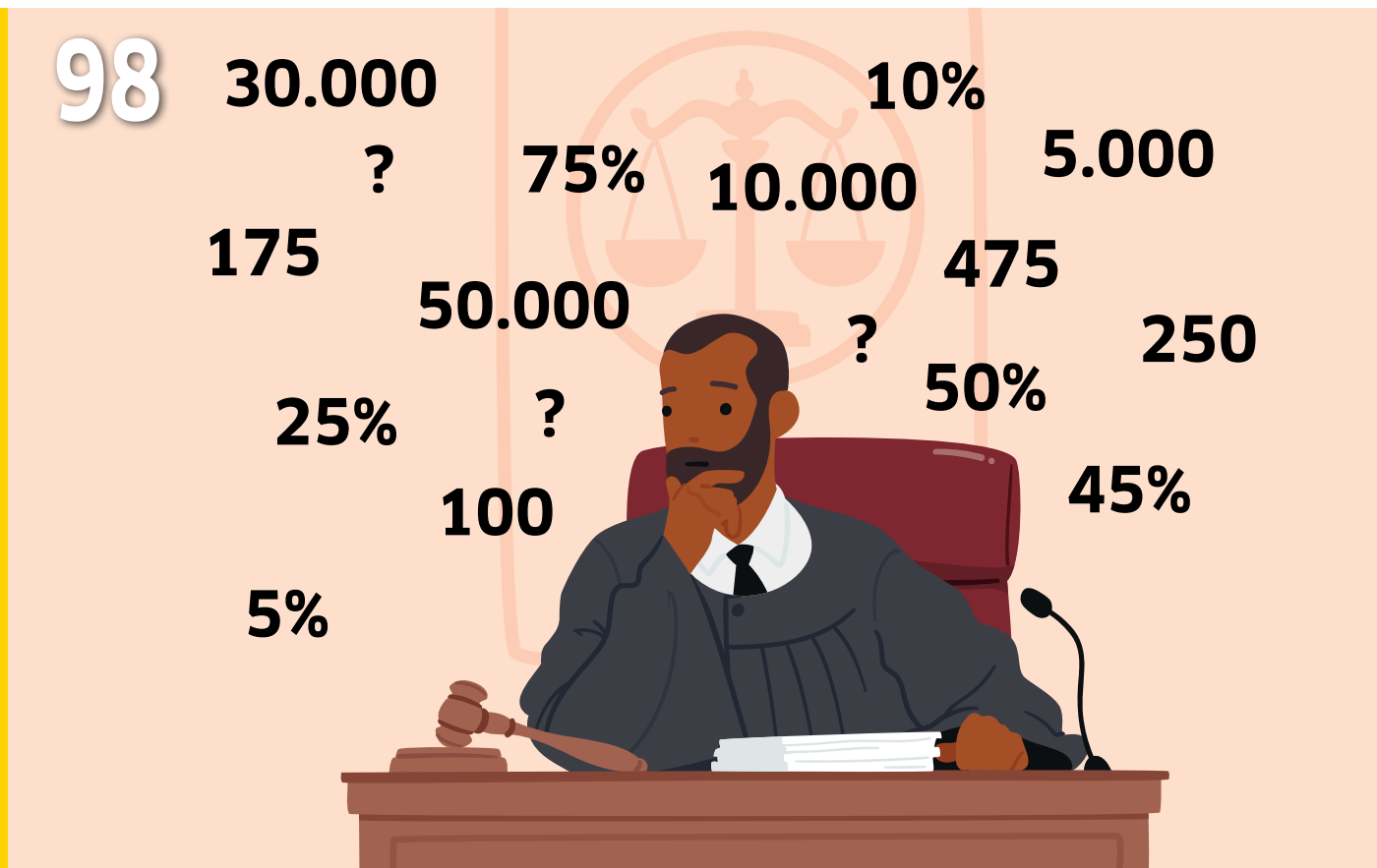


Prof. mr. A.J. Verheij *



* Hoogleraar privaatrecht, in het bijzonder het verbintenissenrecht Rijksuniversiteit Groningen. Hoofdredacteur Verkeersrecht.

1. Inleiding

De Hoge Raad maakt onderscheid tussen de leerstukken kansschade en proportionele aansprakelijkheid. Over dit onderscheid is zeer veel geschreven. Grofweg zijn er twee benaderingen: sommige auteurs stellen dat beide leerstukken twee kanten van dezelfde medaille zijn, terwijl anderen betogen dat het om twee afzonderlijke leerstukken gaat. Onderstaand bespreek ik ter duiding van het al dan niet bestaande verschil tussen proportionele aansprakelijkheid en kansschade achtereenvolgens vier opvattingen van vijf auteurs die herhaaldelijk over dit onderwerp hebben geschreven en een duidelijk gearticuleerde visie hebben: Tjong Tjin Tai, Nuninga, Kortmann en Van & Wijne. De literatuur is zo overvloedig dat niet iedere auteur die over dit onderwerp heeft geschreven kan worden behandeld. Het accent ligt op de vraag wat kansschade precies is, want dat is mijns inziens de kern van de zaak. Pas als duidelijk is wat kansschade is, valt de verhouding tot de proportionele aansprakelijkheid te bepalen. Centraal staat dus de visie van auteurs die kansschade als iets zelfstandigs zien. De opbouw van deze bijdrage is als volgt. Allereerst komt de recht-

spraak van de Hoge Raad aan bod (paragraaf 2). Daarna wordt uiteengezet waarom de contouren van het leerstuk van de kansschade niet helder zijn (paragraaf 3). Vervolgens komen in paragraaf 4 vier opvattingen over kansschade aan de orde. Paragraaf 5 gaat bij wijze van afronding in op de verhouding tussen kansen en de werkelijkheid.

2. Rechtspraak van de Hoge Raad

De Hoge Raad onderscheidt tussen proportionele aansprakelijkheid en kansschade zonder daarbij overigens de visie van één bepaalde auteur te omarmen.¹⁾ Het verschil bestaat volgens de Hoge Raad daarin dat bij kansschade geen uitzondering wordt gemaakt op het *condicio sine qua non*-verband (hierna: csqn-verband), terwijl dit bij proportionele aansprakelijkheid wel gebeurt.²⁾ Daarom is bij toepassing van dit laatste leerstuk terughoudendheid geboden, terwijl dit geen vereiste is bij kansschade.³⁾ De Hoge Raad vereist voor vergoeding van kansschade dat de kans niet zeer groot of zeer klein mag zijn. In het eerste geval dient de eiser zijn schade volledig vergoed te krijgen, in het tweede geval moet zijn vordering volledig worden afgewezen. In r.o. 5.1 van het *Srebrenica*-arrest overweegt hij echter dat aan de mannelijke vluchtelingen op onrechtmatige wijze de kans onthouden was om uit handen van de Bosnische Serven te blijven.⁴⁾ Deze kans acht de Hoge Raad 'weliswaar klein maar niet verwaarloosbaar' en vervolgens schat hij die kans zonder motivatie op 10%, zodat hun nabestaanden 10% van hun schade vergoed krijgen. 'Niet verwaarloosbaar' klinkt als een zeer geringe kans en ook 10% is geen heel grote kans. Wordt de (zeer) geringe overlevingskans hier misschien 'gecompenseerd' door de aard van de schade (overlijdensschade) en de aard van de geschonden norm (veiligheidsnorm)? In dat geval heeft de Hoge Raad gezichtspunten tegen elkaar afgewogen zoals bij art. 6:98 BW gebruikelijk is. Dat is aan de orde bij proportionele aansprakelijkheid, maar niet bij kansschade. Aldus bezien zou het eerder door de Hoge Raad gemaakte onderscheid tussen beide leerstukken worden ondergraven in de *Srebrenica*-uitspraak.

3. Waarom kansschade als afzonderlijke rechtsfiguur problematisch is

Indien bij kansschade de verloren kans zelf

als schade wordt beschouwd, is kansschade geen problematische figuur. Kansschade is dan gewoon een bepaald soort schade die kan worden vergoed als verder aan alle andere vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan. Dat het niet zo eenvoudig ligt, komt doordat de Hoge Raad – als gezegd – als vereiste voor vergoeding van kansschade stelt dat de kans niet zeer groot of zeer klein mag zijn. Dit vereiste doet twijfelen over wat er bij vergoeding van kansschade nu werkelijk gebeurt. Naar Nederlands recht bestaat immers geen vereiste dat inhoudt dat vermogensschade pas wordt vergoed indien zij een bepaalde drempelwaarde overstijgt.⁵⁾ Iemand die € 5 schade lijdt, heeft recht op vergoeding daarvan. Als bij vergoeding van kansschade de verloren kans *zelf* de schade is, dan dient zij als zodanig, nadat zij op geld is gewaardeerd, te worden vergoed, ongeacht hoe groot of hoe klein zij is. Maar de Hoge Raad acht de omvang van de kans dus wel relevant en daarmee komen kansschade en proportionele aansprakelijkheid in elkaars vaarwater. Sieburgh signaleert dat ook waar zij schrijft: "Het aannemen van aansprakelijkheid door het verlies van een kans als schade te verstaan (...) impliceert derhalve een relativering van het vereiste van *condicio sine qua non*-verband."⁶⁾

4. Vier opvattingen over kansschade

4.1. Kansschade betreft onzekerheid over het hypothetisch causaal verband

Tjong Tjin Tai wijst erop dat het begrip schade in verschillende betekenissen wordt gebruikt.⁷⁾ Onder de paraplu van dit begrip gaan volgens hem twee dingen schuil: het 'schadegebeuren' (bijvoorbeeld het verkeersongeval) en de daaruit voortvloeiende schade (in de zin van concrete schadeposten zoals bijvoorbeeld gederfde inkomsten). Om recht op schadevergoeding te hebben dient zowel een causaal verband te bestaan tussen de normschending en het schadegebeuren

Bij kansschade wordt geen uitzondering gemaakt op het csqn-verband.

1. Sinds HR 21 december 2012, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenberg (B/Deloitte).
2. R.o. 3.5.3 van het in de vorige noot genoemde arrest.
3. T. Hartlief, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, SBR, Deventer: Wolters Kluwer 2021, nr. 201a, p. 264 betwijfelt of dit wel echt een verschil is, omdat bij kansschade als vereiste geldt dat de kans niet zeer klein mag zijn, hetgeen een zekere terughoudendheid lijkt te impliceren.
4. HR 9 juli 2019, *NJ* 2019/356, m.nt. C.M.J. Ryngaert en J. Spier.
5. Bij immateriële schade is er wel een drempel, zie art. 6:106 BW.
6. Asser/Sieburgh 6-II, nr. 80a.
7. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Schade, causaliteit en schadebegroting', *WPNR* 2016/7108, p. 383-387 en *NJB* 2016/1606.

Duidt het begrip kans op een 'kans op' of een 'kans dat'?

als een causaal verband tussen het schadegebeuren en de schade. Bij proportionele aansprakelijkheid is het eerste causaal verband onzeker; bij kansschade is alleen het tweede causaal verband onzeker.

In de casus die aan Nefalit/Karamus⁸⁾ ten grondslag lag, was niet duidelijk of de normschending, bestaande uit de blootstelling van de werknemer aan asbest, wel had geleid tot een schadegebeuren, hier gezondheidsschade. In een typisch geval van kansschade (zoals het niet ingestelde appel) is er wel causaal verband tussen normschending en schadegebeuren (hier: de verloren kans).

Vooropgesteld zij dat het onderscheid tussen schadegebeuren en schade conceptueel verhelderend is. In de praktijk valt het echt niet altijd goed te maken, zoals Tjong Tjin Tai zelf ook uitdrukkelijk aangeeft. Daarbij komt dat het begrip 'schadegebeuren' niet op voorhand duidelijk is en interpretatie behoeft. Verdedigbaar is dat in de casus van Nefalit/Karamus de inbreuk op de fysieke integriteit van de werknemer door de blootstelling als schadegebeuren wordt gezien. In deze interpretatie bestaat ook in die casus causaal verband tussen normschending en schadegebeuren. Deze casus onderscheidt zich dan niet meer van een geval waarin een kans is verloren.

4.2. *Kansschade betreft het verloren recht op een kans*

Nuninga wijst op het feit dat het begrip 'kans' onduidelijk is.⁹⁾ Enerzijds kan bedoeld zijn een 'kans op', bijvoorbeeld in de zin dat een atleet een bepaalde kans heeft om een wedstrijd te winnen. Dan kijkt men vooruit. Anderzijds kan ook worden teruggekeken. Er is dan sprake van een 'kans dat'. De vraag is dan: wat is de kans dat een bepaalde oorzaak de reden was dat een atleet de wedstrijd niet heeft gewonnen? Men kijkt dan terug en dan is sprake van veroorzakingswaarschijnlijkheid. Alleen in het eerste geval is volgens Nuninga sprake van kansverlies en daarmee van kansschade. Bij kansschade bestaat de schade uit de verloren kans zelf. Vergoeding van kansschade komt alleen maar aan de orde als de benadeelde ook recht had op de verloren kans. In zijn benadering worden de volgende drie situaties op dezelfde wijze opgelost.¹⁰⁾

1. A doet aan een hardlooppwedstrijd mee. Zij heeft 25% kans om te winnen. De eerste prijs is € 1.000. Als A door B wordt opgesloten zodat zij niet aan de wedstrijd kan meedoen, is de verloren kans en daarmee de kansschade waarvoor B jegens A aansprakelijk is € 250.
2. Idem als bij 1, met dit verschil dat A nu 40% kans heeft om te winnen, maar doordat zij door B wordt opgesloten met 30 seconden vertraging start waardoor haar kans om te winnen daalt tot 15%. A

wint de wedstrijd vervolgens niet. Hier begroot Nuninga de schade van A door de kans vóór de onrechtmatige daad van 40% te verminderen met de kans na de onrechtmatige daad: $40\% - 15\% = 25\%$. Dus ook hier heeft A recht op vergoeding van € 250.

3. Idem als bij 2, met dit verschil dat A de wedstrijd nu wel wint en daarmee € 1.000 rijker is. Volgens Nuninga dient de verloren kans echter zelfstandig als kansschade te worden vergoed. A kan jegens B dus aanspraak maken op vergoeding van € 250.

Schadevergoeding toekennen voor de kansreductie in voorbeeld 3 acht ik onjuist, aangezien het recht op de kans niet gewichtig genoeg is. Denk ter vergelijking aan schending van het *informed consent* door een arts. Deze schending valt als schade te zien omdat sprake is van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt en daarmee van een persoonsaantasting in de zin van art. 6:106 sub b BW. Als door de medische ingreep gezondheidsschade ontstaat en vaststaat dat de patiënt bij juiste voorlichting geen toestemming zou hebben gegeven voor de ingreep, dan bestaat ook aansprakelijkheid voor de gevolgschade. Beide schadeposten kunnen naast elkaar bestaan. Dat ligt echter anders bij de gevallen die Nuninga bespreekt. Het recht op een kans is in die gevallen van een andere orde dan het zelfbeschikkingsrecht dat aan het *informed consent* ten grondslag ligt. Dat een ernstige inbreuk op een dergelijk fundamenteel recht als zodanig als schade wordt beschouwd, is begrijpelijk. Het contractuele recht op een kans waar Nuninga het over heeft, is niet fundamenteel en verdient derhalve geen afzonderlijke waardering. B heeft in voorbeeld 3 dus geluk, zijn gedrag is zeker onrechtmatig, maar omdat A de wedstrijd wint, lijdt zij geen schade.

Voor bespreking van voorbeeld 2 dienen we in te gaan op de visie van Van en Wijne.

4.3. *Onderscheid tussen verloren kans vooraf en veroorzakingswaarschijnlijkheid achteraf*

Van en Wijne beoordelen voorbeeld 1 hetzelfde als Nuninga, maar oordelen anders over voorbeeld 2.¹¹⁾ Als, zoals in voorbeeld 2, de wedstrijd al is gelopen, is het volgens hen zaak om te bepalen wat het attributieve risico is, dat wil zeggen: wat is de waarschijnlijkheid dat het verlies van de wedstrijd door A valt toe te schrijven aan de onrechtmatige daad van B? Het gaat hen dus om de veroorzakingswaarschijnlijkheid en niet om de kansreductie. De daartoe geëigende berekening is dezelfde als de berekening die bij proportionele aansprakelijkheid wordt gehanteerd. Gevallen van kansreductie (waarvan sprake is in voorbeeld 2) waarin de kans dus is 'uitgevoerd' (de wedstrijd is uitgelopen of

8. HR 31 maart 2006, NJ 2011/250, m.nt. Tjong Tjin Tai.

9. W.Th. Nuninga, Het recht op een kans, NTBR 2019/8.

10. W.Th. Nuninga, Het recht op een kans, NTBR 2019/8, par. 4.2.2.

11. A.J. Van en R.P. Wijne, 'Lies, damned lies, and statistics', TVP 2012, nr. 1, p. 16-24.

de operatie is uitgevoerd), beschouwen zij dus niet als kansschade.

De vraag is welke benadering de sterkste papieren heeft. Ik meen die van Van en Wijne. Reden hiervoor is dat Nuninga de schade begroot op basis van de marktwaarde van de kans, maar dat lijkt een vreemde maatstaf op het moment dat de kans is 'uitgevoerd'. Drie voorbeelden ter toelichting.

Situatie 1

A en B spreken af dat A een knikker uit een doos met vijf knikkers mag pakken. Vier van de knikkers in de doos zijn wit en één knikker is rood. Om een knikker te pakken moet A zijn hand in een gat in de bovenkant van de doos steken, zodat hij niet kan zien welke kleur de knikker heeft die hij pakt. Als A de rode knikker pakt, dan ontvangt hij € 100 van B; als hij een witte knikker pakt, ontvangt hij niets.

Wat is hier de financiële waarde van A's recht om een knikker te pakken? Antwoord: $1/5$ (20%) van € 100 = € 20. Dat is de (rationele) marktwaarde van A's recht om een knikker te pakken.

Situatie 2

B houdt zich niet aan de afspraak met A doordat hij vijf extra witte knikkers in de doos stopt (zodat er één rode en negen witte knikkers in de doos zitten).

Wat is nu de kans dat A de rode knikker pakt? Antwoord: $1/10$ dus 10%. Het kansverlies van A t.o.v. situatie 1 is A's kans in situatie 1 minus A's kans in situatie 2 (20% kans – 10% kans = 10%). De marktwaarde van het recht van A om een knikker te pakken in situatie 1 was € 20 en de marktwaarde is nu gedaald tot € 10. De schade van A bestaat uit het verschil, dus uit € 10.

Situatie 3

B houdt zich niet aan de afspraak met A op de wijze genoemd in situatie 2, maar nu pakt A een knikker. Als hij zijn hand opent, blijkt hij een rode knikker te hebben gepakt.

Volgens Nuninga is het kansverlies van A hier hetzelfde als in situatie 2. De schade kwam toen neer op de verminderde marktwaarde van de kans. In situatie 3 heeft A de knikker echter gepakt zodat het recht om een knikker te pakken geen marktwaarde meer heeft. Waarom moet de schade van A dan toch op die manier worden berekend? De benadering van Van en Wijne lijkt mij juister dan van Nuninga.

4.4. Kansschade betreft geen onzekerheden

Kortmann onderscheidt tussen kansen en onzekerheden aan de hand van een kaartspel.¹²⁾ Hij stelt dat *voordat* een kaart uit een kaart-

spel van 52 kaarten wordt getrokken de kans om hartenaas te trekken $1/52$ bedraagt. *Nadat* een kaart is getrokken dient volgens hem niet meer van een kans, maar van een onzekerheid te worden gesproken, kennelijk omdat de kaart *kán* worden omgedraaid. Het klopt dat *als* de kaart wordt omgedraaid zekerheid ontstaat zodat van kansen geen sprake meer is. Zolang de kaart echter *niet* wordt omgedraaid, is en blijft de kans op een hartenaas echter $1/52$. Een voorbeeld ter illustratie.

A mag een knikker uit doos 1 nemen.

Daarin bevinden zich 1 rode en 4 witte knikkers. Indien A de rode knikker pakt, krijgt hij € 100. A moet tegelijkertijd met zijn andere hand een knikker uit doos 2 pakken. Daarin bevinden zich 1 rode en 9 witte knikkers. Ook hier krijgt A € 100 indien hij de rode knikker pakt. Om de knikkers te pakken, moet A zijn handen door een gat in de beide dozen steken zodat hij niet kan zien wat voor knikkers hij pakt. Volgens de regels van dit spel moet A met zijn linkerhand een knikker uit doos 1 pakken en met zijn rechterhand een knikker uit doos 2. A mag zijn beide handen niet openen zodat onbekend is wat de kleur is van de knikkers die hij heeft gepakt. Vervolgens moet A kiezen welke hand hij opent en die keuze bepaalt of hij wint of verliest. Als A u om advies vraagt welke hand hij moet openen, wat zegt u dan? Hoogstwaarschijnlijk adviseert u A dan om zijn linkerhand te openen, want daar is de kans op een rode knikker $1/5$, terwijl bij de rechterhand met de knikker uit doos 2 de kans op een rode knikker slechts $1/10$ is.

Bepalend voor de kans is dus niet of de hand met daarin de knikker kan worden geopend of dat (in het voorbeeld van Kortmann) de getrokken kaart kan worden omgedraaid. Op zich is het niet verkeerd om na het pakken van de knikkers of het trekken van een kaart van een onzekerheid spreken, maar voor de berekening van de kans maakt het geen verschil.

5. Kansen en de werkelijkheid

De kans dat A met een dobbelsteen een 1 gooit, is $1/6$ maar dat betekent niet dat als A 60 keer met de dobbelsteen gooit hij gegaandeerd 10 keer een 1 zal gooien. Sterker nog, het valt niet uit te sluiten dat als hij 1.000 keer met de dobbelsteen gooit, hij nooit een 1 gooit.¹³⁾ Zeker, dat is allemaal niet waarschijnlijk, maar een kans van $1/6$ is en blijft een kans.

De verhouding tussen kans en werkelijkheid is dus vrij los en dat geldt daarmee ook voor vergoeding van kansen.

De verhouding tussen kans en werkelijkheid is vrij los.

12. J.S. Kortmann, *Meervoudige causaliteit; Over alternativiteit bij daders én benadeelden*, Preadvies VASR 2012, par. 4.2.

13. De kwestie in hoeverre daadwerkelijke uitkomsten de onderliggende kansen weerspiegelen, is ingewikkeld en gaat het bestek van dit artikel te buiten. Een geïnteresseerde lezer wordt verwezen naar hoofdstuk 5 van L. Mlodinov, *De dronkemanswandeling. Hoe toeval ons leven bepaalt*, Amsterdam: Uitgeverij Nieuwezijs 2008.

Het onderscheid tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid is geen kwestie van zuivere logica.

A en B spreken af dat A een knikker uit een doos met vijf knikkers mag pakken. Vier van de knikkers in de doos zijn wit en één knikker is rood. Om een knikker te pakken, moet A zijn hand in een gat in de bovenkant van de doos steken, zodat hij niet kan zien welke kleur de knikker heeft die hij pakt. Als A de rode knikker pakt, dan ontvangt hij € 100 van B; als hij een witte knikker pakt, ontvangt hij niets.

Hiervoor is gezegd dat de marktwaarde van A's recht om een knikker te pakken € 20 is. ($1/5$ van € 100 = € 20). Zeker is echter dat als A zijn recht aan C verkoopt, C zijn investering nooit precies terugkrijgt: of hij pakt een witte knikker en dan heeft hij € 20 verloren, of hij pakt de rode knikker en dan heeft hij een winst van € 80 behaald. Er bestaat echter geen scenario waarin C precies € 20 wint en dus op nul uitkomt. Dat betekent dat bepaling van de waarde van de kans op € 20 geen hard gegeven is. Een waarde van € 20 klinkt logisch, maar er zijn omstandigheden denkbaar waarin die waarde verandert, bijvoorbeeld in het geval dat A heel dringend € 10 nodig heeft, omdat hij anders in ernstige problemen komt. A zal dan bereid zijn om zijn recht de knikker te pakken voor slechts € 10 aan C te verkopen.

De waarde van het recht om een knikker te pakken hangt ook af van waar in een concreet geval de knikker voor staat. Als de rode knikker voor C's leven staat, dan zal C (als hij niet levensmoe is tenminste) bereid zijn om ieder bedrag te betalen en daarbij maakt het niet uit of de kans een rode knikker te pakken $1/5$ is of $1/1.000$. Mensen klampen zich wanhopig aan de laatste strohalm vast juist omdat het de laatste strohalm is. Dit speelde in de *Srebrenica*-uitspraak. De ontnomen kans om te overleven was misschien heel klein, maar voor betrokkenen was die kans alles waard. Daarvoor een vergoeding toekennen, is te begrijpen en respecteert het recht van mensen om aan hun eigen leven waarde toe te kennen. Hoewel het in het *Srebrenica*-arrest strikt genomen om een verloren kans ging, heeft de Hoge Raad waarschijnlijk vergoeding toegekend vanwege de veiligheidsnorm die mede strekte ter directe bescherming van mensenlevens, zoals ook A-G Snijders in nr. 3.31 zijn conclusie voor een ander arrest stelde.¹⁴⁾ In die lezing heeft de Hoge Raad dus – net als bij proportionele aansprakelijkheid – een beslissing genomen aan de hand van gezichtspunten. Dat zou betekenen dat het onderscheid tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid geen kwestie van zuivere logica is, maar dat het een normatieve keuze is welk van beide benaderingen wordt toegepast.

14. HR 14 oktober 2022, NJ 2024/198, m.nt. A.J. Verheij.