

Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten

NTBR 2014/27

Problematisch bij het in toenemende mate opleggen van informatie- en waarschuwingsplichten aan met name professionals en (financiële) ondernemingen, is dat vooral de (feitelijke) vaststelling van het causaal verband tussen die schending en de schade niet eenvoudig is. In deze bijdrage wordt ingegaan op vier mogelijke wijzen waarop de in bewijsnood verkerende eiser tegemoet kan worden gekomen bij de vaststelling van dat causaal verband. Steeds wordt bezien of en in welke mate elk van de genoemde instrumenten een positieve bijdrage aan de effectieve rechtsbescherming kan leveren.

1. Inleiding

In de praktijk van het hedendaagse burgerlijk recht worden in toenemende mate informatie- en waarschuwingsplichten opgelegd aan met name professionals en (financiële) ondernemingen. Problematisch daarbij is echter dat zowel de (feitelijke) vaststelling van de schending van een zorgplicht als de (feitelijke) vaststelling van het causaal verband tussen die schending en de schade niet eenvoudig is; vorderingen van eisers lopen vaak stuk op de zo opgeworpen bewijsrechtelijke horden. In de rechtspraak wordt op diverse wijzen getracht die eisers tegemoet te komen. Omdat er blijkens de rechtspraak van grofweg de laatste twintig jaren inmiddels vier verschillende, sterk aan elkaar verwante processuele en materiële instrumenten – ook wel: bewijsrechtelijke tegemoetkomingen – zijn ontwikkeld die mogelijk uitkomst kunnen bieden voor de eisende partij in geval van bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband, beoogt dit artikel ten eerste een overzicht te bieden van die vier instrumenten en hun receptie in de rechtspraak. Het gaat hier over (1) de omkeringsregel; (2) de proportionele aansprakelijkheid; (3) de processuele leer van het 'tot uitgangspunt nemen van causaliteit' en over (4) de theorie van

het verlies van een kans.² De relevantie en de bruikbaarheid van deze instrumenten is met name hierin gelegen dat op deze wijze de geschonden materiële norm gehandhaafd kan worden en daarmee effectieve rechtsbescherming te bewerkstelligen valt. Zo wordt voorkomen dat de inhoud van de materieelrechtelijke norm, de zorgplicht, een lege huls wordt. Het tweede doel van deze bijdrage is derhalve te beoordelen of en in welke mate elk van de genoemde instrumenten erin kan slagen een positieve bijdrage aan die effectieve rechtsbescherming te verlenen, gegeven de stand van zaken in de rechtspraak.

De concrete aanleiding voor dit artikel is gelegen in een tweetal voor de procespraktijk relevante uitspraken, waarmee naast de nodige duidelijkheid ook weer nieuwe vragen in het leven zijn geroepen. In het *Deloitte/H&H Beheer*-arrest³ van december 2012, heeft de Hoge Raad getracht duidelijkheid te scheppen over de wijze waarop en de situatie waarin de leerstukken proportionele aansprakelijkheid en kansschade moeten worden toegepast. Uit de in juni 2013 gewezen uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden⁴ blijkt echter dat de toepassing van de (proportionaliteits)regels uit het *Deloitte/H&H Beheer*-arrest toch (nog) geen wet van Meden en Perzen is in de feitenrechtspraak.⁵ Daardoor kan in de procespraktijk opnieuw de vraag rijzen hoe met bewijsnood aan de zijde van de eiser in geval van verzuimde informatieplichten om moet worden gegaan. Dit artikel beoogt, als gezegd, mede om op dergelijke praktische vragen een antwoord te geven.⁶

Na deze inleiding wordt eerst de groei en de vaststelling van informatieplichten besproken (§ 2) en wordt bekeken hoe de causaliteit in gevallen van verzuimde informatieplichten

¹ Citeerwijze: I. Giesen en K.L. Maes, 'Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten', *NTBR* 2014/27, afl. 6. Prof. mr. Ivo Giesen is hoogleraar Privaatrecht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en programmaleider van het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law (UCALL)*. Kirsten L. Maes LLB rondde in juni 2013 (cum laude) de bachelor Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Utrecht af en is masterstudent Privaatrecht aan de Universiteit Utrecht.

² Het leerstuk van de vergoeding van 'integriteitsschade' zou ook nog genoemd kunnen worden, maar dat is in de rechtspraak van de Hoge Raad nog niet tot wasdom gekomen. Zie R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade. Een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van zorggerelateerde schade* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 423-434.
³ HR 21 december 2012, *NJ* 2013/237 (*Deloitte/H&H Beheer*). Het *Deloitte/H&H Beheer*-arrest wordt ook al in de lagere rechtspraak toegepast, zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2013, *LJN* CA2120.
⁴ Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2013, *LJN* CA2120.
⁵ Zie hierover ook: A.G. Castermans en P.W. den Hollander, 'Omgaan met onzekerheid', *NTBR* 2013/21, p. 194-195. Hier wordt de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden, 12 februari 2013, *LJN* BZ1711 als bewijsvoering gebruikt voor de stelling dat het kwalificeren van een zaak in termen van proportionele aansprakelijkheid of kansschade geen sinecure is.
⁶ Zie specifiek voor gevallen van beleggingschade ook nog A.C.W. Pijla, 'Het bewijs van causaal verband bij informatieverzuimen in de beleggingspraktijk', *NTBR* 2009/22, p. 170 e.v.; C.J.M. Klaassen, *Bewijs van causaal verband tussen beweerdelijk geleden beleggingschade en schending van een informatie- of waarschuwingsplicht*, in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 127 e.v.

wordt vastgesteld (§ 3).⁷ Daarna wordt een overzicht geboden van vier bewijsrechtelijke tegemoetkomingen, welke getoetst zullen worden aan hun bruikbaarheid in geval van verzuimde informatieplichten (§ 4), waarna recapitulerend beoordeeld zal worden of met de toepassing van deze vier instrumenten de effectieve rechtsbescherming afdoende gewaarborgd kan worden (§ 5). We ronden dit artikel af met de bespreking van enkele consequenties van de (on)bruikbaarheid van voornoemde bewijsrechtelijke tegemoetkomingen voor de procespraktijk (§ 6) en een slot (§ 7).

2. Informatieplichten

2.1 Groei van de informatieplichten

Sinds het klassieke werk van Vranken uit 1989 over mededelings- en informatieplichten,⁸ zien we een gestage groei van (het ontstaan en gebruik van) dergelijke zorgplichten in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht, zowel contractueel als buitencontractueel.⁹ Op allerlei terreinen zijn nieuwe zorgplichten en steeds verder reikende zorgplichten geaccepteerd, waarbij het in toenemende mate gaat om waarschuwingsplichten. In dit artikel wordt de overkoepelende term 'informatieplichten' gehanteerd, welke term wat ons betreft ook waarschuwingsplichten omvat.¹⁰

Deze informatieplichten hebben (juridisch) bestaansrecht gekregen naast allerlei 'handelingsplichten'. Deze 'handelingsplichten' zijn zorgplichten die dwingen tot een bepaald soort actie, een bepaalde handeling anders dan het verstrekken van informatie. Ter illustratie het volgende voorbeeld. Op een wegbeheerder rust enerzijds de zorgplicht om te voorkomen dat er grote kuilen en gaten in de weg ontstaan (een handelingsplicht), maar anderzijds rust op hem ook de zorgplicht om te waarschuwen voor de kuilen en gaten die zich desondanks in de weg bevinden (een informatieplicht). De zorg die de wegbeheerder ter bescherming van de weggebruiker in acht moet nemen, is daarmee vergroot: niet alleen moet hij de kuilen dichtmaken, maar ook moet hij waarschuwen voor de kuilen die nog niet dichtgemaakt zijn. Dit mechanisme van het aanvullen van de 'handelingszorg' met 'informatiezorg', is in het aansprakelijkheidsrecht en daarmee dus in heel de maatschappij terug te vinden.

Dit fenomeen vindt zijn verklaring in het feit dat een waarschuwing vaak een eenvoudige wijze van het nemen van voorzorg is, eenvoudig in die zin dat deze bijvoorbeeld niet

erg kostbaar is. Dat gegeven is immers relevant in het afwegingskader van het *Kelderluik*-arrest¹¹ en de *Kelderluik*-factoren, zoals die nader gerangschikt zijn in de literatuur.¹² De vraag of – gegeven de risico's – een bepaalde mate van zorg in acht genomen moet worden, is afhankelijk van de afweging tussen (1) de waarschijnlijkheid van een ongeval en de ernst van de te verwachten schade versus (2) de aard en het nut van de gedraging en de kosten van voorzorg. Barendrecht en Van den Akker vinden bovendien een verklaring voor de toename van informatieplichten in het feit dat het aantal transacties dat een mens aangaat steeds groter wordt, waardoor afnemers niet meer op eerdere ervaringen afgaan en minder tijd hebben voor het inwinnen van informatie.¹³ Klaarblijkelijk bestaat er dus een behoefte om de onwetende afnemers te beschermen tegen de kennisachterstand die bestaat ten opzichte van hun arts, advocaat, aannemer, notaris, etc.

2.2 Vaststelling en schending van de zorgplicht

Voordat er in een bepaalde situatie een schending van een informatieplicht vastgesteld kan worden, moet per geval nog bepaald worden of iemand uit hoofde van zijn taak, positie of anderszins een zorgplicht draagt. De vaststelling van informatieplichten kan problematisch zijn, omdat deze plichten veelal berusten op ongeschreven recht.¹⁴ Slechts op een aantal specifieke deelreinen heeft de wetgever voorzien in een wettelijke regeling van informatieplichten.¹⁵ Zo'n zorgplicht kan overigens ook nog eens een *bijzondere* zorgplicht betreffen, wat in de praktijk doorgaans een verzwaring ten opzichte van de 'normale' zorgplicht betekent. De meest voor de hand liggende voorbeelden van dragers van zo'n bijzondere zorgplicht zijn, vanwege hun maatschappelijke positie, banken en notarissen. Er zijn echter ook personen die zonder dat predicaat toch een zware zorgplicht in de zin van een informatieplicht dragen, zoals werkgevers.

Nadat is vastgesteld of iemand in een bepaald type zaak een (bijzondere) zorgplicht in de zin van bijvoorbeeld een informatieplicht draagt, moet nog worden beoordeeld of die zorgplicht in het specifieke geval ook daadwerkelijk geschonden is. Deze tweede stap richting de aansprakelijkheid is echter met name in geval van informatieplichten een lastig te zetten stap. Als immers vastgesteld kan worden dat op een arts de plicht rust om patiënten te informeren over de risico's van een operatieve ingreep, dan zal nog vastgesteld dienen te worden dat deze plicht daadwerkelijk verzuimd en daarmee geschonden is. Datzelfde geldt voor de aannemer die niet waarschuwt dat een bepaald soort ma-

7 Op de vraag wat 'bewijzen' in dit verband precies beelst, en in hoeverre dat eigenlijk wel mogelijk is als het gaat om het vast te stellen verband tussen twee feitelijkeheden (tekort aan zorg en schade), kunnen we in deze bijdrage niet ook nog nader ingaan.

8 J.B.M. Vranken, *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989.

9 Vgl. daarover uitvoerig K.J.O. Jansen, *Informatieplichten: over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, alsmede K.J.O. Jansen, 'Informatieplichten in de procespraktijk. Deel 1: juridisch kader', *TvPP* 2013, p. 143-148.

10 Over die begrippen ook nog Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 108-110; J.M. Barendrecht, E.J.A.M van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, m.n. p. 21 e.v.

11 HR 5 november 1965, NJ 1966/136, m.nt. Scholten (*Kelderluik*).

12 C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht: een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 173 e.v.

13 J.M. Barendrecht, E.J.A.M van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 21.

14 K.J.O. Jansen, 'Informatieplichten in de procespraktijk. Deel 1: juridisch kader', *TvPP* 2013, p. 143; Uitvoerig: T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007, met name de analyse op p. 139 e.v.

15 Zie bijvoorbeeld art. 7:50b (timesharing), art. 7:60 (consumentenkrediet), art. 7:222 (huur), art. 7:403 (opdracht), art. 7:665a BW (arbeidsovereenkomst) en art. 7:928 BW (verzekering).

teriaal onvoldoende is om het beoogde bouwresultaat te bereiken, voor de notaris die niet waarschuwt voor de gevolgen van een transactie of voor de advocaat die niet waarschuwt tegen aflopende termijnen. De arts, de aannemer, de notaris, de advocaat heeft niet geïnformeerd of heeft onjuiste informatie verstrekt. Het bewijzen van deze normschending is nodig om een succesvol beroep te kunnen doen op de rechtsgevolgen die verbonden zijn aan een dergelijke schending, maar is echter ook het punt waar grote bewijsrechtelijke problemen om de hoek komen kijken.

In het eerder genoemde voorbeeld zal de patiënt zich immers op het standpunt stellen niet geïnformeerd te zijn over de risico's van de operatieve ingreep, terwijl de arts daarentegen beweert de betreffende informatie wel te hebben verstrekt. De patiënt, die stelt en daarmee ex art. 150 Rv de bewijslast en het bewijsrisico draagt, zal moeten aantonen dat hij niet afdoende geïnformeerd werd. Op het zeldzame geval na dat er enigszins objectieve getuigen aanwezig zijn geweest, bevindt de patiënt zich in deze fase al in een haast onmogelijke bewijspositie. Het gevolg is dat de rechter met de tegenstrijdige verklaringen van arts en patiënt in zijn bewijswaardering weinig voor de eiser (de patiënt) kan betekenen, waardoor geen schending van de betreffende informatieplicht kan worden vastgesteld. Vandaar ook dat er op dit vlak vaak gewerkt wordt met tegemoetkomingen in de bewijsrechtelijke sfeer, waar we in dit artikel niet verder over zullen uitweiden.¹⁶

3. Vaststelling van de causaliteit

Nog groter wordt het (bewijsrechtelijke) probleem bij de vaststelling van het vereiste *condicio sine qua non*-verband (hierna: *csqn*-verband). Dit verband vereist dat de normschending de oorzaak moet vormen zonder welke het gevolg niet zou zijn ingetreden. Met andere woorden: zou de schade ook zijn ingetreden zonder de onzorgvuldige handeling? Wat zou de patiënt of klant, indien hij wel voorzien was van de juiste informatie omtrent de operatieve ingreep of de financiële transactie, beslist hebben?

In de dagelijkse praktijk blijkt het aantonen van het verband tussen de geschonden informatieplicht en de ingetreden schade grote bewijsproblemen op te leveren. In aansprakelijkheidszaken dient immers in beginsel de eiser aan te tonen dat zijn schade – naast de eerder besproken geschonden zorgplicht *an sich* – ook daadwerkelijk veroorzaakt werd door de onrechtmatige handeling of het contractuele tekortschieten van de gedaagde (in het voorbeeld van de arts: het niet verstrekken van de relevante informatie). Het bewijs hiervan is vaak lastig, zo niet onmogelijk te leve-

ren.¹⁷ Wederom vormt de patiënt die de arts aanspreekt en hem het verwijt maakt dat hij niet ingelicht is over een later geopenbaard risico, een goed voorbeeld van de bewijsrechtelijke problematiek. De arts zal zich immers op het standpunt stellen dat zelfs als hij de patiënt wel afdoende geïnformeerd had, de patiënt net zo goed ingestemd zou hebben met de operatie. Met andere woorden: het tekortschieten was zonder invloed op de schade, want die schade was ook zonder het tekortschieten ingetreden. In situaties van verzuimde informatieplichten rijst zo echter de vraag of de eiser überhaupt ooit kan bewijzen wat hij gedaan zou hebben als hij bepaalde informatie wél zou hebben verkregen.

In deze fase van de aansprakelijkheidsstelling wordt dus duidelijk hoe belangrijk de bewijslastverdeling en een eventuele bewijslastomkering kan zijn voor het verloop van een procedure: als de bewijslast niet wordt omgekeerd, zal de patiënt immers vrijwel zeker de procedure verliezen. Volgt er wel een bewijslastomkering, dan zal de arts (vaak diens verzekeraar) met het bewijsprobleem opgezadeld worden, waardoor vaker een succesvolle aansprakelijkheidsstelling zal volgen. Het procesrecht bepaalt hier dus mede 'de uitslag' als het om het materiële aansprakelijkheidsrecht gaat en aangezien dat procesrecht op grond van art. 150 Rv – de objectiefrechtelijke leer¹⁸ – de bewijslast op de eiser legt, heeft deze eiser een groot probleem bij het te gelde maken van zijn vordering. De feitelijke uitkomst zal dan normaliter zijn dat de eiser zijn vordering door een bewijsprobleem niet in rechte af kan dwingen, zelfs niet als de normschending als zodanig al vaststaat. Dit is funest voor de effectiviteit van de norm die in het aansprakelijkheidsrecht aanvaard is en dus klaarblijkelijk van belang wordt geacht.

4. Een overzicht van vier bewijsrechtelijke tegemoetkomingen

4.1 Introductie

Het hiervoor geschetste bewijsprobleem bij de vaststelling van het causaal verband wordt in de literatuur en rechtspraak breed onderkend.¹⁹ In de loop der jaren is er dan ook een aantal 'oplossingen' bedacht in de rechtspraak in de vorm van instrumenten waarmee aan de bewijsnood van de eiser tegemoet kan worden gekomen. Een dergelijke tegemoetkoming is goed te rijmen met art. 150 Rv: deze bepaling noemt immers de mogelijkheid van een bijzondere regel waaruit iets anders kan voortvloeien dan de hoofdregel (inzake de bewijslastverdeling) bepaalt. Deze oplossingen zullen wij in dit artikel als 'instrumenten' of als 'bewijsrech-

¹⁶ Zie in zijn algemeenheid: I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 1999, p. 13-45, en R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade. Een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van zorggerelateerde schade* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 225 e.v. voor medische aansprakelijkheid.

¹⁷ Zie eerder hierover: I. Giesen, 'Medische aansprakelijkheid, causaliteit, bewijslast en 'de omkeringsregel', noot bij HR 3 maart 2001, *NJ* 2001, 649 (MCL/In 't Hout), *AVG'S* 2001-5, p. 150-154.

¹⁸ G.R. Rutgers & R.J.C. Flach (red.), G.J. Boon, *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 1988, p. 85; *Asser Procesrecht/Asser 3* 2013/279; I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 87-96.

¹⁹ Zie bijvoorbeeld I. Giesen, *Medische aansprakelijkheid in Nederland: een stand van zaken ten aanzien van de bewijslastverdeling*, in: W.R. Kastelein (red.), *Medische aansprakelijkheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 11.

telijke tegemoetkomingen' typeren en worden in het hierna volgende in het licht van de eerder genoemde (verzuimde) informatieplichten besproken en getoetst op praktische bruikbaarheid.

4.2 De 'omkeringsregel'

4.2.1 De ontwikkeling van de omkeringsregel

In de eerste plaats is er de route van de zogenaamde 'omkeringsregel'.²⁰ Begin jaren '70 werd in de Nederlandse rechtspraak inzake verkeersaansprakelijkheid²¹ en werkgeversaansprakelijkheid²² aan de genoemde bewijsproblemen tegemoetgekomen door de bewijslast ten gunste van de eiser te verlichten. In deze zaken was er sprake van een geschonden verkeers- of veiligheidsnorm. Het vaststaan van de normschending vormde de rechtvaardiging voor de tegemoetkoming, waardoor de bewijslast bij wege van een vermoeden kon worden 'omgekeerd'. Ter illustratie: een werknemer valt van een trap en stelt dat deze val te maken heeft met het ontbreken van een trapleuning. Als die trapleuning inderdaad ontbrak, dan is dat een zorgplichtschending. Of de val ook daadwerkelijk door het ontbreken van de trapleuning is veroorzaakt, is niet duidelijk en zal dat ook niet worden. In die gevallen wordt de werknemer dus geholpen met een vermoeden van causaal verband.

In 1996 volgde de zeer algemene en inmiddels beruchte uitspraak van de Hoge Raad in het *Dicky Trading II*-arrest.²³ De eerder gebruikte regel werd in deze zaak toegepast in een nieuw geval. Het betrof hier een procedure tegen een notaris, die naliet een van de comparanten te waarschuwen tegen de gevaren van een financiële transactie met een nogal louche tussenpersoon. Deze tussenpersoon had de eiser, een boer die op het punt stond zijn boerderij te verkopen en te emigreren naar Canada, wijsgemaakt dat het beter was om die boerderij via een (door hem gecontroleerde) tussenpersoon te verkopen. Het tweede deel van de koopprijs zou hij dan pas verkrijgen na aankomst in Canada.

De Hoge Raad bepaalde in dit arrest 'out of the blue' (de zaak betrof immers nog slechts de eigen schuld-vraag) dat het

oordeel van het hof moest worden gezien in het licht van de regel dat:

"(...) indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan."

De Hoge Raad riep op deze wijze een regel van bewijslastverdeling in het leven, die later de omkeringsregel is gaan heten.²⁴ De nieuwe regel kwam overigens tot stand zonder uitvoerige motivering of ander stevig fundament, zoals een expliciete rechtvaardiging. De regel werd plotsklaps gegeven en daar was de kous mee af. Bovendien was deze omkeringsregel ook nog eens een vrij algemene regel: 'een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging' die 'een risico' zou scheppen, welk risico 'zich daarna verwezenlijkt'. Er zijn echter veel soorten onrechtmatige daden en wanprestaties te bedenken en de meeste van hen scheppen een bepaald risico dat in veel gevallen verwezenlijkt wordt. Gezien de formulering kon de regel die de uitzondering leek te vormen eigenlijk alleen maar begrepen worden als een in potentie zeer algemeen toepasbare regel (namelijk: de gedaagde draagt de bewijslast). Het was dan ook niet vreemd dat dit arrest het startsignaal vormde om de omkeringsregel door te trekken naar het gehele aansprakelijkheidsrecht.²⁵

De bevestiging dat de omkeringsregel een algemene regel betrof, kwam in het *Sint Willibrord*-arrest in 2000.²⁶ Daarin herhaalde de Hoge Raad, met dezelfde algemene bewoordingen en met een verwijzing naar het *Dicky Trading II*-arrest, de eerder geformuleerde omkeringsregel. Wat volgde was een stortvloed aan procedures waar een beroep op deze omkeringsregel werd gedaan. Probleem daarbij was echter nog steeds dat de rechtspraak van de Hoge Raad geen blijk gaf van enige afbakening van het toepassingsgebied van de omkeringsregel. Zo rees de vraag of de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm (zoals voorheen) een voor-

20 Zie eerder hierover: A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002; I. Giesen, *De aantrekkingskracht van Loreley. Over de opkomst en ondergang (?) van de 'omkeringsregel'*, in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (Eds.), *Tien pennenstreken over personenschade*, Den Haag: Vermande/SDU 2009, p. 69-86. § 4.2.1 is mede op deze bijdrage gestoeld. Zie over dit thema bijv. ook: S.D. Lindenbergh, 'De betrekkelijkheid van de omkeringsregel', *WPNR* 6580 (2004), p. 433-435.

21 Zie bijvoorbeeld HR 5 mei 1961, *NJ* 1961/421 (*De Groot/RAGOM*); HR 18 december 1970, *NJ* 1971/142 (*De Brouwer/Van den Besselaar*); HR 1 november 1974, *NJ* 1975/454 (*Nicolay/Grooten*); HR 16 november 1990, *NJ* 1991/55 (*Rebecca Visser*); HR 21 oktober 1994, *NJ* 1995/95 (*IZA/Waarborgfonds*) en HR 24 december 1999, *NJ* 2000/428, m.nt. HJS (*Gouda/Lutz*).

22 Zie bijvoorbeeld HR 21 juni 1974, *NJ* 1974/453, m.nt. GJS (*Windmill/Roelofsen*); HR 17 november 1998, *NJ* 1990/572 (*De Kok/Jansen's BV*); HR 22 maart 1991, *NJ* 1991/420 (*Roeffen/Thijssen*); HR 9 juni 1995, *NJ* 1995/630 (*Van de Luytgaarden/Schuurink*); HR 20 september 1996, *NJ* 1997/198, m.nt. PAS (*Pollermans/Hoondert*) en HR 10 december 1999, *NJ* 2000/211, m.nt. PAS (*Pransen/Stichting Pasteurziekenhuis*).

23 HR 26 januari 1996 *NJ* 1996/607, m. nt. WMK (*Dicky Trading II*).

24 A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 7. Hier wordt de omkeringsregel een 'algemeen gangbare term' genoemd, met een verwijzing naar A-G Bakels en de Hoge Raad die deze term in HR 19 januari 2001, *NJ* 2001/524, m.nt. JBMV (*Oude Monnik Motors*) overnamen van H.J. Sniijders in zijn noot onder HR 24 december 1999, *NJ* 2000/428 (*Gouda/Lutz*).

25 A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 15.

26 HR 16 juni 2000 *NJ* 2000/584 (*Sint Willibrord*).

waarde vormde voor de toepassing van deze omkeringsregel.²⁷

Nadien realiseerde de Hoge Raad zich dat de gekozen regel een te ruim bereik had en dat deze ingeperkt moest worden. Sinds in 2002 het *TFS/NS-arrest*²⁸ en het *Kastelijf/Achtkarspelen-arrest*²⁹ zijn geweest, lijkt de lijn in de jurisprudentie te zijn dat de omkeringsregel een vermoeden van causaal verband betreft, dat onder bepaalde voorwaarden van toepassing is. Deze voorwaarden zijn dat (1) sprake moet zijn van een schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van schade bij een ander te voorkomen en (2) dat dit gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot.³⁰ Daarbij wordt in de literatuur wel aangenomen dat de toepassing ervan feitelijk alleen ziet op die situaties waarin een verkeers- of veiligheidsnorm geschonden is, waardoor de praktische uitwerking weer lijkt aan te sluiten bij waar we begonnen zijn: de regel uit de jaren '70.³¹

4.2.2 Toepasbaarheid omkeringsregel op verzuimde informatieplichten

In het hiervoor besproken proces van inperking is in 2001 besloten dat de omkeringsregel, anders dan leek te volgen uit het *Dicky Trading II-arrest*, niet ziet op gevallen waarin een informatieplicht geschonden is. Dit heeft de Hoge Raad uitgemaakt in de twee gelijklopende *Informed consent*-arresten,³² waarbij het eerst gewezen *Ingenhut-arrest*³³ hier kort bespreking verdient.

In deze zaak had een arts zijn patiënt niet ingelicht over de risico's van een complicatie (een zenuwbeschadiging) die zich bij een polsoperatie zouden kunnen voordoen. De schending van de zorgplicht, in dit geval de informatieplicht, stond dus vast. De operatie werd goed uitgevoerd, maar de complicatie deed zich wel voor. Voor de vraag of

hier schadevergoeding voor de gewezen patiënt mogelijk was, was van belang of er causaal verband bestond tussen het niet informeren door de arts en de schade geleden door de patiënt. De kernvraag was derhalve: zou de patiënt ingestemd hebben met de operatie indien hij op de hoogte was geweest van de risico's? De patiënt bepleitte in cassatie toepassing van de omkeringsregel ten aanzien van het bewijs van dat causaal verband. De Hoge Raad besloot echter dat toepassing van die regel hier niet mogelijk is, nu de plicht om de patiënt in te lichten over de risico's van de voorgestelde behandeling volgens de Hoge Raad er niet toe strekt de patiënt te beschermen tegen het intreden van deze risico's. Deze informatieplicht strekt er louter toe de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de voorgestelde behandeling zal geven. Zodoende kan de zenuwbeschadiging niet worden aangemerkt als verwezenlijking van het risico dat door het tekortschieten – het niet informeren – in het leven is geroepen, zoals inmiddels vereist was voor de toepassing van de omkeringsregel. Deze regel is vervolgens door de Hoge Raad in het *A/Ziekenhuis De Wever-arrest*³⁴ bevestigd en ook aangenomen voor advocaten in het *Juresta Nederland-arrest*.³⁵

De beperking die de Hoge Raad hier bij de toepassing van de omkeringsregel in geval van verzuimde informatieplichten aanbrengt, valt vanuit het perspectief van de gedaagde uiteraard te begrijpen. De toepassing van de omkeringsregel in dit soort gevallen gaat immers ten koste van zijn (sterke) proces- en bewijspositie, nu bij toepassing van de omkeringsregel eerder een succesvolle aansprakelijkheidsstelling kan volgen. Bovendien valt een beperking van aansprakelijkheidsverhogende regels of instrumenten in het algemeen te bepleiten vanuit de (overigens vaak ten onrechte) vrees voor een in Nederland opkomende claimcultuur.³⁶ Het is daarom belangrijk te benadrukken dat niet in elk concreet geval van een verzuimde informatieplicht het causaal verband ook daadwerkelijk aanwezig zal zijn en dat dit desnoods via de omkeringsregel geaccepteerd 'moet' worden. Om die reden is het dan ook wenselijk dat er een goede 'aansprakelijkheidszeef' bestaat, welke zeef onder andere bestaat uit de (beperkende) toepassingsvoorwaarden van de (te bespreken) instrumenten, alsmede de rechtvaardigingen die voor die instrumenten bestaan.

Wat ons betreft vormen de genoemde *Informed consent*-arresten desondanks (of: mede daarom) onwenselijke uitspraken en wel om de volgende vier redenen, die mede van

27 Het *MC Leeuwarden/HI-arrest* uit 2001 (HR 2 maart 2001, NJ 2001/649) laat er – in navolging van het *letwat impliciete Ter Hofte/Oude Monnik Motors-arrest* (HR 19 januari 2001, NJ 2001/524) – geen twijfel over bestaan dat schending van een veiligheidsnorm niet nodig is. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat het oordeel van het hof, inhoudende dat hier de bewijslastomkering toegepast moest worden, juist was. Om die reden was het volgens de Hoge Raad in casu niet meer relevant ('in het midden kan daarbij blijven') of er sprake was van schending van een veiligheidsnorm.

28 HR 29 november 2002, NJ 2004/304 (TFS/NS), vgl. HR 29 november 2002, NJ 2004/305 (Kastelijf/Achtkarspelen).

29 HR 29 november 2002, NJ 2004/305 (Kastelijf/Achtkarspelen).

30 Deze voorwaarden hebben veel kritiek ondervonden. Zie onder meer C.H. van Dijk, 'De omkeringsregel, meer dan een vermoeden van causaal verband', *TVP* 2003, p. 7 e.v.; T. Hartlief, 'Causaliteitsonzekerheid. Opkomst en ondergang van de 'omkeringsregel'', *AA* 2003, p. 298 e.v. De meest recente arresten – HR 19 december 2008, NJ 2009/28 (Smeets/Heerlen), HR 23 november 2012, NJ 2012/669 (Gynaecoloog) – voegen hier weinig aan toe op principieel niveau. Zie hierover verder nog: A.J. Akkermans, H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverdeling en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AVG* 2012-5, p. 157-177; C.J.M. Klaassen, 'Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht', *AVG* 2012/5, p. 182-193.

31 I. Giesen, *De aantrekkingskracht van Loreley. Over de opkomst en ondergang (?) van de 'omkeringsregel'*, in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (Eds.), *Tien penne-streken over personenschade*, Den Haag: Vermande/SDU 2009, p. 69-86.

32 HR 23 november 2001 NJ 2002/386, 387 (*Informed consent*).

33 HR 23 november 2001 NJ 2002/386 (*Ingenhut*).

34 HR 29 september 2006, NJ 2006/136 (*A/Ziekenhuis De Wever*).

35 HR 2 februari 2007, NJ 2007/75 (*Juresta Nederland*). R.o. 3.4.2: 'De informatieplicht van de advocaat strekt niet ertoe de cliënt te beschermen tegen de risico's, maar om deze in staat te stellen goed te beslissen'.

36 Zie het rapport inzake de Claimcultuur van de Minister van Justitie, *Kamerstukken II* 1998/1999, 26 630, nr. 1.

belang zijn in het licht van de overige oplossingen van bewijsnood die we nog zullen bespreken.³⁷

Ten eerste kan de vraag opgeworpen worden wat precies het daadwerkelijke belang is van 'informed consent', zoals dat voortvloeit uit de art. 7:448 en 7:450 BW en de art. 10 en 11 Gw. Waarom is het nu eigenlijk van belang om de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te kunnen beslissen? Het antwoord op die vraag zou onzes inziens (evident) moeten zijn dat het erom gaat de patiënt in staat te stellen om (mede) zichzelf tegen mogelijke risico's te kunnen beschermen. Doordat de patiënt op basis van alle relevante informatie een risicoafweging kan maken, kunnen grote risico's vermeden worden. Bescherming tegen risico's begint dus met de voorlichting daarover: als je jezelf wilt kunnen beschermen, moet je weten waartegen. De informatieplicht van de arts strekt dus ook, anders dan de Hoge Raad meent, ter bescherming tegen de risico's van een behandeling. De redenering van de Hoge Raad waarmee de omkeringsregel in geval van informatieplichten van tafel werd geveegd, is daarmee wat ons betreft gebaseerd op drijfzand.

Ten tweede valt de afwijzing van de aansprakelijkheid in het *Ingenhut*-arrest nog wel te begrijpen: dezelfde operatie was eerder ook goed gelukt, dus er was in casu geen reden om aan te nemen dat de patiënt de behandeling nu wel geweigerd zou hebben. Echter, dat oordeel betreft de bewijswaardering: als de Hoge Raad bewezen acht dat de patiënt ingestemd zou hebben, dan zou hij moeten overwegen dat het causaal verband ontbreekt en dat er dus geen aansprakelijkheid kan volgen. De Hoge Raad had dan voorbij moeten gaan aan de bewijsrisicoverdeling en de (toepassing van de) omkeringsregel, want dat is immers een andere kwestie dan de bewijswaardering.

Ten derde vragen wij ons af wat volgens de Hoge Raad het relevante verschil is tussen het *Ingenhut*-arrest en het *Dicky Trading II*-arrest. Met Vranken³⁸ en Kaandorp³⁹ in hun beider noten bij de *Informed consent*-arresten, zien wij dat verschil niet. Akkermans ziet het verschil wel.⁴⁰ In beide zaken wordt een waarschuwingsplicht verzuimd, daarop neemt iemand (deels onwetend) een beslissing met een slechte afloop. Door de gedaagde is geen ruimte geboden voor een juiste beslissing op basis van juiste informatie. Tweemaal

is het dus de vraag of iemand in staat is gesteld weloverwogen gebruik te maken van zijn 'zelfbeschikkingsrecht' of zijn 'beslissingsrecht' (ten opzichte van zijn lijf, dan wel zijn financiën). In het ene geval – *Ingenhut*-arrest – vindt er geen omkering van het bewijsrisico plaats, in het tweede geval – *Dicky Trading II*-arrest – wel. Dat betekent dat de omkering ook nog eens plaats vond in het geval waarin het om geld ging en niet om iemands lijf en leden. Het *Dicky Trading II*-arrest en de *Informed consent*-arresten zijn naar ons idee dus onverzoenbaar.

Tot slot is het belangrijk op te merken dat effectieve rechtsbescherming van de patiënt verloren is gegaan, terwijl wat ons betreft juist daarin de rechtvaardiging voor het bestaan van de omkeringsregel schuilt. Als eerste deel van die rechtvaardiging kan erop worden gewezen dat in deze gevallen de normschending reeds vastgesteld is, hetgeen in elk geval niet tégen aansprakelijkheid pleit. Wij menen dat dit, in navolging van het (nadien gewezen) *Fortis/Bourgonje*-arrest,⁴¹ een soepeler opstelling van de rechter mogelijk zou moeten maken. De belangrijkste rechtvaardiging is wat ons betreft echter gelegen in het feit dat de effectiviteit van de zorgvuldigheidsnorm voor deze bewijsrisico-omkering pleit. Zonder die omkering zal de eiser het causaal verband immers niet kunnen bewijzen, waardoor de aansprakelijkheid (steeds) stukloopt. Met andere woorden: de norm – zoals de informatieplicht van een arts – kan niet meer verwezenlijkt worden en blijkt in rechte inhoudsloos. Er zou dus steeds getoetst moeten worden of aan de ratio van een effectieve rechtsbescherming is voldaan.⁴² Of iemand anders gehandeld zou hebben als hij bepaalde informatie wel gekregen had, is niet achteraf vast te stellen. Als de eiser te dien aanzien de bewijslast zou dragen, zou degene die de informatieplicht schond – de onzorgvuldigheid *an sich* staat immers al vast – nooit aansprakelijk te houden zijn, waardoor de zorgvuldigheidsnorm ten onrechte ineffectief zou blijven.

Dit brengt ons tot de conclusie dat de Hoge Raad de *informed consent*-leer behoorlijk heeft uitgehold, omdat schending daarvan wegens het immer aanwezige causaliteitsbewijsprobleem niet of nauwelijks te sanctioneren valt. Een succesvolle aansprakelijkheidsstelling van een arts wegens schending van een medische informatieplicht is door bewijsproblemen in feite onbereikbaar geworden, waardoor *informed consent* als zodanig ook onbereikbaar is geworden. Als dat uiteindelijk de uitkomst is van wat de omkeringsregel brengt, een regel die toch gemaakt leek voor bescherming van de in bewijsnood verkerende eiser (vaak: benadeelde), dan hadden we er beter nooit aan kunnen beginnen...

37 Zie eerder I. Giesen, *Medische aansprakelijkheid in Nederland: een stand van zaken ten aanzien van de bewijslastverdeling*, in: W.R. Kastelein (red.), *Medische aansprakelijkheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 11-25, § 4.2.2 is hierop gebaseerd. Overigens is het wat ons betreft niet wezenlijk dat de hier besproken jurisprudentie steeds (medische) 'informed consent'-zaken betreft. Bij de toepassing van de omkeringsregel in andere zaken waarin een informatieplicht geschonden is, moet naar onze mening namelijk dezelfde redenering worden gevolgd. Anders (geen omkeringsregel bij informatieverzuim) bijv. A.C.W. Pijs, 'Het bewijs van causaal verband bij informatieverzuimen in de beleggingspraktijk', *NTBR* 2009/22, p. 174.

38 J.B.M. Vranken, noot bij HR 23 november 2001, *NJ* 2002/386, 387 (*Informed consent*), onder 5 en 7.

39 D.T.G.J. Kaandorp, noot bij de arresten HR 23 november 2001, *NJ* 2002/386, 387 (*Informed consent*), *TVP* 2002, p. 23.

40 A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 102 en 105.

41 HR 24 december 2010, *NJ* 2012/251 (*Fortis/Bourgonje*). Zie I. Giesen, 'Disproportionele aansprakelijkheid', *NTBR* 2011/19, p. 149-150. Laatsgenoemde bijdrage ligt aan § 4.2.2 ten grondslag.

42 Zo bijv. ook A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 10; A.C.W. Pijs, 'Het bewijs van causaal verband bij informatieverzuimen in de beleggingspraktijk', *NTBR* 2009/22, p. 171.

4.3 *Proportionele aansprakelijkheid*

4.3.1 *De ontwikkeling van de proportionele aansprakelijkheid*

Een tweede mogelijke oplossing voor de genoemde causaliteitsproblemen loopt niet langs de procesrechtelijke weg, maar behelst een materieelrechtelijke oplossing: het gebruik van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid.⁴³ Proportionele aansprakelijkheid valt te definiëren als aansprakelijkheid in evenredigheid met de hoegrootheid van de kans dat de onrechtmatige daad of de toerekenbare tekortkoming de schade heeft veroorzaakt.⁴⁴ Deze proportionele benadering kan een uitkomst bieden in geval van causaliteitsonzekerheid: gevallen waarin onduidelijk blijft of tussen de gewraakte handeling en de schade een deugdelijke, voldoende sterke causale relatie te leggen is. Wel is in deze gevallen reeds duidelijk dat er onzorgvuldig gehandeld is en dat er enig juridisch relevant verband bestaat.

De grondslag van de proportionaliteit in het aansprakelijkheidsrecht is gelegd in 2006 in het *Nefalit/Karamus*-arrest.⁴⁵ In dit arrest werd op grond van art. 7:658 BW een vorm van proportionele aansprakelijkheid aanvaard voor gevallen van werkgeversaansprakelijkheid. Het betrof een werknemer uit de asbestindustrie die getroffen werd door longkanker. Het causaliteitsprobleem dat ontstond lag hierin dat de longkanker veroorzaakt kon zijn door asbestblootstelling bij de werkzaamheden, maar ook door het roken van de werknemer. Het geval zoals beoordeeld in het *Nefalit/Karamus*-arrest is daarmee een goed voorbeeld van het probleem dat proportionele aansprakelijkheid wil aanpakken: er was een normschending (namelijk asbestblootstelling), er is een gerede kans dat die normschending de oorzaak van de schade was, maar er bestond te weinig zekerheid (een te lage mate van waarschijnlijkheid) om aansprakelijkheid te kunnen vestigen, nu de gebruikelijke regels van bewijslast en bewijswaardering een hogere waarschijnlijkheid vereisen.

De Hoge Raad overwoog in dit arrest onder andere in r.o. 3.13:

“Mede gelet op de aan de artikelen 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten moet daarom worden aangenomen dat, indien een werknemer schade heeft geleden die, gelet op de hiervoor bedoelde kans-

percentages, zowel kan zijn veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming van zijn werkgever (...), als door een aan de werknemer zelf toe te rekenen omstandigheid als hiervoor bedoeld, als door een combinatie daarvan, zonder dat met voldoende zekerheid is vast te stellen in welke mate de schade van de werknemer door deze omstandigheden of één daarvan is ontstaan, de rechter de werkgever tot vergoeding van de gehele schade van de werknemer mag veroordelen, met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen.”

Tot deze regel komt de Hoge Raad, omdat het:

“Uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar [is] de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van de werkgever heeft bijgedragen tot de schade van de werknemer, in zijn geheel op de werknemer af te wentelen. Eveneens onaanvaardbaar, maar nu tegenover de werkgever (...), is het echter de onzekerheid over het causaal verband met de schade van de werknemer geheel voor risico van de werkgever te laten komen (...).”

4.3.2 *Toepasbaarheid op verzuimde informatieplichten*

Hoewel de combinatie van proportionaliteit en aansprakelijkheid in het *Nefalit/Karamus*-arrest definitief geaccepteerd werd, was de reikwijdte van dit nieuwe leerstuk – in het bijzonder ten aanzien van informatieplichten – nog niet bepaald. In 2010 kwam daar in het *Fortis/Bourgonje*-arrest⁴⁶ meer duidelijkheid over. Het betrof hier de mogelijke aansprakelijkheid van een vermogensbeheerder ten aanzien van een vermogende en qua beleggingen niet geheel ondeskundige particulier. Deze particulier verkocht zijn eigen bedrijf, maar werd door Fortis niet gewaarschuwd voor het risico dat hij liep als zijn aandelen in waarde zouden dalen en ze voordien niet verkocht waren. Had Fortis daartegen moeten waarschuwen? Relevant is hier slechts de kwestie van het causaal verband tussen de schade enerzijds en de schending van de waarschuwings- of adviesplicht anderzijds. Het is in casu dan met name de vraag of het hof terecht de net besproken regel uit het *Nefalit/Karamus*-arrest, die ziet op proportionele aansprakelijkheid, heeft toegepast in gevallen van informatieplichten.⁴⁷ De HR overweegt, geparafraseerd:

- 1) het bezwaar dat toepassing van proportionele aansprakelijkheid de mogelijkheid in zich draagt dat iemand aansprakelijkheid wordt gehouden voor schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt, brengt mee dat de regel met terughoudendheid moet worden toegepast (r.o. 3.8);

43 Zie eerder hierover: I. Giesen, T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht. Een rechtsgeleerde dialoog, preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 53 e.v. Op dit preadvies wordt in § 4.3.1 voortgebouwd. Zie over dit thema ook: J.M. Emaus en A.L.M. Keirse, ‘Proportionele aansprakelijkheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid. Een verkenning van het criterium veroorzakingswaarschijnlijkheid ter vaststelling van het percentage van proportionele aansprakelijkheid’, *MvV* 2013-5, p. 129-137; J.C.J. Wouters, ‘Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en verties van een kans in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht (I)’, *WPNR* 6973 (2013), p. 333-342, en rechtsvergelijkend I. Glead, M.D. Green & B.A. Koch (Eds.), *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives*, De Gruyter: Berlin 2013, met een bijdrage van Keirse over Nederlands recht.

44 Zie bijvoorbeeld J.H. Nieuwenhuis, ‘Disproportionele aansprakelijkheid’, *RM Themis* 2006, p. 177.

45 HR 31 maart 2006 *NJ* 2011/250 (*Nefalit/Karamus*).

46 HR 24 december 2010, *NJ* 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*).

47 Zie conclusie A-G Wissink in HR 24 december 2010, *NJ* 2011/251, nr. 3.57 (*Fortis/Bourgonje*).

- 2) dat bezwaar brengt bovendien mee dat de rechter in de motivering dient te verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending de toepassing in het concrete geval rechtvaardigen (r.o. 3.8);
- 3) de toepassing is niet beperkt tot gevallen zoals in het *Nefalit/Karamus*-arrest (r.o. 3.8);
- 4) voor toepassing kan aanleiding zijn indien: (1) de aansprakelijkheid van de benadeler op zichzelf vaststaat, (2) een niet zeer kleine kans op csqn-verband bestaat en (3) de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending toepassing rechtvaardigen (r.o. 3.8);
- 5) toepassing is niet beperkt tot gevallen waarin bewijs van het csqn-verband in het algemeen een probleem vormt (r.o. 3.9).

In casu was echter niet aan de genoemde voorwaarden voldaan: de aard van de norm betrof een waarschuwingplicht en de strekking van die norm was het tegengaan van vermogensschade. Bovendien was de kans dat de belegger zou hebben geluisterd als Fortis wel aan zijn waarschuwingplicht zou hebben voldaan, niet bijzonder groot. Er volgt dus geen toepassing van de leer van de proportionele aansprakelijkheid. In latere rechtspraak van de Hoge Raad is nadien weinig toegevoegd dat hier relevant is.⁴⁸

In geval van verzuimde informatieplichten kan derhalve geconcludeerd worden dat een proportionele oplossing in specifieke gevallen uitkomst biedt, maar wel een uitzondering is. Met name bij zorgplichten waarbij de schade in de sfeer van vermogensschade valt, lijkt de lijn te zijn dat de proportionele aansprakelijkheid door de rechter niet aangenomen wordt. Het bewijsprobleem bij de vaststelling van het causaal verband bij verzuimde informatieplichten wordt daarmee dus niet opgelost.

Alle beoogde duidelijkheid ten spijt, is hiermee echter niet gezegd dat dit leerstuk in de rechtspraak nooit meer toegepast zal worden op verzuimde informatieplichten. Een recente uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden⁴⁹ is in dit kader illustratief. In deze uitspraak heeft het hof de leer van de proportionele aansprakelijkheid namelijk wel toegepast

in een zaak waarin de schade zuivere vermogensschade betrof. In casu had appellant een flink geldbedrag geleend aan een financieel adviesbureau, maar werd daarbij door zijn notaris niet gewezen op het feit dat enigerlei zekerheid ontbrak. Relevant is de kwestie van het causaal verband tussen de schade enerzijds en de schending van de waarschuwingplicht anderzijds.

Het hof wijst de toepassing van de omkeringsregel geheel conform de *Informed consent*-arresten⁵⁰ af, alsmede het leerstuk van de kansschade, ondanks de ruimte die het (in § 4.5.2 te bespreken) *Deloitte/H&H Beheer*-arrest in deze biedt.⁵¹ De proportionele aansprakelijkheid wijst het hof daarentegen – op het eerste gezicht niet in overeenstemming met de volgens het *Fortis/Bourgonje*-arrest geboden terughoudendheid – toe.

Het hof overweegt:

“2.23. Naar het oordeel van het hof is van een dergelijke situatie van onzekerheid over het *conditio-sine-qua-non*-verband sprake. De geschonden norm is een waarschuwingplicht, die ertoe strekt te voorkomen dat [appellant] uitvoering zou geven aan een overeenkomst zonder gewaarschuwd te zijn over de risico's die daaraan verbonden zijn. De onzekerheid is gelegen in de vraag of [appellant] gehoor zou hebben gegeven aan de waarschuwing. Deze onzekerheid is inherent aan de schending van de waarschuwingverplichting. Door niet te waarschuwen, heeft het notariskantoor [appellant] immers de mogelijkheid ontnomen om met ter daad aan te tonen dat hij gehoor zou hebben gegeven aan de waarschuwing. Aldus pleit de aard van de geschonden norm voor toepassing van proportionele aansprakelijkheid, zeker wanneer de hoedanigheid van de betrokken partijen – een professionele partij die beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en een particulier – daarbij in aanmerking wordt genomen.”

Het feit dat de aard van de schade zuivere vermogensschade betrof en dat in het vergelijkbare *Fortis/Bourgonje*-arrest de toepassing van de proportionaliteitsleer wél werd afgewezen, doet volgens het hof aan toepassing in het onderhavige geval niet aan af:

“(…) De aard van de schade, zuivere vermogensschade, vormt in beginsel een contra-indicatie voor proportionele aansprakelijkheid. Daar staat tegenover dat het door [appellant] uitgeleende bedrag een fors bedrag is voor een particulier. Vaststaat dat [appellant] om het bedrag te kunnen uitlenen zelf een tweede hypothecaire lening heeft moeten afsluiten.”

48 In HR 21 december 2012, NJ 2013/237 (*Deloitte Belastingadviseurs/H&H Beheer*) wordt nog wel uitleg gegeven over proportionele aansprakelijkheid, maar deze wordt met name afgezet tegen het centraal staande leerstuk van het verlies van een kans. Zie hierover § 5.4 van dit artikel, en M.F.E. Hillen, 'De Hoge Raad en het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid en kansschade', HR 14 december 2012, LJN BX8349 (*Nationale Nederlanden/IA en BJ*); HR 21 december 2012, LJN BX7491 (*Deloitte Schadeverzekeringen/H&H Beheer*), MvV 2013-4, p. 122-127. Andere arresten waarin de proportionele aansprakelijkheid terugkeert, betreffen aspecten die hier nu niet relevant zijn, zoals de vraag of een eigen schuldverweer nog open staat (HR 14 december 2012, NJ 2013/236 (*Nationale Nederlanden*)), zie hierover: A.L.M. Keirse, 'Proportionele aansprakelijkheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid. Een verkenning van het criterium veroorzakingswaarschijnlijkheid ter vaststelling van het percentage van proportionele aansprakelijkheid', MvV 2013-5, p. 130-132, en de vraag welke risico's voor eigen rekening van de elser komen, o.a. in HR 7 juni 2013, NJ 2013/108 (*Lansink*).

49 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2013, LJN CA2120.

50 HR 23 november 2001 NJ 2002/386, 387 (*Informed consent*).

51 HR 21 december 2012, NJ 2013/237 (*Deloitte/H&H Beheer*).

Er bestaat onzes inziens een goed argument om, in navolging van de besproken uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden, de proportionele benadering in gevallen van informatieplichten te gebruiken, omdat via de proportionele aansprakelijkheid tot een *gedeeltelijke* schadevergoeding kan worden gekomen. Als dus niet volstrekt duidelijk is dat de gedaagde daadwerkelijk de veroorzaker van alle schade is, leidt die benadering ertoe dat een geschonden zorgplicht – welke schending *an sich* wel vast moet staan – in elk geval eerder gesanctioneerd wordt. Dat komt de handhaving van de betreffende zorgplicht en daarmee de verwezenlijking van die materiële norm ten goede: voorkomen wordt dat de inhoud van de betreffende norm een lege huls wordt. Het wel gebruiken van de proportionele aansprakelijkheid in gevallen van informatieplichten zal dus *grosso modo* dezelfde uitkomst hebben als de toepassing van de omkeringsregel. Dat is wat ons betreft niet meer dan logisch, aangezien die ‘verwezenlijking van de materiële norm’ ook de ratio achter de omkeringsregel betreft en beide leerstukken hetzelfde probleem te lijf beogen te gaan.⁵²

4.4 *Tot uitgangspunt nemen van causaliteit*

4.4.1 *De ontwikkeling van de notie van ‘het tot uitgangspunt nemen van causaliteit’*

De derde mogelijke oplossing is, net als bij de omkeringsregel, een meer processuele insteek of benadering. Het gaat dan om de notie – van een leerstuk kunnen we wat ons betreft nog niet echt spreken – van het ‘tot uitgangspunt nemen’ van het bestaan van causaliteit. Deze notie volgt uit een tweetal arresten uit 2009, te weten het *Levob/Bolle*-arrest⁵³ en het *World Online*-arrest,⁵⁴ welke beiden over verzuimde informatieplichten gaan.⁵⁵

4.4.2 *Toepasbaarheid op verzuimde informatieplichten*

Ten eerste het *Levob/Bolle*-arrest. Dit betreft één van de drie vrijwel gelijklopende arresten van dezelfde dag over de aandelenlease-affaire, de kwestie waarbij vele duizenden Nederlanders een geldlening afsloten om daarmee aandelen te kopen (leasen). Deze aandeelhouders verkeerden in de veronderstelling dat die aandelen sterk in waarde zouden stijgen, zodat na enige tijd de lening afbetaald zou kunnen worden en de overwaarde als winst zou kunnen worden opgestreken. De beurs zakte echter in, waardoor zij bleven zitten met een restschuld. In rechte staat met name de vraag centraal of de bedrijven die deze financiële producten verkochten wel voldoende zorgvuldig zijn geweest bij hun informatieverstrekking over de risico's van hun financiële product.

52 Daarbij willen wij nog wel de aantekening maken dat het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid in principe minder bij zal dragen aan de feitelengering (waarheidsvinding) dan de toepassing van de omkeringsregel, omdat die omkeringsregel nu eenmaal gericht is op nadere bewijsvoering (inclusief het daaraan voorafgaande spel van stellen en betwisten) en dus op het zoveel mogelijk wegnemen van feitelijke onzekerheid.

53 HR 5 juni 2009, NJ 2012/183 (*Levob/Bolle*).

54 HR 27 november 2009, RvdW 2009/1403 (*World Online*).

55 Zie ook I. Giesen, ‘Effectieve rechtsbescherming en causaliteit’, *AVG* 2010/17, p. 127-128.

De Hoge Raad overweegt inzake het causaliteitsverweer van de financiële instellingen in r.o. 4.7.9. iets opmerkelijks:

“4.7.9. Indien ervan kan worden uitgegaan dat de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer destijds van dien aard was dat de aanbieder had moeten begrijpen dat voldoening van de leasetermijnen en/of de mogelijke (maximale) restschuld naar redelijke verwachting een onaanvaardbaar zware financiële last op de afnemer zou leggen, is de kans dat deze particuliere wederpartij de effectenlease-overeenkomst niet zou zijn aangegaan indien hij zich van die bijzondere risico's waaraan de overeenkomst hem blootstelde bewust was geweest zo aanzienlijk, dat – behoudens zwaarwegende aanwijzingen van het tegendeel – ervan kan worden uitgegaan dat hij zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben gesloten” (onze onderstreping, *IG en KM*).

In deze overweging lijkt het dus sterk te gaan om een vermoeden van causaal verband. Het wel bestaan van csqn-verband is het ‘uitgangspunt’ in deze gevallen.⁵⁶ De Hoge Raad vervolgt direct daarna:

“4.7.10. Indien ervan kan worden uitgegaan dat de financiële positie van de afnemer ten tijde van het aangaan van de overeenkomst toereikend was om zijn betalingsverplichtingen uit die overeenkomst, waaronder de mogelijke (maximale) restschuld, na te komen, zal – in verband met de omstandigheid dat de op de aanbieder rustende waarschuwingplicht ook ertoe strekt te waarschuwen tegen het aangaan van onnodige risico's – het verweer van de aanbieder dat de afnemer de overeenkomst ook zou zijn aangegaan indien de aanbieder niet in zijn zorgplicht was tekortgeschoten, in het licht van de desbetreffende stellingen van de afnemer voldoende concreet moeten zijn onderbouwd. Is deze onderbouwing niet genoegzaam, kan eveneens tot uitgangspunt worden genomen dat de afnemer zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben” (onze onderstreping, *IG en KM*).

Het bestaan van csqn-verband is hier volgens de Hoge Raad dus opnieuw het ‘uitgangspunt’, in dit laatste geval volgend op de plicht van de financiële instelling om dat causaal verband gemotiveerd te betwisten. De financiële instelling (gedaagde) moet zijn verweer inzake de causaliteit aldus voldoende concreet onderbouwen (‘als ik wel had gewaarschuwd, had de consument alsnog het product afgenomen’). Hiermee lijkt het alsof de Hoge Raad een aanvullende stelplicht⁵⁷ op dit specifieke terrein heeft aanvaard. De Hoge

56 D. Asser, ‘Bewijsrecht’, *TCR* 2010-3, p. 87; A.C.W. Pijls, W.H. van Boom, ‘Handhaving prospectusaansprakelijkheid niet illusoir: vermoeden van causaal verband bij prospectusaansprakelijkheid’, *WPNR* 6834 (2010), p. 199.

57 Zie nader Asser *Procesrecht/Asser* 3 2013/307 e.v.; I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 39-47.

Raad noemt dit beestje echter niet bij zijn aanvullende stelplicht-naam, waardoor op dat punt toch nog enige twijfel resteert. Asser durft in dit kader echter wel over een aanvullende stelplicht te spreken.⁵⁸

Ten tweede is er de *World Online*-zaak. In deze uitspraak ging het om de beursgang van World Online, op het hoogtepunt van de Internetbubbel, waarbij de aandelenkoers stevig kelderde na introductie van het aandeel. In de nasleep kwam naar voren dat topvrouw Nina Brink haar eigen aandelenpakket net voor de beursgang verkocht had en daarover was in het prospectus niet, althans: onvoldoende duidelijk,⁵⁹ geïnformeerd. Er was derhalve sprake van misleiding van de beleggers. De vervolgvraag was die naar de causaliteit tussen schending van de informatieplicht en de schade zoals opgelopen door de aandeelhouders. De Hoge Raad overweegt hieromtrent in r.o. 4.11.1:

“4.11.1. De art. 6:194 e.v. laten onverlet dat de gewone regels betreffende stelplicht en bewijslast gelden ten aanzien van de vraag of de schade in een zodanig verband met de misleiding staat dat zij als gevolg daarvan aan degene die de misleidende mededeling openbaar heeft gemaakt, kan worden toegerekend (*NJ* 1996/246). In beginsel draagt de belegger derhalve ook de stelplicht en bewijslast ter zake van het *condicio sine qua non*-verband. Dat bewijs is evenwel problematisch (...). De door deze factoren veroorzaakte bewijsproblemen ter zake van het *condicio sine qua non*-verband brengen mee dat de door de (oude en nieuwe) prospectusrichtlijn beoogde bescherming van beleggers (...) in de praktijk illusoir kan worden. Daarbij verdient opmerking dat die richtlijn (...) wel de verplichting oplegt ervoor zorg te dragen dat de nationale wettelijke bepalingen inzake burgerrechtelijke aansprakelijkheid van toepassing zijn op degenen die verantwoordelijk zijn voor de in het prospectus vermelde informatie (art. 6 lid 2). Dat brengt mee dat een effectieve rechtsbescherming geboden moet worden volgens de regels van het nationale recht.

4.11.2. Met het oog op die effectieve rechtsbescherming en gelet op de met de prospectusvoorschriften beoogde bescherming van (potentiële) beleggers tegen misleidende mededelingen in het prospectus, zal tot uitgangspunt mogen dienen dat *condicio sine qua non*-verband tussen de misleiding en de beleggingsbeslissing aanwezig is. Dit betekent derhalve dat in beginsel aangenomen moet worden dat, indien geen sprake van misleiding zou zijn geweest, de belegger niet – of bij aankoop op de secundaire markt: niet dan wel niet op dezelfde voorwaarden – tot aankoop van de effecten zou zijn overgegaan (...).”

Met andere woorden: ook in deze gevallen moet tot uitgangspunt dienen dat het *csqn*-verband voorlopig gegeven is. Opnieuw rijst dan wel de vraag: wat is daarmee bedoeld,

welk rechtsgevolg kleeft hieraan? Is dit dan – zoals Asser en Pijls en Van Boom aannemen⁶⁰ – een andere term voor een vermoeden? De constructie lijkt inderdaad die van een vermoeden te zijn, dus daar gaan wij hierna gevoelig vanuit.⁶¹ Los daarvan: het is in elk geval een tegemoetkoming voor de eisende partij.

In het door het Hof Den Bosch gewezen *X./ABN Amro*-arrest⁶² wordt aan deze *World Online*-uitspraak navolging gegeven. De zaak betrof een bank die beleggingsadvies verstrekte aan een vermogende particulier, die o.a. met putopties in de weer was. De bank stond transacties toe, terwijl sprake was van een dekkingstekort aan de zijde van de particulier. Deze particulier stelt de bank vervolgens aansprakelijk, onder meer wegens schending van de zorgplicht van de bank. In dat verband wordt overwogen dat de belegger in beginsel de stelplicht en bewijslast draagt ter zake van het causaal verband tussen schending zorgplicht en ingetreden schade, zoals ook overwogen in het *World Online*-arrest.⁶³ Daarna komt het *csqn*-verband specifiek aan de orde, waarbij de vraag rijst of een waarschuwing van de bank door de belegger zou zijn opgevolgd. In dat verband grijpt het hof wederom terug op de *World Online*-zaak en stelt dan:

“4. (...) In hetzelfde *WOL*-arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat met het oog op effectieve rechtsbescherming in gevallen als het onderhavige tot uitgangspunt mag worden genomen dat causaal verband tussen het schenden van de zorgplicht en de transactie van de cliënt aanwezig is. Dat betekent in gevallen waarin een bank een waarschuwingsplicht heeft, dat in beginsel moet worden aangenomen dat indien een bank niet aan haar zorgplicht voldoet door haar cliënt indringend te waarschuwen voor de consequenties van te verrichten transacties, moet worden aangenomen dat die cliënt de voorgenomen transacties niet zou hebben uitgevoerd, en dus de daardoor ontstane schade niet zou hebben geleden. De Hoge Raad overweegt in genoemd arrest echter verder (rechtsoverweging 4.11.2), dat de rechter naar aanleiding van de over en weer aangevoerde argumenten en de omstandigheden van het geval tot de conclusie kan komen dat voormeld uitgangspunt in de desbetreffende situatie niet opgaat. Naar het oordeel van het hof is van een dergelijke uitzondering dit geval sprake. (...)”

Hierna volgt een weging van omstandigheden, waarna geoordeeld wordt dat de loutere stelling dat een waarschu-

58 D. Asser, 'Bewijsrecht', *TCR* 2010-3, p. 87.

59 Deze informatie stond enigszins verbleemd op pagina 99 van de prospectus.

60 D. Asser, 'Bewijsrecht', *TCR* 2010-3, p. 87; A.C.W. Pijls, W.H. van Boom, 'Handhaving prospectusaansprakelijkheid niet illusoir: vermoeden van causaal verband bij prospectusaansprakelijkheid', *WPNR* 6834 (2010), p. 196.

61 C.J.M. Klaassen, Bewijs van causaal verband tussen beweerdelijk geleden beleggingschade en schending van een informatie- of waarschuwingsplicht, in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 147, gaat uit van een jurisprudentieel causaliteitsvermoeden, wat dan echter geen rechterlijk of feitelijk vermoeden zou zijn, maar een 'regel'. Of hier werkelijk veel verschil tussen bestaat, valt ons inziens te betwijfelen.

62 Hof Den Bosch 22 juni 2010, *LJN* BM9516 (*X./ABN Amro*).

63 HR 27 november 2009, *RvdW* 2009/1403, (*World Online*).

wing zou zijn gevolgd, onvoldoende onderbouwd is. Daardoor is voor een bewijsopdracht geen plaats meer en faalt de grief. Wat daarvan verder zij, de besproken leer van de Hoge Raad van 'het tot uitgangspunt nemen van causaliteit' wordt hier dus gevolgd in een zaak die niet over een prospectus ging (en overigens ook geen massaschadezaak betrof). Vervolgens is dezelfde insteek wederom op het niveau van het Bossche hof toegepast, hetgeen daarna geacordeerd is door de Hoge Raad in het *Van Lanschot*-arrest.⁶⁴ Hierin bestempelde de Hoge Raad het gebruik van de *tour-nure* dat het causaal verband 'tot uitgangspunt' kan worden genomen, als een juiste rechtsopvatting.

In tegenstelling tot de omkeringsregel en de proportionele aansprakelijkheid, kan dus geconcludeerd worden dat deze notie naar geldend recht wel van toepassing is in gevallen waarin informatieplichten verzuimd worden. Dit instrument heeft ook bij geschonden zorgplichten rondom financiële producten de potentie in zich om het bewijsprobleem voor de eiser te verlichten. De grondslag is tevens helder: deze ligt in het voorkomen dat bepaalde regels illusoir worden en in het kunnen effectueren van een aanspraak. Dit sluit geheel aan bij de door ons aan zowel de omkeringsregel als de proportionele aansprakelijkheid toebedeelde ratio, namelijk het kunnen verwezenlijken van de materiële norm en daarmee het waarborgen van effectieve rechtsbescherming. Met andere woorden: er gloort hoop voor de in bewijsnood verkerende niet-geïnformeerde consument.

4.5 *Verlies van een kans*

4.5.1 *De ontwikkeling van het leerstuk van het verlies van een kans*

De vierde mogelijke tegemoetkoming betreft de theorie van het verlies van een kans. De theorie van het verlies van een kans is een theorie die erop gericht is het bewijsprobleem ten aanzien van het causaal verband op te vangen. Indien het causaal verband tussen de fout en de schade niet (direct) aanwijsbaar is, maar wel geconstateerd kan worden dat door de fout *een bepaalde kans op een gunstiger resultaat* verloren is gegaan, is het mogelijk om op die basis tot de beslissing te komen dat een deel van de schade vergoed dient te worden. Het deel dat vergoed wordt, is dat deel van de schade dat correspondeert met de grootte van de verloren gegane kans: de verloren kans wordt dus opgevat als de schade. Tussen die (kans)schade en de fout bestaat immers wel causaal verband, waardoor het probleem van causaliteit tussen de concrete schade en de fout 'opgeheven' wordt. Wellicht kan niet gezegd worden dat door de fout de patiënt is overleden, bijvoorbeeld omdat de overlevingskans überhaupt niet hoog was, maar er kan wel worden gezegd dat de overlevingskans die er ten minste nog was, verloren is gegaan door de gemaakte fout. Hetzelfde geldt ten aanzien van de arts die een onjuiste diagnose stelt, terwijl niet zeker is of de verslechterde toestand daaraan te wijten is. In dat geval

kan wel gezegd worden dat een bepaalde kans op genezing teniet is gegaan.

De principiële erkenning van deze theorie in Nederland stamt uit 1997. In het *Baijings/mr. H.-arrest*⁶⁵ werd door de Hoge Raad erkend dat het – als subsidiaire optie, na de beoordeling door de rechter hoe de zaak zou zijn beslist zonder de gemaakte fout – mogelijk zou zijn om na een beroepsfout van een advocaat in een aansprakelijkheidsrechtelijke procedure daarover de goede en kwade kansen af te wegen. Vervolgens kan er conform die kansen door de rechter beslist worden dat de advocaat voor een bepaald percentage verplicht is tot schadevergoeding.

Deze insteek leek echter in de jaren die volgden een incident te zijn geweest. Weliswaar werd die uitspraak door de lagere rechtspraak verwelkomd als een soort akkoordverklaring om door te kunnen gaan met de eerder ingezette lijn⁶⁶ – in navolging van de toen net op gang komende literatuur hierover – maar op het hoogste niveau van rechtsvorming bleef deze uitspraak lange tijd zonder veel verdere bijval of uitbreiding naar andere terreinen. Dat die bijval uitbleef, is wat ons betreft ten dele te wijten aan de (achteraf wellicht onbedoelde) opmars in diezelfde tijd, van de eerder besproken 'omkeringsregel' en dus van de bewijslastverlichting ten aanzien van de causaliteitsvraag.⁶⁷ Aanvankelijk leek het immers zo te zijn dat hetzelfde bewijsprobleem langs een andere, meer begaanbare route opgelost kon worden. Het gevolg was dat de toen in Nederland nog kersverse en systeemvreemde proportionaliteitsleer niet nodig leek: het meer vertrouwde instrument van de bewijslastverdeling en bewijslastomkering bracht redding (ook omdat met de omkeringsregel meer schadevergoeding – namelijk vergoeding van *alle* schade – verkregen kon worden).

Waar de aansprakelijkheid van de advocaat aan de orde is, is de mogelijkheid van een schadevergoeding naar de mate van de kans dat de handeling (het nalaten) van de advocaat tot schade leidde, al enige tijd 'ingeburgerd'. Die inburgering gaat zelfs zo ver dat recente arresten van de Hoge Raad die deze lijn bevestigen,⁶⁸ nauwelijks nog opgemerkt worden. Klaarblijkelijk is het reeds duidelijk dat de rechter eerst moet trachten te bepalen hoe de zaak beslist zou zijn als de beroepsfout niet gemaakt was en dat subsidiair de goede en kwade kansen dienaangaande (vgl. art. 6:105 BW) geschat mogen worden.

65 HR 24 oktober 1997, NJ 1998/257 (*Baijings/mr. H.*).

66 Zoals in gevallen van medische aansprakelijkheid: vgl. Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1997/213 (*Baby Ruth*), welke uitspraak nadien in de lagere rechtspraak werd gevolgd.

67 Zie I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht. Een rechtsgeleerde dialoog. Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 75.

68 Zie HR 19 januari 2007, NJ 2007/63 (*Kranendonk/A. Advocaten*); HR 16 februari 2007, NJ 2007/256 (*Tuin Beheer/Maatschap A.*) In HR 30 juni 2006, JA 2006/112 (*A./X.*) werd art. 81 r.o. toegepast. Zie ook nog HR 18 april 2008, NJ 2008/245 (*Mustert/O.*). Dit geldt ook als het verzuim het instellen van een cassatieprocedure betreft, zie HR 23 februari 2001, NJ 2001/431 (*Maatschap X./Overes*).

64 HR 8 februari 2013, LJN BX7846, RvdW 2013/249 (*Van Lanschot*), r.o. 3.7.

4.5.2 Toepasbaarheid op verzuimde informatieplichten

Aan de acceptatie van de kanstheorie bij de aansprakelijkheid van met name advocaten, is sinds kort een nieuwe loot toegevoegd die de populariteit van de kanstheorie waarschijnlijk stevig zal gaan ondersteunen. Gedoeld wordt op het *Deloitte/H&H Beheer-arrest*,⁶⁹ gewezen in december 2012.

In deze zaak vordert H&H Beheer schadevergoeding van Deloitte, omdat deze verkeerd geadviseerd zou hebben over de fiscale aanpak omtrent het uittreden uit een maatschap. Deloitte is bij haar advisering toerekenbaar tekortgeschoten door geen melding te maken van de mogelijkheid van de zogenoemde 'ruilarresten' en door een geruisloze inbreng te adviseren, hetgeen een in feite onbegaanbare weg was. Het gaat hier dus over verzuimde informatieplichten. Het hof heeft de vordering toegewezen en heeft Deloitte veroordeeld tot betaling van 60% van de schade als gevolg van de gemaakte beroepsfout. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat het onderdeel tot uitgangspunt neemt dat het hof hetzij het leerstuk van de zogenoemde 'proportionele aansprakelijkheid' heeft toegepast, hetzij dat van de 'kansschade' of 'verlies van een kans' en dan volgt in ro. 3.5.2 een exposé over de vraag wat de in dit artikel reeds besproken proportionele aansprakelijkheid behelst.

Vervolgens constateert de Hoge Raad in r.o. 3.5.3 dat het leerstuk van de kansschade aanvaard is voor bepaalde vormen van aansprakelijkheid van een advocaat, waarna wordt overwogen:

"Opmerking verdient dat, teneinde de leer van de kansschade te kunnen toepassen, eerst beoordeeld moet worden of *condicio-sine-qua-non-verband* aanwezig is tussen de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis (de tekortkoming of onrechtmatige daad) en het verlies van de kans op succes. In de gevallen waarop de hiervoor genoemde arresten van de Hoge Raad betrekking hadden, is dat *condicio-sine-qua-non-verband* echter zonder meer gegeven met het verzuim van de advocaat om (tijdig) het rechtsmiddel of de rechtsvordering in te stellen, en resteert dus slechts de vaststelling van de schade aan de hand van een schatting van de goede en kwade kansen die de cliënt in het (hypothetische) geding zou hebben gehad."

Deze leer van de kansschade is derhalve geëigend om een oplossing te bieden voor situaties waarin onzekerheid be-

staat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt. Die onzekerheid vindt haar grondslag in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld – in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven – of en in hoeverre de kans op succes zich in werkelijkheid zou hebben gerealiseerd.

Vervolgens beweegt de Hoge Raad specifiek voor de zaak in kwestie:

"3.6. In het onderhavige geval heeft het hof geen toepassing gegeven aan de rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid, doch (kennelijk) aan die van de kansschade. Zijn oordeel moet aldus worden verstaan, dat het eerst op grond van de hiervoor in 3.3 onder (b) weergegeven overwegingen voldoende aannemelijk heeft geoordeeld dat [verweerder 1], indien [eiser 1] hem had geadviseerd over de mogelijkheid van de ruilarresten, dat advies zou hebben opgevolgd en zich intensief zou hebben ingespannen zich overeenkomstig de voorwaarden van de ruilarresten in een ander kantoor in te kopen. Aldus heeft het hof het *condicio-sine-qua-non-verband* vastgesteld tussen de tekortkoming van [eiser 1] en het verlies van de kans van [verweerder 1] op een fiscaal gunstiger situatie."

Op grond hiervan falen de klachten, maar de Hoge Raad merkt in r.o. 3.7 nog wel op dat:

"3.7. (...) nu het hof het *condicio-sine-qua-non-verband* tussen de normschending van en het verlies van de kans van 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."

De kanstheorie is dus *zonder terughoudendheid* inroepbaar – althans: is eerder in te roepen dan de proportionele aansprakelijkheid – omdat het *csqn-verband* hierbij al gegeven is. Deze overweging is naar onze mening niet helemaal zuiver. Het eigenlijke (of: oorspronkelijke) *csqn-verband* in deze zaken, namelijk tussen normschending en de oorspronkelijke totale schade, staat immers helemaal niet vast: de vraag naar dat verband is slechts omzeild door in plaats daarvan het wel vaststaande verband tussen de schending en het kansverlies vast te stellen. Daaraan rechtsgevolgen verbinden (minder terughoudend toepassen) is in onze optiek dus niet op zijn plaats.⁷⁰

69 HR 21 december 2012, NJ 2013/237 (*Deloitte/H&H Beheer*). Zie over deze uitspraak o.a. ook nog: M.F.E. Hillen, 'De Hoge Raad en het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid en kansschade', HR 14 december 2012, LjN BX8349 (Nationale Nederlanden/[A en B]); HR 21 december 2012, LjN BX7491 (*Deloitte Schadeverzekeringen/H&H Beheer*), *MvV* 2013-4, p. 122-127; J.C.J. Wouters, 'Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en verlies van een kans in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht (I)', *WPvR* 6973 (2013), p. 333-342, en D. van der Kooij, 'Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en abstracte schadebegroting', in: P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt e.a. (red.), *Middelen voor Metjer*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2013, p. 161 e.v. Deze uitspraak wordt ook in de lagere rechtspraak al benut, vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2013, LjN CA2120.

70 Zie ook de kritiek van Akkermans en Van Dijk op de Hoge Raad voor wat betreft het onderscheid tussen proportionele aansprakelijkheid en de kanstheorie in A.J. Akkermans en Chr.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverdeling en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012-5, p. 159-160. Wij onderschrijven deze kritiek.

Geconcludeerd kan worden dat in dit soort zaken, waarin een fiscale adviesplicht werd geschonden, het daarop volgende causaliteitsprobleem opgelost kan worden via de theorie van het verlies van een kans. Deze kanstheorie is dus inroepbaar als het om geschonden informatieplichten gaat en zo wordt er met dit instrument dus wél iets gedaan aan de effectieve rechtsbescherming voor de eiser. Dit komt immers de verwezenlijking van de achterliggende materiële norm, de zorgplicht van de dienstverlener, ten goede.

5. Recapitulatie van de vier instrumenten: effectieve rechtsbescherming?

In het kader van de verzuimde informatieplichten, bieden – zo bleek – de omkeringsregel en de proportionele aansprakelijkheid naar de huidige stand van de rechtspraak weinig tot geen uitkomst voor het causaliteitsbewijsprobleem waarmee de eiser doorgaans kampt. Zoals eerder betoogd, staan wij kritisch tegenover de reeks uitspraken waarin deze instrumenten in geval van verzuimde informatieplichten van tafel zijn geveegd. Naar onze mening schuilt in deze – de facto – ‘aanschaffing’ het gevaar dat ten gevolge van de bewijsnood waarin de eiser verkeert, de norm in rechte inhoudsloos wordt. In de praktijk betekent dit dat het zelfbeschikkingsrecht van de eiser, hetgeen de norm juist beoogt te beschermen, niet te sanctioneren valt en daarmee ingeperkt zal worden. Dit is funest voor de effectieve rechtsbescherming, die in gevallen van informatieplichten haast illusoir wordt. Dit klemt temeer nu uit onderzoek van het Nederlands Instituut Onderzoek van de Gezondheidszorg (Nivel) en de Consumentenbond⁷¹ blijkt dat informatievoorziening bij ziekenhuizen een belangrijk punt van kritiek is: de respondenten (patiënten) vonden dat ze onvoldoende informatie verkregen, onvoldoende konden meebeslissen en bovendien gaf de helft van de respondenten aan niet geïnformeerd te zijn over eventuele behandelingsalternatieven.

Dat het resulterende gebrek aan effectieve rechtsbescherming het fundament vormt van onze kritiek, is een logisch gevolg van het feit dat het daadwerkelijk effectief zijn van de rechtsbescherming wat ons betreft één van de doelen zou moeten zijn van het aansprakelijkheidsrecht. Dit uitgangspunt sluit niet alleen aan bij het *World Online*-arrest, maar ook bij een wat ouder arrest van de Hoge Raad over discriminatie, te weten het *Souverijn-Timmermans/Wouters*-arrest,⁷² waarin de Hoge Raad overwoog:

“(…) De werkgever is niet gehouden aan te tonen dat het verschil in beloning met een verschil in de werkzaamheden samenhangt. De bewijslast kan alleen worden verlegd indien dat noodzakelijk is om de kennelijk gedis-

crimineerde werknemers niet elk doeltreffend middel te ontnemen om het beginsel van gelijke beloning te doen eerbiedigen, in het bijzonder wanneer een onderneming een systeem van beloningen toepast dat wordt gekenmerkt door een volstrekt gebrek aan doorzichtigheid” (onze onderstreping, *IG en KM*).

Dit duidt erop dat de gedachte van effectieve rechtsbescherming (of: de verwezenlijking van de materiële norm) zeer belangrijk is als het om het bewijs van causaal verband gaat, een stelling die mede gevoed wordt door uitlatingen van toenmalig Hoge Raad-raadsheer Asser, die deze gedachte ook omarmd heeft.⁷³

Het leerstuk van het verlies van een kans en de notie van ‘het tot uitgangspunt nemen van causaliteit’ kunnen daarentegen wél uitkomst bieden in gevallen van causaliteitsproblemen bij geschonden informatieplichten. Het aansprakelijkheidsrecht zet daarmee een stap in de (goede) richting van de effectieve rechtsbescherming.

6. Praktische consequenties voor de procespraktijk

Wat betekent voorgaande nu concreet voor de in bewijsnood verkerende (advocaat van de) eiser? Op welk instrument kan hij of zij het beste zijn of haar geld inzetten?

Ten eerste is het van belang op te merken dat zekerheden op dit vlak niet bestaan,⁷⁴ dus of de kanstheorie echt wortel zal schieten en of de *World Online*-leer echt aan zal slaan, valt nog te bezien. In de jaren na 1997 gebeurde dat immers ook niet met de kanstheorie en ook de lotgevallen van de omkeringsregel, een regel die juist ingevoerd werd in het kader van informatiegebreken en uitgerekend in die gevallen niet meer toepasselijk is, tonen dat wel aan. Dat heeft waarschijnlijk hiermee te maken dat ook de gedaagde in dit soort zaken een groot belang heeft dat erkenning verdient en waar niet zomaar aan voorbij mag worden gegaan: een tegemoetkoming aan de eiser gaat immers ten koste van de gedaagde. Daarbij geldt voor ons echter dat de eerder be-

71 Akkermans verwijst in A.J. Akkermans, *De ‘omkeringsregel’ bij het bewijs van causaal verband* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2002, p. 104, naar het onderzoek van A.F.C. Janse, J.B.F. Hutten, P. Spreeuwenberg, *Patiënten oordelen over ziekenhuizen II, rapport van het Nederlands instituut voor onderzoek van de gezondheidszorg (Nivel) en de Consumentenbond*, Nivel: Utrecht 2002, p. 50.

72 HR 12 april 2002, NJ 2002/411 (*Souverijn-Timmermans/Wouters*).

73 W.D.H. Asser, J.F. Nijboer, Y.E. Schuurmans, *Bewijsrecht: het bewijs geregeld?*, Nijmegen: Wolf Legal Publisher 2009/2010. Preadvies voor de NVvR nr. 69, p. 57; Asser *Procesrecht/Asser 3* 2013/294; Zie ook al I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 1999, p. 82-84; I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 452, en A.C.W. Pijls, ‘Het bewijs van causaal verband bij informatieverzuimen in de beleggingspraktijk’, *NTBR* 2009/22, p. 171 en 177 Er is ook bevestiging voor te vinden in de lagere rechtspraak, zoals in het eerder besproken en door het hof gewezen *X./ABN Amro*-arrest, waarin het hof expliciet overweegt: “4. (...) In hetzelfde *WOL*-arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat met het oog op effectieve rechtsbescherming in gevallen als het onderhavige tot uitgangspunt mag worden genomen dat causaal verband tussen het schenden van de zorgplicht en de transactie van de cliënt aanwezig is (...)”.

74 Vgl. A.G. Castermans en P.W. den Hollander, ‘Omgaan met onzekerheid’, *NTBR* 2013/21, p. 194-195.

sproken tweeledige rechtvaardiging (zie § 4.2.2) de doorslag geeft ten gunste van de eiser.⁷⁵

Ten tweede is het van belang te benadrukken dat in de procespraktijk de wat ons betreft beste keus zal zijn om niet te snel te kiezen, zolang de rechtspraak niet dwingender voorschrijft welk instrument waar te benutten valt. De opties die de rechtspraak nu biedt, zijn bovendien in onderling verband gezien alles behalve logisch. Zo is het ons niet duidelijk waarom de Hoge Raad de notie van 'het tot uitgangspunt nemen van causaliteit' (impliciet althans) onbeperkt van toepassing lijkt te verklaren in gevallen van verzumde informatieplichten, terwijl bij de toepassing van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid (sterke) terughoudendheid moet worden betracht, doch die terughoudendheid dan weer expliciet niet nodig is bij de toepassing van de kanstheorie.⁷⁶ Het is en blijft gissen naar de ratio achter dit onderscheid en dus naar de zeker niet evidente verhouding tussen de diverse opties. Ook los daarvan is het onderscheid tussen het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid en het leerstuk van het verlies van een kans zoals de Hoge Raad die wenst te hanteren, op zijn minst discutabel. Dit alles in acht nemend, doet men er in de praktijk goed aan op alle vier de mogelijke instrumenten een beroep te doen, te beginnen met het meest voor de hand liggende instrument of het instrument waarmee de meest vergelijkbare jurisprudentie gegeneerd is.

Als het ene instrument niet meer of minder van toepassing is of lijkt te zijn dan het andere instrument in de concrete omstandigheden van het specifieke geval, dan zouden wij vanuit vergoedingsperspectief – en zeker ook vanuit de noodzaak te handelen als een redelijk handelend advocaat – aanraden de volgende volgorde aan te houden. Het is verstandig om eerst een beroep te doen op (1) de omkeringsregel of op (2) de notie van 'het tot uitgangspunt nemen van de causaliteit', om de simpele doch belangrijke reden dat in deze gevallen de bewijsvoeringslast omgedraaid wordt (het gaat om een vermoeden), waarna de schade bij een inderdaad succesvolle aansprakelijkheidsstelling voor 100% vergoed wordt. Mocht een beroep op deze leerstukken niet (kunnen) slagen, dan is het vervolgens aan te raden om eerder een beroep te doen op (3) het leerstuk van het verlies van een kans dan op (4) de proportionele aansprakelijkheid, nu het laatste leerstuk volgens de Hoge Raad terughoudend toegepast dient te worden en de kans op succes derhalve kleiner is dan bij een beroep op het leerstuk van het verlies van een kans.⁷⁷ De in § 4.3.2 besproken uitspraak van het

Hof Arnhem-Leeuwarden leert ons echter dat ook in geval van zuivere vermogensschade de toepassing van de proportionele aansprakelijkheid – ondanks de geboden terughoudendheid op dit vlak – in specifieke gevallen gerechtvaardigd kan zijn.⁷⁸

7. Slot

Dit artikel brengt ons tot de (desondanks) hoopgevende conclusie dat het Nederlands aansprakelijkheidsrecht een oplossing tracht te vinden voor de bewijsproblemen van het causaal verband na de schending van een informatieplicht. Deze oplossing is (met name) gelegen in de kanstheorie, die al sinds de jaren '90 van de vorige eeuw rondwaart. Ondanks het proefschrift van Akkermans⁷⁹ en het *Baijings/H arrest*⁸⁰, beiden daterend van 1997, heeft de 'follow up' lang geduurd en dat is waarschijnlijk te wijten aan het feit dat de omkeringsregel tegelijkertijd in opkomst was. Deze omkeringsregel moest klaarblijkelijk eerst weer min of meer 'van tafel'⁸¹ voordat er doorgedacht kon worden over andere mogelijkheden. Het *Karamus/Nefalit-arrest*⁸² gaf daartoe de benodigde aanzet.

Of deze oplossingen uiteindelijk toereikend zullen zijn, valt echter lastig te voorzien, alleen al omdat de onderlinge verhouding schimmig blijft. Dat de omkeringsregel buiten toepassing is verklaard in geval van verzumde informatieplichten, evenals (vooral nog) de toepassing van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid, blijft een naar onze mening onwenselijk en in veel gevallen onbillijk uitgangspunt. Schending van 'informed consent' blijft derhalve wegens het immer aanwezige causaliteitsbewijsprobleem moeilijk te sanctioneren, waardoor de rechtsbescherming bij en daarmee de effectiviteit van informatieplichten in het gedrang komt. De opties die de Hoge Raad nu aanreikt zijn wat ons betreft dus niet verstrekkend genoeg en vooral ook inconsistent, maar wellicht dat we op termijn, via de geboden (tussen)oplossingen als de notie van 'het tot uitgangspunt nemen van causaliteit' en de kanstheorie, toch het juiste midden zullen vinden.

75 Anders: C.J.M. Klaassen, *Bewijs van causaal verband tussen beweerdelijk geleden beleggingschade en schending van een informatie- of waarschuwingsplicht*, in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 166-168.

76 Zo ook C.J.M. Klaassen, *Bewijs van causaal verband tussen beweerdelijk geleden beleggingschade en schending van een informatie- of waarschuwingsplicht*, in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 166.

77 Die 'volgorde' leidt er bovendien toe dat het debat meer op de feitelijke onzekerheden (het bewijsproces) blijft gericht.

78 Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2013, L/JN CA2120.

79 A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid* (diss. Tilburg), Deventer: Tjeenk Willink 1997.

80 HR 24 oktober 1997, NJ 1998/257 (*Baijings/mr. H.*).

81 Hoewel ook deze regel nog bestaansrecht heeft. Zie recentelijk nog de toepassing ervan in HR 19 december 2008, NJ 2009/28 (*Smeets/Heerlen*), en HR 23 november 2012, NJ 2012/669 (*Cynaecoloog*).

82 HR 31 maart 2006, NJ 2011/250 (*Nefalit/Karamus*).