

Denken in kansen. Het leerstuk verlies van een kans stevig verankerd

Bespreking van HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:461, NJ 2021/127 (ISG/Natwest)

*Mr. J. den Hoed**

1 Inleiding

Niets is zeker in het leven, zo ook niet of iemand een kans op een beter resultaat zou hebben gegrepen, als die hem niet door een (beroeps)fout van een ander zou zijn onthouden. Naar de Hoge Raad recent uitmaakte, is het leerstuk van verlies van een kans ook van toepassing indien het van het gedrag van de benadeelde afhankelijk zou zijn geweest of de misgelopen kans op een beter resultaat zich (in het hypothetische geval zonder normschending) zou hebben verwezenlijkt. Hierna zal worden ingegaan op de vraag of de Hoge Raad met zijn arrest van 26 maart 2021¹ dit leerstuk heeft opgerekt dan wel slechts een eerder ingezette lijn heeft doorgetrokken. Naar mijn mening is het laatste het geval. Voordat ik dit nader zal toelichten, zal ik eerst kort stilstaan bij de achtergrond van dit leerstuk, meer in het bijzonder bij de (gevallen waarin toepassing van deze doctrine leidt tot) verlichting van de bewijspositie van benadeelde. Om te beginnen zal ik echter kort de zaak ISG/Natwest bespreken. Wat was het geval?

2 Arrest ISG/Natwest

International Strategies Group Ltd (hierna: ISG) vordert van Natwest Markets N.V. (hierna: de bank) betaling van een schadevergoeding ad \$ 14 miljoen uit onrechtmatige daad. ISG had op haar bankrekeningen aanzienlijke bedragen gestort. Naar zij stelt zijn de gelden echter 'weggemaakt'. Zij verwijt de bank hieraan te hebben meegewerkt.²

2.1 Procedure vóór cassatie en verwijzing

Het door de Hoge Raad in stand gelaten arrest van het hof is gewezen in een procedure na cassatie en verwijzing.³ Pas in de verwijzingsprocedure is de vordering op materiële gronden beoordeeld, eerder werd hieraan niet toegekomen.⁴ Het hier te behandelen arrest behelst een verwerping van het cassatieberoep, gericht tegen het na verwijzing gewezen arrest.

2.2 Achtergrond van het geschil

Kort weergegeven deed zich het volgende voor.⁵ ISG is in april 1998 met Corporation of the Bankhouse Inc. (hierna: COB) een overeenkomst aangegaan, op grond waarvan ISG zou deelnemen aan het Federal Reserve Guaranteed Program van COB. Dit programma was volgens COB, zo had ISG begrepen, gericht op regulering van de beschikbaarheid van dollars in het internationale verkeer door vermogende partijen voor korte periodes grote hoeveelheden dollars te laten vastzetten bij erkende bankinstellingen tegen een hoge rentevergoeding.⁶ Uit hoofde van deze overeenkomst had ISG, voor welke partij de bank een zogeheten 'masteraccount' had geopend, in COB geïnvesteerd. ISG was niet als enige hiertoe verlekt. Enkele andere (grote) professionele partijen hadden zich eveneens laten verleiden tot een investering in COB. Op

* Mr. J. den Hoed is cassatieadvocaat bij Köster Advocaten

1. HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:461, NJ 2021/127.
2. ISG stelde haar vordering mede in ten behoeve van Danstruplund Holding SA (hierna: Danstruplund), welke vennootschap hetzelfde lot trof. Ook haar gelden zijn verdwenen. Nu de vordering van ISG in zoverre strandde en de redenen waarom dit geschiedde voor het hier te behandelen leerstuk van verlies van een kans niet interessant zijn, laat ik deze partij en haar vordering hier verder zo veel mogelijk buiten beschouwing.

3. Bij arrest van 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2741, NJ 2015/382 vernietigde de Hoge Raad het arrest van het gerechtshof Amsterdam d.d. 4 maart 2014. De zaak werd daarbij verwezen naar het gerechtshof Den Haag voor verdere behandeling en beslissing.

4. In dit geding speelt een groot aantal (neven)kwesties (naast de vraag of en in hoeverre de vordering van ISG toewijsbaar is), waaronder of ISG bestaat, Danstruplund haar vordering op de bank (rechtsgeldig) cedeerde aan ISG, naar welk recht dit moet worden beoordeeld, alsook of ISG de verjaring van de vorderingen op de bank tijdig heeft gestuit (en namens welke partij zij dit deed), en welk recht van toepassing is op de vordering tot schadevergoeding uit onrechtmatige daad. De geïnteresseerde lezer wordt te dier zake verwezen naar de in cassatie bestreden uitspraak van het hof alsook naar de conclusie van A-G Vlas (ECLI:NL:PHR:2021:461) vóór de hier te behandelen uitspraak van de Hoge Raad (ISG/Natwest).

5. Zie voor een uitgebreide weergave van de achtergrond van het geschil de conclusie van A-G Vlas vóór HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2741, NJ 2015/382.

6. Ook Danstruplund is een dergelijke overeenkomst met COB aangegaan.

verzoek van COB heeft de bank – voor investeerders, waaronder ISG – verschillende zogenoemde ‘syndicate accounts’ gekoppeld aan voormelde ‘masteraccount’, zo ook de ‘syndicate account ISG’.

Op deze (op haar naam gestelde) syndicate account stortte ISG een bedrag van \$ 4 miljoen.⁷ Andere partijen maakten naar de (op hun naam gestelde) syndicate accounts bedragen van \$ 10 miljoen over. Nadat met toestemming van ISG voormelde som van \$ 4 miljoen was overgeboekt van de sub- naar de hoofdrekening, werd hiervan, buiten medeweten van ISG, een bedrag van \$ 400.000 overgemaakt naar een privérekening. Vervolgens zijn in etappes ook de overige gelden ‘weggesluisd’ (zoals het hof dit omschrijft). De (afdeling veiligheidszaken van de) bank zag in (onder meer) voormelde overboeking naar een privérekening aanleiding voor een onderzoek. De bewuste vertegenwoordiger van COB is (grofweg) tien jaar later strafrechtelijk veroordeeld voor (medeplichtigheid aan) fraude.

In de procedure na cassatie en verwijzing moest het hof zich om te beginnen buigen over de vraag naar de verjaring van de rechtsvordering van ISG op de bank. In de procedure vóór cassatie en verwijzing was de rechtbank en nadien ook het hof namelijk meegegaan in het verjaringsverweer van de bank. Het oordeel van het hof vond in de eerste cassatieprocedure bij de Hoge Raad evenwel geen genade. In de ogen van de Hoge Raad was onbegrijpelijk waarom het hof in het schrijven van ISG geen voldoende duidelijke waarschuwing zag aan de bank om haar positie te bewaken, opdat zij ook na ommekomst van de verjaringstermijn zich nog naar behoren tegen een mogelijke vordering zou kunnen verweren.⁸ De Hoge Raad wees daarbij – nu hieraan immers gewicht kan toekomen bij de uitleg van rechtshandelingen – *en passant* op het belang van posterieure omstandigheden bij de beoordeling of een brief een stuitingshandeling oplevert. Het verwijzingshof kwam uiteindelijk tot een ander oordeel dan het eerste hof. In de ogen van het verwijzingshof, in het vervolg aangeduid als het hof, is de rechtsvordering tot vergoeding van schade van ISG op de bank niet verjaard.

Ter beoordeling van de aansprakelijkheid van de bank gaat het hof – onder verwijzing naar het arrest Safe Haven⁹ – uit van een bijzondere zorgplicht van de bank tegenover (niet alleen haar cliënten, maar ook) derden, waaronder ISG, met wier belangen de bank ingevolge hetgeen in het maatschappelijk verkeer betaamt, rekening behoort te houden. Het hof betitelt de bewuste handelingen als ‘frauduleus’. Kennis van de ongebruikelijke transacties brengt naar het oordeel van het hof ook wetenschap met zich van het daaraan gerelateerde gevaar. In de ogen van het hof moet de bank althans worden geacht zich

bewust te zijn geweest van de hieraan verbonden risico’s voor cliënten en derden, met wier belangen zij rekening hoort te houden.

ISG behoorde, aldus het hof, tot de kring van derden met wier belangen de bank rekening behoorde te houden. De bank kende de investeerders (waaronder ISG) en wist van hun investering in COB met de door hen daartoe op de subrekeningen gestorte bedragen. De bank verweert zich tegen de vordering met de stelling dat de hierboven genoemde zorgplicht niet zou gelden voor professionele partijen, zoals ISG. Het hof passeert dit verweer. Kortweg omdat ook als de Wft uitgaat van de capaciteit van rechtspersonen met een bepaalde omvang om zelf de benodigde financiële beslissingen te nemen en in te schatten wanneer zij daarvoor nader advies moeten vragen, dit de bank nog niet ontslaat van haar zorgplicht bij bekendheid met onregelmatigheden als die van COB, waarmee – naar de bank weet – de (door haar in aanmerking te nemen) belangen van derden, waaronder ISG, zijn gemoeid.

Weliswaar rustte, aldus het hof, op de bank niet de verplichting om ISG over de ongebruikelijke transacties te informeren, maar van haar had wel mogen worden verlangd binnen bewaarde tijd nadat zij de bankrekening van COB en ook de subrekeningen had opgegeven, daarvan mededeling te doen aan ISG. De bank heeft dat echter nagelaten.

De bank betwist verder het causaal verband. Naar zij stelt, zou ISG niet anders hebben gehandeld als zij wel over de opheffing van de bankrekeningen zou zijn geïnformeerd. ISG beroept zich vervolgens op de omkeringsregel, het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid en het leerstuk van kansschade, nu zij ‘niet kan bewijzen wat zij zou hebben gedaan’ als zij wel zou zijn geïnformeerd over de opheffing van de bankrekeningen. Het hof geeft toepassing aan het leerstuk van verlies van een kans.¹⁰ Toepassing van een van de twee eerstgenoemde figuren (de omkeringsregel en proportionele aansprakelijkheid) achtte het hof (terecht) niet mogelijk. Het hof zag zich gesteld voor de vraag of ISG zonder de fout van de bank wel in een gunstiger positie zou zijn geraakt dan waarin zij zich thans bevindt, dus of zij wel nadeel had ondervonden van de normschending van de bank. Immers, het zou, als de bank niet nalatig zou zijn geweest, hebben afgehangen van de handelwijze van ISG zelf of de schade zou zijn uitgebleven. Een situatie waarin (zoals voor toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid vereist) de benadeelde wel schade lijdt, namelijk ofwel als gevolg van een normschending van de aansprakelijk gestelde partij, ofwel door omstandigheden binnen de risicosfeer van de gelaedeerde zelf, of een combinatie van beide, terwijl onmogelijk kan worden vastgesteld in welke mate de schade daadwerkelijk door een (combinatie of een) van beide mogelijk

7. Danstruplund en Philips Radio Communication Systems (PRCS) hebben op de op hun naam gestelde syndicate account ieder een bedrag geboekt van \$ 10 miljoen.

8. HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2741, NJ 2015/382.

9. Vgl. HR 27 november 2015, ECLI:NL:HR:2015:3399.

10. Voor wat Danstruplund betreft is het hof niet overtuigd van het causaal verband. Naar zijn oordeel zou Danstruplund niet anders hebben gehandeld dan zij heeft gedaan, mede nu haar directeur de bestuurder van COB beschouwde als een vriend, hem vertrouwde en de door hem gegeven verklaringen voor de verschillende handelingen aanvaardde.

ke oorzaken is ontstaan, doet zich hier niet voor. Het hof acht bovendien (kennelijk) te onzeker of het gevaar waartegen de geschonden norm beoogt te beschermen zich heeft verwezenlijkt om toepassing te kunnen geven aan de omkeringsregel.¹¹ Het kon hieraan klaarblijkelijk evenmin toekomen nu voor de omkeringsregel – anders dan het geval is bij het leerstuk van verlies van een kans – (in beginsel) geen plaats is bij schending van een informatieplicht.¹² Daarbij bestaat, indien de kansbenadering zich aandient, uit de aard der zaak al geen ruimte voor de omkeringsregel. Hetzelfde geldt overigens ten aanzien van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid.¹³

Tegen deze achtergrond onderzocht het hof of voor ISG met de normschending van de bank een kans verloren was gegaan

op een beter resultaat.¹⁴ Het schatte in dit kader de kans op een andere handelwijze van ISG als de bank haar wél over de opheffing van de rekeningen zou hebben geïnformeerd op 25% (tegenover 75% bij een ongewijzigde opstelling, gelet op het grote vertrouwen van ISG in COB). Dit percentage bepaalt de omvang van de schade. Het hof ging vervolgens na hoe hoog deze schade is.

Naar het oordeel van het hof bedraagt de schade bovendien geen \$ 4 miljoen, maar ten hoogste \$ 2 miljoen, nu de nalatigheid van de bank om ISG te informeren niet teruggrijpt op de periode van vóór de opheffing van de bankrekeningen, gedurende welke reeds een bedrag van \$ 2 miljoen was ‘weggesluisd’. Het hof acht het nadeel in zoverre niet toe te schrijven aan de schending door de bank van haar bijzondere zorgplicht. Bij de vaststelling van de hoogte van de schade neemt het hof verder een aan de zijde van ISG opgekomen bate van \$ 1 miljoen in aanmerking. Dit wordt als genoten voordeel ex art. 6:100 BW in mindering gebracht op (of beter: verrekend met) de schade.¹⁵ Het beroep op eigen schuld wordt daarentegen gepasseerd nu de daaraan ten grondslag gelegde feiten al

11. De omkeringsregel voorziet overigens, zoals bekend, anders dan de benaming doet vermoeden, niet op een daadwerkelijke omkering van de bewijslast, maar op een bewijsvermoeden van oorzakelijk verband tussen normschending en schade. Het bewijsrisico blijft liggen waar het lag.
12. Vgl. de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense vóór HR 8 februari 2013, JOR 2013/108 m.nt. B.T.M. van der Wiel, NJ 2014/497 m.nt. Jac. Hijma, HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737, NJ 2002/386 m.nt. J.B.M. Vranken (Ingenhut) en HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, NJ 2002/387 m.nt. J.B.M. Vranken; HR 13 oktober 2006, ECLI:NL:HR:2006:AW2080, JOR 2006/296 m.nt. H. Beckman, NJ 2008/528 m.nt. Van Dam onder NJ 2008/529 (Vie d’Or), r.o. 6.1.2; HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564, NJ 2007/92 (Juresta Nederland B.V.). Als het een waarschuwingplicht betreft, ligt dit wellicht anders.
13. In gelijke zin bijv. J.S. Kortmann, Meervoudige causaliteit; over alternatieveit bij daders én benadeelden, in: J.S. Kortmann & C.J.M. Klaassen (red.), Causaliteitsperikelen (preadviezen VASR), Deventer: Kluwer 2012, p. 38.

14. Op de afbakening van deze leerstukken wordt hier niet nader ingegaan, nu dit thema al in diverse publicaties is uitgediept. De leerstukken van proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans zijn op verschillende leest geschoeid. Ze zijn dus niet inwisselbaar. Daarbij is, alhoewel deze leerstukken van elkaar moeten worden onderscheiden, niet ondenkbaar dat zich situaties kunnen voordoen waarin zij zich allebei voor toepassing zouden lenen, vgl. Asser/Sieburgh 6-II 2017/79. Ik verwijs hier ook naar mijn artikel over de Srebrenica-zaak: Kansschade: een bewogen leerstuk, TVP 2020, p. 103-113. Over de vraag in hoeverre dit mogelijk is, verschillen de meningen. Zo kunnen, aldus Van Velthoven, beide leerstukken telkens op hetzelfde feitencomplex worden toegepast, zie B.C.J. van Velthoven, Verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid: verschillende figuren voor verschillende gevallen? (II), NTBR 2018/15. Ik wijs hier nog wel op het navolgende. Er kunnen zich situaties voordoen waarin zowel toepassing zou kunnen worden gegeven aan het leerstuk van verlies van een kans als aan proportionele aansprakelijkheid. Het hangt echter af van de sleutel waarin het processuele debat is gezet of die mogelijkheid zich daadwerkelijk aandient. De keuze tussen de leerstukken van verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid doet zich echter bepaald niet altijd voor wanneer een van de twee voor toepassing in aanmerking lijkt te komen; in vergelijkbare zin: Lindenbergh in zijn noot onder het arrest Deloitte/Hassink. Zo bestaat deze mogelijkheid bijv. niet wanneer een advocaat (in strijd met een hem daartoe door zijn cliënte gegeven instructie) nalaat om (tijdig) hoger beroep in te stellen, het standaardvoorbeeld van een situatie waarin een kansbenadering aangewezen kan zijn. In dat geval dient zich (alleen al nu enkel de raadsman blaam treft, louter zijn fout tot de onfortuinlijke situatie heeft geleid) geen opening aan voor proportionele aansprakelijkheid. Daarnaast vergt proportionele aansprakelijkheid een voor kansbenadering niet verlangde normatieve toets. De verschillende instrumenten waarvan de rechter zich in voorkomend geval kan bedienen om eiser in zijn lastige bewijspositie enigszins tegemoet te komen, kennen dan ook ieder hun eigen toepassingsvoorwaarden, zo ook het leerstuk van verlies van een kans. Voor proportionele aansprakelijkheid is slechts plaats in exceptionele gevallen.
15. Dit strookt met het arrest van de Hoge Raad van TenneT/ABB, HR 8 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1438, JOR 2016/322 m.nt. M.M.C. Moosdijk, waarmee de Hoge Raad lijkt te zijn teruggelaten van VOS/TSN, HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, NJ 2011/43 m.nt. Hijma, waarin de Hoge Raad een strengere toets aanlegde van dezelfde gebeurtenis als bedoeld in art. 6:100 BW. Zie dienaangaande ook het preadvies van Chr. van Dijk, Voordeelstoerekening, in: C.J.M. Klaassen & J. Spier (red.), Voordeelstoerekening naar Duits en Nederlands recht (preadviezen VASR), Deventer: Wolters Kluwer 2015, p. 23-72.

zijn verdisconteerd in de kansberekening. Het hof veroordeelt de bank uiteindelijk tot vergoeding van de als schade aangemerkte, verloren kans van 25% om het bedrag van \$ 1 miljoen nog veilig te stellen, derhalve tot betaling van \$ 250.000.

Beide partijen hebben cassatieberoep ingesteld. Met het incidentele beroep lag voor of het oordeel van het hof over de toepassing van het leerstuk van kansschade uitgaat van een juiste rechtsopvatting.¹⁶ In de ogen van de bank was dit niet het geval, nu met een kans van 75% op een onveranderde opstelling van ISG bij verstrekking van informatie over de opheffing van bankrekeningen niet wordt voldaan aan de eis van *condicio-sine-qua-non-verband* (hierna: *c.s.q.n.-verband*) tussen normschending en gestelde schade. Die kans is immers kleiner dan 50%, en ook aanmerkelijk geringer dan de kans op eenzelfde handelwijze als ISG aan de dag legde (zonder de fout van de bank). In de optiek van de bank is 's hofs oordeel bovendien rechtens onjuist voor zover het toepassing geeft aan een kansbenadering, terwijl het leerstuk van het verlies van een kans zich niet zou uitstrekken tot een geval waarin het (in de hypothetische situatie zonder fout) van het gedrag van benadeelde zou hebben afgehangen of de kans zich zou hebben verwezenlijkt. Mocht het hof het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid hebben toegepast, dan rust 's hofs oordeel, zo gaat de bank verder, eveneens (en wel om dezelfde redenen) op een onjuiste rechtsopvatting.

De Hoge Raad verwerpt het beroep. Hij herhaalt onder verwijzing naar zijn (hierna te bespreken) arrest Deloitte/Hassink¹⁷ nog eens wat moet worden verstaan onder verlies van een kans, aan welk leerstuk het hof, naar zijn oordeel, op correcte wijze toepassing had gegeven. Het hof schatte, aldus de Hoge Raad, de – door de nalatigheid van de bank om ISG over de sluiting van de bankrekeningen te informeren – verloren kans op een andere handelwijze (waarbij de schade nog zou hebben kunnen worden voorkomen) op 25%. De Hoge Raad voegt daaraan toe:

‘4.2 (...) Anders dan het onderdeel bepleit, is het ook mogelijk kansschade vast te stellen in een geval waarin van het gedrag van de benadeelde partij afhankelijk was geweest of de kans op een beter resultaat zich zou hebben verwezenlijkt in de hypothetische situatie waarin de aansprakelijke partij haar die kans niet zou hebben onthouden.

Het oordeel van het hof is in overeenstemming met het voorgaande.’

Daarmee geeft de Hoge Raad uitsluitsel over de vraag of dit leerstuk kan worden toegepast wanneer de verwezenlijking

van de kans op een beter resultaat (mede) afhankelijk is van het gedrag van de benadeelde zelf. Hierin schuilt het belang van dit arrest. Met deze constatering zijn wij beland bij de (in de inleiding geformuleerde) vraag of de Hoge Raad hier het bereik van dit leerstuk oprekt dan wel enkel zijn eerdere jurisprudentie bevestigt of slechts een eerder uitgezette lijn iets verder doortrekt. Was met andere woorden deze kwestie daadwerkelijk nog onbeslist? Om die vraag te kunnen beantwoorden, zal eerst worden stilgestaan bij de achtergrond van dit leerstuk en zal dit nog eens worden bezien in het licht van de bewijslast voor benadeelde.

3 Achtergrond kansschade/lastige bewijspositie benadeelde

Ieder draagt zijn eigen schade. Dit is nog steeds een van de leidende principes van ons aansprakelijkheidsrecht.¹⁸ Enkel op goede (door benadeelde bij te brengen) rechtsgronden wordt die schade verplaatst van de gelaedeerde naar de aansprakelijk gestelde partij.¹⁹ Tot schadevergoeding is de laedens in beginsel enkel gehouden als en voor zover het nadeel is veroorzaakt door een normschending waarvoor hij aansprakelijk is. Stelplicht, en bij betwisting ook de bewijslast, rust ter zake op de eiser, de benadeelde. Hij verkeert dan ook niet altijd in een gemakkelijke positie. Degene volgens wie tegenover hem een onrechtmatige daad of wanprestatie is begaan, moet om aanspraak te maken op schadevergoeding diverse (bewijsrechtelijke) hobbels nemen, waarvan die van het *c.s.q.n.-verband* tussen normschending en schade veelal de lastigste blijkt.²⁰ De enkele mogelijkheid van veroorzaking van de schade door de schending van de gedragsnorm is voor aansprakelijkheid niet voldoende. Het *c.s.q.n.-verband* is uit de aard der zaak veelal van technische, wiskundige of natuurkundige aard. Om dit verband vast te stellen is exact, onomstotelijk bewijs echter niet vereist. Voldoende is als het oorzakelijk verband met een redelijke mate van waarschijnlijkheid komt vast te staan.²¹ Desalniettemin is het voor de benadeelde, op wie bij betwisting de bewijslast rust, niet zelden een vrijwel onmogelijke opgave om dit causaal verband aan te tonen. Eiser dreigt dan te struikelen, niet omdat normschending en schade niet zijn komen vast te staan, maar omdat het oorzakelijk verband niet is bewezen. Hij, en niet de aansprakelijk gestelde partij, draagt het risico van een *non liquet* op dit punt. Het ‘alles of niets’-model pakt daarbij in sommige gevallen waarin de eiser niet in staat is om het *c.s.q.n.-verband* tussen de normschending en de uiteindelijke schade aan te tonen, onbillijk uit.

18. Vgl. T. Hartlief, Ieder draagt zijn eigen schade. Enkele opmerkingen over de fundamente van en ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht (oratie Leiden), 5 september 1997, p. 11.

19. Vgl. J.H. Nieuwenhuis, De ramp op het Pikmeer, Deventer: Kluwer 1997, p. 8-9, aangehaald door Hartlief in voormelde oratie.

20. Anders dan het geval is bij proportionele aansprakelijkheid wordt dit in geval van kansschade niet geëcarteerd. Voor de kansbenadering moet *c.s.q.n.-verband* komen vast te staan tussen normschending en verloren kans, zoals hierna nog aan de orde zal komen.

21. Vgl. C.J.M. Klaassen, De dader heeft het gedaan, maar wie is de dader? Enkele opmerkingen over (het bewijs bij) causaliteitsonzekerheid, in: C.J.M. Klaassen & J.S. Kortmann (red.), *Causaliteitsperikelen* (preadviezen VASR), Deventer: Kluwer 2012, p. 6.

16. Zij heeft ook een door de Hoge Raad bij arrest van 18 oktober 2019 toegewezen incidentele vordering tot zekerheidstelling ingediend. Die laat ik hier verder onbesproken.

17. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237 m.nt. S.D. Lindenberg.

Het bewijsprobleem van benadeelde kan zich ook op een ander punt manifesteren, bijvoorbeeld als onduidelijk is of de normschending waarvoor een ander aansprakelijk is überhaupt wel tot schade heeft geleid, of met andere woorden eiser in de hypothetische situatie zonder schending van een gedragsnorm door de aangesproken persoon wel in een betere positie zou zijn geraakt dan waarin hij met de normschending verkeert.

In de rechtspraak zijn instrumenten ontwikkeld om eiser in beide hierboven genoemde (van elkaar te onderscheiden) situaties enigszins tegemoet te komen. De bewijspositie van eiser wordt daarbij verlicht. Voor het eerste type situatie (de hobbel van het c.s.q.n.-verband tussen normschending en schade) gaat het dan om verlichting via de toepassing van (onder meer voor van elkaar te onderscheiden situaties) de omkeringsregel en het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid, voor het tweede type situatie (waarin onduidelijk is of eiser in het hypothetische geval zonder normschending, bijvoorbeeld een beroepsfout, wel beter af zou zijn geweest) betreft het de kansbenadering, waarvoor wordt afgeweken van het reguliere schadebegrip; de schade bestaat dan uit de waarde van de verloren kans op een beter resultaat. Anders dan in geval van proportionele aansprakelijkheid wordt vastgehouden aan de eis van c.s.q.n.-verband, maar moet dit komen vast te staan tussen normschending en verloren kans op een beter resultaat. De oplossing voor de moeilijke bewijspositie van 'benadeelde' is hier derhalve gelegen in het schadebegrip. Aan het vereiste van c.s.q.n.-verband zelf wordt niet getornd. Voor vergoeding komt (slechts) in aanmerking de waarde van de verloren kans op een beter resultaat, en niet het volle verschil tussen de actuele positie van de benadeelde (bijvoorbeeld de patiënt tegenover wie de arts een beroepsfout maakt, en die vervolgens niet geneest of moet leven met een complicatie, dan wel de client die na het verzuim van zijn advocaat om (tijdig) hoger beroep in te stellen, blijft zitten met een voor hem negatief vonnis) en de optimale situatie waarin de gelaedeerde zich zou hebben bevonden in het hypothetische geval zonder fout (waarin de patiënt – om bij de eerdere voorbeelden te blijven – volledig zou zijn genezen of de in werkelijkheid opgetreden complicatie zou zijn uitgebleven, dan wel het hoger beroep wél tijdig zou zijn ingesteld en volledig zou zijn geslaagd). De schade wordt begroot aan de hand van de in een percentage uitgedrukte kans op het optimaal gunstige resultaat in een situatie zonder normschending. Dit is in essentie het leerstuk van verlies van een kans.²² Dit leerstuk moet worden gezien tegen de achtergrond van voormelde alles-of-nietsbenadering bij de vaststelling van c.s.q.n.-verband tussen de normschending en de uiteindelijke schade. Het biedt de mogelijkheid tot een (onder het klassieke model niet altijd haalbare)

22. Vgl. A-G Wesseling-van Gent in haar conclusie vóór HR 27 oktober 2017, NJ 2017/422, en onder meer Chr.H. van Dijk, De proportionele aansprakelijkheid bij medische aansprakelijkheid, in: W.R. Kastelein (red.), *Medische aansprakelijkheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 103.

genueanceerde benadering. Hierbij zijn echter enkele kanttekeningen te plaatsen.

3.1 *Inkadering kansschade binnen het aansprakelijkheidsrecht*

Slaagt eiser in het bewijs van c.s.q.n.-verband tussen normschending en schade, dan heeft hij in beginsel recht op vergoeding van zijn volledige (door de normschending veroorzaakte) nadeel. Hier past wel enige relativering. De aanduiding alles-of-nietsmodel suggereert ten onrechte een volledig dichotome uitkomst zonder mogelijkheid om die enigszins te mitigeren. De rechter kan namelijk niet slechts maatwerk leveren bij (de mogelijkheid tot) toepassing van het leerstuk van verlies van een kans. Zo stelt art. 6:101 BW hem in staat om in voorkomend geval de schade geheel of gedeeltelijk voor rekening te laten van de benadeelde. Bovendien kan, indien gedaagde met succes art. 6:100 BW in stelling brengt, 'voordeelverrekening' worden toegepast (waarmee de verplichting tot schadevergoeding lager uitkomt). Verder is mogelijk de aansprakelijkheid te reguleren (bijvoorbeeld door die in te dammen) met behulp van art. 6:98 BW, de leer van toerekening naar redelijkheid. Afhankelijk van de aard en strekking van de geschonden norm, de aard van de normschending en de aard van de schade²³ is een beperktere of juist een ruimere toerekening op zijn plaats, zoals de Hoge Raad onlangs nog eens illustreerde met zijn arrest inzake het schietincident in Alphen.²⁴ Art. 6:98 BW biedt derhalve ook enige ruimte voor maatwerk. Deze bepaling omlijnt de daadwerkelijke schadeplichtigheid van een aansprakelijke persoon. Wordt een veiligheidsnorm overtreden, dan wordt bijvoorbeeld minder zwaar getild aan de voorzienbaarheid bij schade waartegen de geschonden norm bij uitstek bescherming beoogt te bieden.²⁵ Bij aansprakelijkheid buiten schuld zal daarentegen veelal eerder reden zijn voor beperkte toerekening. Weliswaar speelt de voorzienbaarheid daarbij een minder grote rol dan onder 'oud recht', maar zij vormt nog steeds een factor van belang.²⁶ Klaassen wijst nog op de mogelijkheid om de hardheid van het klassieke model te verzachten door een verzwaaring van de motiveringsplicht met een 'ad-hocbewijsvermoeden', gegrond op hulpfeiten of ervaringsregels.²⁷ Kortom, ook het klassieke model biedt enige ruimte voor grijstinten. Het leerstuk van verlies van een kans steekt hier minder scherp bij af dan wel wordt gedacht. De vraag is nu wanneer een kansbenadering zich aandient. Daarvoor moet de reikwijdte van deze doctrine nader tegen het licht worden gehouden.

23. Vgl. de noot van C.J.M. Klaassen onder HR 22 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008:BB5626, NJ 2010/534.

24. HR 20 september 2019, ECLI:NL:HR:2019:1409, NJ 2020/233 m.nt. Lindenbergh.

25. Vgl. HR 2 november 1979, ECLI:NL:HR:1979:AB7349, NJ 1980/77 (Vader V.).

26. Daarbij staat de voorzienbaarheid niet op zichzelf, maar is die ingebed in het geheel van de relevante gezichtspunten. Hoe dichter bij de gebeurtenis, hoe eerder toerekening op zijn plaats is, HR 1 juli 1977, ECLI:NL:HR:1977:AB7010, NJ 1978/84 (Gasbuis). Voorzienbaar is in dit kader wat naar objectief inzicht voorzienbaar of waarschijnlijk is, vgl. MvA II, Parl. Gesch. BW Boek 6, p. 435.

27. Klaassen 2012, p. 9.

4 Kanschade nader beschouwd

De Hoge Raad gaf in het arrest Deloitte/Hassink een omschrijving van het – aldaar van proportionele aansprakelijkheid afgebakende – leerstuk van verlies van een kans. De Hoge Raad definieerde – na een omschrijving van proportionele aansprakelijkheid – kansschade in die uitspraak als volgt:

‘3.5.3 De Hoge Raad heeft het leerstuk van de kansschade aanvaard in gevallen waarin een advocaat had verzuimd om tijdig hoger beroep in te stellen (HR 24 oktober 1997, LJN ZC2467, NJ 1998/257 (Baijings) en HR 16 februari 2007, LJN AZ0419, NJ 2007/256 (Tuin Beheer)) of om tijdig een rechtsvordering in te stellen (HR 19 januari 2007, LJN AZ6541, NJ 2007/63 (Kranendonk Holding)). In deze gevallen stond op zichzelf de tekortkoming van de advocaat vast, maar was onzeker of een ingesteld hoger beroep of een ingestelde rechtsvordering tot succes voor de cliënt zou hebben geleid, met andere woorden: of de tekortkoming van de advocaat heeft geleid tot schade voor de cliënt, bestaande in een slechtere uitkomst van het geschil dan bij uitblijven van de tekortkoming het geval zou zijn geweest. Vast stond slechts dat de cliënt de kans op een betere uitkomst door de tekortkoming van de advocaat was onthouden. De Hoge Raad heeft voor dit soort gevallen geoordeeld dat de rechter de schade moet vaststellen door te beoordelen hoe de appelrechter, indien wel (tijdig) hoger beroep was ingesteld, had behoren te beslissen, althans dat de rechter het toewijsbare bedrag aan schadevergoeding moet schatten aan de hand van de goede en kwade kansen die de cliënt in het hoger beroep zou hebben gehad; een overeenkomstige maatstaf geldt voor een te laat ingestelde rechtsvordering.

(...)

3.8 (...) Het onderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat (na vaststelling van het *condicio-sine-qua-non*-verband tussen de normschending en het verlies van de kans op succes) slechts ruimte bestaat voor het vaststellen van de schade aan de hand van een schatting van de goede en kwade kansen die de benadeelde zou hebben gehad wanneer die kans hem niet was ontnomen, indien het gaat om een reële (dat wil zeggen niet zeer kleine) kans op succes.’

Het prototypische geval waarin een kansbenadering zich aandient, is het verzuim van een advocaat om, zoals in het Baijings-arrest,²⁸ in weerwil van de instructie van zijn cliënt, (tijdig) hoger beroep in te stellen. De advocaat had onmiskenbaar een beroepsfout begaan. Daarmee was echter nog niet gegeven of de benadeelde in de hypothetische situatie zonder fout in een betere positie zou zijn geraakt, of met andere woorden het hoger beroep ook daadwerkelijk (ten volle) succes zou hebben geogst. Nagegaan moest worden of en in hoeverre het hoger

beroep kans van slagen zou hebben gehad. Op dit terrein is het leerstuk van kansschade tot wasdom gekomen.²⁹ Inmiddels heeft dit zijn vleugels uitgeslagen. Vereist is een negatieve eindsituatie en een normschending waarvoor een ander aansprakelijk is, terwijl onduidelijk is of benadeelde wel schade heeft geleden nu ongewis is of hij zonder de normschending wel in een betere positie zou zijn geraakt. Dit wordt (zoals aange-stipt), kortweg, opgelost met een afwijkend schadebegrip; de waarde van de (aan benadeelde) ontnomen kans vormt de schade.³⁰ De normschending onthield eiser een reële kans op een gunstiger positie dan waarin hij thans verkeert.³¹ Deze benadering is alleen mogelijk als eiser een op geld waardeerbare kans is ontnomen. Hij moet een reël perspectief hebben gehad op een betere uitkomst. Zou de patiënt in de hypothetische situatie van een correct medisch handelen evenmin zijn genezen van zijn kwaal of evenzeer te kampen hebben gekregen met de complicatie, of zou het (als gevolg van een beroepsfout) achterwege gebleven hoger beroep de cliënt toch geen vernietiging van het vonnis hebben gebracht, dan is geen kans verloren gegaan. Dit is evenzeer het geval als de benadeelde het hem (vanwege een normschending) onthouden advies naast zich neer zou hebben gelegd of de hem niet-verstreckte informatie (als die wel zou zijn verschaft) terzijde zou hebben gelegd, zich daarvan toch niets zou hebben aangetrokken. Voor een kansbenadering is evenmin plaats als de fout nog kan worden gerediceerd. Is een verzuim van een advocaat in hoger beroep nog te herstellen, is het onheil nog af te wenden, dan is van kansschade geen sprake. Eiser is dan (nog) niet van enige kans beroofd.

Voor kansschade is, zoals vermeld, derhalve enkel ruimte wanneer eiser als gevolg van de normschending een reële (waaronder – zo expliciteert de Hoge Raad – moet worden verstaan: ‘een niet zeer kleine’) kans is onthouden op een beter resultaat, waarbij ‘niet zeer klein’ betekent ‘niet nihil’, zo preciseerde de Hoge Raad.³² Daarmee is van een hoge drempel voor toepassing van dit leerstuk geen sprake, en ligt die lager dan door sommigen wel bepleit.³³ Een algemene ondergrens in procenten valt niet te noemen (daargelaten of dit wel zinvol zou zijn, en niet slechts schijnzekerheid zou opleveren). In de Srebreni-

28. HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, NJ 1998/257 m.nt. PAS. Voor een uitgebreide uiteenzetting over deze problematiek kan ook worden gewezen op de conclusie van A-G Bakels vóór dit arrest.

29. Vgl. W.Th. Nuninga, Het recht op een kans, NTBR 2019/8, door wie wordt gewezen op Franse jurisprudentie van het eind van de negentiende eeuw over aansprakelijkheid van een advocaat voor een beroepsfout. Gewezen wordt hier ook op het arrest Heesch/Reijs, HR 13 februari 1981, ECLI:NL:HR:1981:AC2891, NJ 1981/456 m.nt. C.J.H. Brunner (over een door het college van B&W van de gemeente Heesch met Reijs overeengekomen, maar niet aan de raad voorgelegde voorlopige ruilvereenkomst).

30. Vgl. bijv. ook Asser/Sieburgh 6-II 2017/79.

31. Dit komt mede naar voren uit het arrest Nationale Nederlanden/Moeder en zoon, HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349, NJ 2013/236 m.nt. Lindenbergh (in welke zaak de vraag naar veroorzaking van hersenschade centraal stond).

32. Vgl. HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, NJ 2016/1 m.nt. Tjong Tjin Tai.

33. Vgl. Asser/Sieburgh 6-II 2017/80a, de noot van Lindenbergh onder het arrest Deloitte/Hassink (HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237) en de conclusie van A-G Spier vóór dit arrest.

ca-zaak achtte de Hoge Raad een percentage van 10% in ieder geval niet zeer klein.³⁴ Van geval tot geval zal moeten worden bepaald waar de ondergrens ligt. Die zal kunnen afhangen van de aard en strekking van de geschonden norm, de aard van de normschending en de aard van de schade. Bij de beoordeling hoe hoog de drempel voor de kansbenadering in een concreet geval is, komt betekenis toe aan normatieve elementen.

De beoordeling verloopt in verschillende etappes. Om te beginnen moet worden onderzocht of c.s.q.n.-verband bestaat tussen fout en verloren kans, de schade. Het c.s.q.n.-verband moet aan de hand van de reguliere bewijsregels worden vastgesteld.³⁵ Is een oorzakelijk verband tussen normschending en verloren kans eenmaal vastgesteld, dan moet worden onderzocht hoe groot de reële kans op een beter resultaat was; de rechter komt tot een (in een percentage uit te drukken) schatting van de verloren kans. Het kanspercentage waarop de rechter vervolgens uitkomt, bepaalt ook de omvang van de schadevergoeding.³⁶ Als voorbeelden waarin dit leerstuk zijn nut kan bewijzen, vermeldt Asser/Sieburgh (naast die van beroepsfouten van advocaten) de precontractuele fase, de medische praktijk en blootstelling aan tabak.³⁷ Het toepassingsbereik van de kansbenadering strekt zich, zo stelde de Hoge Raad met zijn arrest Deloitte/Hassink buiten twijfel, ook uit tot gevallen van zuivere vermogensschade.

De kansbenadering suggereert exactheid. Of een kans verloren is gegaan, hoe groot die kans was, of c.s.q.n.-verband bestaat tussen normschending en verloren kans, en wat het betere resultaat in de hypothetische situatie zonder fout inhoudt, hangt echter af van waarderingen van feitelijke aard.

De kansbenadering beweegt zich tussen twee uitersten; was het vooruitzicht op een gunstiger uitkomst (in de hypothetische situatie zonder normschending) verwaarloosbaar, dan wordt de ondergrens van een reële kans niet gehaald en biedt dit leerstuk geen uitkomst. Was daarentegen de verwezenlijking van de kans heel waarschijnlijk, dan hoeft niet naar dit leerstuk te worden gegrepen. De met de normschending

onveranderlijk onfortuinlijke situatie³⁸ vormt dan wél de schade (bijvoorbeeld nu het (in weerwil van een daartoe gegeven instructie) nagelaten hoger beroep naar alle waarschijnlijkheid wél succes zou hebben geogst). Het onderzoek richt zich dan in zoverre op het c.s.q.n.-verband tussen normschending en schade. Bij normschendingen als hier bedoeld hoeft dus niet zonder meer te worden gegrepen naar het leerstuk van verlies van een kans. Het leerstuk is slechts een hulpmiddel voor het geval onduidelijk is of zonder fout een beter resultaat zou zijn behaald. Gelijk A-G Vlas noteert in zijn conclusie vóór dit arrest wordt (ook) bij toepassing van het leerstuk van verlies van een kans de onzekerheid over de vraag of de normschending tot schade leidde, over partijen verdeeld. Zo beschouwd betreft het een middel van verdelende rechtvaardigheid.

De verloren kans moet worden gerelateerd aan de werkelijke onfortuinlijke situatie waarin benadeelde zich bevindt, door die te vergelijken met de positie waarin hij zich zou hebben bevonden in het hypothetische geval zonder de normschending. De schade bestaat uit de waarde van de (in een percentage uitgedrukte) misgelopen kans op dit betere resultaat. Rekt de Hoge Raad de reikwijdte van het leerstuk van verlies van een kans in het arrest ISG/Natwest nu op? Om die vraag te kunnen beantwoorden, moet de blik eerst worden gericht op het arrest Deloitte/Hassink. In dit arrest definieerde de Hoge Raad het leerstuk van verlies van een kans en bakende dit af van proportionele aansprakelijkheid.

4.1 Deloitte/Hassink

Hassink won bij een medewerker van (een rechtsvoorganger van) Deloitte advies in over de fiscale consequenties van zijn uittreden als partner van Paardekooper. De opdracht aan Deloitte hield in hem de fiscale mogelijkheden te schetsen om de belastingdruk op de te ontvangen uittreedsom zo laag mogelijk te houden. Hassink kreeg een advies gebaseerd op geruisloze inbreng van de onderneming in H&H. De Belastingdienst wees vervolgens echter het verzoek tot geruisloze inbreng af, en legde Hassink een aanzienlijke aanslag inkomstenbelasting op. Met haar advies aan Hassink van een geruisloze inbreng van zijn onderneming in H&H, terwijl dit geen reële optie was, schoot (de rechtsvoorganger van) Deloitte tekort. Zo ook door Hassink de mogelijkheid van de zogeheten 'ruilarresten' niet voor te houden. De vraag was of Hassink aldus een kans was misgelopen om in een (fiscaal) gunstiger positie te geraken.

Onderzocht moest worden of Hassink, indien Deloitte hem wél zou hebben geïnformeerd over de mogelijkheid van toepassing van de 'ruilarresten', zich ook daadwerkelijk op deze fiscale faciliteit zou hebben (kunnen) beroepen. Daartoe moest mede worden beoordeeld of Hassink bij een correcte

34. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356 m.nt. C.M.J. Ryngaert en J. Spier.

35. Naar de Hoge Raad in zijn arrest Deloitte/Hassink duidelijk maakt, leent ook deze stap zich in voorkomend (uitzonderlijk) geval voor toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid. Dit punt laat ik hier verder rusten, aangezien nadere uitwerking aan dit artikel niet dienstig.

36. Zo onderstreept de Hoge Raad nog eens in HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, NJ 2016/1 m.nt. Tjong Tjin Tai.

37. Zie voor enige arresten van de Hoge Raad waarin dit leerstuk aan de orde was onder meer HR 17 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2461, NJ 1998/508, HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, NJ 2007/256 (Tuin Beheer/Maatschap A), HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237 (Deloitte/Hassink), HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, NJ 2016/1 (Overzee/Zoeterwoude), HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2786, NJ 2017/422 (operatie met delay) en HR 19 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1223, NJ 2019/356 m.nt. C.M.J. Ryngaert en J. Spier.

38. Als nog niet vaststaat of de concrete schade werkelijk optreedt, als de situatie zich nog ten positieve kan wijzigen of als nog moet worden afgewacht of het resultaat met de normschending negatief is, komt dit leerstuk niet voor toepassing in aanmerking. Zie in vergelijkbare zin Asser/Sieburgh 6-II 2017/80a.

advisering daadwerkelijk zou hebben getracht de daarvoor noodzakelijke samenwerking met een andere accountant tot stand te brengen en of hij – zoals hiervoor vereist – zijn onderneming in economisch opzicht onveranderd zou hebben gelaten. Voor dit doel zou hij in ieder geval de volledige uittreedersom hebben moeten aanwenden voor inkoop bij een andere partij. Bij afweging van goede en kwade kansen schatte het hof de kans op benutting van de fiscale faciliteit door Hassink op 60%. Het hof nam dus een kansbenadering aan voor een situatie waarin het van het gedrag van Hassink zou hebben afgehangen of hij in de hypothetische situatie zonder beroepsfout (bij een juist advies) in een gunstiger positie zou zijn geraakt.

Nadat de Hoge Raad de uitspraak van het hof had geduid als een toepassing van het leerstuk van verlies van een kans, dit had onderscheiden van proportionele aansprakelijkheid en van beide doctrines een omschrijving had geboden, overwoog hij, voor zover hier van belang:

‘3.6 In het onderhavige geval heeft het hof geen toepassing gegeven aan de rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid, doch (kennelijk) aan die van de kansschade. Zijn oordeel moet aldus worden verstaan, dat het eerst op grond van de hiervoor in 3.3 onder (b) weergegeven overwegingen voldoende aannemelijk heeft geoordeeld dat H., indien B. hem had geadviseerd over de mogelijkheid van de ruilarresten, dat advies zou hebben opgevolgd en zich intensief zou hebben ingespannen zich overeenkomstig de voorwaarden van de ruilarresten in een ander kantoor in te kopen. Aldus heeft het hof het *condicio-sine-qua-non-verband* vastgesteld tussen de tekortkoming van B. en het verlies van de kans van H. op een fiscaal gunstiger situatie. Vervolgens heeft het hof in de hiervoor in 3.3 onder (c) weergegeven overwegingen beoordeeld of H., ervan uitgaande dat hij zich zou hebben ingespannen zich in een ander kantoor in te kopen binnen de voorwaarden die door de ruilarresten worden gesteld, daarin zou zijn geslaagd. Daarbij wijst het hof erop dat de ruilarresten meebrengen dat zulks binnen een bepaalde tijd moest zijn gerealiseerd en dat de volledige uittreedersom van H. moest worden aangewend voor inkoop in een andere maatschap. Omdat dit van een aantal onzekere factoren afhankelijk is (waarbij het hof kennelijk vooral het oog heeft op de vraag of binnen de gestelde tijd een kantoor gevonden had kunnen worden waarmee H. overeenstemming kon bereiken en dat een zodanige omvang had dat hij de volledige uittreedersom kon aanwenden om zich in te kopen), heeft het hof, gelet op het over en weer aangevoerde en onder afweging van de goede en kwade kansen, geoordeeld dat H. een kans van 60% had dat hij zich daadwerkelijk van de fiscale faciliteit van de ruilarresten had kunnen bedienen (rov. 3.14, tweede helft). Aldus heeft het hof, zonder blijk te geven van een onjuiste rechtsopvatting, toepassing gegeven aan het leerstuk van de kansschade.’

De Hoge Raad zag derhalve in de afhankelijkheid van de verwezenlijking van de kans van eigen gedrag van Hassink in het hypothetische geval zonder normschending geen belemmering voor toepassing van het leerstuk van verlies van een kans.

Het hier besproken arrest ISG/Natwest sluit hierop aan, al ziet deze zaak niet op een beroepsfout (gelegen in een ontoereikende advisering), maar op een schending van een bancaire bijzondere zorgplicht³⁹ om ISG afdoende te informeren. In beide gevallen zou verwezenlijking van de kans echter hebben afgehangen van het gedrag van benadeelde (in het hypothetische geval zonder fout). Het antwoord van de Hoge Raad op de vraag of de kansbenadering zich ook in een dergelijk geval voor toepassing leent, is vrij resoluut. Dit is niet verrassend, gelet op de hierboven geciteerde rechtsoverweging uit het arrest Deloitte/Hassink. A-G Vlas kent op dit punt evenmin veel aarzeling. Hij acht toepassing van dit leerstuk in een geval als dit vanzelfsprekend. Hij wijst daarbij op het arrest HR 8 februari 2013, NJ 2014/495, waarin, voor zover hier relevant, voorlag of verweerders in cassatie hun vermogen op andere wijze zouden hebben belegd indien de bewuste bank haar waarschuwplicht zou zijn nagekomen, hetgeen naar inschatting door het hof voor 30% van het belegde vermogen in zakelijke waarden het geval zou zijn geweest. A-G Vlas noteerde over de kansbenadering (voor zover thans van belang):

‘3.6 (...) De rechter zal (...), met inachtneming van de feiten en omstandigheden die zijn komen vast te staan en door middel van een afweging van goede en kwade kansen, moeten beoordelen hoe groot de kans is dat de benadeelde zonder de normschending het gewenste resultaat (“succes”) had bereikt. Onderwerp van die beoordeling is uiteraard ook het (hypothetische) handelen van de benadeelde zelf. In het geval dat niet aannemelijk is dat de benadeelde zich iets van de uitgebleven waarschuwing zou hebben aangetrokken, kan dat dus leiden tot afwijzing van zijn vordering.’

A-G Vlas stelde vervolgens, voor zover hier van belang:

‘3.9 (...) het hof [heeft] de regels die gelden voor toepassing van het leerstuk van de kansschade niet miskend. Het gaat hier immers om een geval waarvoor dit leerstuk volgens de Hoge Raad is bedoeld (...). Het hof heeft immers gemotiveerd beoordeeld of er een kans bestaat dat ISG zich door een mededeling had laten beïnvloeden, alvorens in te schatten hoe groot de kans was dat zij hierdoor daad-

39. Uit hoofde van haar maatschappelijke functie rust op de bank een bijzondere zorgplicht, niet alleen jegens haar cliënten, maar ook tegenover derden met wier belangen zij rekening behoort te houden op grond van hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Hoe ver deze zorgplicht reikt hangt af van de omstandigheden van het concrete geval (zoals de Hoge Raad duidelijk maakte in de arresten HR 9 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2536, NJ 1999/285 (MeesPier-son/Ten Bos) en HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289 (Fortis/Volendam; Safe Haven)).

werkelijk anders had gehandeld. Voorts is er geen regel die inhoudt dat de kansschadebenadering niet zou mogen worden toegepast als de verwerkelijking van de kans afhankelijk is van het gedrag van de benadeelde. De beoordeling van de rechter ziet immers juist ook op de vraag of de benadeelde daadwerkelijk anders zou hebben gehandeld en het “succes” zich dus zou hebben gerealiseerd (zie mijn opmerking aan het slot van nr. 3.6). Het hof heeft dit kenbaar beoordeeld door belang te hechten aan het vertrouwen dat ISG in COB/[betrokkene 1] had.’

Niet iedereen was overtuigd van toepasselijkheid van dit leerstuk in een dergelijke situatie. In zijn preadvies over causaliteitsperikelen wees Kortmann bijvoorbeeld al op twijfel bij buitenlandse gerechten of hantering van dit leerstuk wenselijk is als de ‘kans’ afhangt van beslissingen van benadeelde.⁴⁰ A-G Wissink sprak dienaangaande bovendien de vrees uit voor een ‘drempelloze overschakeling in welhaast elke zaak op een kansbenadering’.⁴¹ Ook Asser/Sieburgh 6-II 2017/80a plaatst hierbij kanttekeningen:

‘[V]oorts kan worden geaarzeld of het wenselijk is kansschade toewijsbaar te achten als de kans afhankelijk is van een eigen beslissing van de benadeelde, bijvoorbeeld het besluit om een advies van een vermogensbeheerder wel of niet op te volgen, zoals aan de orde in HR 24 december 2010, NJ 2011/251 (Fortis/Bourgonje).’

Ook Klaassen betuigt zich geen warm voorstander van ruimhartige toepassing van dit leerstuk als de verwezenlijking van de kans afhankelijk is van hetgeen de benadeelde zou hebben gedaan zonder normschending.⁴² De Hoge Raad hoefde echter slechts terug te grijpen op eerdere (in zoverre niet sterk bekritiseerde) jurisprudentie.⁴³

5 Balans

Bestaat de normschending uit een schending van een informatie- of waarschuwingplicht dan wel uit een ontoereikende advisering, ofwel uit inadequate voorlichting, dan is niet zelden onzeker of de onfortuinlijke (onomkeerbare) positie van benadeelde wel kwalificeert als schade. Met de normschending staat immers de schade nog geenszins vast. Veelal is namelijk onzeker wat de ‘benadeelde’, voor wie een negatieve, onomkeerbare eindstand is bereikt, zou hebben gedaan als hij wel naar behoren zou zijn voorgelicht (dus geïnformeerd, gewaarschuwd of geadviseerd). Zou de benadeelde het advies eenvoudigweg naast zich hebben neergelegd, dan is van schade ter

waarde van een verloren kans op een beter resultaat geen sprake. Zou hij de raad (waarmee hij de negatieve eindsituatie had kunnen vermijden) juist hebben opgevolgd, dan is hem nadeel toegebracht ter grootte van de hem ontnomen kans op een beter resultaat. Het antwoord op de vraag of hij aanspraak kan maken op een schadevergoeding ter waarde van de verloren kans op een beter resultaat, hangt in dergelijke gevallen derhalve (mede) af van hetgeen de benadeelde zou hebben beslist in de hypothetische situatie zonder normschending. Wat de benadeelde bij correcte voorlichting vermoedelijk zou hebben gedaan – of hij de informatie naast zich zou hebben neergelegd of daarmee juist zijn voordeel zou hebben gedaan –, is dan ook een onmisbaar onderdeel van de beoordeling of een reële kans verloren is gegaan. De beslissing van de benadeelde is een schakel in de keten van gebeurtenissen. Zonder onderzoek te doen naar de meest plausibele reactie van de benadeelde in de hypothetische situatie zonder normschending, dus zonder na te gaan of hij zich überhaupt door de informatie zou hebben laten leiden (als die hem niet zou zijn onthouden), valt niet vast te stellen of hij aanspraak kan maken op een schadevergoeding ter waarde van de verloren kans (en voor welk percentage). De rol van de handelwijze van ‘benadeelde’ is nu eenmaal niet weg te denken. Niettemin valt wel een kanttekening te plaatsen bij de toepassing van dit leerstuk in de hier besproken situatie, waarin het (in de hypothetische situatie zonder fout) van eiser afhankelijk zou zijn geweest of de kans zou zijn gegrepen.

Zo is het met de *benefit of hindsight*, als eenmaal een onomkeerbare, nadelige situatie is ontstaan die bij juiste voorlichting (correcte advisering, informatieverstrekking of waarschuwing) achterwege zou hebben kunnen blijven, verleidelijk om van een door deze voorlichting ingegeven beslissing van benadeelde uit te gaan om de hem (in werkelijkheid niet-)geboden kans te grijpen (in de hypothetische situatie zonder normschending). Bekendheid met de ongelukkige eindsituatie roept de neiging op om uit te gaan van een andere, voor hem fortuinlijke(r), handelwijze van benadeelde bij behoorlijke voorlichting. Zo vanzelfsprekend is dit echter niet altijd. Dit komt bijvoorbeeld naar voren in het arrest Fortis/Bourgonje, waarin (overigens niet het leerstuk van verlies van een kans werd toegepast, maar) de vraag voorlag of het hof proportionele aansprakelijkheid mocht aannemen. Men kan zich immers afvragen of Bourgonje zich wel zou hebben laten leiden door de waarschuwing van zijn bank als die (anders dan het geval was) wel met voldoende nadrukkelijkheid en in niet voor misverstand vatbare bewoordingen was gegeven.⁴⁴ Het hier besproken arrest ISG/Natwest toont de behoedzaamheid van de rechter op dit terrein. Het hof ging niet voetstoots, reeds vanwege de enkele kans op een betere uitkomst bij correcte informatievoorziening door de bank, uit van een beslissing van Danstruplund waarmee de schade in het hypothetische geval zonder normschending zou zijn vermeden. Naar zijn oordeel zou Danstruplund niet anders hebben gehandeld indien zij wél op de

40. Kortmann 2012, p. 61, alwaar hij verwees naar A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 208-213.

41. Vgl. de conclusie van A-G Wissink vóór het arrest Fortis/Bourgonje, HR 24 december 2010, NJ 2011/251 (achter randnummer 3.77).

42. Klaassen 2012, p. 9.

43. Dit ligt ten dele anders voor zover de Hoge Raad hierin de leerstukken van proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans duidelijk van elkaar onderscheidde, al is dit facet van het arrest over het algemeen positief ontvangen. Op dit onderscheid ziet dit artikel niet.

44. HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251 (Fortis/Bourgonje).

opheffing van de bankrekeningen zou zijn geweest. Voor ISG ging het hof eveneens zorgvuldig na wat het meest waarschijnlijke scenario zou zijn geweest bij correcte voorlichting. Het hof schatte de kans op een gedragswijziging van ISG ten harer gunste op slechts 25%.

Wat benadeelde in de hypothetische situatie van afdoende voorlichting (informatieverstrekking, waarschuwing of advisering) zou hebben gedaan of juist zou hebben nagelaten, is uit de aard der zaak nauwelijks na te gaan. Wat hij zou hebben beslist, weet alleen de benadeelde zelf. Of hij de waarschuwing ter harte zou hebben genomen, het advies zou hebben opgevolgd, de informatie zou hebben aangewend voor een positieve gedragswijziging, valt niet na te gaan. Het is niet in het belang van benadeelde ruiters toe te geven dat hij het advies in de wind zou hebben geslagen of dat hij een waarschuwing naast zich zou hebben neergelegd.⁴⁵ Daarin schuilt onmiskenbaar een risico. Het roept het gevaar in het leven de aangesproken partij aansprakelijk te houden, terwijl van schade geen sprake is, of aansprakelijk te houden voor een grotere schade dan zij heeft veroorzaakt.

Daarmee draagt toepassing van dit leerstuk bij schending van een informatieverplichting (in sterkere mate dan überhaupt al het geval is bij kansbenadering) het risico in zich van een onterechte veroordeling tot schadevergoeding of een veroordeling tot schadevergoeding voor een te hoog bedrag.

Tegelijkertijd is het ook niet reëel om voor de hypothetische situatie waarin wél behoorlijke voorlichting plaatsvindt een negatie van een advies of waarschuwing tot uitgangspunt te nemen. Er is bijvoorbeeld veel voor te zeggen om in gevallen waarin iemand zich voor deskundig advies tot een beroepsbeoefenaar wendt, van opvolging van zijn goede raad uit te gaan. De beroepsbeoefenaar is niet voor niets aangezocht. Het ligt in de rede om in beginsel uit te gaan van opvolging van een deskundig advies, van inachtneming van een waarschuwing en van benutting door de geadresseerde van informatieverstrekking door een professionele dienstverlener. De kans op een onterechte veroordeling tot schadevergoeding is zo beschouwd ook weer niet levensgroot. Daarbij heeft de benadeelde er niet zelf voor gekozen om in deze lastige (bewijs)positie terecht te komen. Daaraan is de aangesproken persoon debet. Als gevolg van diens normschending ligt de vraag op tafel hoe benadeelde zou hebben gehandeld als de onrechtmatige daad of wanprestatie zou zijn uitgebleven. Bovendien verkrijgt benadeelde bij

toepassing van de doctrine van verlies van een kans enkel een beperkte vergoeding, namelijk ter grootte van de waarde van de (in een percentage uitgedrukte) verloren kans. Het is in dit licht bezien niet unfair om hem in zijn lastige bewijspositie op deze wijze iets tegemoet te komen. Het is voor de rechter nu eenmaal dikwijls geen sinecure om uit te maken wat het meest plausibele scenario zou zijn geweest in geval van adequate informatieverstrekking. Overigens wacht benadeelde ook bij toepassing van dit leerstuk nog een lastige opgave. Hij zal aanmerkelijk moeten maken in het hypothetische geval zonder normschending naar de voorlichting te hebben gehandeld (en daarmee dan succes te hebben kunnen boeken). Hij moet de rechter hiervan zien te overtuigen. Dat dit niet eenvoudig is, blijkt (zoals vermeld) ook uit het lot van de vordering van Danstruplund; het hof schatte de kans op een voor haar positieve gedragswijziging bij correcte informatieverstrekking op nihil. Dit blijkt ook wel uit het taaie debat in de zaak Deloitte/Hassink, waarin laatstgenoemde slechts met veel moeite het hof, wiens uitspraak in cassatie in stand bleef, (ten dele) aan zijn zijde wist te krijgen.

De Hoge Raad vaart met het hier besproken arrest in mijn optiek dan ook een juiste koers. Hij verdeelt hiermee naar evenredigheid de risico's van onterechte af- en toewijzing van een vordering tot schadevergoeding over partijen en treft hiermee een juiste balans. De benadeelde zou tekort worden gedaan als dit leerstuk niet voor toepassing in aanmerking zou komen, enkel nu de vraag of de kans zich in de hypothetische situatie zonder normschending zou hebben verwezenlijkt ervan afhangt hoe hij zich in dat geval zou hebben gedragen, en dit uit de aard der zaak niet (goed) valt vast te stellen. Onjuiste inschattingen zijn daarbij niet uit te sluiten, maar dit is evenmin het geval in het 'klassieke' model.

Ook als de rechter geen gebruik maakt van het wettelijk instrumentarium ter verlichting van de positie van eiser of niet grijpt naar het in de rechtspraak ontwikkelde instrumentarium om eiser tegemoet te komen, is een onterechte (afwijzing van) aansprakelijkheid, en begroting van te vergoeden schade op een te hoog bedrag, niet uitgesloten.⁴⁶ Als het leerstuk van verlies van een kans buiten toepassing zou moeten worden gelaten ingeval het van de beslissing van benadeelde zou hebben afgehangen of hij in het hypothetische geval zonder normschending de hem geboden kans zou hebben gegrepen, dan zou de benadeelde partij onnodig vaak in de kou blijven staan. Daarmee zou dan onvoldoende recht worden gedaan aan de lastige (bewijs)positie waarin zij door toedoen van een normschending van een ander is komen te verkeren. Zoals het hier besproken arrest al toont, gaat de rechter niet voetstoots uit van opvolging van een advies of van een positieve beslissing van benadeelde bij correcte informatieverstrekking in het hypothetische geval zonder normschending, maar onderzoekt hij nauwgezet wat benadeelde vermoedelijk zou hebben gedaan. Bij prudente hantering van dit genuanceerde leerstuk

45. Een veroordeling tot schadevergoeding in een situatie waarin verondersteld gedrag van benadeelde in de situatie zonder normschending een rol speelt, is overigens niet uniek. Zo kan worden gewezen op (in een geheel ander kader gelegen) jurisprudentie over gevaarstelling, zoals het Jetblast-arrest, HR 28 mei 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO4224, NJ 2005/105, waarin de Hoge Raad onder meer overwoog: 'Voor het antwoord op de vraag of een waarschuwing kan worden beschouwd als een afdoende maatregel met het oog op bescherming tegen een bepaald gevaar, is van doorslaggevende betekenis of te verwachten valt dat deze waarschuwing zal leiden tot een handelen of nalaten waardoor dit gevaar wordt vermeden.'

46. In vergelijkbare zin, waar zij dit risico onder de aandacht brengt in haar preadvies voor VASR: Klaassen 2012, p. 6.

opent dat, ook in de hier besproken situatie, de weg naar een rechtvaardige uitkomst. Nieuw is de uitdrukkelijke toepassing van dit leerstuk op een situatie waarin het van het gedrag van benadeelde zou hebben afgehangen of in het hypothetische geval van correcte informatieverstrekking de (in werkelijkheid niet-geboden) kans zou zijn verwezenlijkt, niet. Dit lag reeds besloten in het arrest Deloitte/Hassink. Het is oude wijn in nieuwe zakken.