

Kansschade of proportionele aansprakelijkheid?

Mr. A.J. Van *

1. Inleiding

Eind vorig jaar moest de rechtbank Amsterdam oordelen over de vraag of de doodgeboorte van een baby had kunnen worden voorkomen als de verloskundige de moeder eerder naar een ziekenhuis zou hebben doorverwezen.¹ De ouders hadden hun vordering gebaseerd op het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid; aan de hand daarvan kwamen zij uit op een kans op causaal verband van 61%. De verloskundige bepleitte toepassing van de leer van de kansschade; dat zou volgens haar een aansprakelijkheid opleveren van 3,6%. Dit verschil in uitkomst is bijzonder. Men zou verwachten dat de keuze voor het ene dan wel het andere leerstuk niet zou mogen leiden tot een verschil in uitkomst. Het gaat immers om dezelfde onzekerheid, of die nu wordt uitgedrukt in een kans op causaal verband of een in kansen uitgedrukte schade.²

Geconfronteerd met dit soort uiteenlopende standpunten zijn rechters vaak geneigd te oordelen in het nadeel van de partij die de bewijslast draagt. Ook in de zojuist beschreven casus koos de rechter de zijde van gedaagde. In een bijdrage aan dit tijdschrift uit begin 2012 beschreven Wijne en ik een aantal soortgelijke gevallen. Vanuit de gedachte dat beide leerstukken in eenzelfde uitkomst zouden moeten resulteren, betoogden wij dat in die uitspraken de kansschade op een onjuiste wijze was berekend.³ Later in datzelfde jaar – in het arrest *Deloitte/H&H Beheer*⁴ – sprak de Hoge Raad zich voor het eerst uit over de vraag hoe de leerstukken van proportionele aansprakelijkheid en kansschade zich tot elkaar verhouden. Uit het arrest valt op te maken dat ons hoogste rechtscollege de leerstukken ziet als verwant, maar duidelijk van elkaar te onderscheiden. Het gaat daarbij om een dogmatisch onderscheid, gebaseerd op de omstandigheid dat in het eerste geval (kansschade) wel en in het tweede (proportionele aansprakelijk-

heid) niet een *condicio-sine-qua-non*-verband bestaat tussen de normschending en de schade.

Dit arrest roept een aantal vragen op. De eerste is of de gedachte dat beide leerstukken tot dezelfde uitkomst zouden moeten leiden, wel juist is. Als men die gedachte loslaat, doemt een tweede, meer principiële vraag op. Die is – en ik meen dat het Hartlief⁵ was die deze vraag voor het eerst stelde – of het dogmatische onderscheid van het *Deloitte*-arrest consequenties moet hebben voor het toepassingsbereik van beide leerstukken. Zijn er, met andere woorden, ‘normaaltypen’ waarbij toepassing van één van beide technieken voor de hand liggend en geëigend is? In deze bijdrage zal ik proberen antwoord te geven op deze vragen. Eerst zal ik de beide leerstukken en de daarbij behorende jurisprudentie belichten. Vervolgens zal ik, aan de hand van een aantal uitspraken op het gebied van medische aansprakelijkheid, inzichtelijk maken welke factoren en omstandigheden van belang zijn voor de vraag welk leerstuk in een concreet geval de voorkeur verdient. Tot slot zal ik trachten een aantal normaaltypen te identificeren en nader te omschrijven.

2. Proportionele aansprakelijkheid

Het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid is volgens de Hoge Raad in het *Deloitte*-arrest bedoeld ‘om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over het *condicio-sine-qua-non*-verband tussen de normschending en de (...) schade, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat de schade kan zijn veroorzaakt hetzij door de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis, hetzij door een voor risico van de benadeelde komende omstandigheid, hetzij door een combinatie van beide oorzaken’.

In de rechtspraak wordt het leerstuk met name toegepast om de omvang te bepalen van de aansprakelijkheid van werkgevers in situaties waarin na blootstelling aan gevaarlijke stoffen bij een werknemer een multicausale beroepsziekte is ontstaan.⁶ Daarnaast is het leerstuk gebruikt in een situatie waarin onduidelijk was of het hersenletsel van een pasgeboren baby was ontstaan door een verkeersongeval tijdens de zwanger-

* Mr. A.J. Van is advocaat bij Beer Advocaten en universitair docent aan de Vrije Universiteit te Amsterdam.

De auteur dankt Rolinka Wijne voor haar waardevolle commentaar op een eerdere versie van dit artikel.

1. Rb. Amsterdam 29 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5297.
2. Aldus: Chr.H. van Dijk en A.J. Akkermans, annotatie bij HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *JA* 2013/41, p. 247-248 en A-G Hartlief in ECLI:NL:PHR:2016:871, alinea nr. 3.6.
3. A.J. Van & R.P. Wijne, “Lies, damned lies and statistics”. De berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid, *TVP* 2012, afl. 1, p. 16-24.
4. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491 (*Deloitte/H&H Beheer*).

5. Zie ECLI:NL:PHR:2016:871, alinea nr. 3.5.

6. Zie HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:BO1799 (*Nefalit/Karamus*) en HR 11 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:1996 (*Ritsma/Lansink*).

schap of een kort na de bevalling opgetreden 'respiratory distress syndrome'.⁷

2.1 Nefalit/Karamus

Het meest bekende voorbeeld van de toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid is het arrest *Nefalit/Karamus*.⁸ Karamus had van 1964 tot 1979 als fabrieksarbeider gewerkt bij Nefalit, een producent van asbestcementproducten. Gedurende die periode was hij blootgesteld aan asbest. Daarnaast had hij een groot deel van zijn leven (28 jaar) gerookt. In 1997 ontstond bij hem longkanker. De oorzaak daarvan kon niet worden vastgesteld; die kon zowel liggen in zijn asbestblootstelling als in zijn rookgedrag of in een combinatie van die twee. Een door de kantonrechter benoemde deskundige stelde vast dat de asbestblootstelling van Karamus bij Nefalit 125 vezeljaren⁹ had bedragen en dat ieder vezeljaar de kans op het ontstaan van longkanker had verhoogd met 1%, ongeacht het rookgedrag. Dit resulteerde volgens de deskundige in een kans van 55% dat de longkanker van Karamus was veroorzaakt door de asbestblootstelling bij Nefalit.

2.2 Het relatieve risico

Voor een goed begrip van het vervolg van dit artikel is het noodzakelijk stil te staan bij de wijze waarop de deskundige tot dit percentage was gekomen. Uitgangspunt daarbij is het relatieve risico. Die grootheid geeft de verhouding aan tussen het aantal ziektegevallen in een wel, respectievelijk niet blootgestelde populatie. De neutrale waarde van het relatieve risico is 1. Het aantal ziektegevallen in beide populaties is dan even groot, hetgeen betekent dat de blootstelling geen invloed heeft gehad op het aantal ziektegevallen. In het geval van Karamus steeg de kans op longkanker per vezeljaar met 1%. Zijn totale blootstelling bedroeg 125 vezeljaren. Het relatieve risico op longkanker steeg daardoor met 1,25 en kwam uit op 1 (de neutrale waarde) plus 1,25 (de verhoging van het risico als gevolg van asbestblootstelling) is 2,25. Op basis van het relatieve risico is het mogelijk de veroorzakingswaarschijnlijkheid te bepalen. Dat gaat aan de hand van de volgende formule (waarbij RR staat voor relatief risico): $(RR - 1) / RR \times 100$. Op basis hiervan bedraagt de veroorzakingswaarschijnlijkheid in het geval van Karamus: $1,25 / 2,25 \times 100 = 55\%$.

Het relatieve risico kan ook anders worden gedefinieerd, namelijk als de verhouding tussen de kans op het krijgen van een bepaalde ziekte in een wel, respectievelijk niet blootgestelde populatie. De omvang van deze kansen wordt in het arrest *Nefalit/Karamus* niet vermeld, maar die valt wel te herleiden uit gegevens over de incidentie van longkanker. Uit epidemiologisch onderzoek blijkt dat het cumulatieve risico op longkanker voor mannelijke rokers in de periode van 1995-1998

ongeveer 14% bedroeg.¹⁰ De kans op longkanker zonder asbestblootstelling zal voor Karamus ongeveer gelijk zijn geweest aan dit percentage. Dat betekent dat de kans op longkanker met blootstelling voor hem 31,5% heeft bedragen (31,5 gedeeld door 14,0 is 2,25, en dat is weer de hoogte van het relatieve risico). Op basis van deze kansen kan schematisch duidelijk worden gemaakt hoe bij toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid de veroorzakingswaarschijnlijkheid (en daarmee de mate van aansprakelijkheid) wordt bepaald (zie figuur 1).

De linkerkolom van figuur 1 toont (steeds procentueel gezien) het aantal rokers dat tijdens hun leven aan longkanker komt te overlijden. In de rechterkolom is te zien in welke mate dat aantal toeneemt als naast het roken sprake is geweest van een asbestblootstelling van 125 vezeljaren. In totaal gaat het in die laatste groep om 31,5 (14 + 17,5) personen die overlijden aan longkanker. Daarvan zouden 14 personen ook zonder de asbestblootstelling aan longkanker zijn overleden. Voor de overige 17,5 personen is dat niet het geval. Op grond van de beschikbare gegevens is niet vast te stellen of Karamus behoort tot deze laatste groep (in welk geval een volledig causaal verband met de asbestblootstelling aanwezig zou zijn) of de eerste groep (in welk geval geen causaal verband zou bestaan). Het enige dat op basis van deze cijfers kan worden gezegd, is hoe groot de kans is dat Karamus inderdaad een van de 17,5 personen is van wie zeker is dat het overlijden is veroorzaakt door de asbestblootstelling. Die kans kan worden bepaald aan de hand van de volgende formule:

(kans op schade met fout minus kans op schade zonder fout) gedeeld door kans op schade met fout x 100.

In het geval van Karamus resulteert dat in een kans van 55%: $(31,5 - 14) / 31,5 \times 100\%$.

2.3 Zeer kleine of zeer grote kansen

In *Nefalit/Karamus* staat voor de Hoge Raad voorop dat het uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van Nefalit heeft bijgedragen tot de schade van Karamus, in haar geheel op deze laatste af te wentelen. Het omgekeerde is eveneens onaanvaardbaar. Daarom rekent de Hoge Raad de schade aan Nefalit toe in evenredigheid met de mate van waarschijnlijkheid dat de aan hem als werkgever toe te rekenen omstandigheden aan het ontstaan van de schade hebben bijgedragen. De grondslag voor deze proportionele oplossing ligt in de artikelen 6:99 (alternatieve causaliteit) en 6:101 (eigen schuld) van het Burgerlijk Wetboek (BW). De hier gegeven regel geldt niet in alle gevallen. Als de kans op het bestaan van een condicio-sine-qua-non-verband zeer klein is, zal de

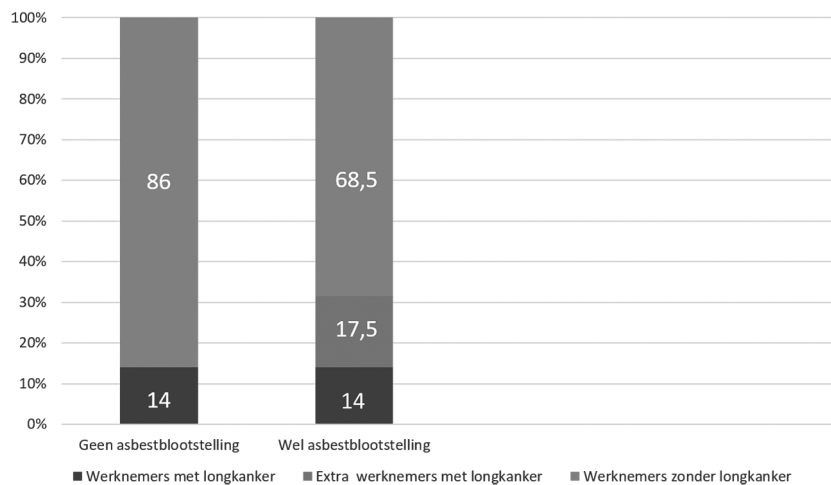
7. HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349 (*Nationale-Nederlanden/X*).

8. HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:BO1799 (*Nefalit/Karamus*).

9. Een vezeljaar is een eenheid die wordt gebruikt bij het vaststellen van de cumulatieve blootstelling aan vezels zoals asbest. Eén vezeljaar staat daarbij gelijk aan inademing van 1 asbestvezel per 1 ml lucht gedurende 1 arbeidsjaar.

10. C. Bruder e.a., 'Estimating lifetime and 10-year risk of lung cancer', *Preventive Medicine Reports* 2018, afl. 11, p. 125-130, fig. 3. Dit artikel kan online worden geraadpleegd op www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC6010924/.

Figuur 1 Incidentie van longkanker bij niet, respectievelijk wel aan asbest blootgestelde rokers



vordering moeten worden afgewezen. Omgekeerd ligt bij een zeer grote kans volledige toerekening voor de hand.

2.4 Terughoudendheid

Verdere afbakening van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid heeft plaatsgevonden in het arrest *Fortis/Bourgonje*.¹¹ Daarin oordeelde de Hoge Raad dat proportionele aansprakelijkheid – in verband met de daardoor in het leven geroepen mogelijkheid van aansprakelijkheid voor schade die men niet zelf heeft veroorzaakt – ‘met terughoudendheid’ dient te worden toegepast. Bovendien dient de rechter acht te slaan op ‘de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending – waaronder begrepen de aard van de door de benadeelde geleden schade’. In het hierboven genoemde *Deloitte*-arrest herhaalde de Hoge Raad deze beperkende voorwaarden. Opvallend daarbij is dat de Hoge Raad deze niet stelde ten aanzien van het hierna te bespreken leerstuk van kansschade.

3. Kansschade

De leer van de kansschade is volgens de Hoge Raad in het *Deloitte*-arrest bedoeld ‘om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of de kans op succes zich zonder die tekortkoming of onrechtmatige daad wel zou hebben gerealiseerd’.¹²

De Hoge Raad heeft het leerstuk van de kansschade tot dusverre vooral toegepast bij de beoordeling van de aansprakelijkheid voor beroepsfouten van notarissen, deurwaarders, advo-

caten en beleggings- en belastingadviseurs¹³ waarin niet kon worden vastgesteld wat de uitkomst van het proces zou zijn geweest wanneer geen fout zou zijn gemaakt. In de lagere rechtspraak kwam het ook voor bij beroepsfouten van artsen¹⁴ en in recente arresten paste ook de Hoge Raad het leerstuk toe op dat terrein.¹⁵ Hierna zal ik eerst ingaan op de ontstaansgeschiedenis van het leerstuk, om daarna te bespreken hoe het leerstuk op de verschillende terreinen wordt toegepast.

3.1 Mathematische kans

Het idee van vergoeding van een verloren kans is, voor zover ik heb kunnen nagaan, afkomstig uit de Engelse zaak *Chaplin v Hicks*.¹⁶ Hicks was in het begin van de vorige eeuw een bekende figuur in de Londense theaterwereld. Op zoek naar nieuw acteertalent organiseerde hij een wedstrijd waarbij jonge vrouwen een portretfoto van zichzelf konden inzenden. Samen met een commissie zou hij de 24 mooiste foto’s uitkiezen en die zouden worden gepubliceerd in een dagblad, zodat de lezers een winnares konden kiezen. De wedstrijd leverde zesduizend aanmeldingen op. Dat was fors meer dan verwacht, waardoor de organisatie moest worden aangepast. Hicks en zijn commissie kozen driehonderd foto’s en lieten die publiceren in tien regionale dagbladen. In elk dagblad stonden alleen de foto’s van de dames afkomstig uit die regio. De top vijf uit elke regio zou vervolgens worden uitgenodigd voor een persoonlijk gesprek met Hicks en zijn commissie en uit deze groep van vijftig vrouwen zouden zij twaalf winnaressen kiezen. Deze twaalf dames zouden ieder een theatercontract aan-

11. HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799 (*Fortis/Bourgonje*).

12. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491 (*Deloitte/H&H Beheer*).

13. Zie HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905 (*Baijings/mr. H.*), HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0859, HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799 (*Fortis/Bourgonje*) en HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491 (*Deloitte/H&H Beheer*). Zie recent ook Hof Amsterdam 9 maart 2021, ECLI:NL:GHAMS:2021:677.

14. Hof Amsterdam 4 januari 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:2987, *NJ* 1997/213 (*Baby Ruth*).

15. Zie HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987 (*Netvliesloslating*) en HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2786 (*patiënt/AZM*).

16. 2 K.B. 786 (1911).

geboden krijgen voor de duur van drie jaar. De eerste vier vrouwen zouden daarvoor wekelijks worden beloond met £ 5 (£ 780 over de gehele periode van drie jaar); voor de dames die eindigden op de plaatsen vijf tot en met acht lag een beloning van £ 4 per week (£ 624 in totaal) in het verschiet en voor de plaatsen negen tot en met twaalf was dat £ 3 per week (£ 468 in totaal).

Eva Chaplin was de winnares van haar regio. Door een fout van Hicks bereikte de uitnodiging voor het persoonlijke gesprek haar te laat (zij verbleef op dat moment niet in haar woonplaats Londen, maar in het Schotse Dundee, waar zij met een acteeropdracht bezig was). Eva besloot Hicks aan te spreken tot schadevergoeding. Zij vorderde een financiële vergoeding voor de verloren kans op een van de twaalf lucratieve theatercontracten. De Engelse rechter wees haar vordering toe. De jury waardeerde de verloren kans op £ 100. Hiermee was het concept geboren dat kansen een bepaalde waarde in het economische verkeer kunnen vertegenwoordigen en dat het verlies daarvan kan worden aangemerkt als verhaalbare schade (in dit geval zuivere vermogensschade).

De uitspraak van de Engelse rechter vermeldt niet hoe de waardering van de verloren kans tot stand is gekomen. Het meest voor de hand liggend is de waarde daarvan te bepalen aan de hand van mathematische kansberekening. Volgens die benadering zou Eva recht hebben gehad op een bedrag van ongeveer £ 149,76 ($4/50 \times £ 780 + 4/50 \times £ 624 + 4/50 \times £ 468 + 38/50 \times £ 0 = £ 149,76$). Op deze wijze is echter geen rekening gehouden met het feit dat Eva de meeste stemmen had behaald in haar regio, dat die regio (Londen) vanwege de omvang daarvan vermoedelijk ook de meeste kandidaten telde, en dat zij reeds enige ervaring had opgedaan met acteerwerk (dat was immers de reden waarom zij in Dundee verbleef). Op basis daarvan zou kunnen worden aangenomen dat haar kans op een van de prijzen groter dan gemiddeld zou zijn geweest. Had dit tot uitdrukking moeten worden gebracht in de waardering van de verloren kans? En zo ja, op welke wijze? De antwoorden op deze vragen heb ik niet.¹⁷ Ik noem ze wel, omdat ze illustreren dat de waarde van een verloren kans – zelfs als die redelijk mathematisch lijkt – zelden volledig objectief kan worden bepaald. Hierbij is vrijwel altijd in mindere of meerdere mate een subjectief element aanwezig.

3.2 Nog niet ingetreden risico's

Een categorie die enige verwantschap vertoont met de problematiek in *Chaplin v Hicks* is die van de aansprakelijkheid voor nog niet ingetreden risico's.¹⁸ Een voorbeeld daarvan, ont-

leend aan mijn praktijk, is het geval van een jonge vrouw bij wie door een medische fout de diagnose baarmoederhalskanker was gemist. Ondanks een behandelingsdelay van ruim een jaar kon zij met goed resultaat worden behandeld. Wel was als gevolg van het delay de kans op recidive van de kanker fors toegenomen. Zonder behandelingsdelay zou de vijfjaarsoverleving 96% hebben bedragen; met behandelingsdelay was die kans afgenomen tot 65%. Door het delay had zij derhalve een kans van 31% verloren op het uitblijven van een recidive in de toekomst.

Vertegenwoordigt dit kansverlies een rechtens verhaalbare schade? Een voor de hand liggende tegenwerping is dat er geen schade is, zo lang de kwade kans zich niet heeft gerealiseerd. Deze redenering is terug te zien in een uitspraak van de rechtbank Rotterdam over een werknemer van de RET die tijdens de uitoefening van zijn werkzaamheden in aanraking was gekomen met asbest. Daardoor was bij hem angst ontstaan voor een asbestziekte. De rechtbank wees de vordering af, omdat deze angst, 'hoe belastend zulks ook kan zijn', onvoldoende is om te spreken van 'aantasting in de persoon'.¹⁹

Daartegen kan worden ingebracht dat kansen, zoals naar voren is gekomen in *Chaplin v Hicks*, wel degelijk een waarde kunnen vertegenwoordigen in het economische verkeer. In de personenschade is het ook gebruikelijk toekomstige kwade kansen in geld uit te drukken; als voorbeeld noem ik de figuur van de economische kwetsbaarheid. Verdere steun voor deze opvatting is te vinden in de jurisprudentie over de schade die het gevolg is van aardbevingen die zich in Groningen voordoen als gevolg van gaswinning uit het Groningenveld. In antwoord op een aantal prejudiciële vragen oordeelde de Hoge Raad dat de angst van de bewoners voor toekomstige aardbevingen onder omstandigheden voor vergoeding in aanmerking kan komen. Ook hebben zij volgens de Hoge Raad recht op een voorschot op de vermogensschade die zij lijden doordat hun woningen door het risico op toekomstige aardbevingen minder waard zijn geworden.²⁰

Ik concludeer hieruit dat de jurisprudentie ruimte biedt om schadevergoeding toe te kennen in situaties waarin de benadeelde door een onrechtmatige daad of wanprestatie van een ander is geconfronteerd met een afname van de kans om in de toekomst een bepaald nadeel te vermijden. Een lastige vraag is of daarbovenop een aanvullende vergoeding kan worden gevorderd, als het toekomstige risico zich heeft gerealiseerd. Ik ben geneigd die vraag ontkennend te beantwoorden. Bij het vaststellen van een vergoeding voor nog niet ingetreden risico's gaat het om een afweging van goede en kwade kansen. Daarbij

17. Wie daarin geïnteresseerd is, verwijs ik graag naar het uitstekende artikel van W. Miao & J.L. Gastwirth, 'Case comment: Estimating the economic value of the loss of a chance. A re-examination of *Chaplin v. Hicks*', *Law, Probability and Risk* (17) 2018, afl. 4, p. 279-293, <https://doi.org/10.1093/lpr/mgy011>.

18. Akkermans spreekt in dit verband van 'belasting met een duurzaam risico'. Zie A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 219-244.

19. Rb. Rotterdam 25 mei 1999, ECLI:NL:RBROT:1999:AA4704. Zie verder ook Hof 's-Hertogenbosch 6 mei 2008, ECLI:NL:GHSHE:2008:BD5666, waarin een soortgelijke vordering wel werd toegewezen; in dit geval kon de benadeelde echter aannemelijk maken dat de angst zich had ontwikkeld tot een 'in de psychiatrie erkend ziektebeeld'.

20. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:PHR:2019:496.

past niet dat de werkelijk geleden schade alsnog volledig kan worden gevorderd als de kwade kans zich heeft gerealiseerd.

3.3 Beroepsfouten van advocaten, accountants en belastingadviseurs

Het hiervoor genoemde, subjectieve element bij de vaststelling van de omvang van een verloren kans is het meest duidelijk aanwezig in situaties waarin door de fout van een advocaat of een belastingadviseur een kans op een beter resultaat verloren is gegaan. Dit zijn vaak unieke situaties, die zich niet lenen voor toepassing van de mathematische kansberekening, zoals in *Chaplin v Hicks*, en waarin evenmin statistische gegevens voorhanden zijn die een indicatie zouden kunnen vormen voor de kans dat in de hypothetische situatie zonder fout een gunstiger resultaat zou zijn behaald. De omvang van de verloren kans moet daardoor worden geschat aan de hand van een afweging van goede en kwade kansen. Meestal wordt die overgelaten aan een deskundige, om een zo objectief mogelijk oordeel te verkrijgen. Een zekere mate van subjectiviteit is daarbij echter niet te vermijden.

Een voorbeeld van het in de vorige alinea beschreven type gevallen biedt het al eerder genoemde *Deloitte*-arrest.²¹ Hierin ging het om een accountant die aan een belastingadviseur advies had gevraagd over de fiscale consequenties van zijn uitreden bij een maatschap van accountants. In zijn advies nam de belastingadviseur aan dat de accountant zijn onderneming via een 'geruisloze inbreng' zou kunnen onderbrengen in een nieuwe maatschap. De Belastingdienst zette daar een streep door, waarna de accountant f75.000 meer aan belasting moest betalen dan hem in het advies was voorgehouden. In de procedure kwam vast te staan dat de belastingadviseur een beroepsfout had gemaakt. Tijdens de procedure werden diverse deskundigen benoemd. Uiteindelijk oordeelde het hof, na afweging van goede en kwade kansen, dat bij een juist advies een kans van 60% zou bestaan dat de Belastingdienst niet tot het heffen van extra belasting zou zijn overgegaan. De belastingadviseur diende daarom volgens het hof 60% van de extra betaalde belasting aan de accountant te vergoeden.

In cassatie gaat het om de vraag langs welke weg het hof dit resultaat had bereikt: door toepassing van proportionele aansprakelijkheid, via het leerstuk van de kansschade of door de schade te begroten op basis van artikel 6:97 BW? In het eerste geval zou op grond van het arrest *Fortis/Bourgonje* terughoudendheid moeten worden betracht, in beide andere gevallen niet. De Hoge Raad interpreteert het arrest van het hof aldus, dat het hof daarin geen toepassing heeft gegeven aan het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid, maar aan dat van de kansschade. Bij dat leerstuk is terughoudendheid niet aan de orde, overweegt de Hoge Raad nog eens uitdrukkelijk.

Daarmee onderstreept ons hoogste rechtscollege dat het hier gaat om twee leerstukken die, hoewel ze aan elkaar verwant

zijn, duidelijk van elkaar moeten worden onderscheiden. De verwantschap hangt samen met het feit dat beide leerstukken een oplossing beogen te bieden voor een probleem dat is geworteld in dezelfde onzekerheid. Dan ligt het voor de hand te verwachten dat beide leerstukken eenzelfde uitkomst opleveren.²² In het arrest *Deloitte/H&H Bebeer* is dat ook het geval. De kans op schade (in de zin van extra belastingheffing) zou bij een juist advies 40% hebben bedragen. Diezelfde kans bedroeg 100% bij een onjuist advies (er is in die situatie immers daadwerkelijk extra belasting geheven). Voor de bepaling van de kansschade moet de kans op schade zonder fout worden afgetrokken van de kans op schade met fout. Dat levert een kansverlies op van 100% minus 40% = 60%. De proportionele aansprakelijkheid zou in dit geval moeten worden bepaald aan de hand van de in paragraaf 2.2 gegeven formule:

(kans op schade met fout minus kans op schade zonder fout) gedeeld door kans op schade met fout x 100.

In de hier beschreven situatie levert dat hetzelfde resultaat op: $(100\% - 40\%) / 100\% \times 100 = 60\%$.

3.4 Beroepsfouten van artsen (1)

Naast de hiervoor besproken beroepsfouten van zelfstandige beroepsbeoefenaren zoals advocaten, accountants en belastingadviseurs, bevat de lagere rechtspraak relatief veel uitspraken waarin het leerstuk van de kansschade wordt ingezet voor het verkrijgen van een schadevergoeding na een medische fout. In een belangrijk deel van die gevallen gaat het om het missen van een diagnose, waardoor een reeds bestaand ziektebeeld de gelegenheid krijgt zich verder te ontwikkelen. Een voorbeeld daarvan is te vinden in een wat oudere uitspraak van de rechtbank Alkmaar.²³ Deze betrof een vrouw die zich in verband met oorspijn tot haar huisarts had gewend. Zij werd daarvoor behandeld met oordruppels. 's Nachts verergerden haar klachten. In verband daarmee nam zij tot driemaal toe telefonisch contact op met de waarnemend huisarts. Bij het laatste gesprek verzocht zij expliciet om een visite. De waarnemer ging niet op dat verzoek in. Pas nadat de echtgenoot van de vrouw vroeg in de ochtend nogmaals had gebeld, legde de waarnemer een huisbezoek af. Daarbij concludeerde hij dat de klachten van de vrouw van psychische aard waren. De echtgenoot sloeg vervolgens alarm, waarop de vrouw per ambulance naar het dichtstbijzijnde ziekenhuis werd gebracht. Daar overleed zij enkele uren later aan een bacteriële meningitis (hersenvliesontsteking).

Een op gezamenlijk verzoek van partijen ingeschakelde deskundige oordeelde dat de waarnemer na het tweede, en zeker na het derde telefoontje de noodzaak van een persoonlijk onderzoek had moeten inzien. Bij een adequate medische

21. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491 (*Deloitte/H&H Bebeer*).

22. In dezelfde zin A-G Spier in zijn conclusie onder het arrest *Deloitte/H&H Bebeer* (ECLI:NL:PHR:2012:BX7491, alinea nr. 3.12.2): 'Praktisch gezien zou de uitkomst van beide exercities dezelfde moeten zijn.'

23. Rb. Alkmaar 3 oktober 2002, ECLI:NL:RBALK:2002:AE8326.

behandeling op dat moment zou de vrouw een overlevingskans hebben gehad van 70%, waarbij volgens de deskundige rekening zou moeten worden gehouden met neurologische restverschijnselen. De deskundige was niet in staat aan te geven of, en zo ja, in welke fase van het leven van de vrouw, die restverschijnselen zich zouden hebben voorgedaan. De rechtbank oordeelde dat deze kwade kans niet geheel miskend kon worden en 'naar billijkheid terughoudend' moest worden geschat en verdisconteerd in de geschatte overlevingskans. De rechtbank bepaalde die kans uiteindelijk op 60%.

Ook in dit geval is voor de uitkomst om het even welk leerstuk wordt toegepast. De kans op overlijden (waarbij ik abstraheer van de door de rechtbank toegepaste correctie wegens de kans op neurologische restverschijnselen) zou bij een juiste medische behandeling 30% hebben bedragen. Door het behandelingsdelay steeg die kans naar 100% (de vrouw is immers uiteindelijk overleden). Voor de bepaling van de kansschade moet de kans op overlijden zonder fout worden afgetrokken van de kans op overlijden met fout. Dat levert een kansverlies op van 100% minus 30% = 70% (welk percentage dus door de rechtbank in verband met de mogelijkheid van neurologische restverschijnselen werd gecorrigeerd naar 60%). De hierboven beschreven formule voor de bepaling van de proportionele aansprakelijkheid leidt tot eenzelfde resultaat, namelijk: $(100\% - 30\%) / 100\% \times 100 = 70\%$.

3.5 Beroepsfouten van artsen (2)

Een tweede voorbeeld dat ik in dit verband zou willen bespreken, betreft het in de inleiding van dit artikel beschreven geval van het doodgeboren kindje.²⁴ De moeder in deze zaak was ruim 38 weken zwanger, toen zij op 5 oktober 2015 haar kind niet goed meer voelde bewegen. Zij consulteerde haar verloskundige. Die stelde haar gerust en instrueerde haar contact op te nemen als zij de foetus helemaal niet meer voelde bewegen. Op de avond van 5 oktober 2015 voelde de moeder het kindje nog éénmaal schoppen in haar buik. In de dagen daarna nam de moeder tweemaal telefonisch contact op met de verloskundige omdat zij last had van harde buiken en pijn in de buik. Ook was sprake van vaginaal bloedverlies en groen vochtverlies. De verloskundige zag daarin geen aanleiding de moeder door te verwijzen naar een gynaecoloog. Op 7 oktober werd de moeder door haar eigen vader opgehaald en vertrok zij met hem naar Engeland. Daar werd op 9 oktober een intra-uteriene vruchtdood (IUVD) geconstateerd. Een dag later beviel de moeder van een levenloos kind. Obductieonderzoek leverde geen afwijkingen en geen verklaring op voor het overlijden van de foetus.

Ruim een halfjaar later stelden de ouders de verloskundigenpraktijk aansprakelijk. Zij verweten de verloskundige dat zij bij het consult van 5 oktober 2015 de moeder niet ter controle had doorgestuurd naar het ziekenhuis. De verzekeraar van de

verloskundigenpraktijk erkende aansprakelijkheid voor de gevolgen van dit verzuim. Ter vaststelling daarvan werd op gemeenschappelijk verzoek aan een gynaecoloog gevraagd een deskundigenrapport uit te brengen. Diens initiële reactie was dat het 'puur speculeren' zou zijn om in dit individuele geval percentages te noemen over de kans op overleven van het kindje als de moeder wel direct zou zijn doorgestuurd naar een ziekenhuis. Een alinea later gaf de deskundige echter toch een aantal percentages die afkomstig waren uit een Ierse studie waarin 275 moeders waren gevolgd die in de tweede helft van hun zwangerschap klaagden over verminderde foetale bewegingen en in verband daarmee waren doorverwezen naar het ziekenhuis.²⁵ Uit deze studie bleek dat in 1,4% van de gevallen bij aankomst in het ziekenhuis reeds sprake was van een IUVD. In alle andere gevallen werd een ctg vervaardigd. In 7,2% van de gevallen waarin een ctg was gemaakt, was de uitkomst 'non-reassuring'. Bij de helft van die gevallen werd om die reden een *sectio caesarea* (keizersnede) verricht. In antwoord op (eenzijdig namens de ouders gestelde) aanvullende vragen gaf de deskundige aan dat vrijwel al deze gevallen bij het uitblijven van een keizersnede ook in een IUVD zouden zijn geëindigd.

Naar aanleiding van deze bevindingen stelden de ouders zich op het standpunt dat er een kans van 61% bestond dat hun kindje nog zou hebben geleefd, als de moeder op 5 oktober 2015 zou zijn doorverwezen naar het ziekenhuis. Daaraan lag als redenering ten grondslag dat er zonder medische fout een kans van 1,4% was dat het kindje bij aankomst in het ziekenhuis reeds zou zijn overleden. Door de medische fout was een doorverwijzing en in vervolg daarop een keizersnede achterwege gebleven, waardoor de kans op een IUVD was gestegen tot 3,6%. De kans dat het kindje in de onderhavige casus nog zou hebben geleefd, bedraagt dan: $(3,6\% - 1,4\%) / 3,6\% \times 100 = 61\%$.

De deelgeschilrechter paste het leerstuk van de kansschade toe. Daartoe ging zij, evenals de ouders, uit van een 'kans op schade met fout' van 3,6%. Wat de 'kans op schade zonder fout' betreft wees zij erop dat de ouders die ten onrechte hadden gesteld op 1,4%. Dat percentage vertegenwoordigde de kans dat het kindje bij aankomst in het ziekenhuis reeds zou zijn overleden. Uit de door de ouders gestelde feiten bleek echter dat de kindsbewegingen op 6 oktober – een dag na het moment waarop de moeder had moeten worden doorverwezen – nog voldoende waren. Dat betekent dat deze kans in dit geval niet maatgevend kon zijn voor de omvang van de 'kans op schade zonder fout'. De deelgeschilrechter hanteerde in plaats daarvan als uitgangspunt dat de kans op een IUVD nihil zou zijn geweest, als de moeder tijdig zou zijn doorverwezen.²⁶

24. Rb. Amsterdam 29 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5297, *GZR Updates* 2020-0320, m.nt. A.J. Van. Voor meer voorbeelden zie Van & Wijne 2012.

25. C.M. McCarthy e.a., 'Perinatal outcomes of reduced fetal movements: A cohort study', *BMC Pregnancy and Childbirth* (16) 2016/169.

26. Juister zou in mijn ogen zijn geweest hier uit te gaan van de voor alle zwangere vrouwen geldende kans op een IUVD. Die bedroeg volgens de in deze zaak aangehaalde Ierse studie 0,29%.

Aldus kwam zij tot een kansschade van 3,6% minus 0% = 3,6%.

Deze uiteenlopende resultaten roepen de vraag op of de grondgedachte juist is, dat de leerstukken van proportionele aansprakelijkheid en kansschade uitdrukking geven aan dezelfde onzekerheid en aldus zouden moeten resulteren in eenzelfde uitkomst. Die vraag zal ik in de volgende paragraaf behandelen.

4. Twee kanten van dezelfde medaille?

Naar aanleiding van het *Deloitte*-arrest is in de literatuur gedebatteerd over de vraag of het daarin door de Hoge Raad gemaakte onderscheid van louter dogmatische aard is, of dat dit fundamenteeler is en dat de Hoge Raad hiermee heeft bedoeld tot uitdrukking te brengen dat beide leerstukken niet uitwisselbaar zijn. Het eerste standpunt is met name verdedigd door Akkermans en Van Dijk,²⁷ het tweede is terug te vinden bij onder meer Tjong Tjin Tai²⁸ en Kortmann.²⁹

Akkermans en Van Dijk erkennen dat op dogmatische gronden een onderscheid kan worden gemaakt tussen proportionele aansprakelijkheid en kansschade, maar zij zien dat geenszins als dwingend. Het onderscheid is in hun ogen vooral een kwestie van verschil in juridische techniek. Een casus als *Nefalit/Karamus*, die door de Hoge Raad is ondergebracht in de categorie proportionele aansprakelijkheid, kan volgens hen heel goed worden benaderd vanuit de optiek van kansschade door uit te gaan van het verlies van de kans om, ondanks het roken, toch gevrijwaard te blijven van longkanker. Andersom geldt dat volgens hen ook.

Volgens Tjong Tjin Tai is er meer aan de hand en gaat het hier om leerstukken die niet alleen dogmatisch van elkaar zijn te onderscheiden, maar tevens een eigen toepassingsbereik hebben. Het leerstuk van verlies van een kans is volgens hem bedoeld voor situaties waarin vaststaat dat de fout heeft geleid tot een 'schadevoerval' en alleen de omvang van de schade onzeker is. In situaties waarin dat eerste – dat de fout tot schade heeft geleid – niet vaststaat, dient de proportionele aansprakelijkheid te worden toegepast. Kortmann komt, op heel andere gronden, tot een vergelijkbaar resultaat. In zijn ogen kan alleen worden gesproken van een 'kans' als het gaat om een toekomstige onzekere gebeurtenis. Zodra de gebeurtenis zich heeft voltrokken, gaat het niet meer om kansen maar om onzekerheden. Dan is het leerstuk van kansschade niet langer bruikbaar en dient de (causaliteits)onzekerheid te worden bepaald op basis van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid. Het leerstuk van kansschade is in zijn

optiek alleen bruikbaar in situaties als *Chaplin v Hicks* of bij nog niet ingetreden risico's.

Geen van de genoemde auteurs gaat specifiek in op de vraag hoe het mogelijk is dat beide leerstukken in sommige gevallen van medische aansprakelijkheid leiden tot uiteenlopende resultaten. Akkermans en Van Dijk lijken dit probleem te willen oplossen door de kans op schade met fout niet te zien als een 'voorafkans' maar een 'achterafkans'. In *Nefalit/Karamus* is dat volgens hen de kans om, ondanks het roken, gevrijwaard te blijven van longkanker. De omvang van deze 'achterafkans' is echter alleen te bepalen met behulp van de formule die in *Nefalit/Karamus* wordt gebruikt om de proportionele aansprakelijkheid te bepalen. Deze formule is hierboven al enkele malen aangehaald:

$$\frac{\text{(kans op schade met fout -/- kans op schade zonder fout)}}{\text{kans op schade met fout}} \times 100.$$

Op zich is het niet onjuist om de achterafkans op deze wijze te bepalen, maar deze benadering kan wel gemakkelijk aanleiding geven tot verwarring. Want in feite wordt hier onder de vlag van kansschade een rekenformule gehanteerd die bedoeld is om bij het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid de omvang van de causaliteitsonzekerheid te bepalen. De meeste juristen zullen bij het leerstuk van verlies van een kans denken aan een andere formule, namelijk:

$$\text{kansverlies} = \text{kans op schade met fout -/- kans op schade zonder fout}.$$

Een ander punt van kritiek is dat in de benadering van Akkermans en Van Dijk nog steeds geen antwoord wordt gegeven op de vraag hoe het mogelijk is dat beide leerstukken bij medische aansprakelijkheid tot uiteenlopende resultaten leiden.

In de benaderingen van Tjong Tjin Tai en Kortmann wordt de hierboven gesignaleerde verwarring weliswaar voorkomen, maar ook deze auteurs bieden geen oplossing voor de vraag welk leerstuk in gevallen van medische aansprakelijkheid het meest geëigend is. In de volgende paragraaf zal ik nader ingaan op dat probleem. De sleutel tot de oplossing ligt daarbij volgens mij in de vraag op welke niveaus er sprake is van onzekerheid.

5. Niveaus van onzekerheid

De gemeenschappelijke deler van alle hiervoor besproken zaken is dat sprake is van onzekerheid over de vraag of een bepaalde gebeurtenis schade heeft veroorzaakt, en zo ja, in welke mate het ontstaan van de schade aan die gebeurtenis kan worden toegeschreven. In het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid wordt de onzekerheid daarover tot uitdrukking gebracht in een veroorzakingswaarschijnlijkheid; in het leerstuk van de kansschade gebeurt dat door een andere invulling te geven aan het begrip schade. Wat vaak uit het oog wordt verloren, is dat er in dit soort situaties twee niveaus zijn

27. Van Dijk en Akkermans, *JA* 2013/41.

28. T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid', *NJB* 2016/1605.

29. J.S. Kortmann, 'Causaliteitsperikelen', in: C.J.M. Claassen & J. Spier (red.), *Preadviezen van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht (VASR)*, Deventer: Kluwer 2012, p. 41 e.v.

waarop onzekerheid kan bestaan. Het onderscheiden van die niveaus geeft inzicht in de vraag welk leerstuk beter 'past'. Tevens maakt dit duidelijk waarom de Hoge Raad bij de proportionele aansprakelijkheid wél terughoudendheid verlangt en bij de kansschade niet.

5.1 *Onzekerheid over de kans op schade met fout*

Het eerste niveau waarop zich onzekerheid kan voordoen, is dat van de kans op schade met fout. Onzekerheid hierover is niet beperkt tot de hiervoor besproken gevallen. Als voorbeeld noem ik het arrest *Baby Kelly*.³⁰ De eisers in deze zaak waren een man en een vrouw die een kindervens hadden. In de familie van de man kwam een erfelijke chromosomale afwijking voor. Toen de vrouw zwanger raakte, vroeg zij haar verloskundige een prenataal onderzoek te laten uitvoeren om de aanwezigheid van de afwijking bij de ongeboren vrucht uit te sluiten. De verloskundige gaf aan dat een dergelijk onderzoek niet nodig was. Na de bevalling bleek het kindje de afwijking helaas toch te hebben.

De kans op schade met fout moet worden bepaald op het moment waarop de fout wordt gemaakt. In dit geval wil dat zeggen: op het moment waarop de verloskundige moet beslissen of prenataal onderzoek nodig is. Op dat moment was niet bekend of de chromosomale afwijking bij het ongeboren kind aanwezig was. Eerder hadden de ouders zonder voorafgaand prenataal onderzoek een gezond kind gekregen. De kans op schade (in casu: de aanwezigheid van de afwijking bij het ongeboren kind) was derhalve geen 100%. Anderzijds was die kans ook niet geheel afwezig. Het ging immers om een erfelijke afwijking die voorkwam in de familie van de vader. Daardoor bestond in deze zaak onzekerheid over de kans op schade met fout (in casu: het nalaten van prenataal onderzoek).

Diezelfde onzekerheid was aanwezig in de zaak van de intra-uteriene vruchtdood (IUVD). De moeder sloeg alarm omdat zij minder kindsbewegingen voelde. Dat zou kunnen duiden op een verslechterende conditie van het ongeboren kind en daarmee een verhoogd risico op foetale sterfte.³¹ Uit het in deze zaak aangehaalde Ierse onderzoek kwam echter naar voren dat dit risico zich slechts in een beperkt aantal gevallen realiseerde.

Opvallend is dat in de zaak van de gemiste diagnose meningitis geen onzekerheid bestond over de kans op schade met fout. Bacteriële meningitis is een aandoening met een karakteristiek, progressief verloop; als de patiënt niet (tijdig) wordt behandeld met antibiotica, ontstaan blijvende neurologische uitvalsverschijnselen en treedt uiteindelijk de dood in. De kans op schade met fout is hier derhalve 100%.

5.2 *Onzekerheid over de kans op het uitblijven van schade zonder fout*

Het tweede niveau waarop onzekerheid kan bestaan, heeft betrekking op de kans op het uitblijven van schade zonder fout. In het *Baby Kelly*-arrest bestond hierover geen onzekerheid: indien prenataal onderzoek zou zijn verricht, zou de kans op een kind met de erfelijke chromosomale afwijking nihil zijn geweest. De ouders hadden immers aangegeven dat zij in dat geval abortus wilden laten plegen.

In beide andere zaken bestond wel onzekerheid over deze kans. Als de waarnemend huisarts de zieke vrouw na het tweede of derde telefoontje zou hebben onderzocht en behandeld, zou zij volgens de deskundige een overlevingskans hebben gehad van 70%.³² Dat betekent dat de kans op het uitblijven van schade zonder fout 30% bedroeg. In het geval van de IUVD zou de zwangere vrouw nog op diezelfde dag zijn doorverwezen naar het ziekenhuis. Volgens de in die zaak ingeschakelde deskundige bestond in dat geval een kans van 1,4% op een IUVD. Dat impliceert een kans van 98,6% op het uitblijven daarvan.

5.3 *Conclusies*

Het onderscheid tussen de twee niveaus waarop de onzekerheid over causaal verband en/of schade zich kan voordoen, maakt het mogelijk conclusies te trekken over het toepassingsgebied van de leerstukken van proportionele aansprakelijkheid en kansschade. Daarbij is het goed in het achterhoofd te houden dat onzekerheid over de kans op schade met fout niet alleen samenhangt met de aan- of afwezigheid van causaal verband en/of schade, maar ook – en misschien nog wel in sterkere mate – met het bestaan van een tekortkoming of onzorgvuldigheid. De onzekerheid over de kans op het uitblijven van schade zonder fout (het tweede niveau) ziet louter op de aan- of afwezigheid van causaal verband en/of schade.

Wat dan opvalt, is dat in het arrest *Baby Kelly* uitsluitend onzekerheid bestaat over de kans op schade met fout. In een dergelijke situatie bestaat voor de vaststelling van het oorzakelijk verband of de schade geen behoefte aan de hier besproken leerstukken. De aan- of afwezigheid daarvan kan in dit soort situaties zonder problemen worden vastgesteld aan de hand van de reguliere bewijsregels.

In de twee overige zaken ligt dat anders. Daarin bestond, in tegenstelling tot het arrest *Baby Kelly*, onzekerheid over de kans op het uitblijven van de schade zonder fout (tweede niveau). In de zaak van de gemiste diagnose hersenvliesontsteking bestond daarnaast echter geen onzekerheid over de kans op schade met fout (eerste niveau). Het leed immers geen twijfel dat door het uitblijven van de behandeling een verslechtering zou optreden van de gezondheidstoestand van de patiënt. Daardoor past dit geval beter bij de door de Hoge Raad in

30. HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213 (*Baby Kelly*).

31. NVOG/KNOV-richtlijn 'Verminderde kindsbewegingen tijdens zwangerschap', versie 1.0, december 2013.

32. De rechtbank heeft deze kans later gecorrigeerd naar 60%.

Tabel 1

	Baby Kelly	Meningitis	IUVD
Kans op schade met fout	<i>Verhoogd</i>	100%	3,6%
Kans op uitblijven schade zonder fout	100%	30%	98,6%
Mate van aansprakelijkheid	100%	70%	61%
Methode	Csqn-verband	Kansschade	Proportionele aansprakelijkheid

het *Deloitte*-arrest gegeven omschrijving van de gevallen waarvoor de leer van de kansschade is bedoeld.

In de zaak van de IUVD doet de onzekerheid zich op beide niveaus voor. Op het moment waarop de doorverwijzing had moeten plaatsvinden, was onzeker of het nalaten daarvan gevolgen zou hebben voor de gezondheidstoestand van het ongeboren kind. Tegelijkertijd bestond een grote kans ‘dat er niets aan de hand zou blijken te zijn’. Deze dubbele onzekerheid raakt niet alleen de (on)zekerheid over causaliteit en schade, zij tast tevens de grondvesten aan van de tekortkoming of onzorgvuldigheid. Want naarmate de kans op gezondheidsschade bij het achterwege blijven van een medische behandeling kleiner wordt, wordt in het algemeen ook de verwijtbaarheid van dat nalaten geringer. Dit pleit ervoor om terughoudendheid te betrachten als bij de vaststelling van causaal verband en schade van de reguliere bewijsregels wordt afgeweken. Dat afwijken kan, zoals gezegd, op twee manieren: aan de hand van de proportionele aansprakelijkheid en langs de weg van de kansschade. Het opmerkelijke is dat deze leerstukken in deze casus leiden tot uiteenlopende uitkomsten. In een eerdere bijdrage in dit tijdschrift heb ik samen met Wijne betoogd dat in dit type gevallen, waarbij op twee niveaus onzekerheid bestaat, het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid de voorkeur verdient. Het voert te ver dat betoog hier te herhalen.³³ Ik merk wel op dat de dubbele onzekerheid die deze gevallen kenmerkt, zich beter verhoudt tot de door de Hoge Raad voorgeschreven terughoudendheid bij toepassing van dit leerstuk.

Schematisch leveren deze conclusies het volgende beeld op (zie tabel 1), waarbij in cursief is aangegeven op welke niveaus in de besproken gevallen onzekerheid bestaat.

In de volgende paragraaf zal ik bespreken of op basis van deze conclusies meer invulling kan worden gegeven aan de door Hartlief genoemde ‘normaaltypen’.

6. Normaaltypen

Op basis van het voorgaande kunnen vijf typen gevallen worden onderscheiden waarin toepassing van de leer van de kansschade voor de hand liggend en geëigend is (of juist niet):

1. *Nog niet ingetreden risico's*

Het kenmerk van deze groep gevallen is dat een reële kans bestaat op toekomstige schade. Deze schade mag op het moment van vaststelling nog niet zijn ingetreden en het moet mogelijk zijn de schade aan de hand van statistische gegevens uit te drukken in een bepaalde mate van verlies van een kans op een betere uitkomst. Hierboven heb ik hiervan als voorbeeld gegeven de verslechtering van de vijfjaarsoverleving bij een kankerpatiënte die na een behandelingsdelay met goed resultaat kon worden behandeld. Omdat het hierbij gaat om ‘voorafkansen’, kan de schade hier uitsluitend worden vastgesteld met behulp van de methode van de kansschade.

2. *Mathematische kansberekening*

In sommige gevallen kan de verloren kans worden vastgesteld met behulp van mathematische kansberekening. Ter illustratie hiervan heb ik hierboven de Engelse zaak *Chaplin v Hicks* besproken. Een ander voorbeeld uit de competitieve sfeer is de Belgische zaak *Bauer/Criquelion*.³⁴ Dit betrof een sprint in de finale van het WK wielrennen op de weg in 1988, waarbij de Belgische renner Claude Criquelion door medesprinter Steve Bauer in de hekken werd geduwd en ten val kwam. Daardoor kon hij niet meesprinten voor de winst. Zijn op kansverlies gebaseerde vordering tot schadevergoeding werd overigens afgewezen, omdat onvoldoende was vast komen te staan dat Bauer tijdens de sprint was afgeweken van zijn lijn.

3. *Beroepsfouten van advocaten, accountants en belastingadviseurs*

Bij beroepsfouten van advocaten, accountants en belastingadviseurs gaat het doorgaans om situaties die zich niet lenen voor kansberekening en waarin geen statistische gegevens voorhanden zijn die een indicatie zouden kunnen vormen voor de waarschijnlijkheid dat in de hypothetische situatie zonder fout een gunstiger resultaat zou zijn behaald. De omvang van de verloren kans moet dan

33. De geïnteresseerde lezer verwijs ik graag naar Van & Wijne 2012 en Rb. Amsterdam 29 oktober 2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5297, *GZR Updates* 2020-0320, m.nt. A.J. Van.

34. Hof van Beroep Gent 29 januari 1993, 49.99.1842/88 (*Bauer/Criquelion*).

worden geschat aan de hand van een weging van goede en kwade kansen. Opvallend is dat het in deze categorie gevallen niet uitmaakt welke methode voor het bepalen van de mate van aansprakelijkheid wordt gehanteerd; beide leiden tot dezelfde uitkomst. In de praktijk zal de voorkeur dan vermoedelijk uitgaan naar het leerstuk van de kansschade, omdat de rechter daarbij geen terughoudendheid behoeft te betrachten.

4. *Voorzienbare, definitief ingetreden schade*

Het belangrijkste kenmerk van deze categorie is dat geen onzekerheid mag bestaan over de kans op schade met fout. Het gaat dan om situaties waarin vooraf zeker is dat een bepaalde tekortkoming of onzorgvuldigheid zal resulteren in schade; onzeker is alleen in welke mate dat het geval zal zijn. Tevens moet een reële kans bestaan dat de schade bij tijdig ingrijpen had kunnen worden vermeden, en dient de schade definitief te zijn ingetreden. Het voorbeeld dat ik hiervan noemde, is de gemiste diagnose bacteriële meningitis.

5. *Onzekerheid op twee niveaus*

Naast deze vier situaties waarin de kansschade het meest voor de hand liggend en geëigend is, kan een 'normaaltipe' worden beschreven voor de toepassing van de proportionele aansprakelijkheid. Uit de in dit artikel besproken jurisprudentie blijkt dat dit leerstuk in de praktijk hoofdzakelijk wordt toegepast bij werkgeversaansprakelijkheid en in sommige gevallen van medische aansprakelijkheid. De gemeenschappelijke kenmerken van die gevallen zijn dat de onzekerheid zich moet bevinden op twee niveaus: het moet onzeker zijn of *met* de tekortkoming of onzorgvuldigheid (verdere) schade zal ontstaan én het moet onzeker zijn of *zonder* die tekortkoming of onzorgvuldigheid (verdere) gezondheidsschade zal uitblijven. Deze dubbele onzekerheid is een onderscheidend kenmerk van situaties waarin proportionele aansprakelijkheid het meest voor de hand liggende en geëigende leerstuk is. Naast de in het *Deloitte*-arrest door de Hoge Raad aangevoerde dogmatische grond vormt dit in mijn ogen een extra argument voor het betrachten van terughoudendheid bij de toepassing van dit leerstuk.

7. Conclusie

De Hoge Raad heeft in het *Deloitte*-arrest een onderscheid gemaakt tussen de leerstukken van proportionele aansprakelijkheid en kansschade, maar nagelaten het toepassingsbereik van beide leerstukken aan te geven of te verduidelijken. Aan de hand van een analyse van de gevallen waarin beide leerstukken worden gebruikt en op basis van een analyse van de verschillende niveaus waarop de onzekerheid over schade en causaal verband tot uiting kan komen, heb ik een vijftal normaltypen geformuleerd waarin toepassing van het ene dan wel het andere leerstuk meer voor de hand liggend of geëigend is. Redenerend vanuit deze normaltypen is het mogelijk de doelomschrijving die de Hoge Raad in het *Deloitte*-arrest heeft gegeven voor het leerstuk van de kansschade enigszins aan te scherpen. Volgens de Hoge Raad is deze leer bedoeld 'om een

oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt (...)'.
(...)'.

Om op het terrein van medische aansprakelijkheid duidelijker tot uiting te brengen wanneer het ene dan wel het andere leerstuk de voorkeur verdient, zou ik willen voorstellen deze doelomschrijving aan te passen. Het leerstuk van de kansschade is in mijn ogen bedoeld 'om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin geen onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, maar wel over de mate waarin dat het geval is geweest (...)'. Dat laatste (de mate waarin dat het geval is geweest) kan nihil zijn en in dat geval is er geen verschil tussen mijn formulering en die van de Hoge Raad. In alle andere situaties biedt de door mij voorgestane formulering meer duidelijkheid over het toepassingsbereik van het leerstuk van de kansschade.