

DE AANGESCHOTEN VOGELAAR

Over alternatieve causaliteit

1. Inleiding

Twee jagers zijn op jacht buiten het jachtseizoen. Tot hun beider schrik raakt één van hen een fanatieke vogelaar. De vogelaar zal wegens immobiliteit de rest van zijn leven zijn hobby niet meer kunnen uitoefenen. Niet kan worden vastgesteld wie van de jagers het betreffende schot heeft gelost.¹

Het vaststellen van de onrechtmatigheid van het gedrag van beide jagers zal weinig problemen geven. Er zit echter een kink in de causale kabel. Hoezeer ook vaststaat dat het gedrag van de jagers onrechtmatig was, niet kan worden vastgesteld wiens onrechtmatige gedrag tot de schade van de vogelaar heeft geleid. Dit probleem wordt aangeduid met de term 'alternatieve causaliteit'; er zijn twee, alternatieve oorzaken van de ontstane schade. Op deze en dergelijke casus ziet artikel 6:99 BW:

Kan de schade een gevolg zijn van twee of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is, en staat vast dat de schade door ten minste één van deze gebeurtenissen is ontstaan, dan rust de verplichting om de schade te vergoeden op ieder van deze personen, tenzij hij bewijst dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is.

Samengevat kan worden gesteld dat voor aansprakelijkheid op grond van artikel 6:99 BW vereist is dat:

- i) de aangesprokene aansprakelijk is voor een gebeurtenis die de gehele schade van de benadeelde kan hebben veroorzaakt;²
- ii) ook één of meer anderen aansprakelijk zijn voor gebeurtenissen die de schade geheel of gedeeltelijk kunnen hebben veroorzaakt; en
- iii) de schade het gevolg is van tenminste één van deze gebeurtenissen.³

Het onderwerp 'alternatieve causaliteit' geniet de laatste jaren grote belangstelling. Het

¹Dit 'jagersvoorbeeld' is niet zo artificieel als het op het eerste gezicht lijkt te zijn. Zowel in de jurisprudentie van de Verenigde Staten als in die van Canada is een dergelijke zaak te vinden. Vgl. *Summers v. Tice* 199 P 2d 1 (1948) resp. *Cook v. Lewis* [1952] 1 DLR 1.

²Dit vereiste is enigszins ongelukkig geformuleerd; voor de *vestiging* van een aansprakelijkheid wordt vereist dat de aangesprokene 'aansprakelijk' is. Bedoeld wordt dat ten aanzien van de aangesprokene aan alle vereisten van aansprakelijkheid voldaan is *behalve* aan het vereiste van causaal verband.

³ Zie J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker en W.L. Valk (Red.), *Burgerlijk Wetboek, Tekst en Commentaar*, Deventer 1998, p. 1652 (Oosterveen).

onderwerp kwam onder andere aan bod in het arrest van de Hoge Raad inzake Des⁴ en het arrest Moerman/Bakker,⁵ alsmede in het recentelijk verschenen proefschrift van Akkermans.⁶

2. *De rechtsgronden van artikel 6:99 BW*

Als (een regel als die van) artikel 6:99 niet tot ons burgerlijk recht zou behoren, zou de vogelaar uit het gegeven voorbeeld in een civiel proces tegen de jagers geen succes hebben. Het bewijs van causaal verband is niet te leveren. Dit wordt geacht onredelijk te zijn. Liever dan de gelaedeerde laat men de mogelijke laedentes de schade dragen. Immers, hoewel van geen van de mogelijke laedentes met zekerheid kan worden vastgesteld dat hij de schade heeft veroorzaakt, hebben zij beiden een onrechtmatige daad gepleegd. Zet daar de 'onschuldige' benadeelde tegenover en de uitkomst van een billijkheidsafweging ligt voor de hand.⁷

De billijke uitkomst van artikel 6:99 BW heeft een keerzijde. Zo aantrekkelijk het idee is dat de gelaedeerde ondanks zijn bewijsnood zijn schade vergoed krijgt, zo onaantrekkelijk is de gedachte dat iemand tot vergoeding van schade gehouden wordt, waarvan geenszins zeker is dat zijn onrechtmatige handeling de oorzaak is.⁸ Weliswaar kan de aangesproken (mogelijke) laedens regres nemen op de overige (mogelijke) laedentes, maar of deze solvent zijn valt nog te bezien.

De wetgever heeft deze 'risico-verschuiving' billijk geacht. De aangesproken laedens heeft een mogelijkheid tot regres en als deze mogelijkheid in praktijk weinig waard blijkt te zijn - bijvoorbeeld door insolventie of onvindbaarheid van één of meer overige laedentes - dan is dat jammer voor hem. 'Had hij maar geen onrechtmatige daad moeten plegen'.

3. *Vereiste aansprakelijkheid van de andere (mogelijke) laedentes*

In gevallen waarin de regresmogelijkheid *ab initio* geheel of gedeeltelijk *ontbreekt* - bijvoorbeeld als één van de mogelijke veroorzakers niet aansprakelijk is - kan de balans der billijkheid zeer wel naar de andere kant doorslaan. Artikel 6:99 BW ziet daarom volgens de

⁴HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535.

⁵HR 17 januari 1997, *NJ* 1997, 230. Op deze zaak zal ik in dit opstel niet terugkomen, aangezien zij naar mijn mening niets nieuws biedt.

⁶A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. Tilburg 1997. Van dit proefschrift is inmiddels ook een handelseditie verschenen. Ik heb echter de proefschrift-editie gebruikt en zal daar ook naar verwijzen.

⁷Aldus vrijwel letterlijk: A.J. Akkermans, *a.w.*, p. 55. Zie ook R.J.B. Boonekamp, *BW-krant Jaarboek 1991*, p. 83.

⁸Dit wordt duidelijker naarmate er meer jagers aan het voorbeeld toegevoegd worden. Immers, hoe meer potentiële laedentes er zijn, hoe onzekerder het wordt of de aangesproken laedens de schade veroorzaakt heeft.

letter slechts op gevallen waarin alle mogelijke laedentes aansprakelijk zijn,⁹ en de regresmogelijkheid derhalve in beginsel aanwezig is:

Kan de schade een gevolg zijn van twee of meer gebeurtenissen *voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is, en staat vast dat de schade door ten minste één van deze gebeurtenissen is ontstaan (...)* (curs. JK)

Is één van de mogelijke laedentes niet aansprakelijk, of is er een mogelijkheid dat de schade door een 'Act of God' is veroorzaakt, dan ontbeert de aangesproken laedens (gedeeltelijk) de mogelijkheid tot regres. Bovendien is het in een dergelijk geval mogelijk dat de schade voor rekening van de gelaedeerde behoort te blijven. De 'billijkheidsregel' van artikel 6:99 BW zou daarom in deze gevallen in beginsel niet van toepassing zijn.

Echter, met het Des-arrest heeft de Hoge Raad ook voor deze gevallen de deur naar hoofdelijke aansprakelijkheid open gezet. Zes zogenaamde 'Des-dochters' spraken tien producenten van het middel Diëthylstilbesterol (Des) tot vergoeding van hun schade aan. De schade bestond uit ernstige materiële en immateriële schade, veroorzaakt door een lichamelijke aandoening die het gevolg was van het gebruik van het middel Des door hun moeders. De tien aangesproken producenten vertegenwoordigden de meerderheid van de bedrijven die in de relevante periode het middel Des op de markt hadden gebracht.¹⁰ Niet duidelijk was, of *alle overige* bedrijven die destijds Des produceerden, onrechtmatig gehandeld hadden. In beginsel was derhalve niet aan alle vereisten van artikel 6:99 BW voldaan. Niettemin konden de Des-dochters volgens de Hoge Raad volstaan met te stellen dat:

- 1) het betrokken farmaceutische bedrijf in de relevante periode Des in het verkeer had gebracht en daarvoor wegens een door hem gemaakte fout aansprakelijk was; en
- 2) er nog een of meer andere - al dan niet in het geding betrokken - producenten waren die in de relevante periode Des in het verkeer heeft (hadden) gebracht en die daarvoor eveneens wegens een fout aansprakelijk was (waren); en
- 3) zij schade hadden geleden en dat deze schade het gevolg was van Des-gebruik, maar dat niet meer vast te stellen was van wie het gebruikte Des afkomstig was.¹¹

Niet vereist werd derhalve, dat de Des-dochters aantoonen dat *alle producenten* van Des, inclusief de niet aangesproken producenten, aansprakelijk waren. Een identificatie van alle Des-producenten, een welhaast ondoenlijke zaak, was daarom ook niet nodig:

⁹Zie Toelichting Meijers bij ontwerp artikel 6.1.9.4a, Van Zeben, Du Pon en Olthof, *Parlementaire Geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek*, Deventer 1981, pp. 346-347. Zie ook Jac. Hijma in zijn noot onder het DES-arrest, *Ars Aequi* 1993, p. 127, r.k.

¹⁰Vgl. het begin van de conclusie van A.G. Hartkamp in de Des-zaak.

¹¹Hoge Raad, r.o. 3.7.5.

(...) de benadeelde zou zelf haar schade moeten dragen, indien zij niet alle producenten die in de relevante periode Des in het verkeer hebben gebracht, kan identificeren, hoewel een dergelijke identificatie in feite onmogelijk zal zijn.¹²

Artikel 6:99 BW blijft derhalve toepasselijk, ook al bestaat de *mogelijkheid* dat één der oorzaken niet 'aansprakelijkheidsscheppend' is. Maar wat nu te doen, indien de aangesproken Des-producenten hadden kunnen *aantonen* dat één der oorzaken niet aansprakelijkheidsscheppend was? A-G Hartkamp sloot voor die gevallen toepasselijkheid van artikel 6:99 BW uit:

(...) Bij dit uitgangspunt past dat de vordering van gelaedeerde tegen alle potentiële daders wordt afgewezen *indien zij bewijzen dat één van hen niet aansprakelijk kan zijn* krachtens artikel 6:162. (...) In dat geval is de omkering van de bewijslast niet meer gerechtvaardigd, omdat nu de mogelijkheid bestaat dat de gelaedeerde zijn schade zelf moet dragen, daar hij immers gelaedeerd kan zijn door de niet-aansprakelijke persoon. (...) Deze consequentie: aansprakelijkheid van ieder terwijl niet zeker is dat tenminste een van de aansprakelijk gestelden ook volgens artikel 6:162 aansprakelijk is, heeft de wetgever niet gewild.

Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* indien de mogelijkheid bestaat dat de schade is veroorzaakt door een gebeurtenis die voor rekening van de gelaedeerde is (bijv. een endogene ziekte) of door een andere uitwendige oorzaak dan een gedraging waarvoor iemand aansprakelijk is (bijv. een natuurgebeuren).¹³(Curs. JK)

De Hoge Raad volgde Hartkamp op dit punt niet:

Denkbaar is tenslotte dat komt vast te staan dat Des in de relevante periode ook in het verkeer is gebracht door (...) producenten die daarvoor (...) niet aansprakelijk zijn. Een en ander onthefte de andere producenten niet van hun aansprakelijkheid voor de gehele schade, tenzij zo een aansprakelijkheid in de gegeven omstandigheden, waaronder de grootte van de kans dat de schade van de betrokken Des-dochter door Des van een niet aansprakelijke producent is veroorzaakt, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.¹⁴

Kortom: wanneer wordt aangetoond dat één van de mogelijke veroorzakers niet aansprakelijk is, onthefte dit de rest niet van hoofdelijke aansprakelijkheid, *tenzij* dit onredelijk zou zijn. De *kans* dat de schade is veroorzaakt door een niet-aansprakelijke persoon, noemt de Hoge Raad als een factor die bij de beoordeling van de vraag of onverminderde aansprakelijkheid redelijk is, een belangrijke (zo niet de belangrijkste) rol speelt.¹⁵ Hijma acht onverminderde

¹²HR, r.o. 3.7.4.

¹³Conclusie A-G Hartkamp, onder 12), fin.

¹⁴HR, r.o. 3.7.6.

¹⁵De benadering van de Hoge Raad is overigens ingegeven door het preadvies van Nieuwenhuis. Zie J.H. Nieuwenhuis, Alternatieve aansprakelijkheid en aansprakelijkheid naar marktaandeel, in *Producten-*

aansprakelijkheid onredelijk als de kans dat de schade door een niet-aansprakelijke persoon veroorzaakt is, groter is dan 20 procent. Hij geeft wel aan dat de vaststelling van deze maatstaf 'natte vingerwerk' is.¹⁶ Veel (rechts)zekerheid biedt het arrest wat dit betreft niet: is de maatstaf (net) niet overschreden, dan zijn alle mogelijke laedentes hoofdelijk aansprakelijk voor de gehele schade. Is de maatstaf overschreden, dan mist artikel 6:99 toepassing en zal geen van de mogelijke laedentes aansprakelijk zijn.¹⁷ Laten we er voor het gemak van uitgaan dat Hijma's inschatting van 20 procent de juiste is. Als nu van de vijf jagers er één niet aansprakelijk is, is de maatstaf (net) niet overschreden en zullen de vier overige jagers hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de gehele schade. Als daarentegen maar vier jagers de schade kunnen hebben veroorzaakt, waarvan er één niet aansprakelijk is, zal de vogelaar zijn schade in het geheel niet vergoed krijgen.

Aannemelijk is, dat de Hoge Raad in gevallen waarin de schade ook veroorzaakt kan zijn door een '*Act of God*' - of een 'natuurgebeuren', zoals Hartkamp dat noemt - een zelfde redenering volgt: in beginsel ontheft dit de aangesprokene niet van aansprakelijkheid voor de gehele schade, tenzij dit in de gegeven omstandigheden onredelijk is.

Mijns inziens gaat 's Raads benadering van artikel 6:99 BW op dit punt te ver.¹⁸ De regel van artikel 6:99 is een ingrijpende.¹⁹ Een aansprakelijkheid die wegens onvoldoende bewijs van causaal verband normaliter niet gevestigd zou kunnen worden, kan via artikel 6:99 BW onder bepaalde omstandigheden toch gevestigd worden. Eén van de vereiste omstandigheden is - de bewoordingen van artikel 6:99 BW zijn op dit punt duidelijk - dat vaststaat dat de schade is veroorzaakt door een gebeurtenis waarvoor *iemand* aansprakelijk moet zijn (al is onzeker *wie*). Het is niet onbegrijpelijk dat de Hoge Raad het onwenselijk vindt om de gelaedeerde te verplichten alle mogelijke laedentes te identificeren en hun aansprakelijkheid te bewijzen. Maar door artikel 6:99 ook toepasselijk te achten in gevallen waarin *de aangesproken laedens bewijst* dat één der mogelijke oorzaken niet aansprakelijkheidsscheppend is, worden de regresmogelijkheden van deze aangesproken laedens verminderd. Immers, op één van zijn medeveroorzakers zal hij zich niet kunnen verhalen. In de billijkheidsafweging die tot de regel van artikel 6:99 BW heeft geleid, speelde de mogelijkheid tot het nemen van regres door de aangesproken laedens een niet onbelangrijke rol. Met het (gedeeltelijk) wegvallen van de regresmogelijkheid mag mijns inziens artikel 6:99 niet meer onverkort worden toegepast.

aansprakelijkheid, preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad 1987, pp. 12-13.

¹⁶Jac. Hijma in zijn noot onder het Des-arrest, *Ars Aequi* 1993, p. 130, nt. 19.

¹⁷Tenzij de Hoge Raad voor dit soort gevallen weer een andere regel zou creëren, bijvoorbeeld de marktdeelaansprakelijkheid.

¹⁸Hijma, *a.w.*, p. 129, noemt de door de Hoge Raad genomen hobbel 'niet gering'.

¹⁹Het ingrijpende karakter van de regel van artikel 6:99 BW gaf de aangesproken producenten aanleiding tot de stelling dat deze regel (nog) niet tot het geldende recht mocht worden gerekend. Vgl. het incidenteel cassatiemiddel, punt 3. Zie ook J.H. Nieuwenhuis, *a.w.*, p. 15.

Betekent dit nu dat artikel 6:99 BW geheel toepassing zou moeten missen in gevallen waarin één der mogelijke oorzaken niet aansprakelijkheidsscheppend is? Hartkamp vindt van wel. Hij stelt voor dergelijke gevallen een alternatieve vorm van aansprakelijkheid voor, de zogenaamde *marktdeelaansprakelijkheid*.²⁰ Dit is een aansprakelijkheid waarbij de mogelijke laedentes slechts kunnen worden aangesproken tot vergoeding van een deel van de schade dat in verhouding staat tot hun marktdeel.²¹ Terug naar de aangeschoten vogelaar: stel dat vier jagers het ongelukkige schot afgevuurd kunnen hebben, maar één van hen (aantoonbaar) niet onrechtmatig handelde. Hartkamp sluit toepasselijkheid van artikel 6:99 BW in dit geval uit.²² De door hem in plaats daarvan voorgestelde marktdeelaansprakelijkheid leidt tot het volgende resultaat: gesteld dat iedere jager evenveel schoten in nabijheid van de vogelaar heeft afgevuurd, dan heeft ieder een 'marktdeel' van 25%. Zij zijn daarom ieder individueel aansprakelijk tot vergoeding van 25% van de schade. Dit betekent voor de vogelaar, dat hij de drie aansprakelijke jagers moet dagvaarden, om uiteindelijk in het totaal 75% van zijn schade vergoed te krijgen. De last van het afzonderlijk moeten aanspreken van alle mogelijke laedentes is in deze casus te overzien. De Des-zaak geeft echter een ander beeld: het zou voor de Des-dochters welhaast ondoenlijk zijn alle producenten van Des aan te spreken. De weg die de Hoge Raad is ingeslagen, biedt gelaedeerden een aanzienlijk betere positie.²³

Akkermans biedt in zijn dissertatie een alternatief. Akkermans is, met Hartkamp, van mening dat de aanwezigheid van een niet aansprakelijkheidsscheppende oorzaak in de weg staat aan *directe* toepassing van artikel 6:99 BW. Echter, in tegenstelling tot Hartkamp, meent Akkermans dat het wenselijk is artikel 6:99 BW *analoog* toe te passen. Bovendien past hij tevens artikel 6:102 lid 2 BW analoog toe.²⁴ Artikel 6:102 lid 2 luidt als volgt:

²⁰Een dergelijke marktdeelaansprakelijkheid paste het *Supreme Court* van Californië toe in *Sindell v. Abbott Laboratories* 607 P 2d 924 (1980).

²¹De term 'marktdeelaansprakelijkheid' wordt overigens ook in een andere context gebruikt. Vgl. bijv. J.H. Nieuwenhuis, *a.w.*, p. 14 e.v., R.J.B. Boonekamp, *Aansprakelijkheid in groepsverband volgens NBW*, diss. Leiden 1990, p. 197 e.v. Gedoeld wordt op de onderlinge regresverhouding tussen de voor het geheel aansprakelijke laedentes. Deze verhouding zou beheerst worden door de verschillende markt-aandelen.

²²Vgl. de hierboven weergegeven passage uit zijn conclusie in de Des-zaak, onder 12), fin.

²³In de literatuur is de uitspraak dan ook niet negatief ontvangen, althans met betrekking tot dit punt. Zie o.a. Hijma, *a.w.*, p. 129 r.k., J.M. van Dunné in zijn annotatie onder Des, *TMA* 1993, p. 25 en N. Frenk, Toerekening naar Kansbepaling, *NJB* 1995, pp. 487-488.

²⁴A.J. Akkermans, *a.w.*, p. 448, nt 51. Akkermans lijkt in zijn proefschrift drie verschillende, niet met elkaar te verenigen opinies te geven. Aanvankelijk verdedigt hij het standpunt dat de (hoofdelijke) aansprakelijkheid verminderd moet worden met het theoretische aandeel van de niet aansprakelijke mogelijke veroorzaker. Dit standpunt komt overeen met het standpunt dat ik hieronder zal verdedigen. Vervolgens vat hij dit systeem samen als zijnde een systeem van 'proportionele aansprakelijkheid kortom, naar rato van de veroorzakingswaarschijnlijkheid', hetgeen overeenkomt met Hartkamps marktdeelaansprakelijkheid (zie p. 94 van zijn proefschrift). Desgevraagd bevestigde Akkermans echter dat de opinie die ik hier in de hoofdttekst weergaf, naar zijn mening de juiste is.

Wanneer de schade mede het gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, vindt artikel 101 toepassing op de vergoedingsplicht van ieder van de in het vorige lid bedoelde personen (de laedentes, JK) afzonderlijk, met dien verstande dat de benadeelde in totaal van hen niet meer kan vorderen dan hem zou zijn toegekomen, indien voor de omstandigheden waarop hun vergoedingsplichten berusten, slechts één persoon aansprakelijk zou zijn geweest. (...)

Terugkeer naar het laatste voorbeeld kan wederom duidelijkheid bieden: Eén van de vier jagers heeft niet onrechtmatig gehandeld, de andere drie wel. Hartkamp kwam tot aansprakelijkheid van de drie jagers voor 25 procent elk. Akkermans acht nu, door analoge toepassing van artikel 6:102 lid 2 BW, ieder van de drie jagers individueel voor $33 \frac{1}{3}$ procent aansprakelijk. Geabstraheerd wordt derhalve van de 'medeschuld' van de niet onrechtmatig handelende jager. Vervolgens vormt de laatste zinsnede van artikel 6:102 lid 2 een belangrijke beperking: *in het totaal* kan de vogelaar van de drie jagers niet meer vorderen dan 75% van zijn schade. De resterende 25% blijft derhalve voor zijn eigen rekening.

Hoewel Akkermans' benadering de gelaedeerde iets meer houvast geeft dan de 'marktdeelaansprakelijkheid' van Hartkamp, schiet de gelaedeerde hier niet erg veel mee op: hij heeft weliswaar jegens iedere aansprakelijke jager een vorderingsrecht dat $8 \frac{1}{3}\%$ hoger is dan hem volgens het stelsel van Hartkamp zou zijn toegekomen, maar hij zit wederom met het probleem dat hij alle aansprakelijke jagers moet aanspreken om zijn schade geheel vergoed te krijgen. Dit kan niet de bedoeling zijn van de in artikel 6:99 neergelegde regeling. Naarmate het aantal mogelijke laedentes groter is, zoals in de Des-zaak, wordt deze last zwaarder en bovendien het verschil met Hartkamps benadering kleiner.²⁵

In zowel Hartkamps als Akkermans' benadering zal onze vogelaar uiteindelijk niet meer vergoed krijgen dan 75% van zijn schade. Dit is de gehele schade, verminderd met het 'theoretische aandeel' van de niet aansprakelijkheidsscheppende oorzaak. Anders geformuleerd: het risico dat de schade het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor niemand aansprakelijk is, blijft in Hartkamps en Akkermans' visie voor rekening van de gelaedeerde. Ik beschouw dit als een groot voordeel van deze visies boven de visie van de Hoge Raad.

Samengevat kan worden gesteld dat het voordeel van 's Raads benadering is dat de gelaedeerde niet gehouden is alle mogelijke laedentes te dagvaarden teneinde zijn schade vergoed te krijgen. Voordeel van Hartkamps en Akkermans' benadering is dat het 'theoretische aandeel'

²⁵Hoe groter het aantal aansprakelijke laedentes is ten opzichte van het aantal niet-aansprakelijkheidsscheppende oorzaken, hoe kleiner het verschil tussen de vorderingsrechten die in Akkermans' resp. Hartkamps benadering jegens de individuele laedentes toegekend worden. Als er bijv. vijf jagers waren, waarvan er één niet onrechtmatig handelde, dan zou Hartkamps benadering leiden tot een aansprakelijkheid van ieder van de vier aansprakelijke jagers voor 20% van de schade. Akkermans' benadering zou resulteren in een aansprakelijkheid voor 25%, met dien verstande dat in het totaal niet meer gevorderd kan worden dan 80% van de schade. Het verschil is dan dus nog maar 5%.

van de niet aansprakelijkheidsscheppende oorzaak voor rekening van de gelaedeerde blijft. Ik zou daarom willen pleiten voor een systeem dat beide voordelen met elkaar combineert. Met de Hoge Raad meen ik dat de gelaedeerde voor een beroep op artikel 6:99 BW niet hoeft aan te tonen dat alle mogelijke oorzaken aansprakelijkheidsscheppend zijn. Indien echter *de aangesproken partij aantoont* dat één (of meer) oorzaken niet aansprakelijkheidsscheppend is (zijn), acht ik *onverkorte* toepassing van artikel 6:99 onaanvaardbaar. Mijns inziens zou in een dergelijk geval iedere mogelijke laedens *hoofdelijk* aansprakelijk moeten worden gehouden tot vergoeding van de gehele schade²⁶, *verminderd* met het theoretisch aandeel van de niet aansprakelijkheidsscheppende oorzaak. In het laatstelijk behandelde jagersvoorbeeld concludeerden Hartkamp en Akkermans tot *individuele* aansprakelijkheid van de drie onrechtmatig handelende jagers voor respectievelijk ieder 25 procent en ieder 33 1/3 procent, met in het totaal een maximum te vorderen van 75 procent van de schade. Mijn benadering resulteert in een hoofdelijke aansprakelijkheid van de drie aansprakelijke jagers voor 75% van de totale schade. Aldus wordt de gelaedeerde niet gedwongen ieder van de mogelijke laedentes aan te spreken tot vergoeding van zijn schade. Bovendien wordt zo de regrespositie van de aangesproken laedens niet verder aangetast.^{27 28}

Aan mij zou kunnen worden tegengeworpen dat deze benadering niet geheel in overeenstemming is met het in artikel 102 lid 2 bepaalde. Ik vraag mij af of dat juist is. Vertegenwoordigers van een dergelijk standpunt²⁹ gaan er kennelijk van uit, dat de niet aansprakelijkheidsscheppende oorzaak aan de gelaedeerde is *toe te rekenen*, zoals bedoeld in artikel 6:102 lid 2. Maar is dat wel zo? Is een '*Act of God*' of een oorzaak ten aanzien waarvan een exonerationbeding is gesloten aan de gelaedeerde toe te rekenen? Ik ben geneigd deze vraag negatief te beantwoorden.

Doch zelfs al zou naar huidig recht geconcludeerd moeten worden dat het door mij voorgestane alternatief inderdaad enigszins strijdig is met de strekking van artikel 6:102 lid 2 BW, dan nog hoeft dit geen doorslaggevend tegenargument te zijn. Een andere oplossing, of het nu die van de Hoge Raad, die van Hartkamp of die van Akkermans betreft, doet immers, zoals ik hierboven betoogd heb, onrecht aan de strekking van artikel 6:99 BW.

²⁶ ...voor zover hij die kan hebben veroorzaakt; zie hierna onder 4).

²⁷ Zie over de regrespositie van de aangesproken mogelijke laedens hierboven, het begin van paragraaf 3.

²⁸ Wanneer toegepast op een casus waarin het theoretische aandeel van de niet aansprakelijkheidsscheppende oorzaak erg groot is, wordt duidelijk dat een regel als de door mij voorgestelde verregaande implicaties heeft. Neem bijvoorbeeld een casus waarin een door de bliksem geraakte man onzorgvuldig behandeld wordt door zijn chirurg en vervolgens sterft. Stel dat de kans dat hij sowieso gestorven zou zijn tachtig procent bedraagt. In mijn opvatting zou de chirurg aansprakelijk zijn voor twintig procent van de schade die is ingetreden door het sterven van de man (100 procent min het theoretische aandeel van de niet aansprakelijkheidsscheppende oorzaak, 80 procent).

²⁹ Zoals Akkermans, zie hierboven.

4. De laedentes moeten de gehele schade kunnen hebben veroorzaakt

Voor de toepasselijkheid van artikel 6:99 BW wordt tevens vereist dat elk van de mogelijke oorzaken de gehele schade heeft kunnen doen ontstaan.³⁰ Ratio hiervan is, dat het onwenselijk zou zijn iemand aansprakelijk te houden voor de gehele schade, waar zijn onrechtmatige daad nooit deze gehele schade zou kunnen hebben veroorzaakt. Als in het voorbeeld van de jagers de schade van de vogelaar niet alleen is veroorzaakt door een schotwond, maar tevens door een grove fout van de behandelend arts, mist artikel 6:99 BW dus toepassing.³¹

Ook in de Des-zaak speelde het vereiste dat de totale schade moet kunnen zijn veroorzaakt door ieder van de mogelijke laedentes een belangrijke rol. Hartkamp was van mening dat het vereiste toepassing van artikel 6:99 in de Des-zaak in de weg stond:

'het gaat om de schade die zowel aan de zijde van de potentiële daders als aan die der gelaedeerden een massaal karakter heeft. Zou men daarop artikel 6:99 toepassen, dan zou dat, als men de totale schade beziet, betekenen dat *steeds* elk der aansprakelijk gestelden aansprakelijk is voor meer schade dan hij *kan* hebben veroorzaakt: hij kan immers slechts *een deel van de totale schade* hebben veroorzaakt.'³²

Hartkamp stelde dus dat, omdat er in de Des-zaak een groot aantal gelaedeerden was, artikel 6:99 niet van toepassing kon zijn. Het was immers onmogelijk dat ieder der aangesproken producenten de gehele schade van *alle gelaedeerden tezamen* kon hebben veroorzaakt. Als Hartkamps interpretatie van artikel 6:99 rechtens juist zou zijn, dan zou dat in feite betekenen dat een individuele gelaedeerde een producent niet hoofdelijk aansprakelijk zou kunnen stellen, om de eenvoudige reden dat er nog meer mensen dergelijke schade hebben geleden.³³ De Hoge Raad maakte met deze redenering dan ook korte metten. Hij stelde dat slechts vereist is:

'dat de gehele schade van *elke* benadeelde door elk van deze 'gebeurtenissen' - het in het verkeer brengen - kan zijn ontstaan'³⁴ (curs. JK)

Kortom: de Hoge Raad deelde het standpunt van Hartkamp niet, omdat ten aanzien van iedere afzonderlijke Des-dochter wel degelijk gold dat haar schade door het onrechtmatige gedrag van de producenten kon zijn veroorzaakt. De 'totale schade' waar Hartkamp het over had, bestond in casu uit tien individuele 'schades'. Artikel 6:99 ziet op deze individuele schades.

Ik zou echter verder willen gaan dan de stap die de Hoge Raad op dit punt heeft gezet.

³⁰Vgl. A.J. Akkermans, *a.w.*, p. 23 en de daar in noot 25 aangehaalde literatuur.

³¹Tenzij de misstap van de arts op enige wijze aan de jagers zou kunnen worden toegerekend.

³²Aldus Hartkamp in zijn conclusie onder het Des-arrest (*NJ* 1994, 535) onder punt 13.

³³Vgl. ook Akkermans, *a.w.*, pp. 73-74 en Frenk, *NJB* 1995, p. 487.

³⁴R.o. 3.7.1

Ook de individuele schade van de gelaedeerde is vaak opgebouwd uit meerdere schadeposten. Indien in een bepaald geval een mogelijke laedens *niet* de gehele geleden schade kan hebben veroorzaakt, maar het *wel* zeer goed mogelijk is dat hij voor een deel ervan verantwoordelijk is, zie ik geen goede reden hem voor dit gedeelte van aansprakelijkheid te ontheffen. Een voorbeeld: de vier jagers uit het laatstelijk gegeven voorbeeld continueren hun onrechtmatig gedrag. Wat geen van hen gezien heeft, is dat achter een rij bomen een grote (glazen) kweekkas gelegen is. Acht ruiten worden aan gruzelementen geschoten. De eigenaar van de kas spreekt één der jagers aan. Indien hij kan aantonen dat alle jagers onrechtmatig gehandeld hebben en elk van de jagers de 'gehele schade' kan hebben veroorzaakt, zal deze op grond van artikel 6:99 BW gehouden zijn de schade aan alle acht ruiten te vergoeden. Maar wat te doen als de aangesproken jager kan aantonen dat hij slechts zeven van de acht ruiten kapotgeschoten kan hebben (hij had bijvoorbeeld maar zeven patronen meegenomen)? Er zijn weinig goede redenen te geven om de aangesproken jager nu niet de schade aan die zeven ruiten te laten vergoeden. Wenselijk is, de laedens aansprakelijk te houden voor de schade *voor zover* hij die kan hebben veroorzaakt.³⁵

Nog minder reden zie ik, om de aangesproken mogelijke laedens van hoofdelijke aansprakelijkheid op grond van artikel 6:99 te ontheffen, om de enkele reden dat één van de *andere* laedentes niet de gehele schade kan hebben veroorzaakt.

5. Het moet onduidelijk zijn wie de schade veroorzaakt heeft

Artikel 6:99 BW 'keert de bewijslast met betrekking tot het causaal verband om in een geval, waarin de eiser wel kan aantonen dat zijn schade veroorzaakt is door één van de onrechtmatige daden, die twee of meer personen jegens hem hebben gepleegd, maar niet kan bewijzen welke van die onrechtmatige daden de oorzaak is', aldus Meijers in de toelichting bij artikel 6.1.9.4a van zijn ontwerp (het huidige 6:99 BW). Meijers vervolgt:

(...) komt vast te staan van wiens daad de schade het gevolg was, dan zijn de anderen niet aansprakelijk omdat dan bewezen is dat de schade niet het gevolg van hun daden is; men zie de slotwoorden van het artikel.³⁶

Deze toelichting lijkt welhaast overbodig. Het ligt immers voor de hand dat men niet aansprakelijk wordt gehouden voor schade die aantoonbaar door een ander veroorzaakt is. In sommige gevallen is Hartkamp kennelijk een andere mening toegedaan:

'Men denke aan het geval dat de rijknecht het paard van zijn heer een dodelijk vergif toedient,

³⁵Vgl. voor een iets andere benadering met dezelfde conclusie A.J. Akkermans, *a.w.*, pp. 76 t/m 79.

³⁶Toelichting Meijers, Van Zeben, Du Pon en Olthof, *a.w.*, p. 347.

waarna het dier omkomt doordat een derde de stal in brand steekt.³⁷

Hartkamp acht beide laedentes, zowel de rijknecht als de derde, aansprakelijk voor het geheel. Mijns inziens is dat, althans op grond van artikel 6:99 BW, een onjuiste conclusie. De regel van artikel 6:99 BW vindt alleen toepassing indien niet duidelijk is of het paard is omgekomen door het vergif of door de brand. Is, zoals in het voorbeeld, het paard gestorven door de brand, dan is duidelijk dat het vergif niet de doodsoorzaak was en is de rijknecht derhalve niet aansprakelijk voor de schade die ontstaan is door de dood van het paard. Hij is wel aansprakelijk voor het vergiftigen van het paard. Voor de rijknecht maakt het in feite niet zoveel uit; een vergiftigd paard is - mits vakkundig vergiftigd - ongeveer evenveel waard als een dood paard, dus de schade die de rijknecht moet vergoeden is bijna gelijk aan de gehele schade.³⁸ De derde komt er aanzienlijk beter vanaf: hij heeft een *vergiftigd* (en daarmee bijna waardeloos) paard gedood. De schade die hij gehouden is te vergoeden is een stuk lager. Voor het omgekeerde geval geldt hetzelfde: indien aangetoond wordt dat het paard reeds bezweken was voordat de brand uitbrak, is de derde/brandstichter slechts aansprakelijk voor de schade die ontstaan is door het in brand steken van een dood paard.³⁹

Hartkamp vindt steun voor zijn opvatting bij Julianus. Julianus schrijft, aldus de vertaling door Feenstra en Spruit:

Een slaaf is zodanig verwond, dat het zeker is dat hij aan die verwonding zal sterven. (...) Vervolgens overlijdt hij aan een door een tweede toegebrachte verwonding.⁴⁰

Julianus concludeert dat beide personen wegens 'doden' op grond van het eerste hoofdstuk van de Lex Aquilia aansprakelijk zijn en vervolgt:

Dit is in overeenstemming met gezaghebbende uitspraken van de oude juristen, die geoordeeld hebben dat, wanneer eenzelfde slaaf door verscheidene personen zodanig verwond is dat niet duidelijk is door wiens slag hij gestorven is, allen op grond van⁴¹ de Lex Aquilia aansprakelijk zijn.⁴²

³⁷ Asser-Hartkamp I, 1996, nr. 440.

³⁸ Zie F.H. Lawson en B.S. Markesinis, *Tortious Liability for Unintentional Harm in the Common Law and the Civil Law, Vol. I*, Cambridge University Press 1982, pp. 32-33.

³⁹ Uiteraard even afgezien van eventuele verdere schade aan huis en haard.

⁴⁰ D.9,2,51 pr: Ita vulneratus est servus, ut eo ictu certum esset moriturum (...) postea ab alio ictu decessit. R. Feenstra en J.E. Spruit in: J.E. Spruit, R. Feenstra en K.E.M. Bongenaar, *Corpus Iuris Civilis, Tekst en vertaling*, deel II, p. 739.

⁴¹ Lees: 'op grond van hoofdstuk I van de Lex Aquilia'.

⁴² D.9,2,51,1: Idque est consequens auctoritati veterum, qui, cum a pluribus idem servus ita vulneratus esset, ut non appareret cuius ictu perisset, omnes lege Aquilia teneri iudicaverunt. Vertaling: zie vorige noot.

Het tweede fragment geeft een regel die vergelijkbaar is met artikel 6:99 BW. Net als Hartkamp lijkt ook Julianus iets over het hoofd te zien. De regel die de oude juristen geven, vereist dat 'niet duidelijk is door wiens slag de slaaf gestorven is'. In het voorbeeld dat hij geeft is het echter, althans als men ervan uitgaat dat de vertaling correct is, volstrekt duidelijk door wiens slag de slaaf gestorven is: de tweede persoon heeft hem feitelijk gedood. Net als het in Hartkamps voorbeeld duidelijk is dat het paard door de brand gestorven is. Terzijde zij opgemerkt dat ik enig wantrouwen koester jegens de vertaling van het eerste fragment. '*Postea ab alio ictus decessit*' zou volgens mij vertaald moeten worden als 'stierf hij na door een ander verwond⁴³ te zijn' in plaats van 'overlijdt hij aan een door een tweede toegebrachte verwonding'. Immers, de tekst zegt '*ab alio ictus*' en niet '*ab alio ictu*'. Aldus vertaald, blijft het mogelijk dat Julianus, in tegenstelling tot Hartkamp, een geval op het oog heeft waarin niet duidelijk is wiens onrechtmatig gedrag tot de dood van de slaaf heeft geleid (een typisch '6:99-geval').⁴⁴

Indien men echter uitgaat van de juistheid van de vertaling van Feenstra en Spruit,⁴⁵ is Julianus' mening, net als die van Hartkamp, opmerkelijk te noemen. Ik volsta met de opmerking dat deze mening in strijd is met de in het Romeinse recht heersende leer,⁴⁶ zoals door Celsus weergegeven in D.9,2,11,3 (Ulp.):

⁴³Ik zou bovendien '*ico*' liever met 'treffen' of 'slaan' vertalen, maar dat terzijde.

⁴⁴Aanvullende argumenten voor een interpretatie als door mij voorgestaan zijn de volgende. (a) Julianus suggereert in D.9,2,51,2 dat er juristen zouden kunnen zijn, die in de door hem behandelde casus verdedigen dat *geen van beide* laedentes wegens 'doden' aansprakelijk is. Deze opvatting zou niet eens de moeite van het vermelden waard zijn, indien gegeven was dat de tweede verwonding direct de dood veroorzaakt had. Dan zou het immers buiten kijf staan dat tenminste de tweede laedens wegens doden aansprakelijk was. (b) Indien de heersende interpretatie van D.9,2,51 correct is, is het onwaarschijnlijk dat Julianus het eens was met de opvatting die weergegeven is D.9,2,15,1. Niettemin lijkt Ulpianus de opvatting die in D.9,2,15,1 is weergegeven, aan Julianus toe te schrijven. Zie voor andere opvattingen over deze materie onder andere Karl-Heinz Schindler, *Ein Streit zwischen Julian und Celsus Zeitschrift der Savigny-Stiftung* 74 (1957), p. 201 e.v.; David Pugsley, *Causation and Confessions in the Lex Aquilia*, *Tijdschrift voor Rechtsgeschiedenis* 38 (1970), p. 163 e.v.; Ulrich von Lübtow, *Untersuchungen zur Lex Aquilia de damno iniuria dato* (1971), pp. 57-65; Geoffrey MacCormack, *Aquilian Studies*, *SDHI* 41 (1975), p. 25 e.v.; Hans Ankum, *Das problem der 'überholenden Kausalität' bei der Anwendung der Lex Aquilia im klassischen römischen Recht*, in *De Iustitia et Iure* (1980), pp. 325-358, Reinhard Willvonseder, *Die Verwendung der Denkfigur der 'conditio sine qua non' bei den römischen Juristen* (1984), p. 144 e.v. en Jean-François Gerkens, *Aequae Perituris*, Gent 1997, p. 67 e.v.

⁴⁵Deze vertaling is vooralsnog onbestreden. Vgl. o.a. de vertalingen van dit fragment door De Bréard-Neuville, Monro en Watson: Zie resp. R.J. Pothier, *Pandectes de Justinien, Tome Quatrième, vertaald door M. de Bréard-Neuville*, Parijs 1820, pp. 393-395, C.H. Monro, *The Digest of Justinian, Vol. II*, Cambridge University Press 1909, p. 140 en Mommsen, Krueger en Watson (ed.), *The Digest of Justinian, Vol. I*, University of Pennsylvania Press 1985, p. 291.

⁴⁶Vgl. Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, band 2, par. 258, nt. 15 en G. MacCormack, *Aquilian Studies, Studi et Documenta Historiae et Iuris* 41, 1975, p. 26 e.v.

Celsus schrijft dat als iemand een ander een dodelijke verwonding heeft toegebracht en een derde hem daarop het leven heeft benomen, de eerste dader niet aansprakelijk is op grond van 'doden' maar op grond van 'verwonden' (...) en dat de tweede dader aansprakelijk is op grond van 'doden'. Ook Marcellus is deze mening toegedaan en deze is ook het meest aannemelijk.^{47 48}

6. Conclusie

De toepassing van artikel 6:99 BW door de Hoge Raad in de Des-zaak gaat mij op één punt te ver: indien de aangesproken mogelijke laedens *aantoont* dat een andere mogelijke oorzaak van de schade niet tot aansprakelijkheid leidt, is onverkorte toepassing van artikel 6:99 BW in mijn ogen onaanvaardbaar. Op een ander punt gaat de Hoge Raad in naar mijn mening niet ver genoeg: indien de aangesproken laedens kan aantonen dat hij *niet* de gehele schade van de gelaedeerde *kan hebben veroorzaakt*, maar *wel* een gedeelte, zie ik geen goede reden om artikel 6:99 BW helemaal niet toe te passen.

Ik zou daarom de regel gegeven door artikel 6:99 BW als volgt willen herformuleren: de aansprakelijkheid van de aangesproken persoon beperkt zich tot (het deel van) de schade (dat) die hij kan hebben veroorzaakt. Deze aansprakelijkheid belooft maximaal de gehele schade, verminderd met het theoretische aandeel van niet aansprakelijkheidsscheppende mogelijke oorzaken. De aanwezigheid van niet aansprakelijkheidsscheppende oorzaken, alsmede de grootte van het theoretische aandeel daarvan moeten aangetoond worden door de aangesproken laedens. Kernpunt blijft derhalve, dat de toepasselijkheid van artikel 6:99 BW er in beginsel niet toe leidt dat de aangesproken persoon aansprakelijk wordt gehouden voor meer dan hij veroorzaakt kan hebben. De regrespositie van de aangesproken laedens wordt door deze benadering bovendien niet in negatieve zin beïnvloed.

Indien in de loop van het proces duidelijk wordt door wie de schade veroorzaakt is, mist artikel 6:99 BW (uiteraard) toepassing.

J. KORTMANN

OXFORD

⁴⁷'Celsus scribit, si alius mortifero vulnere percusserit, alius postea exanimaverit, priorem quidem non teneri quasi occiderit, sed quasi vulneraverit (...), posteriorem teneri, quia occidit. Quod et Marcello videtur et est probabilius.' Vertaling: Feenstra en Spruit, *a.w.*, p. 716.

⁴⁸Voor de geïnteresseerden: naar Engels recht zou de oplossing hetzelfde zijn. Zie daarvoor Baker v Willoughby, House of Lords [1969] 3 All ER 1528.