

# Opinie

## België in de voorhoede van het causaliteitsdebat: van verlies van kans naar een brede toepassing van proportionele aansprakelijkheid?

*Prof. mr. dr. R. Rijnhout\**

### 1. Inleiding

In België is gestart met een herziening van het Burgerlijk Wetboek. Voor de herziening van het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht zijn een voorontwerp en memorie van toelichting uitgewerkt in 2021. De werkzaamheden gaan echter door, en de ministerraad heeft de teksten nog niet goedgekeurd.<sup>1</sup> Desalniettemin is het interessant om alvast een blik te werpen op het ontwerp tot herziening van het Belgische BW (hierna: Ontwerp). Dit Ontwerp verduidelijkt of herziet ook het causaliteitsvereiste en verhaal in geval van medeaansprakelijkheid. Een van de voor het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht interessante voorstellen betreft de suggestie om expliciet afstand te nemen van het leerstuk verlies van een kans als oplossing via het schadebegrip voor gevallen waarin onzeker is of het resultaat beter zou zijn geweest indien de onrechtmatigheid niet zou hebben plaatsgehad. In plaats daarvan zou het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid uitkomst moesten gaan bieden. Deze opinie heeft als doel de achtergrond van deze voorgestelde wijziging te duiden. Ook wordt het voorstel gedaan om in Nederland de koers ietwat te wijzigen.

### 2. Het Belgische Ontwerp neemt afstand van het leerstuk van verlies van een kans

Het Belgische Ontwerp neemt expliciet afstand van het leerstuk van verlies van een kans als oplossing via het schadebegrip voor gevallen waarin onzeker is of het resultaat beter zou zijn geweest indien de onrechtmatigheid niet zou hebben plaatsgehad. Aansluiting wordt gezocht bij proportionele aansprakelijkheid naar veroorzakingswaarschijnlijkheid (art. 5.168 Ontwerp).<sup>2</sup> De bezwaren tegen het leerstuk van verlies van een kans die het Belgische Ontwerp noemt, hebben met name betrekking op het kunstmatige karakter van de schadepost.<sup>3</sup> Ten eerste is het een kunstgreep om causaliteitsproblemen te omzeilen. Ten tweede bestaat bezwaar tegen de gedachte dat verlies van een kans een autonoom te beschermen belang is, terwijl het risico zich nog niet hoeft te hebben gerealiseerd. Ten derde kan het 'artificiële karakter' van de schade leiden tot een situatie waarin vergoeding wordt gevorderd van zowel de uiteindelijk geleden schade als de verloren kans.<sup>4</sup> In plaats van voor verlies van een kans wordt daarom in het Ontwerp gekozen voor proportionele aansprakelijkheid:

'Het ontwerp voert (...) een rechtstreekse proportionele aansprakelijkheid in, overeenkomstig de waarschijnlijkheid waarmee de tot aansprakelijkheid leidende gebeurtenis de schade heeft veroorzaakt.'<sup>5</sup>

\* Prof. mr. dr. R. Rijnhout is als hoogleraar verbonden aan de Universiteit Utrecht, Ucall Centre for Accountability and Liability Law en het onderzoekscluster Empirical Legal Research into Institutions for Conflict Resolution.

Deze bijdrage is gebaseerd op R. Rijnhout, 'Causaliteit en medeaansprakelijkheid: een reflectie op het Nederlandse aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht en het Belgische ontwerp', te verschijnen in *Tijdschrift voor Privaatrecht*. De uitgewerkte bespiegelingen en andere vergelijkingen zijn daar te vinden.

1 Hierover: Hervorming Burgerlijk Wetboek – Federale overheidsdienst Justitie (belgium.be).

2 Avant-project de Loi/Voorontwerp van Wet 01.09.2019, MvT, p. 132.

3 Avant-project de Loi/Voorontwerp van Wet 01.09.2019, MvT, p. 143.

4 Avant-project de Loi/Voorontwerp van Wet 01.09.2019, MvT, p. 141-142.

5 Avant-project de Loi/Voorontwerp van Wet 01.09.2019, MvT, p. 143.

Niet beoogd wordt om tot een ander resultaat te komen:

‘Het voorgestelde artikel leidt (...) tot dezelfde praktische resultaten als de huidige rechtspraak over het vergoeden van een verlies van een kans. De aansprakelijke moet de schade vergoeden in verhouding tot de waarschijnlijkheid waarmee de tot zijn aansprakelijkheid leidende gebeurtenis de oorzaak was van de schade. Dit geeft normalerwijze dezelfde uitkomst als het vergoeden van de door de benadeelde verloren kans.’<sup>6</sup>

Het Ontwerp rondt daarna de bespreking van het nieuw voorgestelde artikel af, terwijl ik mij kan voorstellen dat een Nederlandse jurist hier enigszins verbaasd achterblijft.

### 3. De Nederlandse koers ook wijzigen

In de afgelopen jaren is in de Nederlandse wetenschappelijke literatuur veel geschreven over het verschil tussen verlies van kans en proportionele aansprakelijkheid. De aanleiding daarvoor is vooral dat het leerstuk proportionele aansprakelijkheid met terughoudendheid moet worden toegepast,<sup>7</sup> terwijl diezelfde terughoudendheid niet hoeft te worden toegepast bij verlies van een kans.<sup>8</sup> Grosso modo kunnen er twee ‘kampen’ worden onderscheiden in de duiding van het verschil. Het ene kamp duidt het verschil zodanig dat er inderdaad een verschil bestaat tussen beide leerstukken.<sup>9</sup> Het andere kamp noemt het maken van een onderscheid op zijn minst discutabel.<sup>10</sup> Klaas-

sen merkt bovendien op dat de ‘verkozen sleutel [waarin zaken worden geplaatst; RR] veelal niet de enige “passende” is en beide sleutels in hoge mate uitwisselbaar zijn’.<sup>11</sup> In lijn met de conclusie van A-G Spier<sup>12</sup> onderkent Klaassen dat het vanuit dat perspectief opmerkelijk is dat verlies van een kans niet, net zoals proportionele aansprakelijkheid, met terughoudendheid hoeft te worden toegepast. Zij vindt het echter wel dogmatisch begrijpelijk, omdat vanwege het bestaan van kansschade geen causaliteitsprobleem meer bestaat.<sup>13</sup> Bij mij rijst wel de vraag of daarmee ook de *rechtvaardiging* voor het verschil in toepassingsvoorwaarden is gegeven.

Voor de opinie ga ik kort zijn: ik vind van niet.<sup>14</sup> Ik volg Akkermans en Van Dijk als zij betogen dat het feit dat er een kans is verloren niet wegneemt dat ‘er causaliteitsonzekerheid blijft bestaan met de *definitieve* schade’.<sup>15</sup> Anders gezegd: er bestaat hoe dan ook onzekerheid die ervoor zorgt dat nooit hardgemaakt kan worden dat tussen de onrechtmatigheid en de uiteindelijke definitieve schade een verband bestaat,<sup>16</sup> of die onzekerheid zich nu voordoet bij de vaststelling van de hypothetische situatie zonder ongeval of bij de vaststelling van het feitelijk causaal verband tussen de normschending en de uitkomst. In geval van verlies van een kans is in mijn beleving geen sprake van een reguliere schadebegrotingsvraag.<sup>17</sup> Dat leidt mij tot de vervolgstap, dat ik niet goed zie waarom de toepassingscriteria zouden moeten verschillen.

Daarmee zou ik zeggen: haal een stukje van het Belgische Ontwerp naar Nederland ...

6 Avant-project de Loi/Voorontwerp van Wet 01.09.2019, MvT, p. 144.

7 HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*), r.o. 3.8.

8 HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenberg (*Deloitte/Hassink*). Zie voor een nuancering, in navolging van Lindenberg (S.D. Lindenberg, noot onder HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237 (*Deloitte/Hassink*), nr. 9), de bijdrage in *TvPr*.

9 J.S. Kortmann, ‘Meervoudige causaliteit. Over alternativiteit bij daders én benadeelden’, in: C.J.M. Klaassen & J.S. Kortmann, *Causaliteitsperikelen* (VASR-reeks), Deventer: Kluwer 2012, p. 51; W.Th. Nuninga, ‘Het recht op een kans’, *NTBR* 2019, p. 51; A.J. Van, ‘Kansschade of proportionele aansprakelijkheid?’, *TVP* 2021, afl. 2, p. 51; R.L.M. Cox, ‘Proportionele aansprakelijkheid versus kansverlies. Tussen dogmatiek en praktijk’, *NTBR* 2016, p. 273; A.G. Castermans & P.W. den Hollander, ‘Omgaan met onzekerheid’, *NTBR* 2013/21, p. 11 (online versie); T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid’, *NJB* 2016, afl. 31, p. 2242; C.J.M. Klaassen, ‘De dader heeft het gedaan, maar wie is de dader? Enkele opmerkingen over (het bewijs bij) causaliteitsonzekerheid’, in: C.J.M. Klaassen & J.S. Kortmann, *Causaliteitsperikelen* (VASR-reeks), Deventer: Kluwer 2012, p. 22. Zie hierover de uitgewerkte versie van deze bijdrage in *TvPr*, over het verschil van duiding tussen deze auteurs.

10 I. Giesen & K. Maes, ‘Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten’, *NTBR* 2014/27, p. 12 (online versie); concl. A-G Spier voor HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, nrs. 3.12-3.13, waardoor hij concludeert dat bij toepassing van verlies van een kans dezelfde terughoudendheid moet worden betracht als bij proportionele aansprakelijkheid (nrs. 3.13-3.14); S.D. Lindenberg, noot onder HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237 (*Deloitte/Hassink*), nr. 9; Akkermans en Van Dijk bij HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *JA* 2013/41, nrs. 4-5; Chr.H. van Dijk, ‘Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven’, *TVP* 2013, p. 62.

11 C.J.M. Klaassen, ‘Kansschade en proportionele aansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad geen zijden van dezelfde medaille’, *AVeS* 2013/14, p. 11 (online versie).

12 Concl. A-G Spier voor HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, nrs. 3.12.1-3.19.

13 Klaassen 2013, p. 11.

14 Voor een uitwerking verwijs ik naar de bijdrage in *TvPr*.

15 Van Dijk 2013, p. 81. Akkermans en Van Dijk bij HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *JA* 2013/41, nr. 13.

16 Tjong Tjin Tai ziet dit anders.

17 Voor een uitwerking verwijs ik naar de bijdrage in *TvPr*.