

2012•2013

FACULTEIT RECHTEN

master in de rechten: rechtsbedeling

Masterproef

De moderne contouren van het leerstuk van het verlies van een kans na het Prizrak arrest

Promotor :
Prof. dr. Ilse SAMOY

Angela Piscione

*Masterproef voorgedragen tot het bekomen van de graad van master in de rechten ,
afstudeerrichting rechtsbedeling*

De transnationale Universiteit Limburg is een uniek samenwerkingsverband van twee universiteiten in twee landen: de Universiteit Hasselt en Maastricht University.



Universiteit Hasselt | Campus Hasselt | Martelarenlaan 42 | BE-3500 Hasselt
Universiteit Hasselt | Campus Diepenbeek | Agoralaan Gebouw D | BE-3590 Diepenbeek



Maastricht University

2012•2013

FACULTEIT RECHTEN

master in de rechten: rechtsbedeling

Masterproef

De moderne contouren van het leerstuk van het verlies
van een kans na het Prizrak arrest

Promotor :
Prof. dr. Ilse SAMOY

Angela Piscione

*Masterproef voorgedragen tot het bekomen van de graad van master in de rechten ,
afstudeerrichting rechtsbedeling*

SAMENVATTING

Het leerstuk van het verlies van een kans werd in de rechtspraak gecreëerd om de negatieve effecten van het beginsel *conditio sine qua non* te verzachten. Dit beginsel, dat inhoudt dat enkel schadevergoeding kan worden toegekend als de schade zoals ze zich *in concreto* heeft voorgedaan zich zonder de fout niet zou hebben voorgedaan, leidde tot een alles-of-niets benadering die als onbillijk werd ervaren.

Na een lange evolutie in de rechtspraak, blijkt dat de theorie van het verlies van een kans algemeen aanvaard is en een ruim toepassingsgebied kent.

De theorie houdt in dat als er sprake is van een reële kans - een kans waarvan het slachtoffer volgens de normale gang van zaken kon verwachten dat zij zich zou realiseren - die definitief verloren is gegaan, en als het oorzakelijk verband tussen de fout en de verloren kans wordt bewezen, deze verloren kans voor vergoeding in aanmerking komt. De schade van het slachtoffer bestaat dus uit de verloren kans en niet uit de werkelijk ingetreden schade. Dit heeft verregaande gevolgen wat betreft de begroting van de schadevergoeding en de mogelijkheid tot het ambtshalve opwerpen van het leerstuk.

Zo kan de vergoeding voor de verloren kans in geen geval overeenkomen met een integrale vergoeding voor de werkelijk ingetreden schade. De verloren kans wordt begroot in verhouding tot de grootte van de kans en de waarschijnlijkheid dat deze kans zich zonder de fout zou hebben gerealiseerd. In feite komt dit neer op toekenning van schadevergoeding voor een deel van de werkelijk geleden schade. Daarom beweren sommige rechtsgeleerden (onterecht) dat het leerstuk van het verlies van een kans een grondslag vormt voor de proportionele aansprakelijkheid. Hoewel *de facto* een deel van de werkelijk ingetreden schade wordt vergoed, betreft dit enkel de berekeningswijze. In wezen wordt de verloren kans wel integraal vergoed.

Omdat er niet altijd concreet cijfermateriaal voorhanden is, blijkt uit de rechtspraak dat de rechter vaak overgaat tot een vergoeding *ex aequo et bono*. Dit vormt op zich geen probleem, op voorwaarde dat de rechter duidelijk weergeeft op welke elementen hij zich baseert om tot het bedrag te komen en welk gewicht hij elk van deze elementen toeschrijft.

Wat het ambtshalve opwerpen van rechtsmiddelen betreft, dient de rechter zich aan vijf grenzen te houden. Hij mag noch de oorzaak noch het voorwerp van de vordering wijzigen. Hij mag niet steunen op niet regelmatig in het geding gebrachte feiten, hij mag geen uitgesloten betwisting opwerpen en hij dient het recht op tegenspraak te eerbiedigen. Met betrekking tot het ambtshalve opwerpen van het leerstuk van het verlies van een kans, blijkt dat het in België onmogelijk is het leerstuk ambtshalve op te werpen zonder het voorwerp van de vordering te wijzigen. De verloren kans vormt immers een aparte schadepost. Het Hof van Cassatie heeft bijgevolg naar huidig Belgisch recht terecht geoordeeld dat het ambtshalve opwerpen van het leerstuk een verkeerde toepassing ervan uitmaakt. Aangezien het leerstuk op deze manier haar doel mist, en het slachtoffer die het leerstuk niet zelf opwerpt nog steeds met lege handen blijft als hij het oorzakelijk verband tussen de fout en de werkelijk ingetreden schade niet kan bewijzen, zou het naar de toekomst toe interessant zijn indien het Hof van Cassatie terug zou komen op haar rechtspraak en stellen dat de vordering tot schadevergoeding van de verloren kans impliciet inbegrepen is in de vordering tot schadevergoeding voor de werkelijk ingetreden schade, zoals dit in Frankrijk al aangenomen wordt.

DANKWOORD

Het schrijven van deze thesis heeft veel energie gevergd. Gelukkig stond ik er niet alleen voor en kon ik rekenen op de steun van verscheidene personen die ik graag zou willen bedanken.

In de eerste plaats zou ik mijn promotor Prof. Dr. Ilse Samoy en mijn begeleider Drs. Wannes Vandebussche willen bedanken voor de goede begeleiding. Zij waren steeds bereid om mijn vragen te beantwoorden, gaven eerlijke feedback op de ingeleverde versies en stuurden mij in de goede richting als ik even verkeerd zat. Zij hebben ervoor gezorgd dat deze thesis tot een beduidend hoger niveau werd getild.

Daarnaast wil ik ook mijn ouders en broer bedanken voor de morele steun. Zij hebben mij moeten verdragen in tijden dat ik gestresseerd was, maar zij zijn altijd in mij blijven geloven. Zij hebben mij als het ware de kracht gegeven om door te zetten.

Tenslotte wil ik ook mijn medestudenten, Nathalie Candreva en Tine Kolbaba, bedanken. Het is moeilijk om intensief met een thesis bezig te zijn zonder erover te praten. Ik waardeer dan ook enorm het luisterend oor dat Nathalie en Tine mij boden als ik mijn ideeën omtrent het onderwerp van mijn thesis uiteenzette.

Hartelijk bedankt,
Angela Piscione.

DE MODERNE CONTOUREN VAN HET LEERSTUK VAN HET VERLIES VAN EEN KANS NA HET PRIZRAK ARREST

INHOUDSOPGAVE

Inleiding	1
I. Het leerstuk van het verlies van een kans	5
1. Algemeen kader	5
2. Definitie en ontstaansgeschiedenis	10
2.1 Definitie	10
2.2 Evolutie	11
2.2.1 Het amputatiearrest	11
2.2.2 De vernietigingsarresten: een afwijzing <i>tout court</i> van het leerstuk verlies van een kans?	11
2.2.3 Discussie in de rechtsleer	13
2.2.4 Het Prizrak-arrest: (her)bevestiging van het leerstuk van het verlies van een kans	16
3. Voorwaarden	17
3.1 Fout	17
3.2 Schade	18
3.2.1 Vaststaande verloren kans	18
3.2.2 Reële kans	19
3.2.3 Ernstige kans?	20
3.3 Oorzakelijk verband	22
4. Toepassingsgevallen	24
5. Tussenbesluit	27
II. De begroting van de verloren kans	29
1. Algemeen kader	29
2. Overzicht van de Belgische rechtspraak	29
2.1 Medische aansprakelijkheid	30
2.1.1 Verlies van genezingskansen	30
2.1.2 Verlies van overlevingskansen	33
2.2 Beroepsaansprakelijkheid advocaat	35
2.2.1 Verlies van een kans op hoger beroep	35
2.2.2 Verlies van een kans op uitwinning	37
2.2.3 Verlies van een kans op huurhernieuwing	39
2.3 Beroepsaansprakelijkheid gerechtsdeurwaarder	40
2.4 Overheidsaansprakelijkheid	41
2.4.1 Verlies van een kans op gunning	41
2.4.2 Verlies van ene proceskans	43
2.5 Aansprakelijkheid in de private sfeer	44

3.	Verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid	45
4.	Tussenbesluit	46
III.	Het ambtshalve opwerpen van het verlies van een kans	49
1.	Het beschikkingsbeginsel	49
1.1	Definitie	49
1.2	Grondslag	50
1.3	Draagwijdte	51
1.4	Beschikkingsbeginsel en <i>iura novit curia</i> : verplichting of mogelijkheid tot ambtshalve opwerpen van middelen	51
2.	Voorwaarden ambtshalve opwerpen van middelen	54
2.1	Geen wijziging van oorzaak	54
2.2	Geen wijziging van voorwerp	57
2.2.1	Extra- of ultrapetitaverbod	57
2.2.2	Toepassingsgebied extra- of ultrapetitaverbod	58
2.2.3	Nuanceringen op het extra- of ultrapetitaverbod	58
2.3	Geen steun op niet regelmatig in het geding gebrachte feiten	60
2.4	Geen opwerping van uitgesloten betwisting	62
2.5	Geen uitsluiting van tegenspraak	63
3.	Het beschikkingsbeginsel en het verlies van een kans	65
3.1	De wenselijkheid om het verlies van een kans ambtshalve op te werpen ...	65
3.2	De mogelijkheid om het verlies van een kans ambtshalve op te werpen ...	66
3.2.1	Geen wijziging van oorzaak	66
3.2.2	Geen wijziging van voorwerp	67
3.2.3	Geen steun op niet regelmatig in het geding gebrachte feiten	68
3.2.4	Geen opwerping van uitgesloten betwisting	68
3.2.5	Geen uitsluiting van tegenspraak	69
4.	Tussenbesluit	69
	Conclusie	73

Bibliografie

DE MODERNE CONTOUREN VAN HET LEERSTUK VAN HET VERLIES VAN EEN KANS NA HET PRIZRAK ARREST

INLEIDING

ONDERWERP

1. Krachtens de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek kan er schadevergoeding worden gevorderd wanneer het bewijs van fout, schade en oorzakelijk verband geleverd wordt. Dit is een zware bewijslast die op het slachtoffer weegt.¹ Vooral het bewijs van het oorzakelijk verband is niet altijd makkelijk te leveren. In België geldt de equivalentieleer. Dit houdt in dat iedere gebeurtenis die mee heeft geleid tot de schade zoals ze zich *in concreto* heeft voorgedaan gelijkwaardig is.² Het slachtoffer moet bij het bewijs van het oorzakelijk verband aantonen dat de schade zoals ze zich *in concreto* heeft voorgedaan, zich zonder de fout niet zou hebben voorgedaan. Dit beginsel, gekend als *conditio sine qua non*, leidt tot een "alles of niets"-benadering. Indien het slachtoffer erin slaagt het bewijs van het oorzakelijk verband te leveren, zal de schade integraal worden vergoed. Indien het slachtoffer er daarentegen niet in slaagt dit bewijs te leveren, zal niets worden vergoed.³

Deze "alles of niets"-benadering wordt als onbillijk ervaren. Om aan deze zorg tegemoet te komen, zijn er verschillende technieken bedacht, waaronder de theorie van het verlies van een kans.⁴ Deze theorie houdt in dat er de mogelijkheid bestaat, onder bepaalde voorwaarden, schadevergoeding te verkrijgen voor het verlies van de kans een risico te vermijden of een voordeel te verwerven.⁵ Hieruit blijkt dat het verlies van een kans een zelfstandige schade uitmaakt, dat zich onderscheidt van de werkelijk geleden schade. Het gaat namelijk om een schadevergoeding voor het verlies van een kans een welbepaalde schade, zijnde de werkelijk geleden schade, te vermijden.⁶

PROBLEEMSTELLING

2. Hoewel het leerstuk van het verlies van een kans intussen algemeen aanvaard is in de rechtspraak en de rechtsleer, is dit niet altijd zo geweest.⁷ De draagwijdte en de evolutie van het

¹ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, Brugge, die Keure, 2011, 33 (hierna: H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*).

² H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 73; J. NIEUWENHUIS, "Eurocausaliteit. Agenda voor het Europese debat over toerekening van schade, preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland", *TPR* 2002, nr. 5.

³ B. DUBUISSON en P. HENRY, *Droit de la responsabilité: morceaux choisis*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2004, 33 (hierna: B. DUBUISSON en P. HENRY, *Droit de la responsabilité*).

⁴ H. BOCKEN, "Geen kans verloren. Causale onzekerheid en de rechtspraak van het hof van cassatie over het verlies van een kans" in S. VOET, B. WEYTS, I. CLAEYS, H. COUSY, S. DE GEYTER, T. HARTLIEF, G. JOCQUÉ, H. DE WULF, P. TAELEMAN, A. VAN OEVELEN, C. VAN SCHOU BROECK, K. BERNAUW, H. BOCKEN en I. BOONE, *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 280-281 (hierna: H. BOCKEN, "Geen kans verloren").

⁵ H. BOCKEN, "Geen kans verloren", 286; B. DUBUISSON en P. HENRY, *Droit de la responsabilité*, 34-35.

⁶ H. BOCKEN, "Het verlies van een kans: vergoedbare schade? Het arrest van het Hof van Cassatie van 5 juni 2008", *De Verz.* 2008, nr. 365, 421; H. BOCKEN, "Verlies van een kans. Het cassatiearrest van 5 juni 2008. Vervolg en (voorlopig?) slot", *NJW* 2009, afl. 194, 3 en 9-10; I. BOONE, noot onder Cass. 5 juni 2008, *RDC* 2008/10, 937.

⁷ H. BOCKEN, "Geen kans verloren", 313; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 56-57; S. LIERMAN, "Het Hof van Cassatie, het paard "Prizrak" en het verlies van genezings- en overlevingskansen: een duurzame liaison a trois?", *RW* 2008-09, nr. 19, 796; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade in Recht en Praktijk nr. 47*, Mechelen, Kluwer, 2007, 74-75 (hierna: M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*).

leerstuk zullen dan ook worden weergegeven. Hieruit zal blijken dat er nog problemen bestaan met betrekking tot de toepassing van deze theorie.

3. Zo is het niet duidelijk hoe de verloren kans begroot moet worden. In het Belgisch recht geldt het principe van integrale schadevergoeding. Toch blijkt uit de rechtspraak dat de verloren kans geraamd wordt op een deel van de werkelijk ingetreden schade, in proportie tot de graad van waarschijnlijkheid dat de kans zich zonder de fout gerealiseerd zou hebben.⁸ Deze wijze van vergoeding komt er in de praktijk *de facto* op neer dat hoewel het oorzakelijk verband tussen de fout en de werkelijk geleden schade niet met zekerheid vaststaat, de dader toch aansprakelijk wordt gesteld voor een gedeelte van die schade.⁹ Dit zou beschouwd kunnen worden als een toepassing van proportionele aansprakelijkheid. De vraag is echter of er wel sprake is van proportionele aansprakelijkheid, aangezien de verloren kans een andere schadepost is dan de werkelijk ingetreden schade. Bovendien is het van belang te weten hoe dit zich verhoudt tot het principe van integrale schadevergoeding. Tenslotte dient te worden nagegaan of er een of andere maatstaf is waarop de rechters zich kunnen baseren bij het begroten van de verloren kans, aangezien dit de rechtszekerheid ten goede zou komen.

4. Naast de problematiek rond de begroting van de verloren kans, wijst de rechtspraak van het Hof van Cassatie in de richting van het verbod voor rechters om het leerstuk ambtshalve op te werpen. De vraag die rijst, is dan onder welke voorwaarden een rechter een middel ambtshalve kan of moet opwerpen en of het opwerpen van het leerstuk van het verlies van een kans hier inderdaad niet aan voldoet.

ONDERZOEKSVRAGEN

5. De onderzoeksvragen die uit bovenstaande probleemstelling blijken, zijn de volgende:

Wat zijn de contouren van het leerstuk van het verlies van een kans na het Prizrak-arrest?
Hoe dient de verloren kans te worden begroot?

Mag de rechter het leerstuk van het verlies van een kans ambtshalve opwerpen? Indien ja, gaat het dan om een verplichting of een loutere mogelijkheid?

ONDERZOEKSMETHODE

6. Om de openstaande vragen omtrent het leerstuk te kunnen beantwoorden zal allereerst een klassieke bronnenstudie worden uitgevoerd. Zo zal voornamelijk de rechtsleer en rechtspraak uitvoerig aan bod komen, aangezien het leerstuk van het verlies van een kans in de Belgische rechtsorde tot op heden niet in de wet geregeld is. Dit in tegenstelling tot wat het geval is in Nederland, waar artikel 6:105 Burgerlijk Wetboek de grondslag van het leerstuk vormt.¹⁰ Ook

⁸ H. BOCKEN en I. BOONE, "Causaliteit in het Belgisch recht", *TPR* 2002, 1668, nr. 45 en 1669, nr. 47.

⁹ H. BOCKEN en I. BOONE, "Causaliteit in het Belgisch recht", *TPR* 2002, 1669, nr. 47.

¹⁰ L. DOMMERING-VAN RONGEN, "Aansprakelijkheid van de advocaat", *NTBR* 1998, 82.

Franserechters wensent het leerstuk in de wet te regelen, wat blijkt uit artikel 1346 *avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*.¹¹

7. Vervolgens dringt een rechtsvergelijkende studie zich op. Aangezien het leerstuk van het verlies van een kans in België ontwikkeld is naar voorbeeld van *la perte de chance* in het Franse recht, zal in de eerste plaats vergeleken worden met Frankrijk.¹² Er zal nagegaan worden of het Franse recht geen oplossingen biedt voor problemen die in België met betrekking tot de toepassing van het leerstuk ondervonden worden.

Naast het Franse recht, is het vanuit het oogpunt van het internationaal privaatrecht van belang rechtsvergelijking te doen met het Nederlandse recht. Het leerstuk van het verlies van een kans wordt in België op verschillende gebieden toegepast, maar één van de belangrijkste gebieden is de medische aansprakelijkheid. In de praktijk blijkt dat Nederlanders regelmatig naar België komen voor medische verzorging, en omgekeerd. De richtlijn 2011/24 EU van 9 maart 2011 betreffende de toepassing van de rechten van patiënten bij grensoverschrijdende gezondheidszorg zal deze tendens mogelijk versterken. Indien een schadegeval zich dan voordoet, is het van belang te weten welke rechter bevoegdheid heeft, en relevanter voor dit onderzoek, welk recht van toepassing is indien er schade wordt geleden. Als algemene regel stelt artikel 4, lid 1 Rome II dat het recht van het land waar de schade zich voordoet van toepassing is. Deze regel zou tot gevolg kunnen hebben dat Belgische rechters Nederlands recht dienen toe te passen. Het is dan ook van belang te weten of en in welke gevallen het leerstuk van het verlies van een kans in Nederland aanvaard wordt. Bovendien zal het Nederlandse recht een interessante invalshoek bieden met betrekking tot de vraag of het leerstuk van het verlies van een kans een grondslag vormt voor proportionele aansprakelijkheid.

8. Tenslotte dringt ook een intradisciplinaire studie zich op. Zo dient eerst in het burgerlijk procesrecht te worden nagegaan onder welke voorwaarden de rechter ambtshalve middelen kan of moet opwerpen. Vervolgens zullen de voorwaarden voor het ambtshalve opwerpen van middelen getransponeerd worden naar het aansprakelijkheidsrecht om na te gaan of de rechter het leerstuk van het verlies van een kans al dan niet kan of moet opwerpen.

ONDERZOEKSPLAN

9. In dit onderzoek zal in eerste instantie worden ingegaan op de draagwijdte van het leerstuk van het verlies van een kans. Hierbij zal niet alleen stilgestaan worden bij wat het verlies van een kans inhoudt, maar ook waarom en hoe deze theorie is ontstaan. Bijzondere aandacht zal worden besteed aan de rechtspraak van het Hof van Cassatie hieromtrent.

Vervolgens zal nagegaan worden wat de voorwaarden zijn opdat een verloren kans in aanmerking kan worden genomen om tot schadevergoeding te leiden.

Na de uiteenzetting van deze voorwaarden zal aan de hand van de rechtspraak aangegeven worden in welke gevallen het leerstuk van het verlies van een kans voornamelijk toepassing vindt.

¹¹ X. "L'adoption de la perte de chance par les projets de réforme du droit des obligations?", 2010, <http://www.institut-numerique.org/a-ladoption-de-la-perte-de-chance-par-les-projets-de-reforme-du-droit-des-obligations-4ce5b6208ec05>.

¹² H. BOCKEN, "Geen kans verloren", 288; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 55.

10. In tweede instantie dient te worden bepaald hoe de verloren kans, indien zij aanleiding geeft tot schadevergoeding, wordt begroot. Er zal worden nagegaan of er een omlijnde berekeningswijze te bespeuren is in de Belgische rechtspraak. Vervolgens zal aan de hand van deze rechtspraak getracht worden een maatstaf weer te geven dat de rechter houvast biedt bij het begroten van de verloren kans. De vraag die zich hierbij opdringt is of het leerstuk van het verlies van een kans een grondslag voor proportionele schadevergoeding vormt, en hoe dit zich zou verzoenen met het principe van integrale schadevergoeding.

11. In laatste instantie zal worden nagegaan of schadevergoeding voor het verlies van een kans kan worden toegekend indien de eiser enkel schadevergoeding vordert voor de werkelijk geleden schade. Dit heeft betrekking op het beschikkingsbeginsel en de mogelijkheid van de rechter ambtshalve middelen op te werpen. De draagwijdte van het beschikkingsbeginsel zal dan ook uiteengezet worden. Vervolgens zal worden nagegaan wat de voorwaarden zijn om ambtshalve middelen op te werpen. Hierbij zal er een onderscheid worden gemaakt tussen de traditionele visie en de hedendaagse visie op het beschikkingsbeginsel. Daarna zal worden nagegaan of het ambtshalve opwerpen van het leerstuk van het verlies van een kans al dan niet wenselijk is. En tenslotte zullen de voorwaarden voor het ambtshalve opwerpen van middelen worden toegepast op het leerstuk van het verlies van een kans.

I. HET LEERSTUK VAN HET VERLIES VAN EEN KANS

12. ALGEMENE BESCHOUWINGEN AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT - "*The loss lies where it falls.*" Vroeger diende het slachtoffer zelf zijn schade te dragen. Inmiddels zijn er allerlei mogelijkheden om ervoor te zorgen dat het slachtoffer zijn schade niet zelf moet dragen. Zo zijn er verzekeringen die afgesloten kunnen of moeten worden opdat bepaalde schade gedekt is. Daarnaast kan het slachtoffer in bepaalde gevallen beroep doen op de sociale zekerheid of schadefondsen. Tenslotte zal het slachtoffer ook beroep kunnen doen op de regels van het aansprakelijkheidsrecht en de dader, al naar gelang het geval contractueel dan wel buitencontractueel, aansprakelijk stellen. Toch blijkt dat de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek, wat de buitencontractuele aansprakelijkheid betreft, niet langer het uitgangspunt vormen aangezien er hierbij een zware bewijslast op het slachtoffer rust.¹³

Soms is een beroep op de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek de enige mogelijkheid om de schade te kunnen verhalen op de dader. Het probleem dat zich hierbij stelt is dat het bewijs van het oorzakelijk verband moeilijk te leveren is. Het gevolg hiervan is dat als het oorzakelijk verband niet met voldoende zekerheid vaststaat, geen schadevergoeding kan worden toegekend.¹⁴ De schade zal dus nog steeds door het slachtoffer zelf gedragen moeten worden. *The loss lies, once again, where it falls.* Dit wordt als onbillijk ervaren. Vandaar dat het leerstuk van het verlies van een kans gecreëerd werd.¹⁵

13. PLAN - In wat volgt zal eerst het algemeen kader uiteengezet worden. Hierbij wordt kort stilgestaan bij de problemen omtrent het bewijs van het oorzakelijk verband in België, Frankrijk en Nederland. Dit is noodzakelijk om de relevantie van het leerstuk van het verlies van een kans weer te geven. Vervolgens zal uiteengezet worden wat er precies onder het leerstuk van het verlies van een kans dient te worden verstaan. Hierbij zal ook ingegaan worden op de evolutie van het leerstuk. Daarna zullen de voorwaarden voor het bekomen van schadevergoeding voor de verloren kans uiteengezet worden. Tenslotte zal worden weergegeven in welke gevallen de theorie voornamelijk toepassing vindt.

1. ALGEMEEN KADER

14. VOORWAARDEN AANSPRAKELIJKHEID - Hoewel de artikelen 1382 en 1383 van het Burgerlijk Wetboek niet langer het uitgangspunt vormen om na te gaan of de geleden schade op iemand anders kan worden verhaald, zijn deze artikelen nog steeds van belang (*supra* nr. 12). Deze artikelen stellen dat schadevergoeding kan worden gevorderd wanneer het bewijs geleverd wordt van een fout, schade en het oorzakelijk verband tussen beiden.

Ook in Frankrijk en Nederland kan onder dezelfde voorwaarden schadevergoeding worden

¹³ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 7-9.

¹⁴ H. BOCKEN, "Causaal verband in het Belgische recht" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit. Top-down en bottom-up in Nederlands en transnationaal perspectief*, Antwerpen, Maklu, 2010, 136 (hierna: H. BOCKEN, "Causaal verband in het Belgische recht" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*) ; I. BOONE, "Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband", *RW* 2004-05, 92; B. DUBUISSON en P. HENRY, *Droit de la responsabilité*, 33.

¹⁵ H. BOCKEN, "Geen kans verloren", 280-281; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 76; B. DE TEMMERMAN, "Kapitaliseren volgens 'Levie' of volgens 'Schryvers'? Twee visies op (on)zekerheid van schade", *TPR*. 2004, afl. 1, 190-191; B. DUBUISSON, "De la légèreté de la faute au poids hasard", *RGAR* 2005, 14009, nr. 7; A. MASSET, "La perte d'une chance de survie retenue comme élément de l'homicide involontaire", noot onder Brussel 24 maart 1999, *RGAR* 1999, 13153.

gevorderd (Artikel 1383 *Code Civil* en artikelen 6:162 en 6:98 Burgerlijk Wetboek).

Het leveren van het bewijs van fout en schade zal veelal niet zo problematisch zijn als het bewijzen van het causaal verband. Aangezien het leerstuk van het verlies van een kans in de rechtspraak en rechtsleer gecreëerd werd om aan de problemen omtrent het bewijs van het oorzakelijk verband tegemoet te komen, is het van belang deze problemen eerst te duiden.¹⁶

15. OORZAKELIJK VERBAND IN BELGIË - Wat het oorzakelijk verband betreft, wordt in België gebruik gemaakt van de equivalentieleer. Iedere juridische oorzaak die geleid heeft tot de schade zoals ze zich *in concreto* heeft voorgedaan, wordt mee in rekening gebracht en als gelijkwaardig beschouwd.¹⁷ Dit houdt in dat er enkel schadevergoeding kan worden toegekend indien met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid vaststaat dat de schade, zoals ze zich *in concreto* heeft voorgedaan, zich zonder de fout niet zou hebben voorgedaan. Dit is het beginsel *conditio sine qua non*.¹⁸ De equivalentietheorie leidt er dan toe dat iedere *conditio sine qua non* als gelijkwaardig wordt beschouwd en aanleiding kan geven tot integrale vergoeding van de schade.¹⁹

16. HET LEERSTUK VAN HET VERLIES VAN EEN KANS ALS ALTERNATIEF IN BELGIË - Hoewel een gerechtelijke zekerheid volstaat, heeft het beginsel *conditio sine qua non* tot gevolg dat het causaal verband tussen de fout en de vaststaande schade niet altijd makkelijk te leveren is en dus tot een "alles of niets"-benadering leidt. Indien het slachtoffer erin slaagt het bewijs te leveren van het oorzakelijk verband, zal de schade integraal worden vergoed. Indien het slachtoffer er daarentegen niet in slaagt dit bewijs te leveren, zal er niets worden vergoed.²⁰ Dit wordt als onbillijk ervaren en daarom werden er manieren bedacht om het effect van het beginsel *conditio sine qua non* te verzachten.²¹ Het leerstuk "verlies van een kans" is één van de manieren om aan dit probleem tegemoet te komen.²²

17. OORZAKELIJK VERBAND IN FRANKRIJK - In tegenstelling tot wat het geval is in België, is er geen eenduidigheid in Frankrijk omtrent de invulling van het begrip oorzakelijk verband. In de Franse doctrine heersen er verschillende opvattingen omtrent het oorzakelijk verband. Enerzijds is er een unitaire opvatting van het oorzakelijk verband. Deze opvatting komt neer op de equivalentieleer. Zo is iedere gebeurtenis waarvan de eiser kan bewijzen dat ze een effect

¹⁶ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 76.

¹⁷ H. BOCKEN, "Causaal verband in het Belgische recht" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*, 127-129.

¹⁸ H. BOCKEN, "Causaal verband in het Belgische recht" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*, 123; H. BOCKEN en I. BOONE, "Causaliteit in het Belgische recht", *TPR* 2002, 1635; B. DUBUISSON en P. HENRY, *Droit de la responsabilité*, 33.

¹⁹ H. BOCKEN, "Causaal verband in het Belgische recht" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*, 124 en 127-129; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 73.

²⁰ H. BOCKEN, "Causaal verband in het Belgische recht" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*, 136; I. BOONE, "Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband", *RW* 2004-05, 92; B. DUBUISSON en P. HENRY, *Droit de la responsabilité*, 33; A. AKKERMANS, "Grondslagen van proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband" in W. BOOM, *Tussen 'alles' en 'niets'*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, 105 (hierna: A. AKKERMANS, "Grondslagen van proportionele aansprakelijkheid").

²¹ H. BOCKEN, "Geen kans verloren", 280-281.

²² H. BOCKEN, "Causaal verband in het Belgische recht" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*, 138; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 76; B. DE TEMMERMAN, "Kapitaliseren volgens 'Levie' of volgens 'Schryvers'? Twee visies op (on)zekerheid van schade", *TPR*. 2004, afl. 1, 190-191; B. DUBUISSON, "De la légèreté de la faute au poids hasard", *RGAR* 2005, 14009, nr. 7; A. MASSET, "La perte d'une chance de survie retenue comme élément de l'homicide involontaire", noot onder Brussel 24 maart 1999, *RGAR* 1999, 13153.

heeft gehad op de schade zoals ze zich *in concreto* heeft voorgedaan een juridische oorzaak van deze schade. De oorzaak is met andere woorden elk feit dat een *conditio sine qua non* uitmaakt.²³ Deze theorie heeft verregaande gevolgen in die zin dat vaak een lange keten van gebeurtenissen elk een *conditio sine qua non* vormen.²⁴ Daarnaast is het niet altijd makkelijk het bewijs te leveren, waardoor er in geval van onzekerheid niets kan worden toegekend aan het slachtoffer.²⁵ Om hieraan tegemoet te komen zijn een aantal Franse rechtsgeleerden voorstander van de theorie van de adequate oorzaak. Deze theorie houdt in dat enkel gebeurtenissen waarbij de schade objectief voorzienbaar was een juridische oorzaak uitmaken.²⁶ Het nadeel van deze theorie is dat ze de vergoedende functie van het aansprakelijkheidsrecht ondermijnt in die zin dat niet langer de schade zoals ze zich effectief heeft voorgedaan vergoedbaar is, maar enkel de schade die objectief voorzienbaar was. Daarenboven is het voor de rechter *a posteriori* moeilijk te beoordelen welke schade op het moment van het schadegeval objectief voorzienbaar was.²⁷ Naast de unitaire opvatting van het oorzakelijk verband, is er anderzijds ook een dualistische opvatting. Deze opvatting combineert als het ware de equivalentietheorie met de leer van de adequate oorzaak. Een gebeurtenis is volgens deze opvatting pas een juridische oorzaak als het gaat om een *conditio sine qua non* en alle gebeurtenissen die een *conditio sine qua non* uitmaken, zijn gelijkwaardig. Om te bewijzen dat een gebeurtenis een *conditio sine qua non* is, kan de eiser een beroep doen op de leer van de adequate oorzaak, aangezien een gebeurtenis waarbij de schade voorzienbaar was, in ieder geval een *conditio sine qua non* uitmaakt.²⁸ De dualistische opvatting kan echter ook slaan op het feit dat de equivalentieleer eerder toepassing vindt met betrekking tot schadegevallen op grond van foutaansprakelijkheid, terwijl de leer van de adequate oorzaak eerder toepassing vindt met betrekking tot schadegevallen op grond van objectieve aansprakelijkheid.²⁹

18. HET LEERSTUK VAN HET VERLIES VAN EEN KANS ALS ALTERNATIEF IN FRANKRIJK - Hoe dan ook, het oorzakelijk verband dient net zoals in België met een gerechtelijke zekerheid vast te staan. Indien dit niet het geval is, kan het slachtoffer geen schadevergoeding krijgen. Omdat dit ook in

²³ M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations de la responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs, Economica, 2012, 505-506 en 520 (hierna: M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations de la responsabilité civile extracontractuelle*); P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs, LexisNexis, 2009, 150 (hierna: P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*); M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations 2 - Responsabilité civile et quasi contrats*, Parijs, Thémis droit, 2013, 199 (hierna: M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations 2*); J. JULIEN, *Droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 274 (hierna: J. JULIEN, *Droit des obligations*); P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parijs, Dalloz, 2012-2013, 654-655 (hierna: P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*).

²⁴ M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations de la responsabilité civile extracontractuelle*, 506; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 150; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 656.

²⁵ M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations de la responsabilité civile extracontractuelle*, 520.

²⁶ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 151-152; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations 2*, 200; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 657.

²⁷ M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations de la responsabilité civile extracontractuelle*, 506-507; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 152; J. JULIEN, *Droit des obligations*, 274; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 657.

²⁸ M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations de la responsabilité civile extracontractuelle*, 509-510; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 153.

²⁹ M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations de la responsabilité civile extracontractuelle*, 510; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 151; J. JULIEN, *Droit des obligations*, 275.

Frankrijk als onbillijk wordt ervaren, werden ook hier een aantal manieren bedacht om dit te verzachten, waaronder de theorie van het verlies van een kans.³⁰

19. OORZAKELIJK VERBAND IN NEDERLAND - Ook in Nederland wordt gebruik gemaakt van de *conditio sine qua non*-test om het oorzakelijk verband vast te stellen. Elke gebeurtenis die een *conditio sine qua non* is voor de schade, kan als een juridisch relevante oorzaak worden gekwalificeerd.³¹ Hierbij volstaat het dat er een juridische zekerheid is, of met andere woorden dat het redelijkerwijs vaststaat dat de schade zich niet op dezelfde manier zou hebben voorgedaan, mocht de fout niet hebben plaatsgevonden.³²

Toch is het Nederlandse rechtssysteem op dit punt niet geheel gelijklopend aan het Belgische. Het vaststellen van het oorzakelijk verband bestaat in Nederland namelijk uit twee stappen. In eerste instantie wordt nagegaan of er een *conditio sine qua non*-verband bestaat tussen de gebeurtenis en de schade. Vervolgens dient te worden nagegaan of dat verband voldoende is om op basis hiervan naar redelijkheid schadevergoeding toe te kennen aan het slachtoffer (artikel 6: 98 Burgerlijk Wetboek).³³

20. ALTERNATIEVEN IN NEDERLAND - De negatieve gevolgen van het *conditio sine qua non*-beginsel worden ook in Nederland gevoeld.³⁴ Om hieraan tegemoet te komen wordt enerzijds gebruik gemaakt van de omkeringsregel. Dit houdt in dat het niet langer aan de eiser is om het bewijs van het causaal verband te leveren. Er wordt in bepaalde gevallen vermoed dat de fout of onvoorzichtigheid van de verweerder een *conditio sine qua non* is. Dit vermoeden is weerlegbaar, zodat het aan de verweerder is om te bewijzen dat zijn fout of onvoorzichtigheid niet de oorzaak van de schade is.³⁵

Anderzijds wordt de proportionele aansprakelijkheid vooropgesteld. Zoals de term proportionele aansprakelijkheid al doet vermoeden, gaat het erom dat aansprakelijkheid gevestigd wordt in de

³⁰ M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations de la responsabilité civile extracontractuelle*, 402 en 526-527 en 854-855; S. GALAND-CARVAL, "Causation under French Law" in SPIER, J., *Unification of tort law: Causation*, reeks principles of European tort law vol. 4, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, 60-61.

³¹ I. BLOMSMA, L. VAN KESSEL en M. SCHELTEMA, "Bewijs en causaliteit" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit. Top-down en bottom-up in Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn, Maklu, 2010, 16-17 (hierna: I. BLOMSMA, L. VAN KESSEL en M. SCHELTEMA, "Bewijs en causaliteit" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*) ; C. KLAASEN, *Monografieën BW. Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, Deventer, Kluwer, 2007, 28 (hierna: C. KLAASEN, *Monografieën BW. Schadevergoeding: algemeen, deel 2*); A. VERHEIJ, *Monografieën BW. Onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 2005, 27 en 65 (hierna: A. VERHEIJ, *Monografieën BW. Onrechtmatige daad*); D. ZIVKOVIC, "Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een wenselijk en toelaatbaar alternatief voor 'alles of niets?'" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit. Top-down en bottom-up in Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn, Maklu, 2010, 37 (hierna: D. ZIVKOVIC, "Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een wenselijk en toelaatbaar alternatief voor 'alles of niets?'" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*).

³² I. BLOMSMA, L. VAN KESSEL en M. SCHELTEMA, "Bewijs en causaliteit" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*, 18; C. KLAASEN, *Monografieën BW. Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, 30.

³³ C. ASSER, *Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer, Kluwer, 2009, 39-42 (hierna: C. ASSER, *Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*); I. BLOMSMA, L. VAN KESSEL en M. SCHELTEMA, "Bewijs en causaliteit" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*, 17; C. KLAASEN, *Monografieën BW. Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, 28 en 42; A. VERHEIJ, *Monografieën BW. Onrechtmatige daad*, 28.

³⁴ T. HARTLIEF, "Proportionele aansprakelijkheid: een introductie" in A. AKKERMANS, M. FAURE en T. HARTLIEF (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2000, 13.

³⁵ I. BLOMSMA, L. VAN KESSEL en M. SCHELTEMA, "Bewijs en causaliteit" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*, 22; C. KLAASEN, *Monografieën BW. Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, 59-67; A. VERHEIJ, *Monografieën BW. Onrechtmatige daad*, 65-69.

mate van de kans dat een bepaalde gebeurtenis de schade heeft veroorzaakt.³⁶ De theorie van het verlies van een kans kan met andere woorden als een toepassingsgeval van de proportionele aansprakelijkheid worden beschouwd.³⁷

Hierbij dient nog te worden gesteld dat de omkeringsregel en de proportionele aansprakelijkheid elkaar niet uitsluiten. Het is perfect mogelijk dat de bewijslast als het ware omgekeerd wordt, waardoor het aan de verweerder is te bewijzen dat zijn fout de schade niet heeft veroorzaakt. Als de verweerder hier niet in slaagt, maar de rechter er toch van weet te overtuigen dat er een reële kans bestaat dat de schade een andere oorzaak kent, wordt in feite de theorie van het verlies van een kans alsnog toegepast.³⁸

21. CONCLUSIE - Hoewel in elk van de besproken landen gebruik wordt gemaakt van de *conditio sine qua non* test om het oorzakelijk verband vast te stellen, leidt dit dus niet tot dezelfde resultaten. Zo wordt het oorzakelijk verband in België in één fase vastgesteld. Als een gebeurtenis een *conditio sine qua non* uitmaakt, staat het oorzakelijk verband vast. Alle gebeurtenissen die een *conditio sine qua non* uitmaken, zijn evenwaardig. Zij kunnen elk ongeacht in welke mate ze mede tot de schade hebben geleid, en ongeacht of dit rechtstreeks dan wel onrechtstreeks gebeurde, gehouden worden tot integrale vergoeding van de schade.³⁹

In Frankrijk en Nederland, daarentegen, gebeurt de vaststelling van het oorzakelijk verband in twee fasen. De eerste fase komt overeen met de enige fase in België en bestaat zowel in Nederland als in Frankrijk uit het bepalen van welke gebeurtenissen een *conditio sine qua non* vormen. Eens dit vaststaat, zal het in Frankrijk afhankelijk zijn van de theorie die in een bepaald geval wordt aangehangen welke gebeurtenissen aanleiding kunnen geven tot schadevergoeding. Indien de equivalentietheorie wordt aangehangen zullen al deze gebeurtenissen als evenwaardig worden beschouwd.⁴⁰ Dit is gelijklopend aan het Belgische recht. Indien daarentegen de leer van de adequate oorzaak wordt toegepast, zal enkel de *conditio sine qua non* waarbij het volgens de normale gang van zaken voorzienbaar was dat de schade zich zou voordoen, als juridische oorzaak weerhouden worden.⁴¹

In Nederland zal enkel een *conditio sine qua non* waaraan de schade redelijkerwijs kan worden toegerekend als juridische oorzaak weerhouden worden.⁴²

Ook al is het resultaat in de drie landen niet gelijk, het feit dat de *conditio sine qua non* test in de

³⁶ A. AKKERMANS, "Grondslagen van proportionele aansprakelijkheid", 105; C. KLAASEN, *Monografieën BW. Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, 68; D. ZIVKOVIC, "Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een wenselijk en toelaatbaar alternatief voor 'alles of niets?'" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*, 35.

³⁷ A. AKKERMANS, "Grondslagen van proportionele aansprakelijkheid", 106; C. ASSER, *Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, 66-67; C. KLAASEN, *Monografieën BW. Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, 68-78; D. ZIVKOVIC, "Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een wenselijk en toelaatbaar alternatief voor 'alles of niets?'" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*, 37.

³⁸ C. KLAASEN, *Monografieën BW. Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, 78.

³⁹ H. BOCKEN, "Causaal verband in het Belgische recht" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*, 123-124.

⁴⁰ M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations de la responsabilité civile extracontractuelle*, 505-506 en 520; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 150; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations 2*, 199; J. JULIEN, *Droit des obligations*, 274.

⁴¹ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, 151-152; M. FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations 2*, 200.

⁴² C. ASSER, *Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, 39-42; I. BLOMSMA, L. VAN KESSEL en M. SCHELTEMA, "Bewijs en causaliteit" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*, 17; C. KLAASEN, *Monografieën BW. Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, 28 en 42; A. VERHEIJ, *Monografieën BW. Onrechtmatige daad*, 28.

drie landen zo wordt ingevuld dat een gerechtelijke zekerheid omtrent het oorzakelijk verband vereist is, leidt ertoe dat de negatieve gevolgen hiervan in alle drie de landen worden gevoeld.

2. DEFINITIE EN ONTSTAANSGESCHIEDENIS

22. PLAN - De theorie van het verlies van een kans is één van de manieren om de negatieve gevolgen van het beginsel *conditio sine qua non* te verzachten (*supra* nrs. 16, 18 en 20).

Om de verschillende toepassingsproblemen van dit leerstuk te bespreken, dient het begrip "verlies van een kans" allereerst te worden gedefinieerd. Vervolgens zal de evolutie van deze theorie kort geschetst worden, waarna de voorwaarden voor het bekomen van een schadevergoeding voor de verloren kans uiteen worden gezet. Tenslotte zal aan de hand van de rechtspraak worden aangetoond in welke gevallen de theorie voornamelijk toepassing vindt.

2.1 DEFINITIE

23. BEGRIP - Het leerstuk van het verlies van een kans werd in België ontwikkeld naar voorbeeld van het Franse recht.⁴³ Het houdt in dat, weliswaar onder bepaalde voorwaarden, schadevergoeding kan worden gevorderd voor het verlies van een kans. Onder het verlies van een kans dient te worden verstaan het verlies van de mogelijkheid een welbepaald voordeel te verwerven of te behouden, alsook het verlies van de mogelijkheid een welbepaald nadeel te vermijden.⁴⁴ Hieruit blijkt dat het verlies van een kans een zelfstandige schade uitmaakt, die zich onderscheidt van de werkelijk geleden schade.⁴⁵ Het leerstuk biedt met andere woorden de mogelijkheid een schadevergoeding te vorderen voor het verlies van een kans een welbepaalde schade, zijnde de werkelijk geleden schade, te vermijden.⁴⁶ De verloren kans vertegenwoordigt dus een bepaalde economische waarde. Het wordt zowel in België, Frankrijk als in Nederland aangenomen dat het om vermogensschade gaat die voor vergoeding in aanmerking komt.⁴⁷

⁴³ H. BOCKEN, "Geen kans verloren", 288; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 55.

⁴⁴ H. BOCKEN, "Geen kans verloren", 286; E. DE KEZEL, "Schadevergoeding bij asbestschade", *NJW* 2008, nr. 180, 288; B. DUBUISSON en P. HENRY, *Droit de la responsabilité*, 34-35; S. LIERMAN, "Verlies van een kans bij medische ongevallen", *NJW* 2005, 614; H. VANDENBERGHE, "Medische aansprakelijkheid" in H. VANDENBERGHE (ed.), *De professionele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, 94 (hierna: H. VANDENBERGHE, "Medische aansprakelijkheid").

⁴⁵ H. BOCKEN, "Het verlies van een kans: vergoedbare schade? Het arrest van het Hof van Cassatie van 5 juni 2008", *De Verz.* 2008, nr. 365, 421; H. BOCKEN, "Verlies van een kans. Het cassatiearrest van 5 juni 2008. Vervolg en (voorlopig?) slot", *NJW* 2009, afl. 194, 3 en 9-10; I. BOONE, noot onder Cass. 5 juni 2008, *RDC* 2008/10, 937; J. FAGNART, "La responsabilité des pouvoirs publics dans la prevention des actes de violence", noot onder Luik 27 november 1996, *Journ.Proc.* 1997, 27; D. ZIVKOVIC, "Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een wenselijk en toelaatbaar alternatief voor 'alles of niets?'" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*, 37-38.

⁴⁶ I. BOONE, "Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband", *RW* 2004-05, 93; A. AKKERMANS, "Grondslagen van proportionele aansprakelijkheid", 106; M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations de la responsabilité civile extracontractuelle*, 402-403.

⁴⁷ H. VANDENBERGHE, "Medische aansprakelijkheid", 94; M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations de la responsabilité civile extracontractuelle*, 403; J. PENNEAU, noot onder Cass. 27 maart 1973, *D.* 1973, 596; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 558; X., "La notion de perte de chance", 2012, <http://www.institut-numerique.org/i-la-notion-de-perde-de-chance-4fd9a06f8f72f>; A. AKKERMANS, "Grondslagen van proportionele aansprakelijkheid", 107; D. ZIVKOVIC, "Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een wenselijk en toelaatbaar alternatief voor 'alles of niets?'" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*, 37.

2.2 EVOLUTIE

24. MOEIZAME EVOLUTIE - De toepassing van de jurisprudentiële figuur is niet altijd onomstreden geweest. Menig rechtsgeleerde uitte veel kritiek op de theorie van het verlies van een kans. Het Hof van Cassatie heeft hieraan het hoofd geboden en uiteindelijk gesteld dat de verloren kans wel degelijk vergoedbare schade uitmaakt. Om tot dat eindpunt te komen, heeft het Hof verschillende arresten geveld die betrekking hebben op de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans.

2.2.1 HET AMPUTATIEARREST

25. HET AMPUTATIEARREST - Reeds sedert de jaren zestig erkent het Hof van Cassatie de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans in de Belgische rechtsorde.⁴⁸ Het bekendste arrest waarin het Hof van Cassatie het verlies van een kans uitdrukkelijk als vergoedbare schade heeft erkend, is zonder meer het zogeheten amputatiearrest van 19 januari 1984.⁴⁹ Zoals de naam van het arrest al doet vermoeden, ging het om de vergoeding van het verlies van een reële kans om niet geamputeerd te moeten worden. Een patiënt vertoonde tekenen van gangreen. De dienstdoende arts had een fout begaan door niet tijdig over te gaan tot behandeling. Uiteindelijk diende het rechterbeen van de patiënt te worden geamputeerd. Het risico op amputatie werd vergroot door het onzorgvuldig handelen van de arts. De patiënt vorderde schadevergoeding. Het verweer van de arts luidde dat het niet zeker was dat zonder zijn fout geen amputatie zou hebben plaatsgevonden. Het Hof van Cassatie oordeelde dat de schadevergoeding voor het verlies van een kans niet geamputeerd te moeten worden rechtens verantwoord was.⁵⁰ Dat de amputatie zonder de fout van de arts *misschien* vermeden had kunnen worden, sloeg niet op causale onzekerheid tussen de fout en het verlies van de kans, maar op de onzekerheid van de uitkomst indien de fout niet had plaatsgevonden. Daar het om een kans ging, was de uitkomst per definitie onzeker.

2.2.2 DE Vernietigingsarresten: een afwijzing tout court van het leerstuk verlies van een kans?

26. DE VITRIOOL- OF ZWAVELZUURARRESTEN - De toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans is niet altijd zo vanzelfsprekend (geweest). Sedert het amputatiearrest, dat tevens beschouwd wordt als het eerste principearrest inzake het verlies van genezings- en overlevingskansen, zijn er namelijk een aantal arresten geveld waarin het Hof van Cassatie de

⁴⁸ H. BOCKEN, "Geen kans verloren", 307; D. SIMOENS, *Schade en schadeloosstelling in Buitencontractuele aansprakelijkheid*, deel II, reeks Beginselen van Belgisch privaatrecht, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen België, 1999, 54 (hierna: D. SIMOENS, *Schade en schadeloosstelling*).

⁴⁹ Cass. 19 januari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 585, *Pas.* 1984, 548, *Pas.* 1984, I, 548 en *RGAR* 1986; nr. 11084, noot T. VANSWEEVELT; H. BOCKEN, "Geen kans verloren", 306; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, 642 (hierna: T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*); A. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar ratio van veroorzakingswaarschijnlijkheid*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, 134 (hierna: A. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*).

⁵⁰ Cass. 19 januari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 585, *Pas.* 1984, 548, *Pas.* 1984, I, 548 en *RGAR* 1986; nr. 11084, noot T. VANSWEEVELT.

toepassing van het verlies van een kans heeft verworpen.⁵¹ Dit in het bijzonder in de zogeheten vitriool- of zwavelzuurarresten van 19 juni 1998 en 1 april 2004.⁵² De feiten van deze arresten zijn als volgt weer te geven: een jonge vrouw wonende in de stad Luik werd door haar ex-vriend verminkt nadat hij een bus vitriool over haar leeggoot. De man was bij de politie al gekend als een misdadiger. Bovendien had de vrouw zelf meermaals klacht ingediend bij de politiediensten omdat zij bedreigd werd. Omdat aan haar klachten geen gehoor werd gegeven, vorderde de vrouw na de aanslag schadevergoeding van de stad Luik en de Belgische Staat voor de gevolgen van de aanslag, zijnde de verminking. Het Hof van Cassatie stelde in deze zaak tot twee keer toe dat er geen schadevergoeding kon worden toegekend. De rechters van de hoven van beroep te Luik en Brussel hadden vastgesteld dat er geen vaststaand oorzakelijk verband bestond tussen het verzuim van de politiediensten en de verminking.⁵³ Bijgevolg kon ook geen schadevergoeding worden toegekend voor het verlies van de kans niet te worden verminkt.⁵⁴

27. CASS. 12 OKTOBER 2005 - Ook in het arrest van 12 oktober 2005 werd de toepassing van de theorie van het verlies van een kans door het Hof van Cassatie afgewezen. *In casu* had het hof van beroep te Luik schadevergoeding toegekend aan de nabestaanden van een overleden man op basis van het leerstuk van het verlies van een kans. De man werd buiten een café met een baseballknuppel in elkaar geslagen. De café-uitbaters wilden de hulpdiensten niet (laten) verwittigen. De man werd bijgevolg pas later behandeld dan mogelijk was indien de hulpdiensten op tijd zouden zijn verwittigd. Hij overleed aan zijn verwondingen. Het hof van beroep stelde dat het niet zeker was dat de man bij een snellere behandeling wel nog zou leven. Het hof van beroep achtte met andere woorden het oorzakelijk verband tussen de fout en het overlijden niet bewezen, maar kende wel een schadevergoeding toe voor het verlies van een kans bij snellere behandeling te overleven.

Ook dit arrest werd door het Hof van Cassatie verbroken. Het Hof stelde dat de vordering strekte tot schadevergoeding voor de definitief ingetreden schade en niet voor het verlies van een kans. Aangezien de appelrechters het oorzakelijk verband tussen de fout en de definitief ingetreden schade niet bewezen achtten, mochten zij ook geen schadevergoeding toekennen voor het verlies van een kans omdat zij op die manier het causaal verband zouden omzeilen.⁵⁵

28. CASS. 12 MEI 2006 - In het arrest van 12 mei 2006 deed zich het omgekeerde voor. Een arts had zijn patiënt niet geïnformeerd over de risico's van het wegnemen van een poliep. Het hof van beroep had aangenomen dat dit resulteerde in een fout van de arts. Vervolgens stelden de

⁵¹ Cass. 19 juni 1998, *Arr. Cass.* 1998, nr. 324, noot E. LIEKENDAEL; Cass. 1 april 2004, *J.dr.jeun.* 2004, afl. 239, 44, noot, *JLMB* 2006, afl. 25, 1076, *JT* 2005, 357, noot, N. ESTIENNE, *Juristenkrant* 2005, 5, *NJW* 2005, 628, noot S. LIERMAN, *Pas.* 2004, afl. 3, 527, concl. T. WERQUIN, *RW* 2004-05, 106, *TBBR* 2005, 368, noot C. EYBEN, *T.Verz.* 2006, 235; Cass. 12 oktober 2005, *RW* 2008-09, 667, noot; Cass. 12 mei 2006, *JLMB* 2006, 1170 en *T.Ge.z.* 2008-09, noot J. FAGNART.

⁵² Cass. 19 juni 1998, *Arr. Cass.* 1998, nr. 324, noot E. LIEKENDAEL; Cass. 1 april 2004, *J.dr.jeun.* 2004, afl. 239, 44, noot, *JLMB* 2006, afl. 25, 1076, *JT* 2005, 357, noot N. ESTIENNE, *Juristenkrant* 2005, 5, *NJW* 2005, 628, noot S. LIERMAN, *Pas.* 2004, afl. 3, 527, concl. T. WERQUIN, *RW* 2004-05, 106, *TBBR* 2005, 368, noot C. EYBEN, *T.Verz.* 2006, 235.

⁵³ Luik 27 november 1996, *J.dr.jeun.* 1997, 82, noot J. JAMBON, *Journ. proc.* 1997, 22, noot J. FAGNART, *RRD* 1997, 14, *Vigiles* 2000, 31, noot Y. LIASOULI; Brussel 4 januari 2001, *Journ.Proc.* 2001, 22, noot J. FERMON.

⁵⁴ Cass. 19 juni 1998, *Arr. Cass.* 1998, nr. 324, noot E. LIEKENDAEL; Cass. 1 april 2004, *J.dr.jeun.* 2004, afl. 239, 44, noot, *JLMB* 2006, afl. 25, 1076, *JT* 2005, 357, noot N. ESTIENNE, *Juristenkrant* 2005, 5, *NJW* 2005, 628, noot S. LIERMAN, *Pas.* 2004, afl. 3, 527, concl. T. WERQUIN, *RW* 2004-05, 106, *TBBR* 2005, 368, noot C. EYBEN, *T.Verz.* 2006, 235.

⁵⁵ Cass. 12 oktober 2005, *RW* 2008-09, 667, noot.

appelrechters dat zonder de fout van de arts, de schade zich niet zou hebben voorgedaan zoals ze zich *in concreto* had voorgedaan. Indien de patiënt geïnformeerd was over de risico's en toch besloten zou hebben de behandeling te ondergaan, zou hij bij het veruitwendigen van het risico sneller reageren. Hij zou dan sneller zijn behandeld en zo de zwaardere behandelingen niet moeten ondergaan. Het causaal verband tussen de fout en de ingetreden schade werd dus aangenomen. Toch kende het hof van beroep enkel een schadevergoeding toe voor het verlies van een kans de zwaardere behandelingen niet te moeten ondergaan.⁵⁶

Het Hof van Cassatie vernietigde dit arrest in de eerste plaats omdat de schade nooit betwist werd. In de tweede plaats vernietigde het Hof van Cassatie dit arrest omdat er schadevergoeding voor de ingetreden schade moest worden toegekend en niet voor het verlies van een kans die schade te voorkomen, aangezien het causaal verband tussen de fout en de ingetreden schade met een voldoende graad van waarschijnlijkheid vaststond. Tenslotte stelde het Hof van Cassatie dat de appelrechters het leerstuk van het verlies van een kans niet ambtshalve mochten toepassen, aangezien het leerstuk noch van openbare orde, noch van dwingend recht is. Bovendien bleek dat de partijen geen mogelijkheid hadden om tegenspraak te voeren met betrekking tot de toepassing van het leerstuk.⁵⁷ Dit is duidelijk een foute toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans.

2.2.3 DISCUSSIE IN DE RECHTSLEER

29. KRITISCHE STEMMEN IN DE RECHTSLEER ALS REACTIE OP DE Vernietigingsarresten - Deze vernietigingsarresten deden heel wat stof opwaaien, en brachten een hele discussie op gang onder de rechtsgeleerden. De vraag die hierbij centraal stond was of het Hof van Cassatie met haar vernietigingsarresten het leerstuk van het verlies van een kans (in haar geheel) had willen verwerpen.⁵⁸

30. VERWERPING *TOUT COURT* VAN DE TOEPASSING VAN HET LEERSTUK - Een aantal rechtsgeleerden waren inderdaad van mening dat het Hof van Cassatie met de vitrioolarresten de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans had willen verwerpen.⁵⁹

31. Onderscheid orthodexe en non-orthodexe toepassingsgevallen - Andere rechtsgeleerden interpreteerden de vernietigingsarresten dan weer als een bevestiging van hun kritiek. Zij stelden dat er een onderscheid diende te worden gemaakt tussen enerzijds de traditionele gevallen van het verlies van een kans waarvoor nog steeds vergoeding mogelijk zou zijn en anderzijds andere gevallen, waaronder het verlies van een genezings- of overlevingskans, waarvoor geen vergoeding meer mogelijk zou zijn.⁶⁰

⁵⁶ Brussel 22 april 2004, 1995, AR 2757.

⁵⁷ Cass. 12 mei 2006, *JLMB* 2006, 1170 en *T.Gez.* 2008-09, noot J. FAGNART.

⁵⁸ H. BOCKEN, "Geen kans verloren", 313; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 57; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, 74-75.

⁵⁹ H. BOCKEN, "Het verlies van een kans: vergoedbare schade? Het arrest van het Hof van Cassatie van 5 juni 2008", *De Verz.* 2008, nr. 365, 421; G. GENICOT, "L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin", noot onder Luik 22 januari 2009, *JLMB* 2009, 1167.

⁶⁰ H. BOCKEN, "Het verlies van een kans: vergoedbare schade? Het arrest van het Hof van Cassatie van 5 juni 2008", *De Verz.* 2008, nr. 365, 421; N. ESTIENNE, "L'arrêt de la Cour de Cassation du 1er avril 2004: une chance perdue pour les victimes de fautes médicales?", noot onder Cass. 1 april 2004, *JT* 2005, 360; J. FAGNART, "La responsabilité des pouvoirs publics dans la pévention des actes de violence", noot onder Luik 27 november 1996, *Journ.Proc.* 1997, 27-28; R. MARCHETTI, E. MONTERO en A. PÜTZ, "La naissance handicapée par

Volgens deze auteurs zou het vergoeden van genezings- of overlevingskansen erop neerkomen dat het causaliteitsvereiste wordt omzeild. In de traditionele gevallen van het verlies van een kans, waarbij de uiteindelijke schade nog niet is ingetreden, zoals het verlies van een schooljaar of het verlies van promotiekansen, zou enkel de ontwikkeling van de kans, en dus de schade, onzeker zijn. Daarentegen zou bij de andere gevallen, waarbij de schade zich reeds gerealiseerd heeft, ook het causaal verband onzeker zou zijn.⁶¹

De meeste juristen zijn het niet eens met deze zienswijze. De indeling die wordt gemaakt, zou op een fictie berusten, daar de ontwikkeling van de kans op het moment van de fout zowel bij de traditionele gevallen als bij de andere gevallen nog onzeker is.⁶² Dit standpunt draagt, wat de opdeling tussen de orthodoxe en non-orthodoxe toepassingsgevallen betreft, de voorkeur.

32. VERBOD AMBTSHALVE OPWERPING VAN HET LEERSTUK - Nog andere rechtsgeleerden lazen in de vernietigingsarresten geen verwerping van de theorie, maar wel een verbod voor de rechter om het verlies van een kans ambtshalve op te werpen. Het ambtshalve opwerpen zou strijdig zijn met het beschikkingsbeginsel.⁶³

Hoewel het Hof van Cassatie dit enkel in het arrest van 12 mei 2006 uitdrukkelijk vermeldde als één van de redenen voor cassatie, lijkt het aannemelijk dat dit ook opgaat voor de andere vernietigingsarresten. Zo stelde het Hof in de zwavelzuurarresten dat de bewijslast van het oorzakelijk verband op het slachtoffer rust. De hoven van beroep hadden aangenomen dat dit bewijs niet geleverd werd, aangezien zij tot de conclusie kwamen dat er geen oorzakelijk verband bestond tussen het stilzitten van de autoriteiten en de vermindering van de jonge vrouw. Toch kenden zij de vrouw een schadevergoeding toe op grond van het verlies van de kans niet te worden verminkt. Zij stelden dat als de politiediensten voorzorgsmaatregelen hadden getroffen, er een kans had bestaan dat de aanslag niet zou hebben plaatsgevonden en de vrouw dus niet verminkt zou zijn.⁶⁴ Volgens het Hof van Cassatie is deze wijze van toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans onhoudbaar. Als wordt vastgesteld dat er geen oorzakelijk verband bestaat tussen de fout en de aangevoerde schade, kan geen vergoeding worden toegekend, ook niet voor een deel van de schade.⁶⁵ Bovendien kan uit de afwijzing van het causaal verband

suite d'une erreur de diagnostic: un prejudice réparable? La perte d'une chance de ne pas naître?", *RGDC* 2006, 129; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 645-646.

⁶¹ H. BOCKEN, "Geen kans verloren", 310; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 56; B. DUBUISSON en P. HENRY, *Droit de la responsabilité*, 36; J. FAGNART, *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009, 140 (hierna: J. FAGNART, *La causalité*); N. ESTIENNE, "L'arrêt de la Cour de Cassation du 1er avril 2004: une chance perdue pour les victimes de fautes médicales?", noot onder Cass. 1 april 2004, *JT* 2005, 360; G. GENICOT, "L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin", noot onder Luik 22 januari 2009, *JLMB* 2009, 1168; A. SCHOLLEN, "Le rejet de l'application de la théorie de la perte de chance", *De Verz.* 2008, nr. 365, 433-434.

⁶² I. BOONE, "Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband", *RW* 2004-05, nr. 3, 95; S. LIERMAN, "Het verlies van genezings- en overlevingskansen blijft vergoedbaar", *T.Gez.* 08/09, 214; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 646; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, 78; P. SOENS, "Termijn vergeten, kans verkeken", *Ad Rem* 2005, 11.

⁶³ H. BOCKEN, "Geen kans verloren", 321-322; C. EYBEN, "La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée?", *RGDC* 2005, 317-318; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 647.

⁶⁴ Luik 27 november 1996, *J.dr.jeun.* 1997, 82, noot J. JAMBON, *Journ. proc.* 1997, 22, noot J. FAGNART, *RRD* 1997, 14, *Vigiles* 2000, 31, noot Y. LIASOULI; Brussel 4 januari 2001, *Journ.Proc.* 2001, 22, noot J. FERMON.

⁶⁵ Cass. 19 juni 1998, *Arr. Cass.* 1998, nr. 324, noot E. LIEKENDAEL; Cass. 1 april 2004, *J.dr.jeun.* 2004, afl. 239, 44, noot, *JLMB* 2006, afl. 25, 1076, *JT* 2005, 357, noot N. ESTIENNE, *Juristenkrant* 2005, 5, *NJW* 2005, 628, noot S. LIERMAN, *Pas.* 2004, afl. 3, 527, concl. T. WERQUIN, *RW* 2004-05, 106, *TBBR* 2005, 368, noot C. EYBEN, *T.Verz.* 2006, 235; B. ANDRIES, "Verlies van een kans-theorie verloren?", *Juristenkrant* 2004, afl. 93, 16; H. BOCKEN, "Geen kans verloren", 317; C. EYBEN, "La théorie de la perte d'une chance défigurée ou

tussen de fout en de ingetreden schade, niet het bestaan van het causaal verband tussen de fout en het verlies van een kans de ingetreden schade te vermijden, worden afgeleid. Aangezien het om twee verschillende soorten schade gaat, moet de rechter om schadevergoeding toe te kunnen kennen op grond van het verlies van een kans de voorwaarden van dit leerstuk nagaan (*infra* nr. 163).⁶⁶

In feite komen de vernietigingsarresten van het Hof van Cassatie dus neer op een bevestiging van de causaliteitsprincipes.⁶⁷

33. GELIJKAARDIGE EVOLUTIE EN KRITIEKEN IN FRANKRIJK - De kritieken die de Belgische rechtsgeleerden uitten ten aanzien van het leerstuk van het verlies van een kans waren geïnspireerd op de Franse rechtsleer.

In Frankrijk heeft een soortgelijke evolutie zich voorgedaan. Hoewel het Franse Hof van Cassatie al geruime tijd de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans had aanvaard, had ze in 1982 de toepassing ervan verworpen. In deze zaak stond de aansprakelijkheid van een arts voor een bloedklonter dat zich tijdens een behandeling bij de patiënt voordeed ter discussie. De arts werd door de appelrechters voor een deel van de schade aansprakelijk gesteld. De appelrechters stelden dat het oorzakelijk verband tussen de onvoorzichtigheid van de arts en het ontstaan van de embolie niet vaststond. Vervolgens veroordeelden zij de arts tot het betalen van een deel van de schade omdat het risico op de embolie door zijn onvoorzichtigheid zou zijn vergroot.

Het Franse Hof van Cassatie vernietigde dit arrest. De redenering van het Hof kwam erop neer dat de arts niet gehouden kon zijn tot het betalen van een deel van de schade als het oorzakelijk verband tussen zijn fout en de schade niet vaststond.⁶⁸

Dit arrest bracht in Frankrijk dezelfde reacties teweeg als de zwavelzuurarresten jaren later in België. Zo stelden verschillende rechtsgeleerden in Frankrijk toen al dat het arrest van het Franse Hof van Cassatie een bevestiging vormde van de kritiek op het leerstuk van het verlies van een kans in de Franse doctrine. Verschillende rechtsgeleerden namen namelijk aan dat er een onderscheid bestond tussen traditionele gevallen van het verlies van een kans en gevallen zoals het verlies van een genezings- of overlevingskans (*supra* nr. 31).⁶⁹ Toch kreeg deze kritiek niet veel gehoor, en vindt het leerstuk van het verlies van een kans nog vaak toepassing.⁷⁰ Overigens

revisitée”, *RGDC* 2005, 317-318; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, 75.

⁶⁶ H. BOCKEN, “Geen kans verloren”, 318-319; C. EYBEN, “La théorie de la perte d’une chance défigurée ou revisitée”, *RGDC* 2005, 318; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, 75.

⁶⁷ S. LIERMAN, “Het Hof van Cassatie, het paard “Prizrak” en het verlies van genezings- en overlevingskansen: een duurzame liaison a trois?”, *RW* 2008-09, nr. 19, 797.

⁶⁸ J. FAGNART, “La responsabilité des pouvoirs publics dans la prévention des actes de violence”, noot onder Luik 27 november 1996, *Journ.Proc.* 1997, 28; J. FAGNART, “L’évaluation et la réparation du préjudice corporel en droit commun”, *RGAR* 1994, 12248(2); Cass. (FR) 17 november 1982, *JCP* 1983, 2; G. MOR, “La perte de chance”, 2010, <http://www.cabinet-mor.com/la-perde-de-chance-ad9.html>.

⁶⁹ A. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, 193; D. DECLERE, “La cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la perte de chance consécutive à une faute du médecin”, *D.* 2005, 742; R. SAVATIER, “Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d’un dommage sans l’avoir causé?”, *D.* 1970, 123-124.

⁷⁰ Cass. (FR) 4 april 2001, n. 98-11364; Cass. (FR) 28 maart 2007, n. 06-11313; Cass. (FR) 19 september 2007, n. 05-15139; Parijs 13 maart 2013, n. 12/09263, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027189272&fastReqId=250190906&fastPos=6>; Parijs 18 maart 2013, n. 11/17683, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027215973>

staat het Franse Hof van Cassatie in latere arresten de toepassing van de theorie wel toe.⁷¹ Bovendien werd in het voorstel om de Franse *Code Civil* te vernieuwen het verlies van een kans als grondslag voor aansprakelijkheid expliciet opgenomen (artikel 1346 *avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*).

2.2.4 HET PRIZRAK-ARREST: (HER)BEVESTIGING VAN HET LEERSTUK VAN HET VERLIES VAN EEN KANS

34. HET PRIZRAK-ARREST - In België werd de onduidelijkheid omtrent de toepasbaarheid van het leerstuk van het verlies van een kans volledig verholpen met het zogeheten dekhengst- of Prizrakarrest van 5 juni 2008 van het Hof van Cassatie.⁷² In dit arrest aanvaardde het Hof van Cassatie expliciet de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans met betrekking tot de medische aansprakelijkheid.⁷³ In deze zaak ging het om Prizrak, een ziek paard dat overleed tengevolge van maagruptuur. De eigenaar had een dierenarts de dekhengst laten onderzoeken en vroeg hem een maagsondage uit te voeren. De dierenarts achtte dit onnodig. Later werd het paard overgebracht naar een dierenkliniek waar het overleed tengevolge van maagruptuur. De eigenaar van het paard stelde dat indien de dierenarts een maagsondage had uitgevoerd, er een kans bestond dat het paard niet overleed. In die zin werd dus schade gevorderd voor het verlies van een kans op genezing, of meer specifiek in dit geval het verlies van een kans het overlijden van het paard te vermijden. De vordering werd ingewilligd door de rechter. Uiteindelijk werd de beslissing aangevochten voor het Hof van Cassatie.

Het Hof (her)bevestigde haar eerdere rechtspraak en stelde in klare bewoordingen dat het verlies van een kans wel degelijk vergoedbare schade uitmaakt indien er een causaal verband bestaat tussen de fout en het verlies van een kans. Bovendien stelde het hof dat de rechter *in casu* schadevergoeding voor het verlies van een kans mocht toekennen, daar deze schadevergoeding door de eiser (in subsidiaire orde) werd gevorderd.⁷⁴

35. (HER)BEVESTIGING VAN DE TOEPASSING IN ANDERE ARRESTEN - Ook in andere arresten, die geen betrekking hadden op de medische aansprakelijkheid, (her)bevestigde het Hof van Cassatie reeds de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans.⁷⁵

36. CORRECTE INTERPRETATIE Vernietigingsarresten: Verkeerde toepassing van het leerstuk - Als het Prizrak-arrest en de vernietigingsarresten samen gelezen worden, blijkt dat het Hof van Cassatie met haar vernietigingsarresten het leerstuk van het verlies van een kans niet had willen verwerpen, ook niet gedeeltelijk. Meer zelfs, de vernietigingsarresten vormen slechts een

[&fastReqId=1310850492&fastPos=4](#); P. Jourdain, "La perte d'une chance ne saurait être utilisée pour imposer une réparation partielle lorsque le dommage n'est que partiellement imputable au défendeur", *RTD Civ.* 2013, 128.

⁷¹ Cass. (FR) 7 januari 2004, n. 01-17426; Cass. (FR) 20 maart 2013, n. 12-15749; Cass. (FR) 20 maart 2013, n. 12-17094.

⁷² I. Boone, "Vergoeding voor verlies van een genezings- of overlevingskans niet langer onzeker", *NJW* 2009, nr. 194, 33; K. Beirnaert, "Verlies van een kans-theorie terug van weggeweest?", *Juristenkrant* 2008, 3; S. Lierman, "Het verlies van genezings- en overlevingskansen blijft vergoedbaar", *T.Gez.* 08/09, 213; A. Pütz, "La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risqué: un préjudice indemnisable!", *JT* 2009, 31.

⁷³ H. Bocken, "Verlies van een kans. Het cassatiearrest van 5 juni 2008. Vervolg en (voorlopig?) slot", *NJW* 2009, afl. 194, 3 en 5.

⁷⁴ Cass. 5 juni 2008, *JT* 2009, 28, noot A. Pütz, *NJW* 2009, 31, noot I. Boone, *RW* 2008-09, 795, noot S. Lierman.

⁷⁵ Cass. 23 februari 2005, *RW* 2007-08, 62, *Pas* 2005, I, 442, *TBBR* 2007, 123; Cass. 27 februari 2008, *Pas* 2008, afl. 2, 539, *RGAR* 2008, afl. 8, 14428, *RW* 2010-11, afl. 28, 1176 (samenvatting); *T. Strafr.* 2008, afl. 5, 389.

bevestiging van de causaliteitsprincipes. De draagwijdte die bijgevolg aan deze arresten dient te worden gegeven is dat ze een verwerping inhielden van de wijze waarop het leerstuk van het verlies van een kans werd toegepast.⁷⁶

Of het Hof van Cassatie terecht kon stellen dat het om een foute toepassing van de theorie ging, aangezien de rechter het leerstuk van het verlies van een kans ambtshalve had opgeworpen, zal in het laatste onderdeel besproken worden (*infra* nr. 125 e.v.).

3. VOORWAARDEN

37. ALGEMENE VOORWAARDEN CONTRACTUELE EN BUITENCONTRACTUELE AANSPRAKELIJKHEID - Het leerstuk van het verlies van een kans vindt toepassing met betrekking tot zowel de contractuele als de buitencontractuele aansprakelijkheid.⁷⁷

Wat de buitencontractuele aansprakelijkheid betreft, dient aan de voorwaarden van de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek voldaan te zijn. Het slachtoffer dient bijgevolg evenzeer het bewijs te leveren van fout, schade en het oorzakelijk verband.⁷⁸

Met betrekking tot de contractuele aansprakelijkheid dient nog steeds het bewijs te worden geleverd van een geldig contract waarbij de wanprestatie van het contract schade veroorzaakt.⁷⁹

38. DEZELFDE VOORWAARDEN IN BELGIË EN FRANKRIJK - Zowel in het Belgische als in het Franse recht worden dezelfde voorwaarden gesteld opdat vergoeding kan worden toegekend voor schade bestaande uit de verloren kans. In de Nederlandse rechtspraak en doctrine zijn de voorwaarden niet zo duidelijk beschreven. Dit zal te maken hebben met het feit dat het leerstuk van het verlies van een kans in Nederland nog niet zo lang wordt toegepast. Naar alle waarschijnlijkheid zullen met betrekking tot de toepassing van het leerstuk in Nederland dezelfde voorwaarden gehanteerd worden als in België en Frankrijk, aangezien de Nederlandse rechtsgeleerden de theorie ontlenen aan deze rechtsordes.

De voorwaarden die naar Belgisch en Frans recht voldaan dienen te zijn opdat schadevergoeding kan worden toegekend voor het verlies van een kans zullen hieronder uitvoerig besproken worden.

3.1 Fout

39. FOUTBEGRIIP - Ten eerste moet er sprake zijn van een fout.⁸⁰

Ingeval er een contract is tussen twee partijen, en het slachtoffer schadevergoeding wenst te bekomen van diens tegenpartij dient er sprake te zijn van een wanprestatie (artikelen 1146-1151

⁷⁶ H. BOCKEN, "Geen kans verloren", 322-323; S. LIERMAN, "Het Hof van Cassatie, het paard "Prizrak" en het verlies van genezings- en overlevingskansen: een duurzame liaison a trois?", *RW* 2008-09, nr. 19, 797.

⁷⁷ Luik 28 maart 1991, *JLMB* 1992, 77; H. BOCKEN, "Causaal verband in het Belgische recht" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*, 139; H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 55-56; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, nr.185; M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations de la responsabilité civile extracontractuelle*, 402.

⁷⁸ R. MARCHETTI, E. MONTERO en A. PÜTZ, "La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic: un prejudice réparable? La perte d'une chance de ne pas naître?", *RGDC* 2006, 131; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 643.

⁷⁹ G. GENICOT, "L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin", noot onder Luik 22 januari 2009, *JLMB* 2009, 1175; M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations de la responsabilité civile extracontractuelle*, 402.

⁸⁰ J. FAGNART, *La causalité*, 146; R. MARCHETTI, E. MONTERO en A. PÜTZ, "La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic: un prejudice réparable? La perte d'une chance de ne pas naître?", *RGDC* 2006, 131; A. AKKERMANS, "Grondslagen van proportionele aansprakelijkheid", 107.

Burgerlijk Wetboek).

Indien de schade daarentegen buitencontractueel is ontstaan, dient er sprake te zijn van een fout. Hierbij kan het gaan om een overtreding van een specifieke gedragsregel evenals een overtreding van de algemene zorgvuldigheidnorm.⁸¹

40. INVULLING FOUTBEGRIIP MET BETREKKING TOT MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID - Met betrekking tot de medische aansprakelijkheid zal de fout van de arts vaak beoordeeld worden aan de hand van het criterium van een voorzichtig, vooruitziend en zorgvuldige arts van dezelfde specialisatie en geplaatst in dezelfde omstandigheden.⁸²

41. INVULLING FOUTBEGRIIP MET BETREKKING TOT DE BEROEPSAANSPRAKELIJKHEID VAN DE ARTS - Met betrekking tot de beroepsaansprakelijkheid van de advocaat varieert de invulling van het foutbegrip naargelang de advocaat een resultaats- of inspanningsverbintenis heeft. Indien de advocaat een resultaatsverbintenis heeft, maakt het niet bereiken van het resultaat op zich een fout uit.⁸³ Indien het om een inspanningsverbintenis gaat, wordt de fout beoordeeld aan de hand van het criterium van de *bonus pater familias* in dezelfde omstandigheden.⁸⁴

42. CONCLUSIE - Deze voorwaarde voegt niets bijzonders toe. Het gaat bijgevolg om een toepassing van de gemeenrechtelijke regels.

3.2 SCHADE

43. ZEKERE SCHADE - Ten tweede dient het bewijs te worden geleverd dat het slachtoffer schade heeft geleden.

De schade bestaat uit de verloren kans, en niet uit de werkelijk ingetreden schade. Het gaat bijgevolg om een aparte schadepost (*supra* nr. 23). Hoewel het begrip "kans" per definitie een onzeker element inhoudt, zal uit wat volgt blijken dat de verloren kans evenzeer zekere schade moet uitmaken opdat ze voor vergoeding in aanmerking kan worden genomen.⁸⁵

3.2.1 VASTSTAANDE VERLOREN KANS

44. VERLOREN KANS - Allereerst moet er sprake zijn van een verloren kans.⁸⁶ Een voorbeeld om dit te verduidelijken uit de sfeer van de medische aansprakelijkheid betreft de vraag of een patiënt al dan niet een kans verloren heeft een behandeling te weigeren bij miskenning van de informatieplicht van de arts. Als een arts de risico's van een bepaalde behandeling vooraf niet goed heeft uiteen gezet, begaat hij een fout. Als de patiënt de behandeling ondergaat en de risico's doen zich voor, ondervindt de patiënt schade tengevolge van deze fout. Toch staat het

⁸¹ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 99.

⁸² Antwerpen 26 april 1995, *T.Gez.* 1998-99, 230; Luik 16 september 1996, *RGAR* 1998, 12896; Antwerpen 30 juni 1997, *T.Gez.* 1999-2000, 126; Antwerpen 22 maart 1999, *T.Gez.* 2000-01, 298.

⁸³ Antwerpen 7 oktober 2002, *NJW* 2003, 493.

⁸⁴ Brussel 24 november 1998, *JLMB* 2000, 236; Luik 24 juni 1999, *JLMB* 2001, 419; Brussel 29 april 2003, *RW* 2006-07, 15.

⁸⁵ P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, nr. 183; D. SIMOENS, "Recente ontwikkelingen inzake schade en schadeloosstelling" in B. TILLEMANS en I. CLAEYS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid in Recht en Onderneming nr. 11*, Brugge, Die Keure, 2004, 319.

⁸⁶ S. LIERMAN, "Het verlies van genezings- en overlevingskansen blijft vergoedbaar", *T.Gez.* 08/09, 214; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, nr. 184; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 560; P. OUDOT, "La perte de chance: incertitudes sur un préjudice certain", *Gaz. Pal.* 2011, nr. 57, 9-10.

oorzakelijk verband niet vast, daar het niet zeker is dat indien de patiënt wel goed geïnformeerd was hij de behandeling zou hebben geweigerd. Indien het om geringe risico's gaat of om een levensreddende behandeling, wordt aangenomen dat de patiënt de behandeling zelfs bij een goede voorafgaande inlichting niet zou hebben geweigerd. In dat geval is er dan ook geen sprake van een verloren kans de behandeling niet te ondergaan bij naleving van de informatieplicht.⁸⁷

45. DEFINITIEF VERLOREN KANS - Eens er sprake is van een verloren kans dient deze vast te staan. De kans moet met andere woorden definitief verloren zijn gegaan.⁸⁸ Als dit niet het geval is, zou het om hypothetische schade gaan.⁸⁹ Dit betekent niet dat de uitkomst van de kans gekend dient te zijn.⁹⁰ Zo is de kans om geslaagd te worden verklaard definitief verloren gegaan als door toedoen van een ongeval de leerling in kwestie niet kan deelnemen aan het eindexamen. Of de leerling daadwerkelijk geslaagd zou zijn als hij het examen had afgelegd, is niet zeker.⁹¹

3.2.2 REËLE KANS

46. REËLE KANS VERSUS LOUTERE HOOP - Vervolgens moet de kans reëel zijn. Dit houdt in dat het bestaan van de kans op het ogenblik van de fout met voldoende zekerheid moet worden aangetoond.⁹² Er wordt met andere woorden een onderscheid gemaakt tussen een reële kans en de hoop een voordeel te bekomen of een nadeel te vermijden. Het criterium dat gebruikt wordt om te beoordelen of een kans al dan niet reëel is, is of de benadeelde volgens de normale gang van zaken redelijke verwachtingen mocht hebben dat de kans zich zou realiseren. Indien dit het geval is, is er sprake van een reële kans.⁹³

47. BEWIJSLAST SLACHTOFFER - Het bewijs dat het om een reële kans gaat, dient uiteraard te worden geleverd door de eisende partij. Indien niet voldoende aannemelijk wordt gemaakt dat het om een reële kans gaat, kan geen schadevergoeding worden toegekend.

Zo kon geen schadevergoeding worden toegekend voor het verlies van de kans het vermoeden van toerekenbaarheid van de echtscheiding te weerleggen en zo de veroordeling tot onderhoudsgeld ten behoeve van de ex-echtgenote te vermijden. Een man had de gezinswoning verlaten en nadien de procedure tot echtscheiding ingesteld. Vroeger hield dit in dat er een

⁸⁷ M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations de la responsabilité civile extracontractuelle*, 408.

⁸⁸ B. ANDRIES, "Verlies van een kans-theorie verloren?", *Juristenkrant* 2004, afl. 93, 16; D. SIMOENS, *Schade en schadeloosstelling*, 55; H. VANDENBERGHE, "Medische aansprakelijkheid", 95; M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations de la responsabilité civile extracontractuelle*, 407; F. CHABAS, noot onder Montpellier, 21 december 1970, *D.* 1971, 640; P. OUDOT, "La perte de chance: incertitudes sur un préjudice certain", *Gaz. Pal.* 2011, nr. 57, 9-10.

⁸⁹ S. LIERMAN, "Het verlies van genezings- en overlevingskansen blijft vergoedbaar", *T.Gez.* 08/09, 214; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis in reeks aansprakelijkheidsrecht* 9, Antwerpen, Maklu, 1997, 371 (hierna: T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*); P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, nr. 183; P. OUDOT, "La perte de chance: incertitudes sur un préjudice certain", *Gaz. Pal.* 2011, nr. 57, 9.

⁹⁰ Cass. 15 maart 2010, *NJW* 2010, 660, noot I. BOONE; G. GENICOT, "L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin", noot onder Luik 22 januari 2009, *JLMB* 2009, 1167.

⁹¹ Brussel 20 februari 1996, *RGAR* 1997, 12822.

⁹² H. BOCKEN, "Geen kans verloren", 287; C. EYBEN, "La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée", *RGDC* 2005, 308; H. VANDENBERGHE, "Medische aansprakelijkheid", 95; A. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, 127 en 132; F. HAAK, "Van een advocaat die vergeet in hoger beroep te gaan", *AA* 1998, 144 en 146; M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations de la responsabilité civile extracontractuelle*, 407; P. BRUN, *Responsabilité civile extracontractuelle*, nr. 183 en 186; P. OUDOT, "La perte de chance: incertitudes sur un préjudice certain", *Gaz. Pal.* 2011, nr. 57, 9.

⁹³ D. SIMOENS, *Schade en schadeloosstelling*, 54; H. VANDENBERGHE, "Medische aansprakelijkheid", 95; P. SOENS, "Termijn vergeten, kans verkeken", *Ad Rem* 2005, 8.

weerlegbaar vermoeden bestond dat de echtscheiding aan hem te wijten was, aangezien hij het huis had verlaten en weigerde terug te keren. De advocaat had een beroepsfout gemaakt door voor de rechtbank van eerste aanleg het vermoeden niet te weerleggen. Later stelde de ex-echtgenote een vordering tot het bekomen van onderhoudsgeld in voor de vrederechter. Deze rechter achtte zich onbevoegd om uitspraak te doen over de schuldvraag en stelde dat deze kwestie definitief beslecht was door de rechter in eerste aanleg die de echtscheiding had uitgesproken. Bijgevolg kon de man zich niet verweren door te stellen dat de echtscheiding te wijten was aan zijn ex-echtgenote en kon de vordering tot onderhoudsgeld dus niet worden afgewezen op deze grond. De vordering tot onderhoudsgeld werd dan ook toegekend. Later wilde de man zijn advocaat contractueel aansprakelijk stellen voor het verlies van de kans het vermoeden van toerekenbaarheid te weerleggen. Hoewel aangenomen was dat de advocaat een fout had begaan en dat door die fout de kans inderdaad verloren was gegaan, stelde het hof van beroep te Brussel dat niet aannemelijk werd gemaakt dat het om een reële kans ging. Uit de feiten kon hoegenaamd niet worden afgeleid dat het vermoeden in de zin van artikel 306 Burgerlijk Wetboek omgekeerd zou kunnen worden. In die zin koesterde de man wel hoop dat dit mogelijk was, maar hij maakt niet aannemelijk dat er daadwerkelijk een kans bestond dat de rechter in zijn voordeel uitspraak had gedaan.⁹⁴

Ook in het geval waar de advocaat een fout beging bij het formuleren van de middelen voor het Hof van Cassatie waardoor de zaak onontvankelijk werd verklaard, werd niet voldoende aannemelijk gemaakt dat er een reële kans bestond op verbreking van het arrest en na verwijzing van de zaak naar een ander hof van beroep schadevergoeding te verkrijgen. De rechter in beroep had namelijk een juiste interpretatie gegeven aan de wetsbepalingen. Bijgevolg was het niet waarschijnlijk dat het Hof van Cassatie, mocht er geen sprake zijn van onontvankelijkheid, het arrest zou verbreken.⁹⁵

3.2.3 ERNSTIGE KANS?

48. ERNSTIGE KANS IN PLAATS VAN REËLE KANS - Sommige rechtsgeleerden spreken van een ernstige kans in de plaats van een reële kans. Dit leidt tot verwarring, aangezien het begrip ernstig zou kunnen wijzen op de grootte van de kans. Het zou er dan op neerkomen dat niet elke reële kans voor vergoeding in aanmerking komt. Toch is dit volgens de heersende rechtspraak en rechtsleer niet het geval; ook een kleine kans kan voor vergoeding in aanmerking komen.⁹⁶ Dit is logisch in het licht van het principe van integrale schadevergoeding en werd overigens bevestigd door het Hof van Cassatie.⁹⁷

⁹⁴ Brussel 27 oktober 1998, *JLMB* 2000, 230.

⁹⁵ Brussel 24 november 1998, *JLMB* 2000, 236.

⁹⁶ H. BOCKEN, "Toerekening van aansprakelijkheid op grond van de equivalentieleer", in B. TILLEMANS en I. CLAEYS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid in Recht en onderneming nr. 11*, Brugge, Die Keure, 2004, 219; M. FAURE, "Het verlies van een kans in België" in A. AKKERMANS, M. FAURE en T. HARTLIEF (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2000, 166 (hierna: M. FAURE, "Het verlies van een kans in België"); L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN en P. ERNST, "Overzicht rechtspraak onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)", *TPR* 1994, 983; A. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, 136-137.

⁹⁷ Cass. 6 februari 1961, *Pas.* 1961, I, 20 en *RW* 1961-62, 875; Cass. 17 april 1961, *Pas.* 1961, I, 682; Cass. 31 maart 1969, *Arr. Cass.* 1969, 717 en *Pas.* 1969, I, 676; Cass. 12 september 1972, *Arr. Cass.* 1973, 47 en *Pas.* 1973, I, 43.

49. VERSCHIL REËLE KANS EN ERNSTIGE KANS - Om het verschil tussen het vereiste van een reële kans en het vereiste van een ernstige kans te duiden, kan volgend voorbeeld uit de rechtspraak worden aangehaald. In een Koninklijk Besluit werd een gewestplan gewijzigd. Bij gebreke aan formele motivering was er een schending van de Stedenbouwwet, wat een fout uitmaakte in de zin van artikel 1382 Burgerlijk Wetboek. Er werd dan ook een vordering tot schadevergoeding ingesteld voor de verloren kans de bestemming van een grond in woonparkgebied te behouden. Het Hof nam aan dat er een reële kans was dat de grond de bestemming woonparkgebied zou behouden als het Koninklijk Besluit wel formeel gemotiveerd was. De meeste omliggende percelen bleven immers ingedeeld in woonparkgebied. Toch ging het niet om een ernstige kans, maar om een zeer geringe kans.⁹⁸

50. INVLOED VAN DE ERNST VAN DE KANS OP HET BEWIJS VAN HET OORZAKELIJK VERBAND - Daarnaast heeft de ernst van de kans ook een invloed op het bewijs van het causaal verband tussen de fout en de daadwerkelijk geleden schade. Zowel naar Belgisch, Frans als naar Nederlands recht volstaat het dat het causaal verband met gerechtelijke zekerheid wordt vastgesteld. Dit wil zeggen dat het voldoende waarschijnlijk is dat de fout heeft bijgedragen tot de schade zoals ze zich *in concreto* heeft voorgedaan. Bijgevolg kan een grote kans ertoe leiden dat aan de voorwaarde van gerechtelijke zekerheid voldaan is, en is het beter vergoeding te eisen voor de daadwerkelijk ingetreden schade.⁹⁹ Als er bijvoorbeeld 95 % kans op genezing bestaat bij een tijdige behandeling, en deze kans verloren is gegaan, dan staat ook met hoge mate van waarschijnlijkheid vast dat de schade is ingetreden als gevolg van het uitblijven van de tijdige behandeling. Het is in dat geval dan ook aangewezen schadevergoeding te vorderen voor de daadwerkelijk geleden schade en niet voor het verlies van de kans op genezing.

51. ILLUSTRATIE VERWARRING REËLE KANS EN ERNSTIGE KANS - De verwarring omtrent het bestaan van een reële of ernstige kans blijkt uit het arrest van het hof van beroep te Antwerpen dd. 10 november 2003. In dit arrest stelde het hof dat er sprake was van een reële kans dat zonder een fout in de gunningsprocedure de opdracht mogelijk toegewezen zou worden aan twee andere bedrijven. Toch werd geen schadevergoeding toegekend omdat het om een uiterst geringe kans zou gaan. Het hof liet zich hierbij leiden door het feit dat de Raad van State geen uitspraak had gedaan over de regelmatigheid of onregelmatigheid van de bieding van beide ondernemingen. Daarnaast stelde het hof dat de gunningscriteria inzake concessie bij bestek en offertes zeer ruim zijn wat ertoe leidt dat het bestuur soeverein oordeelt wat de meest gunstige offerte is. Ook het feit dat er naast deze twee ondernemingen nog zes andere kandidatenbieders waren en de inhoud van diverse adviezen werden door het hof in aanmerking genomen. Dit alles leidde ertoe dat het hof de kans op gunning voor beide ondernemingen bijzonder klein achtte. Het hof stelde dat om die reden geen schadevergoeding kon worden toegekend voor de verloren kans.¹⁰⁰

Deze uitspraak is in twee opzichten niet correct. Wat het hof eigenlijk bedoelde, is dat er geen sprake was van een reële kans. Het hof haalt duidelijk alle feitelijke elementen aan waarop zij zich baseert om uitspraak te doen. Deze elementen tonen aan dat volgens de normale gang van zaken beide ondernemingen geen redelijke verwachtingen konden hebben met betrekking tot de

⁹⁸ Brussel 23 april 1996, RW 1998-99, nr. 9, 296.

⁹⁹ T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 387-392.

¹⁰⁰ Antwerpen 10 november 2003, RW 2006-07, 1524.

realisatie van de kans. De verschillende adviezen waren eerder nadelig voor beide ondernemingen en het bestuur had een grote appreciatiemarge om te bepalen welke offerte ze het meest gunstig achtte. Bijgevolg is er dus geen sprake van een reële kans, en niet van een niet ernstige kans. Indien er wel sprake zou zijn van een reële kans, maar deze kans uiterst gering zou zijn, is het daarenboven verkeerd te stellen dat deze kans dan niet voor vergoeding in aanmerking komt. Het principe van integrale schadevergoeding vereist dat indien alle voorwaarden voldaan zijn, de schade volledig wordt vergoed, ongeacht hoe gering deze schade ook moge zijn.

52. ERNST VAN DE KANS: GEEN VOORWAARDE - De ernst van de kans is dus geen voorwaarde om over te gaan tot toekenning van schadevergoeding, maar het heeft wel een invloed op de begroting ervan (*infra* nr. 66 e.v.).¹⁰¹

3.3 OORZAKELIJK VERBAND

53. CAUSAAL VERBAND - Ten derde moet er een causaal verband bestaan tussen de fout en de verloren kans.¹⁰² Er moet met andere woorden aangetoond worden dat de kans zich niet meer kan realiseren ten gevolge van de fout.¹⁰³

54. GEEN CAUSAAL VERBAND TUSSEN DE FOUT EN DE WERKELIJK INGETREDEN SCHADE: LUIK 21 JUNI 2005 - Dat het niet gaat om het oorzakelijk verband tussen de fout en de werkelijk ingetreden schade blijkt uit het arrest van het hof van beroep te Luik *dd.* 21 juni 2005. In dit arrest ging het om een 87-jarige zieke man die binnengebracht was in het ziekenhuis. Hij viel uit het bed doordat de baren aan de zijkanten van het bed niet waren opgetrokken. Door deze val liep hij een nekbreuk op en overleed hij later aan de complicaties hiervan. Rekening houdend met de leeftijd, de gezondheidstoestand van de patiënt en het feit dat de patiënt gedesoriënteerd was, maakte dit een fout uit van het verplegend personeel. Deze fout stond in oorzakelijk verband met het overlijden, want zonder deze fout zou de man niet gevallen zijn en dus ook niet overleden zijn aan de gevolgen van zijn val. Er kon met andere woorden geen schadevergoeding voor de verloren kans worden toegekend, omdat het oorzakelijk verband tussen de fout en de werkelijk

¹⁰¹ H. BOCKEN, "Causaal verband in het Belgische recht" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*, 139; H. BOCKEN en I. BOONE, "Causaliteit in het Belgische recht", *TPR* 2002, 1668; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 643.

¹⁰² Cass. 17 december 2009, *NJW* 2010, 660, noot I. BOONE, *RDC* 2010/3, 278 en *RW* 2011-12, nr. 33, 1; Cass. 15 maart 2010, *NJW* 2010, 660, noot I. BOONE; I. BOONE, "Verlies van een kans: voorwaarden voor recht op vergoeding en begroting van schade", *NJW* 2010, nr. 229, 661; C. EYBEN, "La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée", *RGDC* 2005, 309; J. FAGNART, "La responsabilité des pouvoirs publics dans la prevention des actes de violence", noot onder Luik 27 november 1996, *Journ.Proc.* 1997, 28; M. FAURE, "Het verlies van een kans in België", 166-167; SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN en P. ERNST, "Overzicht rechtspraak onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)", *TPR* 1994, 984; A. AKKERMANS, "Grondslagen van proportionele aansprakelijkheid", 107; A. AKKERMANS, "Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind?", *VR* 1999, 66; M. DE RIDDER, "Kansverlies als schadefactor bij medische aansprakelijkheid", *AA* 1995, 549; H. KERKMEESTER, "De terugkeer van het bemiddelend vonnis: de doctrine van het kansverlies bij medische aansprakelijkheid", *NJB* 1998, 438; M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations de la responsabilité civile extracontractuelle*, nr. 472.

¹⁰³ J. FAGNART, *La causalité*, 146; S. LIERMAN, "Verlies van een kans bij medische ongevallen", *NJW* 2005, 615; H. KERKMEESTER, "De terugkeer van het bemiddelend vonnis: de doctrine van het kansverlies bij medische aansprakelijkheid", *NJB* 1998, 438.

ingetreden schade vaststond. Er diende bijgevolg schadevergoeding voor de werkelijk ingetreden schade te worden betaald.¹⁰⁴

55. GEEN CAUSAAL VERBAND TUSSEN DE FOUT EN DE WERKELIJK INGETREDEN SCHADE: ANTWERPEN 19 OKTOBER 2005 - Het arrest van het hof van beroep te Antwerpen *dd.* 19 oktober 2005 is ook een mooi voorbeeld om aan te tonen dat bij de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans niet het oorzakelijk verband tussen de fout en de werkelijk ingetreden schade moet vaststaan, maar enkel het oorzakelijk verband tussen de fout en de verloren kans. Hoewel het hof in dit arrest stelde dat er geen oorzakelijk verband bestond tussen de fout en de verloren kans, was dit niet correct. *In casu* ging het om een vordering tot schadevergoeding voor de verloren kans van het verkrijgen van een uitvoerbare titel ten laste van personen die vervolgd werden voor diefstal en de daaruit voortvloeiende kans op daadwerkelijke tenuitvoerlegging. De vordering tot schadevergoeding werd ingesteld tegen de overheid, omdat een rijkswachter onbevoegd was een huiszoeking te verrichten, waardoor de huiszoeking nietig werd bevonden en de bij deze huiszoeking gevonden bewijzen geacht werden op onwettige wijze te zijn verkregen. Op deze bewijzen kon in de strafvervolging bijgevolg niet gesteund worden. Ten gevolge van de fout van de rijkswachter, werd het onmogelijk schadevergoeding te vorderen ten laste van de vervolgte personen voor de diefstallen. De vordering tot schadevergoeding werd afgewezen op grond van het ontbreken van het oorzakelijk verband tussen de fout van de rijkswachter en de verloren kans. Het stond niet met zekerheid vast dat bij een regelmatige huiszoeking de bewijzen afdoende zouden zijn geweest om de beklaagden te veroordelen voor de diefstallen. Daarnaast stond het ook niet vast dat ingeval van veroordeling de civielrechtelijke vordering tot schadevergoeding zou worden toegekend. Het hof van beroep stelde bijgevolg dat de vordering tot schadevergoeding voor de verloren kans ongegrond was, bij gebrek aan oorzakelijk verband tussen de fout en de verloren kans.¹⁰⁵ Opmerkelijk hierbij is dat het hof de vordering ongegrond verklaarde, omdat niet met zekerheid werd gesteld dat de vordering tot schadevergoeding voor schade tengevolge van de diefstallen lastens de beklaagde zou worden toegekend indien de huiszoeking wel regelmatig was gebeurd en het bewijs bijgevolg wel aan de beklaagde kon worden tegengeworpen. Volgens het leerstuk van het verlies van een kans volstaat het dat er een reële kans zou bestaan op de toekenning van de schadevergoeding en dat deze kans door de fout van de rijkswachter definitief verloren was gegaan, wat *in casu* wel degelijk het geval was.¹⁰⁶

56. KRITIEK: OMZEILING CAUSALITEITSPRINCIPES - Hoewel het vaststaan van het oorzakelijk verband nog steeds vereist is, zijn een aantal rechtsgeleerden de mening toegedaan dat het leerstuk verlies van een kans in feite een omzeiling van de causaliteitsprincipes inhoudt.¹⁰⁷ Zij stellen dat het er in de praktijk op neer komt dat hoewel het oorzakelijk verband tussen de fout en de werkelijk geleden schade niet met zekerheid vaststaat, de dader toch aansprakelijk wordt gesteld voor een

¹⁰⁴ Luik 21 juni 2005, *JLMB 2006*, 1180.

¹⁰⁵ Antwerpen, 19 oktober 2005, *NJW 2006*, nr. 152, 895, noot I. BOONE.

¹⁰⁶ I. BOONE, "Overheidsaansprakelijkheid, verjaring en verlies van een kans", *NJW 2006*, nr. 152, 899.

¹⁰⁷ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 56; J. FAGNART, "Petite navigation dans les meanders de la causalité", *RGAR 2006*, 14080, nr. 33; S. LIERMAN, "Het Hof van Cassatie, het paard "Prizrak" en het verlies van genezings- en overlevingskansen: een duurzame liaison a trois?", *RW 2008-09*, nr. 19, 796.

gedeelte van die schade.¹⁰⁸ Dit zou zich uiten in de wijze waarop het verlies van een kans wordt vergoed. Het verlies van een kans zou geraamd worden op een deel van de werkelijk ingetreden schade, in proportie tot de graad van waarschijnlijkheid dat de kans zich zonder de fout gerealiseerd zou hebben (*infra* nr. 66 e.v.).¹⁰⁹

57. WEERLEGGING KRITIEK: WEL CAUSAAL VERBAND TUSSEN DE FOUT EN DE VERLOREN KANS - Dat deze kritiek onterecht is, en het bewijs van het oorzakelijk verband wel degelijk vereist is blijkt uit de volgende uitspraken.

Het hof van beroep te Gent stelde in haar arrest van 23 juni 1998 inzake de beroepsaansprakelijkheid van de advocaat dat de advocaat contractueel aansprakelijk was omdat hij nalatig was geweest zowel wat betreft het tijdig overmaken van het bewijs dat de nodige betekeningen werden uitgevoerd, als wat betreft het tijdig neerleggen van de memorie van toelichting. Deze fouten stonden niet in oorzakelijk verband met de werkelijk ingetreden schade, aangezien het niet zeker was dat cassatieberoep ingewilligd zou worden. De fouten stonden wel in oorzakelijk verband met het verlies van de kans dat het cassatieberoep ingewilligd zou worden. Het hof stelde in die zin dat het Hof van Cassatie haar rechtspraak kan herzien, en dat er zich in de periode dat het cassatieberoep werd aangetekend een evolutie voordeed in de rechtspraak van het Hof van Cassatie. Het was niet onredelijk dat het Hof van Cassatie met deze zaak haar rechtspraak had kunnen wijzigen, aangezien de omkering in de rechtspraak op twee jaar tijd gebeurde, en de zaak waar het *in casu* om ging er net middenin viel.¹¹⁰

In een ander arrest van het hof van beroep te Brussel *dd.* 24 november 1998 werd gesteld dat er geen oorzakelijk verband was tussen de fout van de advocaat en de verloren kans op verbreking door het Hof van Cassatie. De rechter in beroep had een juiste interpretatie gegeven aan de wetsbepalingen, waardoor het weinig waarschijnlijk was dat het Hof van Cassatie zou overgaan tot verbreking van het arrest.¹¹¹

58. CONCLUSIE - Uit de besproken arresten blijkt dat wordt nagegaan of er voldoende elementen voorhanden zijn om aan te nemen dat er zonder de fout een redelijke kans op slagen was. Hieruit volgt dat de toetsing van de verschillende voorwaarden samen kan vallen. Zo zijn de elementen die door beide hoven aangehaald worden enerzijds van belang om na te gaan of er sprake is van een reële kans die verloren is gegaan, en anderzijds zijn zij van belang om het oorzakelijk verband tussen de fout en de verloren kans vast te stellen.

4. TOEPASSINGSGEVALLEN

59. RUIM TOEPASSINGSGEBIED - Het toepassingsgebied van het leerstuk van het verlies van een kans is in twee opzichten breed. Enerzijds vindt zij toepassing zowel met betrekking tot contractuele, als met betrekking tot buitencontractuele aansprakelijkheid (*supra* nr. 37). Anderzijds wordt het leerstuk in zeer uiteenlopende gevallen toegepast. Zo wordt het leerstuk toegepast in gevallen

¹⁰⁸ H. BOCKEN en I. BOONE, "Causaliteit in het Belgisch recht", *TPR* 2002, 1669; H. BOCKEN, "Verlies van een kans. Het cassatiearrest van 5 juni 2008. Vervolg en (voorlopig?) slot", *NJW* 2009, afl. 194, 5; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 382.

¹⁰⁹ H. BOCKEN, "Toerekening van aansprakelijkheid op grond van de equivalentieleer", in B. TILLEMEN en I. CLAEYS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid in Recht en onderneming nr. 11*, Brugge, Die Keure, 2004, 220; H. BOCKEN en I. BOONE, "Causaliteit in het Belgisch recht", *TPR* 2002, 1668, nr. 45 en 1669.

¹¹⁰ Gent 23 juni 1998, *TBBR* 1999, 351.

¹¹¹ Brussel 24 november 1998, *JLMB* 2000, 236.

van beroepsaansprakelijkheid, overheidsaansprakelijkheid en aansprakelijkheid binnen de private sfeer (*infra* nrs. 71-115).

60. TOEPASSINGSGBIED IN BELGIË - Hoewel het leerstuk van het verlies van een kans veelvuldig toegepast wordt in het kader van de medische aansprakelijkheid, is dit dus niet het enige gebied waarin de theorie toepassing vindt. In de rechtspraak zijn tal van andere voorbeelden te vinden, waaronder het verlies van een kans om op school geslaagd verklaard te worden, het verlies van promotiekansen, het verlies van een kans op een gunstigere uitspraak in hoger beroep en het verlies van een kans om een gunningsopdracht voor de overheid te mogen uitvoeren.¹¹²

61. TOEPASSINGSGBIED IN FRANKRIJK - Het toepassingsgebied van het leerstuk van het verlies van een kans is niet alleen in België zo ruim. In de Franse rechtspraak zijn tal van voorbeelden te vinden waarin het leerstuk van het verlies van een kans wordt toegepast. De belangrijkste domeinen waarin de theorie toepassing vindt, zijn net zoals in België de beroepsaansprakelijkheid van een arts en een advocaat.¹¹³

62. TOEPASSINGSGBIED IN NEDERLAND: AANVAARD INZAKE HET VERLIES VAN EEN KANS OP HET AFSLUITEN VAN EEN CONTRACT EN HET VERLIES VAN EEN PROCESKANS - Wat betreft de toepassingsgebieden van het leerstuk van het verlies van een kans in Nederland blijkt er onduidelijkheid te bestaan.¹¹⁴ De Hoge Raad heeft de toepassing van het leerstuk voornamelijk aanvaard ingeval van een verloren kans op het afsluiten van een contract en ingeval van procedurefouten door een advocaat.¹¹⁵ Zo stelde de Hoge Raad in het Baijings-arrest dat het verlies van een proceskans door een beroepsfout van de advocaat diende te worden vergoed. De advocaat had geen tijdig hoger beroep ingesteld tegen een deelvonnis, en zijn cliënt eiste hiervoor schadevergoeding. De Hoge Raad stelde dat eerst bepaald moest worden hoe de rechter met het beroep zou zijn omgegaan, mocht het hoger beroep wel tijdig zijn ingesteld. Dit staat in de doctrine bekend als "*a trial within a trial*". Slechts in subsidiaire orde diende de schadevergoeding te worden berekend aan de hand van de goede en kwade kansen die de appelland in hoger beroep zou hebben gehad.¹¹⁶ De Hoge Raad stelde in

¹¹² Cass. 19 september 2002, *JT* 2003, 212; Luik 16 september 1996, *RGAR* 1998, 12896; Brussel 24 maart 1999, *RGAR* 1999, 13154; Luik 30 oktober 2001, *JLMB* 2003, 334; Gent 3 oktober 2002, *NJW* 2003, 457; Antwerpen 7 oktober 2002, *NJW* 2003, 493; Antwerpen 7 juni 2004, *NJW* 2005, 205, noot S. CALLENS, *T.Gez.* 2005-2006, 224; Luik 21 juni 2005, *JLMB* 2006, 1180; Luik 22 januari 2009, *JLMB* 2009, 1161; Gent 5 mei 2011, *NJW* 2012, nr. 261, 300; Rb. Antwerpen 29 november 1994, *RW* 1996-97, 1029; Corr. Brussel 31 oktober 1996, *De Verz.* 1997, 511; H. BOCKEN, "Causaal verband in het Belgische recht" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*, 139; T. VANSWEEVELT en B. WEYTS, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, 644.

¹¹³ Cass. (FR) 18 maart 1969, *JCP* 1970, II, 16422, noot RABUT; Cass. (FR) 25 mei 1971, n. 69-14266; Cass. (FR) 25 mei 1971, n. 69-14385; Cass. (FR) 8 juli 2003, n. 99-21504; Cass. (FR) 13 maart 2007, n. 05-19020; Cass. (FR) 19 september 2007, n. 05-15139; Cass. (FR) 1 juni 2011, n. 09-72002; Parijs 19 mei 1998, *Gaz. Pal.* 1998, 2.

¹¹⁴ S. LINDENBERGH, *Monografieën BW. Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Deventer, Kluwer, 2008, 52-53.

¹¹⁵ HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 456; HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257; HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 63; HR 16 februari 2007, *NJ* 2007, 256; HR 11 december 2009, LJN: BK0859, concl. F. LANGEMEIJER; J. SPIER, T. HARTLIEF, G. VAN MAANEN en R. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding in studiereeks burgerlijk recht 5*, Deventer, Kluwer, 2009, 233.

¹¹⁶ HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257; A. AKKERMANS, "Groen licht voor proportionele schadevergoeding bij beroepsfout advocaat", *NbBW* 1998, 51; A. AKKERMANS, "Schadevergoeding voor verloren proceskans", *Advocatenblad* 1998, 559-560; L. DOMMERING-VAN RONGEN, "Aansprakelijkheid van de advocaat", *NTBR* 1998, 82; T. HARTLIEF, "Proportionele aansprakelijkheid: een introductie" in A. AKKERMANS, M. FAURE en T. HARTLIEF (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2000, 17; P. WANDERS, "Beroepsaansprakelijkheid en causaliteit" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL *Causaliteit. Top-down en bottom-up in Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn, Maklu, 2010, 62-64 (hierna: P. WANDERS, "Beroepsaansprakelijkheid en causaliteit" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL

dit arrest dus dat artikel 6:105 BW de grondslag vormt voor het leerstuk van het verlies van een kans in Nederland.¹¹⁷

63. TOEPASSINGSGBIED IN NEDERLAND: (NOG) NIET ALGEMEEN AANVAARD INZAKE HET VERLIES VAN GENEZINGS- OF OVERLEVINGSKANSEN - Wat de toepassing van het leerstuk in de medische sector betreft, blijkt dat de Hoge Raad zich er tot op heden nog niet over uitgesproken heeft. In 2001 was er wel een zaak met betrekking tot de medische aansprakelijkheid voorgelegd aan de Hoge Raad, maar deze werd verworpen omdat het middel faalde.¹¹⁸

Lagere rechtbanken blijken geneigd het leerstuk van het verlies van een kans ook toe te passen op de medische aansprakelijkheid. De bekendste zaak waarin het verlies van een kans door een Nederlandse rechter op de medische aansprakelijkheid werd toegepast is "Baby Ruth".¹¹⁹ In deze zaak vertoonde een baby van drie weken oud tekenen van een hersenbloeding. De hersenbloeding zelf werd een dag later ontdekt dan mogelijk was. Bijgevolg werd de baby later geopereerd. De baby liep blijvende hersenschade op. Het was niet zeker of bij een tijdige diagnose en behandeling deze schade niet zou zijn ingetreden, maar die kans bestond wel, zij het dat het om een kleine kans ging. De moeder vorderde schadevergoeding van de arts, en de vordering werd toegekend op basis van het verlies van een kans.¹²⁰

Hoewel dit arrest een mooie illustratie vormt van de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans op de medische aansprakelijkheid, is de algemene regel in de Nederlandse rechtspraak en rechtsleer dat er in geval van medische aansprakelijkheid sprake is van een omkering van de bewijslast.¹²¹ Zo wordt vermoed dat de medische fout de schade heeft veroorzaakt, tenzij de arts kan bewijzen dat er een reële kans bestaat dat er een andere oorzaak, binnen de risicosfeer van de patiënt, voor de schade bestaat. Nadruk dient te worden gelegd op het feit dat de arts in dit geval niet bewijst dat iets anders de oorzaak is, wat het oorzakelijk verband tussen zijn fout en de schade zou verbreken. De arts bewijst enkel dat er een kans bestaat dat de schade door een andere oorzaak is ontstaan. In die zin bestaat er dus ook een kans dat de schade wel door het foutief medisch handelen is ontstaan. In feite komt dit op hetzelfde neer als het leerstuk van het verlies van een kans. De arts die kan aantonen dat er een kans bestaat dat de schade ook zonder zijn fout had kunnen ontstaan, weerlegt als het ware het causaal verband tussen de hem verweten fout en de ingetreden schade gedeeltelijk. Het causaal verband tussen dezelfde fout en de verloren kans komt vast te staan.¹²²

64. VERKLARING OMSTREDEN TOEPASSINGSGBIED IN NEDERLAND - Hoewel het leerstuk van het verlies van een kans in Nederland nog niet op zoveel gebieden toegepast wordt als in België en Frankrijk,

Causaliteit); D. ZIVKOVIC, "Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een wenselijk en toelaatbaar alternatief voor 'alles of niets?'" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*, 38-39.

Zie ook: HR 30 juni 2006, LJN: AX9395, concl. J. SPIER.

¹¹⁷ L. DOMMERING-VAN RONGEN, "Aansprakelijkheid van de advocaat", *NTBR* 1998, 82.

¹¹⁸ HR 19 januari 2001, *JOL* 2001, 50.

¹¹⁹ Hof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213.

¹²⁰ Hof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213; A. AKKERMANS, "Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind?", *VR* 1999, 66-67.

¹²¹ Zie Hof Amsterdam 13 juni 1985, *TvG* 1986, 38; Hof Amsterdam 4 april 1985, *TvG* 1986, 54.

¹²² A. AKKERMANS, "Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid" in A. AKKERMANS, M. FAURE en T. HARTLIEF (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, 2000, 105-106.

passen voornamelijk de lagere rechtbanken het leerstuk meer en meer toe.¹²³ Gezien het feit dat het leerstuk van het verlies van een kans pas veel later haar intrede heeft gevonden binnen de Nederlandse rechtsorde, is het niet verwonderlijk dat het leerstuk er nog niet zo een groot toepassingsgebied kent als in België en Frankrijk. Bovendien staan verschillende Nederlandse rechtsgeleerden sceptisch ten opzichte van de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans omwille van de moeilijkheden bij de begroting van de schadevergoeding voor de verloren kans (*infra* nrs. 66 e.v.).

5. TUSSENBESLUIT

65. Uit voorgaande kan geconcludeerd worden dat de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans in België na een lange (moeizame) evolutie algemeen aanvaard is. Het lijkt dan ook aangewezen om het leerstuk van het verlies van een kans in de wet te regelen. Zo zou wettelijk gesteld kunnen worden dat de verloren kans vergoedbare schade uitmaakt en dat een contractuele wanprestatie, een fout of een nalaten waardoor een reële kans definitief verloren gaat, leidt tot aansprakelijkheid als het oorzakelijk verband tussen beiden vaststaat.

Door het op deze manier in de wet in te schrijven, is meteen duidelijk onder welke voorwaarden de verloren kans voor vergoeding in aanmerking komt en dat de theorie geen omzeiling inhoudt van de causaliteitsprincipes, aangezien nog steeds een oorzakelijk verband vereist is.

¹²³Hof Den Haag 10 april 1996, *A&V* 1997, 132; Rb. Zwolle 12 oktober 1994, *Advocatenblad* 1995, 341; Rb. Middelburg 11 maart 1998, *NJ* 1999, 41; Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, *NJ* 1999, 406; Rb. Rotterdam 2 mei 2012, *JA* 2012, 145.

II. DE BEGROTING VAN DE VERLOREN KANS

66. PLAN - Indien aan de voorwaarden voldaan zijn, kan het slachtoffer schadevergoeding verkrijgen voor de verloren kans (*supra* nrs. 39-58). De begroting van de schadevergoeding voor de verloren kans is geen sinecure. In wat volgt zal eerst een algemeen kader worden weergegeven, waarna een overzicht van de Belgische rechtspraak uiteengezet wordt. Vervolgens zal worden nagegaan in welke mate het leerstuk van het verlies van een kans een grondslag vormt voor de proportionele aansprakelijkheid. Tenslotte zal in een conclusie een aanbeveling met betrekking tot de begroting van de schade worden weergegeven.

1. ALGEMEEN KADER

67. GEEN INTEGRALE SCHADEVERGOEDING VOOR DE WERKELIJK INGETREDEN SCHADE IN BELGIË - Aangezien de verloren kans een andere schadepost is dan de werkelijk geleden schade, is het onmogelijk integrale vergoeding toe te kennen van de ingetreden schade voor het verlies van de kans deze schade te vermijden.¹²⁴ In haar arrest van 17 december 2009 heeft het Hof van Cassatie gesteld dat enkel de economische waarde van de verloren kans voor vergoeding in aanmerking komt. Hierbij stelde het Hof uitdrukkelijk dat deze waarde niet kan bestaan uit de werkelijk ingetreden schade.¹²⁵

68. GEEN INTEGRALE SCHADEVERGOEDING VOOR DE WERKELIJK INGETREDEN SCHADE IN FRANKRIJK - Ook in Frankrijk wordt gesteld dat de verloren kans geen aanleiding kan geven tot integrale schadevergoeding van de werkelijk ingetreden schade.¹²⁶ Het is namelijk niet zeker of deze schade zich zonder de fout ook zou hebben voorgedaan. Als dit wel het geval was, zou een beroep op het leerstuk van het verlies van een kans overbodig zijn.¹²⁷

69. PROPORTIONELE SCHADEVERGOEDING IN NEDERLAND - In Nederland vertaalt de wijze van vergoeding voor de verloren kans zich in het feit dat het leerstuk van het verlies van een kans als grondslag voor de proportionele aansprakelijkheid wordt aangenomen (*infra* nr. 116).

2. OVERZICHT VAN DE BELGISCHE RECHTSPRAAK

70. PLAN RECHTSPRAAKOVERZICHT - Het feit dat de schadevergoeding voor de verloren kans niet overeen kan komen met integrale vergoeding voor de werkelijk ingetreden schade, biedt nog geen antwoord op de vraag hoe de verloren kans moet worden begroot. Om dit te onderzoeken zal worden nagegaan of er enige maatstaf te vinden is in de Belgische rechtspraak. Hierbij zullen de verschillende toepassingsgevallen gegroepeerd en besproken worden. Zo zal achtereenvolgens de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans inzake medische aansprakelijkheid,

¹²⁴ Cass. 26 juni 2008, c.07.0272.N/1, <http://www.cass.be>; Cass. 17 december 2009, *NJW* 2010, 660, noot I. BOONE, *RDC* 2010/3, 278 en *RW* 2011-12, nr. 33, 1; G. MOR, "La perte de chance", 2010, <http://www.cabinet-mor.com/la-perte-de-chance-ad9.html>; X., "La notion de perte de chance", 2012, <http://www.institut-numerique.org/i-la-notion-de-perte-de-chance-4fd9a06f8f72f>.

¹²⁵ Cass. 17 december 2009, *NJW* 2010, 660, noot I. BOONE, *RDC* 2010/3, 278 en *RW* 2011-12, nr. 33, 1.

¹²⁶ Cass. (FR) 9 mei 1973, *JCP* 1974, II, 17643, noot R. SAVATIER; Cass. (FR) 16 juli 1998, n. 96-15380; Cass. (FR) 19 april 2000, n. 98-15182; Cass. (FR) 7 december 2004, n. 02-10957; Cass. (FR) 9 februari 2010, n. 09-10953; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 558.

¹²⁷ G. MOR, "La perte de chance", 2010, <http://www.cabinet-mor.com/la-perte-de-chance-ad9.html>.

beroepsaansprakelijkheid van de advocaat en de gerechtsdeurwaarder, overheidsaansprakelijkheid en aansprakelijkheid in de private sfeer besproken worden.

2.1 MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID

71. TOEPASSING MET BETREKKING TOT DE MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID - In België wordt het leerstuk van het verlies van een kans voornamelijk toegepast in de sfeer van de medische aansprakelijkheid. Het gaat dan meer bepaald om het verlies van een genezingskans of het verlies van een overlevingskans.

2.1.1 VERLIES VAN GENEZINGSKANS

72. BEGROTING VAN DE OMVANG VAN DE VERLOREN KANS - Uit de rechtspraak blijkt dat rechters en raadsheren bij het begroten van de omvang van de verloren genezingskans vaak een beroep doen op medisch-wetenschappelijke literatuur, statistieken en medische experts.¹²⁸

73. ILLUSTRATIE: ANTWERPEN 26 APRIL 1995 - Zo stelde het hof van beroep te Antwerpen in het arrest van 26 april 1995 dat de patiënt een reële kans had dat zijn vinger niet geamputeerd moest worden indien de chirurg van wacht geen fout had begaan door een te afwachtende houding aan te nemen. Het hof stelde dat de kans niet geamputeerd te worden 60% bedroeg. Dit percentage werd overgenomen uit de medische vakliteratuur. Daarnaast werd ook een beroep gedaan op een medisch expert.¹²⁹

74. ILLUSTRATIE: RB. LEUVEN 10 FEBRUARI 1998 - Ook de rechtbank van eerste aanleg te Leuven deed een beroep op deskundigen om de schade te bepalen. Een jonge man werd geopereerd en tijdens de operatie werd nog een bijkomende ingreep uitgevoerd. Het bleek evenwel dat ten tijde van de ingreep alternatieven voorhanden waren, waaronder de behandeling met medicatie. Indien de medicatie niet zou hebben aangeslaan, had de arts later nog steeds over kunnen gaan tot een operatie, uiteraard mits toestemming van de patiënt. Uit het medisch dossier van de patiënt bleek evenwel dat de patiënt niet geïnformeerd werd over de mogelijke alternatieven, noch over de mogelijke complicaties van de operatie die hij onderging. De deskundigen stelden op basis van hun medische kennis, het medisch dossier en de feitelijke gegevens dat de patiënt voornamelijk psychologische schade ondervond. Aangezien niet zeker was dat een behandeling met medicinale middelen haar doel zou hebben bereikt, en de operatie later niet nodig zou zijn, had de patiënt een kans verloren de operatie niet te moeten ondergaan of minstens de operatie niet zo vroeg te moeten ondergaan. Daar het om psychologische schade ging, en dus geen cijfers voorhanden waren om de schade op een nauwkeurige manier te begroten, werd de schadevergoeding voor de verloren kans naar billijkheid bepaald.¹³⁰

75. RISICO OP VERALGEMENING - Hoewel de begroting van de verloren genezingskans zich bij uitstek leent tot toepassing van statistieken, dient hier voorzichtig mee te worden omgegaan. De opmerking die in de rechtsleer terecht wordt gemaakt, is dat de rechter omzichtig dient om te

¹²⁸ B. DUBUISSON en P. HENRY, *Droit de la responsabilité*, 42; H. VANDENBERGHE, "Medische aansprakelijkheid", 97; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 386.

¹²⁹ Antwerpen 26 april 1995, *T.Gez.* 1998-99, 230.

¹³⁰ Rb. Leuven 10 februari 1998, *TBBR* 1998, 163.

gaan met deze statistieken en de meningen van de experts, aangezien het risico op veralgemening groot is. Het is bijvoorbeeld niet omdat er volgens de statistieken een kans van 70% op genezing bestaat, dat dit voor iedereen zonder meer geldt. Statistieken geven namelijk slechts gemiddelden weer. Er dient dus rekening te worden gehouden met alle elementen die een invloed kunnen hebben op de genezingskans. Zo kan de genezingskans voor een jonge patiënt groter zijn dan voor een oudere patiënt, of kleiner voor een patiënt die een andere medische achtergrond heeft. Vandaar dat de rechter de statistieken moet interpreteren in de medische context van de betrokkene in kwestie. Het zal in die zin dus altijd om een beoordeling *in concreto* gaan.¹³¹

76. OPLOSSING BEOORDELING *IN CONCRETO*: RB. LEUVEN 10 FEBRUARI 1998 - Het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Leuven biedt een mooie illustratie van de manier waarop een rechter rekening houdt met de verschillende elementen om de verloren kans te begroten (*supra* nr. 74). Zo houdt de rechter niet alleen rekening met de jonge leeftijd van de patiënt, maar ook met de gegevens die uit het medisch dossier blijken, namelijk dat er geen grondige onderzoeken waren uitgevoerd, dat de gevolgen van de operatie niet voldoende waren meegedeeld en dat geen alternatieve medicinale behandeling had plaatsgevonden alvorens over te gaan tot de operatie.¹³²

77. OPLOSSING BEOORDELING *IN CONCRETO*: LUIK 16 SEPTEMBER 1996 - Ook in het arrest van het hof van beroep te Luik *dd.* 16 september 1996 werd met bijkomende feitelijke elementen rekening gehouden om de genezingskans te begroten. Zo werd gesteld dat de kans op welslagen van de operatie verminderd werd doordat deze met enkele uren werd uitgesteld. De kans op welslagen was niet alleen reëel, maar ook ernstig. De patiënt was namelijk gehospitaliseerd, waardoor de chirurg nog sneller kon overgaan tot de operatie. Bijgevolg was de kans op welslagen van de operatie nog groter dan als de patiënt niet gehospitaliseerd was.¹³³

78. EXACTE WISKUNDIGE BEGROTING VAN DE SCHADEVERGOEDING - Als de omvang van de kans bepaald is en de werkelijk ingetreden schade exact bekend is, kan de schadevergoeding voor de verloren kans ook exact wiskundig begroot worden. De rechter kent dan namelijk schadevergoeding toe ten belope van het percentage van de verloren kans op de werkelijk ingetreden schade. Zo wordt in het arrest van het hof van beroep te Antwerpen *dd.* 22 maart 1991 de verloren kans begroot op 80%. De werkelijk ingetreden schade bestond uit materiële schade die exact kon worden begroot. De rechter kent bijgevolg een schadevergoeding toe van 80% van de werkelijk ingetreden schade.¹³⁴

79. BEGROTING VAN DE SCHADEVERGOEDING *EX AEQUO ET BONO* - Als de rechter daarentegen vaststelt dat hij de schade, *in casu* bestaande uit de verloren genezingskans, niet exact kan begroten, zal hij overgaan tot een begroting *ex aequo et bono*. Er zal bijgevolg een schadevergoeding naar billijkheid worden toegekend.¹³⁵ Dit is de meest voorkomende manier om schadevergoeding toe

¹³¹ B. DUBUISSON en P. HENRY, *Droit de la responsabilité*, 42; H. VANDENBERGHE, "Medische aansprakelijkheid", 96-97; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 386.

¹³² Rb. Leuven 10 februari 1998, *TBBR* 1998, 163.

¹³³ Luik 16 september 1996, *RGAR* 1998, 12896.

¹³⁴ Antwerpen 22 maart 1999, *T.Gez.* 2000-01, 298.

¹³⁵ B. DUBUISSON en P. HENRY, *Droit de la responsabilité*, 43; H. VANDENBERGHE, "Medische aansprakelijkheid", 97.

te kennen voor de verloren genezingskans.¹³⁶ Hierbij wordt er rekening gehouden met de ernst van de verloren kans. De hoegrootheid van de kans en de mate waarin de kans zich zonder de fout had kunnen verwezenlijken, of de mate waarin een risico zich niet zonder de fout zou hebben verwezenlijkt, spelen een belangrijke rol bij het bepalen van de omvang van de schadevergoeding. Dit blijkt duidelijk uit het arrest van het hof van beroep te Luik dd.16 september 1996 (*supra* nr. 77). Er werd duidelijk gesteld dat rekening werd gehouden met de omvang van de kans op slagen van de operatie, maar ook met het feit dat de patiënt gehospitaliseerd was. Dit had tot gevolg dat de chirurg nog sneller tot de operatie had kunnen overgaan, waardoor de kans op slagen makkelijker verwezenlijkt kon worden.¹³⁷

80. OPMERKING BIJ DE BEGROTING *EX AEQUO ET BONO* - Uit de rechtspraak waarin de schadevergoeding *ex aequo et bono* wordt bepaald, blijkt dat in het merendeel van de gevallen geen percentage van de verloren kans wordt weergegeven. Er wordt wel altijd goed gemotiveerd waarom wordt aangenomen dat er sprake is van een reële kans en welke elementen mee in rekening worden gebracht om de hoegrootheid van die kans te bepalen. Toch gaat de rechter vaak meteen over naar het toekennen van een schadevergoeding naar billijkheid, zonder dat hij in duidelijke bewoording weergeeft hoe groot hij de kans acht.

81. AANBEVELING - Hoewel dit niet noodzakelijk is, aangezien de schadevergoeding niet langer bestaat uit een percentage van de werkelijk ingetreden schade, is het met het oog op de transparantie toch aangeraden duidelijk weer te geven hoe groot de kans is. Inzake verloren genezingskansen is het, meer dan op een ander gebied, mogelijk een percentage weer te geven, rekening houdend met het feit dat er allerlei medische statistieken voorhanden zijn die als basis kunnen dienen. Uiteraard moeten de cijfers uit statistieken niet zonder meer worden overgenomen, maar moet ook rekening worden gehouden met de omstandigheden van het geval. Zo zou bij een laattijdige chirurgische ingreep niet alleen rekening moeten worden gehouden met de slaagkansen van een tijdige ingreep, maar ook met de medische achtergrond van de patiënt, zoals medische aandoeningen waaraan de patiënt lijdt die mogelijk een invloed hebben op de slaagkansen van de desbetreffende ingreep. Daarnaast dient ook rekening te worden gehouden met het moment waarop het voor het eerst mogelijk was voor de arts om vast te stellen dat de ingreep vereist was. Zo heeft een kankerpatiënt in een vergevorderd stadium minder kans op genezing, dan een kankerpatiënt bij wie de kanker zeer vroeg ontdekt is. De feitelijke elementen dienen dus ook mee in rekening te worden gebracht. Gezien het feit dat de rechter met al deze omstandigheden rekening moet houden, hangt de begroting van de verloren kans af van de appreciatie van de rechter. Het is dan ook vereist dat de rechter alle elementen weergeeft waar hij rekening mee houdt. Niet alleen omwille van de motiveringsplicht die op hem rust, maar ook omwille van de transparantie van zijn beslissing. Uit de rechtspraak blijkt dat dit in de meeste vonnissen en arresten ook gebeurt. Toch zou het uitgangspunt, zijnde de genezingskans op basis van de statistieken, moeten worden meegedeeld. Vervolgens zou het ook beter zijn te specificeren aan welke elementen meer gewicht wordt gegeven en waarom. Als de rechter dan

¹³⁶ Antwerpen 26 april 1995, *T.Gez.* 1998-99, 230; Luik 16 september 1996, *RGAR* 1998, 12896; Rb. Leuven 10 februari 1998, *TBBR* 1998, 163; Rb. Bergen 12 februari 2004, *RGAR* 2005, 14028.

¹³⁷ Luik 16 september 1996, *RGAR* 1998, 12896.

een percentage van de verloren kans weergeeft, zal duidelijk blijken dat dit niet geheel uit de lucht gegrepen is, zoals hem in de doctrine vaak verweten wordt.¹³⁸

2.1.2 VERLIES VAN OVERLEVINGSKANSEN

82. BEGROTING VAN DE OMVANG VAN DE VERLOREN KANS - Fouten of onvoorzichtigheden van geneeskundigen leiden soms niet enkel tot het verlies van genezingskansen, maar ook tot het verlies van overlevingskansen. Ook voor deze schade kan schadevergoeding worden gevorderd en toegekend indien de voorwaarden voldaan zijn (*supra* nrs. 39-58).

Om de omvang van de verloren overlevingskans te begroten wordt naast het medisch dossier, statistieken en verslagen van deskundigen, ook een beroep gedaan op het verslag van het autopsie op het lijk.¹³⁹

83. ILLUSTRATIE: BRUSSEL 24 MAART 1999 - Zo werd in het arrest van het hof van beroep te Brussel *dd.* 24 maart 1999 gesteld dat de artsen een fout hadden begaan bij de behandeling van de patiënte door haar na een operatie, waarbij zij vaststelden dat de patiënte ademhalingsproblemen had, niet onmiddellijk hadden laten overbrengen naar de afdeling intensieve zorgen. De patiënte in kwestie overleed aan een falen in de longen dat door de operatie was ontstaan. Deze oorzaak van overlijden bleek uit het autopsieverlag. Volgens de medische deskundigen was het mogelijk de patiënte te redden bij een correcte behandeling op de afdeling intensieve zorgen. Uit de statistieken bleek dat de overlevingskans bij een juiste behandeling 40 à 50% zou bedragen. Door de fout van de artsen had de patiënte deze overlevingskans van ongeveer 50% definitief verloren.¹⁴⁰

84. ILLUSTRATIE: BERGEN 23 DECEMBER 1999 - Ook in het arrest van het hof van beroep te Bergen *dd.* 23 december 1999 werd enerzijds een beroep gedaan op het autopsieverlag en anderzijds op medische deskundigen om de omvang van de kans te bepalen. Zo stelde het autopsieverlag dat de doodsoorzaak een overdosis aan codeïne was. De arts had een fout begaan doordat hij de risico's van een patiënt die zelfmoord heeft proberen te plegen niet goed had ingeschat. Hij had geen radiografie van de longen genomen, geen arts-anesthesist opgeroepen en de patiënt niet doorgestuurd naar de afdeling intensieve zorgen. Hierdoor had de patiënt een overlevingskans verloren, die volgens de experts maximum 40% bedroeg. In tegenstelling tot in het hierboven besproken arrest (*supra* nr. 83), werd de omvang van de kans finaal op een ander percentage begroot dan door de experts werd vooropgesteld. De kans werd uiteindelijk begroot op 80% omdat er wel andere maatregelen werden getroffen om de patiënt te behandelen. Zo had de arts de patiënt wel aan de beademing gezet. Hoewel dit niet letterlijk in het arrest wordt weergegeven, kan hieruit worden opgemaakt dat de overlevingskans in die omstandigheden, namelijk bij beademing, toch groter is dan 40%.¹⁴¹ Betreurenswaardig is wel dat niet duidelijk wordt aangegeven waarom de verloren kans op 80% wordt begroot en niet op een lager percentage dat toch hoger ligt als 40%. Dit is vooral betreurenswaardig daar het verschil tussen

¹³⁸ M. FAURE, "Het verlies van een kans in België", 172; A. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, 115.

¹³⁹ H. VANDENBERGHE, "Medische aansprakelijkheid", 97; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 386.

¹⁴⁰ Brussel 24 maart 1999, *RGAR* 1999, 13154.

¹⁴¹ Bergen 23 december 1999, *T.Gez.* 2000-01, 371.

80% en 40% groot is. Er wordt niet meegedeeld hoe zwaar andere elementen doorwegen en ervoor zorgen dat de overlevingskans groter was dan 40%. Dit was beter wel het geval geweest, teneinde de transparantie te vergroten.

85. ILLUSTRATIE: ANTWERPEN 7 JUNI 2004 - Een ander voorbeeld is het arrest van het hof van beroep te Antwerpen *dd.* 7 juni 2004. In dit arrest werd ook een beroep gedaan op deskundigen. Hierbij werd ook rekening gehouden met de algemene gezondheidstoestand van de patiënt. De verloren overlevingskans werd begroot op 25%, gezien het feit dat er zonder de fout van de arts ook maar sprake was van een beperkte levensduur.¹⁴²

86. BEOORDELING *IN CONCRETO* - Er werd in deze zaken dus duidelijk rekening gehouden met andere elementen die van belang waren om de omvang van de overlevingskans te bepalen. Dit is zeer positief. Met betrekking tot de begroting van overlevingskansen kan namelijk dezelfde opmerking worden gemaakt als met betrekking tot de begroting van genezingskansen (*supra* nr. 75). Het louter overnemen van wat in statistieken staat of wat deskundigen vooropstellen zou te algemeen zijn. Statistieken en rapporten van deskundigen kunnen dus een leidraad bieden en een uitgangspunt vormen, maar de rechter dient rekening te houden met alle omstandigheden van het geval.¹⁴³ Het is uiteraard wel mogelijk dat de deskundigen die door de rechter worden aangesteld zelf al rekening houden met alle elementen die een invloed hebben op de omvang van de overlevingskans. Indien dit het geval is, is het begrijpelijk dat de rechter de conclusies van de deskundigen overneemt. Dit was bijvoorbeeld het geval in een zaak voor de rechtbank van eerste aanleg te Luik *dd.* 13 januari 2004.¹⁴⁴

87. AANBEVELING - Het standpunt dient te worden verdedigd dat medische statistieken waarin genezings- en/of overlevingskansen bepaald zijn in alle gevallen als uitgangspunt gebruikt moeten worden. De rechter is en blijft een leek wat de medische wetenschap betreft. Medische statistieken vormen een mooi aanknopingspunt om de verloren kans te begroten. Ook medische vakliteratuur kan een hulpmiddel zijn. Hierbij dient wel gebruik gemaakt te worden van de vakliteratuur en statistieken die bestonden ten tijde van het intreden van het schadegeval. De medische wetenschap evolueert voortdurend, en als een rechter dan x aantal jaar na het intreden van het schadegeval uitspraak moet doen over de grootte van de genezings- of overlevingskans, moet uiteraard rekening gehouden worden met de overlevingskansen zoals die ten tijde van het schadegeval bestonden. Naast deze statistieken en vakliteratuur is het aangewezen een beroep te doen op medische deskundigen. Zij kunnen niet alleen voor verduidelijking zorgen, maar zij zijn ook best aangewezen om de gezondheidstoestand van de (inmiddels overleden) patiënt vast te stellen evenals de effecten die deze toestand zou (kunnen) gehad hebben op de genezings- of overlevingskans. Het medisch dossier zal dan weer een hulpmiddel vormen om de medische toestand van de patiënt te bepalen.

Een fictief voorbeeld zal het belang van dit alles verduidelijken. Een man van 48 jaar is overleden ten gevolge van een laattijdige behandeling. Hij leed niet enkel aan hart- en vaatziekten, maar

¹⁴² Antwerpen 7 juni 2004, *NJW* 2005, 205, noot S. CALLENS, *T.Gez.* 2005-2006, 224.

¹⁴³ B. DUBUISSON en P. HENRY, *Droit de la responsabilité*, 2004, 42; H. VANDENBERGHE, "Medische aansprakelijkheid", 96-97; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, 386.

¹⁴⁴ Rb. Luik 13 januari 2004, *RGAR* 2005, 14055.

was tevens een diabeet. Uit de statistieken blijkt dat een patiënt van 48 jaar bij tijdige behandeling een overlevingskans van 90% zou hebben. Als het om een hartpatiënt gaat, bedraagt de overlevingskans 80%. Gaat het om een diabeet, dan bedraagt de overlevingskans nog maar 60%. Om de grootte van de verloren overlevingskans van de patiënt in kwestie te bepalen, dient te worden nagegaan of de combinatie van beide aandoeningen de overlevingskans al dan niet verkleint. Indien dit niet het geval is, geldt het laagste percentage 60% als zijnde de overlevingskans. Indien dit wel het geval is dienen de percentages te worden vermenigvuldigd (80% x 60%) en bedraagt de overlevingskans 48%.

88. BEGROTING VAN DE SCHADEVERGOEDING *EX AEQUO ET BONO* - Nadat de omvang van de verloren kans is begroot, dient de hoogte van de schadevergoeding te worden vastgesteld. Inzake overlevingskansen zal dit meestal neerkomen op het percentage van de werkelijk ingetreden schade. De werkelijk ingetreden schade kan exact bepaald worden, eventueel via een beroep op de indicatieve tabel. Vervolgens wordt dit vermenigvuldigd met het percentage van de verloren kans. Het resultaat dat dan bekomen wordt, bedraagt de schadevergoeding voor de verloren overlevingskans. Zo werd in het hoger vernoemde arrest van het hof van beroep te Antwerpen *dd.* 7 juni 2004 een schadevergoeding van 25% van de werkelijk ingetreden toegekend (*supra* nr. 85).¹⁴⁵

2.2 BEROEPSAANSPRAKELIJKHEID ADVOCaat

89. TOEPASSING MET BETREKKING TOT DE BEROEPSAANSPRAKELIJKHEID VAN DE ADVOCaat - Naast de medische aansprakelijkheid, vindt het leerstuk van het verlies van een kans ook veel toepassing binnen de sfeer van de beroepsaansprakelijkheid van de advocaat. De begroting van de verloren kans geschiedt op een andere wijze dan de begroting van een verloren genezings- of overlevingskans. Bovendien zal de begroting al naargelang de omstandigheden van het geval dat aanleiding heeft gegeven tot de beroepsaansprakelijkheid van de advocaat verschillen. Omdat de beroepsaansprakelijkheid van de advocaat in veel verschillende gevallen in het geding is, kunnen niet al deze gevallen uitvoerig besproken worden. Vandaar dat slechts drie gevallen in detail worden besproken, zijnde het verlies van een kans op hoger beroep, het verlies van een kans op uitwinning en het verlies van een kans op huurhernieuwing.

2.2.1 VERLIES VAN EEN KANS OP HOGER BEROEP

90. BEGROTING VAN DE OMVANG VAN DE VERLOREN KANS: DE RECHTER ALS DESKUNDIGE - De meest voorkomende fout inzake beroepsaansprakelijkheid van de advocaat die aanleiding geeft tot toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans is het laattijdig instellen van hoger beroep. Het tijdig instellen van hoger beroep betreft een resultaatsverbintenis van de advocaat. Indien het hoger beroep dus niet tijdig ingesteld werd, is er in ieder geval sprake van een fout. Aangezien het niet zeker is dat een vonnis in hoger beroep omgevormd zou worden, geeft deze fout slechts aanleiding tot schade ingevolge het verlies van een kans.¹⁴⁶ Of de kans al dan niet

¹⁴⁵ Antwerpen 7 juni 2004, *NJW* 2005, 205, noot S. CALLENS, *T.Gez.* 2005-2006, 224.

¹⁴⁶ Antwerpen 7 oktober 2002, *NJW* 2003, 493.

reëel is en of het om een ernstige kans gaat, wordt veelal door de rechter zelf bepaald, aangezien hij zelf een deskundige is.¹⁴⁷

91. GEEN "TRIAL WITHIN A TRIAL" IN BELGIË - Dat het niet aan de rechter is om na te gaan hoe er in hoger beroep zou zijn beslist, maar enkel of er redelijke kansen waren dat het vonnis zou worden omgevormd indien het hoger beroep wel tijdig was ingesteld, blijkt onder andere uit het vonnis van de rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen dd. 22 november 2001. De rechter stelde dat het niet inroepen door de advocaat in eerste aanleg van het gezag van gewijsde en de verjaring weinig belang had, daar deze procedurele argumenten geen reële kans op succes hadden. Bijgevolg kon de verloren kans enkel nog worden aangetoond met betrekking tot de grond van de zaak. De procespartij legde geen enkel stuk voor dat niet was voorgelegd in eerste aanleg en het vonnis dat in eerste aanleg was gewezen was voldoende grondig gemotiveerd. Aan de hand van deze elementen stelde de rechter dat er geen reële kans was dat het vonnis in hoger beroep zou worden omgevormd.¹⁴⁸ Als er sprake zou zijn van een reële kans, zou het niet aan de rechter toekomen uitspraak te doen zoals de rechter in hoger beroep dit zou hebben gedaan, maar wel na te gaan hoe groot hij deze kans achtte. Dit is in tegenstelling tot wat het geval is in Nederland, waar de rechter eerst dient na te gaan hoe de rechter in hoger beroep zou hebben beslist. Pas indien dit niet mogelijk is, wordt het leerstuk van het verlies van een kans toegepast en nagegaan hoe groot de kansen op hervorming van het vonnis zouden zijn.¹⁴⁹

Er is in België dus geen sprake van "*a trial within a trial*", wat trouwens onmogelijk zou zijn. De tegenpartij is niet dezelfde als diegene die het in hoger beroep zou zijn geweest, maar de eigen advocaat. Het is dus niet geweten hoe het proces in hoger beroep zou verlopen, aangezien de oorspronkelijke tegenpartij helemaal niet in de zaak betrokken is en dus geen verweer kan voeren. Als de rechter bovendien wel zou nagaan hoe er in hoger beroep zou worden beslist, zou dit er in feite op neerkomen, dat hoewel de termijn van hoger beroep verstreken is, er in zekere zin toch nog over de zaak beslist zou worden, zij het dat een andere partij, zijnde de advocaat, de tegenpartij is. Vandaar dat in België in deze omstandigheden meteen het leerstuk van het verlies van een kans wordt toegepast.

92. IN PRINCIPE WEL "TRIAL WITHIN A TRIAL" IN NEDERLAND - Hoewel de Hoge Raad in Nederland stelt dat het leerstuk van het verlies van een kans slechts subsidiair kan worden toegepast (*supra* nr. 62), zal de begroting van de verloren kans op hoger beroep ook in Nederland in de meeste gevallen neerkomen op een toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans. Het zal slechts in weinig zaken zeker zijn wat de uitkomst van het hoger beroep zou zijn, mocht deze geldig en tijdig zijn ingesteld. De rechter zal dan ook genoodzaakt zijn de slaagkansen te schatten aan de hand van de goede en kwade kansen. De omvang van de schadevergoeding voor de verloren kans dient dan te worden bepaald aan de hand van de kansen op succes in hoger beroep en de

¹⁴⁷ B. DUBUISSON en P. HENRY, *Droit de la responsabilité*, 42.

¹⁴⁸ Rb. Antwerpen 22 november 2001, *TBBR* 2004, 148.

¹⁴⁹ P. WANDERS, "Beroepsaansprakelijkheid en causaliteit" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL *Causaliteit*, 62.

omvang van het geldbedrag waarop eiser aanspraak had kunnen maken indien het hoger beroep succesvol zou zijn geweest.¹⁵⁰

93. BEGROTING VAN DE SCHADEVERGOEDING EX AEQUO ET BONO - Uit de rechtspraak blijkt dat de rechter de verloren kans meestal niet wiskundig berekent, maar overgaat tot het toekennen van een schadevergoeding *ex aequo et bono*.¹⁵¹ Dat de vergoeding naar billijkheid wordt toegekend, zonder weergave van enig percentage die aanduidt hoe groot de rechter de verloren kans acht, lijkt mij in dit geval niet onlogisch. In tegenstelling tot wat het geval is bij genezings- en overlevingskansen, zijn er geen statistieken voorhanden die weergeven hoe groot de kans op slagen in hoger beroep is. Dit is trouwens onmogelijk, aangezien slaagkansen in hoger beroep zeer sterk afhankelijk zijn van het geschil en alle omstandigheden daarrond, zoals de gronden die in hoger beroep worden aangehaald, het tegensprekelijk debat, de appreciatie van de rechter e.d. Dat de rechter in de meeste gevallen niet wiskundig aangeeft hoe groot hij de verloren kans acht, is dan ook niet onbegrijpelijk. Het is natuurlijk wel belangrijk dat hij weergeeft welke elementen hij mee in rekening neemt om al dan niet over te gaan tot het toekennen van een schadevergoeding naar redelijkheid en billijkheid. Dit dient op een overzichtelijke manier te gebeuren.

94. TOEKENNING SYMBOLISCHE SCHADEVERGOEDING - Indien er onvoldoende elementen zijn waarop de rechter zich kan steunen om een schadevergoeding naar billijkheid toe te kennen, is het niet meer dan normaal dat de rechter zich niet waagt aan de begroting van de schadevergoeding en eventueel enkel een symbolische schadevergoeding toekent. Zo kende het hof van beroep te Luik in haar arrest van 30 oktober 2001 één symbolische Frank toe als schadevergoeding voor de verloren kans om een proces te winnen. Het hof stelde dat er onvoldoende elementen aanwezig waren om de schade te kunnen begroten.¹⁵²

2.2.2 VERLIES VAN EEN KANS OP UITWINNING

95. BEGROTING VAN DE OMVANG VAN DE VERLOREN KANS EN EXACTE WISKUNDIGE BEGROTING VAN DE SCHADEVERGOEDING - In tegenstelling tot wat het verlies van een kans op hoger beroep betreft, blijkt uit de rechtspraak dat het verlies van een kans op uitwinning begroot wordt in verhouding tot de werkelijk geleden schade. Er wordt dus geen (willekeurig) cijfer naar redelijkheid genomen als schadevergoeding. De vaststelling van de grootte van de kans hangt af van de appreciatie van de rechter, maar de schadevergoeding wordt vervolgens wel berekend aan de hand van de omvang van de kans en de werkelijk ingetreden schade.

96. ILLUSTRATIE: BRUSSEL 22 APRIL 2002 - Dit blijkt onder andere uit het arrest van het hof van beroep te Brussel *dd.* 22 april 2002. Een advocaat had een hypothecaire inschrijving niet tijdig laten hernieuwen, noch zijn cliënten ingelicht van de noodzaak deze inschrijving te hernieuwen. Bijgevolg kwam de hypothecaire inschrijving te vervallen en konden de cliënten hun zakelijk recht op de inmiddels verkochte goederen niet langer uitvoeren. De werkelijk ingetreden schade werd

¹⁵⁰ P. WANDERS, "Beroepsaansprakelijkheid en causaliteit" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*, 62-64.

¹⁵¹ Antwerpen 7 oktober 2002, *NJW* 2003, 493; Rb. Verviers 29 oktober 2002, *JLMB* 2003, 1665.

¹⁵² Luik 30 oktober 2001, *JLMB* 2003, 334.

begroot op 1 650 112 BEF. De reële kans om dit recupereren via uitvoering van het zakelijk recht was definitief verloren gegaan door het verval van de hypothecaire inschrijving. Het hof stelde dat de schadevergoeding overeen diende te komen met de waarde van de verloren kans. Deze waarde diende bepaald te worden aan de hand van de verkoopwaarde van de drie percelen waarop de hypothecaire inschrijving rustte. De verkoopwaarde die in acht diende te worden genomen was deze van het jaar 1981, omdat in dat jaar wellicht de hypotheek zouden gerealiseerd zijn indien ze niet waren komen te vervallen. Het hof deed nog geen uitspraak over de concrete hoogte van de schadevergoeding, maar stelde dat indien de partijen niet zelf alle noodzakelijke elementen aanhaalden, er een deskundige zou worden aangesteld om de waarde van de verloren kans te begroten.¹⁵³

97. ILLUSTRATIE: ANTWERPEN 17 JUNI 2003 - Ook het hof van beroep te Antwerpen kende in haar arrest van 17 juni 2003 schadevergoeding toe tot beloop van de waarde van de verloren kans op uitwinning. Een advocaat had een fout begaan doordat hij niet verzekerd had dat het bewarend onroerend beslag hernieuwd werd binnen de termijn van drie jaar. Vervolgens werd het verzoekschrift om op het huis bewarend beslag te leggen laattijdig ingediend op de griffie, aangezien de notariële akte van verkoop al was overgeschreven op het hypotheekkantoor. Door deze fout had zijn cliënt een reële kans verloren op gunstige uitvoering. De schade bestond uit het nettobedrag dat via gedwongen uitvoering op de gronden verkregen had kunnen worden. De prijs die bij een openbare verkoop zou worden bekomen, was onbekend. Wat wel gekend was, was de prijs die voor het huis door de koper onderhands is betaald, zijnde 54 536,58 euro. Deze prijs werd door het hof gehandhaafd als netto-verkoopprijs die na aftrek van alle kosten bij een openbare verkoop zou worden bekomen. De waarde van de verloren kans op een gunstige uitvoering werd bijgevolg begroot op 54 536, 58 euro.¹⁵⁴

In tegenstelling tot het vorig besproken arrest waren hier wel voldoende elementen voorhanden om de waarde van de verloren kans te begroten en was een beroep op een deskundige niet vereist.

98. OPMERKING MET BETREKKING TOT DE HOOGTE VAN DE SCHADEVERGOEDING: SCHIJN VAN INTEGRALE SCHADEVERGOEDING VOOR DE WERKELIJK INGETREDEN SCHADE - Er is in deze gevallen slechts sprake van het verlies van een kans aangezien het overgaan tot realisatie van de zekerheden niet per se nodig zou zijn, namelijk in het geval dat de schuldenaar zijn schuld aflost. In beide arresten die hierboven besproken zijn, kan uit de feitelijkheden die het hof aanhaalt worden afgeleid dat het onwaarschijnlijk is dat de schuldenaar zijn schuld aflost of zijn onvermogen niet zou organiseren en de verloren kansen bijgevolg groot worden ingeschat. Zo stelde het hof van beroep te Brussel dat de solvabiliteit van de hypothecaire schuldenaar wankel of zelfs onbestaande was.¹⁵⁵ Het hof van beroep te Antwerpen stelde dan weer dat het voorzienbaar was dat de schuldenaar het huis zou verkopen.¹⁵⁶ In beide arresten werden dus wel de elementen aangehaald die mee in rekening werden genomen, zij het dat niet geëxpliciteerd werd hoe groot de verloren kans werd begroot. Uit deze arresten blijkt dus wederom dat niet wiskundig werd weergegeven hoe groot de kansen

¹⁵³ Brussel 22 april 2002, *NJW* 2003, 379.

¹⁵⁴ Antwerpen 17 juni 2003, *NJW* 2004, 525.

¹⁵⁵ Brussel 22 april 2002, *NJW* 2003, 379.

¹⁵⁶ Antwerpen 17 juni 2003, *NJW* 2004, 525.

werden ingeschat. Dit lijkt mij in de voorliggende gevallen ook niet nodig. Er wordt aangegeven dat de schadevergoeding louter de waarde van de verloren kans bedraagt. Deze kans komt telkens overeen met de waarde die gerealiseerd zou zijn geworden via openbare verkoop. Hoewel het lijkt alsof de werkelijk ingetreden schade wordt vergoed, is dit niet zo. De werkelijk ingetreden schade bedraagt immers de openstaande schuld. Het is niet zeker of de waarde gerealiseerd via de openbare verkoop de hele openstaande schuld zou dekken. Dit zal meestal niet het geval zijn. Bijgevolg zijn de maatstaven die in hoger genoemde arresten gebruikt worden, zijnde de verkoopwaarde en de onderhandse verkoopprijs, de maatstaven die het dichtst bij de realiteit aanleunen. Als deze cijfers voorhanden zijn, is het niet nodig over te gaan tot een begroting naar billijkheid, wat overigens slechts mogelijk is als niet genoeg andere elementen voorhanden zijn om de schadevergoeding exact te begroten.¹⁵⁷

2.2.3 VERLIES VAN EEN KANS OP HUURHERNIEUWING

99. BEGROTING VAN DE OMVANG VAN DE VERLOREN KANS EN BEGROTING VAN DE SCHADEVERGOEDING *EX AEQUO ET BONO* - In een specifiek geval dat voorlag voor het hof van beroep te Brussel ging het om de beroepsaansprakelijkheid van de advocaat die een fout beging door zijn cliënt er niet op te wijzen dat de aanvraag tot huurhernieuwing inzake handelshuur de in de wet verplichte vermeldingen op straffe van nietigheid diende te bevatten. Tengevolge van die fout werd een ongeldige aanvraag tot huurhernieuwing ingediend, en had de cliënt de kans verloren dat de verhuurders akkoord zouden gaan met deze huurhernieuwing, of minstens een uitzettingsvergoeding hadden moeten betalen. In deze zaak werd een gerechtsdeskundige aangesteld om de omvang van de verloren kans te begroten. De deskundige stelde dat allereerst nagegaan moest worden wat de huurprijs van het pand zou zijn geweest indien de verhuurders akkoord zouden zijn gegaan met de huurhernieuwing. Vervolgens diende te worden nagegaan in welke mate er handelspannen beschikbaar waren in de onmiddellijke omgeving en hoeveel de huurprijs hiervan bedroeg. Dit was nodig omdat verhuurders een geldige huurhernieuwing ook kunnen weigeren en dan is een verhuis nodig. Omwille van de continuïteit van de onderneming zou het in dat geval aangewezen zijn een handelspan in de buurt te zoeken. Tenslotte diende te worden nagegaan welk verlies geleden werd door het feit dat de handelszaak werd overgebracht naar een ander pand en dit rekening houdend met de huurprijs voor dit laatste pand en met de huurprijs die voor het eerste pand zou zijn vastgesteld. Al deze elementen dienden in rekening te worden gebracht om de schade bestaande uit de verloren kans op huurhernieuwing te begroten. De begroting van de schadevergoeding voor de verloren kans geschiedde naar billijkheid op basis van deze elementen. Wat de verloren kans op een uitzettingsvergoeding betrof, stelde de deskundige, hierin gevolgd door het hof van beroep dat hiervoor geen schadevergoeding kon worden toegekend. Het pand werd pas na drie maanden aan een derde werd verhuurd, en het stond niet vast dat deze anderhalf jaar op voorhand bij de aanvraag tot huurhernieuwing al een bod had gedaan.¹⁵⁸ Ook uit dit arrest blijkt dat er geen percentage werd weergegeven van hoe groot de verloren kans werd geacht te zijn. Wel werden alle elementen weergegeven op basis waarvan de schadevergoeding voor de verloren kans moest worden begroot. Aangezien deze elementen zeer

¹⁵⁷ L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN en P. ERNST, "Overzicht rechtspraak onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)", *TPR* 1994, 1019.

¹⁵⁸ Brussel 29 april 2003, *RW* 2006-07, 15.

specifiek werden weergegeven, ondervangt dit in zekere zin het feit dat niet duidelijk werd meegedeeld hoe groot de kans werd geacht te zijn.

100. AANBEVELING - Het is beter duidelijk alle elementen aan te halen die mee in rekening worden gebracht om de schadevergoeding voor de verloren kans te vergoeden, dan een percentage weer te geven van de verloren kans zonder dat duidelijk is hoe de rechter hieraan komt. In de rechtsleer wordt vaak de terechte kritiek gegeven dat het lijkt alsof de rechter er met de natte vinger naar wijst.¹⁵⁹ In verschillende arresten komt de rechter tot een percentage voor de verloren kans, en begroot de schade dan door dit percentage te vermenigvuldigen met de werkelijk geleden schade. Toch blijkt uit de redenering van de rechter in veel gevallen niet duidelijk hoe hij aan dit percentage komt, waardoor het willekeurig en arbitrair lijkt.¹⁶⁰ In dat opzicht is het dan ook beter geen percentage te vernoemen, maar wel duidelijk aan te geven met welke elementen rekening wordt gehouden.

2.3 BEROEPSAANSPRAKELIJKHEID GERECHTSDEURWAARDER

101. TOEPASSING MET BETREKKING TOT DE BEROEPSAANSPRAKELIJKHEID VAN DE GERECHTSDEURWAARDER: ANALOGIE MET HET VERLIES VAN EEN KANS OP HOGER BEROEP - De toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans met betrekking tot de beroepsaansprakelijkheid van een gerechtsdeurwaarder, lijkt sterk op de toepassing van het leerstuk met betrekking tot de beroepsaansprakelijkheid van de advocaat en meer bepaald met betrekking tot het verlies van een kans op hoger beroep. Zo leidt de fout van de gerechtsdeurwaarder wanneer hij een dagvaarding betekent voor een niet bestaande zitting en de zaak niet op de rol schrijft tot het verlies van een kans op slagen van een geldig en tijdig ingestelde rechtsvordering.¹⁶¹ Ook het niet tijdig inschrijven op de rol van de akte van hoger beroep maakt een fout uit die aanleiding kan geven tot schadevergoeding voor het verlies van een kans.¹⁶²

102. ILLUSTRATIE: RB. ANTWERPEN 29 NOVEMBER 1994 - De rechtbank van eerste aanleg te Antwerpen stelde in haar vonnis *dd.* 29 november 1994 dat de rechter zelf een deskundige was en dus zelf kon bepalen hoe groot de kansen op succes van de vordering zouden zijn geweest, mocht de vordering geldig en tijdig zijn ingesteld. *In casu* kende de rechter de gevorderde bedragen in de mislukte rechtsvordering toe als effectieve schade, omdat hij er vast van overtuigd was dat de vordering 100% kans op slagen zou hebben.¹⁶³

Deze uitspraak zou in het licht van de huidige rechtspraak van het Hof van Cassatie niet langer stand kunnen houden. Het Hof van Cassatie stelde uitdrukkelijk dat het leerstuk van het verlies van een kans enkel kan worden toegepast indien het gaat om een kans, waarvan de uitkomst per definitie onzeker is.¹⁶⁴ Als de rechter dan stelt dat er 100% kans op slagen was, dan is de uitkomst niet onzeker. Hij neemt dan in wezen aan dat het oorzakelijk verband tussen de fout van de gerechtsdeurwaarder en de definitief ingetreden schade vaststaat. Het leerstuk van het

¹⁵⁹ M. FAURE, "Het verlies van een kans in België", 172; A. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, 115.

¹⁶⁰ Rb. Brussel 5 mei 1995, *Jur. Liège* 1997, 1014.

¹⁶¹ Rb. Antwerpen 29 november 1994, *RW* 1996-97, 1029.

¹⁶² Bergen 16 februari 1998, *RGAR* 1982, 10974; Gent 17 januari 2005, *TBBR* 2007, 519.

¹⁶³ Rb. Antwerpen 29 november 1994, *RW* 1996-97, 1029.

¹⁶⁴ Cass. 5 juni 2008, *JT* 2009, 28, noot A. PÜTZ, *NJW* 2009, 31, noot I. BOONE, *RW* 2008-09, 795, noot S. LIERMAN.

verlies van een kans kan slechts aanleiding geven tot schadevergoeding van een proportie van de werkelijk ingetreden schade, niet tot integrale schadevergoeding ervan. Als de rechter dan toch integrale schadevergoeding toekent voor de werkelijk ingetreden schade op grond van het leerstuk van het verlies van een kans, maakt hij een verkeerde toepassing van dit leerstuk.¹⁶⁵

103. ILLUSTRATIE: GENT 17 JANUARI 2005 - In het arrest van het hof van beroep te Gent was het niet nodig de omvang van de verloren kans te begroten, aangezien er geen sprake was van een reële kans. De elementen die aangehaald werden om na te gaan of er al dan niet een reële kans was, zouden ook van belang zijn bij het begroten van de kans indien er toch sprake zou zijn van een reële kans. Er werd nagegaan of het volgens de normale gang van zaken mogelijk was dat de vordering in hoger beroep gegrond zou zijn. Om dit te bepalen diende wederom geen beroep gedaan te worden op deskundigen, aangezien de rechter zelf een deskundige was. De rechter stelde dat er geen reële kans was dat de vordering gegrond zou worden verklaard. Een eigenaar had zijn diamanten in bewaring gegeven aan een juwelier met het oog op de verkoop ervan. Deze diamanten gingen verloren door een roofoverval. Dit werd bewezen door het strafdossier en door het feit dat de daders veroordeeld waren. De roofoverval maakte overmacht uit in hoofde van de juwelier en het risico van de diefstal is verbonden aan de eigendomsoverdracht. De eigendom behoorde op het ogenblik van de diefstal nog toe aan appellant, en niet aan de juwelier. Op basis van deze elementen oordeelde het hof van beroep te Gent dat er geen sprake was van een reële kans. Indien dit wel het geval was, zouden deze elementen ook mee in rekening moeten worden gebracht om de grootte van de kans te bepalen.¹⁶⁶

104. AANBEVELING - De opmerkingen die bij deze uitspraken gemaakt kunnen worden, zijn hetzelfde als de opmerkingen inzake de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans met betrekking tot de beroepsaansprakelijkheid van de advocaat. Het feit dat weergegeven wordt op welke elementen de rechter zich baseert om de verloren kans te begroten, is belangrijker dan het weergegeven van een percentage (*supra* nr. 93).

2.4 OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID

105. TOEPASSING MET BETREKKING TOT DE OVERHEIDSAANSPRAKELIJKHEID - Naast de beroepsaansprakelijkheid van artsen, advocaten en gerechtsdeurwaarders, is ook de overheidsaansprakelijkheid een belangrijk domein waarin het leerstuk van het verlies van een kans wordt toegepast.

2.4.1 VERLIES VAN EEN KANS OP GUNNING

106. BEOORDELING REËLE KANS - Uit de rechtspraak blijkt dat het leerstuk van het verlies van een kans inzake overheidsaansprakelijkheid voornamelijk toepassing vindt met betrekking tot de gunning van overheidsopdrachten. Of er sprake is van een reële kans wordt bepaald aan de hand van verschillende criteria die van belang zijn in een bepaalde gunningsprocedure. Zo wordt nagegaan of het om een regelmatige bieding ging, of de klassenvoorwaarden voldaan waren, of de prijs onder de raming van de overheid bleef, of het een gunstige prijs was en hoeveelste in de

¹⁶⁵ Cass. 17 december 2009, *NJW* 2010, 660, noot I. BOONE, *RDC* 2010/3, 278 en *RW* 2011-12, nr. 33, 1.

¹⁶⁶ Gent 17 januari 2005, *TBBR* 2007, 519.

rangorde van prijszetting deze zich bevond, of technisch aan de voorwaarden werd voldaan, of er al dan niet kritische opmerkingen werden gegeven en of er gunstige dan wel ongunstige adviezen werden uitgebracht.¹⁶⁷ Daarnaast is het van belang acht te slaan op hoeveel biedingen er waren, en hoe deze biedingen zich tot elkaar verhoudden.¹⁶⁸ Tenslotte heeft het feit of de overheid al dan niet een ruime appreciatiemarge heeft bij het gunnen van de overheidsopdrachten ook een invloed op de vraag of het al dan niet om een reële kans gaat.¹⁶⁹

107. ILLUSTRATIE: GENT 6 APRIL 2001 EN 3 OKTOBER 2002 - Zo stelde het hof van beroep te Gent in haar tussenarrest van 6 april 2001 en in haar eindarrest van 3 oktober 2002 dat het om een reële verloren kans ging. Dit werd beslist op basis van de volgende elementen: aan de klassenvoorwaarden werd voldaan, evenals aan de technische voorwaarden, de prijs bleef onder de raming van de overheid en appellant was tweede gerangschikt in de prijszetting. Om de omvang van de verloren kans te begroten had het hof een deskundige aangesteld, en in afwachting van het deskundigenrapport werd een provisionele schadevergoeding toegekend. Het bedrag van de provisionele schadevergoeding werd naar billijkheid begroot.¹⁷⁰

108. ILLUSTRATIE: ANTWERPEN 10 NOVEMBER 2003 - In het arrest van het hof van beroep te Antwerpen dd. 10 november 2003 werd gesteld dat de verloren kans niet ernstig genoeg was om voor vergoeding in aanmerking te komen.¹⁷¹ Zoals reeds gesteld klopt deze uitspraak in twee opzichten niet (*supra* nr. 51). Indien het hof bedoelde dat de verloren kans niet reëel was, stelde zij correct dat deze kans niet voor vergoeding in aanmerking kwam. Indien daarentegen het hof daadwerkelijk bedoelde dat er wel sprake was van een reële kans, maar de waarde van deze kans te klein was om schadevergoeding toe te kennen, is er een fout in de redenering van het hof. Het principe van integrale schadevergoeding vereist dat elke bewezen schade, hoe gering ook, volledig vergoed wordt. Ook de verloren kans die zekere schade uitmaakt en die in oorzakelijk verband staat tot de fout, dient dus volledig vergoed te worden, hoe klein of hoe groot de omvang van deze kans ook is.

109. ILLUSTRATIE: RB. NAMEN 6 SEPTEMBER 2001 - Ook de rechtbank van eerste aanleg te Namen ging in de zaak die voorlag op 6 september 2001 niet over tot het begroten van de verloren kans. Dit had te maken met het feit dat er geen bewijs werd geleverd van een reële verloren kans. Eiser had een offerte ingediend die 700 000 BEF hoger lag dan de raming van de overheid. In het vonnis stelde de rechtbank dat er geen sprake was van een fout, maar zelfs als er wel sprake zou zijn van een fout ontbrak het oorzakelijk verband tussen de fout van de overheid en de verloren kans van de eiser, omdat zonder de fout eiser wellicht niet de meest voordeligste in prijs zou zijn.¹⁷² Hoewel dit klopt, lijkt het correcter te stellen dat er geen sprake was van een reële kans. Het is logischer pas over te gaan tot het vaststellen van het oorzakelijk verband nadat de fout en schade, bestaande uit de verloren kans, aangenomen worden.

¹⁶⁷ Gent 6 april 2001, *T. Aann.* 2003, 143; Gent 3 oktober 2002, *NJW* 2003, 457; Antwerpen 10 november 2003, *RW* 2006-07, 1524; Rb. Namen 6 september 2001, *T. Aann.* 2002, 385.

¹⁶⁸ Antwerpen 10 november 2003, *RW* 2006-07, 1524.

¹⁶⁹ Antwerpen 10 november 2003, *RW* 2006-07, 1524; Rb. Namen 6 september 2001, *T. Aann.* 2002, 385.

¹⁷⁰ Gent 6 april 2001, *T. Aann.* 2003, 143; Gent 3 oktober 2002, *NJW* 2003, 457.

¹⁷¹ Antwerpen 10 november 2003, *RW* 2006-07, 1524.

¹⁷² Rb. Namen 6 september 2001, *T. Aann.* 2002, 385.

110. CONCLUSIE: BEGROTING VAN DE SCHADEVERGOEDING *EX AEQUO ET BONO* - Uit deze rechtspraak blijkt dat er geen cijfers voorhanden zijn waarop de verloren kans wordt begroot. De rechter zal ingeval van toekenning van schadevergoeding voor de verloren kans op gunning de hoogte van deze schadevergoeding naar billijkheid moeten bepalen. Er zullen in de meeste omstandigheden geen exacte gegevens voorhanden zijn, zij het dat de gederfde winsten een uitgangspunt zouden kunnen vormen. De gederfde winsten maken de werkelijk ingetreden schade uit. Zoals het Hof van Cassatie stelde, kan schadevergoeding voor het verlies van een kans in geen geval bestaan uit integrale vergoeding van de werkelijk ingetreden schade.¹⁷³ Om te bepalen hoeveel van de werkelijk ingetreden schade moet worden vergoed, kan een beroep gedaan worden op een deskundige. De deskundige zal dan de omvang van de verloren kans bepalen en dient rekening te houden met alle relevante elementen die ook van belang zijn bij het bepalen of er sprake is van een reële kans (*supra* nr. 106). Deze elementen leiden niet tot exacte cijfers, waardoor het uiteindelijk aan de rechter zelf toekomt de waarde van de kans *ex aequo et bono* te begroten. Het is van groot belang dat de rechter in zijn beslissing weergeeft welke elementen mee in rekening werden gebracht en aan welke van deze elementen hij meer waarde toekent en waarom. Op die manier zal de rechter zijn motiveringsplicht respecteren en is het voor de partijen transparanter dan als de rechter louter stelt dat hij een schadevergoeding naar billijkheid toekent van x euro. De loutere vermelding van een bedrag zonder duidelijk te maken waarop hij zich baseert bij het bepalen van dit bedrag, zou een schijn van willekeur kunnen opwekken.

2.4.2 VERLIES VAN EEN PROCESKANS

111. EXACTE WISKUNDIGE BEGROTING VAN DE SCHADEVERGOEDING: ILLUSTRATIE BERGEN 24 DECEMBER 1993 - Soms leiden fouten van de overheid tot het verlies van een proceskans. Zo stelde het hof van beroep te Bergen dat een verkeerde opmeting van verbaliserende agenten bij een verkeersongeval ertoe leidde dat een kans verloren ging gelijk te krijgen in het proces. In eerste aanleg werd schadevergoeding toegekend ten belope van 50% van de werkelijk ingetreden schade. Het hof van beroep oordeelde anders, en kende een schadevergoeding toe ten belope van 20% van de werkelijk ingetreden schade. Het hof hield hierbij rekening met de feitelijke gegevens, namelijk dat het ongeval in een bocht gebeurde en dat de motorrijder niet dicht genoeg bij de borduur reed, waardoor het ongeval dus te wijten kon zijn aan de gezamenlijke fout van de autobestuurder en de motorrijder. Daarnaast hield het hof ook rekening met het feit dat de autobestuurder door de politierechtbank volledig verantwoordelijk werd gesteld voor het ongeval.¹⁷⁴ Hoewel het hof aangaf met welke elementen ze rekening hield, is het niet duidelijk waarom de verloren kans op 20% werd begroot. In die zin is het dan ook begrijpelijk dat sommige rechtsgeleerden stellen dat rechters er willekeurige getallen op plakken.¹⁷⁵

112. COMBINATIE WISKUNDIGE BEGROTING EN BEGROTING *EX AEQUO ET BONO*: ILLUSTRATIE RB. BRUSSEL 10 OKTOBER 1996 - Ook in het vonnis van de rechtbank te Brussel is het niet duidelijk hoe de rechter tot zijn beslissing komt. De overheid werd aansprakelijk gesteld omdat het OCMW, dat instaat

¹⁷³ Cass. 17 december 2009, *NJW* 2010, 660, noot I. BOONE, *RDC* 2010/3, 278 en *RW* 2011-12, nr. 33, 1.

¹⁷⁴ Bergen 24 december 1993, *RGAR* 1995, 12402.

¹⁷⁵ M. FAURE, "Het verlies van een kans in België", 172; A. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, 115.

voor de bewaring van en het toezicht over de medische dossiers in haar archieven, geen verklaring kon geven voor het verdwijnen van een dossier. Het verlies van dit dossier kwam voor de patiënt in kwestie neer op het verlies van de kans om de gegrondheid van de vordering aan te tonen. De patiënt had na een bypass operatie een nieuwe ingreep moeten ondergaan, maar door het verlies van het medisch dossier kon hij niet aantonen of er een fout van de arts bestond en waaruit deze fout bestond. Dit verlies van de kans om de gegrondheid van de vordering te bewijzen werd geraamd op 90%. De werkelijk ingetreden schade, bestaande uit het ongemak van opnieuw een operatie te moeten ondergaan, werd *ex aequo et bono* begroot op 50 000 BEF. De schadevergoeding voor de verloren kans bedroeg 90% van de werkelijk ingetreden schade, zijnde 45 000 BEF.¹⁷⁶

De redenering van de rechter is moeilijk te volgen. Hoe de rechter het stelt lijkt het alsof de verloren kans zou bestaan uit het niet moeten ondergaan van de tweede operatie, wat *in casu* niet het geval is. De schade bestaat namelijk uit het verlies van een kans dat de vordering gegrond zou zijn verklaard. In dat opzicht bestaat de werkelijk geleden schade uit het feit dat de vordering niet gegrond is verklaard, waardoor de artsen niet aansprakelijk zijn gesteld, en waardoor dus geen schadevergoeding is toegekend voor de ongemakken. Hoewel dit uiteindelijk terug te brengen is op de schade ontstaan uit het moeten ondergaan van een tweede operatie, slaat de rechter een paar stappen over, wat het geheel onoverzichtelijk maakt. Aangezien de begroting van de verloren kans *in se* al geen sinecure is, zou de rechter meer acht moeten slaan op hoe hij zijn redenering weergeeft en zijn vonnis motiveert.

2.5 AANSPRAKELIJKHEID IN DE PRIVATE SFEER

113. TOEPASSING MET BETREKKING TOT DE AANSPRAKELIJKHEID IN DE PRIVATE SFEER - Tenslotte vindt het leerstuk van het verlies van een kans ook toepassing in tal van andere gevallen in de private sfeer. Uit de rechtspraak blijkt dat de verloren kans in die gevallen meestal *ex aequo et bono* wordt begroot. Hierbij wordt rekening gehouden met de feitelijke elementen die voorhanden zijn.¹⁷⁷ In enkele gevallen wordt ook beroep gedaan op een deskundige. Indien er exacte cijfers met betrekking tot de werkelijk ingetreden schade voorhanden zijn, wordt dit als uitgangspunt gebruikt om de schadevergoeding voor de verloren kans te begroten.¹⁷⁸

114. COMBINATIE WISKUNDIGE BEGROTING EN BEGROTING *EX AEQUO ET BONO*: ILLUSTRATIE GENT 5 MEI 2011 - Het hof van beroep te Gent stelde op 5 mei 2011 dat het verlies van een kans om op school geslaagd te worden verklaard voor schadevergoeding in aanmerking kwam, aangezien het om een reële kans ging. De fout bestond uit de miskennis van de formele motiveringsplicht. De schade, die in ondergeschikte orde aangevoerd werd, bestond uit de verloren kans geslaagd te worden verklaard.¹⁷⁹ Zo werd gesteld dat indien de beslissing correct werd gemotiveerd, er een reële kans bestond dat de student in kwestie geslaagd zou zijn geweest. De begroting van de schadevergoeding voor de verloren kans gebeurde aan de hand van twee factoren. In eerste

¹⁷⁶ Rb. Brussel 10 oktober 1996, *RGAR* 1998, 13014.

¹⁷⁷ Brussel 27 juni 1991, *RGAR* 1992, 12032; Brussel 20 februari 1996, *RGAR* 1997, 12822; Brussel 27 januari 2003, *JLMB* 2006, 840; Luik 21 februari 2005, *JLMB* 2006, 526; Rb. Gent 1 december 2004, *NJW* 172, noot BOONE, I.

¹⁷⁸ Brussel 17 april 1996, *RGAR* 1997, 12838; Rb. Gent 1 december 2004, *NJW* 172, noot I. BOONE.

¹⁷⁹ I. BOONE, "Verlies van een kans om op school geslaagd te worden verklaard", *NJW* 2012, nr. 261, 302.

instantie werd de omvang van de verloren kans begroot. Dit gebeurde aan de hand van alle feiten die voorhanden waren, namelijk dat de tekorten sloegen op het maken van één werk, dat het tekort niet zo groot was, dat het tekort sloeg op het feit dat de student zich niet aan de opdracht had gehouden en dat de student op alle andere vakken mooie cijfers haalde. Op basis van deze gegevens stelde het Hof dat de kans om te slagen 75% bedroeg. In tweede instantie werd de werkelijk ingetreden schade, tengevolge van het feit dat de student niet geslaagd werd verklaard, vastgesteld. De materiële schade van het verlies van een schooljaar werd geraamd door een beroep te doen op de indicatieve tabel van 2008. Van deze materiële schade werd 75% toegekend. De morele schade van het verlies van een schooljaar werd *ex aequo et bono* begroot, en volledig toegekend, aangezien deze vergoeding het besef van de verloren kans diende te vergoeden.¹⁸⁰

115. KRITIEK - Uit de rechtspraak blijkt dat de rechters ofwel de omvang van de verloren kans op een bepaald percentage begroten, ofwel deze stap overslaan. In het laatste geval stellen ze dat het om een reële verloren kans gaat die aanleiding geeft tot de door hun bepaalde schadevergoeding. De rechter geeft in de meeste gevallen wel aan met welke elementen rekening wordt gehouden om te beslissen of er al dan niet schadevergoeding zal worden toegekend, maar de getallen lijken uit de lucht te vallen. Het is niet duidelijk hoe de rechter eraan komt, met uitzondering van die gevallen waarin een beroep gedaan wordt op een deskundige.

3. VERLIES VAN EEN KANS EN PROPORCIONELE AANSPRAKELIJKHEID

116. HET BEGRIIP "PROPORCIONELE AANSPRAKELIJKHEID" - In Nederland zijn, in tegenstelling tot in België en Frankrijk, veel rechtsgeleerden voorstander van proportionele aansprakelijkheid. Dit houdt in dat een persoon slechts aansprakelijk wordt gesteld tot het betalen van een schadevergoeding in proportie waarin de fout tot de schade heeft bijgedragen.¹⁸¹

117. HET LEERSTUK VAN HET VERLIES VAN EEN KANS GEEN GRONDSLAG VOOR DE PROPORCIONELE AANSPRAKELIJKHEID IN BELGIË - Uit de uiteenzetting van de Belgische rechtspraak blijkt dat de schadevergoeding voor de verloren kans vaak begroot wordt op een percentage van de werkelijk ingetreden schade.¹⁸² Dit komt er *de facto* op neer dat elke partij in het geding, zowel eiser als verweerder, een deel van de schade dragen in functie van de waarschijnlijkheid dat er een oorzakelijk verband bestaat tussen de fout van de verweerder en de schade die de eiser heeft geleden. Op basis hiervan stellen sommige auteurs dat de theorie van het verlies van een kans als grondslag voor proportionele aansprakelijkheid kan dienen.¹⁸³

Dit is incorrect. De verloren kans en de definitief geleden schade maken verschillende schadeposten uit. Hoewel de verloren kans begroot wordt op een percentage van de definitief geleden schade in verhouding tot de economische waarde van het verloren voordeel en de

¹⁸⁰ Gent 5 mei 2011, *NJW* 2012, 300, noot I. BOONE.

¹⁸¹ A. AKKERMANS, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, 71-72 en 107; J. SPIER, T. HARTLIEF, G. VAN MAANEN en R. VRIESENDORP, *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding in studiereeks burgerlijk recht 5*, Deventer, Kluwer, 2009, 234.

¹⁸² H. BOCKEN, "Verlies van een kans. Het cassatiearrest van 5 juni 2008. Vervolg en (voorlopig?) slot", *NJW* 2009, afl. 194, 5.

¹⁸³ H. BOCKEN, "Causaal verband in het Belgische recht" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit*, 140; H. BOCKEN, "Verlies van een kans. Het cassatiearrest van 5 juni 2008. Vervolg en (voorlopig?) slot", *NJW* 2009, afl. 194, 5.

waarschijnlijkheid dat de kans zich zonder de fout had gerealiseerd, maakt de schadevergoeding geen proportionele schadevergoeding uit. De verloren kans wordt wel integraal vergoed.¹⁸⁴ Ook het Hof van Cassatie heeft de theorie van het verlies van een kans als algemene grondslag voor proportionele aansprakelijkheid verworpen.¹⁸⁵

118. HET LEERSTUK VAN HET VERLIES VAN EEN KANS GEEN GRONDSLAG VOOR DE PROPORTIONELE AANSPRAKELIJKHEID IN FRANKRIJK - Ook in Frankrijk gebeurt de begroting van de verloren kans telkens *in concreto*. Zo zal rekening gehouden worden met de grootte van de kans en de waarschijnlijkheid dat deze kans zich daadwerkelijk zou hebben gerealiseerd. De schadevergoeding zal bijgevolg hoger zijn, naarmate het om een grotere kans gaat die definitief verloren is gegaan. Indien de kans om de definitieve schade te vermijden groot wordt ingeschat, zal de schadevergoeding dan ook dichter aansluiten bij de werkelijk geleden schade.¹⁸⁶

Dat deze wijze van vergoeding *de facto* leidt tot vergoeding van een deel van de werkelijk geleden schade, kan niet worden vermeden daar de schadevergoeding dient te worden begroot in verhouding tot de definitief ingetreden schade.¹⁸⁷ Toch houdt dit geen miskennis in van het principe van integrale schadevergoeding. Integendeel, aangezien er sprake is van een afzonderlijke schadepost, zijnde de verloren kans, dient deze verloren kans integraal te worden vergoed. Dat de schadevergoeding voor deze verloren kans overeenkomt met een proportie van de werkelijk ingetreden schade doet er niet toe. Het principe van integrale schadevergoeding moet per schadepost worden bekeken.¹⁸⁸

4. TUSSENBSLUIT

119. De schadevergoeding voor de verloren kans zal telkens in functie van de waarschijnlijkheid dat deze kans zich zonder de fout had verwezenlijkt, worden berekend. Dit gebeurt doorgaans aan de hand van twee factoren. In eerste instantie wordt de waarde van het verwachte voordeel of het geleden nadeel begroot. In tweede instantie wordt nagegaan hoe waarschijnlijk het was dat het voordeel zich zonder de fout had voorgedaan of het nadeel zich zonder de fout niet had voorgedaan. Deze twee factoren worden met elkaar vermenigvuldigd.¹⁸⁹

120. Uit de besproken Belgische rechtspraak blijkt dat de rechter in de meeste gevallen de schadevergoeding naar billijkheid begroot. Dit is mogelijk als de rechter in het geval dat één van de partijen een berekening voorstelt, de redenen aangeeft waarom de rechter deze berekening niet kan aannemen. Daarnaast is het met betrekking tot de begroting van de schadevergoeding van de verloren kans in de meeste gevallen mogelijk een schadevergoeding *ex aequo et bono* toe

¹⁸⁴ B. DUBUISSON, "Le théorie de la perte d'une chance en question: le droit contre l'aléa?", *JT* 2007, 494; J. FAGNART, "La perte d'une chance", *Con.M.* 1998, nr. 9.

¹⁸⁵ S. LIERMAN, "Causaliteit en verlies van een kans in de medische context", *T.Gez.* 2006-2007, 268; S. LIERMAN, "Verlies van een kans bij medische ongevallen", *NJW* 2005, 618.

¹⁸⁶ X., "La notion de perte de chance", 2012, <http://www.institut-numerique.org/i-la-notion-de-perde-de-chance-4fd9a06f8f72f>.

¹⁸⁷ M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations de la responsabilité civile extracontractuelle*, 410 en 530.

¹⁸⁸ M. BACACHE-GIBELLI, *Les obligations de la responsabilité civile extracontractuelle*, 856.

¹⁸⁹ K. BEIRNAERT en B. INSEL, "Verlies van een kans-theorie verduidelijkt?", *De Juristenkrant* 2005, afl. 102, 5; H. BOCKEN, "Toerekening van aansprakelijkheid op grond van de equivalentieleer", in B. TILLEMANS en I. CLAEYS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid in Recht en onderneming nr. 11*, Brugge, Die Keure, 2004, nr. 11; J. FAGNART, "La perte d'une chance", *Con.M.* 1998, nr. 9; H. VANDENBERGHE, "Medische aansprakelijkheid", 96-97; L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN en P. ERNST, "Overzicht rechtspraak onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)", *TPR* 1994, 984.

te kennen omdat het bij gebrek aan vaststaande beoordelingsgronden onmogelijk is het juiste bedrag op een andere wijze bepalen.¹⁹⁰

121. Wanneer de schadevergoeding naar billijkheid wordt begroot, oordeelt de rechter soeverein over het al dan niet toekennen van de schadevergoeding en de hoegrootheid ervan. Zo is het mogelijk dat hij bij een uiterst geringe kans beslist de vordering tot schadevergoeding af te wijzen door te stellen dat de schade niet is bewezen. Dit is wat het hof van beroep te Antwerpen deed in haar arrest van 10 november 2003. Het hof stelde hier dat de kans op gunning van de overheidsopdracht voor twee firma's te klein was om voor vergoeding in aanmerking te komen.¹⁹¹ Hoewel dit illustreert dat het hof soeverein beslist over het al dan niet toekennen van de schadevergoeding, lijkt het dat het hof eerder bedoelde dat er geen sprake was van een reële kans waardoor de verloren kans niet voor vergoeding in aanmerking kwam (*supra* nrs. 51 en 108).

Als aangenomen wordt dat vergoeding van een reële verloren kans mogelijk is, moet het principe van integrale schadevergoeding ertoe leiden dat elke verloren kans, hoe gering ook, voor vergoeding in aanmerking komt. In die zin zou het dus niet mogelijk moeten zijn geen schadevergoeding toe te kennen voor een verloren kans waarvan aangenomen wordt dat het een reële kans is, louter en alleen maar omdat de waarde van de kans gering is.

Anderzijds is het ook mogelijk dat de verloren kans aanzienlijk is, waardoor het oorzakelijk verband tussen de fout en de werkelijk geleden schade bewezen kan worden geacht (*supra* nr. 50). In die omstandigheden dient niet de verloren kans, maar de werkelijk ingetreden schade te worden vergoed.¹⁹² Dit was bijvoorbeeld het geval in de zaak die voorlag voor de rechtbank van eerste aanleg te Ieper op 7 april 2007. In deze zaak werd gesteld dat de onzorgvuldigheid van een arts aanleiding gaf tot schadevergoeding voor de werkelijk ingetreden schade, *in casu* het overlijden, en niet het verlies van een overlevingskans omdat een passende behandeling alle kansen van overleven van de patiënt inhield.¹⁹³

122. In sommige gevallen is er wel cijfermateriaal voorhanden, die als uitgangspunt kunnen dienen om de schadevergoeding te begroten. Zo zijn er met betrekking tot het verlies van genezings- en overlevingskansen vaak statistieken voorhanden waarop een beroep kan worden gedaan (*supra* nrs. 72-77 en 82-86). Bij het verlies van een kans op gunning van overheidsopdrachten kan de gederfde winst dan weer als uitgangspunt dienen (*supra* nr. 110). Ook rapporten van deskundigen kunnen een grote hulp bieden bij het begroten van de schadevergoeding.

123. In Frankrijk werd de verloren kans vroeger vergoed door middel van een forfaitaire schadevergoeding.¹⁹⁴ Het Franse Hof van Cassatie heeft deze praktijk in 2000 echter verworpen en gesteld dat het aan de feitenrechter toekomt na te gaan wat de verschillende schadeposten zijn en te bepalen tot welk percentage van de werkelijk ingetreden schade de verloren kans moet

¹⁹⁰ L. SCHUERMANS, A. VAN OEVELEN, C. PERSYN en P. ERNST, "Overzicht rechtspraak onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)", *TPR* 1994, 1019.

¹⁹¹ Antwerpen 10 november 2003, *RW* 2006-07, 1524.

¹⁹² H. BOCKEN en I. BOONE, "Causaliteit in het Belgisch recht", *TPR* 2002, 1669-1670.

¹⁹³ Rb. Ieper 7 april 2000, *T.Gez.* 2001-02, 196.

¹⁹⁴ C. BERNFELD, "L'indemnisation de la perte de chance dans le domaine des accidents médicaux: une situation dramatique pour les victimes", *Gaz. Pal.* 2006, nr. 194, 33.

worden begroot.¹⁹⁵ De rechter zal in de meeste gevallen, net zoals in België, de omvang van de verloren kans naar billijkheid beoordelen. Bijgevolg zal de schadevergoeding voor de verloren kans neerkomen op een percentage van de werkelijk ingetreden schade.¹⁹⁶

124. In elk geval is het van groot belang dat de rechter duidelijk weergeeft welke elementen in overweging worden genomen, en hoe groot hij de invloed ervan inschat. Al is het niet mogelijk concrete cijfers weer te geven, het zal zeker de transparantie ten goede komen. In die zin zal er dan ook minder kritiek gegeven kunnen worden op het feit dat de cijfers “uit de lucht komen gevallen”. Hoe duidelijker de elementen uiteengezet worden, hoe kleiner de schijn op willekeur is.

¹⁹⁵ Cass. (FR) 18 juli 2000, n. 98-20430, <http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20000718-9820430>; P. LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, 559; P. OUDOT, “La perte de chance: incertitudes sur un préjudice certain”, *Gaz. Pal.* 2011, nr. 57, 10.

¹⁹⁶ X. “Le cas particulier de la perte de chance”, 2004, <http://www.contrexpert.com/pertedechancepe.htm>.

III. HET AMBTSHALVE OPWERPEN VAN HET VERLIES VAN EEN KANS

125. VERWERPING DOOR HET HOF VAN CASSATIE VAN HET AMBTSHALVE OPWERPEN VAN HET VERLIES VAN EEN KANS

- De laatste vraag die onderzocht wordt, is of een rechter het leerstuk van het verlies van een kans al dan niet ambtshalve kan of moet opwerpen. Het Hof van Cassatie heeft de praktijk van het ambtshalve opwerpen van het verlies van een kans reeds in verschillende arresten verworpen.¹⁹⁷ Het is echter maar de vraag of dit terecht was.

126. PLAN - Wat een rechter in burgerlijke zaken al dan niet kan of moet doen, wordt in grote mate beperkt door het beschikkingsbeginsel.¹⁹⁸ Om na te gaan of een rechter het verlies van een kans ambtshalve mag opwerpen, zal dan ook eerst de draagwijdte van het beschikkingsbeginsel worden weergegeven.

Vervolgens dienen de voorwaarden voor het ambtshalve opwerpen van rechtsmiddelen uiteengezet te worden. Deze voorwaarden zullen getransponeerd worden naar het aansprakelijkheidsrecht om zo te kunnen beoordelen of het ambtshalve opwerpen van het leerstuk van het verlies van een kans al dan niet aan deze voorwaarden voldoet.

1. HET BESCHIKKINGSBEGINSEL

127. HET BESCHIKKINGSBEGINSEL ALS VERUITWENDING VAN HET ACCUSATOIR KARAKTER VAN HET BURGERLIJK PROCES

- In België is één van de basisenmerken van het burgerlijk proces het accusatoir karakter van de procedure.¹⁹⁹ Dit houdt in dat eiser en verweerder op gelijke voet staan. Zij dienen zelf het bewijs aan te voeren van de door hun aangehaalde feiten. De rol van de rechter is bijgevolg beperkt tot het toepassen van het recht en het beslechten van het geschil. Hij dient zich onpartijdig en neutraal op te stellen en mag bijgevolg het onderzoek niet leiden. De rechter is met andere woorden lijdelijk. Dit wordt het beschikkingsbeginsel genoemd.²⁰⁰

1.1 DEFINITIE

128. BEGRIP - Het beschikkingsbeginsel is een algemeen rechtsbeginsel dat inhoudt dat de partijen in een rechtszaak de grenzen van het geding autonoom bepalen. Zo ligt het in hun

¹⁹⁷ Cass. 19 juni 1998, *Arr. Cass.* 1998, nr. 324, noot E. LIEKENDAEL; Cass. 1 april 2004, *J.dr.jeun.* 2004, afl. 239, 44, noot, *JLMB* 2006, afl. 25, 1076, *JT* 2005, 357, noot N. ESTIENNE, *Juristenkrant* 2005, 5, *NJW* 2005, 628, noot S. LIERMAN, *Pas.* 2004, afl. 3, 527, concl. T. WERQUIN, *RW* 2004-05, 106, *TBBR* 2005, 368, noot C. EYBEN, *T.Verz.* 2006, 235; Cass. 2 december 2004, *Pas.* 2004, I, 1900; Cass. 12 oktober 2005, *RW* 2008-09, 667, noot; Cass. 12 mei 2006, *JLMB* 2006, 1170 en *T.Gez.* 2008-09, noot J. FAGNART.

¹⁹⁸ H. BOURLABAH, "La cause - Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits et la détermination de la norme juridique applicable à la solution du litige" in J. LINSMEAU en M. STORME (eds.), *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil*, Brussel, Bruylant, 1999, 92 (hierna: H. BOURLABAH, "La cause"); G. DE LEVAL en F. GEORGES, *Précis de droit judiciaire, tome 1, Les institutions judiciaires: organisation et éléments de compétence*, Brussel, Larcier, 2010, 89 (hierna: G. DE LEVAL en F. GEORGES, *Précis de droit judiciaire, tome 1*); J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, 54 (hierna: J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*); B. MAES, *Inleiding tot het burgerlijk procesrecht*, Brugge, die Keure, 2012, 14 (hierna: B. MAES, *Inleiding tot het burgerlijk procesrecht*).

¹⁹⁹ J. LAENENS, K. BROECKX, D. SCHEERS en P. THIRIAR, *Handboek gerechtelijk recht*, 54; B. MAES, *Inleiding tot het burgerlijk procesrecht*, 13; P. VAN ORSHOVEN, M. BOES en B. ALLEMEERSCH, *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen. Gerechtelijk recht voor bachelors*, Leuven, Acco, 2012, 222 en 226 (hierna: P. VAN ORSHOVEN, M. BOES en B. ALLEMEERSCH, *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*).

²⁰⁰ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, 3 en 10-11 (hierna: B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*); H. LEMAHIEU, "De lijdelijkheid van de rechter", *Jura Falc.* 1981-82, 219-220; J. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction: iura dicit curia*, Brussel, Bruylant, 2004, 306 en 312 (hierna: J. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction: iura dicit curia*).

handen of een zaak al dan niet aanhangig wordt gemaakt evenals de mate waarin een zaak aanhangig wordt gemaakt.²⁰¹ De rechter heeft enkel de vrijheid de voorgelegde feiten te (her)kwalificeren en te oordelen welke rechtsregel toegepast dient te worden. Hij kan bijgevolg geen uitspraak doen over iets wat niet gevorderd werd.²⁰²

In Frankrijk geldt het beschikkingsbeginsel evenzeer. Het zijn de partijen zelf die het geding inleiden en bepalen wat de grenzen ervan zijn (artikelen 1, 2, 4, 5 en 7 *Code de Procédure Civile*).²⁰³ Het zijn dan ook de partijen die de feiten van het geschil aanbrengen. Hoewel de rechter hieraan gebonden is, is hij niet gebonden aan de kwalificatie die de partijen deze feiten toeschrijven.²⁰⁴

Het beginsel dat de partijen autonoom bepalen of ze overgaan tot een rechtszaak, tegen wie ze de rechtszaak instellen en waarom ze procederen, is ook in Nederland gekend (artikelen 23 Wetboek van de Burgerlijke Rechtsvordering).²⁰⁵

1.2 GRONDSLAG

129. BEPERKTE WETTELIJKE GRONDSLAG - Het beschikkingsbeginsel is geënt op artikel 1138, 2° Gerechtelijk Wetboek.²⁰⁶ Dit artikel bepaalt het volgende: 'er staat geen herroeping van het gewijsde open maar enkel, tegen de beslissingen in laatste aanleg, voorziening in cassatie wegens overtreding van de wet, indien er uitspraak gedaan is over niet gevorderde zaken of er meer werd toegekend dan er gevraagd was.'

Hoewel dit artikel als grondslag van het beschikkingsbeginsel wordt geponeerd, is het slechts beperkt. Het heeft enkel betrekking op de vrijheid van de partijen het voorwerp van het geschil te

²⁰¹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 20-21 en 177; H. BOCKEN, "Verlies van een kans. Het cassatiearrest van 5 juni 2008. Vervolg en (voorlopig?) slot", *NJW* 2009, afl. 194, 7; G. DE LEVAL en F. GEORGES, *Précis de droit judiciaire, tome 1*, 89; J. VAN COMPERNOLLE, "La cause de la demande: une clarification décisive", noot onder Cass. 14 april 2005, *JT* 2005, 661; P. VAN ORSHOVEN, M. BOES en B. ALLEMEERSCH, *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, 222; P. VAN ORSHOVEN, "Het verschil tussen 'vragen' en 'inroepen'. Over het beschikkingsbeginsel of de macht van de rechter *in fiscalibus*", *TFR* 2004, 157; R. VERBEKE, "De oorzaak van de vordering en het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden", *RABG* 2005, 1667.

²⁰² B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 177; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit" in DE LEVAL, G., *Actualités en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2005, 149-150 (hierna: J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit").

²⁰³ L. CADIET, J. NORMAND, en S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2010, 752 (hierna: L. CADIET, J. NORMAND, en S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*); G. COUCHEZ en X. LAGARDE, *Procédure civile*, Parijs, Dalloz, 2011, 269-271 (hierna: G. COUCHEZ en X. LAGARDE, *Procédure civile*); S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile. Droits interne et de l'Union européenne*, Parijs, Dalloz, 2012-2013, 650 (hierna: S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*); J. HÉRON en T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, Parijs, Lextenso Éditions, 2012, 227 (hierna: J. HÉRON en T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*).

²⁰⁴ S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, 651.

²⁰⁵ M. HENDRIKSE, "Beginselen van en ontwikkelingen in het Nederlands burgerlijk procesrecht" in HENDRIKSE, M. en JONGBLOED, A. (eds.), *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer, Kluwer, 2007, 5; A. MIERLO, C. NISPEN en M. POLAK (eds.), *Burgerlijke rechtsvordering inclusief EEX-Verordening. Tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2012, 109 (hierna: A. MIERLO, C. NISPEN en M. POLAK (eds.), *Burgerlijke rechtsvordering inclusief EEX-Verordening. Tekst en commentaar*); H. SNIJDERS, M. KLAASSEN en G. MEJER, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, 46 en 48-49 (hierna: H. SNIJDERS, M. KLAASSEN en G. MEJER, *Nederlands burgerlijk procesrecht*); P. STEIN en A. RUEB, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, 20 (hierna: P. STEIN en A. RUEB, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*); J. VRIESENDORP, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1981, 7 (hierna: J. VRIESENDORP, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*).

²⁰⁶ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 17 en 20; J. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction: iura dicit curia*, 224; P. VAN ORSHOVEN, "Het verschil tussen 'vragen' en 'inroepen'. Over het beschikkingsbeginsel of de macht van de rechter *in fiscalibus*", *TFR* 2004, 157; R. VERBEKE, "De oorzaak van de vordering en het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden", *RABG* 2005, 1667.

bepalen. Daarnaast zijn het echter ook de partijen zelf die bepalen wie de tegenpartij in een concreet geschil is en wat de oorzaak van het geschil is.²⁰⁷

1.3 DRAAGWIJDTE

130. HET BESCHIKKINGSBEGINSEL EN DE BEVOEGDHEIDSVREDELING TUSSEN RECHTER EN PARTIJEN - De draagwijdte van het beschikkingsbeginsel is van cruciaal belang om te weten of en wanneer een rechter ambtshalve middelen kan of moet opwerpen, aangezien dit beginsel de bevoegdheidsverdeling tussen de rechter en de partijen in het burgerlijk proces weergeeft.²⁰⁸

131. DE TRADITIONELE VERSUS DE MODERNE VISIE - De traditionele visie op het beschikkingsbeginsel houdt in dat hoewel partijen de inhoud van het geding bepalen, een rechter een rechtsregel die de openbare orde raakt, verplicht is ambtshalve in te roepen. Anderzijds is het volgens deze visie uit den boze een rechtsregel van dwingend of aanvullend recht ambtshalve op te werpen.²⁰⁹

Deze visie strookt niet meer met de moderne visie. De meerderheid van de rechtsgeleerden neemt tegenwoordig aan dat de rechter altijd de juiste rechtsregel moet toepassen, ongeacht of het gaat om een rechtsregel van openbare orde of niet. De rechter kent het recht en dient ze toe te passen.²¹⁰

Ook het Hof van Cassatie heeft reeds meermaals gesteld dat de rechter vrij is de rechtsregels toe te passen ongeacht van welke aard ze zijn, zolang hij ze maar toepast op de door de partijen aangebrachte feiten. Zo stelde het Hof van Cassatie onder andere in 2004 dat de rechter ambtshalve middelen mag opwerpen die steunen op regelmatig aangehaalde elementen en die niet door de partijen bij conclusie zijn uigesloten. Hierbij dient de rechter het voorwerp en de oorzaak van de vordering onaangeroerd te laten en het recht van verdediging van de partijen te eerbiedigen.²¹¹

1.4 BESCHIKKINGSBEGINSEL EN IURA NOVIT CURIA: VERPLICHTING OF MOGELIJKHEID AMBTSHALVE MIDDELEN OPWERPEN

132. DE RESTRICTIEVE VERSUS DE EXTENSIEVE OPVATTING - De vraag of een rechtsmiddel de openbare orde raakt of van dwingend of aanvullend recht is, zou enkel nog van belang om te bepalen wanneer een rechter het rechtsmiddel verplicht is op te werpen, dan wel de mogelijkheid heeft ze op te werpen.

Zo stelt een restrictieve opvatting dat de rechter enkel verplicht is ambtshalve een rechtsmiddel op te werpen als ze de openbare orde raakt. In andere gevallen beschikt de rechter over een

²⁰⁷ P. VAN ORSHOVEN, "Het verschil tussen 'vragen' en 'inroepen'. Over het beschikkingsbeginsel of de macht van de rechter *in fiscalibus*", *TFR* 2004, 157; R. VERBEKE, "De oorzaak van de vordering en het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden", *RABG* 2005, 1667.

²⁰⁸ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 177-183; H. BOURLABAH, "La cause", 92 en 101; P. VAN ORSHOVEN, M. BOES en B. ALLEMEERSCH, *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, 222.

²⁰⁹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 2007, 189; H. LEMAHIEU, "De lijdelijkheid van de rechter", *Jura Falc.* 1981-82, 231; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 179.

²¹⁰ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 189; W. RAUWS, "Jura novit curia", *RW* 1984-85, 902; W. RAUWS, "Het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden en de autonomie van de partijen", noot onder Cass. 10 mei 1985, *RW* 1985-1986, 2216; P. THION, "Kwalificatie van oorzaak en voorwerp van de vordering", *NJW* 2003, 728; M. VANQUICKENBORNE, *Feit & recht of de rechter en de procespartijen*, Brussel, Swinnen, 1987, 23-24 (hierna: M. VANQUICKENBORNE, *Feit & recht*).

²¹¹ Cass. 29 april 2004, *RW* 2007-08, 83; R. VERBEKE, "De oorzaak van de vordering en het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden", *RABG* 2005, 1667.

mogelijkheid het middel op te werpen.²¹²

De ruime opvatting maakt dit onderscheid niet en stelt dat het ambtshalve opwerpen van rechtsmiddelen altijd verplicht is zolang dit geen afbreuk doet aan het beschikkingsbeginsel en het recht van verdediging.²¹³ Dit was overigens het standpunt van het Hof van Cassatie in haar arrest van 14 april 2005.²¹⁴

133. DE GENUANCEERDE OPVATTING - Naast deze twee opvattingen is er nog een genuanceerde opvatting die de verplichting of de mogelijkheid om ambtshalve middelen op te werpen vastpint aan het soort feiten waarop de rechter zich baseert. Zo wordt een onderscheid gemaakt tussen hoofdfeiten en bijkomstige feiten. De hoofdfeiten zijn de feiten die door de betrokken partijen in het geschil uitdrukkelijk worden opgeworpen ter ondersteuning van hun vordering of verweer. De bijkomstige feiten zijn de feiten die tijdens het proces louter zijn vermeld, en waarop de partijen dus niet expliciet steunen. Dit zijn onder andere feiten die uit het dossier blijken.²¹⁵

Wat betreft rechtsmiddelen waarvan de toepassing geboden lijkt te zijn door de bijkomstige feiten zou de rechter over een loutere mogelijkheid beschikken deze ambtshalve op te werpen, terwijl met betrekking tot de rechtsmiddelen waarvan de hoofdfeiten toepassing blijken te vergen een algemene verplichting geldt. Deze laatste strekking vindt bevestiging in het cassatiearrest van 14 april 2005. Uit dit arrest blijkt duidelijk dat de rechter verplicht is ambtshalve middelen op te werpen, ongeacht de aard van de rechtsregel, met betrekking tot de door de partijen uitdrukkelijk opgeworpen feiten. Het hof spreekt over een verplichting 'ambtshalve middelen op te werpen waarvan de toepassing geboden is door de feiten die door de partijen in het bijzonder worden aangevoerd tot staving van hun eisen.'²¹⁶ Deze verplichting werd recent bevestigd in het arrest van 14 december 2012.²¹⁷

134. ALGEMENE VERPLICHTING IN BELGIË - Als grondslagen voor de algemene verplichting ambtshalve middelen op te werpen ongeacht de aard ervan, wordt gewezen op het algemeen rechtsbeginsel *iura novit curia* en artikel 5 Gerechtelijk Wetboek.

Artikel 5 Gerechtelijk Wetboek houdt het verbod van rechtsweigerings in. Dit artikel stelt dat de rechter het geschil zoals het haar wordt voorgelegd dient te beslechten.²¹⁸ Toch blijkt dit artikel niet voldoende om als grondslag voor de algemene verplichting te dienen. De rechter beslecht namelijk ook het geschil wanneer hij de vordering ongegrond verklaart, zonder dat hij

²¹² B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 189; H. LEMAHIEU, "De lijdelijkheid van de rechter", *Jura Falc.* 1981-82, 231; J. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction: iura dicit curia*, 286-297; P. VAN ORSHOVEN, M. BOES en B. ALLEMEERSCH, *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, 223.

²¹³ H. BOURLABAH, "La cause", 100-101 en 103-104; J. KIRKPATRICK, "Un principe général du droit plus fort que la loi: le respect du droit de défense en cas de décision judiciaire fondée sur un moyen pris d'office", in X., *Imperat Lex. Liber Amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 282; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 186.

²¹⁴ Cass. 14 april 2005, *Arr. Cass.* 2005, 868, *JLMB* 2005, 856, noot G. DE LEVAL, *JT* 2005, 796, noot J. VAN COMPERNOLLE, *Pas.* 2005, afl. 4, 862, concl. P. DE KOSTER, *P&B* 2005, 300, concl. O.M., noot en *RABG* 2005, 1663, noot R. VERBEKE, *Soc. Kron.* 2008, 497.

²¹⁵ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 212; H. BOURLABAH, "La cause", 137; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 184.

²¹⁶ Cass. 14 april 2005, *Arr. Cass.* 2005, 868, *JLMB* 2005, 856, noot G. DE LEVAL, *JT* 2005, 796, noot J. VAN COMPERNOLLE, *Pas.* 2005, afl. 4, 862, concl. P. DE KOSTER, *P&B* 2005, 300, concl. O.M., noot, *RABG* 2005, 1663, noot R. VERBEKE en *Soc. Kron.* 2008, 497.

²¹⁷ Cass. 14 december 2012, c.12.0018.N, <http://www.cass.be>.

²¹⁸ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 195; M. CASTERMANS, *Gerechtelijk privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 2009, 21.

ambtshalve andere rechtsmiddelen opwerpt.²¹⁹

Het adagium *iura novit curia* houdt in dat de rechter het recht kent en het dus moet toepassen. Vandaar dat de rechter ambtshalve de rechtsmiddelen dient op te werpen die volgens hem op het voor hem voorgelegde geschil van toepassing zijn.²²⁰

135. ALGEMENE VERPLICHTING IN FRANKRIJK - Artikel 12 *Code de Procédure Civile* laat duidelijk blijken dat ook in Frankrijk een algemene verplichting tot het ambtshalve opwerpen van rechtsmiddelen bestaat. Dit artikel stelt dat de rechter het geschil dient te beslechten conform de toepasselijke rechtsregels. Hij dient zich hierbij niet te houden aan de kwalificatie die de partijen aan de feiten hebben gegeven en kan met andere woorden de rechtsgronden aanvullen ongeacht de aard ervan.²²¹

De heersende visie in Frankrijk komt overeen met de genuanceerde visie in België, in die zin dat de algemene verplichting enkel geldt met betrekking tot de hoofdfeiten die de partijen hebben aangehaald, en niet met betrekking tot bijkomstige feiten. Artikel 7, lid 2 *Code de Procédure Civile* bepaalt wel dat de rechter rekening mag houden met de bijkomstige feiten, maar dit is een mogelijkheid voor de rechter en geen verplichting.²²²

136. GEEN ALGEMENE VERPLICHTING IN NEDERLAND - In Nederland bepaalt artikel 24 Wetboek van de Burgerlijke Rechtsvordering dat de rechter zich enkel mag baseren op wat de partijen hem voorgelegd hebben om de zaak te beslechten. Zo mag hij niets anders of niets meer toekennen dan wat gevorderd werd.²²³ In tegenstelling tot wat in de meeste landen, waaronder België en Frankrijk, het geval is, rust er in Nederland geen algemene verplichting op de rechter om ambtshalve middelen op te werpen. Middelen die niet van openbare orde zijn, en waarvan de partijen dus afstand kunnen doen, kunnen door de rechter niet ambtshalve worden opgeworpen. De rechter is bijgevolg enkel verplicht ambtshalve middelen op te werpen in zoverre hij hierbij binnen de grenzen van het geding blijft of indien het gaat om middelen die de openbare orde raken.²²⁴ Deze (beperkte) verplichting is verankerd in artikel 25 Wetboek van de Burgerlijke Rechtsvordering. Zoals verder zal blijken is het ambtshalve opwerpen van middelen ook in Nederland aan een aantal beperkingen onderworpen (*infra* nrs. 144, 149, 156, 162, 168 en 172).²²⁵

²¹⁹ M. VANQUICKENBORNE, *Feit & recht*, 25-26.

²²⁰ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 183-184; H. BOURLABAH, "La cause", 100; J. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction: iura dicit curia*, 341.

²²¹ L. CADIET en E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, Parijs, LexisNexis, 2011, 408-412 (hierna: L. CADIET en E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*); G. COUCHEZ en X. LAGARDE, *Procédure civile*, 273-275; J. HÉRON en T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 228.

²²² J. VAN COMPERNOLLE, "La cause de la demande: une clarification décisive", noot onder Cass. 14 april 2005, *JT* 2005, 662; L. CADIET en E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 409 en 412; J. HÉRON en T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 230-231.

²²³ R. CROMMELIN, *Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden. De betekenis van art. 8:96 Awb in het licht van art. 48 (oud) Rv*, Deventer, Kluwer juridisch, 2007, 82 (hierna: R. CROMMELIN, *Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden*); H. SNIJDERS, M. KLAASSEN en G. MEJER, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 46.

²²⁴ H. SNIJDERS, M. KLAASSEN en G. MEJER, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 52-55; A. MIERLO, C. NISPEN en M. POLAK (eds.), *Burgerlijke rechtsvordering inclusief EEX-Verordening. Tekst en commentaar*, 112-113; J. VRIESENDORP, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, 59.

²²⁵ R. CROMMELIN, *Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden*, 75; A. MIERLO, C. NISPEN en M. POLAK (eds.), *Burgerlijke rechtsvordering inclusief EEX-Verordening. Tekst en commentaar*, 113-114.

2. VOORWAARDEN AMBTSHALVE OPWERPEN VAN MIDDELEN

137. GRENZEN ALGEMENE VERPLICHTING - Uit bovenstaande kan geconcludeerd worden dat er, althans volgens de meerderheid van de rechtsgeleerden en met uitzondering van Nederland, op de rechter een algemene verplichting rust om rechtsmiddelen ongeacht de aard ervan ambtshalve op te werpen. Toch geldt deze verplichting niet zonder meer. De rechter dient bij het ambtshalve opwerpen van rechtsmiddelen onderstaande cumulatieve voorwaarden in acht te nemen.

2.1 GEEN WIJZIGING VAN OORZAAK

138. BEGRIP - Ten eerste mag de rechter de oorzaak van de vordering niet wijzigen.²²⁶

De oorzaak van de vordering is het rechtsfeit dat het geschil heeft uitgelokt, oftewel de reden waarom de partijen naar de rechter gaan.²²⁷ Zo zal met betrekking tot een vordering omtrent het bekomen van schadevergoeding het lijden van schade door wanprestatie of onrechtmatige daad de oorzaak van de vordering zijn.

139. JURIDISCHE GRONDSLAG ALS OORZAAK - De invulling van het begrip oorzaak is zeer omstrede.²²⁸ Allereerst is er een strekking die onder het begrip oorzaak de juridische grondslag verstaat.²²⁹ Binnen deze strekking heersen er twee visies. Ten eerste zou de juridische grondslag duiden op de rechtsregels waarop partijen zich beroepen. Bijgevolg is het voor een rechter onmogelijk een andere grondslag toe te passen, aangezien dit zou neerkomen op een wijziging van de oorzaak, wat verboden is. De rechter zou dan alleen vrij zijn een rechtsmiddel ambtshalve op te werpen indien de partijen in het geding geen enkele rechtsgrond hebben aangehaald.²³⁰

Ten tweede is er een visie die de oorzaak van de vordering ook beschouwd als de juridische grondslag, maar aan de juridische grondslag wordt een andere invulling gegeven. Zo wordt gesteld dat de juridische grondslag neerkomt op de juridische feiten. Volgens deze zienswijze kan de rechter wel ambtshalve middelen opwerpen zolang hij zich enkel baseert op regelmatig voorgelegde feiten.²³¹ In die zin zou de rechter zich bij het ambtshalve opwerpen van rechtsmiddelen enkel mogen baseren op de door de partijen expliciet opgeworpen feiten. Als de

²²⁶ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 197; M. GRÉGOIRE, noot onder Cass. 28 mei 2009, *Ius & Actores* 2010, 42.

²²⁷ B. MAES, *Inleiding tot het burgerlijk procesrecht*, 131; W. RAUWS, "Jura novit curia", *RW* 1984-85, 901; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 162; P. VAN ORSHOVEN, "Het verschil tussen 'vragen' en 'inroepen'. Over het beschikkingsbeginsel of de macht van de rechter *in fiscalibus*", *TFR* 2004, 157; R. VERBEKE, "De oorzaak van de vordering en het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden", *RABG* 2005, 1668.

²²⁸ G. CLOSSET-MARCHAL, "Les pouvoirs respectifs du juge et des parties dans la détermination de l'objet et de la cause de la demande", *TBBR* 2002, 450; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 174-175; R. VERBEKE, "De oorzaak van de vordering en het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden", *RABG* 2005, 1668.

²²⁹ J. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction: iura dicit curia*, 212; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 175; A. VAN OEVELEN en E. DIRIX, "De ambtshalve aanvulling of wijziging van rechtsgronden en de problemen van samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid", *RW* 1985-86, 905.

²³⁰ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 203; H. BOURLABAH, "La cause", 101; G. CLOSSET-MARCHAL, "Les pouvoirs respectifs du juge et des parties dans la détermination de l'objet et de la cause de la demande", *TBBR* 2002, 450; P. THION, "Kwalificatie van oorzaak en voorwerp van de vordering: mysteries uit het procesrecht", *NJW* 2003, 728; J. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction: iura dicit curia*, 357-360; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 175-176.

²³¹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 203-205; H. BOURLABAH, "La cause", 96-97; J. VAN COMPERNOLLE, "La cause de la demande: une clarification décisive", noot onder Cass. 14 april 2005, *JT* 2005, 661; J. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction: iura dicit curia*, 366-368; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 176-178.

rechter zich op andere bijkomstige feiten zou baseren zou hij alsnog de oorzaak wijzigen en het beschikkingsbeginsel schenden. Dit betekent niet dat de rechter totaal geen rekening zou mogen houden met de bijkomstige feiten. Zo mag hij krachtens deze visie de bijkomstige feiten mee in rekening brengen, zolang dit maar gebeurt in het licht van de hoofdfeiten zoals die door de partijen werden opgeworpen.²³²

Met betrekking tot de feiten waarop de rechter zich kan baseren, is er nog een andere ruimere opvatting die stelt dat de rechter zich altijd op alle feiten en dus ook bijkomstige feiten mag baseren. Een rechter kan met andere woorden ook rekening houden met feiten die uit het dossier blijken, en niet enkel met feiten die door de partijen als grondslag voor hun vordering of verweer expliciet werden opgeworpen.²³³

140. FEITELIJKE GRONDSLAG ALS OORZAAK - Naast de strekking die het begrip oorzaak als de juridische grondslag opvat, is er een strekking die het begrip oorzaak een feitelijke invulling geeft. In die zin wordt de oorzaak omschreven als alle feiten die door de partijen opgeworpen worden om hun zaak hard te maken, onafhankelijk van de juridische kwalificatie die de partijen eraan geven.²³⁴ Hieruit volgt dat de rechter zeer gemakkelijk ambtshalve middelen kan opwerpen zonder de oorzaak te wijzigen, wat volgens de meeste rechtsgeleerden wenselijk is.²³⁵

141. VOORKEUR FEITELIJKE INVULLING - Deze laatste strekking verdient navolging. De oorzaak van de vordering dient alle feiten te omvatten die aanleiding geven tot de vordering en niet de juridische grondslag. Het is namelijk niet de oorzaak, maar het onderwerp van de vordering dat betrekking heeft op de juridische grondslag. De oorzaak van de vordering en het onderwerp ervan mogen bijgevolg niet met elkaar verward worden. Hoewel de rechter de oorzaak van de vordering niet mag wijzigen, mag hij wel het onderwerp ervan wijzigen.²³⁶ Hierbij kan een beroep worden gedaan op het adagium *ius novit curia*, dat inhoudt dat de rechter het recht kent en het dient toe te passen. Het is bijgevolg aan de partijen de feiten van het concrete geschil weer te geven en aan de rechter om hierop de juiste rechtsregels toe te passen.²³⁷ Hoewel de partijen de feiten veelal zullen weergeven in een juridische context, is de rechter hier niet door gebonden. In de Belgische rechtsorde beschikt de rechter namelijk over een (her)kwalificatiebevoegdheid. De rechter is bijgevolg gebonden aan de feiten die de partijen voorleggen, maar niet aan de kwalificatie die de partijen hieraan geven.

Daarnaast steunt het beschikkingsbeginsel op de wilsautonomie van de partijen. Zoals Prof.

²³² B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 213-214; H. BOURLABAH, "La cause", 137-138; J. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction: iura dicit curia*, 528-529.

²³³ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 214; P. THION, "Kwalificatie van oorzaak en voorwerp van de vordering: mysteries uit het procesrecht", *NJW* 2003, 731; J. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction: iura dicit curia*, 528-529; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 158-159.

²³⁴ H. BOURLABAH, "La cause", 97-98; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 36-37 (hierna: G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*); J. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction: iura dicit curia*, 380-385; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 179; A. VAN OEVELEN en E. DIRIX, "De ambtshalve aanvulling of wijziging van rechtsgronden en de problemen van samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid", *RW* 1985-86, 905.

²³⁵ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 206-208; G. CLOSSET-MARCHAL, "Les pouvoirs respectifs du juge et des parties dans la détermination de l'objet et de la cause de la demande", *TBBR* 2002, 450; P. THION, "Kwalificatie van oorzaak en voorwerp van de vordering: mysteries uit het procesrecht", *NJW* 2003, 728; R. VERBEKE, "De oorzaak van de vordering en het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden", *RABG* 2005, 1669; M. VANQUICKENBORNE, *Feit & recht*, 1987, 41.

²³⁶ P. VAN ORSHOVEN, M. BOES en B. ALLEMEERSCH, *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen*, 222-223.

²³⁷ Cass. 10 januari 2005, *RABG* 2005, 1672.

ALLEMEERSCH terecht stelt, heeft de wil van de partijen betrekking op welke feiten worden voorgelegd om gelijk te krijgen. Of het nu op basis van de ene dan wel de andere rechtsregel is dat een partij haar gelijk haalt, is voor die partij in kwestie veelal onbelangrijk.²³⁸

142. ONDUIDELIJK STANDPUNT HOF VAN CASSATIE - Naast de discussie binnen de rechtsleer, blijkt dat ook de rechtspraak van het Hof van Cassatie geen eenduidig antwoord biedt, zowel met betrekking tot de vraag wat er onder de oorzaak van de vordering dient te worden verstaan als met betrekking tot de vraag of een rechter juridische middelen kan opwerpen op basis van bijkomstige feiten zonder de oorzaak van de vordering te wijzigen.²³⁹

143. DE NIET-WIJZIGING VAN DE OORZAAK NIET LANGER ALS GRENS VAN DE ALGEMENE VERPLICHTING? - Overigens lijkt het Hof van Cassatie de voorwaarde dat de rechter bij het ambtshalve opwerpen van rechtsmiddelen de oorzaak van de vordering niet mag wijzigen niet langer op te leggen. In twee recente arresten uit 2012 stelt het Hof namelijk: 'de rechter is gehouden het geschil te beslechten overeenkomstig de daarop van toepassing zijnde rechtsregels. Hij moet de juridische aard van de door de partijen aangevoerde feiten en handelingen onderzoeken, en mag, ongeacht de juridische omschrijving die de partijen daaraan hebben gegeven, de door hen aangevoerde redenen ambtshalve aanvullen op voorwaarde dat hij geen betwisting opwerpt waarvan de partijen bij conclusie het bestaan hebben uitgesloten, dat hij enkel steunt op elementen die hem regelmatig zijn voorgelegd, dat hij het voorwerp van de vordering niet wijzigt en dat hij daarbij het recht van verdediging van de partijen niet miskent.'²⁴⁰

In vroegere arresten stelde het Hof uitdrukkelijk dat noch de oorzaak noch het voorwerp van de vordering gewijzigd mochten worden. Of hieruit afgeleid mag worden dat het vereiste de oorzaak in stand te houden bij het ambtshalve opwerpen van rechtsmiddelen niet meer geldt, valt te betwijfelen. Het is namelijk het beschikkingsbeginsel dat de grenzen van de bevoegdheid van de rechter bepaalt. In dit opzicht zal de rechter nog steeds rekening moeten houden met de oorzaak van de vordering, daar het krachtens het beschikkingsbeginsel aan de partijen is om zowel de oorzaak als het voorwerp van de vordering te bepalen (*supra* nrs. 128-129).

144. FEITELIJKE GRONDSLAG ALS OORZAAK IN FRANKRIJK EN NEDERLAND - De discussie omtrent het begrip oorzaak dat in België reeds lange tijd gaande is, vindt niet (langer) plaats in haar buurlanden.

In Frankrijk stelt artikel 6 *Code de Procédure Civile* dat de feitelijke grondslag van de vordering niet mag worden gewijzigd bij het ambtshalve opwerpen van rechtsmiddelen.²⁴¹

In Nederland geldt zoals reeds gesteld geen algemene verplichting rechtsmiddelen ambtshalve op te werpen (*supra* nr. 136). De rechter kan enkel overgaan tot het ambtshalve opwerpen van rechtsmiddelen mits de feitelijke grondslag van de vordering niet wijzigen.²⁴²

²³⁸ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 209-212 en 219-223.

²³⁹ Cass. 24 september 1964, *Pas.* 1965, I, 77; Cass. 4 mei 1972, *Arr.Cass.* 1972, 824; Cass. 18 februari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 202; Cass. 22 januari 1998, *Arr. Cass.* 1998, 107; Cass. 18 november 2004, *JT* 2005, 160, noot; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 209-212 en 214-217.

²⁴⁰ Cass. 28 september 2012, c.12.0049.N, <http://www.cass.be>; Cass. 14 december 2012, c.12.0018.N, <http://www.cass.be>.

²⁴¹ G. COUCHEZ en X. LAGARDE, *Procédure civile*, 265.

²⁴² M. VANQUICKENBORNE, *Feit & recht*, 42; R. CROMMELIN, *Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden*, 81; W. HUGENHOLTZ en W. HEEMSKERK, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Amsterdam, Elsevier juridisch, 2009, 124 (hierna: W. HUGENHOLTZ en W. HEEMSKERK, *Hoofdlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*); H. SNIJDERS, M. KLAASSEN en G. MEJER, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 54.

De discussie wordt in beide landen met andere woorden uit de weg gegaan door geen gebruik te maken van het begrip oorzaak, maar in plaats daarvan te spreken van de feitelijke grondslag van de vordering.²⁴³

2.2 GEEN WIJZIGING VAN VOORWERP

145. BEGRIP - Ten tweede mag de rechter naast de oorzaak van de vordering ook het voorwerp niet wijzigen.²⁴⁴ Het voorwerp van de vordering is datgene dat gevorderd wordt. Het gaat om het sociale, economische of morele resultaat dat de eisende partij nastreeft.²⁴⁵

2.2.1 EXTRA- OF ULTRAPETITAVEROBOD

146. EXTRA- OF ULTRAPETITAVEROBOD IN BELGIË - Het verbod voor de rechter om iets anders of meer toe te kennen dan gevorderd werd door de eisende partij, staat beter bekend als het *extra-* en *ultrapetitaverbod*.²⁴⁶ Dit verbod is uitdrukkelijk opgenomen in artikel 1138, 2^o van het Gerechtelijk Wetboek. Als de rechter iets anders of meer zou toekennen dan gevorderd werd, is er sprake van wetsovertreding doordat hij ambtshalve het voorwerp van de vordering wijzigt.²⁴⁷

147. EXTRA- OF ULTRAPETITAVEROBOD ALS TOEPASSING VAN HET BESCHIKKINGSBEGINSEL - Het Hof van Cassatie heeft intussen meermaals gesteld dat het *ultrapetitaverbod* geen algemeen rechtsbeginsel is, maar een toepassing van het beschikkingsbeginsel. In die zin zijn de partijen volledig vrij om te bepalen wat ze al dan niet vragen aan de rechter.²⁴⁸ Zij kunnen bijgevolg minder vragen dan waar zij recht op hebben.

148. EXTRA- OF ULTRAPETITAVEROBOD IN FRANKRIJK - Ook in Frankrijk is het *ultrapetitaverbod* opgenomen in de wet, meer bepaald in de artikelen 4 en 5 *Code de Procédure Civile*. Artikel 4 *Code de Procédure Civile* stelt dat de partijen het voorwerp van het geschil bepalen. Daarnaast bepaalt artikel 5 *Code de Procédure Civile* dat de rechter enkel uitspraak moet doen over het gevorderde.²⁴⁹

149. EXTRA- OF ULTRAPETITAVEROBOD IN NEDERLAND - In Nederland vormen de artikelen 23 en 24 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de grondslag van het *ultrapetitaverbod*. Er wordt

²⁴³ M. VANQUICKENBORNE, *Feit & recht*, 42; E. BLANC, "Principes généraux de la nouvelle procédure civile", *JCP* 1973, 2559; J. VRIESENDORP, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, 9-14.

²⁴⁴ M. GRÉGOIRE, noot onder Cass. 28 mei 2009, *Ius & Actores* 2010, 42; H. LEMAHIEU, "De lijdelijkheid van de rechter", *Jura Falc.* 1981-82, 229; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 162-163; M. VANQUICKENBORNE, *Feit & recht*, 96.

²⁴⁵ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 225; G. CLOSSET-MARCHAL, "Les pouvoirs respectifs du juge et des parties dans la détermination de l'objet et de la cause de la demande", *TBBR* 2002, 448; P. THION, "Kwalificatie van oorzaak en voorwerp van de vordering: mysteries uit het procesrecht", *NJW* 2003, 732; J. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction: iura dicit curia*, 222-223; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 161; M. VAN QUICKENBORNE, *Feit & recht*, 8 en 13.

²⁴⁶ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 227; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 163.

²⁴⁷ Cass. 20 februari 2002, *Pas.* 2002, I, 523; H. LEMAHIEU, "De lijdelijkheid van de rechter", *Jura Falc.* 1981-82, 229; J. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction: iura dicit curia*, 224-225; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 163; M. VANQUICKENBORNE, *Feit & recht*, 96.

²⁴⁸ G. CLOSSET-MARCHAL, "Les pouvoirs respectifs du juge et des parties dans la détermination de l'objet et de la cause de la demande", *TBBR* 2002, 449; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 149.

²⁴⁹ G. COUCHEZ en X. LAGARDE, *Procédure civile*, 264; S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, 652; P. JULIEN en N. FRICERCO, *Procédure civile*, Parijs, Lextenso Éditions, 2011, 134-135 (hierna: P. JULIEN en N. FRICERCO, *Procédure civile*).

gesteld dat de rechter de strekking van de vordering niet mag wijzigen.²⁵⁰ Hij mag bijgevolg niets anders en ook niets meer toekennen dan wat gevorderd werd.²⁵¹

2.2.2 TOEPASSINGSGEBIED EXTRA- OF ULTRAPETITAVEROBOD

150. RUIM TOEPASSINGSGEBIED - Het toepassingsgebied van het verbod is zeer ruim. In principe geldt het verbod voor elk geschil in de burgerlijke rechtspleging in elke stand van het geding; en zelfs in burgerlijke vorderingen die de openbare orde raken.²⁵² Enige uitzonderingen zijn mogelijk, mits ze uitdrukkelijk in de wet zijn opgenomen.²⁵³

Het verbod om *ultra petita* uitspraak te doen vindt bijgevolg toepassing op de vordering tot schadevergoeding wegens wanprestatie of onrechtmatige daad. Opdat er geen sprake zou zijn van wetsovertreding dient de rechter zich er dus van te weerhouden iets anders of meer toe te kennen dan het gevorderde. Hierbij is het in eerste instantie van belang te weten wat de eisende partij precies vordert. Om dit na te gaan, dient de rechter zich op alle processtukken te baseren, met uitzondering van de onregelmatige conclusies die uit de debatten moeten worden geweerd.²⁵⁴ Dit is van belang omdat de vordering in de loop van het geding gewijzigd of aangevuld kan worden (artikelen 807-808 Gerechtelijk Wetboek).²⁵⁵ Bovendien is het ook mogelijk dat een partij afstand doet van haar vordering (artikelen 821 en 823 Gerechtelijk Wetboek).

2.2.3 NUANCERINGEN OP HET EXTRA- OF ULTRAPETITAVEROBOD

151. INTERPRETATIEBEVOEGDHEID - Indien uit de stukken niet duidelijk blijkt wat precies gevorderd wordt, is het aan de rechter om gebruik te maken van zijn interpretatiebevoegdheid. Hierbij dient hij zich te houden aan de bewijskracht van de stukken die hij moet interpreteren. Zodoende moet de vooropgestelde interpretatie verenigbaar zijn met de bewoordingen in de te interpreteren stukken.²⁵⁶

152. (HER)KWALIFICATIEBEVOEGDHEID - Naast de interpretatiebevoegdheid, beschikt de rechter ook over een kwalificatiebevoegdheid. Indien de eiser geen juridische kwalificatie aan het voorwerp van haar vordering geeft, is het aan de rechter de bedoeling van de eiser na te gaan en het voorwerp te kwalificeren. Over het feit dat de rechter dit kan doen zonder het *ultrapetitaverbod* te schenden, bestaat geen twijfel.²⁵⁷

Anders is het indien de rechter het voorwerp wil herkwalificeren. In dat geval heeft de eiser wel een juridische kwalificatie voorop gesteld. De vraag die rijst is of de rechter deze kwalificatie al

²⁵⁰ M. VANQUICKENBORNE, *Feit & recht*, 101.

²⁵¹ R. CROMMELIN, *Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden*, 82; A. MIERLO, C. NISPEN en M. POLAK (eds.), *Burgerlijke rechtsvordering inclusief EEX-Verordening. Tekst en commentaar*, 107-108.

²⁵² B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 233-234 en 239-240; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 164.

²⁵³ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 241; H. LEMAHIEU, "De lijdelijkheid van de rechter", *Jura Falc.* 1981-82, 229; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 164.

²⁵⁴ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 243-244.

²⁵⁵ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 244 en 247; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 152-154.

²⁵⁶ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 248-249.

²⁵⁷ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 252; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 38-39; W. RAUWS, "Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden en de autonomie van de partijen", noot onder Cass. 10 mei 1985, RW 1985-86, 2216; J. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction: iura dicit curia*, 344.

dan niet kan corrigeren. Volgens het Hof van Cassatie is het niet langer mogelijk het voorwerp van de vordering te herkwalificeren. In die zin is de rechter dus niet bevoegd de bedoeling van de eisende partij na te gaan om zo een correcte invulling te geven aan haar vordering.²⁵⁸ Menig rechtsgeleerde is het niet eens met deze zienswijze van het Hof. Zij stellen terecht dat het aan de rechter is om het recht toe te passen. De kwalificatie van de vordering vormt daar een onderdeel van. Bijgevolg zou het volgens hun mogelijk zijn de juridische kwalificatie aan te passen zonder het *ultrapetitaverbod* te miskennen, zolang het toegekende en het gevorderde *de facto* overeenkomen.²⁵⁹

Deze pragmatische opvatting verdient navolging. Het voorwerp van de vordering is namelijk datgene dat de eiser wil bereiken. Zoals professor ALLEMEERSCH terecht opmerkt gaat het om het beoogde sociale, economische of morele resultaat van de eiser.²⁶⁰ Op welke juridische grondslag hij dat resultaat bereikt, is voor de eiser minder belangrijk.

Bovendien is de rechter beter bekend met het recht, en dient een vordering niet meteen afgeketst te worden als blijkt dat de rechter de bedoeling van de eiser kan nagaan aan de hand van de aan hem voorgelegde stukken en zo de vordering kan herkwalificeren.²⁶¹

Daarnaast is het niet logisch dat de vordering van een eiser die er geen juridische kwalificatie aan geeft, wel nog ingewilligd kan worden mits interpretatie door de rechter, terwijl dit niet mogelijk is met betrekking tot de vordering die verkeerd gekwalificeerd werd door de eiser.²⁶² Dit is uiteindelijk wat het Hof van Cassatie voorop stelt. Het signaal dat het uit geeft, is dat het als eiser beter is de vordering niet te kwalificeren.

153. MATIGINGSBEVOEGDHEID - De rechter zal zich hoe dan ook moeten houden aan hetgeen gevorderd wordt door de eisende partij. Hij mag dus niet meer of iets anders toekennen.²⁶³ Wat uiteraard wel mogelijk is, is dat de rechter minder toekent dan hetgeen gevorderd wordt. De rechter beschikt over een appreciatiemarge en kan in die zin dus ook matigen. Enige nuancering is hierbij geboden. De rechter kan namelijk niet minder toekennen als er geen betwisting omtrent de hoogte van de schade bestaat tussen de partijen.²⁶⁴

154. EXTRA- OF ULTRAPETITAVEROBOD TOEGEPAST OP AANSPRAKELIJKHEIDSVORDERINGEN - Met betrekking tot aansprakelijkheidsvorderingen komt het erop neer dat de rechter geen vergoeding mag toekennen voor schadeposten waarvoor geen vergoeding wordt gevorderd. Daarenboven mag hij ook geen hogere vergoeding toekennen dan door de eiser gevorderd wordt. Als de hoogte van de schade betwist wordt, is de rechter wel vrij om de omvang van de vergoeding te bepalen.²⁶⁵ Hij moet hierbij uiteraard aantonen welke berekening of redenering hij gevolgd heeft, aangezien hij onderworpen is aan een motiveringsplicht (artikel 149 Grondwet).

²⁵⁸ Cass. 13 juni 1994, *Arr. Cass.* 1994, 601; Cass. 19 juni 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1145; B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 253-256; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 166.

²⁵⁹ G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 38-40; P. THION, "Kwalificatie van oorzaak en voorwerp van de vordering: mysteries uit het procesrecht", *NJW* 2003, 729.

²⁶⁰ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 258; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 35.

²⁶¹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 259.

²⁶² J. VAN DROOGHENBROECK, *Cassation et juridiction: iura dicit curia*, 346.

²⁶³ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 227-228; B. MAES, *Inleiding tot het burgerlijk procesrecht*, 130-131.

²⁶⁴ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 262.

²⁶⁵ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 260-261.

155. NUANCERINGEN IN FRANKRIJK: IMPLICIET VOORWERP EN DOELGEBONDEN INTERPRETATIE - Hoewel het *ultrapetitaverbod* in Frankrijk dezelfde draagwijdte heeft als het verbod in België, wordt het *ultrapetitaverbod* in Frankrijk niet zo strikt opgevat als in België.

Een eerste nuancering op dit verbod betreft het feit dat er een virtueel of impliciet voorwerp kan schuilgaan achter een expliciet omschreven voorwerp. Dit impliciete voorwerp dient dan wel redelijk en noodzakelijk samen te gaan met het expliciete voorwerp.²⁶⁶

Een tweede nuancering betreft de doelgebonden interpretatie van het voorwerp. De rechter dient de bedoeling van de eisende partij na te gaan. Hierbij dient hij na te gaan wat de eiser redelijkerwijs had willen bereiken met zijn vordering. Vervolgens dient hij in het licht van die doelstelling het voorwerp te interpreteren.²⁶⁷

156. NUANCERINGEN IN NEDERLAND: WETTELIJKE UITZONDERINGEN EN (HER)KWALIFICATIEBEVOEGDHEID - Het *ultrapetitaverbod* is ook in Nederland niet absoluut, aangezien er wettelijke uitzonderingen mogelijk zijn.²⁶⁸ Bovendien is de rechter niet gebonden aan de juridische kwalificatie die de partijen in het rechtsgeding aan de vordering toekennen. De rechter beschikt over een kwalificatiebevoegdheid en kan bijgevolg de vordering dus ook beslechten op andere rechtsregels dan die door de partijen zijn ingeroepen. Hierbij geldt uiteraard wel dat de rechter zich aan bepaalde voorwaarden houdt, waaronder het niet miskennen van het recht op tegenspraak.²⁶⁹

157. VOORKEUR TOEPASSING FRANSE NUANCERING IN BELGIË - De nuancerings die in Frankrijk gelden, maar die nog niet aanvaard zijn in het Belgisch recht, zouden een oplossing bieden voor verschillende problemen omtrent het *ultrapetitaverbod*. Zo zou met betrekking tot de vordering tot schadevergoeding op grond van de artikelen 1382 en 1383 Burgerlijk Wetboek gesteld kunnen worden dat in de vordering tot schadevergoeding voor definitief ingetreden schade, impliciet de vordering tot schadevergoeding voor het verlies van de kans deze schade te vermijden ligt begrepen (*infra* nr. 179).

2.3 GEEN STEUN OP NIET REGELMATIG IN HET GEDING GEBRACHTE FEITEN

158. BEGRIP - Ten derde mag de rechter niet steunen op niet regelmatig in het geding gebrachte feiten.²⁷⁰ De rechter moet bij zijn oordeel persoonlijke kennis buiten beschouwing laten. Daarnaast mag de rechter zelf ook geen nieuwe feiten aanhalen.²⁷¹

159. NUANCERINGEN - Dit verbod is niet alleen gebaseerd op het beschikkingsbeginsel, maar ook op het beginsel van de tegenspraak.²⁷² Hieruit volgt dat het verbod om zelf feiten aan te halen

²⁶⁶ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 265 en 268; L. CADIET, J. NORMAND, en S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 755; H. SOLUS en R. PERROT, *droit judiciaire privé, deel 3*, Parijs, Sirey, 1991, 62 en 90.

²⁶⁷ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 270-271; J. NORMAND, "Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe de la contradiction" in J. VAN COMPENOLLE en G. TARZIA (eds.), *Les mesures provisoires en droit belges, français et italien. Étude de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1998, 139.

²⁶⁸ H. SNIJDERS, M. KLAASSEN en G. MEJER, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 55.

²⁶⁹ P. STEIN en A. RUEB, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, 21-22; J. VRIESENDORP, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, 7-8 en 85-86.

²⁷⁰ Cass. 18 november 2004, *JT* 2005, 160, noot; M. GRÉGOIRE, noot onder Cass. 28 mei 2009, *Ius & Actores* 2010, 42; A. VAN OEVELEN en E. DIRIX, "De ambtshalve aanvulling of wijziging van rechtsgronden en de problemen van samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid", *RW* 1985-86, 907; M. VANQUICKENBORNE, *Feit & recht*, 35.

²⁷¹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 283-284; H. BOURLABAH, "La cause", 135; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 150 en 157.

genueanceerd moet worden.

Zo heeft de rechter de mogelijkheid vragen te stellen omtrent de feiten.²⁷³

Vervolgens mag de rechter bij zijn oordeel rekening houden met bijkomstige feiten. Dit geldt wel enkel op voorwaarde dat deze feiten regelmatig ter kennis van de rechter komen. Hierbij is het van belang dat er in het proces een mogelijkheid tot tegenspraak is geweest. Zo kan de rechter ambtshalve onderzoeksmaatregelen bevelen. De feiten die door een regelmatige en tegensprekelijk uitgevoerde onderzoeksmaatregel bloot worden gesteld, kunnen door de rechter mee in rekening worden gebracht bij zijn oordeel.²⁷⁴

160. UITZONDERINGEN - Naast deze nuanceringsen bestaan er ook enkele uitzonderingen. Zo mag een rechter in de eerste plaats naast regelmatig in het geding gebrachte feiten ook rekening houden met algemeen bekende feiten. In de tweede plaats bestaan er ook een aantal wettelijke uitzonderingen.²⁷⁵

Wat aansprakelijkheidsvorderingen betreft, is er geen wettelijke uitzondering te vinden. Wat aansprakelijkheidsvorderingen op grond van het leerstuk van het verlies van een kans betreft, is dit in ieder geval onmogelijk, aangezien het leerstuk een creatie van de rechtspraak is en er tot op heden geen wetsbepaling omtrent dit leerstuk in de Belgische wetgeving opgenomen is (*supra* nrs. 24 en 65).

161. FRANKRIJK - In Frankrijk bepaalt artikel 7 *Code de Procédure Civile* uitdrukkelijk dat de rechter bij het beslechten van het geschil enkel rekening mag houden met regelmatig opgeworpen feiten. In die zin is het voor de rechter dus ook onmogelijk het geschil te beslechten op basis van een ambtshalve opgeworpen rechtsgrond die steun vindt in niet regelmatig opgeworpen feiten. Wel mag de rechter, net zoals in België bijkomstige feiten mee in rekening brengen in de mate dat ze regelmatig in het geding zijn gekomen.²⁷⁶

162. NEDERLAND - In Nederland bepaalt artikel 24 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering dat de rechter zich enkel kan baseren op feiten die door de partijen worden weergegeven. Het is de rechter bijgevolg niet toegestaan zelf feiten toe te voegen waardoor de feitelijke grondslag wijzigt.²⁷⁷ Wel mag de rechter, net zoals in België, bij zijn oordeel rekening houden met feiten die

²⁷² B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 283-285; M. VANQUICKENBORNE, *Feit & recht*, 36-37.

²⁷³ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 286; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 159.

²⁷⁴ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 286-289; H. BOURLABAH, "La cause", 137-138; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 38; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 159; M. VANQUICKENBORNE, *Feit & recht*, 36.

²⁷⁵ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 289-292; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 38.

²⁷⁶ M. VANQUICKENBORNE, *Feit & recht*, 36; L. CADIET, J. NORMAND, en S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 758; G. COUCHEZ en X. LAGARDE, *Procédure civile*, 272; S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, 656; P. JULIEN en N. FRICERCO, *Procédure civile*, 135-136.

²⁷⁷ R. CROMMELIN, *Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden*, 81; M. HENDRIKSE, "Beginselen van en ontwikkelingen in het Nederlands burgerlijk procesrecht" in HENDRIKSE, M. en JONGBLOED, A. (ed.), *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer, Kluwer, 2007, 7-8; A. MIERLO, C. NISPEN en M. POLAK (eds.), *Burgerlijke rechtsvordering inclusief EEX-Verordening. Tekst en commentaar*, 112; J. VRIESENDORP, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, 7-14 en 34.

algemeen bekend zijn. Daarnaast mag hij ook rekening houden met ervaringsregels en vaststaande feiten (artikel 149 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering).²⁷⁸

163. CONCLUSIE: VERBAND TUSSEN DE FEITEN EN DE CONSTITUTIEVE ELEMENTEN VAN HET AMBTSHALVE OP TE WERPEN RECHTSMIDDEL - Uit bovenstaande volgt dat de rechter enkel ambtshalve een rechtsmiddel kan opwerpen, als de regelmatig opgeworpen feiten ertoe leiden dat de constitutieve elementen van dat rechtsmiddel aangevoerd zijn.²⁷⁹

Zo zullen om het leerstuk van het verlies van een kans ambtshalve te kunnen opwerpen volgende feiten aanwezig moeten zijn: een wanprestatie of een fout, schade bestaande uit het verlies van een kans en het oorzakelijk verband tussen beiden (*supra* nrs. 39-58). De bewijslast ligt uiteraard nog steeds bij het slachtoffer.²⁸⁰

2.4 GEEN OPWERPING VAN UITGESLOTEN BETWISTING

164. BEGRIP - Ten vierde mag de rechter geen betwisting opwerpen die tussen de partijen als zodanig was uitgesloten.²⁸¹

Zoals reeds gesteld is het beschikkingsbeginsel een ruim beginsel dat voortgaat op de basisgedachte dat partijen vrij zijn de grenzen van het geschil te bepalen (*supra* nrs. 128-129). Deze partijautonomie speelt ook met betrekking tot de punten die de partijen al dan niet wensen te betwisten. Wanneer partijen betwisting met betrekking tot een bepaald punt uitsluiten, is het de rechter niet toegestaan hier tegenin te gaan. Dit houdt meer bepaald in dat wanneer partijen de toepassing van een rechtsmiddel uitsluiten, de rechter dit rechtsmiddel in principe niet ambtshalve kan opwerpen. Het omgekeerde geldt ook. Als partijen duidelijk en ondubbelzinnig aangeven dat ze wensen dat het geschil beslecht wordt op grond van de door hun ingeroepen rechtsgrond en geen andere rechtsgrond, is het de rechter niet toegestaan ambtshalve alternatieve rechtsgronden op te werpen.²⁸²

165. UITZONDERING: RECHTSMIDDEL VAN OPENBARE ORDE - Er geldt één uitzondering met betrekking tot het verbod voor de rechter om ambtshalve middelen op te werpen waarvan de toepassing uitgesloten is door de partijen. Deze uitzondering betreft de openbare orde.²⁸³ Zelfs als partijen stellen dat zij zich niet op een bepaald rechtsmiddel wensen te beroepen, kan de rechter het nog steeds ambtshalve opwerpen indien dit middel de openbare orde raakt. De rechter is hiertoe zelfs

²⁷⁸ P. STEIN en A. RUEB, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, 24; W. HUGENHOLTZ en W. HEEMSKERK, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 125 en H. SNIJDEERS, M. KLAASSEN en G. MEJER, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 49-51 en 54.

²⁷⁹ P. THION, "Kwalificatie van oorzaak en voorwerp van de vordering: mysteries uit het procesrecht", *NJW* 2003, 731; R. CROMMELIN, *Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden*, 79-80.

²⁸⁰ H. BOCKEN en I. BOONE, *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht*, 33.

²⁸¹ Cass. 10 januari 2005, *RABG* 2005, 1672; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 40; M. GRÉGOIRE, noot onder Cass. 28 mei 2009, *Ius & Actores* 2010, 42; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 150; A. VAN OEVELEN en E. DIRIX, "De ambtshalve aanvulling of wijziging van rechtsgronden en de problemen van samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid", *RW* 1985-86, 907; M. VANQUICKENBORNE, *Feit & recht*, 48.

²⁸² B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 296; W. RAUWS, "Jura novit curia", *RW* 1984-85, 902; J. VAN DROOGHENBROECK, "Le juge, les parties, le fait et le droit", 150; M. VANQUICKENBORNE, *Feit & recht*, 116.

²⁸³ Cass. 28 september 2012, c.12.0049.N, <http://www.cass.be>; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 40; M. GRÉGOIRE, noot onder Cass. 28 mei 2009, *Ius & Actores* 2010, 42; M. VANQUICKENBORNE, *Feit & recht*, 1987, 49 en 117.

verplicht.²⁸⁴ Hierbij gelden uiteraard de beperkingen die reeds vermeld zijn, namelijk dat de rechter zich enkel mag baseren op feiten die regelmatig in het geding werden gebracht en dat hij het voorwerp van de vordering niet mag wijzigen.²⁸⁵

166. UITZONDERING: RECHTSMIDDEL VAN DWINGEND RECHT? - Of een rechter een middel van dwingend recht nog ambtshalve mag opwerpen nadat de toepassing ervan door de partijen werd uitgesloten, is betwist. De meerderheid neemt aan dat dit niet mogelijk. Een partij kan immers afstand doen van een regel van dwingend recht, aangezien een regel van dwingend recht enkel geldt ter bescherming van die partij zelf. Indien er twijfel bestaat over het feit of betwisting omtrent een regel van dwingend recht al dan niet werd uitgesloten, is het aan de rechter om deze regel ter sprake te brengen om zich er met zekerheid van te vergewissen of de betwisting omtrent de toepassing ervan al dan niet is uitgesloten.²⁸⁶

167. FRANKRIJK - Geheel in lijn met België, is de regeling die op dit punt uitgewerkt is in Frankrijk. Artikel 12, lid 3 *Code Procédure Civile* bepaalt uitdrukkelijk dat de rechter gebonden is door de uitdrukkelijke wil van de partijen het geschil niet op grond van een welbepaald rechtsmiddel te beslechten. Dit belet niet dat de rechter rechtsmiddelen van openbare orde ambtshalve opwerpt, daar partijen niet vrij kunnen beschikken over rechtsmiddelen die de openbare orde raken.²⁸⁷

168. NEDERLAND - Ook in Nederland mag de rechter een rechtsgrond niet ambtshalve opwerpen indien de partijen beslechting van het geschil op grond van deze rechtsgrond uitdrukkelijk hebben uitgesloten. Dit doet zich voor wanneer de partijen de wil te kennen geven de rechtsgrond op basis waarvan het geschil dient te worden beslecht, te beperken. Dit verbod geldt niet indien de door partijen uitgesloten rechtsgrond de openbare orde raakt. Van regels van openbare orde kan namelijk, net zoals in België, geen afstand worden gedaan.²⁸⁸

2.5 Geen uitsluiting van tegenspraak

169. RECHT VAN TEGENSpraak ALS ONDERDEEL VAN HET RECHT VAN VERDEDIGING - Naast de voorgaande voorwaarden, die allen voortvloeien uit het beschikkingsbeginsel, is er nog een laatste niet onbelangrijke voorwaarde opdat de rechter ambtshalve een middel zou kunnen of mogen opwerpen. Deze voorwaarde heeft betrekking op het recht van verdediging, dat te allen tijde dient te worden gerespecteerd.²⁸⁹

²⁸⁴ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 303; H. LEMAHIEU, "De lijdelijkheid van de rechter", *Jura Falc.* 1981-82, 222; W. RAUWS, "Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden en de autonomie van de partijen", noot onder Cass. 10 mei 1985, *RW* 1985-86, 2217.

²⁸⁵ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 2007, 303; W. RAUWS, "Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden en de autonomie van de partijen", noot onder Cass. 10 mei 1985, *RW* 1985-86, 2219.

²⁸⁶ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 304-306; W. RAUWS, "Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden en de autonomie van de partijen", noot onder Cass. 10 mei 1985, *RW* 1985-86, 218-219.

²⁸⁷ L. CADIET en E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 413-414; S. GUINCHARD, *Droit et pratique de la procédure civile*, 654-655; J. HÉRON en T. LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 237; P. JULIEN en N. FRICERCO, *Procédure civile*, 139.

²⁸⁸ R. CROMMELIN, *Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden*, 82-83; A. MIERLO, C. NISPEN en M. POLAK (eds.), *Burgerlijke rechtsvordering inclusief EEX-Verordening. Tekst en commentaar*, 113-114; H. SNIJDERS, M. KLAASSEN en G. MEJER, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, 52-53; J. VRIESENDORP, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, 57 en 59.

²⁸⁹ Cass. 9 februari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 159; Cass. 14 september 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1442; Cass. 21 december 2001, *JLMB* 2002, 1031, noot D. PHILIPPE; Cass. 9 mei 2003, *RW* 2006-07, 510; G. CLOSSET-

170. GARANTIES RECHT OP TEGENSpraak - De rechter kan ervoor zorgen dat het recht van verdediging, en het hierin begrepen recht op tegenspraak, wordt gerespecteerd door de debatten te sturen via een beroep op het vraagrecht. Indien hij slechts na het sluiten van de debatten ambtshalve een rechtsmiddel zou willen opwerpen, dient hij de debatten te heropenen.²⁹⁰

Vroeger werd gesteld dat de verplichting de debatten te heropenen altijd gold. Intussen zijn de meeste rechtsgeleerden van dit idee afgestapt en stellen zij dat de rechter enkel verplicht is de debatten te heropenen indien de partijen over het betreffende element nog geen tegenspraak hebben gevoerd en dat ook niet hebben kunnen doen. Met andere woorden als partijen konden verwachten dat de rechter een bepaald middel zou opwerpen, hadden ze hieromtrent tegenspraak kunnen voeren en is de rechter bijgevolg niet verplicht de debatten te heropenen indien hij beslist het geschil op grond van dat middel te beslechten.²⁹¹ Deze zienswijze sluit nauw aan bij de zienswijze die in Nederland omtrent de verrassingsbeslissing wordt aangehangen (*infra* nr. 172).

171. RECHT OP TEGENSpraak IN FRANKRIJK - Ook in Frankrijk kan een rechter het geschil enkel beslechten op grond van ambtshalve opgeworpen middelen indien deze middelen aan tegenspraak onderworpen werden. Dit wordt bepaald in artikel 16, lid 3 *Code Procédure Civile*. Daarnaast werd dit bevestigd door het Franse Hof van Cassatie.²⁹²

172. RECHT OP TEGENSpraak IN NEDERLAND - Het beginsel van hoor en wederhoor vindt uiteraard ook toepassing in Nederland. Toch wordt gesteld dat de rechter bij het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden niet altijd verplicht is over te gaan tot het horen van de partijen.²⁹³ Het criterium dat vaak gehanteerd wordt is of het om een verrassingsbeslissing gaat. Zo wordt gesteld dat indien de partijen in het geding niet bedacht moesten zijn op de toepassing van de door de rechter ambtshalve opgeworpen rechtsgrond, de rechter alvorens deze rechtsgrond toe te passen de partijen de mogelijkheid moet bieden om hun standpunten hieromtrent uiteen te zetten. In

MARCHAL, "Les pouvoirs respectifs du juge et des parties dans la détermination de l'objet et de la cause de la demande", *TBBR* 2002, 450; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 40-41; M. GRÉGOIRE, noot onder Cass. 28 mei 2009, *Ius & Actores* 2010, 43; A. VAN OEVELEN en E. DIRIX, "De ambtshalve aanvulling of wijziging van rechtsgronden en de problemen van samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid", *RW* 1985-86, 909.

²⁹⁰ J. KIRKPATRICK, "Un principe général du droit plus fort que la loi: le respect du droit de défense en cas de décision judiciaire fondée sur un moyen pris d'office", in X., *Imperat Lex. Liber Amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 285; J. VAN COMPENOLLE, "La cause de la demande: une clarification décisive", noot onder Cass. 14 april 2005, *JT* 2005, 662; A. VAN OEVELEN en E. DIRIX, "De ambtshalve aanvulling of wijziging van rechtsgronden en de problemen van samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid", *RW* 1985-86, 909-910.

²⁹¹ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 310; P. LEMMENS, *Gerechtigd privaatrecht*, Leuven, 1996-1997, 29.

²⁹² Cass. (FR) 12 april 2012, n. 11-16134, <http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20120412-1116134>; E. BERNARD, "Principe du contradictoire et perte de chance", 2012, <http://www.argusdelassurance.com/reglementation/jurisprudence/principe-du-contradictoire-et-perte-de-chance.55998>; L. CADIET en E. JEULAND, *Droit judiciaire privé*, 385-386 en 413; A. CASTON, "Le moyen tiré d'une perte de chance ne peut être soulevé par le juge sans que les parties aient été invitées à s'expliquer", 2012, http://avocats.fr/space/albert.caston/content/le-moyen-tire-d-une-perte-de-chance-ne-peut-etre-souleve-par-le-juge-sans-que-les-parties-aient-ete-invitees-a-s-expliquer_D0D6C499-132F-409A-9458-DBFF578DEB8/web-print.

²⁹³ R. CROMMELIN, *Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden*, 85-86; W. HUGENHOLTZ en W. HEEMSKERK, *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 126; M. HENDRIKSE, "Beginselen van en ontwikkelingen in het Nederlands burgerlijk procesrecht" in HENDRIKSE, M. en JONGBLOED, A. (ed.), *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer, Kluwer, 2007, 3-4; A. MIERLO, C. NISPEN en M. POLAK (eds.), *Burgerlijke rechtsvordering inclusief EEX-Verordening. Tekst en commentaar*, 114; J. VRIESENDORP, *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, 7.

andere gevallen is de rechter niet verplicht de debatten te heropenen.²⁹⁴

Het criterium van het verrassingselement is een gevaarlijk criterium. Als partijen de toepassing van een bepaalde rechtsregel konden voorzien, lijkt het logisch dat ze er minstens in ondergeschikte orde op zullen inspelen. Zij zullen in dat opzicht dan ook daadwerkelijk tegenspraak voeren. Indien ze dit niet doen, kan daaruit nog niet afgeleid worden dat de partijen zich er niet van bewust waren dat de desbetreffende rechtsgrond kon worden toegepast. Het is dus heel moeilijk in te schatten of partijen bedacht waren op de toepassing van een bepaalde rechtsgrond. Bovendien is het geen pertinent criterium. Het kan bijvoorbeeld voorkomen dat de eiser zijn vordering slechts op basis van één rechtsgrond instelt, en de verweerder dit makkelijk ontkracht. Als de verweerder dan bedacht is van het feit dat de vordering op basis van een andere rechtsgrond wel toegekend zou kunnen worden, maar de eiser er met geen woord over rept, zal de verweerder niet geneigd zijn zijn verweer uit te breiden, aangezien hij de eiser dan als het ware "de pap in de mond geeft". Als de rechter dan overgaat tot ambtshalve toepassing van die rechtsgrond en als dit in het voordeel van de eiser is, zal de eiser niet klagen over het feit dat er geen mogelijkheid was tot het voeren van tegenspraak. De verweerder zal er daarentegen niet mee opgezet zijn, en zal hier dan niets meer tegen kunnen doen louter en alleen maar omdat hij bedacht was dat de vordering op de desbetreffende rechtsgrond kon worden toegekend. Het lijkt dus beter in elke situatie waarin de rechter ambtshalve een rechtsgrond wil toepassen waarover geen tegenspraak werd gevoerd de partijen hierover te horen. Bovendien komt dit ook de proceseconomie ten goede, aangezien partijen minder snel geneigd zullen zijn hoger beroep aan te tekenen of in cassatie te gaan als zij het gevoel hebben dat zij hun mening hebben kunnen uiten en toelichten.

3. HET BESCHIKKINGSBEGINSEL EN HET VERLIES VAN EEN KANS

173. PLAN - Alvorens te bepalen of aan de hierboven gestelde voorwaarden voldaan is wanneer een rechter overgaat tot het ambtshalve opwerpen van het leerstuk van het verlies van een kans, wordt nagegaan of het wel wenselijk is dat de rechter het leerstuk ambtshalve opwerpt.

3.1 DE WENSELIJKHEID OM HET VERLIES VAN EEN KANS AMBTSHALVE OP TE WERPEN

174. WENSELIJK OMWILLE VAN BILLIJKHEIDSREDEKENEN - Zoals reeds vermeld is het leerstuk van het verlies van een kans ontstaan omwille van billijkheidsredenen. De equivalentieleer en het beginsel *conditio sine qua non* leiden tot een "alles of niets"-benadering. Om dit te verzachten werden in de rechtsleer en de rechtspraak een aantal theorieën uitgewerkt, waaronder de theorie van het verlies van een kans. Het werd onbillijk geacht dat een eiser die niet met voldoende gerechtelijke zekerheid kon aantonen dat er een causaal verband bestaat tussen de fout en de ingetreden schade niets kon krijgen (*supra* nrs. 15-21). Als het de rechter niet is toegestaan het verlies van een kans ambtshalve op te werpen, kan de rechter de eiser alsnog geen schadevergoeding toekennen op grond van het leerstuk van het verlies van een kans indien hij acht dat de feiten de toepassing van deze leer wel toelaten, maar de eiser er geen beroep op heeft gedaan. Op die manier zou het leerstuk haar doel missen, daar de eiser nog steeds niets

²⁹⁴ R. CROMMELIN, *Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden*, 91-92; A. MIERLO, C. NISPEN en M. POLAK (eds.), *Burgerlijke rechtsoverweging inclusief EEX-Verordening. Tekst en commentaar*, 114.

zou krijgen. Vanuit dit oogpunt is het dus van belang dat de rechter het leerstuk van het verlies van een kans minstens ambtshalve mag opwerpen.

175. WENSELIJK OMWILLE VAN PROCEDURELE REDENEN - Daarnaast kan een eiser die haar vordering niet in juridische termen verwoordt erop rekenen dat de rechter de juiste rechtsregel zal toepassen. Het adagium *ius novit curia* houdt in dat de rechter het recht kent en het ook toepast op het geschil om het te beslechten. De rechter kan dit enkel doen wanneer hij binnen de grenzen van het beschikkingsbeginsel blijft en de rechten van verdediging respecteert. Indien de eiser haar vordering enkel feitelijk uiteenzet, is het aan de rechter het voorwerp en de oorzaak ervan te kwalificeren. Zolang de rechter zich hierbij enkel baseert op de aan hem regelmatig voorgelegde feiten, wijzigt hij het voorwerp of de oorzaak niet. Indien de eiser daarentegen expliciteert op welke rechtsgrond hij zich baseert en het voorwerp of de oorzaak juridisch verwoordt, is de marge waarin de rechter kan overgaan tot herkwalificatie veel kleiner. Dit is onlogisch, daar een eiser die meer moeite steekt in het instellen van de vordering op die manier in zekere zin afgestraft wordt tegenover een lakse eiser. Vandaar dat het ook vanuit dit oogpunt wenselijk is de rechter een zekere appreciatiemarge toe te kennen waarbij hij in de mate dat het mogelijk is het leerstuk van het verlies van een kans toe te passen op de hem voorgelegde feiten hiertoe ook kan overgaan.

3.2 DE MOGELIJKHEID OM HET VERLIES VAN EEN KANS AMBTSHALVE OP TE WERPEN

176. TOEPASSING VAN DE VOORWAARDEN OP HET LEERSTUK VAN HET VERLIES VAN EEN KANS - Hoewel het wenselijk is dat de rechter het verlies van een kans ambtshalve kan opwerpen, is het niet per se mogelijk. Om dit na te gaan dienen de voorwaarden waaronder een rechter ambtshalve rechtsmiddelen mag of moet opwerpen getransponeerd te worden naar het aansprakelijkheidsrecht.

3.2.1 GEEN WIJZIGING VAN OORZAAK

177. GEEN WIJZIGING VAN OORZAAK: VOORWAARDE VOLGENS MEERDERHEIDSVISIE VOLDAAN - Ten eerste mag de oorzaak van de vordering niet gewijzigd worden. Afhankelijk van de visie die gevolgd wordt, kan verdedigd worden dat dit geen probleem vormt met betrekking tot de mogelijkheid het leerstuk van het verlies van een kans ambtshalve op te werpen.

Indien de oorzaak beschouwd wordt als de juridische grondslag, dan kan het leerstuk van het verlies van een kans in de meeste gevallen niet ambtshalve opgeworpen worden. De rechter kan het leerstuk van het verlies van een kans dan enkel ambtshalve opwerpen als de eiser geen juridische grondslag heeft aangevoerd. De rechter kan dit wel als de juridische grondslag een feitelijke invulling krijgt, daar hij dan gebonden is door de feiten, en niet door de kwalificatie die de partijen eraan geven (*supra* nr. 139).

Indien de oorzaak beschouwd wordt als alle feitelijke elementen, wat overigens de meerderheidsvisie is, is het perfect mogelijk het leerstuk van het verlies van een kans ambtshalve op te werpen zonder de oorzaak te wijzigen (*supra* nr. 140). Als uit de feiten die de eiser aanhaalt blijkt dat er naast de ingetreden schade ook sprake is van schade door het verlies van een kans de ingetreden schade te vermijden, en het oorzakelijk verband tussen de verloren

kans en de fout ook uit de feiten kan worden gedistilleerd, is het perfect mogelijk de rechtsgronden ambtshalve aan te vullen met het leerstuk van het verlies van een kans.

3.2.2 GEEN WIJZIGING VAN VOORWERP

178. GEEN WIJZIGING VAN VOORWERP: VOORWAARDE NIET VOLDAAN - Ten tweede mag de rechter bij het ambtshalve opwerpen van een rechtsgrond het voorwerp van de vordering niet wijzigen. Zoals vermeld bestaat dit voorwerp uit het voordeel dat de eiser wenst te behalen. De rechter mag niets anders of niets meer toekennen dan datgene dat door de eiser gevorderd werd (*supra* nrs. 146-149).

Hoewel schadevergoeding voor de verloren kans qua omvang minder zal bedragen dan schadevergoeding voor definitief ingetreden schade, is er toch sprake van een wijziging van het voorwerp indien de rechter overgaat tot het toekennen van schadevergoeding voor de verloren kans terwijl enkel schadevergoeding werd gevorderd voor de definitief ingetreden schade. De verloren kans en de definitief ingetreden schade maken immers verschillende schadeposten uit (*supra* nr. 23). Bijgevolg gaat het om een verschillend voorwerp, daar de rechter bij ambtshalve toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans een andere schadevergoeding toekent dan de schadevergoeding die werd gevorderd.

Het Hof van Cassatie heeft dit principe reeds meermaals bevestigd, waaronder in haar arresten van 20 februari 2002 en 2 december 2004.²⁹⁵ Deze uitspraken van het Hof van Cassatie zijn naar de huidige stand van het recht geheel terecht. Het Hof heeft namelijk uitdrukkelijk gesteld dat de verloren kans een andere schadepost betreft dan de werkelijk ingetreden schade. Het is in het licht van de heersende opvatting in Belgisch recht dan ook logisch dat als de eiser schadevergoeding vordert voor de ene schadepost, de rechter niet zonder wijziging van het voorwerp schadevergoeding kan toekennen voor een andere schadepost.

179. OPLOSSING: IMPLICIET VOORWERP - Een oplossing voor dit probleem is te vinden in het Franse recht, waar gesteld wordt dat het expliciete voorwerp een impliciet of virtueel voorwerp kan omvatten.²⁹⁶ In die zin zou verdedigd kunnen worden dat de vordering tot schadevergoeding voor de definitief ingetreden schade ook een vordering tot schadevergoeding voor de verloren kans deze schade te vermijden, inhoudt. Het arrest van het Franse Hof van Cassatie *dd.* 17 november 1970 biedt hier een mooie illustratie van. De rechter in hoger beroep had schadevergoeding toegekend voor het verlies van betere genezingskansen bij een snellere behandeling, terwijl de vordering zich strekte tot schadevergoeding voor de werkelijk ingetreden schade. Het Hof van Cassatie stelde dat de rechter de grenzen van het geding niet had overschreden door ambtshalve het leerstuk van het verlies van een kans toe te passen. De vordering van appellante was zo geformuleerd dat zij alle schade omvatte, en dus ook de schade bestaande uit de verloren kans. De rechter in hoger beroep had zijn motivering voldoende weergegeven. Hij stelde dat de fout van de arts, namelijk zich vijf dagen lang verzetten tegen een radiografisch onderzoek waardoor de behandeling later werd ingezet dan mogelijk was geweest, in oorzakelijk verband stond met het verlies van betere genezingskansen. Het Hof van Cassatie achtte dat er correct toepassing

²⁹⁵ Cass. 20 februari 2002, *Pas.* 2002, I, 523 en Cass. 2 december 2004, *Pas.* 2004, I, 1900.

²⁹⁶ B. ALLEMEERSCH, *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, 265 en 268; L. CADIET, J. NORMAND, en S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 755.

werd gemaakt van het leerstuk van het verlies van een kans, en dat de rechter ambtshalve schadevergoeding voor de verloren kans kon toekennen omdat de vordering tot schadevergoeding van de werkelijk ingetreden schade de vordering tot schadevergoeding voor de verloren kans omvatte.²⁹⁷

In België wordt dit tot op heden niet aangenomen. Toch verdient deze Franse opvatting navolging. Niet alleen omdat schadevergoeding voor het verlies van een kans qua omvang beperkter is dan schadevergoeding voor de geleden schade, maar ook omwille van het feit dat partijen vaak hun zaak voorstellen in het licht van een bepaald doel, namelijk schadevergoeding te bekomen voor de door hun geleden schade, zonder daarbij rekening te houden met mogelijke alternatieven. Zeker indien partijen geen beroep doen op een advocaat, is het mogelijk dat er iets misloopt bij de verwoording van hun vordering of dat partijen geen rekening houden met de mogelijkheid (in subsidiaire orde) te vorderen op basis van een andere grondslag. Daarenboven is de werkelijk ingetreden schade in zekere zin een veruitwendiging van de verloren kans. In die zin is de link tussen de werkelijk ingetreden schade en de verloren kans voldoende groot om ervan uit te gaan dat een schadelijder die schadevergoeding vordert voor de werkelijk ingetreden schade daarbij ook impliciet schadevergoeding vordert voor de verloren kans.

3.2.3 GEEN STEUN OP NIET REGELMATIG IN HET GEDING GEBRACHTE FEITEN

180. GEEN STEUN OP NIET REGELMATIG IN HET GEDING GEBRACHTE FEITEN: AFHANKELIJK VAN DE OMSTANDIGHEDEN - Ten derde mag de rechter enkel steunen op regelmatig in het geding gebrachte feiten (*supra* nr. 158). Deze voorwaarde zal geen grote problemen opleveren, daar de feiten veelal de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans zullen verantwoorden. Als een eiser bijvoorbeeld schadevergoeding vordert omdat hij door een fout van een geneesheer zijn been verloren is, blijkt uit dezelfde feiten ook dat hij door de fout van de geneesheer de kans verloren is zijn been te behouden. Er dient wel omzichtig te worden omgegaan met de feiten die het bewijs van het causaal verband ondersteunen. Het causaal verband dient bij toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans niet te bestaan tussen de fout en de werkelijk ingetreden schade, maar tussen de fout en de verloren kans. Uit het één kan het ander niet zonder meer worden afgeleid. De eiser zal bijgevolg nog steeds de bewijslast van het causaal verband dragen.

3.2.4 GEEN OPWERPING VAN UITGESLOTEN BETWISTING

181. GEEN OPWERPING VAN UITGESLOTEN BETWISTING: AFHANKELIJK VAN DE OMSTANDIGHEDEN - Ten vierde mag de rechter geen uitgesloten betwisting opwerpen (*supra* nr. 164). Het verlies van een kans wordt beschouwd als een aparte schadepost. Indien bijgevolg de definitief ingetreden schade niet betwist wordt, mag de rechter niet stellen dat deze schade betwist is door het leerstuk van het verlies van een kans ambtshalve op te werpen.²⁹⁸

Ook indien het oorzakelijk verband tussen de fout en de werkelijk ingetreden schade niet betwist wordt, is het de rechter niet toegelaten de theorie van het verlies van een kans ambtshalve op te werpen.

Indien partijen bovendien uitdrukkelijk stellen dat ze de vordering niet baseren op het leerstuk

²⁹⁷ Cass. (FR) 17 november 1970, *Bull. Civ.* 1970, I, 247, nr. 301.

²⁹⁸ Cass. 12 mei 2006, *JLMB* 2006, 1170 en *T.Gez.* 2008-09, noot J. FAGNART.

van het verlies van een kans, dan kan de rechter het leerstuk niet ambtshalve opwerpen, daar het niet de openbare orde raakt.²⁹⁹

3.2.5 GEEN UITSLUITING VAN TEGENSpraak

182. GEEN UITSLUITING VAN TEGENSpraak: AFHANKELIJK VAN DE OMSTANDIGHEDEN - Ten vijfde dient het recht op tegenspraak te allen tijde te worden gevrijwaard (*supra* nr. 169). Als de rechter beslist het leerstuk van het verlies van een kans ambtshalve op te werpen, dient hij dit bijgevolg mee te delen en de partijen uit te nodigen hun standpunten hieromtrent uiteen te zetten.

Indien de rechter pas na het sluiten van de debatten tot de conclusie komt dat het leerstuk van het verlies van een kans zich opdringt, dient hij de debatten te heropenen. Hoewel de meerderheid van de rechtsgeleerden aanneemt dat de debatten enkel heropend dienen te worden indien de partijen zich niet bedacht moesten zijn op toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans, heeft het Hof van Cassatie deze stelling slechts in enkele arresten bevestigd, waardoor het standpunt van het Hof niet geheel duidelijk is (*supra* nr. 170). De mening van deze rechtsgeleerden blijkt niet overtuigend. Het is moeilijk te bepalen of de partijen konden inschatten dat het leerstuk van het verlies van een kans op het geschil kon worden toegepast. Bovendien is het mogelijk dat een verweerder zich bedacht is op de toepassing van het leerstuk, maar hieromtrent geen verweer voert omdat de eiser zelf enkel schadevergoeding vordert voor de werkelijk ingetreden schade. Als de eiser dan niet kan aantonen dat er een oorzakelijk verband is tussen de fout en de definitief ingetreden schade, is het voordelig voor de verweerder in die zin dat hij niets zal moeten vergoeden. Indien hij daarentegen de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans anticipeert, en de eiser dan het oorzakelijk verband tussen de fout en de verloren kans aantoont, zal hij toch nog een schadevergoeding verschuldigd zijn. Als de rechter dan overgaat tot het ambtshalve toepassen van het leerstuk van het verlies van een kans zonder dat hierover tegenspraak werd gevoerd en ervan uitgaat dat partijen hierop bedacht moesten zijn, is het in het nadeel van de verweerder dat hij totaal geen mogelijkheid heeft gehad verweer te voeren. Vandaar dat het aangeraden is de debatten te heropenen, ook als de partijen tegenspraak hadden kunnen voeren met betrekking tot de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans.

4. TUSSENBSLUIT

183. Uit bovenstaande kan geconcludeerd worden dat het naar huidig Belgisch recht onmogelijk is het leerstuk van het verlies van een kans ambtshalve op te werpen. Vooral de voorwaarde dat de rechter het voorwerp van de vordering niet mag wijzigen, zorgt voor problemen aangezien de verloren kans en de werkelijk ingetreden schade afzonderlijke schadeposten uitmaken. Het Hof van Cassatie heeft in haar arresten bijgevolg terecht gesteld dat het ambtshalve opwerpen van het leerstuk van het verlies van een kans een verkeerde toepassing van de theorie uitmaakt. Dit zou anders zijn indien wordt aangenomen dat de vordering tot schadevergoeding van de werkelijk ingetreden schade impliciet ook de vordering tot schadevergoeding voor de verloren kans omvat, zoals in Frankrijk het geval is. Hopelijk zal het Hof van Cassatie deze oplossing in de toekomst erkennen om redenen die hoger zijn weergegeven (*supra* nr. 179).

²⁹⁹ Cass. 12 mei 2006, *JLMB* 2006, 1170 en *T.Gez.* 2008-09, noot J. FAGNART.

184. Naar Frans recht, zou het daarentegen wel mogelijk zijn het leerstuk van het verlies van een kans ambtshalve op te werpen. Dit enkel in de mate dat de strekking wordt gevolgd dat de vordering tot schadevergoeding voor de werkelijk ingetreden schade ook impliciet een vordering tot schadevergoeding voor het verlies van de kans deze schade te vermijden omvat. De andere voorwaarden zullen doorgaans geen problemen opleveren. Het Franse Hof van Cassatie heeft het ambtshalve opwerpen van het leerstuk van een kans in een aantal arresten afgekeurd, maar telkens omdat de rechter het recht op tegenspraak niet had gerespecteerd. In die zin wordt dus een extra inspanning van de rechter gevergd om erop toe te zien dat het recht op tegenspraak wel degelijk wordt gevrijwaard.

185. In Nederland stellen de meeste rechtsgeleerden dat de theorie van het verlies van een kans een toepassing uitmaakt van de proportionele aansprakelijkheid (*supra* nr. 116). De rechter heeft naar Nederlands recht de bevoegdheid minder toe te kennen dan hetgeen gevorderd wordt indien hij van oordeel is dat op basis van dezelfde feitelijke grondslag een lagere schadevergoeding aangewezen is.³⁰⁰

Aangezien de feitelijke grondslag van een vordering tot schadevergoeding voor definitieve schade en schadevergoeding voor het verlies van de kans deze schade te vermijden veelal hetzelfde zal zijn, is het de rechter toegestaan ambtshalve over te gaan tot het toekennen van schadevergoeding voor de verloren kans. Dit kan enkel als de feiten die door de partijen worden ingeroepen dit toelaten, de partijen toekenning van schadevergoeding op grond van het verlies van een kans niet uitdrukkelijk hebben uitgesloten en het recht op tegenspraak gerespecteerd wordt.³⁰¹

186. Uit bovenstaande kan geconcludeerd worden dat het in de huidige stand van zaken zeker in België van belang is de vordering minstens subsidiair te baseren op het leerstuk van het verlies van een kans.

Hoewel het naar Frans en Nederlands recht wel mogelijk is het verlies van een kans ambtshalve op te werpen, is het om discussie achteraf te vermijden toch aangewezen de vordering subsidiair op het leerstuk van het verlies van een kans te baseren.

187. Bovendien is zoals hierboven aangehaald de rechter niet in alle omstandigheden verplicht het leerstuk van het verlies van een kans ambtshalve op te werpen, in veel gevallen kan het om een mogelijkheid gaan. Zo heeft de rechter volgens de meerderheidsopvatting wel een algemene verplichting rechtsmiddelen ambtshalve op te werpen, maar indien de toepassing van de rechtsmiddelen enkel blijkt uit bijkomstige feiten gaat het niet langer om een verplichting, doch om een loutere mogelijkheid (*supra* nr. 133).

Als de partijen hun vordering subsidiair baseren op het verlies van een kans, is de rechter verplicht hierop in te gaan indien de vordering in hooforde faalt. Dit zou ertoe leiden dat de rechter indien hij oordeelt dat het oorzakelijk verband tussen de fout en de werkelijk ingetreden schade niet met voldoende mate van zekerheid vaststaat, hij zonder problemen op het leerstuk van het verlies van een kans kan overgaan. Hij dient dan na te gaan of de feiten van het geschil

³⁰⁰ C. KLAASEN, *Monografieën BW. Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, 22.
Zie ook: HR 11 december 2009, LJN: BK0859, concl. F. LANGEMEIJER.

³⁰¹ C. KLAASEN, *Monografieën BW. Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, 23.

de toepassing van dit leerstuk verantwoorden. Vervolgens is het van belang dat partijen de mogelijkheid hebben tegenspraak te voeren over de verschillende elementen van dit leerstuk. Indien de rechter dan oordeelt dat de voorwaarden voor het toekennen van schadevergoeding op grond van het leerstuk van het verlies van een kans voldaan zijn, kan hij overgaan tot de begroting van de schadevergoeding (*supra* nr. 66 e.v.).

CONCLUSIE

188. Het leerstuk van het verlies van een kans werd in België ontwikkeld naar voorbeeld van het Franse recht om de nadelige effecten van het beginsel *conditio sine qua non* te verzachten. Dit beginsel leidt ertoe dat het slachtoffer dient te bewijzen dat de schade zoals ze zich *in concreto* heeft voorgedaan zich zonder de fout niet zou hebben voorgedaan. Indien hij hier niet in slaagt, kan hij geen schadevergoeding bekomen. Dit wordt als onbillijk ervaren en om aan deze zorg tegemoet te komen werd onder andere het leerstuk van het verlies van een kans ontwikkeld.

Dit leerstuk houdt in dat schadevergoeding kan worden gevorderd voor het verlies van een kans een welbepaald voordeel te bereiken of het verlies van een kans een welbepaald risico te vermijden. Opdat schadevergoeding kan worden toegekend dient de eiser het bewijs te leveren van een wanprestatie of fout, van zekere schade en van het oorzakelijk verband tussen beiden. De zekere schade bestaat niet uit de werkelijk ingetreden schade, maar uit de definitief verloren kans. De verloren kans maakt met andere woorden een andere schadepost uit dan de werkelijk ingetreden schade. Dit heeft verre gaande gevolgen met betrekking tot de begroting van de schadevergoeding voor de verloren kans alsook met betrekking tot de mogelijkheid om het leerstuk van het verlies van een kans ambtshalve op te werpen.

189. Het leerstuk wordt reeds sedert de jaren zestig aanvaard door het Hof van Cassatie, maar het is pas sinds het Prizrak-arrest dat de toepassing ervan algemeen aanvaard is.

Het toepassingsgebied van het leerstuk is ook alsmaar ruimer geworden. Zo wordt het leerstuk toegepast met betrekking tot de beroepsaansprakelijkheid van een arts, advocaat, gerechtsdeurwaarder, in het domein van de overheidsaansprakelijkheid en in de private sfeer.

Dit in tegenstelling tot wat het geval is in Nederland, waar het leerstuk van het verlies van een kans nog ten volle in ontwikkeling is. Zo heeft de Hoge Raad nog geen uitspraak gedaan over de toepassing van het leerstuk met betrekking tot de medische aansprakelijkheid. Anderzijds aanvaardt de Hoge Raad de toepassing van het leerstuk wel met betrekking tot het verlies van een proceskans, zij slechts in subsidiaire orde.

190. Aangezien het om een aparte schadepost gaat, kan de verloren kans geen aanleiding geven tot integrale schadevergoeding voor de werkelijk ingetreden schade.

De begroting van de schadevergoeding voor de verloren kans gebeurt in theorie in twee stappen. Allereerst dient de verloren kans te worden begroot. Vervolgens dient de schadevergoeding voor deze verloren kans te worden begroot.

Wat de begroting van de verloren kans betreft, wordt in theorie gesteld dat gekeken dient te worden naar de omvang van de kans en de waarschijnlijkheid dat de kans zich volgens de normale gang van zaken zonder de fout zou hebben gerealiseerd.

Eens de omvang van de verloren kans bepaald is, dient dit percentage vermenigvuldigd te worden met de werkelijk geleden schade. Zo komt de schadevergoeding voor de verloren kans *de facto* neer op schadevergoeding van een deel van de werkelijk ingetreden schade. Deze wijze van begroting heeft ertoe geleid dat veel rechtsgeleerden, voornamelijk in Nederland, het leerstuk van het verlies van een kans beschouwen als een grondslag voor de proportionele aansprakelijkheid. Dit is een onterechte gevolgtrekking. Het begroten van de schadevergoeding voor de verloren kans op een gedeelte van de werkelijk ingetreden schade, betreft enkel de

berekeningswijze van de schadevergoeding. De proportie van de werkelijke schade die wordt vergoed komt in wezen overeen met een integrale schadevergoeding voor de verloren kans. In die zin kan er dus geen sprake zijn van proportionele aansprakelijkheid. Bovendien blijkt uit de rechtspraak dat de rechters in de praktijk veel sneller overgaan tot het toekennen van een schadevergoeding naar billijkheid omdat er te weinig exacte gegevens voorhanden zijn om de schadevergoeding wiskundig te berekenen. Ook hier is er geen sprake van proportionele aansprakelijkheid. De berekening *ex aequo et bono* vormt op zich geen probleem in de mate dat de rechter duidelijk weergeeft welke elementen mee in rekening worden gebracht en welk gewicht aan elk van deze elementen wordt toegekend. Uiteraard zijn er allerlei hulpmiddelen, zoals statistieken en verslagen van deskundigen die de rechter kan aanwenden. Het is aan te raden dat dit ook daadwerkelijk gebeurt, aangezien de begroting van de schadevergoeding voor de verloren kans op zich al een moeilijke opdracht vormt.

191. Het Hof van Cassatie heeft in verschillende arresten de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans verworpen. Dit had vaak te maken met het feit dat de feitenrechter het leerstuk ambtshalve had toegepast. Om over te kunnen gaan tot ambtshalve aanvulling van een rechtsmiddel dient aan vijf voorwaarden te zijn voldaan. Zo moet de rechter ervoor zorgen dat hij de oorzaak en het voorwerp van de vordering niet wijzigt, zich enkel baseert op regelmatig in het geding gebrachte feiten, geen uitgesloten betwisting opwerpt en de rechten van verdediging vrijwaart. Het grootste probleem met betrekking tot het ambtshalve opwerpen van het leerstuk van het verlies van een kans vormt de voorwaarde dat het voorwerp van de vordering niet gewijzigd mag worden. Aangezien aangenomen wordt dat de verloren kans een aparte schadepost uitmaakt, is het de rechter naar huidig Belgisch recht niet toegestaan ambtshalve schadevergoeding toe te kennen voor de verloren kans wanneer de eiser enkel schadevergoeding vordert voor de werkelijk ingetreden schade.

Gezien de ontstaansredenen van het leerstuk van het verlies van een kans, lijkt het wenselijk de rechter toch de mogelijkheid te bieden het leerstuk ambtshalve toe te passen. Als dit niet het geval is, draagt het slachtoffer nog steeds zelf zijn schade wanneer het oorzakelijk verband tussen de fout en de werkelijk ingetreden schade niet met voldoende zekerheid vaststaat. Het lijkt aangewezen de oplossing van het Franse recht over te nemen en te stellen dat schadevergoeding voor het verlies van een kans impliciet inbegrepen is in de vordering tot schadevergoeding voor de werkelijk ingetreden schade.

192. Tenslotte lijkt het aangewezen de theorie in de wet op te nemen. Het zou zo geformuleerd moeten worden dat duidelijk blijkt dat het om een aparte schadepost gaat, onder welke voorwaarden de verloren kans aanleiding geeft tot schadevergoeding en hoe de verloren kans dient te worden begroot. Zo zou gesteld kunnen worden dat de verloren kans voor vergoeding in aanmerking komt als en slechts als het bewijs geleverd wordt van een wanprestatie of fout waardoor een reële kans - een kans waarvan het slachtoffer volgens de normale gang van zaken kon verwachten dat zij zich zou realiseren - definitief verloren is gegaan. De begroting van de schadevergoeding van de verloren kans geschiedt naar verhouding van de waarde van de verloren kans en de mate van waarschijnlijkheid waarin de verloren kans zich zonder de fout zou hebben verwezenlijkt tot de werkelijk ingetreden schade.

BIBLIOGRAFIE

I. BELGISCHE WETGEVING

- Artikel 149 GW.
- Artikelen 1146-1151 BW.
- Artikel 1382 BW.
- Artikel 1383 BW.
- Artikel 5 Ger.W.
- Artikel 1138, 2° Ger.W.

II. FRANSE WETGEVING

- Artikel 1383 Code Civil.
- Artikel 1 Code de Procédure Civile.
- Artikel 2 Code de Procédure Civile.
- Artikel 4 Code de Procédure Civile.
- Artikel 5 Code de Procédure Civile.
- Artikel 7 Code de Procédure Civile.
- Artikel 12, lid 1 - 3 Code de Procédure Civile.
- Artikel 1346 Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription.

III. NEDERLANDSE WETGEVING

- Artikel 6:98 BW.
- Artikel 6:105 BW.
- Artikel 6:162 BW.
- Artikel 23 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
- Artikel 24 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.
- Artikel 25 Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering.
- Artikel 149, lid 2 Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering.

IV. BELGISCHE RECHTSPRAAK

- Cass. 6 februari 1961, *Pas.* 1961, I, 20 en *RW* 1961-62, 875.
- Cass. 17 april 1961, *Pas.* 1961, I, 682.
- Cass. 24 september 1964, *Pas.* 1965, I, 77.
- Cass. 31 maart 1969, *Arr. Cass.* 1969, 717 en *Pas.* 1969, I, 676.
- Cass. 4 mei 1972, *Arr.Cass.* 1972, 824.
- Cass. 12 september 1972, *Arr. Cass.* 1973, 47 en *Pas.* 1973, I, 43.
- Cass. 19 januari 1984, *Arr. Cass.* 1983-84, 585, *Pas.* 1984, 548, *Pas.* 1984, I, 548 en *RGAR* 1986, nr. 11084, noot T. VANSWEEVELT.
- Cass. 18 februari 1993, *Arr. Cass.* 1993, 202.
- Cass. 13 juni 1994, *Arr. Cass.* 1994, 601.
- Cass. 9 februari 1995, *Arr.Cass.* 1995, 159.
- Cass. 22 januari 1998, *Arr. Cass.* 1998, 107.
- Cass. 19 juni 1998, *Arr. Cass.* 1998, nr. 324, noot E. LIEKENDAEL.
- Cass. 19 juni 2000, *Arr. Cass.* 2000, 1145.
- Cass. 14 september 2001, *Arr.Cass.* 2001, 1442.
- Cass. 21 december 2001, *JLMB* 2002, 1031, noot D. PHILIPPE.
- Cass. 20 februari 2002, *Pas.* 2002, I, 523.
- Cass. 19 september 2002, *JT* 200(2)3, 212.
- Cass. 9 mei 2003, *RW* 2006-07, 510.
- Cass. 1 april 2004, *J.dr.jeun.* 2004, afl. 239, 44, noot, *JLMB* 2006, afl. 25, 1076, *JT* 2005, 357, noot N. ESTIENNE, *Juristenkrant* 2005, 5, *NJW* 2005, 628, noot S. LIERMAN, *Pas.* 2004, afl. 3, 527, concl. T. WERQUIN, *RW* 2004-05, 106, *TBBR* 2005, 368, noot C. EYBEN en *T.Verz.* 2006, 235.
- Cass. 18 november 2004, *JT* 2005, 160, noot.
- Cass. 2 december 2004, *Pas.* 2004, I, 1900.
- Cass. 10 januari 2005, *RABG* 2005, 1672.

- Cass. 23 februari 2005, *RW* 2007-08, 62, *Pas* 2005, I, 442 en *TBBR* 2007, 123.
- Cass. 14 april 2005, *Arr. Cass.* 2005, 868, *JLMB* 2005, 856, noot G. DE LEVAL, *JT* 2005, 796, noot J. VAN COMPERNOLLE, *Pas.* 2005, afl. 4, 862, concl. P. DE KOSTER, *P&B* 2005, 300, concl. O.M., noot, *RABG* 2005, 1663, noot R. VERBEKE en *Soc. Kron.* 2008, 497.
- Cass. 12 oktober 2005, *RW* 2008-09, 667, noot.
- Cass. 12 mei 2006, *JLMB* 2006, 1170 en *T.Gez.* 2008-09, noot J. FAGNART.
- Cass. 27 februari 2008, *Pas.* 2008, afl. 2, 539, *RGAR* 2008, afl. 8, 14428, *RW* 2010-11, afl. 28, 1176 (samenvatting) en *T. Strafr.* 2008, afl. 5, 389.
- Cass. 5 juni 2008, *JT* 2009, 28, noot A. PÜTZ, *NJW* 2009, 31, noot I. BOONE en *RW* 2008-09, 795, noot S. LIERMAN.
- Cass. 26 juni 2008, c.07.0272.N/1, <http://www.cass.be>.
- Cass. 17 december 2009, *NJW* 2010, 660, noot I. BOONE, *RDC* 2010/3, 278 en *RW* 2011-12, nr. 33, 1.
- Cass. 15 maart 2010, *NJW* 2010, 660, noot I. BOONE.
- Cass. 28 september 2012, c.12.00049.N, <http://www.cass.be>.
- Cass. 14 december 2012, c.12.0018.N, <http://www.cass.be>.
- Brussel 27 juni 1991, *RGAR* 1992, 13032.
- Bergen 24 december 1993, *RGAR* 1995, 12402.
- Antwerpen 26 april 1995, *T.Gez.* 1998-99, 230.
- Brussel 20 februari 1996, *RGAR* 1997, 12822.
- Brussel 17 april 1996, *RGAR* 1997, 12838.
- Brussel 23 april 1996, *RW* 1998-99, nr. 9, 296, noot I. OPDEBEECK.
- Luik 16 september 1996, *RGAR* 1998, 12896.
- Luik 27 november 1996, *J.dr.jeun.* 1997, 82, noot J. JAMBON, *Journ. proc.* 1997, 22, noot J. FAGNART, *RRD* 1997, 14 en *Vigiles* 2000, 31, noot Y. LIASOULI.
- Antwerpen 30 juni 1997, *T.Gez.* 1999-2000, 126.
- Bergen 16 februari 1998, *RGAR* 1982, 10974.
- Gent 23 juni 1998, *TBBR* 1999, 351.

- Brussel 27 oktober 1998, *JLMB* 2000, 230.
- Brussel 24 november 1998, *JLMB* 2000, 236.
- Antwerpen 22 maart 1999, *T.Gez.* 2000-01, 298.
- Brussel 24 maart 1999, *RGAR* 1999, 13154
- Luik 24 juni 1999, *JLMB* 2001, 419.
- Bergen 23 december 1999, *T.Gez.* 2000-01, 371.
- Brussel 4 januari 2001, *Journ.Proc.* 2001, 22, noot J. FERMON.
- Gent 6 april 2001, *T. Aann.* 2003, 143.
- Luik 30 oktober 2001, *JLMB* 2003, 334.
- Gent 3 oktober 2002, *NJW* 2003, 457.
- Brussel 22 april 2002, *NJW* 2003, 379.
- Antwerpen 7 oktober 2002, *NJW* 2003, 493.
- Brussel 27 januari 2003, *JLMB* 2006, 841.
- Brussel 29 april 2003, *RW* 2006-07, 15.
- Antwerpen 17 juni 2003, *NJW* 2004, 525.
- Antwerpen 10 november 2003, *RW* 2006-07, 1524.
- Brussel 22 april 2004, 1995, AR 2757.
- Antwerpen 7 juni 2004, *NJW* 2005, 205, noot S. CALLENS en *T.Gez.* 2005-2006, 224.
- Gent 17 januari 2005, *TBBR* 2007, 519.
- Luik 21 februari 2005, *JLMB* 2006, 526.
- Luik 21 juni 2005, *JLMB* 2006, 1180.
- Antwerpen 19 oktober 2005, *NJW* 2006, nr. 152, 895, noot I. BOONE.
- Luik 22 januari 2009, *JLMB* 2009, 1161.
- Gent 5 mei 2011, *NJW* 2012, 300, noot I. BOONE.
- Rb. Antwerpen 29 november 1994, *RW* 1996-97, 1029.
- Rb. Brussel 5 mei 1995, *Jur. Liège* 1997, 1014.

- Rb. Brussel 10 oktober 1996, *RGAR* 1998, 12014.
- Rb. Leuven 10 februari 1998, *TBBR* 1998, 163.
- Rb. Ieper 7 april 2000, *T.Gez.* 2001-02, 196.
- Rb. Namen 6 september 2001, *T. Aann.* 2002, 385.
- Rb. Antwerpen 22 november 2001, *TBBR* 2004, 148.
- Rb. Verviers 29 oktober 2002, *JLMB* 2003, 1665.
- Rb. Luik 13 januari 2004, *RGAR* 2005, 14055.
- Rb. Bergen 12 februari 2004, *RGAR* 2005, 14028.
- Rb. Gent 1 december 2004, *NJW* 172, noot I. BOONE.
- Corr. Brussel 31 oktober 1996, *De Verz.* 1997, 511.

V. FRANSE RECHTSPRAAK

- Cass. (FR) 18 maart 1969, *JCP* 1970, II, 16422, noot RABUT.
- Cass. (FR) 17 november 1970, *Bull. Civ.* 1970, I, 247, nr. 301.
- Cass. (FR) 25 mei 1971, n. 69-14266.
- Cass. (FR) 25 mei 1971, n. 69-14385.
- Cass. (FR) 9 mei 1973, *JCP* 1974, II, 17643, noot R. SAVATIER.
- Cass. (FR) 17 november 1982, *JCP* 1983, 2.
- Cass. (FR) 16 juli 1998, n. 96-15380, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007040269&fastReqId=123896579&fastPos=1>.
- Cass. (FR) 19 april 2000, n. 98-15182, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007410978&fastReqId=824726474&fastPos=1>.
- Cass. (FR) 18 juli 2000, n. 98-20430, <http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20000718-9820430>.
- Cass. (FR) 4 april 2001, n. 98-11364, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007044390&fastReqId=377272299&fastPos=1>.

- Cass. (FR) 8 juli 2003, n. 99-21504, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007048154&fastReqId=1551476601&fastPos=1>.
- Cass. (FR) 7 januari 2004, n. 01-17426, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007476819&fastReqId=1359164679&fastPos=1>.
- Cass. (FR) 7 december 2004, n. 02-10957, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000007052501&fastReqId=1678408522&fastPos=1>.
- Cass. (FR) 13 maart 2007, n. 05-19020, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017826039&fastReqId=133841579&fastPos=1>.
- Cass. (FR) 28 maart 2007, n. 06-11313, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017779655&fastReqId=1472082606&fastPos=1>.
- Cass. (FR) 19 september 2007, n. 05-15139, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000017910478&fastReqId=1876603939&fastPos=1>.
- Cass. (FR) 9 februari 2010, n. 09-10953, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000021833139&fastReqId=1786288939&fastPos=1>.
- Cass. (FR) 1 juni 2011, n. 09-72002, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000024117548&fastReqId=1887119017&fastPos=1>.
- Cass. (FR) 12 april 2012, n. 11-16134, <http://www.juricaf.org/arret/FRANCE-COURDECASSATION-20120412-1116134>.
- Cass. (FR) 20 maart 2013, n. 12-15749, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027212069&fastReqId=1200753597&fastPos=1>.
- Cass. (FR) 20 maart 2013, n. 12-17094, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027210435&fastReqId=483677488&fastPos=1>.
- Parijs 19 mei 1998, *Gaz. Pal.* 1998, 2.

- Parijs 13 maart 2013, n. 12/09263, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027189272&fastReqId=250190906&fastPos=6>.
- Parijs 18 maart 2013, n. 11/17683, <http://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?oldAction=rechExpJuriJudi&idTexte=JURITEXT000027215973&fastReqId=1310850492&fastPos=4>.

VI. NEDERLANDSE RECHTSpraak

- HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 456.
- HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257.
- HR 19 januari 2001, *JOL* 2001, 50.
- HR 30 juni 2006, LJN: AX9395, concl. J. SPIER.
- HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 63.
- HR 16 februari 2007, *NJ* 2007, 256.
- HR 11 december 2009, LJN: BK0859, concl. F. LANGEMEIJER.
- Hof Amsterdam 13 juni 1985, *TvG* 1986, 38.
- Hof Amsterdam 4 april 1985, *TvG* 1986, 54.
- Hof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213.
- Hof Den Haag 10 april 1996, *A&V* 1997, 132.
- Rb. Zwolle 12 oktober 1994, *Advocatenblad* 1995, 341.
- Rb. Middelburg 11 maart 1998, *NJ* 1999, 41.
- Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, *NJ* 1999, 406.
- Rb. Rotterdam 2 mei 2012, *JA* 2012, 145.

VII. BELGISCHE RECHTSLEER

A. BOEKEN

- ALLEMEERSCH, B., *Taakverdeling in het burgerlijk proces*, Antwerpen, Intersentia, 2007, xxviii+671 p.
- BOCKEN, H., "Causaal verband in het Belgische recht" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, T., *Causaliteit. Top-down en bottom-up in Nederlands en transnationaal perspectief*, Antwerpen, Maklu, 2010, 123-145.

- BOCKEN, H., "Geen kans verloren. Causale onzekerheid en de rechtspraak van het hof van cassatie over het verlies van een kans" in S. VOET, B. WEYTS, I. CLAEYS, H. COUSY, S. DE GEYTER, T. HARTLIEF, G. JOCQUÉ, H. DE WULF, P. TAELEMAN, A. VAN OEVELEN, C. VAN SCHOUBROECK, K. BERNAUW, H. BOCKEN en I. BOONE, *Aansprakelijkheid, aansprakelijkheidsverzekering en andere schadevergoedingssystemen*, Mechelen, Kluwer, 2007, 271-325.
- BOCKEN, H. en BOONE, I., *Inleiding tot het schadevergoedingsrecht: buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht en andere schadevergoedingsstelsels*, Brugge, Die Keure, 2011, xv+284 p.
- BOCKEN, H., "Toerekening van aansprakelijkheid op grond van de equivalentieleer", in B. TILLEMANS en I. CLAEYS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid in Recht en onderneming nr. 11*, Brugge, Die Keure, 2004, 215-244.
- BOULARBAH, H., "La cause – Le rôle respectif du juge et des parties dans l'allégation des faits et la détermination de la norme juridique applicable à la solution du litige" in J. LINSMEAU en M. STORME (eds.), *Le rôle respectif du juge et des parties dans le procès civil*, Brussel, Bruylant, 1999, 91- 146.
- CASTERMANS, M., *Gerechtigd privaatrecht*, Gent, Story-Scientia, 2009, 763 p.
- DE LEVAL, G., *Éléments de procédure civile*, Brussel, Larcier, 2005, 552 p.
- DE LEVAL, G. en GEORGES, F., *Précis de droit judiciaire, tome 1, les institutions judiciaires: organisation et éléments de compétence*, Brussel, Larcier, 2010, 446 p.
- DUBUISSON, B. en HENRY, P., *Droit de la responsabilité: morceaux choisis*, Brussel, De Boeck-Larcier, 2004, 325 p.
- FAGNART, J., *La causalité*, Waterloo, Kluwer, 2009, xvi + 365 p.
- FAURE, M., "Het verlies van een kans in België" in A. AKKERMANS, M. FAURE en T. HARTLIEF (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag, Boom juridische uitgeverij, 2000, 161-196.
- KIRKPARTICK, J., "Un principe général du droit plus fort que la loi: le respect du droit de défense en cas de décision judiciaire fondée sur un moyen pris d'office", in X., *Imperat Lex. Liber Amicorum Pierre Marchal*, Brussel, Larcier, 2003, 281-291.
- LAENENS, J., BROECKX, K., SCHEERS, D. en THIRIAR, P., *Handboek gerechtelijk recht*, Antwerpen, Intersentia, 2012, xxviii+853 p.
- LEMMENS, P., *Gerechtigd privaatrecht*, Leuven, 1996-1997, xxvi+333 p.
- MAES, B., *Inleiding tot het burgerlijk procesrecht*, Brugge, die Keuze, 2012, xxv+352 p.

- SIMOENS, D., "Recente ontwikkelingen inzake schade en schadeloosstelling" in B. TILLEMANS en I. CLAEYS, *Buitencontractuele aansprakelijkheid in Recht en Onderneming nr. 11*, Brugge, Die Keure, 2004, 279-328.
- SIMOENS, D., *Schade en schadeloosstelling in Buitencontractuele aansprakelijkheid*, deel II, reeks Beginselen van Belgisch privaatrecht, Antwerpen, Kluwer rechtswetenschappen België, 1999, 433 p.
- VANDENBERGHE, H., "Medische aansprakelijkheid" in H. VANDENBERGHE (ed.), *De professionele aansprakelijkheid*, Brugge, die Keure, 2004, 1-124.
- VAN DROOGHENBROECK, J., *Cassation et juridiction: iura dicit curia*, Brussel, Bruylant, 2004, xix+919 p.
- VAN DROOGHENBROECK, J. "Le juge, les parties, le fait et le droit" in G. DE LEVAL, *Actualités en droit judiciaire*, Brussel, Larcier, 2005, 141-239.
- VANSWEEVELT, T., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis in reeks aansprakelijkheidsrecht 9*, Antwerpen, Maklu, 1997, 960 p.
- VANSWEEVELT, T. en WEYTS, B., *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen, Intersentia, 2009, xxxi+935 p.
- VAN ORSHOVEN, P., BOES, M. en ALLEMEERSCH, B., *Tussen gelijk hebben en gelijk krijgen. Gerechtig recht voor bachelors*, Leuven, Acco, 2012, 485 p.
- VAN QUICKENBORNE, M., *Feit & recht of de rechter en de procespartijen*, Brussel, Swinnen, 1987, 154 p.
- VAN QUICKENBORNE, M., *Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade in Recht en praktijk nr. 47*, Mechelen, Kluwer, 2007, 160 p.

B. BIJDAGEN IN TIJDSCHRIFTEN

- ANDRIES, B., "Verlies van een kans-theorie verloren?", *De Juristenkrant* 2004, afl. 93, 16.
- BEIRNAERT, K. en INSEL, B., "Verlies van een kans-theorie verduidelijkt?", *De Juristenkrant* 2005, afl. 102, 5.
- BEIRNAERT, K., "Verlies van een kans-theorie terug van weggeweest?", *De Juristenkrant* 2008, 3.
- BOCKEN, H. en BOONE, I., "Causaliteit in het Belgisch recht", *TPR* 2002, 1625-1693.
- BOCKEN, H., "Het verlies van een kans: vergoedbare schade? Het arrest van het Hof van Cassatie van 5 juni 2008", *De Verz.* 2008, nr. 365, 421-424.

- BOCKEN, H., "Verlies van een kans. Het cassatiearrest van 5 juni 2008. Vervolg en (voorlopig?) slot", *NJW* 2009, nr. 194, 2-12.
- BOONE, I., "Het verlies van een kans bij onzeker causaal verband", *RW* 2004-05, nr. 3, 92-97.
- BOONE, I., noot onder Cass. 5 juni 2008, *RDC* 2008/10, 936-940.
- BOONE, I., "Overheidsaansprakelijkheid, verjaring en verlies van een kans", *NJW* 2006, nr. 152, 898-899.
- BOONE, I., "Vergoeding voor verlies van een genezings- of overlevingskans niet langer onzeker", *NJW* 2009, nr. 194, 33.
- BOONE, I., "Verlies van een kans om op school geslaagd te worden verklaard", *NJW* 2012, nr. 261, 302.
- BOONE, I., "Verlies van een kans: voorwaarden voor recht op vergoeding en begroting van schade", *NJW* 2010, nr. 229, 661.
- CLOSSET-MARCHAL, G., "Les pouvoirs respectifs du juge et des parties dans la détermination de l'objet et de la cause de la demande", *TBBR* 2002, 447-451.
- DE KEZEL, E., "Schadevergoeding bij asbestschade", *NJW* 2008, nr. 180, 282-299.
- DE TEMMERMAN, B., "Kapitaliseren volgens 'Levie' of volgens 'Schryvers'? Twee visies op (on)zekerheid van schade", *TPR*. 2004, afl. 1, 177-211.
- DUBUISSON, B., "De la légèreté de la faute au poids hasard", *RGAR* 2005, 14009.
- DUBUISSON, B., "Le théorie de la perte d'une chance en question: le droit contre l'aléa?", *JT* 2007, 489-497.
- ESTIENNE, N., "L'arrêt de la Cour de Cassation du 1er avril 2004: une chance perdue pour les victims de fautes médicales?", noot onder Cass. 1 april 2004, *JT* 2005, 359-361.
- EYBEN, C., "La théorie de la perte d'une chance défigurée ou revisitée?", *RGDC* 2005, 307-321.
- FAGNART, J., "La perte d'une chance", *Con.M.* 1998, 189-201.
- FAGNART, J., "La responsabilité des pouvoirs publics dans la prevention des actes de violence", noot onder Luik 27 november 1996, *Journ.Proc.* 1997, 26-28.
- FAGNART, J., "L'évaluation et la réparation du préjudice corporel en droit commun", *RGAR* 1994, 12248.

- FAGNART, J., "Petite navigation dans les meanders de la causalité", *RGAR* 2006, nr. 14080.
- GENICOT, G., "L'indemnisation de la perte d'une chance consécutive à un manquement au devoir d'information du médecin", noot onder Luik 22 januari 2009, *JLMB* 2009, 1165-1182.
- GRÉGOIRÉ, M., noot onder Cass. 28 mei 2009, *Ius & Actores* 2010, 41-45.
- LEMAHIEU, H., "De lijdelijkheid van de rechter", *Jura Falc.* 1981-82, 219-239.
- LIERMAN, S., "Causaliteit en verlies van een kans in de medische context", *T.Gez.* 2006-2007, 259-273.
- LIERMAN, S., "Het Hof van Cassatie, het paard "Prizrak" en het verlies van genezings- en overlevingskansen: een duurzame liaison a trois?", *RW* 2008-09, nr. 19, 796-799.
- LIERMAN, S., "Het verlies van genezings- en overlevingskansen blijft vergoedbaar", *T.Gez.* 08/09, 213-214.
- LIERMAN, S., "Verlies van een kans bij medische ongevallen", *NJW* 2005, nr. 112, 614-618.
- MARCHETTI, R., MONTERO, E. en PÜTZ, A., "La naissance handicapée par suite d'une erreur de diagnostic: un prejudice réparable? La perte d'une chance de ne pas naître?", *RGDC* 2006, 117-132.
- MASSET, A., "La perte d'une chance de survie retenue comme élément de l'homicide involontaire", noot onder Brussel 24 maart 1999, *RGAR* 1999, 13153.
- NIEUWENHUIS, J., "Eurocausaliteit. Agenda voor het Europese debat over toerekening van schade, preadvies voor de Vereniging voor de Vergelijkende Studie van het Recht van België en Nederland", *TPR* 2002, 1695 - 1736.
- PÜTZ, A., "La perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risqué: un prejudice indemnisable!", *JT* 2009, 29-31.
- RAUWS, W., "Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden en de autonomie van de partijen", noot onder Cass. 10 mei 1985, *RW* 1985-86, 2215-2224.
- RAUWS, W., "Jura novit curia", *RW* 1984-85, 900-903.
- SCHOLLEN, A., "Le rejet de l'application de la théorie de la perte de chance", *De Verz.* 2008, nr. 365, 433-434.

- SCHUERMANS, L., VAN OEVELEN, A., PERSYN, C. en ERNST, P., "Overzicht rechtspraak onrechtmatige daad. Schade en schadeloosstelling (1983-1992)", *TPR* 1994, 851-1430.
- THION, P., "Kwalificatie van oorzaak en voorwerp van de vordering: mysteries uit het procesrecht", *NJW* 2003, 726-734.
- VAN COMPERNOLLE, J., "La cause de la demande: une clarification décisive", noot onder Cass. 14 april 2005, *JT* 2005, 661.
- VAN OEVELEN, A. en DIRIX, E., "De ambtshalve aanvulling of wijziging van rechtsgronden en de problemen van samenloop van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid", *RW* 1985-86, 903-910.
- VAN ORSHOVEN, P., "Het verschil tussen 'vragen' en 'inroepen'. Over het beschikkingsbeginsel of de macht van de rechter *in fiscalibus*", *TFR* 2004, 155-165.
- VERBEKE, R., "De oorzaak van de vordering en het ambtshalve aanvullen van rechtsgronden", *RABG* 2005, 1667-1672.

VIII. FRANSE RECHTSLEER

A. BOEKEN

- BACACHE-GIBELLI, M., *Les obligations de la responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs, Economica, 2012, 968 p.
- BRUN, P., *Responsabilité civile extracontractuelle*, Parijs, LexisNexis, 2009, xii+582 p.
- CADIET, L. en JEULAND, E., *Droit judiciaire privé*, Parijs, LexisNexis, 2011, 838 p.
- CADIET, L., NORMAND, J. en AMRANI MEKKI, S., *Théorie générale du procès*, Parijs, Presses Universitaires de France, 2010, xvi+993 p.
- COUCHEZ, G. en LAGARDE, X., *Procédure civile*, Parijs, Dalloz, 2011, 541 p.
- FABRE-MAGNAN, M., *Droit des obligations 2 – Responsabilité civile et quasi-contrats*, Parijs, Thémis droit, 2013, xii+523 p.
- GALAND-CARVAL, S., "Causation under French Law" in J. SPIER, *Unification of tort law: Causation*, reeks principles of European tort law vol. 4, Den Haag, Kluwer Law International, 2000, 53-61.
- GUINCHARD, S., *Droit et pratique de la procédure civile. Droits interne et de l'Union européenne*, Parijs, Dalloz, 2012-2013, 1714 p.
- HÉRON, J. en LE BARS, T., *Droit judiciaire privé*, Parijs, Lextenso Éditions, 2012, 1032 p.

- JULIEN, J., *Droit des obligations*, Brussel, Larcier, 2012, 343 p.
- JULIEN, P. en FRICERCO, N., *Procédure civile*, Parijs, Lextenso Éditions, 2011, 544 p.
- LE TOURNEAU, P., *Droit de la responsabilité et des contrats*, Parijs, Dalloz, 2012-2013, xli+2162 p.
- NORMAND, J., "Le juge du provisoire face au principe dispositif et au principe de la contradiction" in J. VAN COMPERNOLLE en G. TARZIA (eds.), *Les mesures provisoires en droit belges, français et italien. Étude de droit comparé*, Brussel, Bruylant, 1998, 554 p.
- SOLUS, H. en PERROT, R., *Droit judiciaire privé, deel 3*, Parijs, Sirey, 1991, vi+1458 p.

B. BIJDRAGEN IN TIJDSCHRIFTEN

- BERNARD, E., "Principe du contradictoire et perte de chance", 2012, <http://www.argusdelassurance.com/reglementation/jurisprudence/principe-du-contradictoire-et-perde-de-chance.55998> (consultatie 9 mei 2013).
- BERNFELD, C., "L'indemnisation de la perte de chance dans le domaine des accidents médicaux: une situation dramatique pour les victimes", *Gaz. Pal.* 2006, nr. 194, 33.
- BLANC, E., "Principes généraux de la nouvelle procédure civile", *JCP* 1973, 2559.
- CASTON, A., "Le moyen tiré d'une perte de chance ne peut être soulevé par le juge sans que les parties aient été invitées à s'expliquer", 2012, http://avocats.fr/space/albert.caston/content/le-moyen-tire-d-une-perde-de-chance-ne-peut-etre-souleve-par-le-juge-sans-que-les-parties-aient-ete-invitees-a-s-expliquer_D0D6C499-132F-409A-9458-DBFFF578DEB8/web-print (consultatie 9 mei 2013).
- CHABAS, F., noot onder Montpellier, 21 december 1970, *D.* 1971, 637-643.
- DECLERE, D., "La cohérence de la jurisprudence de la Cour de cassation sur la perte de chance consécutive à une faute du médecin", *D.* 2005, 742-748.
- JOURDAIN, P., "La perte d'une chance ne saurait être utilisé pour imposer une réparation partielle lorsque le dommage n'est que partiellement imputable au défendeur", *RTD Civ.* 2013, 128.
- MOR, G., "La perte de chance", 2010, <http://www.cabinet-mor.com/la-perde-de-chance-ad9.html> (consultatie 9 mei 2013).
- OUDOT, P., "La perte de chance: incertitudes sur un préjudice certain", *Gaz. Pal.* 2011, nr. 57, 8-13.

- PENNEAU, J., noot onder Cass. 27 maart 1973, *D.* 1973, 595-598.
- SAVATIER, R., "Une faute peut-elle engendrer la responsabilité d'un dommage sans l'avoir causé?", *D.* 1970, 123-126.
- X., "L'adoption de la perte de chance par les projets de réforme du droit des obligations?", 2010, <http://www.institut-numerique.org/a-ladoption-de-la-perte-de-chance-par-les-projets-de-reforme-du-droit-des-obligations-4ce5b6208ec05> (consultatie 9 mei 2013).
- X., "La notion de perte de chance", 2012, <http://www.institut-numerique.org/i-la-notion-de-perte-de-chance-4fd9a06f8f72f> (consultatie 9 mei 2013).
- X., "Le cas particulier de la perte de chance", 2004, <http://www.contrexpert.com/pertedechancepe.htm> (consultatie 9 mei 2013).

IX. NEDERLANDSE RECHTSLEER

A. BOEKEN

- AKKERMANS, A., "Grondslagen van proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband", in W. BOOM, *Tussen 'alles' en 'niets'*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, 105-115.
- AKKERMANS, A., *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: een rechtsvergelijkend onderzoek naar de wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar ratio van veroorzakingswaarschijnlijkheid*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink, 1997, xxii+524 p.
- AKKERMANS, A., "Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid" in A. AKKERMANS, M. FAURE en T. HARTLIEF (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2000, 85-134.
- ASSER, C., *Verbintenissenrecht. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer, Kluwer, 2009, 410 p.
- BLOMSMA, I., VAN KESSEL, L. en SCHELTEMA, M., "Bewijs en causaliteit" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit. Top-down en bottom-up in Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn, Maklu, 2010, 13-34.
- CROMMELIN, R., *Het ambtshalve aanvullen van de rechtsgronden. De betekenis van art. 8:96 Awb in het licht van art. 48 (oud) Rv*, Deventer, Kluwer juridisch, 2007, 476 p.
- HARTLIEF, T., "Proportionele aansprakelijkheid: een introductie" in A. AKKERMANS, M. FAURE en T. HARTLIEF (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag, Boom juridische uitgevers, 2000, 1- 25.

- HENDRIKSE, M., "Beginselen van en ontwikkelingen in het Nederlands burgerlijk procesrecht" in HENDRIKSE, M. en JONGBLOED, A. (ed.), *Burgerlijk procesrecht praktisch belicht*, Deventer, Kluwer, 2007, 1-44.
- HUGENHOLTZ, W. en HEEMSKERK, W., *Hoofdpijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, Amsterdam, Elsevier juridisch, 2009, xxi+ 336 p.
- KLAASEN, C., *Monografieën BW. Schadevergoeding: algemeen, deel 2*, Deventer, Kluwer, 2007, xvii+103 p.
- LINDENBERGH, S., *Monografieën BW. Schadevergoeding: algemeen, deel 1*, Deventer, Kluwer, 2008, xiv+93 p.
- MIERLO, A., NISPEN, C. en POLAK, M. (eds.), *Burgerlijke rechtsvordering inclusief EEX-Verordening. Tekst en commentaar*, Deventer, Kluwer, 2012, xxii+2751 p.
- SNIJDERS, H., KLAASSEN, M. en MEIJER, G., *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer, Kluwer, 2007, xxxix+578 p.
- SPIER, J., HARTLIEF, T., VAN MAANEN, G. en VRIESENDORP, R., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding in studiereeks burgerlijk recht 5*, Deventer, Kluwer, 2009, xxxiii+431 p.
- STEIN, P. en RUEB, A., *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, Deventer, Kluwer, 2005, xviii+433 p.
- VERHEIJ, A., *Monografieën BW. Onrechtmatige daad*, Deventer, Kluwer, 2005, xxii+213 p.
- VRIESENDORP, J., *Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden*, Zwolle, Tjeenk Willink, 1981, ix+122 p.
- WANDERS, P., "Beroepsaansprakelijkheid en causaliteit" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit. Top-down en bottom-up in Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn, Maklu, 2010, 61-74.
- ZIVKOVIC, D., "Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een wenselijk en toelaatbaar alternatief voor 'alles of niets'?" in R. VAN DER POEL, D. SCHEENJES en T. VAN DER WAL, *Causaliteit. Top-down en bottom-up in Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn, Maklu, 2010, 35-60.

B. BIJDRAGEN IN TIJDSCHRIFTEN

- AKKERMANS, A., "Groen licht voor proportionele schadevergoeding bij beroepsfout advocaat", *NbBW* 1998, 50-52.
- AKKERMANS, A., "Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind?", *VR* 1999, 65-69.

- AKKERMANS, A., "Schadevergoeding voor verloren proceskans", *Advocatenblad* 1998, 559-560.
- DE RIDDER, M., "Kansverlies als schadefactor bij medische aansprakelijkheid", *AA* 1995, 548-554.
- DOMMERING-VAN RONGEN, L., "Aansprakelijkheid van de advocaat", *NTBR* 1998, 81-85.
- HAAK, F., "Van een advocaat die vergeet in hoger beroep te gaan", *AA* 1998, 138-147.
- KERKMEESTER, H., "De terugkeer van het bemiddelend vonnis: de doctrine van het kansverlies bij medische aansprakelijkheid", *NJB* 1998, 435-441.
- SOENS, P., "Termijn vergeten, kans verkeken", *Ad Rem* 2005, 7-13.

Auteursrechtelijke overeenkomst

Ik/wij verlenen het wereldwijde auteursrecht voor de ingediende eindverhandeling:

De moderne contouren van het leerstuk van het verlies van een kans na het Prizrak arrest

Richting: **master in de rechten-rechtsbedeling**

Jaar: **2013**

in alle mogelijke mediaformaten, - bestaande en in de toekomst te ontwikkelen - , aan de Universiteit Hasselt.

Niet tegenstaand deze toekenning van het auteursrecht aan de Universiteit Hasselt behoud ik als auteur het recht om de eindverhandeling, - in zijn geheel of gedeeltelijk -, vrij te reproduceren, (her)publiceren of distribueren zonder de toelating te moeten verkrijgen van de Universiteit Hasselt.

Ik bevestig dat de eindverhandeling mijn origineel werk is, en dat ik het recht heb om de rechten te verlenen die in deze overeenkomst worden beschreven. Ik verklaar tevens dat de eindverhandeling, naar mijn weten, het auteursrecht van anderen niet overtreedt.

Ik verklaar tevens dat ik voor het materiaal in de eindverhandeling dat beschermd wordt door het auteursrecht, de nodige toelatingen heb verkregen zodat ik deze ook aan de Universiteit Hasselt kan overdragen en dat dit duidelijk in de tekst en inhoud van de eindverhandeling werd genotificeerd.

Universiteit Hasselt zal mij als auteur(s) van de eindverhandeling identificeren en zal geen wijzigingen aanbrengen aan de eindverhandeling, uitgezonderd deze toegelaten door deze overeenkomst.

Voor akkoord,

Piscione, Angela

Datum: **14/05/2013**