



Universiteit
Leiden
The Netherlands

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

Velthoven, B.C.J. van

Citation

Velthoven, B. C. J. van. (2018). Verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid: verschillende figuren voor verschillende gevallen? (II). *Nederlands Tijdschrift Voor Burgerlijk Recht*, 2018(4), 102-112. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/62675>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/62675>

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? (II)

B.C.J. van Velthoven

Wat volgt

In het eerste deel van dit tweeluik heb ik geconcludeerd dat er geen grond is voor een bruikbaar en zinvol onderscheid tussen de twee benaderingen van onzekere causaliteit in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht: de vergoeding van kansschade bij het verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid. In dit tweede deel ga ik na of mijn analyse van de problematiek de toets der kritiek doorstaat. Om de praktische relevantie van mijn analyse te toetsen, inventariseer ik in paragraaf 5 welke soorten ongevalssituaties in de Nederlandse rechtspraak aanleiding zijn geweest voor feitelijke toepassing van proportionele aansprakelijkheid dan wel vergoeding van kansschade. Ik laat zien dat vanuit mijn analyse al deze casus zowel via de ene als via de andere ingang benaderd kunnen worden, en dat de uitkomsten bij juiste toerekening van de kansen gelijk zijn. In paragraaf 6 keer ik terug naar de literatuur en toon ik aan dat de punten van verschil tussen de twee leerstukken die in de commentaren zijn gesignaleerd, in het licht van mijn analyse geen hout snijden. Paragraaf 7 vat mijn bevindingen samen.

5. Causale onzekerheid in de Nederlandse jurisprudentie

In de Nederlandse jurisprudentie is met enig zoeken een flink aantal zaken te vinden waar de aanwezigheid van onzekere causaliteit aanleiding heeft gegeven tot het inzetten van de leerstukken van proportionele aansprakelijkheid en het verlies van een kans. Inhoudelijk kennen die zaken een grote diversiteit. Relatief veel voorkomend zijn medische aansprakelijkheidskwesties; maar de aangesproken partij is soms ook een advocaat, bank of belastingdeskundige, een gemeentelijke overheid, een werkgever of (de verzekeraar) van een automobilist. Relatief vaak gaat het om gevallen waar de aangesproken partij niet of te laat in actie is gekomen; maar soms betreft het ook een foutieve handeling of een onvolledige of onjuiste informatievoorziening. Relatief vaak is de uitkomst gegeven de fout met zekerheid bekend en betreft de onzekerheid alleen de uitkomst die zonder de fout tot stand zou zijn gekomen; maar soms ook zijn beide uitkomsten met onzekerheid omgeven. Relatief vaak wordt de onzekere causaliteit in rechte afgedaan met een beroep op het leerstuk van de kansschade; maar proportionele aansprakelijkheid wordt ook regelmatig van toepassing verklaard.

Uit de aangetroffen zaken heb ik een twaalfstal casus geselecteerd, die met elkaar een staalkaart bieden van de verschillende typen zaken die in de praktijk van de Nederlandse rechtspraak onder de noemer van causale onzekerheid aan de orde zijn geweest. Zie tabel 1. De selectie brengt zo goed mogelijk de variëteit in de genoemde elementen (aard van de aangesproken partij, fout, onzekerheid en beslissing) tot uiting. Ter vergroting van de herkenbaarheid heb ik bij de selectie zoveel mogelijk aansluiting gezocht bij bekende arresten; om de staalkaart te completeren heb ik ook enkele minder bekende uitspraken opgevoerd, die ikzelf van een eenvoudig label heb voorzien.

Tabel 1 Een staalkaart van zaken met causale onzekerheid, ontleend aan de Nederlandse jurisprudentie

	Naam	Instantie, datum, vindplaats	Korte omschrijving	Aard wederpartij	Aard fout	Aard onzekerheid	Aard beslissing
1	<i>Baby Ruth (Wever/de Kraker)</i>	Hof Amsterdam, 4 januari 1996, NJ 1997/213	baby krijgt hersenbloeding; arts mist diagnose; baby heeft restverschijnselen, mist kans op beter resultaat	medische zorgverlener	niet/te laat in actie	100 om 75%	kansverlies
2	<i>Darmperforatie</i>	Hof Leeuwarden, 12 februari 2013, JA 2013/65	patiënt heeft darmperforatie; ziekenhuis is te laat met diagnose; patiënt overlijdt	medische zorgverlener	niet/te laat in actie	100 om 50%	proportionele aansprakelijkheid
3	<i>Herseninfarct</i>	Rb Amsterdam, 14 juli 2010, JA 2011/4	patiënt heeft (symptomen van) TIA; ziekenhuis is te laat met diagnose en preventieve medicatie; patiënt krijgt herseninfarct, mist kans op beter resultaat	medische zorgverlener	niet/te laat in actie	3,8 om 2,1 %	kansverlies
4	<i>Darmverkleving</i>	Rb. Den Haag, 17 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:5685	patiënt heeft darmverkleving; artsen zijn pre- én postoperatief te laat met behandeling; patiënt overlijdt	medische zorgverlener	niet/te laat in actie	2,5α om α %	proportionele aansprakelijkheid
5	<i>Baijings</i>	HR, 24 oktober 1997, NJ 1998/257	Baijings wil zijn na ontslag ingehouden optierechten terug; advocaat stelt geen hoger beroep in; Baijings mist kans op beter resultaat	advocaat	niet/te laat in actie	100 om α %	kansverlies
6	<i>Gemaal Zoeterwoude</i>	HR, 19 juni 2015, NJ 2016/1	X koopt oud gemaal voor woondoeleinden; B&W vergeet toegezegde wijziging in bestemmingsplan; X mist kans op gunstiger besluit Raad en GS	gemeente-bestuur	niet/te laat in actie	100 om α %	kansverlies
7	<i>Nefalit/Karamus</i>	HR, 31 maart 2006, RvdW 2006/328	werknemer overlijdt aan longkanker; kan het gevolg zijn van eigen aanleg / rookgedrag, maar ook van asbestblootstelling door werkgever	werkgever	foute handeling	25,6 om 11,4 %	proportionele aansprakelijkheid
8	<i>Hersenbeschadiging</i>	HR, 14 december 2012, NJ 2013/236	baby heeft hersenbeschadiging; kan het gevolg zijn van ademproblemen na de geboorte, maar ook van een aanrijding van de zwangere moeder	(verzekeraar) automobilist	foute handeling	2α om α %	proportionele aansprakelijkheid
9	<i>Schouderdystocie</i>	Rb. Groningen, 4 mei 2005, NJF 2007/355	tijdens bevalling zitten schouders van kind in de weg; arts trekt niet op juiste wijze of te hard; baby loopt zenuwschade op	medische zorgverlener	foute handeling	4α om α %	proportionele aansprakelijkheid
10	<i>Hondenbeet</i>	Rb. Maastricht, 13 juli 2005, JA 2006/44	patiënt is door een hond gebeten; huisarts verzorgt wond niet correct; patiënt krijgt posttraumatische dystrofie na wondinfectie	medische zorgverlener	foute handeling	2 à 4 om 1 à 2 %	kansverlies
11	<i>Deloitte/Hassink</i>	HR, 21 december 2012, NJ 2013/237	H moet afrekenen met fiscus na verlaten maatschap; geen goed/volledig belastingadvies Deloitte; H mist kans op beter resultaat	belasting-adviseur	geen (goede) informatie	100 om 40 %	kansverlies
12	<i>Informed consent</i>	Rb. Rotterdam, 24 november 2015, JA 2016/77	diagnose kanker, schildklier verwijderd, achteraf onnodig; patiënte is niet geïnformeerd over twijfel rond diagnose; verlies van kans op second opinion en behoud schildklier	medische zorgverlener	geen (goede) informatie	100 om α %	kansverlies

Tabel 1 (vervolg)

	<i>Framing als proportionele aansprakelijkheid</i>	<i>Framing als verlies van een kans</i>	<i>Attributief risico</i>	<i>Opmerkingen</i>
1	restverschijnselen baby na hersenbloeding kunnen zowel gevolg zijn van fout arts, als van gesteldheid patiënt	restverschijnselen baby na hersenbloeding; kans zou kleiner zijn geweest zonder fout arts	25%	
2	overlijden na darmperforatie kan zowel gevolg zijn van fout ziekenhuis, als van gesteldheid patiënt	overlijden na darmperforatie; kans zou kleiner zijn geweest zonder fout ziekenhuis	50%	vertaling van deskundigenbericht naar kansberekening door Hof is moeilijk te volgen
3	herseninfectie enkele dagen na TIA kan zowel gevolg zijn van fout ziekenhuis, als van gesteldheid patiënt	herseninfectie enkele dagen na TIA; kans zou kleiner zijn geweest zonder fout ziekenhuis	45%	Rb: kansverlies rechtens irrelevant (Hof Asd 5 juli 2011: fout maakte geen verschil, kansverlies nihil)
4	overlijden na darmverkleving kan zowel gevolg zijn van fouten artsen, als van gesteldheid patiënt	overlijden na darmverkleving; kans zou kleiner zijn geweest zonder fouten artsen	60%	partijen hebben geen behoefte aan nader deskundigenbericht, Rb schat attributief risico
5	verlies van claim inzake vervallen optierechten kan zowel gevolg zijn van fout advocaat, als van zwakte claim	verlies van claim inzake vervallen optierechten; kans zou kleiner zijn geweest zonder fout advocaat	n.n.b.	verwezen naar Hof Asd voor verdere behandeling, w.o. schatting kansverlies
6	nadeel vanwege ontbreken woonvergunning kan zowel gevolg zijn van fout B&W, als van ontbrekende steun voor voorstel bij Raad en GS	nadeel vanwege ontbreken woonvergunning; kans zou kleiner zijn geweest zonder fout B&W	n.n.b.	verwezen naar Hof Asd voor schatting schade als kansverlies niet zeer klein is
7	overlijden aan longkanker kan zowel gevolg zijn van fout werkgever, als van aanleg en rookgedrag werknemer	overlijden aan longkanker; kans zou kleiner zijn geweest zonder fout werkgever	55%	
8	hersenbeschadiging baby na ademhalingsproblemen kan zowel gevolg zijn van fout automobilist, als van optreden Respiratory Distress Syndrome	hersenbeschadiging baby na ademhalingsproblemen; kans zou kleiner zijn geweest zonder fout automobilist	50%	
9	zenuwschade baby na moeizame bevalling kan zowel gevolg zijn van fout arts, als van gesteldheid moeder + kind	zenuwschade baby na moeizame bevalling; kans zou kleiner zijn geweest zonder fout arts	75%	Rb schat attributief risico ex aequo et bono
10	dystrofie na hondenbeet kan zowel gevolg zijn van fout huisarts, als van gesteldheid patiënt	dystrofie na hondenbeet; kans zou kleiner zijn geweest zonder fout huisarts	50%	Rb vindt kansen te gering om van causaal verband te kunnen spreken
11	vermogensverlies kan zowel gevolg zijn van fout Deloitte, als van niet opvolgen en succesvol uitpakken advies	vermogensverlies; kans zou kleiner zijn geweest zonder fout Deloitte	60%	
12	verlies schildklier na (achteraf) onnodige operatie kan zowel gevolg zijn van fout ziekenhuis, als van niet inwinnen en afwijkend uitpakken second opinion	verlies schildklier na (achteraf) onnodige operatie; kans zou kleiner zijn geweest zonder fout ziekenhuis	n.n.b.	betreft deelgeschil over fout; partijen zetten schadeafwikkeling buiten rechte voort

De eerste drie kolommen van tabel 1 geven de naam, de beslissende instantie (met de datum en de vindplaats van de uitspraak) en een korte omschrijving van elke casus. De korte omschrijving richt zich op de onzekere causaliteit; alle andere juridische aspecten, hoe interessant ook, waaronder de vraag of er wel sprake is geweest van een tekortkoming c.q. normschending aan de kant van de aangesproken partij, blijven buiten beschouwing. De volgende vier kolommen van de tabel geven informatie over de aard van de aangesproken partij, de aard van de gemaakte fout, het type onzekerheid en de grondslag voor de beslissing. Om het type onzekerheid zichtbaar te maken, zijn steeds twee kanspercentages vermeld. Het eerste percentage geeft de kans dat de nadelige uitkomst zich voordoet met de fout (KNM), het tweede percentage is de kans dat de nadelige uitkomst zich zou hebben voorgedaan zonder de fout (KNZ). In een aantal gevallen waren de ingeschakelde deskundigen in staat om behoorlijk exacte cijfers te geven, in andere gevallen hadden ze slechts ruwe cijfers of moest de rechter zelf op basis van kwalitatieve omschrijvingen een schatting maken.³⁶ Verder zijn er enkele gevallen waarin de kansen nog niet bekend waren omdat ter zake nog advies van deskundigen ingewonnen moest worden. In de tabel is bij de helft van de zaken de kans op de nadelige uitkomst gegeven de fout 100%; bij deze zaken is de uitkomst gegeven de fout blijkbaar met zekerheid bekend en betreft de onzekerheid alleen de uitkomst die zonder de fout tot stand zijn gekomen. In de andere gevallen zijn beide uitkomsten met onzekerheid omgeven.

Ten slotte wijs ik erop dat ik tabel 1 zo overzichtelijk mogelijk heb proberen te maken door twee aan twee koppeltjes te maken van zaken die op drie van de vier genoemde elementen vergelijkbaar zijn en op één element verschillen.

5.1 Problematische omgang met onzekere causaliteit in de lagere rechtspraak

De tabel leert ons in de eerste plaats dat de (lagere) rechtspraak in Nederland in verschillende opzichten moeite heeft met gevallen van onzekere causaliteit.

Zo bestaat (of in ieder geval: bestond) er geen eenduidigheid over de toepasselijkheid van de twee leerstukken. Op het oog vergelijkbare gevallen worden nu eens afgedaan met proportionele aansprakelijkheid, dan weer met het verlies van een kans. Neem casus 1 en 2, *Baby Ruth* en *Darmperforatie*. Deze casus zijn volstrekt vergelijkbaar in de zin dat de behandelende artsen een fout maakten bij de diagnose, waardoor de behandeling onnodig laat werd ingezet. De patiënten in kwestie ondervonden ernstig nadeel, in de vorm van blijvende restverschijnselen, respectievelijk overlijden. Uit de beschikbare deskundigenberichten kan worden afgeleid dat de nadelige uitkomst gegeven de fout onvermijdelijk was. Zonder de fout zou die kans kleiner geweest. Met andere woorden, de fout heeft een kans op een beter resultaat verloren doen gaan. In casus 1 werd die kans niet in een getal uitgedrukt; duidelijk was alleen dat die kans niet groot was, maar ook niet verwaarloosbaar klein. Al met al besloot het Hof Amsterdam, in navolging van de Rechtbank, om de verloren gegane kans te begroten op 25%. Het Hof Leeuwarden, daarentegen, besloot om casus 2 aan te vliegen vanuit de proportionele aansprakelijkheid. Dat impliceert dat het Hof onderkende dat er naast de medische fout een of meer andere causale factoren in het spel waren die tot de risicosfeer van de patiënt zelf behoorden (denk aan een gebrekkig regenererend vermogen en de ernst van de

³⁶ In enkele gevallen volstond de rechter met een schatting van het attributieve risico. Op grond van formule (1) kan dan vrij eenvoudig de verhouding tussen KNM en KNZ worden afgeleid. Stel dat het attributieve risico 50% is, zoals in casus 8. Dan volgt uit formule (1) na invullen en enig herschrijven dat KNM twee keer zo groot is als KNZ. Ik heb dat in tabel 1 genoteerd als $KNM = 2\alpha$ en $KNZ = \alpha$, om aan te geven dat de absolute waarde van de kansen weliswaar niet bekend is, maar hun onderlinge verhouding wel. Die onderlinge verhouding is voor het onderhavige doel voldoende, omdat bij de bepaling van het attributieve risico de elementen α in de teller en de noemer tegen elkaar wegvallen:

$$\frac{KNM - KNZ}{KNM} \times 100\% = \frac{2\alpha - \alpha}{2\alpha} \times 100\% = \frac{\alpha}{2\alpha} \times 100\% = \frac{1}{2} \times 100\% = 50\%.$$

darmperforatie). Niet zeker was of de fout dan wel die andere factoren hadden geleid tot het overlijden. Wel duidelijk was dat de fout en de andere factoren elk een aandeel van 50% hadden gehad in de uiteindelijke kans op overlijden.

Eenzelfde gebrek aan eenduidigheid is te vinden bij de casus 3 en 4, variaties op de casus 1 en 2 in de zin dat de nadelige uitkomst gegeven de fout *niet* onvermijdelijk was. In casus 3 koos de Rechtbank Amsterdam voor een benadering via het verlies van een kans, in de vergelijkbare casus 4 opteerde de Rechtbank Den Haag voor proportionele aansprakelijkheid. Zie verder ook nog de casus 9 en 10, waarbij een foutief handelen in het geding was, in plaats van een niet of te laat in actie komen. In casus 9 koos de Rechtbank Groningen voor proportionele aansprakelijkheid, in casus 10 opteerde de Rechtbank Maastricht voor het verlies van een kans.

Rechters hebben ook moeite met onzekere causaliteit omdat er gedacht moet worden in termen van kansen en cijfers. En dat gaat niet iedereen even goed af.³⁷ Met name bij kleine kansen blijken er misverstanden te kunnen ontstaan.³⁸

Zo had de deskundige in casus 3, *Herseninfarct*, zich gedetailleerd uitgelaten over de kansen. Daaruit kon worden afgeleid dat de fout van het ziekenhuis bij de diagnose en behandeling van een TIA had gezorgd voor een toename van de kans op een herseninfarct van 2,1% naar 3,8%. Volgens formule (1) is het attributieve risico dan 45%. Echter, de Rechtbank Amsterdam oordeelde anders; het kansverschil van 1,7% zou te klein zijn om rechtens relevant te zijn. Dat oordeel getuigt van een denkfout. Inderdaad, de absolute kansen van 2,1% en 3,8% en het kansverschil van 1,7% zijn klein, als zodanig en in vergelijking met de kansen dat de situatie in kwestie voor de patiënt gunstig(er) afloopt. Maar die observatie gaat voorbij aan de eigenlijke vraag, te weten: in hoeverre kan het herseninfarct in de concrete casus veroorzaakt zijn door de fout van het ziekenhuis, dan wel door een andere oorzaak die voor eigen rekening is. Neem 1.000 mensen die een TIA krijgen en een ziekenhuis raadplegen. Als die ziekenhuizen fouten maken in de diagnose en behandeling krijgen uiteindelijk 38 patiënten een herseninfarct, terwijl het er maar 21 zouden zijn geweest als de ziekenhuizen geen fout hadden gemaakt. Ex post is duidelijk wie tot de groep van 38 behoren; onbekend is echter wie van deze 38 behoren tot de deelgroep van 21 die ook zónder de fout een herseninfarct zouden hebben gekregen, en wie behoren tot de deelgroep van $38 - 21 = 17$ die een herseninfarct hebben gekregen als uitvloeisel van de nalatige zorg van het ziekenhuis. In die zin is de causaliteit op individueel niveau *ex post* feitelijk onzeker. Daar staat echter tegenover dat voor iedere getroffene vaststaat dat de *kans* dat zijn/haar herseninfarct is veroorzaakt door de fout van het ziekenhuis 45% is; de eigen gesteldheid in combinatie met domme pech is verantwoordelijk voor de overige 55%.³⁹

³⁷ Zo kwam ik in de jurisprudentie een zaak tegen waarin de voorzieningenrechter proportionele aansprakelijkheid van toepassing verklaarde, terwijl er van onzekere causaliteit in het geheel geen sprake was (Rb. Arnhem 23 mei 2006, *JA* 2006/89). Het ziekenhuis in deze zaak had een fout gemaakt bij de nabehandeling van een gecompliceerde beenfractuur. Volgens de ingeschakelde deskundige was de restinvaliditeit van de benadeelde na de fout 22%, terwijl deze zonder de fout 5% zijn geweest. Met het verschil tussen deze percentages lag de omvang van de schade als gevolg van de fout van het ziekenhuis nauwkeurig vast. Toch zag de rechter in de percentages aanleiding om – ten onrechte – te gaan denken in termen van kansen, alsof het causale verband onzeker was.

³⁸ Dat rechters moeite hebben met de juiste betekenis van kleine absolute kansen heb ik eerder signaleerd in B.C.J. van Velthoven, 'Schadekansen bij medische fouten. Proportionele aansprakelijkheid in de praktijk', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2011, afl. 1, p. 18-37, m.n. par. 4.2. Zie ook Van & Wijne 2012, par. 6 en Wijne 2016, par. 4.5.

³⁹ Een zelfde denkfout deed zich voor bij casus 10, *Hondenbeet*. De Rechtbank Maastricht vond de kansen van 1 à 2% zónder fout en 2 à 4% mét fout te gering om van een causaal verband te kunnen spreken. Maar het attributieve risico is toch echt 50%.

5.2 Uitwisselbaarheid van de leerstukken

De bevinding dat de (lagere) rechtspraak volledig vergelijkbare zaken nu eens afdoet op basis van proportionele aansprakelijkheid en dan weer op basis van het verlies van een kans, is op zich al een goede indicatie dat de leerstukken in de praktijk uitwisselbaar zijn. De selectie in tabel 1, die een overall beeld geeft van de typen zaken die onder de noemer van onzekere causaliteit aan Nederlandse rechters worden voorgelegd, biedt de mogelijkheid om de toepasbaarheid van het denkschema uit paragraaf 4 (zie deel I) in de breedte te toetsen.

Het tweede deel van de tabel laat zien dat elk van de 12 casus, bij een geschikte framing, zonder problemen kan worden aangevlogen vanuit beide leerstukken. Voor een goed begrip merk ik daarbij op dat het om meer dan een semantische oefening gaat. In elk geval van kansverlies zijn er inhoudelijk gezien ook andere factoren aanwijsbaar die tot de nadelige uitkomst hebben kunnen leiden. Neem bijvoorbeeld casus 5, *Baijings*, waar de advocaat had nagelaten om hoger beroep in te stellen. Als evident was geweest dat Baijings de procedure in hoger beroep zou hebben gewonnen, was er geen sprake geweest van onzekere causaliteit; de nadelige uitkomst was dan direct terug te voeren geweest op de misser van de advocaat. Zo lag het echter niet; er moest serieus rekening mee worden gehouden dat de claim van Baijings toch niet zo ijzersterk was en dat verschillende rechters daarover verschillend zouden kunnen oordelen. Maar daarmee is meteen een andere oorzaak gegeven die, naast de misser van de advocaat, voor een nadelige uitkomst had kunnen zorgen. Iets soortgelijks doet zich voor bij casus 12, *Informed consent*. Als de patiënte was geïnformeerd over de twijfels van de behandelende artsen met betrekking tot de diagnose, had ze een second opinion kunnen vragen en was mogelijk haar schildklier behouden gebleven. In de gegeven omstandigheden was echter verre van zeker dat (i) de patiënte die stap zou hebben genomen en (ii) dat de diagnose en behandeling dan anders zouden zijn geweest.

6. De verschillen volgens de commentatoren kritisch onderzocht

In paragraaf 4 heb ik laten zien dat de wijze waarop de Hoge Raad proportionele aansprakelijkheid en het verlies van een kans heeft omschreven en afgebakend, geen grond biedt om een bruikbaar en zinvol onderscheid tussen deze twee benaderingen van onzekere causaliteit aanwezig te achten. Verder heeft mijn analyse van de Nederlandse jurisprudentie op het terrein van onzekere causaliteit in paragraaf 7 aangetoond dat het volledige palet aan concrete zaken probleemloos vanuit beide invalshoeken kan worden aangevlogen. Dat alles wijst erop dat de twee leerstukken volstrekt uitwisselbaar geacht moeten worden. Rest de vraag wat de betekenis is van de diverse verschillen in het bereik van de twee leerstukken die in het verlengde van het arrest *Deloitte/Hassink* door commentatoren naar voren zijn gebracht; zie het overzicht in paragraaf 3. Ik loop die nu in enig detail langs, om te zien of er alsnog steekhoudende argumenten naar boven komen om de twee leerstukken te (onder)scheiden.

6.1 Castermans & Den Hollander 2013

Castermans & Den Hollander (hierna: C&DH) proberen allereerst meer duidelijkheid te verkrijgen over de bedoelingen van de Hoge Raad. Zij lezen de bewoordingen van de Hoge Raad zo dat proportionele aansprakelijkheid kan worden ingezet in de *vestigingsfase* van aansprakelijkheid om het probleem van een *onzekere oorzaak* te overbruggen, terwijl het leerstuk van de kansschade ingezet kan worden in de *omvangsfase* voor de begroting van *onzekere schade*. Ze voegen daar zelf echter meteen aan toe dat het kwalificeren van een concrete zaak in termen van een onzekere oorzaak of een onzekere schade uiteindelijk niet meer dan een kwestie van definitie lijkt.⁴⁰

⁴⁰ Zie Castermans & Den Hollander 2013, par. 6.

En zo is het maar net. Omdat schade een causaal begrip is, impliceert een onzekere oorzaak het onzeker zijn van schade; het zijn twee kanten van dezelfde medaille. Daarnaast moet worden opgemerkt dat het door C&DH gemaakte onderscheid tussen de vestigings- en de omvangsfase gebaseerd is op een onjuiste interpretatie van de rechterlijke besluitvorming ter zake. Bij beide invalshoeken wordt de beslissing of en in welke mate de aangesproken partij wordt veroordeeld tot vergoeding van het ondervonden nadeel, genomen in de vestigingsfase. Bij proportionele aansprakelijkheid gebeurt dat door het csqn-verband te omzeilen en aansprakelijkheid te vestigen naar rato van de bijdrage van de normschending; bij de leer van de kansschade gebeurt dat door een csqn-verband te leggen met het virtuele begrip van de verloren kans op een beter resultaat. In beide gevallen wordt de vestigingsfase afgesloten met een aandeel, een percentage, waarna het op geld waarden van dat aandeel plaatsvindt in de omvangsfase.

Daarmee hebben C&DH nog geen afdoend antwoord op de vraag wat maakt dat de ene zaak er een is van proportionele aansprakelijkheid en de andere een van kansschade. Zij opperen dat het type van de causale onzekerheid beslissend is.⁴¹ Proportionele aansprakelijkheid zou aangewezen zijn als de potentiële oorzaken *onafhankelijk* van elkaar zijn. In dat verband wijzen ze naar *Nefalit/Karamus*, waar de normschending van de werkgever en het roken van de werknemer elk onafhankelijk van elkaar de schade kunnen hebben veroorzaakt. Daarentegen zou vergoeding van kansschade op haar plaats zijn als de ene potentiële oorzaak haar *relevantie* ontleent aan de andere. Neem *Darmperforatie*, waar de darmperforatie en de slechte conditie van de patiënt voorafgaan aan de beroepsfout van het ziekenhuis; omgekeerd ontnemt in *Deloitte/Hassink* de fout van Deloitte aan Hassink de mogelijkheid om het advies op te volgen en wellicht een beter resultaat te boeken.

Helaas maken C&DH niet duidelijk *waarom* het gesignaleerde verschil relevant zou zijn. Wat maakt dat het kwalificeren van een concrete zaak in termen van een onzekere oorzaak of een onzekere schade nu ineens meer is dan een kwestie van definitie? Dat klemmt te meer daar het Hof Leeuwarden er geen been in zag om de *Darmperforatie*-zaak af te doen via proportionele aansprakelijkheid, waar volgens C&DH vergoeding van kansschade aangewezen zou zijn. Bij ontstentenis van een nadere onderbouwing kan ik slechts vaststellen dat het onderscheid voor mijn analyse niet ter zake doet. Daarvoor is essentieel dat de genoemde casus gemeen hebben dat er ook zónder de fout een kans was op een nadelige uitkomst, respectievelijk door het roken van de werknemer, de gesteldheid van de patiënt en de zwakte en tijdsdruk van de fiscale claim, en dat die kans door de fout werd vergroot.

6.2 Wouters 2013

Wouters verwacht dat toepassing van proportionele aansprakelijkheid beperkt zal blijven, omdat voor dat leerstuk alleen ruimte is in een situatie van *drie alternatieve oorzaken*.⁴² In *Deloitte/Hassink* verwijst de Hoge Raad immers naar schade die kan zijn veroorzaakt hetzij door de normschending, hetzij door een voor risico van de benadeelde komende omstandigheid, hetzij door een combinatie van beide oorzaken. Extra complicatie is dat de laatste categorie bestaat uit samenwerkende oorzaken. In de visie van Wouters is het dan ook passend dat *Nefalit/Karamus* werd afgedaan via proportionele aansprakelijkheid: de asbestblootstelling en het roken van sigaretten waren alternatieve oorzaken, die elk op zich en in combinatie voor de lonkanker hadden kunnen zorgen. Bij *Deloitte/Hassink* daarentegen was geen plaats voor proportionele aansprakelijkheid, omdat er sprake was van één oorzaak: het uitblijven van een juist fiscaal advies.

Daarmee maakt Wouters echter een denkfout, die al eerder in het licht is gebracht. Als het

⁴¹ Castermans & Den Hollander 2013, par. 7.

⁴² Wouters 2013, dl. II, p. 355-356.

uitblijven van het juiste fiscale advies inderdaad de enige relevante factor was, zou de kans op de nadelige uitkomst zónder de fout 0 en mét de fout 100% zijn geweest; van onzekere causaliteit zou in het geheel geen sprake zijn geweest. Maar zo lag het niet. Bij een juist fiscaal advies was de gunstige(re) uitkomst bepaald nog niet zeker. Hassink had namelijk binnen een voorgeschreven termijn een ander kantoor moeten vinden waar hij zich had kunnen inkopen, en hij had bereid moeten zijn om zijn volledige uittreedssom in te brengen. Dat al dan niet kúnnen en wíllen zijn relevante andere causale factoren, voor rekening van de benadeelde. In het concrete geval heeft Hassink een in zijn ogen te hoge belastingaanslag gekregen. Onduidelijk is of dat komt door de fout van Deloitte, door het ontbreken van de mogelijkheid en bereidheid om zich elders in te kopen, dan wel een combinatie van deze factoren. Van een principieel verschil tussen *Nefalit/Karamus* en *Deloitte/Hassink* is, in ieder geval in de door Wouters aangegeven zin, geen sprake.⁴³

6.3 Cox 2016

Cox staat allereerst stil bij de wenselijkheid van een dogmatisch onderscheid tussen de twee leerstukken en zoekt die in de veroorzaking van de *bewijsnood* van de benadeelde. Ligt de oorzaak van de bewijsnood bij het optreden van de aangesproken partij, dan vormt dat een factor om de benadeelde in meer of mindere mate tegemoet te komen ten opzichte van de situatie waarin de bewijsnood het gevolg is van een factor in de eigen risicosfeer. In het eerste geval is een minder terughoudende benadering op haar plaats, via toepassing van de leer van de kansschade (denk aan *Baijings*), dan in het andere geval, via toepassing van proportionele aansprakelijkheid (denk aan *Nefalit/Karamus*).⁴⁴

In aansluiting op de vorige subparagraaf moet echter worden vastgesteld dat het door Cox gemaakte onderscheid voorbijgaat aan de essentie van de causale onzekerheid. Die vindt in beide gevallen haar oorsprong in het feit dat er naast de fout van de aangesproken partij ook andere causale factoren, voor rekening van de benadeelde, in het geding kunnen zijn. Net zoals bij onzekere causaliteit de mogelijke oorzaken steeds van twee kanten komen, komt ook de bewijsnood van twee kanten. De bewijsnood van *Baijings*, bijvoorbeeld, werd niet alleen veroorzaakt doordat zijn advocaat had nagelaten hoger beroep in te stellen, maar ook doordat niet evident was dat hij de procedure in hoger beroep zou hebben gewonnen.⁴⁵ Volgens de redenering van Cox is er dus geen grond om onderscheid te maken in de toepasselijkheid van de twee leerstukken.

Desalniettemin gaat Cox op zoek naar een grondslag om het dogmatische onderscheid van de Hoge Raad in de praktijk hanteerbaar te maken. In dat verband zoekt hij aansluiting bij het eerder door Tjong Tjin Tai⁴⁶ geïntroduceerde begrip *schadevoorval*. In de woorden van Cox is er sprake van een schadevoorval “wanneer vaststaat dat de feitelijke vermogenspositie of gezondheid ten opzichte van ‘het verleden’ is verslechterd. ... *Waardoor* die verslechtering is veroorzaakt, speelt bij de vraag naar het bestaan van feitelijke schade geen rol.”⁴⁷ Vervolgens stelt Cox dat de toepasselijkheid van proportionele aansprakelijkheid dan wel kansverlies afhangt van het antwoord op de vraag of het schadevoorval vaststaat of slechts een hypothese betreft. Om proportionele aansprakelijkheid toe te passen, is vereist dat het schadevoorval op

⁴³ Terzijde merk ik nog op dat Wouters 2013, dl. I, p. 340, zich vergist in het berekenen van het attributieve risico in de Hotson-case. Mét fout is de kans op blijvende invaliditeit 100% (KNM), zónder fout is die kans 75% (KNZ); het attributieve risico volgens formule (1) is dus 25%.

⁴⁴ Cox 2016, p. 273.

⁴⁵ Als zijn zaak feitelijk en juridisch klip en klaar was geweest, had de fout van de advocaat helemaal niet tot bewijsnood geleid. Het zou dan evident zijn geweest dat de fout csqn was voor de nadelige uitkomst.

⁴⁶ T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Proportionele aansprakelijkheid in het algemene aansprakelijkheidsrecht’, *Bb* 2006/28.

⁴⁷ Cox 2016, p. 277-278.

zichzelf vaststaat, of is vast te stellen. Zo is in een zaak als *Nefalit/Karamus* het schadevoorval geenszins hypothetisch, maar staat de schade vast: op enig moment is bij Karamus longkanker ontstaan. Kansverlies daarentegen biedt een oplossing voor gevallen waarin het schadevoorval niet vaststaat, omdat de loop der gebeurtenissen door de normschending is onderbroken (de kans is ‘afgesneden’). Het schadevoorval is in die situaties slechts een hypothese.

Helaas geeft Cox, anders dan bij proportionele aansprakelijkheid, bij kansverlies geen concrete voorbeelden. Dat is buitengewoon jammer, want de lezer had graag willen weten wat er hypothetisch is aan de hoge belastingaanslag van Hassink of aan de restverschijnselen van baby Ruth na haar hersenbloeding. Net als de longkanker van Karamus staan die schadevoorvallen toch echt vast. En alle gevallen hebben gemeen dat onzeker is *waardoor* de nadelige uitkomst is ontstaan. Kortom, het door Cox gemaakte onderscheid snijdt geen hout.⁴⁸

6.4 Tjong Tjin Tai 2016

Tjong Tjin Tai zit, praktisch gesproken, op dezelfde lijn als Cox, maar onderbouwt zijn positie door zich eerst te buigen over het relevante begrippenkader bij aansprakelijkheidszaken.⁴⁹ Hij houdt ons voor dat we zorgvuldig onderscheid moeten maken tussen enerzijds de schadegebeurtenis (denk aan een verkeersongeval) en anderzijds de nadelige gevolgen in de zin van concrete schadeposten (zoals letsel, gederfde inkomsten). In de vestigingsfase moet het csqn-verband worden aangetoond tussen de schadegebeurtenis en de fout, door te vergelijken met een hypothetische situatie zonder de fout. Volgens Tjong Tjin Tai kan die vergelijking in het kader van de *werkelijke causaliteit* betrekkelijk onprecies blijven; het causaal verband ligt meestal voor de hand. De vaststelling van de omvang van de schade in de begrotingsfase vraagt wel om precisie. Ook daar is een hypothetische vergelijking vereist: de feitelijke nadelige gevolgen moeten worden vergeleken met de gevolgen indien de fout niet zou zijn gemaakt, een situatie die moet worden gereconstrueerd op basis van een *hypothetische causaliteit*. Tjong Tjin Tai merkt daarbij op het geenszins ondenkbaar te achten dat de vergelijking op basis van de hypothetische causaliteit tot de conclusie voert dat de schade nihil is, terwijl er eerder wel een csqn-verband is vastgesteld. Vervolgens gebruikt Tjong Tjin Tai het aldus afgebakende begrippenkader om de twee leerstukken van onzekere causaliteit een eigen plaats te geven. Verlies van een kans is van toepassing als de *werkelijke causaliteit vaststaat* (de fout heeft geleid tot behoud van de status quo) terwijl de *hypothetische causaliteit onzeker* is: bij afwezigheid van de fout was er een serieuze kans op een behoud van de status quo, maar ook een serieuze kans op een gunstige(re) uitkomst. In dat geval doet het causaliteitsprobleem, de onzekerheid, zich voor in het hypothetische domein. Proportionele aansprakelijkheid is van toepassing wanneer de *werkelijke causaliteit onzeker* is: er zijn twee verschillende mogelijke oorzaken, onzeker is welke oorzaak in de concrete casus in csqn-verband staat met de schadegebeurtenis.

Met deze afbakening en onderbouwing heb ik verschillende problemen. Ik bespreek ze achtereenvolgens:

- Het eerste probleem is dat Tjong Tjin Tai bij de afbakening ineens het begrip *status quo* introduceert, nadat hij in eerste instantie is uitgegaan van een schadegebeurtenis. Bedoelt hij dat het leerstuk van het verlies van een kans alleen van toepassing is als de aangesproken partij heeft *nagelaten* om (tijdig) actie te ondernemen, respectievelijk (goede) informatie te verstrekken? Dat zou betekenen dat een casus als *Hondenbeet* door de Rechtbank Maastricht ten onrechte is afgedaan als kansverlies. Helaas geeft Tjong Tjin

⁴⁸ Dat wordt pas anders als de nadelige uitkomst zich nog niet heeft gerealiseerd, maar met een bepaalde kans in de toekomst wordt verwacht. Het gaat dan echter niet meer over een geval dat gedekt wordt door *Deloitte/Hassink*, maar over een geval sui generis. Ik kom daar in paragraaf 6.5 op terug.

⁴⁹ Zie ook T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Schade, causaliteit, en schadebegroting’, *WPNR* 2016, afl. 7108, p. 383-387.

Tai op dit punt geen nadere toelichting.

- Mijn tweede probleem is dat Tjong Tjin Tai in zijn onderbouwing wel uitgebreid stilstaat bij de begrotingsfase, maar te weinig aandacht heeft voor de hypothetische vergelijking in de csqn-fase. Zo stelt hij dat de werkelijke causaliteit in de zin van een csqn-verband vaststaat, als de fout heeft geleid tot *behoud* van de status quo. Dat is een onbegrijpelijke formulering omdat ze voorbijgaat aan de situatie zónder de fout. We kunnen pas zeker weten dat een fout de wérkelijke oorzaak van een schadegebeurtenis is, als een csqn-toets heeft aangetoond dat de schadegebeurtenis níet zou zijn opgetreden zónder de fout.

Als we die interpretatie aanhouden, heeft dat een desastreus gevolg voor Tjong Tjin Tai's afbakening van het leerstuk van het verlies van een kans. Verlies van een kans zou volgens hem van toepassing zijn als de werkelijke causaliteit vaststaat, terwijl de hypothetische causaliteit onzeker is. Maar als een *vaststaande* werkelijke causaliteit inderdaad impliceert dat er zonder de fout geen schadegebeurtenis zou zijn geweest, kan in diezelfde casus nimmer sprake zijn van een *onzekere* hypothetische causaliteit. Immers, zonder schadegebeurtenis is ook de kans op nadelige gevolgen in de situatie zonder fout nihil. Dat zou betekenen dat Tjong Tjin Tai's afbakening van het leerstuk van het kansverlies intern tegenstrijdig is.

Die implicatie kan Tjong Tjin Tai volgens mij maar op één manier omzeilen. En dat is stellen dat bij een behoud van de status quo mét de fout geen echte vergelijking met de situatie zónder fout *nodig* is, omdat evident (?) is dat de situatie zónder fout nooit slechter en met een kleinere of grotere kans beter had kunnen uitpakken. Alsdan zou het bestaan van de *kans* op een gunstiger resultaat (hoe klein ook, mogelijk zelfs nihil) voldoende zijn om van werkelijke causaliteit te spreken, en vervolgens kansverlies van toepassing te verklaren.

- Dat brengt mij bij mijn derde probleem. Bij het verlies van een kans is volgens de afbakening van Tjong Tjin Tai sprake van een zekere werkelijke causaliteit; toch is er blijkbaar een ándere oorzaak dan de fout werkzaam die bepaalt of er in de situatie zónder de fout een nadelige dan wel gunstige(re) uitkomst tot stand komt. Maar dan zie ik geen betekenisvol verschil met proportionele aansprakelijkheid, waar sprake is van twee mogelijke oorzaken. In beide gevallen van onzekere causaliteit hebben we zowel te maken met een fout als met een andere oorzaak; onbekend is welke van die twee in de concrete casus heeft geleid tot de schadegebeurtenis.

Kortom, met Tjong Tjin Tai zouden we ervoor kunnen kiezen om in casus waarin sprake is van een behoud van de status quo in de situatie mét de fout het leerstuk van het verlies van een kans toe te passen, en in alle andere gevallen van onzekere causaliteit te opteren voor proportionele aansprakelijkheid.⁵⁰ Maar die keuze zou gebaseerd zijn op een niet verder onderbouwde *praktische* afbakening; in *principiële* zin zijn de leerstukken uitwisselbaar.

Tjong Tjin Tai merkt verder nog op dat proportionele aansprakelijkheid zijns inziens 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.⁵¹

Na het voorgaande moge duidelijk zijn dat Tjong Tjin Tai zich hier vergist. In de kern is bij toepassing van beide leerstukken sprake van twee afzonderlijke oorzaken waarvan onzeker

⁵⁰ Toegepast op mijn tabel 1 zou dit betekenen dat de casus 1, 2, 5, 6, 11 en 12 in aanmerking komen voor toepassing van verlies van een kans. Bij die casus is namelijk sprake van een vorm van *nalaten* van de aangesproken partij en is KNN gelijk aan 100% zodat er geen onzekerheid is over de uitkomst in de situatie met fout. De overige casus 3, 4, 7, 8, 9 en 10 zouden dan in aanmerking komen voor proportionele aansprakelijkheid. Opmerkelijk genoeg sluit die afbakening perfect aan op de door de Hoge Raad ter zake gemaakte keuzes.

⁵¹ Tjong Tjin Tai 2016, p. 2243.

is welke in de concrete casus heeft geleid tot de schadegebeurtenis. Ook praktisch vergist hij zich. Als zijn suggestie zou worden gevolgd om het leerstuk van het verlies van een kans toe te passen in casus waarin sprake is van een behoud van de status quo in de situatie mét de fout, blijven er tal van gevallen van onzekere causaliteit over voor toepassing van proportionele aansprakelijkheid.⁵²

6.5 Wijne 2016

Wijne, ten slotte, beperkt zich tot medische aansprakelijkheidszaken. Allereerst bespreekt ze de situatie dat de nadelige uitkomst een feit is, en onderscheidt twee categorieën van gevallen. Enerzijds zijn er de gevallen “where it is clear, beforehand, that the patient will suffer adverse health effects in the absence of adequate medical treatment and the chance of success is lost.”⁵³ “Only in this type of cases, category A cases, it is for sure that the negligent (in)action contributed to the onset or worsening of the existing health damage. The approach of the loss of a chance is the most suitable approach.” Anderzijds zijn er de gevallen “where it is clear, beforehand, that for some patients the lack of adequate medical care leads to damage, but not for every patient – while there is still a chance of health damage without error.” “In those cases, category B, it will always – to some extent – be uncertain whether the health damage is the result of the medical maltreatment or the longstanding health problem. Application of proportional liability is the most obvious way to solve these cases.”

Enige reflectie leert echter dat Wijne hier twee denkfouten maakt. Volgens haar afbakening geldt in een categorie A casus dat de nadelige uitkomst zich in een situatie mét fout altijd voordoet. Vertaald in mijn terminologie geldt: KNM = 100%. Anders dan Wijne suggereert, is met dat gegeven helemaal niet zeker dat de fout ook werkelijk heeft bijgedragen aan de nadelige uitkomst. Daarvoor moet, zoals de analyse in paragraaf 4 heeft aangetoond, ook de waarde van KNZ bekend zijn. Neem het geval dat KNM 100% is en KNZ, bijvoorbeeld, 50%. Als dan in een concrete situatie na een normschending een nadelige uitkomst volgt, is die met slechts 50% kans het gevolg van de fout; de overige 50% kans is voor rekening van de ernst van de kwaal en het regenererend vermogen van de patiënt. Merk vervolgens op dat die redenering niet fundamenteel anders is dan bij de categorie B gevallen, waarvoor geldt dat $KNM < 100\%$. Ook daar moet voor de beantwoording van de vraag naar de causaliteit de waarde van KNZ bekend zijn. En daarmee zijn we terug bij paragraaf 4, waar is aangetoond dat alle relevante casus naar believen geframed kunnen worden als proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans, met dezelfde uitkomst.

Wijne onderscheidt ook nog een derde categorie gevallen, categorie C, “where the only thing that is clear is the fact that the health damage has not yet occurred, but may occur in the future.”⁵⁴ Ze geeft het voorbeeld van een patiënt met een kwaadaardige tumor die door een fout van de arts in eerste instantie over het hoofd is gezien. Daardoor is de juiste behandeling met negen maanden vertraging gestart en zijn de overlevingskansen gedaald van 42% naar 25%. De patiënt beleeft het verlies van een kans op een beter resultaat in de meest zuivere vorm en dient in aanmerking te komen voor een schadevergoeding van 17%.

Deze categorie gevallen is in mijn analyse buiten beschouwing gebleven, omdat ik in navolging van de formuleringen in het arrest *Deloitte/Hassink* steeds heb voorondersteld dat het ondervonden nadeel een feit was. Daardoor was de (kring van) benadeelde(n) bekend; de onzekerheid betrof de vraag of het ondervonden nadeel was veroorzaakt door de fout van de

⁵² Zo zijn er in de sfeer van de medische aansprakelijkheid substantiële aantallen zaken, waar de zorgverlener fout heeft gehandeld en die fout niet noodzakelijk samen gaat met een nadelige uitkomst. Zie bijvoorbeeld de casus 3, 4, 9 en 10 in tabel 1.

⁵³ Dit en de volgende citaten zijn ontleend aan Wijne 2016, p. 61, 62 en 71.

⁵⁴ Wijne 2016, p. 71.

aangesproken partij of door een factor voor eigen rekening. Wijne's categorie C vraagt om een aparte benadering, omdat er sprake is van een dubbele onzekerheid.⁵⁵ Er is (of zijn) namelijk een (of meer) potentiële benadeelde(n), (i) van wie niet zeker is of de nadelige uitkomst zich in de toekomst zal aandienen, en (ii) voor wie, als de nadelige uitkomst zich voordoet, niet valt na te gaan of het nadeel het gevolg is van de fout van de aangesproken partij dan wel van een factor voor eigen rekening. De preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht kan adequaat uit de verf komen, als conform de suggestie van Wijne alle potentiële toekomstige benadeelden een schadevergoeding krijgen overeenkomstig hun kansverlies. Zorgverleners kunnen er dan namelijk ex ante op rekenen dat ze naar verwachting (gemiddeld) evenveel schade moeten vergoeden als ze daadwerkelijk door hun fout veroorzaken. De compenserende werking is echter problematisch. Enerzijds krijgen ook patiënten die uiteindelijk geen nadeel ondervinden een schadevergoeding; anderzijds krijgen de patiënten die uiteindelijk wel nadeel ondervinden een lagere schadevergoeding dan ze zouden hebben gekregen als alleen ex post geclaimd had kunnen worden. Daar komen nog enkele andere bezwaren bij. Ten eerste zouden bij de ex ante vergoedingen aanzienlijk meer claims in behandeling genomen moeten worden, waardoor de afhandelingskosten een fors stuk hoger zouden uitvallen. Die afhandelingskosten zouden, omgekeerd, kunnen meevallen als veel potentieel benadeelden zouden afzien van het indienen van een claim, maar dan komt de preventieve werking onvoldoende uit de verf. Ten tweede vraagt ex ante vergoeden, meer nog dan ex post vergoeden, om wetenschappelijke expertise om de kansen enigszins adequaat te kunnen inschatten. Ook dat verhoogt de afhandelingskosten, en de onzekerheidsmarge. Ten derde dreigt bij het toestaan van ex ante vergoedingen een onwerkbaar situatie als ook ex post claims mogelijk zijn. Afhankelijk van hoeveel en welke (potentieel) benadeelden ex ante dan wel ex post claimen, kan het totale toegekende bedrag zowel (te) hoog als (te) laag uitvallen. Kortom, Wijne heeft gelijk als ze stelt dat ex ante claimen vraagt om een aparte benadering van gevallen met onzekere causaliteit. Maar er zijn tegelijk goede redenen om in het aansprakelijkheidsrecht geen ruimte te creëren voor dat ex ante claimen.⁵⁶

7. Conclusie

In dit tweeluik heb ik onderzocht of er in de aard van de gevallen van onzekere causaliteit 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. Die analyse is beperkt gebleven tot het onzekere causale verband; de andere elementen van de aansprakelijkheidsbeslissing zijn buiten beschouwing gebleven.

Allereerst heb ik de beschrijving en afbakening van de twee leerstukken door de Hoge Raad vertaald in een schematische weergave van de relatie tussen het ondervonden nadeel en de normschending van de aangesproken partij. Voor elk leerstuk bestaat die schematische weergave uit twee onderdelen: een ex ante beschrijving van de situatie zoals die zich werkelijk heeft voorgedaan mét de fout en een beschrijving van de hypothetische situatie zónder de fout. Op het eerste gezicht vertonen de schema's voor de twee leerstukken flinke verschillen. Maar bij nadere beschouwing blijken ze gelijkwaardig en uitwisselbaar te zijn. In de kern is de argumentatie als volgt. De figuur van het verlies van een kans vooronderstelt dat de nadelige uitkomst zich ook kan voordoen in de situatie zonder de normschending. Als dat niet zo zijn, zou er immers geen sprake zijn van onzekere causaliteit. Het gegeven dat de nadelige uitkomst zich ook kan voordoen zónder de fout, impliceert op zijn beurt dat er ook andere factoren in het geding zijn die verantwoordelijk kunnen zijn voor de nadelige uitkomst. Maar dan moet de conclusie zijn dat de situatie onder de figuur van het kansverlies

⁵⁵ Ook in de PETL heeft dit soort gevallen een aparte plaats gekregen: categorie C. Zie Gilead, Green & Koch 2013, p. 16.

⁵⁶ Zie ook Gilead, Green & Koch 2013, p. 51-52.

niet wezenlijk anders is dan onder de figuur van de proportionele aansprakelijkheid waar die andere factor wordt geëxpliciteerd. De wijze waarop de Hoge Raad de twee leerstukken heeft omschreven en afgebakend, biedt volgens mij dan ook geen grond om een bruikbaar en zinvol onderscheid tussen de twee benaderingen van onzekere causaliteit aanwezig te achten.

Ik teken daarbij aan dat ik in mijn analyse het gebruik van de term schade systematisch heb vermeden, zolang niet duidelijk was dat er inderdaad een basis was om de aangesproken partij te veroordelen tot (gehele of gedeeltelijke) vergoeding van het ondervonden nadeel. Omdat schade algemeen wordt opgevat als een causaal begrip, creëert een oneigenlijk en voortijdig gebruik van die term bij gevallen van onzekere causaliteit, waar er fundamentele twijfel bestaat over de veroorzaking, alleen maar verwarring. Het suggereert het bestaan van een verband dat juist nog aangetoond moet worden.

Mijn analyse heeft verder bevestigd dat voor de bepaling van het aandeel in het ondervonden nadeel dat voor vergoeding in aanmerking komt, gebruik gemaakt kan worden van het zogenoemde attributieve risico. Voor de berekening kan in alle gevallen waarbij het ondervonden nadeel een feit is, worden volstaan met één formule. Als KNM de kans is op de nadelige uitkomst mét de fout en KNZ de kans op de nadelige uitkomst zónder de fout, is het attributieve risico gelijk aan $(KNM - KNZ) / KNM \times 100\%$. 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.

Om de praktische relevantie van mijn analyse te toetsen, heb ik geïnventariseerd welke soorten zaken zoal onder de noemer van onzekere causaliteit aan Nederlandse rechters worden voorgelegd. Op basis daarvan heb ik kunnen concluderen dat de rechtspraak volledig vergelijkbare zaken nu eens afdoet op basis van proportionele rechtspraak en dan weer op basis van het verlies van een kans. Dat op zich vormt al een goede indicatie dat de leerstukken in de praktijk uitwisselbaar zijn. Vervolgens heb ik laten zien dat vanuit mijn analyse al die casus, bij een passende framing, zonder problemen kunnen worden aangevlogen vanuit beide leerstukken, en dat de uitkomsten bij juiste berekening van het attributieve risico gelijk zijn.

Ten slotte heb ik mij gebogen over de juridische literatuur, waar diverse commentatoren in het verlengde van het arrest *Deloitte/Hassink* hebben betoogd dat de twee leerstukken qua bereik systematisch van elkaar zouden verschillen. Ik heb de aangevoerde argumenten in het licht van mijn analyse en in het licht van de praktische zaken die in de Nederlandse rechtspraak spelen één voor één gewogen en geconstateerd dat geen van alle een deugdelijke basis biedt om de twee leerstukken te (onder)scheiden.

Ik concludeer dan ook, mij aansluitend bij de opstellers van de PETL, dat er in de aard van de gevallen van causale onzekerheid geen redenen gevonden kunnen 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.