

Meervoudige oorzaken, hoofdelijke aansprakelijkheid en toerekening naar redelijkheid

W.H. van Boom¹

1 meervoudige oorzaken en aansprakelijkheid voor het geheel

Onder het oude recht bestond geen regeling voor meervoudige causaliteit. Ook was er geen regeling voor ‘mede-aansprakelijkheid’ van meerdere veroorzakers. Wel bestond er de rechtsfiguur hoofdelijkheid, maar die werd alleen toegepast op wettelijk of contractueel geregelde hoofdelijkheid.² De medeaansprakelijkheid zoals die thans is geregeld in art. 6:102 BW, noemde men *toevallig samenlopende verbintenissen*. Ingeval van toevallig samenlopende verbintenissen was elk van de debiteuren voor het geheel aan te spreken. Dit volgde uit het arrest *Jansen van Oist / Ariese* uit 1901.³ Die zaak betrof de uitgifte van obligaties. Ariese had geld geleend aan de gemeente Valburg. Tegen betaling van een geldsom aan de Valburgse burgemeester Van Doesburgh kreeg Ariese obligaties die voor de gemeente waren ondertekend door wethouder Jansen van Oist. De gemeente weigerde Ariese op de lening terug te betalen aangezien de gemeenteraad de uitgifte van de obligaties nimmer had goedgekeurd. Ariese spreekt vervolgens de wethouder aan tot vergoeding van de aldus geleden schade. Deze verweert zich kort gezegd met de stelling dat slechts (wijlen) de burgemeester aansprakelijk kan worden geacht, nu deze de laatste handeling verrichtte (het inontvangstnemen van de geldsom) die tot de schade heeft geleid. Hof⁴ en Hoge Raad wijzen deze redenering af. In de ogen van de Hoge Raad volstaat voor aansprakelijkheid dat de geleden schade het gevolg is van de onrechtmatige gedragingen van de wethouder. Omdat “een feitelijke toestand zeer wel het gevolg kan zijn van onderscheidene daden”, volgt uit het ontbreken van enige wettelijke beperking “dat in zoodanig geval vergoeding kan gevorderd worden van ieder, die voor een dezer daden aansprakelijk is”. De Hoge Raad voegt daar aan toe dat er geen reden is om wanneer twee elkaar opvolgende onrechtmatige daden – hier: het plaatsen van de handtekening door de wethouder en het inontvangstnemen van de gelden door de burgemeester – *tezamen* tot de schade hebben geleid, alleen de persoon die als laatste handelde, aansprakelijk te achten. De Hoge Raad geeft twee gronden voor dit standpunt: van beide daden kan worden gezegd dat zij noodzakelijk zijn voor het ontstaan van de schade, en de laatste handeling is lang niet altijd de handeling die het meest tot het gemeenschappelijke gevolg heeft bijgedragen.

¹ Hoogleraar privaatrecht, Universiteit van Tilburg. Met dank aan C.J.M. van Doorn voor onderzoeksassistentie. Deze bijdrage is gedeeltelijk gebaseerd op eerdere publicaties van de auteur.

² Zie verder W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, diss. Tilburg 1999, met verdere verwijzingen.

³ HR 3 mei 1901, W. 7601.

⁴ Hof Arnhem 20 juni 1900, W. 7491.

Deze lijn is nadien consequent doorgevoerd, onder andere in de arresten *Aldebaran*⁵ (1925) en *The London & Lancashire Insurance Company vs. Huygen* (1955).⁶ Die laatste zaak betrof de samenloop van verkeersfouten. De Lange wil de vrachtwagen van Beek inhalen. Tijdens het inhalen wijkt Beek plotseling naar links, zodat De Lange krachtig moet remmen. Huygen, die te dicht achter De Lange rijdt, kan niet tijdig remmen en botst tegen De Lange op. De Lange (c.q. diens schadeverzekeraar) spreekt Huygen aan uit onrechtmatige daad. De rechtbank acht Huygen voor 20 procent ‘schuldig’ aan de schade en Beek voor 80 procent. Hoewel de rechtbank het betreurt dat de verzekeraar nu slechts 20 procent kan vorderen, acht de rechtbank Huygen voor niet meer dan de 20 procent aansprakelijk. De regel van aansprakelijkheid voor het geheel zoals door de Hoge Raad aanvaard (zie hiervoor het arrest *Jansen van Oist/Ariese*), verwerpt de rechtbank voor gevallen als deze, waarin de veroorzakers van de schade *geheel onafhankelijk van elkaar* hun daden plegen. Zou dit anders zijn, aldus de rechtbank, dan zou het gevolg zijn dat iemand aansprakelijk zou worden gesteld voor de onrechtmatige daad van een ander en zou bovendien het insolventierisico worden gelegd bij een van de aansprakelijken. Dit acht de rechtbank onwenselijk.⁷ De Hoge Raad casseert. Aangezien de rechtbank heeft aangenomen dat de geleden schade (mede) is veroorzaakt door Huygen, moet volgen dat Huygen voor de gehele schade van De Lange aansprakelijk is:

dat hieraan niet afdoet, dat, volgens de Rb., ook de bestuurder van de vrachtauto, Beek, onafhankelijk van Huygen, een fout heeft gemaakt en jegens de Lange onrechtmatig heeft gehandeld en dat de aanrijding tussen Huygen’s auto en die van de Lange en de daardoor aan de Lange toegebrachte schade het gevolg is geweest van een samenloop van Huygen’s en Beek’s rijfouten; dat toch zulks niet wegneemt, dat de handeling van Huygen in den zin der wet oorzaak is geweest van die schade; dat dan ook ingeval een schade het gevolg is geweest van onrechtmatige daden van meer dan een persoon ieder hunner, als vallende onder den regel van art. 1401, jegens den benadeelde voor het geheel tot vergoeding van de schade is gehouden; dat derhalve de benadeelde een hunner tot vergoeding van de gehele schade kan aanspreken; dat daarin voor den aangesprokene persoon ook hierom niets onredelijks is gelegen, omdat tussen degenen die jegens den benadeelde tot vergoeding verplicht zijn, onderling verhaalsrecht bestaat; dat weliswaar bij dit verhaalsrecht het risico van onvermogen van een regresplichtige op den regresgerechtigde drukt, doch zulks minder onbevredigend is dan dat – gelijk de opvatting der Rb. medebrengt – dit risico door den benadeelde zou worden gedragen; (...)

Na de arresten *Aldebaran* en *The London & Lancashire Insurance Company vs. Huygen* kon geen twijfel meer bestaan dat ook bij toevallig samenlopende oorzaken aansprakelijkheid voor het geheel ontstaat voor elke aansprakelijke persoon. Van deze arresten wordt wel gezegd dat zij met art. 6:102 BW gecodificeerd zijn in ons BW, maar strikt genomen staat dit niet in art. 6:102 BW. Het artikel zegt dat *als* twee of meer personen tot vergoeding van dezelfde schade gehouden zijn, zij hoofdelijk verbonden zijn. Maar *dat* bij toevallig samenlopende oorzaken die tot dezelfde schade leiden er een aansprakelijkheid voor dezelfde schade bestaat, *dát* staat striktgenomen niet in het artikel. Hoe dat ook zij, li-

⁵ HR 30 oktober 1925, *NJ* 1926, 157 nt. PS (NV Van Nievelt Goudriaan & Co’s Stoomvaartmaatschappij / Compagnie Auxiliaire de Navigation & Volker (*Aldebaran*)).

⁶ HR 4 november 1955, *NJ* 1956, 1 nt. LEHR (*The London & Lancashire Insurance Company / Huygen*).

⁷ Blijkbaar ziet de rechtbank het arrest *Aldebaran* over het hoofd.

teratuur en rechtspraak zijn het erover eens dat in een dergelijk geval hoofdelijkheid het gevolg is.⁸

Benadrukt moet worden dat het gegeven dat de samenloop van meervoudige oorzaken naar huidig recht tot hoofdelijke aansprakelijkheid leidt, slechts het *gevolg* is van de samenloop, en niet de oorzaak.⁹ Dat de samenloop zich kan voordoen wordt dus niet teweeggebracht door het leerstuk van de hoofdelijkheid, maar door dat van de causaliteit.¹⁰ Dat leerstuk heeft zich in de rechtspraak zo ontwikkeld dat het de aansprakelijke niet is toegestaan om zijn verplichting te verminderen als ook anderen aansprakelijk zijn voor dezelfde schade, ook niet indien de veroorzakingsbijdrage van de één ‘in het niet valt’ bij die van de ander.¹¹

2 noodzakelijke oorzaken en ‘dezelfde’ schade

Als we vervolgens wat preciezer naar gevallen van aansprakelijkheid voor dezelfde schade door meervoudige oorzaken kijken, kan een onderverdeling worden gemaakt in tenminste twee soorten: noodzakelijke (samenwerkende) oorzaken en voldoende (hypothetische) oorzaken.¹²

Indien twee of meer oorzaken *noodzakelijke* voorwaarde voor het intreden van de schade zijn, is elk van de aansprakelijke personen voor de gehele schade aan te spreken. Dit is een uitwerking van het vereiste van *conditio sine qua non* en de toerekening naar redelijkheid (art. 6:98 BW). Met name het gegeven dat er meer dan één verantwoordelijke veroorzaker is, doet aan deze aansprakelijkheid voor het geheel niet af. In HR 24 december 1999, NJ 2000, 351 (Nugteren / Meskes), besliste de Hoge Raad immers:

“Zowel naar het vóór 1 januari 1992 als naar het sedertdien geldende recht is in het zich hier voordoende geval, dat een schade is ontstaan door onrechtmatige gedragingen van twee of meer personen terwijl voor elk van die gedragingen geldt dat de schade zonder die gedraging niet zou zijn ingetreden, en derhalve door een samenloop van oorzaken, ieder van die personen jegens de benadeelde voor de gehele schade aansprakelijk”.

⁸ Zie, met verdere verwijzingen, Asser-Hartkamp I, nr. 440, A.J. Akkermans, ‘Oorzakelijk verband’, in: *Onrechtmatige daad*, BWKJ 1996, p. 48 e.v.

⁹ In art. 6:102 BW staat namelijk niet *wanneer* twee of meer personen voor dezelfde schade aansprakelijk zijn. Zie Asser-Hartkamp I, 11e druk 2000, nr. 459. Vgl. A.J. Akkermans, *t.a.p.*, p. 42-43 en W.H. van Boom, Aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel, in: *Tussen Alles en Niets*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 135.

¹⁰ Zie A.J.O. van Wassenauer van Catwijck en R.H.C. Jongeneel, Eigen schuld en medeaansprakelijkheid, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 12 en W.H. van Boom, ‘Medeaansprakelijkheid, samenlopende schadeoorzaken, hoofdelijkheid (HR 24 december 1999, RvdW 2000, 12 Nugteren / Meskes)’, in: *NTBR* 2000/5, p. 200-204.

¹¹ HR 20 februari 1981, NJ 1981, 418 (FRAM / Bedrijfsvereniging). Mogelijke uitzondering geeft de situatie als bedoeld in HR 25 september 1992, NJ 1992, 751 (Alpuro / Dijkhuizen), waarin van twee samenlopende onrechtmatige handelingen, die bij elkaar genomen een en dezelfde schade veroorzaken, de tweede handeling zo onwaarschijnlijk was voor degene die de eerste handeling verrichtte, dat de schade die volgde in redelijkheid niet aan zijn daad kon worden toegerekend in de zin van art. 6:98 BW. Dan is de persoon die de eerste handeling verrichtte om die reden niet aansprakelijk en ontstaat dus geen hoofdelijkheid.

¹² De terminologie is niet vast; voor een overzicht zie T. Hartlief, in: *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, 2e druk Deventer 2000, nr. 237. Andere soorten van meervoudige veroorzaking, zoals *alternatieve causaliteit* (daarover Faure in deze bundel), blijven hier onbesproken.

Kernvraag in dit soort gevallen is uiteraard of de aansprakelijken *dezelfde* schade hebben veroorzaakt. Daarvoor zal allereerst vereist zijn dat de gedragingen *conditio sine qua non* waren voor de schade. En dit betekent dat de wijze waarop ‘de’ schade zich manifesteert of wordt berekend, doorslaggevend is voor het hoofdelijke karakter van de aansprakelijkheid. Dit kan ertoe leiden dat een (qua toedracht) identiek ongeval nu eens tot hoofdelijkheid aanleiding geeft, en dan weer niet. Stel dat auto B als middelste auto bij een kop-staart botsing met de auto’s A en C betrokken raakt; hij wordt aan de voorzijde geraakt (kosten uitdeuken: fl. 4000,-) door A en aan de achterzijde (kosten uitdeuken: fl. 3000,-) door C.¹³ Stel voorts dat A en C elk een toerekenbare onrechtmatige daad jegens B hebben gepleegd: A remde plotseling, onnodig en onvoorzienbaar, terwijl C “kleefde” aan B. De schade aan de voorzijde is veroorzaakt door één oorzaak, de botsing A-B, en de schade aan de achterzijde door botsing B-C, voor welke botsing de eerdere botsing A-B mede *conditio sine qua non* was. Voor de schade aan de voorzijde is alleen A aansprakelijk; voor de schade aan de achterzijde zijn waarschijnlijk – binnen de grenzen van art. 6:98 BW – zowel A als C aansprakelijk. Men is niet aansprakelijk voor schade die men niet heeft veroorzaakt.¹⁴ *Conditio sine qua non* is hier dus de ingangsvoorwaarde voor hoofdelijkheid.¹⁵ Wat betreft de schade aan de voorzijde van auto B doet zich daarom helemaal geen hoofdelijkheid voor omdat geen aansprakelijkheid voor dezelfde schade is ontstaan. Wordt in het concrete geval echter niet van de kosten van uitdeuken uitgegaan, maar wordt de aangereden auto *total loss* verklaard, dan is de situatie anders. Er is dan één en dezelfde schade, die veelal op de dagwaarde van de auto wordt gesteld.¹⁶ Als kan worden gezegd dat elk van beide oorzaken noodzakelijk (samenwerkende oorzaken) of voldoende (afzonderlijke oorzaken) was voor deze schade, dan is elk van de aansprakelijken voor het geheel aansprakelijk. De wijze waarop de schade wordt berekend - hier dus bijvoorbeeld de kosten van uitdeuken van voor- en achterzijde danwel de *total loss* schade - kan dus bepalend zijn voor de toepasselijkheid van art. 6:102 BW.

Ook bij letselschadegevallen kan het wat dit betreft aankomen op de feitelijke vaststelling van de schade. De rechterlijke vrijheid van art. 6:97 BW kan beslissend zijn voor de toepasselijkheid van art. 6:102 BW.¹⁷ Betreft het bijvoorbeeld inkomensschade door arbeidsongeschiktheid, dan is heel wel denkbaar dat - door het gebruik van percentages - twee oorzaken die in successie optreden en die gezamenlijk 100% arbeidsongeschiktheid veroorzaken, niettemin *niet* dezelfde schade betreffen: de eerste oorzaak leidt bijvoorbeeld tot 50% arbeidsongeschiktheid en de tweede oorzaak tot een onafhankelijke additionele 50%. In dat geval is geen sprake van dezelfde schade, maar van twee deelbare schadeposten

¹³ Het voorbeeld is gebaseerd op *Mon. NBW B36* (Spier), nr. 14.

¹⁴ Zie in deze zin recentelijk nog eens HR 30 november 2001, C00/016HR, n.g. (Eiser / Staat der Nederlanden).

¹⁵ Zie A.J. Akkermans, *WPNR* 6043 (1992), p. 251-252. Vandaar dat bij veroorzaking van onderscheidenlijke schadeposten door verschillende veroorzakers geen samenlopende aansprakelijkheden en dus geen hoofdelijkheid ontstaat; Zie m.n. Akkermans, a.w., *Mon. NBW B36* (Spier), nr. 11 e.v. en losbl. *Schadevergoeding*, art. 102 (Boonekamp), aant. 6.2.

¹⁶ Barendrecht/Storm e.a., *Berekening van schadevergoeding*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995, p. 65 e.v.

¹⁷ Vgl. Akkermans *t.a.p.* (nt. 14), p. 253.

waarvoor beide veroorzakers afzonderlijk aan te spreken zijn. Wel moet er rekening mee worden gehouden dat de rechter in het geval van onzekerheid omtrent de omvang van de percentages geneigd zal zijn om - in plaats van deze percentages te schatten - een en dezelfde ondeelbare schade aan te nemen. Denk bijvoorbeeld aan het geval waarin twee honden, die elk aan een andere eigenaar toebehoren, een persoon aanvallen. Door de aanval komt de persoon te overlijden. Het is niet vast te stellen welke bijdrage elk van de twee honden aan deze schade heeft geleverd, maar wel staat vast dat beide honden noodzakelijke oorzaken waren.¹⁸ Veel rechtstelsels worstelen met deze casus, maar ik denk dat de Nederlandse oplossing simpelweg deze is: beide eigenaren zijn voor de gehele schade aansprakelijk omdat elk van beide honden *conditio sine qua non* voor het intreden van de ondeelbare schade was. Wat de relatieve bijdragen van de honden aan de ondeelbare schade was, is een regreskwestie.

3 voldoende oorzaken en het arrest *Leeuwarden / Los*

Een complexere variant is die van de voldoende oorzaken. Geldt daar ook hoofdelijkheid? Bij beantwoording van deze vraag wordt vaak onderscheid gemaakt tussen oorzaken die gelijktijdig schade veroorzaken en oorzaken die zich succesievelijk voordoen. Voor de eerste categorie zou hoofdelijke aansprakelijkheid de regel zijn, en voor de tweede categorie zou in beginsel slechts de eerste veroorzaker tot schadeloosstelling verplicht zijn: de tweede veroorzaakt geen schade. Betreft het duurschade, dan zijn uitzonderingen denkbaar.

Waarom dit onderscheid tussen duurschade en ‘ineens’ geleden schade? Het onderscheid is gebaseerd op het idee dat als een schade reeds is geleden en er zich vervolgens een oorzaak voordoet die dezelfde schade *zou hebben veroorzaakt*, er niettemin geen *conditio sine qua non* verband is: de schade was immers al geleden. Bij zaakschade lijkt bijvoorbeeld de heersende opvatting te zijn dat alleen de eerste beschadiging de schade doet ontstaan, zodat een eventuele tweede oorzaak slechts hypothetisch schade veroorzaakt – namelijk in de hypothetische situatie dat niet reeds de eerste oorzaak schade zou hebben veroorzaakt. En voor die gevallen wordt de opvatting verdedigd dat slechts de eerste veroorzaker aansprakelijk is, aangezien de tweede geen schade *heeft* veroorzaakt.¹⁹

Is dit nu anders bij duurschade, zoals bijvoorbeeld verlies van arbeidsvermogen over een langere periode? Ik behandel deze vraag aan de hand van het recente arrest *Leeuwarden/Los*.²⁰ Los huurt van de gemeente Leeuwarden een aantal horecaruimten in de Frieslandhallen. In 1992 besluit de gemeente om de huur op te zeggen wegens het voornemen tot eigen gebruik. Los ontruimt na veroordeling hiertoe in 1994 de ruimten, maar de gemeente gaat vervolgens niet over tot eigen gebruik. Om die reden vordert Los bij dagvaarding van 28 november 1996 een verklaring voor recht dat de gemeente wegens het ontbreken van de wil tot eigen gebruik aansprakelijk is voor de geleden schade, op te maken bij staat.²¹

¹⁸ Zie Ariel Porat en Alex Stein, *Tort Liability under Uncertainty*, Oxford: OUP 2002, p. 77.

¹⁹ Vgl. *Performance Cars Ltd v. Abraham* [1962] 1 QB 33: een auto die door een eerste aanrijding al overgespoten moest worden, wordt niet verder beschadigd als een tweede aanrijding hetzelfde gevolg heeft: de tweede veroorzaker heeft geen schade veroorzaakt.

²⁰ HR 7 december 2001, *NJ* 2002, 576 (Gemeente Leeuwarden / Los).

²¹ De rechtsgrond hiervoor is gelegen in art. 7A: 1628a en 1631a lid 4 BW.

Daags daarvoor, te weten in de nacht van 25 op 26 november 1996 zijn de Frieslandhallen geheel tenietgegaan door opzettelijke brandstichting door derden.

Bij verstekvonnis van 7 januari 1997 wordt de vordering van Los toegewezen, welk vonnis in kracht van gewijsde gaat. In de onderhavige schadestaatprocedure vordert Los vergoeding van de geleden schade, te begroten bij wijze van sommeers. De schade betreft met name winstderving tussen het moment van ontrenting in 1994 en het jaar 2004, in welk jaar Los met pensioen zou zijn gegaan. De gemeente betwist het causaal verband met de stelling dat de huurovereenkomst – zou zij niet tot opzegging zou zijn overgegaan – na de brand van rechtswege zou zijn geëindigd op grond van art. 7A:1589 BW, zodat Los vanaf die datum hoe dan ook winst zou hebben gederfd.

De kantonrechter meent kort gezegd dat de brand een latere omstandigheid is die niet behoeft te worden meegewogen in de schadevergoeding, omdat het tijdstip van de onrechtmatige beëindiging als uitgangspunt moet worden genomen. Ook de rechtbank verwerpt het verweer, blijkbaar met de overweging dat geen oorzakelijk verband bestaat tussen de brand en de door Los geleden schade, omdat hij “in 1996 door toedoen van de Gemeente geen huurder meer (was), zodat de brand (voor de schadelijke (inkomens)gevolgen waarvan hij zich als huurder eventueel had kunnen verzekeren) hem niet heeft getroffen”. Dit oordeel wordt in cassatie zonder succes aangevallen. De Hoge Raad overweegt (r.o. 3.4) :

Indien zich na een schadeveroorzakende gebeurtenis waarvoor iemand aansprakelijk is jegens de benadeelde, een latere gebeurtenis voordoet die dezelfde schade zou hebben veroorzaakt als die schade niet reeds was ontstaan, doet dat niet af aan de reeds gevestigde verplichting tot schadevergoeding van de voor de eerste gebeurtenis aansprakelijke. Behalve in gevallen waarin de latere gebeurtenis voor risico van de benadeelde komt (vgl. HR 2 februari 1990, nr. 13789, NJ 1991, 292), bestaat er geen grond daarover anders te oordelen indien het gaat om voortdurende schade, zoals de winstderving waarvan in deze zaak vergoeding gevorderd wordt. Ook geldt hetzelfde in gevallen waarin de schade voor het vervolg niet slechts hypothetisch maar in werkelijkheid – al dan niet mede – veroorzaakt is door de handeling van de derde. Ook dan verdient het immers de voorkeur dat de benadeelde, overeenkomstig de in artikel 6:102 BW neergelegde regel, slechts de veroorzaker van de eerste gebeurtenis behoeft aan te spreken en niet het risico behoeft te lopen dat de veroorzaker van de latere gebeurtenis geen verhaal biedt of zelfs niet jegens hem aansprakelijk is.

Vervolgens gaat de Hoge Raad in op de vraag of de brandstichting een omstandigheid betreft die voor risico van Los zou zijn gekomen. Dit lijkt niet het geval te zijn:

3.5. De brand waardoor het eerder door Los gehuurde teniet is gegaan, is veroorzaakt door derden. Wat de vraag betreft of hier sprake is van een omstandigheid die voor risico van Los komt, geldt het volgende. Bij de vaststelling van de omvang van de schade moet een vergelijking worden gemaakt met de toestand zoals die zonder de huuropzegging zou zijn geweest. In die (hypothetische) situatie, waarin de huurverhouding ten tijde van de brand nog zou hebben bestaan, zou het tenietgaan van het gehuurde in de contractuele verhouding tussen partijen in die zin voor rekening van [verweerder] zijn gekomen dat de Gemeente dientengevolge krachtens artikel 7A:1589 BW zou zijn bevrijd van haar verplichting het huurobject aan hem ter beschikking te stellen. Dat op zichzelf rechtvaardigt echter niet ook in de hier na het einde van de huur door de opzegging van de Gemeente ontstane situatie het tenietgaan door brand van het vroeger door [verweerder] gehuurde, waarover hij geen enkele zeggenschap meer had, aan hem toe te rekenen. Uit de stukken van het geding blijkt niet dat andere feiten of omstandigheden, die dat wel zouden kunnen rechtvaardigen, zijn aangevoerd.

3.6 Het in 3.4 en 3.5 overwogene brengt mee dat het tenietgaan van het eerder door Los gehuurde door de brand van 25/26 november 1996 niet afdoet aan de aansprakelijkheid van de Gemeente jegens Los voor de gehele schade over de periode 1994-2000. Daaraan staat niet in de weg dat de brand zich ten

tijde van de vaststelling van de omvang van de schade reeds had voorgedaan, zodat geen sprake was van afweging van goede en kwade kansen in de zin van art. 6:105 BW, maar van een zekere gebeurtenis, waarmee bij de in 3.5 bedoelde vergelijking met het oog op de schadeberekening in beginsel rekening moet worden gehouden. Dat rekening houden dient immers met inachtneming van de in 3.4 en 3.5 vermelde regels te geschieden.

Het arrest *Leeuwarden/Los* is een belangrijke zaak, die ook bij opeenvolgende (hypothetische) veroorzaking van letselschade relevant kan zijn. Om te beginnen met de in r.o. 3.4 geformuleerde rechtsregel; deze bestrijkt een groot aantal gevallen. Opvallend is dat hypothetische causaliteit in één adem worden genoemd met de noodzakelijke oorzaken, en dat voortdurende schade en eenmalige schade gelijkelijk door de geformuleerde regel worden bestreken. Uit hetgeen ik hiervoor schreef volgde reeds dat eventuele aansprakelijkheid voor een van meer oorzaken, niet wegvalt of vermindert door het enkele feit dat ook de andere oorzaak (in hypothetische zin) causaal was of had kunnen zijn.²² Dat gold in elk geval voor oorzaken die in tijd samenvallen en nu is duidelijk dat dit ook geldt voor de eerste van meer oorzaken die *niet* in hetzelfde tijdsgewricht plaatshebben.²³

4 leidt hypothetische veroorzaking tot aansprakelijkheid?

Leeuwarden / Los leidt er dus toe dat degene die schade toebrengt aan zaken of personen, nog steeds tot schadevergoeding gehouden is als zich nadien een gebeurtenis voordoet die onafhankelijk van de eerste oorzaak dezelfde schade zou hebben veroorzaakt.²⁴ In de literatuur bestaat geen eenstemmigheid over de vraag of daarnaast de *tweede* veroorzaker – als er een verantwoordelijke is voor de tweede oorzaak – ook aansprakelijk kan worden gehouden voor zijn hypothetische veroorzaking. Hij heeft in werkelijkheid namelijk geen schade veroorzaakt: een totaal vernielde zaak kan men niet nogmaals vernielen, netzomin als men een lijk kan doodsteken, of een 100% arbeidsongeschikte nog ongeschikter voor arbeid kan maken. Anderzijds: het blijft gaan om *hypothetische* causaliteit, waarbij de andere oorzaak juist wordt weggedacht. Ik acht daarom goed verdedigbaar dat in bepaalde gevallen die hypothese zowel de eerste als de tweede oorzaak mag betreffen: is er naar mijn mening veel voor te zeggen om de terrorist die explosieven plaatst met het oogmerk om een gebouw te vernielen, maar die door de snelle pyroomaan wordt ‘ingehaald’, toch ook tot schadevergoeding te verplichten.²⁵ Zijn veroorzaking is immers net zo hypothetisch als de eerste oor-

²² Zie hiervoor § 1.

²³ In de literatuur werd dit reeds aangenomen en het *leek* ook al te volgen uit het arrest *Kennis / Budel* (HR 23 juni 1989, *NJ* 1990, 441). Ik formuleer met opzet voorzichtig: in het arrest *Kennis / Budel* bestond voor de tweede oorzaak geen aansprakelijkheid, zodat niet zeker was of dat aspect meespeelde bij het voortduren van de aansprakelijkheid voor de eerste oorzaak.

²⁴ Uit het overzicht bij J. Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Causation*, Den Haag 2000, m.n. p. 141-142, blijkt dat deze oplossing geen gemeengoed in alle Europese rechtssystemen is. Weliswaar kiezen *veel* Europese rechtssystemen voor deze oplossing, maar lang niet alle en evenmin met dezelfde redenering.

²⁵ Zie (ook voor het regres tussen partijen in dat geval) W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, diss. Tilburg 1999, p. 123-124; vgl. in andere zin: J. Spier, *A&V* 1997, p. 106-107. Vgl. Asser-Hartkamp I, nr. 440 (wel aansprakelijkheid van beide veroorzakers als zij min of meer gelijk-

zaak, de andere weggedacht. De pyromaan komt toch ook niet weg met het verweer dat het gebouw enige tijd later door een andere oorzaak de lucht in zou gaan?

Geeft het arrest *Leeuwarden / Los* uitsluitel over deze aansprakelijkheid van de tweede hypothetische veroorzaker? Ik denk het niet; r.o. 3.4 geeft mijns inziens alleen weer dat de tweede oorzaak geen doorkruising van het (hypothetisch) causaal verband met de eerste oorzaak oplevert. Maar ik acht niet ondenkbaar – de verwijzing naar art. 6:102 BW lijkt daar op te wijzen – dat de Hoge Raad desgevraagd zou oordelen dat de brandstichters die aansprakelijk zijn voor het veroorzaken van de brand in de Frieslandhallen ook gehouden zijn tot vergoeding van de inkomensschade van de huurder. Het zou in elk geval stroken met de ratio van art. 6:102 BW.

De vraag is wel hoe ver dit ‘over en weer wegdenken’ mag gaan, want duidelijk is wel dat onbegrensde toepassing tot onwenselijke uitkomsten kan leiden.²⁶ In het gegeven voorbeeld is het aan de terrorist en de pyromaan namelijk nog wel kenbaar dat hun daden op het moment van plegen adequaat zijn om schade te veroorzaken (het gebouw staat er immers nog), maar dat kan niet zonder meer worden gezegd van de brandstichters die de lege Frieslandhallen – buiten aanwezigheid van een huurder en diens kenbare belangen – in brand steken. Al met al denk ik dat dit probleem niet in de causaliteit, maar in de aansprakelijkheidsvraag thuishoort; in de onderhavige zaak zou de vraag moeten zijn of het belang van Los kenbaar was voor de brandstichters en of zij mede met het oog op de belangen van Los zich van de daad hadden moeten onthouden. Aangezien Los het perceel had ontruimd en het huurcontract was beëindigd, lijkt me dit niet zeker.²⁷

5 de eerste veroorzaker ‘verzekert’ tegen opvolgende oorzaken

Een verwant probleem doet zich voor als de tweede oorzaak niet dezelfde, maar een additionele schade veroorzaakt (bijvoorbeeld verergering van het door de eerste oorzaak ontstane letsel). Het is dan in essentie een toerekeningskwestie als bedoeld in art. 6:98 BW of men de eerste veroorzaker ook voor de additionele schade verantwoordelijk wenst te houden. Uit het bekende arrest *Joe / Chicago Bridge* volgt dat een ruime toerekening aan de eerste veroorzaker in de rede ligt.²⁸ Die ruime toerekening is zonder meer gerechtvaardigd voor zover de eer-

tijdig handelen) en 440a (geen aansprakelijkheid van de tweede veroorzaker indien de schade zich reeds gerealiseerd heeft).

²⁶ Op een vergelijkbaar gevaar verbonden aan onbeperkte toepassing van art. 6:102 BW op de samenloop van noodzakelijke oorzaken wordt gewezen door J. Spier, in: *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: BJU 2000, p. 156 e.v.

²⁷ A.G. Huydecoper, concl. nr. 23-24, lijkt te menen dat vaststaat dat de brandstichting ook onrechtmatig was jegens Los, maar aangezien Los het perceel metterdaad had verlaten en de huur was beëindigd, lijkt mij dat niet volledig zeker. Anderzijds kan worden toegegeven dat van leegstaande gebouwen ook in algemene zin voorstelbaar is dat zij mogelijk weer voor (ander) economisch gebruik geschikt gemaakt worden, en dat de brandstichters dus in algemene zin met huurdersbelangen rekening dienden te houden.

²⁸ HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 136. Vgl. ook HR 8 februari 1985, *NJ* 1986, 137 (Renteneurose) en HR 4 november 1988, *NJ* 1989, 751 (ABP/Van Stuyvenberg). Zie nader het bijzonder mooie artikel van T. Hartlief, ‘Causaliteit. Over grenzen aan de toerekening bij letselschade’, in: *Bij-*

ste oorzaak de benadeelde ‘bevattelijker’ maakt voor de tweede oorzaak, maar zij is in werkelijkheid nog veel ruimer: de toerekening naar redelijkheid kan van de eerste veroorzaker een ‘verzekeraar’ maken van volslagen onverwachte risico’s van het leven. Dat bleek onlangs in een zaak die voor het Hof Leeuwarden speelde. De veroorzaker van een ongeval werd ook aansprakelijk gehouden voor de letselschade die het slachtoffer opliep doordat deze na het ongeval psychische problemen ontwikkelde, arbeidsongeschikt en ontslagen werd, vervolgens zelfmoord poogde en daardoor in een ziekenhuis belandde en daar vervolgens een fout werd gemaakt bij het aanbrengen van een infuus.²⁹

Terug naar *Leeuwarden / Los*; dat arrest is in zoverre onzuiver geformuleerd, dat de Hoge Raad er vanuit lijkt te gaan dat de tweede oorzaak ook zonder meer voor rekening van de eerste veroorzaker kan worden gebracht. Uit het *Alpuro*-arrest volgt naar mijn mening echter dat de tweede oorzaak *niet* aan de eerste oorzaak kan worden toegerekend als de tweede oorzaak zo uitzonderlijk en onvoorzienbaar was dat deze in redelijkheid niet kan worden gezien als verwezenlijking van het risico dat aan de eerste oorzaak verbonden was, zodat de eerste veroorzaker daar in redelijkheid geen rekening mee had behoeven te houden.³⁰ Zou dat niet eigenlijk ook in de bovengenoemde zaak van het mislukte infuus aan de orde zijn geweest?

6 soms bevrijdt de tweede oorzaak de eerste veroorzaker van zijn aansprakelijkheid

Een ander facet van *Leeuwarden / Los* betreft de raadselachtige r.o. 3.5. Ik denk dat deze rechtsoverweging gelezen moet worden als een uitleg en toepassing van de in *Staat / Vermaat* ontwikkelde regel.³¹ In die zaak betrof het een door de Staat in 1985 ingestelde regresactie voor arbeidsongeschiktheidsuitkeringen die vanaf 1979 aan Van Ruijven waren toegekend. Van Ruijven was door schuld van Vermaat arbeidsongeschikt geworden. Vermaat meende vanaf 1983 niet langer tot vergoeding gehouden te zijn, nu Van Ruijven in dat jaar een hartinfarct had gekregen die hem vanaf dat moment – het eerste ongeval weggedacht – ook arbeidsongeschikt zou hebben gemaakt. De Hoge Raad deelde deze mening: wanneer blijkt dat de benadeelde, ook als het ongeval niet had plaatsgevonden, op enig tijdstip arbeidsongeschikt zou zijn geworden ten gevolge van een omstandigheid die voor zijn risico komt – zoals bij een natuurlijke oorzaak die geen verband houdt met het door het ongeval veroorzaakte letsel – is er volgens de Hoge Raad geen reden om de inkomensschade vanaf dat tijdstip nog toe te rekenen aan de eerste oorzaak. De vergoedingsplicht gaat, aldus de Hoge Raad in

zonder letsel (LSA reeks nr. 6), Lelystad: Vermande 1995, p. 27 e.v. In andere landen wordt deze oplossingsrichting soms ook gekozen; zie bijv. *Rahman v Aerorose Ltd* [2001] QB 351. Vgl. in rechtsvergelijkend perspectief J. Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Causation*, Den Haag 2000, p. 143 e.v.

²⁹ Hof Leeuwarden 8 augustus 2001, *NJ* 2002, 209.

³⁰ Zie HR 25 september 1992, *NJ* 1992, 751 (*Alpuro / Dijkhuizen*), Asser-Hartkamp I, nr. 440. Vgl. in dezelfde richting voor Duits recht Geigel/Schlegelmilch, *Der Haftpflichtprozeß*, 23e druk München 2001, nr. 18.

³¹ HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 292. Voor een (nogal diffuus) rechtsvergelijkend beeld van de *Staat / Vermaat* casus zie J. Spier (ed.), *Unification of Tort Law: Causation*, Den Haag 2000, p. 148, case 14.

Staat / Vermaat, niet zo ver dat de aansprakelijke de benadeelde ook zou moeten behoeden voor schade die zonder het ongeval ook voor eigen risico zou zijn gekomen.

In essentie moet hier de vraag worden beantwoord of brandstichting door een derde hetzelfde is als een hartinfarct door ‘eigen gebrek’ van de benadeelde. De Hoge Raad meent van niet, maar *waarom* is voor mij niet helemaal helder. De Hoge Raad lijkt veel waarde te hechten aan het gegeven dat de brand is gesticht door derden en de benadeelde ten tijde van de tweede oorzaak geen enkele zeggenschap meer had over het gehuurde. Mogelijk is daarmee bedoeld dat het voor de Hoge Raad onzeker is of de brand ook zou zijn gesticht – danwel dezelfde gevolgen zou hebben gehad – als de huur niet zou zijn beëindigd. In die benadering gaat het er dus eigenlijk om dat de gemeente dient te bewijzen dat de tweede oorzaak geheel losstaat van de eerste, evenals het aan Vermaat was om te bewijzen dat het hartinfarct van Van Ruijven van het eerste ongeval losstond.³²

Ook is mogelijk dat de Hoge Raad met name het oog heeft gehad op het gegeven dat de brand door *derden* is veroorzaakt, zodat reeds om die reden geen sprake is van een omstandigheid die voor eigen risico zou zijn gekomen. In zoverre kan op een parallel worden gewezen met art. 6:101 BW: het is aan de aansprakelijke om te bewijzen dat bepaalde omstandigheden zich hebben voorgedaan én dat deze aan de benadeelde toe te rekenen zijn.³³ Maar of in dit geval sprake is van een overtuigende toepassing van het ‘voor eigen risico’-criterium, daar ben ik niet zeker van. Als de gemeente kan aantonen dat art. 7A:1589 BW in dit geval daadwerkelijk zou hebben geleid tot beëindiging van de huurverhouding zonder schadeplicht van de zijde van de gemeente, dan is in de *onderlinge* verhouding tussen Los en de gemeente toch sprake van een omstandigheid die voor risico van Los komt? Of is dat niet voldoende, en moet er bijvoorbeeld sprake zijn van een brand door *natuurlijke oorzaak* (zoals blikseminslag) om van ‘eigen risico’ in de zin van *Staat / Vermaat* te kunnen spreken? Niet valt uit te sluiten dat de Hoge Raad ‘eigen risico’ inderdaad zo beperkt wenst uit te leggen, mede gezien de slotzin van r.o. 3.4. Als die uitleg juist is, kan een aanrijding door overmacht niet op één lijn met een hartinfarct worden gesteld en een schuldloze veroorzaking van brand niet met brand door blikseminslag.

Daargelaten op welk van deze aspecten de Hoge Raad exact het oog heeft gehad, duidelijk is wel dat hier in zekere zin dezelfde gedachte speelt die ook aan een arrest als *Vehof-Vasters/Helvetia* ten grondslag ligt: bij begroting van toekomstige schade moet de benadeelde enigszins uit de wind worden gehouden, omdat hij nu eenmaal niet *kan* aantonen hoe zijn carrière zich zou hebben ontwikkeld, of hij de opleiding die hij volgde zou hebben voltooid en of hij later weer aan het arbeidsproces zou hebben deelgenomen.³⁴ Zo is het hier ook: het is de gemeente die op onrechtmatige wijze de ontruiming heeft bewerkstelligd en daarmee de huurder de mogelijkheid heeft ontnomen om te bewijzen wat de toekomst zou hebben gebracht. De gemeente moet bewijzen dat de hypothetische tweede oor-

³² Een vergelijking kan worden gemaakt met de regel dat de aansprakelijke, wiens oorzaak in *conditio sine qua non*-verband staat met de schade, dient te bewijzen dat het gevolg niettemin in redelijkheid niet valt toe te rekenen aan zijn daad (HR 2 oktober 1998, *NJ* 1998, 131; *Nacap / Shellfish*).

³³ Losbl. *Schadevergoeding*, art. 101, aant. 21 (Boonekamp).

³⁴ HR 15 mei 1998, *NJ* 1998, 624.

zaak doorbreking van het causaal verband met de eerste oorzaak rechtvaardigen kan.³⁵ Een verschil tussen *Leeuwarden / Los* is dat de feitenrechter in *Vehof-Vasters/Helvetia* opdracht kreeg om met deze ‘bewijsachterstand’ van de benadeelde rekening te houden, terwijl in het onderhavige arrest de formulering scherper is: de gemeente moet feiten en omstandigheden aanvoeren die toerekening van de tweede oorzaak aan de huurder kunnen rechtvaardigen.³⁶

7. tenslotte: implicaties van de ‘som ineens’

Tenslotte wil ik nog een aantal opmerkingen plaatsen over een complicatie die meervoudige causaliteit kan opleveren als de geleden schade bij wijze van ‘som ineens’ wordt vergoed.³⁷ Zoals bekend wordt bij de afwikkeling van blijvende letselschade vaak gebruik gemaakt van ‘som ineens’ voor de vergoeding van bijvoorbeeld verlies aan arbeidsvermogen. Daarbij mogen toekomstige gebeurtenissen als ‘goede en kwade kansen’ ten voordele en ten nadele van de benadeelde worden verdisconteerd in de som (art. 6:105 BW). Een vaststellingsovereenkomst of onherroepelijk rechterlijk vonnis in deze zin kan niet ter discussie worden gesteld na het intreden van de hypothetische tweede oorzaak,³⁸ dus het is van belang om te weten welke mogelijke risico’s wel en niet als kwade kans mogen worden verdisconteerd.

Verkorte levensverwachting door ondergemiddelde gezondheid van het slachtoffer (los van het ongeval) is een kwade kans die mag worden verdisconteerd, zo volgt indirect uit *Vermaat / Staat*.³⁹ Maar geldt dat ook voor kwade kansen waarvoor derden mede-aansprakelijk zijn? Er valt iets voor te zeggen dat dit mogelijk is. Immers, bij het inschatten van de hypothetische situatie die zich zonder het ongeval zou hebben voorgedaan, wordt ook uitgegaan van gemiddelden van goed en kwade kansen: bij het gebruik van statistische levensverwachtingen zijn kwade kansen van tussentijdse hypothetische schadeoorzaken door derden al in abstracto verdisconteerd. En daarom zou het pleitbaar zijn dat als een slachtoffer – los van het eerste ongeval – een bijzondere bevattelijkheid heeft voor andere schadeoorzaken die niet voor eigen risico komen, dit als kwade kans zou moeten worden verdisconteerd.

Een voorbeeld: een bouwvakker heeft een verhoogde kans op vroegtijdig verlies van arbeidsvermogen door de groter dan gemiddelde kans op arbeidsongevallen. Voor dergelijke ongevallen is veelal de werkgever aansprakelijk. Stel nu dat een bouwvakker bij een verkeersongeval volledig arbeidsongeschikt raakt. Zou men de redenering uit *Vermaat / Staat* doortrekken, dan zou men bij de begroting van

³⁵ In vergelijkbare zin voor het Duitse recht Geigel/Schlegelmilch, *Der Haftpflichtprozeß*, 23e druk München 2001, nr. 28.

³⁶ Mogelijk is dit verschil gelegen in het feit dat bij schadebegroting niet de gewone bewijsregels gelden en bij *conditio sine qua non* verband wél. Vgl. over dat laatste I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, diss. Tilburg 2001, p. 116.

³⁷ Ik laat buiten beschouwing het probleem dat een vaststellingsovereenkomst met of vonnis jegens een van meer hoofdelijke aansprakelijken van geringe waarde is ten opzichte van eventuele andere aansprakelijken. Daarover uitgebreid W.H. van Boom, *Hoofdelijke verbintenissen*, diss. Tilburg 1999, p. 187 e.v., p. 217 e.v.

³⁸ Vgl. losbl. *Schadevergoeding*, art. 105 (Bolt), aant. 11.

³⁹ HR 2 februari 1990, *NJ* 1991, 292 (*Vermaat / Staat*). Ik denk dat dit ook geldt voor bijvoorbeeld ongezond leefgedrag van de benadeelde (zoals roken) die hem een verkorting van levensverwachting oplevert.

de schade aan zijn arbeidsvermogen deze groter dan gemiddelde kans in zijn na-deel moeten verdisconteren. Maar ik denk dat dit in het licht van *Leeuwarden / Los* toch niet mogelijk is. Als hypothetische veroorzaking door derden niet af-doet aan de reeds gevestigde aansprakelijkheid van de eerste veroorzaker, dan moet dat logisch gesproken ook niet kunnen bij het verdisconteren van toekom-stige kansen op dergelijke oorzaken. Daarom lijkt het mij juist om ook bij toe-passing van art. 6:105 BW relevant te achten of een bepaald toekomstig risico een ‘eigen risico’ oplevert in de zin van *Vermaat/Staat* of niet. Het is daarom belangrijk om op voorhand rekening te houden met dergelijke risico’s van een tweede oorzaak, want als de vaststellingsovereenkomst waarin de som ineens is vastgelegd eenmaal is gesloten, of het betreffende vonnis eenmaal onaantastbaar is geworden, dan kan een tweede oorzaak die zich vervolgens voordoet geen verandering meer brengen in de verschuldigdheid van de lump sum.