



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid: verschillende figuren voor verschillende gevallen? (I)

Velthoven, B.C.J. van

Citation

Velthoven, B. C. J. van. (2018). Verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid: verschillende figuren voor verschillende gevallen? (I). *Nederlands Tijdschrift Voor Burgerlijk Recht*, 2018(3), 72-79. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/62674>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/62674>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid: verschillende figuren voor verschillende gevallen? (I)

B.C.J. van Velthoven¹

1. Inleiding

Volgens het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht kan een benadeelde bij een ongelukkig voorval een schadevergoeding van een andere partij verkrijgen, als hij kan bewijzen dat er een causaal verband is tussen het ondervonden nadeel en een normschending van de andere partij. Daartoe moet de benadeelde de rechter overtuigen dat de normschending met een redelijke mate van zekerheid *condicio sine qua non* (csqn) is geweest voor het ondervonden nadeel. Aangenomen dat ook aan de overige vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan, is de aangesproken partij dan gehouden tot vergoeding van de schade. Slaagt de benadeelde niet in het bewijs, dan krijgt hij geen compensatie.

In gevallen van causaliteitsonzekerheid werkt dit alles-of-niets-principe minder goed uit. Als een advocaat vergeet om tijdig hoger beroep aan te tekenen, is niet zeker dat zijn cliënt een betere uitkomst misloopt.² Als een asbestverwerkend bedrijf geen adequate beschermende maatregelen treft, kan een werknemer door het inhaleren van asbestvezels longkanker oplopen; maar diezelfde longkanker zou ook het gevolg kunnen zijn van het jarenlange roken van de betrokkene.³ Uit het oogpunt van compensatie en preventie kan het te veel van het goede zijn als de advocaat en het asbestverwerkende bedrijf een volledige schadevergoeding zouden moeten betalen. Het is immers niet ondenkbaar dat ze dan betalen voor een nadelige uitkomst die ze uiteindelijk niet veroorzaakt hebben. Maar uit het oogpunt van compensatie en preventie is het evenmin passend als de advocaat en het asbestverwerkende bedrijf in het geheel niet hoeven te betalen voor het nadeel dat ze met een behoorlijke mate van waarschijnlijkheid wel veroorzaakt hebben.

Voor een bevredigender aanpak van de problematiek van de causaliteitsonzekerheid heeft de Hoge Raad in de loop van de tijd twee figuren geïntroduceerd, te weten: in 1997 de vergoeding van kansschade bij het verlies van een kans en in 2006 proportionele aansprakelijkheid.⁴ In eerste instantie was voor beschouwers niet duidelijk of deze figuren twee zijden van dezelfde medaille dan wel aparte leerstukken vormden. Aan die twijfel heeft de Hoge Raad in 2012 een eind gemaakt. In het arrest *Deloitte/Hassink*⁵ wordt nadrukkelijk aangegeven in welke gevallen en op welke wijze elk van de figuren toepassing verdient.

Dat arrest heeft op zijn beurt de pennen weer in beweging gezet. Sommige commentatoren blijken van mening dat het verschil tussen de twee leerstukken in essentie slechts een verschil in juridische techniek is; in concrete gevallen zouden beide benaderingen in hoge mate uitwisselbaar zijn.⁶ Andere commentatoren benadrukken de verschillen tussen de twee

¹ Met dank aan W.H. van Boom en P.W. van Wijck voor hun commentaar op een eerdere versie van dit stuk.

² HR 24 oktober 1997, LJN ZC2467 (*Baijings*).

³ HR 31 maart 2006, LJN AU6092 (*Nefalit/Karamus*).

⁴ Zie de hiervoor aangehaalde arresten *Baijings* resp. *Nefalit/Karamus*.

⁵ HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491 (*Deloitte/Hassink*).

⁶ Vgl. Chr.H. van Dijk & A.J. Akkermans, Annotatie bij het arrest van de Hoge Raad van 21 december 2012, BX7491, JA 2013/41 (hierna: Van Dijk & Akkermans 2013).

figuren, die weliswaar in eerste instantie dogmatisch van aard zijn, maar zich van daaruit ook heel praktisch uitstrekken naar het concrete bereik van de leerstukken. Er zouden nu eenmaal typen zaken zijn met een onzekere causaliteit waarop het ene leerstuk wel en het andere leerstuk niet van toepassing is, zodat van (volledige) uitwisselbaarheid geen sprake is.⁷

Daarmee is duidelijk dat er onder Nederlandse juristen geen eenstemmigheid bestaat over het bereik van proportionele aansprakelijkheid en het verlies van een kans als afzonderlijke leerstukken voor gevallen van onzekere causaliteit. Dat is op zich al reden genoeg om stil te staan bij de onderlinge afbakening. De categorisering van onzekere causaliteit in de Principles of European Tort Law (PETL) geeft een extra reden om te twijfelen aan de zin van een onderscheid tussen de twee leerstukken.⁸ In de PETL is het verlies van een kans niet meer dan een subcategorie van proportionele aansprakelijkheid. De subcategorie wordt bovendien niet onderscheiden omdat de desbetreffende gevallen wezenlijk anders zouden zijn, maar vanwege rechtspolitieke overwegingen. Sommige jurisdicties die moeite hebben met het loslaten van de csqn-eis bij het aanvaarden van proportionele aansprakelijkheid, blijken wel uit de voeten te kunnen met de fictie van kansschade als afzonderlijke vorm van schade.

Mijn centrale vraag is dan ook of er daadwerkelijk in de aard van de gevallen van causale onzekerheid factoren zijn aan te wijzen die het noodzakelijk en mogelijk maken om proportionele aansprakelijkheid en het verlies van een kans als afzonderlijke leerstukken te onderscheiden.⁹

De beantwoording van die vraag wordt als een tweeluik gepubliceerd. In dit eerste deel geef ik in paragraaf 2 kort de visie van de Hoge Raad op de twee leerstukken weer. Daarna vat ik in paragraaf 3 de reacties in de literatuur samen. In paragraaf 4 presenteer ik mijn eigen analyse van de problematiek van onzekere causaliteit. Uitgaande van de beschrijving en afbakening door de Hoge Raad neem ik voor elk van de twee leerstukken een archetypisch geval onder de loep, waarin de situatie *ex post* met de nadelige uitkomst en de normschending van de aangesproken partij een gegeven is. Voor beide archetypische gevallen maak ik met een schematische weergave van de situatie *ex ante* inzichtelijk hoe de relatie tussen de normschending en de nadelige uitkomst heeft kunnen leiden tot causale onzekerheid. Aan de hand van die schematische weergaven toon ik vervolgens aan dat de twee leerstukken van onzekere causaliteit op het eerste gezicht weliswaar flink verschillen, maar bij nadere beschouwing gelijkwaardig en uitwisselbaar zijn. Mijn conclusie is dan ook dat er geen grond is voor een bruikbaar en zinvol onderscheid tussen de twee benaderingen van causale onzekerheid. Tot slot blik ik kort vooruit op het tweede deel van het tweeluik.

2. De Hoge Raad over proportionele aansprakelijkheid en verlies van kansschade

Voor gevallen van onzekere causaliteit heeft de Hoge Raad in de afgelopen jaren twee figuren

⁷ Vgl. A.G. Castermans & P.W. den Hollander, 'Proportionele aansprakelijkheid, artikel 6:101 BW en de leer van de kansschade', *NTBR* 2013/21 (hierna: Castermans & Den Hollander 2013); J.C.J. Wouters, 'Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en verlies van een kans in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht', *WPNR* 2013, afl. 6973, p. 333-342 (dl. I) resp. afl. 6974, p. 351-357 (dl. II, slot) (hierna: Wouters 2013); E. Tjong Tjin Tai, 'Schadebegroting, verlies van een kans, en proportionele aansprakelijkheid', *NJB* 2013/1605 (hierna: Tjong Tjin Tai 2016); R.L.M. Cox, 'Proportionele aansprakelijkheid versus kansverlies – Tussen dogmatiek en praktijk', *NTBR* 2016/40, p. 271-279 (hierna: Cox 2016); R.P. Wijne, 'Proportional liability and loss of chance in the Netherlands. Differences, chances, problems and an opportunity', in: S. Heirman, E.C. Huijsmans & R. van den Munckhof (red.), *Medische aansprakelijkheid*, 's-Hertogenbosch: Kenniscentrum Milieu en Gezondheid 2016, p. 49-72 (hierna: Wijne 2016).

⁸ I. Gilead, M.D. Green & B.A. Koch, 'General report', in: I. Gilead e.a. (eds.), *Proportional liability: analytical and comparative perspectives*, Berlin & Boston MA: De Gruyter 2013, p. 39-44 (hierna: Gilead, Green & Koch 2013).

⁹ Buiten beschouwing blijven dus gevallen van meervoudige causaliteit waar geen twijfel bestaat over de causale keten. Zie daarover uitgebreid B.C.J. van Velthoven, 'Uniforme aanpak van de causaliteitsproblematiek via proportionele toerekening', *VrA* 2010, afl. 3, p. 13-40.

geïntroduceerd: de vergoeding van kansschade bij het verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid. Voor een goed begrip van wat volgt geef ik in deze paragraaf kort de visie van de Hoge Raad op beide leerstukken weer.

2.1 Proportionele aansprakelijkheid

In het arrest *Deloitte/Hassink* van 21 december 2012 bevestigt de Hoge Raad dat met zijn uitspraak in de zaak *Nefalit/Karamus* de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid is aanvaard:

“Die houdt in, zeer kort samengevat, dat de rechter in gevallen waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending (onrechtmatig handelen of toerekenbaar tekortschieten) van de aansprakelijk gestelde persoon of van iemand voor wie hij aansprakelijk is, dan wel door een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt (of door een combinatie van beide oorzaken), en waarin de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is, de aansprakelijk gestelde persoon mag veroordelen tot schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt. Daaraan heeft de Hoge Raad in zijn arrest van 24 december 2010 [*Fortis/Bourgonje*], toegevoegd dat de aldus aanvaarde mogelijkheid van proportionele aansprakelijkheid, vanwege het daaraan verbonden bezwaar dat iemand aansprakelijk kan worden gehouden voor een schade die hij mogelijkwerijs niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt, met terughoudendheid moet worden toegepast, en dat zulks meebrengt dat de rechter in zijn motivering dient te verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending – waaronder is begrepen de aard van de door de benadeelde geleden schade – deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen.

Deze rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid is derhalve geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over het condicio-sine-qua-non verband tussen enerzijds de normschending en anderzijds de (op zichzelf vaststaande of vast te stellen) 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.”¹⁰

2.2 Vergoeding van kansschade

Eerder al had de Hoge Raad met het arrest *Baijings* het leerstuk van de kansschade aanvaard. In het arrest *Deloitte/Hassink* lezen we:

“In deze gevallen stond op zichzelf de tekortkoming van de advocaat vast, maar was onzeker of een ingesteld hoger beroep of een ingestelde rechtsvordering tot succes voor de cliënt zou hebben geleid, met andere woorden: of de tekortkoming van de advocaat heeft geleid tot schade voor de cliënt, bestaande in een slechtere uitkomst van het geschil dan bij uitblijven van de tekortkoming het geval zou zijn geweest. Vast stond slechts dat de cliënt de kans op een betere uitkomst door de tekortkoming van de advocaat was onthouden. De Hoge Raad heeft voor dit soort gevallen geoordeeld dat de rechter de schade moet vaststellen door te beoordelen hoe de appelrechter, indien wel (tijdig) hoger beroep was ingesteld, had behoren te beslissen, althans dat de rechter het toewijsbare bedrag aan schadevergoeding moet schatten aan de hand van de goede en kwade kansen

¹⁰ HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491 (*Deloitte/Hassink*), r.o. 3.5.3.

die de cliënt in hoger beroep zou hebben gehad; een overeenkomstige maatstaf geldt voor een te laat ingestelde rechtsvordering.

Opmerking verdient dat, teneinde de leer van de kansschade te kunnen toepassen, eerst beoordeeld moet worden of *condicio-sine-qua-non* verband aanwezig is tussen de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis (de tekortkoming of onrechtmatige daad) en het verlies van de kans op succes. (...)

Deze leer van de kansschade is derhalve geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd.”¹¹

Daarbij maakt de Hoge Raad nog twee aantekeningen. Als het *csqn*-verband tussen de normschending en het kansverlies kan worden vastgesteld volgens de gewone bewijsregels, dus zonder proportionele toerekening, dan bestaat bij toepassing van het leerstuk van de kansschade geen reden voor de terughoudende benadering die bij toepassing van proportionele aansprakelijkheid op haar plaats is. Maar er moet wel sprake zijn van een reële – dat wil zeggen een niet zeer kleine – kans op succes.¹²

3. Commentatoren over het onderscheid van de Hoge Raad

Het arrest *Deloitte/Hassink* heeft veel reacties losgemaakt. Van Dijk & Akkermans¹³ zijn onverminderd van oordeel dat beide benaderingen in concrete gevallen in hoge mate uitwisselbaar zijn. Immers, met enige goede wil kan men elke casus van causaliteits-onzekerheid van twee kanten benaderen. Men kan de realiteit van de schade als uitgangspunt nemen en zich afvragen of deze wel werd veroorzaakt door de fout. Of men kan de realiteit van de fout als uitgangspunt nemen en zich afvragen of deze wel de oorzaak was van de schade. Het perspectief is verschillend en de daarbij behorende dogmatische inkadering ook. Maar omdat schade en causaliteit twee kanten van dezelfde medaille zijn, ligt het voor de hand dat de uitkomst gelijk is. Toch verwachten Van Dijk & Akkermans in de toekomst een toenemend beroep op het leerstuk van het verlies van een kans, omdat de Hoge Raad voor de toepassing van proportionele aansprakelijkheid strengere eisen lijkt aan te houden.

Diverse andere commentatoren benadrukken juist de verschillen tussen de twee figuren, niet alleen ten aanzien van de dogmatiek, maar ook wat betreft het praktische bereik.¹⁴ Het moge zo zijn dat er typen zaken zijn die vanuit beide invalshoeken benaderd kunnen worden; maar daartegenover staan zaken die slechts vanuit de ene óf de andere invalshoek zijn aan te vliegen. Dat laat onverlet dat de uitwerking van de twee regelingen, afgemeten aan de omvang van de uiteindelijke schadevergoeding in die zaken waar beide van toepassing zijn, heel wel gelijk kan zijn.

Wanneer die laatste commentatoren vervolgens het verschil in bereik van proportionele aansprakelijkheid enerzijds en vergoeding van kansschade anderzijds proberen af te bakenen, blijken ze met uiteenlopende formuleringen op de proppe te komen.

- Castermans en Den Hollander zoeken het onderscheidende criterium in de aard van de causale onzekerheid: zijn de potentiële oorzaken onafhankelijk van elkaar (proportionele aansprakelijkheid) of ontleent de ene oorzaak zijn relevantie aan de andere (vergoeding

¹¹ HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491 (*Deloitte/Hassink*), r.o. 3.7 en 3.8.

¹² HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491 (*Deloitte/Hassink*), r.o. 3.5.3, 3,7 en 3.8.

¹³ Zie Van Dijk & Akkermans 2013.

¹⁴ Zie Castermans & Den Hollander 2013, Wouters 2013, Tjong Tjin Tai 2016, Cox 2016, Wijne 2016.

van kansschade)?¹⁵

- Wouters meent dat toepassing van proportionele aansprakelijkheid beperkt is tot zaken met drie alternatieve oorzaken: de schade is het gevolg van *hetzij* een normschending, *hetzij* een omstandigheid voor risico van de benadeelde, *hetzij* een combinatie van beide.¹⁶
- Volgens Cox draait het in eerste instantie om de vraag of de bewijsnood van de benadeelde het gevolg is van een factor in diens eigen risicosfeer (proportionele aansprakelijkheid) dan wel van het optreden van de aangesproken partij (vergoeding van kansschade). In tweede instantie is de relatie tussen de normschending en het feitelijke schadevoorval doorslaggevend: is het csqn-verband onzeker (proportionele aansprakelijkheid) of staat het vast (vergoeding van kansschade)?¹⁷
- Dat laatste criterium geeft ook Tjong Tjin Tai, met een uitgebreide onderbouwing in termen van werkelijke en hypothetische causaliteit. Hij voegt daar nog aan toe dat proportionele aansprakelijkheid volgens hem slechts zelden toegepast kan worden, omdat er twee afzonderlijk werkende oorzaken moeten zijn waarvan alleen met een kans kan worden aangegeven of zij daadwerkelijk in causaal verband staan met de schade.¹⁸
- Wijne, ten slotte, onderscheidt drie soorten gevallen, afhankelijk van het antwoord op de vraag (1) of de schade wel/niet reeds is ingetreden en (2) of het op voorhand wel/niet zeker is dat de normschending zal resulteren in schade. Vergoeding van kansschade zou in alle gevallen toepasbaar zijn, proportionele aansprakelijkheid alleen als de normschending niet noodzakelijk de oorzaak is van het schadevoorval.¹⁹

4. Een systematische analyse van verschillen en overeenkomsten

In deze paragraaf probeer ik te komen tot een systematische analyse van (de verschillen en overeenkomsten tussen) proportionele aansprakelijkheid enerzijds en verlies van een kans anderzijds. Voor de duidelijkheid teken ik aan dat die analyse beperkt blijft tot het onzekere causale verband; de andere, normatieve, elementen van de aansprakelijkheidsbeslissing laat ik buiten beschouwing. Meer in het bijzonder neem ik aan dat de normschending een gegeven is.

Mijn analyse neemt een concrete casus als uitgangspunt. Een partij heeft na een ongelukkig voorval waarbij ook een andere partij betrokken was, dus *ex post*, nadeel ondervonden, spreekt die andere partij aan tot vergoeding van het ondervonden nadeel, en doet dat op basis van een normschending (fout) van die aangesproken partij.²⁰ Vanuit dat perspectief bekijk ik in paragraaf 4.1 eerst het archetypische geval van proportionele aansprakelijkheid; in paragraaf 4.2 komt het archetypische geval van het verlies van een kans aan de orde. Om een goed beeld te krijgen van de problematiek reconstrueer ik voor beide gevallen van causale onzekerheid de situatie *ex ante*. Causale onzekerheid wil immers zeggen dat er *ex ante* voor de veroorzaking van het nadeel meerdere mogelijkheden waren, dat zich één van die mogelijkheden heeft gerealiseerd, en dat *ex post* niet duidelijk is welke van de verschillende mogelijkheden zich in de concrete casus heeft of hebben voorgedaan.

Ik merk verder op dat ik in mijn analyse het gebruik van de term *schade* probeer te vermijden totdat duidelijk is dat er inderdaad een basis is voor de veroordeling van de aangesproken partij tot vergoeding van (een deel van) het ondervonden nadeel. Die aanpak is ingegeven door de stelling van Bloembergen dat schade een causaal begrip is. Dat wil zeggen:

¹⁵ Castermans & Den Hollander 2013, p. 13-14.

¹⁶ Wouters 2013, deel II, p. 355.

¹⁷ Cox 2016, p. 273 resp. 279.

¹⁸ Tjong Tjin Tai 2016, p. 2242-2244.

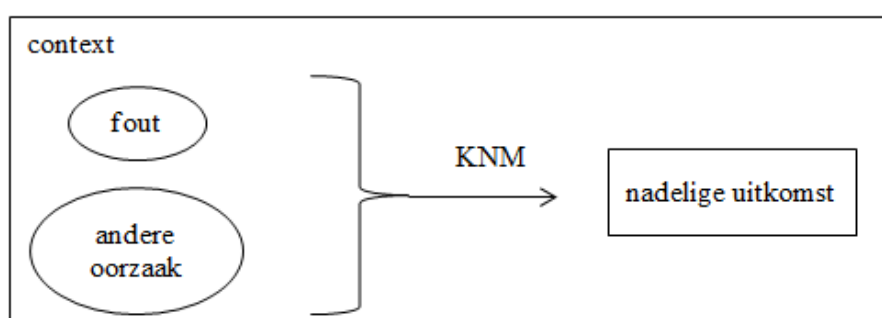
¹⁹ Wijne 2016, p. 71.

²⁰ Voor de overzichtelijkheid van het betoog beperk ik mij in de analyse tot één aangesproken partij. De causale onzekerheid wordt veroorzaakt doordat er ook een mogelijke andere factor in het spel is, die voor rekening van de benadeelde komt. Er verandert niets essentieels aan het betoog als de causale onzekerheid zou worden veroorzaakt doordat er sprake zou zijn van meerdere aangesproken partijen.

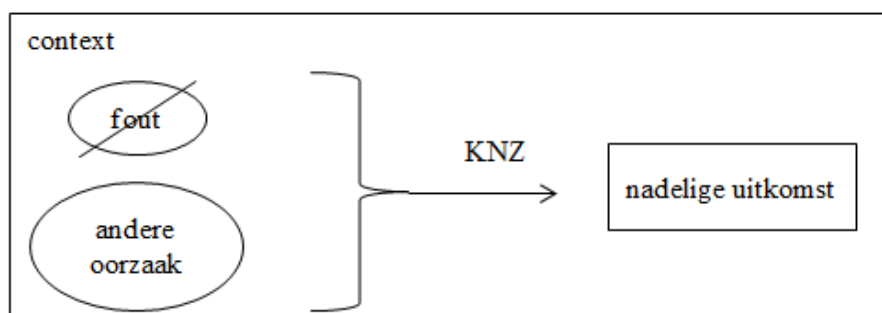
schade is niet te omschrijven zonder nadrukkelijk of stilzwijgend in de omschrijving op te nemen dat zij door een bepaalde gebeurtenis veroorzaakt is.²¹ Bij gevallen van onzekere causaliteit bestaat er fundamentele twijfel over die veroorzaking, zodat het niet zeker is of er überhaupt sprake is van schade. Een oneigenlijk en voortijdig gebruik van de term schade kan dan alleen maar tot verwarring leiden. Immers, het suggereert het bestaan van een verband dat juist nog aangetoond moet worden.

4.1 Proportionele aansprakelijkheid

In figuur 1 geef ik een schematische weergave van het archetypische geval van proportionele aansprakelijkheid. Uitgaande van de omschrijving van de Hoge Raad (zie paragraaf 2) kan bij een geval van proportionele aansprakelijkheid het ondervonden nadeel zowel zijn veroorzaakt door de normschending als door een andere oorzaak die voor rekening van de benadeelde komt, dan wel door een combinatie van beide.



a. Werkelijke situatie



b. Hypothetische situatie zonder normschending

Figuur 1 Proportionele aansprakelijkheid

Figuur 1a geeft een ex ante reconstructie van de situatie zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, mét de fout, de andere oorzaak en de nadelige uitkomst. De figuur maakt ook zichtbaar dat de fout en de andere oorzaak zich niet in een vacuüm hebben afgespeeld, er is altijd sprake van een context. De kans dat de nadelige uitkomst zich voordoet gegeven de fout en de andere oorzaak, wordt aangeduid met KNM.^{22,23} Het is denkbaar dat die kans gelijk is aan 100%, dat wil zeggen dat de nadelige uitkomst zich altijd voordoet in de gegeven situatie.

²¹ A.R. Bloembergen, *Schadevergoeding bij onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1965, p. 14-15.

²² Ter wille van mijn juridische lezers zal ik de kansen niet weergeven met abstracte wiskundige symbolen, maar met acroniemen. K staat steeds voor kans, N verwijst naar een nadelige uitkomst en G naar een gunstige(re) uitkomst, M verwijst naar de situatie mét fout en Z naar de situatie zónder de fout. KNM is dus de kans op een nadelige uitkomst in de situatie mét fout.

²³ Het gegeven dat de nadelige uitkomst zich in de concrete casus daadwerkelijk heeft voorgedaan, impliceert dat ex ante gold: $KNM > 0$. Bij $KNM = 0$ had de nadelige uitkomst simpelweg niet kunnen optreden.

Maar het is evenzeer denkbaar dat de fout en de andere oorzaak weliswaar risicoverhogend werken, maar niet de enige en allesbepalende determinanten zijn; de kans is dan kleiner dan 100%.

Neem de welbekende casus *Nefalit/Karamus*.²⁴ Karamus was een stevig doorrokende werknemer die door Nefalit langdurig werd blootgesteld aan het inademen van asbestvezels en *ex post* longkanker kreeg. Volgens deskundigen krijgt echter, *ex ante*, niet iedere roker die langdurig wordt blootgesteld aan asbestvezels, op termijn longkanker. Blijkbaar spelen ook andere factoren een rol. Denk aan het toeval, of de genetische aanleg die sommige mensen vatbaarder maakt dan andere. Dergelijke factoren vormen in termen van het schema van figuur 1a elementen van de context. Daarmee wordt tevens duidelijk dat het onderscheid tussen de andere oorzaak enerzijds en de context anderzijds niet hard is. Bepalend is of een factor in de juridische procedure al dan niet expliciet als andere oorzaak naar voren wordt gebracht. Overigens is de precieze afbakening voor mijn verhaal verder niet van belang, omdat het in beide gevallen gaat om factoren die, als ze van invloed zijn op het optreden van de nadelige uitkomst, voor rekening van de benadeelde blijven.

Om te bepalen of er sprake is van een causaal verband tussen de fout en de nadelige uitkomst, dient een csqn-toets te worden uitgevoerd. Daartoe moet de werkelijke situatie in figuur 1a worden vergeleken met de hypothetische situatie zónder de fout. De vraag wat er gegeven de context en de andere oorzaak gebeurd zou zijn zonder de fout, is een vraag over de realiteit die met de methoden van de empirische wetenschappen onderzocht kan worden.²⁵ In figuur 1b is aangenomen dat de kans op de nadelige uitkomst zónder de fout op gezag van deskundigen kan worden gesteld op KNZ.

Bij uitvoering van de csqn-toets kunnen zich de volgende mogelijkheden voordoen:

- i. $KNZ = 0$. In zo'n geval kan de nadelige uitkomst zich zónder de fout überhaupt niet voordoen. Daarmee ligt het csqn-verband vast als de nadelige uitkomst zich mét de fout wel voordoet. Er is dan geen onzekerheid over het causale verband.
- ii. $KNM > KNZ > 0$. In zo'n geval vergroot de fout het risico, maar ook zonder de fout was er een risico. In een concrete casus kan dan niet worden onderscheiden of de nadelige uitkomst het gevolg is van de fout, van de andere oorzaak, dan wel van een combinatie van beide.²⁶ Het causale verband tussen de fout en de nadelige uitkomst is onzeker.
- iii. $KNZ \geq KNM > 0$. In zo'n geval voegt de fout niets toe aan de kans op het optreden van de nadelige uitkomst, mogelijk beperkt de fout zelfs het risico. Het lijkt dan tamelijk oneigenlijk om nog van een 'fout' te spreken. In ieder geval is er geen sprake van enig causaal verband tussen het optreden van de aangesproken partij en de nadelige uitkomst. Er is, kortom, geen enkele grond voor een schadevergoeding.²⁷

²⁴ HR 31 maart 2006, LJN AU6092.

²⁵ Het gaat hier om het principe. Of die empirische wetenschappen voor alle gevallen even harde kennis beschikbaar hebben, is een andere kwestie. Zo niet, dan zal moeten worden volstaan met een (ruwe) schatting.

²⁶ Terzijde zij opgemerkt dat de effecten in geval van een combinatie al dan niet additief kunnen zijn. Bij additiviteit kunnen de invloed van de fout en de andere oorzaak op de schadekans simpel bij elkaar opgeteld worden. Maar het is ook denkbaar dat de effecten elkaar versterken (synergie) of juist tegenwerken (antagonisme). Zo zorgde in de casus *Nefalit/Karamus* het inademen van asbestvezels op zich voor een 1,35% kans op longkanker en het roken op zich voor een kans van 11,4%. In combinatie was de kans echter 25,65%, aanzienlijk hoger dan de simpele optelsom van 1,35 + 11,4%, een geval van synergie dus. Vgl. B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, 'Proportionele aansprakelijkheid vanuit ex ante perspectief', *AV&S* 2008/20 en B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, 'Additive and non-additive risk factors in multiple causation', *Review of Law and Economics* 2009/1, p. 517-539. Voor de vraagstelling van het onderhavige artikel, waarin de vraag centraal staat of en in hoeverre de aangesproken partij gehouden is tot schadevergoeding, is het onderscheid verder niet relevant. Het onderscheid is wel relevant voor een onderzoek naar de vraag of (ook) de benadeelde partij efficiënte prikkels krijgt om de kans op schade te beperken.

²⁷ Een aardig voorbeeld is de volgende variant op *Draxton vs Katzmarek* (1938) 280 NW 288 (Minn.),

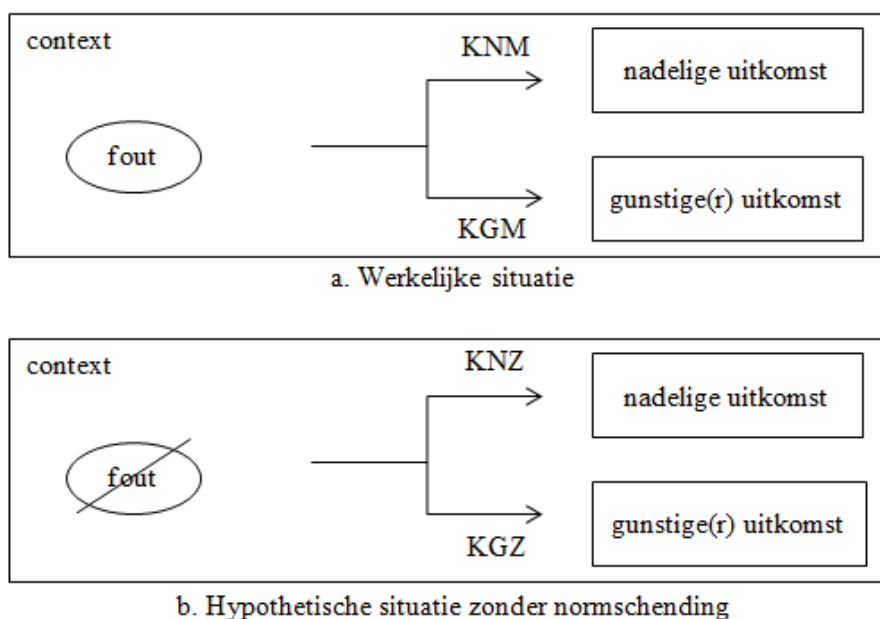
Voor de verdere analyse van onzekere causaliteit is alleen de tweede mogelijkheid relevant: $KNM > KNZ > 0$. Voor die gevallen heeft de Hoge Raad de regel van de proportionele aansprakelijkheid van toepassing verklaard, waarbij de aangesproken partij mag worden veroordeeld tot een schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt. Vertaald in mijn kansen komt dat erop neer dat de aangesproken partij wordt veroordeeld tot een aandeel in het ondervonden nadeel ter grootte van

$$\frac{KNM - KNZ}{KNM} \times 100\%. \quad (1)$$

Immers, van de kans op de nadelige uitkomst KNM blijft het gedeelte KNZ , uit de aard van de betrokken factoren, voor rekening van de benadeelde en komt alleen het meerdere $KNM - KNZ$ voor rekening van de aangesproken partij. Het volgens formule (1) aan de aangesproken partij toe te rekenen aandeel wordt in de literatuur aangeduid als het *attributieve risico*.²⁸

4.2 Verlies van een kans

In figuur 2 beschrijf ik het archetypische geval van het verlies van een kans. Volgens de Hoge Raad (zie paragraaf 2) gaat het daarbij om een geval waarbij de fout van de aangesproken partij op zichzelf vaststaat, en de benadeelde door die fout de kans op een gunstige(re) uitkomst onthouden is. Onzeker is echter of de gunstige(re) uitkomst zich in de hypothetische situatie zonder de fout ook werkelijk zou hebben voorgedaan.



Figuur 2 Verlies van een kans

ontleend aan C.J.M. Klaassen, 'Kansschade en proportionele aansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad geen zijden van dezelfde medaille', *AV&S* 2013/14. Stel, er vindt een aanrijding plaats tussen twee auto's, waarvan er één, A, te hard reed, terwijl de ander, B, een rood verkeerslicht negeerde. Als A langzamer had gereden, en dus later ter plaatse was geweest, had de aanrijding niet plaatsgevonden. Toch is de kans op het optreden van de nadelige uitkomst niet vergroot door het rijgedrag van A. Want even goed was de aanrijding voorkomen als A harder had gereden en eerder ter plaatse was geweest.

²⁸ Zie bijv. 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, m.n. p. 19 (hierna: Van & Wijne 2012).

Figuur 2a geeft een ex ante reconstructie van de werkelijke situatie, mét de fout en de nadelige uitkomst. De figuur brengt tevens tot uitdrukking dat de fout zich niet in een vacuüm afspeelt, er is altijd een context. KNM duidt weer de kans aan dat de nadelige uitkomst zich, gegeven de fout, realiseert.²⁹ Het is denkbaar dat die kans 100% is, dat wil zeggen dat de nadelige uitkomst zich altijd voordoet in de gegeven situatie. Maar het is ook denkbaar dat die kans kleiner is, met andere woorden: dat zich gegeven de fout en de context ook een gunstige(re) uitkomst kan realiseren. Neem het geval van een arts die te laat is met het stellen van een diagnose, zodat de patiënt niet of niet adequaat geholpen wordt. Er zijn kwalen waarbij dat funest is, maar er zijn ook kwalen waarbij het regenererend vermogen van het menselijk lichaam een behoorlijke kans biedt op min of meer volledig herstel. Die kans op een gunstige(re) uitkomst wordt in het schema weergegeven met KGM. Omdat het om complementaire gebeurtenissen gaat (een kwestie van óf-óf), moet gelden dat de som van de kansen KNM en KGM gelijk is aan 100%. Daaruit volgt eenvoudig dat $KGM = 100\% - KNM$.

Voor de csqn-toets moet de werkelijke situatie in figuur 2a worden vergeleken met de hypothetische situatie zónder de fout. Die wordt beschreven in figuur 2b. Aangenomen is dat de kans op een gunstige(re) uitkomst zonder de fout op gezag van deskundigen kan worden gesteld op KGZ. Omdat ook in de situatie zonder fout de nadelige en de gunstige(re) uitkomst complementair zijn (óf-óf), is de som van de kansen KNZ en KGZ eveneens gelijk aan 100%. Daaruit volgt dat $KNZ = 100\% - KGZ$.

Bij de vergelijking van de werkelijke en de hypothetische situatie kunnen zich de volgende mogelijkheden aandienen:

- i. $KGZ = 100\%$. In zo'n geval is de uitkomst zónder de fout altijd gunstig(er). Als zich dan in de situatie mét fout een nadelige uitkomst aandient, kan die alleen het gevolg zijn van de fout. De csqn-toets laat geen onzekerheid over het causale verband.
- ii. $KGM < KGZ < 100\%$. In zo'n geval verkleint de fout de kans op een gunstige(re) uitkomst, er is dus sprake van het verlies van een kans. In een concrete casus kan echter niet met zekerheid worden vastgesteld dat de nadelige uitkomst is veroorzaakt door de fout; de nadelige uitkomst had immers ook zonder de fout kunnen optreden. De fout brengt dus wel een kansverlies met zich mee, $KGZ - KGM$, maar daarmee is er nog geen causaal verband tussen de fout en de nadelige uitkomst.
- iii. $KGZ \leq KGM < 100\%$. In zo'n geval doet de fout niets af aan de kans op het optreden van een gunstige(re) uitkomst. Integendeel; mogelijk leidt de fout van de aangesproken partij zelfs tot een vergrote kans op een gunstige(re) uitkomst. Hoe dan ook, er is zeker geen sprake van een kansverlies. Er is dan ook geen reële grond om de wederpartij aan te spreken tot schadevergoeding.

Voor de verdere analyse van causale onzekerheid is alleen de tweede mogelijkheid relevant: $KGM < KGZ < 100\%$. Op die gevallen heeft de Hoge Raad de leer van de kansschade van toepassing verklaard. Als de fout aantoonbaar tot kansverlies heeft geleid, moet de rechter de toewijsbare schadevergoeding bepalen aan de hand van de goede en kwade kansen die de benadeelde zou hebben gehad als de aangesproken partij geen fout had gemaakt. Over de precieze wijze van berekening laat de Hoge Raad zich helaas niet uit. Het ligt echter voor de hand om de partij die is tekortgeschoten aan te spreken in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn fout is veroorzaakt. In de termen van mijn schema komt dat erop neer dat de aangesproken partij wordt veroordeeld tot een aandeel in het ondervonden nadeel ter grootte van

²⁹ Ook hier geldt weer: $KNM > 0$. Immers, bij $KNM = 0$ had de nadelige uitkomst zich in de concrete casus überhaupt niet kunnen voordoen.

$$\frac{KGZ - KGM}{KNM} \times 100\%. \quad (2)$$

Immers, van de uiteindelijke kans op de nadelige uitkomst, KNM, is een gedeelte ter grootte van de verloren kans op een gunstige(re) uitkomst, $KGZ - KGM$, het gevolg van het doen en laten van de aangesproken partij.

4.3 Vergelijking

Afgaande op de schematische weergave in de figuren 1 en 2 bestaan er aanzienlijke verschillen in de toepasselijkheid van de leerstukken van proportionele aansprakelijkheid en het verlies van een kans. Deze kunnen worden samengevat in de volgende punten:

- i. In figuur 1 figureert in de linker helft van het schema een andere oorzaak, terwijl die in figuur 2 ontbreekt.
- ii. In figuur 2 is in de rechter helft van het schema een belangrijke rol weggelegd voor de gunstige(re) uitkomst, terwijl die in figuur 1 geen vermelding behoeft.
- iii. De uit de figuren 1 en 2 afgeleide formules voor de berekening van het door de aangesproken partij te vergoeden aandeel in de nadelige uitkomst, het attributieve risico, zijn ongelijk.

Wie echter door deze uiterlijke verschillen heen kijkt, ziet de inhoudelijke overeenkomst.

Ad i.

Dat in figuur 2 de rol van mogelijke andere factoren niet zichtbaar wordt gemaakt, wil niet zeggen dat ze er niet zijn. Merk in dat verband op dat in figuur 2 nadrukkelijk onder ogen moet worden gezien dat de nadelige uitkomst zich ook kan voordoen zonder de fout.³⁰ Maar dat betekent niets anders dan dat er ook andere factoren in het spel zijn, onderdeel van de context, niet voor rekening van de aangesproken partij en dus voor rekening van de benadeelde, die de nadelige uitkomst kunnen verklaren. Denk aan het toeval, de natuurlijke aanleg van de patiënt, de sterkte van de juridische casus, e.d. In dit opzicht is het verschil tussen de schema's in de figuren 1 en 2 dus puur optisch. In figuur 1 is de mogelijke andere oorzaak expliciet gemaakt, los van de context, in figuur 2 blijft de mogelijke andere oorzaak onderdeel van de context, en daarmee impliciet.

Ad ii.

Ook wat betreft het expliciteren van de gunstige(re) uitkomst in figuur 2 is het verschil met figuur 1 niet meer dan optisch. Immers, de realisatie van de nadelige uitkomst en de verwezenlijking van een gunstige(re) uitkomst zijn, per definitie, complementaire gebeurtenissen zodat de som van de kansen op die twee gebeurtenissen gelijk is aan 100%. Dat heeft een belangrijk gevolg: zodra de kans op één van deze gebeurtenissen bekend is, is ook de kans op de andere gebeurtenis bekend.

Dit betekent enerzijds dat voor het intekenen van de gunstige(re) uitkomsten in de figuren 1a en 1b, met de bijbehorende kansen, geen aanvullende informatie nodig is. Zodra KNM en KNZ bekend zijn, kunnen KGM en KGZ direct berekend worden: $KGM = 100\% - KNM$ en $KGZ = 100\% - KNZ$.

Anderzijds kan in figuur 2 een interpretatie in termen van het verlies van een kans op een gunstige(re) uitkomst eenvoudig worden vervangen door een interpretatie in termen van een grotere kans op een nadelige uitkomst, Immers: $KGZ - KGM = KNM - KNZ$.³¹ Kortom, de

³⁰ Dat wil zeggen: $KNZ > 0$. Als KNZ nul is, en KGZ 100%, is er simpelweg geen onzekere causaliteit.

³¹ Uit het enkele feit dat KGZ het complement is van KNZ en KGM het complement van KNM , volgt na substitutie en het wegwerken van de haakjes direct:

twee interpretaties zijn niets anders dan twee kanten van precies dezelfde medaille.

Ad iii.

Hierover kan ik kort zijn, na de vaststelling dat het verlies van een kans op een gunstige(re) uitkomst vanwege de fout, $KGZ - KGM$, identiek is aan de toename van de kans op een nadelige uitkomst vanwege de fout, $KNM - KNZ$. Eén blik op de twee formules voor de berekening van het attributieve risico, (1) en (2), volstaat om te concluderen dat de berekeningswijzen tot precies dezelfde uitkomst leiden.

De suggestie in de literatuur dat het belangrijk is om van geval tot geval zorgvuldig na te gaan welke berekeningswijze voor het attributieve risico toepassing verdient, berust dan ook op een misverstand.³² Mijn voorstel is om het eenvoudig te houden en voortaan slechts één berekeningswijze te hanteren, te weten die methode die intuïtief het gemakkelijkst te plaatsen is en die als input een minimum aan getallen vraagt. Ik kom dan uit bij formule (1). Voor de berekening zijn slechts twee getallen nodig: de kansen op de nadelige uitkomst mét en zónder de fout, KNM en KNZ . En de interpretatie is recht toe, recht aan: de aangesproken partij wordt veroordeeld tot een schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat het ondervonden nadeel door de normschending is veroorzaakt.

4.4 Conclusies

In deze paragraaf heb ik de leerstukken van onzekere causaliteit onderzocht op inhoudelijke verschillen. Uitgaande van een *ex post* situatie waarin een persoon nadeel heeft ondervonden dat mogelijkwerwijs door iemand anders is veroorzaakt, heb ik een reconstructie gemaakt van de *ex ante* situatie in termen van de kansen op een nadelige dan wel gunstige(re) uitkomst mét en zónder de fout van de wederpartij. Voor zover de schematische weergave in eerste instantie verschillen deed vermoeden, bleken deze bij nader inzien slechts optisch van aard. Uiteindelijk is de voor proportionele aansprakelijkheid relevante toename van de kans op een nadelige uitkomst door toedoen van de fout, $KNM - KNZ$, identiek aan het voor het leerstuk van de kansschade relevante verlies van een kans op een gunstige(re) uitkomst door toedoen van de fout, $KGZ - KGM$. De reden is simpel: de nadelige uitkomst enerzijds en de gunstige(re) uitkomst anderzijds zijn complementaire gebeurtenissen. In de aard van de gevallen van causale onzekerheid kunnen dan ook geen redenen gevonden worden om het leerstuk van het verlies van een kans systematisch te (onder)scheiden van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid. Er is dus ook geen grond om aan de toepassing van de twee leerstukken verschillende eisen te stellen; en de uitkomsten van de toepassing dienen gelijk te zijn.

Al doende heeft de analyse tevens duidelijk gemaakt onder welke omstandigheden gesproken kan worden van onzekere causaliteit. Als iemand in een *ex post* situatie nadeel heeft ondervonden, is alleen sprake van onzekere causaliteit als voor de situatie *ex ante* gold: $KNM > KNZ > 0$. De fout heeft bijgedragen aan het risico op het ontstaan van het nadeel ($KNM >$

$KGZ - KGM = (100\% - KNZ) - (100\% - KNM) = 100\% - KNZ - 100\% + KNM = KNM - KNZ$.

³² Wijne 2016, p. 71-72 geeft drie verschillende berekeningswijzen voor het attributieve risico voor gevallen waarbij het ondervonden nadeel een feit is. Zie ook Van & Wijne 2012. Wie niet van rekenkundige afleidingen houdt, ziet inderdaad verschillende formules. Ze komen echter allemaal op hetzelfde neer, te weten: formule (1) voor de bepaling van het attributieve risico. Zo heeft één van de formules van Wijne betrekking op het bijzondere geval dat de onzekerheid zich beperkt tot de situatie zonder fout, anders gezegd: het geval dat $KNM = 100\%$. Je kunt daar inderdaad een apart geval van maken, met een eigen formule. Maar het werkt zeker zo goed om het bij formule (1) te houden en in het voorkomende geval $KNM = 100\%$ in te vullen, met dezelfde uitkomst. Verder geeft Wijne een aparte, en ingewikkelde, formule voor de berekening van het kansverlies. Na het uitschrijven en hergroeperen van de verschillende termen resulteert echter niets anders dan formule (1) voor het attributieve risico. Kortom, ook die formule voegt niets toe.

KNZ), zodat er grond is om de benadeelde een schadevergoeding toe te kennen voor het bijpassende gedeelte van het ondervonden nadeel. Maar er is geen grond voor een volledige schadevergoeding, omdat behalve de fout ook andere factoren kunnen hebben geleid tot of bijgedragen aan het ontstaan van de nadelige uitkomst ($KNZ > 0$). Onbekend is wat in de concrete situatie de exacte oorzaak is geweest van het ondervonden nadeel.

Onder verwijzing naar Bloembergen moet dan ook worden vastgesteld dat bij onzekere causaliteit het gebruik van de term schade, als causaal begrip, misplaatst is. Hoogstens kan worden gesproken van kansschade, schade in de vorm van het verlies van een kans op een gunstige(re) uitkomst. Daarbij moet worden opgemerkt dat kansschade niets meer of minder is dan een percentage (in mijn terminologie: $KNM - KNZ = KGZ - KGM$).³³ Om van kansschade naar een feitelijke schadevergoeding te komen dienen nog ten minste twee stappen te worden gezet. Ten eerste moet worden bepaald in hoeverre het verlies van een kans op een gunstige(re) uitkomst heeft bijgedragen aan de totale door de benadeelde ondervonden kans op een nadelige uitkomst. Dat resulteert in het attributieve risico, het aandeel van het ondervonden nadeel dat voor schadevergoeding in aanmerking komt.³⁴ Met de bepaling van dat attributieve risico eindigt de vestigingsfase van de aansprakelijkheid. Aansluitend moet in de omvangsfase nog worden begroot wat het ondervonden nadeel is dat redelijkerwijs in aanmerking komt voor toerekening van een schadevergoeding.

Ten slotte wijs ik erop dat mijn analyse naadloos aansluit op de categorisering van onzekere causaliteit in de PETL, waar de doctrine van de verloren kans wordt beschouwd als een subcategorie, of beter nog een variant, van proportionele aansprakelijkheid.³⁵

Vooruitblik

Het tweede deel van dit tweeluik wordt in een volgende aflevering van dit blad gepubliceerd. Daarin toets ik mijn analyse van de problematiek van onzekere causaliteit aan de jurisprudentie en de literatuur. In dat verband inventariseer ik welke soorten ongevalssituaties in de praktijk van de Nederlandse rechtspraak aanleiding zijn geweest voor toepassing van proportionele aansprakelijkheid dan wel vergoeding van kansschade. Voor al die verschillende soorten gevallen ga ik na of ze inderdaad zowel via de ene als via de andere ingang benaderd kunnen worden, met een gelijke uitkomst. Vervolgens keer ik terug naar de literatuur en ga ik na of de punten van verschil tussen de twee leerstukken die in de commentaren zijn gesignaleerd, in het licht van mijn analyse nog hout snijden.

³³ Dit is de gangbare interpretatie. Het verhaal wordt anders als kansschade wordt opgevat als een immateriële schadepost sui generis, voortvloeiend uit de gevoelens van verdriet, frustratie en angst die kunnen optreden vanaf het moment dat de betrokkene beseft dat hem de hoop op een betere toekomst is ontnomen. Zie Gilead, Green & Koch 2013, p. 41.

³⁴ Een blik op formule (1) leert dat het kansverlies en het attributieve risico alleen aan elkaar gelijk zijn als $KNM = 100\%$.

³⁵ Zie Gilead, Green & Koch 2013, p. 36, subcategorieën A4 en A5.