



Universiteit
Leiden

The Netherlands

Eurocausaliteit, Agenda voor het Europese debat over toerekening van schade, preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, Story-Scientia 2002

Nieuwenhuis, J.H.

Citation

Nieuwenhuis, J. H. (2002). Eurocausaliteit, Agenda voor het Europese debat over toerekening van schade, preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland, Story-Scientia 2002. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3240>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3240>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

EUROCAUSALITEIT

Agenda voor het Europese debat over toerekening van schade

door

Prof mr J H NIEUWLNIJUIS

Deze bijdrage werd geschreven als preadvies voor de vergadering te Maastricht van 22 november 2002 van de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland

Vrijwel overal in Europa verloopt het oordeel omtrent de aanwezigheid van causaal verband tussen de onrechtmatige daad en de schade in twee fasen. Eerst moet worden vastgesteld of de onrechtmatige daad de conditio sine qua non van de schade vormde. Vervolgens komt de vraag aan de orde of maatstaven van redelijkheid en billijkheid zich verzetten tegen toerekening van de schade aan de veroorzaker. Met betrekking tot beide fasen spelen overwegingen van verdelende rechtvaardigheid een steeds belangrijkere rol.

INHOUD

- I. LUXEMBURG, BRUSSEL, DEN HAAG EN VERDER (1)
- II. EEN OPMERKELIJK VOORVAL IN HOTEL DE L'EUROPE (2)
- III. DE EERSTE STAP (3-5)
- IV. DE TWEEDE STAP (6-8)
- V. NORMATIEVE LADING VAN DE CAUSALITEITSMATSTAVEN (9-11)
- VI. DE RATIO VAN HET SINE QUA NON VEREISTE (12-13)
- VII. OMKERING VAN DE BEWIJSLAST TERZAKE VAN HET SINE QUA NON VEREISTE (14-16)
- VIII. VERLIES VAN EEN KANS OP GENEZING (17-18)
- IX. CAUSAAL VERBAND OF SCHADE? (19)
- X. TWEEËRLEI KANSBEGRIJ (20-21)
- XI. KANS ALS ONZEKERHEID OMTRENT EEN ZEKER VERLEDEN (22-23)
- XII. ALTERNATIEVE CAUSALITEIT IN HET EUROPESE PRODUCTEN-AANSPRAKELIJKHEIDRECHT? (24-26)
- XIII. TOEREKENING NAAR REDELIJKHEID (27-29)
- XIV. AFSCHEID VAN DE NORMALE LIJN DER VERWACHTINGEN ALS TOEREKENINGSMAATSTAF? (30-31)
- XV. A MATTER OF POLICY? (32)
- XVI. VERDELENDE RECHTVAARDIGHEID EN PRODUCTENAANSPRAKELIJKHEID (33-34)
- XVII. DE ORDE VAN HET DEBAT (35-37)
- XVIII. PER SLOT VAN REKENING (38)

I. Luxemburg, Brussel, Den Haag en verder

1. Niet slechts het contractenrecht, ook het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht koestert Europese aspiraties. Voor een deel zijn deze aspiraties reeds verzilverd. Op de voet van art. 288 van het EG-Verdrag moet de Gemeenschap de schade vergoeden die door haar instellingen of door haar personeelsleden in de uitoefening van hun functies is veroorzaakt. Voor een nadere uitwerking van deze aansprakelijkheid verwijst art. 288 EG naar „de algemene beginselen welke de rechtsstelsels der Lid-Staten gemeen hebben”. Welke beginselen hebben de Lid-Staten gemeen als het gaat om de vraag welke schade kan worden aangemerkt als door een onrechtmatige daad van de gemeenschapsinstellingen of haar personeel *veroorzaakt*?

Binnen het nationale recht van de Lid-Staten zijn grote delen van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht inmiddels door een desbetreffende Richtlijn voorzien van een Europese signatuur: misleidende reclame en productenaansprakelijkheid bijvoorbeeld. Ook met betrekking tot deze onderdelen van het nationale recht van België en Nederland ligt het in de rede, onder het wakend oog van het Hof van Justitie in Luxemburg, te zoeken naar een Europeesrechtelijke invulling van het vereiste van causaal verband(1). Kortom: zonder dralen op zoek naar algemene beginselen van eurocausaliteit(2).

II. Een opmerkelijk voorval in Hotel de l'Europe

2. In de lift van *Hotel de l'Europe* staan een Fransman, een Engelsman en een Duitser. Zij wegen tezamen 210 kg. Op iedere etage staat naast de deur van de lift duidelijk leesbaar: 300 KG, MAX. 3 PERS. Ondanks tegenwerpingen van de reeds aanwezigen, stappen op de derde etage een magere Nederlander (40 kg.) en een forse Belg (85 kg.) gelijktijdig in de lift. De liftcabine vervolgt piepend en kreunend nog een paar meter haar weg naar boven, maar geraakt dan in een vrije val die eindigt op de bodem van de liftschacht. Drie uur later worden de vijf hotelgasten uit hun benarde positie bevrijd.

(1) Zie met betrekking tot productenaansprakelijkheid, M H WISSINK, *Richtlijnconforme interpretatie van Burgerlijk Recht*, Deventer, 2001, 267

(2) Informatief kaartmateriaal is te vinden bij J SPIER (ed.), *Unification of Tort Law Causation*, The Hague, 2000 en Ch VON BAR, *Gemeineuropaisches Deliktsrecht II*, München 1999, 433 e v

De gevolgen vallen op het eerste gezicht mee: de Fransman heeft een gebroken heup, de Engelsman en de Duitser lijken met de schrik te zijn vrijgekomen. Alle drie stellen zij de Nederlander en de Belg aansprakelijk. De Fransman vordert vergoeding van zijn letselschade. De Engelsman is advocaat en claimt het verlies van drie declarabele uren (1500 euro). De Duitser eist schadevergoeding wegens een na het ongeval ingetreden langdurige arbeidsongeschiktheid als gevolg van een door een psychiater geconstateerde schadevergoedingsneurose.

III. De eerste stap

3. Met uitzondering van het Belgische recht dat op dit terrein over zevenmijlslaarzen beschikt, hebben de Europese rechtsstelsels twee stappen nodig om te beoordelen of het voor aansprakelijkheid vereiste causale verband aanwezig is. Eerst moet worden vastgesteld dat de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust (wanprestatie, onrechtmatige daad) de *condicio sine qua non*(3) is geweest van de schade. Zou zonder die gebeurtenis de schade zijn uitgebleven? Zowel de Nederlander als de Belg slaagt moeiteloos voor deze *sine qua non* test. Als de Nederlander niet was ingestapt, zou de belasting van de liftcabine 295 kg hebben bedragen en was de schade uitgebleven. Hetzelfde geldt voor de Belg: als hij zich door de mededeling MAX 3 PERS. had laten weerhouden van het betreden van de lift, zou de belasting 250 kg zijn geweest en zou de schade evenmin zijn ingetreden. Zo bezien, gaat het bij de *sine qua non* test om een eenvoudige, louter feitelijke, vaststelling van de rol van de onrechtmatige daad in de ontstaansgeschiedenis van de schade.

4. Wel is reeds vroeg ingezien dat deze test soms tot een onaanvaardbaar resultaat leidt, zoals in het geval van *dubbele* veroorzaking. Als op de derde etage niet de litigieuze Nederlander en Belg waren ingestapt, maar twee reusachtige Russen, Igor en Boris, elk wegende 120 kg, zou ieder van hen ter afwering van de vordering tot schadevergoeding kunnen aanvoeren dat zijn aanwezigheid in de lift niet een *condicio sine qua non* van de schade is geweest, omdat door de aanwezigheid van de ander de cabine toch zou zijn neergestort. De uitkomst dat geen van beiden aansprakelijk is, valt uiteraard volstrekt

(3) De in België gangbare spelling *conditio sine qua non* verdient geen navolging. In het latijn van Cicero betekent *conditio* „het innemen van peulvruchten”. Het latijnse woord voor „voorwaarde” wordt gespeld *condicio*.

niet te verdedigen. Deze problematische kant van het *sine qua non* vereiste heeft in de Anglo-amerikaanse rechtsliteratuur geleid tot een nadere verfijning van de *sine qua non (but for)* test(4). De verbeterde versie staat bekend als de NESS-test: was de onrechtmatige daad een *necessary element of a sufficient set*(5). Zowel Igor als Boris voldoet ruimschoots aan dit vereiste. Als we Boris buiten beeld draaien, geldt voor Igor dat zijn aanwezigheid in de lift een noodzakelijk element is van een combinatie van voorwaarden (waaronder een maximale draagkracht van 300 kg en een reeds aanwezige belasting van 210 kg) die tezamen voldoende zijn voor het veroorzaken van de schade. Voor Boris geldt, *mutatis mutandis*, hetzelfde.

5. In België staat de hantering van het *condicio sine qua non* vereiste als maatstaf voor het causaal verband bekend als de equivalentie leer: „Volgens deze leer zijn alle voor de schade noodzakelijke voorwaarden aan elkaar gelijk; elke gebeurtenis zonder dewelke de schade, zoals die zich *in concreto* heeft voorgedaan, niet zou hebben plaatsgevonden, wordt als mogelijke oorzaak weerhouden, ongeacht de zwaarte ervan of het relatieve belang in het tot stand komen van de schade”(6).

De Nederlander kan zich niet aan aansprakelijkheid onttrekken door aan te voeren dat de Belg bij het ontstaan van de schade een veel groter gewicht in de schaal heeft geworpen.

Toch is het niet zo dat alle *condiciones sine quibus non* naar hun aard equivalent, gelijkwaardig zijn. Van wat een voldoende voorwaarde is voor het ontstaan van de schade (een toegevoegde belasting van de liftcabine met meer dan 90 kg) heeft de Belg een aanmerkelijk groter deel (85 kg.) voor zijn rekening genomen dan de Nederlander (40 kg)(7). De mogelijke ongelijkheid van het gewicht van twee gebeurtenissen die beide als *condicio sine qua non* moeten worden aange merkt, komt tot haar recht in de onderlinge draagplicht van de mededaders.

Terwijl A bezig is een door B bestuurde vrachtauto in te halen, slaat B plotseling linksaf. Hierdoor moet A krachtig remmen. C, die ten

(4) De *condicio sine qua non* test heet in Engeland de BUT FOR test „The loss would not have occurred but for the negligence of the defendant”

(5) Zie bijvoorbeeld Peter CANI, *The Anatomy of Tort Law*, Oxford, 1997, 168 e v

(6) M ADAMS, *TPR* 1997, 1373

(7) Zie naar aanleiding van de avonturen van een kleine olifant en een forse muis in veiligheidszaak van J.H. NIJHUIS, *Confrontatie & Compromis, recht, retoriek en burgerlijke moraal*, Deventer, 1997, 81

opzichte van A onvoldoende afstand bewaarde, botst tegen de auto van A.

Zowel het verkeersgedrag van B als dat van C is *condicio sine qua non* van de schade. Als B niet plotseling linksaf was geslagen, was de schade uitgebleven. Hetzelfde zou het geval zijn geweest als C voldoende afstand had bewaard. Dit wil niet zeggen dat beide gebeurtenissen een even grote bijdrage hebben geleverd aan het ontstaan van de schade. De rechter was van oordeel dat B daaraan aanmerkelijk méér heeft bijgedragen dan C, en wel in de verhouding 4: 1(8). B en C zijn jegens A hoofdelijk aansprakelijk voor de gehele schade van A, maar in hun onderlinge verhouding moet B daarvan 4/5 deel voor zijn rekening nemen. Zie art. 6:102 BW.

IV. De tweede stap

6. Met de vaststelling dat de Nederlander en de Belg beiden een onrechtmatige daad hebben gepleegd die kan worden aangemerkt als *condicio sine qua non* van de schade, ligt de vordering van de Franse, Engelse en Duitse eiser nog niet voor toewijzing gereed. De meeste rechtsstelsels zetten nog een tweede stap: ook van de *gevolgen* die zonder de onrechtmatige daad niet zouden zijn ingetreden, kan niet worden gezegd dat zij alle *equivalent* zijn. Sommige zijn toerekenbaar andere niet. De letselschade van de Fransman is zeker toerekenbaar, maar hoe is het gesteld met de *pure economic loss* van de Engelse advocaat en met de arbeidsongeschiktheid die in stand wordt gehouden door een bij de Duitse eiser geconstateerde neurotische behoefte aan schadevergoeding?

De verschillende aard van beide stappen is ruim een halve eeuw geleden op voorbeeldige wijze onder woorden gebracht door het Duitse Bundesgerichtshof. Bij de tweede stap gaat het „*nicht eigentlich um eine Frage der Kausalität*” maar om „*die Suche nach einem Korrektiv, das den Kreis der rein logischen Folgen im Interesse billiger Ergebnisse auf die zurechenbaren Folgen einschränkt.*”(9). Zonder beperkingen van buitenaf is de *sine qua non* test de bron van een oeverloos uitdijende kring van „zuiver logische” gevolgen. Het onrechtmatige besluit van Caesar om Gallië aan te vallen, en daarover vervolgens een boek te schrijven, staat in zuiver logisch, *sine qua non*,

(8) HR 4 november 1955, NJ 1956, 1

(9) BGH 23 oktober 1951, BGHZ 3, 267

verband met het mislukken, ruim tweeduizend jaar later, van de loopbaanplannen van D, omdat deze bij gelegenheid van zijn school-examen niet erin slaagde een correcte vertaling te leveren van de zinsnede: *horum omnium fortissimi sunt Belgae*(10).

7. Een billijkheidscorrectie is nodig om de kring van de zuiver logische gevolgen in te perken. Het Duitse recht, dat op dit punt een nauwelijks te overschatten invloed heeft uitgeoefend, hanteert hiertoe de leer van de adequate veroorzaking. Slechts die gevolgen worden aan de gedaagde toegerekend, die in *adequaat* verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. Adequaat verband is aanwezig: „*wenn eine Tatsache im allgemeinen und nicht nur unter besonders eigenartigen, ganz unwahrscheinlichen (...) Umständen zur Herbeiführung eines Erfolges geeignet war.*”(11)

Is de schade het redelijkerwijs te verwachten gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust? Gevat in deze termen, heeft de adequate-leer gedurende het grootste deel van de vorige eeuw het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht beheerst. Toch rees vrij spoedig het besef dat de enkele voorzienbaarheidsmaatstaf een te bot instrument is om de toerekening van de schade op een redelijke en billijke maat te snijden. Een gebroken heup is stellig het redelijkerwijs te verwachten gevolg van het neerstorten van een liftcabine. Maar hoe is het gesteld met een ongewoon langdurige arbeidsongeschiktheid die niet valt terug te voeren op enig lichamelijk letsel van het slachtoffer, doch slechts op diens neurotische behoefte aan schadevergoeding? Het Nederlandse en het Duitse recht oordelen verschillend over de vraag of deze schade aan de dader moet worden toegerekend. Dit oordeel is evenwel in beide landen gegrond op overwegingen die met de voorzienbaarheid van de schade weinig hebben uit te staan. Indien Nederlands recht van toepassing is, zal de vordering worden toegewezen: „Bij een onrechtmatige daad die bestaat uit het toebrengen van letsel zullen de gevolgen van een door de persoonlijke predispositie van het slachtoffer bepaalde reactie op die daad in het algemeen als een gevolg van de onrechtmatige daad aan de dader moeten worden toegerekend, ook al houdt die reactie mede verband met de neurotische behoefte van het slachtoffer een vergoeding te verkrijgen en ook al zijn die gevolgen daardoor ernstiger en langer van duur dan in de normale lijn der verwachtingen ligt”(12).

(10) CAESAR, *De Bello Gallico*, 1, 1

(11) BGH 23 oktober 1951, *BGHZ* 3, 267

(12) HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 137

De grens van de aansprakelijkheid wordt hier niet bepaald door de normale lijn der verwachtingen. *The tortfeasor takes his victim as he finds him*; naast slachtoffers met een *lichamelijk* zwak gestel (hartafwijkingen, bloederziekte) zijn er personen die over een broze *psychische* constitutie beschikken. Het uitzicht op een gegarandeerd inkomen uit een periodieke of gekapitaliseerde uitkering op grond van het schadevergoedingsrecht bestendigt hun arbeidsongeschiktheid. De Nederlandse Hoge Raad ziet geen reden om onderscheid te maken tussen lichamelijke en psychische predisposities van het slachtoffer; in beide gevallen moet ook de schade, gelegen buiten de normale lijn der verwachtingen worden toegerekend aan de dader. Geheel anders het Duitse Bundesgerichtshof: „*Dem Sinn des Schadenersatzanspruches widerspräche es, wenn gerade durch die Tatsache, dass ein anderer Schadenersatz zu leisten hat die Wiedereinführung in den sozialen Lebens- und Pflichtenkreis erschwert oder gar unmöglich gemacht würde*”(13).

De terugkeer naar het Dal der Plichten mag niet worden belemmerd door het lonkend perspectief van het schadevergoedingsrecht.

In geen van beide landen wordt met betrekking tot dit type gevallen het oordeel over de toerekening bepaald door de (on-)waarschijnlijkheid van het gevolg: hoe (on-)waarschijnlijk is het dat als gevolg van het neerstorten van een liftcabine een latent aanwezige schadevergoedingsneurose wordt geactiveerd?

8. In Nederland heeft het besef dat de leer der adequate veroorzaking niet de Steen der Wijzen is, geleid tot een wettelijke formulering van de tweede stap, waarin iedere referte aan de adequatietheorie ontbreekt: „Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.” (art. 6:98 BW).

Het ontbreken van een verwijzing naar het waarschijnlijkheids criterium, wil overigens niet zeggen dat deze maatstaf zijn betekenis heeft verloren. Integendeel, buiten het terrein van de letselschade biedt de normale lijn der verwachtingen nog steeds een veelgebruikt kompas. Zo oordeelde de Hoge Raad dat de door een belastingplichtige als gevolg van een onrechtmatige belastingaanslag geleden renteschade aan de Staat kan worden toegerekend, omdat het „binnen de grenzen

(13) BGH 29 februari 1956, BGHZ 20, 137.

(ligt) van hetgeen redelijkerwijs als gevolg van het opleggen van die aanslag kan worden *verwacht*, dat de belastingplichtige, in weerwil van een door hem tevoren verkregen uitstel alsnog overgaat tot betaling van die aanslagen onder voorbehoud van rechten”(14).

V. Normatieve lading van de causaliteitsmaatstaven

9. Het traditionele beeld van de *structuur* van het causale verband is betrekkelijk uniform en wijdverbreid; het weerspiegelt ook het recht van *Common Law* landen als Engeland en Ierland.

Eerst is er een robuuste, maar duidelijk gemarkeerde drempel voor de *vestiging* van de aansprakelijkheid: zou de schade zonder de onrechtmatige daad zijn uitgebleven? Deze *sine qua non* test is nauwelijks juridisch van aard; iedereen die op zijn vingers kan natellen wat zou zijn gebeurd als de Belg niet in de lift zou zijn gestapt, kan uit de voeten met dit aansprakelijkheidsvereiste. Elementaire kennis van de mechanica is voldoende.

Vervolgens moet het recht op zoek naar een correctief ter beperking van de *omvang* van de aansprakelijkheid. Welke gevolgen uit de immer uitdijende kring van gevolgen die de *sine qua non* drempel zijn gepasseerd, kunnen naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid aan de gedaagde worden toegerekend. Ook de *Common Law* met zijn traditionele huiver voor continentale mistbanken als goede trouw(15) en billijkheid ontkomt niet aan dit inzicht: „*It does not seem consonant with current ideas of justice or morality that, for an act of negligence, however slight or venial, which results in some trivial foreseeable damage, the actor should be liable for all consequences, however unforeseeable and however grave (...) It is a principle of civil liability (...) that a man must be considered responsible for the probable consequences of his act. To demand more of him is too harsh a rule, to demand less is to ignore that civilized order requires the observance of a minimum standard of behaviour.*” Aldus Viscount Simonds in de leading case *The Wagon Mound*(16).

Als voorzienbaarheid van de schade het enige gezichtspunt zou zijn, zou ook hier sprake zijn van een maatstaf die slechts een beroep doet

(14) IIR 7 november 1997, *NJ* 1998, 364

(15) Zie bijvoorbeeld House of Lords per Lord Ackner in *Walford v Miles*, [1992] 2 AC 128. „*The concept of a duty to carry on negotiations in good faith is inherently repugnant to the adversarial position of the parties involved in negotiations.*”

(16) [1961] AC 388

op louter empirische kennis. Ongeacht of men uitgaat van de *optimale Beobachter*, zoals in het Duitse recht, dan wel van de *reasonable man* van het Engelse recht, over juridisch inzicht hoeft deze maatman niet te beschikken. Valt redelijkerwijs te voorzien dat vier van de vijf personen die gedurende drie uur opgesloten zitten in een lift, gaan klaverjassen, daarbij ruzie krijgen en zodanig handgemeen raken dat daardoor één van hen ernstig oogletsel oploopt?

10. Ook in landen waar de tweede stap van het causaal verband wordt gezet op de voet van het adequatie-criterium of de *foreseeability rule*, wordt erkend dat deze test moet worden aangevuld met gezichtspunten die wél over een normatieve lading beschikken, zoals de vraag of het toekennen van schadevergoeding aanvaardbaar is, ook indien dit de terugkeer naar de „*soziale Lebens- und Pflichtenkreis*” belemmert.

Dit traditionele beeld van de structuur van het causale verband is toe aan een ingrijpende revisie. In de eerste plaats geldt dit voor de status van het vereiste dat de onrechtmatige daad kan worden aangemerkt als *condicio sine qua non* van de schade. Recente ontwikkelingen hebben ertoe geleid dat dit vereiste zijn natuurlijke onschuld heeft verloren. Het is niet langer zo dat het bij het *sine qua non* verband slechts gaat om een triviale toets van louter feitelijke aard. Drie brandende kwesties zorgen voor beroering rondom het thema: hoe gaan we om met de *condicio sine qua non*?

1. Uitgangspunt is, en blijft, dat de *eiser* de *aanwezigheid* van *sine qua non* verband bewijst. Wanneer is het echter op gronden van redelijkheid en billijkheid geraden de bewijslast om te keren en de *gedaagde* te belasten met het bewijs dat *sine qua non* verband *ontbreekt*?
2. Door een fout van een arts verliest zijn patiënt een kans op genezing. De grootte van de kans wordt door deskundigen geschat op 25%. Is dit een probleem van causaal (*sine qua non*) verband. of moet de (niet-)vergoedbaarheid van het verlies van een kans op genezing aan de orde komen bij het agendapunt: schade? Wat zijn de consequenties van de keuze voor het ene, dan wel het andere standpunt?
3. De uitleg die de Hoge Raad in het DES-arrest(17) aan het leerstuk van de alternatieve causaliteit(18) heeft gegeven, kan ertoe leiden

(17) HR 9 oktober 1992, *NJ* 1994, 535

(18) Art 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.”

dat een ondernemer met een marktaandeel van tien procent wordt veroordeeld tot vergoeding van schade die hij met grote waarschijnlijkheid (negentig procent) niet heeft veroorzaakt. Is dit een bezwaar?

11. Ook de inrichting van het tweede compartiment van het causale verband is toe aan heroverweging: kan de schade aan de gedaagde worden toegerekend? Het eenvoudigste scenario is uiteraard: blijf vasthouden aan de voorzienbaarheid (viel redelijkerwijs te voorzien dat dit soort schade het *gevolg* zou zijn van deze gebeurtenis?), maar sta oogluikend toe dat steeds meer determinanten van normatieve aard, die met de voorzienbaarheid van de schade weinig te maken hebben, de grenzen van de toerekening bepalen. Aan de andere kant: eenvoud is slechts zo zelden kenmerk van het ware. Moeten we aan het inzicht dat het hier „*nicht eigentlich eine Frage der Kausalität*” betreft, niet de consequentie verbinden dat we bij de toerekeningsvragen die hier aan de orde zijn het denken en spreken in termen van oorzaak en gevolg moeten opgeven en moeten zoeken naar een nieuw uitgangspunt(19). Als zodanig zou in aanmerking kunnen komen: een normatief verrijkt schadebegrip. Schade niet louter boekhoudkundig opgevat als ieder vermogensnadeel, maar schade begrepen als aantasting van een belang dat in rechte bescherming verdient. De arbeidsongeschiktheid van personen behept met een neurotische behoefte aan schadevergoeding leidt zeker tot vermogensnadeel, maar het is nog maar de vraag of hun belang om gevrijwaard te blijven van het ongemak van een terugkeer naar de arbeidsmarkt behoort tot de belangen die in rechte bescherming verdienen.

VI. De ratio van het *sine qua non* vereiste

12. Drie brandende kwesties: Wanneer is omkering van de bewijslast ten aanzien van het *sine qua non* vereiste geboden? Waar zetten wij verlies van een kans op genezing op de agenda van het aansprakelijkheidsrecht: onder „causaal verband” of onder „schade”? Is art. 6:99 BW (alternatieve causaliteit) een aanvaardbare regel voor het Europese productenaansprakelijkheidsrecht? Het debat over deze vragen wordt aanmerkelijk verdiept als we ons vooraf rekenschap geven van

(19) Het Nederlandse art. 6:98 BW gaat niet zover. Weliswaar ontbreekt hierin een verwijzing naar de voorzienbaarheid van het gevolg, maar het stramen blijft de vraag of de schade kan worden toegerekend als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust.

de ratio van het *sine qua non* vereiste. Waarom moet in beginsel komen vast te staan dat zonder de onrechtmatige daad de schade niet zou zijn ingetreden? Het voorbeeld van een geval waarin de schadevergoedingseis werd afgewezen wegens het ontbreken van *sine qua non* verband kan licht werpen op de ratio van dit vereiste.

Happy New Year. In de vroege ochtend van 1 januari 1966 melden zich drie nachtwakers bij de balie van een ziekenhuis. Zij klagten over maagkrampen en aanhoudend braken na het drinken van thee. De verpleegkundige belt de dienstdoende arts: „*There are three men complaining of vomiting after drinking tea.*” Het antwoord van de arts is bondig: „*Well, I'am vomiting myself and I have not been drinking.*” Na deze telefonische diagnose van de vermoedelijke oorzaak van de maagklachten, voegt de arts eraan toe: „*Tell them to go home and go to bed and call in their own doctors.*” Korte tijd later overlijdt één van de nachtwakers aan een arsenicumvergiftiging. De schadevergoedingsvordering, ingesteld door de weduwe van de overledene, strandt. Weliswaar is sprake van *negligence* aan de kant van de arts, maar de rechter acht bewezen dat, gezien de ernst van de arsenicumvergiftiging, de nachtwaker ook zou zijn overleden, indien de arts onmiddellijk naar het ziekenhuis zou zijn gegaan en aldaar de patiënt had onderworpen aan een iets grondiger onderzoek(20).

De arts hangt wellicht een tuchtrechtelijke maatregel boven het hoofd, civielrechtelijk aansprakelijk is hij niet(21). Met het stellen van de *sine qua non* eis beoogt het recht te voorkomen dat iemand wordt veroordeeld tot vergoeding van schade die hij niet heeft veroorzaakt. De omstandigheid dat de aangesprokene een onrechtmatige daad heeft gepleegd is niet voldoende.

13. Het beginsel dat het civiele recht de aangesprokene moet vrijwaren van aansprakelijkheid voor schade die hij niet heeft veroorzaakt, moge vanzelfsprekend schijnen, absolute gelding heeft het zeker niet. In een groeiend aantal gevallen neemt het recht voor lief dat iemand wordt veroordeeld tot vergoeding van schade die met een niet onaanzienlijke waarschijnlijkheid niet door zijn onrechtmatige daad is veroorzaakt(22). Zijn de gronden om dit toelaatbaar te oordelen voldoende zwaarwegend? Zij moeten worden afgewogen tegen het gewicht van het beginsel dat aan het *sine qua non* vereiste ten

(20) *Barnett v Chelsea & Kensington Hospital*, [1968] 1 All L R 1068

(21) En dus evenmin het ziekenhuis waar hij werkzaam is

(22) En evenmin door een onrechtmatige daad van iemand voor wie hij kwalitatief verantwoordelijk is

grondslag ligt: hoe bezwaarlijk is het om iemand te veroordelen tot vergoeding van schade die met een redelijke mate van waarschijnlijkheid ook zonder zijn onrechtmatige daad zou zijn ontstaan?

VII. Omkering van de bewijslast terzake van het *sine qua non* vereiste

14. In Nederland is recent rumoer ontstaan over een door de Hoge Raad geïntroduceerde „omkeringsregel”: „Indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, is daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel gegeven en is het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.”

Een enkeling was van oordeel dat aldus het gehele aansprakelijkheidsrecht op zijn kop werd gezet en voorzag „Amerikaanse toestanden”: de uitwassen van de claimcultuur(23). Het bleek mee te vallen. In één van de arresten waarin de omkeringsregel wordt gehanteerd ging de Hoge Raad uit van de volgende feiten: L. is op vrijwillige basis opgenomen in het psychiatrisch centrum Sint Willibrord. Hij zou op 17 november worden ontslagen. In de nacht van 16 op 17 november verbleef L. buiten de inrichting. Hij is die nacht, na een telefonisch contact, naar de inrichting gekomen waar hij met het verpleegkundig nachthoofd heeft gesproken. L. was toen dronken. Hij heeft te kennen gegeven terug te willen naar zijn hotel. De verpleegkundige heeft vastgesteld dat hij een sleutel van zijn hotelkamer had, alsmede een bewijs van inschrijving en betaling. L. is per taxi vertrokken. Hij is niet naar het hotel waar hij zich had ingeschreven gegaan, maar naar een ander hotel. Dit bleek te zijn gesloten. L. heeft daarop aangebeld bij het huis van V. Diens zoon heeft de voordeur geopend, waarop L. het huis is binnengegaan. L. heeft het huis enige tijd later in brand gestoken.

De huiseigenaar vordert van Sint Willibrord vergoeding van zijn schade. Vast staat dat het verpleegkundig nachthoofd onrechtmatig heeft gehandeld door te verzuimen een psychiater te raadplegen

(23) C. L. DRION, *Nederlands Juristenblad* 2000, 1956 e.v.

alvorens L. te laten vertrekken. Maar was dit verzuim *condicio sine qua non* van de schade? Wat zou zijn gebeurd, indien het verpleegkundig nachthoofd niet zou hebben verzuimd een psychiater in te schakelen? Zou een zorgvuldig handelend psychiater L.'s vertrek hebben belet? In de feitelijke instanties is niets onbeproefd gelaten om antwoord te krijgen op deze vraag. Zeventien deskundigen gaven hun mening. Acht psychiaters meenden dat een zorgvuldig handelend psychiater L.'s vertrek inderdaad zou hebben belet. Negen vakgenoten dachten er anders over en waren van oordeel dat ook een zorgvuldig handelend psychiater L. zou hebben laten gaan. Het Hof brengt vervolgens de „complete verdeeldheid” onder de deskundigen ten laste van de gedaagde en veroordeelt Sint Willibrord tot vergoeding van de schade. De Hoge Raad verwerpt het tegen dit oordeel gericht cassatieberoep(24).

15. Toepassing van de omkeringsregel heeft tot gevolg dat onzekerheid omtrent de uitslag van de *sine qua non* test in volle omvang voor rekening komt van de gedaagde. Sint Willibrord wordt veroordeeld tot vergoeding van schade die met een niet onaanzienlijke mate van waarschijnlijkheid ook zonder de onrechtmatige gedraging van het verpleegkundig nachthoofd zou zijn ontstaan. Is dit een bezwaar?

Zeer bezwaarlijk zouden de gevolgen van de omkeringsregel zijn, indien het in het aansprakelijkheidsrecht louter zou gaan om een toepassing van verevenende rechtvaardigheid, waarbij uitsluitend de belangen van *deze* eiser en *deze* gedaagde in het geding zijn. De opkomst van de aansprakelijkheidsverzekering heeft echter tevens aan de verdelende rechtvaardigheid een vaste plaats op de agenda van het aansprakelijkheidsrecht verleend. De maatschappelijke rol van de aansprakelijkheidsverzekering is niet beperkt tot de bescherming van de verzekerde tegen de kwade kans dat een verplichting tot schadevergoeding *zijn* financiële draagkracht zou uitputten; bescherming van de slachtoffers van onrechtmatige daden tegen de kans dat hun schade onvergoed blijft, is een zeker zo gewichtige functie van de aansprakelijkheidsverzekering. In dat licht is het niet onredelijk het risico van een blijvende onzekerheid over het *sine qua non* verband onder de dekking van de aansprakelijkheidsverzekering te brengen.

De reikwijdte van de omkeringsregel wordt bovendien nog beperkt door de omstandigheid dat de eiser deze regel pas in stelling kan brengen als vast staat dat de gedaagde een norm heeft geschonden die

(24) HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584

ertoe strekt de eiser te beschermen tegen de geleden schade(25). De beperkende werking van deze relativiteitstoets kwam helder uit de verf in een geval waarin een arts had nagelaten de patiënt in te lichten over de risico's verbonden aan een polsoperatie. De Hoge Raad overwoog dat de op de arts rustende verplichting de patiënt op duidelijke wijze in te lichten over de risico's verbonden aan de voorgestelde behandeling niet ertoe strekt de patiënt te beschermen tegen deze risico's, maar ertoe strekt de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de voorgestelde behandeling zal geven. De Hoge Raad verbond daaraan de conclusie dat de omkeringsregel in dit geval toepassing miste en het aan eiseres was om te stellen en, zo nodig, te bewijzen dat zij, indien zij op duidelijke wijze was ingelicht over het aan de voorgestelde behandeling verbonden risico van beschadiging van een zenuw, als redelijk handelende patiënt in de gegeven omstandigheden niet gekozen zou hebben voor deze behandeling(26).

16. Beschikt de omkeringsregel over export-kwaliteit? Komt hij in aanmerking om ook elders in Europa te worden gerecipieerd, te beginnen in België? De vraag is met name actueel op het gebied van de productenaansprakelijkheid. Weliswaar is de toepasselijkheid van de omkeringsregel in de formulering van de Hoge Raad beperkt tot gedragingen die kunnen worden aangemerkt als onrechtmatige daad of wanprestatie en gaat het bij de productenaansprakelijkheid van de Richtlijn om risico-aansprakelijkheid, maar anderzijds is het in het verkeer brengen van een gebrekkig product bij uitstek een schending van een veiligheidsnorm: een product is gebrekkig indien het niet de veiligheid biedt die men daarvan mag verwachten (art. 6:186 BW). Een en ander afwegende lijkt het alleszins gerechtvaardigd de omkeringsregel ook van toepassing te achten op het terrein van de Europese productenaansprakelijkheid. Als bijvoorbeeld vaststaat dat een bepaald slaapmiddel niet de veiligheid biedt die men ervan mag verwachten, omdat het gebruik ervan leidt tot een onaanvaardbaar hoge kans op depressiviteit(27), is het niet onredelijk de bewijslast ten aanzien van het *sine qua non* vereiste om te keren en de producent in de gelegenheid te stellen te bewijzen dat deze eiser ook zonder het

(25) Zie daaromtrent C.H. SIEBURGH, „Wat beweegt de buitencontractuele aansprakelijkheid omstreeks 2000?“, *WPNR* 2001, 590.

(26) IIR 23 november 2001, *RvdW* 2001, 188.

(27) Vgl. IIR 30 juni 1989, *NJ* 1990, 652.

gebruik van dit slaapmiddel in eenzelfde staat van depressiviteit zou zijn geraakt als waarin hij thans verkeert(28).

VIII. Verlies van een kans op genezing

17. De dertienjarige Stephen John Hotson valt uit een boom en wordt naar het ziekenhuis gebracht. Daar wordt zijn heupletsel niet ontdekt. Na vijf dagen ondraaglijke pijn te hebben geleden, wordt hij teruggebracht naar het ziekenhuis. Deze keer wordt wél een juiste diagnose gesteld en ondergaat hij een spoedbehandeling. Tevergeefs, zijn heupletsel ontwikkelt zich tot blijvende invaliditeit.

De rechter is van oordeel dat de aanvankelijk onjuiste diagnose een medische fout opleverde. Voorts bepaalt hij, na uitvoerig en tegenstrijdig deskundigenbericht, dat de kans dat bij een tijdige juiste diagnose de invaliditeit zou zijn uitgebleven, moet worden geschat op 25%. De waarschijnlijkheid dat door de val reeds zoveel bloedvaten waren beschadigd dat ook een onmiddellijk juiste diagnose en behandeling de invaliditeit niet had kunnen voorkomen, is aanmerkelijk groter: 75%. De rechter veroordeelt het ziekenhuis tot vergoeding van 25% van de door het slachtoffer geleden schade.

Hier wordt een gedaagde veroordeeld tot (gedeeltelijke) vergoeding van schade die met een aanzienlijke mate van waarschijnlijkheid (75%) niet is veroorzaakt door een fout waarvoor de gedaagde verantwoordelijk is. Is dit een bezwaar? De *sine qua non* eis strekt ertoe gedaagden te vrijwaren van veroordeling tot vergoeding van schade die niet door hun fout is veroorzaakt. Is het geoorloofd de in dit vereiste gelegen bescherming prijs te geven als het gaat om de aansprakelijkheid van artsen en ziekenhuizen?

18. Een vraag vooraf: hebben we hier wel te maken met een probleem van causaal (*sine qua non*) verband? Is het toekennen van schadevergoeding wegens het verlies van een kans op genezing niet veel meer een kwestie van het begroten van de schade? De medische fout heeft met een waarschijnlijkheid van honderd procent het ontstaan van schade veroorzaakt. De omvang van de schade wordt gevormd door de grootte van de kans op genezing die verloren is gegaan. Ook de

(28) Zie over de omkeringstegel vooral, D J B I E N D I E R S, „Enige relativeringen van de omkeringsregel inzake causaal verband”, *NTBR* 2001, 278 e v en A J A K K I R M A N S, „De omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband”, *Tijdschrift voor Vergoeding van Personenschade* 2001, 93 e v, zie voorts in vergelijkbare zin als in dit picaadvies, J H N I J W I N H U I S, „De neus van Cleopatra”, *RM Themis* 2002, 1 e v

Engelse *trial judge* die moest oordelen over de vordering van Hotson stond voor deze tweesprong: „*In the end the problem comes down to one of classification. Is this on true analysis a case where the plaintiff is concerned to establish causative negligence or is it rather a case where the real question is the proper quantum of damage?*”

In België wordt de tweede benadering met verve verdedigd door Vansweevelt. Hij bestrijdt de kritiek die is uitgeoefend op de Franse en Belgische rechtspraak, een kritiek die erop neerkomt dat in die rechtspraak het schade-aspect wordt verward met een oorzakelijkheidsprobleem. Vansweevelt kiest met grote stelligheid voor classificatie van het probleem onder het schadebegrip: „Het verlies van de genezingskansen maakt *in casu* de schade uit.”(29).

IX. Causaal verband of schade?

19. Causaal verband of schade; wat maakt het uit? Een keuze voor de eerste, dan wel de tweede zienswijze is zeker geen lood om oud ijzer. Bij de benadering via het schadebegrip ligt een proportionele vergoeding van schade voor de hand. Dit heeft tot gevolg dat het verlies van een relatief kleine kans op genezing (10%) recht geeft op vergoeding van 10% van de schade, hoewel de kans dat het letsel niet is veroorzaakt door de arts zeer groot is: 90%. Omgekeerd vormt het verloren gaan van een zeer aanzienlijke kans op genezing (80%) aanleiding om de aan het slachtoffer toe te kennen schadevergoeding te verminderen met 20%, dit niettegenstaande het feit dat de kans dat het slachtoffer zonder de fout van de arts zou zijn genezen, zeer aanzienlijk is: 80%. Het Belgische Hof van Cassatie heeft deze laatste consequentie aanvaard en is akkoord gegaan met een door het Hof van Beroep toegepaste korting van 20% in een geval waarin door een fout van een arts een kans van 80% op het behoud van het rechterbeen verloren was gegaan(30).

In de eerste benadering, waarin het verlies van een kans wordt opgevat als een probleem van causaal (*sine qua non*) verband, ligt eerder een alles of niets resultaat in de rede. Is met een redelijke zekerheid komen vast te staan dat de schade is veroorzaakt door de onrechtmatige daad van de gedaagde, dan is deze aansprakelijk voor de gehele schade; een

(29) T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen, 1992, 382

(30) Cass. 19 januari 1984, *R.G.A.R.* 1986, nr. 11084. Zie daarover Vansweevelt in het in de vorige noot aangehaalde werk, 374

restand redelijke twijfel, een kans van 20% dat hij de schade niet heeft veroorzaakt, leidt niet tot een vermindering van de schadevergoeding met 20%. Indien, omgekeerd, die redelijke zekerheid niet bestaat, wordt de vordering integraal afgewezen, ook al zou sprake zijn van een geenszins te verwaarlozen kans (40%) dat de schade niettemin is veroorzaakt door de onrechtmatige daad van de gedaagde.

De keuze voor de eerste, dan wel de tweede benadering mag niet louter worden ingegeven door een onberedeneerde voorkeur voor, hetzij een alles of niets inzet aan de roulettetafel van het schadevergoedingsrecht, hetzij een proportionele verdeling van de schade tussen eiser en gedaagde.

X. Tweeërlei kansbegrip

20. De ontologische status van het verlies van een kans, opgevat als schade, is uiterst problematisch⁽³¹⁾. Schade is altijd aantasting van *iets*. Dat „iets” hoeft niet *per se* van stoffelijke aard te zijn, zoals een etalageruit die door een uit de bocht gevlogen vrachtauto aan scherven is gereden; het kan ook gaan om iets onstoffelijks als de „eer” van politicus A, die door een perspublicatie is aangetast. Wat voor soort „iets” is nu een kans die door een onrechtmatige daad verloren is gegaan. Kans is steeds: *onzekerheid* omtrent de loop der gebeurtenissen. Hierbij moeten we onderscheid maken tussen onzekerheid ten aanzien van hetgeen in de toekomst zal geschieden en onzekerheid met betrekking tot de toedracht van feiten die zich in het verleden hebben afgespeeld. Van beide een voorbeeld.

Bij gelegenheid van het aanstaande huwelijk van het koninklijk bruidspaar worden vier even gerenommeerde banketbakkers uitgenodigd een bruidstaart te vervaardigen en die taart in de vroege ochtend van de huwelijksdag ten paleize te presenteren. Een deskundige jury zal aldaar de winnende taart kiezen. Het bruidspaar zal deze taart tijdens het feestelijk noenmaal aansnijden. De winnaar ontvangt duizend gouden dukaten. Eén van de vier even gerenommeerde banketbakkers heeft evenals zijn drie even gerenommeerde collega's een vorstelijke, uit drie etages bestaande, bruidstaart gebakken. Juist voordat hij met zijn taart bij de leveranciersingang van het paleis

(31) Zie over het kansbegrip ook D. P. L. P. R. KORN, *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag, 2000, 59 e v.

aankomt, wordt zijn bestelauto zijdelings geramd door een van links komende vrachtauto. De taart is onherstelbaar geruïneerd.

Met betrekking tot deze onfortuinlijke banketbakker kan met recht worden gezegd dat het verlies van zijn kans om te winnen valt aan te merken als schade. Een toekomstige onzekere gebeurtenis (het winnen van duizend dukaten) is door de fout van de bestuurder van de vrachtauto omgezet in zekerheid: het niet winnen van duizend dukaten.

Waar het gaat om onzekerheid ten aanzien van de toedracht van feiten die zich in het verleden hebben afgespeeld, is het kansbegrip van geheel andere aard.

Bij A wordt een taart bezorgd die bestemd was voor B. A verorbert de taart tot op de laatste kruimel. Enige tijd later krijgt A last van hevige maagkrampen. Hij meldt zich bij zijn arts. Na een vluchtig onderzoek luidt diens diagnose: buikgriep. Norit slikken en het bed houden. Zes uur later overlijdt A. De taart bevatte een dosis pyroflamine, een gif dat wordt gebruikt bij de bestrijding van ratten⁽³²⁾. Desgevraagd verklaren deskundigen dat indien A een dosis pyroflamine zou hebben binnengekregen van 10 ml. of méér, ook een onmiddellijke ingreep zonder resultaat zou zijn gebleven en A's dood onvermijdelijk was. Bij een dosis kleiner dan 10 ml. zou een tijdige en adequate ingreep hebben geleid tot algeheel herstel. Iedere mogelijkheid om met zekerheid vast te stellen hoeveel pyroflamine de taart bevatte, ontbreekt evenwel. Als we nu zeggen dat een reële kans bestaat dat A minder dan 10 ml. pyroflamine heeft binnengekregen, heeft het kansbegrip louter betrekking op onze onwetendheid met betrekking tot hetgeen zich in het verleden heeft afgespeeld. Dat verleden zelf ligt echter volledig vast. De hoeveelheid pyroflamine die A binnen had gekregen toen hij zich meldde bij zijn arts, staat eens en voor altijd vast.

21. Van een kans in de eerstbedoelde zin (een toekomstige onzekere gebeurtenis) is sprake als het gaat „om de vraag of, en zo ja in welke mate, de cliënt van een advocaat schade heeft geleden als gevolg van het feit dat deze laatste heeft verzuimd hoger beroep in te stellen tegen een vonnis waarbij die cliënt in het ongelijk was gesteld. Voor het antwoord op deze vraag moet in beginsel worden beoordeeld hoe de appelrechter had behoren te beslissen, althans moet het te dier zake toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de appelland in hoger beroep, zo dit ware ingesteld, zou hebben gehad”⁽³³⁾.

(32) Zie voor een strafrechtelijke variant van deze casus, IIR 19 juni 1911, *W* 9203; Hloornse taart.

(33) IIR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257.

the risk to the plaintiff. The evaluation of a substantial chance was a question of quantification of damages, the range lying somewhere between something that just qualified as real or substantial on the one hand and near certainty on the other.”

Het door Simmons&Simmons ingestelde hoger beroep wordt verworpen(34).

XI. Kans als onzekerheid omtrent een zeker verleden

22. Bij de vordering van de dertienjarige jongen die uit een boom is gevallen, verwijst het kansbegrip naar onze onzekerheid omtrent de toedracht van feiten die zich in het verleden hebben afgespeeld. Hoeveel bloedvaten waren beschadigd toen Hotson voor de eerste maal naar het ziekenhuis werd gebracht? Reeds zoveel dat ook een onmiddellijke en adequate behandeling niet had kunnen voorkomen dat Hotson's heupletsel zou leiden tot blijvende invaliditeit? Het aantal op dat moment reeds beschadigde bloedvaten ligt eens en voor altijd vast. De omstandigheid dat wij niet weten hoeveel bloedvaten dat waren, laat onverlet dat door de val een exact bepaald aantal bloedvaten beschadigd werd; niet één méér en niet één minder.

Door de rechter gevraagd naar wat hij bedoelde met „een kans op genezing van 25%” antwoordde de raadsman van Hotson dat indien 100 mensen eenzelfde ongeval was overkomen als Hotson, 75 van hen blijvend invalide zouden zijn geraakt en 25 van hen zouden zijn genezen. Dit is echter een statistisch gegeven dat niets zegt over het genezingsperspectief van Hotson. Diens kans op genezing werd volledig bepaald door het aantal bloedvaten dat reeds door de val uit de boom was beschadigd. Dat aantal stond, zoals gezegd, vast.

De *House of Lords*(35) was niet gecharmeerd van de proportionele aanpak van de *trial judge* in *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority*: vergoeding van 25% van de door Hotson geleden schade. Lord Mackay citeerde de woorden van Lord Diplock: „*In determining what did happen in the past a court decides on the balance of probabilities. Anything that is more probable than not it treats as certain.*”

(34) *Allied Maples Group Ltd v. Simmons&Simmons (a firm)*; [1995] 4 All ER 907.

(35) *Hotson v. East Berkshire Area Health Authority* [1987] AC 750.

Evenals de banketbakker die door de fout van een vrachtwagenchauffeur de kans verliest om de prijs voor de mooiste taart in de wacht te slepen, verliest de cliënt door een fout van zijn advocaat de kans om de procedure in hoger beroep te winnen. De afloop van het hoger beroep, indien dit tijdig zou zijn ingesteld, is een toekomstige onzekere gebeurtenis. Die afloop wordt niet reeds bepaald door het verloop van het geding in eerste instantie. In hoger beroep zou de cliënt de kans hebben gehad door het aanvoeren van nieuwe argumenten het geschil in zijn voordeel te doen beslechten. Het is dan ook begrijpelijk dat de Hoge Raad de rechtsvraag kwalificeert als een probleem van vaststelling en begroting van de *schade*. Proportionele aansprakelijkheid, in evenredigheid met de uitkomst van een schatting van de goede en kwade kansen in hoger beroep, ligt voor de hand.

Ook het Engelse recht localiseert het verlies van een kans van dit type: een toekomstige onzekere gebeurtenis, onder de rubriek „schade” en niet onder het hoofd „causaal verband”. Solicitors van Simmons&Simmons hadden nagelaten hun cliënt Allied Maples te waarschuwen voor mogelijke *liabilities* verbonden aan de overname door Allied Maples van een groep bedrijven. Toen deze *liabilities* realiteit werden, eiste Allied Maples schadevergoeding van Simmons&Simmons op grond van de stelling dat zij door het verzuim de kans had verloren om door verdere onderhandelingen met de wederpartij bescherming te verkrijgen tegen deze *liabilities*. De rechter in eerste aanleg honoreerde de vordering. In hoger beroep voerden Simmons&Simmons aan dat onvoldoende zeker was dat verdere onderhandelingen inderdaad een betere bescherming zouden hebben opgeleverd. De *Court of Appeal* kwalificeerde de rechtsvraag als een kwestie van schadebegroting (*quantification of damages*) en niet als een probleem van causaal verband (*causation*): „*Where the plaintiff's loss resulting from the defendant's negligence depended on the hypothetical action of a third party (...) the issue fell within the sphere of quantification of damages dependent on the evaluation of the chance that the third party would have taken the action which would have enabled the loss to be avoided, rather than causation, where the plaintiff could only succeed if he showed on a balance of probability that the third party would have taken that action.*”

Nu het kansverlies wordt opgevat als een probleem van het begroten van schade, leidt dit als vanzelf tot een proportionele aansprakelijkheid: „*The plaintiff was entitled to succeed provided he showed that there was a substantial, and not merely a speculative, chance that the third party would have taken the action to confer the benefit or avoid*

Indien het in de ogen van de rechter *more likely than not* is dat door de val uit de boom reeds zoveel bloedvaten waren beschadigd dat invaliditeit onvermijdelijk was, wordt de vordering integraal afgewezen. Is het daarentegen waarschijnlijker dat voldoende bloedvaten de val hadden overleefd om, na prompt ingrijpen, genezing mogelijk te maken, dan wordt de vordering in volle omvang toegewezen. Aangezien het in de *Hotson* zaak aanmerkelijk *more likely than not* was dat door de val reeds zoveel bloedvaten waren beschadigd dat ook een onmiddellijke juiste diagnose en behandeling de blijvende invaliditeit niet hadden kunnen voorkomen, diende de vordering van *Hotson* te worden afgewezen.

23. Deze alles of niets benadering wekt op het eerste gezicht een ouderwetse indruk. Proportionele aansprakelijkheid oogt moderner. Toch is enig conservatisme op dit punt geboden. De ratio van het *sine qua non* vereiste is geenszins achterhaald: zoveel mogelijk moet worden voorkomen dat iemand wordt veroordeeld tot vergoeding van schade die hij niet heeft veroorzaakt. Hoe vervelend is het voor een arts te worden veroordeeld tot vergoeding van schade die hij met een grote mate van waarschijnlijkheid (75%) niet heeft veroorzaakt? Dat valt best mee, zo zou men kunnen menen: de arts hoeft slechts 25% van de door het slachtoffer geleden schade voor zijn rekening te nemen en bovendien zal hij dit bedrag in de regel kunnen verhalen op zijn aansprakelijkheidsverzekeraar.

Daar staat tegenover dat, los van de financiële consequenties, de emotionele belasting van een debat over de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de arts, niet alleen voor de patiënt, maar ook voor de arts zeer groot is. De eis dat met een redelijke mate van zekerheid — in ieder geval meer dan 50% — komt vast te staan dat de schade zonder de fout van de arts zou zijn uitgebleven, werpt een geduchte drempel op tegen het lichtvaardig besluiten tot het instellen van een rechtsvordering. Zou deze drempel worden geslecht, dan wordt het aantrekkelijk een kans te wagen. Ook al is naar alle waarschijnlijkheid de schade *niet* veroorzaakt door de fout van de arts, geheel uit te sluiten valt het evenmin. Als er al voor de eiser geen dertig procent inzigt, dan wellicht twintig, of tien? In ieder geval zal het vooruitzicht van een onbepaalde proportionaliteit bij het toekennen van schadevergoeding de arts en zijn aansprakelijkheidsverzekeraar eerder rijp maken voor het besluit tot aanvaarding van het aanbod om de zaak te schikken.

De proportionaliteit kan zich uiteraard ook keren *tegen* het slachtoffer. Waarom is het redelijk dat iemand wiens rechterbeen is afgezet,

genoegen moet nemen met een korting van 20% op de door hem te ontvangen schadevergoeding, wanneer met zeer grote waarschijnlijkheid (80%) de noodzaak van amputatie is veroorzaakt door een fout van de arts?

Kortom. Bij het bepalen van een Europese koers voor het aansprakelijkheidsrecht in gevallen van het type: de Engelse heup en het Belgische been, verdient het Londense kompas de voorkeur.

XII. Alternatieve causaliteit in het Europese productenaansprakelijkheidsrecht?

24. Een groot aantal producenten heeft het geneesmiddel DES (ter voorkoming van miskramen) op de markt gebracht. Dochters waarvan de moeder tijdens de zwangerschap DES heeft gebruikt, voeren aan dat dit bij hen een bepaalde vorm van kanker heeft veroorzaakt. De dochters zijn evenwel niet in staat aan te tonen welke producent de DES in het verkeer heeft gebracht die door hun moeder is gebruikt.

De Hoge Raad honoreert het door de dochters gedane beroep op art. 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.”

De dochters kunnen, aldus de Hoge Raad, volstaan met te stellen:

- (I) dat het betrokken farmaceutische bedrijf in de relevante periode DES in het verkeer heeft gebracht en daarvoor wegens een door hem gemaakte fout aansprakelijk is;
- (II) dat er nog een of meer andere — al dan niet in het geding betrokken — producenten zijn die in de relevante periode eveneens DES in het verkeer heeft (hebben) gebracht en die daarvoor eveneens wegens een fout aansprakelijk is (zijn);
- (III) dat zij schade heeft geleden en dat de schade het gevolg is van DES-gebruik, maar dat niet meer is vast te stellen van wie het gebruikte DES afkomstig is.

Ieder der gedagvaarde producenten is vervolgens aan zet om ter afwering van zijn aansprakelijkheid te stellen en, zo nodig, te bewijzen dat de schade van deze DES-dochter niet het gevolg is van het gebruik van door hem in het verkeer gebrachte DES. Slaagt hij daarin

niet, dan is hij aansprakelijk voor de gehele schade van de desbetreffende eiseres(36).

Toepassing van deze regel van alternatieve causaliteit op het terrein van de productenaansprakelijkheid kan ertoe leiden dat een producent met een marktaandeel van tien procent wordt veroordeeld tot het vergoeden van schade die met grote waarschijnlijkheid (negentig procent) niet door zijn product is veroorzaakt. Is dit een bezwaar?

25. Het gebruik van de Nederlandse taal biedt de Hoge Raad doorgaans voldoende bescherming tegen de kritische blik van het buitenland. Het DES-arrest vormt een uitzondering. Von Bar schrijft erover dat deze uitspraak „*einem in der Welt des conditio sine qua non-Testes aufgewachsenen Juristen geradezu skandalös erscheinen wird.*” Hij voegt eraan toe dat zijn voorstel om een soortgelijke regel voor het Duitse recht te aanvaarden, bij gelegenheid van de Duitse Juristendag in 1998 met grote meerderheid is afgewezen(37).

Ook het Belgische recht biedt de DES-dochters weinig perspectief: „*If the DES-case or any similar case in which victims of an unidentified drug manufacturer seek for compensation, should be taken to court in Belgium, under the present state of Belgian law, the plaintiffs would be unsuccessful. (...) In Belgium the causal relationship in product liability cases will be evaluated according to the equivalence theory and the claims against unidentified producers will be dismissed.*”(38)

De Commissie van de Europese Gemeenschappen loopt evenmin over van geestdrift. In haar commentaar op de door de Hoge Raad in het DES-arrest geformuleerde hoofdelijke aansprakelijkheid van producenten voor de gehele schade van de DES-dochters wordt fijntjes opgemerkt: „*It seems that no other similar cases exist and that there is no need for introducing this concept.*”(39)

Toch lijkt niet goed voorstelbaar dat elders in Europa het zonder pardon afwijzen van de schadevergoedingsvordering van de DES-dochters alom als redelijk wordt ervaren. In Nederland is vrijwel niemand te vinden die een dergelijke uitkomst als redelijk aanprijst. Wel geeft een belangrijk aantal commentatoren de voorkeur aan de minder ver reikende aansprakelijkheid die de Advocaat-Generaal

(36) IIR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535

(37) Chr VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II*, München, 1999, 442 e v

(38) I GLIERS, *European Review of Private Law*, 1994, 448 e v, zie daarover H COUSY en A VANDERSPIJKER in J. SPIER (ed.), *Unification of Tort Law Causation*, The Hague, 2000, 36

(39) Report from the Commission on the Application of Directive 85/374 on Liability for Defective Products, Brussels 31 januari 2001

Hartkamp in zijn conclusie voor het DES-arrest bepleitte: (externe) marktaandeelaansprakelijkheid. Een producent met een marktaandeel van tien procent is aansprakelijk voor tien procent van de door de eiseres geleden schade.

Voordeel van deze benadering is dat aldus wordt voorkomen dat de producent wordt veroordeeld tot vergoeding van méér schade dan hij ooit kan hebben veroorzaakt. In theorie is denkbaar dat alle DES-dochters hun vordering zouden richten tot één producent, de markt-leider met een marktaandeel van veertig procent. Als hij op de voet van het DES-arrest hoofdelijk aansprakelijk is voor de gehele schade van alle DES-dochters tezamen, is hij gehouden tot vergoeding van schade die voor een aanzienlijk deel (60%) niet door hem is veroorzaakt.

De overtuigingskracht van dit voorbeeld is allerm minst verpletterend. In de eerste plaats is het zo dat de als enige aangesproken producent de overige producenten in vrijwaring zal roepen om zo de gehoudenheid tot schadevergoeding onderling, in evenredigheid met ieders markt-aandeel, te solidariseren. In de tweede plaats hebben de DES-dochters, ook onder het regime van het DES-arrest er belang bij aanmerkelijk méér dan slechts één producent te dagvaarden. Dusdoende verkleinen zij de kans dat de door hen gedagvaarde producenten slagen in het bewijs dat de schade van deze eiseres niet het gevolg is van door hen in het verkeer gebrachte DES. („De moeder van deze eiseres woonde in Oost-Groningen en de aangesproken Belgische producent heeft in de relevante periode slechts DES geleverd aan apothekers in Zeeland, Noord-Brabant en Limburg”).

26. Aan de (externe) marktaandeelaansprakelijkheid kleeft daarentegen een bezwaar dat minder gemakkelijk terzijde kan worden geschoven. Om haar schade integraal vergoed te krijgen, zou iedere DES-dochter tientallen, zo niet honderden, producenten moeten dagvaarden. Beperkt zij het aantal door haar gedagvaarde producenten tot, bijvoorbeeld, zeven, dan blijft een aanzienlijk deel van haar schade onvergoed.

Hoofdelijke aansprakelijkheid voor een producent met een markt-aandeel van tien procent voor schade die met een waarschijnlijkheid van negentig procent niet is veroorzaakt door zijn product. Hoe valt een zo zware inbreuk op de strekking van het *sine qua non* vereiste te rechtvaardigen? Waarom is het ook voor de jurist die, in de woorden van Von Bar, is opgegroeid in de wereld van de *sine qua non* test, niet nodig dat hij deze aansprakelijkheid ervaart als een schandaal?

Dit wordt duidelijk wanneer wij het perspectief verbreden en, naast overwegingen van verevenende rechtvaardigheid, ook het aspect van

de verdelende rechtvaardigheid onder ogen zien. Aangenomen, er zijn duizend DES-dochters, elk met een schade van 100.000 €. Zij hebben tezamen een schade geleden van 100.000.000 (zegge: honderd miljoen) €. De plicht van schadeveroorzakers om schade te vergoeden die is veroorzaakt door een gebeurtenis waarvoor zij aansprakelijk zijn, vormt het morele fundament van ons aansprakelijkheidsrecht. Een radicaal *let the damages lie where they fall* is wellicht op het eerste gezicht goedkoper, maar zeker minder rechtvaardig. De situatie waarin bereikt wordt dat de schade voor rekening komt van de producenten, respectievelijk hun verzekeraars, verdient uit een oogpunt van verdelende rechtvaardigheid de voorkeur boven de situatie waarin de DES-dochters hun schade zelf moeten dragen, omdat zij niet kunnen aantonen wie de producent is, wiens DES in hun geval de schade heeft veroorzaakt. Weliswaar is onzeker *welke* DES-dochters het slachtoffer zijn geworden van DES die in het verkeer is gebracht door *deze* producent met een marktaandeel van tien procent, maar zeker is dat het gaat om honderd DES-dochters met een gezamenlijke schade van tien miljoen €. Als deze producent tien miljoen € bijdraagt in de schadevergoeding die aan de gezamenlijke DES-dochters dient te worden uitgekeerd, wordt hem geen enkel onrecht aangedaan. Hetzelfde geldt voor de andere producenten met betrekking tot de overige 900 DES-dochters. Wanneer iedere producent in evenredigheid met zijn marktaandeel bijdraagt aan de negentig miljoen € waarop deze DES-dochters tezamen recht hebben, wordt deze producenten in geen enkel opzicht tekort gedaan. Iedere producent betaalt exact het bedrag dat hij zou hebben betaald, indien het verloop van de causale lijnen volstrekt transparant zou zijn geweest en iedere DES-dochter kon aangeven van welke producent de door haar moeder gebruikte DES afkomstig was.

Het aansprakelijkheidsregime van het DES-arrest komt het dichtst in de buurt van deze optimale situatie. Weliswaar zal het optimum nooit ten volle worden bereikt omdat het wegvallen van de bijdrage van producenten die door faillissement van het toncel zijn verdwenen ten laste komt van de overige producenten, maar daar staat tegenover dat ook niet alle DES-dochters een claim zullen indienen. Sommigen niet omdat de emotionele belasting te groot is, anderen niet omdat zij inmiddels zijn overleden.

Bijkomend voordeel van de hoofdelijke aansprakelijkheid is dat daarvan voor producenten en hun aansprakelijkheidsverzekeraars de sterkste prikkel uitgaat om ten behoeve van de slachtoffers een adequaat gevuld schadefonds te vormen, waaruit *buiten rechte* uitkeringen

kunnen worden gedaan. In Nederland is inmiddels een begin gemaakt met de vorming van een dergelijk fonds. De farmaceutische bedrijven en hun aansprakelijkheidsverzekeraars hebben een bedrag van 35 miljoen € beschikbaar gesteld(40).

De slotsom kan zijn dat, anders dan gesuggereerd door de Europese Commissie, er absoluut geen reden is om het onderwerp van de alternatieve causaliteit, zoals uitgewerkt in het DES-arrest, af te voeren van de agenda voor het debat over het Europese producten-aansprakelijkheidsrecht.

XIII. Toerekening naar redelijkheid

27. De eis van *sine qua non* verband is niet voldoende om de omvang van de aansprakelijkheid op redelijke maat te snijden. Voor de aansprakelijkheid van de Gemeenschap op grond van art. 288 EG eist het Hof van Justitie een voldoende *rechtstreeks* verband(41). Ten aanzien van het algemene leerstuk van toerekening van schade vertoont het nationale recht van de Lid-Staten een rijke verscheidenheid als het erom gaat greep te krijgen op de eis van voldoende rechtstreeks verband.

Bestaat tussen de gebeurtenis waarop de schade berust en de schade wel een *adequaat* verband? Was dit soort schade wel *foreseeable* als gevolg van deze gebeurtenis? Kan deze schade, mede gezien de *aard van de aansprakelijkheid* en de *aard van de schade* als gevolg van die gebeurtenis aan de schuldenaar worden toegerekend? Valt uit deze Duitse, Engelse en Nederlandse ingrediënten een aantrekkelijke euro-cocktail te mixen? Met betrekking tot productenaansprakelijkheid waagt Wissink een poging: „Een (...) Europeesrechtelijke invulling zou kunnen plaatsvinden aan de hand van een adequatietheorie. Artikel 6:98 biedt daarvoor mijns inziens de ruimte (...). Binnen de toerekening naar redelijkheid kan een Europees adequatie-criterium gehanteerd worden door bij de beoordeling van het causale verband het gezichtspunt voorzienbaarheid centraal te stellen. (...) Steeds indien sprake is van aansprakelijkheid op basis van artikel 6:185 („aard van de aansprakelijkheid”) en van schade in de zin van artikel

(40) NRC-Handelsblad 10 november 2001.

(41) Hof van Justitie 4 oktober 1979, *Jur. H.v.J.* 1979, 3117; Dumortier Frères.

6:190 („aard van de schade”) zal de omvang van de aansprakelijkheid afhangen van het Europeesrechtelijk in te vullen gezichtspunt voorzienbaarheid.”(42)

Hoe aantrekkelijk is een aan de hand van een adequatie-theorie Europeesrechtelijk in te vullen gezichtspunt „voorzienbaarheid” dat strookt met de toerekeningsfactoren van art. 6:98 van het Nederlands Burgerlijk Wetboek (aard van de aansprakelijkheid en aard van de schade)?

In het voorstel van Wissink wordt het hoofdbestanddeel gevormd door het „Europeesrechtelijk in te vullen gezichtspunt voorzienbaarheid”. Waarop berust de blijvende aantrekkingskracht van de voorzienbaarheid als maatstaf ter bepaling van de grenzen van de aansprakelijkheid? De natuurlijke thuishaven van het voorzienbaarheids criterium is niet een risico-aansprakelijkheid als de Europese productenaansprakelijkheid, maar het algemeen fonds van het aansprakelijkheidsrecht: de aansprakelijkheid gebaseerd op schuld („anders handelen dan een normaal vooruitziend en zorgvuldig persoon zou hebben gedaan”(43)).

28. Langs twee lijnen is de voorzienbaarheid als causaliteitsmaatstaf verbonden met het schuldbeginsel als fundering van aansprakelijkheid.

In de eerste plaats lijkt het niet onredelijk tot uitgangspunt te nemen dat de veroorzaker geen verwijt valt te maken van een gevolg dat ligt buiten het gezichtsveld van een normaal vooruitziend persoon. Het schuldbeginsel („geen aansprakelijkheid zonder schuld”) verzet zich tegen toerekening van dit niet verwijtbare gevolg.

In de tweede plaats ligt in het schuldbeginsel een ferme proportionaliteits eis besloten („geen onvoorzienbaar omvangrijke aansprakelijkheid in geval van een zeer geringe schuld”). Dit is de wijze waarop de hiervoor reeds aangehaalde Viscount Simonds de voorzienbaarheid ten troon heft als dominante causaliteitsmaatstaf: „*It does not seem consonant with current ideas of justice or morality that for an act of negligence, however slight or venial, which results in some trivial foreseeable damage the actor should be liable for all consequences however unforeseeable and however grave.*”

(42) M H WISSINK, *Richtlijnconforme interpretatie van burgerlijk recht*, Deventer, 2001, p 267

(43) Zie daarover W VAN GELVIN en S DE COVIMAKIR, *Verbintenissenrecht*, Leuven, 2001, 239 e v

Het probleem met het vrijwaren van de dader van aansprakelijkheid voor niet voorzienbare schade is uiteraard: waarom is het wèl *consonant with current ideas of justice or morality* dat het slachtoffer, voor wie de schade even onvoorzienbaar was, en die, anders dan de dader, niet onrechtmatig heeft gehandeld, de schade zelf moet dragen?

29. Geen enkel onderdeel van het burgerlijk recht doet zozeer een beroep op ons voorstellingsvermogen als het vereiste van causaal verband. De organisatoren van een veiling van vee hebben nagelaten te zorgen voor een adequate opsluiting van de te veilen dieren. Een koe windt zich tijdens de veiling om onopgehelderde redenen zozeer op dat zij de benen neemt, door de stad rent, naar de eerste verdieping van een huis klautert, door het plafond zakt van de winkel die op de begane grond van dat huis is gevestigd, tijdens de val een waterleiding beschadigt, met als gevolg dat de aldaar aanwezige winkelvoorraad onherstelbaar beschadigt raakt. De door de winkelier tegen de organisatoren van de veiling ingestelde vordering tot vergoeding van de schade wordt afgewezen wegens onvoorzienbaarheid van de schade(44). Met welke van onze *current ideas of justice or morality* strookt het dat de schade van deze winkelier onvergoed blijft, terwijl de vordering van de eigenaar van een door de koe beschadigde auto, geparkeerd in de onmiddellijke nabijheid van de veiling, wel zou worden toegewezen?

Het Engelse recht heeft de koers van het voorzienbaarheidsvereiste allengs verlegd. De eis van voorzienbaarheid ziet niet zozeer op de loop der gebeurtenissen die tot de schade hebben geleid (die in het geval van de door het plafond gezakte koe inderdaad tamelijk buitenissig is), als wel op de *schadesoort*. Heeft het verzuim geleid tot *a kind of damage* die redelijkerwijs voorzienbaar was? Het ontstaan van zaakschade als gevolg van het ontsnappen van een koe is zeker niet onvoorzienbaar.

Engelse auteurs constateren dat aldus het probleem niet wordt opgelost, maar wordt verschoven: *"The difficulty here lies in knowing what is meant by the „kind of damage” which the defendant should have foreseen"*(45)

Gaat het bij de verschillende *kinds of damage* om ruime rubricken, zoals letselschade tegenover *pure economic loss*, of moet binnen deze rubricken nog nader onderscheid worden gemaakt en is blijvende

(44) *Cameron v Hamilton's Auction Marts Ltd*, S L T 1955, p 74, besproken door Von Bar in het in noot 2 aangehaalde werk, 480

(45) B S MARKI SINIS en S F DI AKIN, *Tort Law*, Oxford, 1994, 186

invaliditeit als gevolg van de val uit een boom een andere *kind of damage* dan duurzame arbeidsongeschiktheid als gevolg van het opvlammen van een schadevergoedingsneurose?

„*The situation is a mess. The time has surely come to move on and to reconstruct the law on more rational lines.*” Aldus David Howarth, die vervolgens twijfelt aan de noodzaak van een maatstaf om te bepalen welke gevolgen in een te verwijderd verband staan om nog te kunnen worden toegerekend: *can remoteness be dispensed with?*(46)

XIV. Afscheid van de normale lijn der verwachtingen als toerekeningsmaatstaf?

30. Ondanks het besef dat het bij de tweede stap niet echt gaat om een vraag van causaliteit, blijft vrijwel overal de *modus operandi* van de toerekening gehuld in termen van oorzaak en gevolg. Ook in art. 6:98 BW, waarvan Von Bar schrijft dat daarin „*deutlicher als in jeder anderen europäischen Vorschrift*” tot uitdrukking wordt gebracht dat bij deze toerekening sprake is van samenloop van verschillende maatstaven die op elkaar moeten worden afgestemd(47), is de causale terminologie gehandhaafd. Nagegaan moet worden of de schade nog wel als *gevolg* van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust aan de schuldenaar kan worden toegerekend. Consequentie is dat het toerekeningsperspectief wordt bepaald door één, Archimedisches punt: de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust. Vervolgens wordt van daaruit gezien of de schade niet in een te verwijderd verband staat tot die gebeurtenis. Kan de schade nog worden aangemerkt als gevolg van die gebeurtenis?

Nu is het ontegenzeggelijk zo, dat „voorzienbaarheid” en „de normale lijn der verwachtingen” waardevolle hulp bieden bij het maken van een eerste, *prima facie*, schifting van toerekenbare en niet-toerekenbare schade. Voorts leveren zij voor het gros der gevallen een adequate standaard-formulering ter motivering van het vonnis. De rechter kan het niet nader toegelichte verweer van gedaagde dat de redelijkheid zich verzet tegen toerekening van deze schade in de regel op bondige wijze verwerpen met de mededeling dat de schade het voor-

(46) *Textbook on Tort*, London, 1995, p. 154 e.v.

(47) Chr. VON BAR in het in noot 2 aangehaalde werk, 473.

zienbare gevolg was van de door gedaagde gepleegde onrechtmatige daad.

Daar staat tegenover dat in een aantal gevallen de causale metaforiek (Is het verband niet te verwijderd om de schade nog als *gevolg* toe te rekenen?) de blik eerder vertroebelt, dan verheldert.

Een speelgoedfabrikant is zeer wel in staat te voorzien dat ouders onnoemelijk leed wordt berokkend als hun kind overlijdt, nadat het een vrij gemakkelijk los te peuteren oog van een speelgoedbeer heeft ingeslikt. Dit leed ligt, met andere woorden, ruimschoots binnen de normale lijn der verwachtingen. Het antwoord op de vraag of de ouders jegens de fabrikant aanspraak kunnen maken op vergoeding van hun „affectieschade” wordt evenwel in het geheel niet bepaald door de voorzienbaarheid van deze schade. Bij de invoering van het nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 stond de wetgever afwijzend tegenover vergoeding van affectieschade. Dit standpunt werd toegelicht met een verwijzing naar „de vrees voor commercialisering van verdriet”(48). Thans, tien jaar later meent de Hoge Raad een kentering in de rechtsopvattingen te bespeuren: „Niet uitgesloten is dat het wettelijk stelsel onvoldoende tegemoetkomt aan de maatschappelijk gevoelde behoefte om aan degenen die in hun leven de ernstige gevolgen moeten ondervinden van het overlijden van een persoon tot wie zij in een affectieve relatie hebben gestaan, enige vorm van genoegdoening te verschaffen.”

De Hoge Raad overweegt vervolgens dat het de rechtsvormende taak van de rechter te buiten gaat om, in afwijking van het wettelijk stelsel, een vergoeding toe te kennen(49).

In het debat over de (on)wenselijkheid van de vergoeding van affectieschade spelen „voorzienbaarheid” en „de normale lijn der verwachtingen” geen enkele rol. Hoe *waardeert* de samenleving het toekennen van smartengeld aan ouders die hun kind hebben verloren door een gebeurtenis waarvoor een ander verantwoordelijk is: als „commercialisering van verdriet” of als „vorm van genoegdoening” die uiteraard het verlies in geen enkel opzicht kan goedmaken, maar toch van waarde is als erkenning van het ondervonden onrecht? Dit waardeoordeel vormt de spil van het debat over de toerekenbaarheid van affectieschade.

(48) Parlementaire Geschiedenis Boek 6, 388 e v

(49) IIR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240

31. De Duitse, Engelse en Nederlandse benaderingen via respectievelijk de *Adäquanz*-maatstaf, de *remoteness* test en de toerekening van de schade als „gevolg” van de onrechtmatige daad hebben alle drie gemeen dat zij het perspectief van de dader tot uitgangspunt nemen. Kan hem dit „*ganz unwahrscheinliche*” gevolg „*billigerweise*” nog worden „*zugemutet*”? Strookt het met onze „*current ideas of justice or morality*” om de *actor* aansprakelijk te houden voor gevolgen die „*unforeseeable*” zijn? Is het nog wel redelijk deze schade, die in een ver verwijderd verband staat tot de onrechtmatige daad, toe te rekenen aan de dader? De benadeelde komt niet in beeld; voor hem is de schade zeer nabij. Zij is bovendien veroorzaakt door een onrechtmatige daad van een ander. De ruimtelijke beeldspraak (*too remote*, te verwijderd verband) vertroebelt de blik door haar eenzijdigheid. Ook het perspectief van de benadeelde moet worden geopend: waarom is het redelijk en billijk dat hij de schade zelf draagt, ook al is zij veroorzaakt door een onrechtmatige daad van een ander? Er moet ruimte worden geschapen voor argumenten die los staan van de vraag of de schade, gelet op de afstand tot de onrechtmatige daad, nog wel kan worden aangemerkt als „gevolg”.

XV. A matter of policy?

32. Hoe moet deze ruimte worden gevuld? De Engelse rechter met de grootste continentale vermaardheid, Lord Denning, voorzag reeds in 1972 het afscheid van de *remoteness* test: „*The more I think about these cases, the more difficult I find it to put each into its proper pigeon-hole. Sometimes I say „There was no duty” in others I say: „The damage was too remote”. So much so that I think the time has come to discard those tests which have proved so elusive.*”

Wat moet ervoor in de plaats komen?

„*It seems to me better to consider the particular relationship in hand, and see whether or not, as a matter of policy, economic loss should be recoverable, or not.*” (50)

A matter of policy? Recht als beleid? Veel rechters zullen terecht bezwaar maken tegen een rol als beleidsmedewerker. Het rechterlijk antwoord op de vraag of het redelijk en billijk is dat de benadeelde de schade zelf draagt, wordt altijd mede ingegeven door overwegingen van verevenende en verdelende rechtvaardigheid.

(50) *Spartan Steel v. Martin & Co.*, [1972] 3 All ER 557.

Tijdens een ongeoorloofde inhaalpoging botsen op de snelweg twee vrachtauto's. Zij kantelen. Een kilometerslange file is het gevolg. Tientallen vrachtauto's staan urenlang vast. Kunnen de benadeelde vervoerders hun stagnatieschade verhalen op de (werkgever van de) bestuurder die de verkeersfout maakte?(51) De schade ligt geheel binnen de normale lijn der verwachtingen. Ook strekt de overtreden norm (het ter plaatse geldende inhaalverbod voor vrachtauto's) ter bescherming van een onbelemmerde doorstroming van het verkeer. Toch zijn er wel degelijk argumenten die ervoor pleiten de stagnatieschade voor rekening te laten van de benadeelde vervoerders. Daartoe behoort niet het argument dat Lord Denning in *Spartan Steel* gebruikte ter afwijzing van een vordering tot vergoeding van stagnatieschade, veroorzaakt door het uitvallen van de elektriciteitstoevoer: „*This is a hazard which we all run*”. Ook de kans om door een uit de bocht gevlogen auto te worden overreden is „*a hazard which we all run*”, maar dit is geen reden om de schade voor rekening te laten van het slachtoffer.

Een argument van verdelende rechtvaardigheid dat wél pleit voor het onvergoed laten van de stagnatieschade van de vervoerders, is de overweging dat het gemotoriseerd verkeer *en bloc* verantwoordelijk is voor het steeds groeiende risico van filevorming. Is het redelijk en billijk iemand die een (geringe) verkeersfout maakte, te belasten met aansprakelijkheid voor een weliswaar voorzienbare, maar ook onafzienbare, reeks stagnatieschades, als de benadeelden alle behoren tot een groep die in belangrijke mate bijdraagt aan de groei van het risico van verkeersopstoppingen?

XVI. Verdelende rechtvaardigheid en productenaansprakelijkheid

33. Dezer dagen overweegt een aantal Nederlandse vrouwen een geding aan te spannen tegen een producent van een nieuw anticonceptiemiddel (een staafje dat onderhuids in de arm wordt geplaatst). Zij voeren aan dat dit middel gebrekkig is en dat zij ongewenst zwanger zijn geraakt. Op het spoor gezet door het *Wrongful Birth* arrest van de Hoge Raad(52), maken zij aanspraak op vergoeding van de opvoedingskosten van een kind (tot zijn achttiende jaar begroot op 200.000 €). Een dergelijke vordering werd in dat arrest toegewezen,

(51) Zie daarover A R BLOEMBERG I N, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer, 1965, 284 e v. en E DU P I R R O N, *Een afgesloten weg*, Intuicrede Amsterdam, 2001, 34 e v.

(52) HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145

zij het dat het daar ging om een toerekenbare tekortkoming (wanprestatie) van een arts, en niet om een risico-aansprakelijkheid, zoals de productenaansprakelijkheid van de artikelen 6:185 e.v. BW. Zouden de eiseressen deze laatste regeling aan hun vordering ten grondslag leggen, dan krijgt de vraag of de opvoedingskosten aan de producent kunnen worden toegerekend Europese dimensies.

Eerst moeten de eiseressen nog een andere drempel passeren. Art. 9 van de Richtlijn(53) (art. 6:190 BW) bevat de eis dat de schade het gevolg is van lichamelijk letsel. Kan zwangerschap worden aangemerkt als „lichamelijk letsel”? Is het niet in strijd met de menselijke waardigheid van het kind om zijn prenatale verblijf in het lichaam van zijn moeder aan te merken als „lichamelijk letsel”? Aan de andere kant: zwangerschap vormt een ernstige aantasting van de lichamelijke integriteit van de vrouw. Als de vrouw ongewenst zwanger raakt, zijn er goede redenen om haar zwangerschap te bestempelen als „lichamelijk letsel”.

Is deze drempel eenmaal gepasseerd, dan rijst het probleem van de toerekening van de opvoedingskosten. Als we hierbij het door Wissink aangereikte „Europeesrechtelijk in te vullen gezichtspunt voorzienbaarheid” te baat nemen, ligt de conclusie voor het grijpen: de producent is gehouden de opvoedingskosten voor zijn rekening te nemen. In alle Lid-Staten, inclusief Vaticaanstad, is immers voorzienbaar dat een falend anticonceptiemiddel dit soort kosten kan veroorzaken.

34. Een andere benadering is echter zeer wel mogelijk. Zij komt naar voren in de Engelse *Wrongful Birth* zaak, die betrekking had op *negligence* van een arts. Niet de voorzienbaarheid, maar de verdelende rechtvaardigheid bepaalt het perspectief. „*In my view it is legitimate in the present case to take into account considerations of distributive justice*”.

Anders dan Denning, is Lord Steyn beducht voor het verwijt dat hij aldus recht en beleid verwaart. „*That does not mean that I would decide the case on grounds of public policy. On the contrary, I would avoid those quick sands*”.

Dan volgt de conclusie. „*Relying on principles of distributive justice I am persuaded that our tort law does not permit parents of a healthy unwanted child to claim the costs of bringing up the child from a health authority or a doctor*” (54).

(53) *Pb EG* 7 oktober 1985 nr. L 210/29.

(54) House of Lords, 25 november 1999, *Macfarlane v Tayside Health Board*. te vinden onder www.parliament.uk

Toegepast op de risico-aansprakelijkheid van farmaceutische bedrijven, komt dit argument neer op het volgende. Indien de opvoedingskosten in rekening worden gebracht aan de producenten, zullen zij die kosten doorberekenen in de prijs van de door hen op de markt gebrachte geneesmiddelen. Dit leidt uiteindelijk ertoe dat één ouderpaar wordt vrijgesteld van de financiering van de opvoeding van één van zijn kinderen en dat de gehele samenleving meebetaalt aan de opvoeding van dat gezonde kind. Andere ouders dienen die kosten voor eigen rekening te nemen; een flagrante schending van de verdelende rechtvaardigheid.

Wat er zij van de overtuigingskracht van dit argument, in ieder geval gaat het geheel voorbij aan het gezichtspunt „voorzienbaarheid”. Evenmin gaat het in op de vraag of de opvoedingskosten nog wel kunnen worden aangemerkt als „gevolg” van het falen van een anticonceptiemiddel.

XVII. De orde van het debat

35. Art. 6:98 BW vormt een goed uitgangspunt voor de agenda van het Europese debat over toerekening van schade. Twee wijzigingen moeten worden aangebracht. In de eerste plaats kunnen de woorden „als een gevolg van deze gebeurtenis” worden geschrapt. In de tweede plaats dient een verwijzing naar de maatstaven van redelijkheid en billijkheid te worden toegevoegd. Dit om de rechter te behoeden voor de verleiding om in het voetspoor van Denning het toerekeningsproces op te vatten als louter *a matter of policy*. Zo zou hij bijvoorbeeld op de gedachte kunnen komen om de schade toe te rekenen aan de beste „schadespreider”, diegene van eiser en gedaagde, die in dit opzicht beschikt over de beste (verzekerings)papieren. De verwijzing naar de eisen van redelijkheid en billijkheid dwingt de rechter bij zijn richtlijnconforme oordeel over de toerekening van schade rekening te houden met algemeen erkende rechtsbeginselen⁽⁵⁵⁾ en de in Europa levende rechtsovertuigingen. Aldus de richtlijnconforme lezing van art. 3:12 BW.

Een en ander leidt tot het volgende agendavoorstel: Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met

(55) Te zwaai aangezet is overigens de tegenstelling die Dworkin aanbrengt tussen *policy* en *principle* „judicial decisions in civil cases characteristically are and should be generated by principle not policy” R. DWORKIN, *Taking rights seriously*, London, 1977, 84. Zie daarover T.H. NIEUWHUIS in het in noot 7 aangehaalde werk, 43.

de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, kan worden toegerekend.

36. Dreigt door deze vage verwijzingen (aard van de aansprakelijkheid, aard van de schade) de orde van het debat niet te uit de hand te lopen? Wat biedt art. 6:98 BW méér dan een grabbelton?

Kenmerkend voor deze bepaling is haar uitgesproken *topische* structuur. Zij formuleert geen „vereisten” voor toerekening, maar beperkt zich tot het aanwijzen van „vindplaatsen van argumenten” (in de terminologie van de klassieke Topica: *sedes e quibus argumenta promuntur*)(56). Te verwaarlozen is de kans dat ooit een criterium wordt gevonden dat op Europese schaal dienst kan doen als *vereiste* voor toerekening (bijvoorbeeld: voor toerekening is *vereist* dat de schade voorzienbaar was). De topiek van art. 6:98 BW dwingt partijen en rechter tot *rechtsvinding* in de ware zin des woords. De richtingwijzers „aard van de aansprakelijkheid” en „aard van de schade” markeren elk het begin van een spoor dat moet worden gevolgd totdat, gaandeweg, het punt is bereikt waarop voldoende argumenten zijn gevonden om de toerekeningsbeslissing te dragen. Als we, uitgaande van de aanwijzing „aard van de aansprakelijkheid”, vaststellen dat het in dit geval gaat om schuldaansprakelijkheid, bereiken wij vervolgens vrij snel het wereldwijd gedeelde gezichtspunt dat hoe zwaarder de schuld is, des te gemakkelijker het valt om de schade aan de dader toe te rekenen: „*Eventually the idea took root that an intentional wrongdoer is not entitled to the benefit of the reasonable foreseeability test of remoteness. (...) For more than 100 years at least English law has adopted a policy of imposing more extensive liability on intentional wrongdoers than on merely careless defendants.*”(57)

Dit spoor vervolgende, zouden we tot de conclusie kunnen komen dat in geval van risico-aansprakelijkheid een nog beperktere toerekening op haar plaats is. In dat geval is het immers mogelijk dat de gedaagde zelfs niet „*merely careless*” is geweest. In deze gedachte zouden we ons gesterkt kunnen voelen door een arrest van de Hoge Raad waarin wordt overwogen dat het uitzonderlijke karakter van de aansprakelijkheid van de eigenaar van een gebouw voor zonder schuld veroorzaakte schade, een reden vormt om de toerekening te beperken tot de *typische*

(56) CICERO, *Topica I*, II, 7

(57) House of Lords [1997] A C 280 e v Smith New Court Ltd v Scrimgeour Vickers, *per* Lord Steyn

gevolgen van de instorting van het gebouw(58). Toch is dit niet het punt waarop het spoor eindigt. Aansprakelijkheden voor zonder schuld veroorzaakte schade zijn er in soorten en maten. De werkgever is, ook zonder dat hem enig verwijt treft, aansprakelijk voor de door een onrechtmatige daad van zijn werknemer veroorzaakte schade (art. 6:170 BW). Met betrekking tot deze *kwalitatieve* risico-aansprakelijkheid ontbreekt echter iedere reden om de toerekening te beperken. De werkgever is aansprakelijk in exact dezelfde omvang als zijn werknemer die de onrechtmatige daad heeft gepleegd.

37. Art. 6:98 BW is geen grabbelton, ook geen labyrint; het berust op de erkenning van het intrigerende woord van Paul Scholten: „Het recht is er, doch het moet worden gevonden, in de vondst zit het nieuwe”(59).

In de ogen van sommigen is deze voorstelling van zaken „te romantisch”: het „Recht” vinden „zoals men een parel vindt in een oester” (Lokin)(60). Deze pretentie heeft de *Topica* echter niet. Zij belooft geen parels, maar argumenten. Argumenten die, naar de begripsomschrijving van Cicero, „zekerheid bieden in een onzekere zaak” (*ratio quae rei dubiae facit fidem*)(61). Die zekerheid is nimmer absoluut; ieder argument stuit op een tegenargument. Tegenover het argument dat het gerechtvaardigd is de toerekening te verruimen naarmate de schuldgraad toeneemt, staat een gedachte die ten grondslag ligt aan de equivalentieleer, en die eveneens beschikt over oude papieren: ook de lichtste schuld verplicht tot vergoeding van de (volledige) schade: *in lege Aquilia et levissima culpa venit*(62).

Voor het Europese debat over toerekening van schade is een topische agenda van groot gewicht. Wegens het grensoverschrijdende karakter van de gevonden gezichtspunten kan veel eerder *common ground* worden bereikt, dan wanneer in één bepaald land geldende „vereisten” tot inzet van het debat worden gemaakt. Het vereiste van een notariële akte voor levering van een onroerende zaak? What’s a *notaris*?

(58) IIR 13 juni 1975, NJ 1975, 509

(59) P. SCHOLTEN, *Algemeen Deel*, Zwolle, 1974, 12

(60) J. H. A. LOKIN, *Tekst en Uitleg*, Groningen, 1994, 26

(61) CICERO, *Topica*, I, II, 8

(62) Digesten, 9, 2, 44. Bij de Lex Aquilia wordt ook de allerlichtste graad van schuld in aanmerking genomen. Vertaling J. E. SPRUIT e.s.

XVIII. Per slot van rekening

38. Toerekening van schade is als een stijdans: uitvoering van een tevoren vastgesteld stappenplan. Evenals bij de tango en de Engelse wals, is het van belang dat de partners weten hoe de ene stap zich verhoudt tot de andere. Onkunde op dit terrein leidt licht tot een gekneusde teen. Hoeveel ruimte is er nog, nadat de eerste stap is gezet? In welke richting gaat de tweede stap?

Bij de eerste stap, de vaststelling van *sine qua non* verband, komt het recht de gedaagde tegemoet. Voorkomen moet worden dat hij wordt veroordeeld tot het vergoeden van schade die hij niet heeft veroorzaakt. Variaties op de standaard uitvoering van de *sine qua non* stap, zoals omkering van de bewijslast, proportionele aansprakelijkheid in geval van kansverlies en alternatieve causaliteit zijn *uitzonderingen* die deze regel bevestigen. Zij steunen op overwegingen van verdelende rechtvaardigheid.

Is de eerste stap eenmaal gezet en is de aanwezigheid van *sine qua non* verband in rechte geconstateerd, dan staat daarmee vast dat de eiser schade heeft geleden die zou zijn uitgebleven als de gedaagde geen onrechtmatige daad zou hebben gepleegd. Uitsluitend bezien uit het oogpunt van verevenende rechtvaardigheid, zouden we hier kunnen stoppen en kunnen besluiten tot aansprakelijkheid. Dit is, althans in theorie, het patroon gevolgd door de Belgische *quick step*: de equivalentieleer(63).

De ruimte die na vaststelling van het *sine qua non* verband nog overblijft, wordt geheel bepaald door het volgende perspectief: onder welke omstandigheden is het gerechtvaardigd een eiser, wiens schade is veroorzaakt door een onrechtmatige daad van gedaagde, voor te houden dat hij de schade zelf moet dragen? Overwegingen van verdelende rechtvaardigheid spelen hier een hoofdrol: wie betaalt de opvoeding van een kind dat door het falen van een farmaceutisch product gezond en wel ter wereld is gekomen?

(63) Zie voor manieren om aan het keurslijf van de equivalentieleer te ontkomen, II BOCKIN, „Enkele hoofdthema's van de causaliteitsproblematiek”, *T B B R* 1988, 268 e.v.

SOMMAIRE

EURO CAUSALITE

Exception faite du droit belge, les systemes juridiques europeens recourent a une verification en deux etapes de l'existence du rapport de causalite requis en matiere de responsabilite

Tout d'abord, il faut etablir si le fait illicite constitue la *conditio sine qua non* du dommage Ensuite, il faut examiner si des criteres de nature raisonnable et equitable s'opposent a l'imputation du dommage a celui qui l'a cause

L'exigence de *conditio sine qua non* repose sur l'idee que le droit civil doit mettre la personne mise en cause a l'abri d'une responsabilite pour un dommage qu'elle n'a pas cause Si ce point de depart peut sembler evident, il ne trouve certainement pas une application absolue Dans un nombre croissant de cas, le droit accepte que quelqu'un soit condamne a reparer un dommage dont il est hautement probable qu'il n'a pas ete cause par son fait illicite Quels fondements sont suffisamment solides pour considerer que pareille chose est admissible? Trois questions brûlantes suscitent le trouble sur le point de savoir quelle attitude adopter a propos de la *conditio sine qua non* (1) Quand un renversement de la charge de la preuve s'impose-t-il a l'egard de l'exigence de *conditio sine qua non*? (2) A quel endroit mettons-nous a l'ordre du jour du droit de la responsabilite la perte d'une chance de guerison causee par la faute d'un medecin a propos du „rapport de causalite” ou du „dommage”? (3) L'art 6:99 du *Nederlands Burgerlijk Wetboek* (code civil hollandais causalite alternative) constitue-t-il une regle acceptable pour le droit europeen de la responsabilite du fait des produits?

L'exigence du rapport *sine qua non* n'est pas suffisante pour donner une mesure raisonnable aux dimensions de la responsabilite Existe-t-il un rapport adequat entre l'evenement sur lequel se fonde le dommage et ce dommage (Allemagne)? Ce genre de dommage a la suite de cet evenement etait-il bien foreseeable (Angleterre)? Ce dommage peut-il être impute au debiteur, compte tenu notamment de la nature de la responsabilite et de la nature du dommage, a la suite de cet evenement (Pays-Bas)? Lequel de ces criteres merite-t-il la preference lorsqu'il s'agit d'un droit europeen de la responsabilite telle que la responsabilite du fait des produits?

Le temps semble venu d'abandonner la ligne normale des attentes ou previsions comme critere d'imputation Que peut-on mettre a sa place? Il n'est pas souhaitable de laisser la matiere de l'imputation, dans sa pleine dimension, a la libre appreciation du juge (*a matter of policy*) L'espace encore ouvert apres la constatation du rapport *sine qua non*, se trouve completement determine par la perspective suivante dans quelles conditions se justifie-t-il de faire comprendre au demandeur, dont le dommage est cause par un fait illicite du defendeur, qu'il doit supporter seul la charge du dommage?

Des considerations de justice distributive jouent un rôle capital dans ce domaine

ZUSAMMENFASSUNG

EURO CAUSALITÄT

Mit Ausnahme des belgischen Rechtes brauchen die europäischen Rechtssysteme zwei Schritte um festzustellen ob der zur Haftung erforderliche Kausalzusammenhang anwesend ist. Zunächst muss festgestellt werden ob die unerlaubte Handlung die *conditio sine qua non* des Schadens bildete. Anschließend kommt die Frage ob Maßstäbe der Redlichkeit und der Billigkeit sich einer Zuweisung des Schadens an den Veranlasser widersetzen.

Die *conditio-sine-qua non*-Forderung beruht auf dem Gedanken, dass das Zivilrecht den Angesprochenen vor Haftung für einen Schaden den er nicht veranlasst hat, behuten soll. Dieser Ausgangspunkt mag selbstverständlich scheinen, absolut gilt er nicht. In einer wachsenden Zahl von Fällen akzeptiert das Recht, dass einer zum Schadenersatz verurteilt wird für einen Schaden, den er mit großer Wahrscheinlichkeit nicht durch eine unerlaubte Handlung veranlasst hat. Welche Gründe sind so stark um dies als zulässig zu beurteilen?

Drei brennende Fragen mit Bezug auf dieses Thema sorgen für Erregung. Wie gehen wir mit der *conditio-sine-qua non* um, (1) Wann ist die Umkehrung des Beweislastes in Betracht auf die *conditio sine qua-non* Voraussetzung fällig? (2) Wo stellen wir den durch einen ärztlichen Fehler veranlassten Verlust einer Chance zur Heilung auf die Tagesordnung des Haftungsrechtes unter „Kausalzusammenhang“ oder unter „Schaden“? (3) Ist Art. 6:99 des niederländischen BGB (alternative Kausalität) eine akzeptable Regel für das europäische Produkthaftungsrecht?

Die Forderung eines *conditio-sine-qua non*-Zusammenhangs genügt nicht um den Umfang der Haftung auf redliche Weise zu bestimmen. Gibt es zwischen dem schadenerregenden Ereignis und dem Schaden wohl einen adäquaten Zusammenhang (Deutschland)? War diese Art des Schadens als Folge dieses Ereignisses wohl *foreseeable* (England)? Kann dieser Schaden, auch in Betracht der Art der Haftung und der Art des Schadens als Folge dieses Ereignisses dem Schuldner zugewiesen werden (die Niederlande)? Welches dieser Kriterien verdient bevorzugt zu werden wenn es sich um das europäische Haftungsrecht handelt wie etwa die Produkthaftung? Die Zeit ist offenbar gekommen um sich von den normalen Erwartungen als Haftungsmaßstab zu distanzieren. Was kann an ihre Stelle treten? Es ist unerwünscht die Haftung in vollem Umfang dem Richter und seiner freien Politik zu überlassen (*a matter of policy*). Der Spielraum, den es nach der Feststellung des *conditio sine-qua-non*-Zusammenhangs noch gibt, wird ganz von folgender Perspektive bestimmt unter welchen Umständen ist es berechtigt, der Klagepartei, dessen Schaden durch eine unerlaubte Handlung des Vorgeladenen veranlasst worden ist, mitzuteilen, dass er selbst für den Schaden haftet. Überlegungen einer ausgleichenden Gerechtigkeit spielen hierbei eine Hauptrolle.

SUMMARY

EUROCAUSATION

With the exception of Belgian law, the various European legal systems require two steps to be made in order to assess whether the causation which is necessary to establish liability is present. In the first place, it must be established whether the tortious act is the *condicio sine qua non* for the loss incurred. Then the question arises whether there are considerations of fairness and reasonableness which prevent the loss from being attributed to the person who caused it.

The *condicio sine qua non* test is based on the notion that the private law must protect the defendant against any liability for loss which was not caused by him. That at least is the assumption in theory, in practice it is not universally applied. In a growing number of cases, the law accepts that someone is order to pay compensation for loss which very probably was not caused by his tortious act. What grounds are sufficiently solid to consider this to be acceptable? Three crucial questions have given rise to controversy when dealing with the question of how to handle the *condicio sine qua non*: (a) when is it necessary to reverse the burden of proof in relation to the *sine qua non* requirement, (b) where should we locate the loss of a chance of being cured through a doctor's fault on the agenda of the law of torts: under „causation” or under „loss”? (c) is Article 6:99 of the Netherlands Civil Code (alternative causation) an acceptable rule of European product liability law? The *condicio sine qua non* requirement does not suffice to make an adequate assessment of the scope of the liability. Is there an adequate link between the event on which the loss is based and the loss incurred (Germany)? Was the kind of loss caused by this event foreseeable (England)? Can this loss be attributed to the defendant, in view of, *inter alia*, the nature of the liability and the nature of the loss which results from this event (The Netherlands)? Which of these criteria is to be preferred when dealing with European rules on tort liability, such as those on product liability? The time seems to have come to say goodbye to „normal expectations” as a criterion for attributing liability. What then is to take its place? It is inappropriate to entrust the attribution of liability entirely as a matter of policy for the courts. The space which remains once the *sine qua non* link has established is entirely governed by the following consideration: in what circumstances is it justifiable to assert that the claimant whose loss was caused by a tortious act committed by the defendant must bear the loss himself? Considerations of distributive justice take pride of place here.

RESUMEN

EUROCAUSALIDAD

A excepcion del derecho belga, en los sistemas juridicos europeos se requieren dos presupuestos para evaluar si concurre la relacion causal requerida por la existencia de responsabilidad. Primero, hay que constatar si el hecho ilícito constituía la condicio sine qua non de los daños. A continuación, surge la pregunta si las normas de razón y de equidad se oponen a la atribución de los daños a quien los ha causado.

La exigencia de la condicio sine qua non se basa en la idea de que el derecho civil tiene que preservar al demandado de una responsabilidad por daños que él mismo no ha causado. Este punto de partida puede parecer evidente, pero es cierto que no se aplica de una manera absoluta. En un número creciente de casos, el derecho acepta el hecho de que una persona sea condenada a indemnizar unos daños que, muy probablemente, no han sido provocados por su propio hecho ilícito. ¿Qué fundamentos son suficientemente sólidos para considerar esto como admisible? Hay tres cuestiones ardientes que provocan conmocion acerca del tema de como tratar la condicio sine qua non: (1) ¿Cuándo es precisa la inversion de la carga de la prueba respecto de la exigencia de la condicio sine qua non? (2) ¿Dónde ponemos en el agenda del derecho de responsabilidad la pérdida de una posibilidad de restablecimiento provocada por la falta de un médico bajo „relación causal” o bajo „daños”? (3) ¿El art. 6:99 del Código Civil holandés (causalidad alternativa) es una regla aceptable para el derecho europeo de responsabilidad por productos? La exigencia de una relación sine qua non no es suficiente para reducir a una medida razonable el alcance de la responsabilidad. ¿Existe una relación adecuada entre el acontecimiento que ha causado los daños y los daños mismos (Alemania)? ¿Funcion previsibles (foreseeable) este tipo de daños como consecuencia de ese acontecimiento (Inglaterra)? ¿Se pueden atribuir esos daños al deudor, visto, entre otras cosas, la índole de la responsabilidad y la índole de los daños como consecuencia de dicho acontecimiento (Países Bajos)? ¿Cuál de dichos criterios merece la preferencia tratándose del derecho de responsabilidad europeo tal como la responsabilidad por productos? Parece haber llegado el momento de apartarse de la línea normal de lo que cabe esperar como norma de atribución. ¿Qué se puede sustituir a ello? No es descabido dejar la atribución en plena transición a la libre política del juez (a matter of policy). El espacio que aún queda después de la comprobación de la relacion sine qua non está determinado enteramente por la perspectiva siguiente. ¿Bajo qué condiciones está justificado decir a un demandante, cuyos daños han sido provocados por un hecho ilícito del demandado, que tendrá que asumir los daños él mismo? Aquí, desempeñan un papel principal unas consideraciones de justicia distributiva.