

De bruikbaarheid van de theorie  
van verlies van een kans bij informed  
consent zaken.

## Inhoudsopgave

<b>1. Inleiding</b> .....	<b>4</b>
<b>2. Civiele medische aansprakelijkheid</b> .....	<b>8</b>
2.1 WBGO .....	8
2.2 Informatieplicht .....	9
2.3 Toestemmingsvereiste.....	11
2.4 Informed consent (schending) .....	12
2.5 Bewijslastverdeling .....	12
2.5.1 De fout .....	13
2.5.2 Causaal verband .....	15
2.6 Beschouwing .....	17
<b>3. Proportionele aansprakelijkheid</b> .....	<b>19</b>
3.1 Veroorzakingswaarschijnlijkheid .....	19
3.2 Theorie van verlies van een kans .....	20
3.3 Toepassing van de theorie van verlies van een kans.....	22
3.4 De theorie van verlies van een kans bij medische informed consent zaken .....	25
3.4.1 Toepassing van de theorie bij medische informed consent zaken .....	25
3.4.2 Bezwaren tegen toepassing van de theorie van verlies van een kans .....	26
3.4.3 Beschouwing.....	29
<b>4. Aansprakelijkheid in de financiële sector</b> .....	<b>30</b>
4.1 Ingewikkelde financiële producten .....	30
4.2 Zorgplichten.....	32
4.3 Informed Consent (schending).....	35
4.4 Bewijslastverdeling .....	36
4.4.1 De fout .....	36
4.4.2 Causaal verband .....	37

4.4.3 Theorie van verlies van een kans.....	39
4.5 Aandelenlease-affaire.....	40
4.6 Beschouwing.....	43
<b>5. Conclusie.....</b>	<b>49</b>
<b>6. Aanbeveling.....</b>	<b>51</b>
<b>Literatuurlijst.....</b>	<b>54</b>

## 1. Inleiding

Zoals bekend speelt het ‘causale verband’ een belangrijke rol binnen het civiele aansprakelijkheidsrecht. Wanneer iemand aansprakelijk wordt gesteld is het over het algemeen aan de eisende partij om het *conditio sine qua non*-verband aan te tonen.<sup>1</sup> Aangetoond zal moeten worden dat er een direct oorzakelijk verband bestaat tussen enerzijds de schadeveroorzakende gebeurtenis, en anderzijds de schade zelf. In het merendeel van de gevallen zal dit geen al te grote problemen opleveren. Veel situaties zijn niet al te complex waardoor het oorzakelijk verband betrekkelijk eenvoudig is vast te stellen. Echter in sommige situaties is het voor de eiser erg moeilijk, zo niet onmogelijk, om het *conditio sine qua non*-verband aan te tonen. In die gevallen is het verband dat moet bestaan tussen een gebeurtenis aan de ene kant, en de schade aan de andere kant, niet eenvoudig te bewijzen. Het gaat dan om situaties waarin het onzeker is hoe de zaken ervoor zouden staan zonder de gebeurtenis welke aanleiding is voor de gehele procedure.

Dit is terug te zien in het volgende voorbeeld. Stel een patiënt met ernstige rugproblemen komt bij de specialist voor een onderzoek naar zijn klachten. Uit dit onderzoek blijkt dat er sprake is van een misvormde ruggengraat waardoor de patiënt onder andere last heeft van een verminderde longfunctie. De specialist verwijst de hulpzoekende door naar een orthopedisch chirurg en deze adviseert een operatieve ingreep aan de wervelkolom. De chirurg deelt niets mee over eventuele grote risico's die een dergelijke operatie met zich meebrengt. De patiënt stemt dan ook in met de voorgestelde behandeling, echter de operatie verloopt niet zoals gewenst. Na afloop van de operatie blijkt dat er sprake is van een totale dwarslaesie.<sup>2</sup> De patiënt besluit hierop over te gaan tot aansprakelijkheidsstelling van de chirurg.

Voor een patiënt als in het voorbeeld staan verschillende mogelijkheden open om de chirurg aansprakelijk te stellen. Er zal bij dit voorbeeld echter van uit worden gegaan dat er geen sprake is van een kunstfout van de orthopedische chirurg. Voor een dergelijke fout zal er dan ook geen succesvolle procedure tot vordering van schadevergoeding kunnen worden gestart. Echter, het is eventueel wel mogelijk om de chirurg aan te spreken voor schending van zijn informatieplicht. De chirurg heeft namelijk geen informatie gegeven over de risico's die de behandeling met zich meebracht. Hierdoor heeft de patiënt toestemming gegeven voor een behandeling zonder dat hij hierover volledig was geïnformeerd. De chirurg heeft, kort gezegd, niet voldaan aan zijn ‘informed consent’ verplichting. Het niet voldoen van de chirurg aan deze

---

<sup>1</sup> Zie art. 150 Rv.

<sup>2</sup> Dit voorbeeld is afgeleid uit de zaak: HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387.

wettelijk vastgestelde plicht kan dan ook als grond dienen voor een vordering tot schadevergoeding.<sup>3</sup> Indien de chirurg aansprakelijk zal worden gesteld door de patiënt zal deze patiënt het causale verband moeten aantonen.<sup>4</sup> Hij zal het *conditio sine qua non*-verband dienen aan te tonen tussen de schending van de informatieplicht en de dwarslaesie. Dit komt erop neer dat hij dient aan te tonen dat hij, indien afdoende geïnformeerd, een andere keus gemaakt zou hebben ten opzichte van de operatie dan die hij nu heeft gemaakt. Hij zal moeten bewijzen dat hij in dat geval van de operatie had afgezien of mogelijk voor een andere behandeling had gekozen. Dit is echter moeilijk vast te stellen en erg onzeker. De bewijsplicht die op de patiënt rust is zeer zwaar. Als gevolg hiervan zal een patiënt als deze er in veel gevallen niet in slagen om aan zijn bewijsplicht te voldoen. Hierdoor zien maar weinig requiranten, die in vergelijkbare situaties zitten, hun vordering tot schadevergoeding slagen en blijft schending van *informed consent* verplichtingen door hulpverleners in veel gevallen ongesanctioneerd.<sup>5</sup>

En stel nu dat het in het zojuist gegeven voorbeeld niet ging om een chirurg en een patiënt, maar om een financieel adviseur van een bank en één van zijn cliënten. De financieel adviseur adviseert zijn cliënt over het al dan niet afsluiten van een hypotheek. De cliënt besluit, overtuigd door zijn adviseur, om samen met de hypotheek een levens- en arbeidsongeschiktheidsverzekering af te sluiten. Om deze verzekeringen, in de vorm van een koopsompolis, te bekostigen wordt de hypotheek opgehoogd. De cliënt is in eerste instantie tevreden met de situatie maar dit verandert enkele jaren later. De lasten zijn, met name als gevolg van de afgesloten verzekeringen, zo hoog geworden dat de cliënt zijn huis dient te verkopen met als gevolg dat hij veel schade lijdt. Over deze lastenstijgingen en de gehele ontstane situatie is de cliënt echter totaal niet geïnformeerd door de bank. De cliënt wil nu schadevergoeding zien van de bank en start een procedure. Hij is van mening dat de bank onrechtmatig heeft gehandeld aangezien hij onvolledig en onjuist is geïnformeerd bij het afsluiten van de hypotheek.<sup>6</sup>

Na de aansprakelijkheidsstelling zal de bewijslast, net als in het vorige voorbeeld, bij de eisende partij rusten. De vraag is hier dus, evenals bij de zaak tussen de patiënt en de chirurg, of het de cliënt zal lukken om *causaal* verband aan te tonen tussen enerzijds het (mogelijke) schenden van een informatieplicht door de financieel adviseur en anderzijds de door hem opgelopen schade. Opnieuw zal er door de eisende partij moeten worden aangetoond dat hij

---

<sup>3</sup> Zie art. 7:448 jo 7:450 BW

<sup>4</sup> De bewijsplicht rust in principe namelijk op de eisende partij, zie art. 150 RV.

<sup>5</sup> De Ridder 2006, p. 220-224; Kroes 2007, p. 160-161; De Ridder 2008, p. 120-122

<sup>6</sup> Zie voor een uitgebreider voorbeeld paragraaf 4.1.

van iets, het sluiten van de verzekeringen en de hypotheek, zou hebben afgezien indien hij wel afdoende geïnformeerd was. Dit is een erg lastige opgave, en in verschillende gevallen zal een eisende partij die in een vergelijkbare situatie zit er dan ook niet in slagen het causale verband te bewijzen.

Uit beide voorbeelden blijkt dat er bij informed consent zaken problemen kunnen ontstaan bij het bewijzen van het causale verband. Voor een eisende partij is het moeilijk om aan te tonen dat hij een bepaalde keuze niet zou hebben gemaakt indien de wederpartij wel aan zijn informed consent verplichting zou hebben voldaan. Deze problemen kunnen, zo blijkt tevens uit de voorbeelden, onder andere hun oorsprong vinden in de medische praktijk en in de financiële sector. In deze scriptie wil ik voor deze causaliteitsproblemen een oplossing zoeken. Een mogelijke oplossing is de zogenaamde proportionele aansprakelijkheid. Binnen de literatuur, en steeds vaker ook binnen de rechtspraak, duikt dit begrip op indien problemen rond de vaststelling van het causale verband worden besproken of opgelost. Dit leerstuk kan ervoor zorgen dat procedures waarin schadevergoeding wordt geëist niet onnodig stuklopen op problemen rond het vaststellen van het causale verband. In hoeverre de proportionele aansprakelijkheid kan worden gezien als een geschikte oplossing voor dergelijke causaliteitsproblemen is echter nog de vraag. Mede doordat het toepassingsbereik van de proportionele benadering nog onduidelijk is

In deze scriptie zal onderzocht worden of de proportionele aansprakelijkheid daadwerkelijk een geschikte oplossing is voor de causaliteitsproblemen zoals deze uit de voorbeelden naar voren komen. Er zal zowel aandacht worden besteed aan informed consent zaken uit de medische praktijk, als aan zaken uit de financiële dienstverlening. Bekeken zal worden of het aanbeveling verdient om de proportionele aansprakelijkheid, en dan specifiek de theorie van verlies van een kans,<sup>7</sup> toe te passen indien niet wordt voldaan aan informed consent verplichtingen binnen zowel het civiele medische aansprakelijkheidsrecht als in de financiële sector. Onderzocht zal worden of de theorie van verlies van een kans geschikt is om de causaliteitsproblemen binnen beide gebieden te verhelpen. Uiteindelijk zal ik antwoord proberen te geven op de volgende probleemstelling:

Verdient toepassing van de theorie van verlies van een kans bij informed consent zaken in zowel het civiele medische aansprakelijkheidsrecht als in de financiële sector aanbeveling?

---

<sup>7</sup> De verlies van een kans theorie is een van de theorieën die onder de noemer 'proportionele aansprakelijkheid' valt. Bij informed consent zaken is de keuze voor deze theorie het meest voor de hand liggend, zie hoofdstuk 3.

Om antwoord te geven op deze vraag zal ik me toelagen op literatuur- en jurisprudentieonderzoek. Allereerst zal ik proberen een goed beeld te schetsen van de manier waarop de informatieplicht van artsen is vormgegeven en de problematiek die hiermee gepaard gaat. Ik zal me dan met name toelagen op de problemen die spelen rond de bewijsvoering. Hiervan zal verslag worden gedaan in hoofdstuk 2. Vervolgens zal in hoofdstuk 3 de proportionele aansprakelijkheid, en dan met name de theorie van verlies van een kans, uiteen worden gezet. Er zullen dwarsverbanden worden gelegd door te onderzoeken of de proportionele benadering zoals deze naar voren komt van waarde kan zijn ter oplossing van de geconstateerde problemen uit hoofdstuk 2. Hierop volgend zullen in hoofdstuk 4 de informatieverplichtingen in de financiële sector worden blootgelegd. In dit hoofdstuk zal worden onderzocht of er causaliteitsproblemen ontstaan indien financiële dienstverleners niet voldoen aan op hun rustende informed consent verplichtingen. Tevens zal er worden onderzocht of de proportionele aansprakelijkheid in dat geval een bruikbare oplossing is om de mogelijke causaliteitsproblemen te voorkomen. Dit alles zal uiteindelijk uitmonden in een conclusie in hoofdstuk 5 waarin antwoord zal worden gegeven op de hierboven weergegeven probleemstelling. In hoofdstuk 6 zal vervolgens worden bekeken of er algemene factoren kunnen worden benoemd aan de hand waarvan kan worden bepaald in welke gevallen toepassing van de theorie van verlies van een kans aanbeveling verdient.

## 2. Civiele medische aansprakelijkheid

In de inleiding is een voorbeeld gegeven van een zaak binnen het medische aansprakelijkheidsrecht waarin een vordering van schadevergoeding spaak loopt vanwege bewijsproblemen. Deze en dergelijke zaken staan in dit hoofdstuk centraal. De bewijsproblemen zoals die in het voorbeeld naar voren komen zullen hier uitgebreid worden besproken. Om een volledige weergave van de stand van zaken te kunnen geven zal er in dit hoofdstuk allereerst aandacht worden besteed aan de plichten die een hulpverlener ten opzichte van zijn patiënt heeft. Duidelijk wordt waaraan een hulpverlener volgens de wet precies moet voldoen. Vervolgens wordt de manier besproken waarop een patiënt zijn arts aansprakelijk kan stellen indien deze niet aan zijn verplichtingen voldoet. Hierbij zullen bewijsproblemen aan het licht komen, welke zullen worden toegelicht.

### 2.1 WGBO

Al sinds de jaren zeventig wordt er binnen de politiek gesproken over de rechtspositie van de patiënt. De vraag was of deze positie versterkt diende te worden. De gedachte was dat het wenselijk zou zijn indien verschillende aspecten van de rechtspositie van de patiënt extra zouden worden gewaarborgd.<sup>8</sup> Hierbij ging het onder andere om het recht van een patiënt op inlichtingen over diagnose, behandeling en onderzoek, het recht op inzage van de gegevens die de hulpverlener omtrent de patiënt ter beschikking staat en bescherming van de persoonlijke levenssfeer. Tevens diende er aandacht te worden besteed aan de eis dat een patiënt toestemming dient te geven voor het uitvoeren van geneeskundige handelingen.<sup>9</sup> Ter bescherming van deze aspecten werd gepleit voor een wettelijke regeling, die er na lange tijd ook kwam. Op 1 april 1995 trad de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO) in werking, welke terug is te vinden in afdeling 5 van titel 7 van boek 7 van het BW.<sup>10</sup>

De WGBO regelt de juridische aspecten in de relatie tussen een hulpverlener en een patiënt. De wet geldt zowel in die gevallen dat er een behandelingsovereenkomst tussen beide partijen is, zie art. 7:446 BW, als in die gevallen dat dat niet zo is, zie art. 7:464 BW. Art. 7:464 zorgt er als schakelbepaling namelijk voor dat de bepalingen van de WGBO en artikelen 404, 405 lid 2 en 406 van overeenkomstige toepassing zijn indien er geen sprake is van een contractuele situatie, en er dus geen behandelingsovereenkomst is.<sup>11</sup> Op grond van de wet dient de hulpverlener zich dan ook in alle gevallen te houden aan de norm van goed

<sup>8</sup> *Kamerstukken II 1989/1990*, 21 561, nr. 3 p. 1; Sluijters & Biesart 2005, p. 1.

<sup>9</sup> *Kamerstukken II 1989/1990*, 21 561, nr. 3 p. 2.

<sup>10</sup> Kroes 2007, p. 160.

<sup>11</sup> Engberts, Kalkman-Bogerd & Hendriks 2006, p. 16; Sluijters & Biesart 2005, p. 137-142.



hulpverlenerschap.<sup>12</sup> Hiermee wordt bedoeld dat hij of zij zich dient te gedragen met inachtneming van de zorgvuldigheid van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot.<sup>13</sup> Dit houdt onder andere in dat de hulpverlener bepaalde verplichtingen heeft ten opzichte van zijn patiënt. De patiënt kan aanspraak maken op deze op de hulpverlener rustende plichten. Twee van deze plichten zijn de informatieplicht en het toestemmingsvereiste, welke allebei zijn opgenomen in de WGBO. Deze twee plichten vallen samen in het begrip 'informed consent'.<sup>14</sup> In de volgende twee paragrafen zullen beide plichten afzonderlijk worden toegelicht.

## 2.2 Informatieplicht

Eén van de belangrijkste rechten van de patiënt is het recht op informatie. Deze is in de WGBO opgenomen als een plicht aan de kant van de hulpverlener zie art. 7:448 BW. Vóór 1970 werd het over het algemeen nog aan de hulpverlener overgelaten om te beslissen of hij wel of geen informatie gaf. Inmiddels zijn de zaken echter sterk veranderd. De beslissingsvrijheid van de arts op dit gebied is steeds verder ingeperkt.<sup>15</sup> De grondslag voor de informatieplicht ligt met name in het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt.<sup>16</sup> Alleen indien een patiënt voldoende op de hoogte is van alle omstandigheden en mogelijkheden kan hij zelf bepalen wat volgens hem het beste is in zijn eigen individuele geval. Indien een patiënt niet voldoende geïnformeerd wordt is hij niet in staat om zijn zelfbeschikkingsrecht op een voor hem juiste en bevredigende wijze uit te oefenen. Daarnaast is de informatieplicht als het ware de voedingsbodem bij het op een correcte manier aanspreken van andere rechten. Zo zou het moeten geven van toestemming door een patiënt voorafgaand aan een behandeling, wat voortvloeit uit het toestemmingsvereiste, slechts een lege huls zijn indien het uitspreken van de toestemming niet wordt voorafgegaan door een informatieoverdracht. Want hoe weet men anders immers waar men toestemming aan geeft?<sup>17</sup> Zonder het geven van informatie komen, zoals verschillende auteurs aangeven, zelfs de uitvoering van grondwettelijk gewaarborgde rechten zoals de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Grondwet) en de onaantastbaarheid van het lichaam (art. 11 Grondwet) in het geding.<sup>18</sup>

De in art. 7:448 BW neergelegde informatieplicht luidt als volgt: 'De hulpverlener licht de patiënt op duidelijk wijze, en desgevraagd schriftelijk in over het voorgenomen onderzoek en de voorgestelde behandeling en over de ontwikkelingen omtrent het onderzoek, de behandeling en

---

<sup>12</sup> Zie art. 7:453 BW.

<sup>13</sup> Meyst-Michels 2007, p. 293-294, 298-300.

<sup>14</sup> Sluijters & Biesart 2005, p. 18.

<sup>15</sup> Gevers 2003, p. 63-65.

<sup>16</sup> Leenen, Gevers & Legemaate 2007, p. 189-190; Giard 2005, p. 134-135.

<sup>17</sup> Leenen, Gevers & Legemaate 2007, p. 189-190.

<sup>18</sup> Hendrix & Akkermans 2007, p. 498-499.

de gezondheidstoestand van de patiënt'. Het is dus aan de dienstdoende arts om de patiënt op een duidelijke manier te informeren. Uit jurisprudentie blijkt dat dit tevens betekent dat het informeren tijdig en rustig moet plaatsvinden. Daarnaast moet de arts onderzoeken of de informatie ook begrepen wordt, en mag hij niet meteen aannemen dat dit inderdaad het geval is.<sup>19</sup>

Dan is er nog de vraag over welke informatie het gaat. Wat is de inhoud van de informatie die moet worden doorgegeven? Art. 7:448 lid 2 BW geeft voor beantwoording van deze vraag al enkele richtlijnen. De hulpverlener dient informatie te geven over onder andere het voorgenomen onderzoek en de behandelingen die hij noodzakelijk acht. Daarbij dient hij ook de risico's te bespreken, net als de vooruitzichten met betrekking tot de gezondheid van de patiënt als gevolg van de voorgestelde behandelingen en de mogelijke alternatieve methoden van onderzoek of behandeling die er zijn. Bij dit alles dient de hulpverlener zich te laten leiden door wat de patiënt 'redelijkerwijze' dient te weten van al deze aspecten.

Hoe deze richtlijnen uit de wet uitwerken in de praktijk valt op te maken uit de literatuur en jurisprudentie. Met name met betrekking tot de vraag over welke risico's nu wel en niet moet worden geïnformeerd is veel jurisprudentie verschenen. De grote lijn is dat een hulpverlener niet verplicht is een patiënt te informeren over zeer kleine risico's. Zie bijvoorbeeld het arrest van het Hof Arnhem van 27 juli 1999, waarin het ging om een operatie aan de knie.<sup>20</sup> Volgens het hof waren de kansen op amputatie zo klein dat er niet van de artsen kon worden verlangd dat zij hierop zouden wijzen. Zij waren echter wel gehouden te wijzen op de kans dat een infectie zou kunnen ontstaan aangezien deze mogelijkheid aanzienlijk groter was. Een ander voorbeeld is een oude zaak waarin het ging om een laserbehandeling van het oog, waarbij de patiënt blijvende gedeeltelijke blindheid opliep.<sup>21</sup> Het oordeel van het hof was dat het risico zo gering was dat hierover niet hoefde te worden geïnformeerd.<sup>22</sup> De grote lijn is dus dat over zeer geringe risico's niet hoeft te worden geïnformeerd. Indien er echter sprake is van risico's met mogelijk zeer ingrijpende gevolgen kan dit weer anders liggen. In dat geval zal ook bij zeer geringe risico's mogelijk geïnformeerd moeten worden.<sup>23</sup>

Naast de grootte van de risico's is ook de noodzaak van de ingreep van belang. Indien de behandeling medisch gezien niet noodzakelijk is dient er door de arts meer informatie te worden verstrekt.<sup>24</sup> Risico's die anders van weinig belang waren kunnen dat nu wel zijn,

---

<sup>19</sup> Gevers 2003, p. 66.

<sup>20</sup> Hof Arnhem 27 juli 1999, *NJ* 2000, 95.

<sup>21</sup> Zie voor voorbeelden: Kastelein 1998, p. 139-142; Gevers 2003, p. 68-71.

<sup>22</sup> Hof Amsterdam 19 januari 1995, *TvGR* 1998, p. 162.

<sup>23</sup> Kastelein 1998, p. 139.

<sup>24</sup> Sluijters & Biesart 2005, p. 25; Dongen & Kramer 2004, p. 67; Engberts, Kalkman-Bogerd & Hendriks 2006, p. 21.

aangezien er nu werkelijk een keus kan worden gemaakt met betrekking tot de ingreep. Andere aspecten welke van belang zijn voor de omvang van de informatieplicht zijn de mate van ingrijpendheid van de voorgenomen behandeling, de aanwezige alternatieven en de vraag of het om een ingreep gaat met een experimenteel karakter. Indien het om een zeer ingrijpende of experimentele ingreep gaat is er sprake van een verscherpte informatieplicht. Over alternatieven zal de arts met name moeten informeren als het daadwerkelijk gaat om reële opties.<sup>25</sup>

De scherpste van de informatieplicht verschilt dus sterk van geval tot geval. De omstandigheden zijn leidinggevend bij het antwoord op de vraag waarover geïnformeerd moet worden. Er dient wel op gewezen te worden dat er ook uitzonderingen zijn op de informatieplicht. In sommige gevallen mag of moet de hulpverlener zich volgens de wet onthouden van het geven van informatie. Zie art. 7:448 lid 3 BW, waarin wordt bepaald dat geen informatie hoeft te worden gegeven indien dit ernstig nadeel voor de patiënt zal opleveren. Dit wordt ook wel de therapeutische exceptie genoemd.<sup>26</sup> Hierbij moet bijvoorbeeld gedacht worden aan de situatie waarbij een patiënt zich in een labiele psychische toestand bevindt.<sup>27</sup> Een andere uitzondering vormt art. 7:449 BW, het recht om niet te weten. Wanneer een patiënt aangeeft geen inlichtingen te willen ontvangen hoeven deze, behalve indien hier ernstig nadeel uit voortvloeit, niet te worden gegeven. Deze uitzondering doet zich bijvoorbeeld voor bij voorspellende tests over mogelijke erfelijke ziekten.<sup>28</sup>

### **2.3 Toestemmingsvereiste**

Naast de informatieplicht kent de wet het toestemmingsvereiste. Voordat een patiënt wordt behandeld of onderzocht door een arts, dient hij hiervoor toestemming te geven. Het gaat hierbij niet om de toestemming voor het aangaan van de eerder genoemde geneeskundige behandelingsovereenkomst, maar voor de specifieke medische handelingen, zie art. 7:450 BW. In principe dient deze toestemming altijd door de patiënt te worden gegeven. Hier zijn wel enkele uitzonderingen op. Zo bepaalt art. 7:466 lid 2 BW dat er geen toestemming gevraagd hoeft te worden indien een verrichting niet ingrijpend is. Ook hoeft geen toestemming te worden gevraagd bij therapeutische exceptie. Art. 7:466 lid 2 BW geeft daarnaast een uitzondering voor die gevallen waarin er geen tijd is om toestemming te vragen, omdat behandeling direct nodig is ter voorkoming van ernstig nadeel. Een andere uitzonderingssituatie doet zich voor als er tijdens een operatie, waarvoor toestemming is gegeven, wordt ontdekt dat er een andere

---

<sup>25</sup> Gevers 2003, p. 70-73.

<sup>26</sup> Leenen, Gevers & Legemaate 2007, p. 198-199; Gevers 2003, p. 75.

<sup>27</sup> *Kamerstukken II* 1989/1990, 21 561, nr. 3 p. 30.

<sup>28</sup> Gevers 2003, p. 76-77.

ingreep nodig is dan waarover de toestemming zich uitstrekte. Indien men dit niet had kunnen voorzien is, afhankelijk van de omstandigheden, verder ingrijpen zonder toestemming toegestaan.<sup>29</sup>

## **2.4 Informed consent (schending)**

Het toestemmingsvereiste is sterk afhankelijk van de besproken informatieplicht. Zonder informatie weet een patiënt immers niet waarover zijn toestemming zich uitstrekt. Het nauw samenhangen van het toestemmingsvereiste en de informatieplicht wordt aangeduid met het begrip 'informed consent'. Oftewel, het geven van toestemming is alleen geldig indien zij door een afdoende geïnformeerde persoon is gegeven.<sup>30</sup> Een arts kan dan ook pas overgaan tot een onderzoek of behandeling indien er sprake is van geïnformeerde toestemming van de desbetreffende patiënt.

Maar wat nu als de arts niet aan zijn plichten voldoet? De patiënt zal in dat geval de arts aansprakelijk kunnen stellen voor het niet voldoen aan zijn informed consent verplichting. Het niet voldoen van de chirurg aan deze plicht kan als grond dienen voor een vordering tot schadevergoeding. Vraag is waarop deze vordering gebaseerd kan worden. Het meest voor de hand ligt hierbij dat gekozen wordt voor een actie uit wanprestatie, oftewel het niet nakomen van een verbintenis zie art. 6:74 BW. Er is namelijk, in de meeste gevallen, sprake van een behandelingsovereenkomst tussen de arts en de patiënt zie art. 7:446 BW. Zodra een hulpbehoevende van mening is dat een arts tekort is geschoten in zijn prestatie ter nakoming van deze overeenkomst, kan hij of zij dan ook een beroep doen op art. 6:74 BW. De patiënt uit het voorbeeld in de inleiding zal dit dus ook kunnen doen. De vordering zal vanzelfsprekend ook kunnen worden gebaseerd op art. 6:162 BW, de onrechtmatige daad.<sup>31</sup> In beide gevallen, zowel bij de wanprestatie als bij de onrechtmatige daad, zal het aan de patiënt zijn om aan te tonen dat de hulpverlener niet de zorg van een goed hulpverlener in acht heeft genomen, zie art. 7:453 BW. De WGBO is immers door de eerder genoemde schakelbepaling van art. 7:464 BW ook van toepassing in buitencontractuele situaties. Effectief gezien maakt het dan ook geen verschil of de vordering tot schadevergoeding wordt geënt op de onrechtmatige daad dan wel de wanprestatie.

## **2.5 Bewijslastverdeling**

Indien een patiënt overgaat tot het vorderen van schadevergoeding vanwege een informed consent schending ontstaan er vragen omtrent de bewijslastverdeling. Vraag is welke partij wat

---

<sup>29</sup> Leenen, Gevers & Legemaate 2007, p. 203-206.

<sup>30</sup> Gevers 2003, p. 63.

<sup>31</sup> Giard 2005, p. 117-118.

zal moeten bewijzen. In deze paragraaf zal worden besproken wie de bewijslast draagt ten opzichte van de fout van de hulpverlener en het causale verband. Aan de schade zal verder, vanwege het geringe belang voor beantwoording van de probleemstelling, worden voorbijgegaan.

### **2.5.1 De fout**

Zoals gezegd is de volgende vraag wie er wat zal moeten bewijzen indien er een procedure wordt gestart waarbij een arts of chirurg aansprakelijk wordt gesteld voor zijn of haar handelen. Art. 150 Rv bepaalt dat degene die stelt dat de arts of chirurg niet de zorg van een goed hulpverlener in acht heeft genomen dit ook zelf zal moeten bewijzen. Art. 150 Rv bepaalt letterlijk dat: 'De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere regeling van de bewijslast voortvloeit'. Bij een informed consent zaak is het dan ook aan de patiënt die van mening is dat de hulpverlener niet aan zijn informatieplicht heeft voldaan om dit zelf te bewijzen.<sup>32</sup> De patiënt zal zelf aan dienen te tonen dat de hulpverlener niet heeft voldaan aan art. 7:453 BW. Hij zal dus moeten bewijzen, aangezien het om een informed consent zaak gaat, dat de hulpverlener waar het in kwestie om gaat niet aan de informatieplicht van art. 7:448 BW heeft voldaan. Indien hem dit lukt, kan er van worden uitgegaan dat de hulpverlener niet heeft gehandeld met de zorgvuldigheid van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot, en dus niet heeft voldaan aan de norm van art. 7:453 BW.<sup>33</sup>

Het zal voor de eisende partij echter niet eenvoudig zijn om het bewijs te leveren. Immers de patiënt zal bij informed consent zaken, en ook bij zaken waarin het echt gaat om medische kunstfouten, alle omstandigheden en gebeurtenissen dienen weer te geven. Aangezien alles speelt omtrent geneeskundige behandelingen zal dit voor de eisende partij, die in het overgrote merendeel van de gevallen een leek op het gebied van de geneeskunde is, niet meevallen. Met name in die zaken waarbij de patiënt moet bewijzen dat er een medische kunstfout is gemaakt door de behandelende arts of chirurg, zal hem dit voor grote problemen stellen.

De Hoge Raad is de eisende partij dan ook tegemoet gekomen. Zij heeft de bewijslast van de patiënt verlicht door aan de arts een aanvullende oftewel verzwaarde stelplicht op te leggen, zie het arrest Timmer/Deutman van de Hoge Raad van 20 november 1987.<sup>34</sup> In dit

---

<sup>32</sup> Giard 2005, p. 123; Kastelein 1998, p. 134-136; Meyst-Michels 2007, p. 299.

<sup>33</sup> Meyst-Michels 2007, p. 293-294, 298-300.

<sup>34</sup> HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 (Timmer/Deutman).

arrest bepaalde de Hoge Raad dat indien een arts betwist dat hij een behandelfout heeft gemaakt, terwijl een patiënt dit stelt, er een verzwaarde stelplicht rust op deze arts. Dit wil volgens de Raad zeggen, zie r.o. 3.4, dat van de arts wordt verlangd dat hij: 'voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt ten einde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen'. De arts zal dus informatie moeten verstrekken zodat de eisende partij in zijn bewijspositie tegemoet wordt gekomen. Het is alleen niet altijd precies duidelijk wanneer nu aan deze stelplicht wordt voldaan.<sup>35</sup> De arts moet in ieder geval nauwkeurig verslag doen van de gebeurtenissen en zijn optiek hierop weergegeven. Uit een arrest van de Hoge Raad uit 2001 blijkt dat dit onder andere kan inhouden dat operatie- en anesthesieverslagen ter beschikking worden gesteld.<sup>36</sup> Dit kan tevens gelden voor het medisch dossier.<sup>37</sup>

De gegevens die de eisende partij krijgt van de arts op grond van de verzwaarde stelplicht zijn vanzelfsprekend van groot belang voor zijn zaak. Indien een arts niet voldoet aan deze plicht kan er dan ook bewijslastomkering volgen. Zo werd in het arrest Schepers/De Bruijn van 18 februari 1994<sup>38</sup> bepaald dat inzage in het medische dossier onvoldoende was om te voldoen aan de verzwaarde stelplicht (aangezien er een aantekening ontbrak), met als gevolg dat de bewijslast bij de arts kwam te liggen.<sup>39</sup> Een nog zwaardere sanctie op het niet voldoen aan de stelplicht door de arts is dat de stelling van de eiser, als zijnde niet betwist, vast komt te staan waardoor verdere bewijsvoering niet meer nodig is.<sup>40</sup>

Bij de voorgaande overwegingen over de bewijsplicht met betrekking tot de informatieschending dient wel een kanttekening te worden geplaatst. Giesen geeft in enkele van zijn bijdragen namelijk aan dat hij van mening is dat de bewijsplicht bij informed consent zaken op grond van art. 150 Rv niet op de patiënt rust, maar op de arts.<sup>41</sup> Hij komt tot deze bewering door te stellen dat het geven van geïnformeerde toestemming het ingrijpen van de arts rechtvaardigt. De toestemming is dan ook te zien als een rechtvaardigingsgrond die de arts bevrijdt van zijn aansprakelijkheid. Indien er nu een procedure wordt gestart tegen een arts, is het dan ook aan de arts om, op grond van art. 150 Rv, te bewijzen dat er sprake was van een rechtvaardigingsgrond voor zijn ingrepen. Dit houdt volgens Giesen dus in dat de arts moet bewijzen dat de patiënt afdoende geïnformeerd was, en dat op hem de bewijslast rust. Echter

---

<sup>35</sup> Meyst-Michels 2007, p. 295-297.

<sup>36</sup> HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 615 (Anesthesie).

<sup>37</sup> Giard 2005, p. 123.

<sup>38</sup> HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 368 (Schepers/de Bruijn).

<sup>39</sup> Meyst-Michels 2007, p. 295-297.

<sup>40</sup> Giesen 1999, p. 22-23.

<sup>41</sup> Giesen 1999, p. 35-37; Giesen 2003, p. 14-15.

Giesen geeft zelf al aan dat het maar de vraag is of dit in Nederland geldig recht is.<sup>42</sup> Waar de lagere rechtspraak ten dele dit standpunt lijkt in te nemen, doet de Hoge Raad dat vooralsnog niet.<sup>43</sup>

Vooralsnog dient er dan ook van te worden uitgegaan dat de bewijslast op grond van art. 150 Rv op de patiënt rust, en dat het niet eenvoudig zal zijn voor de patiënt om de schending aan te tonen. Concluderend kan in ieder geval worden gesteld dat de bewijspositie van de patiënt door de aanvullende stelplicht enigszins wordt verlicht. De aanvullende stelplicht gaat daarnaast niet alleen op in zaken waarbij schadevergoeding wordt geëist vanwege een medische kunstfout, maar ook indien een arts aansprakelijk wordt gesteld omdat hij niet aan zijn informatieplicht zou hebben voldaan.<sup>44</sup>

### **2.5.2 Causaal verband**

De patiënt zal als eisende partij niet alleen moeten bewijzen dat de arts niet heeft voldaan aan de norm van goed hulpverlenerschap. Daarnaast dient er aangetoond te worden dat er causaal verband bestaat tussen de schade en het niet voldoen van de hulpverlener aan diezelfde norm.<sup>45</sup> De bewijslast hiervoor ligt opnieuw bij de eiser op grond van art. 150 Rv.<sup>46</sup> Het bewijzen van het causale verband brengt echter grote moeilijkheden met zich mee, die in deze paragraaf zullen worden besproken.

Het causale verband speelt rond de vaststelling van de aansprakelijkheid. De partij die schadevergoeding vordert moet bewijzen dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de normschending van de arts in kwestie en de schade. Met andere woorden, de normschending moet een onmisbare voorwaarde hebben gevormd voor het ontstaan van de schade. Bij een informed consent zaak zal de eiser aan dienen te tonen dat er een *conditio sine qua non*-verband bestaat tussen enerzijds de opgelopen schade, en anderzijds het niet voldoen aan de informatieplicht door de arts (de normschending). Dit kan hij doen door te bewijzen dat hij een andere keus zou hebben gemaakt indien de arts hem wel voldoende had ingelicht. Oftewel, de patiënt moet bewijzen dat hij, indien hij op correcte en voldoende wijze was geïnformeerd, van de behandeling had afgezien. Lukt hem dit dan kan het *conditio sine qua non*-verband tussen de normschending en de schade worden vastgesteld.

Het is dus van groot belang dat het de patiënt lukt om aan te tonen dat de niet gegeven informatie voor hem zeer zwaarwegend zou zijn geweest bij het bepalen van zijn keuze. Het is

---

<sup>42</sup> Giesen 2003, p. 14.

<sup>43</sup> Zie noot 215 in Giesen 1999, p. 36, en zie de conclusie van A-G Spier bij HR 29 september 2006, JOL 2006, 572.

<sup>44</sup> Meyst-Michels 2007, p. 299; Kastelein 1998, p. 134-136.

<sup>45</sup> Giesen 1996, p. 537.

<sup>46</sup> Kastelein 1998, p. 134-136.

aan de rechter om uiteindelijk te oordelen of de ontbrekende informatie ook echt doorslaggevend zou zijn geweest voor diezelfde patiënt. Hierbij kan de rechter een objectieve of subjectieve maatstaf aanhouden. Bij de objectieve maatstaf gaat men uit van wat een redelijk handelende patiënt gedaan zou hebben. Dit is voor de rechter een eenvoudig te hanteren maatstaf aangezien hij zich nu niet hoeft te verdiepen in de individuele patiënt.<sup>47</sup> Dit gebeurt bij de subjectieve maatstaf daarentegen wel. Hierbij kijkt men echt naar wat de patiënt in de aanhangige zaak feitelijk zou hebben gedaan. Er wordt dan ook meer recht gedaan aan het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, mede aangezien volledig wordt uitgegaan van zijn visie. Nadeel is weer dat deze visie gekleurd zal zijn door het ontstaan van de 'schade'. De patiënt dient immers achteraf te oordelen over een hypothetische situatie, en zijn verklaring zal dus niet altijd even geloofwaardig zijn. Dit probleem kent de objectieve leer daarentegen niet.<sup>48</sup>

Beide maatstaven hebben dus hun voors en tegens. De Hoge Raad heeft nog geen antwoord hoeven te geven op de vraag welke van beide criteria dient te worden gehanteerd. Wel is in twee arresten van 23 november 2001 min of meer aangegeven hoe de Raad erover denkt.<sup>49</sup> In de arresten oordeelde de Raad dat de eiser moest bewijzen dat zij, indien zij op een juiste wijze was ingelicht, als redelijk handelende patiënt niet voor de ondergane behandeling zou hebben gekozen en/of dat zij om persoonlijke redenen een andere keuze zou hebben gemaakt. Het lijkt er dan ook op de Hoge Raad met name de objectieve maatstaf aanhangt, maar tegelijkertijd ruimte open laat voor de subjectieve maatstaf. Primair toetst men echter aan de objectieve leer.<sup>50</sup>

Het voldoen aan deze bewijsplicht is voor elke eisende partij echter erg zwaar. Vraag is dan ook of de bewijslast voor de eiser verlicht kan worden. Hierbij denkt men al snel aan de omkeringsregel. Het zou voor de eiser van groot belang zijn indien de omkeringsregel hem van dienst kan zijn. Over het van toepassing zijn van de omkeringsregel in informed zaken heeft de Hoge Raad zich, opnieuw in dezelfde arresten van 23 november 2001,<sup>51</sup> wel expliciet uitgelaten. In beide arresten stond vast dat de arts de patiënt niet had geïnformeerd over de risico's van de behandelingen. De patiënt sprak de arts daarop aan voor het niet voldoen aan zijn informed consent verplichting. Hierbij bepleitte de patiënt dat, ten opzichte van het causale verband, de omkeringsregel moest worden toegepast

---

<sup>47</sup> Kroes 2007, p. 161.

<sup>48</sup> De Ridder 2000, p. 353-354.

<sup>49</sup> HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 (Ingenhut), r.o. 3.5.6. en HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387 (Niazmandian/Plasmans), r.o. 3.5.5.

<sup>50</sup> Hendrix & Akkermans 2007, p. 499-502.

<sup>51</sup> HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 (Ingenhut) en HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387 (Niazmandian/Plasmans).



De omkeringsregel houdt in dat, indien door een onrechtmatige of wanprestatie aan te merken gedraging een norm is geschonden, die ertoe strekt tegen een specifiek risico te beschermen en dit specifieke risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven. Het is in dat geval aan degene die op grond van die gedraging is aangesproken om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.<sup>52</sup> Echter, de Hoge Raad wees de toepassing van de omkeringsregel in beide gevallen af. De Raad oordeelde dat de informatieplicht er niet toe strekt de patiënt te beschermen tegen de risico's van een behandeling, maar dat de plicht ertoe strekt de patiënt in staat te stellen een weloverwogen keuze te maken ten opzichte van dezelfde behandeling.<sup>53</sup> Met andere woorden: de informatieplicht heeft niet specifiek als strekking te beschermen tegen risico's van operaties, en de omkeringsregel biedt dan ook geen soelaas bij informed consent zaken. Er wordt namelijk niet voldaan aan het zogenoemde 'specificiteitsvereiste', de voorwaarde dat de geschonden norm specifiek de strekking moet hebben te beschermen tegen het verwezenlijkte risico.<sup>54</sup>

De Hoge Raad heeft toepassing van de omkeringsregel in het geval van schending van een informatieplicht hiermee dus afgewezen. In latere rechtspraak wordt dit oordeel nog eens bevestigd.<sup>55</sup> De patiënt blijft als eisende partij dan ook met zijn of haar moeilijke bewijspositie zitten, deze verschuift niet naar de gedaagde partij. De informed consent zaken blijven hierdoor een zaak van alles of niets waarbij de eisende partij grote moeite zal hebben om het causale verband te bewijzen. In veel gevallen zal een patiënt hier niet in slagen.

## 2.6 Beschouwing

In dit hoofdstuk is duidelijk geworden dat er op de hulpverlener een belangrijke informatieplicht rust. Hij zal ten opzichte van elke patiënt dienen te voldoen aan zijn informed consent verplichting. Indien hij dit niet doet kan een patiënt een procedure starten ter vordering van schadevergoeding. Groot probleem is echter dat de bewijslast die bij een dergelijke actie op de eisende partij rust erg zwaar is. Zoals uit het voorgaande blijkt is met name het bewijzen van het causale verband een erg groot obstakel. Het is voor een patiënt vrijwel ondoenlijk om aan te tonen dat hij, indien hij afdoende was geïnformeerd, een andere keuze had gemaakt met betrekking tot de behandeling. De Hoge Raad stemt daarnaast niet in met toepassing van de omkeringsregel om zo de bewijslast van de patiënt te verlichten. Als gevolg hiervan zijn er de

---

<sup>52</sup> Zie oorspronkelijk HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 (Dicky Trading II), en de inperking van de regel in HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 en 305.

<sup>53</sup> Kroes 2007, p. 163.

<sup>54</sup> Hendrix & Akkermans 499-501

<sup>55</sup> HR 29 september 2006, *JOL* 2006, 572.

afgelopen jaren vrijwel geen voorbeelden meer te noemen van procedures waarin een arts tot het betalen van schadevergoeding is veroordeeld vanwege het schenden van de informed consent verplichting. In veel gevallen wordt de vordering afgewezen vanwege het ontbreken van causaal verband.<sup>56</sup> Sinds de omkeringsregel door de Hoge Raad niet van toepassing werd verklaard in 2001, is de stroom jurisprudentie op dit gebied dan ook vrijwel geheel opgedroogd.<sup>57</sup> Hiermee ontstaat de onwenselijke situatie dat het niet voldoen aan de informed consent verplichting niet meer wordt gesanctioneerd.<sup>58</sup> Het zelfbeschikkingsrecht, dat aan de informatieplicht ten grondslag richt, wordt hierdoor niet of nauwelijks beschermd.<sup>59</sup> Er dient dan ook een oplossing te worden gezocht waardoor de geconstateerde causaliteitsproblemen worden voorkomen, en de eisende partij niet al vrijwel bij voorbaat kansloos is in zijn vordering tot schadevergoeding. In het volgende hoofdstuk zal de theorie van verlies van een kans als mogelijke oplossing voor dit probleem uitgebreid worden onderzocht en toegelicht.

---

<sup>56</sup> Zie o.a.: Hof Leeuwarden 14 mei 2008, *LJN* BD2421 met name r.o. 7&10; Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 2009, *LJN* BH8603; Rb. Haarlem 3 juni 2009, *LJN* BJ0199.

<sup>57</sup> De Ridder 2006, p. 220-224; Kroes 2007, p. 160; De Ridder 2008, p. 120-122.

<sup>58</sup> Hendrix & Akkermans 2007, p. 498-499.

<sup>59</sup> Kroes 2007, p. 161.

### 3. Proportionele aansprakelijkheid

In het vorige hoofdstuk is geconcludeerd dat gezocht moet worden naar een oplossing voor de causaliteitsproblemen die zijn geconstateerd. In de wet en jurisprudentie zijn verschillende instrumenten te vinden die de eiser zouden kunnen helpen bij het bewijzen van het causale verband. Eén daarvan is de omkeringsregel welke in het vorige hoofdstuk al is behandeld. Een ander instrument is pas sinds enkele jaren door de Hoge Raad erkend<sup>60</sup> en aan het scala van instrumenten toegevoegd: de proportionele aansprakelijkheid.<sup>61</sup>

De proportionele aansprakelijkheid is een instrument welke mogelijk kan helpen het grote aantal zaken dat stukloopt vanwege causaliteitsproblemen terug te brengen. Bij de proportionele aansprakelijkheid wordt met behulp van een proportionele oplossing of een gedachtesprong, het causaliteitsprobleem als het ware omzeild. Het gaat hierbij niet om één enkele oplossing maar om meerdere. De proportionele aansprakelijkheid is dan ook een noemer waaronder verschillende oplossingen (of invalshoeken) voor het causaliteitsprobleem vallen. Twee oplossingen, de veroorzakingswaarschijnlijkheid en de theorie van verlies van een kans, zullen hier worden toegelicht.<sup>62</sup>

#### 3.1 Veroorzakingswaarschijnlijkheid

De eerste oplossing ziet op die situaties waarbij er meerdere aanwijsbare oorzaken zijn die mogelijk hebben bijgedragen aan de schade. Onduidelijk is welke oorzaak in welke mate verantwoordelijk is voor de schade. Daarnaast kan het zo zijn dat één van de mogelijke oorzaken in de risicosfeer ligt van de partij die schade heeft geleden. Het veel aangehaalde voorbeeld hierbij is de kettingrokende werknemer die jarenlang met asbest heeft gewerkt en die tijdens zijn pensioen longkanker krijgt. Hij wil schadevergoeding van zijn werkgever vorderen, maar kan het causale verband niet in voldoende mate aantonen. Dit doordat het moeilijk, dan wel onmogelijk, is om aan te tonen welke van de mogelijke oorzaken de schade heeft veroorzaakt. Was het de asbest of het vele roken? Voor de eisende partij is het zeer lastig het causale verband aan te tonen tussen de schade en de blootstelling aan de asbest. De eerste invalshoek van de proportionele aansprakelijkheid zoekt de oplossing voor deze situatie via de weg van de 'veroorzakingswaarschijnlijkheid'.<sup>63</sup> Men onderzoekt de mate van waarschijnlijkheid waarin de gedaagde partij de veroorzaker is van de schade, en drukt dit uit in een percentage.

<sup>60</sup> HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328 (Nefalit/Karamus).

<sup>61</sup> Klaassen 2007, p. 1346.

<sup>62</sup> Een mogelijke derde oplossing is vooralsnog strikt theoretisch, zie o.a.: Van Dijk 2006, p. 295; Van Dijk 2003, p. 28.

<sup>63</sup> Klaassen 2007, p. 1349.

Dit percentage van de schade dient de gedaagde partij uiteindelijk te vergoeden. Bij dit soort zaken gaat het dus om een onderzekerheid rond zaken uit het verleden, en via een proportionele benadering wordt ervoor gezorgd dat in ieder geval een deel van de schade vergoed wordt. Deze invalshoek of oplossing is terug te vinden in het bekende Nefalit/Karamus arrest van de Hoge Raad van 31 maart 2006.<sup>64</sup> Het ging in dit arrest, net als in het gegeven voorbeeld, om de samenloop van roken en blootstelling aan asbest. Het causale verband met de longkanker liet zich niet vaststellen, en uiteindelijk werd er door de Hoge Raad gekozen voor een proportionele oplossing.

### **3.2 Theorie van verlies van een kans**

De tweede oplossing voor het causaliteitsprobleem, welke tot de proportionele aansprakelijkheid wordt gerekend, is de theorie van verlies van een kans. Deze theorie vindt haar toepassing in die gevallen waarbij het eigenlijk de vraag is of er wel daadwerkelijk schade is die voor vergoeding in aanmerking komt. Bij toepassing van de theorie kent men geen vergoeding toe voor schade zoals die definitief is geleden, maar voor het verlies van de kans die de benadeelde partij had om deze schade te ontlopen. Denk bijvoorbeeld aan een advocaat die een beroepstermijn vergeet. Hierdoor kan één van zijn cliënten niet meer in hoger beroep gaan. Deze cliënt ziet door de fout van zijn advocaat zijn zaak stranden en zal mogelijk schadevergoeding willen vorderen. Echter, heeft de cliënt wel schade geleden? Dit is afhankelijk van de uitkomst van het proces, terwijl dit proces nooit gevoerd is. Wel is zeker dat de cliënt zonder de fout van zijn advocaat een kans had gehad op het winnen van de procedure. Deze kans is verloren gegaan en hiervoor wordt een schadevergoeding toegekend. Het verliezen van de kans wordt gezien als een vermogensschade waardoor de benadeelde partij alsnog een gedeelte van zijn schade vergoed ziet.<sup>65</sup>

Uit het voorbeeld blijkt dat het verloren gaan van een kans wordt gezien als een vorm van vermogensschade. Bij de theorie van verlies van een kans gaat men er dan ook vanuit dat veel kansen een waarde hebben die op geld waardeerbaar is. Hierdoor ontstaat er als het ware een tweede soort schade, de 'kansschade'. Het causale verband met de eigenlijke, definitieve schade laat men links liggen en er wordt een gedachtesprong gemaakt van deze schade naar die kansschade waarmee nu het causale verband dient te worden aangetoond.<sup>66</sup> Hierdoor wordt het moeilijke oorspronkelijke causaliteitsvraagstuk omzeild, en ontstaat er voor de benadeelde partij toch een mogelijkheid om schadevergoeding te vorderen, aangezien het

---

<sup>64</sup> HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328 (Nefalit/Karamus).

<sup>65</sup> Akkermans 1997, p. 107.

<sup>66</sup> Van Dijk 2006, p. 296.

causale verband met de verloren kans makkelijker te bewijzen is. Een voorbeeld waaruit nogmaals blijkt hoe dit in zijn werk speelt binnen het medische aansprakelijkheidsrecht. Stel er wordt een onjuiste diagnose gesteld met betrekking tot de klachten van een patiënt. Hierna verergeren de klachten en de patiënt eist schadevergoeding. Het causale verband tussen de verergerde klachten en de onjuiste diagnose zal door de patiënt dienen te worden aangetoond. Echter, het is tevens mogelijk dat ook bij een juiste diagnose de klachten zouden zijn verergerd, en het causaal verband kan niet onomstotelijk worden vastgesteld. De theorie van verlies van een kans biedt nu uitkomst. Op grond van de theorie zal de patiënt het causaal verband dienen aan te tonen tussen de onjuiste diagnose en de hierdoor verloren kans op een betere behandeling van zijn klachten. De definitieve schade speelt geen rol meer. Dit bewijs is makkelijker te leveren, met als gevolg dat de patiënt in ieder geval een deel van zijn schade vergoed zal zien.

Met betrekking tot de theorie van verlies van een kans moet wel een kanttekening worden gemaakt. Aan de toepassing van de theorie zit namelijk een boven- en ondergrens. Het is namelijk, volgens de algemeen heersende consensus, niet de bedoeling dat iedere mogelijkheid die verloren is gegaan door aansprakelijkheidsvestigend gedrag van een ander als vergoedbare schade in aanmerking wordt genomen. Aan de andere kant is de situatie waarbij elke kleine twijfel over het causaal verband aan volledige schadevergoeding in de weg staat ook onwenselijk.<sup>67</sup> Daarnaast betoogd Akkermans in zijn dissertatie dat er wel grenzen moeten worden getrokken aangezien er vrijwel altijd enige twijfel omtrent het causaal verband mogelijk is. En dat zou, indien er geen grenzen waren, betekenen dat proportionele aansprakelijkheid al snel hoofdregel zou worden in plaats van uitzondering.<sup>68</sup>

Echter er zijn geen harde, vastliggende grenzen aan te geven. Er kan op rationele basis geen minimale of maximale grootte van de kans worden verondersteld. Of er sprake is van een kans die vergoedbaar is zal dan ook van geval tot geval moeten worden bekeken zonder dat daarbij gebruik kan worden gemaakt van vastliggende percentages of maatstaven. Bij de ondergrens sluit men in veel gevallen wel aan bij het Belgische en Franse recht waarin wordt aangenomen dat het om een reële kans moet gaan. Een puur theoretische aanname is in dat geval dan ook niet genoeg. Een kleine, maar wel zeer reële kans kan dan wel genoeg zijn voor schadevergoeding. Bij de bovengrens sluit men over het algemeen aan bij de heersende leer omtrent het causaal verband. Deze bepaalt dat causaal verband kan worden aangenomen bij een 'redelijke mate van zekerheid'. Indien er dus een kleine kans is dat de schade ook zou zijn

---

<sup>67</sup> Klaassen 2007, p. 75.

<sup>68</sup> Akkermans 1997, p. 244-245.

ontstaan zonder de gebeurtenis welke ten grondslag ligt aan de zaak, betekent dit niet dat de eisende partij zijn aanspraak op de volledige schadevergoeding moet worden ontnomen.<sup>69</sup> Het blijft echter van geval tot geval verschillen. Feit is wel dat het toepassingsgebied van de theorie van verlies van een kans door de boven- en ondergrens wordt ingeperkt.<sup>70</sup>

Vraag is nu in welke gevallen elk van de onder de proportionele aansprakelijkheid vallende oplossingen, van dienst kan zijn. De theorie van verlies van een kans speelt, als oplossing voor de causaliteitsproblematiek, met name in die zaken waarbij het gaat om een onzekerheid over wat er zou zijn gebeurd indien er geen fout zou zijn gemaakt zoals in het eerste voorbeeld, de onzekerheid over de procesuitkomst. Indien het gaat om een onzekerheid ten aanzien van feiten uit het verleden, waarbij het de vraag is welke oorzaak uit een verscheidenheid van oorzaken daadwerkelijk de schade heeft veroorzaakt, is de kanstheorie niet de voor de hand liggende oplossing. In die gevallen is een keuze voor de hiervoor beschreven 'veroorzakingswaarschijnlijkheid' aannemelijker.<sup>71</sup>

In het vorige hoofdstuk is al duidelijk geworden dat het bij de informed consent zaken gaat om een onzekerheid met betrekking tot een hypothetische situatie. Het gaat immers om de vraag wat er zou zijn gebeurd indien de arts wel aan zijn informatieplicht jegens zijn patiënt had voldaan. Zou de patiënt in dat geval hebben ingestemd met de behandeling of niet? Het gaat dus om de vraag wat er zou zijn gebeurd indien er geen fout zou zijn gemaakt. Als we het over informed consent zaken in combinatie met proportionele aansprakelijkheid hebben is de theorie van verlies van een kans dan ook de voor de hand liggende benadering. In de volgende paragraaf zal de stand van zaken in Nederland met betrekking tot dit leerstuk worden toegelicht.

### **3.3 Toepassing van de theorie van verlies van een kans**

In Nederland heeft de proportionele aansprakelijkheid, vergeleken bij enkele andere landen, een niet al te grote ontwikkeling doorgemaakt. De betekenis van het leerstuk van verlies van een kans was in Nederland lange tijd redelijk beperkt.<sup>72</sup> Het is momenteel niet precies duidelijk op welke deelgebieden en onder welke omstandigheden toepassing van de theorie door de Hoge Raad zal worden aanvaard. Oorspronkelijk is het leerstuk van de verloren kans afkomstig uit België en Frankrijk. Hier is het ontwikkeld om zo een oplossing te kunnen vinden voor mogelijke causaliteitsproblemen. In België is het leerstuk dan ook al langere tijd een gevestigde

---

<sup>69</sup> Klaassen 2007, p. 76.

<sup>70</sup> Akkermans 1997, p. 253-254.

<sup>71</sup> Klaassen 2007, p. 1350.

<sup>72</sup> Akkermans 1997, p. 113.

waarde binnen het aansprakelijkheidsrecht.<sup>73</sup> Ten opzichte van deze twee landen valt de Nederlandse literatuur en jurisprudentie op het gebied van de theorie nog steeds in het niet.

Toch is er ook in Nederland oudere jurisprudentie te vinden waarin de theorie wordt gehanteerd. Zo is er een oude uitspraak van de Rechtbank te Utrecht uit 1942, waarin de benadeelde partij zijn advocaat aansprakelijk stelt aangezien hij door een fout van deze advocaat niet-ontvankelijk is verklaard.<sup>74</sup> De rechtbank oordeelde dat de verloren proceskansen moest worden vergoed, en maakte dus gebruik van de theorie van verlies van een kans. Zie ook de zaak tussen de Gemeente Heesch en Reijs.<sup>75</sup> Het ging hierbij kort gezegd om afgebroken onderhandelingen waarbij de gemeente haar beloften niet was nagekomen. Als gevolg hiervan was aan Reijs een kans ontnomen op een betere uitkomst van een debat in de gemeenteraad. Het hof oordeelde dat Reijs hierdoor een kans had verloren welke hem een vermogensrechtelijk nadeel opleverde. De Hoge Raad liet dit oordeel als feitelijk in stand.<sup>76</sup>

Op het gebied van de beroepsaansprakelijkheid is de theorie van verlies van een kans terug te vinden in die zaken waarin het gaat om een beroepsfout van een advocaat. Belangrijk hierbij is vooral het arrest van de Hoge Raad van 24 oktober 1997 (Baijings/Mr. H.).<sup>77</sup> Er was in deze zaak sprake een advocaat die verzuimde om, ten behoeve van zijn cliënt Baijings, tijdig hoger beroep aan te tekenen. Het was achteraf onmogelijk om vast te stellen hoe de uitkomst van de procedure zou zijn geweest. De Hoge Raad oordeelde daarom dat het aan de rechter is om te schatten aan de hand van goede en kwade kansen wat de uitkomst was geweest van het hoger beroep. Hiermee lijkt de Hoge Raad de vergoeding van proceskansen open te laten, en principieel te erkennen dat de rechter de bevoegdheid heeft desnoods vergoeding toe te kennen naar grootte van de kans op succes die de eisende partij in het hoger beroep zou hebben gehad.<sup>78</sup> Uit dit arrest werd afgeleid dat de Hoge Raad instemde met toepassing van de theorie van verlies van een kans bij beroepsfouten van een advocaat. Desondanks bleef over deze conclusie twijfel bestaan.<sup>79</sup> In twee arresten uit 2007 is het Baijings/mr.H. arrest min of meer herhaald en uitgediept.<sup>80</sup> Deze arresten worden door sommigen gezien als een bevestiging van het feit dat de Hoge Raad het kansschade leerstuk op dit gebied erkent.<sup>81</sup> Echter, nog steeds blijft er onduidelijkheid over deze conclusie bestaan aangezien de Hoge

---

<sup>73</sup> Zie o.a. Akkermans, Fauré & Hartlief 2000, p. 161-196; Akkermans 1997, p. 125-137; De Ridder 1995, p. 548-554.

<sup>74</sup> Rb. Utrecht 28 oktober 1942, *NJ* 1943, 231.

<sup>75</sup> HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 456.

<sup>76</sup> Van Dijk 2000, p. 30; Kerkmeester 1998, p. 437.

<sup>77</sup> HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257 (Baijings/Mr H.).

<sup>78</sup> Van Dijk 2006, p. 299; Haak 1998, p. 142.

<sup>79</sup> Klaassen 2007, p. 1346-1348.

<sup>80</sup> In HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 63; HR 16 februari 2007, *RvdW* 2007, 203.

<sup>81</sup> Klaassen 2007, p. 1346-1348; Giesen & Tjong Tjin Tai 2008, p. 93-94.

Raad in de verschillende arresten het woord ‘kansschade zelf niet gebruikt.<sup>82</sup> Hierdoor is er nog steeds sprake van twijfel op dit punt. Toch wordt toepassing van de proportionele aansprakelijkheid in het geval van beroepsaansprakelijkheid van een advocaat door sommigen als een ‘ingeburgerde’ mogelijkheid gezien.<sup>83</sup>

Binnen het medische aansprakelijkheidsrecht is de theorie zich met name de laatste vijftien jaar aan het ontwikkelen. De Hoge Raad heeft de theorie op dit punt nog niet erkend, maar de theorie is wel terug te vinden in de lagere rechtspraak. Eén van de bekendste arresten waarin de theorie op dit punt wordt toegepast, en die ook hier niet ongenoemd kan blijven, is de *Wever/de Kraker c.s.* van het Hof Amsterdam (ook wel het Baby Ruth arrest genoemd) uit 1996.<sup>84</sup> Het ging hierbij om de drie weken oude baby Ruth die door haar moeder, na verwijzing door de huisarts, werd meegenomen naar het ziekenhuis voor onderzoek. Bij dit onderzoek werd door de dienstdoende arts echter niets alarmerends geconstateerd en moeder en kind werden naar huis gestuurd met een controle-afspraken voor de volgende ochtend. Bij die controle-afspraken blijkt dat baby Ruth een hersenbloeding heeft gehad. Door de onjuiste diagnose van een dag eerder is accurate behandeling van de hersenbloeding in eerste instantie achterwege gebleven en er is dan ook een medische fout gemaakt. Baby Ruth loopt uiteindelijk blijvende hersenbeschadiging op en vanwege de foutieve eerste diagnose wordt schadevergoeding gevorderd. Er wordt door de kinderarts echter gesteld dat ook bij een snellere diagnosestelling en een onmiddellijke medische behandeling er sprake zou zijn geweest van restverschijnselen bij baby Ruth. Het is aan de eisende partij om aan te tonen dat dit niet het geval was geweest en dat, met andere woorden, de vertraging rechtstreeks verband houdt met de opgelopen hersenafwijkingen. Volgens de medisch deskundigen is echter ‘bij geen benadering te zeggen’ of dit daadwerkelijk het geval zou zijn. Het benodigde causale verband kan dan ook niet worden bewezen. De rechtbank oordeelt uiteindelijk dat wel gezegd kan worden dat de kans op een beter behandelingsresultaat verloren is gegaan. Het causaal verband met deze ‘kansschade’ kan wel worden vastgesteld en op grond hiervan wordt een gedeeltelijke schadevergoeding toegekend. Dit oordeel werd door het hof in stand gehouden.<sup>85</sup>

---

<sup>82</sup> Wouters 2007, p. 310-313.

<sup>83</sup> Giesen & Tjong Tjin Tai 2008, p. 93.

<sup>84</sup> Hof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213 (*Wever/De Kraker c.s.*).

<sup>85</sup> Zie voor andere voorbeelden uit de lagere rechtspraak van het gebruik van de kanstheorie binnen het medische aansprakelijkheidsrecht o.a.: Van Dijk 2000, p. 27-38; Rb. 's-Gravenhage 12 juli 2000, *VR* 2001, 20; Hof 's-Gravenhage 10 oktober 2002, *NJ* 2003, 99; Rb. Amsterdam 28 mei 2003, *NJ* 2004, 45 (*S./Bovenij Ziekenhuis*); Rb. Middelburg 28 april 2004, *LJN* AP0788; Rb. Amsterdam 22 december 2004, *VR* 2005, 104.



### **3.4 De theorie van verlies van een kans bij medische informed consent zaken**

In de vorige paragrafen is beschreven in welke mate en op welke manier de theorie van verlies van een kans in ons land tot nu toe wordt gebruikt. Hierdoor is mede duidelijk geworden hoe de theorie werkt in geval van een kunstfout van een arts. In deze paragraaf zal dieper worden ingegaan op het gebruik van de theorie bij medische informed consent zaken en wordt bekeken of de theorie in die gevallen bruikbaar is.

#### **3.4.1 Toepassing van de theorie bij medische informed consent zaken**

Toepassing van de theorie van verlies van een kans in geval er een arts niet voldoet aan zijn informed consent verplichting verloopt op vrijwel dezelfde manier als toepassing van de theorie indien er sprake is van een behandelfout zoals in het zojuist besproken 'Baby Ruth' arrest. De theorie zorgt er zoals gezegd voor dat het ontstane causaliteitsprobleem wordt omzeild. In het geval van een behandelfout betekent dit dat men het twijfelachtige causale verband tussen de fout en de gezondheidsschade links laat liggen, en de stap maakt naar het verband tussen de fout en het verlies van de kans die de patiënt had op een beter behandelingsresultaat. Dit laatste verband is zekerder en kan gemakkelijk worden bewezen.<sup>86</sup> Indien het niet gaat om een behandelfout maar om een verzuim van de informed consent verplichting is dit nagenoeg hetzelfde. Naar de huidige stand van zaken moet de eiser het causale verband aantonen tussen de schending van de informatieplicht van de arts en de opgelopen schade door aan te tonen dat men een andere keus had gemaakt indien men afdoende was geïnformeerd. Indien de theorie wordt toegepast wordt hieraan voorbijgegaan, en gaat men kijken naar de kans op 'het nemen van een andere beslissing', die verloren is gegaan. Er zal nu causaal verband moeten worden aangetoond tussen de schending van de informed consent verplichting en de verloren kans op het maken van een andere keuze. Dit verband kan in de meeste gevallen wel worden bewezen.<sup>87</sup>

Indien de theorie wordt toegepast, wordt het voor de eisende partij dus eenvoudiger om het causale verband aan te tonen. Indien het de eisende partij ook daadwerkelijk lukt om dit verband met de kansschade te bewijzen komt hij of zij in principe in aanmerking voor volledige schadevergoeding van deze kansschade. Belangrijk hierbij is wel dat deze schadevergoeding afhankelijk is van de omvang van de kans en de hieraan toe te kennen waarde. De eisende partij zal de rechter hierover dan ook gemotiveerd moeten informeren.<sup>88</sup> Om de grootte van de kans te bepalen kunnen statistieken worden gebruikt. Desondanks zal het voor de rechter in

---

<sup>86</sup> Zie o.a. Akkermans 1997, p. 107-108; Van Dijk 2006, p. 295-296.

<sup>87</sup> Hendrix & Akkermans 2007, p. 505-508

<sup>88</sup> Klaassen 2007, p. 1350.

veel gevallen enorm lastig zijn om de kans vast te stellen dat iemand een andere keus zou hebben gemaakt indien er zou zijn voldaan aan de informed consent verplichting. Op grond van art. 6:97 BW heeft de rechter echter wel de bevoegdheid om de schade te schatten,<sup>89</sup> waardoor er alsnog een percentage of bedrag kan worden bepaald.

Op dit moment dient echter te worden vastgesteld dat de theorie, in geval van informed consent schendingen door hulpverleners, nog niet wordt toegepast. Waar de theorie in geval van behandelfouten mondjesmaat is terug te vinden in de jurisprudentie, is dit totaal niet het geval indien het gaat om schendingen van de informatieplicht. De Hoge Raad en lagere rechtsprekende instanties zijn op dit punt nog niet overstap. Tot op dit moment hebben ze nog in geen enkele zaak die speelde rond een informed consent schending van een hulpverlener gekozen voor een proportionele benadering.<sup>90</sup> Enkel de geschillencommissie ziekenhuizen heeft in haar uitspraak van 25 november 1999 gekozen voor een proportionele benadering in een dergelijke zaak.<sup>91</sup> Het ging in deze zaak om een patiënte die schadevergoeding eiste vanwege een bij sterilisatie opgelopen darmperforatie. Over dit risico was zij voorafgaand aan de behandeling niet geïnformeerd. De geschillencommissie oordeelde dat de behandeling op zorgvuldige wijze was verricht, maar dat de arts voorafgaand aan de ingreep de patiënte op het verwezenlijkte risico had moeten wijzen. Indien dit wel gebeurd zou zijn was het volgens de commissie mogelijk dat de patiënte van de ingreep zou hebben afgezien. Afzien van de ingreep zou echter weer andere bezwaren met zich mee brengen zoals het grotere risico op zwangerschap. Uiteindelijk achtte de geschillencommissie het gerechtvaardigd een schadevergoeding voor tweederde van de opgelopen schade toe te kennen.

### **3.4.2 Bezwaren tegen toepassing van de theorie van verlies van een kans**

Deze uitspraak van de geschillencommissie heeft echter, zoals gezegd, geen vervolg gekregen. Vraag is dan ook waarom de theorie van verlies van een kans, aangezien het een geschikte oplossing lijkt, niet vaker is en wordt toegepast. Blijkbaar stuit toepassing van de theorie, ondanks de voordelen die het kan bieden, ook op bezwaren. Eén bezwaar, naar voren gebracht door Peepkorn, behelst de veronderstelling dat proportionele schadevergoeding in strijd zou zijn met het beginsel van volledige schadevergoeding.<sup>92</sup> Hij geeft aan dat het in ons schadevergoedingsrecht niet gaat om een tegemoetkoming, maar om herstel in de oude toestand voor zover mogelijk. In een reactie op deze beweringen van Peepkorn geeft Akkermans echter aan dat er getwijfeld kan worden over in hoeverre ons

---

<sup>89</sup> De Ridder 1995, p. 552; Klaassen 2007, p. 1350; Kroes 2007, p. 166.

<sup>90</sup> Kroes 2007, p. 165.

<sup>91</sup> Geschillencommissie Ziekenhuizen 25 november 1999, *TvGr* 1999, 54.

<sup>92</sup> Peepkorn 1998, p. 322.

schadevergoedingsrecht daadwerkelijk door dit beginsel wordt beheerst.<sup>93</sup> Hij wijst hierbij met name op art. 6:101 BW waarin de uitzondering vanwege eigen schuld is opgenomen. De proportionele leer is volgens Akkermans te zien als een toepassingsvorm van dit artikel, en aanvaarding van de proportionele aansprakelijkheid leidt dan ook geenszins tot schending van een beginsel, maar bouwt voort op het allang geaccepteerde. De kritiek van Peeperkorn is dan ook geen reden om de proportionele aansprakelijkheid van de hand te wijzen.

Eén ander vaak gehoord bezwaar tegen toepassing van de theorie is het argument dat toepassing enkel zal leiden tot minder zorgvuldig onderzoek naar het conditio sine qua non-verband en het wijzen van bemiddelende vonnissen.<sup>94</sup> De theorie zou uitnodigen tot 'wetenschappelijke hocus pocus'.<sup>95</sup> Deze gedachtegang kan ik volgen. De theorie van verlies van een kans heeft namelijk iets weg van een soort van truc die wordt gebruikt om te voorkomen dat een benadeelde partij zonder enige vorm van schadevergoeding blijft zitten. Om dit te voorkomen lijkt men simpelweg te schatten hoe groot de kans was dat zaken anders zouden zijn gelopen en dit uit te drukken in een percentage aan schadevergoeding dat moeten worden betaald. Indien er in een zaak zonder verdere uitleg wordt besloten tot toepassing van proportionele aansprakelijkheid, en er vluchtig wordt overgegaan tot het vaststellen een schadevergoedingspercentage, kan er inderdaad worden gesteld dat er sprake is van een 'hocus pocus' gehalte waarbij al te snel wordt voorbijgegaan aan de oorspronkelijke causaliteitsvraag. Indien de theorie door rechters op een vluchtige, ondoorgrondelijke manier wordt toegepast verdient toepassing dan ook geen aanbeveling.

Deze bezwaren kunnen echter worden ondervangen door middel van een deugdelijke en toereikende motivering waarbij de rechter een zo goed mogelijk inzicht geeft in de door hem of haar gevolgde gedachtegang.<sup>96</sup> Hierdoor zal de theorie niet meer aanvoelen als een truc waarbij er maar wat wordt gegist en er voor de gulle middenweg wordt gekozen. Tevens zorgt dit ervoor dat er tegemoet wordt gekomen aan de kritiek dat het schatten van kanspercentages sterk willekeurig is.<sup>97</sup> Indien rechters laten zien hoe zij in het concrete geval, en met concrete gegevens, komen tot een beredeneerde inschatting van de kansen, zal veel onduidelijkheid verdwijnen. Er zal dan in mindere mate sprake zijn van een 'konijn uit de hoge hoed'-gehalte wanneer het gaat om het schatten van de kanspercentages.<sup>98</sup> Dit alles houdt in dat structurele toepassing van het leerstuk van verlies van een kans enkel aanvaardbaar is indien rechters hun

---

<sup>93</sup> Akkermans 1999, p. 66.

<sup>94</sup> Akkermans, Fauré & Hartlief 2000, p. 19.

<sup>95</sup> Peeperkorn 1998, p. 324.

<sup>96</sup> Klaassen 2007, p. 1355.

<sup>97</sup> Peeperkorn 2000, p. 77-78.

<sup>98</sup> Akkermans, Fauré & Hartlief 2000 p. 19-20; Van Dijk 2000, p. 41.

beslissingen op een uitgebreide en duidelijke wijze motiveren. Wat betreft het hiervoor al genoemde bezwaar dat toepassing van de theorie er toe zal leiden dat er minder onderzoek wordt gedaan naar het oorspronkelijke *conditio sine qua non*-verband, moet worden gesteld dat dit voorkomen kan worden. Rechters zullen zich in eerste instantie simpelweg voldoende moeten inspannen om te onderzoeken of de oorspronkelijke causaliteitsvraag niet gewoon kan worden beantwoord.<sup>99</sup> Ook dit kan gezien worden als een voorwaarde waaraan moet worden voldaan wil een keuze voor toepassing van de theorie gerechtvaardigd zijn. Dat de rechters zich inspannen om de oorspronkelijke causaliteitsvraag te beantwoorden zal daarnaast tevens uit de motivering moeten blijken.

Feit blijft natuurlijk dat, of rechters nu inzicht geven in de door hun gevolgde gedachtegangen of niet, het vaststellen van een percentage in sommige gevallen gepaard zal gaan met enig giswerk. In een aantal zaken zal het vrijwel ondoenlijk zijn om met argumenten te komen tot een bepaald kanspercentage. De kritiek dat het schatten van de kanspercentages willekeurig met zich meebrengt en dat de kanspercentages intuïtief en gepaard gaande met enige onnauwkeurigheid worden vastgesteld, lijkt dan ook gerechtvaardigd.<sup>100</sup> Echter opgemerkt moet worden dat die onnauwkeurigheid geen onderdeel is van de theorie van verlies van een kans als oplossing, maar van het probleem. Er kan namelijk niet worden vastgesteld hoe het zit met het causaal verband, en daarom is er dan ook sprake van onnauwkeurigheid.<sup>101</sup> Ook indien er wordt gekozen voor het traditionele 'alles-of-niets' systeem heeft men dus te maken met dit probleem. In het alles-of-niets systeem kan deze onnauwkeurigheid zelfs tot grotere gevolgen leiden aangezien hier waarschijnlijkheden moeten worden bepaald met betrekking tot het al dan niet aanwezig zijn van een *csqn*-verband. En bij het bepalen van deze waarschijnlijkheden kan een afwijking van 1% het verschil betekenen tussen alles of niets.<sup>102</sup> De onnauwkeurigheid die gepaard gaat met de kansschatting komt dus ook terug in het traditionele systeem. De kritiek dat de kansschatting intuïtief en onnauwkeurig is kan dan ook geen reden zijn om het leerstuk van verlies van een kans als oplossing van de hand te wijzen.

Toch is er nog steeds de vraag waarom de proportionele aansprakelijkheid, als het daadwerkelijk een goede en geschikte oplossing is, niet eerder volledig is doorgebroken. Ook Giesen stelt deze vraag in zijn bijdrage in het boek dat hij samen met Tjong Tjin Tai schrijft.<sup>103</sup> Hij schrijft dit mede toe aan de opmars die de omkeringsregel gedurende een periode heeft

---

<sup>99</sup> Van Dijk 2006, p. 297.

<sup>100</sup> Peeperkorn 1998, p. 321; Van Dijk 2006, p. 296.

<sup>101</sup> Van Dijk 2006, p. 296.

<sup>102</sup> Akkermans 1999, p. 67; Van Dijk 2003, p. 36-38; Giesen & Tjong Tjin Tai 2008, p. 73.

<sup>103</sup> Giesen & Tjong Tjin Tai 2008, p. 74-75.

gemaakt, waardoor de proportionele aansprakelijkheid overbodig leek. Een eenduidig en allesomvattend antwoord op deze vraag is echter niet te geven.

### 3.4.3 Beschouwing

Feit is dat er in de loop van de jaren vele argumenten voor of tegen een mogelijke proportionele oplossing de revue hebben gepasseerd.<sup>104</sup> Het blijft echter lastig, zo geeft ook Giesen opnieuw aan, om één doorslaggevend argument te geven voor of tegen de proportionele oplossing.<sup>105</sup> Ik ben echter van mening dat de proportionele aansprakelijkheid, en dan specifiek de theorie van verlies van een kans, een geschikte oplossing is om de causaliteitsproblemen die ontstaan bij medische informed consent schendingen te verhelpen. Toepassing van het leerstuk van verlies van een kans zal ervoor zorgen dat er in meer gevallen causaal verband kan worden aangenomen. Hierdoor zullen de rechten die aan het informed consent vereiste ten grondslag liggen beter worden gewaarborgd.

Aan de bezwaren die aan toepassing van de theorie vastzitten kan in sterke mate worden tegemoetgekomen door ervoor te zorgen dat rechters hun beslissingen met betrekking tot de theorie altijd op een goede en uitvoerige wijze motiveren. Zeker met betrekking tot het bepalen van de kanspercentages dienen zij een duidelijk inzicht te geven in de door hun gevolgde redenering. Daarnaast is een voorwaarde voor toepassing van de theorie dat rechters zich in eerste instantie altijd dienen in te spannen om de oorspronkelijke causaliteitsvraag te beantwoorden. Slechts als het antwoord op deze vraag eigenlijk niet te geven is dient het leerstuk van verlies van een kans te worden toegepast.

De conclusie is dat het mijns inziens aanbeveling verdient over te gaan tot toepassing van de theorie van verlies van een kans bij medische informed consent zaken, mits er aan de zojuist besproken voorwaarden wordt voldaan. Vooralsnog kiezen de rechtsprekende instanties echter niet voor een proportionele benadering op dit punt en het is niet te voorspellen of ze dit in de toekomst wel zullen doen.

In het volgende hoofdstuk zal worden gekeken of de theorie van verlies van een kans tevens een uitkomst kan bieden in geval van informed consent schendingen in de financiële sector.

---

<sup>104</sup> Zie voor uitgebreidere besprekingen van vele voor- en tegenargumenten hier tegen elkaar af te zetten o.a.: Akkermans 1997; Peeperkorn 1998, p. 321-324; Akkermans 1999, p. 65-69; Akkermans 2000, p. 85-134; Peeperkorn 2000, 59-84; Van Dijk 2003, p. 27-43; Giesen & Tjong Tjin Tai 2008, p. 61-80.

<sup>105</sup> Giesen & Tjong Tjin Tai 2008, p. 77-80.

#### **4. Aansprakelijkheid in de financiële sector**

In de vorige hoofdstukken is de informed consent problematiek binnen het medische aansprakelijkheidsrecht uitgebreid besproken. In de inleiding is al aangegeven dat er tevens zal worden gekeken naar causaliteitsproblemen binnen de financiële sector. In dit hoofdstuk zal dan ook worden onderzocht hoe men omgaat met de causaliteitsproblematiek indien er niet wordt voldaan aan informed consent verplichtingen bij de verkoop van financiële producten. Nadat dit is onderzocht zal worden gekeken of de theorie van verlies van een kans ook hier een geschikte oplossing voor de mogelijke causaliteitsproblemen is. Om dit alles te onderzoeken zal er worden begonnen met het toelichten van enkele actuele problematische situaties rond financiële producten, om zo een beter beeld te kunnen krijgen van problemen die kunnen ontstaan bij mogelijke informed consent schendingen binnen de financiële dienstverlening. Daarna zullen de bestaande informatie- en waarschuwingsplichten binnen de financiële sector worden toegelicht en zal er echt worden ingegaan op mogelijke causaliteitsproblemen en oplossingen.

##### **4.1 Ingewikkelde financiële producten**

Zoals gezegd is de informed consent verplichting niet alleen van belang binnen het medische aansprakelijkheidsrecht. Ook bij het aan de man brengen van financiële producten dient de adviseur of verkoper de afnemer op een juiste en adequate wijze te informeren. Dat dit niet altijd gebeurt blijkt uit de volgende voorbeelden.

Stel een jong echtpaar is onlangs ouder geworden en heeft hun eerste koophuis op het oog. Ze gaan naar de bank voor een hypotheek en worden geholpen door een financieel adviseur. De adviseur bespreekt met het echtpaar de opties die er zijn met betrekking tot de lening. Hij geeft hierbij aan dat het mogelijk is om tegelijk met het afsluiten van de hypotheek een levensverzekering en arbeidsongeschiktheidsverzekering af te sluiten, zodat de toekomst is veiliggesteld. Volgens de adviseur is dit een erg voordelige optie indien men gebruikt maakt van een koopsompolis en hij raad dan ook aan om de verzekeringen af te sluiten. Het echtpaar volgt dit advies op. Aangezien het jonge echtpaar aan de vooravond staat van de aankoop van hun eerste koophuis hebben ze geen geld over om de koopsompolis te kunnen betalen. Om de verzekeringen toch te kunnen afsluiten wordt daarom de hypotheek van het huis opgehoogd. Een maand later trekt het gezin in het nieuwe huis en de zaken staan er goed voor, mede door de zeer voordelige rente die ze moeten betalen over hun hypotheek.

Echter, twee jaar later is de situatie sterk veranderd. De rentevaste periode is afgelopen waarna het rentepercentage direct is verhoogd. Hierdoor zijn de maandlasten ineens aanzienlijk

gestegen, mede doordat er rente betaald dient te worden over het bedrag dat gebruikt is ter betaling van de koopsompolis. De maandlasten zijn zo hoog geworden dat het echtpaar na 2 jaar genoodzaakt is het huis te verkopen. De hypotheekschuld is, door de afgesloten koopsompolis, echter hoger dan de executiewaarde van het huis. Hierdoor blijft het echtpaar ook nog eens zitten met een restschuld.

Het echtpaar zit aan de grond. Dit terwijl de bank over de rug van het gezin door enorme provisies veel geld verdient. Het echtpaar wil schadevergoeding zien van de bank en start een procedure. Ze zijn van mening dat de bank onrechtmatig heeft gehandeld aangezien ze onvolledig en onjuist zijn geïnformeerd bij het afsluiten van hun hypotheek.<sup>106</sup>

Een ander voorbeeld van een (groep van) financieel product(en) welke de laatste tijd veel in het nieuws is (zijn), is de zogenaamde beleggingsverzekering, ook wel omgedoopt tot 'woekerpolis'.<sup>107</sup> Een beleggingsverzekering bestaat eigenlijk uit twee delen, aan de ene kant een beleggingsdepot, en aan de andere kant een dekking voor het overlijdensrisico.<sup>108</sup> Op de vooraf vastgestelde einddatum van de verzekering zal de waarde van het beleggingsdepot worden uitgekeerd. Vanzelfsprekend is deze waarde afhankelijk van de waarde van de beleggingen die zijn gedaan en men loopt dan ook een beleggingsrisico.<sup>109</sup>

Door tegenvallende rendementen op de beurs en het wegvallen van fiscale voordelen verwezenlijkt dit beleggingsrisico zich bij een gedeelte van de afgesloten beleggingsverzekeringen en vallen de rendementen enorm tegen.<sup>110</sup> De afnemers van de beleggingsverzekeringen waren zich in veel gevallen echter niet bewust van dit risico doordat zij in veel gevallen niet goed op de hoogte waren van de werking van het product. Doordat zij de toekomstige uitbetaling hebben gekoppeld aan toekomstige kosten, zoals het terugbetalen van een lening, komen ze in de problemen. De klachten als gevolg van de tegenvallende beleggingsresultaten betreffen met name het feit dat afnemers aangeven dat zij door de verzekeringsmaatschappijen niet goed geïnformeerd zijn over de werking van het product. Het AFM heeft in 2005 al onderzoek verricht naar beleggingsverzekeringen, en hieruit bleek destijds al dat de producten inderdaad complex en ondoorzichtig zijn en dat de informatieverstrekking tekortschiet.<sup>111</sup> Daarnaast komt in hetzelfde onderzoek en in het TROS tv-programma Radar aan het voetlicht dat er door de verzekeringsmaatschappijen enorm hoge provisies in rekening

---

<sup>106</sup> Dit voorbeeld is ontleend aan de actualiteiten rond de DSB Bank.

<sup>107</sup> Deze term is bedacht door het televisieprogramma TROS Radar en daarna door publiek en media overgenomen.

<sup>108</sup> Bijkerk & Verschoor 2009, p. 4.

<sup>109</sup> De Nederlandse Bank 2008, p. 31-34

(<[http://www.dnb.nl/binaries/Kwartaalbericht%20september%202008\\_tcm46-188124.pdf](http://www.dnb.nl/binaries/Kwartaalbericht%20september%202008_tcm46-188124.pdf)>).

<sup>110</sup> Zie o.a. interview met Arnoud Boot in: 'Radar', TROS Nederland 1, 3 oktober 2008.

<sup>111</sup> Kerkhof 2006, p. 66.

worden gebracht, en er zagezegd sprake is van 'woekerpolissen', waardoor het bedrag waarmee wordt belegd aanzienlijk lager is dan mag worden verwacht.<sup>112</sup> Ook hierover is van te voren niets gemeld aan de afnemers. Er kan dan ook gesteld worden dat verzekeringsmaatschappijen lange tijd tekort zijn geschoten in het informeren van hun klanten bij het afsluiten van beleggingsverzekeringen.

Aan de hand van beide uit de actualiteit ontleende voorbeelden van financiële producten kan geconcludeerd worden dat de verkopers van deze producten, net als sommige artsen of andere hulpverleners ten opzichte van hun patiënten, regelmatig tekort schieten in het informeren van hun klanten. De vraag is wat een klant als benadeelde wederpartij doet en moet doen, om de bank, verzekeraar etc. aansprakelijk te stellen vanwege schending van dergelijke informatieverplichtingen en wanneer een financiële instelling of adviseur nu precies voldoet aan zijn informatieplicht. In de volgende paragrafen zal dit nader worden toegelicht.

## 4.2 Zorgplichten

Zoals gezegd dienen financiële dienstverleners, waaronder ook banken, te voldoen aan op hun rustende informatie- en waarschuwingsplichten.<sup>113</sup> Deze informatie- en waarschuwingsplichten vormen een onderdeel van bredere zorgplichten die op deze dienstverleners rusten, waaronder ook onderzoeksplichten vallen.<sup>114</sup> Dergelijke zorgplichten bestaan zowel binnen als buiten contract. Binnen contract berusten zij op de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW en specifieke wetsbepalingen die verplichten tot de zorg van een goed schuldenaar. Buiten contract berusten de zorgplichten primair op art. 6:162 BW en tevens op art. 6:248 BW.<sup>115</sup>

De omvang van deze zorgplichten verschilt sterk van geval tot geval. Mede bepalend voor de omgang van de zorgplicht is de bestaande relatie tussen de financiële dienstverlener en zijn cliënt. De positie van de dienstverlener ten opzichte van zijn cliënt brengt namelijk informatieverplichtingen met zich mee en deze positie is dan ook mede bepalend voor de omgang van die plichten. Het is hierbij met name van belang of de financiële dienstverlener in de relatie met zijn cliënt dient te worden gezien als een aanbieder van financiële producten, een bemiddelaar bij de aankoop of een adviseur op dit gebied.<sup>116</sup> De invulling van de zorgplicht is namelijk mede afhankelijk van de vraag of de dienstverlener kan worden gezien als een aanbieder, bemiddelaar of adviseur.<sup>117</sup> Indien er sprake is van een bemiddelende of

---

<sup>112</sup> Zie: 'Radar', TROS Nederland 1, 6 november 2006.

<sup>113</sup> Een waarschuwingsplicht is niet anders dan een specifieke informatieverplichting, zie Hart & Du Perron 2006, p. 51.

<sup>114</sup> Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 74.

<sup>115</sup> Tjong Tjin Tai & Van den Berg 2009, p. 163.

<sup>116</sup> Deze categorieën worden aangehouden in de Wet op het financieel toezicht (Wft).

<sup>117</sup> Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 75.



adviserende rol kan de overeenkomst die tussen de dienstverlener en zijn cliënt is gesloten worden gekwalificeerd als een overeenkomst van opdracht als in art. 7:400 BW, en in geval van bemiddelen tevens als bemiddelingsovereenkomst in de zin van art. 7:425 e.v. BW.<sup>118</sup> Op grond van art. 7:401 BW dient de financiële dienstverlener in dat geval de zorg van een goed opdrachtnemer in acht te nemen, wat betekent dat van de dienstverlener mag worden verwacht dat hij ten opzichte van zijn cliënt de zorgvuldigheid in acht neemt die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden verwacht.<sup>119</sup> Afhankelijk van de omstandigheden van het geval kan de zorgvuldigheid zelfs tot meer dwingen dan wat verwacht mag worden van een redelijk handelend en bekwaam beroepsgenoot.<sup>120</sup> Indien de financiële dienstverlener dient te worden gezien als een aanbieder van een product is er in veel gevallen geen sprake van een overeenkomst welke in boek 7 van het burgerlijk wetboek is genoemd. In die gevallen zal de redelijkheid en billijkheid van art. 6:248 BW een belangrijke rol spelen bij het bepalen van de omvang van de zorgplicht.<sup>121</sup> In veel gevallen zal het aanbieden van een opdracht echter samenlopen bij het bemiddelen of adviseren daarbij, waardoor er toch sprake is van een overeenkomst van opdracht.

Indien er sprake is van een overeenkomst van opdracht dient een financiële dienstverlener zoals gezegd te handelen naar de norm van een goed dienstverlener, voortkomend uit art. 7:401 BW. Naast deze zorgplicht moet de dienstverlener, als opdrachtnemer, op grond van de wet nog aan vier andere algemene zorgplichten voldoen, zie art. 402, 403 en 404 van boek 7 van het BW. De zorgplicht welke de norm van een goed dienstverlener behelst is echter met name van belang.<sup>122</sup> Om aan deze norm te voldoen zal een dienstverlener ten opzichte van zijn cliënten moeten voldoen aan verschillende informatieverplichtingen. Tevens vloeit uit de opdracht voort dat de dienstverlener zich zal moeten verdiepen in zijn cliënten en hen mogelijk moet waarschuwen tegen eventuele risico's. Ook indien er geen sprake is van een overeenkomst van opdracht zullen er gelijksoortige informatie- en waarschuwingsplichten gelden. In dat geval zal de toetssteen de onrechtmatige daad zijn.<sup>123</sup> Zowel binnen als buiten contract is er dan ook sprake van een zorgplicht waaraan moet worden voldaan.

---

<sup>118</sup> Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 75-76; Nederlof-Wouters van den Oudenwijer & Van Der Woude 2009, p. 216.

<sup>119</sup> Zie ten aanzien van de financieel adviseur bijv.: Rb. 's-Hertogenbosch 22 augustus 2008, *LJN* BE9028, r.o. 4.3-4.4.

<sup>120</sup> Nederlof-Wouters van den Oudenwijer & Van Der Woude 2009, p. 217.

<sup>121</sup> Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 75-76.

<sup>122</sup> Hart & Du Perron 2006, p. 72-73.

<sup>123</sup> Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 76-77.

Bovenop deze algemene zorgplicht is in de rechtspraak een bijzondere zorgplicht aangenomen waaraan financiële dienstverleners onder bepaalde omstandigheden moeten voldoen, met name indien er sprake is van complexe en risicovolle producten. Uit deze bijzondere zorgplicht vloeien opnieuw informatie- en waarschuwingsplichten voort waaraan de dienstverlener zal moeten voldoen. Reden voor het aannemen van deze bijzondere zorgplicht is de belangrijke positie die verschillende dienstverleners zoals banken vervullen in het maatschappelijk verkeer en de grote deskundigheid van deze dienstverleners.<sup>124</sup> In de rechtspraak worden er inmiddels bijzondere zorgplichten aangenomen voor banken, verzekeraars, aanbieders van beleggingsproducten en tussenpersonen.<sup>125</sup>

Op grond van de verschillende zorgplichten rusten er op financiële dienstverleners dus meerdere informatie- en waarschuwingsplichten. Welke plichten er in welke situatie van toepassing zijn is echter niet eenduidig aan te geven. De vraag of en welke plichten er gelden, en hoe groot de omvang van deze plichten is, is namelijk sterk afhankelijk van de situatie en de omstandigheden van het geval. Mede bepalend voor het beantwoorden van deze vragen is onder andere de persoon en deskundigheid van de dienstverlener. Daarnaast is ook de persoon van de cliënt van belang voor de omvang van de zorgplicht.<sup>126</sup> Zo is, onder andere bepaald in een arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 10 maart 2009, de mate van deskundigheid aan de kant van de cliënt van belang bij het bepalen van de omvang van de zorgplicht, evenals zijn financiële positie.<sup>127</sup> Vanzelfsprekend, en tevens benoemd in het hetzelfde arrest van het Hof 's-Hertogenbosch, is ook het product dat wordt aangeboden van belang. Met name de complexiteit van het product, en de specifieke risico's die aan een product vastzitten zijn van invloed op de grootte van eventuele informatie- en waarschuwingsplichten aan de kant van de dienstverlener.

De invulling en omvang van zorgplichten die op financiële dienstverleners rusten is dus afhankelijk van vele factoren. Zoals gezegd kan er dan ook geen pasklaar antwoord worden gegeven op de vraag wanneer er welke plichten gelden. Wel kunnen er ter beantwoording van deze vraag enkele aanknopingspunten worden gevonden in de wetgeving en jurisprudentie aangezien de verschillende verplichtingen hierin hun neerslag hebben gekregen. Zo bepaald art. 4:20 Wft dat een consument voorafgaand aan het sluiten van een overeenkomst dient te worden voorzien van informatie waardoor het voor hem of haar mogelijk wordt een gedegen afweging te maken ten opzichte van aankoop van het product. Art. 4:19 Wft bepaald dat deze

---

<sup>124</sup> Nederlof-Wouters van den Oudenwijer & Van Der Woude 2009, p. 218

<sup>125</sup> Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 78.

<sup>126</sup> Nederlof-Wouters van den Oudenwijer & Van Der Woude 2009, p. 218

<sup>127</sup> Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, *LJN* BH5907, r.o. 4.12.

inlichtingen, evenals andere informatie die op grond van de Wet op het financieel toezicht dient te worden verstrekt, op een feitelijke juiste, begrijpelijke en niet misleidende manier moeten worden gegeven.<sup>128</sup> Verder verplicht art. 4:24 Wft de financiële dienstverlener om bij de consument informatie in te winnen over de aanwezige kennis en ervaring, zodat kan worden beoordeeld of de dienst of het product bij de consument passen. Indien dit niet het geval is legt het artikel de dienstverlener de plicht op de consument hiervoor te waarschuwen.

Deze hier genoemde, en andere ongenoemde, wetsartikelen kunnen helpen bij het invullen van aanwezige zorgplichten. Ook de aanwezige rechtspraak kan hier vanzelfsprekend bij helpen. Voor de invulling van alle informatie- en waarschuwingsplichten blijven de omstandigheden van het geval echter van het grootste belang.<sup>129</sup>

### **4.3 Informed Consent (schending)**

Wat nu als er door een financiële dienstverlener niet wordt voldaan aan de op hem rustende informatie- of waarschuwingsverplichtingen, en hij daardoor zijn zorgplicht ten opzichte van zijn cliënt schendt? In dat geval is er opnieuw sprake van een informed consent schending. De informatie- en waarschuwingsverplichtingen strekken er immers toe om cliënten in staat te stellen geïnformeerd een beslissing te nemen terwijl zij zich bewust zijn van de eventuele risico's. Indien een dienstverlener zich niet houdt aan deze verplichtingen, en zijn cliënt vervolgens een overeenkomst aangaat danwel bepaalde beslissingen neemt ten aanzien van een financiële dienst of product, is er dan ook sprake van een schending van een informed consent verplichting.

In dat geval zal een cliënt de financiële dienstverlener aansprakelijk kunnen stellen. Op grond van het feit dat de dienstverlener niet heeft voldaan aan een op hem rustende zorgplicht kan een vordering tot schadevergoeding worden gebaseerd. Vraag is waarop deze vordering gebaseerd kan worden.<sup>130</sup> Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van het 'type' zorgplicht dat verondersteld wordt te worden geschonden. Indien het gaat om een mogelijke schending van een precontractuele zorgplicht, kan de vordering worden gebaseerd op art. 6:162 BW, de onrechtmatige daad. Zou er mogelijk sprake zijn van schending van een contractuele zorgplicht dan kan de vordering tot schadevergoeding worden gebaseerd op de wanprestatie van art. 6:74 BW, of tevens op de onrechtmatige daad van art. 6:162 BW.<sup>131</sup>

---

<sup>128</sup> Nederlof-Wouters van den Oudenwijer & Van Der Woude 2009, p. 219.

<sup>129</sup> Zie voor meer informatie over zorgplichten en informatieplichten van dienstverleners o.a.: Barendrecht & Van Akker 1999; Van Baalen 2006; Tjong Tjin Tai 2006; Hart & Du Perron 2006.

<sup>130</sup> Aan mogelijkheden als dwaling en misbruik van omstandigheden zal hier, aangezien deze onderwerpen niet van belang zijn m.b.t. beantwoording van de probleemstelling, worden voorbijgegaan.

<sup>131</sup> Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 86-89.

#### **4.4 Bewijslastverdeling**

Als een cliënt besluit tot het instellen van een vordering tot schadevergoeding vanwege het schenden van een zorgplicht rijzen ook nu vragen omtrent de bewijslastverdeling. Vraag is opnieuw welke partij wat zal moeten bewijzen. In deze paragraaf zal worden besproken wie de bewijslast draagt ten opzichte van de beroepsfout van de financiële dienstverlener en het causale verband.

##### **4.4.1 De fout**

Op grond van de hoofdregel van art. 150 Rv. zal het aan de eisende partij zijn om te bewijzen dat er daadwerkelijk sprake is van een onrechtmatige daad of wanprestatie. De bewijsplicht rust in een dergelijk geval dus bij de cliënt. Om te beginnen zal deze moeten bewijzen dat er daadwerkelijk sprake is van een gedraging die de kwalificatie onrechtmatig danwel tekortkoming kan dragen.

Indien er sprake is van een overeenkomst van opdracht tussen partijen als bedoeld in art. 7:400 BW, en dus een contractuele basis, moet de dienstverlener zoals eerder aangegeven voldoen aan de norm van art. 7:401 BW. Dat betekent van de dienstverlener mag worden verwacht dat hij ten opzichte van zijn cliënt de zorgvuldigheid in acht neemt die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden verwacht. Indien hij dit niet doet is er sprake van beroepsfout en is er sprake van een tekortkoming in de nakoming van de opdracht.<sup>132</sup> Dezelfde norm gaat op in het geval dat er geen sprake is van een contractuele situatie. In situaties zonder contractuele verhouding worden beroepsbeoefenaren namelijk geacht dezelfde zorgvuldigheid in acht te nemen als in situaties waarin er wel een contractuele basis is.<sup>133</sup> Ook indien er geen overeenkomst van opdracht is zal een financieel dienstverlener zich dus moeten houden aan de norm van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot. Indien hij dit niet doet, handelt hij onrechtmatig.

Het maakt effectief gezien dan ook niet uit of het gaat om mogelijke schending van een precontractuele of contractuele zorgplicht, en of de vordering is geënt op art. 6:162 BW danwel art. 6:74 BW. In alle gevallen zal de eisende partij aan dienen te tonen dat de financiële dienstverlener zich schuldig heeft gemaakt aan een beroepsfout, doordat hij of zij niet de zorgvuldigheid in acht heeft genomen die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot mag worden verwacht.

Aangezien het hier gaat om het niet voldoen aan informed consent verplichtingen zal de eisende partij moeten aantonen dat de wederpartij heeft nagelaten volledige en juiste informatie

---

<sup>132</sup> Nederlof-Wouters van den Oudenwijer & Van Der Woude 2009, p. 217.

<sup>133</sup> Lindenbergh 2009, (T&C BW) art. 6:162 BW, aant. e.

te verstrekken waardoor hij of zij niet aan de norm van een goed dienstverlener heeft voldaan. De eisende partij zal dus moeten bewijzen dat zijn financieel adviseur de op hem rustende zorgplichten heeft geschonden. Welke zorgplichten er op een dienstverlener rusten, en hoe groot de omvang is van deze zorgplichten, is zoals eerder betoogd sterk afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Wat een eisende partij precies dient te bewijzen om een zorgplichtschending aan te tonen is in zijn algemeenheid dan ook niet te zeggen.

De eisende partij zal simpelweg moeten achterhalen of aantonen welke zorgplichten er in zijn specifieke geval op de wederpartij rusten en bewijzen dat de wederpartij in strijd met die plichten heeft gehandeld. Dit kan op zich een lastige opgave vormen. Waar moet een financieel dienstverlener bijvoorbeeld allemaal over informeren indien hij een beleggingsovereenkomst aangaat met een klant? Voor een eisende, en in veel gevallen ondeskundige partij, zal het moeilijk zijn precies aan te tonen wanneer de wederpartij zorgplichten heeft geschonden indien er sprake is van erg ingewikkelde financiële producten en transacties. Veel van de feiten die de eisende partij zal moeten aantonen zijn moeilijk kenbaar, en liggen in de sfeer van de wederpartij, in veel gevallen een financiële instelling zoals een bank.<sup>134</sup> Het bewijzen van de fout kan dan ook problemen met zich meebrengen. Voor het vervolg van dit hoofdstuk zal er echter, in verband met beantwoording van de probleemstelling, van worden uitgegaan dat het de eisende partij lukt om schending van een informatie- of waarschuwingplicht aan te tonen en dat de zorgplichtschending, en daarmee het informatieverzuim, vaststaat.

#### **4.4.2 Causaal verband**

Naast de zorgplichtschending zal de eisende partij onder andere moeten bewijzen dat zij schade heeft geleden en dat er een causaal verband bestaat tussen deze schade en de onrechtmatige gedraging aan de kant van de financiële instelling. Er moet worden aangetoond dat er een *conditio sine qua non*-verband bestaat tussen de (financiële) schade van de eisende partij en het niet voldoen aan de informatie- of waarschuwingplichten door de wederpartij. Met andere woorden, er zal door de eisende partij moeten worden aangetoond dat hij of zij een andere, gunstigere, beslissing zou hebben genomen indien er door de wederpartij wel aan zijn informatie- en waarschuwingplichten zou zijn voldaan. Er moet dus, opnieuw, gekeken worden naar een hypothetische situatie waarin er geen sprake is van een informatieverzuim. Of er, net zoals bij schending van de informatieplicht binnen het medische aansprakelijkheidsrecht, grote problemen rijzen bij het bewijzen van dit causale verband bij zaken in de financiële sector is niet in zijn algemeenheid te zeggen. Dit zal sterk afhangen van de omstandigheden van het geval,

---

<sup>134</sup> Bakkerus 2000, p. 88.

met name om welk financieel product het in kwestie gaat. Er kan wel met zekerheid worden gesteld, zo geeft ook Pijls in zijn artikel in het NTBR aan, dat het bewijs van causaal verband in de praktijk een 'lastig te nemen hobbel is'.<sup>135</sup> Simpelweg omdat het achteraf moeilijk vast te stellen is of de eisende partij een andere beslissing zou hebben genomen met betrekking tot het financiële product indien zij wel afdoende was geïnformeerd.<sup>136</sup> Dat er in sommige gevallen moeilijkheden zullen ontstaan bij het achteraf vaststellen van de hypothetische keuze van de eisende partij is dan ook zeker.<sup>137</sup>

Een oplossing voor de, mogelijke, causaliteitsproblemen is opnieuw de omkeringsregel. Op grond van deze regel wordt zoals bekend het bewijs van het causaal verband omgekeerd en verschuift de bewijslast op dit punt naar de wederpartij. Dit gebeurt pas als door een onrechtmatige daad of wanprestatie een norm is geschonden die ertoe strekt een specifiek risico te beschermen en dit specifieke risico zich vervolgens verwezenlijkt. Hierdoor is het causaal verband in beginsel gegeven en is het aan de wederpartij om dit te ontkrachten,<sup>138</sup> zie hierover tevens paragraaf 2.5.2. In paragraaf 2.5.2 is al toegelicht dat de omkeringsregel niet wordt toegepast indien het gaat om een informed consent schending binnen het medische aansprakelijkheidsrecht. De Hoge Raad heeft, zoals besproken, op 23 november 2001 namelijk bepaald dat er in een dergelijk geval niet wordt voldaan aan het specificiteitsvereiste.<sup>139</sup> Indien het gaat om de aansprakelijkheid van financiële dienstverleners die algemene informatieverplichtingen hebben geschonden lijkt er tevens niet te worden voldaan aan dit specificiteitsvereiste.<sup>140</sup> Deze normen zien er namelijk niet op om de cliënt of afnemer te behoeden voor het gevaar op schade, maar trachten de cliënt of afnemer in staat te stellen een geïnformeerde beslissing te nemen.<sup>141</sup> De omkeringsregel zal in dergelijke gevallen naar alle waarschijnlijkheid dan ook niet van toepassing worden verklaard. Dit kan tevens worden opgemaakt uit de gang van zaken rond de effectenlease-zaken waarop uitgebreid wordt ingegaan in paragraaf 4.5. Bij enkele van deze zaken is het beroep op de omkeringsregel afgewezen aangezien de van toepassing zijnde waarschuwingsplicht, als onderdeel van een uit de redelijkheid en billijkheid vloeiende zorgplicht van banken, de afnemer niet probeert te

---

<sup>135</sup> Pijls 2009, p. 170.

<sup>136</sup> Zie bijv. Rb. Utrecht 21 februari 2007, *LJN* AZ9116; Rb. Utrecht 30 mei 2007, *LJN* BB1258; Rb. Utrecht 31 oktober 2007, *LJN* BB6837; en het door Pijls in zijn artikel genoemde Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, *LJN* BH5907, r.o. 4.20.

<sup>137</sup> Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 88.

<sup>138</sup> Zie oorspronkelijk HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 (Dicky Trading II), en de inperking van de regel in HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 en 305.

<sup>139</sup> HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 (Ingenhut) en HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387 (Niazmandian/Plasmans).

<sup>140</sup> Zie voor een korte uitwerking van het 'specificiteitsvereiste' tevens paragraaf 2.5.2.

<sup>141</sup> Nederlof-Wouters van den Oudenwijer & Van Der Woude 2009, p. 221.

beschermen tegen een 'specifiek gevaar' en het gevaar op een restschuld ook niet geldt als een 'specifiek gevaar' welke voor toepassing van de omkeringsregel is vereist.<sup>142</sup>

De omkeringsregel lijkt dus geen soelaas te bieden indien het gaat om schending van informatieplichten door financiële dienstverleners waarbij wel aangetekend moet worden dat dit afhankelijk is van welke norm geschonden wordt.<sup>143</sup> Zo zou de omkeringsregel onder omstandigheden mogelijk wel van toepassing kunnen zijn indien er een zeer specifieke zorgverplichting geschonden is welke tegen een specifiek gevaar beschermd.<sup>144</sup> De zaken kunnen tevens anders liggen indien het gaat om geschonden gedragsregels uit de Wet op het financieel toezicht welke een specifiek gevaar willen beschermen.<sup>145</sup> Is hier echter geen sprake van, dan zal bij het niet voldoen aan informatie- of waarschuwingsplichten door financiële dienstverleners een beroep op de omkeringsregel zeker niet slagen vanwege het feit dat niet aan het specificiteitsvereiste wordt voldaan.

#### **4.4.3 Theorie van verlies van een kans**

Een andere mogelijkheid die de bewijspositie van de eisende partijen kan verlichten is opnieuw de proportionele aansprakelijkheid. De Hoge Raad gaat vooralsnog echter uit van de 'alles of niets' benadering indien er informatie- of waarschuwingsplichten zijn geschonden door financiële dienstverleners. Zij heeft zich op dit gebied dan ook nog in geen enkel geval laten verleiden tot toepassing van proportionele aansprakelijkheid bij schending van informed consent verplichtingen.

In de lagere rechtspraak is de proportionele aansprakelijkheid in het geval van een informed consent schending door een financieel dienstverlener al wel toegepast. In drie categoriemodelvonnissen van de Rechtbank te Amsterdam omtrent de aandelenlease-affaire is gebruik gemaakt van een proportionele benadering,<sup>146</sup> zie ook paragraaf 4.5. Hierna volgden al snel meer vonnissen waarin deze proportionele benadering wordt gevolgd.<sup>147</sup> In al deze vonnissen gaat het echter niet om toepassing van de theorie van verlies van een kans, maar wordt een beroep gedaan op het Nefalit/Karamus-arrest.<sup>148</sup> Met een beroep op dit arrest wordt de schadevergoeding proportioneel vastgesteld. Echter, de gerechtshoven en ook de Hoge Raad, zie de hierna volgende paragraaf, nemen deze door de rechtbanken gekozen oplossing

---

<sup>142</sup> Zie de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense bij HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815 (De Treek/Dexia), sub 3.35.

<sup>143</sup> Zo geeft Pijls in zijn artikel in het NTBR van 2009 dat de zaken mogelijk anders liggen als er een waarschuwingsplicht jegens een belegger is geschonden, zie p. 172-174.

<sup>144</sup> Tjong Tjin Tai 2006, p. 129.

<sup>145</sup> Nederlof-Wouters van den Oudenwijer & Van Der Woude 2009, p. 221.

<sup>146</sup> Rb. Amsterdam 27 april 2007, *JOR* 2007, 151, *JOR* 2007, 152, *JOR* 2007, 153.

<sup>147</sup> Zie o.a.: Ktg. Amsterdam 6 juni 2007, *LJN* BB2240 (X/Groeivermogen en Fortis); Rb. Alkmaar 5 september 2007, *LJN* BB3107; Ktg. Leeuwarden 23 oktober 2007, *LJN* BB6528; Ktg. Utrecht 23 april 2008, *LJN* BD0653.

<sup>148</sup> HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328 (Nefalit/Karamus).

niet over. Pijls zet in zijn artikel in het NTBR over informatieverzuimen in de beleggingspraktijk tevens vraagtekens bij de keuze van de Rechtbank te Amsterdam om een beroep te doen op het Nefalit/Karamus-arrest. Naar zijn mening zou een beroep op de theorie van verlies van een kans meer voor de hand liggen.<sup>149</sup>

Deze door Pijls getrokken conclusie is een gerechtvaardigde. Bij het Nefalit/Karamus-arrest ging het om het feit dat niet kon worden vastgesteld in welke mate verschillende oorzaken zouden hebben bijgedragen aan het ontstaan van de schade. Van een dergelijke samenloop van verschillende oorzaken is bij het niet voldoen van een financieel dienstverlener aan een informatieverplichting geen sprake. De theorie van verlies van een kans vergoedt de zogenaamde kansschade en laat de werkelijke schade links liggen. Toepassing van deze theorie ligt hier meer voor de hand. Er kan immers gesteld worden dat een cliënt, die niet afdoende is geïnformeerd, de kans heeft verloren om een andere beslissing te nemen met betrekking tot het financiële product. Indien er gekozen wordt voor de proportionele aansprakelijkheid op dit deelgebied ligt een keuze voor de theorie van verlies van een kans dan ook meer voor de hand dan navolging van de rechtsregels uit het Nefalit/Karamus-arrest. Echter, zoals gezegd is er door de Hoge Raad op dit gebied vooralsnog geen keuze gemaakt voor toepassing van enige vorm van proportionele aansprakelijkheid.

#### **4.5 Aandelenlease-affaire**

In de vorige paragraaf is geconcludeerd dat de omkeringsregel in de meeste gevallen geen soelaas zal bieden bij het oplossen van causaliteitsvraagstukken indien er niet wordt voldaan aan de aanwezige informatie- of waarschuwingsplichten bij de verkoop van complexe financiële producten. Daarnaast is vastgesteld dat er voorlopig, in ieder geval door de Hoge Raad, niet is gekozen voor toepassing van enige vorm van proportionele aansprakelijkheid. Vraag is dus hoe er dan in de praktijk wordt omgegaan met de aanwezige causaliteitsproblemen. Een grote 'zaak' waarin dit deels duidelijk wordt is de aandelenlease-affaire waaraan in deze paragraaf aandacht zal worden besteed.

De aandelen of effectenlease-affaire staat ook wel bekend als de Dexia-affaire, en begint te spelen vanaf 2001. Het gaat hierbij om een financieel product, waarvan het overgrote deel door Dexia of zijn rechtsvoorgangers op de markt is gebracht, en waarbij door de bank een kredietovereenkomst wordt gesloten met haar cliënt. Met dit geleende geld belegt de bank ten behoeve van de cliënt in effecten. Over dit geleende bedrag betaalt de cliënt rente en nadat de looptijd van de overeenkomst voorbij is worden de effecten verkocht en de lening met de

---

<sup>149</sup> Pijls 2009, p. 174-177.



opbrengst hiervan afgelost. Het geld dat over is is winst voor de cliënt.<sup>150</sup> Echter na een tijd waarin winst wordt gemaakt breekt een mindere periode aan als gevolg van de neergaande beurskoersen en afschaffing van de fiscale renteaftrek. Winst wordt er niet meer gemaakt en de opbrengsten van de verkoop van het beleggingsdepot zijn voor de individuele beleggers zelfs niet meer genoeg om de aangegane lening af te lossen. De cliënten incasseren nu verliezen en blijven met een restschuld zitten. Al snel klinken kritische geluiden van cliënten. En nadat TROS Radar eind maart 2002 aandacht aan het probleem besteedt, begint het klachten te regenen. Verwijten richting Dexia zien onder andere op het misleidend zijn van het reclamemateriaal, en dus op het niet juist en onvoldoende informeren van de klant. De benadeelde cliënten verenigen zich in verschillende stichtingen welke met Dexia in onderhandeling gaan over een mogelijke oplossing. Uiteindelijk is het Wim Duisenberg die op 28 april 2005 een schikking tussen partijen tot stand weet te brengen, de zogenaamde Duisenberg-regeling. Op grond van de Wet Collectieve Afwikkeling Massaschade wordt deze regeling begin 2007 algemeen verbindend verklaard en geldt hierdoor voor alle partijen die door Dexia zijn benadeeld.<sup>151</sup>

Van de benadeelden zijn er echter 24.000 die gebruik maken van de 'opt out'-mogelijkheid en daardoor buiten de Duisenberg-regeling vallen. Een gedeelte hiervan start zelf een procedure tegen Dexia.<sup>152</sup> In drie van deze individuele geschillen wordt door de Rechtbank te Amsterdam op 27 april 2007 vonnis gewezen.<sup>153</sup> In deze zogenoemde categoriemodelvonnissen zoekt de rechtbank aansluiting bij de proportionele aansprakelijkheid aangezien zij van mening is dat het causale verband tussen de schade en het tekortschieten in de zorgplicht door de bank bezwaarlijk is vast te stellen. Zij verwijst hierbij naar het Nefalit/Karamus-arrest<sup>154</sup> en rekent de schade proportioneel toe op grond van een vastgestelde 'categorie-indeling' waarin de verschillende individuele zaken aan de hand van omstandigheden van het geval zijn gerangschikt.<sup>155</sup> Volgens sommigen is dit een aanwijzing dat het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid begint door te breken als oplossing bij informed consent zaken.<sup>156</sup>

Het Gerechtshof te Amsterdam neemt de door de rechtbank gekozen benadering in twee zaken waarin hoger beroep is ingesteld tegen de categoriemodelvonnissen echter niet over.<sup>157</sup> Hoe er uiteindelijk dient te worden omgegaan met het causaliteitsvraagstuk bij deze

---

<sup>150</sup> Van Doorn 2007, p. 106-107.

<sup>151</sup> Huls & Van Doorn 2007, p. 51-54.

<sup>152</sup> Zie de conclusie van A-G De Vries Lentsch-Kostense bij HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815 (De Treek/Dexia), sub 2.2.

<sup>153</sup> Rb. Amsterdam 27 april 2007, *JOR* 2007, 151, *JOR* 2007, 152, *JOR* 2007, 153.

<sup>154</sup> HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328 (Nefalit/Karamus).

<sup>155</sup> Rb. Amsterdam 27 april 2007, *JOR* 2007, 151, r.o. 9 e.v.

<sup>156</sup> Pijls 2009, p. 175.

<sup>157</sup> Hof Amsterdam 9 december 2008, *LJN* BG6261; Hof Amsterdam 9 december 2008, *NJF* 2009, 18.

individuele effectengeschillen wordt duidelijk in drie, als 'proefprocedure' opgezette effectenlease-zaken, waarin door de Hoge Raad op 5 juni 2009 uitspraak is gedaan.<sup>158</sup> De vraag hierbij is of de afnemer van het effectenleaseproduct de overeenkomst ook zou hebben gesloten indien de aanbieder aan de op hem rustende zorgplicht, welke mede een waarschuwingsplicht oftewel een informatieplicht behelst,<sup>159</sup> had voldaan. Is dit niet het geval dan is het *conditio sine qua non*-verband tussen de onrechtmatige daad en de schade gegeven. De Hoge Raad bepaalt op dit punt dat er in beginsel van mag worden uitgegaan dat de afnemer de effectenleaseovereenkomst niet zou hebben gesloten indien de aanbieder zijn zorgplicht zou zijn nagekomen.<sup>160</sup> In hoeverre dit opgaat, is afhankelijk van de financiële situatie van de afnemer. Indien de aanbieder had moeten begrijpen dat het aangaan van de overeenkomst een onaanvaardbare financiële last zou zijn voor de afnemer, wordt vermoed dat de afnemer de overeenkomst niet zou zijn aangegaan, behoudens zwaarwegende aanwijzingen van het tegendeel. Indien de financiële last wel aanvaardbaar was wordt tevens vermoed dat de afnemer de effectenleaseovereenkomst niet zou zijn aangegaan, echter dit vermoeden kan door de aanbieder, in het licht van de stellingen van de afnemer, met voldoende concrete onderbouwingen worden weerlegd.<sup>161</sup>

Nadat het causaal verband kan worden aangenomen kan er op grond van art. 6:101 BW worden bepaald in hoeverre de opgelopen schade voor rekening van de afnemer dient te blijven op grond van aan haar toe te rekenen omstandigheden welke de schade mede hebben veroorzaakt. De Hoge Raad geeft in zijn algemene beschouwingen aan dat in een zaak als deze als uitgangspunt kan worden genomen dat de schade mede het gevolg is van aan de afnemer toe te rekenen omstandigheden, daarin bestaande dat hem de kenmerken van het financiële product voldoende duidelijk waren en dat van hem mag worden verwacht dat hij zich redelijk zal inspannen om de overeenkomst te begrijpen voordat hij deze aangaat.<sup>162</sup> Hierbij moet worden aangetekend dat de uit lichtvaardigheid of gebrek aan inzicht voortvloeiende fouten van de afnemer in beginsel minder zwaar wegen dan die van de aanbieder. In hoeverre de schade voor rekening van de afnemer dient te blijven is mede afhankelijk van inkomens- en vermogenspositie van hem of haar bij het sluiten van de overeenkomst.<sup>163</sup> Indien deze toereikend was om aan de rente en aflossing te voldoen zullen deze schadeposten voor eigen rekening blijven aangezien de afnemer wist of moest weten dat met geleend geld werd belegd.

---

<sup>158</sup> HR 5 juni 2009 *LJN* BH2815 (De Treek/Dexia), *LJN* BH2811 (B./Levob), *LJN* BH2822 (Stichting GeSp/Aegon).

<sup>159</sup> Zie HR 5 juni 2009 *LJN* BH2815 (De Treek/Dexia), r.o. 5.1.

<sup>160</sup> Zie HR 5 juni 2009 *LJN* BH2815 (De Treek/Dexia), r.o. 5.5.1-5.5.3.

<sup>161</sup> Bergen 2009, p. 189; Van Esch 2009, p. 298.

<sup>162</sup> Zie HR 5 juni 2009 *LJN* BH2815 (De Treek/Dexia), r.o. 5.6.1-5.6.2.

<sup>163</sup> Zie HR 5 juni 2009 *LJN* BH2815 (De Treek/Dexia), r.o. 5.6.3

Indien dit niet zo is zal in beginsel een deel van de aflossing en rente voor vergoeding in aanmerking komen. De restschuld zal, aldus de Hoge Raad, in beginsel steeds voor een deel aan de afnemer kunnen worden toegerekend. Indien komt vast te staan dat de mogelijke financiële gevolgen van de overeenkomst een te zware last vormen voor de afnemer, en dat deze dus tegen het aangaan van de overeenkomst had moeten worden beschermd, kan volgens de Hoge Raad tot uitgangspunt worden genomen dat 40% van de schade voor rekening van de afnemer dient te blijven.<sup>164</sup>

Al met al kan geconcludeerd worden dat het voor de eisende partij zeker niet onmogelijk is om het causale verband in een effectenlease-zaak te bewijzen aangezien er dient te worden vermoed dat de afnemer, in beide financiële situaties, de overeenkomst niet zou zijn aangegaan indien de aanbieder zou hebben voldaan aan zijn zorgplicht. Van een onzeker causaal verband is in dat geval dan ook helemaal geen sprake. Er zal snel worden aangenomen dat de afnemer, in het hypothetische geval dat er geen sprake was van een zorgplichtschending, zou hebben afgezien van de overeenkomst. Door deze benadering ontstaat er geen causaliteitsprobleem en hoeft hiervoor dus ook geen alternatieve oplossing te worden gezocht. Nadat het oorzakelijk verband tussen de onrechtmatige daad en de schade is vastgesteld zal er op grond van art. 6:101 BW worden bepaald in hoeverre de schade voor rekening van de afnemer dient te blijven.

#### **4.6 Beschouwing**

In de voorgaande paragrafen zijn verschillende zaken duidelijk geworden. Om te beginnen is er geconstateerd dat het lastig is vast te stellen in welke mate er causaliteitsproblemen zullen ontstaan indien financiële dienstverleners aansprakelijk worden gesteld vanwege schending van de op hun drukkende informatie- of waarschuwingsplichten. Of er causaliteitsproblemen zullen ontstaan, zal in sterke mate afhangen van de omstandigheden van het geval en het type product. Wel kan er met zekerheid worden gesteld dat er in verschillende gevallen, ondanks dat het lastig is vast te stellen in welke mate van grote, wel degelijk causaliteitsproblemen zullen ontstaan.<sup>165</sup> Het is namelijk een feit dat het lastig is om te bewijzen wat zou zijn gebeurd in de hypothetische situatie zonder informatieverzuim. Er kan verder geconcludeerd worden dat een beroep op de omkeringsregel, indien er causaliteitsproblemen ontstaan, in de meeste gevallen niet zal slagen. De theorie van verlies van een kans lijkt een meer geschikte oplossing voor deze problemen.

Dat de proportionele aansprakelijkheid een geschikte oplossing zou kunnen zijn voor mogelijke causaliteitsproblemen wordt ook door verschillende auteurs naar voren gebracht. Pijls

---

<sup>164</sup> Zie HR 5 juni 2009 *LJN* BH2815 (De Treek/Dexia), r.o. 5.7.

<sup>165</sup> Pijls 2009, p. 170; Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 88.

geeft zoals eerder gezegd al aan dat het leerstuk van de verloren gegane kans een geschikte methode is om causaliteitsproblemen, in het geval van een informatieverzuim in de beleggingspraktijk, te verhelpen.<sup>166</sup> Ook Barendrecht & Van Akker zien een keuze voor een proportionele benadering bij informatieschendingen rondom investerings- en beleggingsbeslissingen wel zitten. Zij concluderen dat een afnemer zich bij een dergelijke beslissing door verschillende informatiebronnen laat leiden. Eén van die bronnen is de dienstverlener. De vergoedingsplicht na een informatiegebrek door die dienstverlener zou proportioneel kunnen worden bepaald aan de hand van de afhankelijkheid van de afnemer van de informatie die wordt gegeven door diezelfde dienstverlener.<sup>167</sup> Ook Giesen concludeert, in zijn bijdrage in de door hem samen met Tjong Tjin Tai geschreven uitgave over proportionele tendensen, voor een aansluiting bij de theorie van verlies van een kans indien er sprake is van een beroepsbeoefenaar die zijn informatieplicht heeft geschonden.<sup>168</sup> De theorie kan volgens hem ook hulp bieden bij de aandelenlease-zaken. Hier gaat het immers, zo geeft hij aan: 'om de vraag of de onjuiste of afwezige waarschuwing (een informatieplicht) door de financiële dienstverlener van bepalende invloed is geweest op de beslissing (een keuze) van het slachtoffer om de aandelenleaseovereenkomst aan te gaan.' Om causaal verband aan te tonen dient er dus bewezen te worden dat de keuze van de belegger anders zou zijn geweest indien er wel een correcte waarschuwing zou zijn gegeven. Vanwege de grote gelijkenissen tussen deze aandelenlease-zaken en die waarin een beroepsbeoefenaar als een arts zijn informatieplicht schendt kan volgens Giesen ook hier de theorie uitkomst bieden.<sup>169</sup>

Zoals in de vorige paragraaf echter bleek is er in de drie als proefprocedure opgezette aandelenlease-zaken (ofwel effectenlease-zaken) van 5 juni door de Hoge Raad geen gebruik gemaakt van enige vorm van proportionele aansprakelijkheid.<sup>170</sup> De theorie van verlies van een kans wordt niet toegepast, en de Hoge Raad voorkomt mogelijke causaliteitsproblemen door te stellen dat er, afhankelijk van de financiële situatie van de cliënt, in beginsel van mag worden uitgegaan dat de cliënt de effectenleaseovereenkomst niet zou hebben gesloten indien hij afdoende zou zijn geïnformeerd. Hierdoor is het causaal verband wel te bewijzen en is er geen sprake van een onzeker causaal verband. Dit heeft tot gevolg dat toepassing van het leerstuk van de verloren gegane kans in dit geval overbodig is. Ook Van Dijk en van der Woude geven in hun artikel in de AV&S aan 'dat uit de rechtspraak blijkt dat de rechter vrij snel geneigd is aan te nemen dat de cliënt een leaseovereenkomst niet zou zijn aangegaan, als de financiële

---

<sup>166</sup> Pijls 2009, p. 176-180.

<sup>167</sup> Barendrecht & Van Akker 1999, p. 195-196.

<sup>168</sup> Giesen & Tjong Tjin Tai 2008, p. 96-97.

<sup>169</sup> Giesen & Tjong Tjin Tai 2008, p. 97-98.

<sup>170</sup> HR 5 juni 2009 *LJN* BH2815 (De Treek/Dexia), *LJN* BH2811 (B./Levob), *LJN* BH2822 (Stichting GeSp/Aegon).

dienstverlener zich behoorlijk van zijn zorgplicht zou hebben geweten'.<sup>171</sup> Hierbij verwijzen zij naar een eerder genoemde uitspraak van het Hof Amsterdam van 8 december 2008 betreffende de effectenlease-zaken.<sup>172</sup> In geval van leaseovereenkomsten zal er dan ook niet snel sprake zijn van een onzeker causaal verband.

Bij de uitspraken van de Hoge Raad van 5 juni 2009 dient overigens nog een kritische kanttekening te worden geplaatst. Op het gebied van de eigen schuld slaat de Hoge Raad namelijk een wat vreemde weg in. Allereerst neemt de Raad mogelijke causaliteitsproblemen weg door als uitgangspunt te nemen dat er in beginsel van mag worden uitgegaan dat de afnemer de overeenkomst niet zou hebben gesloten indien de aanbieder wel aan zijn zorgplicht zou hebben voldaan.<sup>173</sup> Hieraan ligt, zo begrijp ik het althans, de gedachte ten grondslag dat het de afnemer niet kan worden verweten dat hij zich niet bewust was van de risico's en verplichtingen die het aangaan van de overeenkomst met zich meebracht nu de aanbieder haar niet afdoende geïnformeerd en gewaarschuwd heeft. Deze gedachte rechtvaardigt immers de overweging dat ervan mag worden uitgegaan dat de afnemer van het aangaan van de overeenkomst zou hebben afgezien indien zij wel was gewaarschuwd en geïnformeerd. Echter, vervolgens wordt bij het eigen schuld vraagstuk als uitgangspunt genomen dat de afnemer mede verantwoordelijk is voor de schade aangezien de kenmerken van het product aan hem voldoende kenbaar waren en dat van hem mag worden verwacht dat hij zich redelijk zal inspannen om de overeenkomst te begrijpen voordat hij deze aangaat.<sup>174</sup> Deze beweringen zijn niet te rijmen met het uitgangspunt dat een afnemer de overeenkomst niet zou hebben gesloten indien de aanbieder wel aan zijn zorgplicht zou hebben voldaan. Verondersteld wordt immers dat er al kennis aanwezig is bij de afnemer, dan wel dat hij de plicht heeft deze gedeeltelijk zelf op te doen. Vanuit die optiek lijkt het juist niet onwaarschijnlijk dat een afnemer toch een overeenkomst zou hebben gesloten indien de aanbieder wel aan zijn zorgplicht zou hebben voldaan. Verondersteld wordt immers dat een gedeelte van de risico's al bekend was bij de afnemer, dan wel bekend behoorde te zijn. Het lijkt er dan ook op alsof de Hoge Raad de onzekerheid met betrekking tot de causaliteitsvraag weliswaar wegneemt, maar deze vervolgens verplaatst naar het eigen schuld vraagstuk, en eigenlijk op een wat onzuivere manier te werk gaat. Hoewel deze manier van werken mogelijk als onwenselijk kan worden bestempeld, kan wat mij betreft grote kritiek op de manier waarop de Hoge Raad hier mogelijke causaliteitsproblemen uit de weg gaat uitblijven. Immers, indien de theorie van verlies van een

---

<sup>171</sup> Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 88.

<sup>172</sup> Hof Amsterdam 09 december 2008, *LJN* BG6261.

<sup>173</sup> Zie HR 5 juni 2009 *LJN* BH2815 (De Treek/Dexia), r.o. 5.5.1-5.5.3.

<sup>174</sup> Zie HR 5 juni 2009 *LJN* BH2815 (De Treek/Dexia), r.o. 5.6.1-5.6.3.

kans zou zijn toegepast zou dit waarschijnlijk, in grote lijnen, tot een gelijksoortige uitkomst hebben geleid. In dat geval zou men hebben gesteld dat er een kans verloren was gegaan om een andere beslissing te nemen met betrekking tot het financiële product, waarna men deze kans zou hebben geschat om de schade te kunnen bepalen. Ook in dat geval zou er een soort van middenweg worden genomen.

Hoe de besproken aandelenlease-zaken van 5 juni 2009 in de toekomst door zullen werken, indien het gaat om andere feiten en een ander financieel product, is de vraag. Naar aanleiding van deze zaken kan worden geconcludeerd dat het niet toepassen van de theorie van verlies van een kans door de Hoge Raad eigenlijk geen probleem hoeft te vormen. Een dergelijke oplossing voor causaliteitsproblemen is in deze aandelenlease-zaken namelijk niet nodig aangezien de Hoge Raad met de door haar gekozen benadering ervoor zorgt dat er helemaal geen causaliteitsproblemen ontstaan. Mogelijk zal dit navolging krijgen indien een ander financieel product centraal staat. Stel bijvoorbeeld dat het gaat om de verkoop van een hypotheek met koopsompolis, zoals beschreven in het voorbeeld in paragraaf 4.1, waarbij door de financiële dienstverlener niet wordt voldaan aan de op hem rustende informatieverplichtingen. De afnemers denken lage maandlasten te krijgen maar na enkele jaren wordt men, mede door de boven de executiewaarde opgelopen hypotheekschuld en stijgende rentepercentages, juist met erg hoge maandlasten geconfronteerd. Bij verkoop van het huis blijft ook nog eens een restschuld over. Men zal, als er procedures worden gestart, dienen te bewijzen dat men een andere keus zou hebben gemaakt met betrekking tot het sluiten van de hypotheek indien er geen sprake was van een informatieverzuim. Op het eerste gezicht is dit erg lastig te bewijzen en lijkt de theorie van verlies van een kans een mogelijke uitkomst te bieden. Echter, indien de 'lijn' uit de arresten van 5 juni over de aandelenlease-zaken wordt gevolgd is toepassing van de theorie niet nodig aangezien het causaliteitsprobleem in dat geval wordt voorkomen. In deze zaak zou dit tot gevolg hebben dat er met betrekking tot het causaal verband van mag worden uitgegaan dat men, indien de mogelijke financiële lasten op voorhand te zwaar zijn voor de afnemers en dit voor de aanbieder duidelijk moest zijn, de hypotheek niet zou hebben gesloten indien er door de financiële dienstverlener wel was voldaan aan zijn informatieplicht. Hierdoor ontstaat er geen causaliteitsprobleem meer. Dat een dergelijke benadering in een zaak als deze mogelijk gerechtvaardigd is blijkt nog sterker indien de situatie iets wordt veranderd. Stel dat een cliënt al een hypotheek had waaraan bepaalde maandelijkse lasten vastzaten. Door oversluiting van de hypotheek denkt hij of zij goedkopere maandlasten te kunnen krijgen. Dit is ook zo, maar na een paar jaar zijn de lasten dubbel zo hoog als voorheen door de stijgende rentelasten en de aangesmeerde koopsompolissen. Het is nu niet anders dan aannemelijk dat

de cliënt de hypotheek niet zou hebben gesloten indien hij of zij afdoende was geïnformeerd. Wie kiest immers met zijn gezonde verstand voor een duurdere hypotheek met weinig extra voordelen? Toepassing van de theorie van verlies van een kans is in dat geval niet nodig aangezien het causale verband al in eerste instantie kan worden vastgesteld.

Hetzelfde verhaal kan worden gehouden indien het gaat om de besproken beleggingsverzekeringen, zie paragraaf 4.1. Hierbij ging het tevens om niet goed geïnformeerde afnemers die schade lijden. Ook hier moet door cliënten worden aangetoond dat zij een andere keus zouden hebben gemaakt met betrekking tot de beleggingsverzekering indien zij afdoende waren geïnformeerd. De theorie zou uitkomst kunnen bieden bij het aantonen hiervan, maar tevens is het mogelijk dat causaliteitsproblemen niet hoeven te worden opgelost, maar kunnen worden voorkomen op een manier zoals is gebeurd in de verschillende effectenlease-zaken.

Feit blijft echter dat er in sommige zaken mogelijk toch causaliteitsproblemen ontstaan. Dit vanwege het feit dat er niet in elke zaak op eenzelfde manier als in de effectenlease-zaken geconcludeerd kan worden dat er een 'redelijke mate van waarschijnlijkheid' bestaat dat een cliënt een andere beslissing zou hebben genomen indien hij afdoende was geïnformeerd. Ook Van Dijk en van der Woude geven opnieuw aan dat: 'er in veel gevallen een zekere mate van onzekerheid zal bestaan over het causaal verband tussen de schending van de informatie- of waarschuwingsplicht en het gestelde nadeel'.<sup>175</sup> Dit dus ondanks de wijze waarop de Hoge Raad het causaal verband in de effectenlease-zaken vaststelt. In die gevallen kan de theorie van verlies van een kans mogelijk uitkomst bieden. Zoals eerder vastgesteld heeft de Hoge Raad vooralsnog echter geen aanwijzingen gegeven die tot de conclusie leiden dat er in de toekomst rekening moet worden gehouden met toepassing van de theorie indien het gaat om informed consent zaken in de financiële sector. Vooralsnog gaat men in principe uit van de 'alles of niets' benadering.

Of toepassing van de theorie van verlies van een kans aanbeveling verdient in geval van informed consent zaken in de financiële sector kan dus niet eenduidig worden beantwoord. Naar mijn mening is de theorie in principe een geschikte methode om eventuele causaliteitsproblemen te verhelpen, mits er wordt voldaan aan de eerder in paragraaf 3.4.2 en 3.4.3 genoemde voorwaarden. Echter indien de 'lijn' uit de effectenlease-zaken wordt gevolgd zullen er in verschillende gevallen geen causaliteitsproblemen ontstaan. In dat geval zal men namelijk concluderen dat er sprake is van een redelijke mate van waarschijnlijkheid dat de

---

<sup>175</sup> Van Dijk & Van der Woude 2009, p. 89.

schade is ontstaan als gevolg van de zorgplichtschending. Toepassing van de theorie is in dat geval overbodig. In andere gevallen, waar het causale verband niet op eenzelfde manier met een redelijke mate van zekerheid kan worden vastgesteld, zullen er echter bewijsproblemen ontstaan. In die gevallen verdient toepassing van de theorie aanbeveling aangezien het een geschikte oplossing kan zijn voor de ontstane problemen. Of de theorie bruikbaar is bij informed zaken in de financiële sector is dan ook afhankelijk van de omstandigheden van het geval.



## 5. Conclusie

Indien er een procedure wordt gestart ter vordering van schadevergoeding, zal de bewijsplicht in principe op de eisende partij rusten op grond van art. 150 Rv. Het zal dan ook aan de eisende partij zijn om onder andere het conditio sine qua non-verband aan te tonen tussen de gebeurtenis die de schade veroorzaakt heeft en de schade zelf. In sommige gevallen is dit echter erg lastig aangezien er bewezen zal moeten worden wat er zou zijn gebeurd in de hypothetische situatie zonder schadeveroorzakende gebeurtenis.

Dit is onder andere het geval indien een arts ten opzichte van zijn patiënt de in de WGBO opgenomen informatieverplichting van art. 7:448 BW, in combinatie met het in art. 7:450 BW opgenomen toestemmingsvereiste, schendt. Voor de patiënt is het na een dergelijke informed consent schending vrijwel ondoenlijk om aan te tonen dat hij, indien afdoende geïnformeerd, een andere keuze zou hebben gemaakt met betrekking tot de uitgevoerde behandeling. Mede als gevolg van het feit dat de Hoge Raad in deze gevallen niet instemt met toepassing van de omkeringsregel wordt er nog maar zelden een arts verplicht tot het betalen van een schadevergoeding vanwege het schenden van een informed consent verplichting. Dit heeft tot gevolg het aan de informatieplicht ten grondslag liggende zelfbeschikkingsrecht niet of nauwelijks meer wordt beschermd.

Een oplossing voor deze problemen is de theorie van verlies van een kans. Vooral nog wordt deze echter niet toegepast bij medische informed consent zaken. Er worden dan ook verschillende bezwaren geuit tegen toepassing van de theorie. Echter, deze bezwaren kunnen voor het grootste deel worden ondervangen door ervoor te zorgen dat rechters hun beslissingen met betrekking tot de theorie altijd op een goede en uitvoerige wijze motiveren. Tevens zullen rechters zich in eerste instantie altijd moeten concentreren op de oorspronkelijke causaliteitsvraag. Indien aan deze voorwaarden is voldaan is het kansschade leerstuk mijns inziens zeer bruikbaar bij medische informed consent zaken. Toepassing van de theorie zal er namelijk voor zorgen dat informatieschendingen door artsen weer worden gesanctioneerd.

Ook in de financiële sector kunnen soortgelijke schendingen van informatieplichten zich voordoen. Dit is het geval indien financiële dienstverleners ten opzichte van hun cliënten niet voldoen aan op hun rustende zorgplichten, welke mede informatie- en waarschuwingsplichten behelzen. Ook in die gevallen kunnen er causaliteitsproblemen rijzen indien de cliënt een schadevergoedingsprocedure start. De eisende partij zal nu namelijk moeten bewijzen dat hij of zij een andere, gunstigere, beslissing zou hebben genomen indien de wederpartij wel aan zijn

informatie- en waarschuwingsplichten zou hebben voldaan. Het achteraf vaststellen van deze hypothetische keuze zal in verschillende gevallen moeilijkheden opleveren.

Er kan echter van uit worden gegaan dat ook in dit geval de omkeringsregel de eisende partij geen hulp zal bieden. Mogelijk is ook in deze gevallen de theorie van verlies van een kans daarom een uitkomst. De Hoge Raad gaat echter vooralsnog uit van de 'alles of niets' benadering indien er informatie- of waarschuwingsplichten zijn geschonden door financiële dienstverleners. In de drie besproken effectenlease-zaken van 5 juni 2009 stelt de Hoge Raad dat er, afhankelijk van de financiële situatie van de cliënt, in beginsel van mag worden uitgegaan dat de cliënt de effectenleaseovereenkomst niet zou hebben gesloten indien hij afdoende zou zijn geïnformeerd. Dit geeft tot gevolg dat eventuele causaliteitsproblemen worden voorkomen, en toepassing van de theorie is in dit geval dan ook overbodig. Vervolgens neemt de Hoge Raad bij het eigen schuld vraagstuk als uitgangspunt dat de afnemer/cliënt mede verantwoordelijk is voor de schade en verdeelt op grond hiervan de schade tussen beide partijen. Het is nu de vraag hoe deze door de Hoge Raad gekozen benadering door zal werken indien het om een ander financieel product gaat. In sommige gevallen zal er van eenzelfde beredenering gebruik kunnen worden gemaakt. Indien dit niet mogelijk is zou de theorie van verlies van een kans kunnen worden toegepast.

De theorie van verlies van een kans is dus, afhankelijk van de omstandigheden van het geval, zowel bruikbaar bij informed consent zaken in het civiele medische aansprakelijkheidsrecht als bij zaken die spelen in de financiële sector. Zeker bij informed consent zaken binnen het civiele medische aansprakelijkheidsrecht is de theorie van verlies van een kans een geschikte oplossing voor mogelijke causaliteitsproblemen.

## 6. Aanbeveling

In deze scriptie is er gesproken over informed consent zaken binnen zowel de financiële als medische sector. Hierbij is gekeken naar causaliteitsproblemen welke zich bij dit soort zaken kunnen voordoen. Als oplossing hiervoor is de theorie van verlies van een kans uitgebreid besproken en toegelicht. Aan de hand hiervan kan worden bekeken in welke gevallen, en onder welke 'voorwaarden', toepassing van de theorie van verlies van een kans in zijn algemeenheid aanbeveling verdient. In deze paragraaf zullen deze voorwaarden worden toegelicht.

Allereerst zijn naar mijn mening de gevolgen van het niet toepassen van het kansschade leerstuk van groot belang voor het beantwoorden van de vraag of toepassing aanbeveling verdient. Als voorbeeld kan gekeken worden naar het civiele medische aansprakelijkheidsrecht. Hier zorgen de bewijsproblemen met betrekking tot de causaliteit ervoor dat het niet voldoen aan informatieverplichtingen door hulpverleners niet meer wordt gesanctioneerd.<sup>176</sup> En hierdoor wordt het aan de informatieplicht ten grondslag liggende zelfbeschikkingsrecht niet of nauwelijks beschermd.<sup>177</sup> Het feit dat het zelfbeschikkingsrecht van mensen door causaliteitsproblemen kan worden aangetast, rechtvaardigt naar mijn mening het toepassen van een middel als de theorie van verlies van een kans. Met andere woorden, het verdient pas aanbeveling over te gaan tot toepassing van de theorie als hiermee aanzienlijke belangen gediend zijn of ingrijpende gevolgen kunnen worden voorkomen. Ook in de financiële sector kan hier sprake van zijn. Denk bijvoorbeeld aan de vele mensen die hun huis uit moeten omdat zij ongeïnformeerd een te hoge hypotheek met koopsompolis hebben afgesloten. Indien deze mensen vanwege bewijsproblemen mogelijk met lege handen achterblijven is toepassing van de theorie gerechtvaardigd.

Wat tevens als maatstaf kan dienen is de afhankelijkheidsrelatie tussen partijen. Naarmate een partij afhankelijker is van de informatie van de wederpartij zijn verdergaande maatregelen ingeval van bewijsproblemen eerder gerechtvaardigd. Het niet afdoende informeren door de wederpartij is in die gevallen namelijk van grotere invloed op de hele zaak, en er kunnen in die gevallen minder snel verwijten worden gemaakt aan het adres van de eisende partij. Een sterke afhankelijkheidsrelatie is er bijvoorbeeld tussen een patiënt en zijn arts, en kan er ook zijn tussen een cliënt en een financieel adviseur. In deze laatste relatie zal dit afhankelijk zijn van het type product en de omstandigheden van het geval. Indien het gaat om een deskundige cliënt en een niet al te complex product zal er geen sprake zijn van een

---

<sup>176</sup> Hendrix & Akkermans 2007, p. 498-499.

<sup>177</sup> Kroes 2007, p. 161.

grote afhankelijkheidsrelatie en is toepassing van de theorie van verlies van een kans minder op zijn plaats. Bij de relatie tussen een arts en patiënt kan men tegenwoordig overigens ook vragen stellen bij de afhankelijkheid. Mede door de vooruitgang van de techniek is de gemiddelde patiënt op dit moment beter geïnformeerd dan voorheen.

Overigens kan naar mijn mening betoogd worden dat bij zeer sterke afhankelijkheidsrelaties tussen partijen verdergaande middelen dan de theorie dienen te worden gebruikt. In de meer 'extremere' gevallen moet de ene partij namelijk zo vertrouwen op de wederpartij dat hem met betrekking tot zijn beslissingen simpelweg geen verwijten kunnen worden gemaakt. Indien er dan sprake is van schending van een informatieplicht door de wederpartij is er toch voldoende reden om te veronderstellen dat dit in geen geval voor rekening moeten komen van de benadeelde partij. Een situatie waarbij verdergaande middelen mogelijk zijn gerechtvaardigd is die tussen de arts welke een informatieplicht schendt ten opzichte van zijn patiënt. Er zou in dat geval voor een verdergaande maatregel als de bewijsrisico-omkering kunnen worden gepleit. Echter, toepassing van deze maatregel brengt weer andere nadelen met zich mee.<sup>178</sup>

Van belang voor de vraag of toepassing van het kansschade leerstuk wenselijk is zijn ook de aanwezige alternatieven. Indien er alternatieven zijn kan toepassing overbodig of onwenselijk zijn. Uiteindelijk is de theorie van verlies van een kans toch een 'soort van truc' waarbij de oorspronkelijke lastige causaliteitsvraag opzij wordt geschoven. Dit leidt dan ook tot de kritiek dat toepassing van de theorie gepaard gaat met een bepaald 'hocus pocus' gehalte.<sup>179</sup> Hoewel aan deze kritiek tegemoet kan worden gekomen door een deugdelijke en toereikende motivering zoals betoogd in paragraaf 3.4.2, dient er verondersteld te worden dat toepassing van de theorie enkel dan gerechtvaardigd is als er geen andere, geschiktere alternatieven voorhanden zijn. Geschiktere alternatieven zouden bijvoorbeeld middelen kunnen zijn die beter in het klassieke systeem lijken te passen, en die minder weg hebben van een 'truc'. Het is echter lastig op objectieve gronden aan te geven welke methoden geschikter zijn dan andere. Zoals besproken heeft de Hoge Raad in de drie als 'proefprocedure' opgezette effectenlease-zaken van 5 juni 2009 de causaliteitsproblemen op een andere manier verholpen dan door toepassing van de theorie, zie paragraaf 4.5 en 4.6.<sup>180</sup> Deze manier lijkt geschikter, en meer binnen het klassieke systeem te passen. Echter, zoals gezegd verplaatst de Hoge Raad de onzekerheid in deze zaken naar het eigen schuld vraagstuk, en er kunnen dan ook vraagtekens worden gezet bij de zuiverheid van deze methode.

---

<sup>178</sup> Kroes 2007, p. 165

<sup>179</sup> Peeperkorn 1998, p. 324.

<sup>180</sup> HR 5 juni 2009 *LJN* BH2815 (De Treek/Dexia), *LJN* BH2811 (B./Levob), *LJN* BH2822 (Stichting GeSp/Aegon).

Wat in de hierboven besproken punten mogelijk nog niet nadrukkelijk genoeg naar voren komt, en wat eigenlijk ook vanzelfsprekend is, is dat toepassing van de theorie enkel gerechtvaardigd is als het traditionele alles of niets systeem er echt voor zorgt dat informatieschendingen structureel ongesanctioneerd blijven. Is dat namelijk niet het geval dan is er geen reden om eveneens structureel over te gaan tot het toepassen van een oplossing zoals de theorie van verlies van een kans.

Concluderend kan er worden gesteld dat de theorie van verlies van een kans een oplossing kan zijn indien er sprake is van structurele causaliteitsproblemen op een bepaald gebied, waardoor informatieschendingen ongesanctioneerd blijven. Of toepassing van de theorie in een dergelijke situatie ook daadwerkelijk gerechtvaardigd is is naar mijn mening afhankelijk van de aanwezige alternatieven, de afhankelijkheidsrelatie tussen partijen en de gevolgen van niet toepassing van de theorie.

## Literatuurlijst

### **Akkermans 1997**

A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid (diss. Tilburg)*, Deventer: Tjeenk Willink 1997.

### **Akkermans 1999**

A.J. Akkermans, 'Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind?', *VR* (47) 1999-3, p. 65-69.

### **Akkermans, Fauré & Hartlief 2000**

A.J. Akkermans, M. Fauré & T. Hartlief, *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000.

### **Akkermans 2002**

A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002.

### **Asser 2004**

W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling* (Serie Burgerlijk Proces & Praktijk deel 3), Deventer: Kluwer 2004.

### **Awater 2009**

P.S.T. Awater, 'Op wie rust de bewijslast', *Bb* 2009-15, p. 171-173.

### **Van Baalen 2006**

S.B. van Baalen, *Zorgplichten in de effectenhandel* (diss. Rijksuniversiteit Groningen), Deventer: Kluwer 2006.

### **Bakkerus 2000**

S.O.H. Bakkerus, *Bancaire aansprakelijkheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000.

**Barendrecht & van den Akker 1999**

J.M. Barendrecht & E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplicht van dienstverleners*, Deventer: Tjeenk Willink 1999.

**Van den Bergen 2009**

A.J.E. van den Bergen, 'Zorgplicht in effectenlease geschillen: over de waarschuwingsplicht en onderzoeksplicht van banken', *Bb* 2009-16, p. 181-190.

**Bijkerk 2009**

W.O. Bijkerk, 'Beleggingsverzekeringen. Van fenomeen tot probleem', *B&E* (58) 2009-3, p. 16-19.

**Bijkerk & Verschoor 2009**

W.O. Bijkerk & B. Verschoor, 'De werking van beleggingsverzekeringen. Risico's van leegloop', *B&E* (58) 2009-5, p. 4-7.

**Van den Borne-Verheijen 2008**

C.H.D.W. van den Borne-Verheijen, 'Bewijslastverdeling en de zorgplicht van de bank bij een adviesrelatie', *Bb* 2008-22, p. 293-298.

**Branbergen 2008**

J. Branbergen, 'De rechter in eerste aanleg in de aandelenleaseprocedures', *NJB* 2008-9, p. 498-502.

**Brunner 1995**

C.J.H. Brunner, 'Rode draad 'Beroepsaansprakelijkheid' - Is beroepsaansprakelijkheid iets bijzonders?', *AA* (44) 1995-12, p. 932-941.

**De Nederlandse Bank 2008**

'De beleggingsverzekering', Kwartaalbericht van De Nederlandse Bank 2008, nr. 3, p. 31-34 (<[http://www.dnb.nl/binaries/Kwartaalbericht%20september%202008\\_tcm46-188124.pdf](http://www.dnb.nl/binaries/Kwartaalbericht%20september%202008_tcm46-188124.pdf)>).

**Van Dijk 2000**

Chr. H. van Dijk, 'Onzeker causaal verband in de rechtspraak', in: Akkermans, Fauré & Hartlief 2000, p. 27-41.

**Van Dijk 2003**

Chr. H. van Dijk, 'Toepassing van de theorie van verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid', in: Kastelein & Sluijters 2003, p. 27-43.

**Van Dijk 2006**

Chr. H. van Dijk, 'De Hoge Raad stemt in met het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid', *NTBR* 2006-7, p. 294-306.

**Van Dijk & Van der Woude 2009**

Chr. H. van Dijk & F. van der Woude, 'Privaatrechtelijke aansprakelijkheid van financiële dienstverleners voor het schenden van informatie-, onderzoeks- en waarschuwingplichten en de Wet op het financieel toezicht', *AV&S* 2009-2, p. 74-92.

**Dongen & Kramer 2004**

M.G.J. van Dongen & H.M.C. Kramer, 'Informed consent en de medische aansprakelijkheid', *Nederlands tijdschrift voor geneeskunde* (7) 2004-4, p. 66-67.

**Van Doorn 2007**

C.J.M. van Doorn, 'De tweede WCAM-beschikking is een feit: tijd voor een terugblik en een blik vooruit', *AV&S* 2007-3, p. 105-114.

**Engberts, Kalkman-Bogerd & Hendriks 2006**

D.P. Engberts, L.M. Kalkman-Bogerd & A.C. Hendriks, *Gezondheidsrecht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006.

**Engelhard 2007**

E.F.D. Engelhard, 'Kroniek Schadevergoedingsrecht', *AV&S* 2007-1, p. 14-28.



**Van Esch 2009**

R.E. van Esch, 'Conclusie advocaat-generaal in zaak De T./Dexia en de zorgplicht', *TvFR* 2009-4, p. 178-181.

**Van Esch 2009**

R.E. van Esch, 'Uitspraak van de Hoge Raad in effectenlease-zaken', *TvFR* 2009-7/8, p. 295-299.

**Friele 2007**

R.H. Friele, 'Een thematische evaluatie van het begrip informed consent', *TvGR* (31) 2007-8, p. 614-619.

**Giard 2005**

R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen: juridische theorie en medische praktijk*, Boom Juridische uitgevers 2005.

**Gevers 2003**

J.K.M. Gevers, 'Informed Consent', in: Kastelein & Sluijters 2003, p. 63-82.

**Giesen 1996**

I. Giesen, 'Bewijslastverdeling, de informatieplicht van de arts en het recht op zelfbeschikking: communicerende vaten!', *AA* (45) 1996-9, p. 534-542.

**Giesen 1999**

I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Tjeenk Willink 1999.

**Giesen 2003**

I. Giesen, 'Medische aansprakelijkheid in Nederland: een stand van zaken ten aanzien van de bewijslastverdeling', in: Kastelein & Sluijters 2003, p. 11-25.

**Giesen 2005**

I. Giesen, *Handle with care! De waarschuwingplicht in het buitencontractuele aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.

### **Giesen & Tjong Tjin Tai 2008**

I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog*, Deventer: Kluwer 2008.

### **Haak 1998**

M.F.J. Haak, 'Van een advocaat die vergeet in hoger beroep te gaan', *AA* (47) 1998-3, p. 138-147.

### **Hammerstein e.a. 2003**

A. Hammerstein e.a., *Causaliteit*, Den Haag: Koninklijke Vermande/Sdu 2003.

### **Hart & Du Perron 2006**

F.M.A. 't Hart & C.E. du Perron, *De geïnformeerde consument. Is informatieverstrekking een effectief middel om consumenten afgewogen financiële beslissingen te laten nemen?*, Deventer: Kluwer 2006.

### **Hendrix & Akkermans 2007**

L.G.J. Hendrix & A.J. Akkermans, 'Causaliteitonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van Chester v. Afshar', *TvGR* (31) 2007-7, p. 498-515.

### **Huls & Van Doorn 2007**

N.J.H. Huls & C.J.M. van Doorn, 'De constructie van een massaclaim. Een rechtssociologische analyse van de eerste fase van de Dexia-affaire', *RM Themis* 2007-2, p. 51-60.

### **Kastelein 1998**

W.B. Kastelein, 'Informed consent en medische aansprakelijkheid; jurisprudentie 1994-1998', *TvGR* (22) 1998-3, p. 134-146.

### **Kastelein & Sluijters 2003**

W.R. Kastelein & B. Sluijters, *Medische aansprakelijkheid*, Den Haag: Koninklijke Vermande 2003.

### **Kerkhof 2006**

J. Kerkhof, 'Claims dreigen voor verzekeraars', *FEM Business* 2006-48, p. 66-67.

**Kerkmeester 1998**

H.O. Kerkmeester, 'De terugkeer van het bemiddelend vonnis: de doctrine van het kansverlies bij medische aansprakelijkheid', *NJB* (73) 1998-10, p. 435-441.

**Kingma 2006**

S.M. Kingma, 'Informed consent bij medische behandelingen', *Bb* 2006-26, p. 257-260.

**Klaassen 2007**

C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, Deventer: Kluwer 2007.

**Klaassen 2007**

C.J.M. Klaassen, 'Proportionele aansprakelijkheid: een goede of kwade kans?', *NJB* (82) 2007-22, p. 1346-1362.

**Kroes 2007**

L.M. Kroes, 'Bewijslastverdeling en informed consent', *PP* 2007-6, p. 160-167.

**Leenen, Gevers & Legemaate 2007**

H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers & J. Legemaate, *Handboek gezondheidsrecht deel 1: Rechten van mensen in de gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007

**Leenen, Dute & Kastelein 2008**

H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute & W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht deel 2: Gezondheidszorg en recht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2008.

**Legemaate 2006**

J. Legemaate, *Patiëntveiligheid en patiëntenrechten*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006.

**Lindenbergh 2009**

S.D. Lindenbergh in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk, *Burgerlijk Wetboek: Tekst en commentaar bij boeken 1, 2, 3, 4, en 5*, Deventer: Kluwer 2009.

**Maanen & Valk 2008**

G.E. van Maanen en W.L. Valk, 'Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht? Een rechtsgeleerde dialoog over het preadvies van Giesen en Tjong Tjin Tai voor de Vereniging van Burgerlijk recht', *NTBR* 2008-8, p. 316-327.

**Meyst-Michels 2007**

J. Meyst-Michels, 'Kroniek medische aansprakelijkheid', *AV&S* 2007-6, p. 293-303.

**Nederlof-Wouters van den Oudenweijer & Van der Woude 2009**

E. Nederlof-Wouters van den Oudenweijer & F. van der Woude, 'Enige aspecten van aansprakelijkheid van de financieel adviseur voor teleurstellende beleggingsresultaten', *BJU* 2009-9, p. 215-224.

**Peeperkorn 1998**

D. Peepkorn, 'Het oordeel van Paris. Over medische kunstfouten en kansen op schade', *VR* (46) 1998-11, p. 321-324.

**Peeperkorn 2000**

D. Peepkorn, 'Het feest van de gedaagde, kritiek op de proportionele leer', in: Akkermans, Fauré & Hartlief 2000, p. 59-84.

**Pijls 2009**

A.C.W. Pijls, 'Het bewijs van causaal verband bij informatieverzuimen in de beleggingspraktijk', *NTBR* 2009-5, p. 170-181.

**De Ridder 1995**

M.J.J. de Ridder, 'Rode draad 'Beroepsaansprakelijkheid': Kansverlies als schadefactor bij medische aansprakelijkheid', *AA* (44) 1995-7/8, p. 548-554.

**De Ridder 2000**

M.J.J. de Ridder, 'Causaal verband bij informed consent', *TvGR* (24) 2000-6, p. 353-361.

**De Ridder 2006**

M.J.J. de Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGR* (30) 2006-3, p. 216-228.

**De Ridder 2008**

M.J.J. de Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGR* (32) 2008-2, p. 114-127.

**Sluijters 1999**

B. Sluijters e.a., *Gezondheidsrecht*, Deventer: Kluwer 1999.

**Sluijters & Biesaat 2005**

B. Sluijters & M.C.I.H. Biesaat, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2005.

**Spier 2006**

J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2006.

**Tan 2008**

R.L.M.M. Tan, 'Over het mogelijk en het waarschijnlijke, salomonsoordelen in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2008-1, p. 23-27.

**Tjong Tjin Tai 2006**

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en Zorgethiek*, Deventer: Kluwer 2006.

**Tjong Tjin Tai & Van den Berg 2009**

T.F.E. Tjong Tjin Tai & M.F.M. van den Berg, 'Financiële zorgplichten van de verzekeraar bij beleggingsproducten', *AV&S* 2009-4, p. 163-172.

**Weenink 2009**

A.J. Weenink, 'De aandelenlease-affaire in een al maar uitdijend aantal rechtsvragen', *Tijdschrift voor consumentenrecht & handelspraktijken* 2009-2, p.44 e.v.

**Wouters 2007**

J.C.J. Wouters, 'Twee arresten van de Hoge Raad over beroepsaansprakelijkheid van advocaten: kansbepaling bij onzekere schade', *AV&S* 2007-6, p. 310-313.

## **Kamerstukken**

*Kamerstukken II* 1989/1990, 21 561, nr. 3.

## **Literatuurlijst**

HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 456.  
HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 500 (Timmer/Deutman).  
HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 368 (Schepers/de Bruijn).  
HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 (Dicky Trading II).  
HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257 (Baijings/Mr H).  
HR 7 september 2001, *NJ* 2001, 615 (Anesthesie).  
HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 (Ingenhut).  
HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 387 (Niazmandian/Plasmans).  
HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304.  
HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 305.  
HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006, 328 (Nefalit/Karamus).  
HR 29 september 2006, *JOL* 2006, 572 (concl. A-G Spier)  
HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 63.  
HR 16 februari 2007, *RvdW* 2007, 203.  
HR 5 juni 2009, *LJN* BH2811 (B./Levob).  
HR 5 juni 2009, *LJN* BH2815 (concl. A-G De Vries Lentsch-Kostense; De Treek/Dexia).  
HR 5 juni 2009, *LJN* BH2822 (Stichting GeSp/Aegon).  
Hof Amsterdam 19 januari 1995, *TvGR* 1998, p. 162.  
Hof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213 (Wever/Kraker C.S.) (Baby Ruth).  
Hof Amsterdam 9 december 2008, *LJN* BG6261.  
Hof Amsterdam 9 december 2008, *NJF* 2009, 18.  
Hof Arnhem 27 juli 1999, *NJ* 2000, 95.  
Hof 's-Gravenhage 10 oktober 2002, *NJ* 2003, 99.  
Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 2009, *LJN* BH8603.  
Hof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, *LJN* BH5907.  
Hof Leeuwarden 14 mei 2008, *LJN* BD2421.  
Rb. Alkmaar 5 september 2007, *LJN* BB3107.  
Rb. Amsterdam 28 mei 2003, *NJ* 2004, 45 (S./Bovenij Ziekenhuis).  
Rb. Amsterdam 22 december 2004, *VR* 2005, 104.  
Rb. Amsterdam 27 april 2007, *JOR* 2007, 151.

Rb. Amsterdam 27 april 2007, *JOR* 2007, 152.  
Rb. Amsterdam 27 april 2007, *JOR* 2007, 153.  
Rb. 's-Gravenhage 12 juli 2000, *VR* 2001, 20.  
Rb. Haarlem 3 juni 2009, *LJN* BJ0199.  
Rb. 's-Hertogenbosch 22 augustus 2008, *LJN* BE9028.  
Rb. Middelburg 28 april 2004, *LJN* AP0788.  
Rb. Utrecht 28 oktober 1942, *NJ* 1943, 231.  
Rb. Utrecht 21 februari 2007, *LJN* AZ9116.  
Rb. Utrecht 30 mei 2007, *LJN* BB1258.  
Rb. Utrecht 31 oktober 2007, *LJN* BB6837.  
Kantonrechter Amsterdam 6 juni 2007, *LJN* BB2240 (X/Groeivermogen en Fortis).  
Kantonrechter Utrecht 23 april 2008, *LJN* BD0653.  
Kantonrechter Leeuwarden 23 oktober 2007, *LJN* BB6528.  
Geschillencommissie Ziekenhuizen 25 november 1997, *TvGR* 1999, 54.