

Proportionele aansprakelijkheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid

Een verkenning van het criterium veroorzakingswaarschijnlijkheid ter vaststelling van het percentage van proportionele aansprakelijkheid

*Mr. dr. J.M. Emaus en prof. mr. A.L.M. Keirse**

1 Inleiding

Op 14 en 21 december 2012 heeft de Hoge Raad voorzien in twee arresten waarin hij, na Nefalit/Karamus en Fortis/Bourgonje,¹ verder invulling geeft aan, wat hij noemt, de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid. Die rechtsregel komt erop neer dat ingeval schade het gevolg kan zijn van een gedraging of nalaten van een normschender, maar evenzeer het gevolg kan zijn van een aan de benadeelde toe te rekenen gedraging of nalaten, of een combinatie van beide, en niet met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld of en in welke mate de beide potentiële oorzaken werkelijk aan het ontstaan van de schade hebben bijgedragen, de rechter de normschender mag veroordelen tot vergoeding van de schade naar rato van de kans dat de normschending de schade heeft veroorzaakt, mits de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is.

In Nefalit/Karamus aanvaardde de Hoge Raad de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid onder de overweging:

‘Mede gelet op de aan de artikelen 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten moet daarom worden aangenomen dat, indien een werknemer schade heeft geleden die, gelet op de hiervoor bedoelde kanspercentages, zowel kan zijn veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming van zijn werkgever in de nakoming van zijn verplichting de werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden voldoende te beschermen tegen een voor de gezondheid gevaarlijke stof, als door een aan de werknemer zelf toe te rekenen omstandigheid als hiervoor bedoeld, als door een combinatie daarvan, zonder dat met voldoende zekerheid is vast te stellen in welke mate de schade van de werknemer door deze omstandigheden of één daarvan is ontstaan, de rechter de werkgever tot vergoeding van de

gehele schade van de werknemer mag veroordelen, met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen.’²

In Fortis/Bourgonje voegde de Hoge Raad daaraan toe dat bij toepassing van de rechtsregel terughoudendheid moet worden betracht vanwege het daaraan verbonden bezwaar dat iemand aansprakelijk kan worden gehouden voor een schade die hij mogelijkwerwijs niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt:

‘Aan de door de Hoge Raad in het arrest Nefalit/Karamus geformuleerde rechtsregel is, zoals ook in de literatuur is onderkend, het bezwaar verbonden dat toepassing daarvan de mogelijkheid in zich draagt dat iemand aansprakelijk wordt gehouden voor een schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt. Dit bezwaar brengt mee dat deze regel met terughoudendheid moet worden toegepast, en dat de rechter die daartoe besluit, in zijn motivering dient te verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending – waaronder is begrepen de aard van de door de benadeelde geleden schade – deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen.’³

Recent, bij arrest van 14 december 2012, heeft de Hoge Raad verder verduidelijkt dat er ‘bij toepassing van proportionele aansprakelijkheid geen ruimte bestaat om, nadat de rechter de in een percentage uitgedrukte kans heeft vastgesteld dat de normschending de schade heeft veroorzaakt, daarop nog een billijkheidscorrectie toe te passen, al dan niet naar analogie van art. 6:101 lid 1 BW’.⁴ Een verhoging naar billijkheid van de op basis van de veroorzakingskans vastgestelde proportionele aan-

* Mr. dr. J.M. Emaus is docent/onderzoeker bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht. Prof. mr. A.L.M. Keirse is hoogleraar burgerlijk recht bij het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en raadshere bij het Gerechtshof Amsterdam.

1. HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250 (Nefalit/Karamus); HR 24 december 2010, NJ 2011, 251 (Fortis/Bourgonje).

2. HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250 (Nefalit/Karamus), r.o. 3.13.

3. HR 24 december 2010, NJ 2011, 251 (Fortis/Bourgonje), r.o. 3.8.

4. HR 14 december 2012, NJ 2013, 236 (Nationale-Nederlanden/moeder en zoon), r.o. 4.3.

sprakelijkheid zou, aldus de Hoge Raad, verder gaan dan door de regel van de proportionele aansprakelijkheid wordt gerechtvaardigd en op gespannen voet staan met de aangehaalde terughoudendheid. Kort daarop, bij arrest van 21 december 2012, vervolgde de Hoge Raad dat er bij de toepassing van het leerstuk van verlies van een kans 'geen grond bestaat voor de terughoudende benadering die – in geval van causaliteitsonzekerheid – volgens het arrest Fortis/Bourgonje bij toepassing van proportionele aansprakelijkheid op haar plaats is'.⁵ Dit laatste motiveert de Hoge Raad met de overweging dat het voornoemde bezwaar dat kleeft aan de causaliteitsonzekerheid bij toepassing van de regel van proportionele aansprakelijkheid, niet opgaat bij het leerstuk van de kansschade. Typerend voor de toepassing van de 'verlies van een kans'-doctrine is tenslotte dat de onzekerheid schuilgaat in de schade en niet in de causaliteit. Het is dan ook de schade die in procenten wordt uitgedrukt. Voor beschouwingen over het verschil tussen de beide leerstukken en de vraag of een verschil überhaupt te maken is, verwijzen wij naar de literatuur over dat onderwerp.⁶

Het arrest van de Hoge Raad van 14 december 2012 is voor ons aanleiding om nader stil te staan bij de uitgangspunten die ten grondslag liggen aan art. 6:101 Burgerlijk Wetboek (BW). De Hoge Raad heeft in Nefalit/Karamus immers overwogen dat de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid mede berust op uitgangspunten onder art. 6:101 BW. Met de afwijzing van de analoge toepassing van de billijkheidscorrectie uit art. 6:101 BW door de Hoge Raad op 14 december 2012 rijst de vraag wat de relatie is tussen proportionele aansprakelijkheid en een ander belangrijk uitgangspunt dat ten grondslag ligt aan art. 6:101 BW: het uitgangspunt van de veroorzakingswaarschijnlijkheid als maatstaf bij de verdeling van de schade.

In deze bijdrage verkennen wij de tweeledige verdelingsmaatstaf van art. 6:101 BW en richten we de aandacht op de veroorzakingswaarschijnlijkheid. Het is namelijk de veroorzakingswaarschijnlijkheid die ons inziens als leidraad fungeert bij de schadedeling en daarmee bij de vaststelling van de omvang van de aansprakelijkheid in geval van eigen schuld en het is

ook de veroorzakingswaarschijnlijkheid die dienst kan doen – en mogelijk al doet – bij de toepassing van proportionele aansprakelijkheid, in het bijzonder bij het bepalen van de mate van aansprakelijkheid. Voor we toekomen aan de bespreking van de tweeledige verdelingsmaatstaf van art. 6:101 BW en in het bijzonder aan de veroorzakingswaarschijnlijkheid in relatie tot proportionele aansprakelijkheid, volgt eerst een korte bespreking van het arrest van de Hoge Raad van 14 december 2012.

2 HR 14 december 2012, NJ 2013, 236 (Nationale-Nederlanden/moeder en zoon)

Een vrouw is dertig weken zwanger als haar als bijrijder in een Alfa Romeo een ongeval overkomt. Een van rechts komende BMW verleent geen voorrang aan de Alfa Romeo waarin de vrouw de rechtersstoel bezet. Enige tijd na het ongeval bevalt de vrouw door middel van een keizersnede van een zoon bij wie korte tijd na de geboorte een ernstige longaandoening (*respiratory distress syndrome*, of: RDS) wordt gediagnosticeerd. De longaandoening noodzaakt tot een bloedtransfusie en tot beademing. Bij de zoon wordt maanden later een hersenbeschadiging (*periventriculaire leucomalacie*, of: PVL) vastgesteld die leidt tot spasticiteit (*centrale spastische parese*). De vrouw wijt de hersenbeschadiging van haar kind aan het auto-ongeval vóór de geboorte, maar Nationale-Nederlanden, de verzekeraar van de veroorzaker van het ongeval, stelt dat de beschadiging het gevolg is van de longaandoening die de zoon korte tijd ná de geboorte trof.

Meerdere deskundigen laten zich tijdens de behandeling van de zaak in eerste aanleg uit over de mogelijke oorzaak van de hersenbeschadiging. De rapporten van de deskundigen brengen de rechtbank tot de conclusie dat het letsel uit de twee door partijen opgeworpen oorzaken kan zijn ontstaan, zonder dat met voldoende zekerheid kan worden vastgesteld welke van de beide mogelijke oorzaken de schade heeft *doen* ontstaan. De rechtbank verklaart daarom voor recht dat de kans dat de hersenbeschadiging door het ongeval is veroorzaakt, gelijk is aan 50% en veroordeelt Nationale-Nederlanden tot vergoeding van 50% van de materiële en immateriële schade van de zoon.

Het hof sluit zich aan bij het oordeel van de rechtbank dat een proportionele benadering wenselijk is. Het hof komt vervolgens evenwel toe aan de vraag of daarbij een billijkheidscorrectie kan worden toegepast en beantwoordt die vraag bevestigend. Een correctie op grond van billijkheidsargumenten, analoog aan de billijkheidscorrectie in art. 6:101 BW, mag naar het oordeel van het hof. Weliswaar overweegt het hof in dit verband dat de analoge toepassing van de billijkheidscorrectie in een zaak waarin causaliteitsonzekerheid bestaat, tot bijzondere terughoudendheid noopt,⁷ maar in dit geval past het hof de correctie wel degelijk toe en houdt het hof Nationale-Nederlanden voor 60% aansprakelijk voor de geleden schade. Daarbij weegt het hof mee dat de aansprakelijkheid berust op een schending van een verkeersnorm en dat de schade door

5. HR 21 december 2012, NJ 2013, 237, r.o. 3.7.

6. Kortmann beantwoordt de laatste vraag bevestigend en legt uit: J.S. Kortmann, Meervoudige causaliteit: over alternativiteit bij daders én benadeelden, in: C.J.M. Klaassen & J.S. Kortmann, Causaliteitsperikelen (preadviezen Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht 2012), Deventer: Kluwer 2012, p. 45 e.v. Zie o.m. ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II*, Deventer: Kluwer 2013, nr. 79 e.v.; A-G Spier in zijn conclusie voor HR 21 december 2012, NJ 2013, 237, onder 3.7.2 e.v.; Chr.H. van Dijk & A.J. Akkermans in hun kritische annotatie bij HR 21 december 2012, JA 2013, 41; A.J. Akkermans & Chr.H. van Dijk, Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverdeling en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken, AV&S 2012, 17; M.F.E. Hillen, De Hoge Raad en het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid en kansschade, MvV 2013, nr. 4, p. 124-125; S.D. Lindenberg, annotatie bij HR 21 december 2012, NJ 2013, 237; J.C.J. Wouters, Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en verlies van een kans in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht, WPNR (2013) 6973; A.G. Castermans & P.W. den Hollander, Omgaan met onzekerheid. Proportionele aansprakelijkheid, artikel 6:101 BW en de leer van de kansschade, NTBR 2013, 21.

7. Hof Den Haag 28 december 2010, r.o. 20, gekend uit: HR 14 december 2012, NJ 2013, 236 (Nationale-Nederlanden/moeder en zoon).

een WAM-verzekering is gedekt. Ook kent het hof gewicht toe aan de ernst van het letsel en de omstandigheid dat het de schade van een destijds nog ongeborn kind betreft dat de ingrijpende gevolgen van de aandoening dagelijks ondervindt. De billijkheid heeft in dit geval voor het hof aanleiding gegeven om de aansprakelijkheid van 50% te verhogen tot een aansprakelijkheid van 60%.

In cassatie klaagt Nationale-Nederlanden over deze toepassing van de billijkheidscorrectie. Nationale-Nederlanden stelt dat er '(ook) bij proportionele aansprakelijkheid géén ruimte [is] voor het door middel van een (analoge toepassing van de in art. 6:101 BW neergelegde) billijkheidscorrectie aanpassen van de op basis van de veroorzakingskans vastgestelde proportionele aansprakelijkheid'.⁸ Een billijkheidscorrectie zou alleen mogelijk zijn, zo betoogt Nationale-Nederlanden, in het kader van de toepassing van eigen schuld of een andere in de wet voorziene regeling.

A-G Hammerstein stelt in zijn conclusie voor Nationale-Nederlanden/moeder en zoon dat er inderdaad geen ruimte is voor correctie van het proportionele kanspercentage. De A-G heeft dan reeds vooropgesteld dat het gelet op de samenhang die bestaat tussen art. 6:98, 6:99 en 6:101 BW – die alle ofwel zelfstandig, ofwel in samenhang ten grondslag worden gelegd aan proportionele aansprakelijkheid – voor de hand ligt bij de toepassing van de rechtsregel in geval van onzeker causaal verband niet een van deze artikelen als uitgangspunt te nemen, maar de beginselen die aan deze bepalingen ten grondslag liggen alle in ogenschouw te nemen. Hij sluit daarmee aan bij Bloembergen en betreft – anders dan de Hoge Raad – dus ook art. 6:98 BW als (mede)grondslag voor proportionele aansprakelijkheid.⁹ De gemeenschappelijke ratio, stelt de A-G, 'ligt in de gedachte van "verwezenlijking van de materiële norm"'.¹⁰

De stelling dat voor de billijkheidscorrectie bij de toepassing van proportionele aansprakelijkheid geen plaats is, ondersteunt A-G Hammerstein met een vijftal overwegingen, namelijk:

'In de eerste plaats acht ik van belang dat de aanvaarding van het c.s.q.n.-verband bij onzekerheid omtrent de causaliteit in de kern gaat om de vestiging van de aansprakelijkheid. In plaats van bij onzekerheid te kiezen voor het ontbreken van iedere aansprakelijkheid wordt een bepaalde verdeling aanvaard, waarmee, als ik het goed zie, ook de grenzen van de aansprakelijkheid zijn gegeven. (...) In de tweede plaats berust de toepassing van de regel omtrent proportionele verdeling van aansprakelijkheid in geval van causaliteitsonzekerheid al op toepassing van de billijkheid en zou een billijkheidscorrectie "dubbelop" zijn. Ook uit praktische overwegingen is er veel voor te zeggen onder-

scheid te maken tussen het "model" van proportionele verdeling van aansprakelijkheid enerzijds en dat van een soepele hantering van de c.s.q.n.-norm met de mogelijkheid van een correctie via artikel 6:101 anderzijds. Ten slotte kan de proportionele verdeling mede in de sleutel van artikel 6:98 worden geplaatst en biedt de toerekening naar redelijkheid dan dezelfde mogelijkheden van afweging als in geval van artikel 6:101 wordt gedaan. Bij dit alles moet in aanmerking worden genomen dat proportionele aansprakelijkheid niet gemakkelijk mag worden aangenomen en dat een billijkheidscorrectie daarop haaks zou staan.¹¹

De Hoge Raad komt tot dezelfde conclusie als A-G Hammerstein en overweegt – zoals gezegd in de inleiding – dat het cassatiemiddel terecht stelt dat 'bij toepassing van proportionele aansprakelijkheid geen ruimte bestaat om, nadat de rechter de in een percentage uitgedrukte kans heeft vastgesteld dat de normschending de schade heeft veroorzaakt, daarop nog een billijkheidscorrectie toe te passen, al dan niet naar analogie van art. 6:101 lid 1 BW'.¹² Ofschoon de Hoge Raad proportionele aansprakelijkheid heeft aanvaard met een verwijzing naar de uitgangspunten die ten grondslag liggen aan art. 6:99 en 6:101 BW, mag daaruit geenszins worden afgeleid dat die artikelen rechtstreeks van toepassing zijn.

De billijkheidscorrectie, zoals neergelegd in art. 6:101 BW, voor situaties waarin sprake is van eigen schuld, kan aldus niet als correctief worden ingezet bij de toepassing van de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid. Dit is voor ons aanleiding om de focus te richten op de tweeledige verdelingsmaatstaf van art. 6:101 BW, en meer in het bijzonder op het andere element náást de billijkheidscorrectie, namelijk de primaire vermindering van de vergoedingsplicht in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Het is volgens ons de veroorzakingswaarschijnlijkheid die daarbij, in het kader van deze primaire verdeling op de voet van art. 6:101 lid 1 BW, als leidraad dienst doet om tot een concrete verdeling van de schade te komen. De veroorzakingswaarschijnlijkheid wordt in de

8. HR 14 december 2012, NJ 2013, 236 (Nationale-Nederlanden/moeder en zoon).

9. A.R. Bloembergen, Boekbespreking, WPNR (1997) 6279, p. 507.

10. A-G Hammerstein in zijn conclusie voor HR 14 december 2012, NJ 2013, 236 (Nationale-Nederlanden/moeder en zoon), onder 2.2.6. Aldus ook I. Giesen, De aantrekkingskracht van Loreley, in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (red.), Tien penne-streken over personenschade, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 83.

11. A-G Hammerstein in zijn conclusie voor HR 14 december 2012, NJ 2013, 236 (Nationale-Nederlanden/moeder en zoon), onder 2.3.2.

12. HR 14 december 2012, NJ 2013, 236 (Nationale-Nederlanden/moeder en zoon), r.o. 4.3. De Hoge Raad hecht eraan hieraan toe te voegen (r.o. 4.4) dat de afwijzing van een billijkheidscorrectie bij toepassing van proportionele aansprakelijkheid niet betekent dat er onder omstandigheden geen aanleiding kan zijn om, als reeds proportionele aansprakelijkheid is aangenomen, op grond van art. 6:101 lid 1 BW te komen 'tot een vermindering van de (op basis van proportionele aansprakelijkheid vastgestelde) vergoedingsplicht en eventueel tot een billijkheidscorrectie als in dat artikellid bedoeld'. De billijkheidscorrectie kan dus wél, na vaststelling van aansprakelijkheid, als de feiten daartoe aanleiding geven en de benadeelde bijvoorbeeld nalaat de schade te beperken, in het kader van de toepassing van art. 6:101 BW tot een *vermindering* van de vergoedingsplicht leiden. Het moet dan echter gaan om een situatie waarin het toepassen van proportionele aansprakelijkheid en het aannemen van eigen schuld samengaan, en waarin aldus aanleiding bestaat om een eenmaal vastgestelde proportionele aansprakelijkheid op de voet van art. 6:101 BW te beperken (van een verhoging kan daarbij uiteraard geen sprake zijn).

volgende paragraaf geïntroduceerd in de context van art. 6:101 BW, waarin zij wordt toegepast.

3 De tweeledige verdelingsmaatstaf in art. 6:101 BW

3.1 Art. 6:101 lid 1 BW: een vierstappenplan

Art. 6:101 BW regelt in het Nederlandse schadevergoedingsrecht de situatie waarin een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, heeft bijgedragen aan het ontstaan of de omvang van de schade van de benadeelde waarvoor de benadeler aansprakelijk wordt gehouden. In art. 6:101 lid 1 BW ligt een vierstappenplan besloten.¹³ Volgens dat stappenplan dient eerst te worden beslist of er reden is om de vergoedingsplicht van de benadeler aan te passen vanwege omstandigheden die in de (risico)sfeer van de benadeelde liggen. Bij bevestigende beantwoording van deze vraag komt daaropvolgend aan de orde hoe de schade dan concreet moet worden verdeeld tussen benadeler en benadeelde. Beide fasen, dat wil zeggen de vaststelling van eigen schuld en de vaststelling van de verdeling van de schade, behelzen elk twee stappen.

Stap 1 van het stappenplan houdt de vaststelling in dat (een deel van) de schade waarvoor de benadeler aansprakelijk wordt gehouden, mede het gevolg is van een omstandigheid aan de zijde van de benadeelde. De *eerste stap* behelst, anders gezegd, de vaststelling van een causaal verband tussen schade en de betreffende omstandigheid aan de zijde van de benadeelde. Of in een concreet geval aan dit vereiste van causaal verband is voldaan, moet worden beoordeeld aan de hand van het criterium van de *condicio sine qua non*, aangevuld met de maatstaf van art. 6:98 BW. Vervolgens, *stap 2*, is het de vraag of de omstandigheid aan de benadeelde kan worden toegerekend. Vóór kan worden vastgesteld dat een verdeling van de schade over benadeler en benadeelde op haar plaats is, moet met andere woorden worden vastgesteld dat de benadeelde een verwijt kan worden gemaakt ten aanzien van de schadeveroorzakende omstandigheid, althans dat deze omstandigheid voor diens risico komt.¹⁴ De toerekening van omstandigheden aan de benadeelde berust op elementen van onredelijk, foutief gedrag, alsook op de notie dat bepaalde omstandigheden gerekend worden tot de risicosfeer van de benadeelde. Toerekening vindt allereerst plaats als de benadeelde onvoldoende zorg voor eigen persoon of goed heeft betracht, terwijl hij anders had kunnen en moeten handelen. Daarnaast kunnen ook diverse andere omstandigheden hem in het kader van art. 6:101 BW buiten schuld worden toegerekend. Daartoe behoren met name omstandigheden waarvoor ons recht een kwalitatieve aansprakelijkheid kent, want wie ook zonder schuld verantwoordelijk wordt geacht voor een oorzaak waaruit voor een ander schade ontstaat, kan die oorzaak tegenge-

worpen krijgen als het om zijn eigen schade gaat. Als van toerekenbaarheid sprake is, komt vast te staan dat de schade die dan het gevolg is van een toedoen van zowel benadeler als benadeelde, moet worden verdeeld en rijst de vraag op welke wijze dat moet gebeuren.

De stappen 3 en 4 onder art. 6:101 lid 1 BW houden de tweeledige verdelingsmaatstaf in, aan de hand waarvan wordt vastgesteld op welke wijze de schade over benadeler en benadeelde dient te worden verdeeld. Art. 6:101 lid 1 BW geeft ten aanzien van de verdeling mee dat 'de vergoedingsplicht [wordt] verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen [*stap 3*; JE & AK], met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist [*stap 4*; JE & AK]'. We hebben hier dus te maken met een tweeledige verdelingsmaatstaf. Eerst dient te worden vastgesteld in welke mate de beide oorzaken hebben bijgedragen tot de schade. De uitkomst van deze vaststelling geldt in beginsel als de aangewezen verdeling, maar hierop kan een correctie plaatsvinden indien en voor zover de billijkheid dit eist.¹⁵

Is eenmaal vastgesteld dat er een wederzijdse verantwoordelijkheid voor (een deel van) de schade bestaat, dan dient die schade derhalve primair over benadeler en benadeelde te worden verdeeld naar een causale maatstaf. De primaire verdelingsmaatstaf van art. 6:101 BW betreft een afweging van wederzijdse causaliteit; het gaat om een weging van oorzaken. Het komt aan op de vaststelling 'van de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bij-

15. Het verdient opmerking dat de vier stappen in de praktijk niet altijd zuiver van elkaar worden gescheiden en dat art. 6:101 BW in de doctrine ook wel als een bepaling met een tweefasestructuur wordt gepresenteerd. In dit als tweetrapsraket voorgestelde model bevat de eerste fase de hoofdregel en is de tweede fase een uitzondering. De eerste fase betreft de primaire toerekeningsafweging, waarin de mate moet worden afgewogen waarin de aan elk van de partijen toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. De tweede fase betreft de billijkheidscorrectie, zoals neergelegd in de slotzinsnede van art. 6:101 lid 1 BW. Op zich is dit verschil in benadering geenszins problematisch, aangezien het slechts een andere wijze van presentatie betreft. Men moet echter bedacht zijn op de consequentie van deze presentatie, te weten dat het afwegingsmoment van de eerste fase een zeer complexe afweging is. In feite komt deze presentatie van de regeling inzake eigen schuld erop neer dat de voorwaarden voor toepassing van art. 6:101 BW niet scherp worden onderscheiden van de schadedeling waar de toepassing van art. 6:101 BW toe leidt. De voorwaarden voor toepassing betreffen, zoals hierboven gesteld, enerzijds de causaliteit en anderzijds de toerekenbaarheid. Pas als aan deze beide elementen is voldaan, spreken wij van eigen schuld, en komt de schadedeling op de voet van art. 6:101 BW aan de orde. Deze schadedeling is het gevolg van de aanname van eigen schuld en daarbij zijn wederom twee afwegingsmomenten te onderscheiden. De eerste fase van deze twee – en daarmee het derde element van art. 6:101 BW – is de causale schadedeling, waarbij de relatieve causaliteitsgehalten van welbepaalde omstandigheden aan beide zijden worden gewogen. De tweede fase behelst de billijkheidscorrectie. Aldus wordt geëxpliciteerd dat art. 6:101 BW een tweetal voorwaarden voor de vestiging van eigen schuld omvat, alsmede een tweeledige maatstaf voor de sanctionering daarvan.

13. A.L.M. Keirse, *Schadebepenkingsplicht: over eigen schuld aan omvang van de schade* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2003, p. 83 e.v.; A.L.M. Keirse & R.H.C. Jongeneel, *Eigen schuld en medeaansprakelijkheid* (monografieën privaatrecht B6), Deventer: Kluwer 2013 (nog te verschijnen), nr. 22. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 114.

14. Zie nader Keirse & Jongeneel 2013 (nog te verschijnen).

dragen'. Met het oog op een praktische toepassing is een concretisering van deze causale verdeelsleutel geboden. Het is met andere woorden de vraag aan de hand van welk criterium deze mate van causale bijdragen dient te worden vastgesteld.¹⁶

3.2 De inkleding van de primaire verdelingsmaatstaf

Eén leidraad aan de hand waarvan de primaire verdelingsmaatstaf van art. 6:101 lid 1 BW kan worden geconcretiseerd, is de veroorzakingswaarschijnlijkheid.¹⁷ De veroorzakingswaarschijnlijkheid als leidraad bij de bepaling van de verdeling is begin jaren negentig door Nieuwenhuis in de Nederlandse rechtsgeleerde literatuur geïntroduceerd.¹⁸ Nieuwenhuis heeft zich daarbij laten inspireren door het Duitse recht. Het Bundesgerichtshof had namelijk in 1969 voor § 254 BGB (de Duitse eigen-schuldregeling, *Mitverschulden*) bepaald:

‘Trifft die Klägerin ein Mitverschulden, dann ist das Maß des K. und damit der Klägerin zuzurechnenden Mitverschuldens in erster Linie danach zu bestimmen, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist; hierfür ist maßgebend, ob die Handlungsweise der einen Partei den Schaden nicht nur ermöglicht, sondern in wesentlich höherem Maße wahrscheinlich gemacht hat als das Verhalten der anderen Partei, wobei es nicht auf die zeitliche Reihenfolge ankommt, in der die Bedingungen, die den Schaden herbeigeführt haben, eingetreten sind (...).’¹⁹

Volgt men deze concretisering, dan komt het bij de hantering van de causaliteitsmaatstaf van art. 6:101 BW aan op het vaststellen van de mate van waarschijnlijkheid dat de aan benaderer, respectievelijk benadeelde, toe te rekenen omstandigheden zouden leiden tot het ontstaan van de schade.²⁰ Beslissend is in welke mate de gedragingen aan de zijde van benaderer en benadeelde gevaar voor het ontstaan van de schade in het leven hebben geroepen.

De Hoge Raad heeft de wederzijdse gevaarverhoging, oftewel de veroorzakingswaarschijnlijkheid, in de jaren negentig tot drie keer toe aan de toepassing van art. 6:101 lid 1 BW ten grondslag gelegd.²¹ In de drie arresten was steeds verkeersaansprakelijkheid aan de orde en, meer specifiek, de verdeling van de schadelast over de verzekeraar van een benaderer en de ver-

zekeraar van een minderjarige benadeelde. Het verdient opmerking dat Nieuwenhuis in twee van de drie zaken deel uitmaakte van de raadkamer. De Hoge Raad overwoog destijds:

‘Zodanige vermindering dient te geschieden door toepassing van de primaire maatstaf van art. 6:101 lid 1. Toepassing van deze maatstaf houdt een causaliteitsafweging in, die in een geval als het onderhavige daarop neerkomt dat moet worden beoordeeld in welke mate enerzijds het gedrag van het kind en anderzijds de wijze van rijden van het motorrijtuig gevaar voor het ontstaan van de aanrijding in het leven hebben geroepen.’²²

Het is de veroorzakingswaarschijnlijkheid die ook volgens ons als leidraad voor de primaire verdelingsmaatstaf de beste papieren heeft.²³ Met de uitkomst bij toepassing van die maatstaf wordt het aandeel in het ontstaan van de schade door partijen objectief zo goed als mogelijk inzichtelijk gemaakt.

Een alternatieve maatstaf is de verdeling bij helfte van de schade. Bij de vaststelling van de omvang van de vergoedingsverplichting in het kader van art. 6:101 lid 1 BW staat vast dat zowel de gedraging of het nalaten door de benaderer als een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend aan het ontstaan van de schade heeft bijgedragen. Feitelijk en wederzijds causaal verband is dus reeds aangenomen, waarmee is gezegd dat beide oorzaken een bijdrage hebben geleverd aan het ontstaan of de omvang van de schade. Als eenmaal is komen vast te staan dat de beide oorzaken aan het ontstaan van de schade hebben bijgedragen, is daarmee echter niet gezegd dat beide oorzaken ook in gelijke mate hebben bijgedragen aan de schade. Een gelijke verdeling van schade is ons inziens dus niet in de regel aangewezen. Evenmin leidt de maatstaf van art. 6:98 BW, aan de bespreking waarvan we nu toekomen, tot een wenselijke verdeling.

Ook de redelijke toerekening is in de literatuur als leidraad bij de verdeling genoemd.²⁴ Men bedenke echter dat door afweging op basis van het juridische causaliteitsbegrip van art. 6:98 BW met de leer van de redelijke toerekening bij de primaire schadedeling argumenten binnensluipen die hier niet thuishoren. Zo zouden de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade een rol gaan spelen, wegingsfactoren die beter binnen de billijkheidscorrectie passen.

Maar er is meer aan de hand. Er moet een onderscheid worden gemaakt tussen het toerekenen van schade aan een daad in juridisch normatieve zin, waarvoor de toerekening

16. Zie Keirse 2003, p. 199 e.v.; A.L.M. Keirse, Molengraaff en de kunst van delen, in: M.C. Bijl e.a. (red.), Molengraaff 150 jaar: terugkijken en vooruitzien, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 150 e.v., ook voor verdere verwijzingen.

17. Een andere wijze is bijvoorbeeld volgens de norm van art. 6:98 BW, waarover hierna meer. Zie bijv. S.D. Lindenbergh, Longkanker door asbest en/of roken: proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband, AA 2006, nr. 10, p. 739.

18. J.H. Nieuwenhuis, Confrontatie en compromis: recht, retoriek en burgerlijke moraal, Deventer: Kluwer 1992, p. 82.

19. BGH 29 januari 1969, NJW 1969, 789, p. 790. Zie ook BGH 30 september 1982, NJW 1983, 622; BGH 28 oktober 1993, NJW 1994, 379; BGH 20 januari 1998, NJW 1998, 1137.

20. Nieuwenhuis 1992, p. 82; Keirse 2003, p. 205 e.v.

21. HR 2 juni 1995, NJ 1997, 700 (Marloes de Vos); HR 2 juni 1995, NJ 1997, 701 (Quafa El Ayachi); HR 2 juni 1995, NJ 1997, 702 m.nt. Brunner (Pierre Wildiers I).

22. HR 2 juni 1995, NJ 1997, 700 (Marloes de Vos), r.o. 3.7; HR 2 juni 1995, NJ 1997, 701 (Quafa El Ayachi), r.o. 3.7; HR 2 juni 1995, NJ 1997, 702 m.nt. Brunner (Pierre Wildiers I), r.o. 3.5. De toepassing van het criterium van de wederzijdse gevaarverhoging heeft in de lagere rechtspraak navolging gekregen. Zie Hof Arnhem 26 maart 1996, VR 1997, 133 (Levob/Oostnederland); Hof Arnhem 23 december 1997, VR 1999, 46 (Balder/Van Dalen); Ktr. Zevenbergen 14 december 2000, VR 2001, 125 (OZ/Axa); Rb. Arnhem 7 mei 2003, zaaknr. 02/424, LJN AF9110 (X/Larenstein).

23. Zie ook Keirse 2003, p. 205-210.

24. Zie voor verwijzingen Keirse 2003, p. 200.

naar redelijkheid van art. 6:98 BW uitkomst biedt, en het bijdragen tot de schade als bedoeld in art. 6:101 BW. Bij de kwestie van de schadedeling gaat het niet meer om vragen naar aan- of afwezigheid van oorzakelijkheid tussen bepaalde omstandigheden en de schade (die vragen zijn reeds in een eerder stadium afgedaan, bij het aannemen van enerzijds aansprakelijkheid en anderzijds eigen schuld), maar staat de vraag naar de relatieve gradaties van de wederzijdse causaliteit centraal. Gegeven dat de schade in voldoende causaal verband staat met zowel toerekenbaar gedrag van de dader als toerekenbaar gedrag van de benadeelde, moet de mate waarin het gedrag van de een tot de schade heeft bijgedragen, worden afgezet tegen de mate waarin het gedrag van de ander tot de schade heeft bijgedragen.

Toepassing van de maatstaf van art. 6:98 BW kan slechts tot een antwoord leiden op de vraag of de schade al dan niet voor een deel voor rekening van de benadeelde moet blijven. In hoeverre de schade voor eigen rekening moet blijven, kan daarmee niet worden beantwoord. Daartoe doet de leidraad van de veroorzakingswaarschijnlijkheid dienst. Uit de vele elementen die binnen de leer van de redelijke toerekening het causaliteitscriterium van art. 6:98 BW inkleuren, wordt aldus alleen de mate van gevaarstelling gelicht. De andere meer subjectieve elementen kunnen in geval van eigen schuld in het kader van de billijkheidscorrectie hun rol spelen. We bevinden ons hier in het midden van de tegenstelling tussen het aannemen van een *condicio sine qua non* als een feitelijk, niet-normatief gebeuren en de toerekeningsfase van het causale verband die zuiver normatief is. Als het aan zou komen op een vaststelling van de wederzijdse *condiciones sine quibus non*, staat bij voorbaat een 50/50-uitkomst vast. Als we de maatstaf laten doorslaan naar het zuiver normatieve, verliezen we uit het oog dat de wetgever de toerekening naar redelijkheid in art. 6:101 BW tweeledig heeft geconcretiseerd. Primair moet de mate van causale bijdrage worden gewogen, secundair (in het kader van de billijkheidscorrectie) de ernst in het concrete geval daarvan.

4 De rol van de leidraad van de veroorzakingswaarschijnlijkheid in het kader van proportionele aansprakelijkheid

Na de beschrijving van de veroorzakingswaarschijnlijkheid in de context waarin zij in het kader van de afweging bij toepassing van art. 6:101 BW functioneert, is het tijd de veroorzakingswaarschijnlijkheid te koppelen aan de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid. Daarbij moet worden vooropgesteld dat art. 6:101 BW niet rechtstreeks van toepassing kan zijn in de context van de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid, omdat causaal verband tussen de gedraging of het nalaten door de normschender en de schade niet met zekerheid kan worden vastgesteld. Art. 6:101 BW is bovendien niet rechtstreeks van toepassing, omdat niet met zekerheid is te zeggen dat de schade mede het gevolg is van een aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheid.²⁵

25. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 81. Zie ook S.D. Lindenbergh, annotatie bij HR 21 december 2012, NJ 2013, 237.

De koppeling van de veroorzakingswaarschijnlijkheid aan de proportionele aansprakelijkheid gaat terug op de grondslagen onder de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid. Wat deze grondslagen betreft heeft Akkermans reeds vóór Nefalit/Karamus drie opties gepresenteerd die wat hem betreft de toets der kritiek kunnen doorstaan, te weten toerekening in de zin van art. 6:98 BW, verlies van een kans en een gecombineerde toepassing van principes van art. 6:99 en 6:101 BW.²⁶ Deze opties sluiten elkaar overigens niet uit. Zo heeft Hammerstein in zijn conclusie voor Nationale-Nederlanden/moeder en zoon in aansluiting op Bloembergen de gecombineerde grondslag aangedragen. In de gecombineerde grondslag komen de beginselen die besloten liggen in art. 6:98, 6:99 en 6:101 BW tot uitdrukking. Met het aannemen van de gecombineerde grondslag wordt voorkomen dat vanuit één artikel wordt geredeneerd, hetgeen onzuiver zou zijn gezien de bijzondere aard van het feitencomplex dat ten grondslag ligt aan situaties waarin de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid mag worden toegepast. Geen van de drie artikelen leent zich immers direct voor toepassing.

De Hoge Raad heeft in Nefalit/Karamus de beginselen die ten grondslag liggen aan art. 6:99 en 6:101 BW als grondslag voor de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid verkozen. Akkermans heeft als gezegd in zijn dissertatie reeds een aanzet gegeven voor deze grondslag. Hij heeft deze grondslag zo uitgelegd dat art. 6:99 BW de uitzondering op het vereiste van een aannemelijk *sine qua non*-verband tussen gedraging en schade rechtvaardigt en dat art. 6:101 BW aan de aanvaarding van het proportionaliteitsprincipe ten grondslag ligt.²⁷

De keuze voor deze grondslag ligt voor de hand als beseft wordt waarvoor proportionele aansprakelijkheid een oplossing is. Proportionele aansprakelijkheid is een oplossing voor de situatie waarin het voor de benadeelde onmogelijk is om feitelijk causaal verband tussen de normschending door de normschender en zijn schade voldoende aannemelijk te maken. Feitelijk causaal verband is een relatief objectief criterium voor aansprakelijkheid, in die zin dat de vaststelling van het verband niet een normatieve component in zich draagt.²⁸ Het gaat erom of naar ervaringsregels mag worden aangenomen dat de ingetreden schade niet zou zijn ontstaan als de normschending niet zou hebben plaatsgevonden en dus dat aannemelijk wordt gemaakt dat de schade het gevolg is van de normschendende gedraging of het normschendende nalaten.

In de situatie waarvoor proportionele aansprakelijkheid een oplossing is, is dus vastgesteld dat een dergelijk verband tussen normschending en schade onzeker is. Tegelijkertijd wordt het onwenselijk geacht de benadeelde daarom geheel met de schade te laten zitten, omdat wél vaststaat dat er een

26. A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Tilburg: Schoordijk Instituut 1997, p. 440-447.

27. Akkermans 1997, p. 447.

28. De normatieve component verdient wel een plaats, maar komt pas aan de orde in het kader van de vaststelling van de omvang van de door de benadeelder te betalen schadevergoeding. Een feitelijk causaal verband, een *sine qua non*-verband, kan men slechts aan- of afwezig achten; aan het numerende aspect komt men eerst toe als men in afdeling 6.1.10 BW is beland.

aanzienlijke kans is dat de schade door de normschending is veroorzaakt. Als de conclusie is dat de schade dus moet worden verdeeld over normschender en benadeelde, ligt het in de rede om, met in het achterhoofd de gedachte dat het vereiste *sine qua non*-verband roet in het eten gooit, een oplossing te zoeken die in de lijn ligt van het in de ban gedane *sine qua non*-vereiste. Een goede kandidaat is dan ons inziens het criterium van de veroorzakingswaarschijnlijkheid, waarbij het aankomt op de vaststelling van de (objectieve) waarschijnlijkheid dat de beide potentiële oorzaken de schade hebben veroorzaakt.

Gegeven dat niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door toedoen van de aansprakelijk gestelde persoon dan wel door een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt, terwijl de kans dat het eerste het geval is noch zeer klein, noch zeer groot is, moet de mate van waarschijnlijkheid waarin het toedoen van de een tot de schade heeft bijgedragen, worden afgezet tegen de mate van waarschijnlijkheid waarin omstandigheden aan de zijde van de ander tot de schade hebben bijgedragen. Het gaat hierbij om het afmeten van graden van gevaarstelling. Beslissend is in welke mate de omstandigheden aan beide zijden het gevaar voor de schade, zoals die is ingetreden, in het leven hebben geroepen. Andere, normatieve factoren, zoals de strekking van de geschonden norm, de aard van de normschending en de aard van de schade, spelen weliswaar een rol bij beantwoording van de vraag of de mogelijkheid van proportionele aansprakelijkheid in een concreet geval gerechtvaardigd is, maar niet opnieuw bij de begroting van het percentage van aansprakelijkheid.

Onze keuze voor veroorzakingswaarschijnlijkheid als determinerende beoordelingsfactor is in lijn met de bewoordingen van de Hoge Raad in Nationale-Nederlanden/moeder en zoon, waarin de Hoge Raad overweegt:

‘Daarom is in genoemd arrest, mede gelet op de aan de art. 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten, voor dit soort gevallen aanvaard dat de rechter de aansprakelijk gestelde persoon mag veroordelen tot schadevergoeding in evenredigheid met de (in een percentage uitgedrukte) kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt.’²⁹

Op deze overweging van de Hoge Raad volgt nog de opmerking dat de rechter die voor de opdracht komt te staan een dergelijk kanspercentage te berekenen, dat dient te doen ‘op basis van een gemotiveerde, en zo nodig op deskundige voorlichting berustende, schatting van de kans dat de schade is veroorzaakt door de diverse in aanmerking te nemen mogelijke oorzaken’.³⁰ Deze overweging brengt ons bij de wijze van vaststelling van de veroorzakingswaarschijnlijkheid, die wij

omschrijven als de vaststelling van de relatieve waarschijnlijkheid *ex post*. In de wijze van vaststelling zijn drie elementen te ontdekken die de vaststelling vormgeven. Deze elementen worden in de volgende paragraaf kort toegelicht.

5 De vaststelling van veroorzakingswaarschijnlijkheid: relatieve waarschijnlijkheid *ex post*

Als we aannemen dat inderdaad het criterium van de veroorzakingswaarschijnlijkheid ook als leidraad fungeert bij de vaststelling van de omvang van de proportionele aansprakelijkheid, is het zaak te expliciteren hoe die vaststelling dan concreet vorm moet krijgen. Het gaat er ons inziens om vast te stellen wat de hoegrootheid van de kans is dat in het specifieke geval de gedraging of het nalaten door de normschender de schade heeft veroorzaakt, afgezet tegen de hoegrootheid van de kans dat de aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheid de werkelijke oorzaak is. Wij menen dat drie elementen de vaststelling van deze veroorzakingswaarschijnlijkheid kenmerken en vormgeven. Het zijn de elementen van de *feitelijke* veroorzakingswaarschijnlijkheid, de *relatieve* waarschijnlijkheid en de *ex post*-beoordeling.

Bij de vaststelling van de veroorzakingswaarschijnlijkheid moet worden vooropgesteld dat het erom te doen is vast te stellen wat de waarschijnlijkheid is dat de normschending de schade feitelijk heeft veroorzaakt. Het gaat er dus niet om vast te stellen in welke mate de schade kan worden toegerekend aan de gedraging of het nalaten door de normschender. Dan is het immers niet het uitgangspunt dat ten grondslag ligt aan art. 6:101 BW waarop de proportionele aansprakelijkheid wordt gebaseerd, maar dan is het het uitgangspunt dat ten grondslag ligt aan art. 6:98 BW dat ten grondslag zou liggen aan de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid. De Hoge Raad heeft dat artikel niet als zodanig benoemd in zijn introductie en presentatie van de regel van proportionele aansprakelijkheid. En het ligt ook niet voor de hand dat te doen, gezien hetgeen in de vorige paragraaf naar voren kwam.

Naast het element van de vaststelling van de feitelijke veroorzakingswaarschijnlijkheid is het in de tweede plaats van belang om vast te stellen dat het niet de absolute kans op veroorzaking van de schade door de gedraging of het nalaten is die de mate van aansprakelijkheid bepaalt. Het gaat erom dat wordt vastgesteld wat, *gegeven het feit dat de schade is ingetreden en er een tweede potentiële oorzaak is*, de kans is dat de normschendende gedraging of het normschendende nalaten de schade heeft veroorzaakt.

Dit tweede element laat zich gemakkelijk illustreren aan de hand van de toepassing van de veroorzakingswaarschijnlijkheid in een situatie als die in Nefalit/Karamus, namelijk een situatie waarin de benadeelde door longkanker wordt getroffen die het gevolg kan zijn van verschillende oorzaken. Waar de kans dat de normschending door een derde (laten we aannemen asbestblootstelling door een werkgever) die longkanker heeft veroorzaakt niet heel groot is, maar ook niet heel klein, leent de situatie zich, zo weten we uit Nefalit/Karamus, voor

29. HR 14 december 2012, NJ 2013, 236 (Nationale-Nederlanden/moeder en zoon), r.o. 4.2. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 79.

30. HR 14 december 2012, NJ 2013, 236 (Nationale-Nederlanden/moeder en zoon), r.o. 4.2. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2013, nr. 79.

toepassing van de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid.

Als een deskundige in deze situatie vaststelt dat de kans dat zich bij de benadeelde longkanker zou ontwikkelen als gevolg van de asbestblootstelling 55% is (zoals geschiedde in de casus van Nefalit/Karamus), dan is die 55% de *absolute* veroorzakingswaarschijnlijkheid. Het komt er daarbij namelijk op neer dat op basis van een reconstructie van het arbeidsverleden wordt geschat hoeveel en hoelang de werknemer is blootgesteld aan asbest, om vervolgens aan de hand van de uitkomst te beramen in hoeverre de blootstelling aan asbest het risico op longkanker heeft vergroot. De berekening in Nefalit/Karamus hield in dat het risico dat Karamus liep door de asbestblootstelling met 125% is vergroot; waar aldus 100 Karamussen zonder een asbestverleden longkanker zouden hebben gekregen, krijgen 225 Karamussen met een blootstelling, zoals de echte Karamus, longkanker. Dit percentage van 55% (dat berekend wordt door 125 te delen door 225) is niet de mate van waarschijnlijkheid die volgens ons de omvang van de aansprakelijkheid zou moeten bepalen; wij hebben tenslotte net betoogd dat de *relatieve* veroorzakingswaarschijnlijkheid beslissend moet zijn. En om tot die waarschijnlijkheid te komen is het noodzakelijk dat de absolute waarschijnlijkheid wordt afgezet tegen de mate van waarschijnlijkheid dat de longkanker het gevolg is van de andere, aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheid – laten we aannemen rookgedrag. Als komt vast te staan dat de benadeelde, gezien zijn rookgedrag, 68% kans liep te worden getroffen door longkanker, kunnen we vaststellen dat de werkgever voor 45% aansprakelijk dient te worden gehouden. Dat is immers de relatieve veroorzakingswaarschijnlijkheid – de kans dat niet zijn rookgedrag, maar de blootstelling aan asbest de longkanker bij de benadeelde heeft doen ontstaan, hetgeen berekend wordt door 55 te delen door 123 (dat is 68 en 55 opgeteld, aangezien de schade *is* ontstaan). De beide oorzaken moeten dus, met de wetenschap dat voldoende aannemelijk is dat een van de beide oorzaken de schade heeft veroorzaakt, tegen elkaar worden afgezet. Het is daarvoor niet noodzakelijk dat van beide oorzaken éérst de absolute waarschijnlijkheid wordt vastgesteld. Als

een deskundige maar wordt meegegeven welke kans hij dient te berekenen.³¹

Met het tweede element van de *relatieve* veroorzakingswaarschijnlijkheid is het derde gegeven: de vaststelling is niet een vaststelling *ex ante*, maar een vaststelling *ex post*. Het gaat er niet om vast te stellen wat de kans vooraf is geweest dat het toedoen van de dader de schade zou veroorzaken. Het komt er juist op aan om te begroten de hoegrootheid van de kans dat dit toedoen, gegeven het feit dat er zich schade heeft verwezenlijkt, de schade heeft veroorzaakt, om die kans vervolgens af te zetten tegen de kans dat de omstandigheid die voor rekening van de benadeelde dient te komen, dit heeft gedaan. De vraag die moet worden beantwoord bij het bepalen van de omvang van proportionele aansprakelijkheid is niet in hoeverre het gedrag van de aangesprokene tot schade zou kunnen leiden. De vraag is met welke mate van waarschijnlijkheid het feitelijk gedrag van de betrokkenen heeft bijgedragen aan de schade zoals die is ingetreden. De mate van veroorzakingswaarschijnlijkheid wordt derhalve niet louter en alleen afgemeten naar de objectieve, *ex ante*-gevaarlijkheid van de gedragingen. Ook al zet je het leven op het spel door tijdens het spitsuur, door rood, te voet en met gesloten ogen een autoweg over te steken, als je op dat moment door een neerstortend vliegtuig wordt geraakt, is je causale bijdrage aan de geleden schade nihil. Je zou immers ook geraakt zijn als je had gewacht tot het stoplicht op groen stond. Anderzijds kan een gedraging die in absolute zin, *ex ante*, weinig gevaarlijk is toch een grote mate van veroorzakingswaarschijnlijkheid in zich bergen. De maatstaf is slechts dan goed bruikbaar als de totale causaliteitsketen die mogelijk tot de gegeven schade leidde in ogenschouw wordt genomen.

Een voorbeeld kan dit verduidelijken. In de Engelse zaak *Sienkiewicz v. Greif* was aan de orde de dood van mevrouw

31. Een bestudering van de arresten Nefalit/Karamus en Eternit/Hollink, beide op 31 maart 2006 gewezen, leert dat de Hoge Raad hierin niet de relatieve, maar veeleer de absolute veroorzakingswaarschijnlijkheid leidend heeft geacht voor de begroting van het percentage van aansprakelijkheid. Wij hechten hieraan evenwel weinig waarde, nu deze wijze van begroting geen onderdeel van de rechtsstrijd in cassatie was. Zie over het arrest Eternit/Hollink (HR 31 maart 2006, JAR 2006, 101) o.m. A.L.M. Keirse, Proportionele aansprakelijkheid bij blootstelling aan asbestvezels en tabaksrook: bespreking van HR 31 maart 2006, RvdW 2006, 328 (Nefalit/Karamus), TVP 2006, nr. 3, p. 74; J.S. Kortmann, Karamus/Nefalit: proportionele aansprakelijkheid? Aansprakelijkheid voor longkanker na asbestblootstelling in het licht van HR 31 maart 2006, RvdW 2006, 328 (Nefalit/Karamus), NJB 2006/26, p. 1404; S. de Lang & A.J. Van, Aansprakelijkheid voor blootstelling aan asbest, in: Handboek personenschade, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008, 2075-53. Zoals in Nefalit/Karamus was Krooshof (Hollink procedeert in haar hoedanigheid van weduwe en erfgename van de overleden Krooshof) aan longkanker overleden en was hij gedurende zijn leven aanzienlijke tijd door zijn werkgever blootgesteld aan asbest. Anders dan in Nefalit/Karamus had Hollink niet stevig gerookt. Deskundige Smid heeft na vaststelling van een risicoverhoging van 175% door de asbestblootstelling bij Krooshof aangevoerd dat de kans dat de asbestblootstelling de longkanker heeft veroorzaakt, gelijk is aan 63,6% (namelijk: $175/275 \cdot 100$). Het is vervolgens ook de 63,6% (na afronding 63,5%) die in deze zaak het aandeel in de schade bepaalt waarvoor Eternit aansprakelijk wordt gehouden. Volgt men de leidraad van de relatieve veroorzakingswaarschijnlijkheid, dan zouden de uitkomsten in de zaken Eternit/Hollink (63,5%) en Nefalit/Karamus (55%) verder uit elkaar zijn komen te liggen.

Costello die op 74-jarige leeftijd is overleden aan de gevolgen van mesothelioom.³² De kans op het ontstaan van de ziekte door normale omgevingsblootstelling aan asbest is gewoonlijk erg klein, en was in casu begroot als een kans van 24 op 1.000.000, oftewel: 0,000024%. De in casu zeer geringe asbestblootstelling tijdens werktijd in een fabriek in Ellesmere Port in Cheshire tussen 1966 en 1984 had de absolute kans op het ontstaan van mesothelioom bij mevrouw Costello met (afgerond) 18% verhoogd tot 0,00002839%. *Ex ante* is de absolute kans dat de blootstelling op de werkvloer de schade heeft veroorzaakt dan slechts 0,00002839, maar *ex post*, gegeven het feit dat de ziekte zich heeft geopenbaard, is die kans aanzienlijk groter, namelijk 15% ($0,00000439/0,00002839 \cdot 100$).³³ Immers, gegeven het feit dat zich bij mevrouw Costello mesothelioom heeft ontwikkeld, kan dit ofwel veroorzaakt zijn door de werkgever toe te rekenen, in het geding zijnde, asbestblootstelling op de werkvloer, ofwel door een andere blootstelling aan asbest, de 'normale' omgevingsblootstelling. Met andere woorden: beantwoording van de vraag hoe groot in het algemeen het gevaar is dat iemand mesothelioom krijgt, is niet bepalend voor de begroting van het percentage van proportionele aansprakelijkheid. Dat het in zijn algemeenheid gesteld, *ex ante*, erg onwaarschijnlijk is dat een dergelijke geringe blootstelling tot mesothelioom leidt, is voor het bepalen van de omvang van de aansprakelijkheid niet relevant, nu *ex post* vaststaat dat een van de geringe blootstellingen feitelijk wel degelijk tot mesothelioom heeft geleid. Het gaat in dit stadium dan nog slechts om de vraag met welke mate van waarschijnlijkheid welke van de mogelijke (alle zeer geringe) blootstellingen als de werkelijke oorzaak moet worden beschouwd. Bepalend is aldus dat het in casu 5,46 keer zo waarschijnlijker is dat de schade is veroorzaakt door een niet aan de aangesprokene toe te rekenen blootstelling dan dat de schade is veroorzaakt door de voor rekening van de aangesprokene komende blootstelling op de werkvloer. Het percentage van aansprakelijkheid dient met andere woorden niet te worden afgemeten naar de objectieve gevaarlijkheid van gedragingen of omstandigheden, maar dient te worden toegespitst op de concrete situatie waarbij de gehele mogelijke causaliteitsketen in ogenschouw moet worden genomen.

Uiteraard gaat het hierbij niet om exacte meetkunde. Dat proportionele aansprakelijkheid noopt tot het hanteren van percentages die niet met wiskundige exactheid kunnen worden vastgesteld, is evenwel minder problematisch dan mogelijk op het eerste gezicht lijkt. De maatstaf voor het bepalen van de mate van aansprakelijkheid vraagt namelijk, zoals gezegd, niet om absolute, maar om relatieve waarden. Beslissend is niet hoe waarschijnlijk een van de oorzaken tot het gevolg staat. Beslissend is of de ene oorzaak dan wel de andere

met een grotere mate van waarschijnlijkheid tot de schade, zoals die is ontstaan, heeft bijgedragen. De rol die deskundigen hier kunnen spelen, onder meer met behulp van vergelijkingen tussen reële ongevalsituaties en hypothetische gevallen, moet niet worden onderschat. *Vergelijkingswaarden* zijn nu eenmaal naar hun aard gemakkelijker te vinden.

6 Uitleiding

De rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid heeft recentelijk meer vorm gekregen. In zijn arrest van 14 december 2012 heeft de Hoge Raad, ons inziens terecht, beslist dat de billijkheidscorrectie in art. 6:101 lid 1 BW niet naar analogie mag worden aangewend bij de toepassing van de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid. Deze uitspraak hebben wij aangegegrepen om stil te staan bij het vierstappenplan dat aan art. 6:101 lid 1 BW ten grondslag ligt, en in het bijzonder bij de tweeledige verdelingsmaatstaf in art. 6:101 lid 1 BW waarvan de billijkheidscorrectie deel uitmaakt. In het bijzonder is de veroorzakingswaarschijnlijkheid belicht die onder art. 6:101 lid 1 BW als leidraad dienst doet bij de verdeling van de schade (als reeds is vastgesteld dat de schade in causaal verband staat met een aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en mede het gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend). Het ligt voor de hand, gezien het probleem waarvoor proportionele aansprakelijkheid een oplossing is, aan te nemen dat deze leidraad ook de begroting van de proportionele aansprakelijkheid vormgeeft. Aangenomen dat dit zo is, laat die begroting zich verduidelijken door de opmerking dat de veroorzakingswaarschijnlijkheid *ex post* dient te worden vastgesteld, en dat die veroorzakingswaarschijnlijkheid is gerelateerd aan de waarschijnlijkheid dat de andere oorza(a)k(en) de schade heeft of hebben veroorzaakt. Aldus is een maatstaf voorhanden die zowel symmetrisch en gradueel is, alsook systeemconsistentie toont.

32. United Kingdom Supreme Court 9 maart 2011, *Sienkiewicz v. Greif (UK) Ltd; Knowsley MBC v. Willmore* [2011] UKSC 10.

33. A.L.M. Keirse & F. Merab Samii, *Taxonomy of Asbestos Litigation in the Netherlands; Duelling with Causal Uncertainty*, *European Review of Private Law* 2013, jrg. 21, nr. 1, p. 367-368. Zie over deze zaak ook C.E. Drion, *De rechter in spagaat*, *NJB* 2011/16, p. 1027; F. Sobczak, *Proportionele aansprakelijkheid voor mesothelioom? Een beschouwing aan de hand van het Engelse recht*, *Letsel & Schade* 2011, nr. 2.