



Universiteit
Leiden
The Netherlands

De neus van Cleopatra
Nieuwenhuis, J.H.

Citation

Nieuwenhuis, J. H. (2002). De neus van Cleopatra. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 1, 1-2. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3242>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3242>

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

De neus van Cleopatra

Le nez de Cléopâtre: s'il eût été plus court, toute la face de la tere aurait changé. Deze terloopse *pensée* van Pascal biedt ruimte voor interessante speculaties. Hoe zou de wereld eruit hebben gezien als de neus van Cleopatra iets minder fors zou zijn uitgevallen? Wij hier, in het gebied rond de monding van de Rijn, zouden nog hebben rondgelopen in berenvellen. De bewijsvoering verloopt als volgt: nadat hij deze moerassen had veroverd, richtte Caesar zijn blik op aanlokkelijker streken: de delta van de Nijl, Alexandrië, *where he for some time forgot his fame and character in the arms of Cleopatra.* (Lemprière). Reeds na korte tijd begon de omvang van haar neus hem te irriteren; hij liet haar zitten, wel met kind, maar toch. Caesar keerde terug naar Calpurnia, zijn wettige echtgenote in Rome.

De oorzaak van de liefde, volgens Pascal een onbetekenend *je ne sais quoi*, bepaalt de loop van de geschiedenis. Als Cleopatra met een iets geringere neuslengte Caesar duurzamer had kunnen bekoren, zou niet Rome, maar Alexandrië het centrum van de beschaving zijn geworden, en zouden de bewoners van de noordelijke uithoek van het Europese continent zijn teruggevallen in hun natuurlijke staat van barbarij.

Echte historici weigeren zich te begeven in dergelijke hypothetische speculaties. Echte juristen daarentegen zijn gedoemd zich te verdiepen in vragen van het type: als de neus van Cleopatra...

Hoe zou de wereld eruit hebben gezien als het verpleegkundig nachthoofd van het psychiatrisch centrum Sint Willibrord *met* onzorgvuldig zou hebben gehandeld en *wel* een psychiater zou hebben ingeschakeld, alvorens L. te laten vertrekken? Zou dan in Heiloo nog een huis hebben gestaan dat nu door brandstichting is verwoest? Zou deze psychiater L.'s vertrek hebben belet? In dat geval zou L. niet per taxi naar het verkeerde motel zijn gegaan, en zou hij niet, toen hij merkte dat dit motel gesloten was, hebben aangebeld bij het naastgelegen huis. Dan zou de vijftienjarige zoon niet de deur elektronisch hebben geopend en zou L. niet een uur in de woonkamer hebben gezeten en zou hij niet met een aansteker die daar op tafel lag de gordijnen in brand hebben gestoken en zou het huis niet zijn afgebrand.

Wat zou zijn gebeurd, indien de onrechtmatige daad niet zou zijn gepleegd? Kan de onrechtmatige daad worden aangemerkt als de *condicio sine qua non* van de schade? Sinds jaar en dag confronteert het aansprakelijkheidsrecht partijen met deze vraag van het 'als de neus van Cleopatra'-type. Het doel van het *sine qua non*-vereiste is nobel: het strekt ertoe te voorkomen dat iemand wordt veroordeeld tot vergoeding van schade die hij niet heeft veroorzaakt.

Inmiddels zijn forse bressen geschoten in dit uitgangspunt. Een op het eerste gezicht onschuldige ingreep was hiertoe voldoende. omkering van de bewijslast. Een ondernemer die tezamen met vele anderen een ondeugdelijk geneesmiddel in het verkeer heeft gebracht, is aansprakelijk voor de schade, tenzij *hij* bewijst dat de schade *met* het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is (art. 6:99 BW). De uitleg die de Hoge Raad in het DES-arrest¹ aan deze regel van bewijslastverdeling heeft gegeven, kan ertoe leiden 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?

Recent heeft een andere 'omkeringsregel' voor veel rumoer gezorgd²:

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 gecreëerd en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, is daarmee het causaal verband 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

Wat zou zijn gebeurd, indien de onrechtmatige daad niet zou zijn gepleegd? De last om dit Cleopatra-scenario van een overtuigend slot te voorzien, rust op de schouders van de gedaagde.

In de zaak van de brandstichting in Heiloo is het Hof niet over één nacht ijs gegaan. 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? Ja, aldus acht geraadpleegde deskundigen. Negen deskundigen dachten er anders over en waren van oordeel dat ook een zorgvuldig handelend psychiater L. zou hebben laten gaan. Het Hof brengt 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.³

Toepassing van de omkeringsregel heeft tot gevolg dat de onzekerheid omtrent het verondersteld doen en laten van een zorgvuldig handelend psychiater 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?

Hoe vervelend is het te worden veroordeeld tot vergoeding van schade die waarschijnlijk ook zonder de onrechtmatige gedraging zou zijn ontstaan?

Eén recept om de pijn te verzachten is uiteraard: proportionele aansprakelijkheid. Veroordeel de producent met een marktaandeel van tien procent tot vergoeding van tien procent van de door eiser geleden schade. Beperk de door Sint Willibrord te vergoeden schade tot 8/17 van de door de huiseigenaar geleden brandschade.

In het strafrecht is een dergelijke benadering uiteraard ondenkbaar. In raadkamer zal zich niet licht de volgende gedachtewisseling ontspinnen: de kans dat verdachte de brand heeft gesticht is reëel aanwezig (vijftig procent), de kans dat hij het niet heeft gedaan evenzeer (vijftig procent), waarom hem dus niet veroordeeld tot twee jaar, de helft van de straf die hij zou hebben gekregen als zijn daderschap zou vaststaan *beyond reasonable doubt*?

Maar ook in het civiele recht stuiten pleidooien voor spreiding van de schade in evenredigheid met de mate van onzekerheid ten aanzien van de feiten begrijpelijkerwijs op tegenstand. De kern van het civiele bewijsrecht is hier in het geding: de bewijslevering is gericht op het forceren van zekerheid omtrent feiten die onzeker zijn. Voor bewijs komen slechts in aanmerking feiten die gemotiveerd zijn betwist. Het staat vast dat de verzekerde de brand heeft gesticht als de verzekeraar erin slaagt de rechter daarover een *redelijke mate* van zekerheid te verschaffen. Een restant *reasonable doubt* kan dit vaststaande feit niet aan het wankelen brengen.

De omstandigheid dat voor het slagen van het bewijs de lat in het civiele recht aanmerkelijk lager ligt dan in het strafrecht, maakt het mogelijk dat iemand wordt veroordeeld tot schadevergoeding wegens een feit waarvan hij in een strafgeding zou zijn vrijgesproken. Deze ongelijke behandeling is niet ondraaglijk. Dit komt niet doordat het betalen van € 10 000 schadevergoeding als minder pijnlijk wordt ervaren dan het betalen van € 10 000 boete. De reden is dat het risico van civielrechtelijke aansprakelijkheid adequaat kan worden verzekerd.

's Hof's eindarrest bevat een veelzeggende overweging.

Relevant is voorts dat uit de stukken blijkt dat St Willibrord tegen de onderhavige aansprakelijkheid verzekerd is, terwijl de schade waarvan V vergoeding vordert buiten de dekking van diens verzekering valt.

Staat een *onverzekerde* eiser die in het spel om de knikkers van het aansprakelijkheidsrecht in het krijt treedt tegen een *verzekerde* gedaagde, al bij voorbaat een paar punten vóór? Op 's Hof's proeve van verdelende rechtvaardigheid valt het een en ander af te dingen. Dit neemt niet weg dat de aanvaardbaarheid van de omkeringsregel in hoge mate wordt bepaald door de omstandigheid dat de aansprakelijkheidsverzekering in het maatschappelijk verkeer een rol heeft is gaan vervullen die veel verder gaat dan de bescherming van de verzekerde tegen de financiële consequenties van aansprakelijkheid. Bescherming van het slachtoffer tegen het risico dat zijn schade onvergoed blijft, omdat zij werd veroorzaakt door iemand die zonder verzekering niet in staat zou zijn geweest de schadevergoeding te betalen, is een even legitieme functie. In dit 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 eiser kan de omkeringsregel pas in stelling brengen als vaststaat dat de gedaagde een norm heeft geschonden die ertoe strekt de eiser te beschermen tegen de geleden schade. Als dat punt eenmaal is bereikt is het alleszins redelijk het slachtoffer te beschermen tegen de kwade kans dat zeventien deskundigen hopeloos verdeeld blijken te zijn over de afloop van het Cleopatra-scenario: zou in Heiloo nog het huis van V. hebben gestaan, als in de nacht van 16 op 17 november 1982 het verpleegkundig nachthoofd van Sint Willibrord een psychiater zou hebben geraadpleegd?

JHN