

Causaliteit

HR 18 december 2009, RvdW 2010, 33

1. Feiten

J is als bestuurder van een motorvoertuig tot tweemaal toe slachtoffer geworden van een aanrijding. Op 9 juni 1995 werd J aangereden door een verzekerde van Delta Lloyd en vervolgens op 27 augustus 1997 door een verzekerde van London. Delta Lloyd en London hebben aansprakelijkheid erkend voor respectievelijk het eerste en het tweede ongeval. Delta Lloyd heeft de schaderegeling voor beide ongevallen ter hand genomen en de gehele als gevolg van deze ongevallen geleden en nog te lijden schade aan J vergoed. J heeft zijn rechten in verband met beide ongevallen aan Delta Lloyd gecedeerd. Delta Lloyd heeft op grond van artikel 6:99 jo. 6:10, 6:102 en 6:101 BW én (analoge toepassing van) de door het Verbond van Verzekeraars opgestelde Bedrijfsregeling Schuldloze Derde¹ een verklaring voor recht gevorderd dat London gehouden is voor 50% bij te dragen in de schade.

2. Procesverloop

De rechtbank oordeelde dat London en Delta Lloyd op grond van artikel 6:99 jo. 6:102 lid 1 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn jegens J voor de gehele na het tweede ongeval ontstane schade. Aangezien niet kan worden vastgesteld dat deze schade deels of geheel het gevolg is van alleen het eerste, dan wel van alleen het tweede ongeval, moet het ervoor worden gehouden dat de gehele schade het gevolg kan zijn van zowel het eerste als het tweede ongeval en zeker het gevolg is van ten minste een van deze ongevallen. De na het tweede ongeval geleden schade wordt in de procedure aangeduid als 'mengschade' in de zin van artikel 6:99 BW. De onderlinge draagplicht tussen London en Delta Lloyd werd bepaald op gelijke delen en de vordering van Delta Lloyd tot betaling van 50% van de vergoede schade werd toegewezen.

In hoger beroep stelt London dat de rechtbank ten onrechte artikel 6:99 BW heeft toegepast, omdat het tweede ongeval niet de gehele schade kan hebben veroorzaakt. London stelt zich voorts op het standpunt dat haar aandeel in de (meng)schade slechts 10% bedraagt. Naar het oordeel van het hof heeft London onvoldoende betwist dat het tweede ongeval de gehele schade kan hebben veroorzaakt, zodat de rechtbank terecht artikel 6:99 BW heeft toegepast. Ten aanzien van de onderlinge draagplicht overweegt het hof dat op London de bewijslast rust ter zake het beweerde aandeel van 10% en dat London hiertoe onvoldoende feiten en omstandigheden heeft gesteld. Het hof bekrachtigt het vonnis van de rechtbank, waarna London cassatieberoep instelt.

3. Hoge Raad

Het oordeel van het hof dat ook het tweede ongeval de gehele schade kan hebben veroorzaakt en beide WAM-verzekeraars daarom hoofdelijk aansprakelijk zijn op de voet van artikel

1. Zie over deze Bedrijfsregeling noot 39.

6:99 jo. 6:102 lid 1 BW, wordt in cassatie niet door London bestreden. Evenmin staat ter discussie dat in het kader van het door Delta Lloyd op London te nemen regres de 'mengschade' tussen partijen ingevolge artikel 6:102 lid 1 jo. 6:101 lid 1 BW moet worden verdeeld in evenredigheid met de mate waarin de aan hen toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. De klachten van London hebben slechts betrekking op het oordeel van het hof dat London voor 50% moet bijdragen aan de door Delta Lloyd vergoede schade. Dit oordeel geeft volgens de Hoge Raad echter geen blijk van een onjuiste rechtsopvatting:

'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 zonodig 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.' (r.o. 3.9)

4. Commentaar

In dit commentaar zullen enkele problemen ten aanzien van de causaliteit worden besproken. De kwestie aangaande de interne draagplicht en het onderlinge regres van de hoofdelijke schuldenaren wordt buiten beschouwing gelaten.

4.1 Vereisten voor toepassing van artikel 6:99 BW

In deze zaak is sprake van zogenoemde meervoudige causaliteit, aangezien de schade het gevolg kan zijn van meerdere gebeurtenissen, waarvoor verschillende personen aansprakelijk zijn. Het voor civielrechtelijke aansprakelijkheid vereiste causale verband – waarvan de bewijslast in beginsel op de gelaedeerde rust – laat zich in casu niet vaststellen aan de hand van de *condicio sine qua non* (csqn)-toets, waarbij door middel van het zogenoemde 'als niet'-criterium wordt vastgesteld of de gebeurtenis een noodzakelijke voorwaarde is voor de schade. Van csqn-verband is immers alleen sprake als bij het wegdenken van de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis de schade niet zou zijn ingetreden. In deze zaak kan het csqn-verband echter niet worden vastgesteld aan de hand van het 'als niet'-criterium, omdat onzeker is of de schade geheel dan wel gedeeltelijk zou zijn ingetreden bij het wegdenken van een van beide ongevallen. In een geval als dit, waarin vaststaat dat beide mogelijke veroorzakers van de schade onrechtmatig jegens de gelaedeerde hebben gehandeld en dat deze de schade heeft geleden ten gevolge van de daad van ten minste een van hen, heeft de wetgever het onbillijk geacht om de gelaedeerde zelf zijn schade te laten dragen omdat hij niet kan bewijzen wiens handeling causaal was voor zijn schade.² In artikel 6:99 BW is

derhalve bepaald dat de bewijslast in zo'n geval wordt omgekeerd, zodat de verplichting om de schade te vergoeden op ieder van de mogelijke veroorzakers rust, tenzij hij bewijst dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is. Voor toepassing van artikel 6:99 BW dient vast te staan dat:

1. de aangesproken partij aansprakelijk is voor een gebeurtenis die de gehele schade kan hebben veroorzaakt;
2. deze schade tevens door één of meer andere aansprakelijkheidvestigende gebeurtenissen geheel of gedeeltelijk kan zijn veroorzaakt; en
3. de schade door ten minste een van deze gebeurtenissen is ontstaan.³

In de onderhavige zaak is aan alle genoemde vereisten voldaan en beide WAM-verzekeraars zijn derhalve hoofdelijk aansprakelijk op grond van artikel 6:99 jo. 6:102 lid 1 BW. Het staat immers vast dat de gehele (na het tweede ongeval geleden) schade het gevolg *kán* zijn van zowel het eerste als het tweede ongeval en zeker het gevolg is van ten minste een van deze ongevallen. Mogelijk is echter ook dat de afzonderlijke verkeersongevallen ieder voor zich de schade niet geheel, maar slechts gedeeltelijk hebben veroorzaakt. Het is derhalve niet alleen onzeker *welke* van de twee ongevallen de schade heeft veroorzaakt, maar tevens *in welke mate* deze ongevallen aan de schade hebben bijgedragen. Aan de toepasselijkheid van artikel 6:99 BW doet dit echter niet af. In de arresten Moerman/Bakker⁴ en Drewel/Amev⁵ overwoog de Hoge Raad dat artikel 6:99 BW ook van toepassing is wanneer de aangesproken partij de gehele gevorderde schade *kán* hebben veroorzaakt, maar mogelijk de schade slechts gedeeltelijk heeft veroorzaakt. Naar mijn mening is het terecht dat artikel 6:99 BW ook in dat geval kan worden toegepast. Immers, ware dit anders, dan zou dat betekenen dat artikel 6:99 BW wel van toepassing is ingeval de aangesprokene de schade ofwel geheel ofwel in het geheel niet heeft veroorzaakt, maar niet als daarnaast tevens de mogelijkheid bestaat dat hij de schade gedeeltelijk heeft veroorzaakt. Dit onderscheid zou mijns inziens niet te rechtvaardigen zijn. Hoewel de Hoge Raad hier niet uitdrukkelijk op ingaat, zal dit vermoedelijk wel de achterliggende gedachte bij voornoemde arresten zijn geweest.

4.2 Verschillende causale figuren zijn mogelijk

In de onderhavige zaak is sprake van zuiver alternatieve causaliteit in de zin van artikel 6:99 BW, aangezien beide ongevallen de gehele schade *kunnen* hebben veroorzaakt en de schade

2. Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 346.

3. Zie over deze vereisten bijv. C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding – Algemeen deel 2* (Mon. BW B35), Deventer: Kluwer 2007, nr. 69-72.
4. HR 17 januari 1997, NJ 1997, 230 (Moerman/Bakker). Zie over dit arrest o.a. A.J. Akkermans, *Multicausale milieuschades, de toepassing van art. 6:99 BW, en de vervuilde sloot uit Moerman – Bakker*, TMA 1998, nr. 2, p. 23-28, alsmede A.J. Van, *Hoofdelijke aansprakelijkheid bij multicausaliteit*, TMA 1998, nr. 2, p. 32-36.
5. HR 31 januari 2003, NJ 2003, 346 m.nt. JBMV (Drewel/Amev). Zie over dit arrest o.a. de annotatie van W.H. van Boom in AV&S 2003, nr. 4, p. 132-133, alsmede J.S. Kortmann, *Alternatieve causaliteit: het brandende politiebureau*, NbBW 2003, nr. 4, p. 52-55.

ten minste het gevolg is van een van beide. Op basis van de vaststaande feiten is echter niet uitgesloten dat zich in werkelijkheid een andere binnen de meervoudige causaliteit te onderscheiden figuur voordoet.

Zo laten de feiten niet met zekerheid vaststellen, maar sluiten zij ook niet uit, dat de gehele na het tweede ongeval geleden schade door beide ongevallen afzonderlijk is veroorzaakt, in de zin dat de ongevallen onafhankelijk van elkaar deze schade hebben veroorzaakt. Hiervan is sprake wanneer zowel het eerste als het tweede ongeval letsel heeft toegebracht, waardoor in de toekomst voortdurende schade⁶ – in casu in de vorm van arbeidsvermogensschade – zal worden geleden. Aangezien in dat geval het achtereenvolgens door beide verkeersongevallen veroorzaakte letsel gelijktijdig en periodiek tot arbeidsvermogensschade zal leiden, is in feite sprake van zogenoemde afzonderlijke gelijktijdig werkende oorzaken waarop – naar wordt aangenomen – artikel 6:99 BW van toepassing is.⁷ Beide ongevallen zijn dan als oorzaak van de schade aan te merken en er bestaat hoofdelijke aansprakelijkheid vanaf het moment dat beide ongevallen gelijktijdig en periodiek tot schade leiden. Aangezien de afzonderlijke gelijktijdig werkende oorzaken binnen het toepassingsbereik van artikel 6:99 BW vallen, worden deze ook wel aangeduid als alternatieve oorzaken. Strikt genomen is echter geen sprake van alternatieve oorzaken, omdat de schade door beide gebeurtenissen is veroorzaakt en niet door óf de ene óf de andere gebeurtenis, zoals het geval is bij zuiver alternatieve causaliteit.⁸

Voorts is mogelijk – maar niet met zekerheid vast te stellen – dat in deze zaak sprake is van onzelfstandig samenlopende oorzaken.⁹ Deze binnen de meervoudige causaliteit te onderscheiden figuur doet zich bijvoorbeeld voor in de klassieke casus waar een garagehouder een gerepareerde auto met de sleutels in het contact langs de kant van de weg parkeert, waarop een dief zijn kans schoon ziet om de auto te stelen. Zowel de wanprestatie van de garagehouder als de onrechtmatige daad van de dief is csqn voor de schade.

In het hier besproken arrest zal sprake zijn van onzelfstandig samenlopende oorzaken als het eerste en het tweede ongeval slechts tezamen de gehele (na het tweede ongeval geleden) schade hebben kunnen veroorzaken en de schade ondeelbaar is

in die zin, dat deze niet kan worden opgesplitst in deelschades die zijn toe te rekenen aan de afzonderlijke ongevallen. Beide ongevallen zijn derhalve csqn voor het ontstaan van de schade. Van onzelfstandig samenlopende oorzaken zal bijvoorbeeld ook sprake zijn als de gevolgen van het tweede ongeval op grond van artikel 6:98 BW kunnen worden toegerekend aan de veroorzaker van het eerste ongeval, omdat de na het tweede ongeval geleden schade tevens verband houdt met een door het eerste ongeval veroorzaakte predispositie van het slachtoffer.¹⁰ Aangezien bij deze figuur van meervoudige causaliteit alle oorzaken tezamen dezelfde schade hebben veroorzaakt in de zin van artikel 6:102 lid 1 BW, zijn volgens de heersende leer alle veroorzakers hoofdelijk aansprakelijk jegens de gelaedeerde voor de gehele schade.¹¹

Op basis van de vastgestelde feiten is uitgesloten dat in deze zaak sprake is van de figuur van twijfel over de omvang van deelschades.^{12,13} Ter illustratie van deze figuur dient de volgende aan Akkermans ontleende casus:

‘Vastgesteld kan worden dat A en B ieder in elk geval 30% van de totaalschade hebben veroorzaakt, maar niet wie van hen de overige 40% heeft veroorzaakt. Dat kan A of B zijn, maar ook ieder weer voor een deel.’¹⁴

Deze figuur zou zich in het hier besproken arrest hebben voorgedaan wanneer niet de gehele, maar slechts een deel van de schade als mengschade had kunnen worden aangemerkt. Hier van was sprake geweest als wél had kunnen worden vastgesteld dat het eerste en/of het tweede ongeval elk afzonderlijk een deel van de schade hebben veroorzaakt, en alleen ten aanzien van een resterend deel van de schade onzekerheid bestaat door wie het is veroorzaakt (de mengschade).

In de – mijns inziens juiste – visie van Akkermans kan artikel 6:99 BW ook worden toegepast op mengschade als het, zoals in voornoemde casus, slechts om een deel van de schade

6. Van voortdurende schade is sprake als de schade niet op één moment, maar periodiek wordt geleden.
7. Zie Boonekamp, Schadevergoeding, art. 99, aant. 4, met verdere verwijzingen. Zie hierover meer uitgebreid L.C. Roelofs, Het schademoment als uitgangspunt voor hypothetische en ‘onderbroken’ causaliteit, NTBR 2008, nr. 9, p. 382-391 en A.J. Akkermans, Oorzakelijk verband, in: BW-krant jaarboek, Deventer: Kluwer 1996, p. 48-49.
8. Zie hierover ook A. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, Deventer: Kluwer 1965, nr. 159.
9. Deze figuur wordt dikwijls aangeduid als samenlopende oorzaken, maar met Akkermans ben ik van mening dat het de voorkeur verdient om te spreken van *onzelfstandige* oorzaken. Hieruit blijkt het kenmerkende van deze figuur, namelijk dat de oorzaken zelfstandig de schade niet konden veroorzaken, maar slechts in combinatie met elkaar. Zie over de keuze voor deze benaming meer uitgebreid de annotatie van A.J. Akkermans bij HR 24 december 1999, NJ 2000, 351 m.nt. CJHB (Nugteren/Meskes) in A&V 2000, p. 77-82.

10. Zie hierover ook alinea 4.3.3 van de conclusie van A-G Spier voor het hier besproken arrest.
11. Zie o.a. HR 24 december 1999, NJ 2000, 351 m.nt. CJHB (Nugteren/Meskes), waarop A-G Spier ingaat in alinea’s 4.13.1-4.13.5 van zijn conclusie voor het hier besproken arrest.
12. Zie over deze vorm van meervoudige causaliteit A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss.), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, par. 2.2.3 en 2.5.
13. De wijze waarop in feitelijke instanties is aangenomen dat ook het tweede ongeval de gehele schade kan hebben veroorzaakt, is niet van kritiek gespeend gebleven. Zie o.a. alinea 4.14.1 van de conclusie van A-G Spier voor het hier besproken arrest, alsmede de annotatie van Oostveen-Kouwenhoven bij dit arrest in *JutD* 2010, nr. 6, p. 19-21, waarin wordt opgemerkt ‘dat het er op lijkt dat het eerste ongeval een substantieel deel van de schade heeft berokkend’. Deze discussie wordt in dit commentaar buiten beschouwing gelaten. Zoals Spier in alinea 4.13.5 naar aanleiding van het daar besproken arrest Nugteren/Meskes opmerkt, is een discussie daarover ‘niet bijster vruchtbaar omdat deze slechts betrekking heeft op een feitelijke waardering van een afgehandelde zaak’. Uiteraard is het wel van groot belang dat de feiten zo nauwkeurig mogelijk worden vastgesteld, omdat deze bepalend zijn voor het antwoord op de vraag of sprake is van (hoofdelijke of proportionele) aansprakelijkheid.
14. Akkermans 1997, p. 74.

gaat.¹⁵ Voor de deelschades waarvan kan worden vastgesteld wie de veroorzaker is, is op grond van artikel 6:98 BW alleen de daadwerkelijke veroorzaker aansprakelijk. In de rechtspraak wordt dezelfde benadering gehanteerd, zoals ook blijkt uit het feit dat de rechtbank in de onderhavige zaak in haar vonnis een onderscheid maakt tussen enerzijds schade waarvan kan worden vastgesteld dat die alleen het gevolg is van het eerste dan wel van alleen het tweede ongeval, en anderzijds mengschade.¹⁶

Zoals uit vorenstaande volgt, is in deze zaak sprake van zuiver alternatieve causaliteit, omdat beide ongevallen de gehele schade *kunnen* hebben veroorzaakt en de schade het gevolg is van ten minste een van beide, maar niet is uitgesloten dat in werkelijkheid sprake is van afzonderlijke gelijktijdig werkende oorzaken, dan wel van onzelfstandig samenlopende oorzaken. Voor het antwoord op de vraag wie aansprakelijk is voor de schade, maakt het echter geen verschil welke van deze figuren zich voordoet. Immers, in al deze gevallen moet volgens de heersende leer een hoofdelijke aansprakelijkheid worden aangenomen. Mijns inziens is het ook wenselijk dat in deze gevallen dezelfde vorm van aansprakelijkheid wordt aangenomen, zoals hierna nader wordt toegelicht.

4.3 Conclusie Spier

Uit het vorenstaande blijkt dat in onderhavige zaak overeenkomstig vaste rechtspraak hoofdelijke aansprakelijkheid van beide WAM-verzekeraars is aangenomen op grond van artikel 6:99 jo. 6:102 lid 1 BW.¹⁷ Het arrest is dan ook op zichzelf niet opmerkelijk, hetgeen echter wel kan worden gezegd over de conclusie van A-G Spier voor dit arrest.

Zuiver alternatieve causaliteit anders benaderen dan afzonderlijke gelijktijdig werkende oorzaken?

Spier pleit er in zijn conclusie voor om slechts hoofdelijke aansprakelijkheid aan te nemen indien en voor zover zekerheid bestaat dat de schade door beide ongevallen – het andere ongeval weggedacht – zou zijn veroorzaakt.¹⁸ Voor toepassing van artikel 6:99 BW is naar zijn mening onvoldoende dat slechts de *mogelijkheid* bestaat dat beide ongevallen de schade (vanaf het tweede ongeval) hebben veroorzaakt. In zijn visie zou dus alleen hoofdelijke aansprakelijkheid kunnen worden aangenomen indien vaststaat dat beide ongevallen de schade

hebben veroorzaakt, met andere woorden wanneer sprake is van afzonderlijke gelijktijdig werkende oorzaken.

Deze visie van Spier sluit aan bij de Principles of European Tort Law (PETL), die tot stand zijn gebracht door de European Group on Tort Law, waarvan Spier deel uitmaakt. Artikel 3:102 PETL bepaalt dat in geval van afzonderlijke gelijktijdig werkende oorzaken een hoofdelijke aansprakelijkheid heeft te gelden. Voor gevallen van zuiver alternatieve causaliteit geldt daarentegen op grond van artikel 3:103 PETL een proportionele aansprakelijkheid (een aansprakelijkheid naar rato van de kans dat de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis de schade heeft veroorzaakt). Volgens de toelichting op de PETL rechtvaardigt het feit dat bij afzonderlijke gelijktijdig werkende oorzaken zekerheid bestaat dat iedere gebeurtenis de gehele schade zou hebben veroorzaakt als men de andere gelijktijdig werkende oorzaak wegdenkt, een zwaardere vorm van aansprakelijkheid dan bij zuiver alternatieve oorzaken, waarbij niet kan worden vastgesteld of de aangesproken partij ook daadwerkelijk de schade heeft veroorzaakt.¹⁹ Naar mijn mening rechtvaardigt het enkele feit dat een oorzaak de schade tot gevolg *zou* hebben gehad als men de andere oorzaak wegdenkt, geen zwaardere vorm van aansprakelijkheid. Immers, in geval van hypothetische veroorzaking – waarvan sprake is als een oorzaak de schade in werkelijkheid niet tot gevolg heeft gehad, maar deze wel *zou* hebben veroorzaakt als men de andere, eerder ingetreden oorzaak wegdenkt – wordt volgens de heersende leer, alsmede volgens artikel 3:104 lid 1 PETL geen aansprakelijkheid aangenomen.²⁰

Bovendien ben ik – evenals onder andere Kortmann²¹ en Van²² – van mening dat het bepaald de voorkeur verdient om (zoals ook geldend recht is ingevolge art. 6:99 BW) voor gevallen van zuiver alternatieve veroorzaking en gevallen van afzonderlijke gelijktijdig werkende oorzaken dezelfde vorm van aansprakelijkheid te laten gelden. Zuiver alternatieve oorzaken en afzonderlijke gelijktijdig werkende oorzaken zijn in de praktijk namelijk veelal moeilijk van elkaar te onderscheiden. De onderhavige zaak – waarin beide figuren aan de orde kunnen zijn – is hiervan een voorbeeld. Onduidelijkheid om welke van deze figuren het gaat, doet zich niet alleen voor in gevallen als de onderhavige, waarin sprake is van voortdurende schade, maar ook in gevallen van veroorzaking van momentschade.²³ De reden hiervoor is gelegen in het feit dat het bij veroorzaking van momentschade vaak heel lastig is om vast te stellen welke gebeurtenis als eerste haar uitwerking had in de zin van het ontstaan van schade. Het moment van ontstaan van de

15. Aldus ook Asser-Hartkamp & Sieburgh 6-II*, 2009, nr. 95.

16. Zie bijv. ook Hof Arnhem 20 januari 1998, VR 1998, 122, waarin het hof oordeelt dat de mogelijke schadeveroorzakers aansprakelijk zijn op grond van art. 6:99 BW voor dat deel van de schade dat als mengschade kan worden aangemerkt.

17. Zie naast de hiervoor reeds genoemde arresten Moerman/Bakker en Drelwel/Amev bijv. ook Hof Arnhem 20 januari 1998, VR 1998, 122, waarover de annotatie van T. Hartlief in TVP 1998, nr. 2, p. 39-41, waar evenals in de hier besproken zaak twee WAM-verzekeraars hoofdelijk aansprakelijk werden gehouden op grond van art. 6:99 jo. 6:102 lid 1 BW voor de zogenoemde mengschade die door beide (met een tussenpoos van ruim twee jaar) achtereenvolgende ongevallen kon zijn veroorzaakt en van ten minste een van deze ongevallen het gevolg was.

18. Conclusie A-G Spier voor het hier besproken arrest, alinea's 4.4-4.5.

19. Principles of European Tort Law, Text and Commentary, Wenen: Springer 2005, p. 46, randnr. 8 en p. 48, randnr. 2. Zie kritisch hierover: J.S. Kortmann, PETL: General conditions of liability, causation ('in fact'), AV&S 2007, nr. 4, p. 156.

20. Zie ook Kortmann 2007, p. 156. Zie voor meer over hypothetische veroorzaking verderop in deze bijdrage, alsmede Roelofs 2008, p. 382-391.

21. Kortmann 2007, p. 156-157.

22. A.J. Van, Onzekerheid over daderschap en causaliteit (diss.), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 96.

23. Onder momentschade wordt verstaan schade die in zijn geheel op één moment wordt geleden; hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan zaakschade.

schade is echter juist bepalend voor het antwoord op de vraag wie hiervoor aansprakelijk is. Indien de tweede gebeurtenis namelijk pas plaatsvindt als de eerste gebeurtenis reeds momentschade heeft veroorzaakt, dan is de tweede gebeurtenis een hypothetische oorzaak, waarvoor geen aansprakelijkheid bestaat. Immers, deze tweede gebeurtenis kon de al geleden schade niet meer veroorzaken.

Als het niet mogelijk is om exact vast te stellen op welk moment de gebeurtenissen plaatsvonden, hetgeen veelal het geval is bij momentschade, is sprake van zuiver alternatieve causaliteit. Immers, dan had een van de gebeurtenissen de schade mogelijk reeds veroorzaakt voordat de andere gebeurtenis plaatsvond, in welk geval de schade of door de ene of door de andere gebeurtenis is veroorzaakt.

Van afzonderlijke gelijktijdig werkende oorzaken is dan ook alleen sprake wanneer vaststaat dat de gebeurtenissen precies gelijktijdig momentschade veroorzaakten.²⁴ Maar zelfs als met zekerheid kan worden vastgesteld dat sprake is van afzonderlijke gelijktijdig werkende oorzaken, bestaat mijns inziens goede reden om bij deze figuur dezelfde vorm van aansprakelijkheid te laten gelden als bij zuiver alternatieve causaliteit. Ook in geval van afzonderlijke gelijktijdig werkende oorzaken bestaat namelijk de mogelijkheid dat geen van de oorzaken in werkelijkheid de gehele schade heeft veroorzaakt. Immers, wanneer bijvoorbeeld een huis afbrandt als gevolg van twee tegelijkertijd ontstane brandhaarden, waarvoor verschillende personen aansprakelijk zijn, dan konden weliswaar beide branden op zichzelf de gehele schade aanrichten, maar feitelijk hebben zij in combinatie met elkaar de schade veroorzaakt. In de praktijk zal het echter over het algemeen niet mogelijk zijn om aan te tonen welk deel van de schade iedere brand heeft veroorzaakt. Net als bij zuiver alternatieve causaliteit geldt dus ook bij afzonderlijke gelijktijdig werkende oorzaken dat de schade gedeeltelijk kan zijn veroorzaakt door andere gebeurtenissen dan waarvoor de hoofdelijk aangesprokene verantwoordelijk is, waardoor deze (bij wijze van uitzondering) mogelijk meer schade moet vergoeden dan hij in werkelijkheid heeft veroorzaakt.

In vorenstaande is aangegeven waarom het van belang is om bij zuiver alternatieve causaliteit, afzonderlijke gelijktijdig werkende oorzaken en onzelfstandig samenlopende oorzaken dezelfde vorm van aansprakelijkheid aan te nemen. Hierna wordt ingegaan op de vraag welke vorm van aansprakelijkheid bij deze figuren de voorkeur verdient.

Hoofdelijke of proportionele aansprakelijkheid wenselijk?

Het verschil tussen hoofdelijke en proportionele aansprakelijkheid ligt allereerst bij de vaststelling welk deel van de schade ieder van de (mogelijke) veroorzakers behoort te dragen. In geval van proportionele aansprakelijkheid wordt de gelaedeerde belast met de tijd en kosten die gepaard gaan met het aansprakelijk stellen van iedere (mogelijke) veroorzaker afzonderlijk voor het – doorgaans niet eenvoudig vast te stellen – deel

van de schade dat hem in hun onderlinge verhouding aangaat. Daarbij loopt de gelaedeerde bovendien het risico van tegenstrijdige uitspraken, waardoor hij een deel van zijn schadevergoeding zou kunnen mislopen.²⁵ Omdat het billijker wordt gevonden dat de (mogelijke) schadeveroorzakers met deze processuele moeilijkheid worden belast, is in de rechtspraak en wetgeving ten aanzien van onzelfstandig samenlopende oorzaken en alternatieve causaliteit de keuze gemaakt voor hoofdelijke aansprakelijkheid met de mogelijkheid van onderling regres. Hoewel het, gezien de mogelijkheid van onderling regres tussen de medeschuldenaren, als meest billijk wordt ervaren wanneer ieder van hen uiteindelijk het gedeelte van de schuld betaalt dat hem krachtens de onderlinge bijdrageplicht aangaat, zal dit in de praktijk – gelet op het risico van insolventie – niet altijd het geval zijn.

Indien één of meer van de (mogelijke) schadeveroorzakers geen verhaal bieden, wordt het tweede verschil tussen hoofdelijke en proportionele aansprakelijkheid manifest: in geval van de proportionele benadering ligt het insolventierisico bij de gelaedeerde, terwijl bij hoofdelijke aansprakelijkheid degene die de schade heeft vergoed dit risico draagt. Een andere reden waarom in de rechtspraak en wetgeving is gekozen voor hoofdelijke aansprakelijkheid, is dat het als minder onbevredigend wordt gezien om de medeschuldenaren voor elkaar in te laten staan, dan dat de gelaedeerde zijn schade slechts gedeeltelijk vergoed ziet.²⁶ Met Akkermans²⁷ ben ik van mening dat de onrechtmatige gevaarstelling de rechtvaardiging is voor hoofdelijke aansprakelijkheid. In geval van alternatieve causaliteit hebben de mogelijke schadeveroorzakers de gelaedeerde in een gevaar gebracht dat volledig was geëigend om de schade te doen ontstaan; bij onzelfstandig samenlopende oorzaken hebben de schadeveroorzakers de gelaedeerde in een gevaar gebracht dat, gecombineerd met bijkomende – buiten de risicosfeer van de benadeelde gelegen – omstandigheden, werkelijkheid is geworden. Het is billijk dat de medeschuldenaren het insolventierisico dragen, omdat de schade door de onrechtmatige gedragingen van één of meer van hen is ontstaan, terwijl de benadeelde geen enkel verwijt treft.²⁸ Wanneer de hoofdelijk aangesprokene wegens insolventie van de medeschuldenaar meer bijdraagt aan de schadevergoeding dan hem in hun onderlinge verhouding aangaat, levert dit derhalve slechts een onbillijke situatie op tussen de medeschuldenaren

24. Zie hierover Kortmann 2007, p. 156, alsmede Roelofs 2008, p. 382-391.

25. Zie ook Boonekamp, art. 102, met verdere verwijzingen.

26. Zie ook Boonekamp, art. 102, met verdere verwijzingen; W.H. van Boom, Aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingsaandeel, in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linssen (red.), Tussen 'alles' en 'niets': van toedeling naar verdeling van nadeel, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 149.

27. Akkermans 1997, par. 2.4.1 en 2.4.7.

28. Zie bijv. ook J.H. Nieuwenhuis, Alternatieve causaliteit en aansprakelijkheid naar marktaandeel, in: Produktenaansprakelijkheid. Preadviezen uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Burgerlijk Recht, Lelystad: Vermande 1987, p. 14-15; Conclusie van A-G Langemeijer bij HR 4 november 1955, NJ 1956, 1 m.nt. LEHR (The London & Lancashire/Huygen).

onderling, maar niet tussen de hoofdelijk aangesprokene en de gelaedeerde.²⁹

Spier geeft ter onderbouwing van zijn standpunt dat hoofdelijke aansprakelijkheid niet gewenst is in gevallen van zuiver alternatieve causaliteit, onder meer het volgende voorbeeld:

‘Een benadeelde wordt geconfronteerd met verschillende opeenvolgende aansprakelijke personen. Vast staat dat de eerste “de schade” (bijvoorbeeld blijvende arbeidsongeschiktheid) heeft berokkend. Mogelijk is dat ditzelfde geldt voor alle opvolgende aansprakelijke personen, zij het dat de kans daarop het kleinst (en in absolute zin tevens gering) is ten aanzien van nummer 6. In de door mij met klem verworpen visie [toepasselijkheid van artikel 6:99 BW in geval van zuiver alternatieve causaliteit; LCR] zou de benadeelde nummer 6 voor het geheel kunnen aanspreken.’

In vorenstaande casus is sprake van de figuur van samenloop tussen een zekere en een mogelijke oorzaak, zijnde een tussenfiguur tussen zuiver alternatieve veroorzaking en afzonderlijke gelijktijdig werkende oorzaken. Met Akkermans ben ik van mening dat deze figuur eveneens onder de reikwijdte van artikel 6:99 BW valt.³⁰ De zekere veroorzaking door de eerste persoon in de casus doet immers niet af aan de mogelijke veroorzaking door de opeenvolgende aansprakelijke personen. Alle personen hebben de benadeelde op onrechtmatige wijze in een concreet gevaar gebracht dat geëigend was om de gehele schade te doen ontstaan. Het zou dan ook onbillijk zijn als de benadeelde in de casus alleen de eerste persoon tot schadevergoeding kan aanspreken. Hierdoor zou de benadeelde namelijk een minder sterke verhaalspositie hebben dan in de situatie dat uitsluitend sprake is van mogelijke oorzaken, hoewel hij in beide situaties hetzelfde belang heeft bij hoofdelijke aansprakelijkheid. Immers, de zekere veroorzaker kan evengoed geen verhaal bieden. Wanneer de figuur van samenloop tussen een zekere en een mogelijke oorzaak niet onder de reikwijdte van artikel 6:99 BW zou vallen, betekent dat bovendien dat de zekere veroorzaker geen regres kan nemen op de mogelijke veroorzakers. Hij zou zich daardoor in een ongunstiger positie bevinden dan wanneer sprake is van afzonderlijke gelijktijdig werkende oorzaken, waar de veroorzakers hoofdelijk aansprakelijk zijn. Hiervoor bestaat geen rechtvaardiging, omdat het immers ook bij deze laatste figuur zeer wel mogelijk is dat niet alle oorzaken de volledige schade hebben veroorzaakt.

Het feit dat in vorenstaande casus de mate van veroorzakingswaarschijnlijkheid per mogelijke veroorzaker varieert en ten aanzien van sommigen zelfs gering is, doet mijns inziens even-

min af aan de toepasselijkheid van artikel 6:99 BW. In de rechtspraak is bepaald dat in geval van onzelfstandig samenlopende oorzaken de gelaedeerde mag kiezen welke van de aansprakelijke personen hij aanspreekt, ook als dat de partij met relatief weinig schuld is.³¹ Dit wordt gerechtvaardigd door het feit dat – gelet op het onderlinge verhaalsrecht – iedere aansprakelijke persoon uiteindelijk het deel van de schade betaalt dat hem krachtens de onderlinge bijdrageplicht aangaat. Weliswaar drukt het risico van onvermogen van een regresplichtige op de regresgerechtigde, maar dit is minder onbevredigend dan dat de gelaedeerde dit risico zou dragen. De gelaedeerde treft immers geen blaam, terwijl de aansprakelijke personen hem onrechtmatig in gevaar hebben gebracht.

Zoals in vorenstaande is betoogd, gelden deze argumenten ook in geval van alternatieve causaliteit en is het wenselijk om bij deze figuur dezelfde benadering toe te passen als bij onzelfstandig samenlopende oorzaken.

Opgemerkt zij nog dat aansprakelijkheid op grond van artikel 6:99 BW niet bestaat ten aanzien van degene die bewijst dat hij de schade niet heeft veroorzaakt. Over het algemeen zal dit tegenbewijs gemakkelijker te leveren zijn als een groter tijdsverloop tussen de opeenvolgende gebeurtenissen het onwaarschijnlijker maakt dat de latere gebeurtenis de gehele schade heeft kunnen veroorzaken.³²

Aan de wenselijkheid van hoofdelijke aansprakelijkheid in gevallen van zuiver alternatieve causaliteit doet in mijn visie niet af het uitgangspunt bij monocausale gebeurtenissen, dat de gelaedeerde in principe moet bewijzen dat zijn schade is veroorzaakt door degene die hij aanspreekt. Spier bepleit het tegendeel³³ en trekt ter illustratie van zijn standpunt, dat in het hier besproken arrest geen hoofdelijke aansprakelijkheid behoort te gelden, een vergelijk tussen dit arrest en het arrest Landskroon/BAM.³⁴ In laatstgenoemde zaak vorderde Landskroon van BAM schadevergoeding in verband met zijn arbeidsongeschiktheid wegens rugklachten, die volgens hem het gevolg waren van zijn (rugbelastende) werkzaamheden tijdens zijn dienstverband bij (de rechtsvoorgangster van) BAM. Deze vordering werd in alle instanties afgewezen, omdat Landskroon niet aannemelijk had gemaakt dat sprake was van het op grond van artikel 7:658 lid 2 BW vereiste causale verband tussen de werkzaamheden en de (arbeidsongeschiktheid wegens) rugklachten. Geenszins stond vast dat de klachten geheel of grotendeels door het werk waren veroorzaakt. Het was bepaald niet uitgesloten dat de klachten waren veroorzaakt door werkzaamheden in de privésfeer. De enkele *moge-*

29. Zie ook R.W. Wright, Allocating liability among multiple responsible causes: A principled defense of joint and several liability for actual harm and risk exposure, University of California Davis Law Review 1989, jrg. 22, p. 1161-1162.

30. Zie over deze figuur en argumenten voor de toepassing van art. 6:99 BW meer uitgebreid Akkermans 1997, par. 2.4.5.

31. Zie o.a. HR 4 november 1955, NJ 1956, 1 m.nt. LEHR (The London & Lancashire/Huygen); HR 20 februari 1981, NJ 1981, 428 (FRAM/Bedrijfsvereniging).

32. Zie ook de annotatie van W.H. van Boom bij HR 31 januari 2003, NJ 2003, 346 m.nt. JBMV (Drewel/Amev) in AV&S 2003, nr. 4, p. 132-133. Van Boom merkt op dat het arrest Drewel/Amev voorzichtig genoeg is geformuleerd om art. 6:99 BW mogelijk niet toe te passen als een groter tijdsverloop het onwaarschijnlijker maakt dat de tweede gebeurtenis de gehele schade heeft kunnen veroorzaken. Mijns inziens laat de in de vorige noot genoemde rechtspraak hiervoor echter geen ruimte.

33. Conclusie A-G Spier voor het hier besproken arrest, alinea's 4.6-4.8.1.

34. HR 9 januari 2009, RvdW 2009 (Landskroon/BAM).

lijkheid dat de klachten door de rugbelastende werkzaamheden waren veroorzaakt, werd niet voldoende geacht voor toepassing van de omkeringsregel. Volgens Spier had Landskroon 'pech' dat hij het vereiste causaal verband niet kon aantonen en zou hetzelfde moeten gelden voor de gelaedeerde in het hier besproken arrest.³⁵

Naar mijn mening gaat deze vergelijking tussen beide arresten mank. In geval van monocausale gebeurtenissen, waarvan sprake was in het arrest Landskroon/BAM, dient door de eisende partij te worden bewezen dat zij schade lijdt die is veroorzaakt door een daarvoor aansprakelijke derde en dus niet het gevolg is van een omstandigheid in haar eigen risicosfeer. Landskroon slaagde hier niet in. In de hier besproken zaak daarentegen, is deze horde reeds genomen: vast is komen te staan dat een mogelijke in de risicosfeer van de gelaedeerde gelegen oorzaak niet aan de orde is.³⁶ De gehele (na het tweede ongeval geleden) schade kan immers het gevolg zijn van zowel het eerste als het tweede ongeval en is zeker het gevolg van ten minste een van deze ongevallen (waarvoor aansprakelijkheid is erkend). Het staat dus vast dat alle mogelijke veroorzakers aansprakelijk zijn en regres derhalve in beginsel mogelijk is, alsmede dat sprake is van (rechtens relevante) schade.³⁷ Dit is niet het geval in zaken waar onzeker is of de schade wel het gevolg is van een oorzaak waarvoor een ander aansprakelijk is. De causaliteitsproblematiek die in dergelijke zaken speelt, zoals bijvoorbeeld in de arresten Landskroon/BAM en Nefalit/Karamus,³⁸ doet zich in het hier besproken arrest niet voor en staat dan ook niet aan hoofdelijke aansprakelijkheid in de weg.

Indien, zoals door Spier wordt voorgestaan, in zaken als de onderhavige onverkort wordt vastgehouden aan het uitgangspunt bij monocausale gebeurtenissen, dat de gelaedeerde dient te bewijzen dat zijn schade is veroorzaakt door de aangesproken partij, zou dat betekenen dat de gelaedeerde zelf zijn schade draagt, hoewel zeker is dat die schade het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor een ander aansprakelijk is. Dat dit onaanvaardbaar zou zijn, is ook de mening van de Raad van Toezicht Verzekeringen. In soortgelijke zaken als de onderha-

vige³⁹ oordeelde de Raad dat het uit een oogpunt van handhaving van de goede naam van het verzekeringsbedrijf onaanvaardbaar zou zijn als een persoon, die buiten zijn schuld om slachtoffer is geworden van twee afzonderlijke verkeersongevallen, verstoken zou blijven van de hem toekomende schadevergoeding als gevolg van een verschil van mening tussen de WA-verzekeraars (van degenen die voor de door beide ongevallen ontstane schade aansprakelijk zijn) over de vraag wie van hen voor de gehele schade, of voor welk deel ervan, aansprakelijk is.

Concluderend: in de hier besproken zaak is terecht een hoofdelijke aansprakelijkheid van beide verzekeraars aangenomen. Vaststaat dat beide verzekerden onrechtmatig hebben gehandeld en dat de schade uitsluitend het gevolg kan zijn van het eerste en/of het tweede ongeval. Derhalve is het bevredigend dat het aan de verzekeraars is om te bewijzen dat de schade niet (geheel) door hun verzekerde is veroorzaakt.

Mevrouw mr. L.C. Roelofs

35. Het woord 'pech' gebruikte Spier in dit verband in zijn lezing over proportionele aansprakelijkheid tijdens het LSA-symposium van 29 januari 2010 te Scheveningen. Aangezien in het arrest Landskroon/BAM in het geheel géén aansprakelijkheid werd aangenomen en Spier in de hier besproken zaak dezelfde benadering voorstaat, lijkt het erop dat hij in dit geval geen proportionele aansprakelijkheid in de zin van art. 3:103 PETL zou willen aannemen.

36. Van een mogelijke oorzaak in de risicosfeer van de gelaedeerde is bijvoorbeeld sprake als de schade ook kan zijn veroorzaakt door: een van buiten komende oorzaak waarvoor niemand verantwoordelijk is te stellen, een in de persoon van de gelaedeerde gelegen oorzaak of een gebeurtenis die weliswaar door een derde teweeg is gebracht, maar waarvoor deze derde niet aansprakelijk is te stellen. Zie hierover Klaassen 2007, nr. 70.

37. Van rechtens relevante schade, ook wel juridische schade genoemd, is sprake als de schade tot enige aansprakelijke persoon kan worden herleid. Zie hierover o.a. de conclusie van A-G Spier voor HR 23 juni 2006, NJ 2006, 354 (Havermans/Luyckx), alinea's 4.6-4.7.2.

38. HR 31 maart 2006, RvdW 2006, 328 (Nefalit/Karamus), in welk arrest een analoge toepassing plaatsvond van art. 6:99 jo. 6:101 BW.

39. Zie bijv. uitspraak nr. 2000/117 Mo, te vinden op <www.kifid.nl>. De Raad sluit in deze uitspraak aan bij bedrijfsregeling No. 7 (Schaderegeling schuldloze derde). De Schaderegeling schuldloze derde houdt kort gezegd in dat een persoon die buiten zijn schuld om betrokken is geraakt bij een verkeersongeval waarbij ten minste twee motorrijtuigen zijn betrokken, niet gedupeerd mag worden door een meningsverschil tussen de verzekeraars aangaande de schuldvraag. De verzekeraars moeten hier onderling zien uit te komen. De verzekeraar die als eerst is aangesproken, dient de schaderegeling ter hand te nemen. Hoewel de Schaderegeling schuldloze derde niet rechtstreeks van toepassing was op het geval dat zich voordeed in uitspraak nr. 2000/117 Mo, was de Raad van oordeel dat er toch zoveel punten van overeenkomst waren met het geval waarop de Bedrijfsregeling wel van toepassing is, dat deze analogoog werd toegepast.