

Jurisprudentie

Kansschade: een bewogen leerstuk

*HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223 en Rb.
Den Haag 8 januari 2020, ECLI:NL:RBDHA:2020:4*

Inleiding

Dezer dagen wordt in diverse media stilgestaan bij de tragische gebeurtenissen rond de val van de moslimenclave Srebrenica, op 11 juli 1995, nu 25 jaar geleden. De welhaast onbevattelijke gruwelijkheden van toen houden ook thans nog de gemoederen bezig. Ook in rechte hebben zij hun nasleep. Zo boog de Hoge Raad zich onlangs over de vraag naar de aansprakelijkheid van Nederland voor het optreden van Dutchbat, de aldaar in het kader van de vredesmissie, ten tijde van dit drama, gestationeerde – onder commando van de Verenigde Naties (hierna: VN) gestelde – Nederlandse Luchtmobiele Brigade. Naar het oordeel van de Hoge Raad in zijn arrest van 19 juli 2019¹ handelde de Staat onrechtmatig door de op de compound aanwezige mannelijke vluchtelingen niet de keuze te bieden aldaar te blijven, waarmee hij hun een kans van 10% onthield om niet te worden blootgesteld aan onmenselijke behandeling en executies. Op verzoek van de redactie concentreer ik mij bij mijn bespreking van deze uitspraak op de door de Hoge Raad aangenomen kansschade en besteed ik hierbij ook aandacht aan een recent vonnis van de rechtbank Den Haag, waarmee een einde kwam aan een rechtsstrijd over de Faro-ramp, het droevige vliegtuigongeluk van 21 december 1992. Ook hier gaat de Staat niet vrijuit; hij dient 20% te betalen van de eerder onvergoed gebleven schade. Voor een goed begrip van beide uitspraken is het noodzakelijk eerst kort in te gaan op de achtergrond van beide procedures, en het leerstuk van het verlies van een kans met enkele woorden in te kaderen.

Achtergrond Srebrenica-zaak

Centraal staan gebeurtenissen in 1995 bij de val van Srebrenica. De Stichting Mothers of Srebrenica (hierna: de Stichting) spreekt samen met enkele individuele eisers de Nederlandse Staat aan op grond van een onrechtmatige overheidsdaad voor het optreden van Dutchbat. Toerekening van de handelwijze van Dutchbat (of beter: een nalaten om de redelijkerwijs van haar te verwachten maatregelen te treffen) vindt plaats niet nu zij een orgaan is van de Staat, maar indien en voor zover de Staat ‘effective control’ uitoefende over Dutchbat in de zin van artikel 7 DARIO (Draft Articles on the Responsibility of

International Organizations van 2011);² van organieke toerekening is geen sprake. Het hier te bespreken arrest valt niet geheel los te zien van eerdere in verband met de val van de moslimenclave door de Hoge Raad gewezen uitspraken. In de eerste plaats is dit het arrest van 13 april 2012,³ waarin de Hoge Raad de immuniteit van jurisdictie van de Verenigde Naties bevestigde. Naar het Europees Hof voor de Rechten van de Mens (hierna: EHRM) in zijn uitspraak van 11 juni 2013⁴ uitmaakte, levert die immuniteit geen schending op van artikel 6 EVRM. In de tweede plaats betreft dit de arresten van 6 september 2013.⁵ De Hoge Raad nam hier de mogelijkheid van *dual attribution* aan, toerekening aan zowel de internationale organisatie als aan de Staat. Hij achtte de Staat in deze uitspraken aansprakelijk tegenover familieleden van twee destijds op de compound aanwezige, door Dutchbat – ondanks bekendheid met de voor hen aan evacuatie verbonden risico’s – weggestuurde personen. Daarnaast verdient hier ook de strafrechtelijke berechting door het Joegoslavië Tribunaal van enkele daders van de omstreeks 11 juli 1995 gepleegde gruwelijkheden aandacht, onder wie Mladic en Karadzic.

De feiten staan menigeen nog in het geheugen gegrift. Ik licht er (voor een goed begrip van het arrest van de Hoge Raad) hier een paar uit.

Srebrenica was slechts een van de in het oosten van Bosnië-Herzegovina gestichte moslimenclaves, nadat in (dit deel van) de voormalige socialistische federale republiek Joegoslavië in 1992 gevechten waren uitgebroken. Begin 1993 raakte Srebrenica enige tijd omsingeld, en geïsoleerd. Bosnische Serven hielden hulpkonvooien van UNHCR tegen en beschoten helikopters. In Srebrenica ontstond een humanitaire noodsituatie, met een tekort aan water, voedsel, elektriciteit en medicijnen. Op 14 maart 1993 zegde de toenmalig commandant van UNPROFOR, een Franse generaal, de Bosnische moslims bescherming toe. In april en mei 1993 werden demilitariseringsovereenkomsten gesloten, uit hoofde waarvan in de enclave de wapens moesten worden ingeleverd. De Bosnische Ser-

2. In de arresten HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228 en ECLI:NL:HR:2013:BZ9225 heeft de Hoge Raad in r.o. 3.7 geoordeeld dat voor de vaststelling van de in het ongeschreven internationaal recht ontwikkelde regels die bepalen onder welke voorwaarden gedragingen kunnen worden toegerekend aan een staat respectievelijk een internationale organisatie, kan worden aangesloten bij twee door de International Law Commission (ILC) van de VN opgestelde regelingen: de Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts van 2001 (hierna: DARS) en de Draft Articles on the Responsibility of International Organizations van 2011 (hierna: DARIO). Zie over *dual attribution* verder onder meer r.o. 3.11-3.12 van deze arresten.

3. HR 13 april 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1999.

4. EHRM 11 juni 2013, ECLI:NL:XX:2013:260.

5. HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9228 en ECLI:NL:HR:2013:BZ9225.

1. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356.

ven zouden op hun beurt hun zware wapens terugtrekken. Op 3 maart 1994 loste Dutchbat het in Srebrenica gestationeerde Canadese regiment af. Zij werd onder bevel geplaatst van de VN en fungeerde als contingent van UNPROFOR. Het hoofdkwartier van Dutchbat bevond zich op een verlaten fabrieksterrein in Potocari, in dit geding aangeduid als 'de compound'. Dutchbat werd aangestuurd via de bevelslijn van UNPROFOR. Niet lang na de totstandkoming van de vredesmissie waaraan Nederland deelnam, begonnen Bosnische Serven de toevoer van goederen aan Srebrenica te verhinderen. Nadat de NAVO met luchtaanvallen doelen rond Srebrenica had bestookt, namen Bosnische Serven honderden UNPROFOR-militairen gevangen om met hen als gijzelaars verdere aanvallen te voorkomen. Op 28 mei 1995 namen Bosnische Serven vervolgens enkele observatieposten van Britbat in. Daarbij werden Britse militairen gegijzeld, en zag Britbat zich gedwongen zich op haar compound terug te trekken. Na de luchtaanvallen konden UNHCR-konvooiën nog maar sporadisch goederen aanleveren in Srebrenica. Het verzoek van Dutchbat om luchtsteun toen Bosnische Serven een van haar observatieposten omsingelden, werd afgewezen. Dutchbat heeft de observatiepost bij een aanval van Bosnische Serven moeten verlaten. Zij werd vervolgens door de Bosnische Serven beschoten toen zij zich in licht gepantserde rupsvoertuigen terugtrok. Op 6 juli 1995 vingende Bosnische Serven onder aanvoering van Mladic hun aanval op de *safe area* aan, met als doel om ook Srebrenica in te nemen. De stad werd beschoten. Een verzoek van Dutchbat om luchtsteun werd wederom afgewezen. Op 11 juli 1995 viel Srebrenica. Bosnische Serven hebben de stad ingenomen. Eerder die dag was een vluchtelingenstroom richting de compound op gang gekomen. Na de val van Srebrenica is een *mini-safe area* ingericht, waarvan de compound onderdeel uitmaakte. In ieder geval 20.000 à 25.000 vluchtelingen hebben hun toevlucht gezocht op de *mini-safe area*. De omstandigheden waren erbarmelijk. Dutchbat heeft in samenspraak met de Bosnische Serven de gang naar bussen van Bosnische Serven begeleid door met een keten van Dutchbatters en voertuigen een corridor, 'de sluis', te vormen. Bosnische Serven haalden mannelijke vluchtelingen uit de rijen. Aan het eind van de middag van 13 juli 1995 waren alle vluchtelingen van het buiten de compound gelegen deel van de *mini-safe area* weggevoerd en werd een aanvang gemaakt met de evacuatie van ook de vluchtelingen die zich op het terrein van de compound bevonden. Omstreeks acht uur 's avonds was ook de evacuatie van deze vluchtelingen voltooid. Op de Bosnische moslims uit Srebrenica is, zo stelt de Hoge Raad vast, genocide gepleegd.

Procesverloop tot aan de cassatieprocedure

Bij vonnis van 16 juli 2014 verklaarde de rechtbank voor recht dat de Staat uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk is voor de schade van de door de Stichting vertegenwoordigde personen als gevolg van de medewerking van Dutchbat aan de deportatie van de mannelijke vluchtelingen in de namiddag van 13 juli 1995 vanaf de compound door de Bosnische Serven, door wie zij vervolgens zijn gedood. De rechtbank heeft

de vorderingen van de Stichting c.s. voor het overige afgewezen. Bij arrest van 27 juni 2017 vernietigde het hof het vonnis en verklaarde, opnieuw recht doende, voor recht dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld (1) door op 13 juli 1995 de afscheiding van de mannelijke vluchtelingen door de Bosnische Serven te vergemakkelijken door de vluchtelingen in groepen en door 'de sluis' naar de bussen te laten gaan, en (2) door de mannelijke vluchtelingen die zich op 13 juli 1995 op de compound bevonden niet de keuze te bieden om op de compound te blijven en hun aldus een kans van 30% te onthouden om uit handen te blijven van de Bosnische Serven (en zo executies of onmenselijke behandeling door hen te ontlopen). Het hof heeft de Staat veroordeeld tot vergoeding van de schade die is veroorzaakt door het onder (2) genoemde handelen, op te maken bij staat. Beide partijen zijn van dit arrest in cassatie gekomen.

Beslissing Hoge Raad

De Hoge Raad casseerde. Naar het, kort samen te vatten, oordeel van de Hoge Raad handelde Dutchbat niet onrechtmatig door op 13 juli 1995 de evacuatie van de vluchtelingen te begeleiden (met de vorming van onder meer voormelde sluis), ook al was zij vanaf de avond van 12 juli 1995 bekend met het reële risico voor de vluchtelingen op schending van hun recht op leven en hun lichamelijke integriteit. Dit ligt, zo overweegt de Hoge Raad, anders voor de evacuatie vanaf het eind van de middag op 13 juli 1995 van vluchtelingen van de compound. Dutchbat heeft nagelaten aan de mannelijke vluchtelingen die op de compound verbleven de keuze te bieden om aldaar achter te blijven, hoewel hiertoe de mogelijkheid bestond. Zij heeft hun daarmee de kans onthouden om uit handen te blijven van de Bosnische Serven. De Hoge Raad kwalificeert deze nalatigheid in navolging van het hof als onrechtmatige daad. Hij doet in zoverre de zaak zelf af. De kans om te ontkomen aan de Bosnische Serven acht de Hoge Raad klein, doch niet verwaarloosbaar. Hij komt uit op een verlies van een kans van 10%. De Hoge Raad verklaart de Staat weliswaar aansprakelijk, maar niet voor meer dan 10% van de schade van de nabestaanden van de mannelijke vluchtelingen. Hij komt dus 20% lager uit dan het hof.

De Hoge Raad legde aan dit oordeel, voor zover hier van belang, het navolgende ten grondslag. Naar tussen partijen niet in geschil is, kunnen gedragingen van Dutchbat aan de uitzendende Staat worden toegerekend indien hij hierover 'effective control' uitoefende. Nu *command and control* over Dutchbat waren overgedragen aan de VN, berustte in beginsel de *effective control* bij de VN. Een uitzondering dient de Stichting voldoende onderbouwd te stellen. Voor toerekening aan de Staat is slechts plaats bij *effective control* over specifieke gedragingen. Naar het in cassatie tevergeefs bestreden oordeel van het hof had de Staat geen feitelijke zeggenschap over de gedragingen van Dutchbat tot 23.00 uur op 11 juli 1995. Bovendien wordt ook een handelen *ultra vires*, buiten of zonder bevoegdheid, in beginsel toegerekend aan de internationale organisatie.

Over toepasselijkheid van Nederlands recht is (in cassatie) geen rechtsstrijd gevoerd. De Hoge Raad beoordeelt de op onrechtmatige daad gebaseerde vordering van de Stichting derhalve naar Nederlands recht. Naar het hof tot uitgangspunt nam, liggen de aan het EVRM en IVBPR te ontleen normen ook besloten in het Nederlandse recht. Hiertegen wordt begrijpelijkerwijs in cassatie niet opgekomen. De Hoge Raad acht dan ook voor de beoordeling of Dutchbat zich onrechtmatig heeft gedragen, bepalend of – als opgesloten in de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW – Dutchbat de aan artikel 2 en 3 EVRM te ontleen normen ter bescherming van het menselijk leven en de integriteit van het menselijk lichaam heeft geschonden.

Ingevolge artikel 2 EVRM rust op de Staat de positieve verplichting om ‘passend op te treden om het recht op leven van burgers die onder zijn rechtsmacht vallen te beschermen’. Op de voet van artikel 3 EVRM is een staat verplicht maatregelen te treffen om burgers die onder zijn rechtsmacht vallen te beschermen tegen foltering en onmenselijke of vernederende behandelingen of straffen. Een staat kan aansprakelijk worden gehouden voor een schending van dit artikel ‘*where the authorities fail to take reasonable steps to avoid a risk of ill-treatment about which they knew or ought to have known*’. Voor het oordeel of Dutchbat vanwege een schending van de zorgvuldigheidsnorm van artikel 6:162 BW onrechtmatig heeft gehandeld, moet – zo overweegt de Hoge Raad – worden onderzocht of de leiding van Dutchbat op het moment van handelen wist of redelijkerwijs had moeten weten van een reële risico op schending van de door de artikelen 2 en 3 EVRM beschermde rechten van de Bosnische vluchtelingen. Bij positieve beantwoording moet worden getoetst of Dutchbat heeft nagelaten de maatregelen te nemen die – gelet op alle omstandigheden van het geval – redelijkerwijs van haar konden worden verwacht om dat risico te vermijden. Het betreft derhalve een dubbele toets.

Naar het in cassatie tevergeefs bestreden oordeel van het hof moet de eerste vraag bevestigend worden beantwoord. Vanaf in ieder geval de avond van 12 juli 1995 wist Dutchbat van het reële risico op schending van het recht op leven en lichamelijke integriteit van de mannelijke vluchtelingen door de Bosnische Serven. Bij de evacuatie op 13 juli 1995 – waarop de beoordeling zich voor zover hier relevant toespitst – beschikte Dutchbat derhalve over deze kennis. Voor de beoordeling van de onrechtmatigheid van het optreden komt het derhalve hierop aan of Dutchbat heeft nagelaten de van haar redelijkerwijs te vergen maatregelen te treffen om het haar bekende risico zo veel mogelijk te vermijden.

Bij de toetsing van de rechtmatigheid van het optreden van Dutchbat wordt onderscheid gemaakt naargelang de vluchtelingen zich op of buiten de compound bevonden. Nu, naar Dutchbat wist, het geen invloed zou hebben op het risico van de mannelijke vluchtelingen van – binnen de mini-*safe area*, maar – buiten de compound als zij haar begeleiding van de

evacuatie zou staken, was het, aldus de Hoge Raad in r.o. 4.5.4 en 4.5.5, gelet op de oorlogssituatie, de keuzemogelijkheden voor Dutchbat en de hiermee gediende belangen van vrouwen, kinderen en ouderen (voor wie anders grote risico’s dreigden) in de gegeven omstandigheden niet onrechtmatig om de evacuatie te blijven begeleiden.

Over de handelwijze van Dutchbat tegenover de mannelijke vluchtelingen van binnen de compound velt de Hoge Raad een ander oordeel. Volgens het hof handelde Dutchbat onrechtmatig doordat zij de mannelijke vluchtelingen op 13 juli 1995 niet de keuze bood om op de compound te blijven. De Hoge Raad verwerpt de tegen dit oordeel gerichte klachten. Voor zover hier van belang, overweegt de Hoge Raad:

‘Het oordeel van het hof komt erop neer dat Dutchbat heeft nagelaten de maatregelen te treffen die, gelet op alle omstandigheden van het geval, redelijkerwijs konden worden verwacht om het reële risico te vermijden dat de mannen zouden worden blootgesteld aan onmenselijke behandelingen en aan executies. Dutchbat had immers de gelegenheid, en dus mocht van hem worden gevergd, om aan de mannelijke vluchtelingen die op de compound verbleven, uit te leggen welk risico zij liepen en hun de keuze te bieden op de compound achter te blijven, gelet op de weliswaar kleine, maar niet geheel te verwaarlozen kans dat zij dan uit handen van de Bosnische Serven zouden kunnen blijven (...)’

De vaststelling door het hof van het kanspercentage op 30% houdt in cassatie echter geen stand. De overwegingen van het hof bieden, in de optiek van de Hoge Raad, ‘nauwelijks aanknopingspunten voor de gedachte dat de Bosnische Serven de achtergebleven groep mannelijke vluchtelingen na ontdekking met rust zouden hebben gelaten en veilig zouden hebben laten vertrekken’.

Mede nu geen van partijen het hof voor de voeten wierp bepaalde feiten en omstandigheden ten onrechte niet in zijn beoordeling te betrekken, bestaat voor de Hoge Raad in ieder geval in zoverre geen obstakel om de zaak zelf af te doen, door aan de hand van de door het hof vastgestelde feiten het causaal verband te beoordelen. De Hoge Raad gaat hier op de voet van de artikelen 420 en 421 Rv zelf toe over, ‘met name gelet op de lange tijd die inmiddels is verstreken sinds de gebeurtenissen rond Srebrenica in 1995 en de lange duur van de procedure (vanaf juni 2007) tot nu toe’.

De Hoge Raad schat vervolgens – alle (door het hof vastgestelde) omstandigheden in ogenschouw genomen – de kleine, maar niet verwaarloosbare kans voor de bewuste groep mannelijke vluchtelingen om uit handen te blijven van de Bosnische Serven, indien hun de mogelijkheid zou zijn geboden om op de compound achter te blijven, zoals vermeld, op 10%.

De veroordeling tot schadevergoeding wordt vernietigd, voor wat betreft de verweersters nu zij geen nabestaanden zijn van de op 13 juli 1995 van de compound geëvacueerde mannen, en voor zover het de Stichting betreft, nu zij als belangenorganisatie in de zin van artikel 3:305a BW, ingevolge het derde lid van deze bepaling, geen vordering tot schadevergoeding kan instellen.⁶

Vonnis Faro-ramp

In enkele woorden zal ik (de achtergrond van) het vonnis bespreken. Op de luchthaven van Faro verongelukte bij de landing in 1992 een passagiersvliegtuig van Martinair. Hierbij kwamen tientallen inzittenden om en raakten velen (zwaar)gewond. Naar de toedracht werd een onderzoek ingesteld door de Portugese Onderzoeksraad. Dit resulteerde in een ongevalsrapport. De toenmalige Raad voor de Luchtvaart (hierna: de Raad) heeft naar de toedracht eveneens onderzoek gedaan. De Raad was als 'waarnemer' betrokken bij het op last van de Portugese overheid uitgevoerde onderzoek naar de oorzaak van de ramp, becommentarieerde in deze rol het conceptrapport van de Portugese Onderzoeksraad en deed hiervoor tekstvoorstellen, en lichtte de slachtoffers en nabestaanden hierover in. De Raad verklaarde primair de weersomstandigheden debet aan dit ongeval. Slachtoffers en nabestaanden lieten zich (mede) hierdoor leiden bij hun onderhandelingen met Martinair over schadevergoeding. Naar het oordeel van de rechtbank was de handelwijze van de Raad tegenover de eisers, nabestaanden en slachtoffers onzorgvuldig, en daarmee onrechtmatig. Zo werd 'windshear', door de Raad destijds gepresenteerd als de primaire oorzaak van de ramp, in het rapport van de Portugese Onderzoeksraad helemaal niet als oorzaak van het ongeval genoemd, en (zoals de rechtbank noteert) zelfs niet als 'contributing factor' bestempeld. De rechtbank overwoog dienaangaande onder meer, en voor zover thans van belang:

'Hiervoor heeft de rechtbank al geconcludeerd dat de aanvankelijk door de Raad getrokken conclusie over de oorzaak van het ongeval (windshear als (initiating) cause), en het bijbehorende door de Raad gedane tekstvoorstel, te stellig zijn geweest, en dat de Raad tevens een onjuiste conclusie heeft getrokken ten aanzien van de wetenschap van de bemanning over de aanwezigheid van windshear als contributing factor, en dat zulks als onzorgvuldig is aan te merken. De rechtbank acht het tevens onzorgvuldig van de Raad om niet jegens de nabestaanden en slachtoffers duidelijk te maken dat deze conclusies en tekstvoorstellen van de Raad niet zijn overgenomen in het Portugese onderzoeksrapport. In tegendeel. Tijdens de bijeenkomst van 1 december 1994 heeft de Raad de indruk gewekt dan wel laten voortbestaan dat (de Raad nog steeds van mening was dat) windshear de (primaire) oorzaak was van het ongeval.'

6. Wat deze aansprakelijkheid voor de betrokkenen concreet betekent, op welke schadevergoeding zij aanspraak kunnen maken, zal nu (in een aparte procedure) moeten worden uitgemaakt.

In lijn hiermee is het oordeel van de rechtbank over de door de bemanning gemiste verplichte procedure-'calls'. Dienaangaande overweegt de rechtbank, voor zover thans van belang:

'2.47 De rechtbank is van oordeel dat het in de rede had gelegen indien de Raad zowel in zijn commentaar als bij de bijeenkomst van 1 december 1994 op deze "missed calls" was ingegaan, en dat de Raad ook had moeten ingaan op de noodzaak tot het afbreken van de landing in verband met de instabiliteit van de nadering. Anders dan de Staat heeft aangevoerd leest de rechtbank in het verslag van de bijeenkomst van 1 december 1994 niet dat tijdens deze bijeenkomst door de Raad kenbaar is gemaakt dat de instabiliteit van de nadering aanleiding had moeten zijn om de nadering af te breken.

2.48 De rechtbank is van oordeel dat de Raad op dit punt de slachtoffers en nabestaanden indertijd onvolledig en daardoor onjuist heeft voorgelicht en derhalve op dit punt onzorgvuldig heeft gehandeld. Zij volgt de rechtbankdeskundigen daarom op dit onderdeel niet in hun conclusie dat de Raad "with due care" heeft gehandeld.'

Volgens de rechtbank heeft de Raad 'op deze twee onderwerpen de slachtoffers en nabestaanden indertijd onjuist dan wel onvolledig (...) voorgelicht en dus op deze punten onzorgvuldig jegens hen (...) gehandeld'.

De rechtbank houdt de Staat ter zake aansprakelijk. Nu niet met zekerheid valt te achterhalen of eisers destijds zonder de onrechtmatige gedragingen een beter onderhandelingsresultaat zouden hebben geboekt (dan zij bereikten), past de rechtbank het leerstuk van het verlies van een kans toe. De rechtbank acht (als de normschending achterwege zou zijn gebleven) de kans op doorbreking van de aansprakelijkheidslimiet van het Verdrag van Warschau ad USD 100.000 bij de onderhandelingen nihil. In zoverre wijst zij de vordering af. Zij acht de kans op een beter onderhandelingsresultaat verder (dus binnen de met deze limiet geboden bandbreedte) zonder de fout van de Raad 'weliswaar klein', maar 'niet verwaarloosbaar', en komt uit op 20%. Zou de onrechtmatige daad zijn uitgebleven, dan zouden eisers, aldus de rechtbank, een kans hebben gehad van 20% om (beneden voormelde limiet) tot een beter onderhandelingsresultaat te komen.

Bespreking van beide uitspraken

De rechter, door een vordering tot een oordeel over aansprakelijkheid geroepen, kan aan nabestaanden en slachtoffers – het is een platitude, maar in de context van deze dramatische zaken van belang om toch te benadrukken –, hoe doortastend hij ook is, met zijn uitspraak hooguit zeer ten dele genoegdoening bieden. De gruwelijkheden bij de val van Srebrenica en het droeve lot van de inzittenden van het bij Faro verongelukte vliegtuig laten zich nu eenmaal niet ongedaan

maken. De Hoge Raad stipte dit bij de uitspraak ook nog kort aan.⁷

Algemeen

Kansschade, een tussenvorm

Een van de fundamenten van het aansprakelijkheidsrecht is het *conditio sine qua non*-verband (hierna: c.s.q.n.-verband) tussen normschending en schade; slechts in exceptionele gevallen wordt dit losgelaten. Het is aan de benadeelde om het c.s.q.n.-verband te stellen en bij betwisting te bewijzen, ook als hij hierbij met de omkeringsregel enigszins tegemoet kan worden gekomen.⁸ Voor menig vordering tot schadevergoeding vormt vaststelling van het c.s.q.n.-verband tussen normschending en uiteindelijke schade een onoverkomelijke barrière, al wordt voor dit causaal verband geen absolute (mathematische of natuurkundige) zekerheid verlangd. Het omslagpunt (van onvoldoende naar voldoende bewijs) ligt waar de rechter op grond van hetgeen is gesteld, overtuigd raakt van (de redelijke mate van waarschijnlijkheid van) een c.s.q.n.-verband.⁹ Wanneer voor de rechter een redelijke mate van waarschijnlijkheid bestaat over het c.s.q.n.-verband valt niet goed in een percentage uit te drukken. Een minimumpercentage is niet goed vast te stellen. Een percentage suggereert een (veelal) niet te bieden exactheid, en geeft daarmee geen werkelijk houvast,¹⁰ al was het maar nu niet zelden de schade de resultante vormt van een divers pallet aan factoren van verschillend gewicht. Bovendien zal afhankelijk van de aard en strekking van de geschonden norm, de aard van de normschending en de aard van de schade een redelijke mate van waarschijnlijkheid eerder kunnen worden aangenomen,¹¹ dus valt ook in zoverre niet goed aan te duiden waar precies het omslagpunt ligt om (niet langer onvoldoende, maar (net)) voldoende bewijs van c.s.q.n.-verband aan te nemen.

Het verschil in aard van de geschonden norm en aard van de schade kan mogelijk verklaren waarom de Hoge Raad in de *Srebrenica*-zaak een klein, maar niet te verwaarlozen verlies van een kans van 10% aanneemt, en de rechtbank in de *Faro*-

zaak de kleine, maar niet te verwaarlozen kans bepaalt op 20%. Het onderscheid tussen de uitspraken van hof en Hoge Raad op dit punt – van een kansschade van 30% tegenover 10% – toont nog eens hoe ongrijpbaar de beoordeling van het kanspercentage is. Hoe groot de gemiste kans is, hangt sterk af van (een aan de feitenrechter voorbehouden, in cassatie niet op juistheid te toetsen) appreciatie van de betrokken omstandigheden. Voor de vaststelling van de hoogte van de gemiste kans laten zich dan ook moeilijk algemene richtsnoeren ontwikkelen. Telkens weer zal aan de hand van de omstandigheden van het concrete geval, te waarden door de rechter, moeten worden beoordeeld hoe groot de gemiste kans is.

Tussenoplossingen

In de rechtspraak zijn verschillende methoden ontwikkeld om de benadeelde tegemoet te komen als hij worstelt met het c.s.q.n.-verband, zoals met de hiervoor al genoemde omkeringsregel, op basis waarvan de rechter werkt met een bewijsvermoeden, waartegen tegenbewijs openstaat. Komt met toepassing van de omkeringsregel het c.s.q.n.-verband vast te staan, dan geeft zulks in beginsel recht op vergoeding van de gehele, uiteindelijke schade. Het betreft een zogeheten ‘alles-of-nietsbenadering’. Wordt het c.s.q.n.-verband bewezen geacht, dan moet de schade in beginsel volledig worden vergoed,¹² en vice versa. Bij de zogenoemde ‘tussenoplossingen’,¹³ zoals proportionele aansprakelijkheid en kansschade, ligt dit anders. In het ‘klassieke’ model draagt de benadeelde het volledige risico van causaliteitsonzekerheid. Dit pakt in sommige gevallen onredelijk uit. De Hoge Raad heeft met deze ‘tussenoplossingen’ getracht hieraan een mouw te passen.¹⁴

Proportionele aansprakelijkheid, een van kansschade te onderscheiden concept, biedt slechts aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid; de gelaedeerde heeft enkel recht op vergoeding van zijn schade in evenredigheid met de waarschijnlijkheid van de veroorzaking van de schade door de normschending waarvoor de aangesproken partij aansprakelijk wordt gehouden. Zowel de normschending als de schade staan vast, maar onzeker (en onmogelijk om vast te stellen) is evenwel of de schade het gevolg is van de normschending dan wel van een omstandigheid in de risicosfeer van de benadeelde, zoals het geval was in de zaak *Nefalit/Karamus*,¹⁵ nu onmogelijk kon worden vastgesteld of de longkanker van Karamus het

7. A.G. Castermans en C.W. Demper halen dit ook aan in hun annotatie van het arrest in *AA* 2019, p. 989-990, alwaar zij verwijzen naar de inleiding van het arrest door de Hoge Raad, toen dit werd uitgesproken, te vinden op YouTube: www.youtube.com/Watch?v=lxpixZqFXow.

8. Het bewijsrisico blijft rusten bij de gelaedeerde. Wordt voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van de omkeringsregel, dan resulteert dit in een bewijsvermoeden, waartegen tegenbewijs (niet gelijk te stellen aan bewijs van het tegendeel) openstaat. De laedens kan ermee volstaan dit bewijsvermoeden te ontzenuwen, nu het bewijsvermoeden immers niet verschuift. Dit bewijsvermoeden is niet aan de orde in de gevallen van kansschade of proportionele aansprakelijkheid, nu verwezenlijking van het gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden daarvoor uit de aard der zaak in dergelijke situaties onvoldoende aannemelijk is, vgl. Asser/Sieburgh *6-II* 2017/81b.

9. Vgl. C.J.M. Klaassen, ‘Bewijs van causaal verband in aansprakelijkheidszaken’, *JBPR* 2013/905 (redactioneel artikel).

10. In vergelijkbare zin de conclusie van A-G Drijber voor HR 24 april 2020, ECLI:NL:HR:2020:807, *RvdW* 2020/583.

11. Vgl. Klaassen 2013.

12. Met het c.s.q.n.-verband is nog niet uitgemakt in hoeverre ex art. 6:98 BW toerekening naar redelijkheid dient plaats te vinden en of een beroep op art. 6:101 BW (eigen schuld) of bijv. ingevolge art. 6:104 BW op voordeelverrekening moet worden gehonoreerd.

13. Vgl. de conclusie van A-G Hartlief voor HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3051, *RvdW* 2017/1285.

14. In vergelijkbare zin A-G Hartlief in zijn conclusie voor HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3051, *RvdW* 2017/1285 en voor HR 7 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2253, *RvdW* 2019/5, en HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*).

15. HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, *NJ* 2011/250, m.nt. Tjon Tjin Tai.

gevolg was van blootstelling aan asbest in de uitoefening van zijn functie bij zijn werkgever of werd veroorzaakt door zijn fervente rookgedrag, dan wel door factoren waarvoor niemand verantwoordelijk is, of een combinatie hiervan.

Van proportionele aansprakelijkheid moet het leerstuk van de kansschade worden onderscheiden,¹⁶ in het leven geroepen voor gevallen waarin onduidelijk is of de normschending schade tot gevolg heeft gehad. Dit leerstuk is, zo overwoog de Hoge Raad in zijn arrest (*Deloitte/Hassink*),¹⁷ ‘geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd’. De standaardvoorbeelden zijn die van het verzuim van een advocaat om tijdig een vordering, hoger beroep of cassatie in te stellen en van de arts door wie een beroepsfout wordt gemaakt, waarbij onduidelijk is of de cliënt zonder de nalatigheid in een gunstiger positie zou hebben verkeerd (bijvoorbeeld doordat de vordering in hoger beroep alsnog zou zijn toegewezen) en of de patiënt zonder die beroepsfout beter af zou zijn geweest, bijvoorbeeld doordat bij een tijdige ingreep volgens de regelen der kunst de kwaal wél zou zijn verholpen of een complicatie niet zou zijn opgetreden. Mogelijk zouden zij zich zonder beroepsfout in exact dezelfde feitelijke situatie hebben bevonden; de vordering zou ook zijn afgewezen als wél tijdig hoger beroep zijn ingesteld en de patiënt zou ook niet zijn genezen of de complicatie zou zich eveneens hebben voorgedaan als de arts wel *lege artis* zou hebben gehandeld. Welk resultaat zonder normschending zou zijn geboekt, laat zich – het betreft immers een hypothetische situatie – strikt genomen niet bewijzen.¹⁸

Bij het leerstuk van de kansschade geldt een afwijkend schadebegrip.¹⁹ De geldelijke waarde van de verloren kans vormt de schade.²⁰ De benadeelde krijgt, zo beschouwd, als een c.s.q.n.-verband tussen de normschending en de verloren

kans komt vast te staan,²¹ vergoeding van zijn gehele schade, dat wil zeggen de geldelijke waarde van de gemiste kans. Een aanspraak op vergoeding van de schade wordt hierbij (zoals wel het geval is als c.s.q.n.-verband tussen fout en uiteindelijke schade komt vast te staan) derhalve niet geboden (net zomin als een vergoeding van een gedeelte van de uiteindelijke schade, zoals het geval is bij proportionele aansprakelijkheid, vast te stellen naar de mate van veroorzakingswaarschijnlijkheid). Het causaliteitsprobleem lost hier op in een gewijzigd schadebegrip. Kenmerkend voor gevallen van kansschade is derhalve de onduidelijkheid of de schuldeiser zonder de normschending in een gunstiger positie zou hebben verkeerd, waarvoor hij zonder de fout perspectief moet hebben gehad op een beter resultaat. Het vereiste van c.s.q.n.-verband wordt hier (anders dan bij proportionele aansprakelijkheid) niet losgelaten; het causaal verband moet worden vastgesteld tussen normschending en gemiste kans, niet de uiteindelijke schade. Hiermee wordt de bewijspositie van de benadeelde verlicht, nu het in de regel eenvoudiger zal zijn de rechter ervan te overtuigen door de wanprestatie of onrechtmatige daad een kans op een gunstiger resultaat te hebben verloren dan veroorzaking van de volledige schade door de normschending aan te tonen. Mits hiertoe genoeg is gesteld, kan de rechter een vergoeding van (enkel) kansschade opleggen, terwijl vergoeding van volledige (uiteindelijke) schade is gevorderd; hij mag immers het mindere toewijzen, als naar zijn oordeel een veroordeling tot het meerdere niet in aanmerking komt.²²

De vaststelling van kansschade verloopt in twee stadia. Is het eerste stadium doorlopen, vaststelling van c.s.q.n.-verband tussen normschending en verlies van een kans, dan dient in het tweede stadium de schade te worden vastgesteld aan de hand van een – in een percentage uit te drukken – schatting van goede en kwade kansen. Daarbij wordt dan in wezen ex artikel 6:97 BW de schade begroot op basis van (in voorkomend geval aan de hand van een deskundigenbericht te schatten) goede en kwade kansen op een beter perspectief in de hypothetische situatie zonder normschending; feitelijke en hypothetische situatie zonder normschending worden naast elkaar gezet. Hiervoor geldt geen normatieve, maar een feitelijke toets.²³

16. Vgl. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. Lindenberg (*Deloitte/Hassink*). Zie in dit verband ook J.S. Kortmann, *Causaliteitsperikelen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 41 e.v. en C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding algemeen 2* (Mon. BW nr. B35), Deventer: Wolters Kluwer 2017/3.59. Dit onderscheid valt, zo merkt onder meer Klaassen op t.a.p., te relativeren nu in sommige (niet alle) gevallen het van de gekozen insteek afhangt of de beoordeling van de vordering tot schadevergoeding komt te staan in de sleutel van proportionele aansprakelijkheid dan wel kansschade. Het zijn echter geen onderling inwisselbare leerstukken.

17. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. Lindenberg.

18. Zo noteert ook A-G Hartlief in zijn conclusie voor HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3051, *RvdW* 2017/1285.

19. Vgl. bijv. de conclusie van A-G Drijber voor HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:642, *RvdW* 2019/533.

20. Vgl. Asser/Sieburgh 6-II 2017/79.

21. Dit is – gelijk het geval is bij c.s.q.n.-verband tussen de normschending en de uiteindelijke schade – niet noodzakelijk voor zover de kansschade niet volgens de gewone bewijsregels is vastgesteld, maar met een proportionele benadering, zoals de Hoge Raad tot uitdrukking brengt in HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. Lindenberg (*Deloitte/Hassink*).

22. Vgl. C.J.M. Klaassen, ‘Proportionele aansprakelijkheid; een goede of kwade kans?’, *NJB* 2007, p. 1360 en A-G Hartlief in zijn conclusie voor HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3051, *RvdW* 2017/1285. De rechter mag hier als (primaire) vergoeding van de volledige schade is gevorderd (althans wanneer niet enkel vergoeding van kansschade is geëist) niet zomaar toe overstappen, maar zal eerst moeten nagaan of plaats is voor vergoeding van volledige schade, vgl. ook A-G Hartlief in zijn conclusie voor HR 1 december 2017, ECLI:NL:HR:2017:3051, *RvdW* 2017/1285.

23. Vgl. bijv. HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, *NJ* 2006/606 (*Wrongful life*) en HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, *NJ* 2017/133 (*Netvliesloslating*).

Voor toepassing van dit leerstuk is slechts plaats bij een reële (dat wil zeggen niet zeer kleine) kans op succes in een hypothetische situatie zonder normschending. In zijn arrest van 19 juni 2015²⁴ liet de Hoge Raad nog eens uitkomen hier geen hoge eisen te mogen stellen, waar hij overwoog:

‘Indien geen grond bestaat om op voorhand ervan uit te gaan dat die kans nihil of zeer klein is, dient de schade zo nodig bij wijze van schatting te worden bepaald.’

De kansschade houdt het midden tussen twee uitersten: is de kans verwaarloosbaar klein, dan is hiervoor geen plaats, is die heel groot, dan bestaat (zo mag worden aangenomen) wél recht op vergoeding van de volledige, ‘uiteindelijke schade’. De kansschade bevindt zich tussen deze twee uitersten.

Kansschade ook mogelijk bij schending zorgvuldigheidsnorm

Kansschade werd onder meer aangenomen in diverse procedures over beroepsfouten, van artsen, advocaten en belastingadviseurs. Dit leerstuk is helder afgezet tegen proportionele aansprakelijkheid in de zaak *Deloitte/Hassink*.²⁵ Uit dit arrest volgt ook de mogelijkheid om hieraan toepassing te geven bij schending van een contractuele informatieplicht. In die zaak had de belastingadviseur verzuimd om zijn opdrachtgever, Hassink, te adviseren over de mogelijkheid van de zogeheten ‘ruilarresten’. Hassink zou, zo was in rechte komen vast te staan, het advies hebben opgevolgd (als zijn belastingadviseur hem dit zou hebben gegeven). Hij zou zich dan actief hebben ingespannen voor inkoop in een ander accountantskantoor overeenkomstig de voorwaarden van de ruilarresten. Het hof had aldus het c.s.q.n.-verband vastgesteld tussen de tekortkoming, de beroepsfout, en het verlies van een kans op een fiscaal gunstiger situatie. Het hof heeft vervolgens onderzocht of het Hassink daadwerkelijk zou zijn gelukt om zich in te kopen conform de in de ruilarresten genoemde voorwaarden. Nu zulks afhankelijk zou zijn van een aantal onzekere factoren, heeft het hof vervolgens met inachtneming van hetgeen over en weer was gesteld, onder afweging van goede en kwade kansen, de kans op succes geschat op 60%. De Hoge Raad verwierp de hiertegen gerichte klachten.

Voor zover nog onduidelijk was of een vergoeding van kansschade ook zou kunnen worden opgelegd bij schending van een zorgvuldigheidsnorm, stelt de Hoge Raad zulks nu buiten twijfel. Schuilt de onzorgvuldigheid in een veronachtzaming van belangen van derden, waarmee de aansprakelijk gehouden partij rekening had moeten houden door derden een bepaalde mogelijkheid – hier: om op de compound te blijven – te bieden, dan zal wel om een verloren kans aan te kunnen nemen de gebruikmaking van de mogelijkheid in de hypothetische situatie (zonder normschending) moeten komen vast te

staan; naar het oordeel van de Hoge Raad zou gebruik zijn gemaakt van de gelegenheid om op de compound te blijven, waartoe Dutchbat de bewuste groep mannelijke vluchtelingen in staat had moeten stellen. Hetzelfde geldt *mutatis mutandis* ingeval een advies of waarschuwing achterwege is gebleven; ook dan zou de benadeelde zijn gedrag hierdoor in de hypothetische situatie zonder fout hebben moeten laten bepalen. Een zorgvuldigheidsnorm kan concretisering krijgen in één of meer specifieke zorgplichten.²⁶ Of en in hoeverre in een bepaalde situatie enig optreden mag worden verlangd (om de belangen van een ander niet te schaden), zal van geval tot geval moeten worden beoordeeld. De abstracte norm krijgt gestalte in één of meer specifieke zorgverplichtingen.²⁷ Als een zorgplicht – op te vatten als een plicht tot handelen of nalaten ten behoeve van één of meer concrete belangen van een persoon of object²⁸ – niet wordt nageleefd, sluit dit toepassing van het leerstuk van kansschade niet zonder meer uit. Telkens is het aan benadeelde te stellen en bij betwisting te bewijzen – hetgeen betekent aannemelijk te maken – daadwerkelijk een kans te zijn misgelopen doordat de zorgplicht werd geschonden. Vastgesteld zal dan wel telkens moeten worden of de benadeelde het advies, als hem dit zou zijn verstrekt, ter harte zou hebben genomen of zich door de waarschuwing of door de (andersoortige) informatie, als die hem zou zijn verschaft, zou hebben laten leiden, dus zijn gedrag hierop zou hebben afgestemd. In de regel zal het een behoorlijke kluit zijn de rechter hiervan te overtuigen. Niet telkens ligt opvolging van een advies of inachtneming van een waarschuwing voor de hand.

Het is bijvoorbeeld, zo ben ik met Janssen eens,²⁹ zeer de vraag of de in rechte (in het veelbesproken arrest *Fortis/Bourgonje*³⁰ over proportionele aansprakelijkheid) als eigenzinnig getypeerde Bourgonje – persoonlijk betrokken bij en emotioneel verbonden met de onderneming waarin een onevenredig deel van zijn vermogen was belegd – ingeval geen beroep was gedaan op proportionele aansprakelijkheid, maar het leerstuk van de kansschade zou zijn toegepast, zou hebben kunnen aantonen, als hij naar behoren zou zijn gewaarschuwd voor de aan de samenstelling van zijn portefeuille verbonden risico’s, dat hij zijn gedrag hierdoor zou hebben laten bepalen. Het leerstuk van de kansschade zou hier waarschijnlijk geen uitkomst hebben geboden.

De Hoge Raad heeft, naar mijn mening, met het *Srebrenica*-arrest de poort niet wijd opengezet om het leerstuk van kans-

24. HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, NJ 2016/1, m.nt. Tjong Tjin Tai.

25. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237, m.nt. Lindenbergh.

26. Vgl. de conclusie van A-G Valk voor HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:270, *RvdW* 2019/293 en Jansen, in: *GS Onrechtmatige daad*, art. 6:162 BW, aant. 6.1.1.4.1, en de alhier opgenomen verwijzingen.

27. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2006, p. 97.

28. Deze definitie, die ik gaarne onderschrijf, geeft T.F.E. Tjong Tjin Tai in zijn proefschrift; zie Tjong Tjin Tai 2006, p. 97.

29. Vgl. I.P.M.J. Janssen, *De civielrechtelijke zorgplicht van de beleggingsdienstverlener* (Onderneming en Recht, deel 101), Deventer: Wolters Kluwer 2017/3.6.1.

30. HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*).

schade toe te passen in alle gevallen waarin causaliteitsonzekerheid, hoe gekunsteld ook, in de mal van een verlies van een kans zou kunnen worden geperst. Hier kon de Hoge Raad zonder enige aarzeling uitgaan van een keuze voor verblijf op de compound als Dutchbat de mannelijke vluchtelingen (tegenover een wisse dood bij 'evacuatie') die mogelijkheid zou hebben geboden; zij zouden die kans op overleving, hoe gering ook, als die hun zou zijn geboden, met beide handen hebben aangegrepen. Het vereiste van c.s.q.n.-verband tussen normschending en uiteindelijke schade staat als uitgangspunt van aansprakelijkheid nog fier overeind. In beginsel is de laedens nog steeds niet tot schadevergoeding gehouden als geen c.s.q.n.-verband is vastgesteld (en geen proportionele aansprakelijkheid kan worden aangenomen). Dit laat zich ook met dit arrest van de Hoge Raad nog niet gemakkelijk omzeilen.

Ondergrens kans

De kwalificatie van een kans van 10% als reëel, en dus voldoende voor aanspraak op vergoeding van kansschade, kan nauwelijks een verrassing heten. Dit is geen verwaarloosbaar klein vooruitzicht op overleving als de mogelijkheid zou zijn geboden om op de compound te blijven. Waar de ondergrens precies ligt, bij welk percentage, valt niet in algemene zin te beantwoorden. De Hoge Raad doet hierover ook geen uitspraak. Waar de ondergrens ligt, zou al naar gelang de aard en strekking van de geschonden norm, de aard van de normschending, de aard van de schade en de mate van verwijtbaarheid kunnen verschillen.³¹ Daarbij komt dit in wezen neer op de vraag wanneer de rechter bij weging van de goede en kwade kansen aan de hand van hetgeen over en weer is aangevoerd, overtuigd raakt van een verlies van een ten minste niet zeer kleine kans op succes. Het is alleen al daarom niet zinvol een algemene regel te geven. Waar de grens precies zou moeten liggen, is bovendien arbitrair. De Hoge Raad heeft zich hier ook niet met een exact percentage over uitgelaten. De rechter schroomt ook niet de vordering af te wijzen als die (zo goed als) nihil is,³² maar of dit al het geval is bij een kans van slechts 2, 3 of 4% valt niet te zeggen. De Hoge Raad laat zich er in de *Srebrenica*-uitspraak ook niet over uit waar deze grens ligt. De Hoge Raad brandmerkt de door hem als klein, maar niet verwaarloosbaar, ingeschatte kans om uit handen te blijven van de Bosnische Serven op 10% ook in zijn arrest niet als een algemeen absoluut minimumpercentage voor toepassing van dit leerstuk. Hoe groot een kans is, hangt veelal af van een waaier aan factoren. Voor de rechter is het dan ondoenlijk het kanspercentage exact te bepalen. Daarmee is dit nog geen slag in de lucht.³³ Het betreft een beredeneerde taxatie: een *well-educated guess*.

31. Vgl. A-G Hartlief in zijn conclusie voor HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133, m.nt. Lindenbergh (*Netvliesloslating*), waar hij zulks met enige voorzichtigheid noteert. Zie ook de door hem aangedragen vindplaatsen.

32. Vgl. bijv. HR 19 april 2019, ECLI:NL:HR:2019:642, *RodW* 2019/533.

33. In gelijke zin A.G. Castermans & C.W. Demper, 'Rond Srebrenica: de zorgplicht in tijden van oorlog', *AA* 2019, afl. 12, p. 989.

De vragen in hoeverre eiser zonder de normschending daadwerkelijk een gunstiger perspectief zou hebben gehad, althans zonder fout beter af zou zijn geweest, en welk van de mogelijke scenario's in de hypothetische situatie zonder foutief nalaten of handelen zich zou hebben voltrokken, zijn niet zelden lastig te beantwoorden. Op de rechter rust dienaangaande dan ook geen vergaande motiveringsplicht.

Intermezzo

De *Srebrenica*-zaak bood, zo merk ik terzijde op, naar mijn mening geen ruimte om proportionele aansprakelijkheid aan te nemen, alleen al niet nu zich geen situatie voordeed waarin onmogelijk kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door de fout van Dutchbat dan wel door een oorzaak aan de zijde van de benadeelden; van een omstandigheid die voor risico van de slachtoffers diende te blijven, was hier geen sprake. In de literatuur bestaat geen eenstemmigheid over de vraag of verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid zien op van elkaar te onderscheiden situaties. Volgens een deel van de schrijvers zijn deze leerstukken inwisselbaar, maakt het geen verschil welke van de twee wegen wordt ingeslagen, is het telkens maar net de vraag waar het accent komt te liggen, bij onzeker causaal verband of bij de vraag of wel schade is geleden, en zou deze vraag van onzeker causaal verband zich laten ombuigen naar onzekerheid over schade, en vice versa. Aldus presenteert zich een keuze voor één van deze benaderingen. Welke benadering wordt gehanteerd, is in die visie (kortweg) lood om oud ijzer.³⁴ Volgens een ander deel van de literatuur dient zich telkens (als al aan de toepassingsvoorwaarden wordt voldaan) slechts één van beide leerstukken aan en betreft het twee duidelijk te onderscheiden voor wezenlijk andere situaties geschreven leerstukken.³⁵

Ik neem hier een tussenpositie in, al neig ik meer naar de tweede visie. Naar de Hoge Raad uitmaakte in het arrest *Deloitte Belastingadviseurs/H&H Beheer* (en ik als cassatieadvocaat aan de zijde van H&H Beheer in die zaak destijds bepleitte) moet onderscheid worden gemaakt tussen beide leerstukken; in

34. Vgl. bijv. A.J. Akkermans & Chr.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012/17 en hun noot onder HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *JA* 2013/41 (*Deloitte Belastingadviseurs/H&H Beheer*), A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 193 e.v. en par. 7.3.5 en p. 448, en A.C.W. Pijs onder HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *JOR* 2011/54, sub 9.

35. Vgl. bijv. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid', *NJB* 2016/1605, volgens wie, zoals hij met een gedegen analyse staft, '[p]roportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans (...) leerstukken [zijn] die op strikt onderscheiden situaties zien'. Van twee te onderscheiden leerstukken wordt ook uitgegaan door onder meer: J.S. Kortmann, 'Meervoudige causaliteit: over alternativiteit bij daders én benadeelden', in: *Causaliteitsperikelen* (preadviezen VASR), Deventer: Kluwer 2012, p. 41 e.v. en R.L.M. Cox, 'Proportionele aansprakelijkheid versus kansverlies. Tussen dogmatiek en praktijk', *NTBR* 2016, p. 271-279. Zie ook de literatuur pro en contra, vermeld in de conclusie van A-G Wissink voor het arrest *Fortis/Bourgonje*, HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251.

geval van proportionele aansprakelijkheid wordt aan het ver-eiste van c.s.q.n.-verband voorbijgegaan om (in de (uitzonderlijke) zaken waarin dit leerstuk voor toepassing in aanmerking komt) aansprakelijkheid naar veroorzakingswaarschijnlijkheid aan te nemen, terwijl in geval van kansschade het c.s.q.n.-verband niet wordt omzeild, maar wordt verschoven, nu dit wordt verlangd ten opzichte van de verloren kans, en niet ten aanzien van de feitelijke schade. Kansschade biedt een oplossing in sommige gevallen waarin onzeker is of een als vaststaand aan te nemen normschending schade heeft veroorzaakt, welke onzekerheid is gelegen in de onmogelijkheid om vast te stellen of en in hoeverre in de hypothetische situatie zonder normschending een beter resultaat zou zijn geboekt, of, anders verwoord, de kans op succes zich zou hebben verwezenlijkt. De schade wordt bepaald op de waarde van de (aan de benadeelde) onthouden kans. Dit leerstuk ziet op de vraag naar de schade, proportionele aansprakelijkheid op bewijs van het c.s.q.n.-verband; de onzekerheid raakt een ander aspect van de vraag naar aansprakelijkheid van de tot schadevergoeding aangesproken partij. Deze leerstukken hebben derhalve een wezenlijk ander vertrekpunt, en eigen toepassingsvoorwaarden. Zij zijn daarom niet inwisselbaar. Desalniettemin kunnen zich situaties voordoen waarin het afhangt van de sleutel waarin een zaak is gezet, dus de wijze waarop de vordering is ingestoken en onderbouwd, of toepassing wordt gegeven aan het ene dan wel het andere leerstuk,³⁶ al komt (zoals eerder uiteengezet, en de Hoge Raad tot uitdrukking bracht in de arresten *Nefalit/Karamus* en *Fortis/Bourgonje*) proportionele aansprakelijkheid minder snel voor toepassing in aanmerking; bij toepassing van dit leerstuk is (een grotere) terughoudendheid op zijn plaats, een (mate van) terughoudendheid waartoe de Hoge Raad nog niet heeft opgeroepen voor het leerstuk van kansschade.³⁷ Alhoewel het dogmatisch te onderscheiden, ter overbrugging van verschillende typen aansprakelijkheidskwesties geschreven, leerstukken betreft, zijn gevallen denkbaar waarin het slechts van de voor de procedure gekozen in steek afhangt welk van beide voor toepassing in aanmerking komt.

Zaak zelf afgedaan door Hoge Raad

Het siert de Hoge Raad, de enorme tragedie van deze zaak in ogenschouw genomen, de nabestaanden een geding na cassatie en verwijzing te besparen door op het punt van de causaliteit de zaak zelf af te doen (al ontnemt hij hun – om in de termen van de hier besproken materie te blijven – de kans op een gunstiger inschatting door het verwijzingshof, nu deze rechter misschien zou zijn uitgekomen op 15 of 20%). De Hoge Raad treedt hier op als feitenrechter in hoogste ressort, ter voortzetting van de met het cassatieberoep onderbroken appelinstantie.³⁸ Op die voet bepaalde hij hier het percentage van het kansverlies, tot welke feitelijke inschatting hij zich mede vrij achtte nu geen der partijen het hof verweet relevante

omstandigheden buiten beschouwing te hebben gelaten, dus geen nieuw feitenonderzoek hoefde plaats te vinden. Het is aan de Hoge Raad om, in de gevallen waarin hij hiertoe de ruimte heeft, te bepalen of hij de zaak wel of niet zelf zal afdoen; hij is daartoe niet verplicht. De aanleiding om dit hier te doen, ligt voor de Hoge Raad mede in ‘de lange tijd die inmiddels is verstreken sinds de gebeurtenissen rond Srebrenica in 1995 en de lange duur van de procedure (vanaf juni 2007) tot nu toe’. Gegeven de overige omstandigheden van het dramatische geval, waarop de Hoge Raad met het woord ‘mede’ het oog zal hebben gehad, is dit een alleszins begrijpelijke beslissing. De Hoge Raad ontnemt zich hiermee (gelet op de hem toegemeten discretionaire bevoegdheid) niet de ruimte om (om hem moverende redenen) in andere zaken – waarin zulks ingevolge artikel 420 en 421 Rv mogelijk zou zijn en waarin eveneens ten tijde van de behandeling in cassatie sinds de normschending in kwestie reeds een lange tijd is verstreken en de procedure al vele jaren loopt – de zaak niet zelf af te doen.

De Hoge Raad legt de hem met artikel 421 Rv geboden bevoegdheid om de zaak zelf af te doen betrekkelijk ruim uit.³⁹ Het moet dan wel, zo stelt artikel 421 Rv als voorwaarde, ‘een punt van ondergeschikt belang’ betreffen. De Hoge Raad vat dit vereiste, zo maakt hij met deze uitspraak duidelijk, (zo nodig) niet al te strikt op.⁴⁰ Naar de Hoge Raad met de beslissing de zaak ‘op het punt van de causaliteit zelf af te doen’ – voor betrokken partijen toch niet direct een onbetekenende kwestie – doet uitkomen, is deze voorwaarde betrekkelijk, en in ieder geval niet heel strikt. De Hoge Raad buigt die voorwaarde kennelijk enigszins bij naargelang de ernst van de zaak. Dit betreft een zaak van exceptionele dimensies. Naar mijn mening geeft dit arrest dan ook geen reden om beducht te zijn voor een veel frequentere afdoening door de Hoge Raad zelf in toekomstige (aansprakelijkheids)zaken.

Faro

Tot slot wil ik nog stilstaan bij de veroordeling tot betaling van kansschade in de *Faro*-zaak. Voor een bespreking van ook de andere facetten van het *Faro*-vonnis zij verwezen naar de informatieve noten van respectievelijk Blaauboer en Goldstein in *JA* 2020/71 en Jansen in *NTBR* 2020/4.

Ook hier wordt een schending van een zorgvuldigheidsnorm aangenomen. Naar het mij voorkomt, ligt die vooral in een voorbijgaan aan voor de Raad kenbare, in aanmerking te nemen, belangen van derden, eisers, en wel door met te veel stelligheid de zogeheten ‘windshear’, de plotselinge verandering in windsnelheid en windrichting, als primaire oorzaak van het ongeval, naar voren te (blijven) schuiven, ook tijdens een

36. In zoverre sluit ik mij aan bij Asser/Sieburg 6-II 2017/79, 81c en 81d.

37. Vgl. *Fortis/Bourgonje*, HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, *NJ* 2011/251, en de conclusie van A-G Spier voor HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237.

38. Vgl. Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 72015/300.

39. Vgl. Winters, in: *T&C Burgerlijke Rechtsvordering* 2020, art. 421 en HR 14 februari 2014, ECLI:NL:HR:2014:336, *NJ* 2014/118.

40. In dit verband kan ook worden gewezen op een uitspraak van lang geleden in een geheel ander type zaak, waarin het punt waarop de Hoge Raad de zaak zelf afdeed ook niet echt onbetekenend kon worden geacht, HR 16 juni 1939, ECLI:NL:HR:1939:174, *NJ* 1939/1044, en Asser Procesrecht/Korthals Altes & Groen 72015/300 hierover.

bijeenkomst met eisers in 1994, zonder hen te informeren over de andersluidende conclusies van de Portugese Onderzoeksraad, belast met het onderzoek, die de door de Raad aan de eisers overgebrachte zienswijze niet overnam in zijn rapport. De Portugese Onderzoeksraad zocht de oorzaak veeleer in menselijk (of technisch) falen.

Naar algemeen bekend is, leunen zowel slachtoffers als aansprakelijkgestelden dikwijls op bevindingen van een voor bepaalde gevallen tot onderzoek gehouden zelfstandig bestuursorgaan, zoals in dit geval de Raad voor de Luchtvaart, inmiddels opgegaan in de Onderzoeksraad voor de Veiligheid (hierna ook: de Raad). Dit orgaan van de Staat doet bijvoorbeeld ook verplicht onderzoek naar ernstige voorvallen waarbij Nederlandse schepen betrokken zijn. De conclusies over onder meer de schadeoorzaak zijn voor de bij het ongeval betrokken partijen van groot belang. In menige aansprakelijkheidsprocedure bedienen zij zich hiervan. Ofschoon het voornaamste doel van het onderzoek van dit zelfstandige bestuursorgaan is om nieuwe ongelukken te vermijden, mag het de kenbare belangen van derden, veelal de aangesproken partij en het slachtoffer, niet veronachtzamen. De Raad mag hiervoor zijn ogen niet sluiten. De aansprakelijk gestelde partij en het slachtoffer kunnen ook niet zomaar om de bevindingen van de Raad heen als die eenmaal openbaar zijn gemaakt; hij dient immers (op zo objectief mogelijke wijze) de toedracht van het ongeval te achterhalen. Aan die bevindingen kan door de rechter in een mogelijke aansprakelijkheidsprocedure (als partijen hiernaar verwijzen) veel gewicht worden toegekend, ook al dienen die een ander doel dan vaststelling van de aansprakelijkheid. Zij worden van belang geacht nu zij hierop uit de aard der zaak toch licht kunnen werpen, en gelden als gezaghebbend en 'objectief' (in de zin van niet ingegeven door de belangen van een der strijdende partijen). Al zouden partijen in staat zijn om hier een eigen onderzoek tegenover te stellen – wat om allerlei praktische of meer prozaïsche redenen, bijvoorbeeld bij gebrek aan middelen en capaciteit, voor in ieder geval menig slachtoffer niet het geval is –, dan nog komt in schikkingsonderhandelingen of een gerechtelijke procedure in voorkomend geval belang toe aan de zienswijze van de Raad over de veroorzaking van een ongeval. De Raad dient zich daarvan dan ook bij zijn optreden naar buiten bewust te zijn.

Bestaat voor de Raad reden om te twijfelen over (de eigen conclusie over) de schadeoorzaak, zoals hier het geval was nu de Portugese Onderzoeksraad een andere opvatting was toegegaan, dan past enige voorzichtigheid, dan kan het zaak zijn om de conclusie af te zwakken of om bevindingen te relativeren. De windshear blijven bestempelen als primaire oorzaak, te midden van veel aanwijzingen voor veroorzaking van het ongeluk door een menselijke fout, kan, zo maakt de rechtbank duidelijk, dan in strijd komen met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De Raad had, zo lees ik het vonnis, omzigtiger moeten opereren, niet tegenover de slachtoffers en nabestaanden, onder meer bij een

bijeenkomst, gelet op de hem bekende belangen, onverkort voormelde windstoot mogen (blijven) aanwijzen als de primaire oorzaak, en de afwijzing van deze conclusie door de Portugese Onderzoeksraad onvermeld mogen laten. Dit sluit, naar mijn mening, goed aan bij jurisprudentie van de Hoge Raad over derdenbescherming; te denken valt hierbij aan de – in een ander kader geweest – uitspraken van de Hoge Raad waarin werd verlangd rekening te houden met belangen van derden, zoals *Safe Haven*⁴¹ en *MeesPierson/Ten Bos*,⁴² maar ook in een verder verwijderd verband, *Vleesmeesters/Alog*,⁴³ *Compaen*⁴⁴ en *Staat/Fabricom*.⁴⁵ De onrechtmatigheid schuilt, naar mijn mening, niet zozeer in een verschil van inzicht tussen de Nederlandse en de Portugese Raad, belast met het onderzoek, als wel in het zich onvoldoende rekenschap geven van de belangen van de nabestaanden en slachtoffers, met name door de windshear als absolute oorzaak te blijven aanwijzen zonder te wijzen op de andersluidende bevindingen van de Portugese Onderzoeksraad (die deze conclusie niet deelde, en ook niet heeft overgenomen, en de windshear zelfs niet zag als 'contributing factor'). In het licht van de voorhanden informatie was dit te stellig, en daarmee onzorgvuldig, tegenover de nabestaanden en slachtoffers.

De rechtbank komt tot een door haar als klein, maar niet verwaarloosbaar, gekwalificeerde kans op een beter resultaat van 20%. Als de rechter bij een schatting van goede en kwade kansen uitkomt op 1:5, dan is de drempel voor kansschade – zo mag worden aangenomen en blijkt ook wel uit het *Srebrenica*-arrest – toch wel ruimschoots gehaald. De rechtbank neemt een verlies van een reële kans aan, terwijl de toenmalig advocaat van de nabestaanden en slachtoffers over het Portugese rapport beschikte, waarin de windvlaag niet als waarschijnlijke oorzaak werd aangemerkt. Naar het oordeel van de rechtbank zag hij weliswaar de bijdrage van een menselijke fout onder ogen en woog hij die ook mee bij zijn advisering, maar hechtte hij tegelijk toch veel belang aan voormelde weersomstandigheden, en met name aan de windshear. Bij advisering aan de nabestaanden en slachtoffers om hoger in te zetten en niet met de geboden bedragen akkoord te gaan, welk advies de nabestaanden en slachtoffers, aldus de rechter, in de hypothetische situatie zonder normschending zouden hebben opgevolgd, zou de kans op een beter onderhandelingsresultaat in de ogen van de rechtbank niet verwaarloosbaar zijn geweest. De bewuste advocaat zou – als de normschending achterwege zou zijn gebleven – zijn teruggevallen op het Portugese rapport, en dus veel sterker zijn uitgegaan van menselijk falen, zo luidt het oordeel van de rechtbank. De uitspraak van de rechtbank over de gemiste kans is, in mijn optiek, alleszins redelijk en begrijpelijk.

41. HR 23 december 2005, ECLI:NL:HR:2005:AU3713, NJ 2006/289, m.nt. Mok.

42. HR 19 juni 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2678, NJ 1999/288.

43. HR 24 september 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO9069, NJ 2008/587.

44. HR 14 juli 2017, ECLI:NL:HR:2017:1355, NJ 2017/364, m.nt. Tjong Tjin Tai.

45. HR 31 oktober 2014, ECLI:NL:HR:2014:3073, NJ 2014/509.

Afsluiting

Met deze uitspraken zit het leerstuk van kansschade steviger in het zadel. Toepassing van dit leerstuk bij schending van een zorgvuldigheidsnorm is niet uitgesloten. Een kanspercentage van 10% is in ieder geval niet verwaarloosbaar. Waar de ondergrens precies ligt, valt niet in algemene zin te bepalen. Dit zou mede kunnen afhangen van de aard en ernst van de normschending en de aard van de schade. De Hoge Raad laat zich hier, in zijn moedige uitspraak waarin hij de Staat aansprakelijk houdt voor verlies van een kans van 10% om uit handen te blijven van de Bosnische Serviërs, niet over uit.

Voor een bespreking van het *Srebrenica*-arrest vanuit een IPR-perspectief kan ook worden gewezen op de noot van Ryngaert in *NJ* 2019/356, alwaar ook het heldere commentaar van Spier op deze uitspraak is opgenomen.

Mr. J. den Hoed