

Scheidslijnen tussen kansschade, proportionele aansprakelijkheid en de omkeringsregel

Enkele praktische opmerkingen over verschillen tussen deze drie leerstukken naar aanleiding van HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2786

*Mr. J. den Hoed**

1 Inleiding

In aansprakelijkheidsprocedures heeft de benadeelde niet zelden moeite om onzekerheid over het causaal verband tussen normschending en schade te overwinnen. Dit was ook het geval in de hier te bespreken zaak, waarin voorlag of het ziekenhuis aansprakelijk was voor schade als gevolg van een beroepsfout van een arts. In weerwil van de richtlijn, om bij een acute hernia zo snel mogelijk te opereren, had hij daar bij deze patiënte bijna twintig uur mee gewacht. In geschil was of de nadien opgetreden lichamelijke klachten ook zouden zijn ontstaan bij een tijdige ingreep. In de jurisprudentie zijn leerstukken ontwikkeld om de gelaedeerde in sommige gevallen te helpen causaliteitsonzekerheid te overbruggen, bijvoorbeeld door – waar mogelijk – toepassing te geven aan de omkeringsregel, de benadering te kiezen van het verlies van een kans, of door proportionele aansprakelijkheid aan te nemen. In deze zaak kwamen voormelde leerstukken allemaal op enig moment ten tonele. Dit is aanleiding om nog eens stil te staan bij, en enige praktische handvatten aan te reiken voor, de afbakening van de omkeringsregel, kansschade en proportionele aansprakelijkheid ten opzichte van elkaar. Voordat hiertoe wordt overgegaan, zal eerst de uitspraak van de Hoge Raad worden besproken.

2 Feiten

Op 12 januari 2002 bracht eiseres 's ochtends een bezoek aan de huisartsenpost van het academisch ziekenhuis Maastricht (azM) vanwege hevige pijnklachten in de lage rug (met uitstraling naar de benen). Na een medisch onderzoek keerde zij onverrichter zake huiswaarts. Toen zij enige uren later uit bed stapte, voelde zij 'een knap in de rug', waarop zij met hevige pijn door haar benen zakte. Daarop is zij per ambulance naar de spoedeisende hulp van het azM gebracht. Een neuroloog stuurde haar vervolgens na een onderzoek naar verschijnselen

van een acute hernia in de loop van de avond met pijnstillers weer naar huis.

De volgende dag is eiseres, weer per ambulance bij het azM afgeleverd, na onderzoek door een andere arts in de loop van de avond geopereerd. Eiseres kampt met restverschijnselen. Zo lijdt zij aan gevoelsstoornissen in het rijbroekgebied (schaamstreek en billen), waardoor zij geen seksuele sensaties meer ervaart, heeft zij plasproblemen, met als gevolg terugkerende blaasontstekingen, en laat zij ontlasting gaan.

Eiseres heeft het azM aangesproken tot schadevergoeding, nu het ziekenhuis het zogeheten caudasyndroom niet tijdig zou hebben onderkend en het de professionele standaard niet in acht zou hebben genomen, onder meer door haar met een vertraging van 19,5 uur te opereren. Het caudasyndroom is een aandoening waarbij zenuwwortels in de knel komen. De zenuwen vallen hierbij uit.

2.1 Oordeel rechtbank

Naar het oordeel van de rechtbank heeft de arts, die eiseres op 12 januari 2002 had onderzocht, niet de zorg betracht die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam arts mocht worden verwacht. De rechtbank acht causaal verband aanwezig tussen deze tekortkoming en het kort daarop gediagnosticeerde caudasyndroom, met alle daaraan verbonden lichamelijke en geestelijke gevolgen.

2.2 Oordeel hof

Het hof vernietigt het vonnis. Het oorzakelijk verband tussen 'fout en delay' acht het voldoende aannemelijk, het hiervan te onderscheiden causaal verband tussen 'delay en schade' niet. Het overweegt onder meer:

'9.7. Hoezeer ook in een situatie als de onderhavige het verleidelijk kan zijn om, met "common sense", te veron-

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

derstellen dat eerder ingrijpen tot een beter resultaat, en in elk geval tot een grotere kans op een beter resultaat zou hebben geleid, zo eenvoudig blijkt dit niet te liggen. (...)

9.7.1. (...) Het hiervoor geciteerde antwoord op vraag 4 komt er zakelijk weergegeven op neer dat er geen zinvol antwoord valt te geven op de vraag of en in hoeverre het delay heeft geleid tot het verlies van een kans welke aanleiding zou kunnen geven tot enige vergoeding.

9.7.2. Voor toewijzing moet voldoende duidelijk [zijn] dat de niet zeer kleine kans bestond dat door de vertraging aan C. een reële kans op een beter behandelingsresultaat (dan feitelijk is gerealiseerd) is onthouden. (...).

(...)

9.7.4. Het hof komt dus tot de conclusie dat (...) er onvoldoende aanwijzingen zijn dat de schade van C. – niet te definiëren als het ontstaan van de restverschijnselen waarvan zij na de ingreep last is blijven houden, maar als het verlies van een kans op een beter behandelingsresultaat – veroorzaakt is door het delay dat op zijn beurt was veroorzaakt door tekortkomingen van (...) medewerkers van azM. (...).

2.3 Oordeel Hoge Raad

Tegen dit oordeel komt eiseres in cassatie, de patiënte, op. Zij verwijt het hof toepassing te geven aan het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid, terwijl het de mogelijkheid van kansschade zou moeten onderzoeken. Naar het oordeel van de Hoge Raad mist deze klacht feitelijke grondslag, nu het hof de beoordeling van de aanspraak op schadevergoeding wel degelijk in de sleutel zet van het leerstuk van kansschade.

De Hoge Raad honoreert een motiveringsklacht tegen het oordeel van het hof dat onvoldoende objectieve aanwijzingen bestonden om een verlies van een kans op een beter behandelingsresultaat als gevolg van ‘delay’ aan te kunnen nemen. Deze conclusie kan, zo overwoog de Hoge Raad, niet worden gedragen door de daaraan ten grondslag gelegde opmerkingen van de benoemde deskundige, dr. R.H.M.A. Bartels. Deze vermeldt in zijn rapport de grootte van de kansen niet te kunnen duiden, nu – bij gebreke van een vergelijkend onderzoek naar deze vraag – onbekend is of een snelle operatie een beter behandelingsresultaat oplevert dan een iets latere. De Hoge Raad overweegt:

‘Uit het feit dat een deskundige een kans niet in een percentage kan uitdrukken omdat naar de grootte van die kans geen onderzoek is gedaan, volgt immers niet dat die kans niet in een rechtens relevante omvang bestaat. Dat klemmt temeer omdat prof. Bartels opmerkt dat volgens de destijds geldende richtlijn bij voorkeur zo snel mogelijk en dwingend binnen een dag zou moeten worden geopereerd, en dat het zo kan zijn dat tijdens het ontstaan van de hernia acuut dusdanige druk op de zenuwen ontstaat dat deze op dat moment al onherstelbaar beschadigd zijn, maar dat daar tegenover staat dat bij minder ernstige druk, langdurige compressie wellicht leidt tot minder goed herstel. In het

licht van het voorgaande is het oordeel van het hof dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat door het delay een kans op een beter behandelingsresultaat verloren is gegaan, onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd.’

Het hof mocht – zo maakte de Hoge Raad duidelijk – hiermee dan ook niet volstaan. Het had nader moeten beoordelen in hoeverre eiseres tot cassatie een kans op een beter behandelingsresultaat is onthouden. In de woorden van de Hoge Raad:

‘[had] het hof (...) – nu de deskundige geen kanspercentage kon noemen maar zijn antwoorden niet uitsluiten dat van het verlies van een reële kans sprake kan zijn geweest – nader moeten onderzoeken of door het delay een reële kans op een betere uitkomst verloren is gegaan, en had [het hof] – bij bevestigende beantwoording van die vraag – vervolgens tot een zo goed mogelijke schatting van deze kans moeten komen. Daartoe had het hof bijvoorbeeld de deskundige op een zitting nader kunnen bevragen.’

3 Enkele opmerkingen over dit arrest

3.1 Nadere inkleuring ‘reële kans’ en onderzoeksplicht rechter

De Hoge Raad kleurt hier niet alleen het begrip ‘reële kans’ nader in – die niet reeds ontbreekt wanneer de door de rechter benoemde deskundige in zijn rapport geen verliespercentage noemt –, maar biedt ook meer inzicht in de reikwijdte van de onderzoeksplicht van de rechter. Deze houdt niet op indien de benoemde deskundige (bij gebreke van eerder vergelijkend onderzoek) in zijn rapport geen kanspercentage vermeldt, nu daarmee een reële kans nog niet afwezig is. Voor de honorering van de motiveringsklacht wegen voor de Hoge Raad mee: de medische richtlijn om zo snel mogelijk te opereren, de in het deskundigenrapport opengelaten mogelijkheid van verlies van een reële kans op een beter resultaat en de mogelijkheid van minder goed herstel bij langdurige compressie. Hierin had het hof aanknopingspunten moeten vinden voor nader onderzoek, bijvoorbeeld, zo suggereert de Hoge Raad, door de benoemde deskundige ter zitting te horen. Bestaan aanwijzingen voor een verlies van een reële kans, dan zal de rechter behoren na te gaan of hij hierover (van deze of een nog te benoemen, andere deskundige) meer duidelijkheid kan verkrijgen, om vervolgens, indien hem blijkt van een verlies van een reële kans, tot een schatting te komen van het kanspercentage, hoe lastig dit ook is. De Hoge Raad maakt niet duidelijk of de rechter hiertoe telkens gehouden is wanneer het deskundigenrapport geen uitsluitel biedt over de vraag naar het verlies van een kans. Hij acht het oordeel ontoereikend gemotiveerd in het licht van de in het arrest genoemde omstandigheden. Deze omstandigheden noopten in dit geval tot nader onderzoek. A-G Wesseling-van Gent had in haar conclusie vóór dit arrest al gewezen op de mogelijkheid in het rapport wel degelijk aanwijzingen te vinden voor het verlies van een reële kans op een beter resultaat. De Hoge Raad lijkt in deze

zaak, gelet op die indicaties voor kansschade, vooral aan te sturen op een andere uitkomst.

3.2 Nader onderzoek altijd geboden?

De Hoge Raad knoopt met voormelde suggestie aan bij de in art. 194 lid 5 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) aan de rechter toegekende bevoegdheid om het rapport na ontvangst, ambtshalve dan wel op verzoek van (een van) partijen, in aanwezigheid van de deskundige te behandelen en van hem een nadere mondelinge of schriftelijke toelichting te verlangen.¹ Ook na afgifte van het deskundigenrapport zal de rechter immers moeten beoordelen of hij genoeg informatie heeft om het geschil te kunnen beslechten, dan wel of hij hiervoor nog nadere informatie behoeft.² Wanneer de rechter de deskundige ex art. 194 lid 5 Rv ter zitting oproept, zal hij partijen gelegenheid moeten bieden hem vragen voor te leggen. De rechter staan echter alternatieven ten dienste. In overleg met partijen kan hij bijvoorbeeld één of meer andere deskundigen benoemen³

Het voert te ver in het hier besproken arrest een algemene verplichting te lezen voor de rechter om nader onderzoek te doen naar het verlies van een kans als de deskundige hierover in zijn rapportage geen uitsluitel biedt. Hooguit biedt dit arrest een aanwijzing voor de rechter zich niet te gemakkelijk bij het deskundigenbericht neer te leggen, maar de mogelijkheid voor ogen te houden om – als het rapport een verlies van een reële kans niet uitsluit – de deskundige uit te nodigen voor een zitting, waarop hem met uitgekende vragen allicht nog een richtinggevende opmerking valt te ontlokken. Dit is (bijvoorbeeld in zaken over medische fouten) van belang, nu de deskundige bij gebreke van vergelijkend onderzoek zich in zijn rapport wel vaker onthoudt van een uitspraak over (het percentage van) een verloren kans.

Nu in deze zaak de hiervoor aangestipte leerstukken van kansschade, proportionele aansprakelijkheid en de omkeringsregel samenkomen, maar ook nu deze drie formules niet altijd makkelijk van elkaar zijn af te bakenen⁴ en niet altijd eenvoudig is vast te stellen of überhaupt één van deze benaderingen voor toepassing in aanmerking komt (hetgeen in het merendeel van de zaken niet het geval is), biedt dit arrest een reden bij elk van die drie nog iets langer te verwijlen. Hierbij heb ik kunnen bogen op een reeds aanzienlijk aantal waardevolle publicaties

1. Vgl. Beenders, in: T&C Rv 2016, art. 194 lid 5. Zie ook HR 16 april 1999, NJ 1999/666 en R.H. de Bock, Hoe maken we het deskundigenbericht weer aantrekkelijk?, E&R 2017, afl. 6, p. 241.
2. Vgl. G. de Groot, Het deskundigenadvies in de civiele procedure (diss. Amsterdam VU; R&P nr. 165), Deventer: Kluwer 2008/7.4.2.2.
3. Vgl. A.I.M. van Mierlo en J.H. van Dam-Lely, Procederen bij dagvaarding in eerste aanleg (BPP nr. 1), Deventer: Kluwer 2011/12.8.2 en Beenders, in: T&C Rv 2016, art. 194.
4. Zie hierover (voor wat proportionele aansprakelijkheid en kansschade betreft) bijv. A.G. Castermans & P.W. den Hollander, Omgaan met onzekerheid. Proportionele aansprakelijkheid, artikel 6:101 BW en de leer van de kansschade, NTBR 2013/21 en B.C.J. van Velthoven, Verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid: verschillende figuren voor verschillende gevallen (I en II), NTBR 2018/11 respectievelijk 15.

van verschillende schrijvers over deze leerstukken. Ik hoop hieraan een enkele praktische wenk te kunnen toevoegen.

4 Bewijs van *condicio sine qua non*-verband tussen normschending en schade

Een wettelijke verplichting tot schadevergoeding ontstaat als nadeel is veroorzaakt door een handelen of nalaten waaraan het recht aansprakelijkheid koppelt, bijvoorbeeld in geval van een onrechtmatige daad of wanprestatie. Ingevolge de hoofdregel van bewijsrecht, vervat in art. 150 Rv, is het (bij betwisting) aan de benadeelde de normschending, de schade en het *condicio sine qua non*-verband tussen beide te bewijzen.

Met de vaststelling van *condicio sine qua non*-verband is een minimale voorwaarde vervuld om causaal verband aan te nemen. De omvang van de aansprakelijkheid wordt vervolgens afgebakend op de voet van art. 6:98 van het Burgerlijk Wetboek (BW), waarin de leer van de toerekening naar redelijkheid is verankerd. Twee stadia kunnen worden onderscheiden, de vestigings- en de omvangsfase;⁵ eerst wordt met de vaststelling van *condicio sine qua non*-verband aansprakelijkheid gevestigd, vervolgens wordt aan de hand van de leer van de toerekening naar redelijkheid de omvang van de aansprakelijkheid afgepaald. Of en in hoeverre de verschillende schadeposten (die in beginsel elk in *condicio sine qua non*-verband moeten staan tot de normschending⁶) in redelijkheid zijn toe te rekenen, is een rechtsvraag, geen kwestie van bewijs.⁷ Onder bewijslast wordt hier verstaan de verplichting in een geding bewijs aan te dragen voor bepaalde (in de regel positieve) feiten.⁸ Bewijslast impliceert bewijsrisico. De verdeling van de bewijslast aan de hand van de over en weer ingenomen stellingen is toevertrouwd aan de rechter. Hij zal met inachtneming van wetgeving en jurisprudentie moeten beslissen wie waarvan het bewijs draagt.⁹

5. Vgl. Lindenbergh, in: T&C BW 2017, art. 6:98. Dit onderscheid moet niet te strikt worden opgevat. In de praktijk vloeien zij niet zelden in elkaar over.
6. Toepassing van art. 6:98 BW veronderstelt *condicio sine qua non*-verband. De Hoge Raad beklemtoonde dit nog eens in het Frieslandhal-arrest, HR 25 april 2008, NJ 2008/262. Vgl. ook Lindenbergh, in: T&C 2017, art. 6:89 BW. Dit uitgangspunt geldt evenwel niet onverkort. Hiervan wordt bijv. afgeweken als proportionele aansprakelijkheid wordt aangenomen, waarover hierna meer. Ook in hier niet te bespreken gevallen van meervoudige causaliteit wordt hierop een uitzondering gemaakt en daarmee het strikte onderscheid tussen de twee fasen gerelativeerd. Voor een nadere uiteenzetting dienaangaande zij verwezen naar C.J.M. Klaassen, Schadevergoeding: algemeen, deel 2 (Mon. BW nr. B35), Deventer: Wolters Kluwer 2017, nr. 23.
7. Vgl. Asser/Sieburgh 6-II 2017/76 e.v. en A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie vóór HR 23 november 2012, NJ 2012/669. Voert gedaagde feiten aan op basis waarvan het in zijn visie onredelijk zou zijn de schade(posten) ten volle aan hem toe te rekenen, dan zal op hem, voor zover de eiser deze stelling gemotiveerd betwist, te dier zake de bewijslast rusten. In zoverre komen bij de toepassing van de leer van de toerekening naar redelijkheid toch bewijskwesties op, zoals Klaassen helder uiteenzet. Zie in dit verband Klaassen 2017/3.45.
8. In gelijke zin: Hugenholtz/Heemskerck, Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht, Dordrecht: Convooy Uitgevers 2015, nr. 79.
9. Vgl. Hugenholtz/Heemskerck 2015/79.

Of tussen normschending en schade *condicio sine qua non*-verband bestaat, is dikwijls niet eenvoudig vast te stellen. De beoordeling van het *condicio sine qua non*-verband vergt een vergelijking van de situatie waarin de benadeelde sinds de normschending verkeert met de hypothetische situatie waarin hij zich (volgens het meest waarschijnlijke scenario) zou hebben bevonden zonder de normschending. Dit is veelal geen geringe opgave. De gelaedeerde hoeft over het oorzakelijk verband geen absolute zekerheid te verschaffen.¹⁰ Hij slaagt in zijn bewijslast van het *condicio sine qua non*-verband wanneer de veroorzaking naar overtuiging van de rechter met een redelijke mate van waarschijnlijkheid vaststaat.¹¹ Ook een redelijke mate van zekerheid over het causaal verband is vaak echter lastig te verschaffen. In het ene geval ligt de drempel hoger dan in het andere. Zo bleek die tamelijk laag in de zogeheten effectenlease-arresten.¹² Naar het oordeel van de Hoge Raad kon immers – behoudens zwaarwegende aanwijzingen voor het tegendeel – ervan worden uitgegaan dat afnemers met een ontoereikende inkomens- en vermogenspositie de overeenkomst niet zouden zijn aangegaan als de aanbieder niet zou zijn tekortgeschoten. Ook aan het bewijs van oorzakelijk verband tussen een ongeval en lastig te objectiveren gezondheidsklachten zouden niet al te strenge eisen mogen worden gesteld, zo wordt wel afgeleid uit het arrest Zwolsche/De Greef.¹³ In dit verband kan ook worden gewezen op de WOL-uitspraak, waarin *condicio sine qua non*-verband tussen misleiding en beleggingsbeslissing zelfs tot uitgangspunt werd genomen,¹⁴ bij welke uitspraak van de Hoge Raad hierna bij de bespreking van proportionele aansprakelijkheid en de omkeringsregel nog kort wordt stilgestaan.¹⁵

De rechter tracht in voorkomend geval de benadeelde tegemoet te komen. Het recht biedt verschillende instrumenten om een benadeelde te helpen causaliteitonzekerheid te overwinnen, bijvoorbeeld door waar mogelijk een bewijsvermoeden te hanteren, de aangesproken partij (als zij het *condicio sine qua non*-verband betwist) een verzwaarde stelplicht op te leggen, proportionele aansprakelijkheid aan te nemen, dan wel door de omkeringsregel toe te passen.

10. Vgl. ook de conclusie van A-G Spier vóór HR 21 december 2012, NJ 2013/237 (Deloitte/Hassink).

11. Vgl. de conclusie van A-G Hartlief vóór HR 1 december 2017, RvdW 2017/1285.

12. De uitspraken van de Hoge Raad van 5 juni 2009, De Treek/Dexia, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, Levob/Bolle, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, en GeSP/Aegon, ECLI:NL:HR:2009:BH2822.

13. Vgl. bijv. C.J.M. Klaassen, Bewijs van causaal verband in aansprakelijkheidszaken, JBPR 2013/905. De vraag is overigens of dit uit die uitspraak van de Hoge Raad, HR 8 juni 2001, NJ 2001/433, kan worden afgeleid, nu in cassatie niet was opgekomen tegen het door het hof gehanteerde uitgangspunt dat in een geval als voorlag (over een postwhiplashsyndroom) niet al te hoge eisen gesteld mogen worden aan het bewijs van het oorzakelijk verband tussen ongeval en gezondheidsklachten. Dit arrest maakt niet duidelijk of de Hoge Raad die norm zou hebben omarmd. Dit wordt veelal wel aangenomen.

14. HR 27 november 2009, NJ 2014/201.

15. Zie over deze arresten ook A.J.P. Schild, Het '*condicio sine qua non*'-verband bij de schending van een zorgvuldigheidsverplichting: enige wegen naar Rome, RMThemis 2009, afl. 6, p. 254-264.

5 Bespreking omkeringsregel

Eiser draagt (in beginsel) het risico van de causaliteitonzekerheid.¹⁶ Dit kan voor hem bijzonder onbillijk uitpakken. Art. 150 Rv biedt de mogelijkheid om op de bewijslast een uitzondering te maken indien uit een bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling voortvloeit. De 'omkeringsregel' is een dergelijke aan de eisen van redelijkheid en billijkheid ontsproten uitzondering op de hoofdregel van art. 150 Rv. Het is een bewijsrechtelijk instrument waarmee het bewijsrisico van het *condicio sine qua non*-verband enigszins wordt verzacht.¹⁷ Hij behelst, anders dan zijn naam doet vermoeden, geen daadwerkelijke omkering van de bewijslast.¹⁸ Het bewijsrisico blijft rusten waar het lag: bij de gelaedeerde. De Hoge Raad heeft het bewijsrisico slechts verkleind door de bewijsleveringslast te verlichten.¹⁹ Anders dan bijvoorbeeld het geval is bij de hiervan te onderscheiden arbeidsrechtelijke omkeringsregel van art. 7:658 lid 2 BW, geschreven voor het geval de werknemer schade lijdt in de uitoefening van zijn werkzaamheden, hetgeen de werknemer dient te stellen en bij betwisting dient te bewijzen, waarna de bewijslast verspringt naar de werkgever. Deze regel laat ik hier verder rusten. Ik wijs slechts op een recente verfijning van de jurisprudentie op dit terrein in een geval van blootstelling aan asbest.²⁰

Op grond van de omkeringsrechtsregel zal (als aan zijn toepassingsvoorwaarden is voldaan) voorshands, behoudens tegenbewijs, (een vermoeden van) *condicio sine qua non*-verband tussen normschending en een verwezenlijkt gevaar mogen worden aangenomen. Hij strekt zich niet uit tot de omvang van de schade.²¹

De omkeringsregel luidt als volgt:

'[Hij] strekt (...) ertoe dat in bepaalde gevallen een uitzondering wordt gemaakt op de hoofdregel van art. 150 Rv in dier voege dat het bestaan van causaal verband (in de zin van *condicio sine qua non*-verband) tussen een onrechtmatige daad of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen, tenzij degene die wordt aangesproken bewijst – waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is: aannemelijk maakt – dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan. Voor toepassing van deze regel is vereist dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade, en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij

16. Vgl. de conclusie van A-G Hartlief vóór HR 1 december 2017, RvdW 2017/1285.

17. Vgl. Lindenbergh, in: T&C BW 2017, art. 6:98.

18. Vgl. Asser Procesrecht/Asser 3 2017/302; Hugenholtz/Heemskerck 2015/79.

19. Vgl. ook Asser Procesrecht/Asser 3 2017/302.

20. Namelijk HR 6 april 2018, ECLI:NL:HR:2018:536, RvdW 2018/481.

21. Zie HR 29 november 2002, NJ 2004/304 en HR 5 juni 2009, NJ 2009/25.

betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt (...).

Gelet op het voorgaande heeft het hof terecht geoordeeld dat de voorwaarde dat het specifieke gevaar aanmerkelijk moet zijn vergroot, geen geldend recht is (...).²²

Waar naar het oordeel van de Hoge Raad het specifieke gevaar niet (meer) aanmerkelijk hoeft te zijn vergroot, lijkt de vraag of de omkeringsregel enkel is geschreven voor 'het laatste restje causaliteitsonzekerheid' (zoals in overeenstemming met een deel van de literatuur aan het verworpen cassatiemiddel ten grondslag was gelegd) ontkennend te worden beantwoord.²³ De omkeringsregel vindt zijn grondslag in het (aan ervaringsregels ontleende) vermoeden van veroorzaking van de schade in het concrete geval door de bewuste normschending.²⁴ Om die reden, zo lijkt de achterliggende gedachte, is het redelijk in het concrete geval voormeld *condicio sine qua non*-verband te veronderstellen.

Vereist is een schending van een norm die strekt ter bescherming tegen een specifiek gevaar voor schade, welk specifieke gevaar zich moet hebben verwezenlijkt, beide in geval van betwisting door de benadeelde aannemelijk te maken. De omkeringsregel vereist een nauwe band tussen de geschonden norm en het specifieke, gematerialiseerde risico.²⁵ De Hoge Raad acht de omkeringsregel daarbij niet enkel aangewezen bij overtreding van specifieke voorschriften, maar ook bij schending van algemene normen, mits die strekken ter bescherming tegen specifieke schaderisico's.²⁶ Naar de Hoge Raad hieraan – in lijn met eerdere jurisprudentie – toevoegt, komt onzekerheid over het exacte verloop van de gebeurtenissen, gegeven de ratio van de omkeringsregel, voor risico van degene die de desbetreffende norm schond. Ook bij deze verzachting van het bewijsrisico moet de benadeelde nog een aantal, niet-geringe, hobbels nemen. De toepassingseisen zijn streng.²⁷

Om te beginnen moet een norm kunnen worden aangewezen waarvan de strekking is tegen de schade te beschermen. Boven-

dien moet een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken schending van die norm worden aangetoond.

Niet altijd is aanstonds duidelijk of een gedragsvoorschrift bestaat en of dit de strekking heeft het gemanifesteerde gevaar te vermijden. Of dit het geval is, vergt uitleg van de norm door de rechter. Bestaat een medisch protocol, dan kan in ieder geval een gedragsnorm worden aangewezen. Is het protocol niet in acht genomen, dan is niet zonder meer een voldoende verband met nadien opgetreden schade en toepasselijkheid van de omkeringsregel gegeven.²⁸ Nog steeds moet worden vastgesteld of het overtreden voorschrift ook strekt ter bescherming tegen de opgetreden schade, want – zo maakt de jurisprudentie van de Hoge Raad duidelijk – deze norm gaat slechts op bij een enge relatie tussen de geschonden norm en het gemanifesteerde specifieke gevaar op ontstaan van schade.²⁹ Niet alleen zal de benadeelde een norm, zoals een richtlijn of (ander) gedragsvoorschrift, moeten aanwijzen, hij zal ook een (als onrechtmatige daad of tekortkoming te kwalificeren) schending van die norm aannemelijk moeten maken.

Specificiteitseis: het specifieke gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen, moet zijn verwezenlijkt.

De benadeelde zal daarenboven (bij betwisting) de verwezenlijking van het specifieke gevaar op schade waartegen de geschonden norm beoogt bescherming te bieden, aannemelijk moeten maken. De omkeringsregel kan zich hierdoor niet (meer) verheugen in een ruime toepassing. De specificiteitseis damt zijn bereik aanzienlijk in.³⁰ Zo illustreert bijvoorbeeld de uitspraak van de Hoge Raad in zijn slapende echtgenoot-arrest, waarin voorlag of de betrokken arts aansprakelijk was voor het overlijden van een slapende patiënt.³¹ De arts had door de patiënt, ofschoon die niet kon worden gewekt, opname in het ziekenhuis te onthouden, de situatie te lichtvaardig opgevat. Deze tekortkoming gaf het hof geen reden tot toepassing van de omkeringsregel. Slechts een algemeen (zorg)voorschrift was geschonden. Dit oordeel vond genade bij de Hoge Raad. Van belang is hier met name (dit gedeelte uit) het obiter dictum:

22. HR 23 november 2012, NJ 2012/669 (Erven gynaecoloog/ouders). Dit is nog steeds de door de Hoge Raad aan de omkeringsregel gegeven invulling, getuige HR 2 juni 2017, RvdW 2017/635 (Journalist/EPU).

23. Hierover kan ook anders worden gedacht, vgl. Klaassen, in wier fraaie monografie juist wel, ook na het arrest Erven gynaecoloog/ouders, nog immer wordt uitgegaan van een tot dit laatste restje causaliteitsonzekerheid beperkt bereik (Klaassen 2017/3.53).

24. In vergelijkbare zin: Klaassen 2013, en de noot van Asser onder HR 29 november 2002, NJ 2004/305. Dit kan ook worden afgeleid uit het arrest Erven gynaecoloog/ouders, HR 23 november 2012, NJ 2012/669. Zie ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid, NJB 2016/1605.

25. Vgl. A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie vóór HR 23 november 2012, NJ 2012/669.

26. Zie ook A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie vóór HR 23 november 2012, NJ 2012/669.

27. Vgl. de meergenoemde noot van Asser onder HR 29 november 2002, NJ 2004/305.

28. Naar mijn mening volgt uit HR 19 maart 2004, NJ 2004/307 niet anders. Nog steeds moet worden vastgesteld of de geschonden norm ertoe strekte specifiek bescherming te bieden tegen het verwezenlijkte gevaar. Naar in dit arrest in een obiter dictum werd uiteengezet, is (kort weergegeven) voor een beroep op de omkeringsregel de algemene norm (uit art. 7:453 BW) waarin de arts ertoe wordt verplicht de zorg van een goed hulpverlener te betrachten niet geëigend, maar dient een norm die beschermt tegen een specifiek gevaar, bijvoorbeeld een protocol, te zijn geschonden. Dit protocol moet dan nog wel strekken ter bescherming tegen de gemanifesteerde schade.

29. Vgl. A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie vóór HR 23 november 2012, NJ 2012/669.

30. Vgl. de conclusie van A-G Hartlief vóór HR 1 december 2017, RvdW 2017/1285, A-G De Vries Lentsch-Kostense in haar conclusie vóór HR 23 november 2012, NJ 2012/669, H.J. Snijders, Bewijsvermoedens nader beschouwd, NJB 2015/1902, Asser/Sieburgh 6-II 2017/77, Asser Procesrecht/Asser 3 2017/302 en Klaassen 2017/3.49 e.v.

31. HR 19 maart 2004, NJ 2004/307 m.nt. DA.

‘Indien een arts een beroepsfout wordt verweten, zal in vele gevallen als norm die de arts zou hebben geschonden, slechts kunnen worden aangewezen de in art. 7:453 BW neergelegde algemene norm dat de arts bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht moet nemen en daarbij moet handelen in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid voortvloeiende uit de voor artsen geldende professionele standaard. Dit brengt mee dat met betrekking tot het bewijs van de stelling dat de fout tot een bepaalde schade voor de patiënt heeft geleid, in die zin dat tussen de fout en die schade *condicio sine qua non*-verband bestaat, in die gevallen geen plaats zal zijn voor toepassing van de omkeringsregel.’

De Hoge Raad accentueert hier voormeld specificiteitsvereiste. Hieraan was bijvoorbeeld wel voldaan in een zaak waarin een gynaecoloog door ouders werd aangesproken voor schade als gevolg van een medische kunstfout door niet tijdig een keizersnede uit te voeren bij de bevalling van hun vanaf de geboorte ernstig geestelijk en lichamelijk gehandicapte kind. De geschonden norm – die voorschreef reeds aan het begin van de bevalling een keizersnede uit te voeren – strekte juist specifiek ter voorkoming van hersenschade van het ongeboren kind als gevolg van zuurstofgebrek, welk specifieke gevaar zich had gerealiseerd.³² Kan een keizersnede tevens strekken ter voorkoming van andere gevaren, dan doet dat hieraan, naar het oordeel van de Hoge Raad, niet af.

Bepalend is het onmiddellijke gevaar waartegen de norm specifiek bescherming biedt.

De Hoge Raad legt de omkeringsregel bovendien strikt uit waar hij de toepasselijkheid van deze norm enkel relateert aan het onmiddellijke gevolg van de normschending, zo illustreert bijvoorbeeld het veelbesproken Juresta-arrest,³³ waarin aan de orde was of een advocaat aansprakelijk was voor schade als gevolg van de executie van een in hoger beroep vernietigd vonnis. Hij zou een beroepsfout hebben begaan door zijn cliënt niet te wijzen op de aan de executie van een appellabele uitspraak verbonden risico's. Ter discussie stond of betrokkene zich door die informatievoorziening zou hebben laten intomen, dus het hoger beroep zou hebben afgewacht. De Hoge Raad ziet hier – bij gebreke van een gedraging in strijd met een norm die strekt ter voorkoming van (specifiek) de opgetreden schade – voor toepassing van de omkeringsregel geen ruimte. ‘Deze op de advocaat rustende informatieverplichting strekt dus niet ertoe de cliënt te beschermen tegen die risico's, maar de cliënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen’, zo voegt de Hoge Raad hieraan toe. De Hoge Raad paalt de omkeringsregel hiermee scherp af. Is de verweten normschending

ding enkel gelegen in een schending van een informatieverplichting, dan biedt de omkeringsregel in beginsel geen soelaas indien enkel vergoeding wordt gevorderd van schade als gevolg van de vervolgens – zonder deugdelijke voorlichting – genomen beslissing.³⁴ De geschonden norm beoogde slechts de cliënt in staat te stellen om goed geïnformeerd te beslissen, en had niet de strekking die te beschermen tegen de opgetreden schade.

Deze uitspraak wordt wel afgezet tegen het Skeeler-arrest,³⁵ over de dood van een tijdens een skeelercursus voor beginners op haar – niet door een helm beschermde – hoofd gevallen deelneemster, waarin naar het oordeel van de Hoge Raad de omkeringsregel juist wel opging. De Hoge Raad verwierp in die zaak het cassatieberoep tegen het arrest van het hof, waarin de organisator aansprakelijk werd gehouden. Voor beginnend cursisten bestaat, zo nam het hof in ogenschouw, een verhoogd gevaar op een val, met daaraan verbonden ernstige consequenties. In de ogen van het hof mag dan ook van de organisator worden verlangd de cursist hiervoor indringend te waarschuwen. Dit was niet gebeurd. Het hof beoordeelde de getroffen veiligheidsmaatregelen (mede) daarom als ontoereikend. De organisator schond hiermee een ongeschreven zorgvuldigheidsnorm. Dit oordeel hield in cassatie stand. De vrijwillige blootstelling aan dit gevaar door geen helm op te zetten onthief de organisator bovendien niet van de verplichting om de met ‘het oog op dat risico bij een skeelercursus voor beginners geboden veiligheidsmaatregelen’ te treffen, zo overwoog de Hoge Raad onder verwijzing naar eerdere jurisprudentie.³⁶ Als onderdeel van de veiligheidsnorm rustte op de organisator, zo volgt uit het arrest, tegenover de beginnend cursist de plicht om die indringend te waarschuwen voor de aan deelname aan de cursus verbonden gevaren als geen helm zou worden gedragen. De geschonden norm strekte dan ook ter bescherming tegen een specifiek, gematerialiseerd, gevaar voor schade.

Niet alleen droeg de gehoudenheid om het slachtoffer te informeren het karakter van een waarschuwingsplicht.³⁷ Door niet indringend aandacht te vestigen op het gevaar van deelname zonder helm aan een cursus voor beginners schond de organisatie – zo volgt uit het Skeeler-arrest – bovendien een veiligheidsnorm. Zo bezien staat deze uitspraak niet (zonder meer) op gespannen voet met het Juresta-arrest, waarin de informatieverplichting niet (tevens) een van de te treffen veiligheids-

32. HR 7 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3670, NJ 2007/644. In dit verband kan ook worden gewezen op het Trombose-arrest, HR 2 maart 2001, NJ 2001/649, waarin het overtreden voorschrift diende om het risico op het postoperatief optreden van trombose tegen te gaan (althans te verkleinen).

33. HR 2 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ4564, NJ 2007/141. Deze uitspraak dateert dus van na de novemberarresten (uit 2002).

34. Deze uitspraak sluit, zoals de Hoge Raad met zijn verwijzing naar deze jurisprudentie zelf al tot uitdrukking brengt, aan op de *informed consent*-arresten, HR 23 november 2001, NJ 2002/386 (Zenuwbeschadiging) en 387 (Spondylodese), welke arresten kortweg handelden over informatie over de aan de medische ingreep verbonden risico's. Ook kan worden gewezen op HR 29 september 2006, RvdW 2006/909 (Nekhernia).

35. HR 25 november 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU4042, NJ 2007/141.

36. HR 21 oktober 1988, 13355, NJ 1989/729.

37. Zoals Van Boom, naar mijn mening, terecht signaleert, en als reden geeft waarom hier wel de omkeringsregel wordt toegepast en bij een schending van een (algemene) informatieverplichting niet, in: JA 2007/43.

maatregelen betrof.³⁸ In het Skeeler-arrest is niet aan de orde of de cursist in staat is gesteld om goed geïnformeerd te beslissen, maar bovenal of de organisator alle van hem te verwachten veiligheidsmaatregelen heeft getroffen om deze schade af te wenden. Of deze lijn in de jurisprudentie van de Hoge Raad nu gelukkig is of niet – de informatievoorziening, nodig om een afgewogen(er) beslissing te nemen, vindt niet plaats in het luchtledige, maar dient om een achterliggend risico op ontstaan van schade te beteugelen³⁹ –, onwerkbaar is die, naar mijn smaak, niet.

Bij toepassing van de omkeringsregel gloort hoop op volledige schadevergoeding; het is een exponent van de zogeheten ‘alles-of-nietsbenadering’. De geboden verlichting van de bewijspositie ziet op het *condicio sine qua non*-verband tussen normschending en daadwerkelijke schade. De causaliteitsonzekerheid wordt hierbij echter – uiteindelijk – nog steeds afgewenteld op de benadeelde. Slaagt hij niet in deze bewijslast, dan staat hij met lege handen.

6 Tussenoplossingen

6.1 Kansschade en proportionele aansprakelijkheid

Bij toepassing van de leerstukken kansschade (waarbij enkel een vergoeding wordt toegekend ter grootte van de waarde van de ontnomen kans⁴⁰) en proportionele aansprakelijkheid (waarbij slechts aansprakelijkheid bestaat naar rato van de veroorzakingswaarschijnlijkheid) zal de benadeelde met minder genoeg moeten nemen dan vergoeding van de gehele feitelijke schade. De risico's van onzekerheid worden over beide partijen verdeeld.⁴¹

6.2 Eerst onderzoek naar omkeringsregel, dan pas naar kansschade of proportionele aansprakelijkheid

Het is aan de rechter op basis van de insteek van de vordering alsook de over en weer gestelde feiten en hetgeen overigens is komen vast te staan, te beoordelen of een van deze drie benaderingen zich aandient, als al voor één daarvan plaats is. Dit is slechts bij uitzondering het geval. In de meeste aansprakelijkheidszaken vindt geen van deze leerstukken toepassing.⁴² Voor de benadeelde ligt voor de hand om primair op de omkeringsregel in te zetten, nu die zicht biedt op vergoeding van de volledige feitelijke schade, en eventueel subsidiair af te stevenen

op een ‘tussenoplossing’,⁴³ zoals kansschade en proportionele aansprakelijkheid die bieden. De benadeelde hoeft dan niet de lastige horde van *condicio sine qua non*-verband tussen normschending en uiteindelijk, feitelijke schade te nemen. Voor hem geldt dan een lagere bewijsdrempel. Tegelijk – dit is de keerzijde – ligt ook een geringere maximale schadevergoeding in het verschiet. Dit verschil kan overigens wel worden gerelativeerd, nu in sommige gevallen nadat (bijvoorbeeld met hulp van de omkeringsregel of een regulier bewijsvermoeden) *condicio sine qua non*-verband tussen normschending en feitelijke schade is komen vast te staan, met toepassing van art. 6:101 BW een vergelijkbaar resultaat zou kunnen worden bereikt. Nu de beslispunten bij deze benaderingen verschillen, zal de uitkomst echter niet exact hetzelfde zijn.

Vordert de benadeelde volledige schadevergoeding, dan zal de rechter niet onmiddellijk – maar eerst als *condicio sine qua non*-verband tussen normschending en feitelijk nadeel niet komt vast te staan – mogen doortasten naar het leerstuk van kansschade of proportionele aansprakelijkheid, zo volgt ook uit de instructie aan de rechter, vervat in art. 24 Rv. Hij zal immers moeten beslissen op hetgeen een partij aan haar vordering ten grondslag legt. Maar ook hier geldt: als de rechter bevoegd is het meerdere toe te wijzen, mag hij gedaagde ook tot het mindere veroordelen.⁴⁴

7 Enkele opmerkingen over kansschade

De Hoge Raad onderscheidt kansschade van proportionele aansprakelijkheid.⁴⁵ Kansschade biedt een oplossing in sommige gevallen waarin onzeker is of een als vaststaand aan te nemen normschending schade heeft veroorzaakt, welke onzekerheid is gelegen in de onmogelijkheid om vast te stellen of en in hoeverre in de hypothetische situatie zonder normschending een beter resultaat zou zijn geboekt, of, anders verwoord, de kans op succes zich zou hebben verwezenlijkt. In deze benadering wordt nagegaan of de eiser als gevolg van een onrechtmatige daad of wanprestatie een reële kans is onthouden op succes. Het leerstuk is onder meer toegepast in een situatie waarin een advocaat had verzuimd tijdig hoger beroep aan te tekenen of een vordering te laat had ingesteld,⁴⁶ en een belastingadviseur een ondeugdelijk advies had gegeven,⁴⁷ en in een

38. In vergelijkbare zin: I. Giesen, De aantrekkingskracht van Loreley. Over de opkomst en ondergang (?) van de omkeringsregel, in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (red.), Tien penne streken over personenschade, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 76 e.v. en A.J. Akkermans & Chr.H. van Dijk, Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken, AV&S 2012, p. 168.

39. Zoals ook A-G Spier aanstipt in zijn conclusie vóór het arrest Juresta, HR 2 februari 2007, NJ 2007/92.

40. Vgl. Klaassen 2017/3.67.1.

41. A-G Hartlief in zijn conclusie vóór HR 1 december 2017, RvdW 2017/1285.

42. Vgl. ook Klaassen 2017/2.16.2.

43. Vgl. de conclusie van A-G Hartlief vóór HR 1 december 2017, RvdW 2017/1285.

44. Vgl. ook A-G Hartlief vóór HR 1 december 2017, RvdW 2017/1285, en A.G. Wesseling-van Gent in haar conclusie vóór HR 21 oktober 2005, JWB 2005/361.

45. HR 21 december 2012, NJ 2013/237.

46. Vgl. HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0859, NJ 2010/3 (Velic/Lemmen).

47. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237 m.nt. S.D. Lindenbergh (Deloitte/Hassink).

situatie waarin een medicus een beroepsfout had gemaakt.⁴⁸ Voor kansschade is *condicio sine qua non*-verband vereist tussen normschending en verlies van een kans op succes, waarbij voldoende is een reële, dat wil zeggen ‘niet zeer kleine’, kans op een beter resultaat.⁴⁹ Het vereiste van *condicio sine qua non*-verband wordt dus niet losgelaten, maar slechts verlegd (doordat dit wordt vereist ten aanzien van de verloren kans en niet ten opzichte van de feitelijke schade). De in de reguliere ‘alles-of-nietsbenadering’ te beteugelen causaliteitsonzekerheid tussen normschending en uiteindelijk, feitelijk nadeel hoeft niet te worden overwonnen. Op een volledige vergoeding van dit feitelijk nadeel bestaat bij deze benadering dan ook geen uitzicht.⁵⁰

7.1 Schade gelijk aan ontnomen kans

Komt voormeld *condicio sine qua non*-verband (tussen normschending en misgelopen kans) vast te staan, dan zal vervolgens (onder afweging van goede en kwade kansen) moeten worden beoordeeld hoe groot de – in een percentage uit te drukken – kans zou zijn geweest op een gunstiger uitkomst bij afwezigheid van de normschending. Deze tweede stap is er ‘een van schadebegroting (art. 6:97 BW) waarbij de goede en kwade kansen ten aanzien van het scenario zonder normschending tegen elkaar dienen te worden afgewogen’.⁵¹ De aansprakelijkheid reikt niet verder dan tot de in dit percentage uitgedrukte, aan de benadeelde onthouden, kans op een beter resultaat. De kansschade is dus niet gelijk aan het verschil tussen de hiervoor weergegeven feitelijke en hypothetische situatie. Het verlies van een kans zelf vormt vermogensschade. De rechter bepaalt de kans, uitgedrukt in een percentage, door een weging van goede en kwade kansen. De daadwerkelijke, feitelijke schade komt tot dit kanspercentage voor vergoeding in aanmerking. De schade en het causaal verband zijn derhalve niet gelijk aan die bij de klassieke, reguliere benadering.

7.2 Geen algemene ontsnappingsroute, geen onbeperkt bereik

Kansschade is geen panacee, alleen al niet nu niet immer de toepassingsdrempel wordt gehaald.⁵² De Hoge Raad eist voor dit leerstuk weliswaar niet dezelfde terughoudendheid als voor proportionele aansprakelijkheid, maar daarmee is een ruim toepassingsbereik nog niet gegeven. In de eerste plaats moet nog wel *condicio sine qua non*-verband tussen de aan de eis ten grondslag gelegde normschending en het verlies van een kans worden vastgesteld (om welke reden de Hoge Raad niet hoeft op te roepen tot terughoudendheid). Ten tweede kent dit leerstuk een beperkt toepassingsgebied. De Hoge Raad maakt met de weergave van (het type) zaken waarin dit leerstuk toepassing heeft gevonden en de uitdrukkelijke beperking van dit leerstuk tot ‘sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt’ duidelijk dit leerstuk geen eindeloos bereik te willen bieden. Niet in alle gevallen waarin het strikt genomen mogelijk is (met enige creativiteit) een reguliere aansprakelijkheidskwestie te herformuleren naar een vraag van kansschade kan dit leerstuk van stal worden gehaald. Daarmee zou (als *condicio sine qua non*-verband met het kansverlies wordt vastgesteld en de drempel van een niet zeer kleine kans wordt gehaald) al te gemakkelijk een gedeeltelijke aansprakelijkheid komen vast te staan. Desalniettemin zal de rechter vaker naar dit leerstuk dan naar proportionele aansprakelijkheid kunnen grijpen.

8 Proportionele aansprakelijkheid

Proportionele aansprakelijkheid kent een ander vertrekpunt. Om het pad van de proportionele aansprakelijkheid te kunnen bewandelen, moet de schade juist vaststaan. Deze route biedt een oplossing in sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over het *condicio sine qua non*-verband tussen normschending en schade, nu (in het bewuste geval⁵³) onmogelijk kan worden vastgesteld of het nadeel is veroorzaakt door die normschending van de aangesproken partij, dan wel door een omstandigheid binnen de risicosfeer van de benadeelde of een combinatie van beide, en de kans op veroorzaking van de schade door de normschending zeer klein noch zeer groot is (in welke situatie de rechter in de regel de vordering af- respectievelijk toewijst). In dat geval mag de rechter, uit hoofde van de derogerende werking van de redelijkheid en billijkheid, de aangesproken partij – met voorbijgaan aan het vereiste van *condicio sine qua non*-verband⁵⁴ – veroordelen tot schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door haar normschending is veroorzaakt. In het

48. HR 23 december 2016, NJ 2017/133. Dit leerstuk vond ook toepassing in een geval van onrechtmatige overheidsdaad. HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, NJ 2016/1 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Overzee/Zoeterwoude). Voor een uitgebreider overzicht van de relevante jurisprudentie over kansschade-arresten en hierover verschenen literatuur zij verwezen naar de conclusie van A-G Hartlief vóór HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133 (m.n. in voetnoten 15 t/m 35).

49. Vgl. o.m. HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, NJ 2007/63 (Kranendonk), HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237 m.nt. S.D. Lindenbergh (Deloitte/Hassink) en HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, NJ 2016/1 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Overzee/Zoeterwoude).

50. Als een door de rechter benoemde deskundige de kans op een beter resultaat zonder tekortkoming of onrechtmatige daad niet groot acht, is die daarmee nog niet zonder meer rechtens irrelevant, vgl. HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133 m.nt. S.D. Lindenbergh. Naar de Hoge Raad eerder al had uitgemaakt, hoeft (om toepassing te kunnen geven aan dit leerstuk) de kans op een beter resultaat niet groot te zijn geweest, vgl. HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, NJ 2007/63 (Kranendonk) en HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, NJ 2016/1 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Overzee/Zoeterwoude).

51. Zo overweegt de Hoge Raad in zijn arrest Deloitte/Hassink. Vgl. ook de noot van Lindenbergh onder HR 23 december 2016, NJ 2017/133.

52. Vgl. de conclusie van A-G Hartlief vóór HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133 (en de in voetnoot 31 gegeven vindplaatsen van uitspraken waarin de vordering tot vergoeding van kansschade is afgewezen).

53. Het hoeft niet in het algemeen onmogelijk te zijn om de causaliteitsonzekerheid te overwinnen, zo volgt uit het arrest Fortis/Bourgonje (ECLI:NL:HR:2010:BO1799).

54. Vgl. HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, r.o. 3.13 en bijv. A.S. Hartkamp, Het nieuwe BW – ontwikkelingen sinds 1992, AA 2012, p. 52.

algemeen zal de rechter een deskundige dienen te benoemen om dit kanspercentage te bepalen, zo overwoog de Hoge Raad in Nefalit/Karamus, het arrest waarin hij voor het eerst proportionele aansprakelijkheid aanvaardde (maar deze aanduiding nog achterwege liet). In die zaak kon niet worden vastgesteld of de bij de werknemer, Karamus, geconstateerde longkanker was veroorzaakt doordat zijn werkgever, Nefalit, hem in de uitoefening van zijn functie had blootgesteld aan een gevaarlijke stof, asbest, dan wel door zijn verstokte rokersgedrag of door een omstandigheid waarvoor niemand verantwoordelijk is.

De Hoge Raad acht het in de door deze rechtsregel bestreken gevallen evenzeer onaanvaardbaar de onzekerheid over het causaal verband volledig af te wentelen op de benadeelde, als om die geheel voor rekening te laten komen van de aangesproken partij, ook als een niet zeer kleine kans bestaat op veroorzaking van de schade door factoren in de risicosfeer van de benadeelde, zo onderstreept hij nog eens in het arrest Fortis/Bourgonje.⁵⁵ Gelet op het hieraan inherente gevaar iemand aansprakelijk te houden voor niet door hem (in die mate) veroorzaakte schade, dient dit leerstuk met terughoudendheid te worden toegepast. Voor deze rechtsregel is dan ook enkel plaats in uitzonderlijke – van geval tot geval te beoordelen – omstandigheden, van de aanwezigheid waarvan de rechter in zijn motivering verantwoording dient af te leggen. Als de rechter hieraan toepassing geeft, moet hij daarom in zijn motivering verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending waaronder begrepen de aard van de schade, deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen.

Toepassing van dit leerstuk resulteert in een verdeling van de onzekerheid over het *condicio sine qua non*-verband tussen de aansprakelijk gestelde partij en de benadeelde. Hiervoor is slechts plaats als werkelijke alternatieve causaliteit bestaat. De mogelijke alternatieve oorzaken, waarvan zich ten minste één in de risicosfeer van de benadeelde bevindt, maar waarvan niet is uit te maken welke de schade daadwerkelijk heeft veroorzaakt, dienen elk voor zich in direct causaal verband te kunnen staan tot het nadeel. Hiervan is bijvoorbeeld geen sprake als – gelijk de Hoge Raad tot uitdrukking bracht in zijn jurisprudentie over de omkeringsregel – de geschonden norm een informatieplicht behelst die een partij in staat moet stellen goed geïnformeerd te beslissen.⁵⁶ Evenmin lijkt hieraan te zijn voldaan wanneer de normschending en de omstandigheid aan de zijde van de benadeelde elkaar versterken, niet elk afzonderlijk de (gehele) schade kunnen hebben veroorzaakt, maar in elkaar overvloeien.⁵⁷

55. Dit blijkt uit r.o. 3.13 van HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011/250. Zie ook HR 24 december 2010, NJ 2011/251.

56. Zo meen ik met Tjong Tjin Tai in zijn noot onder HR 31 maart 2006, NJ 2011/250.

57. Zo onderschrijf ik wederom de opvatting van Tjong Tjin Tai in zijn noot onder HR 31 maart 2006, NJ 2011/250.

8.1 Enige afbakeningsperikelen: effectenlease en misleidende prospectus

Ook hier liggen vragen over afbakening op de loer. Zo is verbazing geuit over het verschil tussen het schijnbare gemak waarmee in de effectenlease-arresten⁵⁸ *condicio sine qua non*-verband is aangenomen, terwijl voor toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid terughoudendheid is gepredikt.⁵⁹ Is de financiële positie van de afnemer ontoereikend om de rente en aflossingen te kunnen betalen, dan moet, zo bepaalt de Hoge Raad in deze effectenlease-arresten – behoudens zwaarwegende aanwijzingen voor het tegendeel – van *condicio sine qua non*-verband worden uitgegaan tussen de zorgplichtschending door de bank en de schade, waarna (eventueel) nog moet worden beoordeeld of de benadeelde ex art. 6:101 BW de schade (ten dele) zelf dient te dragen. De Hoge Raad hanteert een generiek bewijsvermoeden voor een reeks aan zaken, op basis van algemene uitgangspunten, door toepassing te geven aan de ‘reguliere’ constructie van voorshands bewijs, gecorrigeerd met de werking van art. 6:101 BW. Tegelijkertijd laat hij in deze effectenlease-arresten doorschemeren situaties als deze, waarin voorligt welke beslissing de afnemer zou hebben genomen als de financiële instelling hem wél naar behoren zou hebben voorgelicht, (vooralsnog) niet binnen het bereik te willen brengen van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid.⁶⁰

Dezelfde verwondering over de relatie tot de strenge toepassingsnorm voor proportionele aansprakelijkheid valt ook het World Online-arrest ten deel. Naar de Hoge Raad hierin overweegt, dient *condicio sine qua non*-verband tussen misleiding en beleggingsbeslissing tot uitgangspunt te worden genomen, gelet op de te bieden effectieve rechtsbescherming, de met de prospectusvoorschriften beoogde protectie van (potentiële) beleggers tegen misleidende informatie in het prospectus en de bewijsnood waarmee de belegger bij toepassing van de hoofdregel van bewijsrecht waarschijnlijk te kampen zou krijgen. Als hiervan niet zou worden uitgegaan, zou de met de Prospectusrichtlijn beoogde bescherming illusoir kunnen worden; effectieve rechtsbescherming zou dan ontbreken, zo is een van de overwegingen. Dit tot uitgangspunt te nemen *condicio sine qua non*-verband geldt niet voor de mogelijk (als gevolg van de beslissing om te beleggen) opgetreden schade. De Hoge Raad biedt de rechter daarbij ruimte om dit uitgangspunt te verlaten als, kortweg, de omstandigheden van het concrete geval hiertoe aanleiding geven.

58. HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2811, NJ 2012/183 m.nt. J.B.M. Vranken onder NJ 2012/184 (Levob/Bolle) en HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2822NJ 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken onder NJ 2012/184 (GeSP/Aegon).

59. Zie bijv. Akkermans & Van Dijk 2012.

60. De Hoge Raad heeft hiermee in de optiek van A-G Wissink in zijn conclusie vóór het arrest Fortis/Bourgonje de ‘Nefalit/Karamus-benadering’ met zijn effectenlease-arresten (voorlopig) in de ban gedaan. Ik onderschrijf deze lezing.

8.2 Op gespannen voet met omkeringsregel en leerstuk proportionele aansprakelijkheid?

Het is gelet op het grote aantal hierdoor bestreken individuele zaken voor de beslechting waarvan de Hoge Raad handvatten heeft willen bieden, en in ogenschouw genomen de geboden mogelijkheden om in concrete gevallen tot op maat gesneden oplossingen te komen, de vraag of de effectenlease-uitspraken en het WOL-arrest wel zo sterk op gespannen voet staan met het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid. De effectenlease-zaken (ingestoken als proefproces) en het WOL-arrest worden sterk gekenmerkt door het collectieve karakter van die procedures, zoals de Hoge Raad bijvoorbeeld in r.o. 4.1 van zijn arrest *Dexia/De Treek* tot uitdrukking brengt, waar hij 'met het oog op een praktische, efficiënte en zo mogelijk uniforme beoordeling van de grote aantallen geschillen' een 'handreiking' biedt aan de praktijk, nadat hij om te beginnen heeft gewezen op de onmogelijkheid om in individuele zaken onbeperkt te abstraheren van de feiten en omstandigheden van het geval. Van een volledig op de concrete feiten toegesneden oordeel is in die zaken dan ook geen sprake. Bij de Hoge Raad zat, toen hij het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid oarmde, toch vooral de gedachte hiermee een uitweg te bieden voor causaliteitsonzekerheid bij gezondheidsschade, niet zozeer bij kwesties van zuivere vermogensschade.⁶¹ Zou de Hoge Raad in voormelde zaken van proportionele aansprakelijkheid zijn uitgegaan, dan zou dit de poort hebben opengezet om die aan te nemen in een – niet met de voorgeschreven terughoudendheid te rijmen – uitgebreide categorie van gevallen. Dit zou ook het gevaar op een wijdere (gemakzuchtige) toepassing van dit leerstuk in zich hebben kunnen dragen, waarmee zou kunnen worden ontkomen aan lastige causaliteitsproblematiek.⁶² Nu proportionele aansprakelijkheid het gevaar in zich draagt iemand aansprakelijk te houden voor niet door hem (in die mate) veroorzaakte schade, kan die aansprakelijkheid slechts worden aangenomen in uitzonderlijke, van geval tot geval te beoordelen omstandigheden. De rechter dient hiervan bovendien in zijn motivering verantwoording af te leggen, zo overwoog de Hoge Raad in *Fortis/Bourgonje*. Hiermee verdraagt zich niet het voor de vestiging van aansprakelijkheid wezenlijke vereiste van *condicio sine qua non*-verband gemakkelijk terzijde te schuiven, nu hierin juist zo veel mogelijk een waarborg besloten ligt om te voorkomen dat iemand wordt veroordeeld voor niet door hem veroorzaakte schade. Daarbij is de vraag of proportionele aansprakelijkheid überhaupt in aanmerking komt, nu bij schending van een informatieplicht de betrokkene (enkel) de mogelijkheid wordt

onthouden om goed geïnformeerd te beslissen;⁶³ voor proportionele aansprakelijkheid is geen ruimte als tot de schade niet ten minste twee alternatieve oorzaken in onzeker *condicio sine qua non*-verband staan.

Ook de spanning tussen het WOL-arrest en de jurisprudentie over de omkeringsregel is allicht minder groot dan op het eerste oog het geval lijkt. Weliswaar heeft de geschonden norm de strekking de belegger te beschermen en wordt met het aan te nemen causaal verband beoogd aan te sluiten bij wat in het gros van de zaken de vermoedelijke gang van zaken is, het WOL-arrest ziet echter niet op zomaar een informatieplichtschending, maar op misleiding in de zin van art. 6:194 (oud) BW, terwijl het tot uitgangspunt te nemen *condicio sine qua non*-verband alleen de beleggingsbeslissing betreft (niet de daaruit allicht voortgevloeide schade). Daarbij vormde de verplichting tot effectieve rechtsbescherming, kenmerkend voor Europees (financieel) privaatrecht, waaraan serieus afbreuk zou worden gedaan als niet tegemoet zou worden gekomen aan de bij veel consumenten te veronderstellen bewijsnood, een dragend argument voor het geformuleerde uitgangspunt. Bovendien laat de Hoge Raad de rechter ruimte om in een concrete, aan hem voorgelegde zaak geen *condicio sine qua non*-verband aan te nemen, dus van het uitgangspunt af te wijken.⁶⁴

9 Enkele verschillen tussen proportionele aansprakelijkheid en kansschade

Ofschoon zij allebei proportionele benaderingen opleveren, redresseren kansschade en proportionele aansprakelijkheid dus verschillende problemen. Zo kunnen de volgende verschillen worden aangewezen:

- a. Het leerstuk van kansschade ziet op de vraag of en in hoeverre de normschending schade heeft veroorzaakt, het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid biedt in bepaalde gevallen, waarin de schade vaststaat, een oplossing voor onzekerheid over het *condicio sine qua non*-verband tussen normschending en feitelijke schade door de lasten te verdelen over beide partijen.⁶⁵
- b. Kansschade kan niet worden aangenomen als geen *condicio sine qua non*-verband is vastgesteld tussen normschending en gemiste kans. De verloren kans is hierbij de

61. Dit kan worden afgeleid uit HR 31 maart 2006, NJ 2011/250 (*Nefalit/Karamus*). Vgl. Wijne, in: *GS Onrechtmatige daad 2017*, VI 3.9.4.6, en de noot van Tjong Tjin Tai onder HR 24 december 2010, NJ 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*).

62. Vgl. de noot van Du Perron onder NJ 2014/201 (*World Online*).

63. Vgl. hetgeen de Hoge Raad in een ander kader, dat van de omkeringsregel, heeft overwogen in de eerder aangehaalde *informed consent*-arresten en de hierboven besproken *Juresta*-uitspraak. Aan de andere kant, nu de Hoge Raad in het arrest *Fortis/Bourgonje* proportionele aansprakelijkheid niet categorisch van de hand heeft gewezen, valt niet met zekerheid te zeggen of dit leerstuk is uitgesloten als de aansprakelijkheid enkel zou rusten op een schending van een informatieplicht.

64. Dit is een als misleiding aan te merken gekwalificeerde vorm van onjuiste informatieverstrekking, toentertijd vervat in art. 6:194 (oud) BW, thans (voor consumenten) in art. 6:193a t/m 6:193j BW.

65. Vgl. A-G Hartlief in zijn conclusie vóór HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133.

- schadepost.⁶⁶ Voor proportionele aansprakelijkheid is het vereiste van *condicio sine qua non*-verband tussen normschending en feitelijke schade losgelaten.
- c. Het schadebegrip verschilt.⁶⁷ In geval van kansschade is de schade gelijk aan de in een percentage uitgedrukte kans op een gunstig(er) resultaat ware de normschending uitgebleven. De schade bedraagt (ten hoogste) de waarde van de misgelopen kans op (meer) succes. Proportionele aansprakelijkheid geeft recht op een vergoeding in evenredigheid met de geschatte veroorzaking van de vastgestelde schade door de normschending.
- d. Het leerstuk van de kansschade geeft in beginsel recht op vergoeding van de gehele schade ter waarde van de misgelopen kans op een gunstig(er) resultaat. De rechtsregel van proportionele schade biedt zicht op een gedeelte van de schade (dat bestaat uit het verschil tussen de feitelijke situatie waarin de benadeelde verkeert en de hypothetische situatie waarin hij zich zou hebben bevonden zonder de normschending).⁶⁸ Proportionele aansprakelijkheid leidt (anders dan het geval is bij een bewijsvermoeden, toepassing van art. 6:99 BW en de omkeringsregel) niet tot een van twee uitersten: geen dan wel (in beginsel) volledige schadevergoeding.⁶⁹
- e. Met toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid dient de rechter terughoudend te zijn. Hij mag proportionele aansprakelijkheid enkel aannemen in uitzonderlijke omstandigheden, waarvan hij in zijn uitspraak gewag moet maken, waarbij hij moet vermelden waarom de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending (waaronder begrepen de aard van de schade) deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen.⁷⁰ Bij kansschade legt de Hoge Raad een dergelijke terughoudendheid niet op. De reden voor dit verschil kan allicht worden gevonden in de terzijdestelling van het vereiste van *condicio sine qua non*-verband in het eerste geval, als gevolg waarvan (meer) kans bestaat een partij te veroordelen tot vergoeding van door haar niet-veroorzaakte schade. Een omzeiling van de door de Hoge Raad voorgeschreven terughoudendheid door kansschade

- aan te nemen als voor proportionele aansprakelijkheid geen plaats is, ligt dan ook niet in de rede.⁷¹
- f. Het arrest Fortis/Bourgonje roept de vraag op of voor proportionele aansprakelijkheid snel plaats is als enkel vermogensschade is geleden.⁷² Voor de kansschade-benadering is dit in ieder geval geen struikelblok.

Als de benadeelde worstelt met het bewijs van het *condicio sine qua non*-verband tussen normschending en misgelopen kans op een beter resultaat komen voormelde formules evenzeer in aanmerking. Ook hier kan de rechter de benadeelde (als die moeite heeft causaliteitsonzekerheid te overwinnen) weer de helpende hand reiken, zo ook met proportionele aansprakelijkheid,⁷³ zoals de Hoge Raad in Deloitte/Hassink tot uitdrukking brengt met de overweging:

‘Daarbij kan nog opgemerkt worden dat, nu het hof het *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending van B. en het verlies van de kans van H. op een gunstiger fiscale behandeling heeft vastgesteld volgens de gewone bewijsregels, zonder in dat verband een proportionele benadering te hanteren, geen grond bestaat voor de terughoudende benadering die – in geval van causaliteitsonzekerheid – volgens het arrest Fortis/Bourgonje bij toepassing van proportionele aansprakelijkheid op haar plaats is.’

Hoe verhouden deze leerstukken, kansschade en proportionele aansprakelijkheid, zich tot de omkeringsregel?

9.1 Convergentie omkeringsregel met kansschade en proportionele aansprakelijkheid?

Voor toepasselijkheid van de omkeringsregel moet, zoals uiteengezet, in ieder geval aan de specificiteitseis zijn voldaan. Alleen al om die reden ziet hij niet op situaties waartoe het leerstuk van de kansschade of de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid zich uitstrekt.⁷⁴ Deze leerstukken hebben in zoverre geen overlap met de omkeringsregel.⁷⁵ Ingevolge de omkeringsregel is het, zoals uiteengezet, indien het specifieke gevaar waartegen de geschonden norm beoogt bescherming te bieden zich verwezenlijkt, redelijk, behoudens tegenbewijs, uit te gaan van veroorzaking van de schade door die normschending. Dit is redelijk, nu dit veroorzakingsvermoeden valt terug te voeren op algemene ervaringsregels. De Hoge Raad brengt met de omkeringsregel een vermoeden van veroorzaking tot

66. Aangaande deze verloren kans kunnen dezelfde causaliteitsproblemen rijzen als het geval is wanneer aansprakelijkheid wordt onderzocht tussen normschending en feitelijke schade, zo blijkt ook uit r.o. 3.7 van het arrest HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237 m.nt. S.D. Lindenberg (Deloitte/Hassink).

67. Vgl. Asser/Sieburgh 6-II 2017/79 en J.S. Kortmann, Meervoudige causaliteit: over alternativiteit bij daders én benadeelden (preadvies VASR), Deventer: Kluwer 2012, p. 43.

68. Kortmann 2012, p. 43.

69. Zie in dit verband ook A-G Hartlief in zijn conclusie vóór HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133.

70. Zo overwoog de Hoge Raad in zijn arrest Fortis/Bourgonje, HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251. De rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid is echter niet enkel geschreven voor gevallen van werkgeversaansprakelijkheid of überhaupt letsel-schade, zo volgt uit HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349, NJ 2013/236 m.nt. S.D. Lindenberg (Nationale-Nederlanden/S).

71. Vgl. de conclusie van A-G Spier vóór HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1721 en de noot van Tjong Tjin Tai onder dit arrest, HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251.

72. Vgl. ook de conclusie van A-G Wissink vóór dit arrest alsook de noot van Tjong Tjin Tai onder dit arrest, HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251.

73. De Hoge Raad onderstreepte dit nog eens in het arrest Deloitte/Hassink.

74. Kortmann 2012, p. 38 en A-G Spier in zijn conclusie vóór HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO5207, RvdW 2011/71.

75. Vgl. in gelijke zin A-G Hammerstein in zijn conclusie vóór HR 14 december 2012, NJ 2013/236. Hammerstein verwijst hierbij naar S.D. Lindenberg, Alles is betrekkelijk: over de relatie tussen normschending en sanctie in het aansprakelijkheidsrecht (oratie Rotterdam; Erasmus Law Lectures 7), Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2007, p. 20.

uitdrukking.⁷⁶ Dit kan (juist) niet worden aangenomen in geval van proportionele aansprakelijkheid, waarvoor ten minste twee alternatieve oorzaken met een onzeker *condicio sine qua non*-verband tot de schade moeten kunnen worden aangewezen, en sluit bovendien kansschade uit, nu dit leerstuk slechts aan de orde komt als onzeker is of de tekortkoming dan wel de onrechtmatige daad überhaupt schade heeft veroorzaakt. Wil een beroep op de omkeringsregel slagen, dan zal de benadeelde dus bij betwisting aannemelijk moeten maken dat het specifieke gevaar van (ontstaan van) schade waartegen de geschonden norm beoogt te beschermen, zich in het concrete geval heeft verwezenlijkt. In die situaties waarin toepassing zou kunnen worden gegeven aan de figuur van kansschade of van proportionele aansprakelijkheid is dit (uit de aard der zaak) juist niet aannemelijk. Het leerstuk van de omkeringsregel enerzijds en de leerstukken van de kansschade en proportionele aansprakelijkheid anderzijds vormen, met andere woorden, bij een gelijke casuspositie geen (al naar gelang de rechter of partijen uitkomt, toe te passen) alternatieven.⁷⁷ Wel zou indien de laedens (nadat hij is toegelaten tot tegenbewijs) de rechter alsnog weet te overtuigen van een (ten minste even aannemelijke) andere oorzaak van de schade, proportionele aansprakelijkheid alsnog in beeld kunnen komen.⁷⁸

Het ligt ook niet in de rede om wanneer toepassing zou kunnen worden gegeven aan de omkeringsregel (waarbij in plaats van aansprakelijkheid in evenredigheid met de veroorzakingswaarschijnlijkheid in beginsel aansprakelijkheid voor de gehele schade ontstaat), toch proportionele aansprakelijkheid aan te nemen.

9.2 *Verhouding kansschade en proportionele aansprakelijkheid*

In de literatuur bestaat verdeeldheid over de vraag of en in hoeverre kansschade en proportionele aansprakelijkheid als leerstukken van elkaar zijn te (onder)scheiden.⁷⁹ Naar mijn mening zijn deze leerstukken (vanuit een dogmatische optiek) niet met elkaar op één lijn te stellen, gelijk de Hoge Raad al tot uitdrukking bracht in zijn standaardarrest op dit vlak Deloitte/Hassink.⁸⁰ Het leerstuk van kansschade heeft bovendien een breder bereik.⁸¹ Het is nog niet uitgemaakt of in sommige gevallen waarin proportionele aansprakelijkheid kan worden aangenomen ook het leerstuk van kansschade kan worden gehanteerd. Hierover wordt verschillend gedacht. Sieburgh

sluit dit bijvoorbeeld niet uit.⁸² Naar mijn mening zijn, zoals hiervoor uiteengezet, deze leerstukken bij eenzelfde feitenconstellatie en een gelijk debat tussen partijen niet volledig inwisselbaar. Bij dezelfde feitelijke uitgangspositie vormen zij dus geen naar believen van partijen of rechter te hanteren alternatieven. Ik licht dit toe. Het hangt van de ten processe gekozen insteek alsook de over en weer gestelde feiten af welke van beide leerstukken zich aandient, zij gelden niet tegelijkertijd. Eenzelfde aansprakelijkheidskwestie zal soms kunnen worden gegoten in de mal van kansschade, terwijl evenzeer een benadering vanuit proportionele aansprakelijkheid mogelijk zou zijn geweest. Partijen scheppen immers met hun feitelijke debat het beoordelingskader waarop de rechter de rechtsnormen moet toepassen. In sommige gevallen zal centraal staan of de normschending überhaupt nadeel heeft teweeggebracht, terwijl evengoed zou kunnen worden uitgegaan van schade, waarbij de rechtstrijd wordt toegespitst op de vraag of die is veroorzaakt door de normschending waarvoor gedaagde aansprakelijk is gehouden, dan wel door een omstandigheid in de risicosfeer van de benadeelde (of beide), in welk kader voorligt of in het concrete geval wel is vast te stellen welke van beide mogelijke oorzaken daadwerkelijk in *condicio sine qua non*-verband staat tot de schade.

Deze mogelijkheid om ook de andere insteek, kansschade dan wel proportionele aansprakelijkheid, te kiezen dient zich zeker niet telkens aan wanneer een van beide leerstukken ten tonele verschijnt. De leerstukken zijn dan ook niet volledig inwisselbaar.⁸³ Verzuimt een advocaat, dit is het geijkte voorbeeld van een kansschade-geval, om tijdig hoger beroep in te stellen (ofschoon dit hem is opgedragen), dan komt proportionele aansprakelijkheid bijvoorbeeld niet in beeld. Kampt een patiënte sinds de kunstfout van de daarvoor aansprakelijk gehouden arts met klachten, die gelet op haar genetische aanleg of levensstijl mogelijk ook zouden zijn ontstaan zonder de medische misser, en is niet vast te stellen of die zijn veroorzaakt door de normschending van de arts dan wel omstandigheden in haar risicosfeer, dan zouden, naar mijn mening, beide leerstukken voor toepassing in aanmerking kunnen komen, maar hangt het af van de ten processe gekozen insteek langs welke van die twee lijnen – die van de causaliteitsvraag dan wel de vraag of schade is geleden – de beoordeling plaatsvindt. Beide leerstukken betreffen de (veelal onmogelijk te beantwoorden) vraag in welke situatie de eiser zich zou bevinden zonder de normschending.⁸⁴ Of langs deze twee wegen op exact hetzelfde punt wordt uitgekomen, valt te bezien, nu de beide leerstukken hun eigen beslispunten kennen.

76. Asser Procesrecht/Asser 3 2017/302.

77. Asser/Sieburgh 6-II 2017/81b e.v.; Kortmann 2012, p. 38; Klaassen 2017/351.

78. Vgl. Klaassen 2017/3.65.

79. Voor een overzicht zij, voor het gemak, verwezen naar de in de conclusie van A-G Hartlief vóór HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133 (m.n. in voetnoten 15 en 16) genoemde schrijvers.

80. HR 21 december 2012, NJ 2013/237 m.nt. Lindenbergh.

81. Relativering van het onderscheid tussen beide leerstukken is niet onmogelijk, zoals Hartlief duidelijk maakt in zijn conclusie vóór HR 1 december 2017, RvdW 2017/1285, en in zijn conclusie vóór HR 23 december 2016, NJ 2017/133.

82. Vgl. Asser/Sieburgh 6-II 2019/79. Ook A-G Hartlief gaat hiervan uit, zoals volgt uit zijn conclusie vóór HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133.

83. Zo ben ik met Cox van mening. R.L.M. Cox, Proportionele aansprakelijkheid versus kansverlies – tussen dogmatiek en praktijk, NTBR 2016/40.

84. Vgl. de noot van Lindenbergh onder HR 21 december 2012, NJ 2013/237 (Deloitte/Hassink).

10 Afsluiting

Stap voor stap kristalliseert het leerstuk van de kansschade zich nader uit, zo ook in het hier besproken arrest. Als de benoemde deskundige in zijn rapportage (bij gebreke van vergelijkend onderzoek) de kans niet in een percentage uitdrukt, mag de rechter, zeker wanneer het rapport een verlies van een reële kans openlaat, hierin niet zonder meer berusten, maar dient hij nader te onderzoeken of een reële kans verloren is gegaan, waartoe hij de deskundige ter zitting kan oproepen om hem nadere vragen voor te leggen.

Deze zaak gaf aanleiding nog eens stil te staan bij een afbakening van de omkeringsregel, kansschade en proportionele aansprakelijkheid ten opzichte van elkaar, nu deze drie leerstukken hierin alle drie op enig moment aan de orde kwamen.

De omkeringsregel vereist een nauwe band tussen de geschonden norm en het specifieke, gematerialiseerde risico. De Hoge Raad legt de omkeringsregel strikt uit, waar hij de toepasselijkheid van deze norm enkel relateert aan het onmiddellijke gevolg van de normschending, zo illustreert bijvoorbeeld het Juresta-arrest. Voor toepasselijkheid van de omkeringsregel moet in ieder geval aan de specificiteitseis zijn voldaan. Alleen al om die reden ziet hij niet op situaties waartoe het leerstuk van de kansschade of de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid zich uitstrekt.

Kansschade en proportionele aansprakelijkheid betreffen de (veelal onmogelijk te beantwoorden) vraag in welke situatie de eiser zich zou bevinden zonder de normschending. Kansschade biedt evenals proportionele aansprakelijkheid een tussenoplossing. Vergoeding van de volledige feitelijke schade ligt hierbij niet in het verschiet. Wordt wel volledige schadevergoeding gevorderd, dan zal de rechter – als hier al aanleiding voor is – eerst moeten nagaan of (a) de omkeringsregel (een ‘alles-of-nietsbenadering’) opgeld doet, voordat hij toekomt aan een mogelijk onderzoek naar de vraag of ruimte bestaat voor toepassing van het leerstuk van (b) proportionele aansprakelijkheid (in welk geval slechts aansprakelijkheid bestaat naar rato van de veroorzakingswaarschijnlijkheid) of (c) kansschade (waarbij enkel een vergoeding wordt toegekend ter grootte van de waarde van de ontnomen kans).⁸⁵

Is de vraag of de eiser zich in de hypothetische situatie waarin de normschending achterwege zou zijn gebleven überhaupt in een gunstiger positie zou hebben bevonden, of hij dus schade heeft geleden, dan zou het leerstuk van kansschade van pas kunnen komen. Is niet te achterhalen of de schade is veroorzaakt door de normschending dan wel een omstandigheid in de risicosfeer van de benadeelde (of een combinatie van beide), dan zou in sommige gevallen proportionele aansprakelijkheid kunnen worden aangenomen. Deze instrumenten zijn niet volledig inwisselbaar. Situaties zijn denkbaar waarin de onzekerheid over de gevolgen van een normschending, afhankelijk

van het gekozen pad, wordt benaderd vanuit de causaliteit (en daarmee op de voet van proportionele aansprakelijkheid) dan wel vanuit de schadebegroting (waarbij het leerstuk van de kansschade zich aandient). In diverse gevallen bestaat die inwisselbaarheid echter niet, bijvoorbeeld ingeval een advocaat ondanks de opdracht daartoe nalaat tijdig hoger beroep in te stellen, in welk geval de kansschade-benadering zich aandient. Kansschade heeft een breder bereik dan proportionele aansprakelijkheid, welk leerstuk meer terughoudendheid eist, zeker bij vermogensschade.

85. Vgl. Klaassen 2017/3.67.1 en van haar hand ook Proportionele aansprakelijkheid: een goede of kwade kans, NJB 2007, p. 1360.