

Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken

17

Het arrest *Fortis/Bourgonje* roept de vraag op wanneer proportionele aansprakelijkheid wel of niet toelaatbaar is. Uit de rechtspraak over dit onderwerp blijkt de nauwe verwevenheid met andere leerstukken zoals het bewijs van causaal verband, de omkeringsregel en de 'eigen schuld' van art. 6:101 BW. Wie zoekt naar algemene lijnen voor de toepasselijkheid van het ene dan wel het andere leerstuk, moet concluderen dat de rechtspraak van de Hoge Raad de nodige vragen openlaat. In dit artikel wordt de stand van zaken geïnventariseerd en worden enkele suggesties gedaan voor een nadere systematisering van dit terrein.

In het arrest *Fortis/Bourgonje* van 24 december 2010 over de aansprakelijkheid van de bank als vermogensbeheerder bevestigt de Hoge Raad dat aan de proportionele benadering uit het arrest *Nefalit/Karamus* een breder toepassingsbereik toekomt dan alleen de werkgeversaansprakelijkheid. Anderzijds wordt benadrukt dat het bij deze benadering om een uitzondering gaat, en wordt de toepassing door het hof op het voorliggende geval afgewezen. Dat roept de vraag op wanneer proportionele aansprakelijkheid wel, en wanneer niet een toelaatbare oplossing is. Uit de rechtspraak over dit onderwerp blijkt de nauwe verwevenheid met andere leerstukken zoals het bewijs van causaal verband, de omkeringsregel en de 'eigen schuld' van art. 6:101 BW. Wie zoekt naar algemene lijnen voor de toepasselijkheid van het ene dan wel het andere leerstuk, moet concluderen dat de rechtspraak van de Hoge Raad de nodige vragen openlaat. In dit artikel wordt de stand van zaken geïnventariseerd en worden enkele suggesties gedaan voor een nadere systematisering van dit terrein.

1. Inleiding

Indien de rechter moet beoordelen of er *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen een onrechtmatige daad of wanprestatie en bepaalde schade, zal hij dat in het algemeen aan de hand van de toepasselijke regels van bewijsrecht over bewijslastverdeling en bewijswaardering doen. Meestal kan het antwoord op de vraag naar het *csqn*-verband relatief eenvoudig worden beantwoord. Voldoende is 'een redelijke mate van waarschijnlijkheid'.² Indien daarvan sprake is wordt *csqn*-verband tussen fout en schade aangenomen, anders niet. Maar soms blijft er substantiële twijfel bestaan. Dat speelt bijvoorbeeld vaak bij ten onrechte niet

gegeven waarschuwingen. Zou de adressant deze waarschuwing hebben opgevolgd? Of bij het laten verlopen van een appeltermijn. Wat zou de uitkomst van het hoger beroep zijn geweest? Er kan dan, bijvoorbeeld vanuit de gedachte van effectieve rechtsbescherming, aanleiding zijn om de eiser tegemoet te komen in zijn bewijslast. De rechter staan daarvoor diverse technieken ten dienste. Te denken valt aan proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel en bewijslastverlichting, al of niet in combinatie met eigen schuld. Analyse van een aantal arresten levert het beeld op dat de rechtspraak in op het oog vergelijkbare gevallen kiest voor verschillende oplossingen zonder dat geheel duidelijk wordt waarom. Wie zoekt naar algemene lijnen voor de toepasselijkheid van het ene dan wel het andere leerstuk, moet concluderen dat de rechtspraak van de Hoge Raad de nodige vragen openlaat. De keuze van de rechter voor het ene of het andere leerstuk lijkt vaak te worden bepaald door de wijze waarop is geprocedeerd, en voor de Hoge Raad tevens door de cassatietechniek. Aan de hand van de rechtspraak op met name het gebied van informatie, adviserings- en waarschuwingsplichten zullen wij de stand van zaken in kaart brengen en enkele suggesties doen voor een nadere systematisering.

Eerst gaan wij in op proportionele aansprakelijkheid en de rechtspraak daarover (§ 2). Dan komt het arrest *Fortis/Bourgonje*³ aan de orde, dat ging over een claim van een teleurgestelde belegger. In dit arrest wijst de Hoge Raad proportionele aansprakelijkheid in het voorliggende geval af, en zet hij enkele lijnen uit voor de toepassing van dit leerstuk (§ 3). Vervolgens gaan wij in op andere recente rechtspraak over claims van teleurgestelde beleggers waarin problemen met het *csqn*-verband aan de orde kwamen (§ 4). Blijken zal dat de rechtspraak zich bij de aanpak van causaliteitsproblemen van verschillende leerstukken bedient. Nadat in paragraaf 5 de actuele stand van zaken ten aanzien van de omkeringsregel is besproken, proberen wij in paragraaf 6 te laten zien dat de onderlinge afbakening tussen de diverse leerstukken niet altijd duidelijk is. In paragraaf 7 proberen wij een aanzet te geven tot nadere ordening met betrekking tot de omkeringsregel, en in de paragrafen 8 t/m 10 onderzoeken wij het toepassingsbereik van proportionele aansprakelijkheid zoals dat eruit ziet na *Fortis/Bourgonje*. Tot slot volgen onze conclusies (§ 11). Daarin vatten wij de stand van de rechtspraak samen, en beantwoorden wij een aantal vragen die in de loop van dit artikel worden opgeworpen.

1 Prof. mr. A.J. Akkermans is hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam, mr. Chr.H. van Dijk is advocaat te Amsterdam.

2 Vaste rechtspraak. Zie Boonekamp, *GS Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 13.1.

3 HR 24 december 2010, *LJN* BO1799; *NJ* 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*).

2. Proportionele aansprakelijkheid

Vooropgesteld zij dat er binnen het juridische discours in Nederland verschillende invullingen circuleren van de betekenis en de reikwijdte van het begrip 'proportionele aansprakelijkheid'. 'Proportioneel' heeft als zodanig uiteraard een ruime betekenis.⁴ Onder de noemer 'proportionele benadering' wordt een groot aantal onderwerpen begrepen.⁵ 'Proportionele aansprakelijkheid' beperkt zich tot het aansprakelijkheidsrecht, maar ook binnen dat terrein heeft dit begrip maar een beperkt onderscheidend vermogen. Strikt genomen zou men ook de 'normale' toepassing van art. 6:101 BW ('eigen schuld') als een vorm van proportionele aansprakelijkheid kunnen beschouwen. Volgens dat artikel wordt de vergoedingsplicht immers verminderd 'in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen' – in zekere zin dus net zo goed 'proportioneel'.⁶ Anderzijds heeft Kortmann zelfs van de beslissing in *Nefalit/Karamus* betoogd dat het niet geheel zuiver is om van proportionele aansprakelijkheid te spreken.⁷ In dit artikel hebben wij met het begrip 'proportionele aansprakelijkheid' uitsluitend het oog op het leerstuk waarvan gebruik wordt gemaakt bij onzeker causaal verband. Proportionele aansprakelijkheid komt dan in essentie neer op aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid.⁸ De invulling van het begrip 'proportionele aansprakelijkheid' die ons voor ogen staat zal hierna nog nader worden uitgewerkt en toegelicht.

Proportionele oplossingen bij onzeker causaal verband kunnen dogmatisch gezien langs twee verschillende wegen worden bereikt.⁹ In de eerste plaats kan men dit onderwerp

(uiteraard) benaderen vanuit het probleem van onzekere causaliteit. Men neemt dan de realiteit van de schade als uitgangspunt en vraagt zich af of zij wel werd veroorzaakt door de fout. Maar men kan ook bij dit onderwerp uitkomen vanuit het probleem van onzekere schade. Men neemt dan de realiteit van de fout als uitgangspunt en vraagt zich af of er wel werkelijk sprake is van schade. Het perspectief is verschillend, de daarbij behorende dogmatische inkadering ook, maar de uitkomst is in essentie dezelfde.¹⁰ Ook de wezenlijke vragen, zoals die naar wenselijkheid, overtuigingskracht en afbakening, zijn in beide gevallen hetzelfde. Daarom lijkt ons de meest verhelderende voorstelling van zaken om beide benaderingen te ordenen onder één en hetzelfde label van 'proportionele aansprakelijkheid'. Op een andere opvatting in de literatuur gaan wij zo dadelijk nog nader in.

In de rechtspraak worden beide wegen bewandeld. De benadering van het onderwerp vanuit het leerstuk van de schade vindt men vooral bij medische fouten¹¹ (maar er is nog geen arrest van de Hoge Raad) en bij advocaten die een appeltermijn laten verlopen of op andere wijze een vordering of rechtsmiddel ten onrechte onbenut laten (vaste rechtspraak van de Hoge Raad).¹² Maar zij kan in een veelheid van situaties worden toegepast.¹³ De rechter baseert zich hier – meestal tamelijk impliciet – op het leerstuk van het verlies van een kans. De kern van dit leerstuk is de gedachtegang dat de benadeelde door de fout in ieder geval een kans heeft verloren op een gunstiger uitkomst – in de betreffende rechtspraak de uitkomst van medische behandeling (gezondheidskans) of juridische procedure (proceskans). Het csqn-verband met de definitieve schade (gerelateerd aan de werkelijke toestand waarin de benadeelde verkeert) moge onzeker zijn, maar het csqn-verband met het verlies van de kans om beter uit te zijn (de kansschade) staat wél vast. Daarom wordt de gedaagde veroordeeld tot vergoeding van die kans. Er wordt dus als het ware een gedachtesprong gemaakt van de ene schade (de definitieve schade) naar de andere (de kansschade). Zo stapten recht-

4 Men denke bijv. aan het vaak toepasselijke begrippenpaar 'proportionaliteit en subsidiariteit'.

5 Zie bijv. I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht*, Preadvies 2008 uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht, Deventer: Kluwer 2008 (hierna: I. Giesen & Tjong Tjin Tai 2008).

6 Vgl. A-G Wissink in zijn conclusie voor *Fortis/Bourgonje* onder 3.62.

7 Zie J.S. Kortmann, "*Karamus/Nefalit*: proportionele aansprakelijkheid?", *NJB* 2006/1109, p. 1404-1412 (hierna: J.S. Kortmann 2006). Hij baseert zich op de situatie dat er 3 of meer mogelijke oorzaken van de schade in het spel zijn, en 2 of meer personen ieder voor een van die mogelijke oorzaken aansprakelijk zijn. De formules van *Nefalit/Karamus* leidt dan tot een figuur die volgens Kortmann niet geduid zou moeten worden als proportionele aansprakelijkheid. Als men van hele scherpe onderscheidingen houdt, valt daar best iets voor te zeggen. Zelf vinden wij het ook zonder het door Kortmann voorgestelde terminologische onderscheid voor de praktijk al meer dan ingewikkeld genoeg. In *Nefalit/Karamus* was de bedoelde figuur in elk geval niet aan de orde, en men kan de vraag stellen hoe vaak zij zich naar redelijke verwachting wél zal voordoen. Hoe dan ook kan geconstateerd worden dat het spraakgebruik Kortmann inmiddels heeft ingehaald.

8 Zie A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid* (diss. UvT 1997), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997. Beschikbaar op <http://arno.uvt.nl/show.cgi?fid=114493> (hierna: A.J. Akkermans 1997).

9 Zie A.J. Akkermans, 'Grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linssen (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997 p. 105-115. Beschikbaar op <http://dare.uvu.vu.nl/handle/1871/16251>.

10 Geconstateerd kan worden dat in deze context schade en causaliteit 2 kanten zijn van dezelfde medaille. De reden daarvan is dat schade een causaal begrip is. Schade is niet te omschrijven zonder in de omschrijving op te nemen dat zij door een bepaalde gebeurtenis is veroorzaakt. Zie A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad* (diss. Utrecht 1965), Deventer: Kluwer 1965, p. 14-15.

11 Zie bijv. Rb. Amsterdam 15 december 1993; Hof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997/213 (*Wever/De Kraker*) of (*baby Ruth*); *TvGr* 1997, p. 58-66, m.nt. M.J.J. de Ridder; *A&V* 1996, p. 67-71, m.nt. P.W.C. Akkermans (beschikbaar op <http://dare.uvu.vu.nl/handle/1871/16250>); zie over de problematiek bij medische aansprakelijkheid verder Chr.H. van Dijk, 'De proportionele benadering bij medische aansprakelijkheid', in: T. Hartlief (red.), *Medische aansprakelijkheid*, Den Haag: Sdu 2010, p. 95-122.

12 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998/257, m.nt. P.A. Stein (Baijings); *A&V* 1998-1, p. 24-26, m.nt. P.W.C. Akkermans (beschikbaar op <http://dare.uvu.vu.nl/handle/1871/16234>); HR 19 januari 2007, *LJN* AZ6541; *JA* 2007/42, m.nt. J.L. Brens en HR 11 december 2009, *LJN* BK0859; *NJ* 2010/3.

13 Voor een overzicht zie A.J. Akkermans, 'Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid', in: A.J. Akkermans, M.G. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid* (p. 85-134), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 102-128. Beschikbaar op <http://dare.uvu.vu.nl/handle/1871/19229>.

bank en hof in *Wever/De Kraker*¹⁴ af van beantwoording van de vraag of tijdige diagnose van een hersenbloeding bij een baby wel of niet tot een beter behandelingsresultaat zou hebben geleid, en kenden vergoeding toe voor het verlies van een kans op dat betere behandelingsresultaat, begroot op 25%.

Bij beroepsfouten van advocaten liet de Hoge Raad voor het eerst een proportionele oplossing toe in het *Baijings*-arrest uit 1997.¹⁵ Het ging in die zaak om de beroepsfout van een advocaat die had verzuimd hoger beroep in te stellen van een voor zijn cliënt Baijings ongunstige uitspraak, terwijl dit wel was afgesproken. Baijings sprak daarop de advocaat aan stellende dat hij in hoger beroep gelijk zou hebben gekregen. Ten aanzien van de vraag hoe in een dergelijk geval de vraag moest worden beantwoord of schade was geleden overwoog de Hoge Raad:

“Voor het antwoord op die vraag moet in beginsel worden beantwoord hoe de appelrechter had behoren te beslissen, althans moet het te dier zake toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de appelland in hoger beroep, zo dit ware ingesteld, zou hebben gehad.”

Vrij algemeen wordt aangenomen dat de Hoge Raad met de hier bedoelde secundaire optie (schatten aan de hand van goede en kwade kansen) de facto toepassing geeft aan het leerstuk van het verlies van een kans.¹⁶ De Hoge Raad refereert weliswaar niet aan dat leerstuk, maar mede tegen de achtergrond van de conclusie van A-G Bakels lijkt deze duiding zeker op haar plaats. De beslissing werd herhaald in HR 19 januari 2007 (verjaring vordering tot vernietiging wegens dwaling)¹⁷ en HR 11 december 2009 (verjaring claim bij waarborgfonds).¹⁸ De conclusie van A-G Lange-meijer voor deze laatste zaak stelt buiten twijfel dat de tweede door de Hoge Raad genoemde optie kan worden gezien als toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans.

De benadering vanuit het leerstuk van het causaal verband vindt men in de eerste plaats in het bekende arrest *Nefalit/*

Karamus.¹⁹ Werknemer Karamus had longkanker gekregen die kon zijn veroorzaakt door roken of door blootstelling bij zijn werkgever aan asbest. De kans dat het door asbest kwam was door deskundigen geschat op 55%. De Hoge Raad oordeelde dat ‘mede gelet op de aan de artikelen 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten’ de rechter onder de betreffende omstandigheden:

“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.”

In de literatuur is nog een derde dogmatische grondslag voorgesteld, eveneens gepositioneerd binnen het leerstuk van de causaliteit, namelijk de ‘toerekening naar kansbepaling’.²⁰ Daarbij wordt een proportionele oplossing bewerkstelligd in het kader van de toerekening ex art. 6:98 BW. Deze theorie heeft in de rechtspraak tot dusver geen navolging gekregen.²¹ Wij laten haar hier verder rusten.

In de literatuur wordt wel betoogd dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen enerzijds proportionele aansprakelijkheid en anderzijds het leerstuk van het verlies van een kans, onder andere door Tjong Tjin Tai in zijn noot in de *NJ* bij *Nefalit/Karamus*.²² Tjong Tjin Tai voorziet zijn onderscheid van de nodige nuance, maar wij menen dat zijn voorstelling van zaken toch minder gelukkig is. Tjong Tjin Tai baseert zich op het onderscheid dat bij het leerstuk van het verlies van een kans vast zou moeten staan dat de fout heeft geleid tot een ‘schadevoorval’ en dat alleen de omvang van de schade onzeker is, terwijl bij proportionele aansprakelijkheid juist niet vast zou staan dat de fout heeft geleid tot een schadevoorval. Dit onderscheid valt dogmatisch gezien zeker te maken, maar anders dan Tjong Tjin Tai meent, is dat geenszins dwingend. Beide benaderingen zijn in hoge mate uitwisselbaar.²³ Ook in een casus zoals *Nefalit/Karamus*, die Tjong Tjin Tai onderbrengt in de categorie proportionele aansprakelijkheid, zou men kunnen spreken van het toebrengen van een kansschade, namelijk van het verlies van een kans om, ondanks het roken, toch gevrijwaard te blijven van longkanker.²⁴ Het toebrengen van deze kansschade door de blootstelling aan asbest kan dan weer wor-

14 Rb. Amsterdam 15 december 1993; Hof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997/213 (*Wever/De Kraker*) of (*baby Ruth*); *TvGr* 1997/58-66, m.nt. M.J.J. de Ridder; *A&V* 1996, p. 67-71, m.nt. P.W.C. Akkermans (beschikbaar op <http://dare.uvu.vu.nl/handle/1871/16250>).

15 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baijings*); *A&V* 1998-1, p. 24-26, m.nt. P.W.C. Akkermans (beschikbaar op <http://dare.uvu.vu.nl/handle/1871/16234>).

16 Vergoeding voor het verlies van een kans op het sluiten van een contract werd al eerder toegestaan, namelijk in HR 13 februari 1981, *NJ* 1981/456, m.nt. C.J.H. Brunner (*Heesch/Reijs*).

17 *LJN* AZ6541; *JA* 2007/42, m.nt. J.L. Brens.

18 *LJN* BK0859, *NJ* 2010/3.

19 HR 31 maart 2006, *LJN* AU6092; *NJ* 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*). Zie over dit arrest o.a. Lindenbergh, ‘De Hoge Raad aanvaardt proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, *MvM* 2006, p. 104-108; Keirse, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij blootstelling aan asbestvezels en tabaksrook’, *TVP* 2006, p. 66-75 en van Dijk, ‘De Hoge Raad stemt in met het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid’, *NTBR* 2006/44, p. 294-306.

20 N. Frenk, ‘Toerekening naar kansbepaling’, *NJB* 1995, p. 482 e.v.

21 In art. 3:106 *Principles of European Tort Law* zou men heel goed een toepassing van deze benadering kunnen zien.

22 *NJ* 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, onder 2.a. Hij sluit daarbij aan bij Klaassen, Mon. BW B35, nr. 57b. Zoals Tjong Tjin Tai aangeeft wijkt dit onderscheid af van de systematiek in andere rechtsstelsels (*NJ* 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai onder 2.c.). Het onderscheid wordt ook bepleit door C.J.M. Klaassen, ‘Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht’, *AV&S* 2012/19 (elders in dit nummer).

23 Rechtsvergelijkend blijkt dat ook: wat in het ene land wordt aangemerkt als het verlies van een kans, wordt in het andere aangemerkt als toepassing van (het equivalent van) art. 6:99 en 6:101 BW. Wel kan het feitencomplex maken dat een bepaalde benadering meer of juist minder passend is. Zie A.J. Akkermans 1997, par. 7.3.5. en 7.3.6.

24 In dezelfde zin Asser/*Hartkamp & Sieburgh* 6-II, 2009/80.

den aangemerkt als een 'schadevoorval', en dan is het betreffende onderscheid weg geredeneerd. Andersom geldt dit ook.²⁵ Het onderscheid is vooral een kwestie van verschil in juridische techniek.

Zoals gezegd menen wij dat het in beide gevallen gaat om in essentie hetzelfde fenomeen.²⁶ De onzekerheid die de juridische besluitvorming parten speelt is in beide gevallen gelegen in de onzekerheid over de hypothetische toestand waarin de benadeelde zou hebben verkeerd indien geen fout zou zijn gemaakt.²⁷ Ondanks het verschil in juridische techniek is de uitkomst in essentie hetzelfde,²⁸ en ook de wezenlijke vragen, zoals die naar wenselijkheid, overtuigingskracht en afbakening, zijn in beide gevallen hetzelfde. Vasthouden aan het onderscheid verhoogt het risico op woordenspel, rookgordijnen en misverstanden.²⁹ De praktijk raakt al vaak genoeg de weg kwijt. Ons lijkt de meest behulpzame voorstelling van zaken om beide benaderingen te ordenen onder één en hetzelfde label van 'proportionele aansprakelijkheid'.

Nefalit/Karamus liet de vraag open in welke gevallen de daarin aangenomen rechtsregel kan worden toegepast. De hiervoor relevante overwegingen van de Hoge Raad waren:

"3.13 (...) Onder zodanige omstandigheden ligt het in het algemeen voor de hand – zoals ook in dit geding is geschied – dat de rechter een deskundige benoemt om zich te laten voorlichten over de grootte van de kans dat de gezondheidsschade van de werknemer is veroorzaakt in de uitoefening van zijn werkzaamheden door een toerekenbare tekortkoming van de werkgever. Indien vervolgens moet worden geoordeeld dat die kans zeer klein is, zal het in het algemeen voor de hand liggen dat de rechter de vordering afwijst en indien die kans zeer groot is, dat hij haar toewijst. Ten aanzien van de tussen die beide uitersten gelegen gevallen is het echter in het algemeen, mede gelet op de strekking van de onderha-

vige norm – het voorkomen van gezondheidsschade bij de werknemer – en de aard van de normschending als hiervoor aangeduid, uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar 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, ook al is deze tegenover de werknemer tekortgeschoten in zijn zorgplicht, is het echter de onzekerheid over het causaal verband met de schade van de werknemer geheel voor risico van de werkgever te laten komen, in weerwil van de niet zeer kleine kans dat buiten de uitoefening van de werkzaamheden gelegen omstandigheden die aan de werknemer moeten worden toegerekend (zoals roken, genetische aanleg, veroudering of van buiten komende oorzaken), de schade (mede) hebben veroorzaakt."

Zoals hieruit blijkt baseerde de Hoge Raad zijn beslissing in *Nefalit/Karamus* expliciet op een aantal specifieke omstandigheden van het geval, waarop wordt ingezoomd aan de hand van de parameters 'strekking van de geschonden norm' en 'aard van de normschending'. Deze omstandigheden maakten het in casu naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar om de onzekerheid over het causaal verband in zijn geheel op de ene dan wel op de andere partij af te wentelen. Maar of de in het arrest gehanteerde rechtsregel alleen kon worden toegepast bij werkgeversaansprakelijk en/of bij letselschade, kon worden betwijfeld. Zo had de Hoge Raad het makkelijk kunnen formuleren, maar dat deed hij duidelijk niet ('is het echter in het algemeen, mede gelet op de strekking van de [...] norm [...] en de aard van de normschending [...]'). Kennelijk ging de Hoge Raad uit van een ruimer toepassingsbereik, maar hoe ruim liet hij vooralsnog in het midden. Wel werd buiten twijfel gesteld dat voor een proportionele benadering geen plaats is bij een te kleine of een te grote kans. Dat lijkt alleen maar logisch – anders wordt het middel erger dan de kwaal³⁰ – en zal eveneens gelden bij toepassing van het leerstuk van verlies van een kans.

3. Fortis/Bourgonje

Het toepassingsbereik van de proportionele aansprakelijkheid uit *Nefalit/Karamus* komt expliciet aan de orde in het arrest *Fortis/Bourgonje* van 24 december 2010. De casus is als volgt. Bourgonje, een ervaren ondernemer in de IT-sector, heeft een door hem gesticht bedrijf in 1999 – dus vrij kort voor de dot.com-crisis – verkocht aan Predictive Systems, een Amerikaans bedrijf genoteerd aan de NASDAQ. De koopsom werd voldaan in 743.970 aandelen Predictive. Krachtens Amerikaanse voorschriften mocht een groot deel van deze aandelen – 669.573 stuks – niet worden verkocht voor 11 augustus 2000 (de 'lock-up-periode'). Op 20 april 2000 sloten Bourgonje en zijn vrouw met (een rechtsvoorganger van) Fortis een overeenkomst van vermogensbe-

25 Bijv. in een casus als van het *Baijings*-arrest, die Tjong Tjin Tai onderbrengt in de categorie verlies van een kans, kan men het zo voorstellen dat geenszins vaststaat dat de cliënt door het laten verstrijken van de termijn voor hoger beroep überhaupt enige schade heeft geleden, en dat dus helemaal niet vaststaat dat sprake is van een 'schadevoorval'.

26 Zo ook I. Giesen & Tjong Tjin Tai 2008, p. 5. Anders: C.J.M. Klaassen, 'Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2012/19 (elders in dit nummer), die zich o.a. op de nog te verschijnen VSAR-bijdrage van J.S. Kortmann, *Causaliteitsperikelen*, Deventer: Kluwer 2012.

27 In dezelfde zin A.C.W. Pijls, noot bij *Fortis/Bourgonje*, *JOR* 2011/54, die echter in navolging van de uitspraak van het *Engelse House of Lords in Hotson/East Berkshire Health Authority*, [1987] A.C. 750; 3. W.L.R. 232; 2 All E.R. 909, meent dat het daarin door het House of Lords gemaakte onderscheid nog wel hout snijdt. Ook dat onderscheid is echter niet houdbaar, zie A.J. Akkermans 1997, p. 244 e.v. par. 3.4.15 op p. 200 e.v.

28 Althans in 'normale' gevallen met niet meer dan één aansprakelijkheid scheppende mogelijke oorzaak. J.S. Kortmann 2006, heeft terecht erop gewezen dat bij meer exotische figuren de uitkomst enigszins anders wordt. Wat ons betreft is dat dan de uitzondering die de regel bevestigt.

29 Vgl. A-G Wissink in zijn conclusie voor *Fortis/Bourgonje*, nr. 3.72.2.: 'In de literatuur worden bepaalde situaties soms bij het ene type geval en soms bij het tweede type geval besproken. De indeling is kennelijk ook in dit opzicht niet steeds helder'.

30 Zie A.J. Akkermans 1997, p. 244 e.v.

heer. De doelstelling van het beheer was vermogensgroei op de lange termijn. Met het oog op risicospreiding was een verdeling in soorten beleggingen afgesproken. Het beheer zou zich uit gaan strekken tot ongeveer f 80 miljoen, 10 miljoen direct en 70 miljoen nadat Bourgonje de aandelen Predictive zou hebben verkocht. In april 2000 noteerden deze aandelen \$ 40 en in augustus, toen Bourgonje gerechtigd werd deze te verkopen, \$ 20. Uiteindelijk zijn de aandelen niet verkocht en waren zij ten tijde van het uitbrengen van de dagvaarding nog \$ 1 à 2 waard. Bourgonje stelt dat Fortis toerekenbaar tekort is geschoten in haar verplichtingen die voortvloeien uit de beheerovereenkomst, omdat zij na afloop van de 'lock-up'-periode had moeten adviseren de aandelen zo snel mogelijk te verkopen. Nadat de rechtbank de vordering had afgewezen wijst het hof, 'mede gelet op de in artikel 6:99 en 6:101 BW vervatte uitgangspunten',³¹ deze voor 50% toe.

In cassatie vinden zowel het oordeel van het hof over de tekortkoming als deze proportionele toewijzing geen genade. Ten aanzien van de tekortkoming overweegt de Hoge Raad:

"3.4 [...] Op Fortis, als op het punt van vermogensbeheer bij uitstek professionele en deskundige partij, rustte naar de aard van de tussen partijen gesloten beheerovereenkomst een bijzondere, op de eisen van redelijkheid en billijkheid gebaseerde, zorgplicht. Deze kon meebrengen dat Fortis als vermogensbeheerder was gehouden haar cliënt Bourgonje uitdrukkelijk en in niet voor misverstand vatbare bewoordingen te waarschuwen voor de door deze met betrekking tot de samenstelling van zijn portefeuille genomen risico's. De omstandigheden dat de cliënt eigenzinnig is en persoonlijk betrokken is bij, en zich verbonden voelt met, de onderneming waarin een naar objectieve maatstaven onwenselijk groot gedeelte van zijn vermogen is belegd, maken dit op zichzelf niet anders. Deze zorgplicht strekt immers nu juist mede ertoe de cliënt te beschermen tegen de gevaren die zijn verbonden aan eigenzinnigheid, gevoelens van emotionele verbondenheid met de desbetreffende onderneming, en gebrek aan inzicht. Bij de beantwoording van de vragen of deze waarschuwingsplicht in een concreet geval daadwerkelijk bestaat, en hoever zij strekt, dienen echter alle terzake doende omstandigheden van het geval te worden meegewogen. Tot die omstandigheden behoren niet alleen de zojuist genoemde, maar ook de mate van deskundigheid en de relevante ervaring van de cliënt.

3.5 In dit licht treffen de onderdelen doel. Fortis heeft immers een onderbouwd verweer gevoerd met als strekking dat Bourgonje beter dan zijzelf op de hoogte was van de voor de waarde van de aandelen Predictive relevante omstandigheid, over insiderskennis beschikte met betrekking tot die onderneming, en ook afgezien daar-

van een ervaren ondernemer en belegger is in de ICT-sector. Deze omstandigheden, indien juist, zijn van belang voor de beoordeling van het bestaan en de omvang van de door het hof aangenomen waarschuwingsplicht; het hof heeft echter verzuimd ze in de motivering van zijn oordeel te betrekken. Daarom is het oordeel van het hof onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd."

De Hoge Raad is er dus niet van overtuigd dat Fortis in haar waarschuwingsplicht is tekortgeschoten, omdat hij zwaarder tilt aan de deskundigheid en ervaring van Bourgonje dan het hof lijkt te hebben gedaan.³² Deze kwestie schemert door bij het oordeel over de beslissing van het hof inzake het causaal verband. Het hof had aangenomen dat er 50% kans is dat een nadrukkelijk advies van Fortis Bourgonje ertoe zou hebben gebracht het gehele belang te verkopen, zodat Fortis in de visie van het hof de helft van het geleden nadeel zou moet vergoeden. Het hof had in zijn (tussen)arrest overwogen:³³

"3.5.1. Het [...] oorzakelijk verband [...] kan niet met zekerheid worden vastgesteld omdat niet zonder meer kan worden aangenomen dat Bourgonje een uitdrukkelijk en in niet mis te verstane bewoordingen gegeven advies als zojuist omschreven ook zou hebben gevolgd. Daarom zal het hof schattenderwijs moeten bepalen [...] hoe waarschijnlijk het is dat Bourgonje zo een nadrukkelijk advies zou hebben gevolgd of juist zou hebben genegeerd."

Eenzijds oordeelt het hof dat de kans dat Bourgonje zich zonder meer en onverwijld zou hebben neergelegd bij het advies 'niet bijzonder groot te noemen' is. Anderzijds acht het hof het 'minstens tot op zekere hoogte waarschijnlijk' dat Bourgonje en vrouw ontvankelijk zouden zijn geweest voor een duidelijke, ondubbelzinnige en indringende (herhaalde) waarschuwing. Het een tegen het ander afwegend oordeelt het hof uiteindelijk naar redelijkheid dat er een 50% kans is dat het advies zou zijn opgevolgd.

De Hoge Raad casseert ook dit oordeel. Hij stelt voorop dat de in *Nefalit/Karamus* geformuleerde rechtsregel – gelet op het daaraan verbonden bezwaar 'dat toepassing daarvan de mogelijkheid in zich draagt dat iemand aansprakelijk wordt gehouden voor een schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt' – met terughoudendheid dient te worden toegepast. De rechter die deze regel toepast, dient om deze reden in zijn motivering te verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending – waaronder begrepen de aard van de door de benadeelde geleden schade – deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen. Over het toepassingsbereik van deze regel overweegt de Hoge Raad vervolgens:

32 Zie over dit aspect van de beslissing F. van der Woude, 'Een nieuwe bijzondere zorgplicht bij vermogensbeheer?', *WPNR* 2011/6886, p. 405-411.

33 Hof Amsterdam 4 november 2008, *LJN* BG4370; *JA* 2009/2; *JOR* 2009/15, m.nt. A. Voerman.

31 Hof Amsterdam 4 november 2008, *LJN* BG4370; *JA* 2009/2; *JOR* 2009/15, m.nt. A. Voerman, r.o. 3.5.1.

“3.8 [...] De overwegingen van het arrest Nefalit/Karamus zijn toegesneden op het zich in die zaak aandienende specifieke geval waarin de aansprakelijkheid van een werkgever tegenover zijn werknemer wegens blootstelling van die werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden aan een voor de gezondheid gevaarlijke stof vaststond, terwijl de geschonden norm naar haar aard ertoe strekte gezondheidsschade bij de werknemer te voorkomen. Hieruit volgt echter niet dat de evenbedoelde rechtsregel in beginsel slechts in een dergelijk geval kan worden toegepast. Ook in andere gevallen kan het – met inachtneming van de hiervoor bedoelde terughoudendheid – redelijker zijn de onzekerheid over het condicio-sine-qua-non-verband tussen de normschending en de schade over partijen te verdelen, dan deze onzekerheid volledig voor risico van de benadeelde te laten komen. Daarvoor kan met name aanleiding zijn indien de aansprakelijkheid van de aangesproken partij op zichzelf vaststaat, een niet zeer kleine kans bestaat dat het condicio-sine-qua-non-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.”

In reactie op de in de cassatiemiddelen aangevoerde argumenten overweegt de Hoge Raad vervolgens dat de toepassing van de rechtsregel uit *Nefalit/Karamus* niet beperkt is tot gevallen waarin het bewijs van het csqn-verband in het algemeen een probleem is, reeds omdat het onderscheid tussen die gevallen en die waarin de onzekerheid voortvloeit uit de specifieke omstandigheden van het desbetreffende geval, onvoldoende scherp is. Ook het onderscheid tussen gevallen waarin de causaliteitsonzekerheid betrekking heeft op in het verleden, dan wel in de toekomst gelegen schadeposten, kan om die reden volgens de Hoge Raad niet als uitgangspunt dienen om de toepasselijkheid van genoemde regel af te bakenen.

Toegepast op de voorliggende casus betekent dit alles volgens de Hoge Raad:

“3.10 [...] De aard van de geschonden norm is in dit geval de waarschuwingplicht van een vermogensbeheerder tegenover zijn cliënt, de strekking van de geschonden norm is het voorkomen van vermogensschade. Voorts heeft het hof onbestreden vastgesteld dat de kans dat Bourgonje zich zonder meer en onverwijld zou hebben neergelegd bij een uitdrukkelijke aanbeveling de aandelen Predictive dadelijk na afloop van de lock-up-periode van de hand te doen, niet bijzonder groot is te noemen (rov. 3.5.2). De hiervoor in 3.8 bedoelde terughoudendheid brengt in een zodanig geval mee dat 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, maar in plaats daar-

van toepassing te geven aan de rechtsregel van het arrest Nefalit/Karamus. Daarom treft onderdeel 3a voorts in zoverre doel dat het hof heeft miskend dat – ook – in het onderhavige geval een noodzakelijke voorwaarde voor de in art. 6:98 BW bedoelde toerekening is dat het condicio-sine-qua-non-verband vaststaat tussen de normschending van Fortis en de door Bourgonje geleden schade.”

Dat het gaat om de waarschuwingplicht van een vermogensbeheerder, om zuivere vermogensschade, en dat de kans door het hof was aangemerkt als ‘niet bijzonder groot’, lijken dus de dragende overwegingen te zijn om proportionele aansprakelijkheid in dit geval af te wijzen. In de commentaren op het arrest wordt veelal betreurd dat onduidelijk blijft hoe de genoemde aspecten zich tot elkaar verhouden en welke rol zij precies spelen. Er wordt gespeculeerd op andere, onuitgesproken, redenen waarom de Hoge Raad oordeelde zoals hij deed, en geconstateerd dat onduidelijk blijft wat het beoogde toepassingsbereik is van proportionele aansprakelijkheid.³⁴ Over de vraag of hiermee het doek gevallen is voor proportionele aansprakelijkheid bij de waarschuwingplicht van vermogensbeheerders in het algemeen, lopen de meningen uiteen.³⁵

Op de overwegingen van de Hoge Raad en de betekenis die in onze ogen aan het arrest kan worden gehecht gaan wij in het vervolg van dit artikel nader in. Maar eerst is het nodig om het perspectief te verbreden, en te kijken naar een aantal uitspraken over teleurgestelde beleggers waarbij ook andere juridische oplossingen dan proportionele aansprakelijkheid aan de orde komen.

4. Ontwikkeling van de rechtspraak over teleurgestelde beleggers

Bij claims van teleurgestelde beleggers gaat het vaak om de vraag of door de aanbieder van producten of diensten een waarschuwings- en/of informatieplicht is geschonden, en zo ja, of er een csqn-verband bestaat tussen deze schending en de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd. Regelmatig is dat laatste niet met zekerheid vast te stellen. Voor een oplossing van dit probleem passeert in de rechtspraak steeds hetzelfde palet aan leerstukken, te weten proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlich-

34 A.C.W. Pijls, noot bij *Fortis/Bourgonje*, JOR 2011/54; V.M. Neering, noot bij *Fortis/Bourgonje*, Bb 2011/26; S.D. Lindenbergh & S.B. Pape, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: deel 2’, AA 2011, p. 720-725 (AA20110720); A.A. Ettema, noot bij *Fortis/Bourgonje*, *Ondernemingsrecht* 2011/33. Minder kritisch formulerend, maar in essentie nauwelijks positiever is T.F.E. Tjong Tjin Tai, noot bij *Fortis/Bourgonje*, NJ 2011/251. Zeer kritisch, maar meer vanwege de uitkomst: I. Giesen, ‘(Dis)Proportionele aansprakelijkheid’, NTBR 2011/19.

35 Zie A.A. Ettema, noot bij *Fortis/Bourgonje*, *Ondernemingsrecht* 2011/33; T.F.E. Tjong Tjin Tai, noot bij *Fortis/Bourgonje*, NJ 2011/251 onder 3; S.D. Lindenbergh & S.B. Pape, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: deel 2’, AA 2011, p. 720-725 (AA20110720); A.C.W. Pijls, noot bij *Fortis/Bourgonje*, JOR 2011/54 onder 10; M.V. Neering, noot bij *Fortis/Bourgonje*, Bb 2011/26 onder 3; I. Giesen, ‘(Dis)proportionele duidelijkheid’, NTBR 2011/19.

ting, eigen schuld. Zoals A-G Wissink het verwoordt in zijn conclusie voor *Fortis/Bourgonje*:

“3.61 Er zijn verschillende manieren om de eiser tegemoet te komen indien het c.s.q.n.-verband onzeker is, zoals het werken met een bewijsvermoeden, de omkeringsregel, een verzwaarde stelplicht voor de wederpartij die het c.s.q.n.-verband betwist, of proportionele aansprakelijkheid.

3.62 De door het hof gekozen benadering gaat ervan uit dat de onzekerheid over het c.s.q.n.-verband zich niet steeds zou behoren te vertalen in een ‘alles of niets’-benadering, maar in een ‘proportionele’ benadering waarbij wordt gewerkt met een kans. Ik teken daarbij aan dat een ‘proportioneel’ resultaat ook wordt bereikt, indien wel de eis van c.s.q.n.-verband wordt gesteld (waarmee eventueel soepel kan worden omgegaan) en, wanneer aan die eis is voldaan, vervolgens artikel 6:101 BW wordt toegepast. Deze benaderingen zijn echter niet volledig inwisselbaar, omdat het verschil in techniek ertoe leidt dat andere beslispunten worden benadrukt.”

Proportionele aansprakelijkheid is op het terrein van de teurgestelde beleggers vooral op de kaart gezet door de zogenaamde ‘categoriemodelvonnissen’ van de Rechtbank Amsterdam van 27 april 2007.³⁶ Deze beslissingen werden gegeven in de context van de effectenlease-affaire, in welk kader vele duizenden zaken aanhangig waren bij de burgerlijke rechter. De rechtbank deed aan een vorm van het voor massaschadezaken typische *damage scheduling* door vier categorieën situaties te onderscheiden voor de verdeling van het geleden nadeel over de bank en de consument. Relevante factoren waren beleggingservaring, opleidingsniveau, vermogen en inkomen van de consument. Het model werkte met bandbreedtes per categorie, en liet ruimte voor afwijking wegens bijzondere omstandigheden in individuele gevallen. In categorie 1 kwam 75% tot 85% van het nadeel voor rekening van de bank, in categorie 2 kwam 55% tot 65% voor rekening van de bank, in categorie 3 30% tot 40% en in categorie 4 5% tot 15%. De dogmatische grondslag voor deze verdeling zag de rechtbank als volgt:

“9.1. Onderzocht moet worden [...] of het niet nakomen door Dexia van haar zorgplicht met zich brengt dat Dexia aansprakelijk is voor de daarvan door de afnemer ondervonden negatieve gevolgen, hierna aan te duiden als het nadeel. Het in art. 6:98 BW vereiste causaal verband tussen die tekortkoming en dat nadeel laat zich niet, althans bezwaarlijk, vaststellen omdat achteraf niet met zekerheid kan worden vastgesteld of de lease-overeenkomst tot stand zou zijn gekomen indien Dexia wel aan haar zorgplicht had voldaan. Gelet op de aard van de ge-

schonden norm en de ernst van de schending zal derhalve moeten worden geschat wat de kans is dat de onderhavige lease-overeenkomst ook bij afdoende nakoming van de zorgplicht door Dexia tot stand zou zijn gekomen en de afnemer die zich wel bewust was van de risico's, de kwade kansen van een koersdaling dus wenste te accepteren in het vertrouwen dat die daling zich niet zou voordoen. Indien die kans als zeer groot moet worden aangemerkt, zal Dexia niet aansprakelijk zijn voor het door de afnemer geleden nadeel. Indien die kans als zeer klein moet worden aangemerkt, zal Dexia het door de afnemer geleden nadeel dienen te vergoeden. Ten aanzien van tussen beide uitersten gelegen gevallen is het, mede gelet op de aan de art. 6:99, 6:101 en 6:248 BW ten grondslag liggende uitgangspunten, naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar om Dexia onverkort alle nadeel te laten dragen en dient het voor rekening van Dexia komende nadeel te worden verminderd in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin aan de afnemer toe te rekenen omstandigheden tot diens nadeel hebben bijgedragen. Dit overeenkomstig hetgeen de Hoge Raad heeft beslist in [...] [Nefalit/Karamus]. Een en ander zal tot uitdrukking worden gebracht door toepassing van de hierna bedoelde maatstaven van redelijkheid en billijkheid.”

Het zij vooropgesteld dat het inherent is aan het in de rechtspraak aan consumenten geboden beschermingsniveau, dat afnemers van effectenleaseproducten een deel van hun schade zelf moeten dragen. Vranken spreekt in dit verband van een ‘vuistregel’ waarvan alleen in bijzondere omstandigheden kan worden afgeweken.³⁷ Ook de beslissingen van het hof en de Hoge Raad in de effectenlease-zaken komen neer op vuistregels voor de verdeling van de schade over de bank en de consument. Zij maken daarvoor echter geen gebruik van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid, maar ‘gewoon’ van de bepaling van art. 6:101 BW over ‘eigen schuld’.

De beslissing van het hof in het hoger beroep van de categoriemodelvonnissen is mede gebaseerd op het voor de effectenlease-zaken typische onderscheid tussen twee schadeposten, namelijk enerzijds de betaalde rente en eventuele aflossingen (het verlies waarvan voor de meeste consumenten een voldoende voorzienbaar risico zou zijn geweest) en anderzijds de restschuld (waarop de door de bank geschonden informatieplicht zich concentreert). Beide schadeposten staan volgens het hof in causaal verband met het tekortschieten van de bank, maar zijn mede het gevolg van omstandigheden die op de voet van art. 6:101 BW aan de beleggers zelf kunnen worden toegerekend. Voor de eerste schadepost doet het hof dat voor 100% en voor de restschuld voor 1/3. De voor deze beslissing dragende overwegingen gelden in beginsel voor alle effectenlease-zaken, al-

³⁶ Rb. Amsterdam, sector kanton, 27 april 2007, *LJN* BA3914, *LJN* BA3916 en *LJN* BA3920 (*JOR* 2007/151-153). Pijls telde op een gegeven moment ‘meer dan 50 vonnissen’ waarin deze oplossing van de Rb. Amsterdam zou zijn gevolgd. Zie A.C.W. Pijls, ‘Het bewijs van causaal verband bij informatieverzuimen in de beleggingspraktijk’, *NTBR* 2009/22, p. 170-181 (op p. 175 l.k.) (hierna: A.C.W. Pijls 2009).

³⁷ J.B.M. Vranken, noot HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/184, onder 14, (*GeSp/Aegon*).

dus het hof, daarom bestaat geen aanleiding voor een verdere indeling in categorieën zoals de rechtbank had gemaakt.³⁸

In cassatie wordt de beslissing van het hof echter te grof bevonden.³⁹ Zowel in het kader van het causaal verband, als bij de eigen schuld, maakt de Hoge Raad een aanvullend onderscheid, namelijk naar gelang de inkomens- en vermogenspositie van de consument al of niet toereikend was om rente en aflossingen te voldoen. Was die *niet* toereikend, dan:

“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.”

Kan er daarentegen *wel* van worden uitgegaan dat de financiële positie van de afnemer toereikend was, dan:

“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 gesloten.”

Voor wat betreft de vermindering van de schadevergoedingsplicht wegens eigen schuld zal van de restschuld steeds een deel voor rekening van de consument kunnen worden gelaten, aldus de Hoge Raad. Tot uitgangspunt kan worden genomen een vergoedingsplicht van de bank van 60%. Voor de rente en aflossing is echter van belang of de financiële positie van de consument al of niet toereikend was. Was dat wel het geval, dan blijft deze schadepost in beginsel geheel voor rekening van de consument, maar was dat niet het geval, dan zal in beginsel een deel voor vergoeding in aanmerking komen. Ook hier kan een vergoedingsplicht van 60% tot uitgangspunt worden genomen.

Hoewel het categoriemodel van de rechtbank en de daaraan gegeven dogmatische grondslag in cassatie niet meer aan

de orde was, veronderstelt A-G Wissink dat de Hoge Raad 'hiermee de *Nefalit/Karamus*-benadering (voorlopig) in de ban heeft gedaan wat betreft de vraag wat de cliënt zou hebben gedaan als hij door de bank wel was geïnformeerd of gewaarschuwd'.⁴⁰ Dat lijkt ons te kort door bocht.⁴¹ Deze veronderstelling lijkt slechts in zoverre juist, dat de Hoge Raad in *Fortis/Bourgonje* zowel in zijn motivering als in zijn oordeel tot uitdrukking brengt dat met proportionele aansprakelijkheid terughoudendheid is geboden. Om hierna nader uit te werken redenen draagt het leerstuk serieus te nemen risico's in zich voor het terrein van teleurgestelde beleggers,⁴² waardoor aan die terughoudendheid groot gewicht toekomt.

De beslissing van de Hoge Raad met betrekking tot het csqn-verband valt echter bepaald niet als terughoudend te kwalificeren. Van het bestaan van csqn-verband kan worden uitgegaan behoudens zwaarwegende aanwijzingen van het tegendeel, respectievelijk kan dat tot uitgangspunt worden genomen wanneer een tot het tegendeel strekkend verweer niet voldoende concreet is onderbouwd. Dat dit sterk doet denken aan de omkeringsregel is reeds in verschillende commentaren gesignaleerd.⁴³ Met name de overweging met betrekking tot het geval dat de vermogenspositie van de consument wel toereikend was, is inhoudelijk gezien zeer verwant aan de omkeringsregel. De Hoge Raad motiveert het hier tot uitgangspunt mogen nemen van het bestaan van csqn-verband immers expliciet met een verwijzing naar de beschermende strekking van de geschonden norm ('in verband met de omstandigheid dat de op de aanbieder rustende waarschuwingplicht ook ertoe strekt te waarschuwen tegen het aangaan van onnodige risico's'). Zoals bekend is het nauwe verband tussen de geschonden norm en het risico dat zich heeft gerealiseerd ook voor de toepassing van de omkeringsregel het maatgevende criterium. Ook de norm voor het eventueel te leveren tegenbewijs lijkt sterk verwant: is dat hier een 'voldoende concrete onderbouwing' die 'genoegzaam' is, bij de omkeringsregel is dat 'aannemelijk maken'.⁴⁴

Wij wijzen op deze soepelheid met betrekking tot het csqn-verband, niet bij wijze van kritiek op de beslissing in de effectenlease-arresten – gezien de aard van de toenmalige reclamecampagnes voor effectenleaseproducten valt het

40 In zijn conclusie voor *Fortis/Bourgonje*, onder 3.67.

41 Wij werken dit nader uit in par. 8 t/m 10 van dit artikel.

42 Zie par. 8 van dit artikel.

43 I. Giesen, 'Effectieve rechtsbescherming en causaliteit', *AV&S* 2010/17, p. 127-128; S.B. van Baalen, noot bij HR 3 februari 2012, *JOR* 2012/116 die opmerkt dat 'de facto de omkeringsregel het uitgangspunt lijkt te zijn' (t.a.p. onder 5); W.D.H. Asser, *Bewijsrecht*, TCR 2010, p. 86 spreekt van een 'specialis' van de omkeringsregel; A.J.P. Schild, 'Het condicio sine qua non-verband bij de schending van een zorgvuldigheidsverplichting: enige wegen naar Rome', *RMThemis* 2009, p. 263 ('een informele toepassing van de omkeringsregel'). De leukste typering – want heerlijik paradoxaal – is van D. Busch, 'Het 'civiel effect' van MiFID: Europese invloed op aansprakelijkheid van vermogensbeheerders', *Ondernemingsrecht* 2012/12, p. 76: de 'ad-hocomkeringsregel'.

44 HR 29 november 2002, *LJN* AE7345; *NJ* 2004/304 (*TFS/NS*) en *LJN* AE7351; *NJ* 2004/305 (*Kastelij/Achtkarspelen*).

38 Hof Amsterdam 9 december 2008, *LJN* BG6261 en *LJN* BG6263; *Ondernemingsrecht* 2009/14, m.nt. A.C.W. Pijls.

39 HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815 (*De Treek/Dexia*); *LJN* BH2811 (*Levob/Bolle*) en *LJN* BH2822 (*GeSp/Aegon*). Zie *JA* 2009/116, m.nt. W.H. van Boom; *JOR* 2009/199, m.nt. C.W.M. Lieverse; *Ondernemingsrecht* 2009/176, m.nt. S.B. van Baalen; *NJ* 2012/184, m.nt. J.B.M. Vranken.

aannemen van csqn-verband naar onze mening alleszins te billijken – maar in verband met de volgens de Hoge Raad tot terughoudendheid nopende eigenschap van proportionele aansprakelijkheid, namelijk dat zij ‘de mogelijkheid in zich draagt dat iemand aansprakelijk wordt gehouden voor een schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt’. Zoals terecht in verschillende commentaren is opgemerkt:⁴⁵ als iets die mogelijkheid in zich draagt, is het wel het soepel aannemen van csqn-verband, al of niet door middel van een omkeringsregelachtige redenering. Proportionele aansprakelijkheid is wat dat betreft naar zijn aard een meer terughoudend alternatief. Dat in het geval van teleurgestelde beleggers – waar in de causale keten tussen tekortkoming en schade in de regel nog een beslissing van de belegger zelf is gelegen – de vergaande consequenties van het soepel aannemen van csqn-verband nog door toepassing van art. 6:101 BW kunnen worden verzacht, doet daar als zodanig niet aan af.

Dit brengt ons bij een volgende uitspraak op het terrein van de teleurgestelde beleggers, namelijk het *World Online*-arrest.⁴⁶ In deze uitspraak overwoog de Hoge Raad met betrekking tot het csqn-verband tussen de geconstateerde misleiding en de schade geleden door de meer dan 10.000 door de VEB vertegenwoordigde beleggers in aandelen *World Online*:

“4.11.1 In beginsel draagt de belegger derhalve ook de stelplicht en bewijslast ter zake van het *condicio sine qua non*-verband. [...] 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. [...] 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. De rechter kan echter naar aanleiding van de over en weer aangevoerde argumenten (waarbij zo nodig de juistheid van daarbij aangevoerde feiten door de meest gereede partij aannemelijk moet worden gemaakt), en

mede in aanmerking genomen de aard van de desbetreffende misleidende mededeling(en) en de verder beschikbare informatie, tot de conclusie komen dat voormeld uitgangspunt in het concrete geval niet opgaat.”

Ook met betrekking tot deze beslissing is al door verschillende auteurs gewezen op de nauwe verwantschap met de omkeringsregel.⁴⁷ Men kan zich, zoals Van Baalen doet, zelfs afvragen of het hier niet ‘de facto’ om de omkeringsregel gaat.⁴⁸ Qua normatieve grondslag zien wij in elk geval geen verschil. Zoals bekend is volgens de Hoge Raad voor de omkeringsregel:

“alleen plaats wanneer het gaat om schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar terzake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen en als dit gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk wordt verhoogd. In dat geval is het immers, gelet op de bescherming die een dergelijke norm beoogt te bieden, redelijk, behoudens tegenbewijs, ervan uit te gaan dat, als het specifieke gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen, zich heeft verwezenlijkt, zulks een gevolg moet zijn geweest van deze normschending.”⁴⁹

Uitgaan van het bestaan van csqn-verband is redelijk met het oog op de bescherming die de geschonden norm beoogt te bieden, aldus hier de Hoge Raad. Ook bij de omkeringsregel is de effectiviteit van de geschonden norm dus de doorslaggevende normatieve grond om csqn-verband tot uitgangspunt te nemen.⁵⁰ In zoverre springt de overeenkomst met het *World Online*-arrest wel heel erg in het oog. Toch schittert het woord ‘omkeringsregel’ daar door afwezigheid. Gezien de stand van de rechtspraak van de Hoge Raad over de omkeringsregel is dat vast geen toeval. Niettemin roept de tot dusver door ons in kaart gebrachte

45 In deze zin: A.C.W. Pijls, noot bij *Fortis/Bourgonje*, *JOR* 2011/54 onder 8; V.M. Neering, noot bij *Fortis/Bourgonje*, *Bb* 2011/26 onder 5; S.D. Lindenbergh & S.B. Pape, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: deel 2’, *AA* 2011, p. 720-725 (AA20110720) op p. 723.

46 HR 27 november 2009, *LJN* BH2162 (*VEB/World Online*); *RvdW* 2009/1403; *JOR* 2010/43, m.nt. K. Frielink; *Ondernemingsrecht* 2012/21, m.nt. H.M. Vletter-van Dort.

47 I. Giesen, ‘Effectieve rechtsbescherming en causaliteit’, *AV&S* 2010/17, p. 127-128. S.B. van Baalen, noot bij HR 3 februari 2012, *JOR* 2012/116. W.D.H. Asser, *Bewijsrecht*, TCR 2010, p. 86. A.J.P. Schild, ‘Het *condicio sine qua non*-verband bij de schending van een zorgvuldigheidsverplichting: enige wegen naar Rome’, *RMThemis* 2009, p. 263. D. Busch, ‘Het ‘civiel effect’ van MiFID: Europese invloed op aansprakelijkheid van vermogensbeheerders’, *Ondernemingsrecht* 2012/12, p. 76. Alsmede A.C.W. Pijls & W.H. van Boom, ‘Handhaving prospectusaansprakelijkheid niet illusoir: vermoeden van causaal verband bij prospectusaansprakelijkheid’, *WPNR* 2010/6834, p. 194-200. Overigens lijken beide laatste auteurs haast angstvallig het woord ‘omkeringsregel’ te mijden.

48 S.B. van Baalen, noot bij HR 3 februari 2012, *JOR* 2012/116, onder 5.

49 HR 29 november 2002, *LJN* AE7345; *NJ* 2004/304 (*TFS/NS*) (r.o. 3.5.3) en *LJN* AE7351; *NJ* 2004/305 (*Kastelij/Achtkarspelen*) (r.o. 3.6). Zie hierover I. Giesen & Tjong Tjin Tai 2008, p. 105; Chr.H. van Dijk, ‘De omkeringsregel, meer dan een vermoeden van causaal verband’, *TvP* 2003/1, p. 7-15.

50 In de woorden van Akkermans: ‘Wanneer een geschonden norm specifieke strekking heeft om te beschermen tegen een bepaald soort risico, en juist dat risico zich verwezenlijkt, dan is het d.m.v. bewijslastomkering voor rekening van de aangesproken partij brengen van dit risico een logisch complement van de beschermende strekking van de norm (anders neemt men met 150 Rv terug wat de norm gaf)’. A.J. Akkermans, *De ‘omkeringsregel’ bij het bewijs van causaal verband* (oratie VU), Den Haag, Bju 2002, p. 130-131 (beschikbaar op <http://dare.uvu.vu.nl/handle/1871/15745>) (hierna: A.J. Akkermans 2002).

rechtspraak onvermijdelijk ten minste twee vragen op: 1. hoe moet de verhouding tussen de omkeringsregel en de beslissingen over het csqn-verband in teleurgestelde beleggersuitspraken worden begrepen?; en 2. als in de context van teleurgestelde beleggers het meerdere (uitgaan van csqn-verband) wél mag, waarom is dan met het mindere (proportionele aansprakelijkheid) zo nadrukkelijk terughoudendheid op zijn plaats?

Wij zullen deze en andere in de loop van dit artikel opgeworpen vragen beantwoorden in het kader van onze conclusies in paragraaf 11. Maar om dat te kunnen doen is het noodzakelijk om het perspectief nog één keer te verbreden, en de stand van de rechtspraak over de omkeringsregel onder ogen te zien. Dat doen wij kort in de volgende paragraaf. In de paragrafen daarna brengen wij alle lijnen en vragen weer bij elkaar.

5. Stand van de rechtspraak met betrekking tot de omkeringsregel

Ondanks de vergaande inhoudelijke verwantschap met de beslissingen over het csqn-verband in de effectenlease-arresten en *World Online*, is het niet verrassend dat de omkeringsregel daar niet aan de orde kwam. Dat komt omdat de Hoge Raad met betrekking tot de omkeringsregel al geruime tijd een sterk terughoudende koers vaart, die erop neerkomt dat deze regel, ook al is zijn toepassingsbereik formeel niet beperkt tot enige categorie ('deze regel waarvan de toepassing niet is beperkt tot een duidelijk afgebakende groep van gevallen'⁵¹), de facto alleen nog van toepassing lijkt te zijn op het oorspronkelijke terrein⁵² van de schending van verkeers- en veiligheidsnormen. In de literatuur is reeds meermaals gesuggereerd dat het misschien beter zou zijn wanneer de Hoge Raad dat dan ook maar expliciet zo zou benoemen.⁵³ Voor wat betreft het in dit artikel centraal staande terrein van de schending van informatie-, advies- en waarschuwingsplichten lijkt het er in ieder geval sterk op dat de Hoge Raad niet meer van toepassing van de omkeringsregel wil weten. Dit wordt in de formele toepassingsvereisten ingepast door de geschonden norm zo uit te leggen dat zij niet of onvoldoende specifiek beoogt de ontstane schade te voorkomen. Alleen bij verkeers- en veiligheidsnormen is dat anders. Zo althans het beeld dat verrijst naar aanleiding van de hierna te bespreken arresten.

51 HR 29 november 2002, *LJN* AE7345; *NJ* 2004/304 (*TFS/NS*) (r.o. 3.5.3) en *LJN* AE7351; *NJ* 2004/305 (*Kastelijns/Achtkarspelen*) (r.o. 3.6).

52 Dat wil zeggen het toepassingsgebied zoals dat was vóór het *Dicky Trading II*-arrest (HR 26 januari 1996, *NJ* 1996/607, m.nt. W.M. Kleijn).

53 Zie I. Giesen, 'De aantrekkingskracht van Loreley', in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (red.), *Tien penne streken over personenschade*, Den Haag: Sdu 2009, p. 77 (hierna: I. Giesen 2009); Chr.H. van Dijk, 'Omkeringsregel. HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307 en HR 9 april 2004, *NJ* 2004, 308', *TVP* 2004-2 p. 63-68 (op p. 67); T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2004, p. 1579-1588 (op p. 1587); E.F.D. Engelhard, 'HR 19 maart 2004, C02/331HR, *LJN*-nr. AO1299, *RvdW* 2004, 60 (*Omkeringsregel*)', *NTBR* 2004/55, p. 290.

In het *Juresta*-arrest van 2 februari 2007⁵⁴ stelde de cliënt van een advocaat dat zij schade had geleden doordat deze verzuimd had om haar te waarschuwen voor de risico's verbonden aan het executeren van een vonnis waarvan de wederpartij had aangekondigd in hoger beroep te zullen gaan. De Hoge Raad wees toepassing van de omkeringsregel af:

"3.4.2. (...) Voor toepassing van de omkeringsregel is in een zaak als deze geen plaats omdat niet is voldaan aan het vereiste dat is komen vast te staan dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade. *Juresta* baseert de aansprakelijkheid van X. c.s. op schending van de verplichting van mr. X. als advocaat om haar als opdrachtgeefster door voldoende voorlichting omtrent de risico's die verbonden zijn aan het treffen van rechtsmaatregelen als waarvan in deze zaak sprake is, in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of zij al dan niet opdracht zal geven tot het treffen van die rechtsmaatregelen. Deze op de advocaat rustende informatieverplichting strekt dus niet ertoe de cliënt te beschermen tegen die risico's, maar de cliënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen. Het tekortschieten in de nakoming van deze informatieverplichting roept het risico in het leven dat de cliënt toestemming geeft die hij niet zou hebben gegeven indien hij goed geïnformeerd was, maar niet het risico dat zich in deze zaak heeft verwezenlijkt of dreigt te verwezenlijken (vgl. HR 23 november 2001, nr. C99/259, *NJ* 2002/386 en HR 23 november 2001, nr. 00/069, *NJ* 2002/387)."

Een haast gelijkkluidende redenering had de Hoge Raad eerder gebezigd in de arresten waarnaar aan het slot van deze overwegingen wordt verwezen. In deze zogenoemde 'informed consent'-arresten,⁵⁵ ging het over het verwijt van een patiënt dat hij voor een medische ingreep ten onrechte niet was geïnformeerd over bepaalde daaraan verbonden risico's. In die zaken wees de Hoge Raad toepasselijkheid van de omkeringsregel af op grond van de redenering dat de geschonden norm niet ertoe strekte om te beschermen tegen die risico's, maar om te bewerkstelligen dat de patiënt op de door hem gewenste wijze van zijn grondwettelijke gewaarborgde recht op zelfbeschikking gebruik kan maken.

In de commentaren op deze uitspraken zijn diepgaande analyses gemaakt van de strekking van de verplichtingen die daarin geschonden waren.⁵⁶ Ook is gewezen op de verhouding met het *Dicky Trading II*-arrest en het *Skeeler*-ar-

54 HR 2 februari 2007, *LJN* AZ4564; *NJ* 2007/92 (*Juresta*); *JA* 2007/43, m.nt. W.H. Van Boom.

55 HR 23 november 2001, *LJN* AB2737; *NJ* 2002/386 (informed consent) en *LJN* AD3963; *NJ* 2002/387, m.nt. J.M.B. Vranken.

56 Vranken, noot bij HR 23 november 2001, *NJ* 2002/387 (informed consent); A.J. Akkermans 2002, p. 105 e.v.; I. Giesen 2009, p. 76 e.v.; Van Boom, noot bij HR 2 februari 2007, *JA* 2007/43 (*Juresta*); A.C.W. Pijls 2009, p. 174.

rest.⁵⁷ De vergelijking met die twee uitspraken roept de vraag op of het wel zo'n vruchtbare route is om, varend op het kompas van de door de Hoge Raad gegeven motiveringen, aan de hand van de al dan niet subtiele verschillen in de strekking van de geschonden normen, te proberen grip te krijgen op het toepassingsbereik van de omkeringsregel.

In het *Dicky Trading II*-arrest⁵⁸ had, zoals bekend, een notaris ten onrechte verzuimd om bij de dubbele onroerend-goedtransactie waartoe de naar Canada emigrerende boer Franken zich door de oplichter Wille had laten verleiden, 'naar het prijsverschil te informeren en te wijzen op het risico van een vordering op een schuldenaar als Dicky Trading'. Omdat deze verplichting 'er nu juist toe strekte een comparant als Franken te beschermen tegen risico's als zich in dit geval hebben verwezenlijkt' (Wille had het verschil in opbrengst verduisterd en op zijn firma Dicky Trading bleek geen verhaal mogelijk) werd hier de omkeringsregel toegepast. Vergelijkt men dit met het *Juresta*-arrest dan blijkt hoe rekbaar de uitleg van een norm is. Niet valt in te zien waarom niet ook in *Dicky Trading II* de redenering gevolgd had kunnen worden dat de verplichting van de notaris ertoe strekte om Franken in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen. Als men al een verschil meent te kunnen aanwijzen tussen de informatieverplichting van de notaris in *Dicky Trading II* en die van de advocaat in het *Juresta*-arrest,⁵⁹ lijkt ons dit verre van onweerlegbaar en hoe dan ook onvoldoende substantieel om daar op geloofwaardige wijze een zo vergaand rechtsgevolg als de al dan niet toepasselijkheid van de omkeringsregel op te kunnen baseren. De vraag dringt zich op of het hier überhaupt wel mogelijk is om verifieerbaar weg te blijven van een doelredenering. Reeds na de informed consent-arresten was de vraag opgeworpen of *Dicky Trading II* niet achterhaald was.⁶⁰ Na het *Juresta*-arrest is deze vraag nadrukkelijk in positieve zin beantwoord.⁶¹ En na de effectenlease-arresten en *World Online* lijkt het helemaal onhoudbaar om vol te houden dat dit niet het geval is.⁶² Immers, zelfs wanneer, zoals daar, op inhoudelijk dezelfde gronden het oordeel wél inhoudt dat, behoudens tegenbewijs, uitgegaan moet worden van het bestaan van csqn-verband, wordt daar de omkeringsregel niet aan ten grondslag gelegd.

Maar de crux lijkt niet te zitten in de categorie informatieplichten als zodanig. In het *Skeeler*-arrest⁶³ ging het om een beginnend cursiste die op haar hoofd viel en als gevolg

daarvan was overleden. Het dragen van pols-, elleboog- en kniebeschermers was verplicht gesteld voor de cursisten, maar het dragen van een valhelm (toen nog) niet. Het hof had geoordeeld dat op sportschool Eurosportief de veiligheidsverplichting rustte om de cursisten 'dringend te adviseren' een valhelm te dragen, en overwogen dat 'aangenomen moet worden' dat de cursiste dat advies zou hebben opgevolgd. Het tegen dat laatste gerichte cassatiemiddel werd aldus verworpen:

"3.4.5. Onderdeel I.2.5 klaagt tevergeefs dat het hof in rov. 4.10 het verbod op aanvulling van feiten heeft geschonden, omdat – aldus het onderdeel – gesteld noch gebleken is dat X, indien uitdrukkelijk op het risico van hoofdletsel was gewezen en dringend was geadviseerd een valhelm te dragen, dit advies zou hebben opgevolgd. Het onderdeel faalt omdat het eraan voorbijziet dat hier sprake is van een geval waarin de zogeheten omkeringsregel van toepassing is. Dit bracht mee dat het hof het condicio sine qua non-verband tussen het niet geven van genoemd advies en het door X opgelopen letsel als vaststaand moest aannemen tenzij Eurosportief gesteld en (zo nodig) bewezen zou hebben dat X in weerwil van dit advies geen valhelm zou hebben opgezet. Aan die stelplicht heeft Eurosportief echter niet voldaan."

De Hoge Raad haalt hier dus op eigen initiatief de omkeringsregel van stal. Maar waarom is hier niet de redenering van toepassing dat de verplichting om 'dringend te adviseren' er slechts toe strekte om de cursiste in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of zij al of niet een helm zou dragen? De Hoge Raad maakt er geen woorden aan vuil. Hij deelt slechts mee dat de omkeringsregel toepasselijk is. Ook van het *Skeeler*-arrest is wel gepoogd het te verzoenen met *Juresta* en de informed consent-arresten door te zoeken naar verschillen in strekking tussen de informatieplichten die waren geschonden. Van Boom heeft zich afgevraagd of de in het *Skeeler*-arrest aangenomen plicht tot 'dringend adviseren' niet eigenlijk een waarschuwingsplicht betrof.⁶⁴ De reddingsboei die zich dan aanbiedt is het onderscheid tussen enerzijds informatieplichten (strekken slechts tot geïnformeerd kunnen beslissen: omkeringsregel niet van toepassing) en waarschuwingsplichten (strekken tevens tot afwending van het risico: omkeringsregel wel toepasselijk). Wie op die boei kruipt zal echter vroeg of laat ontdekken dat zij onvoldoende drijfkracht heeft. Zoals Vranken reeds overwoog naar aanleiding van de informed consent-arresten:

"Ik vind dit een scherpzinnig onderscheid, aanvankelijk ook inzichtelijk, maar allengs heb ik steeds meer twijfel gekregen of het wel houdbaar is."⁶⁵

57 Zie onder meer Van Boom, noot bij HR 2 februari 2007, JA 2007/43 (*Juresta*) en I. Giesen 2009.

58 HR 26 januari 1996, NJ 1996/607, m.nt. W.M. Kleijn (*Dicky Trading II*).

59 Vgl. A.C.W. Pijls 2009, p. 174.

60 J.M.B. Vranken, noot bij HR 23 november 2001, NJ 2002/387 (informed consent).

61 W.H. van Boom, noot bij HR 2 februari 2007, JA 2007/43 (*Juresta*).

62 Althans: in de casus van *Dicky Trading II* zou het oordeel nog steeds wel kunnen luiden dat uitgegaan moet worden van het bestaan van csqn-verband, maar in dat geval zou daaraan niet langer de omkeringsregel ten grondslag worden gelegd, maar vermoedelijk een effectenlease-arresten-achtige redenering.

63 HR 25 november 2005, LJN AU4042; JA 2006/1; NJ 2007/141, m.nt. C.J.H. Brunner (*Skeeler*-arrest).

64 W.H. van Boom, noot bij HR 2 februari 2007, JA 2007/43 (*Juresta*).

65 J.M.B. Vranken, noot bij HR 23 november 2001, NJ 2002/387, onder 5 (informed consent).

Ook informatieplichten en adviesplichten strekken mede tot afwendings van de gevolgen van verkeerde beslissingen. Het één ligt onafwendbaar in het verlengde van het ander.⁶⁶ Toegegeven, soms wat verder uiteen, soms wat dichterbij elkaar, en in het laatste geval ligt het label 'waarschuwingsplicht' meer voor de hand dan in het eerste. Maar als men rechtsgevolgen aan het verschil in kwalificatie wil verbinden heeft men toch bij voorkeur een min of meer scherp onderscheid, en dat lijkt niet te maken. Een zo vergaand rechtsgevolg als de toepasselijkheid van de omkeringsregel kan hier naar onze mening in elk geval niet op geloofwaardige wijze worden gebaseerd.

Het heeft er alle schijn van dat in werkelijkheid het doorslaggevend verschil is dat het in het *Skeeler*-arrest om de schending van een veiligheidsnorm ging, en in *Juresta* niet.⁶⁷ Die conclusie dringt zich temeer op wanneer men in ogenschouw neemt dat de Hoge Raad bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen geen genuanceerde onderscheidingen maakt in de strekking van de geschonden norm, maar genoeg neemt met een heel algemeen verband tussen norm en risico.

Een sprekend voorbeeld daarvan is het arrest *Aydin/Winterthur*.⁶⁸ Twee tegenliggers, snorfietser Aydin en bromfietser X, waren met elkaar in aanrijding gekomen op een fietspad met letsel als gevolg. Niet vastgesteld kon worden wie van de bestuurders onvoldoende rechts had gehouden. X verkeerde onder invloed van alcohol en voerde op zijn bromfiets oranje snorfietstickers. Aydin beschikte niet over het vereiste bromfietscertificaat. Aydin deed een beroep op de omkeringsregel, maar dat werd door het hof verworpen. Omdat de toedracht van het ongeval niet vaststond, kon ook niet worden vastgesteld of aan de toepassingsvereisten van de omkeringsregel was voldaan, aldus het hof:

“Aan Aydin moet worden toegegeven dat de kans op het ontstaan van verkeersongevallen in het algemeen wordt vergroot door het rijden onder invloed. Dat dit specifieke risico zich in het onderhavige geval heeft verwezenlijkt is echter onvoldoende komen vast te staan om toepassing van de omkeringsregel te rechtvaardigen. Onduidelijk is immers gebleven of het X. dan wel Aydin is geweest die op de verkeerde helft van het fietspad heeft gereden. Indien dit Aydin zou zijn geweest en daardoor de botsing is veroorzaakt kan niet zonder meer worden

gezegd dat het aan rijden onder invloed verbonden risico zich heeft verwezenlijkt. Gelet op de aard van het ongeval kan dan immers bepaald niet worden uitgesloten dat het ongeval zich ook zou hebben voorgedaan indien X. niet onder invloed van alcohol zou hebben verkeerd. Het voorgaande brengt het hof tot de slotsom dat voor toepassing van de omkeringsregel in het onderhavige geval geen termen aanwezig zijn.”⁶⁹

Dit oordeel werd gecasseerd door de Hoge Raad:

“3.3.3 De norm van art. 8 lid 2, aanhef en onder b, Wegenverkeerswet 1994, welke door X. gegeven het hiervoor in 3.1 onder (v) vermelde alcoholgehalte van zijn bloed is overtreden, strekt specifiek tot het voorkomen van verkeersongevallen. Door rijden onder invloed wordt het gevaar dat bij een andere weggebruiker schade ontstaat in het algemeen aanmerkelijk vergroot. Dit tezamen in aanmerking genomen, betekent het enkele feit van de aanrijding tussen X. en Aydin reeds dat het specifieke gevaar waartegen genoemde norm bescherming beoogt te bieden zich hier heeft verwezenlijkt, zodat het hof toepassing had moeten geven aan de omkeringsregel.”

Het relatieve gemak waarmee hier wordt geoordeeld dat aan het specificiteitsvereiste is voldaan, staat in scherp contrast met de genuanceerde onderscheidingen die bij informatie-, advies- en waarschuwingplichten de doorslag zouden geven.⁷⁰ Zoals gezegd, en wij zijn zeker niet de eersten die dit hebben geconstateerd:⁷¹ anders dan de motiveringen van de Hoge Raad willen doen geloven, lijken onuitsproken overwegingen van categorale aard de doorslag te geven. Het ziet er echt naar uit dat de Hoge Raad de omkeringsregel toepasselijk wil hebben bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen, en daarbuiten niet. De omkeringsregel moet terug in zijn hok.

6. Afbakening leerstukken in de rechtspraak laat nog veel vragen open

Gezien de zojuist besproken rechtspraak kan het dus niet verrassen dat de Hoge Raad in zijn beslissingen in de effectenlease-zaken en *World Online* de omkeringsregel liet rusten. Maar daarmee is de vraag hoe het één zich tot het ander verhoudt nog niet beantwoord, en de vraag naar het

66 Vgl. A-G Spier in zijn conclusie voor het *Juresta*-arrest onder 4.18 t/m 4.22.

67 Opgemerkt zij dat de categorie 'verkeers- en veiligheidsnormen' en de categorie 'letselschade' niet geheel samenvallen. Met name bij medische aansprakelijkheid kunnen zich figuren voordoen waar het gestelde gevolg wel letsel is, maar het de vraag is of de geschonden norm moet worden gekwalificeerd als een veiligheidsnorm. De informeel consent-arresten zijn een bekend voorbeeld van een geval waarin die vraag ontkennend werd beantwoord. Zie ook I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss.), Den Haag: Bju 2000, p. 247 e.v. (hierna: I. Giesen 2000).

68 HR 8 april 2005, LjN AR8876; NJ 2005/284 (*Aydin/Winterthur*). Zie voor letselschade ook HR 13 juli 2007, RvdW 2007/705 en HR 7 december 2007, NJ 2007/644.

69 R.o. 4.15.

70 Het zij toegegeven dat deze vergelijking niet geheel zuiver is: bij informatie-, advies- en waarschuwingplichten worden onderscheidingen gemaakt in de strekking van de geschonden norm, terwijl het bij *Aydin/Winterthur* ging om de vraag of het betreffende risico zich wel had gerealiseerd. Dat neemt niet weg dat het contrast tussen het een en het ander sprekend is.

71 Zie I. Giesen 2009, p. 77; Chr.H. van Dijk, 'Omkeringsregel. HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307 en HR 9 april 2004, NJ 2004, 308', *TVP* 2004-2, p. 63-68 (op p. 67); T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2004 p. 1579 – 1588 (op p. 1587); E.F.D. Engelhard, 'HR 19 maart 2004, C02/331HR, LjN-nr. AO1299, RvdW 2004, 60 (*Omkeringsregel*)', *NTBR* 2004/55, p. 290.

feitelijke toepassingsbereik van omkeringsregel alleen maar verder op scherp gezet. In aanvulling op de twee in paragraaf 4 opgeworpen vragen: 3. kan bij de schending van een informatie-, advies- of waarschuwingsplicht die mogelijk tot zuivere vermogensschade heeft geleid, worden uitgegaan – behoudens tegenbewijs – van het bestaan van csqn-verband wanneer de effectiviteit van de geschonden norm daarom vraagt, zolang dat maar niet toepassing van de omkeringsregel wordt genoemd?; en 4. wanneer is de tussenoplossing van proportionele aansprakelijkheid een begaanbare weg?

Ook op deze vragen wordt teruggekomen in paragraaf 11. Als wij de staat opmaken van de rechtspraak op dit terrein blijken nog meer van dit soort vragen open te staan. Dat kan op eenvoudige wijze worden geïllustreerd door een aantal uitspraken op een rij te zetten zoals in Tabel 1.

Al deze uitspraken gaan in wezen over hetzelfde probleem: onzekerheid over het bestaan van csqn-verband tussen fout en de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd. Die schade is steeds zuivere vermogensschade. In de eerste vier gevallen is de fout gelegen in een of andere vorm van informatiegebrek, bij de rechtspraak over fouten van advocaten gaat het over het laten verlopen van een termijn. In de eerste drie gevallen is het probleem in de sleutel gezet van het bewijs van csqn-verband, bij de laatste twee in de sleutel van proportionele aansprakelijkheid. De ene keer wordt

de omkeringsregel omarmd (*Dicky Trading II*), de andere keer in een vergelijkbare zaak afgewezen (*Juresta*). De ene keer wordt proportionele aansprakelijkheid bij zuivere vermogensschade aanvaard (verzuim termijn door advocaat), de andere keer lijkt die aard van de schade een van de dragende pijlers van de motivering om dat niet te doen (*Fortis/Bourgonje*).

Maar waarom nu precies het één in het ene geval, en het ander in het andere? In de praktijk lijkt de keuze van de rechter voor het ene of het andere leerstuk vooral te worden bepaald door de wijze waarop wordt geprocedeerd. Het beeld bestaat dat in het (buitengerechtelijke) partijdebat meestal het alles of niets het vertrekpunt is, en het in het begin vaak over het bewijs van csqn-verband gaat. Soms is het eiser die, al of niet subsidiair, over proportionele aansprakelijkheid begint, en soms gedaagde. Slechts een enkele keer is dat de rechter ambtshalve, zoals het hof in *Fortis/Bourgonje*.⁷² Voor de Hoge Raad is vergaand bepalend welke middelen aan hem worden voorgelegd. Daar valt op zich allemaal prima mee te leven, maar het probleem is dat de motiveringen van de Hoge Raad die er uiteindelijk uitkomen, onvoldoende houvast bieden om de duidelijkheid te bieden waar de praktijk behoefte aan heeft. Wie, zoals uw beide auteurs, regelmatig onderwijs en cursussen geeft over deze materie, ziet, naarmate meer rechtspraak de revue passeert, bij studenten en cursisten haast steevast de moed in de knieën zakken. In de praktijk behelpt men zich door-

Tabel 1. Uitspraken over causaliteitonzekerheid bij zuivere vermogensschade

<i>Dicky Trading II</i>	<i>Juresta</i>	<i>Dexia World Online</i>	<i>Fortis/B</i>	<i>Niet tijdig instellen vordering of rechtsmiddel</i>
Zuivere vermogensschade	Zuivere vermogensschade	Zuivere vermogensschade	Zuivere vermogensschade	Zuivere vermogensschade
Informatiegebrek	Informatiegebrek	Informatiegebrek	Informatiegebrek	Informatiegebrek
Benadering: bewijs	Benadering: bewijs	Benadering: bewijs	Benadering: kanswaardering	Benadering: kanswaardering
Omkeringsregel toegepast	Toepassing omkeringsregel afgewezen	Causaal verband aangenomen op grond van omkeringsregel-achtige motivering	Toepassing proportionele aansprakelijkheid afgewezen	Toepassing proportionele schadevergoeding aanvaard

⁷² Zie hierover C.J.M. Klaassen, 'Proportionele aansprakelijkheid: een goede of kwade kans?', *NJB* 2007/1164, afl. 22, p. 1346-1362. Voor een mooi voorbeeld van een ambtshalve 'overstap' naar proportionele aansprakelijkheid Rb. Rotterdam 30 maart 2011, *LJN* BQ5652; *JA* 2011/119. De rechtbank is in beginsel van oordeel dat het in de voorliggende zaak redelijker is de onzekerheid over het csqn-verband over partijen te verdelen. Nu partijen zich daarover nog niet hebben uitgelaten, gelast de rechtbank een comparatie en somt een aantal voor de eventuele toepassing van proportionele aansprakelijkheid relevante onderwerpen op die zij met partijen wenst te bespreken (r.o. 2.19). Zie over de ruimte voor een ambtshalve overstap naar proportionele aansprakelijkheid, met name in verband met de vraag wanneer dit een ontoelaatbare verrassingsbeslissing zou inhouden, de conclusie van A-G Wissink voor *Fortis/Bourgonje* onder 3.84 t/m 3.86.4.

gaans door primair aansluiting te zoeken bij het qua casus meest na gelegen precedent. Voor de werkbaarheid van het recht op dit terrein zou het goed zijn wanneer nadere stappen konden worden gezet naar duidelijker afbakeningen.

Het is in dit perspectief dat wij de verschillende mogelijkheden willen plaatsen die er zijn om eiser tegemoet te komen bij het bewijs van csqn-verband. Eerst zullen we dat doen met betrekking tot de omkeringsregel. Daarna komt proportionele aansprakelijkheid en de beslissing in *Fortis/Bourgonje* aan de orde. In dat kader bespreken we ook het 'alternatief' van vasthouden aan de (soepel te hanteren) eis van csqn-verband en vervolgens toepassing geven aan art. 6:101 BW.

7. Mogelijkheden voor nadere afbakening van de omkeringsregel

Met betrekking tot de discrepantie tussen de eerste twee arresten uit de rij, *Dicky Trading II* en *Juresta*, is de conclusie eerder al door anderen getrokken⁷³ en inmiddels echt onafwendbaar. Zoals uiteengezet in paragraaf 5 valt niet langer vol te houden dat *Dicky Trading II* niet zou zijn achterhaald. Achteraf gezien was het beter geweest als de Hoge Raad deze koerswijziging al bij het *Juresta*-arrest expliciet had aangegeven, en het verdient aanbeveling dat dit alsnog gebeurt. Ook na de arresten van 29 november 2009 is het leerstuk omkeringsregel zo weerbarstig gebleven dat het weerstand oproept.⁷⁴ Het is hoog tijd voor de algemene regel dat de omkeringsregel in beginsel niet toepasselijk is bij informatie- en waarschuwingsplichten die betrekking hebben op zuivere vermogensschade.⁷⁵ Zelfs waar, zoals in de effectenlease-arresten en *World Online*, om inhoudelijk dezelfde redenen als die ten grondslag liggen aan de omkeringsregel, in essentie dezelfde beslissing wordt genomen, rept de Hoge Raad niet van de omkeringsregel. Hierdoor raakt de formele afbakening van de omkeringsregel losgezongen van zijn inhoudelijke grondslag. Dat maakt het instituut nogal minder begrijpelijk en kan de weerzin daartegen alleen maar vergroten. Gegeven de huidige lijn in de jurisprudentie zou vasthouden aan alleen het specificiteitsvereiste uit de arresten van 29 november 2002 verder ten koste gaan van de geloofwaardigheid van de beslissingen op dit gebied.

Nog meer duidelijkheid en een algemene opluchting zou ons ten deel vallen indien de Hoge Raad nog een stapje ver-

derzet, terugkomt op de algemene toepasselijkheid van de omkeringsregel⁷⁶ en expliciet maakt dat zij in beginsel alleen toepasselijk is op het oorspronkelijke terrein van de schending van verkeers- en veiligheidsnormen.

Zoals de effectenlease-arresten en *World Online* laten zien, kunnen zich ook op het aldus categoriaal buiten het bereik van de omkeringsregel te houden terrein van informatie- en waarschuwingsplichten die betrekking hebben op zuivere vermogensschade, dezelfde omstandigheden voordoen die nopen tot het tot uitgangspunt nemen van het bestaan van causaal verband als bij de omkeringsregel. Dat staat misschien wel een beetje slordig, maar is onvermijdelijk de prijs voor 'de omkeringsregel terug in zijn hok'. De winst die daar tegenover staat is dat, bevrijd van de belaste geschiedenis van de omkeringsregel, de aandacht in rechtspraak en doctrine volledig uit kan gaan naar de inhoudelijke rechtvaardigingen die kunnen bestaan voor het tot uitgangspunt nemen van het bestaan van causaal verband. Een goed begrip daarvan lijkt ons voor de rechtspraak van groter belang dan de schoonheid van het instituut omkeringsregel.

Dit roept de vraag op of het dan niet beter zou zijn om de omkeringsregel maar in zijn geheel af te schaffen. Van verschillende zijden is gewezen op de betrekkelijke meerwaarde van dit instituut. Benadrukt wordt dat het bewijsrecht veel andere middelen kent om aan eiser tegemoet te komen, zoals een rechterlijk vermoeden, het voorhandse bewijsoordeel, een aanvullende stelplicht of gemotiveerde betwisting, of de redelijkheid en billijkheid in de zin van art. 150 Rv.⁷⁷ Asser heeft opgemerkt dat de omkeringsregel als *regel* eigenlijk niet nodig is, omdat de rechter in de voor haar in aanmerking komende gevallen ook zonder die regel alle vrijheid heeft om het causaal verband aan te nemen behoudens tegenbewijs.⁷⁸ Lindenbergh meent dat de verheffing tot regel weinig goeds heeft gebracht 'omdat zij suggereert dat het hier gaat om een steeds (ook in cassatie) toetsbare toepassing van een norm op een terrein waarop de feitenrechter nu eenmaal de nodige vrijheid toekomt'.⁷⁹ Op zich genomen is dat allemaal juist. Toch menen wij, alles afwegende, dat de status van regel wel degelijk enige meerwaarde heeft, die een arrest als *Aydin/Winterthur* kan illustreren: die status stelt haar toepasselijkheid buiten twijfel bij die verkeers- en veiligheidsnormen waar de specificiteit van de geschonden norm minder sprekend is. Dat is niet alleen faciliterend voor de rechterlijke oordeelsvorming maar scheidt vooral de nodige helderheid voor de buitenge-

73 Zie I. Giesen 2009, p. 77; Chr.H. van Dijk, 'Omkeringsregel. HR 19 maart 2004. NJ 2004, 307 en HR 9 april 2004, NJ 2004, 308', *TVP* 2004-2, p. 63-68 (op p. 67); T. Hartlief & R.P.J.L. Tjittes, 'Kroniek van het vermogensrecht', *NJB* 2004 p. 1579 - 1588 (op p. 1587); E.F.D. Engelhard, 'HR 19 maart 2004, C02/331HR, LjN AO1299, RvdW 2004, 60 (Omkeringsregel)', *NTBR* 2004/55, p. 290.

74 I. Giesen, 'Effectieve rechtsbescherming en causaliteit', *AV&S* 2010/17, p. 127-128: 'de 'omkeringsregel' is nog steeds een bron van veelvuldig vloeiende inkt, ergernis, nadere studie en vertwijfeling'.

75 Vgl. in dit verband de conclusie (onder 2.20) van waarnemend A-G Hammerstein voor HR 3 februari 2012, LjN BU4914; NJ 2012/95; *JOR* 2012/116, m.nt. S.B. van Baalen.

76 '[D]eze regel waarvan de toepassing niet is beperkt tot een duidelijk afgebakende groep van gevallen'. HR 29 november 2002, LjN AE7345; NJ 2004/304 (TFS/NS) (r.o. 3.5.3) en LjN AE7351; NJ 2004/305 (*Kastelijn/Achtcarspelen*) (r.o. 3.6).

77 Zo onder meer door I. Giesen, 'Effectieve rechtsbescherming en causaliteit', *AV&S* 2010/17, p. 85 en I. Giesen & Tjong Tjin Tai 2008, p. 100 e.v.; A-G Spier, o.a. in zijn conclusie voor het *Juresta*-arrest, onder 4.22.

78 W.D.H. Asser, noot bij HR 26 november 2002, NJ 2004/305 onder nr. 17 en 18 (*Kastelijn/Achtcarspelen*).

79 S.D. Lindenbergh, 'De betrekkelijkheid van de omkeringsregel', *WPNR* 2004/6580, p. 433-435 (op p. 435).

rechtelijke praktijk. Te bedenken valt dat de omkeringsregel vóór het *Dicky Trading II*-arrest van 1996, decennia lang een onproblematisch bestaan heeft geleid.⁸⁰

8. **Fortis/Bourgonje en het toepassingsbereik van proportionele aansprakelijkheid**

Zoals reeds aangestipt, is de teneur in de meeste commentaren dat de als richtinggevend gepresenteerde overwegingen over het toepassingsbereik van proportionele aansprakelijkheid in *Fortis/Bourgonje* maar in beperkte mate houvast geven, en wordt gespeculeerd op andere, onuitgesproken, redenen waarom de Hoge Raad oordeelde zoals hij deed.⁸¹ Ook wij zullen enkele niet door de Hoge Raad geëxpliciteerde omstandigheden bespreken die mogelijk van belang zijn om deze beslissing goed te kunnen plaatsen. Maar dat neemt niet weg dat wat de Hoge Raad wél expliciet heeft gemaakt, redelijk fundamenteel lijkt en het mogelijk maakt om een aantal grote lijnen te trekken.

In de eerste plaats geeft de Hoge Raad aan dat het toepassingsbereik van proportionele aansprakelijkheid ruim is – immers niet beperkt tot een bepaalde categorie gevallen – maar benadrukt hij sterk dat toepassing alleen op zijn plaats is in uitzonderlijke omstandigheden. Het eerste juchén wij toe, het tweede lijkt ons op zichzelf evident, en praktisch gesproken tot op zekere hoogte zelfs onvermijdelijk. Er is geen reden voor de veronderstelling dat het alleen in bepaalde categorieën van gevallen zo kan zijn dat de omstandigheden van het geval het ‘naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar [maken] om de onzekerheid over [het causaal verband] in zijn geheel op de ene dan wel op de andere partij af te wentelen’ (*Nefalit/Karamus*) en dus is er ook geen reden om proportionele aansprakelijkheid bij voorbaat tot bepaalde categorieën te beperken. Strikt genomen legt de Hoge Raad in *Fortis/Bourgonje* de drempel zelfs lager, nu hij niet langer zegt dat het ‘onaanvaardbaar’ kan zijn om de onzekerheid over het causaal verband op een der partijen af te wentelen, maar de formulering omkeert en spreekt van gevallen waarin het ‘redelijker’ is om die onzekerheid tussen partijen te verdelen.⁸² De Hoge Raad verwerpt niet alleen een beperking tot omstandigheden zoals aan de orde waren in *Nefalit/Kara-*

mus, ook een beperking tot gevallen waarin het bewijs van causaal verband in het algemeen een probleem is, in plaats van voortvloeit uit de specifieke omstandigheden van het geval, wordt van de hand gewezen,⁸³ evenals het onderscheid tussen gevallen waarin de causaliteitsonzekerheid betrekking heeft op in het verleden, dan wel in de toekomst gelegen schadeposten.⁸⁴ Beide laatste onderscheidingen kunnen niet tot uitgangspunt dienen om de toepasselijkheid van de *Nefalit/Karamus*-regel af te bakenen, reeds omdat zij onvoldoende scherp zijn, aldus de Hoge Raad. Per saldo zet hij dus een ruime toepasselijkheid voorop.

Dat vervolgens terughoudendheid op zijn plaats is, lijkt ons alleen al daarom evident, omdat anders meer problemen worden opgeroepen dan opgelost.⁸⁵ Zo heeft voor een proportionele oplossing zonder meer een minimale en een maximale veroorzakingswaarschijnlijkheid te gelden.⁸⁶ Onderzoeken of met aanvaardbare zekerheid kan worden vastgesteld of csqn-verband bestaat of niet is systematisch gezien het onvermijdelijke uitgangspunt, proportionele aansprakelijkheid de uitzondering. In geen rechtsstelsel dat proportionele aansprakelijkheid kent, is het anders.⁸⁷ De variatie tussen deze landen zit vooral in de vraag hoe uitzonderlijk men die uitzondering vindt. De Hoge Raad koerst hier thans zeer nadrukkelijk aan op terughoudendheid.

Wel valt op dat de Hoge Raad de redenen voor deze terughoudendheid wat eenzijdig formuleert. Hij overweegt immers dat aan de in *Nefalit/Karamus* geformuleerde rechtsregel ‘het bezwaar [is] verbonden dat toepassing daarvan de mogelijkheid in zich draagt dat iemand aansprakelijk wordt gehouden voor een schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt’.⁸⁸ Dat is slechts één kant van de medaille, die ziet op de mogelijkheid dat in werkelijkheid geen csqn-verband bestaat, of dat de kans daarop te groot wordt ingeschat. De andere kant van de medaille is de mogelijkheid dat in werkelijkheid wél csqn-verband bestaat, of dat de kans daarop te klein wordt ingeschat, en dat iemand dus slechts aansprakelijk wordt gehouden voor *minder* dan hij heeft veroorzaakt. Dat wat

80 Zie A.J. Akkermans 2002, p. 7 e.v.

81 A.C.W. Pijls, noot bij *Fortis/Bourgonje*, JOR 2011/54; V.M. Neering, noot bij *Fortis/Bourgonje*, Bb 2011/26; S.D. Lindenbergh & S.B. Pape, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: deel 2’, AA 2011, p. 720-725 (AA20110720); A.A. Ettema, noot bij *Fortis/Bourgonje*, *Ondernemingsrecht* 2011/33. Minder kritisch formulerend, maar in essentie nauwelijks positiever is T.F.E. Tjong Tjin Tai, noot bij *Fortis/Bourgonje*, NJ 2011/251. Zeer kritisch, maar meer vanwege de uitkomst: I. Giesen, ‘(Dis)Proportionele aansprakelijkheid’, *NTBR* 2011/19.

82 Anderzijds wordt in *Fortis/Bourgonje* terughoudendheid benadrukt, in *Nefalit/Karamus* gebeurde dat nog niet.

83 Dit onderscheid stamt van Giesen, die spreekt van ‘structurele bewijsnood’. Het dient in Giesen’s pleidooi overigens een ander doel, namelijk een mogelijkheid voor afbakening van het toepassingsbereik van de omkeringsregel. Zie I. Giesen 2000, hfdst. XIV. Kritisch over de verwerping door de Hoge Raad: I. Giesen, ‘(Dis)Proportionele duidelijkheid’, *NTBR* 2011/19.

84 Dit onderscheid is in verschillende vormen bepleit, zie de conclusie van A-G Wissink onder 3.72.1. In zijn door de Hoge Raad verworpen vorm is het ooit aanvaard door het Engelse House of Lords, namelijk in *Hotson/East Berkshire Health Authority*, [1987] A.C. 750; 3. W.L.R. 232; 2 All E.R. 909. Het onderscheid is echter niet houdbaar, zie A.J. Akkermans 1997, p. 200 e.v. In ons land is het bepleit door J.H. Nieuwenhuis, *Onrechtmatige daden*, Deventer: Kluwer 2008, par. 3.8. Zie voorts I. Giesen & Tjong Tjin Tai 2008, p. 73.

85 Zie A.J. Akkermans 1997, p. 459 e.v.

86 Zie A.J. Akkermans 1997, p. 244 e.v.

87 Zie de rechtsvergelijkende overzichten van A.J. Akkermans 1997; T. Kadner Graziano, ‘Loss of chance in European Private Law. ‘All or Nothing’ or Partial Liability in Cases of Uncertain Causation’, *European Review of Private Law* (ERPL) 2008 (6) p. 1009-1042 en de verschillende nationale casenotes bij de beslissing van het Zwitserse Federale Gerechtshof, BGE 133 III 462 in ERPL 2008 (6), p. 1043-117; Israel Gilead, Michael D. Green & Bernhard A. Koch (red.), *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives, Tort and Insurance Law*, vol. 33, Berlin/Boston: De Gruyter (forthcoming 2012).

88 De Hoge Raad lijkt hier geïnspireerd door de kritiek van J.H. Nieuwenhuis, ‘Disproportionele aansprakelijkheid’, *RMThemis* 2006, p. 177-178.

eenzijdige perspectief komt ook terug in de toepassingsvoorwaarde dat 'een niet zeer kleine kans bestaat' dat het csqn-verband aanwezig. Uiteraard is het óók een toepassingsvoorwaarde dat die kans niet te groot is. In *Nefalit/Karamus* was dat ook expliciet overwogen:

"Indien vervolgens moet worden geoordeeld dat die kans zeer klein is, zal het in het algemeen voor de hand liggen dat de rechter de vordering afwijst en indien die kans zeer groot is, dat hij haar toewijst. Ten aanzien van de tussen die beide uitersten gelegen gevallen [enz.]"⁸⁹

In de praktijk lijkt deze in algemene termen geformuleerde afgrenzing voldoende werkbaar. Zo achtte het Hof Arnhem de veroorzakingskans te klein voor het toepassen van proportionele aansprakelijkheid in de ene medische aansprakelijkheidszaak⁹⁰ en te groot (in casu 97%) in een andere.⁹¹

Het ziet ernaar uit dat de zorg van de Hoge Raad in *Fortis/Bourgonje* vooral uitging naar de onderkant van het spectrum, waar het gevaar dreigt dat eisers het ook met heel kleine kansen gaan proberen. Mogelijk was hij op dat spoor gezet door A-G Wissink:

"Toepassing van de regel van *Nefalit/Karamus* op de vraag wat de cliënt zou hebben gedaan als hij door de bank wel was geïnformeerd of gewaarschuwd, lijkt mij geen aantrekkelijke weg. Dan volstaat als toegang tot een kansbenadering reeds twijfel over de vraag of de cliënt zou hebben geluisterd naar waarschuwingen van de bank. Dat betekent, praktisch gesproken, dat in welhaast elke zaak drempelloos op een kansbenadering kan worden overgeschakeld."⁹²

Aldus verwoord is die vrees overtrokken, want eenvoudig vasthouden aan het – rechtsvergelijkend gezien volkomen gangbare – vereiste dat het minimaal om een kans van enige omvang moet gaan (de Fransen eisen bijv. een *chance réelle* of *sérieuse*)⁹³ levert strikt genomen voldoende drempel op om speculatieve claims als hier gevreesd de pas af te snijden. Maar dat de Hoge Raad er in deze context ('de waarschuwingsplicht van een vermogensbeheerder tegenover zijn cliënt' die strekt tot 'het voorkomen van vermogensschade') veel aan gelegen lag om te voorkomen dat het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid voeding zou kunnen gaan geven aan speculatieve claims, lijkt ons meer dan begrijpelijk. Tegen de achtergrond van de diverse affaires en de vele tienduizenden teleurgestelde beleggers, doorgaans met uiteenlopende hoeveelheden boter op hun hoofd, al of niet geronseld door al of niet scrupuleuze claimstichtingen, zit ons land bepaald niet te wachten op

uitspraken die zouden kunnen worden opgevat als een algemene drempelverlaging voor claimavonturen. Hiermee hebben wij meteen de naar onze mening belangrijkste reden aangeroerd waarom de Hoge Raad oordeelt dat 'de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending' in casu mede redengevend zijn om proportionele aansprakelijkheid af te wijzen,⁹⁴ maar daar komen wij zo dadelijk nog op terug.

In de tweede plaats geeft de Hoge Raad in *Fortis/Bourgonje* aan dat voor proportionele aansprakelijkheid 'met name aanleiding kan zijn' indien de aansprakelijkheid 1. op zichzelf vaststaat; 2. een 'niet zeer kleine kans bestaat' dat csqn-verband aanwezig is; en 3. 'de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending' ('waaronder is begrepen aard van de door de benadeelde geleden schade') die toepassing rechtvaardigen. Met het eerste punt wordt bedoeld dat een aansprakelijkheidsgrond moet bestaan. Die voorwaarde lijkt misschien voor zich te spreken maar het kan geen kwaad dat de Hoge Raad haar nog eens buiten twijfel heeft gesteld.⁹⁵ Het tweede punt kwam zojuist al in algemene zin aan de orde, en zo dadelijk komen wij er weer op terug bij de bespreking van de beslissing in het concrete geval. Het derde punt, de strekking van de geschonden norm, de aard van de normschending en de aard van de geleden schade kenden wij al uit *Nefalit/Karamus*⁹⁶ als de relevante parameters voor het oordeel over de omstandigheden van het geval. Het zijn klassieke aanknopingspunten voor juridische oordelen in het aansprakelijkheidsrecht.⁹⁷ In zoverre niets nieuws, zij het dat men zich zou kunnen afvragen waarom de Hoge Raad niet aansluit bij de formulering in art. 6:98 BW ('de aard van de aansprakelijkheid en van de schade'). Vermoedelijk omdat de Hoge Raad de door hem gebruikte formulering, die meer nadruk legt op de strekking van de geschonden norm, scherper vindt.

9. **Fortis/Bourgonje: de beslissing in het voorliggende geval**

Dan volgt de invulling van die algemene parameters met de omstandigheden van de voorliggende casus. Er zij aan herinnerd dat de aansprakelijkheid hier in zoverre niet vaststaat, dat het oordeel van het hof over de waarschuwingsplicht reeds door de Hoge Raad is gewogen en te licht bevonden. Bij de beoordeling van het cassatiemiddel over het causaal verband wordt hiervan geabstraheerd. De overige parameters worden aldus ingevuld:

"De aard van de geschonden norm is in dit geval de waarschuwingsplicht van een vermogensbeheerder te-

89 R.o. 3.13.

90 Hof Arnhem 15 maart 2011, *LJN* BP8479.

91 Hof Arnhem 8 september 2009, *LJN* BL0369.

92 Conclusie voor *Fortis/Bourgonje* onder 3.77.

93 Zie A.J. Akkermans 1997, p. 127. Evenzo in België, zie M. Faure, 'Het verlies van een kans in België', in: A. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief, *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Bju 2000, p. 161-196.

94 In dezelfde zin Pijls, noot bij *Fortis/Bourgonje*, *JOR* 2011/54 onder 8.

95 Zie S.D. Lindenbergh & S.B. Pape, 'Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: deel 2', *AA* 2011, p. 724 (AA20110720).

96 Zij het dat de Hoge Raad in *Fortis/Bourgonje* de gelegenheid neemt om te expliciteren dat hij onder de aard van de normschending ook de aard van de schade begrijpt.

97 Vgl. S.D. Lindenbergh & S.B. Pape, 'Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: deel 2', *AA* 2011, p. 725 (AA20110720).

genover zijn cliënt, de strekking van de geschonden norm is het voorkomen van vermogensschade. Voorts heeft het hof onbestreden vastgesteld dat de kans dat Bourgonje zich zonder meer en onverwijld zou hebben neergelegd bij een uitdrukkelijke aanbeveling de aandelen Predictive dadelijk na afloop van de lock-up periode van de hand te doen, niet bijzonder groot is te noemen.”

Die laatste overweging is opvallend. Het hof had de kans dat Bourgonje een nadrukkelijk advies ter harte zou hebben genomen immers gesteld op 50%. Dat is wat anders dan ‘niet bijzonder groot’. De Hoge Raad refereert hier aan slechts één kant van de afweging die het hof had gemaakt, namelijk dat, enerzijds, Bourgonje uiting had gegeven aan vertrouwen in Predictive, ook toen de koers een aanzienlijke daling bleef vertonen, en dat daarom de kans dat hij de betreffende aanbeveling zou hebben gevolgd niet bijzonder groot is te noemen (r.o. 3.5.2). Maar anderzijds had het hof omstandigheden meegewogen die ‘het minstens tot op zekere hoogte waarschijnlijk’ maakten dat Bourgonje dat wél zou hebben gedaan (r.o. 3.5.3). ‘*Het één tegen het ander afwegend* [curs. toegevoegd] oordeelt het hof uiteindelijk naar redelijkheid dat er vijftig procent kans is dat een nadrukkelijk advies [...]’ zou zijn opgevolgd (r.o. 3.5.4.). In zoverre wordt het oordeel van het hof over de grootte van de kans door de Hoge Raad dus eigenlijk gedenatureerd. De vraag werpt zich op waarom dat gebeurt.

Het kan eigenlijk moeilijk anders dan dat de Hoge Raad zélf de kans dat Bourgonje de waarschuwing zou hebben opgevolgd, als relatief klein inschat, kleiner, in elk geval, dan het hof deed met 50%.⁹⁸ Anders had de Hoge Raad immers gewoon naar die 50% verwezen. Zijn oordeel over de tekortkoming kan die inschatting ook goed verklaren. Volgens de Hoge Raad had het hof ten onrechte verzuimd in zijn oordeel over de tekortkoming van Fortis haar stellingen te betrekken die de strekking hadden ‘dat Bourgonje beter dan zijzelf op de hoogte was van de voor de waarde van de aandelen Predictive relevante omstandigheid, over insiders-kennis beschikte met betrekking tot die onderneming, en ook afgezien daarvan een ervaren ondernemer en belegger is in de ICT-sector.’ Anders gezegd: Bourgonje wist er meer van dan Fortis, en dat had het hof onvoldoende mee laten wegen. Het lijkt aannemelijk dat de Hoge Raad om deze reden ook de kans dat Bourgonje desondanks naar een waarschuwing van Fortis zou hebben geluisterd, (veel) kleiner oordeelde dan dat het hof had gedaan. In onderdeel 3e van het cassatiemiddel was een motiveringsklacht uitdrukkelijk tegen dat oordeel van het hof gericht.⁹⁹ Maar dat vroeg de Hoge Raad een weg in te slaan die hem zeer waarschijnlijk niet openstond, namelijk te beslissen dat aan dat oordeel hogere motiveringseisen moesten worden gesteld. Dat oordeel van het hof is immers feitelijk van aard en in cassatie

uiterst beperkt toetsbaar. Te bedenken valt dat de zeer verwante afweging welk percentage eigen schuld in het kader van art. 6:101 BW op de schadevergoedingsplicht in mindering moet worden gebracht, volgens vaste rechtspraak in beginsel niet toetsbaar is in cassatie.¹⁰⁰ Dat oordeel is feitelijk van aard en voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt. Het zou zelfs voornamelijk berusten op intuïtief inzicht.

Hoe dan ook, de Hoge Raad neemt tot uitgangspunt dat de kans dat Bourgonje naar een waarschuwing van Fortis zou hebben geluisterd, niet bijzonder groot is. Zoals gezegd moet de Hoge Raad wel van mening zijn geweest dat die kans minder dan 50% was, mogelijk aanzienlijk minder. Dit gecombineerd met de zojuist gereleveerde noodzaak om in deze context speculatieve claims niet aan te moedigen, is vermoedelijk de belangrijkste grond voor de beslissing om proportionele aansprakelijkheid hier af te wijzen.

De hiervoor beschreven cassatietechnische barrière is waarschijnlijk ook de reden waarom een tweede, nauw verwant aspect niet aan de orde kon komen, namelijk de omstandigheid dat, ondanks de inspanningen van het hof tot motivering van zijn oordeel over de grootte van de kans, de uiteindelijke beslissing om die op 50% te stellen toch wel erg speculatief overkomt. Ook als men zou vinden dat proportionele aansprakelijkheid hier wél de aangewezen oplossing is, boet het oordeel van het hof om deze reden veel aan overtuigingskracht in. A-G Wissink lijkt dit op het oog te hebben waar hij schrijft:

“Tegelijkertijd is over de vraag wat de kans is – anders dan in het geval *Nefalit/Karamus* – weinig zinnigs te zeggen zolang partijen op dit punt niet veel meer (zullen kunnen) aandragen dan de stelling dat de cliënt wel respectievelijk niet naar de waarschuwing geluisterd zou hebben. Het risico bestaat dat men dan al gauw tot een kans van (ongeveer) 50% concludeert.”¹⁰¹

Wissink betreft dit op de schending van informatie- en waarschuwingsplichten van de bank in het algemeen, maar dat is te pessimistisch. De categoriemodelvonnissen van de Rechtbank Amsterdam in de effectenlease-arresten kunnen illustreren dat bij een proportionele benadering ook in deze context de naar redelijkheid en billijkheid te hanteren kansen soms wel degelijk met een ter zake doende grondslag en op een veel beter aanvaardbare wijze kunnen worden onderbouwd. Maar in het concrete geval van *Fortis/Bourgonje* zat er niet veel meer in dan het hof eruit had gehaald. Ook Lindenbergh en Pape signaleren het gevaar dat bij enige twijfel over het causaal verband te makkelijk wordt doorgeschakeld naar het *fifty-fifty*, en kwalificeren dit als

98 In dezelfde zin S.D. Lindenbergh & S.B. Pape, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: deel 2’, AA 2011, p. 724 (AA20110720).

99 Onderdeel 3 (causaal verband) sub d (aanvang) in verband met sub e (aan het eind).

100 Zie Boonekamp, *GS Schadevergoeding*, art. 6:101 BW, aant. 22.3.

101 Conclusie voor *Fortis/Bourgonje* onder 3.77.

'een belangrijk bezwaar tegen het toepassen van de *Nefalit*-regel'.¹⁰² De geloofwaardigheid van proportionele aansprakelijkheid valt of staat wel vaker met een goed berede-
neerde inschatting van de kans.¹⁰³ In de meeste rechtspraak over proportionele aansprakelijkheid baseert de rechter zich, net als het geval was in *Nefalit/Karamus*, (mede) op een deskundigenbericht, en soms, zoals bij de rechtspraak over fouten van advocaten, kan hij zélf worden beschouwd als de deskundige bij uitstek.¹⁰⁴ Tjong Tjin Tai meent dat wellicht een impliciet vereiste voor proportionele aansprakelijkheid is dat het moet gaan om kansen die op wetenschappelijke wijze door een deskundige zijn vastgesteld.¹⁰⁵ Dat lijkt ons weer veel te streng, nu een dergelijke eis bij soortgelijke inschattingen door de rechter niet wordt gesteld, al helemaal niet bij de zo verwante beslissing over de het percentage eigen schuld bij toepassing van art. 6:101 BW. Maar het oordeel van het hof in *Fortis/Bourgonje* illustreert niettemin dat de mate waarin een kansoordeel geloofwaardig kan worden onderbouwd de facto medebepalend kan zijn voor de begaanbaarheid van een proportionele route.

10. Proportionele aansprakelijkheid bij informatie-, advies- en waarschuwingsplichten

Dat het in *Fortis/Bourgonje* ging om de waarschuwingsplicht van een vermogensbeheerder tegenover zijn cliënt, en om het voorkomen van vermogensschade, lijkt ons dus primair van belang in verband met de noodzaak om in die context speculatieve claims niet aan te moedigen. De combinatie met de als gering aangemerkte omvang van de betreffende kans, en de nogal speculatieve wijze waarop die omvang was vastgesteld, kan naar onze mening de afwijzende beslissing van de Hoge Raad reeds voldoende verklaren. Het springende punt in deze casus lijkt te zijn dat Bourgonje eigenlijk deskundiger was dan Fortis. Daarmee is zij voor de waarschuwingsplichten van vermogensbeheerders wel erg specifiek. Naar onze mening kan het arrest niet de conclusie dragen dat de Hoge Raad de toepassing van proportionele aansprakelijkheid bij de waarschuwingsplicht van ver-

mogensbeheerders categorisch uitsluit,¹⁰⁶ en nog minder voor het hele terrein van teleurgestelde beleggers. Anders had hij dat eenvoudig expliciet kunnen doen.

Dat neemt niet weg dat, naast hetgeen hiervoor al werd overwogen, aan dit terrein nog meer specifieke aspecten zitten die hier van belang kunnen zijn. Met name bestaat hier tot op zekere hoogte een 'alternatief' voor proportionele aansprakelijkheid, namelijk het aannemen van causaal verband – al of niet slechts als uitgangspunt behoudens tegenbewijs, en al of niet mede met het oog op de effectiviteit van de geschonden norm – en vervolgens toepassing geven aan art. 6:101 BW over eigen schuld. De conclusie van A-G Wissink legt hier sterk de nadruk op. Het voordeel van deze benadering is dat formeel wordt vastgehouden aan het vereiste van csqn-verband. In zoverre is dus geen sprake van een drempelverlaging en hoeft minder vrees te bestaan voor aanmoediging van speculatieve claims. Maar aan de effectenlease-uitspraken en *World Online* zagen wij al dat de facto wel degelijk van een drempelverlaging sprake kan zijn, namelijk wanneer zorg voor de effectiviteit van de geschonden norm aanleiding geeft om het bestaan van csqn-verband tot uitgangspunt te nemen. Het resultaat is dan zelfs een zeer vergaande drempelverlaging, want hoe groot zou de kans in werkelijkheid zijn dat alle of bijna alle beleggers in aandelen Word Online van die belegging hadden afgezien als het prospectus wél aan alle voorwaarden had voldaan? Maar goed, dit veronderstelt wél het oordeel dat de effectiviteit van de geschonden norm om die drempelverlaging vraagt, en voor proportionele aansprakelijkheid is dat tot dusver niet als een toepassingsvereiste voorgesteld.¹⁰⁷ Misschien dat de nadruk die de Hoge Raad in *Fortis/Bourgonje* legt op terughoudendheid, daartoe alsnog aanleiding gaat geven.

Voorts valt te bedenken dat de correctiemogelijkheid van art. 6:101 BW niet altijd beschikbaar is, niet op het terrein van informatie-, advies- en waarschuwingsplichten en daarbuiten nog minder. Kenmerkend voor de schending van dat soort plichten is weliswaar dat in de causale keten tussen die schending en de schade waarvan vergoeding wordt gevorderd, steeds een beslissing van de benadeelde zelf is gelegen. In zoverre kan men steeds zeggen dat de schade mede een gevolg is van die beslissing. Maar die beslissing kan niet steeds, zoals dat bij beleggers gebeurt, aan de benadeelde worden toegerekend in de zin van art. 6:101 lid 1 BW. Dat wordt duidelijk als wij de informed consent-problematiek bij medische behandelingen voor ogen nemen. Stel dat een arts ten onrechte verzuimt een patiënt te wijzen op een bepaald risico van de voorgestelde medische behandeling, en de patiënt stemt met die behandeling in. Kunnen wij dan, wanneer dat risico zich onverhoopt realiseert, de patiënt verwijten dat hij daaraan eigen schuld heeft in de zin van art. 6:101 BW? Dat lijkt slechts bij hoge uitzondering denkbaar, bijvoorbeeld wanneer het initiatief tot de behandeling uitging van de patiënt en/of hij daar

102 In dezelfde zin ('een belangrijk bezwaar tegen het toepassen van de *Nefalit*-regel'), S.D. Lindenbergh en S.B. Pape, 'Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: deel 2', *AA* 2011, p. 723 (AA20110720).

103 Voor andere voorbeelden waarin de motivering van de rechter onvoldoende is, zie Chr.H. van Dijk, 'Onzeker causaal verband in de rechtspraak', in: A.J. Akkermans, M.G. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 27-42.

104 Het gaat in deze rechtspraak immers over de kansen die de benadeelde in de ten onrechte niet gevoerde procedure zou hebben gehad.

105 T.F.E. Tjong Tjin Tai, noot bij *Fortis/Bourgonje*, *NJ* 2011/251 onder 3.

106 In dezelfde zin A.A. Ettema, noot bij *Fortis/Bourgonje*, *Ondernemingsrecht* 2011/33. Eveneens in dezelfde zin, maar iets aarzelender en/of neutraler van toonzetting: T.F.E. Tjong Tjin Tai, noot bij *Fortis/Bourgonje*, *NJ* 2011/251 onder 3; S.D. Lindenbergh & S.B. Pape, 'Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: deel 2', *AA* 2011, p. 720-725 (AA20110720). Anders: A.C.W. Pijls, noot bij *Fortis/Bourgonje*, *JOR* 2011/54 onder 10; M.V. Neering, noot bij *Fortis/Bourgonje*, *Bb* 2011/26 onder 3. Vermoedelijk eveneens anders, maar dan impliciet: I. Giesen, '(Dis)proportionele duidelijkheid', *NTBR* 2011/19.

107 Wel als een pluspunt. Zie I. Giesen & Tjong Tjin Tai 2008, p. 66.

sterk op had aangedrongen. Maar in de regel zal het oordeel zijn dat de schade causaal gezien weliswaar mede een gevolg is van de instemming van de patiënt, maar dat die instemming niet aan hem kan worden toegerekend in de zin van art. 6:101 lid 1 BW, omdat hij hem gaf op grond van informatie die juist door de tekortkoming van de arts onvolledig was.¹⁰⁸ Net als bij het zoeken van medische behandeling wegens ziekte of gebrek, zullen ook bij andersoortige stappen die uit noodzaak, of althans niet 'vrijwillig' werden gezet, beslissingen die op grond van gebrekkige informatie werden genomen, niet snel aanleiding kunnen geven om een beroep op eigen schuld te honoreren van degene die juist voor die gebrekkigheid verantwoordelijk was.

Naarmate men, zoals A-G Wissink doet, bij de hier besproken alternatieve benadering meer benadrukt dat met het csqn-vereiste desgewenst ook 'soepel' kan worden omgaan, wordt zij ook minder zuiver. Strikt genomen kan soepelheid slechts nodig zijn wanneer het csqn-verband eigenlijk minder dan 'voldoende waarschijnlijk' wordt geacht, want anders zou aan het gewone criterium zijn voldaan, en komen wij niet aan soepelheid toe. Anders gezegd: eigenlijk vindt men het csqn-verband onvoldoende waarschijnlijk. Desondanks wordt het aangenomen, maar het daardoor aan de gedaagde toegebrachte nadeel wordt dan, in de volgende te zetten stap, 'gecompenseerd' door het te betrekken bij de beoordeling van het percentage eigen schuld. Dit alles met als voordeel dat formeel geen sprake is van een drempelverlaging voor aansprakelijkheid. Maar dat kan niet verhullen dat het conceptueel eigenlijk verdergaat dan proportionele aansprakelijkheid, terwijl tegen toepassing dáárvan het risico zou spreken dat iemand schade moet vergoeden die in werkelijkheid niet door hem werd veroorzaakt.¹⁰⁹ Met name in de context van rechterlijke besluitvorming kunnen wij ons niettemin goed voorstellen dat bij aarzeling over de vraag of de horde van het csqn-vereiste wel of niet als genomen moet worden beschouwd, het ertoe doet of in de volgende redeneerstap art. 6:101 BW beschikbaar is om van een bevestigend antwoord de harde kantjes af te slijpen. Maar in de troebele wateren van de causaliteitsonzekerheid lijkt ons de zuiverheid van redeneren een baken dat wij niet kunnen ontberen. Daarom menen wij dat men dan ten minste in de raadkamer onder ogen moet durven zien dat het verschil met de Nefalit/Karamus-formule ('de werkgever tot vergoeding van de gehele schade van de werknemer [...] 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.') per saldo microscopisch klein, als niet non-existent geworden is. Wie eigenlijk proportionele aansprakelijkheid toepast zonder dat zo te noemen

moet zich afvragen of hij geen voeding geeft aan het verwijt van Vranken over 'verhullend motiveren'.¹¹⁰ Wat ons betreft kan het argument dat toepassing van art. 6:101 BW de consequenties voor de gedaagde kan verzachten, dus wel mede-redengevend zijn om soepel om te gaan met het vereiste van csqn-verband, maar wij menen dat het dan eigenlijk 'gewoon' over (een variant van) proportionele aansprakelijkheid gaat: het oordeel is dan immers dat het redelijker is om de onzekerheid over het csqn-verband op deze wijze over partijen te verdelen, dan deze onzekerheid volledig voor risico van een van hen te laten komen.

Pijls heeft tegen het soepel hanteren van het csqn-vereiste in combinatie met toepassing van art. 6:101 BW aangevoerd dat daardoor beleggers overgecompenseerd zouden worden ten opzichte van de door hem bepleite kansbenadering.¹¹¹ Dit wordt van de hand gewezen door A-G Wissink.¹¹² Ons komt het voor dat de uitkomst van de toepassing van art. 6:101 BW afhankelijk is van wat men daarbij allemaal verdisconteert. En als men het eenmaal met de redeneringen niet meer zo zuiver neemt, is heel veel mogelijk – op dezelfde uitkomst uitkomen stellig ook. Maar zoals gezegd is ons bezwaar meer fundamenteel: wat ons betreft is de hele voorstelling van zaken eigenlijk minder zuiver.¹¹³

Ten slotte nog het volgende. Uit de betekenis die de Hoge Raad er in *Fortis/Bourgonje* aan hecht dat de strekking van de daar geschonden waarschuwningsnorm het voorkomen van vermogensschade is, kan niet worden afgeleid dat proportionele aansprakelijkheid bij vermogensschade nimmer op zijn plaats zou kunnen zijn. Ook bij vermogensschade kan het redelijker zijn om de onzekerheid over het causaal verband over partijen te verdelen dan deze volledig voor risico van een van hen te laten komen. Het categorisch uitsluiten van proportionele aansprakelijkheid bij vermogensschade zou ook onverenigbaar zijn met de in paragraaf 2 van dit artikel besproken rechtspraak over de fouten van de advocaten. De daar geschonden procesbelangen waren zuiver financieel van aard. En in het arrest *Heesch/Reijs* werd schadevergoeding toegekend aan een projectontwikkelaar voor het verlies van een kans op het sluiten van een winstgevende overeenkomst.¹¹⁴ Wel ligt het voor de hand de omstandigheid dat het om vermogensschade gaat in de sleutel te zetten van de terughoudendheid die de Hoge Raad vooropstelt. In het kader van art. 6:98 BW wordt algemeen aangenomen dat in beginsel overlijdens- en letselschade eerder kan worden toegerekend dan zaakschade, zaakschade eer-

¹⁰⁸ Proportionele aansprakelijkheid daarentegen, is bij de schending van het vereiste van informed consent goed denkbaar, bijv. in de vorm van vergoeding voor het verlies van een kans om anders te beslissen dan men deed. Zie A.J. Akkermans 2002, p. 108.

¹⁰⁹ Hierop wijst ook M.V. Neering, noot bij *Fortis/Bourgonje*, Bb 2011/26 onder 5.

¹¹⁰ *Asser-Vranken, Algemeen deel* ***, hfdst. III (nr. 24-38).

¹¹¹ A.C.W. Pijs, noot bij *Fortis/Bourgonje*, JOR 2011/54 onder 11. Eerder in A.C.W. Pijs 2009, p. 172.

¹¹² Conclusie voor *Fortis/Bourgonje* onder 3.79.

¹¹³ Voor alle duidelijkheid: wij hebben geen bezwaar tegen de beslissingen in de effectenlease-arresten, omdat het csqn-verband daar op legitieme gronden werd aangenomen. Wat naar onze mening niet zuiver is, is het soepel aannemen van csqn-verband, (mede) omdat in een volgende stap de toepassing van art. 6:101 BW de vergaande consequenties daarvan voor de gedaagde nog kan corrigeren, zonder dit in verband te brengen met het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid.

¹¹⁴ HR 13 februari 1981, NJ 1981/456, m.nt. C.J.H. Brunner.

der dan (zuivere) vermogensschade en geleden verlies eerder dan gederfde winst. Bij de beoordeling van de vraag of zich de uitzonderlijke omstandigheden voordoen waarvan volgens *Fortis/Bourgonje* sprake moet zijn om toepassing te geven aan proportionele aansprakelijkheid, kan aangesloten worden bij dezelfde hiërarchie.

11. Conclusies

De stand van zaken in de hier besproken rechtspraak laat zich in grote lijnen samenvatten in de volgende acht punten:

1. Bij causaliteitonzekerheid is steeds de eerst te onderzoeken vraag of er gronden aanwezig zijn om uit te gaan van het bestaan van csqn-verband. Proportionele aansprakelijkheid dient met terughoudendheid te worden toegepast (*Fortis/Bourgonje*), zij is per definitie slechts een secundaire optie. Indien partijen niet over die optie beginnen kan de rechter dat ambtshalve doen, zolang hij maar voldoende waakt voor verrassingsbeslissingen.
2. Er zijn verschillende routes waarlangs men ondanks onzekerheid over het csqn-verband tot het oordeel kan komen dat het bestaan daarvan tot uitgangspunt moet worden genomen. Een daarvan is toepassing van de omkeringsregel. De normatieve grondslag van de omkeringsregel – dat het redelijk kan zijn om uit te gaan van het bestaan van csqn-verband met het oog op de bescherming die de geschonden norm beoogt te bieden (effectieve rechtsbescherming) – kan ook buiten toepassing van de omkeringsregel redengevend zijn om het bestaan van csqn-verband tot uitgangspunt te nemen (effectenlease-arresten en *World Online*).
3. De omkeringsregel is in beginsel niet toepasselijk bij schending van informatie- en waarschuwingplichten die strekken tot voorkoming van vermogensschade. Praktisch gesproken ziet het ernaar uit dat de omkeringsregel alleen nog toepasselijk is bij de schending van verkeers- en veiligheidsnormen. Het arrest *Dicky Trading II* is de facto achterhaald. Het zou een goede zaak zijn wanneer de Hoge Raad openlijk terugkomt op de daarin aangenomen algemene toepasselijkheid van de omkeringsregel.
4. De rechtvaardiging van proportionele aansprakelijkheid is dat het redelijker kan zijn om de onzekerheid over het csqn-verband over partijen te verdelen dan deze volledig voor risico van een van hen te laten komen. De aansprakelijkheidsgrond dient dan wel vast te staan.
5. Of voor toepassing van proportionele aansprakelijkheid aanleiding bestaat dient te worden geanalyseerd aan de hand van de strekking van de geschonden norm, de aard van de normschending en de aard van de schade. Die toepassing is niet beperkt tot bepaalde categorieën van gevallen, maar kan slechts plaatsvinden in uitzonderlijke, van geval tot geval te beoordelen omstandigheden. Bij een rechterlijk oordeel dient van de aanwe-

zigheid daarvan in de motivering verantwoording te worden afgelegd (*Fortis/Bourgonje*).

6. Voor proportionele aansprakelijkheid moet de kans dat csqn-verband bestaat niet zeer klein zijn en ook niet zeer groot (*Nefalit/Karamus*). Voor te kleine kansen dient met name te worden gewaakt met het oog op het gevaar van ongewenste drempelverlaging voor speculatieve claims (*Fortis/Bourgonje*). Vermoedelijk speelt ook de mate waarin het oordeel over de omvang van de betreffende kans mede op objectieve gegevens kan worden gebaseerd hier praktisch gesproken een rol.
7. De context (de strekking van de geschonden norm, de aard van de normschending en de aard van de schade) is bepalend voor de vraag in hoeverre die drempelverlaging daadwerkelijk problematisch kan zijn. In dat verband kan vermoedelijk ook hier, net als bij de omkeringsregel en inhoudelijk daaraan verwante benaderingen, de zorg voor de effectiviteit van de geschonden norm van belang zijn.
8. De benadering waarin soepel met het vereiste van csqn-verband wordt omgegaan, (mede) omdat in de volgende stap toepassing van art. 6:101 BW de consequenties voor de gedaagde kan verzachten, is strikt genomen gewoon een variant van proportionele aansprakelijkheid. Ook hier is het oordeel immers dat het redelijker is om de onzekerheid over het csqn-verband over partijen te verdelen, dan deze onzekerheid volledig voor risico van een van hen te laten komen. Het is zui-verder om dat dan ook openlijk zo te benoemen.

Aan de hand van deze samenvatting kunnen ook de vier in de loop van dit artikel opgeworpen vragen worden beantwoord: 1. De verhouding tussen de omkeringsregel en de beslissingen over het csqn-verband in de teleurgestelde beleggers-uitspraken moet aldus worden begrepen, dat de normatieve grondslag van de omkeringsregel ook buiten toepassing van die regel redengevend kan zijn om het bestaan van csqn-verband tot uitgangspunt te nemen. 2. In de context van teleurgestelde beleggers kan het 'meerdere' (uitgaan van csqn-verband) de facto tóch terughoudender zijn dan het 'mindere' (proportionele aansprakelijkheid), omdat proportionele aansprakelijkheid zou kunnen leiden tot een ongewenste drempelverlaging voor speculatieve claims, terwijl het vasthouden aan het csqn-vereiste de daarin gelegen drempel als zodanig intact laat, maar die drempel alleen, bij wijze van uitgangspunt en behoudens voldoende tegenbewijs, als genomen beschouwt wanneer de zorg voor de effectiviteit van de geschonden norm dat kan rechtvaardigen. Die belangrijke beperking kent het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid (nog) niet. 3. Bij de schending van een informatie-, advies- of waarschuwingplicht die mogelijk tot zuivere vermogensschade heeft geleid, kan inderdaad worden uitgegaan – behoudens tegenbewijs – van het bestaan van csqn-verband wanneer de effectiviteit van de geschonden norm daarom vraagt. Wie dat toepassing van de omkeringsregel noemt haalt zich veel onnodige complicaties op de hals. 4. De tussenoplossing van proportionele aansprakelijkheid lijkt bij dit soort

normschendingen met name een begaanbare weg wanneer het redelijker is om de onzekerheid over het csqn-verband over partijen te verdelen dan deze volledig voor risico van een van hen te laten komen, de kans niet te klein en niet te groot is, er geen gevaar bestaat voor ongewenste drempelverlaging voor speculatieve claims, en er iets van een objectief aanknopingspunt bestaat voor het oordeel over de omvang van de betreffende kans.