

145 Personenschade: hoe rekbaar is het causaal verband?

Arvin Kolder *

1. Inleiding

Welke lessen zijn te trekken uit dertig jaar causaliteit in personenschadezaken? De LSA verzocht mij om een bijdrage over de vraag hoe ‘toen’¹⁾ werd en ‘nu’ wordt omgegaan met causaal verband in gevallen van personenschade. Daarmee zag ik mij voor een uitdaging gesteld. Het leerstuk van het causaal verband wordt namelijk wel als het lastigste onderdeel van het aansprakelijkheidsrecht gezien,²⁾ waarover bovendien al boekenkasten vol zijn geschreven.³⁾ Omwille van de omvang van mijn bijdrage heb ik dan ook keuzes moeten maken en wordt slechts op enkele aspecten van causaal verband in personenschadezaken ingegaan. Daarbij tracht ik op hoofdlijnen een aantal ontwikkelingen te schetsen met name aan de hand van de rechtspraak van de Hoge Raad. De lagere rechtspraak en (discussies in de) literatuur komen zodoende in beperkte mate en veelal slechts ter (nadere) illustratie aan de orde. De aspecten van causaal verband die in deze bijdrage worden besproken, betreffen het *condicio sine qua non*-verband (par. 2), de toerekening op grond van art. 6:98 BW (par. 3) en de situatie zónder ongeval (par. 4).⁴⁾ Ook zal ik ingaan op de problematiek van zogeheten onzeker causaal verband (par. 5), meer in het bijzonder op de omkeringsregel en de leerstukken van de kansschade en proportionele aansprakelijkheid. Ik rond af met een conclusie (par. 6).

2. Het *condicio sine qua non*-verband

Een uitgangspunt van het aansprakelijkheidsrecht is dat de laedens alleen die schade hoeft te vergoeden die dóór de gebeurtenis waarvoor zijn aansprakelijkheid bestaat, is veroorzaakt. In beginsel is beslissend of tussen bedoelde gebeurtenis en de schade een *condicio sine qua non*-verband bestaat. Dit vergt een wegdenkoefening: zou de desbetreffende schade de aansprakelijkheid-scheppende gebeurtenis weggedacht ook zijn ontstaan? Zo ja, dan ontbreekt het csqn-verband en treedt geen vergoedingsplicht in. Deze ‘aloude’ eis van het csqn-verband is terug te voeren op opvattingen in de literatuur aan het begin van de twintigste eeuw,⁵⁾ maar is ook nog geregeld in recente rechtspraak van de Hoge Raad aan de orde.⁶⁾ Het csqn-verband wordt wel gezien als minimumvoorwaarde, benodigd voor de vestiging van aansprakelijkheid.⁷⁾ Het csqn-verband treft men veelal aan in de bepaling waarop de aansprakelijkheid rust.⁸⁾ Het csqn-verband wordt wel als een *feitelijk* verband aangemerkt⁹⁾ en onzekerheid daarover wordt wel gezien als een bewijsvraag over feitelijke omstandigheden.¹⁰⁾ Daarbij geldt dat ‘absolute’ of 100% zekerheid over het csqn-verband niet is vereist; voldoende is ‘een redelijke mate van waarschijnlijkheid’ over de aanwezigheid van dit verband. Hoewel het in

personenschadezaken heel wel kan voorkomen dat er substantiële onzekerheid over het csqn-verband blijft bestaan (waarover par. 5), vormt dit verband in menige kwestie geen onderwerp van debat en wordt van haar aanwezigheid al snel uitgegaan. Ter illustratie wijs ik op Rb. Amsterdam 2 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6893 (*Vuurwerkongeval*), waarin een medewerker van een kinderboerderij een 11-jarige jongen misbruikte en hem bovendien illegaal vuurwerk (Super Cobra 6) verstrekke. Wanneer de 11-jarige jongen op den duur alleen is, ‘knoeit’ hij – de cobra werd aanvankelijk zonder succes meerdere keren aangestoken, de kop van de cobra werd verwijderd waardoor het kruit blootlag en de lont was daar een aantal keren uitgetrokken en weer ingeduwd – met het vuurwerk. Uiteindelijk ontploft de cobra, waardoor de 11-jarige jongen zijn hand verliest. Aangesproken ter vergoeding van de schade vanwege het handletsel verweerde de medewerker zich onder meer met de stelling dat het csqn-verband tussen zijn onrechtmatige daad en het vuurwerkletsel ontbreekt: het verstrekken van het vuurwerk is niet de oorzaak, maar de onjuiste/onveilige wijze van afsteken daarvan door het slachtoffer. De rechtbank nam ondanks de aanwezigheid van enige ‘tussenschakels’ echter vrij soepel het csqn-verband aan, nu ‘de schade niet zou zijn geleden als [gedaagde] het vuurwerk niet aan [benadeelde] had verstrekt’.¹¹⁾

* Prof. mr. dr. A. Kolder is advocaat bij Kolder Vorsselman Advocaten te Groningen, tevens bijzonder hoogleraar Personenschade aan de Rijksuniversiteit Groningen. Deze bijdrage is een bewerking van de voordracht zoals op 31 januari 2020 gehouden op het 31e LSA-symposium ‘LSA revisited, welke lessen zijn er nog te leren?’.

1. Ten tijde van de in 1990 verschenen LSA-congresbundel *Medische en juridische causaliteit*, Lelystad: Koninklijke Vermande.
2. ‘Het leerstuk van het causaal verband behoort ongetwijfeld tot het lastigste onderdeel van het aansprakelijkheidsrecht’, aldus A-G Spier in zijn conclusie voor HR 21 december 2012, NJ 2013/237 (*Deloitte/Hassink*).
3. ‘Over het causaliteitsprobleem zijn boekenkasten vol geschreven. Wie zich erin verdiept, dreigt al gauw alle grond onder zich te verliezen’, aldus G.H.A. Schut, *Onrechtmatige daad*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1990, p. 73.
4. Ook dit aspect wordt in deze bijdrage besproken mede omdat het (niet-)functioneren in de hypothetische situatie zonder ongeval – in plaats van een kwestie van schadebegroting ex art. 6:105 BW – ook wel wordt geplaatst in de sleutel van het (ontbreken van) causaal verband.
5. Zie de dissertatie van D.A. van der Kooij, *Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade*, Deventer: Wolters Kluwer 2019, par. 2.3.1.
6. Zie over het csqn-verband van art. 6:162 BW bijvoorbeeld HR 6 januari 2017, NJ 2017/62 (*UWV/X*) en HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietincident Alphen aan den Rijn*).
7. Het causaal verband van art. 6:98 BW ziet daarentegen op de omvang van de aanspra-

- kelijkheid, waarover par. 3.
8. Zo bepaalt art. 6:162 BW dat de pleger van een onrechtmatige daad verplicht is de schade die de gelaedeerde 'dientengevolge' lijdt, te vergoeden. Art. 6:74 BW bepaalt dat de tekortkoming in de nakoming van een verbintenis de schuldenaar verplicht de 'daardoor' door de schuldeiser te lijden schade te vergoeden.
 9. Dit in tegenstelling tot het *normatieve* verband van art. 6:98 BW, waarover par. 3.
 10. Vgl. vrij recent HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409 (*Schietincident Alpen aan den Rijn*), waarin werd geoordeeld dat de onderbouwing door de politie van de betwisting van het *condicio sine qua non*-verband tussen het verstrekte wapenverlof en het schietincident onvoldoende was.
 11. De 'dader' voerde in deze zaak ook een toerekeningsverweer ex art. 6:98 BW, waarover par. 3.
 12. Een 'whiplash' kan volgens de in 2008 verschenen – en in 2016 opnieuw geacordeerde – CBO-richtlijn Diagnostiek en Behandeling van mensen met Whiplash Associated Disorder I/II worden omschreven als een acceleratie-deceleratie mechanisme waarbij krachten inwerken op de nek, dat onder meer optreedt bij auto-ongevallen, met name bij aanrijdingen van achteren of de zijkant. Slachtoffers kunnen zich blijken de voornoemde richtlijn geconfronteerd zien met klachten als pijn in de nek, het hoofd, schouders en armen, duizeligheid, cognitieve problemen en ook psychologische veranderingen. Ik beseef overigens dat over de term 'whiplashletsel' valt te twis- ten. Deze is in deze bijdrage slechts bedoeld als een aanduiding van vele gevallen waar de juridische discussie over medisch moei- lijk objectiveerbaar letsel vaak om draait.
 13. Het gaat om de zogenoemde gevallen van Whiplash Associated Disorder I en II. Zie voor een klinische indeling de voornoemde CBO-richtlijn Whiplash, p. 12-13.
 14. De LSA-congresbundel *Medische en juridi- sche causaliteit*, Lelystad: Vermande 1990.
 15. B.J.J. Ansink (neuroloog), p. 33: 'Het is moge- lijk dat er een (anatomisch) aanwijsbare afwijking opgespoord wordt. Dat betekent echter niet automatisch dat een dergelijke afwijking ook aanleiding geeft tot functi- estoornissen. Anderzijds is het zeer wel mogelijk dat een patiënt duidelijke functie- stoornissen (...) vertoont, zonder dat er een anatomische afwijking aan het licht komt.'
 16. D.H.M. Peeperkorn, p. 3-4: 'Maar als juristen en medici niet dezelfde taal spreken – in dit geval niet dezelfde causale taal – liggen communicatiestoornissen voor de hand.'
 17. W.D.H. Asser, p. 63, over het verband tussen ongeval en klachten: 'De arts kan geen definitieve keuzen maken en dat hoeft hij ook niet, want van hem wordt geen beslis- sing in een geschil gevraagd. De zaak komt daarvoor terug op het bord van de juristen.'
 18. W.D.H. Asser, p. 63: '(...) dat beslist kan worden dat causaal verband aanwezig is zonder dat medisch vaststaat dat de klach- ten ongevalsgevolg zijn en zonder dat dit echt "bewezen" is.'
 19. Zie bijv. F.T. Oldenhuis en H. Vorrsselman (red.), *Whiplash, juristen aan het woord*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012; A. Kolder, *Civiele whiplashzaken: een vol- gende fase*, *NJB* 2015-17, p. 1142-1150.
 20. Vierde editie NVN-richtlijnen (2007), p. 2, 39-40, ongewijzigd in de vijfde editie (2013), p. 39-40, die nog werd bijgewerkt in 2015.
 21. NVN-richtlijnen 2007 en 2013, p. 40.
 22. A. Kolder 'Whiplash: evidence based of plausibiliteit?', in: *Whiplash: juristen aan het woord*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012, p. 13-79.
 23. Zie – geïnspireerd door het sociale zeker- heidsrecht – over de term 'plausibel' in dit verband A. Kolder, 'De juridische beoorde-

Een voorbeeld waarin de vordering tot vergoe- ding van personenschade strandde op het csqn- verband, biedt Rb. Utrecht 7 oktober 2009, ECLI:NL:RBUTR:2009:BJ9584 (*Mishandeling en studievertraging*), waarin een havo 4-scholier vlak voor de laatste tentamenweek van het schooljaar werd mishandeld. Toen bleek dat het slachtoffer niet overging naar havo 5, werd een vergoeding wegens studievertraging gevorderd van de 'dader': door diens mishandeling – meerdere sla- gen met gebalde vuist tegen het hoofd – zou de scholier niet in staat zijn geweest de laatste ten- tamenweek goed voor te bereiden en te maken, waardoor hij was blijven zitten. De rechtbank achtte het gezien de magere studieresultaten tot aan de mishandeling evenwel 'zeer waarschijn- lijk dat [eiser] ook indien hij (...) niet was mishan- deld, in 4 havo zou zijn blijven zitten'. Het csqn- verband tussen de mishandeling en studievertra- ging werd niet aanwezig geacht; de vordering tot betaling van een vergoeding terzake werd afge- wezen.

Niettemin zal in menige personenschadezaak zoals gezegd doorgaans vrij vlot aangenomen kunnen worden dat bepaalde schade zónder de aansprakelijkheidschepende gebeurtenis niet zou zijn ontstaan. De toets aan het csqn-verband kan namelijk leiden tot een ruim bereik. Zodanig ruim zelfs dat dit het gevaar van een té verstre- kende aansprakelijkheid met zich brengt. Een vrachtwagenchauffeur maakt een verkeersfout (schending art. 5 WVV) met een stremming van de doorgaande weg tot gevolg. Het verkeer, waar- onder een vader en moeder met kind in de auto, wordt door de politie omgeleid via een dorps- weggetje, waar het gezin van achteren wordt aangereden door een van de overige 'omgeleide' automobilisten. De ouders van het over hoofd- en nekpijn klagende kind vergezellen dit naar het ziekenhuis, waar het letsel gelukkig blijkt mee te vallen en verdere behandeling niet nodig is. In het ziekenhuis blijkt echter ook een zeer besmet- telijk virus rond te waren, waardoor de vader van het kind ernstig ziek wordt en komt te overlijden. De overlijdensschade van het kind en diens moe- der (art. 6:108 BW) staat in csqn-verband met de voornoemde verkeersfout van de bestuurder van de vrachtwagen: zonder zijn fout zou de vader de dodelijke besmettelijke ziekte niet hebben opge- lopen. Is het echter wel redelijk dat de vrachtw- agenchauffeur te dien aanzien (óók) schadeplich- tig is jegens het achterbleven kind en diens moe- der? Omdat aan de hand van het feitelijke ver- eiste van csqn-verband alléén verkregen resulta- ten (te) ruim kunnen uitvallen, wordt de causalite- it voor telkens een oplossing 'op maat' nog aan nadere *normatieve* eisen onderworpen. Daarmee betreden we het terrein van de toerekening van art. 6:98 BW, waarover paragraaf 3.

Speciale aandacht verdient eerst nog het csqn- verband bij zogeheten medisch moeilijk objecti- veerbare aandoeningen, waarvan 'whiplashlet- sel' een sprekend voorbeeld is.¹²⁾ Ondanks het feit dat geen medisch 'objectieve' – in de zin van naar de huidige medisch-wetenschappelijk stand mid-

dels beeldvormend materiaal zichtbare – anatomi- sche afwijkingen of beschadigingen zijn te duiden,¹³⁾ ervaart menig gelaedeerde langdurige klachten en beperkingen. Ook tijdens het LSA- congres in 1990 werd bij deze problematiek stil- gestaan. In de naar aanleiding van dat congres verschenen bundel¹⁴⁾ werd er al op gewezen dat het enkele ontbreken van medisch 'objectieve' afwijkingen niet in de weg hoeft te staan aan de (juridische) bewijslevering van klachten/beper- kingen en het causaal verband met het onge- val.¹⁵⁾ Daarbij werd aangevoerd dat artsen en juristen niet dezelfde taal spreken,¹⁶⁾ de medicus in personenschadezaken 'slechts' een voorlich- tende rol heeft en de jurist degene is die uitein- delijk de knoop doorhakt,¹⁷⁾ alsook dat het gestelde niet geneeskundig (in medische zin) maar 'slechts' in juridische zin bewezen hoeft te worden.¹⁸⁾ Vandaag de dag doen deze uitgangs- punten nog steeds opgeld.¹⁹⁾ Voorts heeft daar- van, met de in 2007 gewijzigde NVN-richtlijnen als vliegwiel, een uitwerking plaatsgevonden. In 2007 heeft de Nederlandse Vereniging voor Neurologie haar richtlijnen voor de bepaling van functieverlies en beperkingen namelijk ingrijpend gewijzigd. Door de NVN is besloten conform de principes van de zogenoemde 'evi- dence-based medicine' alleen nog die pijnsyn- dromen te kwantificeren waaraan medisch 'objectieve' afwijkingen ten grondslag liggen.²⁰⁾ Nu in geval van whiplashletsel onderliggende afwijkingen als bedoeld juist ontbreken – de NVN spreekt van een 'chronisch pijnsyndroom zonder neurologisch substraat'²¹⁾ – kan de hedendaagse neuroloog daaraan, ongeacht de aard en ernst van de *klachten*, geen *beperkingen* meer toekennen. Dit terwijl in personenschade- zaken de omvang van de schadevergoedingsver- plichting nu juist met name wordt bepaald door de (ongevalgerelateerde) beperkingen in het functioneren.

Vanwege de terugtrekkende beweging van de NVN ging de personenschadepraktijk op zoek naar andere 'objectiveringsmaatstaven'. Daarbij werd een drietal 'deelvragen' onderscheiden naar respectievelijk (1) het bestaan van de *klach- ten*, (2) het *causaal verband* met het ongeval en (3) de uit de ongevalgerelateerde klachten voort- vloeiende *beperkingen*. Het arrest HR 8 juni 2001, *NJ* 2001/433 (*Zwolsche Algemeene/De Greef*) werd 'herontdekt',²²⁾ hetgeen in whiplash- zaken inmiddels heeft geleid tot een zogeheten 'plausibiliteitstoets'.²³⁾ Of de maatstaf uit *Zwol- sche Algemeene/De Greef* voor wat betreft het realiteitsgehalte van de klachten (deelvraag 1) – of deze 'aanwezig, reëel, niet ingebeeld, niet voorgewend en niet overdreven zijn' – nu wel of niet berust op een zelfstandig oordeel van de Hoge Raad:²⁴⁾ thans wordt in de geest daarvan beslissend geacht of sprake is van een 'plausibel' – in de zin van een consistent, consequent en samenhangend – patroon van klachten.²⁵⁾ Dit betreft een sterk feitelijke beoordeling aan de hand van alle omstandigheden van het geval, die mijns inziens ook geldt ten aanzien van de beperkingen (deelvraag 3).²⁶⁾ Voor wat betreft

het causaal verband (deelvraag 2) hebben de letterlijke bewoordingen uit *Zwolsche Algemeene/De Greef* mijns inziens in ieder geval wel ongewijzigd hun kracht behouden. De Hoge Raad overwoog (r.o. 3.5.1) namelijk dat het hof 'tot uitdrukking' heeft willen brengen dat het ontbreken van een specifieke, medisch aantoonbare verklaring voor de klachten niet in de weg staat aan het aannemen van het juridisch causaal verband met het ongeval. Aldus lijkt de Hoge Raad uit te leggen wat het hof in die zaak heeft bedoeld dan wel heeft moeten bedoelen en komt het zodoende voor dat de visie van de Hoge Raad zelf is dat ook medisch niet-objectiveerbaar whiplashletsel gerelateerd kan worden aan een ongeval. Althans, de Hoge Raad zal – als het aankomt op de aanlegroute – een hofuitspraak die van voornoemd uitgangspunt uitgaat, op dat punt in stand laten.²⁷⁾ Bedoeld uitgangspunt (medisch objectieve afwijkingen zijn voor het bewijs van het juridische causaal verband niet vereist) is niet alleen stevig omarmd in de latere whiplashrechtspraak, maar ook uitgewerkt (wat is voor het bewijs van het juridisch causaal verband wél vereist?). Indien de desbetreffende klachten er vóór het ongeval niet waren, op zich door dat ongeval te veroorzaken zijn en een alternatieve verklaring voor de klachten ontbreekt, wordt het causaal verband in beginsel aangenomen.²⁸⁾ Dit betekent onder meer dat het slachtoffer, om het bewijs van het causaal verband te kunnen leveren, een zekere openheid/inzicht in de medische voorgeschiedenis moet geven. Ook kunnen eventuele pre-existente klachten voor 'ruis' op de lijn zorgen. In die situaties is onder andere van belang om na te gaan wat de precieze aard, ernst en omvang van de klachten voorafgaand aan het ongeval waren, alsmede de impact daarvan op het functioneren in die periode zowel privé als op het werk. Inmiddels biedt de feitenrechtspraak steeds meer voorbeelden van een 'plausibiliteitstoets' ter juridische beoordeling van andersoortige medisch moeilijk objectiveerbare aandoeningen dan whiplashletsel. Te denken valt bijvoorbeeld aan na een ongeval persisterende rugklachten zonder medisch aanwijsbaar substraat. Vrij recent werd in een dergelijk geval in Hof Arnhem-Leeuwarden 28 januari 2020, ECLI:NL:GHARL:2020:749 overwogen:

'Dat het in deze zaak niet om een whiplash gaat doet er niet aan af dat in dit geval ondanks het ontbreken van een medisch objectieve verklaring voor de klachten, causaal verband tussen ongeval en rugklachten kan worden aangenomen.'²⁹⁾

Deze lijn past in het systeem van ons bewijsrecht, nu de uitgangspunten daarvan – het gaat niet om 'absolute' zekerheid maar om voldoende aannemelijkheid ('plausibiliteit'), waarvoor het aanwijzen van medisch 'objectieve' afwijkingen niet is vereist – in personenschadezaken uiteraard niet enkel opgeld doen in gevallen van whiplashletsel.

3. Toerekening (art. 6:98 BW)

Terug naar Rb. Amsterdam 2 oktober 2019, ECLI:NL:RBAMS:2019:6893 (*Vuurwerkongeval*), waarin een medewerker van een kinderboerderij een 11-jarige jongen misbruikte en hem illegaal vuurwerk verstrekke. De aangesproken medewerker verweerde zich behalve op het punt van het csqn-verband (par. 2), ook in de sfeer van de toerekening ex art. 6:98 BW.³⁰⁾ het handletsel stond zijns inziens vanwege de onjuiste/onveilige wijze van afsteken van het vuurwerk door het slachtoffer in te ver verwijderd verband met de onrechtmatige daad, het verstrekken van het vuurwerk. De rechtbank ging hier niet in mee:

'Mede gelet op de aard van de schade (letselschade) en de aard van de aansprakelijkheid (eigen onrechtmatige daad, schending van een veiligheidsnorm) is de schade toerekenbaar aan [gedaagde], omdat juist bij deze soorten schade en aansprakelijkheid eerder wordt toegerekend dan bij andere soorten schade of aansprakelijkheid.'

Dat in dit geval van (ernstige) personenschade door een (ernstige) schending van een veiligheidsnorm toerekening ex artikel 6:98 BW plaatsvindt, verbaast niet. Al in HR 20 maart 1970, NJ 1970/251, m.nt. Scholten (*Waterwingebied Leeuwarden*) aanvaardde de Hoge Raad de leer van de redelijke toerekening.³¹⁾ Hierachter gaat een multifactor-benadering schuil. Ter beantwoording van de vraag of de veroorzaakte schade ook aan de laedens kan worden toegerekend, moeten alle omstandigheden van het geval worden betrokken, waaronder – zoals artikel 6:98 BW zelf bepaalt – de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade.³²⁾ In geval van personenschade door de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm heeft de Hoge Raad van meet af aan een ruimhartige koers gevolgd: ook personenschade die minder waarschijnlijk of voorzienbaar is dan wel buiten de normale lijn van de verwachtingen ligt, kan aan de overtreder van een verkeers- of veiligheidsnorm worden toegerekend. 'Klassiekers' als HR 21 maart 1975, NJ 1975/372 (*Coronaire trombose*), HR 2 november 1979, NJ 1980/77 (*Vader Versluis*); HR 8 februari 1985, NJ 1986/136 (*Joe/Chicago Bridge*) en 137 (*Henderson/Gibbs*) en HR 13 januari 1995, NJ 1997/175 (*De Heel/Korver*) zijn nog steeds geldend recht. Zo behoeft aan de hand van de leer van de ruime toerekening bij personenschade door de schending van verkeers- of veiligheidsnormen aan toerekening niet in de weg te staan een bijzondere lichamelijke of geestelijke kwetsbaarheid,³³⁾ een tekortschieten van artsen met betrekking tot het primaire ongeval,³⁴⁾ een moeilijke privé-situatie³⁵⁾ of een tweede ongeval.³⁶⁾ Om te kunnen bepalen of in een concreet geval toerekening wel of niet aan de orde is, heeft Brunner zijn welbekende 'deelregels' geformuleerd,³⁷⁾ die nadien door Hartlief in een 'beslisschema' in een modern jasje zijn gestoken.³⁸⁾ Is het gevolg normaal, typisch, in de lijn der verwachtingen liggend? Zo ja, dan vindt toerekening ex artikel

ling van het postwhiplashsyndroom; stand van zaken', *TVP* 2011-1, p. 21-25.

24. Zie o.a. S.D. Lindenbergh, in: *De Spierbundel*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 177-185.
25. Vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 20 februari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:1661 (*Plausibiliteit*), r.o. 713. Vermeldenswaard is ook Rb. Limburg 6 december 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:11913, r.o. 4.3, waarin is geoordeeld dat de maatstaf uit *Zwolsche/Algemeene* 'is vertaald naar' de vraag of sprake is van een plausibel klachtenpatroon.
26. Op het gebied van de beperkingen is soms medische voorlichting door een verzekeringsarts geïndiceerd, maar soms kunnen bepaalde beperkingen – gezien de aard en ernst van de klachten in de specifieke context van het slachtoffer – ook zonder dergelijke voorlichting (juridisch) al voldoende plausibel worden geacht. Zie bijvoorbeeld Hof Leeuwarden 9 oktober 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BX9658; Hof Leeuwarden 5 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ0801 en Hof Amsterdam 18 juni 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:5237.
27. Dit vindt bevestiging in HR 20 december 2013, ECLI:NL:HR:2013:2138 (*De Greef/Allianz*) en HR 3 februari 2015, RvdW 2015, 318 (*London/X*), waaruit eveneens volgt dat 'substraatloos' whiplashletsel tot op beperkingen gebaseerde ongevalgerelateerde duurschade kan leiden.
28. In plaats van velen Hof Arnhem-Leeuwarden 24 mei 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:3988 (*Whiplash*).
29. Zie in dezelfde zin Rb. Overijssel 28 december 2016, ECLI:NL:RBOVE:2016:5157 (*Elektrocitie*); Rb. Gelderland 7 november 2013, ECLI:NL:RBGEL:2013:4736 (*Rugklachten*); Rb. Limburg 6 december 2017, ECLI:NL:RBLIM:2017:11913 (*Rugklachten*) en Rb. Amsterdam 19 juli 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:7444 (*Mishandeling*). Anders is Rb. Amsterdam 9 maart 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:1538 (*Hondenbeet*).
30. Art. 6:98 BW bepaalt: 'Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem (...) als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend.'
31. Daarvoor gold de zogeheten adequatieleer, waarbij beslissend was of de schade een redelijkerwijs te verwachten gevolg van de onrechtmatige daad was. Zie bijv. Van der Kooij 2019, par. 2.3 en 2.7.
32. HR 3 oktober 2014, NJ 2014/429 (*Deurmat*), r.o. 3.5.
33. HR 21 maart 1975, NJ 1975/372 (*Coronaire trombose*); HR 8 februari 1985, NJ 1986/137 (*Henderson/Gibbs*); HR 1 juli 1993, NJ 1993/667 (*Nuts/Hofman*); HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:308 (*London/X*); HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Aardbeving*).
34. HR 8 februari 1985, NJ 1986/136 (*Joe/Chicago Bridge*).
35. HR 4 november 1988, NJ 1989/751 (*ABP/Van Stuyvenberg*); HR 11 juni 2010, NJ 2010/332 (*Sulman/Reaal*) en HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:308 (*London/X*).
36. HR 3 oktober 2014, NJ 2014/429 (*Deurmat*).
37. C.J.H. Brunner, 'Causaliteit en toerekening van schade', *VR* 1981, p. 210-217 en 233-236.
38. T. Hartlief, 'Een vak apart', *NJB* 2014, afl. 41, p. 2917.



Predispositioneleer niet alleen bij personen-schade, maar ook bij schade aan (on)roerende zaken.



6:98 BW plaats. Is het gevolg abnormaal of buiten de lijn der verwachtingen liggend? Dan vraagt de toerekening om een nadere rechtvaardiging, die gevonden kan worden in de aard van de aansprakelijkheid, de aard van de schade, een hoge mate van schuld of een combinatie van voornoemde factoren, aldus Hartlief.

Onlangs heeft Van der Kooij in zijn Rotterdamse dissertatie overigens bepleit dat de betekenis van de voornoemde gezichtspunten/factoren bij de toerekeningsvraag van artikel 6:98 BW sterk voor relativisering vatbaar is. Hij meent dat in beginsel (alles)beslissend is of de geschonden norm dan wel de toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid al of niet beoogt te beschermen tegen de schade zoals deze door het slachtoffer is geleden. Zo ja, dan vindt toerekening plaats. Zo nee, dan kan toerekening in sommige gevallen alsnog plaatsvinden, bijvoorbeeld wanneer de schadesituatie voldoende gelijkens vertoont met schadesituaties waartegen de geschonden norm of kwalitatieve aansprakelijkheid wél beoogt te beschermen.³⁹⁾ Ik vraag mij af of een dergelijke benadering de problematiek hanteerbaarder maakt en of daarmee het probleem niet vooral wordt verschoven. Niettemin zullen het doel en de strekking van de geschonden norm dan wel toepasselijke kwalitatieve aansprakelijkheid een belangrijke rol bij de beantwoording van de toerekeningsvraag spelen.⁴⁰⁾ Een factor die overigens zou kunnen worden geschaard onder de reeds door Brunner en Hartlief – en ook art. 6:98 BW zelf – genoemde ‘aard van de aansprakelijkheid’. En de aard van de aansprakelijkheid wordt gezien als ‘een van de gezichtspunten’ die wordt betrokken bij het bepalen van de omvang van de wettelijke schadevergoedingsverplichting, aldus vrij recent nog de Hoge Raad.⁴¹⁾ Daarnaast zijn zijns inziens bijvoorbeeld ook nog van belang factoren als de verwijderdheid en voorzienbaarheid van de schade.⁴²⁾

Bezien we tegen deze achtergrond nog het voorbeeld van het overlijden door een besmettelijke ziekte die in csqn-verband staat met de verkeersfout van een vrachtwagenchauffeur (par. 2), dan zal toerekening van de overlijdensschade ex artikel 6:98 BW aan de chauffeur een brug te ver zijn. Dit gelet op factoren als de waarschijnlijkheid, voorzienbaarheid en verwijderdheid van die schade en de aard (waaronder het beschermingsbereik) van de geschonden norm van artikel 5 VVW.

Tot slot nog enige afzonderlijke aandacht voor de vraag naar de toerekening bij risicoaansprakelijkheid. Hierbij doel ik met name op de in afdeling 6.3.2 BW opgenomen kwalitatieve aansprakelijkheden voor personen, zaken, dieren en stoffen. Aanvankelijk leek de Hoge Raad te dien aanzien een terughoudende koers te varen, door – in ieder geval met betrekking tot artikel 1405 OBW, de voorloper van artikel 6:174 BW – de aansprakelijkheid te beperken tot die vormen van schade welke als ‘typische gevolgen’ zijn te beschouwen van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid

berust.⁴³⁾ Een voorbeeld van een daarop geïnspireerde beperkte toerekening biedt Rb. Rotterdam 8 juni 1990, *NJ* 1991/210 (*Overlijden na hondenbeet*), waarin een hondentrainer door een beet van andermands hond een infectie opliep en kwam te overlijden. De rechtbank overwoog dat het ‘uitzonderlijke karakter’ van de aansprakelijkheid zonder schuld van artikel 1404 OBW, de voorloper van artikel 6:179 BW, de beperking meebrengt tot die vormen van schade welke als typische gevolgen van de hondenbeet kunnen worden beschouwd. Het overlijden van de hondentrainer viel daaronder volgens de rechtbank evenwel niet. Inmiddels is helder dat deze koers niet langer behoort te worden gevolgd. Een duidelijke aanzet is te vinden in HR 25 april 2008, *NJ* 2008/262 (*Boekema/X c.s.*) over een ruime toerekening van inkomensschade als gevolg van brand aan de risicoaansprakelijke ouders ex artikel 6:169 lid 1 BW.⁴⁴⁾ Vervolgens werd in HR 19 juli 2019, *ECLI:NL:HR:2019:1278 (Aardbeving)* in algemene zin en expliciet overwogen dat niet kan worden aangenomen dat ‘de omvang van een verplichting tot vergoeding van schade die berust op een risicoaansprakelijkheid, in het algemeen kleiner of juist groter is dan die van een verplichting tot vergoeding van schade die berust op art. 6:162 BW’. Telkens zijn de aard en strekking van de desbetreffende risicoaansprakelijkheid van belang. Dit betekent voor artikel 6:177 BW, aldus de Hoge Raad in laatstgenoemd arrest, dat bij aansprakelijkheid op grond van deze bepaling ‘ruime toerekening van schade aan de hand van art. 6:98 BW plaatsvindt’. Nu de rode draad achter veel kwalitatieve aansprakelijkheden van afdeling 6.3.2 BW ‘slachtofferbescherming’ is en sprake is van een beschermende strekking, lijkt hier in de aard van de aansprakelijkheid niet snel meer een argument te kunnen worden gevonden voor een beperkte toerekening.

In HR 19 juli 2019, *ECLI:NL:HR:2019:1278 (Aardbeving)* heeft de Hoge Raad bovendien nog eens duidelijk gemaakt dat de ‘predispositioneleer’ niet alleen bij personenschade geldt. Ook schade aan een *onroerende* zaak die (mede) is ontstaan of verergerd door een bijzondere kwetsbaarheid van die zaak, wordt in beginsel ex artikel 6:98 BW aan de aansprakelijke toegerekend. Dit is in lijn met HR 20 maart 1992, *NJ* 1993/547 (*Bussluis*), waaruit volgt dat een ‘ruime toerekening’ ook aan de orde kan zijn bij beschadiging van een *roerende* zaak.⁴⁵⁾ Nieuw aan het *Aardbeving*-arrest in dit verband is dat het daarin gegeven oordeel ziet op een kwalitatieve aansprakelijkheid (art. 6:177 BW), terwijl het *Bussluis*-arrest in de sleutel van de schuld aansprakelijkheid staat. Ook hier lijken schuld- en (bepaalde) risicoaansprakelijkheden dus naar elkaar toe te groeien.

Voorbeelden van personenschade die in csqn-verband staat met een onrechtmatige daad of gebeurtenis waarop een kwalitatieve aansprakelijkheid rust maar uiteindelijk niet ex art. 6:98 BW aan de aansprakelijke wordt toegerekend, zijn (zeer) dun gezaaid. Genoemd kan worden het

39. Van der Kooij 2019, i.h.b. hoofdstuk 4 en 8.

40. Vgl. HR 20 september 2019, *ECLI:NL:HR:2019:1409 (Schietsingident Alpen aan den Rijn)*.

41. HR 19 juli 2019, *ECLI:NL:HR:2019:1278 (Aardbeving)*, r.o. 2.4.2.

42. HR 3 oktober 2014, *NJ* 2014/429 (*Deurmat*), r.o. 3.5 en HR 20 september 2019, *ECLI:NL:HR:2019:1409 (Schietsingident Alpen aan den Rijn)*, r.o. 4.2.2.

43. HR 13 juni 1975, *NJ* 1975/509 (*Amercentrale*).

44. ‘Noch de aard van de aansprakelijkheid van de ouders noch de rol van hun kinderen bij het ontstaan van de brand doet hieraan af’, aldus de Hoge Raad.

45. Overwogen werd ‘dat bij overtreding van een verkeersnorm een beschadiging van een voertuig, die zonder die overtreding niet zou ontstaan, aan de overtreder kan worden toegerekend, ook als zij in het concrete geval is ontstaan op een wijze die buiten de lijn der normale verwachting ligt’.

'krasse' incident in Hof Den Bosch 26 februari 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:693 (*Achterlaten op vluchtstrook*), waarbij een bestuurder van een auto plotseling werd mishandeld door een passagier, die vervolgens uit de auto werd gezet op de vluchtstrook van de snelweg. Deze persoon liep vervolgens richting een nabij gelegen tankstation, maar keerde toch weer terug richting snelweg met een aanrijding tot gevolg. De bestuurder, die werd verweten het slachtoffer in hulpeloze toestand langs de snelweg te hebben achtergelaten, werd vergeefs tot vergoeding van de ongevalgerelateerde schade aangesproken. Het hof overwoog dat het verband tussen de gestelde handelwijze van de bestuurder en het letsel 'zo ver verwijderd is dat dat letsel in redelijkheid niet kan worden toegerekend aan de gestelde onrechtmatige gedraging (art. 6:98 BW)'. Daarbij tekende het hof aan dat de bestuurder redelijkerwijs niet had moeten of kunnen voorzien dat zijn handelen uiteindelijk tot het gestelde letsel zou (kunnen) leiden. Overigens oordeelde het hof ten overvloede dat aan een schadevergoedingsplicht ook in de weg stond het ontbreken van onrechtmatig handelen door de bestuurder (noodweer) en/of 100% eigen schuld aan de schade zijdens het slachtoffer. In wezen betreft dit zodoende dus een tamelijk 'oneigenlijk' geval waarin op het terrein van de personenschade geen toerekening ex art. 6:98 BW plaatsvond. Gelet op de zeer ruime toerekening in gevallen van personenschade door verkeers- of veiligheidsnormen is de vraag naar de zelfstandige betekenis van artikel 6:98 BW in veel van die gevallen misschien zelfs wel gerechtvaardigd.⁴⁶⁾

Toch kent het geldende leerstuk van de ruime toerekening ex artikel 6:98 BW (althans de gevolgen daarvan) ook grenzen. Ten eerste kan worden gewezen op het op artikel 6:101 BW gebaseerde leerstuk van de schadebeperkingsplicht. Dat ook de schade die (mede) is ontstaan of verergerd door een persoonlijke predispositie van de benadeelde of een moeilijke privé-situatie op grond van artikel 6:98 BW in beginsel volledig aan de aansprakelijke wordt toegerekend, kan op grond van artikel 6:101 BW namelijk anders zijn 'onder bijzondere omstandigheden'. Volgens de Hoge Raad valt te denken aan de situatie waarin de benadeelde heeft nagelaten van zijn kant alles in het werk te stellen wat – mede in aanmerking genomen zijn persoonlijke predispositie en/of situatie – redelijkerwijs van hem kan worden verlangd om tot zijn herstel bij te dragen of om verergering van zijn klachten te voorkomen.⁴⁷⁾ Nu de schadebeperkingsplicht wordt begrensd door de redelijkheid, zal daarop doorgaans niet snel met succes een beroep kunnen worden gedaan.⁴⁸⁾ Een andere grens van (de gevolgen van) de ruime toerekening bij personenschade is te vinden in de situatie zonder ongeval: de Hoge Raad leert namelijk dat bijvoorbeeld een persoonlijke predispositie van het slachtoffer wél een factor kan vormen waarmee rekening valt te houden bij de begroting van de schade (art. 6:105 BW).⁴⁹⁾ Hierover handelt de volgende paragraaf.

4. De situatie zonder ongeval (art. 6:105 BW)

In personenschadezaken dient ter vaststelling van de ongevalgerelateerde schade niet enkel de situatie mét ongeval in kaart te worden gebracht, maar ook de hypothetische situatie zonder ongeval. Dat hangt samen met het uitgangspunt dat personenschade volledig wordt vergoed en concreet wordt berekend: getracht wordt het slachtoffer zoveel mogelijk in de (financiële) positie te brengen waarin hij zonder ongeval zou hebben verkeerd.⁵⁰⁾ Kort gezegd worden de situatie mét en zonder ongeval met elkaar vergeleken, om op basis van het verschil de (financiële) schade te kunnen begroten.⁵¹⁾ Problematisch is dat de vraag hoe het leven van de benadeelde zich het ongeval weggedacht zou hebben ontvouwd, uit 'de aard der zaak' betrekking heeft op een *volledig* hypothetische situatie. In de literatuur is hier wel treffend gesproken van 'professioneel koffiedikkijken', waarbij de belangen van de 'kijkers' ook nog eens sterk uiteen kunnen lopen.⁵²⁾

De Hoge Raad leert sinds jaar en dag dat het ter bepaling van de situatie zonder ongeval aankomt op 'redelijke verwachtingen' omtrent toekomstige ontwikkelingen en een afweging van goede en kwade kansen. Op het slachtoffer rust de bewijslast van de (schade wegens het derven van) arbeidsinkomsten zonder ongeval. Aan dit bewijs mogen echter 'geen al te strenge eisen' gesteld worden en zo nodig krijgt het slachtoffer het voordeel van de twijfel, nu het immers de aansprakelijke partij is die hem de mogelijkheid heeft ontnomen zekerheid te verschaffen omtrent hetgeen in de hypothetische situatie zonder ongeval zou zijn geschied.⁵³⁾

Zoals reeds gezegd staat een bijzondere lichamelijke of geestelijke kwetsbaarheid dan wel privé-situatie in beginsel niet in de weg aan toerekening ex artikel 6:98 BW. Diezelfde omstandigheden kunnen, zoals eveneens reeds gezegd, echter wel hun weerslag hebben op de schadebegroting ex art. 6:105 BW.⁵⁴⁾ Ondergetekende heeft wel verdedigd dat bij de bepaling van de situatie zonder ongeval onderscheid gemaakt moet worden tussen binnen en buiten 'de persoon' gelegen factoren.⁵⁵⁾ De 'interne' factoren hebben veelal betrekking op de (lichamelijke en geestelijke) gezondheid c.q. 'medische toestand' van het slachtoffer en diens persoonlijke kwaliteiten, terwijl het bij de bedoelde 'externe' factoren veeleer zal gaan om sociaal-maatschappelijke en economische c.q. 'carrière-technische' aspecten. Hoewel zich tussen deze beide soorten factoren een onderlinge samenhang/overlap kan voordoen, meen ik dat (meer) terughoudendheid is geboden met betrekking tot voor het slachtoffer ongunstige aannames over factoren binnen diens persoon/constitutie – er wordt 'op de man' gespeeld – ten opzichte van aannames over factoren die daarbuiten liggen (in de sociaal-maatschappelijke en economische sfeer). Waar ten aanzien van laatstgenoemde factoren een goede en kwade kansenafweging in meer eigenlijke zin – waardoor als het ware een 'persoon-

46. Vgl. in die richting reeds S.D. Lindenbergh, *Alles is betrekkelijk: over de verhouding tussen normschending en sanctie in het aansprakelijkheidsrecht* (oratie Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 11-12, 22.
47. HR 8 februari 1985, NJ 1986/137 (*Henderson/Gibbs*); HR 4 november 1988, NJ 1989/751 (*ABP/Van Stuyvenberg*) en HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Aardbeving*).
48. A.J. Akkermans, 'Causaliteit bij letsel schade en medische expertises', TVP 2003-4, p. 98; De Hek, 'Whiplash – observaties van een rechter', TVP 2011-2, p. 42; T. Hartlief, 'De gelaedeerde en zijn inkomensschade: hoe flexibel moet hij zijn in het belang van de laedens?', in: *Schadebeperkingsplicht: wie verwacht wat van wie?*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 35-58. Een voorbeeld waarin in dit verband wel met succes een beroep op art. 6:101 BW werd gedaan, biedt Rb. Zutphen 10 augustus 2019, ECLI:NL:RBZUT:2019:BR4687 (*Onttrekken aan psychiatrische behandeling*).
49. O.a. HR 21 maart 1975, NJ 1975, 372 (*Coronaire trombose*) en HR 8 februari 1985, NJ 1986, 136 (*Joe/Chicago Bridge*).
50. Bijvoorbeeld S.D. Lindenbergh, 'Over wat schade is en waarom het bij de vaststelling daarvan in de praktijk zo dikwijls misgaat', WPNR 2010 (6867), p. 901-909 (met verwijzingen).
51. Bijv. HR 15 mei 1998, NJ 1998/624 (*Vehof/Helvetia*), r.o. 3.5.1.
52. S.D. Lindenbergh, *Van smart naar geld*, Deventer: Kluwer 2013, p. 8.
53. Vgl. HR 15 mei 1998, NJ 1998/624 (*Vehof/Helvetia*); HR 14 januari 2000, NJ 2000/437 (*Van Sas/Interpolis*); HR 13 december 2002, NJ 2003/212 (*B./Olfifers*) en HR 12 maart 2010, RvdW 2010/416 (*X/Interpolis en Achmea*).
54. Qua dogmatische indeling ga ik in deze bijdrage uit van het in de situatie mét ongeval bestaan van het vereiste van casq-verband en de toerekening ex art. 6:98 BW, terwijl de situatie zonder ongeval in de sleutel van de schadebegroting ex art. 6:105 BW wordt geplaatst. Hierover wordt zoals reeds in de inleiding gezegd ook wel anders gedacht, met name in die zin dat de vraag naar uitval in de situatie zonder ongeval – in plaats van een kwestie van schadebegroting ex art. 6:105 BW – ook wel wordt geplaatst in de sleutel van het (ontbreken van) causaal verband. Zie bijvoorbeeld de noot van Brunner onder HR 2 februari 1990, NJ 1991/292 (*Vermaat/Staat*), alsook Akkermans, TVP 2003-4, p. 96; de conclusie van A-G Drijber (ECLI:NL:PHR:2018:44) voor HR 9 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:311 (*Looptijd beperkt tot 5 jaar*), alsook HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278 (*Aardbeving*), r.o. 2.10.5.
55. A. Kolder, 'Letsel schade: de hypothetische situatie zonder ongeval', TVP 2015, afl. 2, p. 24-34.

56. Conclusie Spier (ECLI:NL:PHR:2015:1667) voor HR 27 november 2015, NJ 2016/138 (M/Vossen), alsmede de NJ-noot van S.D. Lindenbergh onder dit arrest, alsook H. de Hek, 'Meer wijsheid dan geluk – over schadebegroting door de rechter', in: *Schadebegroting in letselschadezaken*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2017, p. 108-109.
57. Zie HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:308 (London/X); HR 27 november 2015, NJ 2016/138 (M/Vossen) en HR 17 februari 2017, NJ 2017/115 (Watermolen).
58. HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3397 (Magazijnmedewerker). Zie ook Rb. Den Haag 11 juli 2011, ECLI:NL:RBSGR:2011:BU2097.
59. HR 21 maart 1975, NJ 1975/372 (Coronaire trombose).
60. HR 2 februari 1990, NJ 1991, 292 (Vermaat/Staat).
61. HR 9 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:331 (Looptijd beperkt tot 5 jaar wegens schizofrene stoornis).
62. Vgl. Chr. H. van Dijk, 'Naar een onzekerheidscorrectie bij onzekerheid rondom predispositie?', in: *Kwaliteit in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016, p. 13 e.v.
63. HR 21 juni 1974, NJ 1974/453 (Windmill/Roelofsen) wordt wel gezien als een van de eerste arresten waarin de omkeringsregel door de Hoge Raad is aangenomen. Het betrof een werknemer die bij het af dalen van een trap, waaraan in strijd met veiligheidsvoorschriften een leuning ontbrak, zijn evenwicht verloor. De werkgever diende om de aansprakelijkheidsdans te ontspringen te bewijzen dat het ongeval ook zou zijn gebeurd bij aanwezigheid van een leuning.
64. Zie o.a. HR 16 november 1990, NJ 1991/55 (Te hard rijden); HR 21 oktober 1994, NJ 1995/95 (Rijden onder invloed); HR 26 januari 1996, NJ 1996/607 (Dicky Trading II); HR 24 december 1999, NJ 2000/428 (Rijden in verboden rijrichting); HR 16 juni 2000, NJ 2000/584 (Sint Willibrord); HR 19 januari 2001, NJ 2001/524 (Ter Hofte/Oude Monnik); HR 2 maart 2001, NJ 2001/649 (Trombose); HR 23 november 2001, NJ 2002/386 en 387 (Informatieplicht arts); HR 29 november 2002, NJ 2004/304 en 305 (TFS/NS en Kastelijn/Achterkarspelen); HR 19 maart 2004, NJ 2004/307 (Seresta); HR 24 september 2004, NJ 2005/466 (Te hard rijden); HR 8 april 2005, NJ 2005/284 (Rijden onder invloed); HR 7 april 2006, NJ 2006/244 (Bildpollen/Miedema); HR 7 december 2007, NJ 2007/644 (Keizersnede); HR 19 december 2008, NJ 2009/28 (Valende fietser); HR 23 juni 2012, NJ 2012/669 (Ontbreken permanente CTG-registratie); HR 14 december 2012, NJ 2013/236 (Hersenletsel door trauma of longaanandoening); HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27 (Brand in soldeermachine). Vermeldenswaard is ook nog de oratie van A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.
65. HR 17 november 2000, NJ 2001/596 (Unilever/Dikmans) over de vraag naar persoonschade veroorzaakt door de blootstelling aan gevaarlijke stoffen op het werk.
66. O.a. HR 23 juni 2006, NJ 2006/354 (Havermans/Luyckx); HR 9 januari 2009, NJ 2011/252 (Landskroon/Bam); HR 6 februari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG5859 (Rendamax/X); HR 5 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BK9151 (Hunter Douglas/X); HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ3517 en ECLI:NL:HR:2011:BQ3519 (Zaaizaad); HR 7 juni 2013, NJ 2014/98 (SVB/Van de Wege); HR 7 juni 2013, NJ 2014/99 (Lansink/Ritsma); HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:295 (Unilever/Dikmans II); HR 6 april 2018, NJ 2018/291 (Asbest-badmeester).
67. Zie bijv. Hof Den Bosch 10 oktober

lijk gemiddelde' van het specifieke slachtoffer voor diens fictieve toekomst ontstaat – gevolgd kan worden, meen ik dat het afwegen van kansen zich niet goed verdraagt met het in aanmerking nemen van 'in de persoon' van het slachtoffer gelegen factoren. Zodoende heb ik betoogd dat binnen de persoon gelegen factoren in beginsel enkel ten nadele van het slachtoffer in aanmerking genomen kunnen worden bij de vaststelling van de situatie zónder ongeval wanneer daartoe een concreet aanknopingspunt of concrete aanwijzing bestaat. Hoewel het in dit verband door mij verdedigde onderscheid tussen binnen en buiten de persoon van het slachtoffer gelegen factoren in de literatuur niet onverdeeld gunstig is onthaald,⁵⁶ vaart de Hoge Raad met betrekking tot het mogen afdingen op de persoon (lijke kwaliteiten) van het slachtoffer een terughoudende koers.⁵⁷ Het aannemen van ook (arbeids)uitval zónder ongeval mag niet te speculatief zijn, 'het dossier' moet daarvoor wel feitelijk een concrete aanwijzing bieden. Zo is alleen een eventuele 'heftige' of 'vreemde' reactie van het slachtoffer op het ongeval in beginsel onvolledige om de stelling te dragen dat sprake is van een relevante predispositie inzake de situatie zónder ongeval.⁵⁸ Medische uitval in de situatie zónder ongeval is echter wel aan te nemen indien het ongeval een tot die tijd 'verborgen' bijzondere en ernstige kwetsbaarheid van het slachtoffer 'blootlegt', waarvan duidelijk is dat daarvan ook zónder ongeval op zeker moment onheil zou zijn gekomen.⁵⁹ Ook kan worden gedacht aan situaties waarin de schade nog niet is afgewikkeld maar wel duidelijk is geworden wat de toekomst bij eerdere afwikkeling zou hebben gebracht. Denk aan de benadeelde die enige tijd na het ongeval wordt getroffen door een ernstige hartaanval die geen verband houdt met het door het ongeval veroorzaakte letsel.⁶⁰ Ook valt te noemen het geval waarin medici vrij 'harde' uitspraken doen over uitval zónder ongeval en de vermoedelijke oorzaak daarvan, terwijl die oorzaak in de situatie mét ongeval ook reeds tot uitval heeft geleid.⁶¹ Al deze gevallen hebben gemeen dat er feitelijk een concrete aanwijzing voor ook uitval zonder ongeval bestaat. Aangetekend kan nog worden dat een oordeel over de situatie zónder ongeval niet altijd een alles-of-niets-karakter (in de zin van een volledig einde van de looptijd van de schade) behoeft te hebben. Wellicht dat het ter bepaling van de situatie zónder ongeval uitgaan van bijvoorbeeld een procentuele 'korting', oplopende 'risicoaftrek' of graduele afbouw van de carrière in sommige zaken partijen het meeste recht doet.⁶²

5. Onzeker causaal verband (csqn-verband)

Tijdens het LSA-congres op 31 januari 2020 heb ik ook nog kort stilgestaan bij de ontwikkelingen op het gebied van onzeker causaal verband. Het antwoord op de vraag naar het csqn-verband tussen een onrechtmatige daad of wanprestatie en bepaalde schade is zoals reeds gezegd vaak relatief eenvoudig te geven door het wegdenken van de 'fout'. Volledige is 'een redelijke mate van waarschijnlijkheid' dat de fout weggedacht de schade niet zou zijn ontstaan. Soms echter blijft de nodige twijfel bestaan

over het csqn-verband en wordt het redelijk geacht om de benadeelde in zijn bewijzpositie tegemoet te komen. Ik doel hier op de zogenoemde omkeringsregel die tot een vermoeden van causaal verband kan leiden. De Hoge Raad spreekt van een uitzondering op de hoofdregel van artikel 150 Rv in die zin dat het bestaan van het csqn-verband tussen een onrechtmatige daad of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen, tenzij degene die wordt aangesproken bewijst (lees: aanmerkelijk maakt) dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan. Vanaf de introductie door de Hoge Raad van de omkeringsregel⁶³ tot op heden heeft hij buitengewoon veel arresten gewezen om de werking en toepassing van deze regel te verduidelijken, bij te stellen en aan te scherpen.⁶⁴ Zo is in de loop der tijd onder meer duidelijk geworden dat de omkeringsregel in feite enkel nog van toepassing lijkt bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen, deze regel in beginsel niet op de omvang van de schade ziet, dat niet de (bijkomende) eis geldt dat de normovertreding het desbetreffende gevaar 'in aanmerkelijke mate' heeft verhoogd, alsmede dat de omkeringsregel niet bedoeld is om 'het laatste restje causaliteits-onzekerheid' op te ruimen. Op het aanliggende terrein van de arbeidsrechtelijke omkeringsregel is het beeld niet anders: ook daar heeft de Hoge Raad na de introductie⁶⁵ alle zeilen moeten bijzetten om de precieze werking daarvan te verduidelijken.⁶⁶ In de loop der tijd heeft een inperking plaatsgevonden en vaart de Hoge Raad een terughoudende koers: wanneer het verband tussen de gezondheidsschade van de werknemer en diens arbeidsomstandigheden 'te onzeker of te onbepaald is', is voor toepassing van de omkeringsregel geen plaats. De hierop geïnspireerde feitenrechtspraak laat zien dat niet te licht over deze 'drempel' moet worden gedacht.⁶⁷

In sommige gevallen blijft – al dan niet na een beroep op de omkeringsregel als alles-of-niets-oplossing⁶⁸ – substantiële twijfel bestaan over het csqn-verband waarbij de keuze voor het één (geheel toe- of afwijzen van de vordering) geen recht doet aan de mogelijkheid van het ander.⁶⁹ In plaats van een alles-of-niets-benadering komt dan het bewandelen van een 'middenweg' in beeld. De leerstukken van de kansschade en die van de proportionele aansprakelijkheid maken dat mogelijk. Het leerstuk van de kansschade kwam tot ontwikkeling op het terrein van de beroepsfouten van advocaten, zoals het niet tijdig instellen van hoger beroep. De schadebegroting vindt in dergelijke gevallen plaats aan de hand van het verlies van een kans.⁷⁰ In HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987 (Netvliesloslating) heeft de Hoge Raad het leerstuk van de kansschade ook toegepast op het terrein van de medische aansprakelijkheid. De vraag diende te worden beantwoord of voor de patiënt door de 'fout' van de arts een kans op een beter behandelingsresultaat verloren was gegaan. Daartoe dient volgens de Hoge Raad een vergelijking te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie na de normschending en hetgeen feitelijk zou zijn gebeurd de normschending weggedacht.⁷¹ HR 19 juli 2019, NJ 2019/356 (Srebrenica) illustreert dat het leerstuk van de kansschade in potentie een

breed bereik heeft, nu aan de hand daarvan 10% aansprakelijkheid van de Staat werd aangenomen voor de schade van de nabestaanden van de mannelijke vluchtelingen die rond de val van de stad Srebrenica in 1995 door Bosnische Serven werden vermoord.⁷²⁾

Het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid werd geïntroduceerd op het terrein van de werkgeversaansprakelijkheid.⁷³⁾ Proportionele aansprakelijkheid wil volgens de Hoge Raad zeggen, zo werd overigens pas duidelijk uit latere rechtspraak, dat de aansprakelijk gestelde persoon veroordeeld kan worden tot schadevergoeding ‘in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt’.⁷⁴⁾ Een terughoudende toepassing is volgens de Hoge Raad geboden, omdat dit leerstuk 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.⁷⁵⁾ Volgens de Hoge Raad moeten de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending – waaronder de aard van de schade – de toepassing van een proportionele aansprakelijkheid in het concrete geval rechtvaardigen. Gelet op deze factoren is de personenschade bij uitstek een terrein waarop dit leerstuk toepassing zou kunnen vinden.⁷⁶⁾

Ook voor de leerstukken van de kansschade en proportionele aansprakelijkheid geldt dat de Hoge Raad na de introductie/aanvaarding daarvan vervolgens in meerdere arresten heeft moeten bijschaven, afbakenen en verduidelijken. Daarbij ging het onder meer over het onderscheid tussen de beide leerstukken, de hoegrootheid van rechtens relevante kansen, de hantering van de billijkheidscorrectie van artikel 6:101 BW en de rol van medisch deskundigen. Treffend is het door de Hoge Raad in HR 21 december 2012, NJ 2013/237 (*Deloitte/Hassink*) aangebrachte – dogmatische – onderscheid tussen de leerstukken van de kansschade en proportionele aansprakelijkheid, terwijl eenieder daarvan bepaald (nog) niet overtuigd is. De kritiek luidt dat het in wezen gaat om twee zijden van dezelfde medaille: een casus die wordt ondergebracht bij het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid, zou ook heel wel in het vat gegoten kunnen worden van het leerstuk van de kansschade en vice versa.⁷⁷⁾ Van een rustig bezit is (ook) op dit front dus nog geen sprake.

6. Afronding en conclusie

Wanneer de balans wordt opgemaakt, kan geconstateerd worden dat het causaal verband op het terrein van de personenschade in de loop der jaren nogal flexibel is gebleken. En wel zodanig flexibel, dat daarop maar moeilijk grip is te krijgen. Causaal verband doet zich daarbij in verschillende hoedanigheden en op verschillende onderdelen van het personenschaderecht voor. Een gemene deler is evenwel dat met al die verschillende causaliteitsvereisten telkens wordt beoogd een zo redelijk mogelijke afgrenzing van aansprakelijkheid te bewerkstelligen. Bezien we de ontwikkelingen op hoofdlijnen aangaande de door mij besproken aspecten van causaal verband, dan geldt voor het

csqn-vereiste dat in algemene zin met de ‘wegdenk-oefening’ sprake is van een bestendiging. Voor wat betreft het csqn-verband bij de zogenoemde medisch moeilijk objectiveerbare aandoeningen hebben evenwel een verduidelijking en nadere uitwerking plaatsgevonden, waarbij scherp naar voren komt dat de medische kijk op de zaak en de – uiteindelijk beslissende – juridische beoordeling niet altijd samenvallen. De (ruime) toerekening ex artikel 6:98 BW laat op het terrein van de personenschade een bestendiging zien. Tevens heeft hier een modernisering plaatsgevonden (van de ‘deelregels’ van Brunner naar het ‘beslisschema’ van Hartlief), waarbij Van der Kooij in zijn recente proefschrift nog heeft betoogd dat een multifactor-benadering zou moeten worden verlaten. Voorts heeft op het terrein van artikel 6:98 BW een uitbreiding – misschien is het wel zuiverder om ‘slechts’ van een verduidelijking te spreken – plaatsgevonden: ook bij kwalitatieve aansprakelijkheid kan ruime toerekening aan de orde zijn en de ‘predispositieeler’ geldt eveneens bij zaakschade, zowel in geval van schuldschade (bepaalde) risicoaansprakelijkheden. Ten aanzien van de situatie zónder ongeval is sprake van een bestendiging, in de zin dat een persoonlijke predispositie van invloed kan zijn op de schadebegroting. Daarbij hebben inmiddels ook een zekere uitwerking en verduidelijking van dit uitgangspunt plaatsgevonden. Bij de aanname dat (ook) uitval zónder ongeval zou hebben plaatsgevonden is terughoudendheid gepast; in beginsel is daartoe een concreet aanknopingspunt vereist. Op het terrein van ‘onzeker causaal verband’ is over de (arbeidsrechtelijke) omkeringsregel een stroom aan arresten verschenen ter verduidelijking, bijstelling en aanscherping daarvan. Het leerstuk van de kansschade is ‘elders’ tot ontwikkeling gekomen, maar heeft zijn weg inmiddels gevonden naar het terrein van de personenschade. Daarbij vonden een verduidelijking en nadere uitwerking plaats. Het door de Hoge Raad op het terrein van de personenschade introduceren van de proportionele aansprakelijkheid baart wellicht het meeste opzien en geldt in ieder geval als een echte vernieuwing, waarna de Hoge Raad (evenzeer) in latere rechtspraak is overgegaan tot verdere uitwerking en precisering.

Voor nagenoeg alle door mij behandelde aspecten van causaliteit gaat overigens de term ‘worsteling’ op: ondanks de vele handvatten die de Hoge Raad de rechtspraktijk in de afgelopen vele jaren inmiddels heeft geboden, is causaliteit lastige materie en zal dat ook zo blijven. Het (moeten) blijven schaven aan dan wel bijstellen van de verschillende aspecten van causaal verband ligt ook welhaast besloten in de redelijkheid die de begrenzing dicteert. Wat vroeger (on)redelijk werd geacht, kan vandaag de dag anders zijn en in de toekomst weer anders. In feite is zodoende sprake van een organisch verloop van de interpretatie en hantering van (de verschillende aspecten van) het causaal verband. Op de diverse fronten is de discussie dan ook zeker nog niet ten einde en zullen causaliteitsperikelen, ondanks de al menig volle boekenkast, nog vele pennen in beweging brengen.



Dogmatisch onderscheid tussen leerstukken van de kansschade en proportionele aansprakelijkheid.



- 2017, ECLI:NL:GHSHE:2017:4429 (*Knieklachten*); Rb. Gelderland 5 juni 2019, ECLI:NL:RBGEL:2019:2442 (*Meubelstof-feerder*); Hof Den Bosch 5 maart 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:780 (*Lansink/Ritsma na verwijzing*).
68. Denk aan het geval waarin de aangesproken partij het uit de omkeringsregel voortvloeiende vermoeden afdoende heeft ontzenuwd. Alsdan is het (weer) aan de eisende partij om conform de hoofdregel van art. 150 Rv de aanwezigheid van het csqn-verband te bewijzen (lees: voldoende aannemelijk te maken).
69. Chr. H. van Dijk, ‘Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven’, *TVP* 2013-3, p. 61.
70. HR 24 oktober 1997, NJ 1998/257 (*Baijings*); HR 16 februari 2007, NJ 2007/256 (*Beroepsfout advocaat*); HR 11 december 2009, NJ 2010/3 (*Beroepsfout advocaat*).
71. Nadien verschenen op het terrein van de medische aansprakelijkheid ook nog HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2786 (*Vertraging in operatie*). Zie voor een toepassing van het leerstuk van de kansschade buiten het terrein van de personenschade nog HR 21 december 2012, NJ 2013/237 (*Deloitte/Hassink*).
72. Vermeldenswaard is hier ook Rb. Den Haag 8 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4 (*Vliegkamp Faro*).
73. HR 31 maart 2006, NJ 2011/250 (*Nefalit/Karamus*). Zie ook HR 9 januari 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG4014 (*Meeroken op werkplek*). A.J. Akkermans had overigens al in zijn in 1997 verschenen proefschrift over proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband stevig gepleit voor de aanvaarding van dit leerstuk.
74. HR 14 december 2012, NJ 2013/236 (*Nationale Nederlanden/S en L*).
75. HR 24 december 2010, NJ 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*).
76. Zo ook Tjong Tjin Tai in zijn noot onder HR 24 december 2010, NJ 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*).
77. O.a. Van Dijk 2013, p. 61-84, met diverse verwijzingen.