

**JA 2013/119 Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, 04-06-2013, 200.059.460/01,
ECLI:NL:GHARL:2013:CA2120
Beroepsaansprakelijkheid notaris, Causaal verband, Omkeringsregel,
Proportionele aansprakelijkheid**

Publicatie	JA 2013 afl. 7
Publicatiedatum	22 augustus 2013
College	Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden
Uitspraakdatum	04 juni 2013
Rolnummer	200.059.460/01 LJN CA2120 ECLI:NL:GHARL:2013:CA2120
Rechter(s)	mr. De Hek mr. Groefsema mr. Koene
Partijen	[Appellant] te [woonplaats], appellant, in eerste aanleg: eiser, hierna: [appellant], advocaat: mr. J.V. van Ophem, kantoorhoudend te Leeuwarden, voor wie heeft gepleit: mr.M.R. Gans, kantoorhoudend te Groningen, tegen Notariskantoor Oosterhesselen te Oosterhesselen, geïntimeerde, in eerste aanleg: gedaagde, hierna: het notariskantoor, advocaat: mr. R.S. van der Spek, kantoorhoudend te Leeuwarden, voor wie heeft gepleit: mr. F. van der Woude, kantoorhoudend te Amsterdam.
Noot	mr. H.J. Delhaas
Trefwoorden	Beroepsaansprakelijkheid notaris, Causaal verband, Omkeringsregel, Proportionele aansprakelijkheid,
Regelgeving	Rv - 150

» **Samenvatting**

Appellant (hierna "X") heeft zijn hypotheek laten screenen door een hypotheekadviseur. Hieruit bleek dat X op grond van de overwaarde van zijn woning ongeveer € 90.000,= kon bijlenen. X heeft dit bedrag van Avero Achmea geleend tegen een rentepercentage van 2,95 en X heeft Avero Achmea een vierde recht van hypotheek op zijn woning gegeven. Deze hypotheekakte is gepasseerd door een notaris in Hoogeveen die het bedrag van € 90.000,= heeft overgemaakt naar een rekening van een andere notaris, geïntimeerde (hierna de "notaris"). De notaris heeft dezelfde dag een akte van geldlening verleden waarbij het bedrag van € 90.000,= werd doorgeleend aan LWD Financieel Adviesbureau BV tegen een rentepercentage van 8. De directeur en enig aandeelhouder van dat adviesbureau was een relatie van de hypotheekadviseur van X. In de akte van geldlening werd geen zekerheid verstrekt door het adviesbureau aan X. Het adviesbureau en zijn directeur enig aandeelhouder zijn in staat van faillissement verklaard.

X heeft de notaris aansprakelijk gesteld aangezien hij hem ten onrechte niet heeft gewezen op het ontbreken van een zekerheidsstelling. Het hof komt, gelet op de omstandigheden van het onderhavig geval, tot het oordeel dat de notaris de op hem rustende waarschuwingsplicht heeft geschonden. Omdat er sprake was van een overeenkomst van geldlening die meer dan gemiddelde risico's met zich bracht voor X en er voorts een situatie was waarin geen sprake was van gelijkwaardigheid tussen X en het adviesbureau, rustte op de notaris de verplichting X te wijzen op de risico's die verbonden waren aan de overeenkomst van geldlening. De notaris is derhalve tekortgeschoten in de op hem rustende zorgplicht.

Ten aanzien van het causaal verband tussen de zorgplichtschending en de schade heeft X gesteld dat de omkeringsregel van toepassing is. Het hof volgt X hierin niet aangezien de waarschuwingsplicht een uitwerking van de informatieplicht is.

De notaris heeft gesteld dat X, ook in het geval hij was gewaarschuwd, de akte van geldlening zonder zekerheidsstelling zou hebben getekend. Het hof heeft deze stellingen getoetst aan de leer van de kansschade en proportionele aansprakelijkheid. Het hof komt uiteindelijk tot de slotsom dat geen ruimte is voor toepassing van kansschade maar wel voor proportionele aansprakelijkheid; in verband met de aard van de geschonden norm, de aard (en omvang) van de schade en de omvang van de kans ziet het hof mogelijkheden voor proportionele aansprakelijkheid.

» **Uitspraak**

1. Het verdere verloop van het geding in hoger beroep

(...; *red.*)

2. De verdere beoordeling

Nieuwe producties

2.1. Het notaris kantoor heeft in haar laatste akte enkele nieuwe producties in het geding gebracht. [Appellant] heeft nog niet op die producties kunnen reageren. Het hof zal hem daartoe ook niet in de gelegenheid stellen. Uit het hierna volgende blijkt dat [appellant] daardoor niet in zijn belangen wordt geschaad.

Vermeerdering van eis

2.2. [Appellant] heeft in zijn antwoordakte zijn eis vermeerderd. Het notaris kantoor heeft zich daartegen verzet. Het hof zal de vermeerdering van eis buiten beschouwing laten. Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad kan een appellant zijn vordering in beginsel niet meer vermeerderen na de memorie van grieven. Het hof stelt vast dat de wijziging van eis is gebaseerd op informatie waarover [appellant] al beschikte ten tijde van het nemen van de memorie van grieven. [Appellant] heeft niet deugdelijk gemotiveerd waarom hij zijn eis niet bij de memorie van grieven heeft vermeerderd. Het hof ziet dan ook geen reden een uitzondering te maken op de "in beginsel strakke regel" dat de eisvermeerdering uiterlijk in de memorie van grieven dient te geschieden. Het hof zal rechtdoen op de oorspronkelijke eis.

Verder over de grieven

2.3. In genoemd tussenarrest heeft het hof het notaris kantoor in de gelegenheid gesteld te bewijzen dat mr. [X] [appellant] bij het passeren van de akte heeft gewezen op het ontbreken van zekerheid.

2.4. Het notaris kantoor heeft afgezien van de mogelijkheid dit bewijs te leveren door middel van het horen van getuigen. Het heeft een brief van notaris [X] van 25 januari 2007 aan de raadsman van [appellant] en (bij haar laatste akte) een tweetal door notaris [Y] verleden akten, houdende een getuigenverklaring, overgelegd. Het betreft getuigenverklaringen van notaris [X] en van notaris [Z].

2.5. De notarieel vastgelegde getuigenverklaring van notaris [X] luidt als volgt:

"Op tien oktober tweeduizend zijn op het notaris kantoor te Oosterhesselen verschenen de heer en mevrouw [appellant] e[Q], handelende namens de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid: [het adviesbureau] B.V., zulks voor de ondertekening van een akte van geldlening waarbij door partij [appellant] aan [het adviesbureau] B.V. werd uitgeleend een bedrag groot negentigduizend euro (€ 90.000,-). Ik was ten tijde van de ondertekening van de akte als kandidaat-notaris werkzaam op het notaris kantoor in Oosterhesselen. De bewuste dag was ik in verband met de afwezigheid van notaris mr[R], destijds notaris te Oosterhesselen, waarnemingsbevoegd.

Ik heb de akte kort met partijen doorgesproken en heb hierbij extra zorgvuldigheid betracht bij het controleren of hetgeen in de akte was opgenomen overeen kwam met de wens van partijen. Omdat gezien de hoogte van het geldleningsbedrag het ontbreken van zekerheid opvallend was is dit ontbreken expliciet aan de orde geweest. Ook hierover was tussen partijen wilsovereenstemming. Ik heb niet de indruk gehad dat partij [appellant] niet in staat zou zijn geweest om zijn wil te bepalen of anderszins niet begreep waar hij mee bezig was.

Zoals aangegeven heb ik voormelde akte als waarnemer van notaris [R] gepasseerd. Vóór gemelde akte heb ik slechts één keer eerder een soortgelijke akte, ook als waarnemer, ondertekend, waarbij ik eveneens bij het doornemen van de akte heb gewezen op het ontbreken van zekerheid. Na de akte waarbij partij [appellant] optrad, heb ik geen soortgelijke akte meer gepasseerd, niet als waarnemer en niet onder mijn eigen protocol.

Ik heb gemelde akte slechts als waarnemer gepasseerd; niets was mij bekend van de stelling van partij [Q] dat Notariskantoor Oosterhesselen door de heer [T] werd ingeschakeld voor het verzorgen van notariële akten in het kader van de overwaarde ten behoeve van geldleningen. Notariskantoor Oosterhesselen was niet betrokken bij de hypotheekakte van partij [appellant].”

2.6. In de genoemde brief van mr. [X] aan de advocaat van [appellant] is onder meer het volgende vermeld:

“Bij het passeren van de akte van geldlening is de inhoud van de akte met cliënten doorgenomen en besproken. Hierbij zijn uw cliënten er nadrukkelijk op gewezen dat de geldlening een lening betrof zonder zekerheidsstelling.”

2.7. De notarieel vastgelegde getuigenverklaring van notaris [Z] luidt als volgt:

“In de periode juli tweeduizend twee tot januari tweeduizend vier zijn door mij een aantal akten van geldlening gepasseerd waarbij de heer [Q], handelende namens de besloten vennootschap met beperkte aansprakelijkheid: [het adviesbureau] B.V. als comparant is opgetreden. In die akten werden/zijn aan [het adviesbureau] B.V. gelden ter leen verstrekt zonder zekerheidsstelling.

Ik heb de desbetreffende akten altijd kort met partijen doorgesproken en heb hierbij extra zorgvuldigheid betracht bij het controleren of hetgeen in de akte was opgenomen overeen kwam met de wens van partijen. Omdat gezien de hoogte van het geldleningsbedrag het ontbreken van zekerheid opvallend was is dit ontbreken altijd expliciet aan de orde geweest. Ook hierover was ook altijd tussen partijen wilsovereenstemming. Ik heb ook niet de indruk gehad dat de wederpartijen van [het adviesbureau] B.V. niet in staat zouden zijn geweest om hun wil te bepalen of anderszins niet begrepen waar zij mee bezig was.”

2.8. [Appellant] heeft een ten overstaan van notaris mr. [S] afgelegde getuigenverklaring van de heer [Q] overgelegd. deze verklaring luidt aldus:

“Ik ben indertijd met de heer [appellant] meegegaan naar Notariskantoor Oosterhesselen, mevrouw mr. [X]. Bij de notaris zou de akte van geldlening worden gepasseerd.

Tijdens het gesprek bij de notaris is door de notaris in het geheel niet gesproken over het feit dat ten behoeve van de lening zekerheid ontbrak. Ik weet dit heel zeker, zoals ik ook kan verklaren dat bij andere akten die via het notariskantoor, niet alleen bij mr. [X], doch ook bij mr. [Z], zijn gepasseerd, nooit werd gewezen op het feit dat zekerheid ontbrak. Ik ben daar steeds bij geweest.

Indien mr. [X] zou hebben gewezen op het ontbreken van zekerheid, en de heer [appellant] alsnog daarom zou hebben gevraagd, zou ik hebben moeten meedelen dat deze zekerheid niet gesteld kon worden. Er zat voor de heer [appellant] dan een groot risico aan.

Overigens ben ik mij toentertijd zelf ook niet bewust geweest van het feit dat het voor de hand zou hebben gelegen dat zekerheid zou worden gegeven. Ook aan mij heeft de notaris daarover nooit een opmerking gemaakt.

Als [appellant] in dat geval zou hebben aangegeven dat de lening niet doorging, zou ik daar alle begrip voor hebben gehad, en zeker geen nakoming van de overeenkomst hebben gevorderd. De beslissing daarover was aan mij, omdat ik indertijd directeur was van [het adviesbureau] B.V.

Dit betekent dat de lening dan dus niet zou zijn verstrekt.

Met betrekking tot de constructie kan ik verder nog opmerken dat een en ander indertijd is opgezet door de heren [T] senior en junior. Zij hebben in het verleden over de door hen bedachte constructie ook regelmatig overleg gehad met het notariskantoor. Het is mij bekend

dat het notariskantoor indertijd ook de juridische structuur uitgevoerd heeft voor de organisatie van de heren [T], bestaande uit diverse besloten vennootschappen, stichtingen, administratiekantoren, holdings etcetera. Ook hebben zij in verband met de leningen een voorbeeldakte gemaakt.

De heren [T] werkten nauw samen met mevrouw [U] in [plaats], naast een aantal andere tussenpersonen in het noorden van het land. Zij verzorgden ook de administratie van dit kantoor. Ook mevrouw [U] zelf had regelmatig contact met het notariskantoor. Dit betrof dan niet alleen de akte van geldlening, doch ook het passeren van een notariële akte. Deze notariële akten waren nodig omdat middels een nieuwe en verhoogde hypotheek, de lening kon worden gesloten. Het notariskantoor had er dus een aanvullend bedrag bij, omdat ook hypotheekakten via dit kantoor op deze wijze passeerden.”

2.9. Bij het antwoord op de vraag of het notariskantoor het bewijs heeft geleverd, stelt het hof voorop dat mr. [X] en mr. [Z] beiden maat zijn van het notariskantoor. Indien zij als getuigen zouden zijn gehoord, zouden zij als partijgetuigen zijn aangemerkt. Ofschoon de regel van artikel 164 lid 2 Rv niet van toepassing is op de waardering van een schriftelijke getuigenverklaring, die vrije bewijskracht heeft, kent het hof bij de waardering van deze verklaringen wel betekenis toe aan het feit dat mr. [X] en mr. [Z] partij zijn in de procedure.

2.10. Vastgesteld kan worden dat de verklaring van mr. [X] over de gang van zaken bij het passeren van de akte wordt weersproken door de verklaring van [Q]. Waar mr. [X] verklaart dat zij wel heeft gewezen op het ontbreken van zekerheid, betwist [Q] dat. Mr. [Z] is, naar tussen partijen niet ter discussie staat, niet aanwezig geweest bij het passeren van deze akte. Hij heeft dan ook niet kunnen vaststellen wat mr. [X] bij die gelegenheid heeft gezegd. In zijn verklaring weerspreekt [Z] wel de verklaring van [Q] dat er nooit, ook niet door [Z], op het ontbreken van zekerheid is gewezen. Het hof ziet daarin alleen echter geen reden om de verklaring van [Q] als ongeloofwaardig buiten beschouwing te laten.

2.11. Het notariskantoor heeft nog andere argumenten aangevoerd voor haar betoog dat de verklaring van [Q] ongeloofwaardig is.

Allereerst heeft zij erop gewezen dat [Q] niet heeft gereageerd op het (herhaalde) verzoek van haar raadsman om contact met hem op te nemen ter voorbereiding op een getuigenverhoor. Het lijkt er op dat [Q] niet bereid was om onder ede – met alle consequenties van dien – een verklaring af te leggen, aldus het notariskantoor, dat er op wijst dat [Q] wel een leugenachtige schriftelijke verklaring kan afleggen, zonder dat dit strafrechtelijke consequenties heeft. Het hof volgt het notariskantoor niet in dit wat speculatieve betoog. [Q] was weliswaar verplicht om wanneer hij behoorlijk was opgeroepen als getuige te verschijnen en een verklaring af te leggen, maar hij was niet gehouden om contact op te nemen met de advocaat van het notariskantoor. Het notariskantoor heeft [Q] niet opgeroepen als getuige een verklaring af te leggen, zodat niet kan worden vastgesteld of hij zich zou hebben proberen te onttrekken aan zijn verplichtingen in dezen. Er kan dan ook niet van worden uitgegaan dat [Q] heeft geprobeerd zich aan het afleggen van een beëdigde verklaring te onttrekken. Het hof laat nog daar dat ook het opstellen van een leugenachtige schriftelijke verklaring strafrechtelijke consequenties kan hebben.

Het notariskantoor heeft er vervolgens op gewezen dat [Q] er belang bij heeft haar te belasten. De aandacht wordt dan van [Q] zelf afgeleid, aldus het notariskantoor. Het hof acht deze stelling weinig overtuigend, nu [Q] wanneer de vordering van [appellant] tegen het notariskantoor wordt toegewezen geconfronteerd kan worden met een regresvordering van het notariskantoor.

Volgens het notariskantoor is de verklaring van [Q] ongeloofwaardig waar hij stelt dat hij [appellant] had moeten meedelen geen zekerheid te kunnen verstrekken wanneer de heer [appellant] hem daarnaar zou hebben gevraagd. Volgens het notariskantoor valt deze stelling niet te verenigen met het feit dat [Q] in een later stadium wel zekerheid heeft aangeboden, door middel van een levensverzekering. Het notariskantoor ziet er aan voorbij dat de verklaring van [Q] ziet op de situatie die zou zijn ontstaan wanneer [appellant] bij het passeren van de akte, naar aanleiding van een opmerking van de notaris, om zekerheid zou hebben gevraagd. In die situatie zou [Q], zo begrijpt het hof zijn verklaring, geen zekerheid hebben kunnen bieden. Dat acht het hof gelet op de situatie die zich later heeft voorgedaan, zeker niet ongeloofwaardig. Gebleken is immers dat [Q] toen hem om zekerheid werd gevraagd die zekerheid niet kon bieden, ook niet in de vorm van een levensverzekering.

Aan het notariskantoor kan worden toegegeven dat [Q] zich “van de domme” houdt met zijn verklaring dat hij zich niet bewust was van het feit dat het verstrekken van zekerheid wel voor de hand lag. Dat betekent echter niet dat zijn gehele verklaring ongeloofwaardig is en buiten beschouwing dient te blijven bij de waardering van het door het notariskantoor geleverde bewijs.

2.12. Alles afwegende is het hof van oordeel dat het notariskantoor met de door haar in het geding gebrachte stukken het bewijs niet heeft geleverd. De verklaring van [Q] doet voldoende afbreuk aan de verklaringen van (partijen) [X] en [Z] om het bewijs niet geleverd te achten. Anders dan het notariskantoor meent, kan uit de latere handelwijze van [appellant] – ook nog geen zekerheid bedingen toen hem duidelijk werd dat [Q] betrokken was bij piramidespelen – niet worden afgeleid dat [appellant] al bij het passeren van de akte op het ontbreken van zekerheid is geweest.

2.13. De slotsom is dat ervan dient te worden uitgegaan dat het notariskantoor de akte heeft gepasseerd zonder te wijzen op het ontbreken van zekerheid. Uit wat het hof in het tussenarrest heeft overwogen, volgt dat het notariskantoor door niet te wijzen op het ontbreken van zekerheid onzorgvuldig heeft gehandeld. Grief III, die zich keert tegen de overweging van de rechtbank dat het notariskantoor niet is tekortgeschoten in haar zorgplicht, slaagt dan ook.

2.14. Het feit dat grief III (evenals grief II) slaagt, betekent nog niet dat de vorderingen van [appellant] toewijsbaar zijn. Dat is, gelet op de devolutieve werking van het appel, pas het geval indien de door het notariskantoor in eerste aanleg nog gevoerde (en verworpen of niet behandelde) verweren falen. Het hof zal die verweren nu bespreken.

2.15. Het eerste verweer is dat causaal verband ontbreekt tussen het aan het notariskantoor verweten handelen en de schade van [appellant]. Volgens het notariskantoor zou [appellant] ook wanneer hij op het ontbreken van zekerheid zou zijn geweest de akte hebben getekend. Het notariskantoor wijst er in dat verband op dat tussen [appellant] en [het adviesbureau] een overeenkomst was gesloten en dat ter uitvoering van die overeenkomst, die voor [appellant] zeer lucratief was, al diverse stappen waren gezet. [Appellant] had onder meer al een lening onder hypothecair verband afgesloten (met een rente van 2,95%). Bovendien kon [het adviesbureau] geen zekerheid verstrekken en zeker niet tot het bedrag van de lening. Als al sprake is van causaal verband, dan hooguit ten aanzien van het bedrag dat [appellant] zou hebben ontvangen indien naar aanleiding van een waarschuwing van het notariskantoor zekerheid zou zijn verstrekt, aldus het notariskantoor.

2.16. Volgens [appellant] zou hij indien het notariskantoor hem had gewezen op het ontbreken van zekerheid om zekerheid hebben gevraagd bij [het adviesbureau]. Dan zou zijn gebleken dat [het adviesbureau] geen zekerheid had kunnen geven, in welk geval het hoogst onwaarschijnlijk is dat hij de overeenkomst van geldlening zou zijn nagekomen, aldus [appellant], die ook aanvoert dat het notariskantoor hem in elk geval de kans heeft ontnomen om een gedegen beslissing te nemen.

2.17. De bewijslast ten aanzien van het bestaan van causaal verband rust op grond van de hoofdregel van artikel 150 Rv op [appellant]. Naar het oordeel van het hof heeft [appellant] het door hem te leveren bewijs nog niet geleverd. [Appellant] meent dat de omkeringsregel moet worden toegepast. Het hof volgt hem daarin niet. De door het notariskantoor geschonden verplichting om [appellant] te wijzen op het ontbreken van zekerheid strekt ertoe [appellant] te informeren over de risico's van de door hem aangegane leningsovereenkomst. De verplichting strekt dus niet ertoe [appellant] te beschermen tegen deze risico's, maar hem in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen over het al dan niet verder uitvoering te geven aan deze overeenkomst. Het tekortschieten in deze verplichting roept het risico in het leven dat [appellant] verder uitvoering geeft aan de overeenkomst, waar hij die verdere uitvoering achterwege zou hebben gelaten indien hij goed was geïnformeerd, maar niet het risico dat zich heeft verwezenlijkt, te weten dat het door [appellant] uitgeleende bedrag niet wordt terugbetaald (vgl. Hoge Raad 2 februari 2007, LJN: AZ4564). Daarmee is niet voldaan aan de vereisten voor toepassing van de omkeringsregel. Dat betekent dat niet van het bestaan van causaal verband kan worden uitgegaan.

2.18. [Appellant] heeft ten aanzien van het bestaan van causaal verband geen voldoende concreet en gespecificeerd bewijsaanbod gedaan. Het hof ziet ook geen reden hem ambtshalve tot bewijs van zijn stellingen toe te laten.

2.19. De vraag die resteert is of het door [appellant] gedane beroep op kansschade slaagt. In het arrest van 21 december 2012 (LJN: BX7491) heeft de Hoge Raad bij onzeker causaal verband onderscheid gemaakt tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid. Uit de, nogal summiere, stellingen van [appellant] maakt het hof op dat [appellant] zich zowel op kansschade als op proportionele aansprakelijkheid wenst te beroepen. Bij het antwoord op deze vraag of dat beroep slaagt, neemt het hof zijn uitgangspunt in genoemd arrest.

2.20. Betreffende kansschade overwoog de Hoge Raad dat de leer van de kansschade geëigend is om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege was gebleven de kans op succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd. De Hoge Raad merkte daarbij op dat om de leer van de kansschade te kunnen toepassen eerst beoordeeld moet worden of *conditio-sine-qua-non*-verband aanwezig is tussen de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis en het verlies van de kans op succes. Dat *conditio-sine-qua-non*-verband staat in het geschil tussen partijen echter juist ter discussie, nu het notaris kantoor gemotiveerd heeft betwist dat [appellant] in een mededeling over het ontbreken van zekerheid aanleiding zou hebben gezien om verdere medewerking te weigeren aan de leningsovereenkomst (zonder dat zekerheid zou zijn gesteld). Daarmee verschilt deze zaak van de desbetreffende aan de Hoge Raad voorgelegde zaak, waarin aannemelijk was geoordeeld dat de cliënt gehoor zou hebben gegeven aan een advies indien dat zou zijn gegeven.

2.21. Het beroep op kansschade slaagt dan ook niet.

2.22. Ten aanzien van proportionele aansprakelijkheid overwoog de Hoge Raad, in lijn met zijn eerdere jurisprudentie (onder meer Hoge Raad 31 maart 2006, LJN: AU6092 en 24 december 2010, LJN: BO1799), dat de rechter in gevallen waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending dan wel door een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt (of door een combinatie van beide oorzaken), en waarin de kans dat de schade door de normstelling is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is, de aansprakelijk gestelde persoon mag veroordelen tot schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt. De rechter dient deze mogelijkheid echter met terughoudendheid toe te passen, hetgeen meebrengt dat hij in zijn motivering dient te verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending, waaronder begrepen de aard van de schade, deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigt. De rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid is geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over het *conditio-sine-qua-non*-verband tussen enerzijds de normschending en anderzijds de schade en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat de schade kan zijn veroorzaakt hetzij door de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis, hetzij door een voor risico van de benadeelde komende omstandigheid, hetzij door een combinatie van beide oorzaken.

2.23. Naar het oordeel van het hof is van een dergelijke situatie van onzekerheid over het *conditio-sine-qua-non*-verband sprake. De geschonden norm is een waarschuwingplicht, die ertoe strekt te voorkomen dat [appellant] uitvoering zou geven aan een overeenkomst zonder gewaarschuwd te zijn over de risico's die daaraan verbonden zijn. De onzekerheid is gelegen in de vraag of [appellant] gehoor zou hebben gegeven aan de waarschuwing. Deze onzekerheid is inherent aan de schending van de waarschuwingverplichting. Door niet te waarschuwen, heeft het notaris kantoor [appellant] immers de mogelijkheid ontnomen om met ter daad aan te tonen dat hij gehoor zou hebben gegeven aan de waarschuwing. Aldus pleit de aard van de geschonden norm voor toepassing van proportionele aansprakelijkheid, zeker wanneer de hoedanigheid van de betrokken partijen – een professionele partij die beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en een particulier – daarbij in aanmerking wordt genomen.

De aard van de schade, zuivere vermogensschade, vormt in beginsel een contra-indicatie voor proportionele aansprakelijkheid. Daar staat tegenover dat het door [appellant] uitgeleende bedrag een fors bedrag is voor een particulier. Vaststaat dat [appellant] om het bedrag te kunnen uitlenen zelf een tweede hypothecaire lening heeft moeten afsluiten.

Het hof acht de kans dat [appellant] in een waarschuwing van de notaris aanleiding zou hebben gezien om verdere uitvoering van de leningovereenkomst te weigeren even groot als de kans dat [appellant] de waarschuwing naast zich neer zou hebben gelegd. Het hof neemt daarbij allereerst in aanmerking dat ervan mag worden uitgegaan dat een particulier groot gewicht toekent aan een waarschuwing door een notaris en dat er geen omstandigheden zijn gesteld of gebleken waaruit volgt dat [appellant] adviezen en waarschuwingen van deskundigen niet op waarde wist te schatten. Vervolgens is van belang dat ervan kan worden uitgegaan dat [het adviesbureau] geen zekerheid zou hebben kunnen verstrekken. Daar staat tegenover dat [appellant] de geldleningsovereenkomst al was aangegaan en dat hij ook al (vergaande) stappen had genomen – het afsluiten van een tweede hypothecaire lening en het vestigen van een recht van tweede hypotheek – ter uitvoering van de overeenkomst. Bovendien maakte het overeengekomen rentepercentage het aangaan van de overeenkomst aantrekkelijk.

2.24. De hiervoor genoemde omstandigheden – de aard van de geschonden norm, de aard (en omvang) van de schade en de omvang van de kans – in aanmerking nemende, ziet het hof voldoende reden om proportionele aansprakelijkheid toe te passen. Het hof zal uitgaan van een proportionele aansprakelijkheid van 50%.

2.25. Het notariskantoor heeft zich beroepen op eigen schuld aan de zijde van [appellant]. Dit beroep slaagt gedeeltelijk. Het hof is, met het notariskantoor, van oordeel dat bij [appellant] sprake is van eigen schuld doordat hij een risicovolle overeenkomst is aangegaan en heeft uitgevoerd. [Appellant] heeft om een hoge rente te verkrijgen zonder zekerheid te bedingen een fors bedrag uitgeleend, een bedrag waarover hij niet eens vrij kon beschikken. De door [appellant] geleden schade (vanwege het niet terugbetalen van het uitgeleende geld) is dan ook mede een omstandigheid die aan hem kan worden toegerekend. Deze omstandigheid heeft twee keer zo veel bijgedragen aan het ontstaan van de schade als de nalatigheid van de notaris. Het hof neemt daarbij in aanmerking dat de notaris slechts betrokken is geweest bij een onderdeel van de transactie, het passeren van de (niet eens noodzakelijke) notariële akte van geldlening. De hoedanigheid van partijen, de wederzijdse ernst van de fouten (enerzijds onvoorzichtigheid bij [appellant] en anderzijds schending van een zorgplicht, door [appellant] niet te behoeden voor deze overmoedigheid, door het notariskantoor), de ingrijpende financiële gevolgen voor [appellant] en het feit dat de notaris verzekerd is voor beroepsaansprakelijkheid brengen mee dat de billijkheid eist om de eigen schuld te beperken tot 50% (in plaats van 66,67%).

2.26. Het notariskantoor heeft ook verweer gevoerd tegen de omvang van de schade. Het hof zal daarbij, zoals hiervoor is overwogen, uitgaan van de oorspronkelijke vordering van [appellant]. Het notariskantoor heeft onvoldoende betwist dat er van dient te worden uitgegaan dat [appellant] het uitgeleende bedrag niet zal terug ontvangen. Uitgangspunt is dan ook dat de schade van [appellant] € 90.000,=, het uitgeleende bedrag, bedraagt.

2.27. [Appellant] meent dat hij daarnaast aanspraak heeft op het door hem misgelopen rendement van € 13.200,=, omdat hij de overeengekomen rente over het uitgeleende bedrag niet heeft ontvangen. Het notariskantoor heeft zich daartegen terecht verweerd. Het betoog van [appellant] komt er op neer dat indien het notariskantoor hem er op zou hebben gewezen dat geen zekerheid werd geboden hij, nu [Q] geen zekerheid kon bieden, alsnog van de leningovereenkomst zou hebben afgezien. In dat geval, waarin hij het bedrag van € 90.000,= niet zou hebben uitgeleend, zou [appellant] ook geen rente hebben ontvangen. Nu [appellant] in de fictieve situatie zonder de aan de notaris verweten nalatigheid ook geen rendement zou hebben behaald op het bedrag van € 90.000,= vormt het achterwege blijven van rendement in de werkelijke situatie geen schade.

2.28. Het notariskantoor heeft zich ten aanzien van het wel door [appellant] behaalde rendement op voordeelsverrekening beroepen. Volgens het notariskantoor heeft [appellant] in de periode dat de overeengekomen (hoge) rente wel werd betaald een rendement, en daarmee een voordeel behaald, dat hij niet zou hebben behaald indien [appellant] de overeenkomst van geldlening niet zou hebben gesloten. [Appellant] heeft zich tegen het beroep op voordeelsverrekening verzet. Volgens hem vloeit het voordeel voort uit de door hem afgesloten leningsovereenkomst en niet uit de relatie met de notaris, zodat van “een zelfde gebeurtenis” in de zin van artikel 6: 100 BW geen sprake is. Het hof volgt [appellant] niet in dit betoog. Zoals hiervoor is overwogen, komt het betoog van [appellant] er juist op neer dat doordat het notariskantoor hem niet heeft gewezen op het feit dat geen zekerheid was verstrekt de overeenkomst van geldlening niet zou zijn geëffectueerd. Doordat het notariskantoor die mededeling achterwege heeft gelaten, heeft [appellant] het bedrag van € 90.000,= uitbetaald, zo begrijpt het hof het betoog van [appellant]. Daaruit volgt dat volgens de eigen stellingen van

[appellant] dezelfde gebeurtenis – het passeren van een akte van geldlening zonder de mededeling dat geen zekerheid was verstrekt – ertoe heeft geleid dat een transactie is geëffectueerd waaruit [appellant] zowel schade heeft geleden (het uitgeleende geld wordt niet terugbetaald) als voordeel heeft behaald (gedurende enkele jaren heeft hij een hoge rente ontvangen).

2.29. Het hof acht het redelijk om het netto voordeel dat [appellant] heeft behaald te verrekenen met de schade. Dat netto voordeel bestaat uit het verschil tussen de door hem ontvangen rente en de op de hypothecaire lening in dezelfde periode betaalde rente.

2.30. Niet betwist is dat [appellant] over de maanden november 2003 tot en met december 2006 een bedrag van € 22.800,= aan rente heeft ontvangen. Uit de door hem overgelegde jaaroverzichten volgt dat [appellant] in dezelfde periode een bedrag van € 390,67 (2003) + € 2.746,02 (2004) + € 2.820,04 (2005) + € 3.344,20 (2006) heeft betaald. In de loop van 2006 is een deel van de lening – € 13.480,= – afgelost, waardoor een andere lening met een vaste rente van 4,5% niet kon worden afgelost. Het hof zal rekening houden met een extra rente van 4,5% over de helft van € 13.480,=, derhalve € 303,30. De totale betaalde rente komt daarmee uit op € 9.604,23. Het netto voordeel bedraagt aldus € 22.800,= – € 9.604,23 = € 13.195,77. Wanneer dat bedrag op de schade in mindering wordt gebracht, resteert een bedrag van € 76.804,23. Over dit bedrag is wettelijke rente verschuldigd vanaf 1 januari 2007. Naar het oordeel van het hof is de schade niet eerder ontstaan.

2.31. Het hof is, met het notaris kantoor, van oordeel dat [appellant] zijn vordering betreffende de buitengerechtelijke kosten onvoldoende heeft onderbouwd. Niet alleen is onduidelijk gebleven hoeveel tijd in de buitengerechtelijke fase door de raadsman van [appellant] en diens kantoor genoten is verricht, maar ook is niet aannemelijk geworden dat ten aanzien van de vordering op het notaris kantoor werkzaamheden zijn verricht die niet vallen onder het bereik van de proceskostenveroordeling.

2.32. De slotsom is dat de schade van [appellant] € 76.804,23, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 januari 2007, bedraagt.

2.33. Al met al heeft [appellant] aanspraak op betaling van een bedrag van € 76.804,23 * 50% (proportionele aansprakelijkheid) * 50% (eigen schuld) = € 19.201,06, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 januari 2007.

2.34. Bij deze stand van zaken zijn partijen over en weer in het ongelijk gesteld. Het hof zal de proceskosten in eerste aanleg (waaronder de kosten van het verweer in het incident tot vrijwaring) en in hoger beroep dan ook compenseren.

2.35. Het bestreden vonnis wordt vernietigd voor zover tussen partijen gewezen en het hof zal, opnieuw rechtdoende, beslissen als hiervoor is aangegeven.

3. De beslissing

Het gerechtshof:

vernietigt het vonnis waarvan beroep voor zover tussen partijen gewezen

en opnieuw rechtdoende:

veroordeelt het notaris kantoor om aan [appellant] te betalen een bedrag van € 19.201,06, te vermeerderen met de wettelijke rente over dit bedrag vanaf 1 januari 2007 tot aan het tijdstip van voldoening;

verklaart deze veroordeling uitvoerbaar bij voorraad;

compenseert de proceskosten van het geding in eerste aanleg en in hoger beroep, in die zin dat partijen ieder de eigen kosten dragen;

wijst het meer of anders gevorderde af.

» Noot

Het geschil dat ten grondslag lag aan de onderhavige procedure laat zich betrekkelijk eenvoudig omschrijven. Appellant ("X") had een extra hypotheek genomen van € 90.000 op

zijn woonhuis. Deze geldsom heeft hij doorgeleend aan een derde partij (een adviesbureau), tegen een aanmerkelijk gunstiger rentetarief dan aan X in rekening werd gebracht. De akte van geldlening tussen X en deze derde partij werd door geïntimeerde in deze procedure (de "notaris") opgesteld en ten kantore van deze notaris ondertekend zonder dat enige vorm van zekerheid werd verstrekt door het adviesbureau. Het adviesbureau is na enige tijd failliet gegaan. X blijft achter met een onverhaalbare vordering. X richt zijn pijlen op de notaris aangezien deze heeft verzuimd X te wijzen op het ontbreken van een zekerheidsstelling en de daarmee verbonden risico's.

In dit arrest passeren verschillende causaliteitsvraagstukken de revue. Ik zal hierna ingaan op een aantal hiervan.

In het tussenarrest van 24 juli 2012 (vindplaats: ECLI:NL:GHLEE:2012:BX2696) had het hof, nadat de relevante omstandigheden in kaart waren gebracht, geoordeeld dat een waarschuwingsplicht op de notaris rustte aangezien sprake was van een overeenkomst van geldlening die meer dan gemiddelde risico's met zich bracht voor X en het voorts ging om een situatie waarin geen sprake was van gelijkwaardigheid tussen X en het adviesbureau. De waarschuwingsplicht is geïntroduceerd in het arrest *Groningse huwelijkse voorwaarden* (HR 20 januari 1989, *NJ* 1989, 766). Kort gezegd komt deze plicht erop neer dat de notaris moet voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en feitelijk overwicht. De vraag komt op of schending van deze plicht gevolgen heeft voor de bewijslast van het causaal verband.

Boks heeft in haar proefschrift (*Notariële aansprakelijkheid*, diss. Groningen, 2002) een onderscheid gemaakt tussen een algemene informatieplicht en een notariële waarschuwingsplicht. Boks heeft de opvatting verdedigd dat causaal verband in beginsel is gegeven indien door de beroepsfout het risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en het risico zich vervolgens heeft verwezenlijkt. De omkering van de bewijslast is te verklaren op grond van de aard van de overtreden norm, te weten een norm met een beschermingskarakter (de waarschuwingsplicht). Bij schending van informatieverplichtingen is een dergelijke omkering niet aan de orde aangezien geen specifieke beschermingsnorm is overtreden, aldus Boks.

X had een beroep op de omkeringsregel gedaan, maar het hof ging hierin niet mee (zie r.o. 2.17). De waarschuwingsplicht wordt door het hof omschreven als een verplichting van de notaris om X in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen over het al dan niet verder uitvoering geven aan de overeenkomst, het betreft geen verplichting van de notaris om X te beschermen tegen risico's die zouden kunnen samenhangen met de overeenkomst.

Deze benadering van het hof past in de lijn van de *informed consent*-jurisprudentie. De Hoge Raad oordeelde in 2001 in medische zaken dat bij het schenden van een plicht tot het verschaffen van informatie die de ander in staat had moeten stellen goed geïnformeerd een beslissing te nemen, de omkeringsregel geen toepassing vindt (zie HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 en 387). Dit brengt mee dat de patiënt op grond van art. 150 Rv moet stellen en bewijzen dat hij – als hij goed zou zijn voorgelicht over de risico's – niet zou hebben gekozen voor deze behandeling of ingreep. Met betrekking tot beroepsaansprakelijkheid van een advocaat heeft de Hoge Raad langs dezelfde lijnen geoordeeld. In een procedure waarin een advocaat zijn cliënt niet had voorgelicht over de risico's die zijn verbonden aan het treffen van rechtsmaatregelen, oordeelde de Hoge Raad dat geen ruimte is voor toepassing van de omkeringsregel (zie HR 2 februari 2007, «JA» 2007/43, m.nt. Van Boom).

Met betrekking tot de duiding van de waarschuwingsplicht van de notaris en de omkeringsregel zijn verschillende lijnen waarneembaar in de jurisprudentie. Als gezegd, heeft het hof in dit arrest de waarschuwingsplicht in de sleutel van de algemene informatieplicht geplaatst zodat geen ruimte bestaat voor de omkeringsregel. In een vonnis van de Rechtbank Arnhem over een geschil over een nalatenschap werd geoordeeld dat de notaris zijn ministerie had dienen te weigeren. De rechtbank oordeelde dat in een dergelijk geval de omkeringsregel niet aan de orde is, aangezien dat niet de verzaking van een waarschuwingsplicht betreft. Hieruit kan (indirect) worden afgeleid dat de rechtbank ingeval van een waarschuwingsplicht de omkeringsregel wel zou hebben toegepast (Rechtbank Arnhem 10 maart 2010, *NJF* 2010, 196).

Rechtbank 's-Gravenhage heeft in een procedure over speculatieve transacties en risicovolle investeringen door particulieren geoordeeld dat de notaris (o.a.) de waarschuwingsplicht had verzaakt. Bij de beoordeling van de bewijslast van het causaal verband heeft de rechtbank

vervolgens overwogen dat de bijzondere zorgplicht van de notaris is geschonden, maar dat die zorgplicht een algemene norm is die ertoe strekt de comparant te beschermen tegen het aangaan van een transactie waarvan hij zich de voor hem mogelijk nadelige juridische en financiële gevolgen wellicht niet realiseert. Dit is echter onvoldoende voor toepassing van de omkeringsregel (Rechtbank 's-Gravenhage 19 december 2012, «JOR» 2013/47).

De waarschuwingsplicht van de notaris wordt in de jurisprudentie hoofdzakelijk aangeduid als schending van een informatieplicht zodat geen ruimte bestaat voor de omkeringsregel, hoewel daar door Boks en in sommige uitspraken anders over wordt geoordeeld. De ruimte die het *Dicky Trading*-arrest (HR 28 januari 1996, *NJ* 1996, 607) op dit punt leek te bieden lijkt, hoewel de Hoge Raad zulks nooit expliciet heeft overwogen, te zijn teruggedrongen tot gevallen waarin schending van verkeers- en veiligheidsnormen aan de orde is (zie hierover A.J. Akkersmans en Chr.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012, 17 en C.J.M. Klaassen, *Causaliteitsperikelen*, preadvies voor de VASR, Deventer 2012, p. 9 e.v.).

Nu de rechter niet voorshands het *conditio-sine-qua-non*-verband aannemelijk heeft geacht (zoals bij toepassing van de omkeringsregel wel het geval is), wordt X geen helpende hand toegestoken bij de op hem rustende bewijslast van het causaal verband (zie r.o. 2.17 en 2.18). X heeft geen afdoende bewijsaanbod gedaan op dit punt. Daarmee had het hof de vordering kunnen afwijzen, aangezien art. 150 Rv met zich brengt dat op de eiser de bewijslast van het causaal verband rust. Dit doet het hof echter niet. Beoordeeld wordt of X op dit punt tegemoet kan worden gekomen door de leer van de kansschade of proportionele aansprakelijkheid.

Als opmerking vooraf het volgende. Het bestaan van kansschade en proportionele aansprakelijkheid betekent niet dat het causaliteitsprobleem in een concrete casus slechts middels één van beide leerstukken kan worden opgelost. Alles hangt samen met de wijze waarop de procedure is ingestoken, welke stellingen zijn ingenomen en welke bewijsstukken al dan niet aanwezig zijn. Klaassen heeft er recent weer op gewezen dat veel kwesties van causaliteitsonzekerheid zowel kunnen worden geformuleerd als een causaliteitsvraag alsook als een schadekwestie (C.J.M. Klaassen, 'Kansschade en proportionele aansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad geen zijden van dezelfde medaille', *AV&S* 2013/14).

Het hof oordeelde in deze zaak eerst over de kansschade. De Hoge Raad heeft geoordeeld dat deze leer is geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de tekortkoming achterwege zou zijn gebleven de kans op succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd (zie HR 21 december 2012, *NJ* 2013, 237, r.o. 3.5). Kansschade komt aan de orde in de omvangsfase en is in die zin geen causaliteitsvraag; bij dit leerstuk dient sprake te zijn van *conditio-sine-qua-non*-verband tussen de fout en het verlies van de kans op succes (HR 21 december 2012, *NJ* 2013, 327, m.nt. S.D. Lindenbergh).

Uit deze jurisprudentie volgt dat eerst dient te worden vastgesteld of *conditio-sine-qua-non*-verband aanwezig is tussen de fout van de notaris (verzuim te waarschuwen voor het ontbreken van zekerheidsstelling) en het verlies van de kans van X op een betere positie (te weten het opvolgen van de waarschuwing). Het hof oordeelt dat dit leerstuk niet van toepassing is aangezien geen sprake is van *conditio-sine-qua-non*-verband tussen de fout van de notaris en het verlies van de kans op succes; het notariskantoor heeft namelijk gemotiveerd gesteld dat X geen gehoor zou hebben gegeven aan een advies indien dat zou zijn gegeven. Het *conditio-sine-qua-non*-verband zou daarmee juist tussen partijen ter discussie staan. De vraag is of het hof hiermee een juiste invulling heeft gegeven aan dit leerstuk. Mij lijkt dat de stelling van het notariskantoor past in de "gewone" betwisting van het causaal verband. Daarmee staat weliswaar het *conditio-sine-qua-non*-verband tussen de fout en de schade ter discussie. Ik volg het hof echter niet zonder meer dat dat ook geldt voor het *conditio-sine-qua-non*-verband tussen de fout en "het verlies van de kans op succes". De kansschade-leer beoogt nu juist een oplossing te bieden voor bepaalde gevallen waarin (bewijs van) causaliteit een probleem is. Zou de redenering van het hof worden gevolgd, dan zou de kansschade-leer evenmin kunnen worden toegepast in het geval, bij schending van een appeltermijn, het standpunt wordt ingenomen dat het hoger beroep geen enkele kans van slagen had. Die gevolgtrekking komt mij niet juist voor. De benadeelde heeft op grond van art. 150 Rv stelplicht en bewijslast ten aanzien van de door hem gestelde gunstige uitkomst van het hoger beroep, de grootte van de

verloren kans. De uitkomst (namelijk dat de kansschade-leer niet van toepassing is) lijkt me wel terecht. Gezien hetgeen hiervoor over *informed consent* is opgenomen, meen ik dat bij schending van informatieplichten geen ruimte bestaat voor toepassing van deze leer. Overigens kan hierbij de vraag worden gesteld of de waarschuwingsplicht onder de informatieplicht dient te worden geschaard. In de literatuur wordt hierover verschillend gedacht (zie hierover bijvoorbeeld de hiervoor aangehaalde noot van Van Boom).

Vervolgens komt het hof toe aan proportionele aansprakelijkheid. Het hof heeft de lijnen uit *Nefalit/Karamus* en *Fortis/Bourgonje* uiteengezet (r.o. 2.22). In *Fortis/Bourgonje* (HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai) heeft de Hoge Raad geoordeeld dat proportionele aansprakelijkheid met terughoudendheid moet worden toegepast en dat hiervoor slechts in uitzonderlijke omstandigheden ruimte is. Proportionele aansprakelijkheid kan worden toegepast in gevallen waarin schade het gevolg kan zijn van een gedraging of nalaten van een normschender, maar evenzeer het gevolg kan zijn van een aan de benadeelde toe te rekenen gedraging of nalaten. Dit betreft een aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid. De rechter mag de normschender veroordelen tot vergoeding van de schade naar rato van de kans dat de normschending de schade heeft veroorzaakt, mits de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is. De rechtvaardiging voor toepassing van deze rechtsregel dient te worden gevonden in de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending, waaronder begrepen de aard van de door de benadeelde geleden schade. Proportionele aansprakelijkheid komt aan bod in de vestigingsfase van aansprakelijkheid, namelijk als sprake is van onzeker *conditio-sine-qua-non*-verband tussen de normschending en de schade (HR 14 december 2012, *NJ* 2013, 326, m.nt. S.D. Lindenbergh). Het hof heeft deze regels toegepast op de feiten (r.o. 2.23). In r.o. 2.24 komt het hof vervolgens tot de volgende samenvattende overweging: “De hiervoor genoemde omstandigheden – de aard van de geschonden norm, de aard (en omvang) van de schade en de omvang van de kans – in aanmerking nemende, ziet het hof voldoende reden om proportionele aansprakelijkheid toe te passen. Het hof zal uitgaan van een proportionele aansprakelijkheid van 50%.”

In *Fortis/Bourgonje* heeft de Hoge Raad proportionele aansprakelijkheid afgewezen. Weliswaar heeft de Hoge Raad in dat arrest met zoveel woorden overwogen dat proportionele aansprakelijkheid ook buiten gevallen als aan de orde in *Nefalit/Karamus* c.q. werkgeversaansprakelijkheid wegens beroepsziekte toepasbaar is, maar daarbij werd nadrukkelijk overwogen dat terughoudendheid geboden is. In dat arrest werd een beroep op proportionele aansprakelijkheid niet toegewezen vanwege de aard van de geschonden norm (waarschuwingplicht van een vermogensbeheerder), de strekking van de geschonden norm (voorkomen van vermogensschade) en de kans dat een waarschuwing zou zijn opgevolgd niet bijzonder groot was (zie r.o. 3.10 van dat arrest).

In deze zaak, die duidelijk overeenkomsten vertoont met *Fortis/Bourgonje* (waarschuwingplicht en zuivere vermogensschade), komt het hof juist wel tot toepassing van proportionele aansprakelijkheid. Ik ben van mening dat dit een discutabel oordeel is en dat goed kan worden betoogd dat het hof hier onvoldoende terughoudend is geweest bij de toepassing van dit leerstuk, althans de toepassing en de omvang van de kans beter had dienen te motiveren.

Nefalit/Karamus (HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250) is een klassiek voorbeeld van proportionele aansprakelijkheid aangezien er twee mogelijke oorzaken waren voor de schade van Karamus: werken met asbest en roken. Het behoeft weinig toelichting dat beide afzonderlijk, of gezamenlijk, de schade konden hebben veroorzaakt. In een geval waarin niet is geïnformeerd over risico's is dat minder duidelijk. Of het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid in dergelijke gevallen toegepast kan worden is nog maar de vraag. Tjong Tjin Tai betwijfelt of in gevallen van schending van waarschuwings- of informatieplichten ruimte bestaat voor proportionele aansprakelijkheid (HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai). Hij heeft dit duidelijk verwoord door te stellen dat er in dergelijke gevallen geen toevalligheid of kansfactor aanwezig is doch slechts een onzekerheid in kenbaarheid van wat er zou zijn besloten bij correcte informatie. Klaassen sluit zich in feite aan bij Tjong Tjin Tai aangezien zij van mening is dat bij informatieplichten in beginsel de hoofdregel van art. 150 Rv werking heeft (C.J.M. Klaassen, *Causaliteitsperikelen*, preadvies voor VASR, Deventer 2012, p. 9 e.v.). Tjong Tjin Tai wijst er ook op dat in het geval van Karamus twee los van elkaar staande oorzaken voor de schade (asbest en roken) bestaan terwijl in geval van schending van een waarschuwingplicht dit niet het geval is. De waarschuwing en het niet opvolgen van die waarschuwing zijn onlosmakelijk met elkaar verbonden. Ook dat maakt dat de vraag gerechtvaardigd is, zo niet negatief moet worden beantwoord, of

proportionele aansprakelijkheid wel het aangewezen leerstuk is voor het oplossen van causaliteitsproblemen bij schending van waarschuwings-/informatieplichten.

Resumerend heeft het hof in deze zaak te makkelijk uitzonderingen op de hoofdregel van art. 150 Rv aangenomen. Zonder kennis van het procesdossier is niet te zeggen hoe de uitkomst van de procedure had moeten zijn, maar op basis van de inhoud van de vonnissen meen ik dat het hof kansschade-leer en proportionele aansprakelijkheid beter niet had kunnen toepassen.

mr. H.J. **Delhaas**, advocaat bij WIJ advocaten te Amsterdam