

(Dis)Proportionele duidelijkheid

19

Redactioneel

Na het *Nefalit/Karamus*-arrest (HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006/328) waarin 'proportionele' aansprakelijkheid aanvaard werd, was één van de openstaande vragen in hoeverre die proportionele oplossing ook buiten dat specifieke geval kon worden gebruikt.¹

De door de Hoge Raad gebruikte constructie, gebaseerd op 'de gedachte achter' art. 6:99 BW en art. 6:101 BW, maakt dat proportionele aansprakelijkheid in ruime mate is toe te passen. Die gedachte – verdeling van de schade over slachtoffer(s) en aansprakelijke(n) kan aangewezen zijn – is immers ook bruikbaar als die artikelen zelf niet toepasselijk zijn. Voor het overige volgt uit het arrest *Nefalit* echter vooral dat terughoudendheid moet worden betracht als het om 'doorwerking' gaat. De Hoge Raad stelt driemaal dat het 'in het algemeen' zo is dat..., waarna een nadere omschrijving volgt. Ook wordt de strekking van de norm (gezondheidsschade voorkomen) en de aard van de normschending (werkgeversaansprakelijkheid) ingezet als inperking. Volgens de literatuur mogen we ervan uitgaan – samengevat – dat het arrest wel van betekenis is voor het gehele aansprakelijkheidsrecht, doch dat van een 'algemene' doorwerking geen sprake zal zijn.²

In de zaak *Fortis Bank/X*. (HR 24 december 2010, *RvdW* 2011/35) boog de Hoge Raad zich opnieuw over (de reikwijdte van) het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid. Aan de orde was de vraag of vermogensbeheerder Fortis haar cliënt al dan niet indringend had moeten adviseren om aandelen te verkopen, alsmede, nu dit niet gebeurd is, of daardoor schade is veroorzaakt. Het betreft een belangrijk en duidelijk arrest over proportionele aansprakelijkheid waarmee echter een ongelukkige keuze wordt gemaakt.

De Hoge Raad overweegt (r.o. 3.8) dat proportionele aansprakelijkheid het bezwaar heeft dat iemand aansprakelijk wordt gehouden voor schade die hij wellicht niet heeft veroorzaakt:

"Dit bezwaar brengt mee dat deze regel met terughoudendheid moet worden toegepast, en dat de rechter die daartoe besluit, in zijn motivering dient te verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending – waaronder is begrepen de aard van de door de benadeelde geleden schade – deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen."

Da's duidelijk. Vervolgens stelt de Raad dat aanvaarding van proportionele aansprakelijkheid in *Nefalit* was toegesneden op dat specifieke geval, maar daaruit kan niet geconcludeerd worden dat die regel alleen dan toepasbaar is. De redelijkheid die toen deze oplossing vergde, kan ook in andere gevallen doorslaggevend zijn:

"indien de aansprakelijkheid van de aangesproken partij op zichzelf vaststaat, een niet zeer kleine kans bestaat dat het *condicio-sine-quanon*-verband tussen de geschonden norm en de geleden schade aanwezig is, en de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending de toepassing van de genoemde regel rechtvaardigen."

1. Zie mijn preadvies (met Tjong Tjin Tai), *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 80-100.
2. Giesen, a.w., p. 85-87, met verdere verwijzingen.

Ook duidelijk. 'Aansprakelijkheid' moet gegeven zijn en de kans dat er een juridisch voldoende causaal verband is, mag 'niet zeer klein' zijn. Met de frase dat de 'aansprakelijkheid' vaststaat, zal de Raad overigens bedoeld hebben – in aansluiting op r.o. 3.10 – dat vaststaat dat er een *normschending* heeft plaatsgevonden, en niet dat 'de aansprakelijkheid' gegeven moet zijn, want dat oordeel impliceert dat causaal verband vaststaat, en dat is juist het probleem.

Vervolgens verwerpt de Hoge Raad twee in de literatuur verdedigde standpunten. Zo sneuvelt – terecht – het onderscheid dat soms gemaakt wordt tussen onzekerheid betreffende het verleden dan wel de toekomst.³ Ook de gedachte dat proportionele aansprakelijkheid als oplossing voor causaliteitsonzekerheid als bewijsprobleem beperkt zou kunnen blijven tot die gevallen waarin dat bewijsprobleem 'structureel' (in alle zaken van het desbetreffende type) aanwezig is, wordt verworpen.

“3.9 (...) Het onderdeel treft echter geen doel voor zover het tot uitgangspunt kiest dat de toepassing van deze rechtsregel is beperkt tot gevallen waarin het bewijs van het *condicio-sine-qua-non*-verband in het algemeen een probleem is, reeds omdat het onderscheid tussen zodanige gevallen en die waarin de onzekerheid voortvloeit uit de specifieke omstandigheden van het desbetreffende geval, onvoldoende scherp is.”

Een duidelijk oordeel, dat echter geen navolging verdient. Ons aansprakelijkheidsrecht hanteert nu eenmaal minder scherpe, minder strakke onderscheidingen en begrippen. Zelfs als het om de toepassing van proportionaliteit gaat, wordt een 'onscherp' onderscheid gemaakt; wanneer is immers een kans 'zeer klein' in plaats van 'klein'? Verder wordt hiermee het mogelijke toepassingsbereik van de proportionele oplossing verruimd – een mogelijke beperking is immers afgewezen – hoewel terughoudendheid voorop werd gesteld.

Dat het met die terughoudendheid wel ernst is, blijkt overigens hieruit dat in dit geval – een waarschuwingsplicht die strekt tot voorkoming van vermogensschade – de toepassing van proportionele aansprakelijkheid niet geaccepteerd wordt, omdat (r.o. 3.10):

“het tegenover de vermogensbeheerder onaanvaardbaar is het in beginsel op de cliënt rustende bewijsrisico omtrent het *condicio-sine-qua-non*-verband tussen de op zichzelf vaststaande normschending en de schade niet voor rekening van de cliënt te laten”.

Ook dat is duidelijk.⁴ Echter, gezien de altijd aanwezige, structurele bewijsmoeilijkheden voor schadelijdende burgers bij een gebleken schending van een waarschuwingsplicht, en gegeven de weigering van de Hoge Raad om op andere wijze, denk aan een bewijslastomkering, te reageren op die onmogelijke positie, is die beslissing wat mij betreft⁵ tevens *disproportioneel* nadelig voor het slachtoffer van de geschonden waarschuwingsplicht en voor de handhaving van die zorgplicht (die daarmee als lege huls achterblijft), en daarmee duidelijk onjuist.

3. Vgl. Giesen, *a.w.*, p. 73.

4. In HR 28 maart 2008, *Nj* 2009/578 m.nt. J. Hijma (*Dexia*) werd ook geen evenredige oplossing gekozen.

5. Giesen, *a.w.*, p. 96-98.