

## Noot

### Proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans

1. Beide hiervoor weergegeven arresten voegen stukjes toe aan de puzzel van deelaansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. De zaak over het kind met hersenletsel betreft de vraag of, na vaststelling van de kans (in een percentage uitgedrukt) dat de normschending oorzaak is van de schade, *in het kader van het oordeel over c.s.q.n.-verband* plaats is voor een billijkheidscorrectie in de zin van art. 6:101 BW van het aldus gevonden resultaat. De zaak over het belastingadvies gaat in essentie over het onderscheid tussen 'proportionele aansprakelijkheid' en 'verlies van een kans'. In beide arresten neemt de Hoge Raad de gelegenheid te baat om zijn eerdere rechtspraak uit te leggen en te verfijnen.

### Proportionele aansprakelijkheid en eigen schuld

2. In de zaak van het kind met hersenletsel komt op verschillende manieren tot uitdrukking wat de verhouding is tussen proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband en eigen schuld in de zin van art. 6:101 BW.
3. Eerder (Nefalit/Karamus, *NJ* 2011/250) werd geoordeeld dat proportionele aansprakelijkheid wegens onzeker causaal verband berust op de aan de art. 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten, en dat zij inhoudt dat de aangesprokene wordt veroordeeld tot vergoeding van de gehele schade met vermindering van de vergoedingsplicht in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheden hebben bijgedragen. Het eerste suggereert hooguit oriëntatie op art. 6:101 BW; de laatste bewoordingen lijken een rechtstreekse toepassing ervan. Maar om een echte toepassing van art. 6:101 BW gaat het niet. In het onderhavige arrest preciseert de Hoge Raad de formulering uit Nefalit/Karamus dan ook terecht: hier (rov. 4.2 en 5.3 waar de Hoge Raad zegt dat Nefalit/Karamus 'aldus' moet worden 'begrepen') zegt de Hoge Raad dat de rechter de aansprakelijk gestelde mag veroordelen tot schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt. Dat is beter, want het gaat nu juist niet om een veroordeling tot vergoeding van de volledige schade en vervolgens om toerekening aan de benadeelde: de 'toerekening' aan de aansprakelijke strekt eenvoudigweg niet verder dan tot het kanspercentage van diens veroorzaking. Met de huidige formulering lijkt de Hoge Raad bovendien buiten twijfel te stellen dat ook in geval van meer aangesproken partijen proportionaliteit (en geen hoofdelijkheid) geldt. Vgl. over deze problematiek m.n. Kortmann, *Causaliteitsperikelen* 2012, p. 52 e.v. en in navolging van hem Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II/81a. De nu gekozen formulering brengt in elk geval beter tot uitdrukking dat het hier niet gaat om een toepassing van art. 6:101 BW, maar om een eigensoortige toerekening die slechts de causaliteitsonzekerheid overbrugt. In het verlengde hiervan ligt het volgende punt.
4. In de zaak van het kind met hersenletsel oordeelt de Hoge Raad dat er bij toepassing van proportionele aansprakelijkheid wegens onzeker causaal verband na vaststelling van het percentage van de veroorzakingskans geen plaats is voor een aansprakelijkheid verhogende billijkheidscorrectie. Volgens de Hoge Raad 'zou deze verhoging verder gaan dan door de regel van de proportionele aansprakelijkheid wordt gerechtvaardigd, en op gespannen voet

staan met de in het arrest Fortis/Bourgonje bedoelde terughoudendheid'. Het hof had gezegd: wel plaats voor een billijkheidscorrectie, maar een terughoudende toepassing ervan. Ieder koos dus voor een verschillende aanvliegroute. Ik kan die van de Hoge Raad wel billijken. Vanuit dogmatisch perspectief kan men zeggen dat de keuze voor proportionaliteit zelf al is gestoeld op 'overwegingen van redelijkheid en billijkheid' (Nefalit/Karamus, rov. 3.13), maar het zou ook iets wonderlijks hebben om eerst het belang van motivering en deskundige voorlichting te benadrukken, hetgeen een bepaalde mate van exactheid suggereert, om vervolgens het gevonden resultaat met de kwast der billijkheid te bewerken. Het gaat bij proportionele aansprakelijkheid als gezegd niet om een echte toepassing van art. 6:101 BW, maar enkel om een overbrugging van causaliteitsonzekerheid door aanvaarding van een deelaansprakelijkheid gerelateerd aan de veroorzakingskans. Dat betreft dus alleen de kwestie van aannemelijkheid van c.s.q.n.-verband; de normatieve toerekening (6:98, 6:101 BW, beide artikelen veronderstellen c.s.q.n.-verband) is van een andere snit en volgt eerst daarna. Dat volgens Fortis/Bourgonje (*NJ* 2011/251) voor de vraag of proportionele aansprakelijkheid op haar plaats is, ook normatieve elementen (strekking van de geschonden norm, aard van de normschending, aard van de schade) een rol spelen, doet daaraan niet af. Dit biedt de mogelijkheid om al naar gelang de aard van de normschending en de schade in kwestie wel of niet te kiezen voor overbrugging van causaliteitsonzekerheid met behulp van proportionele aansprakelijkheid, waarover straks iets meer.

5. Iets anders is dat na toepassing van de figuur van proportionele aansprakelijkheid wegens onzeker causaal verband nog plaats kan zijn voor vermindering van de vergoedingsplicht door (rechtstreekse) toepassing van art. 6:101 BW. De Hoge Raad benadrukt dat in deze uitspraak door (in rov. 4.4) een voorbeeld te geven: de automobilist ten aanzien van wie onzeker is of hij door een ongeval letsel heeft opgelopen had tevens eigen schuld aan dat ongeval. In dat geval kan na toepassing van proportionele aansprakelijkheid ter zake van onzeker causaal verband op de 'aldus bepaalde vergoedingsplicht' met toepassing van art. 6:101 BW nog een vermindering wegens eigen schuld (causale verdeling en billijkheidscorrectie) worden aangebracht. Een eventuele billijkheidscorrectie in dat kader kan de aansprakelijkheid echter niet hoger doen uitvallen dan op basis van proportionele aansprakelijkheid was vastgesteld.
6. Dit alles laat zien dat er wel enige verwantschap is tussen proportionele aansprakelijkheid wegens onzeker causaal verband en art. 6:101 BW, maar dat het niet gaat om een toepassing van die bepaling. Iets anders is dat met proportionele aansprakelijkheid wegens onzeker causaal verband uiteindelijk soms een vergelijkbaar resultaat kan worden bereikt als met het aannemen van (volledig) c.s.q.n.-verband (al dan niet door bewijsvermoedens, omkeringsregel, etc.) en het vervolgens toepassen van art. 6:101 BW (men denke aan de thematiek van effectenlease, *NJ* 2012/184 e.v.), maar dat wil niet zeggen dat beide routes dezelfde zijn, evenmin dat zij telkens inwisselbaar zijn. Vgl. A-G Wissink, *NJ* 2011/251 sub 3.62. Zie over de praktische toepassing van beide routes (en hun onderlinge verschillen) uitvoerig Akkermans & Van Dijk, *AV&S* 2012/17.

#### Proportionele aansprakelijkheid versus kansschade

7. In het arrest inzake het belastingadvies schetst de Hoge Raad een onderscheid tussen – wat hij nu noemt – proportionele aansprakelijkheid en kansschade. Kort ervoor was in de

literatuur (Akkermans & Van Dijk, AV&S 2012/17) nog bepleit beide benaderingen onder hetzelfde 'label' van 'proportionele aansprakelijkheid' te ordenen. Ook A-G Spier maande tot voorzichtigheid ten aanzien van onderscheidingen op dit punt (com 3.13). De Hoge Raad maakt niettemin uitdrukkelijk een onderscheid in terminologie, benadrukt verschillen en probeert te omschrijven voor welke categorieën van gevallen de respectievelijke figuren zich lenen. Hij *lijkt* ook te suggereren dat de figuur van de kansschade met minder terughoudendheid zou mogen worden toegepast dan die van proportionele aansprakelijkheid. Dat zou het onderscheid niet alleen theoretisch maar ook praktisch relevant maken, zeker wanneer zich in een voorkomend geval een keuze zou voordoen. Ik vraag me af of de Hoge Raad dat werkelijk bedoelt en of er werkelijk een verschil in terughoudendheid geldt, zo het onderscheid tussen proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans al enig hout snijdt).

8. Het type casus waarop de respectieve figuren worden toegepast lijkt op het eerste oog inderdaad te verschillen (de beide hiervoor geplaatste arresten vormen daarvan illustraties). In het ene geval (geboorteletsel) is er naast de kans dat een normschending oorzaak is van de schade een kans dat de schade het gevolg is van een oorzaak buiten de risicosfeer van de aangesprokene. In het andere geval (belastingadvies) gaat het om de vraag hoe groot de kans is dat de benadeelde zonder de fout in een fortuinlijker positie had verkeerd. Bij nadere beschouwing kan men evenwel ook in het tweede type gevallen zeggen dat het gaat om een kans dat de schade in de risicosfeer van de benadeelde hoort te vallen, omdat het gaat om omstandigheden (welke keuzes zouden door de benadeelde zijn gemaakt en wat zouden daarvan de gevolgen zijn geweest?) die buiten de risicosfeer van de aansprakelijke kunnen liggen. Bezieet men de casus van Fortis/Bourgonje (zou de cliënt een indringende waarschuwing van de bank hebben opgevolgd?), dan zou men kunnen menen dat dat geen passend geval is voor toepassing van 'proportionele aansprakelijkheid' in de betekenis die de Hoge Raad daaraan toekent, maar wellicht wel voor toepassing van de figuur van verlies van een kans op een betere positie: met 100% zekerheid is Bourgonje de kans op een betere beleggingsbeslissing ontnomen en is hem de kans ontnomen gevrijwaard te blijven van het geleden beleggingsverlies.
9. Hoewel de casustypen dus soms zijn te onderscheiden, is het hetzelfde type probleem (onzekerheid ten aanzien van de positie zonder normschending) telkens de wortel en rijst de vraag of er aanleiding is om voor beide typen gevallen – zoals de Hoge Raad suggereert – verschillende toepassingsvoorwaarden te hanteren. Daarbij moet worden bedacht dat in beide gevallen het risico bestaat dat de aansprakelijke wordt veroordeeld tot vergoeding van schade die hij niet heeft veroorzaakt (in Fortis/Bourgonje werd dat als reden genoemd voor terughoudendheid), resp. dat de benadeelde geen vergoeding krijgt van schade die wel door de aansprakelijke is veroorzaakt. Ten aanzien van proportionele aansprakelijkheid schrijft de Hoge Raad uitdrukkelijk terughoudendheid voor en vergt hij bijzondere motivering aan de hand van de strekking van de geschonden norm, de aard van de normschending, de aard van de schade en gemotiveerde schatting van de kans. Ten aanzien van kansschade zien we die eisen niet terug. Sterker nog, in toepassing van laatstgenoemde figuur ligt besloten dat c.s.q.n.-verband tussen normschending en schade wordt aangenomen en dat vervolgens alras de stap naar schatting van de kans wordt gemaakt. Maar het is (ook) hier een kwestie van goed lezen. De Hoge Raad zegt (rov. 3.7): 'Daarbij kan nog opgemerkt worden dat, nu het hof het condicio-sine-qua-non-verband tussen de

normschending (...) en het verlies van de kans (...) 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/[B] bij toepassing van proportionele aansprakelijkheid op haar plaats is.' Cruciaal aan deze overweging lijkt mij dat eerst de stap, dat c.s.q.n.-verband tussen het verkeerde advies en het verlies van de kans om bij een juist advies tot een beter resultaat te komen, gemotiveerd wordt gezet. In dit geval had het hof geen 'sprong' genomen van normschending naar kans, maar eerst – kennelijk voldoende behoedzaam – de tussenstap gezet dat aannemelijk was dat een juist advies zou zijn opgevolgd. De onzekerheid ten aanzien van het vervolg (was de fiscale faciliteit dan ook daadwerkelijk benut) verdeelt het hof vervolgens naar rato van de geschatte kans op verwezenlijking daarvan. Ten aanzien van dat laatste stelt de Hoge Raad (rov. 3.8) de eis dat het moet gaan om een 'reële (dat wil zeggen niet zeer kleine) kans op succes', waarin wel degelijk een parallel met de eisen voor toepassing van proportionele aansprakelijkheid is te zien. Zo bezien heeft het hof in feite de nodige behoedzaamheid betracht en betwijfel ik of uit het arrest mag worden afgeleid – zoals in de praktijk valt te beluisteren – dat kansschade met minder terughoudendheid mag worden toegepast dan proportionele aansprakelijkheid.

10. Met dit arrest is in elk geval buiten twijfel gesteld dat toepassing van de figuur van de kansschade in de *verdere schakel*, dat wil zeggen nadat met toepassing van de gewone bewijsregels causaal verband is vastgesteld tussen de fout en het (achterwege blijven van het) handelen van de benadeelde, ook mogelijk is in gevallen waarin na onjuiste advisering vergoeding van zuivere vermogensschade wordt gevorderd. (Men kon daarover aarzelen na de maning tot terughoudendheid in Fortis/Bourgonje.) Hier benadrukt de Hoge Raad dat zijn eerdere rechtspraak ter zake van kansschade (*NJ 1998/257*, *NJ 2007/256* en *NJ 2007/63*) onverkort geldt. Het lijkt me niet voor betwisting vatbaar dat de figuur van de kansschade dan eens te meer toepasbaar is in gevallen van aansprakelijkheid van zorgverleners wegens een gemiste diagnose (schending van een veiligheidsnorm waarna vergoeding van letselschade wordt gevorderd). Dat impliceert een ruimer toepassingsgebied voor de figuur van de kansschade dan de door de Hoge Raad in Fortis/Bourgonje gepropageerde terughoudendheid ten aanzien van proportionele aansprakelijkheid suggereert. Toch past ook hier behoedzaamheid: telkens zal eerst de vraag moeten worden beantwoord of daadwerkelijk een kans is verloren en moet vervolgens de omvang van die kans worden bepaald.
11. Voor het overige past behoedzaamheid bij het uitzetten van lijnen voor toepassing, ter zake van zowel proportionele aansprakelijkheid als kansschade. Het complexe aan hulpmiddelen bij het bewijs van causaal verband is nu eenmaal dat hun inzet in concrete gevallen in hoge mate afhangt van feitelijke waarderings- en aannemelijkheidsvragen in het licht van door partijen betrokken stellingen en aangevoerde feiten. Dat maakt het categoriseren tot een hachelijke aangelegenheid. Zoveel heeft in elk geval de thematiek van de 'omkeringsregel' geleerd: iedere poging daartoe roept nieuwe afbakeningskwesties op. Zie over de risico's daarvan onder (veel) meer Klaassen, *Causaliteitsperikelen* 2012, p. 5. e.v. Ten aanzien van proportionele aansprakelijkheid en kansschade zal dat niet anders zijn.