

Bewijs van causaal verband

Voor het bepalen van causaal verband tussen fout en schade gebruikt de rechter verschillende methoden. Helaas valt vaak niet te voorspellen welke methode de rechter zal toepassen. Bovendien lijken de methoden inwisselbaar. In recente arresten trekt de Hoge Raad duidelijker grenzen tussen de methoden. Daardoor zijn bewijsrisico en dus proceskansen beter in te schatten.

Leonie Rammeloo¹

Het uitgangspunt in het civiele aansprakelijkheidsrecht is dat iemand die een fout maakt alleen dan aansprakelijk is, wanneer die fout schade heeft veroorzaakt. Zonder causaal verband tussen fout en schade is er geen plicht tot vergoeding van schade. De eiser moet doorgaans het causaal verband tussen fout en schade stellen en bewijzen, maar loopt daardoor grote procesrisico's. Vaak is het zonneklaar of een fout schade heeft veroorzaakt, maar dat is niet altijd zo. Om in die minder evidente gevallen de eiser in zijn bewijslast tegemoet te kunnen komen (indien nodig), is in de rechtspraak naar hulpmiddelen gezocht voor beantwoording van de causaliteitsvraag. Daartoe zijn verschillende methoden ontwikkeld. Helaas valt vaak niet te voorspellen welke methode de rechter zal toepassen. Dat bemoeilijkt het vooraf inschatten van proceskansen. In de praktijk gaan eisers daarom voor meerdere ankers liggen, zeker wanneer de methoden inwisselbaar lijken en rechters schijnbaar willekeurig uit het scala kiezen.²

De Hoge Raad (HR) heeft, vooral de afgelopen maanden, in een aantal arresten enige duidelijkheid, en wellicht zelfs ordening, in de verschillende methoden aangebracht. Een overzicht van deze methoden, waarin, achtereenvolgens, de (bewijs)positie van eiser steeds comfortabeler wordt (en die van de foutmaker dus steeds minder).

Rechters kiezen schijnbaar willekeurig uit het scala aan methoden

Artikel 150 Rv

De hoofdregel van artikel 150 Rv bepaalt dat de partij die zich beroept op de rechtsgevolgen van door hem gestelde feiten, de bewijslast van die feiten draagt. Zodoende moet de eiser die iemand aansprakelijk stelt onder andere het door hem gestelde causaal verband bewijzen. Bij toepassing van deze hoofdregel behoudt de rechter de vrijheid om de argumenten van partijen en de onderbouwing daarvan te wegen. Zo mag de rechter bijvoorbeeld bepalen in welke mate van de eiser gevraagd kan worden dat hij zijn stellingen bewijst; soms volstaat het aannemelijk maken van een stelling. Zo ook in het arrest van de HR van 9 november 2012³ in een beroepsaansprakelijkheidskwestie tussen een cliënt en zijn advocaat.

De cliënt verweet zijn advocaat een bepaald verweer niet te hebben gevoerd in de oorspronkelijke – verloren – procedure. In die procedure was de cliënt gedaagde geweest en had daarom een coulant bewijsregime genoten. Maar in deze beroepsaansprakelijkheidszaak was de cliënt eiser en het hof droeg hem op te bewijzen dat de procedure een andere

uitkomst had gehad wanneer het verweer wél was gevoerd. De HR vernietigde die bewijsopdracht, omdat de cliënt in de beroepsaansprakelijkheidsprocedure niet slechter af mag zijn dan in de oorspronkelijke procedure. De cliënt hoefde in de beroepsaansprakelijkheidskwestie slechts aannemelijk te maken (en niet te bewijzen) dat het niet-gevoerde verweer zou hebben geleid tot afwijzing van de oorspronkelijk tegen hem ingestelde vordering.

Ook kan de rechter bepalen dat de eiser wel degelijk het causaal verband moet bewijzen, maar pas wanneer de gedaagde zijn betwisting enigszins heeft onderbouwd. De enkele betwisting volstaat dan niet; op de gedaagde rust een verzwaarde stelplicht. De HR paste deze methode toe in de effectenleasearresten inzake Dexia en Levob⁴, ten aanzien van klanten (eisers) met een eigen vermogen dat op zich toereikend was om in beleggingsproducten te stappen. Deze eisers hoefden pas te bewijzen dat ze op basis van onjuiste informatie over het effectenleaseproduct waren ingestapt (dus dat causaal verband bestond tussen de onjuiste informatie en de restschuld), wanneer Dexia en Levob hun eigen betwisting van het gestelde causaal verband konden onderbouwen.

Verlies van een kans

Een andere van de hoofdregel afwijkende methode betreft 'verlies van een kans' ofwel de 'kansschade-methode'.⁵ Deze

¹ Advocaat bij Van Doorne N.V. te Amsterdam en redactiefid van het *Advocatenblad*.

² Klaassen, Causaliteitsperikelen, Deventer 2012, blz. 2 en Akkermans en Van Dijk, *AVO'S* 2012/17.

³ HR 9 november 2012, LJN: BX0737.

⁴ De effectenleasearresten van HR 5 juni 2009, LJN: BH2815, r.o. 5.5.3 (Dexia) en HR 5 juni 2009, LJN: BH2811, r.o. 4.7.10 (Levob), zie hierna de methode 'aanneme causaal verband' voor klanten zonder toereikend vermogen.

⁵ HR 24 oktober 1997, NJ 1998/257 (Baijings).

methode wordt gebruikt wanneer de fout vaststaat, maar niet duidelijk is welke schade daardoor is veroorzaakt, omdat de schade bestaat uit het verlies van een kans op een beter resultaat. Denk bijvoorbeeld aan de kans op een gewonnen procedure of de kans op een beter onderhandelingsresultaat. In zo'n geval moet de kans op succes (en daarmee het antwoord op de causaliteitsvraag) worden geschat aan de hand van goede en kwade kansen. De niet-gevoerde procedure wordt bij deze methode 'nagespeeld' om aan de hand van de dan blijvende 'goede en kwade kansen' een percentage te bepalen. Aan de hand van dat percentage, afgezet tegen de misgelopen uitkomst, wordt de schade vastgesteld. Blijkt bijvoorbeeld in de 'nagespeelde procedure' dat er 60 procent kans bestond op toewijzing van een vordering van honderd op de wederpartij, dan komt zestig procent van die vordering als schade voor vergoeding in aanmerking, te betalen door bijvoorbeeld de advocaat die deze vordering liet verjaren. Volgens de HR in zijn arrest van 21 december 2012 is deze methode breed inzetbaar. Dit arrest betrof een beroepsaansprakelijkheidszaak tegen een belastingadviseur over een niet bij de Belastingdienst aangevoerd argument.⁶ De HR oordeelde dat het hof terecht de methode van het verlies van een kans had gebruikt. De methode is dus steeds bruikbaar wanneer niet met zekerheid kan worden vastgesteld of de kans op succes zou zijn gerealiseerd als er geen fout was gemaakt.

Proportionele aansprakelijkheid

Anders dan de methode van het verlies van een kans bestaat slechts zelden (gerechtvaardigd) aanleiding voor de methode van de proportionele aansprakelijkheid. Deze komt alleen in beeld wanneer de geleden schade meerdere oorzaken kan hebben, waarvan er één in de risicosfeer van de eiser ligt. Bovendien moet een 'niet zeer kleine kans' bestaan dat de fout schade heeft veroorzaakt. In dat geval dient de

Hoe comfortabel is de bewijspositie van de eiser?

rechter, meestal aan de hand van deskundigenonderzoek, te bepalen in hoeverre elke mogelijke oorzaak (waarvan één dus de fout van gedaagde betreft) de schade heeft veroorzaakt. De methode is ontwikkeld in het arrest Nefalit/Karamus.⁷ Dit betrof een procedure over werkgevers-aansprakelijkheid, waarin onduidelijk was of de longkanker van de werknemer was veroorzaakt door blootstelling aan asbest tijdens zijn werk of door het langjarig rookgedrag van de werknemer. Wat deze methode bijzonder maakt, is dat de rechter een schadebedrag toewijst zonder dat het *conditio sine qua non*-verband kan worden vastgesteld. Nadien is de methode dan ook zeer terughoudend (lees: niet) toegepast. Zo is de methode niet geschikt wanneer de fout bestaat uit schending van waarschuwings- of informatieplichten.⁸

In zijn arrest van 14 december 2012⁹ heeft de HR opnieuw aanleiding gezien voor de proportionele benadering van aansprakelijkheid. Het ging in deze zaak om een baby die met ademhalingsmoeilijkheden ter wereld kwam, bij wie hersenbeschadiging werd gediagnosticeerd en die spastisch is geworden. Tijdens de zwangerschap had de moeder een verkeersongeval gehad. De veroorzaker van het verkeersongeval werd veroordeeld tot vergoeding van 50 procent van de schade van het kind. De HR (voorgelicht door deskundigen) stelde vast dat het aandeel van het verkeersongeluk in het causaal verband tot de hersenbeschadiging van het kind 50 procent bedroeg.

Nadien, in het al genoemde arrest van 21 december 2012,¹⁰ benadrukte de HR nog eens het onderscheid tussen de methode van het verlies van een kans en de methode van de proportionele aansprakelijkheid. Dit in afwijking van de visie van advocaat-generaal mr. Spier in zijn conclusie voor dit arrest, dat geen rechtens relevant verschil bestaat tussen beide methoden, omdat praktisch gesproken de uitkomst van beide exercities dezelfde is. De HR deelt deze visie dus niet.

Omkeringsregel

Al in 1996 is de omkeringsregel¹¹ ontwikkeld, voor gevallen waarin de hoofdregel van artikel 150 Rv tot onbevredigende uitkomsten leidt. Hoewel het bereik van deze regel het afgelopen decennium weer werd ingeperkt, is deze regel toepasbaar wanneer 1) de geschonden norm strekt tot het voorkomen van specifiek gevaar, 2) dat specifieke gevaar zich heeft verwezenlijkt en 3) als enig *conditio sine qua non*-verband bestaat tussen fout en schade. In die gevallen wordt causaal verband aangenomen (behoudens tegenbewijs door gedaagde).¹²

In 2007 heeft de HR expliciet geoordeeld dat de omkeringsregel niet van toepassing is bij schending van informatie- en waarschuwingsplichten.¹³ De gedachte is dat een dergelijke schending niet leidt tot schade, maar tot een instructie of toestemming op basis van onvolledige informatie. Ondergaat iemand bijvoorbeeld een operatie zonder informatie over een complicatie en doet zich die complicatie voor, dan is die het gevolg van de operatie en niet van schending van de informatieplicht. Bovendien acht de HR in een aantal arresten de omkeringsregel vooral van toepassing in gevallen van schending van verkeers- en veilig-

⁶ HR 21 december 2012, LJN: BX7491 (Deloitte/H&H Beheer).

⁷ HR 31 maart 2006, LJN: AU6092 (Nefalit/Karamus).

⁸ HR 24 december 2010, LJN: B01799 (Fortis/Bourgonje).

⁹ HR 14 december 2012, LJN: BX8349 (Nationale-Nederlanden/X c.s.).

¹⁰ HR 21 december 2012, LJN: BX7491 (Deloitte/H&H Beheer).

¹¹ HR 26 januari 1996 (Dicky Trading II).

¹² HR 29 november 2002 (de arresten WFS c.s./NS c.s. en het arrest Gemeente Achtkarspelen) alsmede HR 19 maart 2004 (autopsie) en HR 9 april 2004 (fibromyalgie).

¹³ HR 2 februari 2007, LJN: AZ4564 (Juresta).

heidsnormen.¹⁴ Kennelijk is schending van een verkeers- of veiligheidsnorm zó kwalijk dat de foutmaker in de causaliteitsdiscussie direct op achterstand staat.

De HR heeft op 23 november 2012 in gelijke zin geoordeeld. Een arts was aansprakelijk omdat hij geen hartbewaking had toegepast op de foetus tijdens een bevalling met ruggenprik. Causaal verband tussen die fout en de schade (het hersenletsel van het kind door zuurstoftekort tijdens de bevalling) werd op grond van de omkeringsregel aangenomen. In een cassatiemiddel had de arts nog betoogd dat de omkeringsregel alleen van toepassing is als de normschending de kans op schade heeft vergroot en dat daar in zijn geval geen sprake van was. Maar de HR oordeelde dat het hof de omkeringsregel correct had toegepast, (ook) omdat vergroting van de kans niet nodig is.

Aanname van causaal verband

De laatste methode betreft de mogelijkheid voor de rechter om aan te nemen dat causaal verband bestaat tussen fout en schade. Zo nam de HR op 5 juni 2009¹⁵ causaal verband aan tussen de schending van informatieplichten door Dexia en Levob jegens hun klanten, die (zonder dat zij over toereikend vermogen beschikten), aandelenleaseproducten hadden gekocht. De schade van de klanten (de ingelede gelden en betaalde

Uit natuurwetenschappelijk oogpunt zullen sommige methoden als ‘lapmiddelen’ worden beschouwd

rente) gold als schade door schending van de informatieplicht. Ook in het World Online-arrest van 27 november 2009¹⁶ nam de HR causaal verband aan tussen de onjuistheid in het prospectus voor de beursgang van World Online en de door de beleggers geleden koersschade. Deze arresten zijn opvallend, omdat ze de eisers volledig ontslaan van hun verplichting het bestaan van causaal verband te bewijzen. Dit terwijl de fout bestaat uit schending van informatieplichten. Voor die categorie van fouten kunnen juist niet de – minder vergaande – methoden van proportionele aansprakelijkheid en de omkeringsregel worden gebruikt.

Deze meest vergaande methode van aanname van causaal verband (zoals in de Dexia-, Levob- en World Online-arresten) is dan ook alleen bruikbaar wanneer daarmee een uniforme beoordeling van een groot aantal geschillen wordt bereikt (zoals in de effectenleasezaken) én wanneer de effectieve rechtsbescherming in het geding is. Ten aanzien van dit laatste

overwoog de HR in de World Online-zaak dat de (Europese) prospectusrichtlijn een papieren tijger zou worden als de belegger (als eiser) zou moeten bewijzen dat hij op basis van het prospectus tot aankoop van aandelen was overgegaan. Om te voorkomen dat de bescherming die deze richtlijn beleggers beoogt te bieden illusoir wordt, mogen geen strenge eisen worden gesteld aan het bewijs van causaal verband door beleggers. De ratio voor deze methode – effectieve rechtsbescherming in combinatie met een uniforme beoordeling van een groot aantal geschillen – maakt dat deze methode slechts spaarzaam wordt toegepast.

Causaliteitsvragen moeten worden beantwoord met de ‘wegdenkoefening’: wat zou er zijn gebeurd als de fout niet was gemaakt? Dat zou eigenlijk moeten neerkomen op een natuurwetenschappelijke benadering van de relatie tussen oorzaak en gevolg. Maar in een aansprakelijkheidsprocedure wordt de causaliteitsvraag beantwoord volgens de ‘regels’ van het civiele proces. Daarin is waarheidsvinding niet het doel; een partij hoeft zijn stelling alleen te bewijzen wanneer de andere partij die betwist. Door deze benadering in het civiele proces kan het natuurwetenschappelijke karakter van de causaliteitsvraag in het gedrang komen. Uit natuurwetenschappelijk oogpunt zullen sommige methoden daarom als ‘lapmiddelen’ worden beschouwd. Lapmiddelen of niet, voor de praktijk is het goed dat de HR duidelijker grenzen heeft getrokken tussen de verschillende methoden.

¹⁴ HR 8 april 2005, LJN: AR8876 (Aydin/Winterthur), HR 25 november 2005, LJN: AU4042 (Skeeler), HR 18 december 2008, LJN: BG1890 (Smeets/Heerlen).

¹⁵ HR 5 juni 2009, LJN: BH2815 (Dexia) en HR 5 juni 2009, LJN: BH2811 (Levob).

¹⁶ HR 27 november 2009, LJN: BH2162 (World Online).

(advertenties)

TOGA
atelier

S c h o u t

Kwaliteit met oog voor detail



www.toga-atelierschout.nl
info@toga-atelierschout.nl



Industrieweg 51
3044 AS Rotterdam
Tel.: 010 245 07 66
di t/m vr 9:00 - 17:30

Ambitieuze, jonge juriste zoekt uitdagende baan

Bij voorkeur als adv.-stagiaire
(klein/middelgroot kantoor).

Veelzijdig c.v., recent afgestudeerd
(master gezondheidsrecht, master strafrecht).

Opleidingskosten en buitenpatronaat
bespreekbaar.

ADVOCAATSTAGIAIRE@OUTLOOK.COM