

TOEREKENING VAN SCHADE

mr P. Neleman

1.

Wil schade voor vergoeding in aanmerking komen, dan moet zij volgens art. 6.1.9.4 in zodanig verband staan met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij aan hem kan worden toegerekend, waarbij mede moet worden gelet op 'de aard van de aansprakelijkheid en van de schade'.

Het is over deze bepaling en in het bijzonder over de tussen aanhalingstekens geplaatste zinsnede dat ik in deze bijdrage nog een enkele opmerking wil maken, waarbij ik mij overigens wel bewust ben van de omstandigheid dat in de afgelopen jaren over dit artikel en over causaliteit in het algemeen al het nodige is gepubliceerd; zonder pretentie van volledigheid vermeld ik, naast de annotaties onder nog nader te noemen arresten van de Hoge Raad en naast de handboeken van Schoordijk en Asser-Rutten-Hartkamp I, de dissertatie van Van Schellen, diens Toerekening naar redelijkheid, Studiepocket Privaatrecht nr. 35, en voorts Schut, *RMTh* 1978, p. 380 e.v., Brunner, *VR* 1981, p. 210 e.v., p. 233 e.v., Kramer, *VR* 1983, p. 269 e.v., en Langemeijer, *Gratia Commercii* (Van Oven-bundel), p. 115 e.v. Deze ruime aandacht hangt, naar het mij voorkomt, hiermee samen dat het bij de regel van art. 6.1.9.4 niet uitsluitend om nieuw en toekomstig recht gaat. Sinds 1970 immers hanteert de Hoge Raad - of schoon niet ieder daar onmiddellijk van overtuigd was, zie met name Rutten in zijn bewerking van Asser, *Verbintenis* uit de wet, tot de 4e druk - voor het vaststellen van causaal verband een minst genomen daarbij nauw aansluitende leer, te weten de door Köster in zijn inaugurele rede naar voren gebrachte en nadien o.m. door Bloembergen verdedigde leer van de redelijke toerekening (zie H.R. 20 maart 1970, *NJ* 1970, 251, waterwingebied).

Parallel met deze ontwikkeling in de rechtspraak liep de ontwikkeling in het ontwerp nieuw B.W. In het groene boek was nog, overeenkomstig de toen heersende opvattingen, de adaequatieleer neergelegd ('schade die op het tijdstip van de gebeurtenis waarop de aan-

sprakelijkheid berust, met voldoende graad van waarschijnlijkheid als gevolg van deze gebeurtenis was te voorzien'), maar in de memorie van antwoord wordt gewezen op de door de Hoge Raad, in aansluiting op hetgeen in de literatuur was verdedigd, aanvaarde nieuwe leer, en in het bij de memorie van antwoord gevoegde gewijzigd ontwerp is de huidige tekst van art. 6.1.9.4 opgenomen.

Aldus kan niet worden gesproken van anticiperende interpretatie van de Hoge Raad op dit punt. Wèl is, zoals ook wel in andere gevallen, een aansluiting in formulering te constateren. In het bovengenoemd arrest van 1970 wordt gesproken van schade die niet zo uitzonderlijk is en niet in zo verwijderd verband staat dat 'die schade naar redelijkheid niet - als veroorzaakt door dat ongeluk - ten laste zou mogen worden gebracht van degenen, die krachtens de wet de aansprakelijkheid voor de gevolgen van het ongeluk draagt'; in het arrest van 1 juli 1977, *NJ* 1978, 84 (Van Hees/Esbeek, stukgetrokken gasleiding) verwijst de Hoge Raad niet meer naar de redelijkheid - die daarvóór in enkele arresten over causaliteit nog wel was genoemd, maar in de memorie van antwoord in de ban was gedaan (Parl. Gesch. Boek 6, p. 345; vgl. ook Langemeijer, *Gratia Commercii*, p. 117) - terwijl in dat arrest wel uitdrukkelijk de formulering 'aard van de aansprakelijkheid en van de schade' wordt gebezigd. In verband met dit laatste merk ik, tussen haakjes, nog wel op dat reeds in het arrest van 1970, zij het in een andere context, sprake is van oorzaak en aard van de schade.

Naar ik aanneem, is met het arrest van 1977 de rol van de redelijkheid als element voor het vaststellen van causaal verband uitgespeeld, althans in de rechtspraak van de civiele kamer van de Hoge Raad. Opmerkelijk is dat de strafkamer van de Hoge Raad, die in 1978 voor een geval van overlijden in plaats van de voorzienbaarheid van het gevolg het criterium van het redelijkerwijs toerekenen heeft geïntroduceerd (H.R. 12 sept. 1978, *NJ* 1979, 60) vooralsnog aan de redelijkheid is blijven vasthouden; in die zin recentelijk nog H.R. 26 nov. 1985, *NJ* 1986, 368. In dat geval had het hof overwogen dat de mogelijkheid van overlijden aanwezig en niet onvoorzienbaar was; de Hoge Raad zegt dan 'Daarmede heeft het hof kennelijk tot uitdrukking gebracht dat tussen het toebrengen van zwaar lichamelijk letsel door de aan de verdachte verweten handelingen en de dood van het slachtoffer een zodanig verband ... heeft bestaan dat de dood

redelijkerwijs als gevolg van zijn handelen aan de verdachte kan worden toegerekend'.

2.

Ik acht mij ontslagen van de taak hier nog uitvoerig in te gaan op het pro en contra van de adaequatieleer en de leer van de (redelijke) toerekening. Slechts wil ik opmerken dat het belangrijkste bezwaar van de adaequatieleer naar mijn mening is dat door het hanteren van één enkel criterium, te weten dat van de voorzienbaarheid, aanvaardbare resultaten slechts op gewrongen wijze te verkrijgen zijn. Zie daartoe de in de memorie van antwoord bij art. 6.1.9.4 (Parl. Gesch. Boek 6, p. 343-344) gegeven voorbeelden van enerzijds iemand die zonder uit te kijken een weg opdraait waar per dag slechts enkele auto's passeren, en daar niettemin een aanrijding krijgt, tegenover het geval dat iemand een aanrijding veroorzaakt op een drukke auto-weg. In het eerste geval is de voorzienbaarheid van de schade miniem, in het tweede geval daarentegen is het in hoge mate voorzienbaar dat velen schade als gevolg van oponthoud zullen lijden; nochtans is aansprakelijkheid in het eerste geval niet twijfelachtig, terwijl in het tweede geval veelal wordt aangenomen dat geen aansprakelijkheid bestaat.

Tegen de enkele vervanging van het criterium van voorzienbaarheid door dat van toerekening zou terecht als bezwaar kunnen worden aangevoerd dat - ook - dan sprake is van een nietszeggende maatstaf, een lege huls, zeker als de redelijkheid daarbij geen uitdrukkelijke rol speelt. Het ligt dan ook voor de hand dat, gelijk ook door de Hoge Raad in een aantal andere gevallen van toepassing van vage normen wordt verlangd, de maatstaf nader wordt ingevuld aan de hand van gezichtspunten waarop de rechter bij de toepassing van die maatstaf heeft te letten. Reeds de oratie van Köster somt een aantal van die gezichtspunten op en hetzelfde doet art. 6.1.9.4 met de formulering 'mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade'.

3.

Met deze formule zijn we er echter nog niet. In de eerste plaats zijn

er blijkens het woord 'mede' kennelijk nog andere elementen dan alleen de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade, die van belang zijn voor de vraag of toerekening moet plaatsvinden. Een voorbeeld daarvan is al direct te vinden in de memorie van antwoord, waar gezegd wordt dat in dit kader ook wat naar objectief inzicht voorzienbaar of waarschijnlijk was, een rol zal kunnen blijven spelen. Anders gezegd: de voorzienbaarheid is bij de causaliteitsvraag niet geheel uitgeschakeld, zij is slechts haar unieke plaats kwijtgeraakt.

In de tweede plaats zijn de wèl in de wet tot uitdrukking gebrachte begrippen aard van de aansprakelijkheid en aard van de schade ook nogal vaag; het zal zeker op zichzelf wel mogelijk zijn verschillende vormen van aansprakelijkheid en verschillende soorten van schade te onderscheiden, maar een volgend, moeilijker punt is dat dan ook nog moet worden aangegeven welke betekenis deze onderscheidingen hebben voor de toerekeningsvraag. De wettelijke gezichtspunten moeten derhalve op hun beurt worden uitgewerkt, zowel door de wetenschap als in de rechtspraak. In dit verband merk ik op dat het voor de verdere uitbouw van het leerstuk van de causaliteit van belang is dat de rechter in voorkomend geval niet volstaat met het overnemen van de wettelijke formule, maar motiveert in welk opzicht en waarom de door hem gehanteerde, met zoveel woorden aan te duiden, gezichtspunten al dan niet tot toerekening leiden.

4.

Is nu iets over de nadere uitwerking van die wettelijke gezichtspunten te zeggen? Stellig wel, en het is ook een aantal malen geschied: ik verwijs daarvoor naar de uitvoerige beschouwingen van Schut in zijn artikel De aard van de aansprakelijkheid en van de schade, *RMTh* 1978, p. 380 e.v., van Brunner in zijn artikel Causaliteit en toerekening van schade in *VR* 1981, p. 210 e.v., p. 233 e.v., alsmede naar Langemeijer, Causaliteit und kein Ende, in *Gratia Commercii* (Van Oven-bundel), p. 115 e.v., en naar Asser-Rutten-Hartkamp I, nr. 433. Zij allen zetten verschillende categorieën van aansprakelijkheid en verschillende soorten van schade naast en tegenover elkaar en zij noemen daarnaast ook nog andere omstandigheden die voor de beoordeling van de causaliteitsvraag van belang zijn, maar niet of moeilijker in het kader van de wettelijke gezichtspunten zijn in

te passen. Ook in de rechtspraak van de Hoge Raad vallen enige contouren te ontdekken. De kleuren van het palet zijn aldus wel ongeveer bekend, maar of de menging in een concreet geval zwart of wit zal opleveren is daarmee nog niet steeds duidelijk.

Het bestek van deze bijdrage laat niet toe dat ik de beschouwingen van genoemde schrijvers aan een vergelijkend en kritisch onderzoek onderwerp in een poging op basis daarvan weer een nieuw en eigen systeem te ontwerpen. Trouwens die beschouwingen bevatten veel gemeenschappelijks, waar ik het graag mee eens ben. Ik volsta dan ook met enkele kanttekeningen, waarbij ik in hoofdzaak het door Brunner ontworpen schema (zie *VR* 1981, p. 234) tot uitgangspunt zal nemen.

Daaraan voorafgaand maak ik echter nog een enkele opmerking.

In de eerste plaats verdient de aandacht dat, zoals ook in de memorie van antwoord tot uitdrukking wordt gebracht (zie *Parl. Gesch.* Boek 6, p. 344), de toerekeningsvraag op verschillend niveau een rol kan spelen, zowel met betrekking tot de vestiging als met betrekking tot de omvang van de aansprakelijkheid. Dit onderscheid tussen vestiging en omvang doet zich vooral voor wanneer sprake is van een aantasting van lijf en goed, waarbij men zich dus de vraag kan stellen, vooreerst of de geconstateerde aantasting, bijv. het letsel, het gevolg is van de onrechtmatige handeling (vgl. ook de hiervoor aangehaalde strafarresten van de Hoge Raad), en vervolgens welke gevolgen van het letsel nog als door het ongeval veroorzaakt aan de dader kunnen worden toegerekend (vgl. bijv. *H.R.* 8 febr. 1985, *NJ* 1986, 137, *AA* 1985, 417, *renteneurose*). Beide vragen kunnen door dezelfde toerekeningsgezichtspunten worden beheerst, maar dit behoeft niet het geval te zijn. Voorts valt hierbij nog te bedenken dat in vele gevallen waarin theorie zowel de vraag van vestiging als die van omvang van aansprakelijkheid aan de orde zou kunnen komen, het debat in feite beperkt blijft tot een van deze aspecten, omdat over het andere in redelijkheid niet verschillend kan worden gedacht.

Een tweede preliminaire opmerking is dat de verschillende gezichtspunten die voor de beoordeling van de toerekeningsvraag van belang zijn steeds, zo veel mogelijk, in onderling verband en samenhang moeten worden gezien. Het is niet voldoende uitsluitend naar de aard van de aansprakelijkheid of naar de aard van de schade te kijken, maar deze - en andere - gezichtspunten moeten in het con-

crete geval in relatie tot elkaar worden gezien (een fraai voorbeeld daarvan is te vinden in H.R. 13 juni 1975, *NJ* 1975, 509, Amercentrale). Dit levert geen grote moeilijkheden op als de verschillende gezichtspunten alle in dezelfde richting wijzen, maar als dat niet het geval is, moet een afweging worden gemaakt. Stel dat men van oordeel is dat opzettelijk handelen in de richting van toerekening wijst, terwijl men anderzijds stagnatieschade van weggebruikers, als te ver verwijderd, een vorm van schade vindt die in tegenovergestelde richting wijst, hoe moet dan geoordeeld worden over stagnatieschade als gevolg van een blokkade van een belangrijk kruispunt door actievoerders? Het antwoord op deze vraag laat ik nu daar, mede omdat dat kan afhangen van nog andere bijzonderheden van het geval, maar van belang is dat ook in een dergelijk geval de rechter in zijn uitspraak duidelijk rekenschap geeft van zijn afweging en van de factoren die hij daarin heeft betrokken. Voor alle duidelijkheid nog: vanzelfsprekend kunnen of moeten niet in alle gevallen alle in de verschillende beschouwingen naar voren gekomen gezichtspunten in de afweging aan de orde komen; vgl. H.R. 8 maart 1985, *NJ* 1986, 437, r.o. 3.3.

5.

Als we thans onze aandacht richten op de afzonderlijke gezichtspunten, valt in de eerste plaats op te merken dat de aard van aansprakelijkheid op verschillende wijzen kan worden onderscheiden; zie bijv. de door Hartkamp in Asser-Rutten-Hartkamp I nr. 433 genoemde onderscheidingen, waarbij hij echter niet met zo veel woorden aangeeft welke betekenis aan elk van die onderscheidingen voor het al dan niet toerekenen moet worden gehecht (al laat zich dat in de meeste gevallen wel vermoeden!).

Wellicht van meer betekenis dan in elk geval een aantal van deze onderscheidingen is evenwel een notie die daarnaast staat of daar zelfs dwars doorheen loopt: het is primair van belang, zoals Brunner het uitdrukt, het beschermingsdoel en de beschermingsomvang vast te stellen van de norm waarop de aansprakelijkheid berust.

Zie het al genoemde arrest H.R. 13 juni 1975, *NJ* 1975, 509 (Amercentrale): art. 1405 heeft de strekking te voorkomen dat derden, doordat zij niet kunnen achterhalen wie schuld heeft aan de instorting van het gebouw, van schadevergoeding verstoken blijven,

en wijst daarom de eigenaar aan als degene tegen wie zij in ieder geval hun vordering kunnen richten; hierin kan dan volgens de Hoge Raad eerder grond worden gevonden voor een ruime dan voor een enge opvatting van de omvang van de aansprakelijkheid (zie echter ook hierna).

Een ander voorbeeld is nog te vinden in H.R. 2 nov. 1979, *NJ* 1980, 77 (Versluis), waarin de Hoge Raad onderscheid maakt tussen de aansprakelijkheidsgrond in dat geval en overtreding van veiligheids- resp. verkeersnorm die 'in de regel strekken ter voorkoming van verkeers- en arbeidsongevallen' en waarbij rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, hoe deze zich ook in het concrete geval mogen voordoen.

Nog een ander voorbeeld. Volgens de toelichting op het toenmalige art. 6.3.11, thans art. 6.3.2.8, is de grondslag voor aansprakelijkheid voor dieren het gevaar dat in zoverre in ieder dier schuilt dat de eigen energie van het dier een onberekenbaar element vormt (Parl. Gesch. Boek 6, p. 763). In het, thans wel wat gedateerde, geval dat een kermishond door zijn talenten klanten van een concurrerend kermisbedrijf wegtrekt (Hofmann-Drion-Wiersma, p. 266) zou dus, als men de aansprakelijkheid niet reeds op andere grond uitgesloten zou achten, geen grond voor toerekening van deze aldus berokkende schade bestaan. Anderzijds: de term 'gevaar' in de toelichting zou kunnen doen denken dat het hier om een veiligheidsnorm gaat, waarbij in het bijzonder letsel en zaakschade en de daaraan verbonden gevolgen voor toerekening in aanmerking komen. Een beperking daartoe is echter blijkens de memorie van antwoord niet bedoeld (Parl. Gesch. Boek 6, p. 766): aansprakelijkheid kan bijv. ook bestaan voor bedrijfsschade doordat een losgebroken dier het laden en lossen van een schip of vliegtuig belet.

Ook al kan risico-aansprakelijkheid verschillende grondslagen hebben en kan dus uit de enkele omstandigheid dat in een wetbepaling een risico-aansprakelijkheid is neergelegd, niet zonder meer worden afgeleid welke strekking die bepaling heeft, niettemin kan in het algemeen worden aangenomen dat voor zonder schuld veroorzaakte schade een nauwer verband wordt vereist dan bij toepassing van art. 1401. Ook dit gezichtspunt is neergelegd in het Amercentrale-arrest en, na afweging tegen het hierboven vermelde gezichtspunt dat tot een ruime toekenning zou leiden, heeft dat uiteindelijk voor de Hoge Raad zwaarder gewogen.

Dit laatstvermelde gezichtspunt zal dan m.i. ook behoren te gelden voor de in art. 6.3.1.1 lid 3 bedoelde gevallen, waarin een onrechtmatige daad aan de dader kan worden toegerekend op grond van een oorzaak die krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt, in die zin dat ook dan een nauw verband op zijn plaats is. Anderzijds zal mogen worden aangenomen dat in geval van opzettelijk handelen een ruimere toekenning gerechtvaardigd is; aldus ook Langemeijer, *Gratia Commercii*, p. 117.

De hier weergegeven zienswijze brengt intussen wel mee dat het, ook als een risico-aansprakelijkheid bestaat, van belang kan zijn de vordering zo mogelijk tevens (primair) te baseren op schuldaansprakelijkheid van de aangesproken persoon (of een ander).

6.

In het voorgaande is al gebleken van een verband tussen (aard van) de aansprakelijkheid en de schade: uit bijv. het Versluis-arrest blijkt dat de strekking van de norm van betekenis is voor de vraag of en in hoeverre toerekening moet plaatsvinden. Men kan dit ook zo uitdrukken dat bij gevolgen die typisch passen bij een bepaalde vorm van aansprakelijkheid toerekening eerder gerechtvaardigd zal zijn dan wanneer het gaat om voor die vorm van aansprakelijkheid atypische, uitzonderlijke gevolgen. Men vindt dit tot uitdrukking gebracht in bijv. het Amercentrale-arrest ('typische gevolgen van instorting van een gebouw'), maar ook reeds in het waterwingebied-arrest van 1970 ('schade die niet zo uitzonderlijk is'). Wanneer het dus gaat om veiligheids- of verkeersnormen zal in geval van letsel of zaakschade een ruime toerekening van de daaruit voortvloeiende gevolgen kunnen plaatsvinden, maar dit zal, evenals in het Versluis-arrest, anders zijn wanneer het letsel voorkomt uit schending van een norm die strekt tot bijv. het tegengaan van oneerlijke concurrentie (men denke aan het geval dat de beconcurrerende winkelier door de zorgen over het verlopen van zijn zaak een hartaanval krijgt): dan is er geen sprake van een typisch, maar veeleer van een uitzonderlijk gevolg.

Deze beschouwingswijze ligt heel dicht tegen de relativiteitsleer aan en zij zal in een aantal gevallen tot hetzelfde resultaat leiden. Ik acht dit geen bezwaar. Zo ergens, kan men op grond van de onrechtmatige daad constateren dat de verschillende begrippen communicerende vaten zijn en dat dan ook verschillende benaderingswijzen tot

eenzelfde resultaten kunnen leiden (vgl. voor relativiteit en causaliteit reeds H.R. 28 febr. 1929, *NJ* 1929, 905, Intercueros, alsmede H.R. 14 maart 1958, *NJ* 1961, 570, stukgevlagen hoogspanningsleiding).

Naast het al dan niet typische karakter van de schade gezien in relatie tot de aard van de aansprakelijkheid, kan nog een ander verband worden aangewezen, dat van belang is voor de toerekeningsvraag. Staat de schade in een ver verwijderd verband tot de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, dan is er minder grond voor toerekening dan wanneer er een nauw verband bestaat. Van een verwijderd verband kan sprake zijn in geval van tweede of verdere graads-schade, maar ook bijv. bij schade die pas geruime tijd na de gebeurtenis is ontstaan: aan het tijdsverloop was in de zaak-Versluis door het hof mede betekenis toegekend.

Men kan ook verschillende vormen van schade op zichzelf, dus los van hun verband met de (aard van de) aansprakelijkheid beschouwen. Aangenomen wordt dan dat bij dood of letsel ruimere toekenning behoort plaats te vinden dan bij zaakschade, bij zaakschade weer ruimer dan in geval van vermogensverlies (extra kosten en uitgaven) en daar weer eerder dan bij gederfde winst; zie Brunner, *VR* 1981, p. 216. Dit lijkt mij in zijn algemeenheid juist. In elk geval kan worden geconstateerd dat bij letsel zeer ruime toerekening plaatsvindt; dit blijkt vooral uit de arresten betreffende een predispositie van het slachtoffer - waarbij overigens nog wel opmerking verdient dat die predispositie volgens de Hoge Raad een factor kan vormen waarmee rekening valt te houden bij de begroting van de schade; zie H.R. 8 febr. 1985, *NJ* 1986, 136 en 137, *AA* 1985, 417.

In dit verband zou dan ook nog de m.i. voor de hand liggende opmerking kunnen worden gemaakt dat in geval van schade bestaande in aantasting van onrechtmatige belangen een minder ruime toerekening passend lijkt dan wanneer het gaat om rechtmatige belangen.

7.

Wie het voorgaande legt naast de beschouwingen van Brunner in zijn artikel in *VR* 1981, zal zien dat ik tot zover grotendeels met hem instem. Wat meer aarzeling heb ik evenwel ten aanzien van enkele andere door hem, overigens tentatief, genoemde gezichtspunten.

Ik zou nog willen meegaan met zijn onderscheid of de schade is veroorzaakt in de uitoefening van een bedrijf dan wel als particulier,

waarbij dan in het eerste geval een ruimere toekenning zou moeten plaatsvinden. Hetgeen hij als ratio voor deze onderscheiding noemt, te weten het winsttoegmerk bij bedrijfsmatige activiteiten, spreekt mij wel aan. Wat meer moeite heb ik met de inpassing in een tussenpositie van in de beroepsuitoefening toegebrachte schade: gelet op de ratio zou ik eerder geneigd zijn deze op één lijn te plaatsen met de in de uitoefening van een bedrijf veroorzaakte schade. Hoe dit zij, in deze gedachte zou ook passen, min of meer als tegenhanger, dat een beperktere toerekening gerechtvaardigd is, indien sprake is van belangeloze dienstverlening door de aansprakelijke persoon, bijv. in geval van kosteloos meerijden (vgl. in soortgelijke zin Asser-Rutten-Hartkamp I, nr. 433).

Of, zoals Brunner zich afvraagt, de draagkracht van dader en gelaedeerde van belang is voor de toerekening, betwijfel ik sterk; daarvoor zal eerder het mechanisme van de matiging van de schadevergoeding moeten worden gehanteerd (art. 6.1.9.12a), maar toegevoegd moet worden dat niet is uitgesloten dat dit element - onbewust - ook bij de bepaling van de (omvang van de) schadevergoeding een rol kan spelen. Wel zou ik mij kunnen voorstellen dat verzekering aan de ene of de andere zijde, of een daartoe strekkend maatschappelijke gebruik, van belang kan zijn; in die zin ook Schoordijk, p. 242; zie voorts Van Schellen, Toerekening naar redelijkheid, nr. 44.

8.

Art. 6.1.9.4 geeft een regel voor wat men causaal verband pleegt te noemen. Die regel is qua formulering beperkt tot het verband dat moet bestaan tussen een gebeurtenis waarop aansprakelijkheid berust, en de schade, wil deze voor vergoeding in aanmerking komen. Er zijn evenwel nog andere gevallen waarin causaal verband vereist is, zo bijv. in deze afdeling art. 6.1.9.5 (voordeelstoerekening) en art. 6.1.9.6 (eigen schuld benadeelde). Dat doet de vraag rijzen of ook in dergelijke gevallen voor de vaststelling van het causaal verband de toerekening doorslaggevend is, en of men daarbij op soortgelijke wijze als bij art. 6.1.9.4 met - vergelijkbare - gezichtspunten zal kunnen werken, of anders gezegd, dit artikel analogisch van toepassing is. M.i. moet deze vraag in beide onderdelen bevestigend worden beantwoord. Het zou mij weinig logisch voorkomen als in die gevallen een ander causaliteitscriterium - welk? - zou moeten worden gehanteerd.

Daarbij valt ook nog te bedenken dat in een aantal gevallen van eigen schuld van de benadeelde op dezelfde grond aansprakelijkheid van hem jegens de ander bestaat, bijv. in geval een aanrijding waarbij beide partijen een verkeersfout hebben gemaakt. In de tekst van beide genoemde artikelen is geen beletsel voor deze benadering te vinden. Zie hierbij ook Asser-Rutten-Hartkamp, nrs. 444 en 452.

9.

Ter afsluiting nog dit. In het licht van de rechtspraak van de Hoge Raad na 1970 is het toch wel opmerkelijk dat verdedigd wordt dat de Hoge Raad misschien wel lippendienst bewijst aan de leer van de (redelijke) toerekening, maar in feite nog steeds het criterium van de redelijkerwijze voorzienbaarheid dat van de verhoogde objectieve mogelijkheid hanteert. Aldus nog Kramer, VR 1983, p. 269 e.v. Nog afgezien van het feit dat in het licht van hetgeen met name Köster en Bloembergen hebben verdedigd, een louter terminologische koerswijziging van de Hoge Raad weinig voor de hand ligt - in dit verband verwijs ik ook nog naar het arrest van de strafkamer van 26 nov. 1985, NJ 1986, 368, hierboven in nr. 1 aangehaald, in welk arrest de Hoge Raad zich moeite de voorzienbaarheidstoets van het hof om te zetten in redelijke toerekening - kan men tot dat resultaat uitsluitend komen door een wel zeer elastisch gebruik van de begrippen voorzienbaarheid en verhoging van de objectieve mogelijkheid. Zoals uit het voorgaande gebleken moge zijn, kan ik met deze benadering van het causaliteitsprobleem niet instemmen: m.i. geeft de nieuwe benadering van de Hoge Raad en van art. 6.1.9.4 niet alleen betere mogelijkheden om tot goede resultaten te komen, maar ook om de beslissingen omtrent het causaal verband goed en duidelijk te motiveren, door duidelijk te laten zien waarop het voor de vraag of er al dan niet moeten worden toegerekend aankomt. Maar, zoals al eerder opgemerkt, om tot een goede uitbouw van de nieuwe leer te komen moet dit laatste dan ook wel gebeuren.