

# VU Research Portal

## **Case note: Hoge Raad (Begroting schade bij beroepsfout advocaat desnoods naar rato van verloren proceskans)**

Akkermans, A.J.

1998

[Link to publication in VU Research Portal](#)

### ***citation for published version (APA)***

Akkermans, A. J., (1998). *Case note: Hoge Raad (Begroting schade bij beroepsfout advocaat desnoods naar rato van verloren proceskans)*, Oct 26, 1997. (Nieuwsbrief Bedrijfsjuridische Berichten; Vol. 1998, No. 7).

### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

### **E-mail address:**

[vuresearchportal.ub@vu.nl](mailto:vuresearchportal.ub@vu.nl)

cifieke toetsingscriterium, de genuanceerde uitwerking van de gevolgen en de korte verjaringstermijn (6 maanden) van de regeling in de art. 1639s-u BW. In het thans gewezen arrest maakt de Hoge Raad uit dat het in uitzonderingsgevallen mogelijk is dat een vergoeding wordt toegekend op grond van de redelijkheid en billijkheid, naast de in de ontbindingsprocedure door de rechter naar billijkheid toegekende vergoeding.

De conclusie die uit dit arrest kan worden getrokken is de volgende. De rechter kan bij de toekenning van een ontbindingsvergoeding een relevante factor buiten beschouwing laten, indien hij van oordeel is dat die factor op dat moment nog niet in termen van een vergoeding kan worden gewaardeerd. Zodra de relevante factor op zijn waarde kan worden geschat, kan de werknemer in een afzonderlijke procedure alsnog vorderen dat een vergoeding op grond van de redelijkheid en billijkheid wordt toegekend. De enkele omstandigheid dat een factor bij de toekenning van een ontbindingsvergoeding niet is meegewogen, wil nog niet zeggen dat daarmee plaats is voor een afzonderlijke toetsing van die factor op grond van redelijkheid en billijkheid. Het is dus wel noodzakelijk dat een dergelijke relevante factor bij de ontbindingsprocedure nadrukkelijk wordt aangevoerd. Welke factoren buiten de ontbindingsprocedure kunnen blijven en die dus aanleiding kunnen vormen van een afzonderlijke procedure blijkt uit het Hoge Raad-arrest. Voor een werkgever is het raadzaam om in een geval waarin door de rechter aan een werknemer een ontbindingsvergoeding wordt toegekend, met de werknemer overeen te komen dat uitbetaling van die vergoeding geschiedt tegen finale kwijting. Hierdoor kan worden voorkomen dat een werknemer nog een vordering in kan stellen op grond van redelijkheid en billijkheid.

**Onrechtmatige daad/  
schadevergoeding**

## *Begroting schade bij beroepsfout advocaat desnoods naar rato van verloren proceskans*

HR 26 oktober 1997, RvdW 1997,  
207C (Baijings/mr. H); 2

**mr. A.J. Akkermans**

Dit arrest gaat zowel over de beroepsaansprakelijkheid van advocaten als over het systeem van het ontslagrecht. Zie over dat laatste aspect het artikel van Elsinga op p. 76. Onderstaand wordt ingegaan op de betekenis van het arrest voor het beroepsaansprakelijkheidsrecht.

### **Feiten en procedure in feitelijke instanties**

In een aparte procedure voor de kantonrechter had Baijings getracht om van zijn voormalige werkgever Sara Lee een vergoeding te krijgen voor het verlies, door de eerdere ontbinding van zijn arbeidsovereenkomst door dezelfde kantonrechter, van optierechten op aandelen die hem door de Amerikaanse moedermaatschappij van Sara Lee waren toegekend. Het ging volgens Baijings om een bedrag van USD 2 411 000. De kantonrechter wees Baijings' vordering jegens Sara Lee in een deelvonnis af, onder meer omdat onvoldoende feiten en omstandigheden waren aangevoerd die de conclusie konden rechtvaardigen dat Sara Lee door haar gedrag jegens Baijings wanprestatie zou hebben gepleegd. Mr. H., die in deze oorspronkelijke procedure optrad als advocaat van Baijings, heeft verzuimd om tegen dit deelvonnis tijdig hoger beroep in te stellen. Baijings heeft daarop mr. H. doen dagvaarden ter vergoeding van de schade die Baijings als gevolg van dit verzuim zou hebben geleden, daartoe stellende dat zijn vordering tegen Sara Lee in hoger beroep zou zijn toegewezen. De rechtbank wees deze vordering toe tot een bedrag van f 1 500 000, het hof wees de vordering af. Inhoudelijk werd de procedure in hoge mate beheerst door de vraag of, en zo ja hoe de vordering van Baijings onder de specifieke omstandigheden van dit geval in het systeem van het ontslagrecht had kunnen worden ingepast. Zie daarover het artikel van Elsinga in dit nummer. Van belang vanuit het oogpunt van het beroepsaansprakelijkheidsrecht is de overweging van het hof: 'dat het oorspronkelijke geschil tussen Baijings en Sara Lee niet ten volle aan een oordeel kan worden onderworpen, nu Baijings in het onderhavige geding de gelegenheid heeft, en die ook

heeft benut, aanvullende informatie te verschaffen omtrent het hier bedoelde gedrag en Sara Lee, die in de onderhavige procedure geen partij is, die gelegenheid niet heeft en in dit geding geen plaats is voor een nader onderzoek naar de door Baijings gestelde feiten.' (r.o. 6)

### Het geding in cassatie

In onderdeel 2 van het cassatiemiddel werd deze overweging onder vuur genomen. Door aan de omstandigheid dat Sara Lee in het onderhavige geding geen partij was en derhalve, anders dan Baijings, geen gelegenheid had aanvullende informatie te verschaffen, de conclusie te verbinden dat dus geen plaats was voor een nader onderzoek naar de door Baijings gestelde feiten, bracht het hof deze omstandigheid ten onrechte voor rekening van Baijings als benadeelde partij, zo betoogde het middel, terwijl zij voor rekening diende te komen van de tekortschietende mr. H. In de conclusie van A-G Bakels wordt uitvoerig ingegaan op de vraag hoe de onzekerheid over de hypothetische afloop van de oorspronkelijke procedure in een aansprakelijkheidsprocedure als de onderhavige moet worden gehanteerd. Daarbij wordt door A-G Bakels onderscheiden tussen de alles-of-niets-benadering (door hem de 'feitelijk/hypothetische methode' genoemd) waarin over het hypothetische verdere verloop van het oorspronkelijke geschil de knoop wordt doorgemaakt, en een proportionele benadering (door hem de 'normatief/schattende methode' genoemd) waarbij wordt nagegaan of er voor de cliënt een reële kans op een gunstig resultaat bestond en zo ja, op welke waarde die kans dient te worden begroot. De Hoge Raad oordeelt over deze kwestie als volgt:

'Het gaat in een geding als het onderhavige om de vraag of, en zo ja in welke mate, de cliënt van een advocaat schade heeft geleden als gevolg van het feit dat deze laatste heeft verzuimd hoger beroep in te stellen tegen een vonnis waarbij die cliënt in het ongelijk was gesteld. Voor het antwoord op deze vraag moet in beginsel worden beoordeeld hoe de appelrechter had behoren te beslissen, althans moet het te dier zake toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de appelland in hoger beroep, zo dit ware ingesteld, zou hebben gehad. Teneinde de rechter in het geding waarin de aansprakelijkheid van de advocaat voor diens verzuim aan de orde is, in staat te stellen zo nauwkeurig als in het betrokken geval mogelijk is, tot zodanig oordeel, c.q. schatting te geraken, is het wenselijk dat partijen in dat geding – de cliënt en diens voormalige advocaat – aan de rechter alle gegevens verschaffen die, indien hoger beroep ware ingesteld, in de appelprocedure aan de orde zouden zijn gekomen. Voor wat de cliënt betreft, betekent dit dat hij in het geding tegen zijn voormalige advocaat de mogelijkheid dient te hebben zich zo veel mogelijk op

te stellen op de wijze als hij in het achterwege gebleven hoger beroep zou hebben verkozen. Voor de advocaat betekent het dat hij in het door zijn voormalige cliënt tegen hem aangespannen geding de vrijheid moet hebben zich zoveel mogelijk aan te sluiten bij de positie die, zo hoger beroep ware ingesteld, door de in eerste aanleg in het gelijk gestelde partij zou zijn ingenomen.' (r.o. 5.2)

### Commentaar

Dit arrest bevat, enigszins verscholen in een overweging die op het eerste gezicht vrij terloops lijkt te zijn gegeven, een zeer belangrijke beslissing op het terrein van de beroepsaansprakelijkheid van advocaten, waarvan wel eens een uitstralingseffect kon uitgaan naar de beroepsaansprakelijkheid van andere disciplines. De overweging van de Hoge Raad 'althans moet het te dier zake toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de appelland in hoger beroep, zo ware dit ingesteld, zou hebben gehad' kan, zeker tegen de achtergrond van de conclusie van A-G Bakels, niet anders worden verstaan dan als een principiële erkenning van de bevoegdheid van de rechter om bij de beoordeling van de vraag of door de fout van de advocaat schade werd geleden, desnoods vergoeding toe te kennen naar rato van de kans op succes die de benadeelde in de oorspronkelijke procedure zou hebben gehad. Hiermee zet de Hoge Raad het licht op groen voor een proportionele wijze van schadevergoeding, een weg die door de lagere rechtspraak reeds eerder op dit en op andere terreinen van het aansprakelijkheidsrecht was ingeslagen (Zie Hof Den Haag 10 april 1996, A&V 1997, 132; Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1997, 213, A&V 1996, 67). In sommige buurlanden is het toekennen van schadevergoeding naar rato van de kans op succes in een door de fout van een advocaat hypothetisch geworden procedure reeds decennia lang volstreekte routine (zie hierover A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. 1997). Een grondslag hiervoor is de gedachte dat, wanneer niet kan worden vastgesteld wat de uitkomst van het proces zou zijn geweest wanneer geen fout was gemaakt, in elk geval wél zeker is dat de cliënt door de fout een bepaalde kans heeft verloren om het proces te winnen. Deze kans heeft een waarde die op geld waardeerbaar is. Het verlies van die kans vormt dan een vermogensschade, en die moet worden vergoed. Per saldo maakt men zo een gedachtensprong van de ene schade naar de andere.

Men laat de vraag naar het causaal verband met de 'definitieve schade' (hier: de vordering ad USD 2 411 000 van Baijings jegens Sara Lee) voor wat zij is, en richt zich op de 'kansschade' (hier: de verloren kans om in hoger beroep deze vordering jegens Sara Lee toegewezen te krijgen). Het causaal verband met deze schade staat wél vast.

Volgens de Hoge Raad moet in beginsel worden beoordeeld hoe de rechter in het hypothetisch geworden geding had behoren te beslissen. Het vergoeden van de verloren proceskans is een subsidiaire optie.

Dit brengt mee dat het oorspronkelijke proces zo veel mogelijk alsnog gevoerd moet worden waarbij, zoals de Hoge Raad aangeeft, de aansprakelijk gestelde advocaat als het ware de plaats inneemt van de oorspronkelijke tegenpartij. In het buitenland duidt men dit fenomeen wel aan als 'a trial within a trial'. Wanneer blijkt dat de rechter in de aansprakelijkheidsprocedure het oorspronkelijke geschil niet met voldoende zekerheid kan beslechten, mag hij overgaan tot maken van een inschatting 'van goede en kwade kansen', zoals de Hoge Raad het uitdrukt, hetgeen hij 'zo nauwkeurig als in het betrokken geval mogelijk' moet doen. Exact kan zo'n inschatting natuurlijk nooit zijn. Maar dat hoeft ook niet. Bij de begroting van schade wordt wel vaker een bepaalde onnauwkeurigheid op de koop toe genomen. De waardering van een verloren proceskans is niet problematischer dan bijvoorbeeld het vaststellen van smartengeld, het bepalen van de maatstaf voor de verdeling van schade tussen benadeelde en aansprakelijke bij 'eigen schuld', of het bepalen van de invloed van kansen bij de begroting van toekomstige inkomensschade. Staat eenmaal vast dat het niet mogelijk is te bepalen hoe de oorspronkelijke procedure zou zijn beslist als de fout niet was gemaakt, dan is het gewetensvol inschatten van de verloren proceskans altijd nog minder onnauwkeurig dan vasthouden aan de botte bijl van het alles of niets.

## *Informatieplicht assurantietussenpersoon; toerekening wetenschap bank aan haar assurantie- bemiddelingsbedrijf*

HR 9 januari 1998, RvdW 1998, 14C

**mr. E. Mentink**

### **De feiten**

Van Dam heeft via de Rabobank als assurantietussenpersoon zijn boerderij tegen brand verzekerd bij NV Interpolis Schade te Tilburg. Op 14 april 1992 overlijdt Van Dam. In mei 1992 belt notaris Vrieze namens de erfgenamen van Van Dam de bancaire afdeling van de Rabobank met de mededeling dat Van Dam was overleden. Doel van het telefoongesprek was de op naam van Van Dam staande bankrekening bij de bank te blokkeren dan wel de tenaamstelling daarvan te wijzigen. Op 2 februari 1993, dus na het overlijden, is de boerderij door brand verwoest. Interpolis heeft op 8 maart 1993 aan de notaris laten weten geen dekking te zullen verlenen voor de brandschade omdat wegens overgang van het verzekerde belang de verzekering was geëindigd op 19 juni 1992, de eerstvolgende premievervaldatum (art. 12 van de algemene verzekeringsvoorwaarden). Voorts stelt Interpolis zich op het standpunt dat op grond van art. 11 van de algemene verzekeringsvoorwaarden geen dekking wordt verleend omdat niet aan haar was meegegeeld dat na het overlijden de boerderij niet meer werd bewoond én dat de boerderij in ieder geval vanaf oktober 1992 niet meer werd gebruikt, waardoor een risicoverzwaren was opgetreden.

### **Feitelijke instanties**

In deze procedure vorderen de erfgenamen van Van Dam een verklaring voor recht dat de Rabobank als assurantietussenpersoon aansprakelijk is voor de schade die zij hebben geleden doordat de Rabobank haar verplichting als assurantietussenpersoon heeft verzaakt. Hiertoe stellen de erven Van Dam onder meer dat een assurantietussenpersoon verplicht is een met haar bemiddeling tot stand gekomen verzekeringsovereenkomst regelmatig te toetsen aan de werkelijkheid en daartoe de verzekerde te bezoeken en diens belangen te bewaken, terwijl deze voorts gehouden is de verzekeraar te informeren. De erven Van Dam stellen dat de Rabobank ermee bekend was dat Van Dam op 14 april 1992 was overleden aangezien

Dit zal wellicht met name het geval zijn, indien de feiten zodanig liggen dat het toelaten van de huurder geen risico creëert dat bij derden de indruk ontstaat dat de aan- nemer geen retentierecht meer heeft.

**Tot slot**

Het arrest past in het wettelijk systeem. Hoewel de formulering van het arrest lijkt te zijn toegesneden op onroerende zaken, mag men mijns inziens aannemen dat het retentierecht op *roerende* zaken ook tegen persoonlijk gerechtigden kan worden ingeroepen.

*Mr R.W. Polak*

---

**Groen licht voor proportionele schadevergoeding bij beroepsfout advocaat**

**HR 24 oktober 1997, RvdW 1997, 207 C**

**Inleiding**

Het hier besproken arrest bevat de principiële erkenning van de bevoegdheid van de rechter om, bij de beoordeling van de vraag of door de fout van een advocaat schade werd geleden, desnoods vergoeding toe te kennen naar rato van de kans op succes die de benadeelde zonder de fout zou hebben gehad. Daarmee zet de Hoge Raad het licht op groen voor een proportionele wijze van schadevergoeding, een weg die door de lagere rechtspraak reeds eerder op dit en andere terreinen van het aansprakelijkheidsrecht werd ingeslagen (zie o.m. Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1997, 213, A&V 1996, 67). Het arrest is van groot belang voor de beroepsaansprakelijkheid van advocaten en zal vermoedelijk ook een uitstralings-effect hebben naar de beroepsaansprakelijkheid van andere disciplines.

**Feiten en procedure in feitelijke instanties**

Baijings was in dienst bij Sara Lee in de functie van president van Douwe Egberts Beverage Systems. Deze dienstbetrekking was op verzoek van Sara Lee door de kantonrechter ontbonden. Door die ontbinding kon Baijings bepaalde optierechten op aandelen niet meer uitoefenen die hem door de Amerikaanse moedermaatschappij van Sara Lee waren toegekend. De waarde van deze optierechten bedroeg volgens Baijings \$ 2.411.000. Omdat hij meende in de ontbindingsprocedure geen verantwoorde schatting te kunnen maken van de door het

verlies van de optierechten geleden schade, had de kantonrechter dat verlies niet meegewogen bij de vaststelling van de ontbindingsvergoeding, maar aangegeven dat het Baijings vrijstond om daarover een afzonderlijke procedure aanhangig te maken. Dat deed Baijings, daarin bijgestaan door mr H. In deze tweede procedure wees de kantonrechter de vordering tot vergoeding van de 'optieschade' in een deelvonnis af. Mr H. heeft verzuimd om tegen dit deelvonnis tijdig hoger beroep in te stellen. Baijings heeft daarop mr H. doen dagvaarden ter vergoeding van de schade die Baijings als gevolg van dit verzuim zou hebben geleden, daartoe stellende dat zijn vordering tegen Sara Lee in hoger beroep zou zijn toegewezen. De rechtbank wees deze vordering toe tot een bedrag van f 1.500.000,-; het hof wees de vordering af. Het hof overwoog onder meer dat het oorspronkelijke geschil niet ten volle aan zijn oordeel kon worden onderworpen, nu Baijings in het onderhavige geding de gelegenheid had om aanvullende informatie te verschaffen over het gedrag van Sara Lee waaruit diens wanprestatie zou blijken, terwijl de werkgever die gelegenheid niet had omdat hij in de aansprakelijkheidsprocedure geen partij was. Daarom was er geen plaats voor een nader onderzoek naar de door de werknemer gestelde feiten.

**Het geding in cassatie**

Het cassatiemiddel betoogde dat het hof de omstandigheid dat de aansprakelijkheidsprocedure zich wegens de afwezigheid van Sara Lee slecht leende voor een onderzoek naar de uitkomst van de oorspronkelijke procedure, ten onrechte voor rekening had gebracht van Baijings als benadeelde partij, terwijl zij voor rekening diende te komen van diens tekortschietende advocaat mr H. In de conclusie van A-G Bakels wordt uitvoerig ingegaan op de vraag hoe de onzekerheid over de hypothetische afloop van de oorspronkelijke procedure in een aansprakelijkheidsprocedure als de onderhavige moet worden gehanteerd. Daarbij wordt door A-G Bakels onderscheiden tussen de alles-of-niets-benadering (door hem de 'feitelijk/hypothetische methode' genoemd) waarin over het hypothetische verdere verloop van het oorspronkelijke geschil de knoop wordt doorgesneden, en een proportionele benadering (door hem de 'normatief/schattende methode' genoemd) waarbij wordt nagegaan of er voor de cliënt een reële kans op een gunstig resultaat bestond en zo ja, op welke waarde die kans dient te worden begroot. Na een bespreking van de voor- en nadelen van beide benaderingen vat A-G Bakels zijn eigen opvatting als volgt samen:

'feitelijk waar mogelijk, normatief waar nodig, waartoe ik art. 6:97 BW analoog (causaliteit) dan wel

rechtstreeks (schadeberekening) toepas. Een feitelijke (alles of niets) benadering is met name mogelijk waar de te beslissen kwestie een rechtsvraag is en/of over de feiten in de oorspronkelijke procedure geen geschil meer bestond. Aan de normatieve benadering is meer behoefte naarmate over de feiten minder duidelijkheid bestaat en/of het gemis van de verdere inbreng van de oorspronkelijke tegenpartij in de aansprakelijkheidsprocedure zwaarder weegt.' (nr 3.5)

De Hoge Raad oordeelt over deze kwestie als volgt:

'Het gaat in een geding als het onderhavige om de vraag of, en zo ja in welke mate, de cliënt van een advocaat schade heeft geleden als gevolg van het feit dat deze laatste heeft verzuimd hoger beroep in te stellen tegen een vonnis waarbij die cliënt in het ongelijk was gesteld. Voor het antwoord op deze vraag moet in beginsel worden beoordeeld hoe de appelrechter had behoren te beslissen, althans moet het te dier zake toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de appelland in hoger beroep, zo dit ware ingesteld, zou hebben gehad. Teneinde de rechter in het geding waarin de aansprakelijkheid van de advocaat voor diens verzuim aan de orde is, in staat te stellen zo nauwkeurig als in het betrokken geval mogelijk is, tot zodanig oordeel, c.q. schatting te geraken, is het wenselijk dat partijen in dat geding - de cliënt en diens voormalige advocaat - aan de rechter alle gegevens verschaffen die, indien hoger beroep ware ingesteld, in de appelprocedure aan de orde zouden zijn gekomen. Voor wat de cliënt betreft, betekent dit dat hij in het geding tegen zijn voormalige advocaat de mogelijkheid dient te hebben zich zoveel mogelijk op te stellen op de wijze als hij in het achterwege gebleven hoger beroep zou hebben verkozen. Voor de advocaat betekent het dat hij in het door zijn voormalige cliënt tegen hem aangespannen geding de vrijheid moet hebben zich zoveel mogelijk aan te sluiten bij de positie die, zo hoger beroep ware ingesteld, door de in eerste aanleg in het gelijk gestelde partij zou zijn ingenomen.' (r.o. 5.2)

#### De betekenis van het arrest

Het arrest is in meer dan een opzicht van belang. Inhoudelijk werd de procedure in hoge mate beheerst door de vraag of, en zo ja hoe de vordering van Baijings onder de specifieke omstandigheden van dit geval in het systeem van het ontslagrecht had kunnen worden ingepast. De Hoge Raad heeft deze vraag uiteindelijk in het voordeel van Baijings beantwoord. Zie over het arbeidsrechtelijke aspect van het arrest het commentaar van Harenberg in *ArbeidsRecht* 1998, p. 18 e.v., *Elsinga in Bedrijfsjuridische berichten* 1998, p. 76 e.v., en *Pel in Advocatenblad* 1998, p. 36 e.v. Voor de beroepsaansprakelijkheid van advocaten is de betekenis van het arrest bepaald niet minder. Gaat het arbeidsrechtelijk gezien om een vrij specifieke situatie, ontstaan doordat de kantonrechter bij de toekenning van een ontbindingsvergoeding een relevante factor buiten beschouwing liet, vanuit het oogpunt van de beroepsaansprakelijkheid van advocaten gaat het om een klassiek dilemma bij een klassieke beroepsfout, waarvoor de Hoge Raad een voor het Nederlandse recht allesbehalve klassieke oplossing aanvaardbaar heeft geoordeeld.

Wanneer een advocaat een fatale termijn laat verstrijken en de cliënt daarop van hem schadevergoeding vordert ter hoogte van het procesbelang, dan komt het nogal eens voor dat het moeilijk is om vast te stellen of die schade ook daadwerkelijk ten gevolge van de fout werd geleden. Dat hangt immers af van de uitkomst van de oorspronkelijke procedure, en die werd door de fout juist voortijdig beëindigd. Met name de omstandigheid dat de oorspronkelijke wederpartij niet meer in het processuele debat is betrokken kan het oordeel over de hypothetische uitkomst daarvan nogal speculatief maken. Voor wiens (bewijs)risico komt deze onzekerheid dan, voor risico van de cliënt (zoals de beslissing van het hof impliceert) die als eiser in de aansprakelijkheidsprocedure in principe de bewijslast draagt, of voor risico van de advocaat (zoals het cassatiemiddel wilde) door wiens fout de onzekerheid in het leven werd geroepen?

Volgens de Hoge Raad moet in beginsel worden beoordeeld hoe de rechter in het hypothetisch geworden geding had behoren te beslissen. Dit brengt mee dat het oorspronkelijke proces zoveel mogelijk alsnog gevoerd moet worden waarbij de aansprakelijk gestelde advocaat als het ware de plaats in neemt van de oorspronkelijke tegenpartij. In het buitenland duidt men dit fenomeen wel aan als *'a trial within a trial'*. Blijkt echter dat de rechter in de aansprakelijkheidsprocedure het oorspronkelijke geschil niet met voldoende zekerheid kan beslechten, dan staat hem een subsidiaire optie ter beschikking: hij mag dan het toewijsbare bedrag schatten aan de hand van de 'goede en kwade kansen' die de cliënt zonder de fout zou hebben gehad. Hiermee zet de Hoge Raad het licht op groen voor een proportionele wijze van schadevergoeding, die een tussenweg inhoudt tussen het 'alles of niets' van een bewijslast- (en bewijsrisico-) verdeling. In sommige buurlanden is deze benadering reeds decennia lang volstreekte routine. Een grondslag daarvoor is de gedachte dat, wanneer niet kan worden vastgesteld wat

de uitkomst van het proces zou zijn geweest wanneer geen fout was gemaakt, in elk geval wél zeker is dat de cliënt door de fout een bepaalde kans heeft verloren om het proces te winnen. Deze kans heeft een waarde die op geld waardeerbaar is. Het verlies van die kans vormt dan een vermogensschade, en die moet worden vergoed. Men maakt op die manier een gedachtesprong van de ene schade naar de andere. Men laat de vraag naar het causaal verband met de 'definitieve schade' (hier: de vordering ad \$ 2.411.000 van Baijings jegens Sara Lee) voor wat zij is, en richt zich op de 'kansschade' (hier: de verloren kans om in hoger beroep deze vordering jegens Sara Lee toegewezen te krijgen). Het causaal verband met deze schade staat wél vast.

#### **De begroting van een proportionele schadevergoeding**

Dat de begroting van een dergelijke schade niet eenvoudig is moge duidelijk zijn. De Hoge Raad geeft aan dat de rechter zo nauwkeurig mogelijk tot zijn schatting moet geraken. Dit brengt mee dat van de rechter die vergoeding toekent voor een verloren proceskans een berekeneerde inschatting van die kans mag worden verwacht. Hij mag zich er niet met een jantje-van-leiden van afmaken door te constateren dat hij helaas niet kan beoordelen hoe de oorspronkelijke procedure zou zijn afgelopen, en uitsluitend op algemene gronden een gedeelte van de gevorderde schade toewijzen (wat dan pleegt neer te komen op 50%). Dat is in het verleden en ook recentelijk wél gebeurd, en het is begrijpelijk dat daarop de nodige kritiek is gekomen. Zo overwoog de Rechtbank Utrecht in 1942 dat *'de kans op slagen [...] in het algemeen en bij het ontbreken van verdere gegevens gesteld [moet] worden op 50%'* en begrootte de waarde van de verloren proceskans daarom op de helft van het procesbelang (NJ 1943, 231). Dat was *'er met de baret naar gooien'*, zo meende Wolfsbergen (Onrechtmatige daad, 1946, p. 172). En in 1994 oordeelde de rechtbank Zwolle eveneens op uitsluitend algemene gronden dat de vor-

dering tot schadevergoeding moest worden toegewezen tot een in redelijkheid en billijkheid geschat gedeelte van 50% van het procesbelang (Advocatenblad 1995 p. 341). Over dit vonnis werd in het Advocatenblad de staf gebroken door Beversluis. Gegeven de inadequate onderbouwing ervan is zijn kritiek begrijpelijk, maar met zijn stelling dat in dit soort gevallen *'gewoon uitgemaakt [dient] te worden of in hoger beroep anders zou zijn beslist'* gooit hij het kind met het badwater weg. Indien ook na serieus onderzoek de uitkomst van de oorspronkelijke procedure ongewis blijft, moet aan deze onzekerheid recht worden gedaan door het toekennen van vergoeding voor de verloren proceskans. Maar dan wél op basis van een berekeneerde inschatting 'van goede en kwade kansen', zoals de Hoge Raad het uitdrukt. Tot het maken daarvan is de rechter als geen ander in staat. Anderzijds kan zo'n schatting - het woord zegt het al - natuurlijk nooit exact zijn. Maar dat hoeft ook niet. Bij de begroting van schade wordt wel vaker een bepaalde onnauwkeurigheid op de koop toe genomen. De waardering van een verloren kans is niet problematischer dan bijvoorbeeld het vaststellen van smartengeld, het bepalen van de maatstaf voor de verdeling van schade tussen benadeelde en aansprakelijke bij 'eigen schuld', of het bepalen van de invloed van kansen bij de begroting van toekomstige inkomensschade. Waar het om gaat is dat de rechter de nodige moeite doet om de grootte van de verloren proceskans zo nauwkeurig mogelijk in te schatten. Dat de vingers daarbij niet helemaal droog kunnen blijven is inherent aan de materie. De kern van de zaak is immers dat men niet weet hoe de procedure zou zijn beslist als de fout niet was gemaakt. Het gewetensvol inschatten van de verloren proceskans is dan altijd nog minder onnauwkeurig dan vasthouden aan de botte bijl van het alles of niets.

*Mr A.J. Akkermans  
 Kennedy Van der Laan*