

## Alternatieve veroorzaking

*R. J. B. Boonekamp\**

### INLEIDING

In boek 6 van het nieuwe BW komen nogal wat bepalingen voor die in het oude BW ontbraken. Zo bijvoorbeeld op het gebied van aansprakelijkheid en schadevergoeding in gevallen van toebrenging van schade waarbij meer personen betrokken zijn. Te wijzen valt op de artt. 99 (alternatieve veroorzaking), 101 (eigen schuld), 102 (mededaderschap) en 166 (handelen in groepsverband). Deze bepalingen zijn in meerdere of mindere mate te beschouwen als codificatie van jurisprudentierecht. Eigen schuld en mededaderschap zijn leerstukken die in de jurisprudentie en literatuur al betrekkelijk gedetailleerd gestalte hebben gekregen, zodat van de corresponderende bepalingen in het nieuwe BW niet aanstands verrassende mogelijkheden zijn te verwachten.

Meer onzekerheid bieden de artt. 99 en 166 in dit opzicht. Met de onderwerpen waarop die bepalingen zien is onder vigeur van het huidige BW nog maar heel weinig ervaring opgedaan. In de loop van deze eeuw is het tot enkele incidentele beslissingen gekomen, vrijwel uitsluitend in de lagere jurisprudentie. Sinds kort wordt ook in de literatuur enige aandacht aan deze onderwerpen besteed. Van uitgewerkte leerstukken kan (nog) niet worden gesproken. Verwacht mag echter worden dat de toepasselijkheid van deze bepalingen de komende tijd meer beproefd zal gaan worden. Niet alleen omdat zij thans als algemeen geformuleerde bepalingen in het NBW zijn opgenomen. Maar ook omdat zich in deze tijd van collectiviteit en massaliteit steeds meer situaties voordoen waarin bij toebrenging van schade meer of zelfs vele personen betrokken zijn, met onzekerheid over de vraag wie nu

\* Mr R. J. B. Boonekamp is als universitair docent verbonden aan de afdeling burgerlijk recht van de Rijksuniversiteit te Leiden.

precies voor een bepaalde schade of een deel daarvan verantwoordelijk zijn. Daarbij is te denken aan milieuvervuiling, produktenaansprakelijkheid, letselschade door ongezonde arbeidsomstandigheden, verkeersongevallen en massale geweldpleging in groepsverband. Zo biedt op het terrein van de produktenaansprakelijkheid de Des zaak – inmiddels aanhangig voor de Hoge Raad – een goed voorbeeld van een poging art. 99 tot toepassing te laten komen.

De gehele problematiek is te veelomvattend om daar in een paar bladzijden veel zinnigs over te zeggen. Ik zal mij hier beperken tot een meer algemeen onderzoek naar de bepaling van art. 99, waarbij vooral het Duitse recht tot voorbeeld kan strekken in verband met de ruime ervaring die men in Duitsland met de alternatieve veroorzaking (§ 830 I 2 BGB) heeft. Op art. 166 ben ik elders reeds uitvoering ingegaan.<sup>1</sup>

#### ALTERNATIEVE VEROOZAKING - ALGEMEEN

De regel van art. 99 wordt doorgaans kortweg aangeduid met alternatieve veroorzaking of causaliteit. Geheel zuiver is dit niet omdat onder de bepaling ook enigszins andere gevallen van dubbele veroorzaking te brengen zijn dan de alternatieve veroorzaking in strikte zin. Ik kom daarop hieronder nog terug. Als korte aanduiding is alternatieve veroorzaking voldoende ingeburgerd om verder gebruikt te blijven worden. In de zuiverste vorm doet de alternatieve veroorzaking zich voor indien twee of meer personen (onafhankelijk van elkaar) toerekenbaar onrechtmatig handelen jegens een derde, die schade lijdt als gevolg van één van die handelingen, hetzij die van de één, hetzij die van de ander, waarbij de verschillende mogelijkheden elkaar uitsluiten (alternatief dus). In dit verband valt niet te ontkomen aan het cliché voorbeeld van de twee jagers die onvoorzichtig in de richting van een derde schieten, waarbij de derde door één kogel getroffen wordt, hetzij uit het geweer van de één, hetzij uit dat van de ander.<sup>2</sup> In beginsel moet het slachtoffer bewijzen wie van de verschillende *mogelijke* veroorzakers zijn schade *werkelijk* heeft veroorzaakt. Kan hij dat niet dan

1. Boonekamp, Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW, diss. Leiden 1990.
2. Cliché of niet, maar dit is wel de oer casus in de jurisprudentie van verschillende landen; zie de jurisprudentie in de voetnoten 3 en 4.

zou de vordering moeten worden afgewezen. In zo'n geval voelt men wel voor een omkering van de bewijslast, in die zin dat ieder van de mogelijke veroorzakers aansprakelijk is, tenzij hij bewijst dat hij de schade niet veroorzaakt heeft. Zo heeft het Duitse BGB van meet af aan in § 830 I 2 een uitdrukkelijke bepaling bevat op basis waarvan onder de benaming „Beteiligtenhaftung” of „alternative Verursachung” in de loop van deze eeuw een omvangrijke literatuur en jurisprudentie is ontstaan. In de Verenigde Staten<sup>3</sup> en in Canada<sup>4</sup> is alternative liability in de jurisprudentie aangenomen en ook de Franse Cour de Cassation heeft een aansprakelijkheid van alle mogelijke veroorzakers met omkering van de bewijslast herhaaldelijk aanvaard.<sup>5</sup> Ook art. 6:99 NBW behelst een omkering van de bewijslast, althans formeel want het is de vraag of er au fond niet meer aan de hand is dan alleen een bewijslastverschuiving, waarover hieronder meer.

#### RECHTVAARDIGING

Vooreerst rijst de vraag wat de rechtvaardiging is van een omkering van de bewijslast in gevallen als hier bedoeld. Zowel in binnen- als buitenland wordt daarvoor doorgaans een tweeledig argument aangevoerd dat ongeveer hierop neerkomt. Het is billijker – zo zegt men – het bewijsrisico bij de mogelijke veroorzakers te leggen dan bij de gelaedeerde en wel omdat zij door hun toerekenbaar onrechtmatig handelen de bewijsnood hebben geschapen en het bewijsrisico daarom meer in hun sfeer thuis hoort dan in die van het onschuldige slachtoffer. Bovendien – tweede deel van het argument – zullen in het algemeen de bewijsproblemen voor het slachtoffer moeilijker zijn dan voor de mogelijke veroorzakers.<sup>6</sup> De nadruk ligt soms meer op het ene deel soms meer op het

3. Zie bijv. de bekende uitspraak van het Californisch Hooggerichtshof *Summers v. Tice* 1948 5 ALR 2d 91, waaraan dikwijls als de *Summers-rule* gerefereerd wordt.
4. Canadian Supreme Court, *Cook v. Lewis* 1951 SCR 830, waarover Hogan, *Cook v. Lewis* reexamined, 24 MLR 331. Meer in het algemeen over de kwestie in Commonwealth landen: Weinrib, A step forward in factual causation, 38 MLR 518.
5. Zie hierover: Boonekamp, diss. blz. 35 e.v.
6. Duitsland: Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar 1989 § 830 Rz 14 (Steffen) met verwijzing naar jurisprudentie van het BGH; Verenigde Staten:

andere deel van het argument. In de Toelichting Meijers op het oorspronkelijk ontwerp art. 6.3.3 (later 6.1.9.4a thans art. 99) vindt men het argument ook:

„De rechtsgrond van deze aansprakelijkheid is dat zowel A als B onrechtmatig jegens de benadeelde heeft gehandeld en dat zeker is dat óf A óf B schadevergoedingsplichtig is, terwijl in het algemeen de bewijsmoeilijkheden t.a.v. de vraag wiens daad causaal was voor de geleden schade groter zouden zijn voor de benadeelde dan ze zijn voor elk van de daders.”<sup>7</sup>

Met het tweede deel van het argument is het oppassen. Men mag daar niet uit afleiden dat in het concrete geval voor een omkering van de bewijslast slechts plaats is indien de bewijsmoeilijkheden voor de gelaedeerde groter zijn dan voor de mogelijke veroorzakers.<sup>8</sup> Een dergelijke afweging hoeft in het concrete geval niet gemaakt te worden. Ook als de bewijsproblemen voor de mogelijke veroorzakers in concreto even groot zijn als, of groter zijn dan voor het slachtoffer volgt een omkering van de bewijslast zonder meer uit art. 99.<sup>9</sup> Zelfs indien duidelijk is dat het bewijs door geen van beide partijen te leveren is. Het tweede deel van het argument heeft geen verdergaande betekenis dan dat van algemeen argument ter rechtvaardiging van de *regel* van art. 99. Maar ook in dat opzicht is de waarde maar betrekkelijk, want kenmerkend voor de gevallen van – kort gezegd – alternatieve veroorzaking is dat waarschijnlijk doorgaans juist door geen van beide partijen bewijs geleverd kan worden en in het geheel niet vastgesteld kan worden wie de schade werkelijk heeft veroorzaakt. Toch is het dan billijker de mogelijke veroorzakers binnen zekere nader te bepalen grenzen aansprakelijk te houden dan de gelaedeerde zonder schadevergoeding te laten en wel op grond van het eerste deel van het hiervoor beschreven argument. Uiteindelijk is dat deel dus eigenlijk het

<sup>7</sup> bijv. Californisch Hooggerechtshof *Sindell v. Abbott* 2 ALR 4th 1061, m.b.t. de Summers-rule; verder: Weinrib, a.w. blz. 524 en 525.

7. Parlementaire geschiedenis boek 6, art. 6.1.9.4a, blz. 346-347.

8. Aldus uitdrukkelijk bijv. ook het Californisch Hooggerechtshof in *Sindell v. Abbott*, blz. 1070-1072 m.b.t. de Summers-rule.

9. Anders Hartkamp, die op de vergadering van de Vereniging voor Burgerlijk recht 1988 suggereerde dat art. 99 niet van toepassing is als in het concrete geval de bewijsproblemen voor de aansprakelijk gestelden even groot zijn, welke suggestie geen navolging verdient. Vergelijk ook: Rb Amsterdam 25 mei 1988, TvC 1988, blz. 274.

enige argument. Hieruit volgt ook dat art. 99 dus goed beschouwd meer is dan een regel van bewijslastverdeling. De bepaling gaat in de richting van een materieelrechtelijke regel van aansprakelijkheid in die zin dat de mogelijke veroorzakers ook toegerekend wordt de bewijsnood die zij door hun verschillende onrechtmatige handelingen hebben doen ontstaan.<sup>10</sup> De plaatsing van de bepaling direct na art. 98 is ook in dat opzicht zo gek nog niet. Voor de gedachte dat de regel van art. 99 ook materieelrechtelijke betekenis heeft, is ook in de Toelichting Meijers wel enige steun te vinden:

„De omkering van de bewijslast impliceert toch in dit geval, dat indien A en B in dezelfde bewijsnood verkeren als de benadeelde, zij allebei (hoofdelijk) aansprakelijk zijn voor een schade, die stellig niet door de daad van ieder hunner veroorzaakt is”.<sup>11</sup>

Dit wat betreft de achtergrond van art. 99. Thans de technische uitwerking.

#### WANPRESTATIE EN ONRECHTMATIGE DAAD

Om te beginnen verdient opmerking dat de toepasselijkheid van art. 99 niet beperkt is tot het terrein van de onrechtmatige daad. In de oorspronkelijke opzet stond de voorloper van art. 99 – art. 6.3.3 OM – in titel 3 van boek 6 (Onrechtmatige daad). Het huidige artikel 99 staat echter in afdeling 10 van titel 1 (Wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding) en is daarmee van toepassing op alle verplichtingen tot schadevergoeding, zowel uit contract als uit onrechtmatige daad.

Op het gebied van het contractenrecht kan men aan het volgende geval denken. Een veehouder koopt bij twee verschillende veehandelaren koeien. Beide handelaren leveren dieren waaronder zich dragers van een besmettelijke ziekte bevinden. Vervolgens worden de eigen koeien van de veehouder ziek. Als niet uitgemaakt kan worden of de veestapel door koeien van de ene of van de andere leverancier aangestoken is, dan zijn beide leveranciers voor de gehele schade aansprakelijk op grond van art. 99 (indien aan de overige vereisten voor aansprakelijkheid uit contract is voldaan).<sup>12</sup>

10. Aldus voor het Duitse recht: BGB Kommentar (Steffen) Rz 14.

11. Parlementaire geschiedenis boek 6, art. 6.1.9.4a, blz. 346.

12. Voor een dergelijk geval: BGH JZ 1966, 29 alwaar nadere bijzonderheden.

Mogelijk is toepassing van art. 99 ook indien één mogelijke veroorzaker uit contract en een andere uit onrechtmatige daad aansprakelijk is. Bijvoorbeeld: een huis in aanbouw stort in doordat enkele balken het begeven. De instorting kan een gevolg zijn van een fabricagefout van de fabrikant of van onoordeelkundige inbouw van de balken door de aannemer. Beiden kunnen dan hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schade, de fabrikant uit onrechtmatige daad, de aannemer uit wanprestatie.<sup>13</sup>

Op het terrein van de onrechtmatige daad is de toepasselijkheid van art. 99 overigens niet beperkt tot het geval van aansprakelijkheid voor eigen toerekenbaar onrechtmatig handelen op grond van art. 162. Het artikel is ook van toepassing wanneer de aansprakelijkheid van de mogelijke veroorzakers (of een van hen) berust op één van de risico-aansprakelijkheden in afdeling 2 en 3 van titel 3 van boek 6 of op een (risico-) aansprakelijkheid voortvloeiend uit bijzondere wettelijke bepaling buiten het BW (bijvoorbeeld art. 31 WvW).<sup>14</sup> De tekst van art. 99 bevat in dit opzicht geen enkele beperking, is integendeel juist zo geformuleerd dat het artikel ook in die gevallen van toepassing is („kan de schade een gevolg zijn van twee of meer *gebeurtenissen* voor elk waarvan een andere persoon *aansprakelijk* is.”; curs. RJB).

#### ALLEEN UITZONDERING OP CAUSALITEITSVEREISTE

Volgens de Toelichting Meijers is voor omkering van de bewijslast nodig dat ten aanzien van ieder van de mogelijke veroorzakers aan alle vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan, behalve aan het vereiste van causaal verband tussen de gebeurtenis waarvoor juist hij aansprakelijk is en de schade. In geval van aansprakelijkheid op grond van art. 162 zou dit dus betekenen dat ieder van de mogelijke veroorzakers onrechtmatig gehandeld moet hebben en hem de

13. Voor een dergelijk geval: BGH Vers R 1957, 304. Om een combinatie van wanprestatie en onrechtmatige daad ging het ook in HR 4 maart 1966, NJ 1966, 268 m.o. GJS.

14. Betoogd is wel dat toepassing van art. 99 in strijd zou zijn met de Produktaansprakelijkheid o.g.v. art. 185 e.v. van boek 6. Dat is door het Amsterdamse Hof in de Des zaak terecht verworpen (arrest 22 november 1990; gepubliceerd in TMA 1991-2, blz. 36 met belangwekkende noot Spier, die eerst kort voor het ter perse gaan van dit boek verscheen en waarop ik inhoudelijk helaas niet meer in heb kunnen gaan).

handeling toegerekend kan worden.<sup>15</sup> Wanneer er dus bijvoorbeeld drie mogelijke veroorzakers zijn, maar de gedraging van één niet onrechtmatig is of hem niet toegerekend kan worden (rechtvaardigingsgrond, geen schuld of anderszins niet onrechtmatig) gaan ook de beide anderen die wèl toerekenbaar onrechtmatig gehandeld hebben vrijuit. Over de vraag of dit steeds terecht is kan men van mening verschillen. Heel in het algemeen kan men menen dat het niet juist zou zijn de mogelijke veroorzakers ook aansprakelijk te houden voor schade die mogelijk het gevolg is van gebeurtenissen waarvoor niemand aansprakelijk is. Dat zou een te vergaande uitbreiding kunnen geven aan de bepaling van art. 99. Zo bijvoorbeeld als de schade hetzij een gevolg is van gebeurtenissen waarvoor de mogelijke veroorzakers aansprakelijk zijn, hetzij een gevolg is van een natuurlijke oorzaak. Of als de schade mogelijk een gevolg is van gedragingen van het slachtoffer zelf.<sup>16</sup> Maar de zaak ligt iets anders als vaststaat dat de schade het gevolg is van gedragingen van de verschillende mogelijke veroorzakers, maar één van hen niet aansprakelijk is.<sup>17</sup> Men kan zich afvragen of het feit dat één van hen zelf niet aansprakelijk is wel een omstandigheid is die de overigen aangaat. Die omstandigheid verandert niets aan het feit dat de anderen toerekenbaar onrechtmatig gehandeld hebben en daardoor de schade mogelijk veroorzaakt hebben. Dat een derde mogelijke veroorzaker zelf niet aansprakelijk is, doet daar niets aan af en is een omstandigheid die alleen die derde zelf betreft, zo zou men kunnen redeneren.<sup>18</sup> Maar ik geef toe dat het verschil met de gevallen waarin de schade mogelijk gevolg is van een natuurlijke oorzaak of van gedragingen van de gelaedeerde zelf, niet heel hard te maken is.

In Duitsland wordt aangenomen dat zowel het ontbreken van

15. Aldus de Toelichting Meijers; Parlementaire geschiedenis boek 6, art. 6.1.9.4a, blz. 346-347.
16. Münchener Kommentar (Mertens) § 830 Rz 24; Staudinger (Schäfer) § 830 Rz 35; Nieuwenhuis, Alternatieve causaliteit en aansprakelijkheid naar marktaandeel, Preadvies Vereniging voor Burgerlijk recht 1988, blz. 12.
17. Nieuwenhuis, a.w. blz. 12 meent dat de omstandigheid dat de schade veroorzaakt is door iemand die niet aansprakelijk gesteld is, niet aan een omkering van de bewijslast in de weg staat. Hij betreft dat echter op de vraag of alle mogelijke veroorzakers gedagvaard moeten zijn.
18. Een vergelijkbaar probleem doet zich voor bij handelen in groepsverband, Boonekamp, diss. blz. 55, 56 en 62 en 63.

onrechtmatigheid als het ontbreken van schuld bij een van de mogelijke veroorzakers in de weg staat aan aansprakelijkheid van de overigen: „Die deliktische Herkunft des Verletzungserfolgs muß feststehen”.<sup>19</sup> Een uitzondering wordt gemaakt in geval van Delikts-unfähigkeit van een van de mogelijke veroorzakers, bijvoorbeeld op grond van jeugdige leeftijd (§ 828 BGB). In dat geval gaan de overigen niet vrijuit. Hoe men voor het Nederlandse recht ook denkt over de vraag of het ontbreken van onrechtmatigheid of toerekenbaarheid bij de één in de weg staat aan de aansprakelijkheid van de overigen, moet het laatste in ieder geval ook voor het Nederlandse recht gelden met betrekking tot art. 164. Dat een kind beneden de 14 jaar niet zelf aansprakelijk is, ontheft de overigen niet van aansprakelijkheid op grond van art. 99, aangenomen dat het kind zelf wel aansprakelijk geweest zou zijn indien zijn jeugdige leeftijd daaraan niet in de weg zou staan. Er is m.i. geen reden de overige mogelijke veroorzakers te laten profiteren van het feit dat aan een van hen diens onrechtmatige daad krachtens bijzondere wetsbepaling niet kan worden toegerekend.

#### BEPERKTHEID UITZONDERING

De conclusie uit het voorgaande is dat art. 99 in beginsel alleen een uitzondering bevat met betrekking tot het normaliter geldende vereiste van (door de gelaedeerde te leveren bewijs) van causaal verband tussen de gedraging van een bepaalde dader en de schade. Wat de reikwijdte van deze uitzondering betreft rijzen echter nog de nodige kwesties. Om te beginnen moet men denk ik voor ogen houden dat de in art. 99 voorgeschreven omkering van de bewijslast niet bedoeld is om de gelaedeerde te ontlasten van „normale” problemen met betrekking tot de vaststelling van causaal verband.<sup>20</sup> Een voorbeeld: mevrouw X – fotomodel – laat bij haar kapper het haar ontkrullen. Enige tijd na de behandeling wordt het haar dor en valt uit. Zij vordert schadevergoeding van de kapper. Ten processe blijkt dat zij ten tijde van de behandeling door de kapper reeds geruime tijd onder behandeling was van een huidarts, die haar voor cosmetische doeleinden bepaalde preparaten heeft

19. Staudinger (Schäfer) § 830 Rz 32 en 34; Münchener Kommentar, (Mertens) § 830 Rz 25.

20. Aldus: BGB Kommentar (Steffen) § 830 Rz 24.

toegediend, waarvan vaststaat dat zij naar medisch inzicht ongeschikt zijn om het beoogde doel te bereiken. Onduidelijk blijft wat de oorzaak van de haaruitval is. Deze onduidelijkheid kan niet op grond van art. 99 voor risico van de mogelijke veroorzakers gebracht worden. Op het eerste gezicht komen kapper en arts als mogelijke veroorzakers in aanmerking. Toepassing van art. 99 kan echter eerst dan aan de orde komen indien vastgesteld is – op grond van door mevrouw X bij te brengen bewijs – dat zowel de behandeling door de kapper als die door de arts elk voor zich in dit geval tot deze schade hebben kunnen leiden. Kan dat niet vastgesteld worden (met inachtneming van de gewone eisen aan het bewijs van causaal verband te stellen) dan houdt het op voor mevrouw X. Wordt dit wel vastgesteld, maar kan niet vastgesteld worden of de schade in concreto door de ene of door de andere behandeling is veroorzaakt, dan zijn kapper en arts op grond van art. 99 hoofdelijk aansprakelijk, behoudens tegenbewijs. Afrondend kan dus meer in het algemeen het volgende gesteld worden. In art. 99 wordt alleen causaliteitstwijfel ondervangen, die uitsluitend haar grond vindt in het feit dat gebeurtenissen waarvoor verschillende personen aansprakelijk zijn en waarvan de schade een gevolg kan zijn, bij elkaar zijn gekomen, tengevolge waarvan niet vastgesteld kan worden door welke van de gebeurtenissen de schade in werkelijkheid is veroorzaakt. Dit is de voor de situatie waarop art. 99 (in Duitsland § 830 I 2) betrekking heeft, „characteristische Beweisnot”, zoals dat in Duitsland heet.

#### URHEBER- EN ANTEILZWEIFEL

Een andere kwestie die de aandacht verdient is of art. 99 alleen van toepassing is indien vaststaat dat de schade slechts van één van de verschillende in aanmerking komende gebeurtenissen het gevolg is, zonder dat de gelaedeerde kan bewijzen van welke. In Duitsland wordt aangenomen dat niet alleen deze „Urheberzweifel” op grond van § 830 I 2 voor risico van de Beteiligten is, maar ook de zogenaamde „Anteilzweifel”.<sup>21</sup> Dit laatste betekent dat de bewijslast op grond van § 830 I 2 ook omgekeerd wordt:

„wenn feststeht daß jeder von Ihnen am Verletzungserfolg mitbeteiligt war, jedoch

21. BGB Kommentar (Steffen) § 830 Rz 15.

zweifelhaft bleibt ob jeder nach allgemeinen Grundsätzen für den ganzen Erfolg oder nur für einen Teilschaden einzustehen hat.”<sup>22</sup>

Dit geldt echter alleen onder de voorwaarde dat elk van de in aanmerking komende gebeurtenissen geschikt was om op zichzelf de gehele schade te kunnen veroorzaken.<sup>23</sup>

Voor het Nederlandse recht geldt eveneens dat het feit dat de schade het gevolg is van meer dan één van de in aanmerking komende gebeurtenissen, niet aan toepasselijkheid van art. 99 in de weg staat. In art. 99 wordt immers slechts geëist dat vaststaat „dat de schade door *tenminste* (curs. RJB) een van deze gebeurtenissen is ontstaan.” Het artikel kan dus ook van toepassing zijn als de schade het gevolg is van meer dan één of zelfs van alle gebeurtenissen. De vraag is alleen binnen welke grenzen.

Hartkamp zegt in dit verband dat art. 99 mede het geval omvat „dat de schade *is* veroorzaakt door *beide* gebeurtenissen zonder dat de benadeelde dit kan bewijzen.”<sup>24</sup> Die laatste toevoeging zou een verkeerde indruk kunnen wekken van een verdergaande beperking dan nodig is. Hartkamp verwijst naar het voorbeeld van de twee brandhaarden. In de versie van Van Opstall<sup>25</sup> komt dat voorbeeld hierop neer, dat de eigenaar van een pakhuis met brandbare materialen opdracht geeft aan een schilder en een loodgieter voor de verrichting van verschillende werkzaamheden waarbij vuur te pas komt (afbranden en lassen). Beiden zijn onvoorzichtig en veroorzaken ongeveer gelijktijdig op verschillende plaatsen een brandje. Het pakhuis gaat in vlammen op. Twee situaties kunnen hier onderscheiden worden: Niet uitgemaakt kan worden of het pakhuis door de brand van de schilder of van de loodgieter is afgebrand. In dat geval kan de bewijslast omgekeerd worden op grond van art. 99, zonder dat daaraan afdoet dat de mogelijkheid openblijft dat het afbranden het gevolg is van beide brandjes. Hierop heeft Hartkamp klaarblijkelijk het oog. Maar art. 99 is m.i. ook van toepassing in de 4 – tweede – situatie waarin *vaststaat* dat

22. Idem vorige voetnoot.

23. BGB Kommentar (Steffen) § 830 Rz 16; Münchener Kommentar (Mertens) § 830 Rz 21.

24. Asser-Hartkamp 4-I, nr. 441.

25. Hofmann-Van Opstall, blz. 213.

het afbranden het gevolg is van beide brandjes, maar niet uitgemaakt kan worden in welke *mate* de beide brandjes tot het ontstaan van de brandschade hebben bijgedragen. In dat geval gaat het niet om Urheber maar om Anteilzweifel.

Voor een ander voorbeeld is een moderne variant op een vergiftigingscasus altijd geduldig. Twee fabrikanten A en B brengen een qua bereiding en samenstelling identiek – zij het gebrek-kig – geneesmiddel onder verschillende merknamen op de markt. Patient C krijgt het middel voorgeschreven, slikt afhankelijk van de voorraad van de apotheker beurtelings het ene merk en het andere en wordt ernstig ziek. Ook in dat geval kan art. 99 een oplossing bieden met het oog op de *mate* waarin de verschillende gebeurtenissen tot het ontstaan van de schade hebben bijgedragen.

Uit deze voorbeelden blijkt dat het toepassingsgebied van art. 99 verder reikt dan de alternatieve veroorzaking in strikte zin. Ook gevallen van cumulatieve causaliteit worden binnen zekere grenzen door het artikel bestreken. Kort gezegd: niet alleen Urheberzweifel kan op grond van art. 99 voor risico van de in aanmerking komende betrokkenen komen, maar tot op zekere hoogte ook Anteilzweifel, gelijk in Duitsland.

De vraag is tot op welke hoogte. In Duitsland wordt zoals gezegd in het kader van Anteilzweifel als nader vereiste gesteld dat elk van de in aanmerking komen de gebeurtenissen *op zichzelf de gehele schade* had kunnen veroorzaken. Hartkamp neemt hetzelfde aan voor het Nederlandse recht, zonder motivering overigens.<sup>26</sup> Dit is een belangrijk punt, want er zijn vele gevallen, bijvoorbeeld bij milieuvervuiling, waarin verschillende betrokkenen ieder op zichzelf slechts een deel van de schade veroorzaken en kunnen veroorzaken, maar de gehele schade het gevolg is van de diverse gedragingen tezamen. Voor dit soort gevallen zou art. 99 een handvat kunnen bieden, indien niet uitgemaakt kan worden wie welk deel van de schade heeft veroorzaakt. Maar het artikel werkt in die situatie niet als vereist is dat elke gebeurtenis op zichzelf de gehele schade veroorzaakt moet kunnen hebben.

De vraag is hoe hierover te denken. De kwestie van milieu-

26. Asser-Hartkamp 4-I, nr. 441; zie ook de door Spier, Sluipende schade, oratie 1990, geciteerde MvT op wetsontwerp 21202.

schade door verschillende of zelfs vele vervuilers is te veelomvattend en te belangrijk dan dat die in dit kader afdoende besproken zou kunnen worden.<sup>27</sup> Ik kan slechts enkele meer algemene opmerkingen over art. 99 maken. Voorop staat dat noch de tekst van art. 99, noch de parlementaire geschiedenis dwingt tot het stellen van bovengenoemde eis. Als men een hoofdelijke aansprakelijkheid in gevallen die ik hier op het oog heb wenselijk en gerechtvaardigd acht, dan bestaat er wat dat betreft geen beletsel voor toepassing van art. 99. Verdedigbaar is echter dat de desbetreffende eis vanzelfsprekend voortvloeit uit de gedachte die aan art. 99 ten grondslag ligt. Die billijkheidsgedachte kan men heel strikt interpreteren door aan te nemen dat een verschuiving van het bewijsrisico alleen dan voldoende gebillijkt wordt, als ieder van de mogelijke veroorzakers voor de *gehele* schade aansprakelijk geweest zou (kunnen) zijn, als men het probleem van de samenloop met andere mogelijke oorzaken wegdenkt. De bedoeling van art. 99 is niet aansprakelijkheid te creëren voor schade waarvoor ook zonder de samenloop met andere mogelijke oorzaken geen volledige aansprakelijkheid zou bestaan. Anderzijds zou men daartegen aan kunnen voeren dat ook wanneer het uitsluitend om de bepaling van het aandeel in de toebrengring van de schade gaat, de bewijsproblemen voor de gelaedeerde juist hun grond vinden in het feit dat onrechtmatige daden van verschillende veroorzakers bij elkaar zijn gekomen. En dat zich hier dus ook de karakteristische Beweisonvoordoeft, die meer in de sfeer van de *dadere* ligt - die tenslotte toerekenbaar onrechtmatig handelen - dan in die van de gelaedeerde. Bij deze opmerkingen moet ik het laten.

#### AANSPRAKELIJKHEID VAN ÉÉN VOOR DE GEHELE SCHADE

Over de reikwijdte van § 830 I 2 heeft het BGH zich o.a. uitgelaten in een reeks van gevallen van dubbele aan- of overrijding.<sup>28</sup> Auto 1 rijdt slachtoffer A aan. A blijft op de weg liggen, waarna auto 2 nog eens over hem heen rijdt; of slachtoffer B verongelukt

27. Zie over de toepasselijkheid van art. 99 in geval van bodemverontreiniging, De Planque, Aansprakelijkheid i.g.v. bodemverontreiniging, *Bouwwrecht* 1985, blz. 689, i.h.b. 2.3.

28. BGHZ 33, 287; 55, 86; 60, 177; 67, 14; 72, 355.

na aanrijding door auto 1 met de ambulance op weg naar het ziekenhuis etc. In de huidige opvatting in Duitsland is in zulke gevallen de eerste dader voor de gehele schade aansprakelijk omdat het tweede ongeluk als een gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust aan hem kan worden toegerekend.<sup>29</sup> Hetzelfde wordt ook naar Nederlands recht wel aangenomen bijvoorbeeld indien het toebrengen van letsel door A gevolgd wordt door onjuiste geneeskundige behandeling door arts B. A is dan voor de gehele schade aansprakelijk, los daarvan dat ook B tot de schade heeft bijgedragen.<sup>30</sup> Met het oog op dit soort gevallen heeft het BGH beslist dat indien één van de Beteiligten aansprakelijk is voor de gehele schade op grond van vastgesteld causaal verband (A), de ander (B) ten aanzien van wie niet vastgesteld kan worden in hoeverre hij ook een deel van de schade heeft veroorzaakt, niet aansprakelijk gesteld kan worden op grond van § 830 I 2. De bedoeling van § 830 I 2 is niet - aldus het BGH - <sup>31</sup> het slachtoffer een extra verhaalsmogelijkheid te geven, ook niet - begrijp ik het goed - , indien bijvoorbeeld de identiteit van de eerste dader niet achterhaald kan worden of die geen verhaal biedt.

Voor het Nederlandse recht zou ik die gedachte niet over willen nemen. Als ook de tweede dader door zijn gedragingen de gehele schade had kunnen veroorzaken, maar het slachtoffer niet kan aantonen in hoeverre hij metterdaad schade heeft toegebracht, zie ik niet in waarom hij niet ook op grond van art. 99 aansprakelijk gesteld zou mogen worden. Er is geen reden hem geheel vrijuit te laten gaan, alleen omdat de schade in ieder geval aan de ander in zijn geheel toegerekend kan worden. De situatie is niet principieel anders dan in geval dat ten aanzien van beide betrokkenen twijfel bestaat over het aandeel in de toebrenging van de schade.

#### DAGVAARDING VAN ALLE MOGELIJKE VEROORZAKERS

Is noodzakelijk dat de gelaedeerde alle mogelijke veroorzakers

29. Zeer uitvoerig hierover: Staudinger (Schäfer) § 830 Rz 22 t/m 29.

30. Zie achtereenvolgens HR 20 juni 1969, NJ 1969, 374; HR 9 februari 1974, NJ 1974, 400 en tenslotte HR 8 februari 1985, NJ 1986, 136 waarover Boonekamp, TPR 1987, blz. 864 ev 872.

31. BGH 7 november 1978 BGHZ 72, 355; zie ook: BGHZ 67, 14.

dagvaardt, wil de bewijslast op grond van art. 99 omgekeerd worden? De kwestie speelt momenteel in de Des zaak een cruciale rol. De vordering van de Des dochters tegen 10 producenten van de vele die Des in het verkeer hebben gebracht is in eerste instantie door de Rechtbank afgewezen met de overweging dat voor een omkering van de bewijslast

„moet vaststaan dat de dader behoort tot de aansprakelijk gestelde personen. Die vaststelling is onmogelijk als de schade, zoals in deze zaak, ook het gevolg kan zijn van de daad van een niet aansprakelijk gestelde persoon.”<sup>32</sup>

Het Hof heeft in het midden gelaten of het „niet reeds uit procesueel oogpunt bezien noodzakelijk is om alle plegers van de onrechtmatige daad zonder uitzondering in rechte te betrekken”. Het vonnis waarvan beroep is echter bekrachtigd omdat de Des dochters in ieder geval gemotiveerd hadden moeten stellen welke producenten buiten de gedagvaarde precies in de relevante periode ook Des in het verkeer hebben gebracht.<sup>33</sup>

Over de Des problematiek in samenhang met de alternatieve veroorzaking is inmiddels een stroom literatuur verschenen, waarnaar ik verwijs.<sup>34</sup> Ik beperk mij hier tot enkele meer algemene opmerkingen over de vraag of dagvaarding van alle mogelijke veroorzakers noodzakelijk is. Het verkrijgen van *zekerheid* dat de *werkelijke* veroorzakers zich onder de gedaagden bevindt is op zichzelf niet een zinnige reden voor het stellen van die eis. Dit dient als zodanig geen redelijk doel. Het valt niet in te zien waarom een omkering van de bewijslast alleen gerechtvaardigd zou zijn, indien de werkelijke veroorzaker zich onder de gedaagden bevindt. De wel gedagvaarde personen worden noch van het feit, noch van de wetenschap dat ook hij aangesproken is beter en ook niet

32. Rb Amsterdam 25 mei 1988, TvC 1988, blz. 274.

33. Hof Amsterdam 22 november 1990 (zie noot 14).

34. Nieuwenhuis, Preadvies, blz. 7 e.v.; Van Wassenaer van Catwijck, Productenaansprakelijkheid 1986, blz. 75 e.v.; Rijken en Schneider, Kwartaalbericht NBW 1988/4, blz. 129 e.v.; Fernhout c.s., NJB 1989, blz. 1376 e.v., Tuinstra, Kwartaalbericht NBW 1990/3, blz. 74 e.v.; Knottenbelt, Produktaansprakelijkheid, diss. Rotterdam 1990, blz. 73 e.v.; Boonekamp, diss. blz. 197 e.v.; E. E. I. Snijder, TMA 1990-6, blz. 141; Verkade c.s., Produkt in gebreke 1990, blz. 119 e.v.; Spier, noot onder Hof Amsterdam 22 november 1990, TMA 1991-2, blz. 36.

slechter indien de mogelijkheid open blijft dat juist hij zich niet onder de gedaagden en uiteindelijk veroordeelden bevindt. De minder vergaande eis in Sindell vs Abbott dat in ieder geval een substantieel deel van de markt gedagvaard moet worden spreekt mij daarom evenmin aan.

De pijn zit elders. Als men aanneemt (zie hiervoor) dat voor een omkering van de bewijslast alleen plaats is indien ieder van de mogelijke veroorzakers (afgezien van causaliteit) aansprakelijk is, is ieders aansprakelijkheid tot op zekere hoogte afhankelijk van die van de ander. Anders gezegd: de aansprakelijkheid van de een is dan vooronderstelling voor de aansprakelijkheid van de ander.<sup>35</sup> Het punt is dat absolute zekerheid dat ieder van de mogelijke veroorzakers ook werkelijk aansprakelijk is alleen verkregen kan worden doordat daarover ten aanzien van ieder bij gewijsde is beslist. Om de absolute zekerheid te krijgen zou dan inderdaad ieder moeten worden gedagvaard. Dit gaat mij veel te ver. Met het oog op de bruikbaarheid van art. 99 zou ik een aanmerkelijk lichtere eis willen stellen. Dat de schade ook veroorzaakt kan zijn door derden die buiten de procedure zijn gebleven staat niet aan een omkering van de bewijslast in de weg, wanneer met redelijke mate van zekerheid aan te nemen valt dat de schade slechts het gevolg kan zijn van gebeurtenissen waarvoor aansprakelijkheid (van die derden) bestaat. En als het gaat om een verzameling gelijksoortige gebeurtenissen (zoals in de Des zaak) valt dat al snel aan te nemen.

Voor het Duitse recht wordt iets dergelijks zonder omhaal van woorden wel aangenomen<sup>36</sup> en uit de jurisprudentie blijkt dat de procedure vaak slechts tegen een van de Beteiligten wordt gevoerd zonder dat daar een punt van gemaakt wordt.

Op deze manier vermijdt men ook dat art. 99 onbruikbaar zou zijn als bijvoorbeeld een van de mogelijke veroorzakers niet te achterhalen is of inmiddels dood of geliquideerd is. Het zou m.i. niet juist zijn dit soort omstandigheden aan aansprakelijkheid van de overigen in de weg te laten staan. Een redelijke toepassing van art. 99 verlangt dat ook niet. De grens van art. 99 is bereikt als

35. Uitvoerder: Boonekamp, diss blz. 170-171.

36. Bijv. door Steffen in BGB Kommentar § 830, Rz 18.

ook gebeurtenissen als mogelijke oorzaak van de schade aan te wijzen zijn waarvan duidelijk is dat daarvoor voor derden geen aansprakelijkheid kan bestaan. Ook met de hoofdelijkheid<sup>37</sup> lijkt mij trouwens meer in overeenstemming dat de gelaedeerde ieder die met toepassing van art. 99 aansprakelijk te stellen is, separaat aan kan spreken.

#### ONDERLINGE SAMENHANG

Een laatste punt betreft de vraag in hoeverre een zekere samenhang tussen de mogelijke veroorzakers moet bestaan. Daarover kan ik kort zijn. Het artikel eist geen enkele vorm van onderlinge verbondenheid, objectief, noch subjectief. Wat dat laatste betreft is in de Toelichting Meijers ook uitdrukkelijk gesteld dat het artikel niet de eis stelt "dat de daden tezamen een naar tijd en plaats samenhangende eenheid vormen".<sup>38</sup> In de Duitse jurisprudentie is die eis vroeger wel gesteld, waarbij volgens het BGH aan de gelijksoortigheid van gedragingen een bijzondere betekenis toekwam. De literatuur verzet zich hier over het algemeen sterk tegen en in de moderne jurisprudentie is dat vereiste ook goeddeels losgelaten.<sup>39</sup> Gelijksoortigheid van gebeurtenissen is m.i. voor het Nederlandse recht evenmin vereist.<sup>40</sup> De gebeurtenissen mogen van geheel ongelijksoortige aard zijn, mits die geschikt zijn om de schade zoals die in concreto is toegebracht te veroorzaken en als mogelijke oorzaak van de schade in aanmerking komen. Als men dat goed in het oog houdt bestaat er geen gevaar voor een te vergaande uitbreiding van de regel van art. 99.

37. Die hoofdelijkheid vloeit voort uit art. 6:102; de verplichting o.g.v. art. 99 van een ieder om de schade te vergoeden betreft een verplichting tot vergoeding van dezelfde schade.

38. Parlementaire geschiedenis boek 6, art. 6.1.9.4a, blz. 347.

39. BGB Kommentar (Steffen) § 830 Rz 24.

40. Aldus ook Nieuwenhuis, Preadvies blz. 9.