

Aansprakelijkheid voor het verlies van een kans in medische zaken

Een rechtsvergelijkend onderzoek naar kansschade en *loss of a chance* als oplossing voor een
onzeker oorzakelijk verband

Masterscriptie aansprakelijkheidsrecht

N.G. (Niels) Blokland – S1839691

Universiteit Leiden

1 september 2017

aantal woorden: 15.980

Begeleider: Dr. P.C.J. de Tavernier

Tweede lezer: W.T. Nuninga LL.M. MJur

INHOUDSOPGAVE

I. MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID EN HET ONZEKER OORZAKELIJK VERBAND	4
§ 1.1 Inleiding	4
§ 1.2 Het probleem van een onzeker oorzakelijk verband	6
§ 1.3 Op zoek naar een alternatieve oplossing	7
§ 1.4 Verlies van een kans: het meest passende alternatief?	9
§ 1.5 Onderzoek en probleemstelling	10
§ 1.6 Invulling schadedefinitie	12
II. HET VERLIES VAN EEN KANS BIJ MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID IN HET NEDERLANDS RECHT	13
§ 2.1 Het kansschadeleerstuk en medische aansprakelijkheid	13
§ 2.2 Argumenten voor kansschade als oplossing voor een onzeker oorzakelijk verband	16
§ 2.3 Argumenten tegen kansschade als oplossing voor een onzeker oorzakelijk verband	20
§ 2.4 Tussenconclusie	23
III. HET VERLIES VAN EEN KANS BIJ MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID IN HET ENGELSE RECHT	25
§ 3.1 Onzeker oorzakelijk verband in het Engelse recht	25
§ 3.2 Het leerstuk van <i>'loss of a chance'</i>	26
§ 3.3 <i>Hotson v East Berkshire HA</i> : geen verlies van een kans	27
§ 3.4 <i>Gregg v Scott</i> : bevestiging van de hoofdregel?	29
§ 3.5 <i>Gregg v Scott</i> : de <i>loss of a chance</i> -deur op een kier?	33
§ 3.6 Tussenconclusie	35
IV. KANSSCHADE EN <i>LOSS OF A CHANCE</i>: PROBLEEM OPGELOST?	37
§ 4.1 Een afweging van gezichtspunten	37
§ 4.2 Formele implementatie van kansschade en <i>loss of a chance</i>	37
§ 4.3 Verlies van een kans als causaliteit of nadeel	39
§ 4.4 Een inbreuk op het systeem	42
§ 4.5 De (on)redelijkheid van de uitkomst	44
§ 4.6 De bescherming van de maatschappelijke en juridische norm	46
§ 4.7 Kansverlies als (on)grijpbaar gegeven	48
V. CONCLUSIE	50
§ 5.1 Conclusie	50
§ 5.2 Afsluiting en aanbevelingen	52

LIJST VAN GERAADPLEEGDE LITERATUUR	53
Boeken, proefschriften en tijdschriftartikelen	53
Elektronische bronnen en medische richtlijnen	57
LIJST VAN GERAADPLEEGDE JURISPRUDENTIE	58
Hoge Raad	58
Gerechtshoven	58
Rechtbanken	58
House of Lords (VK)	59

I. MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID EN HET ONZEKER OORZAKELIJK VERBAND

§ 1.1 Inleiding

Wanneer er bij een medische ingreep een fout wordt gemaakt, is achteraf soms lastig te bepalen of het letsel ook zonder deze fout zou zijn ingetreden.¹ Een rechter die zich buigt over een dergelijk aansprakelijkheidsgeschil ziet zich gesteld voor de soms onmogelijke taak om een vertaalslag te maken naar het al dan niet toekennen van schade. Een illustratie middels enkele spraakmakende zaken.

Een *eerste zaak* deed zich voor op 2 juni 1986 in het Emma kinderziekenhuis in Amsterdam.² De drie weken oude baby Ruth Wever vertoonde die dag symptomen die bij nader onderzoek hadden moeten leiden tot een diagnose van een door vitamine K-deficiëntie ontstane hersenbloeding.³ In eerste instantie werd het meisje echter door behandelend arts De Kraker naar huis gestuurd, waardoor pas de volgende dag de hersenbloeding werd gediagnostiseerd. Na overplaatsing naar de kinder-*intensive care* in het AMC, werd uiteindelijk 400 cc bloed uit het hoofdje verwijderd. De ouders vorderden namens het meisje schadevergoeding vanwege blijvende hersenbeschadiging die zij volgens hen opliep ten gevolge van de te laat gestelde diagnose. De Kraker c.s. erkenden de gemaakte fout, maar bestreden aansprakelijk te zijn. Er zou niet zijn aangetoond dat de schade het rechtstreekse gevolg was van een vertraging van circa 14 uur voordat de medische behandeling kon worden ingezet. Ook bij een vroegere diagnosestelling zouden volgens hen verschillende restverschijnselen zijn overgebleven.

Een *tweede zaak* speelde in 2010, toen een man in het Refaja-ziekenhuis in Stadskanaal een ERCP-behandeling onderging.⁴ Vier dagen na de ingreep werd een perforatie van de twaalfvingerige darm vastgesteld, maar reeds te laat: de patiënt kwam te overlijden. Zijn nabestaanden claimden schadevergoeding vanwege de gemiste diagnose. Ook betoogden zij dat de medische behandeling na ontdekking van de perforatie onvoldoende was geweest, omdat als gevolg daarvan slechts de complicaties konden worden tegengegaan. Was het gat in de darm eerder ontdekt, dan had er volgens de nabestaanden adequaat en met een grotere succeskans

¹ J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012, p. 244.

² Hof Amsterdam 4 januari 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AB8629, NJ 1997/213 (*Baby Ruth*).

³ Zie ook: J.P. de Winter, K.F.M. Joosten & M.M. IJland e.a., 'Nieuwe Nederlandse richtlijn voor vitamine K-toediening aan voldragen pasgeborenen', *NTvG* 2011/144, p. 1-4.

⁴ Hof Leeuwarden 17 april 2012, ECLI:NL:GHL EE:2012:BW2983, *JA* 2012/144, m.nt. P.J. Klein Gunnewiek. ERCP-behandeling staat voor 'Endoscopisch Retrograde Cholangio- en Pancreaticografie'. Dit is een zogenaamd 'kijkonderzoek' van de galwegen en de afvoergang van de alvleesklier, dat plaatsvindt om bijvoorbeeld galstenen vast te stellen. Vgl. F. Nevens & H.J. Metselaar, *101 Vragen over leverziekten en -transplantatie*, Houten: Lannoo 2007, p. 85-89.

behandeld kunnen worden. Op basis van een deskundigenrapport kwam het hof in dit tussenarrest tot de conclusie dat de diagnose inderdaad te laat gesteld was. Het ziekenhuis had daarbij de vereiste professionele normen geschonden. Hoewel de fout daardoor vaststond, betwistte Refaja het causaal verband tussen de te laat gestelde diagnose en het overlijden van de patiënt.

Recenter is een *derde zaak*, die werd behandeld door het hof Arnhem-Leeuwarden.⁵ In de eerste helft van 2003 meldde een patiënt zich tweemaal bij een oogcentrum vanwege klachten over een verminderd gezichtsvermogen. De betrokken arts kon geen duidelijke oorzaak vinden en stelde een afwachtend beleid voor. Toen de patiënt zich in oktober op eigen initiatief bij een neuroloog van het UMC Utrecht meldde, werd een hypofysetumor vastgesteld die moest worden weggehaald.⁶ Echter, nog voordat de definitieve diagnose en de daaropvolgende operatie plaatsvond, trad een volledige uitval van het gezichtsvermogen op. Een spoedoperatie mocht niet baten. De patiënt stelde daarop de oogkliniek aansprakelijk voor de te late doorverwijzing. De tekortkoming werd reeds vastgesteld in eerste aanleg, waarna het hof zich in een deelgeschil diende te buigen over de vraag of het gezichtsvermogen behouden zou zijn gebleven indien er wel correct was doorverwezen.

Ten slotte betreft een *vierde zaak* een triest geval uit een recente uitspraak van de Hoge Raad.⁷ In mei 1996 beviel een moeder in het Erasmus MC in Rotterdam van een te vroeg geboren tweeling. Eén van beide meisjes kwam te overlijden in de eerste week na haar geboorte. Het andere meisje, Esther, moest een buikoperatie ondergaan waarna de bloedcirculatie in haar rechterbeen bleek te zijn verstoord. Er trad necrose⁸ op, met amputatie van de rechtersvoet tot gevolg. Het ziekenhuis erkende hiervoor aansprakelijkheid, en de schadeafwikkeling werd onderling geregeld. Eind juni 1996 vond er door een oogarts nog een controle plaats op retinopathie van de vroeggeborene (hierna: ‘**ROP**’).⁹ Door omstandigheden mislukte dit onderzoek, en pas enkele weken later werd een tweede controle uitgevoerd. Er werd ROP vastgesteld, maar de spoedbehandeling kwam te laat. Esther verloor haar gezichtsvermogen aan

⁵ Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2005, JA 2016/151.

⁶ Een hypofysetumor is een gezwell dat ontstaat in een kleine klier, ‘de hypofyse’, dat zich bevindt in een holte vlak achter de oogkassen. Bij het groeien van deze tumor loopt men de kans dat het drukt op de kruising van de oogzenuw, waardoor gezichtsverlies kan optreden. Vgl. S. Melmed & D. Kleinberg, ‘Pituitary masses and tumors’, in: S. Melmed, K.S. Polonsky & P.R. Larsen e.a., *Williams Textbook of Endocrinology*. Philadelphia: Elsevier Saunders 2016.

⁷ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133 (*Baby Esther*).

⁸ Necrose is het afsterven van cellen en weefsel door een bepaalde beschadiging van binnen- of buitenaf.

⁹ Retinopathie van de vroeggeborene (retinopathy of prematurity) is een aandoening aan de bloedvaten van de onvolgroeide retina (netvlies) bij te vroeg geboren kinderen. Zie ook *Richtlijn Prematurenretinopathie NOG/NVK* 2012, p. 5 (online, laatst bijgewerkt in juli 2012).

beide ogen. Er ontwikkelde zich daarop een geschil omtrent de vraag of een eerdere controle de kans op een beter behandelingsresultaat mogelijksterwijs had kunnen doen vergroten.

De hiervoor beschreven zaken geven blijk van één gezamenlijk probleem: er bestaat onzekerheid over het oorzakelijk verband tussen de fout van de arts en de geleden schade.

§ 1.2 Het probleem van een onzeker oorzakelijk verband

Een discussie over het oorzakelijk verband bij medische kwesties ontstaat uit het feit dat vaak meerdere factoren van invloed kunnen zijn op het ontstaan van de schade.¹⁰ Zoals hiervoor bleek, kan bijvoorbeeld naast de geneeskundige behandeling ook de gezondheidstoestand van de patiënt van invloed zijn.¹¹ Bij het niet of te laat stellen van een diagnose kan vaak niet worden uitgesloten dat een eerdere diagnose tot een ander resultaat had geleid.¹² Ook het onvoldoende naleven van de informatieplicht, zodat de patiënt geen eigen risicoinfschatting en beslissing kan maken, kan leiden tot een geschil.¹³ Ten slotte kan onzekerheid ontstaan indien onduidelijk is of de patiënt de gegeven instructies wel heeft opgevolgd.¹⁴ Kortom: zaken van medische aansprakelijkheid kampen al snel met een causaliteitsprobleem.

Causaliteitsonzekerheid is problematisch, omdat de rechter voor de vestiging van de aansprakelijkheid dient te bepalen of er sprake is van minimaal een causaal verband tussen de normschending en de schade.¹⁵ Er moet daartoe een *condicio sine qua non*-verband bestaan tussen de normschending en het geleden nadeel.¹⁶ De onderliggende vraag is daarbij of de schade zonder de fout niet zou zijn ingetreden. Zo kunnen logisch irrelevante omstandigheden worden uitgesloten.¹⁷ Er zijn dan twee opties: causaal verband wordt aangenomen – de arts is

¹⁰ R.P. Wijne, in: GS Onrechtmatige daad, aant. VI.3.9.4.6 (online, laatst bijgewerkt op 21 februari 2017).

¹¹ Vgl. Hof Amsterdam 4 januari 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AB8629, NJ 1997/213; Rb. Rotterdam 2 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW4845, JA 2012/7; Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2005, JA 2016/151; HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133 (*Baby Esther*).

¹² R.P. Wijne, in: GS Onrechtmatige daad, aant. VI.3.9.4.6 (online, laatst bijgewerkt op 21 februari 2017). Vgl. Hof Amsterdam 4 januari 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AB8629, NJ 1997/213; Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2005, JA 2016/151; HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133 (*Baby Esther*).

¹³ Vgl. Hof Leeuwarden 17 april 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW2983, JA 2012/144, m.nt. P.J. Klein Gunnewiek.

¹⁴ R.P. Wijne, in: GS Onrechtmatige daad, aant. VI.3.9.4.6 (online, laatst bijgewerkt op 21 februari 2017).

¹⁵ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/47; J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012, p. 265.

¹⁶ Het hier bedoelde ‘ongunstige resultaat’ wordt in de literatuur en de betreffende wetsartikelen onder het begrip ‘schade’ geschaard. Dit is verwarrend, aangezien voor de uitleg van de vormen en oplossingen van causaliteitsonzekerheid dit onderscheid cruciaal is. In paragraaf 1.6 wordt in dit kader de keuze voor de hier gebruikte term ‘nadeel’ nader toegelicht. Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid’, *NJB* 2016/31, p. 2244.

¹⁷ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/49. Vervolgens wordt, ter bepaling van de *omvang* van de schadevergoedingsplicht, getoetst in hoeverre de schade *naar redelijkheid* aan de arts kan worden

dan aansprakelijk – óf er wordt geen causaal verband aangenomen. In het tweede geval wordt de vordering van de patiënt afgewezen. Voor de onzekere gevallen leiden deze twee extremen echter niet tot een acceptabel resultaat.¹⁸ Toewijzen van de vordering kan er immers toe leiden dat de arts aansprakelijk is voor schade die hij niet, of niet in voldoende mate, heeft veroorzaakt.¹⁹ Anderzijds kan het zijn dat de vordering wordt afgewezen, terwijl er een aanzienlijke kans bestaat dat de geschonden norm de oorzaak van de schade is geweest.²⁰ Zeker in zaken waar sprake is van blijvende invaliditeit, zoals na de hersenbloeding van baby Ruth,²¹ leidt het bewijsprobleem tot onacceptabele resultaten.

§ 1.3 Op zoek naar een alternatieve oplossing

Nu blijkt dat de harde juridische drempel van het *condicio sine qua non*-verband niet voldoet voor de gevallen met een onzeker causaal verband, moet de rechter op zoek naar een alternatieve oplossing. Om een indruk te krijgen van eventuele oplossingen worden hieronder vier mogelijkheden toegelicht.

Het ligt voor de hand om *allereerst* te bepalen of er voor de causaliteitseis een alternatieve benadering mogelijk is. Omdat het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht momenteel geen ruimte biedt voor een alternatieve benadering zoals de *causa remota* en *causa proxima*,²² of die van de *dominant cause*,²³ is dit echter geen realistisch alternatief voor de bovengenoemde voorbeelden. Het is bovendien discutabel of deze wijzen van uitleg in de onderhavige zaken tot een rechtvaardigere uitkomst zouden leiden: ook met een andere uitleg is immers enige zekerheid omtrent het verband van oorzaak-gevolg vereist.

toegerekend. Dit is in feite een beperking van het eerdergenoemde vereiste van de *condicio sine qua non*, omdat het omstandigheden uitsluit die zich te ver in de causale keten bevinden. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/50 en 83; J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012, p. 265.

¹⁸ R.P. Wijne, in: GS Onrechtmatige daad, aant. VI.3.9.4.6 (online, laatst bijgewerkt op 21 februari 2017).

¹⁹ Vgl. annotatie S.D. Lindenberg onder HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237 (*Deloitte Belastingadviseurs/H&H Beheer*) onder 9. Conclusie A-G Hartlief 2 februari 2016, ECLI:NL:PHR:2016:871, *JA* 2017/21, par. 3.6.

²⁰ R.P. Wijne, in: GS Onrechtmatige daad, aant. VI.3.9.4.6 (online, laatst bijgewerkt op 21 februari 2017).

²¹ Zoals als eerste zaak aan het begin van dit hoofdstuk beschreven.

²² Bij de causaliteitsleren van *causa proxima* en *causa remota* wordt een verband aangenomen tussen respectievelijk de dichtstbijzijnde en de verst weg liggende oorzaak, en de schade. Met name in de praktijk van het verzekeringsrecht worden dergelijke alternatieve causaliteitsleren toegepast. Vgl. Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012/504, p. 1-13j; Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/57.

²³ De *dominant cause*-leer is een causaliteitsmaatstaf waarbij de rechter op zoek gaat naar één of meer rechtens relevante oorzaken. Dit is één van de leidende causaliteitsleren in het verzekeringsrecht. Vgl. H.M.B. Brouwer, 'Naar een dominant-cause-leer in het Nederlandse verzekeringsrecht?', *NTvH* 2014/1; M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 374-381.

Een *tweede alternatief* is de ‘omkeringsregel’. De Hoge Raad heeft met dit leerstuk bepaald dat indien door een onrechtmatige gedraging een risico op schade ontstaat, en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, het causaal verband tussen de gedraging en de schade in beginsel is gegeven.²⁴ Vereist is dat de gedraging in strijd is met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van de schade.²⁵ Het is vervolgens aan de aangesprokene om te bewijzen dat die schade ook zonder zijn gedraging zou zijn ontstaan.²⁶ Ook voor de fout van een arts kan deze omkeringsregel relevant zijn.²⁷ Het probleem blijft hierbij echter dat er nog steeds een *condicio sine qua non* moet bestaan, maar dat het causaal verband in beginsel is aangenomen. Dit levert bewijsnadeel op voor de arts, terwijl de kans bestaat dat de schade niet door zijn toedoen is veroorzaakt. Zodra er bovendien meer onzekerheid bestaat dan slechts over het doorslaggevend vermoeden van een *condicio sine qua non* biedt ook de omkeringsregel geen soelaas.

Het *derde alternatief* is de zogenoemde ‘proportionele aansprakelijkheidsleer’.²⁸ Dit leerstuk is bedoeld om een oplossing te bieden voor situaties waarin onzekerheid bestaat over het *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en de schade.²⁹ Het ziet specifiek op de gevallen waarin de onzekerheid ontstaat vanuit de omstandigheid dat de schade kan zijn veroorzaakt door de normschending, of door een omstandigheid die voor risico van de benadeelde komt. Er zijn dus twee afzonderlijk werkende oorzaken, waarvan niet zeker is welke van de twee de werkelijke oorzaak is.³⁰ Bij het toepassen van dit leerstuk wordt het *condicio sine qua non*-verband in de vestigingsfase van de aansprakelijkheid losgelaten,³¹ en wordt in plaats daarvan

²⁴ G.R. Rutgers & H.B. Krans, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 7. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 31; J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012, p. 266-267.

²⁵ A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willing, 1997, p. 393; G.R. Rutgers & H.B. Krans, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 7. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2014, nr. 31.

²⁶ J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012, p. 266.

²⁷ Vgl. HR 9 januari 1999, ECLI:NL:HR:1998:ZC2543, NJ 1999/413; HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299, NJ 2004/307 m.nt. W.D.H. Asser (*Seresta*); HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7190, NJ 2005/78 (*foetale nood*); HR 7 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3670, NJ 2007/644; Hof 's-Gravenhage 28 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI4768, LJN BI4768; Rb. Amsterdam 13 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7837, GZR-Updates.nl 2014-0003 m.nt R.P. Wijne.

²⁸ J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012, p. 266; R.P. Wijne, in: GS Onrechtmatige daad, aant. VI.3.9.4.6 (online, laatst bijgewerkt op 21 februari 2017).

²⁹ HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, r.o. 3.5.2, JA 2013/41 (*Deloitte Belastingadviseurs/H&H Beheer*).

³⁰ T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid’, *NJB* 2016/31, p. 2243.

³¹ Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/81 e.v. Het loslaten van het *condicio sine qua non*-verband gebeurt echter met grote terughoudendheid. Zie: HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, LJN BO1799, NJ 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*); HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8249, LJN BX8249, NJ 2013/236 (*Nationale Nederlanden/X c.s.*).

een inschatting gemaakt voor hoeveel procent beide oorzaken aan de aansprakelijkheid heeft bijgedragen. Op basis van die inschatting wordt vervolgens in de omvangsfase een schadeberekening uitgevoerd. Er is in de literatuur al zeer veel discussie geweest over de vraag of dit leerstuk al dan niet relevant is voor zaken waar de uitkomst van het gevolg zonder de fout puur hypothetisch is.³² Het leerstuk wordt in dit onderzoek daarom nog slechts behandeld voor zover het aanvullende inzichten biedt voor de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans.

§ 1.4 Verlies van een kans: het meest passende alternatief?

Het leerstuk van het verlies van een kans, of kansschade, geldt als een *vierde oplossing* voor een onzeker oorzakelijk verband. Het ziet op de situaties waar onzekerheid bestaat over de hypothetische vraag of de patiënt beter af was geweest indien de arts de fout niet had gemaakt. Het is in deze gevallen onzeker of er überhaupt voor vergoeding in aanmerking komende schade is geleden.³³

In paragraaf 1.1 werd duidelijk dat het oorzakelijk verband tussen de fout en het ongunstige resultaat moeilijk was vast te stellen. In plaats daarvan stelden eisers zich daarom op het standpunt dat hen een *kans op een beter resultaat* zou zijn afgenomen. In dat geval maakt de rechter een inschatting van de hypothetische situatie dat er zonder de fout geen schade zou zijn ingetreden.³⁴ Hij geeft dit weer als een kans. Indien hij vaststelt dat er inderdaad een kans aanwezig is, wordt het *condicio sine qua non*-verband van de vestigingsfase geacht gegeven te zijn.³⁵ Het verband bestaat dan immers tussen gemaakte fout en de kans op een beter resultaat – en dus niet direct tussen de fout en het ongunstige resultaat.

Anders dan bij de omkeringsregel en de proportionele aansprakelijkheid, ziet het leerstuk van een verlies van een kans op situaties waar het onzeker oorzakelijk verband ligt in het bepalen

³² Vgl. annotatie A.J. Akkermans & Chr. H. van Dijk, bij: HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, JA 2013/41 (*Deloitte Belastingadviseurs/H&H Beheer*); Chr. H. van Dijk, 'Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven', TvVP 2013, p. 61 e.v.; Chr. H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid versus kansschade: gelijke monniken', in: F.T. Oldenhuis & H. Vorrseman (red.), *Causaliteit in letselschadezaken*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014. Anders: A.J. Van & R.P. Wijne, 'Lies, damned lies, and statistics', TvVP 2012/1, p. 16-24; J.C.J. Wouters, 'Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en verlies van een kans in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht (deel II)', WPNR 2013/6974, p. 351-357; T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid', NJB 2016/31, p. 2239-2244.

³³ J.M.L. van Duin, T. Novakovski & C.B. Vreede, 'Wanneer is fout ook goed fout? Beroepsaansprakelijkheid van advocaten onder de loep', MvV 2012/9, p. 252.

³⁴ J.M.L. van Duin, T. Novakovski & C.B. Vreede, 'Wanneer is fout ook goed fout? Beroepsaansprakelijkheid van advocaten onder de loep', MvV 2012/9, p. 252.

³⁵ K. Teuben, 'Het verschil tussen proportionele aansprakelijkheid en kansschade', *Cassatieblog.nl* 2013-5 (online, laatst bijgewerkt op 3 januari 2013).

van de aard en omvang van de schade.³⁶ Om die reden wordt in de literatuur ook wel geschreven dat er strikt gezien geen sprake is van een causaliteitsvraag.³⁷ Deze stelling is slechts juist indien onder ‘causaliteit’ enkel het causaliteitselement van het *vestigen* van de aansprakelijkheid wordt geschaard. Het leerstuk van het verlies van een kans lijkt dan ook te zien op onzekerheid in de omvangsfase. Het probleem wordt op die manier benaderd als een specifieke vorm van schade.³⁸

Het voordeel van het leerstuk van het verlies van een kans is dat het de partijen tegemoetkomt om toch enige schade vergoed te krijgen wanneer het oorzakelijk verband niet direct valt aan te tonen. Kansschade wordt om die reden in zaken van het medisch aansprakelijkheidsrecht regelmatig toegepast.³⁹ Aangezien de normale drempel van de *condicio sine qua non* niet wordt gehaald, zal de te vergoeden schade altijd slechts een fractie zijn van het totale nadeel. Om met Kortmann te spreken: “meer dan een ‘doekje voor het bloeden’ biedt het leerstuk in gevallen van alternativiteit bij daders én benadeelden dan ook niet.”⁴⁰

§ 1.5 Onderzoek en probleemstelling

In dit onderzoek wordt de wenselijkheid van het leerstuk van het verlies van een kans voor het Nederlandse medische aansprakelijkheidsrecht bestudeerd. Er is gekozen voor een functionele

³⁶ T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid’, *NJB* 2016/31, p. 2242-2243.

³⁷ E.A.L. van Emden & M. de Haan, *Beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2014, p.65.

³⁸ A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willing, 1997, p. 107.

³⁹ Zie onder meer Hof Den Bosch 3 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1741; Rb. Gelderland 25 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1941; Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2005; Hof Den Bosch 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4163, *GJ* 2016/1 m.nt. R. Wijne; Hof Den Bosch 17 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:933; Hof Den Bosch 6 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1265, *JA* 2014/92; Hof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ1711; Hof Arnhem 2 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8853, *JA* 2012/208 m.nt. R.P. Wijne; Hof Leeuwarden 17 april 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW2983; Rb. Arnhem 26 januari 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BP5299, *JA* 2011/82; Hof Amsterdam 24 januari 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC9815, *JA* 2008/69; Rb. Haarlem 1 maart 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AV5277, *JA* 2006/66; Rb. Amsterdam 22 december 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AU0292, *VR* 2005/104; Rb. Middelburg 28 april 2004, ECLI:NL:RBMID:2004:AP0788; Rb. Amsterdam 28 mei 2003, ECLI:NL:RBAMS:2003:AH8760, *NJ* 2004/45; Hof Den Haag 10 oktober 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AF5796, *NJ* 2003/99, *VR* 2003/155; Rb. Alkmaar 3 oktober 2002, ECLI:NL:RBALK:2002:AE8326; Rb. Den Haag 12 juli 2000, ECLI:NL:RBSGR:2000:AK4345, *VR* 2001/20; Hof Arnhem 14 december 1999, ECLI:NL:GHARN:1999:AC3940, *VR* 2001/19; Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, ECLI:NL:RBAMS:1998:AD2956, *NJ* 1999/406; Hof Amsterdam 4 januari 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AB8629, *NJ* 1997/213 (*Baby Ruth*).

⁴⁰ J.S. Kortmann, ‘Meervoudige causaliteit: over alternativiteit bij daders én benadeelden’, in: C.J.M. Klaassen & J. Spier (red.), *Causaliteitsperikelen* (Preadvies voor de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht 2012), Deventer: Kluwer 2012, p. 58.

rechtsvergelijking als middel om de feitelijke uitwerking van het leerstuk te kunnen toetsen.⁴¹ Vanuit het probleem van een onzeker oorzakelijk verband wordt zo getoetst in hoeverre het verlies van een kans een doeltreffende oplossing biedt. Daarmee is sprake van een micro-rechtsvergelijking, afgebakend op het niveau van de specifieke rechtsregel van het verlies van een kans.⁴²

Diverse rechtsstelsels, zoals bijvoorbeeld in Frankrijk en België, kennen een vergelijkbaar leerstuk als het Nederlandse kansschade.⁴³ Voor dit onderzoek is echter nadrukkelijk gekozen voor een leerstuk dat iets verder afstaat van de Nederlandse rechtspraktijk: dat van de Engelse ‘*loss of a chance*’. Omdat dit onderzoek zich richt op de *uitwerking* van het leerstuk van het verlies van een kans, is het waardevol om voor- en tegenargumenten te kunnen vergelijken met een stelsel waar het leerstuk juist niet, of op een andere wijze, wordt toegepast. *Loss of a chance* leent zich hier bij uitstek voor, omdat het op zaken van medische aansprakelijkheid specifiek niet wordt toegepast.⁴⁴ Anderzijds wordt het leerstuk in Engeland wél gebruikt voor kansverlies bij economische schade, wat aantoont dat de afweging specifiek voor de medische context is gemaakt.⁴⁵ Aangezien arresten onder de Engelse *common law* op een zeer uitvoerige wijze worden gemotiveerd, zijn verschillende voor- en tegenargumenten bovendien goed met elkaar te vergelijken. Ten slotte is van belang dat voor het Engelse recht een vermoeden van gelijkenis met het Nederlandse recht bestaat: *loss of a chance* komt voort uit een samenleving waarin ogenschijnlijk dezelfde problematiek omtrent het onzeker oorzakelijk verband bestaat.

Door middel van deze rechtsvergelijking tussen kansschade en *loss of a chance*, wordt geprobeerd om inzicht te verschaffen in de voor- en nadelen van een leerstuk van het verlies van een kans bij een onzeker oorzakelijk verband in de medische context. Vanuit het probleem van een onzeker oorzakelijk verband wordt getoetst in hoeverre het verlies van een kans een doeltreffende oplossing biedt. De probleemstelling luidt dan ook:

“In hoeverre is het leerstuk van het verlies van een kans een passende oplossing voor het probleem van een onzeker oorzakelijk verband in medische aansprakelijkheidszaken in Nederland, gezien vanuit de huidige leerstuk van kansschade en het Engelse ‘loss of a chance?’”

⁴¹ D. Kokkini-Iatridou e.a., *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek*, Deventer: Kluwer 1988, p. 135.

⁴² Vgl. F. Gorré, G. Bourgeois, H. Bocken e.a., *Rechtsvergelijking*, Brussel: Story-Scientia 1991, p. 23-24.

⁴³ Vgl. C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 293-294; H. Bocken, ‘Vergoeding van medische schade: aansprakelijkheid of solidariteit?’, *TPR* 2009/1; H. Bocken, ‘Verlies van een kans. Het cassatiearrest van 5 juni 2008. Vervolg en (voorlopig?) slot’, *NJW* 2009/194.

⁴⁴ Vgl. C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 295.

⁴⁵ Idem, p. 294.

§ 1.6 Invulling schadedefinitie

In de literatuur bestaat verwarring over de precieze toepassing en kwalificatie van het kansschadeleerstuk. Dat draagt bij aan de relevantie van dit onderzoek. Een deel van de verwarring lijkt echter voort te komen uit de uitleg van de schadedefinitie(s) zoals deze in de wet en de literatuur worden gehanteerd. Bij een onrechtmatig handelen wordt immers een tweedeling gemaakt tussen schade in de vestigingsfase, en schade in de omvangsfase. In dit onderzoek wordt daarom een nadrukkelijk onderscheid gemaakt tussen deze twee soorten schade. *Allereerst*: schade met betrekking tot de *vestiging* van de aansprakelijkheid, zoals in artikel 6:162 BW, wordt in dit onderzoek aangeduid als ‘nadeel’. In de literatuur heet dit ook wel ‘de schadegebeurtenis’.⁴⁶ Ter vestiging van de aansprakelijkheid dient derhalve een causaal verband te bestaan tussen dit nadeel en een onrechtmatig handelen. *Ten tweede* wordt met het zelfstandige begrip ‘schade’ bedoeld het geheel van schadeposten die bij de schadebegroting in de *omvangsfase* leidt tot de uiteindelijk te vergoeden schade. Te denken valt hierbij aan gemaakte zorgkosten, een gemist inkomen, of smartengeld. Zo is een auto-ongeval, veroorzaakt door een derde, een geleden *nadeel*. De inkomsten die vanwege dit ongeval zijn misgelopen, en de kosten moeten worden gemaakt ter reparatie van de auto, worden samen aangeduid als *schade*.⁴⁷

⁴⁶ Vgl. T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Schade, causaliteit, en schadebegroting’, *WPNR* 2016/7108, p. 383-387.

⁴⁷ Vrij naar: T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid’, *NJB* 2016/31, p. 2240.

II. HET VERLIES VAN EEN KANS BIJ MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID IN HET NEDERLANDS RECHT

§ 2.1 Het kansschadeleerstuk en medische aansprakelijkheid

In het Nederlands recht vond het kansschadeleerstuk voor het eerst zijn ingang in zaken waar een advocaat had verzuimd om tijdig een rechtsvordering of hoger beroep in te stellen.⁴⁸ De tekortkoming van de advocaat stond in die gevallen vast, maar onzeker was of een ingesteld hoger beroep of rechtsvordering wél tot een succesvolle uitkomst zou hebben geleid.⁴⁹ Er bestond dus een onzeker causaal verband tussen de gemaakte fout en het geleden nadeel (lees: nadelige uitkomst van de procedure). Wel stond vast dat, door de tekortkoming van de advocaat, de cliënt de kans op een betere uitkomst was onthouden. Een causaal verband tussen de fout en dit nadeel; ‘het verlies van een kans op een betere uitkomst’, viel daarmee wél vast te stellen. Aansprakelijkheid was daarmee gevestigd.

De complexiteit van het kansschadeleerstuk zit in de begroting van de schadeomvang. Het uitgangspunt is dus de reeds nadelige situatie. Dit maakt dat de vervolgvraag ter bepaling van de schadeomvang zuiver hypothetisch van aard is: ‘Wat is de kans dat de afwezigheid van de fout tot een beter resultaat had geleid?’ De Hoge Raad oordeelde dat de rechter de schade diende vast te stellen door te beoordelen hoe de beslissing van de eerdere rechter zou zijn geweest indien wel tijdig hoger beroep of een rechtsvordering was ingesteld.⁵⁰ In ieder geval diende deze een schatting te maken van het toewijsbare bedrag aan schadevergoeding aan de hand van “de goede en kwade kansen” die de cliënt in het hoger beroep of bij een ingestelde rechtsvordering zou hebben gehad.⁵¹ In theorie kan deze kans dus ook nul zijn – er is dan geen sprake van schade – terwijl aansprakelijkheid wel al is gevestigd.

Er kan worden gesteld dat, door het verlies van een kans als zelfstandig nadeel aan te nemen, in gevallen zoals hiervoor het probleem van een onzeker oorzakelijk verband in de vestigingsfase kan worden omzeild. Het omzeilt de ‘alles of niets’-benadering van de *condicio sine qua non*. Vervolgens wordt de schade begroot aan de hand van een vergelijking met de hypothetische

⁴⁸ HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR: ZC2467, LJN ZC2467, NJ 1998/257 (*Baijings*); HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, NJ 2007/256 (*Tuin Beheer*); HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, NJ 2007/63 (*Kranendonk*).

⁴⁹ R.J.B. Boonekamp, in: GS Schadevergoeding, art. 6:98 BW, aant. 2.10.6.4 (online, laatst bijgewerkt op 9 januari 2017).

⁵⁰ HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, r.o. 3.5.3, NJ 2013/237 (*Deloitte Belastingadviseurs/H&H Beheer*); R.J.B. Boonekamp, in: GS Schadevergoeding, art. 6:98 BW, aant. 2.10.6.4 (online, laatst bijgewerkt op 9 januari 2017). Vgl. HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR: ZC2467, LJN ZC2467, NJ 1998/257 (*Baijings*); HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, NJ 2007/256 (*Tuin Beheer*); HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, NJ 2007/63 (*Kranendonk*).

⁵¹ Idem.

situatie waarin de fout niet zou zijn gemaakt. De verloren kans wordt dan uitgedrukt in een percentage en verrekend als deel van de geleden schade. Samengevat is het kansschadeleerstuk daarmee 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.”⁵²

Hoewel reeds werd aangenomen dat het kansschadeleerstuk niet slechts kan worden toegepast bij aansprakelijkheid van advocaten,⁵³ werd door de Hoge Raad pas eind 2016 kansschade aangenomen bij medische aansprakelijkheid. Dit deed hij in de reeds, in hoofdstuk I, beschreven zaak van baby Esther, die haar gezichtsvermogen verloor ten gevolge van ROP, na een uitgestelde controle van een oogarts in het Erasmus MC.⁵⁴ Omtrent de toepassing van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid overwoog de Hoge Raad het volgende:

“Bij de beantwoording van de vraag of voor een patiënt een kans op een beter behandelingsresultaat verloren is gegaan, dient eerst te worden beoordeeld of is gehandeld in strijd met de norm van hetgeen een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot betaamt. Indien wordt geoordeeld dat in strijd met deze norm is gehandeld, dient vervolgens ter beoordeling van het causaal verband tussen de normschending en de gestelde schade een vergelijking te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie na de normschending en de hypothetische situatie zoals die geweest zou zijn als de normschending zou zijn uitgebleven. Wat de feitelijke situatie betreft, gaat het om de vaststelling van hetgeen daadwerkelijk is voorgevallen. Wat de hypothetische situatie betreft, gaat het om de vaststelling van wat feitelijk zou zijn gebeurd zonder de normschending. Voor die hypothetische situatie dient dus niet te worden uitgegaan van de norm van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot, maar van de behandeling die feitelijk zou hebben plaatsgevonden, zij het dat daarbij wel uitgangspunt moet zijn dat geen normschending zou hebben plaatsgevonden.”⁵⁵

⁵² HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, r.o. 3.5.3, NJ 2013/237 (*Deloitte Belastingadviseurs/H&H Beheer*).

⁵³ Vgl. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237 (*Deloitte Belastingadviseurs/H&H Beheer*).

⁵⁴ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133 (*Baby Esther*).

⁵⁵ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, r.o. 3.5.3, NJ 2017/133 (*Baby Esther*).

Naast het toepassen van het kansschadeleerstuk op medische aansprakelijkheid, doet de Hoge Raad in deze overweging dus nog een aanvulling voor de medische context. Zo dient, voor het bepalen van het verlies van de kans op een beter behandelingsresultaat, eerst te worden geoordeeld of de arts heeft gehandeld in strijd met de norm van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot. Dit is het vaststellen van de fout. Vervolgens vindt de bekende vergelijking plaats tussen de feitelijke situatie na de normschending, en de hypothetische situatie zonder de normschending. Bij deze laatste merkt de Hoge Raad op dat dient te worden uitgegaan van de behandeling die feitelijk zou hebben plaatsgevonden.

Met het vaststellen van het kansschadeleerstuk in de context van het medische aansprakelijkheidsrecht, bevestigt en verfijnt de Hoge Raad de lijn die in de lagere rechtspraak reeds viel te ontdekken.⁵⁶ De vervolgvraag is nu in hoeverre kansschade daadwerkelijk de oplossing is voor het probleem van de ‘alles of niets’-benadering die het *condicio sine qua non*-vereiste in deze gevallen meebrengt.⁵⁷ Hoewel er in de literatuur veelvuldig is gediscussieerd over de relevantie van kansschade in vergelijking met andere leerstukken,⁵⁸ is er buiten deze context weinig geschreven over het zelfstandige leerstuk. Er moet daarom aansluiting worden gezocht bij literatuur over de overkoepelende *species* van ‘proportionele benaderingen’.⁵⁹ Dit zijn de diverse instrumenten die ertoe dienen om een oplossing te bieden voor onredelijke uitkomsten van de ‘alles of niets’-benadering. Hieronder valt, naast het kansschadeleerstuk,

⁵⁶ Zie noot 39.

⁵⁷ Vgl. D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010.

⁵⁸ Veruit de meeste literatuur ziet op de existentiële vraag of kansschade qua aard en/of uitwerking al dan niet hetzelfde is als het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid. Zie onder meer: A.J. Akkermans, ‘Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid’, in: A.J. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag 2000, p. 87-101; A.J. Van & R.P. Wijne, ‘Lies, damned lies, and statistics’, *TvVP* 2012/1, p. 16-24; Chr. H. van Dijk, ‘Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven’, *TvP* 2013/3, p. 61-84; A.G. Castermans & P.W. den Hollander, ‘Omgaan met onzekerheid. Proportionele aansprakelijkheid, artikel 6:101 BW en de leer van de kansschade’, *NTBR* 2013/21, p. 185-195; J.C.J. Wouters, ‘Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en verlies van een kans in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht (deel II)’, *WPNR* 2013/6974, p. 351-357; C.J.M. Klaassen, ‘Kansschade en proportionele aansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad geen zijden van dezelfde medaille’, *AV&S* 2013/14, p. 119-129; Chr. H. van Dijk, ‘Proportionele aansprakelijkheid versus kansschade: gelijke monniken’, in: F.T. Oldenhuis & H. Vorsselman (red.), *Causaliteit in letselschadezaken*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014; R.L.M. Cox, ‘Proportionele aansprakelijkheid versus kansverlies. Tussen dogmatiek en praktijk’, *NTBR* 2016/33, p. 271-279; T.F.E. Tjong Tjin Tai, ‘Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid’, *NJB* 2016/31, p. 2239-2244.

⁵⁹ Vgl. I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 56; D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 41-42.

bijvoorbeeld ook het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid.⁶⁰ Zij bestaan naast, respectievelijk door elkaar, omdat het BW immers niet voorziet in een voorgeschreven rechtsfiguur ‘kansschade’ of ‘proportionele aansprakelijkheid’.⁶¹ Dit is dan ook de grondslag voor de eerdergenoemde discussie. Omdat het middel (proportionele verdeling van de schadelast) en het doel (eerlijker uitkomst) van de benaderingen grotendeels vergelijkbaar zijn, komen de diverse vóór- en tegenargumenten veelal overeen. Voor zover mogelijk, kunnen de argumenten in de volgende paragrafen dan ook dankbaar analoog worden toegepast op het kansschadeleerstuk in het medische aansprakelijkheidsrecht.

§ 2.2 Argumenten voor kansschade als oplossing voor een onzeker oorzakelijk verband

Een *eerste argument* voor kansschade als proportionele oplossing voor een onzeker oorzakelijk verband, is dat het onredelijk zou zijn om de bestaande onzekerheid geheel af te wentelen op één van beide partijen.⁶² In de medische context heeft de klassieke aanpak immers tot gevolg dat de arts ofwel volledig dient op te draaien voor de schade, terwijl de kans reëel is dat de schade ook zonder zijn fout zou zijn ingetreden (‘alles’); óf dat de patiënt met lege handen staat, ondanks de reële kans dat zijn schade is veroorzaakt door het handelen of nalaten van de arts (‘niets’). In dat geval is er altijd sprake van over- of ondercompensatie; iets wat door velen als onredelijk wordt gezien.⁶³ Zivkovic betoogt daarom dat het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid dan ook inderdaad is aangewezen om als oplossing te dienen.⁶⁴ Hij rechtvaardigt deze benadering vanuit de normschending van de gedaagde: het staat vast dat door zijn handelen, met zekere mate van waarschijnlijkheid, de kans op schade is ontstaan of is toegenomen. Om het slachtoffer met lege handen achter te laten, ondanks de reële kans dat de

⁶⁰ Ik distantieer mij van de discussie of kansschade en proportionele aansprakelijkheid al dan niet tot dezelfde uitkomst (zouden moeten) leiden. Dit hoofdstuk heeft slechts ten doel om een beeld te schetsen van de voor- en nadelen van kansschade als proportionele benaderingsmethode bij het probleem van het onzeker oorzakelijk verband. Andere proportionele benaderingsmethoden volgen onder meer uit artt. 6:99 & 6:101 BW, en art. 6:105 BW. Vgl. I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 56-57.

⁶¹ J.S. Kortmann, ‘Karamus/Nefalit: proportionele aansprakelijkheid?’, *NJB* 2006/1109, p. 1408.

⁶² D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 42.

⁶³ D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 42; I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 62. Wel geven zij - terecht - aan dat ook een proportionele benadering over- en ondercompensatie niet volledig uitsluit.

⁶⁴ D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 42-43.

schade is veroorzaakt door de fout van de arts, is volgens Zivkovic niet aanvaardbaar.⁶⁵ Door de causaliteitsonzekerheid te verdelen over partijen, zou daarom beter recht worden gedaan aan de verschillende belangen en posities.

Ten behoeve van de helderheid van dit argument is echter ook de keerzijde interessant. Nieuwenhuis betoogt bijvoorbeeld anders. Het knelpunt van de hierboven genoemde benadering wordt door hem buitengewoon treffend geïllustreerd:

“Proportionele aansprakelijkheid wordt gekenmerkt door de volgende narratieve structuur. Rechter tot de gedaagde: ik heb voor u twee berichten, een slecht bericht en een goed bericht. Eerst het slechte bericht: u wordt veroordeeld tot vergoeding van schade die met aanzienlijke waarschijnlijkheid (75%) niet door u is veroorzaakt. Nu het goede bericht: u krijgt een aantrekkelijke korting; u betaalt slechts 25%. Is dit een sterk verhaal?”⁶⁶

Dit citaat laat zien dat de redenering ook kan worden omgedraaid. Nieuwenhuis' betoog zou in de medische context luiden dat het onredelijk is om de arts te veroordelen tot het vergoeden van schade die met een grote mate van waarschijnlijkheid niet door hem is veroorzaakt.⁶⁷ Volgens hem zou er in dit geval geen sprake zijn van proportionele, maar van 'disproportionele aansprakelijkheid'.⁶⁸

Een *tweede argument* ziet op de afzwakking van het harde omslagpunt tussen 'alles' en 'niets' in de klassieke benadering. Verschillende auteurs vragen zich af of het rechtvaardig is dat in de afweging één procent het verschil kan maken.⁶⁹ Immers, indien het omslagpunt ligt op 50 procent veroorzakingswaarschijnlijkheid, resulteert een kans van 51 procent op volledige schadevergoeding. Een kans van 49 procent heeft echter een volledige afwijzing tot gevolg. Akkermans merkt hierbij op dat bijvoorbeeld in het gebruik van deskundigen een dergelijke

⁶⁵ D. Zivkovic, 'Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband', in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 42-43.

⁶⁶ J.H. Nieuwenhuis, 'Disproportionele aansprakelijkheid', *RMThemis* 2006/5, p. 178.

⁶⁷ Nieuwenhuis spreekt zich niet uit over de gevolgen van een zwaardere zorgplicht van artsen voor deze benadering. In theorie zou dit zijn betoog nog in een ander daglicht kunnen zetten, indien bijvoorbeeld voor bepaalde beroepsgroepen toch extra gewicht moet worden toegekend aan de weging van deze kansen vanwege hun wettelijke en ethische zorgplicht.

⁶⁸ J.H. Nieuwenhuis, 'Disproportionele aansprakelijkheid', *RMThemis* 2006/5, p. 177-178.

⁶⁹ A.J. Akkermans, 'Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind?' *VR* 1999/3, p. 67; J.S. Kortmann, 'Karamus/Nefalit: proportionele aansprakelijkheid?', *NJB* 2006/1109, p. 1405; D. Zivkovic, 'Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband', in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 44-45.

afweging ongunstig kan uitvallen.⁷⁰ Waar de uitkomst van deskundigenberichten 50/50 bedraagt, zal het namelijk vrijwel onmogelijk zijn om gevoelsmatig een redelijk oordeel te vellen. In dit geval gaat het om de kleinste percentages die de grootste gevolgen kunnen hebben. Zivkovic voegt daaraan toe dat, zeker in de praktijk van medische aansprakelijkheid, de door de deskundige gevonden kanspercentages door de rechter vaak integraal worden overgenomen in zijn eindoordeel.⁷¹ Vanuit dat oogpunt is een bepaald omslagpunt dan wel degelijk relevant. Hij noemt als voorbeeld de scheve verhoudingen tussen twee moeilijke, doch niet onrealistische situaties. Enerzijds is dit de situatie waarbij vrijwel gelijke kansen aan weerszijden van het omslagpunt liggen. Te denken valt, bijvoorbeeld, aan veroorzakingswaarschijnlijkheid van 45 procent door een gemiste diagnose, tegenover 55 procent kans op veroorzaking door andere factoren. Hoewel nagenoeg gelijk, leveren beide kansen met de klassieke weging van het *condicio sine qua non* een zeer ongelijk resultaat op. Anderzijds is er de situatie waarbij ongelijke kansen aan één zijde van het omslagpunt liggen (bijvoorbeeld 5 procent en 45 procent). Zij zouden daarentegen wél gelijk worden behandeld. Een proportionele benadering ondervangt volgens Zivkovic een dergelijke onwenselijke scheefgroei.

Tegenstander Peeperkorn gaat in tegen deze gedachtegang, door te betwisten dat er in voornoemde gevallen sprake zou zijn van een dergelijk omslagpunt.⁷² Hij betoogt dat er geen in cijfers uit te drukken omslagpunt bestaat tussen wat wel en geen invloed meer heeft op de uitkomst van het oordeel. Hij vergelijkt dit met een weersvoorspelling: ook daarin wordt nooit verkondigd dat het morgen 49 procent kans op vorst en 51 procent kans op dooi zal zijn, maar slechts dat er een ruime kans is op beiden.⁷³ De meeste situaties zouden zich daarom “aan de hand van de klassieke leer en met behulp van onze bestaande wetsartikelen laten oplossen, zonder dat een beroep op kanspercentages nodig is.”⁷⁴ Zijn belangrijkste argument hiervoor lijkt, in tegenstelling tot hetgeen Akkermans en Zivkovic betogen, dat zaken op de rand van het

⁷⁰ A.J. Akkermans, ‘Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind?’ VR 1999/3, p. 67.

⁷¹ D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 45.

⁷² D. Peeperkorn, ‘Het oordeel van Paris. Over medische kunstfouten en kansen op schade’, VRA 1998/11, p. 321-327. Vgl. D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 44.

⁷³ D. Peeperkorn, ‘Het feest van de gedaagde, kritiek op de proportionele leer’, in: A.J. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 67.

⁷⁴ D. Peeperkorn, ‘Het oordeel van Paris. Over medische kunstfouten en kansen op schade’, VRA 1998/11, p. 327. Vgl. D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 44.

omslagpunt “zeldzaam en volkomen atypisch” zouden zijn, en slechts voortkomen uit “een fascinatie met moeilijke gevallen, in de studeerkamer”.⁷⁵

Een *derde argument* ziet op de voordelen van een proportionele benadering vanuit preventie- en verzekeringstechnisch perspectief.⁷⁶ Zo kan worden betoogd dat het verdelen van de schadelast aan artsen een bevorderlijke prikkel geeft ter voorkoming van het schenden van hun zorgplicht.⁷⁷ Zelfs bij een lage veroorzakingswaarschijnlijkheid kan dit worden gezien als een sanctie die staat op het schenden van de zorgplicht. De aard van de benadering zorgt er echter voor dat de prikkel niet te stevig of te zwaar is. De aangesproken arts betaalt immers slechts voor het deel van de schade dat hij veroorzaakt kan hebben. Dit voorkomt dat artsen op den duur ten onrechte ontmoedigd zouden worden in het uitoefenen van hun vak, of dat beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen onbetaalbaar worden.⁷⁸ Niet alleen zorgt de proportionele benadering daarmee dat (een deel van) de geleden schade wordt vergoed, ook is het een juridisch pressiemiddel voor het verlenen van kwalitatief goede zorg.

Dit laatste argument verdient nog een technische aanvulling. Giesen merkt op dat de verwezenlijking van de materiële norm van de zorgplicht middels een proportionele benadering betere invulling lijkt te genieten.⁷⁹ Met het handhaven van de klassieke leer, zal een schending van de norm (de zorgplicht) in veel gevallen onbestraft blijven. Het oorzakelijk verband is immers niet aan te tonen, dus de betreffende arts gaat ‘vrijuit’. Van de strenge zorgplicht, die wij als maatschappij voor de zorg juist zo belangrijk vinden, blijft in dat geval niet meer over dan een lege huls.⁸⁰ Door de geschonden norm – al dan niet gedeeltelijk – te handhaven door

⁷⁵ D. Peepkorn, ‘Het oordeel van Paris. Over medische kunstfouten en kansen op schade’, VRA 1998/11, p. 327. Vgl. D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 44.

⁷⁶ D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 45.

⁷⁷ I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 65. Vgl. D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 45.

⁷⁸ I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 66. Vgl. M.G. Faure, ‘Proportionele aansprakelijkheid’, in: A. Hammerstein e.a., *Causaliteit*, Den Haag: Koninklijke Vermande/Sdu 2003, p. 76-77.

⁷⁹ I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 66.

⁸⁰ I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 66-67. Vgl. A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: een*

middel van een proportionele benadering, wordt voorkomen dat de zorgplicht zijn achterliggende waarde verliest.⁸¹

§ 2.3 Argumenten tegen kansschade als oplossing voor een onzeker oorzakelijk verband

Een *eerste argument* tegen kansschade als oplossing voor een onzeker oorzakelijk verband, is een systematische. Het zou namelijk de kern van het Nederlands aansprakelijkheidsrecht aantasten. Schrijvers als Nieuwenhuis en Van Maanen wijzen op de harde eis van de *condicio sine qua non* als één van de bakens van het aansprakelijkheidsrecht.⁸² Nieuwenhuis betoogt in dat kader dat het aansprakelijkheidsrecht bestaat uit horden die genomen moeten worden om aan de finish te geraken.⁸³ Dit zijn voorwaarden die ertoe strekken om te voorkomen dat iemand te makkelijk opdraait voor de schade van een ander. Proportionele aansprakelijkheid zou meer weg hebben van ‘hellende vlakken’, en dus afbreuk doen aan dit stelsel.⁸⁴ In dezelfde lijn, doch veel milder, spreekt Hartkamp zich uit.⁸⁵ Hij beschrijft het kansschadeleerstuk als een “ingrijpende relativering” van de causaliteitseis. Mede vanwege de verstrekende gevolgen die het kan hebben, dient het leerstuk volgens hem dan ook “met behoedzaamheid” worden toegepast.

De oplettende lezer beseft zich bij dit tegenargument, dat voor het kansschadeleerstuk wel degelijk een *condicio sine qua non*-verband is vereist: namelijk tussen de fout en het verlies van een kans als zelfstandig nadeel. Daarmee gaat het betoog van Nieuwenhuis op voorhand niet op. Begrijpelijk is dan ook dat Van Maanen specifiek voor het kansschadeleerstuk bij medische fouten en beroepsfouten een uitzondering maakt op dit standpunt.⁸⁶ Desondanks wordt het argument benoemd, omdat het een beeld geeft van de waarde die in de literatuur aan de rechtssystematiek wordt gehecht. Dit is mede van belang voor de latere rechtsvergelijking in hoofdstuk IV. Bovendien, waar kansschade wordt gezien als ‘trucje’⁸⁷ of ‘etikettenzwendel’ om

rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willing, 1997, p. 402.

⁸¹ I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 66-67.

⁸² J.H. Nieuwenhuis, ‘Disproportionele aansprakelijkheid’, *RMThemis* 2006/5, p. 177-178; G. van Maanen, ‘Proportionele schadevergoeding bij asbestclaims. De zaak Schaier/De Schelde’, in: A.J. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 43-44.

⁸³ J.H. Nieuwenhuis, ‘Disproportionele aansprakelijkheid’, *RMThemis* 2006/5, p. 178.

⁸⁴ Wederom spreekt Nieuwenhuis zich hier uit over het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid. Niet geheel uitgesloten is dat zijn visie op het kansschadeleerstuk anders had kunnen luiden.

⁸⁵ Asser/Hartkamp 4-I 2004/436e.

⁸⁶ G. van Maanen, ‘Proportionele schadevergoeding bij asbestclaims. De zaak Schaier/De Schelde’, in: A.J. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 48-51.

⁸⁷ T. Hartlief, ‘Proportionele aansprakelijkheid: een introductie’, in: A.J. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 19.

de klassieke vereisten van het aansprakelijkheidsrecht te omzeilen,⁸⁸ valt tevens te betogen dat het leerstuk, door zijn aard, de grondslagen van het aansprakelijkheidsrecht ondermijnt. In dat geval gaat het tegenargument mogelijk wél op voor het kansschadeleerstuk. Omdat dit onderzoek niet ingaat op de discussie over de keuze voor kansschade als proportionele benaderingsvorm, wordt zij hier echter niet verder uitgediept.

Een tweede tegenargument is dat een proportionele benadering zou leiden tot een stroom aan procedures. De werkwijze zou een aanzuigende werking hebben omwille van zijn laagdrempelige aard. Men zou eerder, “lichtvaardig zelfs”, gaan claimen omdat de kans op een gedeeltelijke schadevergoeding waarschijnlijk is.⁸⁹ Wederom is het Nieuwenhuis die de problematiek met grote overtuigingskracht weergeeft:

“De laagdrempeligheid van proportionele aansprakelijkheid zal zeker bijdragen tot stijgende belangstelling voor de forensic lottery van het letselschaderecht. Om in de prijzen te vallen hoeft de eiser niet langer aan te tonen dat de schade door de gedaagde is veroorzaakt; hij kan ermee volstaan aannemelijk te maken dat de kans dat gedaagde de schade heeft veroorzaakt, in de woorden van de Hoge Raad, niet ‘zeer klein’ is. Zit er voor hem geen 40% in, dan misschien wél 30%. Zelfs 20% is nog alleszins de moeite waard.”⁹⁰

Specifiek over het kansschadeleerstuk laat ook Wouters zich kritisch uit. Hij richt zich daarbij op de eventuele gevolgen van kansschade op de adviespraktijk. Via het verlies van een kans zonder terughoudendheid zou “de deur worden opgezet naar veroordelingen tot het betalen van schadevergoedingen aan cliënten die verkeerd geadviseerd zijn.”⁹¹ Hij stelt eveneens vol overtuiging:

“Ieder verkeerd advies of uitgebleven waarschuwing kan immers door de benadeelde geduid worden als verlies van een kans op de positieve uitkomst van een goed advies.

⁸⁸ D. Peeperkorn, ‘Het feest van de gedaagde, kritiek op de proportionele leer’, in: A.J. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 70. Vgl. I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 69.

⁸⁹ I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 70.

⁹⁰ J.H. Nieuwenhuis, ‘Disproportionele aansprakelijkheid’, *RMThemis* 2006/5, p. 178.

⁹¹ J.C.J. Wouters, ‘Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en verlies van een kans in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht (deel II)’, *WPNR* 2013/6974, p. 357.

Met toepassing van het leerstuk van de kansschade, is het incasseren van schadevergoeding dan geen kans, maar een zekerheid.⁹²

Beide auteurs blijken dus zeer uitgesproken over deze “stroom aan procedures”, die volgens hen zou volgen bij een proportionele benadering.⁹³ Op de vraag of deze ‘stroom’ daadwerkelijk op gang zal komen, zowel binnen de medische context als daarbuiten, valt in de literatuur echter (nog) geen antwoord te vinden. Zowel Giesen als Zivkovic wijzen erop dat er tot op heden onvoldoende empirisch onderzoek is gedaan naar de claimbereidheid in een systeem van proportionele aansprakelijkheid enerzijds, en de claimbereidheid in een ‘alles of niets’-systeem anderzijds.⁹⁴ Desalniettemin is het argument in zoverre relevant voor de medische context, dat ook daar kan worden betoogd dat het de deur open zou zetten voor meer en grotere schadeclaims. Indien het incasseren van schadevergoeding eerder tot een zekerheid dan een kans verwordt, zou een arts zich vrijwel geen enkele fout meer kunnen veroorloven.

Een *derde tegenargument* ziet op de hoogte van de schadevergoeding voor gedupeerden. Zo betoogt Peepkorn dat proportionaliteit afbreuk zou doen aan het beginsel van volledige schadevergoeding, en bovendien leidt tot “dramatische reductie van schadevergoedingen.”⁹⁵ Het is daarin de vraag of het beter is om een volledige schadevergoeding toe te kennen aan een kleinere groep slachtoffers, dan een proportionele schadevergoeding aan een grotere groep.⁹⁶ Giesen betoogt met Van Maanen dat in individuele gevallen inderdaad sprake kan zijn van (onterechte) reductie, maar er anderzijds ook gevallen zijn waarin er te veel wordt uitgekeerd.⁹⁷

⁹² J.C.J. Wouters, ‘Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en verlies van een kans in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht (deel II)’, *WPNR* 2013/6974, p. 357.

⁹³ D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 48.

⁹⁴ I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 70; D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 49.

⁹⁵ D. Peepkorn, ‘Het oordeel van Paris. Over medische kunstfouten en kansen op schade’, *VRA* 1998/11, p. 324; D. Peepkorn, ‘Het feest van de gedaagde, kritiek op de proportionele leer’, in: A.J. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 77.

⁹⁶ D. Peepkorn, ‘Het oordeel van Paris. Over medische kunstfouten en kansen op schade’, *VRA* 1998/11, p. 324; I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 71; D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 47.

⁹⁷ I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 71; G. van Maanen, ‘Proportionele schadevergoeding bij asbestclaims. De zaak Schaier/De Schelde’, in: A.J. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 52.

Bovendien valt niet vast te stellen wie er te veel, en wie te weinig heeft ontvangen. Voor het medische aansprakelijkheidsrecht betekent het slagen van dit argument dat de patiënt niet zou ontvangen waar deze feitelijk recht op heeft. Anderzijds is het probleem van het oorzakelijk verband nu juist dat dit niet valt vast te stellen, en dat de patiënt daarom in beginsel achter het net vist. Een proportionele benadering zoals het kansschadeleerstuk middelt deze twee extremen.

Een vierde, en laatste tegenargument, ziet op de vermeende complexiteit van het vaststellen van de precieze kansen in de gerechtelijke procedure. Het meest sprekend is Peeperkorn, die een proportionele benadering afdoet als “quasi-wetenschappelijke hocus pocus.”⁹⁸ De kanspercentages die dienen ter onderbouwing zouden onnauwkeurig worden vastgesteld, en bovenal slechts intuïtief worden gevonden.⁹⁹ Het zou daarom voor de rechter onmogelijk zijn om waarschijnlijkheden te bepalen, zelfs met ondersteuning van eventuele deskundigen.¹⁰⁰

In dit kader is het interessant om bedenken of doorslaggevende zekerheid bij een ‘alles of niets’-benadering überhaupt wel kan worden bereikt. Ook die ‘zekerheid’ wordt immers vaak gebaseerd op kanspercentages uit deskundigenberichten. Sterker nog: bij een ‘alles of niets’-oordeel kan juist een afwijking van 1 procent zeer grote gevolgen hebben.¹⁰¹ Zivkovic betoogt dan ook met Akkermans dat eventuele onnauwkeurigheid op de koop toe dient te worden genomen.¹⁰² Wel merkt hij daarbij op dat er wel zorgvuldig met de kanspercentages dient te worden omgegaan. Bij het verwerken van de percentages uit deskundigenberichten dient de rechter dan ook zorgvuldigheid te betrachten met het oog op zijn beslissing.

§ 2.4 Tussenconclusie

Waar zijn bestaan ook in de medische context al lange tijd door lagere rechtspraak werd aangenomen, is deze toepassing van het kansschadeleerstuk in 2016 eveneens door de Hoge Raad bevestigd. Naast het verduidelijken van de algemene werking van kansschade, heeft hij

⁹⁸ D. Peeperkorn, ‘Het oordeel van Paris. Over medische kunstfouten en kansen op schade’, VRA 1998/11, p. 324.

⁹⁹ D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 49.

¹⁰⁰ I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 73.

¹⁰¹ D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 49.

¹⁰² D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 49; A.J. Akkermans, ‘Proportionele schadevergoeding bij longkanker door asbest en/of roken’, VRA 1999/7, p. 196.

tevens richting gegeven aan de invulling van het begrip ‘verlies van een kans’ in zaken van medische aansprakelijkheid. Zo dient, voor het bepalen van het verlies van de kans op een beter behandelingsresultaat, eerst te worden geoordeeld of de arts heeft gehandeld in strijd met de norm van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot. Vervolgens vindt de bekende vergelijking plaats tussen de feitelijke situatie na de normschending, en de hypothetische situatie zonder de normschending. Er dient daarbij worden uitgegaan van de behandeling die feitelijk zou hebben plaatsgevonden.

In de literatuur is men echter niet onverdeeld enthousiast over kansschade als oplossing voor een onzeker oorzakelijk verband. Zo zou het in strijd zijn met de kern van het Nederlands aansprakelijkheidsrecht. Volgens verschillende auteurs zou het omzeilen van het vereiste van *condicio sine qua non* immers een ‘truc’ zijn die afbreuk doet aan een van de waarborgen die het systeem biedt. Bovendien zou een dergelijke proportionele benadering een stroom aan procedures in gang zetten, omdat de patiënt zogenaamd niet langer hoeft aan te tonen dat de arts daadwerkelijk de schade heeft veroorzaakt. Hij zou het nog enkel aannemelijk hoeven maken. Andere tegenargumenten zien op het idee dat het leerstuk afbreuk doet aan de hoogte van de schadevergoeding voor de gedupeerden, en op de vraag of precieze kansen überhaupt door de rechter (c.q. deskundigen) wel valt vast te stellen.

Toch zijn er ook (zeer) positieve geluiden te horen. Met name het argument dat het onredelijk is om de bestaande onzekerheid geheel af te wentelen op één van beide partijen, is iets wat de onderbouwing van het leerstuk voedt. Bovendien zou het harde omslagpunt van de ‘alles of niets’-benadering onwelgevallige resultaten opleveren. Een percentage van één procent kan immers de grootste gevolgen hebben, die vaak niet overeenkomen met het gewicht van het bewijs van beide partijen. Ook vanuit verzekerings- en preventieperspectief zou er veel te zeggen zijn vóór kansschade als proportionele oplossing. Zo zou het verdelen van de schadelast aan artsen een bevorderlijke prikkel geven ter voorkoming van het schenden van hun zorgplicht, zonder dat er teveel druk komt te staan op de premies van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen. Niet alleen zorgt een proportionele benadering daarmee dat (een deel van) de geleden schade wordt vergoed, ook is het een juridisch pressiemiddel voor het verlenen van kwalitatief goede zorg. Het geeft daardoor tevens inhoud in de materiële norm van de zorgplicht.

III. HET VERLIES VAN EEN KANS BIJ MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID IN HET ENGELSE RECHT

§ 3.1 Onzeker oorzakelijk verband in het Engelse recht

Scherper dan het Nederlandse, maakt het Engelse aansprakelijkheidsrecht bij het vaststellen van een oorzakelijk verband een tweedeling tussen feitelijke en juridische causaliteit.¹⁰³ Feitelijke causaliteit wordt aangenomen door middel van de zogenaamde ‘*but for*’-test.¹⁰⁴ Er wordt dan getoetst of het nadeel ook zonder de fout van de arts (‘*but for the defendant’s negligence*’) zou hebben plaatsgevonden. Kan deze vraag met ‘ja’ worden beantwoord, dan ontbreekt het causaal verband.¹⁰⁵ De rechter maakt daartoe een afweging (‘*on the balance of probabilities*’) of het nadeel het meest waarschijnlijk het resultaat is van het handelen of nalaten van de arts.¹⁰⁶ Alles wat waarschijnlijker is dan niet, dient als zeker worden aangenomen.¹⁰⁷ Het leerstuk is daarmee min of meer vergelijkbaar met het Nederlandse gebruik van de *condicio sine qua non*. De patient dient dan aannemelijk te maken dat de bedoelde schade niet zonder die gedraging zou zijn ontstaan.¹⁰⁸ Indien hij niet slaagt in deze bewijslevering, krijgt deze in principe ‘nul op het rekest’.

Om een oplossing te bieden aan het probleem van het onzeker oorzakelijk verband zoekt ook het Engelse recht een oplossing in een alternatieve, juridische causaliteitconstructie. De relevante vraag is dan of de arts aansprakelijk kan worden gehouden ondanks een positieve beantwoording van de *but for*-test. Als uitgangspunt geldt echter dat slechts een uitzondering wordt gemaakt als er sprake is van grove nalatigheid van de arts.¹⁰⁹ Toch laat een eventuele alternatieve oplossing als het verlies van een kans ook het Engelse aansprakelijkheidsrecht niet onberoerd.

¹⁰³ M. Lunney & K. Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 205-207; R. Borret, ‘Medical negligence: causation’, *3pb.co.uk*, par. 1-3 (online via Westlaw UK, laatst bijgewerkt op 10 augustus 2015).

¹⁰⁴ S. Steel, *Proof of Causation in Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, p. 16-17; M. Lunney & K. Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 205-207. Vgl. *Chester v Afshar* [2004] 3 WLR 927; *Barnett v Chelsea & Kensington Hospital Management Committee* [1968] 2 WLR 422.

¹⁰⁵ Vgl. S. Steel, *Proof of Causation in Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2015, p. 16-17. *Barnett v Chelsea & Kensington Hospital Management Committee* [1968] 2 WLR 422.

¹⁰⁶ *Barnett v Chelsea & Kensington Hospital Management Committee* [1968] 2 WLR 422; *Chester v Afshar* [2005] 1 AC 134.

¹⁰⁷ Vgl. *Mallett v. McMonagle* [1970] A.C. 166, par. 176.

¹⁰⁸ *Barnett v Chelsea & Kensington Hospital Management Committee* [1968] 2 WLR 422. Vgl. J.H. Nieuwenhuis, ‘Eurocausality’, in: H. Tiberg (red.), *Essays on tort, insurance, Law and Society in honour of Bill W. Dufwa* (Volume II), Stockholm: Jure Förlag AB 2006, p. 852; J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012, p. 267.

¹⁰⁹ *Webb v Portsmouth Hospitals NHS Trust* [2002] P.I.Q.R. P8.

§ 3.2 Het leerstuk van ‘loss of a chance’

Het Engelse leerstuk dat voor vergelijking in aanmerking komt met het Nederlandse kansschadeleerstuk is dat van ‘loss of a chance’. In de toepassing hiervan wordt een strikte scheiding gemaakt tussen het verlies van een kans in de medische context, en het verlies van een kans in de economische context. Voor beiden geldt dat er sprake is van een onzeker oorzakelijk verband tussen de fout van de gedaagde en het (fysieke, psychische of economische) nadeel.¹¹⁰ *On the balance of probabilities* bestaat er dus geen doorslaggevend bewijs voor de vestiging van aansprakelijkheid. Om dit causaliteitsprobleem te omzeilen, probeert de eiser het verlies van een kans als zelfstandig nadeel aan te voeren. De schade wordt dus anders gedefinieerd.¹¹¹ Anders dan in de economische context, wordt in medische aansprakelijkheidszaken het leerstuk erkend, maar (nog) niet toegepast.¹¹²

De precieze stand van het recht omtrent het leerstuk van *loss of a chance*, lijkt door de diffuse aard van de Engelse rechtspraak in eerste instantie lastig grijpbaar. Enerzijds wordt de werkwijze controversieel gevonden, en dus niet toegepast, omdat het volgens sommigen op “radicale wijze het schadebegrip van de patiënt (her)definieert.”¹¹³ Het schadebegrip is immers zuiver hypothetisch. Anderzijds heeft de rechtspraak, door het bestaan van *loss of a chance* te erkennen, de deur daarentegen wel op een kier gezet. Om helderheid te scheppen, wordt in dit hoofdstuk aansluiting gezocht bij de twee meest toonaangevende uitspraken op het gebied van *loss of a chance* in de medische context. Door de onderbouwingen van de Lords in beide zaken uiteen te zetten, wordt een beeld geschetst van de belangrijkste voor- en tegenargumenten waar het leerstuk in het Engelse recht mee te kampen heeft.

¹¹⁰ R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 469.

¹¹¹ M. Lunney & K. Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 216; R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 469.

¹¹² Schadevergoeding voor het verlies van een kans in een economische context wordt in het Engelse recht onder omstandigheden wél aangenomen. Allereerst is dit het geval indien de claim gaat over het verlies van een kans op het verkrijgen van een (eigendoms)recht, waarvan de eiser redelijkerwijs zicht had op het verkrijgen van economisch voordeel. Een tweede mogelijkheid doet zich voor indien de eiser geen (eigendoms)recht heeft verloren, maar de kans op het verkrijgen van een economisch voordeel. Dit betreft vrijwel altijd geschillen met een contractuele basis. Vgl. C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 295; R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 475-477; K. Oliphant, ‘Loss of a Chance as Damage: England and Wales’, in: B. Winiger, H. Koziol, A. Koch e.a. (red), *Digest of European Tort Law Volume 2: Essential Cases on Damage*, Berlijn: Walter de Gruyter 2012, p. 1104; H. McGregor, ‘Loss of a chance – where has it come from and where is it going?’, *Journal of Professional Negligence* 2008/1, p. 2-12; *Chaplin v Hicks* [1911] 2 KB 786.

¹¹³ Vrij naar Baroness Hale, in: *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 209. Vgl. R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 469.

§ 3.3 *Hotson v East Berkshire HA: geen verlies van een kans*

Eén van de eerste zaken op het gebied van *loss of a chance* bij medische aansprakelijkheid is de beslissing van de House of Lords in *Hotson v East Berkshire HA* uit 1987.¹¹⁴ De aanleiding voor deze zaak was een klimpartij van eiser in eerste aanleg, Stephen Hotson. Hotson was destijds als 13-jarige in een touw aan een boom op het schoolplein geklommen, maar verloor helaas zijn grip en viel enkele meters naar beneden. Hij liep daardoor een ernstige breuk op in de linker femorale epifyse.¹¹⁵ Binnen enkele uren werd de eiser naar het St. Luke's Hospital gebracht, alwaar hij door de artsen werd onderzocht. Zij slaagden er echter niet in om de breuk vast te stellen, en Hotson werd naar huis gestuurd. Na vijf dagen veel pijn te hebben geleden, keerde de eiser terug naar het ziekenhuis. Er werd een röntgenfoto gemaakt en de breuk werd gediagnostiseerd. Een spoedhersteltraject kon echter niet voorkomen dat er avasculaire necrose aan het bot optrad.¹¹⁶ Eiser raakte blijvend geïnvaleideerd, met het vooruitzicht dat hij op termijn ook osteoarthrose zou ontwikkelen.¹¹⁷ Uit het medisch bewijs zou blijken dat, indien hij in het begin direct correct gediagnostiseerd zou zijn, er nog steeds 75 procent kans was dat hij deze aandoening had ontwikkeld. Andersom zou er 25 procent kans bestaan dat hij wél volledig zou zijn hersteld.

Tijdens de procedure rees de vraag of, en zo ja, op welke manier deze 25 procent kans op een beter resultaat voor vergoeding in aanmerking moest komen. Als antwoord daarop verwoordde de rechter in eerste aanleg het probleem als volgt:

“In the end the problem comes down to one of classification. Is this on true analysis a case where the plaintiff is concerned to establish causative negligence or is it rather a case where the real question is the proper quantum of damage? Clearly the case hovers near the border. [...] If the issue is one of causation then the health authority succeed since the plaintiff will have failed to prove his claim on the balance of probabilities. He will be lacking an essential ingredient of his cause of action. If, however, the issue is one of quantification then the plaintiff succeeds because it is trite law that the quantum

¹¹⁴ *Hotson v East Berkshire HA* [1987] AC 750.

¹¹⁵ De femorale epifyse is het ronde uiteinde van (in dit geval) het bovenbeen. Deze beweegt zich als een soort lager in de heupkom. Bij kinderen zit dit uiteinde met kraakbeen (de groeiplaat) vast aan de rest van het pijpbeen – relatief zacht bot, waardoor het een grotere kans heeft op breuken zoals in de onderhavige zaak. Vgl. S. Hoppenfeld & M. Zelde, *Orthopaedic Dictionary*, New York: Lippincott-Raven 1994, p. 49; *Hotson v East Berkshire HA* [1985] 1 WLR 1036, p. 1038-1039.

¹¹⁶ Het bot is voor zijn doorbloeding afhankelijk van bloedvaten die bloed naar de botstructuren brengen. Wanneer meerdere bloedvaten door een breuk van de groeiplaat beschadigd raken, kan deze bloedvoorziening naar de epifyse worden verstoord. Als er dan geen alternatieve bloedtoevoer meer plaatsvindt sterft de bovenkant van het bot af. Dit heet avasculaire necrose. Vgl. J. van Nugteren & F.D. Winkel, *Orthopedische Casuïstiek - Onderzoek en behandeling van de heup*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007, p. 36-38; *Hotson v East Berkshire HA* [1985] 1 WLR 1036, p. 1038-1039.

¹¹⁷ Osteoarthrose is een vorm van reuma waarbij het kraakbeen en onderliggend bot van gewrichten wordt afgebroken. Het is een pijnlijke aandoening, die steeds verder verergert.

of a recognised head of damage must be evaluated according to the chances of the loss occurring.”¹¹⁸

Uiteindelijk concludeerde de rechter in eerste aanleg, later bevestigd door het Court of Appeal, dat in dit geval sprake was van het verlies van een kans dat diende te worden doorberekend als begroting van de schade.¹¹⁹ Van de geëiste £46.000 kende hij daarom £11.500 toe, als zijnde 25 procent van het geleden nadeel. Hoewel in hoogste aanleg het bestaan van *loss of a chance* ook niet geheel werd uitgesloten,¹²⁰ konden geen van de raadsheren in de House of Lords zich in het eerdere oordeel vinden.¹²¹ Zij stelden dat de eis slechts zag op aansprakelijkheid voor het geleden nadeel dat een *direct gevolg* zou zijn geweest van het nalaten een tijdige diagnose te stellen. In dit geval was echter niet zeker wat nu precies de oorzaak was van de avasculaire necrose. Waar East Berkshire HA bewees dat de val de enige oorzaak van het letsel was, kwam Hotson volgens de Lords, op zijn best, niet verder dan het bewijs van de te laat gestelde diagnose als *material contributive cause* – een aanvullende materiele oorzaak.¹²² De Lords waren toegedaan dat de rechter de gebruikelijke afweging diende te maken *on the balance of probabilities*. Als waarschijnlijker zou worden geacht dat de val reeds te veel bloedvaten had beschadigd om invaliditeit te voorkomen, dan diende de vordering te worden afgewezen.¹²³ Indien, bij een tijdige ingreep, het waarschijnlijker was dat voldoende bloedvaten behouden waren gebleven, dan diende de vordering juist in zijn geheel te worden toegewezen. Omdat Hotson zowel het causaal verband, alsook de laat gestelde diagnose als aanvullende materiele oorzaak niet had aangetoond, bestond er volgens de Lords geen reden voor het omslaan van de balans. Oftewel: zolang niet met meer dan 50 procent zekerheid kon worden vastgesteld dat de avasculaire necrose zonder de te laat gestelde diagnose niet was opgetreden (*‘but for’*), was er geen sprake van aansprakelijkheid.¹²⁴ Het appel van East Berkshire HA werd dus toegekend.

Over het toepassen van een leerstuk als *loss of a chance* als alternatieve schadeberekening liet Lord Bridge of Harwich zich als volgt uit:

¹¹⁸ *Hotson v East Berkshire HA* [1985] 1 WLR 1036. Vgl. J.H. Nieuwenhuis, 'Eurocausality', in: H. Tiberg (red.), *Essays on tort, insurance, Law and Society in honour of Bill W. Dufwa* (Volume II), Stockholm: Jure Förlag AB 2006, p. 854.

¹¹⁹ *Hotson v East Berkshire HA* [1985] 1 WLR 1036; *Hotson v East Berkshire HA* [1987] 2 W.L.R. 287. Vgl. M. Lunney & K. Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 207; J.H. Nieuwenhuis, 'Eurocausality', in: H. Tiberg (red.), *Essays on tort, insurance, Law and Society in honour of Bill W. Dufwa* (Volume II), Stockholm: Jure Förlag AB 2006, p. 854.

¹²⁰ *Hotson v East Berkshire HA* [1987] 1 AC 750, p. 8.

¹²¹ R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 470; *Hotson v East Berkshire HA* [1987] AC 750.

¹²² *Hotson v East Berkshire HA* [1987] AC 750, p. 4. Vgl. D. Allan, 'Proof of causation by material contribution: 'but for' by another name?', *Byrom Street Chambers* 2011 (online publiek).

¹²³ J.H. Nieuwenhuis, 'Eurocausality', in: H. Tiberg (red.), *Essays on tort, insurance, Law and Society in honour of Bill W. Dufwa* (Volume II), Stockholm: Jure Förlag AB 2006, p. 859.

¹²⁴ Vgl. C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 295.

“As I have said, there was in this case an inescapable issue of causation first to be resolved. But if the plaintiff had proved on a balance of probabilities that the authority's negligent failure to diagnose and treat his injury promptly had materially contributed to the development of avascular necrosis, I know of no principle of English law which would have entitled the authority to a discount from the full measure of damage to reflect the chance that, even given prompt treatment, avascular necrosis might well still have developed. The decisions of this House in *Bonnington Castings Ltd, v. Wardlaw* [1956] AC 613 and *McGhee v. National Coal Board* [1973] 1 W.L.R. I give no support to such a view.”¹²⁵

Door het probleem om te draaien legt Lord Bridge of Harwich zijn vinger op de zere plek. Wanneer een causaal verband wel zou zijn aangenomen, had het ziekenhuis op haar beurt eveneens geen aanspraak kunnen maken op de kans dat de schade ook zonder het handelen van de arts kon zijn opgetreden. Oftewel: zij had in dat geval geen ‘korting’ gekregen op de totaal te vergoeden schade vanwege het feit dat er wellicht een andere factor had meegespeeld. Een dergelijk uitgangspunt lijkt de belichaming van het grondbeginsel uit het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht: in beginsel draagt eenieder zijn eigen schade, tenzij een andere partij op grond van feiten en omstandigheden aansprakelijk is voor de schade. Ook *loss of a chance* vormt daarop dus geen uitzondering. Op de vraag of deze werkwijze voor complexe medische zaken ook de meest wenselijke, is wordt in een later hoofdstuk verder ingegaan.

§ 3.4 *Gregg v Scott*: bevestiging van de hoofdregel?

Op het eerste gezicht lijkt de starre Engelse houding ten opzichte van het leerstuk van *loss of a chance* in *Gregg v Scott*, uit 2005, voornamelijk te worden bevestigd.¹²⁶ Het ging hier om een zaak waarbij eiser, Gregg, in 1994 bij zijn huisarts op consult kwam vanwege een bult onder zijn linkerarm. De arts stelde vast dat er sprake was van een goedaardige ophoping van vetweefsel, waarvoor geen verdere maatregelen nodig waren. Toen Gregg negen maanden later een andere arts raadpleegde werd hij echter direct doorverwezen naar het ziekenhuis. Daar werd een non-hodgkinlymfoom gediagnostiseerd.¹²⁷ Hoewel een behandeling in eerste instantie succesvol leek, ondervond eiser in de periode daarna tweemaal een ernstige terugslag.

¹²⁵ *Hotson v East Berkshire HA* [1987] AC 750, p. 5.

¹²⁶ *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176. Vgl. V. Black, ‘Ghost of a Chance: *Gregg v. Scott* in the House of Lords’, *Health Law Review* 2005/14, nr. 2, p. 38-39; R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 470.

¹²⁷ Non-hodgkinlymfoom (NHL) is kanker van het lymfestelsel (lymfeklierkanker). Deze vorm van kanker ontstaat doordat een bepaald soort cellen in de lymfeklieren ongecontroleerd gaan delen. Normaliter spelen zij echter een belangrijke rol bij de bestrijding van ziekteverwekkers en de productie van afweerstoffen. Vgl. J. de Vries, *Oncologie voor de algemene praktijk*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2009, p. 309-310.

Uiteindelijk behield Gregg een zeer kleine overlevingskans. Hij startte daarop een procedure jegens zijn huisarts, Scott, waarin hij stelde dat een eerdere diagnose zijn kans op herstel significant zou hebben vergroot. ‘Herstel’ werd in dit kader gedefinieerd als het overleven van een periode van minimaal tien jaar na de eerste diagnose. Volgens Gregg zou door het nalaten van de huisarts de kans hierop zijn afgenomen tot minder dan 50 procent. Tijdens de procedure kwam echter vast te staan dat het specifieke non-hodgkinlymfoom van eiser bij correcte behandeling slechts 42 procent kans op herstel zou geven. Mede uitgaande van het feit dat hij twee terugvallen had gehad, zou deze kans inmiddels zijn teruggezakt naar 25 procent. Na een eerste afwijzing door de Court of Appeal,¹²⁸ slaagde Gregg ook voor de House of Lords niet in zijn vordering. De meerderheid, bestaande uit Lords Hoffman en Phillips, en Baroness Hale, betoogde dat zijn claim niet toewijsbaar was onder het Engelse recht. Het appel werd als gevolg daarvan afgewezen. Zij beriepen zich op de volgende vijf argumenten.

Allereerst trok Lord Hoffman een vergelijking tussen *Gregg v Scott* en *Wilsher*, uit 1988.¹²⁹ In die zaak kon niet worden aangetoond welke van zes mogelijke oorzaken had geleid tot blindheid bij een pasgeboren kind.¹³⁰ Omdat het nalaten van de arts dientengevolge *on the balance of probabilities* niet met meer dan 50 procent zekerheid tot het nadeel kon hebben geleid, werd er geen aansprakelijkheid aangenomen.¹³¹ In *Gregg v Scott* zou er eveneens sprake zijn van een veelvoud aan oorzaken: de levensstijl van Gregg, zijn genetische achtergrond en de gemiste diagnose. Aangezien de gemiste diagnose slechts de kans op het vroegtijdig overlijden in enige mate zou hebben vergroot, was dit niet voldoende om causaliteit aan te nemen. Lord Hoffman zette dit standpunt nog kracht bij door aan te geven dat alle gebeurtenissen, ook een nadeel als blindheid of andere invaliditeit, aan bepaalde determinanten te wijten zijn.¹³² Alles heeft een oorzaak, en in beginsel draagt eenieder zijn eigen schade. De enige uitzondering hierop is indien de eiser met redelijke mate van waarschijnlijkheid aantoont dat de gedaagde voor een nadeel verantwoordelijk is. Het feit dat dit verband in de medische context moeilijk of zelfs onmogelijk valt te bewijzen, maakt dit niet volgens hem niet anders. Een oorzaak als ‘onbepaalbaar’ bestempelen, en dit in te vullen door *loss of a chance* als alternatieve causaliteitsconstructie, was volgens Lord Hoffman dan ook niet de oplossing voor het

¹²⁸ *Gregg v Scott* [2002] EWCA Civ 1471. Vgl. M. Lunney & K. Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 210.

¹²⁹ *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 73-88. Vgl. R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 471.

¹³⁰ *Wilsher v Essex Area HA* [1988] AC 1074.

¹³¹ *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 73-88. Vgl. R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 471; C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 295.

¹³² *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 79. Vgl. H. Reece, ‘Losses of Chances in the Law’, *The Modern Law Review* 59/2; M. Lunney & K. Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 213.

probleem.¹³³ Inherente onzekerheid over een oorzakelijk verband was in zijn ogen niet-bestaand, omdat het een eiser simpelweg aan de nodige kennis ontbreekt. Het recht biedt, zo betoogde hij, al voldoende de mogelijkheid om invulling te geven aan deze onzekerheid: namelijk middels het procesrechtelijke systeem van het verdelen van de bewijslast.

Een *tweede argument* werd betoogd door Baroness Hale en Lord Phillips. Zij trokken in twijfel of er überhaupt sprake kon zijn van het verlies van een kans.¹³⁴ Zowel in *Hotson* als in *Gregg* was er sprake van een afname van een kans op een beter resultaat (volledig verlies van 25 procent in *Hotson*, een afname van 42 procent, naar 25 procent in *Gregg*). *On the balance of probabilities* zaten beide gevallen echter bij voorbaat al aan de ‘negatieve zijde’. Zo had Hotson reeds 75 procent kans op botnecrose na zijn val uit de boom, en Gregg vanaf het begin reeds 58 procent kans op vervroegd overlijden. Hoewel de percentages door de gemaakte fout weliswaar anders kwamen te liggen, zou er materieel geen sprake zijn van het verlies (of verkrijgen) van een kans. Omdat het bovendien onzeker is hoe die kansen precies liggen, zou de simpelere *but for*-test passender zijn voor het toepassen in de praktijk.¹³⁵

Baroness Hale voegde als *derde argument* toe dat de verloren kans zich bij *Gregg* nog helemaal niet had gerealiseerd.¹³⁶ Hierdoor viel niet vast te stellen of er daadwerkelijk sprake was van een toekomstig kansverlies.¹³⁷ Zij betoogde dat gebeurtenissen in de toekomst en in het verleden aan dezelfde causaliteitsmaatstaf dienen te worden gelegd. Dat betekent dat getoetst diende te worden of de kans op een succesvolle uitkomst aantoonbaar verminderd moest zijn door de begane inbreuk. “Gelukkig,” zei zij daarover, “heeft de heer Gregg iedere significante mijlpaal tot op heden gewoon behaald.”¹³⁸ Anders gezegd: het is maar de vraag of er überhaupt sprake is van nadeel, laat staan van een causaal verband tussen de fout en het nadeel. Mede daarom woog de complexiteit van het introduceren van aansprakelijkheid op basis van het verlies van een kans - echter: “*not without regret*” - volgens haar niet op tegen het persoonlijk voordeel van het individuele geval.¹³⁹

¹³³ *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 80. Vgl. M. Lunney & K. Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 213.

¹³⁴ *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 189-190. Vgl. R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 471; M. Lunney & K. Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 214.

¹³⁵ *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 170. Vgl. V. Black, ‘Ghost of a Chance: *Gregg v. Scott* in the House of Lords’, *Health Law Review* 2005/14, nr. 2, p. 42.

¹³⁶ *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 225-226. Vgl. M. Lunney & K. Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 210; R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 472.

¹³⁷ Vgl. R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 472.

¹³⁸ Vrij naar Baroness Hale, in: *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 226. Vgl. R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 471.

¹³⁹ *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 226.

Twee laatste argumenten zagen meer op de wenselijkheid van *loss of a chance* als oplossing voor causaliteitsonzekerheid. Als vierde argument betoogde Lord Philips dat het toekennen van *loss of a chance* tot grote onzekerheid in medische aansprakelijkheidszaken zou lijden.¹⁴⁰ Hij stelde dat het leerstuk slechts een individuele oplossing biedt voor vermeende onrechtvaardigheden in specifieke feitelijke situaties. Anders dan bij asbestzaken, waarin een werkgever volledig aansprakelijk was vanuit een 20 procent kans op het veroorzaken van een mesothelioom,¹⁴¹ stond bij de arts in *Gregg* niet vast of hij daadwerkelijk aan de nadelige situatie had bijgedragen. *Loss of a chance* zou dan leiden tot willekeur, en daarmee volgens Lord Phillips stevig afbreuk doen aan de samenhang van het fijnmazige stelsel van de common law.¹⁴²

Met Baroness Hale, betoogde Lord Hoffman als laatste argument dat het leerstuk van *loss of a chance* de Engelse basis voor aansprakelijkheid te ingrijpend zou veranderen.¹⁴³ Door “*possible rather than probable causation*” aan te nemen, zou een eeuwenoude causaliteitsmaatstaf worden gewijzigd. Volgens Lord Hoffman is een dergelijke verandering dusdanig ingrijpend, dat zij alleen middels wetgeving kan plaatsvinden.¹⁴⁴ Dit zou, volgens hem, niet alleen gevolgen heeft voor het rechtsstelsel, maar ook zijn weerslag hebben op instanties als verzekeraars en de National Health Service (hierna: ‘NHS’).¹⁴⁵ Lord Hoffman noemde in zijn betoog geen concrete gevolgen, maar een andere causaliteitsmaatstaf zou bijvoorbeeld de deur open kunnen zetten naar een toename van, of grotere claims bij verzekeraars of de NHS.¹⁴⁶ Het is denkbaar dat zulke ingrijpende veranderingen de keuze kunnen rechtvaardigen voor parlementair ingrijpen boven rechtersrecht.

¹⁴⁰ *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 172. Vgl. R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 472; K. Oliphant, ‘Loss of a Chance as Damage: England and Wales’, in: B. Winiger, H. Koziol, A. Koch e.a. (red), *Digest of European Tort Law Volume 2: Essential Cases on Damage*, Berlijn: Walter de Gruyter 2012, p. 1103-1104.

¹⁴¹ *Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd* [2003] 1 AC 32.

¹⁴² Of in Lord Phillips’ letterlijke bewoordingen: “*the coherence of our common law would be destroyed.*” *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 172. Vgl. C. Witting, *Street on Torts*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 151.

¹⁴³ Zie noot 113; *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 90 en 225. Vgl. V. Black, ‘Ghost of a Chance: *Gregg v. Scott* in the House of Lords’, *Health Law Review* 2005/14, nr. 2, p. 41; K. Oliphant, ‘Loss of a Chance as Damage: England and Wales’, in: B. Winiger, H. Koziol, A. Koch e.a. (red), *Digest of European Tort Law Volume 2: Essential Cases on Damage*, Berlijn: Walter de Gruyter 2012, p. 1103-1104.

¹⁴⁴ *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 90 en 174. Vgl. R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 472.

¹⁴⁵ *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 90. Vgl. C. Witting, *Street on Torts*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 151; R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 472.

¹⁴⁶ C. Witting, *Street on Torts*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 151.

§ 3.5 *Gregg v Scott*: de *loss of a chance*-deur op een kier?

Tot dusver leek de House of Lords zeer stellig. Toch zijn er argumenten van de twee *dissenters* die de deur openzetten tot een eventuele toekomstige toepassing van *loss of a chance*. Er worden er hieronder drie uitgelicht: het schadeargument, het ‘*hollow duty*’-argument, en het argument van de medische realiteit.¹⁴⁷

Een *eerste argument*, dat werd aangevoerd door Lord Hope of Craighead en Lord Nicholls of Birkenhead, kwam op tegen de visie dat niet zou zijn vast te stellen wat het kansverlies precies inhield. Zij betoogden het tegendeel, door te stellen dat het verlies van een kans als zelfstandig nadeel zou kunnen gelden.¹⁴⁸ In tegenstelling tot hun collegae, leken zij daarmee het leerstuk van *loss of a chance* niet te benaderen vanuit een causaliteitsperspectief, maar als alternatief nadeel met proportionele schadeberekening. In plaats van causaliteit aan te nemen tussen de fout en het oorspronkelijke aangevoerde nadeel (het verlies van een kans op herstel), kan zo causaliteit worden aangenomen tussen de fout en de fysieke schade: de groei van de tumor. Na het vaststellen van het causaal verband, zou de ‘kansschade’ immers relatief eenvoudig te berekenen zijn.¹⁴⁹ Er was vastgesteld dat Gregg vóór de te laat gestelde diagnose een kans op herstel had van 45 procent. Door de vertraging was die kans daarop niet verdwenen, maar afgenomen tot 25 procent. Op basis daarvan was er sprake van een kansverlies van 20 procent. Het feit dat zijn zicht op herstel aanvankelijk meer of minder bedroeg dan 50 procent deed daar niet aan af. Lord Hope stelde nog een aanvullend vereiste. *Loss of a chance* mocht volgens hem slechts toepasbaar zijn wanneer er sprake is van een losstaand fysiek letsel dat is veroorzaakt door de medische fout. Dit zou opgaan voor Gregg, omdat vaststond dat in die negen maanden zijn tumor niet zou zijn vergroot zonder - *but for* - het nalaten van de arts (het ‘letsel-vereiste’).¹⁵⁰ Een kanttekening hierbij is echter dat óók dat letsel niet altijd eenvoudig valt vast te stellen.¹⁵¹ Zo is het de vraag hoe dit gemeten dient te worden als de tumor in de tussentijd niet gegroeid is, of hoe dit werkt in geval van psychisch letsel.

Een *tweede argument* beroept zich op het ontstaan van een ‘*hollow duty*’. Enkele maanden eerder, in *Chester v Afshar*, werd namelijk aangenomen dat er omstandigheden bestaan

¹⁴⁷ Uit de *opinions* van de beide Lords blijkt dat er meerdere argumenten zijn te destilleren, waaronder het argument van onzekerheid over de gebruikte statistiek

¹⁴⁸ *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 15-25, 117. V. Black, ‘Ghost of a Chance: *Gregg v. Scott* in the House of Lords’, *Health Law Review* 2005/14, nr. 2, p. 40-41. Vgl. *Hotson v East Berkshire HA* [1985] 1 WLR 1036.

¹⁴⁹ *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 121. Vgl. R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 471.

¹⁵⁰ *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 117. Vgl. V. Black, ‘Ghost of a Chance: *Gregg v. Scott* in the House of Lords’, *Health Law Review* 2005/14, nr. 2, p. 43-44.

¹⁵¹ V. Black, ‘Ghost of a Chance: *Gregg v. Scott* in the House of Lords’, *Health Law Review* 2005/14, nr. 2, p. 43

waaronder de zorgplicht van de arts als het ware ‘gestript’ wordt van zijn werkelijke kracht en inhoud.¹⁵² Er is dan sprake van een ‘lege zorgplicht’ (*hollow duty*). Lord Nicholls betoogde dat, in dit geval van *Gregg*, de *but for*-test zo’n omstandigheid opleverde. Het is de plicht van de arts om zich in te zetten op het vergroten van de kansen van de patiënt. Op het nalaten daarvan mag hij worden afgerekend. Echter, indien een arts nalatig is, bij een patiënt die tóch al minder dan 50 procent kans had op overleven, levert het schenden van de zorgplicht onder de klassieke causaliteitstoets geen concrete gevolgen op. En indien er geen sanctie of schadevergoeding op deze nalatigheid staat, is de zorgplicht dus niet meer dan een lege huls.¹⁵³ Zo gaat er niet alleen een mogelijkheid tot schadeverhaal, maar ook een kwaliteitswaarborg binnen de zorgsector verloren. Het leerstuk van *loss of a chance* zou deze omstandigheid voorkomen.

Afsluitend bekeek Lord Nicholls de situatie vanuit een meer ethisch perspectief op de medische realiteit.¹⁵⁴ Hij betoogde, net als bij economische *loss of a chance*-zaken, dat het Engelse recht in medische aansprakelijkheidszaken een oplossing dient te bieden. Onzekerheid is immers inherent aan de medische realiteit, en een alles-of-niets-situatie leidt daarom vrijwel altijd tot onaanvaardbare resultaten.¹⁵⁵ Hij maakte hierbij de afweging tussen de onderhavige medische realiteit, waarin het (nog) niet mogelijk is om een oorzakelijk verband vast te stellen tussen de fout en het nadeel, en de context van de medische zorgplicht waarvan het doel is om de vooruitzichten van de patiënt zoveel mogelijk te maximaliseren.¹⁵⁶ Het recht dient een oplossing te bieden wanneer een patiënt “datgene verliest waarvan het de taak van de arts was om dit te beschermen.”¹⁵⁷ Dat het vooruitzicht op herstel als niet-bestaand wordt beschouwd zodra de kans daarop zakt onder de 50 procent is niet in lijn met het maatschappelijk betamelijke, aldus Nicholls.¹⁵⁸ Zeer sprekend is de manier waarop hij vervolgens de houding van het recht bekritiseerde:

“The law should be exceedingly slow to disregard medical reality in the context of a legal duty whose very aim is to protect medical reality. [...] To this end the law should recognise the existence and loss of poor and indifferent prospects as well as those more favourable. [...] In such cases the law should therefore put aside this approach when

¹⁵² *Chester v Afshar* [2005] 1 AC 134, par. 87. Vgl. C. Witting, *Street on Torts*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 154-155.

¹⁵³ *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 2-4. Vgl. V. Black, ‘Ghost of a Chance: *Gregg v. Scott* in the House of Lords’, *Health Law Review* 2005/14, nr. 2, p. 44.

¹⁵⁴ *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 39-46. Vgl. M. Lunney & K. Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 211.

¹⁵⁵ *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 24. Vgl. V. Black, ‘Ghost of a Chance: *Gregg v. Scott* in the House of Lords’, *Health Law Review* 2005/14, nr. 2, p. 40.

¹⁵⁶ *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 42. Vgl. M. Lunney & K. Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 211.

¹⁵⁷ Vrij naar Lords Nicholls, in: *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 42.

¹⁵⁸ *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 43. Vgl. M. Lunney & K. Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 211.

considering what would have happened had there been no negligence. It cannot be right to adopt a procedure having the effect that, in law, a patient's prospects of recovery are treated as non-existent whenever they exist but fall short of 50%. If the law were to proceed in this way it would deserve to be likened to the proverbial ass."¹⁵⁹

Met name de laatste zin typeert de wijze waarop Lord Nicholls keek naar de rol van het recht in deze gevoelige context van het medische aansprakelijkheidsrecht: als het recht een dergelijke werkwijze toestaat, dan dient het te worden gewaardeerd als de spreekwoordelijke 'ass' – een ezel; idioot; al hetgeen ingaat tegen het gezond verstand.

§ 3.6 Tussenconclusie

In *Hotson v East Berkshire HA* werd bevestigd dat ook een onzeker oorzakelijk verband in het Engelse recht gemeten dient te worden aan de causaliteitstoets van 'but for'. Er dient daartoe, 'on the balance of probabilities', een waarschijnlijkheidsafweging te worden gemaakt tussen eventuele oorzaken. Dit maakt dat, indien niet met een redelijke mate van waarschijnlijkheid kan worden vastgesteld dat een te laat gestelde diagnose heeft bijgedragen aan de geleden schade, de eiser 'nul krijgt op het rekest'. Andersom zal echter, indien aansprakelijkheid is gevestigd, de schade voor de volledige honderd procent door de gedaagde te dienen worden vergoed.¹⁶⁰ Het aannemen van een hypothetisch causaal verband zoals *loss of a chance*, om vervolgens schade te verrekenen van een kans op een beter of minder resultaat, is voor medische aansprakelijkheid niet toegestaan.¹⁶¹

Uit *Gregg v Scott* werd duidelijk dat de starre regel uit *Hotson* nog steeds leidend is. Toch bleek uit de *dissenting opinions* deze lijn niet geheel unaniem. Zo betoogden Lords Nicholls en Hope dat *loss of a chance* in bepaalde medische aansprakelijkheidszaken wél zou kunnen worden toegepast. Als duidelijk is dat het nalaten zelf óók schade heeft veroorzaakt, zou het verlies van een kans bijvoorbeeld kunnen dienen ter bepaling van de omvang van de schade. Causaliteit is dan reeds aanwezig. Vooralsnog wordt wel betoogd dat de causaliteitsvraag ter vestiging van medische aansprakelijkheid in dat geval lichamelijk letsel als grondslag moet hebben. Een ander argument vóór het toepassen van *loss of chance* is het *hollow duty*-argument, dat ervan uitgaat dat de *but for*-drempel van 50 procent of hoger negatieve gevolgen heeft voor de invulling van

¹⁵⁹ *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 42-43.

¹⁶⁰ Vgl. *Bagley v North Herts HA* [1986] 136 NLJ 1014; *Hotson v East Berkshire HA* [1987] AC 750, p. 16.

¹⁶¹ Vgl. C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2006, p. 295; R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 469; K. Oliphant, 'Loss of a Chance as Damage: England and Wales', in: B. Winiger, H. Koziol, A. Koch e.a. (red), *Digest of European Tort Law Volume 2: Essential Cases on Damage*, Berlijn: Walter de Gruyter 2012, p. 1104; H. McGregor, 'Loss of a chance – where has it come from and where is it going?', *Journal of Professional Negligence* 2008/1, p. 2-12.

de zorgplicht. Ten slotte blijft ook de ethische vraag van toepassing: dient het recht een middenweg te bieden voor de ogenschijnlijk harde weging *on the balance of probabilities*? De patiënt krijgt nu immers snel ‘nul op het rekest’. Hoewel de deur daartoe in beginsel openstaat, lijkt het Engelse medische aansprakelijkheidsrecht zich (nog) niet in een dergelijke richting te bewegen.¹⁶²

¹⁶² R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 471. Vgl. *Coudert Bros v Normans Bay Ltd* [2004] EWCA Civ 215; *Wright v Cambridge Medical Group* [2011] EWCA Civ 669; *Wright v Cambridge Medical Group* [2013] QB 312.

IV. KANSSCHADE EN *LOSS OF A CHANCE*: PROBLEEM OPGELOST?

§ 4.1 Een afweging van gezichtspunten

In de vorige hoofdstukken zijn diverse voor- en tegenargumenten naar voren gekomen omtrent de wenselijkheid van de twee leerstukken van het verlies van een kans in beide aansprakelijkheidsstelsels. Om tot een algemeen oordeel over ‘het verlies van een kans’ te komen, dienen er twee deelvragen te worden gesteld. Enerzijds is de vraag in hoeverre het leerstuk van het verlies van een kans formeel gezien past in de kaders van het medische aansprakelijkheidsrecht. Anderzijds geldt de materiële, meer normatieve vraag of het leerstuk naar zijn functie het beoogde doel bereikt. Om hierop een antwoord te kunnen geven, zijn de eerder gevonden argumenten in dit hoofdstuk ingedeeld in zes verschillende gezichtspunten: in drie formele en drie materiële.

Het eerste formele gezichtspunt betreft de vraag in hoeverre het verlies van een kans past binnen de bestaande positiefrechtelijke kaders van de wet en de jurisprudentie. Vervolgens wordt ingegaan op hoe het verlies van een kans dient te worden gekwalificeerd. Afsluitend wordt beschouwd of het leerstuk past binnen het systeem van het (medische) aansprakelijkheidsrecht.

De materiële gezichtspunten gaan in op de (on)redelijkheid van de uitkomst van het verlies van een kans voor partijen, en wat de maatschappelijke en juridische gevolgen zijn van zijn toepassing. Ten slotte wordt ingegaan op de kritiek met betrekking tot de (on)bepaalbaarheid van het verlies van een kans als zelfstandig nadeel.

§ 4.2 Formele implementatie van kansschade en *loss of a chance*

Allereerst de vraag in hoeverre het verlies van een kans past binnen de bestaande positiefrechtelijke kaders van de wet en de jurisprudentie. Vanuit de Nederlandse kansschade is dat antwoord relatief eenvoudig: de Hoge Raad ziet het verrekenen van een verlies van een kans inderdaad als oplossing voor een onzeker oorzakelijk verband. Het kansschadeleerstuk is een uitvoerig gemotiveerd leerstuk geworden, in een zuivere vorm van rechtersrecht, dat veel wordt toegepast in diverse gevallen van beroepsaansprakelijkheid. In 2016 bevestigde de Hoge Raad bovendien dat kansschade ook voor het medische aansprakelijkheidsrecht kan worden gebruikt:¹⁶³ een lijn die in de literatuur en in de lagere rechtspraak al (veel) langere tijd gold. Tevens voegde Hoge Raad nog een aantal specifieke toetsingscriteria toe. Al met al heeft hij daarmee een methode ontwikkeld ter vaststelling en begroting van kansverlies in de medische context. Hoewel er geen expliciete wettelijke basis bestaat, is er vrijwel geen discussie over

¹⁶³ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133 (*Baby Esther*).

deze *formele toepassing* van het leerstuk. De enige discussie in deze context, ziet op de kwalificatie van het verlies van een kans als schade of als causaliteit.¹⁶⁴ In de volgende paragraaf wordt op die kwalificatievraag nog verder ingegaan.

Voor wat betreft de formele implementatie van het leerstuk van het verlies van een kans, biedt het Engelse *loss of a chance* geen aanvullende inzichten. Het leerstuk wordt in zaken van medische aansprakelijkheid door de Engelse rechter immers niet als mogelijke oplossing gezien voor het probleem van een onzeker oorzakelijk verband. In de beide toonaangevende arresten op dit gebied, in *Hotson v East Berkshire HA*, en het latere *Gregg v Scott*, werd het leerstuk door de meerderheid verworpen.¹⁶⁵ In dat opzicht voegt dit gezichtspunt dan ook weinig toe aan het verlies van een kans in de voor Nederland toepasselijke medische aansprakelijkheidspraktijk.

Beschouwing

Uit het Nederlandse recht blijkt dat de formele implementatie van een leerstuk van het verlies van een kans in beginsel geen problemen oplevert. Weliswaar is onzeker onder welke wettelijke regeling het leerstuk valt, in ieder geval is het niet strijdig met de positiefrechtelijke kaders van het medische aansprakelijkheidsrecht. Dit is bewezen door de succesvolle toepassing van het kansschadeleerstuk. Uit het Engelse leerstuk van *loss of a chance* valt echter geen aanvullende lering te trekken. Zij wordt daar immers in de medische context (nog) niet toegepast. Het bestuderen van het verlies van een kans in een ander rechtssysteem zou op dit punt wellicht nog tot waardevolle inzichten kunnen leiden. Wel blijkt dat beide leerstukken een zuivere vorm van rechtersrecht (zouden) zijn. Het is daarmee de vraag of de wetgever zich in de toekomst met de ontwikkeling van een dergelijk leerstuk moet bemoeien. Dit kan eventueel worden betoogd indien zou blijken dat het gebruik van het verlies van een kans ook veel materiële effecten op grote schaal teweeg zou brengen. Aan deze beleidsmatige keuzes wordt in dit onderzoek echter verder voorbijgegaan.

Ondanks dat het in geen van beide zaken doorslaggevend bleek, werd in *Hotson* de mogelijkheid van het bestaan van *loss of a chance* in de medische context toch niet geheel uitgesloten. In *Gregg* betoogden bovendien twee van de vijf Lords dat het leerstuk van toepassing was in dat concrete geval. Hoewel de steekproef veel te klein is om te kunnen spreken van daadwerkelijke rechtsontwikkeling, bieden de *dissenters* wellicht een (zeer) kleine

¹⁶⁴ Er kan worden betoogd dat ook de discussie over welke proportionele benadering, zoals kansschade of proportionele aansprakelijkheid, onder de formele toepassing valt. Zij ziet doorgaans echter op de materiële gevolgen van beide leerstukken. Mijns inziens bestaan er in deze discussie dan ook geen argumenten om aan te nemen dat een van beide leerstukken formeel gezien niet passend zou zijn.

¹⁶⁵ *Hotson v East Berkshire HA* [1987] AC 750; *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176.

stroholm voor toekomstige patiënten. Op basis van deze ‘trend’ valt immers niet uit te sluiten dat de starre houding in de Engelse rechtspraak ten opzichte van het verlies van een kans zou kunnen verzachten. Bovendien wordt *loss of a chance* in de economische context door de Engelse rechter wél al geruime tijd toegepast. Het zou daarom kunnen dat bij eventuele acceptatie ook voor het medische aansprakelijkheidsrecht op termijn vergelijkbare criteria worden ontwikkeld.

§ 4.3 Verlies van een kans als causaliteit of nadeel

Het tweede formele gezichtspunt is van een meer existentiële aard. Het ziet op de vraag hoe een leerstuk van het verlies van een kans nu precies dient te worden gekwalificeerd. Dient het te worden benaderd als leerstuk van alternatieve causaliteit, of als een zelfstandig nadeel?¹⁶⁶ Dit onderscheid is belangrijk, omdat het grote gevolgen heeft voor de uitkomst van de toets.

Allereerst het verlies van een kans als causaliteitsleerstuk. Wanneer het op deze wijze wordt benaderd, zal de uiteindelijke schadevergoeding in beginsel op ‘alles’ of ‘niets’ uitkomen: een causaal verband wordt immers aangenomen, of juist niet. Het lijkt op de manier *zoals* in het Engels recht de *but for*-test wordt toegepast.¹⁶⁷ Als uitgangspunt geldt dat er niet op de reguliere manier te bewijzen valt dat de fout van de arts heeft geleid tot enig nadeel. Bij het gebruik van het verlies van een kans als causaliteitsleerstuk, wordt daarom in plaats daarvan het kanspercentage op een beter resultaat als alternatieve causaliteitsweging ingevuld. Wanneer, in de hypothetische situatie zonder de fout, een kans van meer dan 50 procent bestaat op een beter resultaat, wordt *aangenomen* dat causaliteit bestaat tussen de fout en het nadeel. De causaliteitsmaatstaf is daarmee niet langer de *mate van waarschijnlijkheid* dat het nadeel het gevolg is van de fout, maar de *kans op een beter resultaat* in een, lees: *hypothetische situatie*. Het grote nadeel van deze methode is dat artsen veroordeeld kunnen worden tot het betalen van een volledige schadevergoeding, terwijl zij in werkelijkheid niets met het geleden nadeel te doen hebben gehad. Sterker nog, het is mogelijk dat er *de facto* nooit een ‘nadeel’ heeft bestaan: ongeacht het optreden van de arts, was de patiënt immers naar waarschijnlijkheid in dezelfde vervelende positie terechtgekomen.

Wanneer het verlies van een kans wordt aangevoerd als zelfstandig nadeel, zien de werkwijze en zijn gevolgen er ineens heel anders uit. Het hierboven beschreven causaal verband bestaat in

¹⁶⁶ Zie paragraaf 1.5 over het onderscheid tussen de twee soorten schade, ‘nadeel’ en ‘schade’.

¹⁶⁷ Vgl. J.H. Nieuwenhuis, ‘Eurocausality’, in: H. Tiberg (red.), *Essays on tort, insurance, Law and Society in honour of Bill W. Dufwa* (Volume II), Stockholm: Jure Förlag AB 2006, p. 855. Zoals hierna in deze alinea beschreven, worden de kanspercentages in het gebruik van het verlies van een kans als causaliteit gebruikt *zoals* bij de ‘*but for*’-test. Het is geen (al dan niet analoge) toepassing van de test, maar een geheel andere maatstaf. Nieuwenhuis schiet naar mijn inzien tekort door dit niet op te merken in zijn artikel.

dit geval tussen het *geleden nadeel* ‘verlies van een kans’ en de gemaakte fout.¹⁶⁸ Aan de *but for*-test, of *condicio sine qua non*, wordt dus veel sneller voldaan. De berekening van de schadeomvang is vervolgens proportioneel. Dit betekent dat het verlies van een kleine kans op herstel, neem 10 procent, recht geeft op dát percentage van de totaal geleden schade. De arts zal dus een deel van de schade moeten vergoeden, ondanks het feit dat de kans zeer groot is dat deze de schade niet heeft veroorzaakt (90 procent). Anderzijds kan de te vergoeden schade worden verminderd wanneer er een groot kansverlies bestaat, maar niet voor de volledige 100 procent.

Het moge duidelijk zijn dat de Hoge Raad en de House of Lords op dit punt van zienswijze verschillen. De Hoge Raad heeft het kansschadeleerstuk benaderd als een leerstuk van zelfstandig nadeel – lees: als *schade* in de vestigingsfase. Toepasselijk is dan ook de benaming ‘kansschade’. Hij omzeilt daarmee de theoretische discussie over doorslaggevende percentages op de weegschaal van de *condicio sine qua non*. De House of Lords heeft een dergelijk leerstuk niet aangenomen, en de Lords discussiëren dan ook voornamelijk over de inpassing van *loss of a chance* binnen de rigide *but for*-test. Oftewel: *loss of a chance* als causaliteit. In dat kader stoeien zij, zowel in *Hotson v East Berkshire HA*, als in *Gregg v Scott*, met kanspercentages die wel of niet de causaliteitsdrempel van 50 procent zouden overstijgen. De Lords betwijfelen of de alternatieve *loss of a chance* in de individuele zaak een waardig alternatief is voor de eeuwenoude, zeer uitgekristalliseerde *but for*-test. Vanuit dat oogpunt is dan ook begrijpelijk dat de Engelse raadsheren niet snel warm zullen lopen voor een dergelijk leerstuk als causaliteitsalternatief.

Uit de *opinions* blijkt minder goed waarom het verlies van een kans als alternatieve nadeelsvorm in het Engelse medische aansprakelijkheidsrecht geen optie is. In beide zaken werd deze kwalificatievraag door de House of Lords slechts beperkt behandeld. Opmerkelijk, aangezien in *Hotson* zowel in eerste aanleg, als in hoger beroep, het leerstuk van *loss of a chance* expliciet als alternatieve vorm van nadeel werd aangenomen. De Lords hielden echter allemaal vast aan de strikte toepassing van de *but for*-test, en uitsluitend met het oorspronkelijk aangevoerde nadeel. Het Engelse recht zou volgens sommigen bovendien geen mogelijkheid kennen om ‘korting’ te geven op een volledig schadebedrag bij gevestigde aansprakelijkheid van het ziekenhuis.¹⁶⁹ Indien waarschijnlijk is dat ook met de juiste diagnose het nadeel zal optreden, is er volgens hen geen reden waarom er wel een ‘tegemoetkoming’ voor de patiënt zou moeten bestaan. In *Gregg* werd alleen door *dissenters* Lord Hope en Lord Nichols ingegaan

¹⁶⁸ J.H. Nieuwenhuis, 'Eurocausality', in: H. Tiberg (red.), *Essays on tort, insurance, Law and Society in honour of Bill W. Dufwa* (Volume II), Stockholm: Jure Förlag AB 2006, p. 855.

¹⁶⁹ *Hotson v East Berkshire HA* [1987] AC 750, p. 5.

op de kwalificatievraag. Zij gaven aan het verlies van een kans als zelfstandig nadeel juist als een evenwichtiger en rechtvaardiger oplossing te zien voor de problematiek van het onzeker oorzakelijk verband. Bovendien wordt hiermee de problematiek van het causaal verband omzeild.

Beschouwing

De hiervoor behandelde kwalificatieproblematiek blijft complex. Er bestaat veel discussie over de precieze plaats van beide leerstukken, en bovendien wordt er – vooral voor de kansschade – gewerkt met verschillende begrippen onder dezelfde noemer van ‘schade’. Mijns inziens is het verlies van een kans als causaliteit in ieder geval niet wenselijk.¹⁷⁰ Niet alleen bestaat er bij een dergelijke benadering het risico op zeer onwenselijke gevolgen – het vergoeden van een volledige schade terwijl dit geen gevolg was van het handelen van de arts, of andersom – ook is het voor beide rechtsstelsels strijdig met de heersende causaliteitsleer. Het ligt niet in de rede om een toets van *de werkelijke mate van waarschijnlijkheid* te vervangen door *de kans op een beter resultaat in een hypothetische situatie*, om daar vervolgens dezelfde gevolgen aan te verbinden. Wat dat betreft ben ik het met de House of Lords eens, dat het onwenselijk is om de percentages van het verlies van een kans analoog toe te passen op de toetsen van *but-for* of, in Nederland, de *condicio sine qua non*. Het ligt daarom meer voor de hand om het verlies van een kans te gebruiken als alternatieve schadevorm, in brede zin.

Zoals beschreven in paragraaf 1.6, heeft de verwarring vanuit het schadebegrip ervoor gezorgd dat ik zeer nadrukkelijk heb gekozen voor twee verschillende definities van schade: *nadeel* en *schade*. Er is nu betoogd dat het verlies van een kans een leerstuk van nadeel is: een vorm van schade in brede zin. Deze keuze verdient nog enige toelichting. Uit de literatuur blijkt immers dat het Nederlandse kansschadeleerstuk nogal eens wordt gezien als leerstuk voor *schade* in de *omvangsfase*. Dit als tegenhanger van *causaliteit* in de *vestigingsfase*. Ik begrijp dit onderscheid, omdat het leerstuk in haar toepassing en definitie anders al snel te complex wordt. Toch is dit theoretisch gezien onjuist: ook hier bevindt het kansschadeleerstuk zich in de *vestigingsfase*. Het verlies van een kans wordt immers, *in plaats van het oorspronkelijke nadeel*, als *zelfstandig nadeel* aangevoerd. Deze werkwijze maakt dat er ineens wél een oorzakelijk verband kan worden vastgesteld tussen de fout en het nadeel. Eveneens anders dan waar in de literatuur vanuit wordt gegaan, vindt er daarom strikt gezien helemaal geen proportionele

¹⁷⁰ Een vervolgvraag was anders geweest hoe het verlies van een kans zich als causaliteitsleerstuk vanuit beleidstechnisch oogpunt dient te worden gekwalificeerd: als feitelijke of juridische causaliteit? Vanwege de schadekwalificatie wordt hierop niet verder ingegaan. Zie voor meer over dit onderwerp: D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 151-156.

schadeverdeling plaats. Het is correct dat de waarde van de schade nog dient te worden begroot, maar in feite wordt immers *het gehele verlies van een kans*, met een redelijke mate van zekerheid, toegerekend aan de betrokken arts. Dat het *materiele substraat van de schade(omvang)* vervolgens in de praktijk wordt *gevonden* door het gebruik van percentages van een oorspronkelijk gesteld nadeel – of dit nu 10, 30 of 70 procent betreft – maakt het geheel niet anders. Omdat de onzekerheid over het werkelijke oorzakelijk verband altijd zal blijven bestaan, is er op deze manier een schadelast toegerekend aan de arts. Slechts in de *overkoepelende zin* van het ‘verdelen van een hypothetische schadelast’ kan daarom worden gesproken over een proportionele benadering.

De algehele discussie zou zuiverder zijn geweest indien de rechtspraak en literatuur een heldere keuze had gemaakt voor één van beide benaderingswijzen. Er valt te destilleren dat het gros van de Engelse (tegen)argumenten over *loss of a chance* als causaliteitsleerstuk gaat, en dat een dergelijke vorm in strijd is met de Nederlandse en Engelse causaliteitsleren. Onduidelijk is nog waarom *loss of a chance* niet als nadeel kan worden gekwalificeerd. Wellicht had een nadeel- of schadekwalificatie in het Engelse recht tot andere gezichtspunten geleid. Logischer is daarom de aansluiting bij het leerstuk van de Nederlandse kansschade. Hoewel ook hierover discussie bestaat, kan hieruit worden geconcludeerd dat het leerstuk van het verlies van een kans een vorm is van zelfstandig nadeel. Anders dan veelal blijkt uit de literatuur, is het echter geen vorm van *schade(begroting)*, maar van een *zelfstandig nadeel* dat in zijn geheel wordt toegerekend aan de betrokken arts. Dat de *omvang van de schade(post)*, voortvloeiend uit dit nadeel, pas in een volgende fase wordt berekend doet daaraan niets af.

§ 4.4 Een inbreuk op het systeem

Het derde formele gezichtspunt ziet op de argumenten over het leerstuk van het verlies van een kans als inbreuk op het systeem van het aansprakelijkheidsrecht. In de Engelse rechtspraak, en in Nederlandse en Engelse literatuur, gaan verschillende stemmen op tegen het gebruik van het verlies van een kans als alternatief causaliteitsleerstuk. Sommigen daarvan zien specifiek op het verlies van een kans, anderen richten zich meer op proportionele aansprakelijkheid of de proportionele benadering in het algemeen.¹⁷¹ Welke vorm hier ook wordt gekozen, er is één unanieme lijn te herkennen: het leerstuk van het verlies van een kans *als causaliteitsleerstuk*

¹⁷¹ Vgl. *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 172; R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 472; K. Oliphant, ‘Loss of a Chance as Damage: England and Wales’, in: B. Winiger, H. Koziol, A. Koch e.a. (red.), *Digest of European Tort Law Volume 2: Essential Cases on Damage*, Berlijn: Walter de Gruyter 2012, p. 1103-1104; J.H. Nieuwenhuis, ‘Disproportionele aansprakelijkheid’, *RMThemis* 2006/5, p. 177-178; G. van Maanen, ‘Proportionele schadevergoeding bij asbestclaims. De zaak Schaier/De Schelde’, in: A.J. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 43-44; Asser/Hartkamp 4-I 2004/436e.

levert een onherstelbare breuk op met het systeem van de gevestigde aansprakelijkheidsleren van *condicio sine qua non* en *but for*. Of het nu breekt met de ‘bakens van het aansprakelijkheidsrecht’, of de ‘te nemen horden’ ter bescherming van partijen doet verdwijnen; de tegenstand vanuit deze hoek is fel. Bovendien zou een verandering van het systeem leiden tot grote onzekerheid in medische aansprakelijkheidszaken. Betoogd wordt daarom ook dat dergelijke verandering zo ingrijpend zou zijn dat zij alleen via wetgeving kan plaatsvinden.¹⁷²

Met betrekking tot het verlies van een kans *als zelfstandig nadeel* lijkt de soep veel minder heet te worden gegeten. Door de House of Lords wordt dit punt niet specifiek behandeld. Verschillende Nederlandse auteurs lijken zich specifiek te richten op proportionele aansprakelijkheid,¹⁷³ of maken een uitzondering voor het leerstuk van kansschade.¹⁷⁴ Een enkeling merkt nog op dat ook het verlies van een kans “met behoedzaamheid” moet worden toegepast, omdat het verstrekken gevolgen kan hebben.¹⁷⁵ Verder komt niet concreet naar voren waarom het verlies van een kans als zelfstandig nadeel een inbreuk zou zijn op het systeem.

Beschouwing

Uit dit gezichtspunt komt wonderschoon naar voren waarin voor het systeem nu precies de grote problematiek zit van het leerstuk van het verlies van een kans: wederom in zijn onduidelijke kwalificatie. Het begrip van menig auteur en rechter schort eraan dat het verlies van een kans nog vaak als vervanging wordt gezien voor de rigide causaliteitstoets. Deze insteek is inderdaad, zoals zowel voor het Nederlandse als in het Engelse stelsel wordt betoogd, absoluut niet inpasbaar. Wanneer echter wordt ingezien dat het leerstuk van het verlies van een kans dient te worden gebruikt als vorm van een *zelfstandig nadeel*, dan verdwijnen deze systematische bezwaren als sneeuw voor de zon. In de beschouwing van paragraaf 4.3 is uitgebreid beargumenteerd wat de inhoudelijke ratio is achter deze kwalificatie. Daarnaast geldt, zeker voor het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht, dat ‘schade’ nergens in de wet nader wordt gedefinieerd.¹⁷⁶ Het hypothetische nadeel ‘verlies van een kans’ zou in dat opzicht goed inpasbaar moeten zijn in het huidige systeem. De rechtspraak hoeft zich dan in feite nog slechts

¹⁷² *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 90 en 174. Vgl. R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 472.

¹⁷³ Vgl. J.H. Nieuwenhuis, ‘Disproportionele aansprakelijkheid’, *RMThemis* 2006/5, p. 177-178.

¹⁷⁴ Vgl. G. van Maanen, ‘Proportionele schadevergoeding bij asbestclaims. De zaak Schaier/De Schelde’, in: A.J. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 48-51.

¹⁷⁵ Vgl. Asser/Hartkamp 4-I 2004/436e. Het lijkt echter alsof ook Hartkamp het leerstuk van kansschade benadert als een leerstuk van alternatieve causaliteit. In dat geval draagt ook zijn inzicht niet bij als tegenargument voor het verlies van een kans als zelfstandig nadeel.

¹⁷⁶ J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012, p. 214. Vgl. Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013/13.

met één vraag bezig te houden: ‘is onder het huidige rechtssysteem acceptabel dat een hypothetische situatie als vorm van schade (zelfstandig nadeel) wordt aangevoerd?’ Nu de formele gezichtspunten geen noemenswaardige bezwaren meer opleveren, is het antwoord op deze vraag nog slechts afhankelijk van de uitkomst van de materiele voor- en tegenargumenten.

§ 4.5 De (on)redelijkheid van de uitkomst

Het eerste materiele gezichtspunt spreekt het meeste tot de verbeelding. Het richt zich op de onredelijkheid van het volledig afwentelen van een onzeker oorzakelijk verband op één van de partijen. Oftewel: is de uitkomst van het leerstuk van het verlies van een kans voor partijen redelijker dan de alternatieve benadering van ‘alles’ of ‘niets’?

Dit menselijke aspect is de ruggengraat van het leerstuk. In beide stelsels wordt over het algemeen niet redelijk gevonden als de arts ófwel volledig dient op te draaien voor zijn fout (‘alles’); of als de patiënt volledig met lege handen staat (‘niets’). Voor het eerste scenario is de kans immers reëel dat de schade ook zonder de fout zou zijn ingetreden, terwijl in het tweede scenario het nadeel te wijten kan zijn geweest aan het handelen van de arts. Beide scenario’s voelen onrechtvaardig, en het leerstuk van het verlies van een kans zou daarvoor een oplossing kunnen zijn.¹⁷⁷ Door niet uit te gaan van een volledige schadevergoeding van het geleden nadeel, maar dat van het verlies van een kans, wordt een hypothetische schadelast zo enigszins over partijen verdeeld. Zowel in de Nederlandse literatuur, als in de Engelse rechtspraak, wordt betoogd dat deze benadering gerechtvaardigd is vanuit de normschending van de arts. Het staat immers vast dat de kans op schade door de fout is ontstaan of is toegenomen. Lord Nicholls betoogde om die reden dat het recht per uitstek dient om een oplossing te bieden wanneer een patiënt “datgene verliest waarvan het de taak van de arts was om dit te beschermen.”¹⁷⁸ Er wordt zo een afweging gemaakt tussen de onderhavige medische realiteit, met al zijn onzekerheid, en de weging van de zorgplicht van de arts.

Toch kent dit materiële argument niet slechts voorstanders. Puristen als Nieuwenhuis en Peeperkorn draaien de hierboven genoemde redenering juist om, en ook de meerderheid van de

¹⁷⁷ Vgl. *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 39-46; D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 42; I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 62; M. Lunney & K. Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 211.

¹⁷⁸ Vrij naar Lords Nicholls, in: *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 42.

Engelse House of Lords is eenzelfde mening toegedaan.¹⁷⁹ Zij vinden het problematisch dat de arts door het gebruik van het verlies van een kans kan worden veroordeeld tot het vergoeden van schade die hij, met een grote mate van waarschijnlijkheid, niet heeft veroorzaakt. Het zou onredelijk zijn om een oorzaak als ‘onbepaalbaar’ te bestempelen, om dit vervolgens in te vullen met een hypothetische schadefictie waarin de arts mogelijkerwijs geen aandeel in heeft gehad. Bovendien zou de patiënt op zijn beurt minder schadevergoeding toegekend kunnen krijgen dan waarop hij daadwerkelijk recht heeft. Het uiteindelijke bedrag is immers altijd minder dan een volledige vergoeding van de oorspronkelijke schade. Deze ‘disproportionele methode’ doet volgens de critici afbreuk aan de principes van ‘eenieder draagt zijn eigen schade’ en ‘volledige schadevergoeding’, die juist als bakens gelden voor het geldende aansprakelijkheidsrecht.

Beschouwing

De medische sector gaat om zorg voor het individu, met alle daar bijbehorende rechten en plichten. Wanneer een arts een aantoonbare fout maakt, ligt het in de rede dat hij eventuele schade daarvan dient te vergoeden. Ontstaat er onzekerheid over of de fout als toedracht van een bepaald nadeel geldt, dan dient de patiënt het juridische voordeel van de twijfel te krijgen. Hij of zij bevindt zich immers bij voorbaat in een juridisch (en veelal feitelijk) zwakkere positie. Met het leerstuk van het verlies van een kans wordt daaraan tegemoetgekomen. Het zou onrechtvaardig zijn om de arts zich te kunnen laten verschuilen achter de onzekerheid die inherent is aan de medische realiteit. Ik sluit mij daarom aan bij de gedachte dat de normschending op zichzelf een rechtvaardiging is voor een meer evenredige verdeling van de (hypothetische) schadelast. Weliswaar bestaat dan de mogelijkheid dat een fout in een individueel geval niet heeft bijgedragen aan het nadeel dat de patiënt heeft geleden, toch is het juist de taak van de arts om fouten voor iedere patiënt tot een minimum te beperken. Hoewel ook voor de persoon van de arts een ‘ongefundeerde’ toerekening zeer schrijnend kan zijn, heeft deze doorgaans meer mogelijkheden om zich in voorkomende gevallen te wenden tot collega's, om professionele hulp in te schakelen en/of zich te beroepen op een beroepsaansprakelijkheidsverzekering. Daarentegen is voor de patiënt de vergoeding van het verlies van een kans vaak niet meer dan een ‘doekje voor het bloeden’ voor een vaak al zwaar en onomkeerbaar leed. Dit menselijke aspect is daarom veruit de belangrijkste grondslag van het leerstuk.

¹⁷⁹ Vgl. *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 79-80; J.H. Nieuwenhuis, ‘Disproportionele aansprakelijkheid’, *RMThemis* 2006/5, p. 177-178; D. Peepkorn, ‘Het feest van de gedaagde, kritiek op de proportionele leer’, in: A.J. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 77; D. Peepkorn, ‘Het oordeel van Paris. Over medische kunstfouten en kansen op schade’, *VRA* 1998/11, p. 324; H. Reece, ‘Losses of Chances in the Law’, *The Modern Law Review* 59/2; M. Lunney & K. Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2013, p. 213.

Het sterk vasthouden aan de principes van ‘volledige schadevergoeding’ en ‘eenieder draagt zijn eigen schade’, getuigt naar mijn inzien van enige vorm van tunnelvisie. De beide principes zijn voor de medische context een betoog voor een omgekeerde wereld, waarin de werkelijkheid zich dient te voegen naar een wrange juridische fictie. Medische fouten worden op deze wijze immers niet bestraft, en patiënten worden niet erkend in hun lijden. Bovendien zal de verzekeraar in veel gevallen de schadevergoeding van de arts op zich nemen – die overigens bij het verlies van een kans maar een fractie betreft van de vordering zoals deze oorspronkelijk had geluid in geval van het ‘volledige nadeel’ – terwijl de patiënt nog altijd slechts een minimaal gedeelte (terug)krijgt van een nadeel dat eigenlijk onwaardeerbaar is in geld. Tegenover deze sobere erkenning voor de patiënt, is daarom meer dan redelijk dat het risico van een enkele ‘onterechte’ tegemoetkoming op de koop wordt toegenomen.

§ 4.6 De bescherming van de maatschappelijke en juridische norm

Zeer nauw verwant aan het vorige materiele gezichtspunt, is de plaats van het verlies van een kans in de bescherming van de maatschappelijke en juridische norm. Vanuit preventie- en verzekeringstechnisch perspectief kan worden betoogd dat het gebruik van het leerstuk een bevorderlijke prikkel geeft om te voorkomen dat artsen hun zorgplicht schenden. Vooral in de Nederlandse literatuur wordt veel waarde gehecht aan dit argument.¹⁸⁰ Via deze benadering worden artsen enkel aangesproken voor het deel van de schade dat zij veroorzaakt *kunnen* hebben. Daardoor biedt het verlies van een kans een proportionele methode van schadepreventie, zonder dat artsen ten onrechte ontmoedigd zouden worden in het uitoefenen van hun vak. Ook zou het voorkomen dat beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen onbetaalbaar worden. Het is daarmee een aanvullende prikkel in de richting van kwalitatief goede zorg. Een tegenargument wordt in de literatuur niet genoemd, maar te denken valt hierbij aan de doorwerking van deze juridische aanpassing. Het is maar de vraag of het gebruik van ‘het leerstuk van het verlies van een kans’ überhaupt invloed heeft op de gedachtegang – laat staan: het handelen – van de artsen. Uiteindelijk blijft ook dit leerstuk immers een juridische fictie, die pas achteraf door juristen zal worden toegepast wanneer de arts zijn fout reeds heeft begaan.

Wel wordt een ander maatschappelijk effect als tegenargument aangevoerd: een proportionele benadering, zoals het verlies van een kans, zou een aanzuigende werking hebben voor patiënten

¹⁸⁰ Vgl. I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 65; D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 45; M.G. Faure, ‘Proportionele aansprakelijkheid’, in: A. Hammerstein e.a., *Causaliteit*, Den Haag: Koninklijke Vermande/Sdu 2003, p. 76-77.

die lichtvaardig schade willen claimen.¹⁸¹ Indien het incasseren van schadevergoeding eerder een zekerheid dan een kans verwordt, dan kan dit nadelige gevolgen hebben voor zowel zorgaanbieders als verzekeraars. Hoewel er zowel in het Nederlandse als in het Engelse rechtssysteem angst bestaat voor deze effecten, is er geen concreet empirisch bewijs hiervoor. Bovendien is er geen aanleiding om aan te nemen dat het Nederlandse kansschadeleerstuk in de afgelopen jaren tot een buitensporige toename aan procedures heeft geleid.¹⁸²

Welk argument ten slotte voor beide rechtssystemen terugkomt, is dat het leerstuk van het verlies van een kans zorgt voor een betere invulling van de juridisch materiële norm van de zorgplicht.¹⁸³ Met het handhaven van de klassieke leer van ‘alles’ of ‘niets’, wordt de zorgplicht van de arts min of meer gestript van zijn werkelijke kracht en inhoud: een schending hiervan zal immers in veel gevallen onbestraft blijven. Het resultaat is een ‘lege huls’, of ‘*hollow duty*’, waarin de arts nauwelijks meer wordt afgerekend op zijn handelen of nalaten. Door het verlies van een kans als mogelijkheid te houden voor het toerekenen van medische fouten, behoudt de zorgplicht zijn waarde en blijft een kwaliteitswaarborg behouden.

Beschouwing

Op het eerste gezicht lijkt de bescherming van de maatschappelijke norm een belangrijk argument voor het leerstuk van het verlies van een kans. Niet alleen wordt zo de pijn van het geleden nadeel verzacht, maar blijven artsen ook scherp op de kwaliteit van hun handelen en nalaten. Toch vraag ik mij ten eerste af of dit argument doorslaggevend is. Het tegenargument is immers dat de enkelvoudige invoering van het leerstuk waarschijnlijk niet direct zal leiden tot een mentaliteitsverandering bij artsen. Zoals hiervoor beschreven, is het leerstuk slechts een juridische fictie die naar mijn idee niet van dien aard is dat het vooraf al bij artsen onder de aandacht zal komen – laat staan ‘als afschrikwekkend’ zal gelden. Het is aan juristen om achteraf het leerstuk te gebruiken om de pijn aan weerszijden te verzachten. Desondanks is ook

¹⁸¹ Vgl. C. Witting, *Street on Torts*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 151; I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 70; J.C.J. Wouters, ‘Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en verlies van een kans in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht (deel II)’, *WPNR* 2013/6974, p. 357; J.H. Nieuwenhuis, ‘Disproportionele aansprakelijkheid’, *RMThemis* 2006/5, p. 178; D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 48.

¹⁸² I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 70; D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 49.

¹⁸³ Vgl. *Chester v Afshar* [2005] 1 AC 134, par. 87; I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 66; C. Witting, *Street on Torts*, Oxford: Oxford University Press 2015, p. 154-155.

het tegenargument wat mij betreft te matig gefundeerd. Er is onvoldoende onderzoek gedaan naar de effecten van de toepassing van het verlies van een kans op de claimbereidheid van patiënten. De verwachte ‘stroom aan procedures’ wordt bovendien niet alleen beïnvloed door het bestaan van het baanbrekende leerstuk van het verlies van een kans, maar voornamelijk ook door vele andere factoren. Patiënten zullen bijvoorbeeld nog steeds niet staan te springen om hoge advocatenkosten en ellenlange procedures. Zij wegen dit af tegen de *eventuele mogelijkheid* op vergoeding van het verlies van een kans, die als schadepost nog altijd maar een fractie vergoedt van het daadwerkelijk geleden letsel. Gezien deze praktische bezwaren die de implementatie meebrengt, tezamen met de reeds succesvolle toepassing van kansschade in Nederland, lijkt het ontstaan van een plotselinge stroom aan procedures mij onwaarschijnlijk.

Vanuit de juridische benadering is het gezichtspunt daarentegen een stuk zwaarder. De materiële norm van de zorgplicht is er niet voor niets, en het lijkt mij dan ook redelijk om de hypothetische schadelast op een dergelijke wijze te verdelen. Een *de facto* uitgeholde norm verhoudt zich niet tot de grote mate van vertrouwen en verantwoordelijkheid die door de maatschappij aan de arts wordt toegekend. Het feit dat deze geen precieze kennis heeft van het leerstuk van de kansschade, wil niet zeggen dat hij niet moet kunnen worden afgerekend op het onvoldoende naleven van zijn zorgplicht. Immers, met de inhoud van die overkoepelende plicht is de arts juist als geen ander bekend.

§ 4.7 Kansverlies als (on)grijpbaar gegeven

Tot slot blijft er tussen de verschillende raadsheren en auteurs onenigheid over de materiële vraag of het gegeven ‘verlies van een kans’ niet te ongrijpbaar is om een factor te kunnen zijn in de vestiging van (medische) aansprakelijkheid.¹⁸⁴

Enerzijds kan worden betoogd dat veel van de kanspercentages door rechters en deskundigen onnauwkeurig worden vastgesteld, of zelfs intuïtief worden gevonden.¹⁸⁵ Bovendien is moeilijk vast te stellen of er überhaupt sprake is van het verlies van een kans.¹⁸⁶ In gevallen van een

¹⁸⁴ Vgl. *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 170; V. Black, ‘Ghost of a Chance: *Gregg v. Scott* in the House of Lords’, *Health Law Review* 2005/14, nr. 2, p. 42; D. Peepkorn, ‘Het oordeel van Paris. Over medische kunstfouten en kansen op schade’, *VRA* 1998/11, p. 324. Anders: I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008, p. 71; D. Zivkovic, ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband’, in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010, p. 49.

¹⁸⁵ Vgl. D. Peepkorn, ‘Het oordeel van Paris. Over medische kunstfouten en kansen op schade’, *VRA* 1998/11, p. 324.

¹⁸⁶ Vgl. *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 189-190; R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 471; V. Black, ‘Ghost of a Chance: *Gregg v. Scott* in the House of Lords’, *Health Law Review* 2005/14, nr. 2, p. 42.

verminderde levensverwachting is er bijvoorbeeld nog niet concreet sprake van het verlies van een kans, omdat het nadeel zich nog niet heeft gerealiseerd.¹⁸⁷ Een ander argument van de Engelse Lords is bovendien dat slechts een verandering in kanspercentage materieel niet leidt tot het verlies (of verkrijgen) van een andere kans. Bovendien lagen zowel in *Gregg*, als in *Hotson*, de kanspercentages *on the balance of probabilities* bij voorbaat al aan de ‘negatieve zijde’ van de drempel van 50 procent. De fout van de arts maakte dit niet anders.

Anderzijds geldt dat deze argumenten ook tegengesteld kunnen worden aangevoerd. Immers, ook bij het vaststellen van een causaal verband dat lijdt tot ‘alles’ of ‘niets’ zal een omslagpunt moeten worden gevonden. Juist bij dit oordeel kan een afwijking van een paar procent zeer grote gevolgen hebben. Zo kan een bijna gelijke veroorzakingswaarschijnlijkheid (bijv. 45 procent door een fout van de arts, tegenover 55 procent door andere factoren) leiden tot volledige afwijzing van de vordering. Dit terwijl een zeer ongelijke kans (bijv. 5 procent door de fout van de arts, tegenover 45 procent door andere factoren) leiden tot hetzelfde resultaat. In de praktijk vindt ook deze afweging plaats op basis van deskundigenberichten en het instinct van de rechter. Het gebruik van het verlies van een kans ondervangt de grootste onrechtvaardige uitschieters.

Beschouwing

In de toepassing van de leerstukken maakt het niet uit of het nu gaat om het verlies van een kans, of over het vaststellen van de *condicio sine qua non* en *but for*. In beide gevallen bestaat immers het risico dat de gehanteerde kansen of percentages een ‘verkeerde kant’ op slaan en leiden tot een onterechte veroordeling. Wat dat betreft zijn de voor- en tegenargumenten aan elkaar gewaagd, en geeft de (on)grijpbaarheid van het verlies van een kans geen doorslag. Zoals in paragraaf 4.5 bleek, zijn de gevolgen van beide methoden echter essentieel anders. Het zijn met name die argumenten die de doorslag moeten geven in het al dan niet hanteren van het leerstuk van het verlies van een kans. Een eventuele onnauwkeurigheid dient daarbij op de koop toe te worden genomen. Wel kan lering worden getrokken uit het feit dat de rechter zeer zorgvuldig met de kanspercentages dient om te gaan. De rechter dient zich bij het verwerken en interpreteren van deskundigenberichten ervan bewust te zijn, dat de bepaalde percentages soms niet zo hard zijn als zij op het oog lijken. Extra voorzichtigheid, en eventueel extra expertise op dit gebied, is in deze gevallen dan ook geboden.

¹⁸⁷ Vgl. *Gregg v Scott* [2005] 2 AC 176, par. 226. Vgl. R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016, p. 471.

V. CONCLUSIE

§ 5.1 Conclusie

In hoofdstuk I bleek uit een aantal zaken hoe schrijnend de problematiek van een onzeker oorzakelijk verband in een juridische procedure kan zijn. Of het nu gaat om de hersenbeschadiging van baby Ruth, de darmperforatie in het Refaja-ziekenhuis, of om de blinde baby Esther: zonder een aantoonbaar oorzakelijk verband zouden geen van deze patiënten (financieel) erkend worden in hun lijden. Bezien vanuit het huidige leerstuk van kansschade en het Engelse *loss of a chance*, kan daarom de volgende conclusie worden getrokken. In medische aansprakelijkheidszaken, waarin door de arts een aanmerkelijke fout is gemaakt, maar een oorzakelijk verband niet direct valt aan te tonen, biedt het leerstuk van het verlies van een kans bij uitstek een oplossing om tot een gevoelsmatig rechtvaardiger uitkomst te geraken.

De rechtvaardiging voor het leerstuk komt hoofdzakelijk voort uit de opvatting dat het veelal onredelijk wordt gevonden als een patiënt bij een medische fout volledig met lege handen komt te staan. Hij of zij bevindt zich immers bij voorbaat in een juridisch en feitelijk zwakkere positie. De patiënt geeft zich over aan de arts, wiens taak het vervolgens is om de patiënt te beschermen tegen het lijden van (een groter) nadeel. De normschending rechtvaardigt dan ook de benaderingswijze van het verlies van een kans. Zonder extreme of onevenredige maatregelen te hanteren, biedt het leerstuk immers enige houvast ter vergoeding voor een vaak al zwaar en onomkeerbaar leed. Dat de arts daarnaast meer mogelijkheden heeft om zich, in geval van een incidentele ‘ongefundeerde’ toerekening, te wenden tot collega’s, professionele hulp en/of beroepsaansprakelijkheidsverzekering, getuigt temeer van zijn feitelijk en juridisch sterkere uitgangspositie. Bovendien is ook de verzachting van het andere uiterste, in de klassieke causaliteitsbenadering waarin de arts een volledige schade moet vergoeden terwijl zijn fout niet heeft bijgedragen aan het nadeel, een belangrijk argument voor dit leerstuk.

Een tweede rechtvaardiging komt voort uit het feit dat het leerstuk van het verlies van een kans een betere invulling biedt voor de juridisch materiële norm van de zorgplicht van de arts. Met het handhaven van de klassieke leer van ‘alles’ of ‘niets’ blijft een schending van de zorgplicht immers veelal onbestraft. In feite bestaat er zo een uitgeholde norm, die zich niet verhoudt tot de grote mate van vertrouwen en verantwoordelijkheid die door de maatschappij aan de arts wordt verleend. Door het gebruik van het verlies van een kans ontstaat er een evenwichtiger vorm van schadeverhaal, waarmee wordt voorkomen dat van de zorgplicht als kwaliteitswaarborg niet slechts een ‘lege huls’ overblijft.

Dat het leerstuk van het verlies van kans ook maatschappelijk een redelijkere uitkomst biedt is niet aangetoond. Er zijn diverse voor- en tegenargumenten te vinden over de invloed die het verlies van een kans zou hebben op de kwaliteit van de zorg, de kosten van beroepsaansprakelijkheidsverzekeringen of de plotselinge claimbereidheid van patiënten. Voor geen van deze argumenten is concreet empirisch bewijs. Bovendien is er geen reden om aan te nemen dat het Nederlandse kansschadeleerstuk in de afgelopen jaren tot een buitensporige toename van procedures heeft geleid. Dit argument hoeft dus niet te worden meegewogen.

Ongeacht de benadering, of dit nu het verlies van kans, *but for*, of *condicio sine qua non* betreft, bestaat altijd het risico dat de gehanteerde kansen of percentages een ‘verkeerde kant’ op slaan, en daarmee leiden tot een onterechte veroordeling. Het feit dat kansverlies vaak als een ongrijpbaar gegeven wordt beschouwd is dus niet minder waar voor zijn tegenhangers. Het is dan ook de materiële uitkomst van de benadering die de doorslag dient te geven in het wel of niet hanteren van het leerstuk.

Vanuit de formele gezichtspunten levert het gebruik van het verlies van een kans weinig problemen op. Positiefrechtelijk gezien lijkt er geen reden om aan te nemen dat het verlies van een kans niet zou passen in het huidige rechtssysteem. Het Nederlandse kansschadeleerstuk doet namelijk al geruime tijd dienst als oplossing voor het probleem van een onzeker oorzakelijk verband. Bovendien heeft de Hoge Raad recentelijk zijn toepassing voor het medische aansprakelijkheidsrecht bevestigd. Hoewel in de wet, rechtspraak, en literatuur de grondslag van een leerstuk van het verlies van een kans niet altijd even helder blijkt, is er geen tegengesteld hoorbaar jégens zijn formele toepassing. Omdat het leerstuk van *loss of a chance* in het Engelse medische aansprakelijkheidsrecht niet wordt toegepast, valt hieraan wat betreft de formele implementatie helaas geen richting te ontlelen.

Iets problematischer lijkt een misverstand dat zowel in de Engelse als Nederlandse doctrine tot discussie leidt. Zeker in de Engelse rechtspraak wordt uitgegaan van de opvatting dat het leerstuk van *loss of a chance* ter vervanging zou dienen voor het aloude causaliteitsleerstuk van *but for*. Ook verschillende Nederlandse auteurs bestrijden een vergelijkbare visie voor de *condicio sine qua non*. Dit is terecht, want het is onlogisch om de causaliteitstoets van de *werkelijke mate van waarschijnlijkheid* te vervangen door een hypothetische toets van de *kans op een beter resultaat*. De causaliteit krijgt dan een zuiver hypothetische grondslag, terwijl het dezelfde extreme uitersten als gevolg behoudt. Dit formele bezwaar verdwijnt echter wanneer het verlies van een kans wordt gehanteerd als leerstuk van zelfstandig nadeel. De causaliteitseis blijft dan bestaan, maar het verband dient te worden gevestigd tussen de fout en het *geleden nadeel* ‘verlies van een kans’. Nu het verlies als een kans in zijn geheel als zelfstandig nadeel

wordt gezien, is er eveneens geen sprake van een controversiële berekeningswijze van schade in de omvangsfase.

Door afstand te nemen van het leerstuk van het verlies van een kans als causaliteitsleerstuk, verdwijnen ten slotte ook alle systematische bezwaren. Indien de rechtspraak het acceptabel acht om een hypothetische situatie als vorm van zelfstandig nadeel aan te voeren, dan blijven de gevestigde leerstukken van causaliteit, de vestiging, en de begroting van de schadeomvang in hun oude vorm bestaan. Het systeem van het Nederlands (medische) aansprakelijkheidsrecht blijft met de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans dus geheel intact.

Al met al levert de toepassing van het leerstuk van het verlies van een kans een gevoelsmatig rechtvaardigere rechtsbedeling op, zonder veel aantoonbaar nadelige gevolgen. Bovendien zorgt het voor een betere invulling van de juridische norm van de zorgplicht. Omdat er anderzijds geen standhoudende bezwaren bestaan voor de formele toepassing van het leerstuk, is verlies van een kans bij uitstek aangewezen als oplossing voor een onzeker oorzakelijk verband in zaken van medische aansprakelijkheid.

§ 5.2 Afsluiting en aanbevelingen

In dit onderzoek is, aan de hand van de doctrines van kansschade en *loss of a chance*, inzicht gegeven in de argumenten voor en tegen het leerstuk van het verlies van een kans als oplossing voor een onzeker oorzakelijk verband in het medische aansprakelijkheidsrecht. Het is aan een volgend onderzoeker om in te gaan op de vraag of het huidige leerstuk formeel of materieel gezien nog verbeterd kan worden. Omdat het Engelse *loss of a chance* in de praktijk niet wordt toegepast, was een dergelijke conclusie uit deze rechtsvergelijking nog niet uitgebreid te trekken. Rechtssystemen van andere landen bieden wellicht uitvoeriger inzichten.

Hoewel er voor Nederland al veel geschreven is over de uitwerking van kansschade in vergelijking tot, bijvoorbeeld, proportionele aansprakelijkheid, zou aanvullend onderzoek over soortgelijke leerstukken in andere landen waardevolle informatie op kunnen leveren. Ook daarin zit nog een ontwikkeling voor het algemene en medische aansprakelijkheidsrecht. Ten slotte zou het interessant zijn om onderzoek te doen naar de praktijkgevolgen van het leerstuk van het verlies van een kans. In de literatuur worden nog veel aannames gedaan die door feitelijk onderzoek al dan niet onderuit kunnen worden gehaald. Denk hierbij aan de aanzuigende werking van claims, of de bevorderlijke prikkel die het leerstuk heeft voor de kwaliteit van de zorg.

LIJST VAN GERAADPLEEGDE LITERATUUR

Boeken, proefschriften en tijdschriftartikelen

A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband: een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink, 1997

A.J. Akkermans, 'Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind?' *VR* 1999/3

A.J. Akkermans, 'Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid', in: A.J. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag 2000

A.J. Akkermans, 'Proportionele schadevergoeding bij longkanker door asbest en/of roken', *VRA* 1999/7

Asser/Hartkamp 4-I 2004

Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II 2013

Asser/Wansink, Van Tiggele & Salomons 7-IX* 2012

V. Black, 'Ghost of a Chance: Gregg v. Scott in the House of Lords', *Health Law Review* 2005/14

H. Bocken, 'Vergoeding van medische schade: aansprakelijkheid of solidariteit?', *TPR* 2009/1

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

H.M.B. Brouwer, 'Naar een dominant-cause-leer in het Nederlandse verzekeringsrecht?', *NTvH* 2014/1

A.G. Castermans & P.W. den Hollander, 'Omgaan met onzekerheid. Proportionele aansprakelijkheid, artikel 6:101 BW en de leer van de kansschade', *NTBR* 2013/21

R.L.M. Cox, 'Proportionele aansprakelijkheid versus kansverlies. Tussen dogmatiek en praktijk', *NTBR* 2016/33

C. van Dam, *European Tort Law*, Oxford: Oxford University Press 2006

Chr. H. van Dijk, 'Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven', *TvP* 2013/3

Chr. H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid versus kansschade: gelijke monniken', in: F.T. Oldenhuis & H. Vorsselman (red.), *Causaliteit in letselschadezaken*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2014

J.M.L. van Duin, T. Novakovski & C.B. Vreede, 'Wanneer is fout ook goed fout? Beroepsaansprakelijkheid van advocaten onder de loep', *MvV* 2012/9

E.A.L. van Emden & M. de Haan, *Beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Kluwer 2014

M.G. Faure, 'Proportionele aansprakelijkheid', in: A. Hammerstein e.a., *Causaliteit*, Den Haag: Koninklijke Vermande/Sdu 2003

I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht: een rechtsgeleerde dialoog* (Preadvies Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008), Deventer: Kluwer 2008

F. Gorlé, G. Bourgeois, H. Bocken e.a., *Rechtsvergelijking*, Brussel: Story-Scientia 1991

T. Hartlief, 'Proportionele aansprakelijkheid: een introductie', in: A.J. Akkermans, M. Faure &

T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000

M.L. Hendrikse, Ph.H.J.G. van Huizen & J.G.J. Rinkes, *Verzekeringsrecht praktisch belicht*, Deventer: Kluwer 2011

S. Hoppenfeld & M. Zelde, *Orthopaedic Dictionary*, New York: Lippincott-Raven 1994

C.J.M. Klaassen, 'Kansschade en proportionele aansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad geen zijden van dezelfde medaille', *AV&S* 2013/14

D. Kokkini-Iatridou e.a., *Een inleiding tot het rechtsvergelijkende onderzoek*, Deventer: Kluwer 1988

J.S. Kortmann, 'Karamus/Nefalit: proportionele aansprakelijkheid?', *NJB* 2006/1109

J.S. Kortmann, 'Meervoudige causaliteit: over alternativiteit bij daders én benadeelden', in: C.J.M. Klaassen & J. Spier (red.), *Causaliteitsperikelen* (Preadvies voor de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht 2012), Deventer: Kluwer 2012

M. Lunney & K. Oliphant, *Tort Law: Text and Materials*, Oxford: Oxford University Press 2013

G. van Maanen, 'Proportionele schadevergoeding bij asbestclaims. De zaak Schaier/De Schelde', in: A.J. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000

H. McGregor, 'Loss of a chance – where has it come from and where is it going?', *Journal of Professional Negligence* 2008/1

S. Melmed & D. Kleinberg, 'Pituitary masses and tumors', in: S. Melmed, K.S. Polonsky & P.R. Larsen e.a., *Williams Textbook of Endocrinology*. Philadelphia: Elsevier Saunders 2016

R. Mulheron, *Principles of Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2016

F. Nevens & H.J. Metselaar, *101 Vragen over leverziekten en –transplantatie*, Houten: Lannoo 2007

J.H. Nieuwenhuis, 'Disproportionele aansprakelijkheid', *RMThemis* 2006/5

J.H. Nieuwenhuis, 'Eurocausality', in: H. Tiberg (red.), *Essays on tort, insurance, Law and Society in honour of Bill W. Dufwa* (Volume II), Stockholm: Jure Förlag AB 2006

J. van Nugteren & F.D. Winkel, *Orthopedische Casuïstiek - Onderzoek en behandeling van de heup*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2007

K. Oliphant, 'Loss of a Chance as Damage: England and Wales', in: B. Winiger, H. Koziol, A. Koch e.a. (red.), *Digest of European Tort Law Volume 2: Essential Cases on Damage*, Berlijn: Walter de Gruyter 2012

D. Peeperkorn, 'Het feest van de gedaagde, kritiek op de proportionele leer', in: A.J. Akkermans, M. Faure & T. Hartlief (red.), *Proportionele aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000

D. Peeperkorn, 'Het oordeel van Paris. Over medische kunstfouten en kansen op schade', *VRA* 1998/11

H. Reece, 'Losses of Chances in the Law', *The Modern Law Review* 59/2

G.R. Rutgers & H.B. Krans, *Pitlo. Het Nederlands burgerlijk recht. Deel 7. Bewijs*, Deventer: Kluwer 2014

J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2012

S. Steel, *Proof of Causation in Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press 2015

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Schade, causaliteit, en schadebegroting', *WPNR* 2016/7108

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid', *NJB* 2016/31

A.J. Van & R.P. Wijne, 'Lies, damned lies, and statistics', *TvVP* 2012/1

J. de Vries, *Oncologie voor de algemene praktijk*, Assen: Koninklijke Van Gorcum 2009

J.P. de Winter, K.F.M. Joosten & M.M. IJland e.a., 'Nieuwe Nederlandse richtlijn voor vitamine K-toediening aan voldragen pasgeborenen', *NTvG* 2011/144

C. Witting, *Street on Torts*, Oxford: Oxford University Press 2015

J.C.J. Wouters, 'Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en verlies van een kans in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht (deel II)', *WPNR* 2013/6974

D. Zivkovic, 'Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband', in: R.M.A. van der Poel, D.A. Scheenjes & T.B.D. van der Wal (red.), *Causaliteit: Top-down en bottom-up in het Nederlands en transnationaal perspectief*, Apeldoorn: Maklu 2010

Elektronische bronnen en medische richtlijnen

D. Allan, 'Proof of causation by material contribution: 'but for' by another name?', *Byrom Street Chambers* 2011 (online publiek)

R.J.B. Boonekamp, in: GS Schadevergoeding, art. 6:98 BW (online, laatst bijgewerkt op 9 januari 2017)

R. Borret, 'Medical negligence: causation', *3pb.co.uk* (online via Westlaw UK, laatst bijgewerkt op 10 augustus 2015)

Richtlijn Prematurenretinopathie NOG/NVK 2012 (online, laatst bijgewerkt in juli 2012)

K. Teuben, 'Het verschil tussen proportionele aansprakelijkheid en kansschade', *Cassatieblog.nl* 2013-5 (online, laatst bijgewerkt op 3 januari 2013)

R.P. Wijne, in: GS Onrechtmatige daad (online, laatst bijgewerkt op 21 februari 2017)

LIJST VAN GERAADPLEEGDE JURISPRUDENTIE

Hoge Raad

HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR: ZC2467, LJN ZC2467, NJ 1998/257 (*Baijings*)
HR 9 januari 1999, ECLI:NL:HR:1998:ZC2543, NJ 1999/413
HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299, NJ 2004/307 m.nt. W.D.H. Asser (*Seresta*)
HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7190, NJ 2005/78 (*foetale nood*)
HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, NJ 2007/256 (*Tuin Beheer*)
HR 7 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3670, NJ 2007/644
HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, NJ 2007/63 (*Kranendonk*)
HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, LJN BO1799, NJ 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*)
HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8249, LJN BX8249, NJ 2013/236 (*Nationale Nederlanden/X c.s.*)
HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237, JA 2013/41 (*Deloitte Belastingadviseurs/H&H Beheer*)
HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133 (*Baby Esther*)

Gerechtshoven

Hof Amsterdam 4 januari 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AB8629, NJ 1997/213 (*Baby Ruth*)
Hof Amsterdam 24 januari 2008, ECLI:NL:GHAMS:2008:BC9815, JA 2008/69
Hof Arnhem 14 december 1999, ECLI:NL:GHARN:1999:AC3940, VR 2001/19
Hof Arnhem 2 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8853, JA 2012/208 m.nt. R.P. Wijne
Hof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ1711
Hof Arnhem-Leeuwarden 1 maart 2016, ECLI:NL:GHARL:2016:2005, JA 2016/151
Hof Den Bosch 6 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1265, JA 2014/92
Hof Den Bosch 17 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:933
Hof Den Bosch 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4163, GJ 2016/1 m.nt. R. Wijne
Hof Den Bosch 3 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1741
Hof Den Haag 10 oktober 2002, ECLI:NL:GHSGR:2002:AF5796, NJ 2003/99, VR 2003/155
Hof 's-Gravenhage 28 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI4768, LJN BI4768
Hof Leeuwarden 17 april 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW2983, JA 2012/144, m.nt. P.J. Klein Gunnewiek

Rechtbanken

Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, ECLI:NL:RBAMS:1998:AD2956, NJ 1999/406

Rb. Amsterdam 28 mei 2003, ECLI:NL:RBAMS:2003:AH8760, *NJ* 2004/45
 Rb. Amsterdam 22 december 2004, ECLI:NL:RBAMS:2004:AU0292, *VR* 2005/104
 Rb. Amsterdam 13 november 2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7837, *GZR-Updates.nl* 2014-0003
 m.nt R.P. Wijne
 Rb. Alkmaar 3 oktober 2002, ECLI:NL:RBALK:2002:AE8326
 Rb. Arnhem 26 januari 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BP5299, *JA* 2011/82
 Rb. Den Haag 12 juli 2000, ECLI:NL:RBSGR:2000:AK4345, *VR* 2001/20
 Rb. Gelderland 25 april 2016, ECLI:NL:RBGEL:2016:1941
 Rb. Haarlem 1 maart 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AV5277, *JA* 2006/66
 Rb. Middelburg 28 april 2004, ECLI:NL:RBMID:2004:AP0788
 Rb. Rotterdam 2 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW4845, *JA* 2012/7

House of Lords (VK)

Bagley v North Herts HA [1986] 136 NLJ 1014
Barnett v Chelsea & Kensington Hospital Management Committee [1968] 2 WLR 422
Chester v Afshar [2004] 3 WLR 927
Chester v Afshar [2005] 1 AC 134
Coudert Bros v Normans Bay Ltd [2004] EWCA Civ 215
Fairchild v Glenhaven Funeral Services Ltd [2003] 1 AC 32
Mallett v. McMonagle [1970] A.C. 166
Chaplin v Hicks [1911] 2 KB 786
Gregg v Scott [2005] 2 AC 176
Gregg v Scott [2002] EWCA Civ 1471
Hotson v East Berkshire HA [1987] AC 750, 2 W.L.R. 287
Hotson v East Berkshire HA [1985] 1 WLR 1036
Wilsher v Essex Area HA [1988] AC 1074
Webb v Portsmouth Hospitals NHS Trust [2002] P.I.Q.R. P8
Wright v Cambridge Medical Group [2011] EWCA Civ 669
Wright v Cambridge Medical Group [2013] QB 312