht, ook al is deze regeling niet van toepassing op het onderhavige geval, alsook van een uitspraak van de Raad van Toezicht Verzekeringen van 15 januari 2001. London had onvoldoende feiten en omstandigheden gesteld ter onderbouwing van de 10% bijdrage aan de schade, terwijl zij evenmin daartoe concreet getuigenbewijs aangeboden heeft. Een bewijs dat zij nagelaten had om spontaan in het geding te brengen, waarvoor geen fiat van het hof nodig was.

In cassatie gaat het uitsluitend om de bewijslast die door het hof op London gelegd werd. Niet ter discussie staat of het tweede ongeval de gehele schade kan hebben veroorzaakt, noch dat er van hoofdelijke aansprakelijkheid sprake is van een schade die zowel het gevolg van het eerste als het tweede ongeval kan zijn en dat in het kader van het regres tussen partijen de ‘mengschade’ verdeeld moet worden in evenredigheid met de mate waarin aan hen toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen.

De Hoge Raad komt dan tot het volgende oordeel:

3.9 ‘Het hof heeft in navolging van de rechtbank geoordeeld dat London en Delta Lloyd (op de voet van art. 6:99 BW) in de verhouding tot Jansen hoofdelijk aansprakelijk zijn, nu niet kan worden vastgesteld welk van beide ongevallen (welk deel van) de gehele schade heeft veroorzaakt, maar wel moet worden aangenomen dat beide ongevallen elk voor zich de gehele schade kunnen hebben veroorzaakt en dat ten minste één van deze ongevallen die schade heeft veroorzaakt. Daarvan uitgaande, heeft het hof de onderlinge draagplicht tussen London en Delta Lloyd in de gegeven omstandigheden bepaald op gelijke delen en de vordering van Delta Lloyd tot betaling van 50% van de vergoede schade toewijsbaar geoordeeld.

In de overwegingen van het hof ligt als zijn oordeel besloten dat ook in de interne verhouding tussen London en Delta Lloyd niet valt vast te stellen in welke mate de gebeurtenis waarvoor zij aansprakelijk zijn tot het ontstaan van de gehele schade heeft bijgedragen. Door in zodanig geval te aanvaarden dat, behoudens bijzondere – door London te stellen en zonedig te bewijzen – omstandigheden (zoals bijvoorbeeld de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten), draagplicht bestaat voor gelijke delen, heeft het hof – wat er zij van zijn daartoe gebezigde motivering – niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting.’

Op het eerste gezicht geen opzienbarende uitspraak. Pas wanneer men het cassatiemiddel leest (van de hand van mr. Van Staden ten Brink), het uitvoerige verweer van Delta Lloyd (van mr. Schenck) en de nog uitvoeriger conclusie van A-G Spier wordt duidelijk hoe onze hoogste rechter, belast met de rechtsontwikkeling, alle hoeken afsnijdt die mogelijk zijn en volstaat met een motivering in oud-Franse stijl. Alleen het ‘Attendu que’ - ‘Overwegende dat’ ontbreekt. De motivering van het hof wordt terzijde gesteld met de frase ‘wat er zij van de daartoe gebezigde motivering’, en daar ging het nu net om in cassatie.

De insteek van eiser tot cassatie was dat het hof was afgeweken van de wet, zoals te kennen uit de parlementaire toelichting. In wezen dezelfde problematiek van de DES-zaak, waar het allemaal mee begonnen was: de farmaceuten vonden het hof aan hun zijde met een letterlijk uitleg van artikel 99 en de toelichting erop van Meijers, maar de Hoge Raad legde dat toen terzijde met een teleologische uitleg van de wetbepaling. In deze regreszaak gaat het om de uitleg van artikel 10 van Boek 6 (jo. artt. 102 en 101): uitdrukkelijk is door de wetgever niet gekozen voor een gelijke delen-regeling als hoofdregel bij regres, maar als secundaire regel, indien onvoldoende aanknopingspunten zijn voor een verdeling naar rato van ieders aandeel in de schadetoebrengring. ‘Voor het gedeelte van de schuld, dat hem in hun onderlinge verhouding aangaat’, zegt artikel 10, en in de toelichting wordt opgemerkt:

‘In ieder geval is het niet wenselijk – gelijk in sommige buitenlandse wetboeken is bepaald – als hoofdregel voorop te stellen dat de schuldenaren voor gelijke delen in de schuld moeten bijdragen; de uitzonderingen zouden dan belangrijker zijn dan de hoofdregel. Vanzelfsprekend is echter, indien geen van de hierboven aangegeven omstandigheden en beginselen uitsluitel geeft, een draagplicht voor gelijke delen ook volgens het ontwerp de aangewezen oplossing’.²⁰

De voorbeelden die vervolgens gegeven worden van een andere bijdrageplicht dan volgens gelijke delen, zijn ontleend aan het contractenrecht, erfrecht en ongegronde verrijking. Partijen kunnen uitdrukkelijk of stilzwijgend hun bijdrageverplichting geregeld hebben, of deze kan van een onderliggende rechtsverhouding afkomstig zijn, bijvoorbeeld de vennootschapsovereenkomst die de verdeling van schulden tussen firmanten bepaalt. Volgens London had het hof deze regel niet zonder meer als hoofdregel mogen hanteren, maar hoogstens als ‘restregel’. Een hoofdregel die in het buitenland als *Kopfteilenregel* bekend staat, de ‘koppentellen-regel’ dus. De wetgever heeft elders bewust voor die hoofdregel gekozen, zoals bij artikel 166, groepsaansprakelijkheid: ieder groepslid heeft voor een gelijk aandeel een bijdrageplicht ten aanzien van de te vergoeden schade. Daarvoor wordt in de Toelichting als motivering gegeven ‘de solidariteit, die voor het handelen in groepsverband kenmerkend behoort te zijn’.²¹ In het geval van artikel 10, het algemene regresartikel, heeft de wetgever echter een andere keuze gemaakt, stelt eiser.

Hoe hier uit te komen? Het hof had als motivering gegeven dat indien de hoofdregel niet gevolgd zou worden de betaald hebbende schuldenaar (Delta Lloyd) zonder redelijke grond het bewijsrisico zou moeten dragen, immers ‘wie stelt moet bewijzen’, de hoofdregel van art. 150 Rv, waar London zich eveneens op beroept. De Hoge Raad laat zoals gezegd in het midden wat hij van deze motivering vindt – doorgaans een teken van een gebrek aan motivatie om ermee in te stemmen – en geeft aan welke omstandigheden van belang kunnen zijn: ‘bijvoorbeeld de ernst van de gemaakte fouten’. Op dit punt had Delta Lloyd in haar

²⁰ Toelichting-Meijers, 1961, p.480; PG Boek 6, p.108.

²¹ Toelichting-Meijers, p.662. Op de regel van voor gelijke delen bijdragen kan de *billijkheid* een uitzondering maken in het concrete geval, zodat bijv. één persoon de gehele schade moet betalen, indien deze opzettelijk is toegebracht, zonder dat de andere groepsleden van dat gevaar op de hoogte waren (het gegeven voorbeeld is het met een mes neersteken van een buitenstaander tijdens het groepsoptreden).

schriftelijke toelichting voorbeelden gegeven, zoals een brand ontstaan zowel door onoplettendheid van dader A als vervolgens een gevaarzettende handeling door dader B. In de Jansen-casus kunnen wij hier niets mee: is iemand van achteren aanrijden wel of niet ernstiger dan van links aanrijden? De voorbeelden uit de Toelichting NBW helpen ons ook niet verder, omdat ze niet op onrechtmatige daad toegespitst zijn.

Kortom, er is plaats voor rechtsontwikkeling. Zeker als men bedenkt dat de Hoge Raad in het *DES*-arrest als obiter dictum overwogen had dat voor de marktaandeelaansprakelijkheid, die toen voor aansprakelijkheid uit artikel 99 afgewezen werd, wel mogelijk plaats zou zijn in de sfeer van regres. Die zienswijze is niet naar voren gebracht in de onderhavige zaak, maar het geeft aan dat er diverse mogelijkheden op regresgebied zijn, bij duistere causaliteit. Aandeeltwijfel, dus. Nu kan men zich koesteren in de gedachte dat A-G Spier deze zaak als 81-RO'tje wilde wegzetten, en dat de hoogste rechter toch maar tot een uitspraak gekomen is, rechtsontwikkeld en al. Nu het zoals gezegd aan dat laatste nogal ontbreekt, is het een getemperde vreugde. Wat was er eigenlijk aan de orde? Gaat de Hoge Raad, net als in 1992 met *DES*, wederom in tegen de letterlijke betekenis van een wetsbepaling, althans volgens de ministeriële toelichting?²²

Het cassatiemiddel volgend, is daar allereerst de plaatsbepalende rol van art. 150 Rv, de Romeinsrechtelijke regel 'wie stelt, bewijst'. Geeft dat inderdaad hier de doorslag, zoals London betoogd heeft? Ik dacht van niet, met name niet indien men bedenkt dat er ruimte is voor 'bijzondere regels' die een afwijking van de hoofdregel kunnen inhouden, ontleend aan bepaalde rechtsgebieden. Sinds Haardt daarvoor de aandacht gevraagd heeft in zijn noot onder het *heupoperatie*-arrest van 1987 is dat een algemeen aanvaard onderdeel van de bewijslastverdeling geworden.²³ Het hof heeft getracht zo'n bijzondere regel te formuleren: in het verlengde van het beginsel dat aan artikel 99 ten grondslag ligt, gaat het niet aan om de betalende hoofdelijk schuldenaar met bewijslast, dus bewijsrisico te belasten. Dat bewijsrisico zou 'zonder redelijke grond' zijn, oordeelt het hof. Nu de Hoge Raad niet thuis gegeven heeft, maar wel het resultaat waartoe het hof kwam onderschreven heeft, is het de moeite waard om na te gaan of de regel die het hof hanteerde aan de rechtsontwikkeling bijdraagt.

Het geeft te denken dat het hof zich ook beroepen heeft op de 'gedachte achter' de Regeling Schuldloze Derde uit de verzekeringsbranche, tot groot misbaar van eiser tot cassatie, London. Indien men echter uitgaat van buiten toepassing laten van de gelijke delen-regel en de betalende schuldenaar het bewijsrisico laat dragen in geval van alternatieve causaliteit, wat zouden de maatschappelijke gevolgen daarvan zijn? Het ligt voor de hand om aan te nemen dat er dan weinig animo zal bestaan voor een van de (alternatieve) hoofdelijke schuldenaren om tot betaling van de gehele schade aan het slachtoffer over te gaan. De bewijsnood van het artikel 99-slachtoffer zou dan één-op-één overgedragen worden op de betalende schuldenaar. In geval van verzekeraars is het maatschappelijk effect aanzienlijk groter: slachtoffers zouden nog langer op hun geld moeten wachten dan nu al het geval is.²⁴ Geen wenkend perspectief

²² Ik zal niet ingaan op de conclusie van A-G Spier, die een *lamentatio* inhoudt die grote overeenkomst vertoont met zijn conclusie voor *AMEV* in 2003, waarover Vranken in 2005 opmerkte dat Spier 'de delete-knop niet had weten te vinden'. Er dreigen volgens de A-G nog steeds Amerikaanse toestanden in het aansprakelijkheidsrecht, de verzekeraars 'spelen met vuur', het is een 'mijnenveld dat tot ontploffing kan komen', etc. Eiser tot cassatie is in zijn reactie (de 'Borgers-brief') niet ingegaan op p.1-26 van de conclusie omdat 'die beschouwingen niet begrijpelijk aansluiten op het in deze zaak aangesneden probleem' en volstaat met het signaleren van enkele onjuistheden.

²³ Zie HR 20 nov. 1987, *NJ* 1988, 500, m.nt. WLH. De bewijslast wordt verlegd naar een partij die een 'aanvullende stelplicht' geschonden heeft. Haardt wijst op 'bijzondere regels' van bewijslastverdeling, behalve bij medische aansprakelijkheid, in het merken- en arbeidsrecht. Daaraan kunnen verkeers-, producten- en milieuaansprakelijkheid toegevoegd worden. Zie voor dit onderwerp mijn *Verbintenissenrecht* 2, p.495 e.v.

²⁴ Verweerster in cassatie, Delta Lloyd, wijst in haar schriftelijke toelichting op deze aspecten (onder no. 6.5).

voor het rechtsverkeer, in het bijzonder voor de schadeafwikkeling; het is ook strijdig met het beginsel van gerechtigheid, of zo men wil: de billijkheid.

Mijns inziens zou men hier van de *reflexwerking* van artikel 99 kunnen spreken, een op billijkheid gebaseerde regel ter leniging van de bewijsnood in de sfeer van regres. In de situatie van art. 6:99 is sprake van een slachtoffer geconfronteerd met een aantal potentiële daders, waarbij zijn bewijsnood door de wetgever verholpen wordt; bij regres is het de verzekeraar van een mogelijke dader die het slachtoffer heeft schadeloos gesteld maar in soortgelijke bewijsnood verkeert tegenover assuradeuren van de overige mogelijke daders op wie hij verhaal wil zoeken. In het eerste geval is de remedie die op grond van de billijkheid geboden wordt hoofdelijke aansprakelijkheid van de aangesproken partij; in het tweede geval is dat aansprakelijkheid voor gelijke delen ('koppen tellen') van de draagplichtige partijen. Als men allergisch is voor het beginsel van de billijkheid, in reflexwerking nog wel, zou men ook een beroep kunnen doen op de *verkeersopvatting*, de grond voor aansprakelijkheid die met art. 6:162 lid 3 geïntroduceerd werd.

Als men deze opvatting een tikje te wild vindt, is er ook nog de meer gebaande weg via de artikelen 10, 101 en 102 van Boek 6, waarin zoals bekend hoofdelijkheid en regres geregeld zijn. In het laatste artikel, 102 (hoofdelijke aansprakelijkheid) wordt niet alleen verwezen naar artikel 10 (regres), maar ook naar artikel 101 (eigen schuld). In die laatste bepaling wordt met zoveel woorden naar het beginsel van de *billijkheid* verwezen, als corrigerende factor. Men draagt bij, naar evenredigheid van de mate waarin de toe te rekenen omstandigheden hebben bijgedragen aan de schade, met dien verstand dat een andere verdeling plaatsvindt of zelfs de bijdrageplicht vervalt 'indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist'. Die andere omstandigheden werden zojuist door mij beschreven.

Tegenstanders van deze zienswijze hebben geen baat bij een rechtstreeks beroep op causaal verband als grondslag voor aansprakelijkheid, in de tweede trap, voor bijdrageplichtigen in een regres-situatie. Die traditionele grondslag kan op het terrein van onzeker causaal verband en daderschap immers naar het tweede plan verwezen worden door de werking van zwaarder wegende rechtsbeginselen, zoals de billijkheid en de eisen van het rechtsverkeer.

5. Rechtsvergelijkende kanttekeningen: de ontwikkelingen in het Duitse en Zwitserse recht.

Ik gaf eerder al aan dat de Duitse rechtspraak en doctrine op het hier aan de orde gestelde terrein van onzekere causaliteit en daderschap al in de jaren zeventig met de aansprakelijkheid is omgegaan op vergelijkbare wijze als onze Hoge Raad vanaf 1992 deed in de reeks die met *DES* begon (boven, § 2). De standaardarresten *Hühnergülle* uit 1971 en *Steinbruch* uit 1976 werden al genoemd, waarmee de basis gelegd werd voor de figuur van *Anteilszweifel*. Ik sta nog even hierbij stil, omdat A-G Spier in zijn conclusie voor het arrest van 2009 gesteld heeft dat ons recht met de regeling van alternatieve causaliteit op grond van artikel 99 'in internationaal verband toch al een buitenbeentje is'.²⁵ Deze oplossing 'staat ver af van de in de meeste landen gangbare, nog geheel geïnspireerd door de dogmatiek van het *condicio sine qua non-vereiste*', stelt Spier. Dit is niet alleen onjuist, maar hieruit blijkt ook hoezeer schrijver bevreesd is dat 'het hele aansprakelijkheidsrecht op zijn kop gezet zou worden', en wel indien afgeweken wordt van het primaat van *conditio sine qua non* als grondslag voor aansprakelijkheid. Dat laatste heb ik eerder bestreden, ook indien door Hartkamp c.s.

²⁵ Onder no. 4.15. Hij noemt enkel art. 3:104 lid 3 PETL (Principles of European Tort Law, waarin Spier zelf een actieve rol in heeft), dat overigens de Nederlandse benadering inhoudt. De rechtsvergelijking is door het OM altijd stiefmoederlijk behandeld, maar A-G Spier maakt het wel heel bont. Dat geldt ook voor opvattingen in de doctrine die het OM niet aanspreken: die blijven stevast onvermeld, laat staan weerlegd. Of dat alles bijdraagt aan de rechtsontwikkeling door de Hoge Raad ligt niet aanstonds voor de hand.

aangedragen, met weinig opzienbarend succes: het *Conditio-sine-qua-nonnen-koor* is net als de Katholieke Kerk onverslaanbaar qua dogma-vastheid.²⁶ Ik zal hier voor de contrastwerking wat meer recente literatuur aanhalen om daarmee ook het beeld van het Duitse recht op het gebied van alternatieve causaliteit te actualiseren.

In het Duitse recht staat zoals eerder beschreven het artikel over alternatieve causaliteit, § 830 I lid 2 BGB centraal, dat niet alleen van toepassing is bij onzekerheid van daderschap ('wie van de drie heeft het gedaan?') maar ook bij onzekerheid omtrent het aandeel in de schade van elke mogelijke dader, de *Anteilszweifel*. Dit heeft zoals al opgemerkt werd vooral bij allerlei vormen van milieuschade een grote vlucht genomen. Een bevestiging van die heersende leer is te vinden bij Ramin Löscher in zijn aan productenaansprakelijkheid gewijde dissertatie *Mehrere Produkthaftpflichtige und Mitverschulden des Geschädigten*.²⁷

De analoge toepassing van de alternatieve causaliteitsregel van § 830 I lid 2 BGB vindt men uitgewerkt in het proefschrift van Luidger Röckrath getiteld: *Kausalität, Wahrscheinlichkeit und Haftung. Rechtliche und ökonomische Analyse*.²⁸ Daarin geeft hij het interessante voorbeeld van drie dieven die ieder, onafhankelijk van elkaar, een auto gestolen hebben van het terrein van een autohandelaar, met uiteenlopende waarde. De autohandelaar kan iedere dief aanspreken tot schadevergoeding, maar hij kan niet bewijzen welke auto de dief in kwestie gestolen had en daarmee de omvang van zijn schade. De dieven gaan dan niet vrijuit: aangezien ieder in elk geval de auto met de geringste waarde gestolen kan hebben, kan iedere dief voor die schade aansprakelijk gesteld worden.²⁹

Ook in het Zwitserse recht is, zoals eerder al ter sprake kwam, meer aan de hand dan louter *conditio sine qua non*-denken, zoals Spier suggereert voor de situatie in de omringende landen. Nog een kanttekening daarover. Net als in het Duitse recht wordt naar Zwitsers recht in geval van complexe schadetoedrachten genoeg genomen met *prima facie*- of *Anscheinsbeweis*, onze figuur van bewijs door vermoedens. In de engel-saksische wereld staat dit bekend als *res ipsa loquitur*, door Veegens eens als 'sprekende feiten' geboekstaafd. In de Zwitserse rechtspraak, gevolgd door de doctrine, is de heersende leer dat daarbij de 'überwiegende Wahrscheinlichkeit' voldoende is of zelfs 'Indizienbeweis'. De rechter heeft bij de vaststelling van de omvang van de schade wanneer deze onder de omstandigheden niet precies te bepalen is de rechterlijke vrijheid om daarbij uit te gaan van de 'gewöhnlicher Lauf der Dinge', op grond van art. 42 lid 2 Obligationenrecht. Het csqn-verband is dus ver te zoeken, juist wanneer onzekerheid troef is rond causaliteit en daderschap.

De afgelopen jaren is enige opschudding ontstaan naar aanleiding van het in 1999 verschenen wetsontwerp voor het algemene aansprakelijkheidsrecht, de Vereinheitlichung des Schweizerischen Haftpflichtrechts (VE), waarbij in art. 56d, Beweislast und Anscheinsbeweis, een nieuw criterium voorgesteld werd voor de vaststelling van causaal verband in geval van bewijsnood: het begrip 'einleuchtende Wahrscheinlichkeit'.³⁰ Volgens

²⁶ Ik verwijs weer, korthedshalve, naar mijn *Verbintenissenrecht 2*, VR 2, p.379-459, i.h.b. p.412 e.v., 451 e.v. Voor csqn als 'minimumvereiste' is in ons recht in jurisprudentie en (N)BW geen steun te vinden, en allergie voor de 'omkeringsregel' bij csqn-adepten is volkomen misplaatst.

De puristen hebben de laatste jaren het potjeslatijn dat in ons recht en ook internationaal al sinds generaties gangbaar was gecorrigeerd: het is niet *conditio* maar *condicio*, zo heeft Hartkamp geleerd, die zelf op Romeins recht gepromoveerd is. Mijns inziens is dit juridische flauwe kul ('kul' is een verbastering van 'cul', bekend van *cul-de-sac*, waar het hier ook over gaat).

²⁷ Karlsruhe: Verlag Versicherungswirtschaft VVW, 2004, met als ondertitel: *Eine Untersuchung nach deutschem und US-amerikanischem Produkthaftungsrecht*, p.22.

²⁸ München: C.H. Beck, 2004, Band 187 Münchener Universitätschriften. Reihe der Juristischen Fakultät.

²⁹ T.a.p., p.167 e.v. Zie ook p. 159 e.v., met literatuur en rechtspraak. Er is ook de mogelijkheid om o.g.v. § 287 ZPO (Wetboek Rv.) een schatting te maken van de geringste schade, de *Mindestschadens*, zie t.a.p.

³⁰ Het artikel en korte samenvatting van de discussie erover is te vinden bij Röckrath, t.a.p., p. 212 e.v., met literatuurverwijzingen.

de ontwerpers, de hoogleraren Wessner en Widmer, was hiermee niets anders bedoeld dan een codificatie van het bestaande begrip ‘überwiegende Wahrscheinlichkeit’, maar er ontstond kritiek dat met die figuur, in combinatie met aansprakelijkheid naar mate van de ‘Grad von Wahrscheinlichkeit’, een veel te open norm geïntroduceerd zou worden. Niet duidelijk was waarom de geldende norm niet gehandhaafd kon blijven. Het parlement trok zijn conclusies uit het gekrakeel in de doctrine en besloot in 2009 om het wetsontwerp geen doorgang te laten vinden. Het ontwerp was toch iets waarvoor alleen in academische kringen belangstelling bestond; de praktijk stoort zich er niet aan dat de grondbeginselen van het aansprakelijkheidsrecht niet ‘systematisch in Gesetzesform geregelt, sondern durch die Rechtsprechung festgelegt worden sind. Und die Politik interessiert sich nicht für Fragen der Systematik, sondern für die Lösung konkreter gesellschaftlicher Probleme’.³¹ Zo zit dat.

6. Conclusies. Aandeeltwijfel als bijdrage tot de rechtsontwikkeling

Daarmee zijn wij aan het einde gekomen van deze beschouwingen over een onderdeel van de ‘Massificatie van het recht’, de aandeeltwijfel bij meerdaderschap en meervoudige causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht.³² Zowel op het terrein van aansprakelijkheid als van regres. Wij hebben gezien dat de jurisprudentie beter ingehaakt heeft op het verschijnsel van massaschade, *mass torts*, dan de meerderheid van de schrijvers in ons land, die nog gevangen lijkt in het Twee Personen *topos*, met individueel daderschap en causaal verband op grond van *conditio sine qua non* als dogmatisch fundament. De afgelopen decennia heeft de hoogste civiele rechter geen last gehad van een dergelijk juridisch fundamentalisme, in een rechtsontwikkeling die spoort met die in omringende landen, zoals Duitsland, Zwitserland en Frankrijk. De rechter raakt niet uit het lood geslagen wanneer van aandeeltwijfel sprake is; aansprakelijkheid *in turba*, in het strijdgewoel, heeft zich op die wijze doorgezet. Een strijdgewoel waardoor ook de commentaren in de doctrine gekenmerkt worden. Maar zo moet het recht nu eenmaal tot ontwikkeling komen. Een fenomeen dat doet denken aan de *turbae*, ten tijde van het schrijven van dit verhaal: de volkskoren van de Matthäus Passion die uit volle borst commentaar geven op de gebeurtenissen, die een nieuwe tijd inluiden.

Het is niet overdreven om ook hier van een nieuwe tijd te spreken: het aanvaarden van onzekerheden, het daarmee kunnen leven en vooral het zoeken van oplossingen voor zulke situaties waarbij de billijkheid gediend wordt in de maatschappelijke verhoudingen, terwijl de vlag van de rechtszekerheid voor de feestdagen bewaard blijft. Aldus wordt zonder twijfel een aandeel geleverd aan een goede rechtsontwikkeling.

³¹ Aldus een mededeling van de Bundesrat van 21 januari 2009; geen onbekende geluiden in wetgevingsland.

³² Voor nog enkele toepassingen van de figuur van aandeeltwijfel zie men: Rb. Amsterdam NJF 2006, 298 (k.g.), beroepsziekte; HR 7 dec. 2001, NJ 2002, 576, m.nt. JBMV; JPL 2001, 72, voortdurende schade.