

Proportionele aansprakelijkheid en kansschade: spiegelbeeldige situaties, zelfde uitkomst?

HR 14 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1454 (Cardiologen/Staat)

*Mr. drs. H.J.Th. Kolstee en mr. J.B.R. Regouw**

1 De voorgeschiedenis

De feiten in de zaak *Cardiologen/Staat* zijn talrijk en ingewikkeld. Bovendien wordt het belang van de feiten door procespartijen nogal verschillend geïdentificeerd, terwijl de beoordeling door hof en Hoge Raad zeer nauw verweven is met die feiten. Wij geven de belangrijkste gebeurtenissen kort weer.

Op de afdeling cardiologie van het Ruwaard van Putten Ziekenhuis overleden opvallend veel patiënten, althans dat leek statistisch gezien het geval te zijn. Eind 2011 liet het ziekenhuis daarom extern onderzoek verrichten door onderzoeksbureau Medirede. Ook de Inspectie voor de Gezondheidszorg (hierna: de IGZ) deed in 2012 meerdere inspectiebezoeken met bijbehorende rapportage aan het ziekenhuis en aan de artsen die in maatschapsverband cardiologie bedreven (hierna: de cardiologen). In dezelfde periode voerden de cardiologen overleg over een verbetertraject met de raad van bestuur van het ziekenhuis.

In oktober 2012 was het inspectierapport van Medirede gereed. Volgens Medirede was bij sommige hartpatiënten sprake geweest van een ongunstige gezondheidsontwikkeling, die mogelijk of waarschijnlijk aan hun overlijden had bijgedragen. Medio november 2012 verbood het ziekenhuis de cardiologen met onmiddellijke ingang verdere zorg te verlenen. De cardiologen kregen een ‘time-out’ opgelegd, waarna zij met een zienswijze over hun toekomst bij het ziekenhuis konden komen. Op 13 november plaatste de IGZ het ziekenhuis onder verscherpt toezicht. Op 21 november schorste de IGZ de zorgbevoegdheid van de cardiologen in het ziekenhuis, aanvankelijk voor zeven dagen, maar daarna voor onbepaalde tijd.¹ Het schorsingsbesluit werd openbaar gemaakt, waardoor de cardiologen ongunstig in de publiciteit kwamen.²

Andere, externe artsen namen tijdelijk de werkzaamheden van de geschorste cardiologen in het ziekenhuis over. De cardiologen vroegen de IGZ in maart 2013 hun schorsing op te heffen, maar de IGZ liet deze in stand. In mei van dat jaar werd het verscherpt toezicht op het ziekenhuis opgeheven, maar de cardiologen hadden daar weinig baat bij, aangezien het al jaren ernstig verlieslijdende ziekenhuis op 24 juni 2013 failliet werd verklaard.

De cardiologen bewandelden vóór en na het faillissement van het ziekenhuis de bestuursrechtelijke rechtsgang tegen het schorsingsbesluit van de IGZ. Uiteindelijk met succes. Nadat hun bezwaar en beroep ongegrond waren verklaard, oordeelde de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State (hierna: de ABRvS) in 2015 dat de IGZ de ordemaatregel van schorsing (inhoudende dat de cardiologen vooralsnog geen zorg meer mochten verlenen) niet voor onbepaalde tijd had mogen verlengen. De IGZ had er in feite een beroepsverbod van gemaakt, en dat ging te ver.³ Toen op 17 december 2012 de afdeling cardiologie van het ziekenhuis werd heropend, was het acute gevaar voor de patiëntveiligheid volgens de ABRvS geweken. Vanaf dat moment had het schorsingsbesluit – dat de patiëntveiligheid diende – niet mogen worden gehandhaafd, reden waarom de ABRvS het besluit alsnog herriep.⁴

Het IGZ-besluit om de cardiologen door middel van de schorsing het werken onmogelijk te maken, kwam overigens niet uit de lucht vallen. Ook de Nederlandse Vereniging van Cardiologen, de situatie onderzocht hebbende, oordeelde dat de zorg van de cardiologen ondermaats was, met name waar het aankwam op (a) de communicatie en zorgverlening in de laatste levensfasen van terminale patiënten, (b) het bijhouden van volledige dossiers en (c) de noodzakelijke zelfreflectie van de cardiologen.⁵ De IGZ voerde medische tuchtprocedures tegen

* Mr. drs. H.J.Th. Kolstee is advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam. Mr. J.B.R. Regouw is advocaat bij Clifford Chance te Amsterdam.

1 De grondslag voor de aantasting van de praktijkuitoefening van de cardiologen is art. 8 lid 4 Kwaliteitswet zorginstellingen. Dit is niet van belang voor dit artikel en blijft verder onbesproken.

2 Zie bijv. <https://nos.nl/artikel/581930-tijdlijn-ruwaard-van-putten>.

3 ABRvS 12 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2588.

4 ABRvS 12 augustus 2015, ECLI:NL:RVS:2015:2588, r.o. 19.4 en 21.

5 Hof Den Haag 15 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1734, r.o. 2.3.

de cardiologen teneinde hun doorhaling in het BIG (beroepen in de individuele gezondheidszorg)-register te bewerkstelligen; een daadwerkelijk en permanent beroepsverbod dus. Het medisch tuchtcollege volstond evenwel met berispingen. Daartoe was mede redengevend dat – naar inmiddels was gebleken – de sterftecijfers van de afdeling cardiologie niet hoger waren dan het landelijk gemiddelde voor ziekenhuizen van vergelijkbare omvang; de aanvankelijk veronderstelde oversterfte was dus niet aanwezig.

2 De vordering tot schadevergoeding en de beoordeling daarvan

De cardiologen spreken de Staat aan tot schadevergoeding wegens de onrecht gehandhaafde schorsing die de IZG hun had opgelegd. Zij vorderen onder meer vergoeding van gedeelde inkomsten. Feit is dat geen van de cardiologen uiteindelijk nog werk vond als cardioloog. Een heeft helemaal geen werk meer gevonden, een is als arts in een revalidatiekliniek in Duitsland aan de slag gegaan, en een is sinds 2019 huisarts. Daarnaast stellen de cardiologen dat zij schade leden doordat zij hun praktijk niet konden verkopen. Ten slotte zou de IGZ zich in de tuchtprocedures ontoelaatbaar negatief over hen hebben uitgelaten, eveneens met vermogensschade tot gevolg.

In de civiele procedure van de cardiologen tegen de Staat is de onrechtmatigheid van de schorsing vanaf 17 december 2012 een gegeven; dit volgt uit de vernietiging van het verlengde schorsingsbesluit door de ABRvS. Minder eensgezind zijn de gerechtelijke instanties over de vraag of de onrechtmatige schorsing schade heeft toegebracht aan de cardiologen, en zo ja, hoe die schade moet worden begroot in het licht van de vele andere omstandigheden die (eveneens) bijdroegen aan de geknakte carrières van de cardiologen; deze omstandigheden komen hierna nog aan bod.

De rechtbank begroot de inkomensschade van de cardiologen wegens het onrechtmatig handelen van de Staat met toepassing van het kansschadeleerstuk.⁶ Bij deze insteek is het *condicio sine qua non*-verband (hierna: csqn-verband) tussen de fout van de aansprakelijke partij en de schade van de benadeelde per definitie gegeven. De schade, in de zin van het nadelige gevolg van de fout, is de gemiste kans op een betere uitkomst. De omvang van de vergoedbare schade is de op geld gewaardeerde gemiste kans op die betere uitkomst in het hypothetische scenario zonder de fout. De rechtbank veroordeelt de Staat de cardiologen schadevergoeding te betalen, in essentie ter hoogte van 6,25% van hun hypothetische inkomsten tot aan hun pensioendatum. Dit percentage is de door de rechtbank geschatte kans op 'het voortzetten van de cardiologische werk-

zaamheden tegen betaling' indien de onrechtmatige schorsing wordt weggedacht.⁷

Het hof daarentegen overweegt dat het leerstuk van de kansschade ongeschikt is voor het begroten van de schade van de cardiologen wegens het onrechtmatig handelen van de Staat.⁸ Volgens het hof ontbreekt het vereiste csqn-verband tussen de aansprakelijkheidvestigende gebeurtenis en het verlies van een kans op succes, juist omdat nog ter discussie staat óf als gevolg van het handhaven van het bevel de cardiologen de mogelijkheid is ontnomen inkomen te verwerven met de uitoefening van hun specialisme. Het hof acht niet op voorhand aannemelijk dat het enkele handhaven van de schorsing tot de gestelde inkomens- of andere schade heeft geleid. Het hof wijst op allerlei andere omstandigheden die hebben bijgedragen aan het ongewilde einde van de carrière van de cardiologen:⁹

- het bevel van 21 november 2012,
- de rechtmatige verlenging daarvan tot 17 december 2012,
- de door de Afdeling gegeven gronden voor de vernietiging van het verlengingsbesluit,
- de overwegend kritische rapporten over het functioneren van de cardiologen,
- de negatieve publiciteit,
- de in het hypothetische geval relatieve korte terugkeer naar de afdeling cardiologie,
- het faillissement en
- de tuchtzaak,

maken de kans klein dat de cardiologen in een andere setting werk als cardioloog hadden gevonden als het bevel feitelijk op 17 december 2012 was beëindigd. Hier voegt het hof nog aan toe dat de cardiologen weliswaar hebben aangevoerd dat geen enkele sollicitatie heeft geleid tot een baan als cardioloog, maar hebben nagelaten inzicht te geven in de afwijzingsgronden.

Niet is dus duidelijk of de onrechtmatige voortdoring van het bevel bij deze afwijzingen enige rol van betekenis heeft gespeeld.⁷

Hier had het hof kunnen ophouden met motiveren en de vordering integraal kunnen afwijzen. Immers, indien de eiser geen causaal verband aantoonde tussen de fout en de gestelde schade, kan de rechter geen schadevergoeding toewijzen, terwijl de onrechtmatigheid van het verlengingsbesluit zoals gezegd vaststond.

⁶ Rb. Den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14015, r.o. 4.23 e.v.

⁷ Rb. Den Haag 28 november 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14015, r.o. 4.42. De rechtbank wijst ook andere schadeposten toe (zie r.o. 4.36 e.v.), maar omwille van de leesbaarheid beperken wij ons tot de post 'gedeerde inkomsten'.

⁸ Hof Den Haag 15 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1734, r.o. 5.35 e.v. Zowel Staat als cardiologen hadden, ieder om eigen redenen, bezwaar gemaakt tegen de kansschade-insteeke van de rechtbank.

⁹ Hof Den Haag 15 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1734, r.o. 5.35. Opmaak toegevoegd door auteurs.

In plaats daarvan overweegt het hof ‘dat het *ook zonder toepassing van het leerstuk van de kansschade* aankomt op een inschatting van de mate van waarschijnlijkheid dat de cardiologen bij het uitblijven van de onrechtmatige verlenging als cardioloog werk hadden gevonden’ (curs. HK & JR); dit onder verwijzing naar het Hoge Raadarrest in de Srebrenica-zaak.¹⁰ In die zaak hadden beide partijen feiten aangevoerd op grond waarvan naar hun mening wel of geen causaal verband bestond tussen de onrechtmatige daad (het wegsturen van Bosnische moslimmannen uit het Dutchbat-kamp) en de schade (de etnisch gemotiveerde massamoord op dezelfde Bosnische moslimmannen en daaruit voortvloeiende vermogensschade). In cassatie klaagden beide partijen over het causaliteitsoordeel van het hof. De Hoge Raad deed de Srebrenica-zaak zelf af door, in het licht van de door het hof in aanmerking genomen omstandigheden, te oordelen dat ‘al met al’ de kans dat de schade niet was ingetreden zonder het onrechtmatig handelen klein, maar niet verwaarloosbaar was te achten. De Hoge Raad schatte die kans in het licht van alle omstandigheden op 10%, en spreekt een verklaring voor recht uit dat de Staat onrechtmatig heeft gehandeld en de moslimmannen een (overlevings)kans van 10% heeft ontnomen.¹¹

De omstandigheden die het hof afweegt bij het maken van zijn inschatting in de procedure tussen de cardiologen en de Staat, zijn in te delen in twee categorieën. Ten eerste factoren die de door de cardiologen gestelde hypothetische situatie zonder het onrechtmatig handelen van de Staat weerspreken: de misstanden op de afdeling cardiologie, de negatieve publiciteit rond hun functioneren en het faillissement van het ziekenhuis. Hiertegenover staan factoren die juist wijzen op een reële kans dat de cardiologen wél in die hoedanigheid verder hadden kunnen werken indien zij niet onrechtmatig lang zouden zijn geschorst: de uitkomsten van het tweede onderzoek naar hun functioneren, waaruit geen bijzondere oversterfte volgde, het relatief milde oordeel van de tuchtrechter en het gegeven dat de cardiologen bezig waren met een herstelplan. Dit alles brengt het hof tot het oordeel dat als de onterechte schorsing wordt weggedacht, twee van de drie cardiologen 10% kans zouden hebben gehad om ergens anders hun cardiologenberoep uit te oefenen; bij de derde cardioloog, die zich kort na de schorsing had ziek gemeld, is die kans 5%. De toegewezen schadevergoeding bedraagt de genoemde percentages van de veronderstelde inkomsten indien de cardiologen tot aan hun pensioen hun beroep hadden uitgeoefend. De cardiologen krijgen dus niet hun volledige gestelde schade vergoed, maar zij worden evenmin met lege handen naar huis gestuurd. Het hof schat de kans dat de schade door de vastgestelde normschending is ontstaan, dus hoger dan nul (namelijk 10% en 5%).

Zowel de cardiologen als de Staat gaan in cassatie; wij laten het met art. 81 Wet RO verworpen principale cassatieberoep van de cardiologen verder onbesproken. De Staat klaagt in zijn in-

cidentele cassatieberoep dat, voor zover het hof niet het leerstuk van de kansschade, maar wel het (hierna te bespreken) leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid heeft toegepast, het hof de strenge eisen voor toepassing daarvan heeft miskend. Het hof verzuimde namelijk te motiveren welke omstandigheden schadebegroting via proportionele aansprakelijkheid rechtvaardigen. De Hoge Raad verklaart deze klacht gegrond. Hij stelt voorop dat het hof ‘klaarblijkelijk’ het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid heeft toegepast. Maar het hof heeft ‘ofwel de daarbij vereiste terughoudendheid miskend, ofwel zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd’. Wat het hof had moeten doen, maar heeft nagelaten, was onderzoeken en motiveren:

- ‘of de vastgestelde kansen dat de schade door de normschending is veroorzaakt, niet zeer klein waren’; en voorts
- ‘of en, zo ja, waarom de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending – waaronder is begrepen de aard van de door de cardiologen geleden schade – deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen’.

3 Proportionele aansprakelijkheid versus kansschade

Het begrip ‘proportionele aansprakelijkheid’ wordt meestal herleid tot het arrest Nefalit/Karamus.¹² Werknemer Karamus, lijdende aan een bijzonder nare vorm van longkanker, stelde zijn voormalige werkgever Nefalit aansprakelijk uit onrechtmatige daad wegens langdurige blootstelling aan asbest in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Het hof nam een normschending door Nefalit aan, maar kon geen causaal verband vaststellen tussen die normschending en de door Karamus ondervonden gezondheidsschade. Daarbij speelde een rol dat Karamus een stevige roker was, wat eveneens een mogelijke oorzaak was van zijn longkanker. In deze omstandigheden achtte de Hoge Raad het – uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid – onaanvaardbaar om de gehele schade voor rekening van een van de partijen te laten komen, ‘mede gelet op de aan artikel 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten’,¹³ dat wil zeggen de in de wet verankerde mogelijkheden om de schade te verdelen over verschillende aangesproken partijen of over de aangesproken partijen en de eiser tot schadevergoeding zelf. In de zienswijze van de Hoge Raad kon de werkgever tot vergoeding van de gehele schade worden veroordeeld, verminderd met de geschatte bijdrage van de werknemer aan het ontstaan van zijn eigen schade. Een proportionele verdeling naar rato van de veroorzakingswaarschijnlijkheid dus. In latere uitspraken vereenvoudigde de Hoge Raad de proportionele methode. In plaats van ‘volledige schadevergoeding minus factoren buiten de risicosfeer van de laedens’ werd het ‘schadevergoeding naar rato van factoren waarvoor de laedens aansprakelijk is’.¹⁴

Toepassing van proportionele aansprakelijkheid is niet *a priori* beperkt tot gevallen van werkgeversaansprakelijkheid voor ge-

10 HR 19 juli 2019, ECLI: NL:HR:2019:1223, r.o. 4.7.8.

11 HR 19 juli 2019, ECLI: NL:HR:2019:1223, r.o. 4.7.9 en 5.10.

12 HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092.

13 HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, r.o. 3.13.

14 HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092.

zondheidsschade. Volgens de Hoge Raad moet de rechter die overgaat tot toepassing daarvan, in zijn motivering wel verantwoord worden waarom de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending toepassing van de proportionele aansprakelijkheid rechtvaardigen.¹⁵ De gegeven motivering moet toereikend zijn om het oordeel te dragen dat de onzekerheid over de veroorzaking van de schade (in de zin van *cs-qn-verband*) redelijkerwijs niet volledig voor rekening behoort te komen respectievelijk te blijven van de normschender respectievelijk degene die het betreffende nadeel ondervindt.¹⁶ Voor zover ons bekend, heeft de Hoge Raad echter nog nooit toepassing van proportionele aansprakelijkheid goed gevonden buiten gevallen van personen- en gezondheidsschade.

Samenvattend: iemand kan aansprakelijk zijn voor een gedeelte van eens anders ondervonden nadeel naar rato van de geschatte, eventueel statistisch gereconstrueerde, bijdrage van zijn fout aan dat nadeel, mits vaststaat dat (a) hij een fout heeft gemaakt, en (b) zijn wederpartij nadeel ondervindt dat in de hypothetische situatie zonder fout misschien zou zijn uitgebleven, terwijl (c) de mogelijkheid bestaat dat deze fout de gehele schade heeft veroorzaakt. De rechter mag deze manier van schadebegroting alleen in bijzondere gevallen toepassen, omdat immers niet vaststaat dat de schade daadwerkelijk – geheel of ten dele – is ontstaan door toedoen van de aangesproken partij.

Tot een nadere uitwerking of concretisering van gevalstypen waar de proportionele aansprakelijkheid juist wel of niet moet worden toegepast, is het ook in het hier becommentarieerde arrest niet gekomen. Uit eerdere jurisprudentie noch uit deze uitspraak valt op te maken wat de Hoge Raad precies bedoelt met de ‘vereiste terughoudendheid’ voor toepassing van de proportionele aansprakelijkheid. Ook blijft onduidelijk in welke gevallen proportionele schadebegroting nu wel en niet toelaatbaar is vanwege de aard van de geschonden norm, althans de aard van de normschending. Toepasselijkheid van deze bijzondere regel lijkt, zoals gezegd, niet op voorhand te zijn beperkt tot gevallen van letselschade, en evenmin beperkt tot gevallen waarin het bewijs van het causale verband tussen de fout en de schade moeilijk leverbaar is; dit laatste volgt uit het arrest *Fortis/Bourgonje*.¹⁷ Maar kennelijk was het lot van de cardiologen – die ten onrechte werden weerhouden van hun beroepsuitoefening door een onrechtmatige daad van de Staat – niet schrijnend genoeg voor proportionele aansprakelijkheid. Daarnaast is er ‘de aard van de door de cardiologen geleden schade’, te weten gederfde inkomsten, die volgens de cardiologen in de miljoenen euro’s liep. Ook dat is blijkbaar onvoldoende voor toepassing van de proportionele aansprakelijkheid.

Verwant aan proportionele aansprakelijkheid, maar volgens de Hoge Raad daarvan te onderscheiden, is het leerstuk van de

kansschade. Deze methode van schadebegroting is ontwikkeld in en voor gevallen met een beroepsfoutelement. Bijvoorbeeld een advocaat die vergeet zich tijdig te stellen¹⁸ of in hoger beroep te gaan.¹⁹ De Hoge Raad benoemde in het richtinggevend arrest *Deloitte/H&H*²⁰ kansschade als geëigende oplossing voor gevallen waarin weliswaar vaststaat dat de aangesproken partij een fout heeft gemaakt, maar niet kan worden vastgesteld wat de schade is die door die fout is ontstaan. Om als voorbeeld bij het nagelaten hoger beroep te blijven: de beroepsfout van de advocaat staat vast, maar een gunstige uitkomst zónder die fout is daarmee niet gegeven. Ook een tijdig ingesteld hoger beroep kan in verlies eindigen, bijvoorbeeld omdat de zaak inhoudelijk te zwak is. De ‘schade’ bestaat dan uit de gemiste kans dat de beoogde uitkomst zou zijn gerealiseerd; in ons voorbeeld is dat de kans op winst in hoger beroep.

Het toepassingsbereik van de kansschade is in de loop der tijd uitgebreid buiten de beroepsaansprakelijkheid. Zo is dit leerstuk toegepast op de kans dat een bestemmingsplan zou zijn goedgekeurd als de gemeente dit conform toezegging had geprobeerd,²¹ de kans dat een betere medische behandeling blindheid zou hebben voorkomen,²² en de kans dat een bedrogen investeerder zijn geld nog had kunnen terughalen als de bank hem eerder had ingelicht over gerezen vermoedens van fraude.²³ Schadebegroting via kansschade is ook toelaatbaar als het intreden van de kans op het betere resultaat mede afhankelijk zou zijn geweest van het gedrag van de benadeelde partij; dit volgt uit het arrest *ISG/Natwest*.²⁴ In het door het hof genoemde *Srebrenica*-arrest ging het om de overlevingskansen van Bosnische moslimmannen die ten tijde van de Bosnische genocide in 1995 hun toevlucht zochten in de *Dutchbat*-compound. Onder dreiging met Bosnisch geweld werkte *Dutchbat* eraan mee dat de mannen de compound moesten verlaten; eenmaal buiten werden zij weggevoerd en systematisch vermoord door de Bosnische Serviërs. Als zij de compound niet hadden verlaten, zou hun overlevingskans dan ‘reëel’ genoeg zijn geweest om tot aansprakelijkheid van de Nederlandse Staat te komen voor de schade veroorzaakt door hun overlijden? Waar het hof de hypothetische overlevingskans op 30% had geschat, vernietigde de Hoge Raad dat oordeel, en bepaalde hij de kans zelf op 10%, concluderend dat ofschoon het er ‘zeer somber’ uitzag, ‘ook niet geheel [kon] worden uitgesloten dat, als *Dutchbat* de dreiging van geweld had kunnen weerstaan’, de moslimmannen het hadden overleefd.²⁵ De minimale ‘kansdrempel’ heeft de Hoge Raad niet met zoveel

15 HR 25 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, r.o. 3.8.

16 HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349, r.o. 4.3.

17 HR 25 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799.

18 HR 25 september 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4233, NJ 1982/255.

19 HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, NJ 1998/257.

20 HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491.

21 HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683.

22 HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987.

23 HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:461.

24 HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:461. Uitgebreid hierover is ook J. den Hoed, *Denken in kansen. Het leerstuk verlies van een kans stevig verankerd*, MvV 2021, afl. 9, p. 312-322.

25 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, r.o. 4.7.9.

woorden gepreciseerd; duidelijk is alleen dat de kans groter dan nul moet zijn.²⁶

Samenvattend: iemand is aansprakelijk voor kansschade als in elk geval vaststaat dat (a) hij een fout heeft gemaakt, (b) en niet is uitgesloten dat zijn wederpartij zonder de fout in een betere situatie had verkeerd, terwijl (c) de mogelijkheid, maar geen zekerheid bestaat dat de hypothetische betere situatie zich inderdaad had voorgedaan indien de fout wordt weggedacht. In dergelijke gevallen kan de rechter de misgelopen kans op de betere uitkomst schattenderwijs vaststellen aan de hand van door partijen aangereikte feiten en omstandigheden. De omvang van de verschuldigde schadevergoeding is gelijk aan het aldus vastgestelde percentage van de kans op beter, vermenigvuldigd met de geldswaarde van het hypothetische betere scenario.

4 Waarom spreekt de Hoge Raad in deze zaak van proportionele aansprakelijkheid?

Bezien tegen deze doctrinaire achtergrond komt 's hofs aanpak in het besproken arrest dichterbij de buurt van het leerstuk van de kansschade dan de kwalificatie die de Hoge Raad eraan geeft, namelijk een volgens hem niet-toelaatbare toepassing van proportionele aansprakelijkheid. Wij lezen het oordeel van het hof zo, in het bijzonder in het licht van zijn verwijzing naar *Srebrenica*,²⁷ dat hier, anders dan het hof zelf overweegt in r.o. 5.35, juist wél de kansschademethode wordt gebruikt voor de schadebegroting. Het hof spreekt immers van een 'inschatting van de mate van waarschijnlijkheid dat de cardiologen bij het uitblijven van de onrechtmatige verlenging [van de schorsing] als cardioloog werk hadden gevonden'. Vervolgens begroot het hof de vergoedbare schade als een percentage van de veronderstelde inkomstenderving. Met andere woorden, de normschending is gegeven, het causale verband met de gestelde schade is onzeker, maar niet is uitgesloten dat de normschending weggedacht, de cardiologen in een betere positie zouden hebben verkeerd. De vraag is dan wat de schade is die de cardiologen lijden doordat niet de door hen gestelde hypothetische situatie zonder de fout van de Staat (doorwerken als cardioloog tot aan hun pensioen), maar de werkelijke situatie (geen werk meer als cardioloog) is ingetreden. Dit komt volgens ons neer op schadebegroting aan de hand van de kans dat de door de cardiologen gestelde hypothetische situatie zou zijn ingetreden. Dat de door het hof aangehouden percentages zo laag uitvallen, komt doordat het hof ook rekening houdt met de ongunstige ontwikkelingen die de cardiologen sowieso hadden dwarsgezeten, ongeacht de duur van hun schorsing.

De redenering van het hof sluit volgens ons aan bij de Hoge Raad in *Srebrenica*. In beide zaken maakt de rechter een afweging van factoren die de kans op een betere uitkomst in positieve en negatieve zin beïnvloeden, de normschending wegge-

dacht. En zowel (twee van) de cardiologen als de *Srebrenica*-weduwen kregen uiteindelijk slechts 10% van de gevorderde schadevergoeding toegewezen. Wij lezen in *Srebrenica* niet dat deze wijze van schadebegroting slechts toelaatbaar is indien dit wordt gerechtvaardigd door 'de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending'. Dit laatste is volgens de Hoge Raad juist wel aan de orde bij proportionele aansprakelijkheid.

Desondanks oordeelt de Hoge Raad dat het hof in de cardiologenzaak 'klaarblijkelijk' het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid hanteerde. Waarom dat volgens de Hoge Raad zo evident is, is ons niet duidelijk geworden. Het oordeel van de Hoge Raad roept ook andere vragen op, zoals waarin de kenmerkende verschillen tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid zijn gelegen, waarom bij de ene methode rechterlijke terughoudendheid geboden is en bij de andere niet, en of de uitkomst van toepassing van beide leerstukken al dan niet hetzelfde zou moeten zijn. In de kern gaat het erom wat de begrippen 'proportionele aansprakelijkheid' en 'kansschade' nu eigenlijk worden geacht in te houden. Wat ons betreft heeft de Hoge Raad hier een kans gemist om duidelijkheid te scheppen.

5 Proportionele aansprakelijkheid en kansschade, een Siamese tweeling?

In de rechtsliteratuur zijn er auteurs die bepleiten dat de twee figuren niet categorisch van elkaar te onderscheiden zijn,²⁸ althans dat er niet altijd een scherpe lijn te trekken is tussen vergoeding van een verloren gegane kans en proportionele aansprakelijkheid,²⁹ tenminste dat er gevalstypen denkbaar zijn waarop beide leerstukken van toepassing kunnen zijn, die dan tot dezelfde uitkomst zouden leiden.³⁰ Anderen zien wel, en benadrukken dan ook, de door hen veronderstelde verschillen tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid.³¹

28 Zie bijv. concl. A-G Spier 7 september 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BX7491, nr. 3.12.1 met verwijzing naar auteurs in voetnoot 16, onder wie in het bijzonder A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 193 e.v.; Akkermans schreef ook mee aan een noot bij dit arrest, waarin het onderscheid wederom als beperkt wordt gezien, zie HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, JA 2013/41 m.nt. Chr.H. van Dijk en A.J. Akkermans (Deloitte/Hassink). Zie ook 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.

29 C.J.M. Klaassen, *De dader heeft het gedaan, maar wie is de dader?*, in: C.J.M. Klaassen & J. Spier (red.), *Causaliteitsperikelen* (VASR nr. 1), Deventer: Kluwer 2012/I.6.3.

30 Asser/Sieburgh 6-II 2021/79.

31 R.W.E. van Leuken, M.M.C. van de Moosdijk & V. Tweehuysen, *Hartkamp's Compendium van het vermogensrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2017/389 en 396, die schrijven dat de kansschade 'moet' worden onderscheiden van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid, en omgekeerd. Ook Tjong Tjin Tai lijkt het onderscheid tussen beide figuren te willen blijven maken, zie bijv. onder 2 van zijn annotatie onder HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011/250.

26 HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683.

27 HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223.

Het arrest *Cardiologen/Staat* is koren op de molen van degenen die geen relevant onderscheid (dogmatisch of qua uitkomst) zien. De Hoge Raad overweegt immers dat het hof ‘klaarblijkelijk’ proportionele aansprakelijkheid heeft toegepast, terwijl wij – en in onze lezing ook het hof met verwijzing naar jurisprudentie van de Hoge Raad – veeleer voor het etiket ‘kansschade’ zouden kiezen.

Bij bestudering van eerdere uitspraken van de Hoge Raad valt op dat hij weliswaar voorschrijft in welke gevallen het ene of juist het andere leerstuk toepasbaar is, maar geen heldere afbakening geeft van de begrippen ‘proportionele aansprakelijkheid’ respectievelijk ‘kansschade’. Zo wordt het lastig om het onderscheid tussen de twee figuren (verder) te duiden.³² Ook rechtszoekenden hebben weinig houvast als zij de kansen en risico’s van hun eigen zaak vooraf willen inschatten. In het onderstaande doen wij desondanks een poging tot afbakening. Daartoe geven wij eerst de overwegingen van de Hoge Raad uit de leidende arresten ter zake weer, gevolgd door onze interpretatie daarvan.

De Hoge Raad zegt over *proportionele aansprakelijkheid*:³³

‘dat de rechter in gevallen waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending (onrechtmatig handelen of toerekenbaar tekortschieten) van de aansprakelijk gestelde persoon of van iemand voor wie hij aansprakelijk is, dan wel door een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt (of door een combinatie van beide oorzaken), en waarin de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is, de aansprakelijk gestelde persoon mag veroordelen tot schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt.

Deze rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid is derhalve geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over het *condicio-sine-qua-non-verband* tussen enerzijds de normschending en anderzijds de (op zichzelf vaststaande of vast te stellen) schade, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat de schade kan zijn veroorzaakt hetzij door de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis, hetzij door een voor risico van de benadeelde komende omstandigheid, hetzij door een combinatie van beide oorzaken.’

32 Dat het geen gesneden koek is, blijkt al uit de zeer uiteenlopende meningen van rechtswetenschappers en -beoefenaren, waaronder de eerder geciteerde werken van Akkermans en Van Dijk, het artikel van Den Hoed, het proefschrift van Bloembergen en de belangwekkende studie van rechtseconoom B.C.J. van Velthoven, *Verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid: verschillende figuren voor verschillende gevallen?* (I), NTBR 2018, afl. 3, p. 72-79, waarover hieronder meer.

33 HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237 m.nt. S.D. Lindenbergh (Deloitte/Hassink), r.o. 3.5.2.

Wij begrijpen dit als volgt. Gegeven een nadelige situatie waarvan de exacte oorzaak niet kan worden vastgesteld, terwijl sprake is van een *catalogus* met wél bekende *mogelijke* oorzaken, waaronder een vastgestelde normschending van een aangesproken partij, is de ‘proportionele aansprakelijkheid’ de waarschijnlijkheid in procenten dat dit nadeel is veroorzaakt door deze normschending. Het bedrag van de verschuldigde schadevergoeding is het ondervonden nadeel uitgedrukt in geld, vermenigvuldigd met (a) de mate van waarschijnlijkheid dat dit nadeel door deze normschending is veroorzaakt, of (b) de kanstechnisch berekende mate waarin deze normschending aan dit nadeel heeft bijgedragen. Een voorbeeld van situatie a is dat een dak instort na zware sneeuwval.³⁴ Had de aannemer de dakconstructie ondeugdelijk uitgevoerd, of was er zo veel sneeuw gevallen dat de toelaatbare belasting volgens het bestek werd overschreden? Een voorbeeld van situatie b is dat een automobilist zijn voertuig niet tijdig tot stilstand brengt, op een voorligger botst, en daarmee ook zijn eigen auto total loss rijdt. Vast staat dat hij vlak voor het ongeval bezig was met zijn mobiele telefoon, maar ook dat het antiblokkeersysteem in zijn auto dienst weigerde als gevolg van een fabricagefout. Hoeveel moet de fabrikant bijdragen aan de schade?

De Hoge Raad oordeelt dat het leerstuk van de *kansschade* is bedoeld voor gevallen:³⁵

‘waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door [de normschending], dan wel door een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt (of door een combinatie van beide oorzaken), en waarin de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is’.

Wij begrijpen dit zo dat de schade bestaat uit de misgelopen mogelijkheid een betere (waaronder begrepen een minder slechte) uitkomst te realiseren in het hypothetische scenario zonder de normschending. De omvang van de door de laedens verschuldigde vergoeding is de waardering in geld van de betere of minder slechte uitkomst, vermenigvuldigd met de mate van waarschijnlijkheid dat die betere uitkomst zou zijn verwezenlijkt als de fout wordt weggedacht.

Zien wij het goed, dan zijn kansschade en proportionele aansprakelijkheid spiegelbeeldige figuren:

- Bij kansschade wordt onderzocht hoe groot de kans op een *betere uitkomst* zou zijn geweest in het hypothetische scenario dat de schuldenaar geen fout zou hebben gemaakt. De vergoedbare schade van de schuldeiser is de geldswaarde van de misgelopen kans dat het hypothetische betere scenario zich zou hebben verwezenlijkt.
- Bij proportionele aansprakelijkheid daarentegen wordt onderzocht hoe waarschijnlijk het is dat het *ondervonden*

34 Dit zijn voorbeelden die wij zelf hebben bedacht. Iedere gelijkennis met bestaande rechtspraak berust op toeval.

35 HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237 m.nt. S.D. Lindenbergh (Deloitte/Hassink), r.o. 3.5.3.

nadeel daadwerkelijk is veroorzaakt door de fout van de schuldenaar. De vergoedbare schade is de geldswaarde van het ondervonden nadeel, vermenigvuldigd met een percentage dat staat voor de mate van waarschijnlijkheid dat deze fout dit nadeel heeft veroorzaakt.

In beide methoden wordt de vermogenspositie van de eiser in de hypothetische situatie zonder de fout vergeleken met de werkelijke situatie, gegeven de fout. Het volgens ons grootste verschil is dat kansschade begint met de hypothetische situatie zonder de fout (het hoger beroep was wél tijdig ingesteld) en van daaruit terugredeneert (zou het hoger beroep zijn geslaagd?), terwijl proportionele aansprakelijkheid begint met de feitelijke nadelige eindsituatie (Karamus, de kettingrokende asbestzager, lijdt aan mesothelioom) en daaraan de vraag koppelt hoe deze uitkomst is ontstaan. Echter, de keuze om te beginnen bij de niet-bestaande betere situatie (bij kansschade) of de wel bestaande nadelige situatie (bij proportionele aansprakelijkheid) is hooguit van cosmetisch belang. Het wringt om te zeggen dat aan Karamus de kans is ontnomen níét ziek te worden en dood te gaan. Al net zo cru is een hypothetisch scenario waarin Karamus beter uit zou zijn geweest dankzij bespaarde ziektekosten, een uitgebleven lijdensweg en een uitgestelde sterfdag. Maar voor de *uitkomst* maakt het, zoals wij het zien, geen verschil of je begint met wat er had behoren te gebeuren (kansschade), of dat je de werkelijkheid als startpunt neemt (proportionele aansprakelijkheid).

Onze analyse sluit in hoge mate aan bij het werk van rechtsecounoom Van Velthoven.³⁶ Hij geeft eerst systematische weergaven van de situaties met en zonder fout voor zowel kansschade als proportionele aansprakelijkheid. Vervolgens onderzoekt hij de verschillen in de toepasselijkheid van de leerstukken. Van Velthoven beschouwt de door hem gevonden verschillen als ‘uiterlijke verschillen’ waar doorheen moet worden gekeken.³⁷ Wij sluiten ons hierbij aan. Wij kunnen het niet duidelijker verwoorden dan Van Velthoven:³⁸

‘Uiteindelijk is de voor proportionele aansprakelijkheid relevante toename van de kans op een nadelige uitkomst door toedoen van de fout (...) identiek aan het voor het leerstuk van de kansschade relevante verlies van een kans op een gunstige(re) uitkomst door toedoen van de fout (...).

De reden is simpel: de nadelige uitkomst enerzijds en de gunstige(re) uitkomst anderzijds zijn complementaire gebeurtenissen.’

De woordkeuze van Van Velthoven (‘complementaire gebeurtenissen’) lijkt op hetzelfde te duiden als wat wij bedoelen met ‘spiegelbeeldige figuren’. Zowel proportionele aansprakelijkheid als kansschade is een methode om te onderzoeken in hoe-

verre een onwenselijke eindtoestand toerekenbaar is aan een op zich vaststaande fout.³⁹ Alleen het beginpunt bepaalt met welke van de twee methoden men van doen heeft. Voor de uitkomst maakt dit echter geen verschil. Althans, dat lijkt de conclusie te moeten zijn.

Een en ander roept de vraag op welk verschil de Hoge Raad zelf ziet tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid. Dat verschil moet meer omvatten dan alleen de methode van schadebegroting; ze moeten ieder een andere uitkomst hebben, anders heeft het geen zin om überhaupt een onderscheid te maken. Helaas brengt het oordeel van de Hoge Raad in Cardiologen/Staat ons niet dichterbij een antwoord. Integendeel, wij raken het spoor bijster waar de Hoge Raad oordeelt dat het hof ‘klaarblijkelijk’ proportionele aansprakelijkheid heeft toegepast, terwijl naar onze mening een meer voor de hand liggende kwalificatie ‘klaarblijkelijk’ kansschade zou zijn geweest.

Dit is niet de enige ruimte voor verduidelijking die de Hoge Raad onbenut laat. Hij verwijt het hof voor de onterechte toepassing van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid niet te hebben onderzocht en gemotiveerd:

- ‘of de vastgestelde kansen dat de schade door de normschending is veroorzaakt, niet zeer klein waren’; en voorts
- ‘of en, zo ja, waarom de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending – waaronder is begrepen de aard van de door de cardiologen geleden schade – deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen’.

Waar het gaat om de grootte van de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt, is ons niet duidelijk wat de Hoge Raad precies wil zeggen. Wij zijn niet bekend met een algemeen aanvaard ‘minimumpercentage veroorzakingswaarschijnlijkheid’, dat bepalend zou zijn voor de toepassing van het ene of het andere leerstuk bij onzekerheid over causaal verband. Sommige auteurs leiden uit dit arrest af dat een kans (kennelijk: dat deze schade door deze fout is veroorzaakt) van 10% of 5% te weinig zou zijn om proportionele aansprakelijkheid te hanteren, maar dit staat er niet met zoveel woorden.⁴⁰ De gedachte dat de Hoge Raad 5% als ondergrens zou hebben bedoeld (het percentage dat een van de cardiologen toegewezen had gekregen door het hof), is nogal speculatief, aangezien de Hoge Raad er geen overweging aan wijdt. Hieruit kan ook niet worden afgeleid of de grootte van de kans doorslaggevend is voor de keuze van de rechtstoepasser om de causaliteitsonzekerheid met het ene of het andere stuk gereedschap op te lossen.

Vervolgens vragen wij ons af of, gesteld dat proportionele aansprakelijkheid niet in aanmerking komt wegens te onzeker

³⁶ Van Velthoven 2018, par. 4.4. Wij namen van dit werk kennis nadat wij ons commentaar op het arrest Cardiologen/Staat grotendeels hadden uitgedacht.

³⁷ Van Velthoven 2018, par. 4.3.

³⁸ Van Velthoven 2018, par. 4.4.

³⁹ Een andere manier om hetzelfde te zeggen is: het gaat om het attributieve risico als gevolg van de normschending.

⁴⁰ F. van der Woude & E. van Orsouw, Toepassing leerstuk proportionele aansprakelijkheid, 3 november 2022, weblog te vinden op <https://kvdli.com/artikelen/toepassing-leerstuk-proportionele-aansprakelijkheid>.

causaal verband, dezelfde causale onzekerheid wel ruimte laat voor toepassing van de kansschade teneinde alsnog een deel van de vordering toe te wijzen, of dat afwijzing van de vordering zou moeten volgen. Dat een gemiste kans op een betere uitkomst van 10% voldoet om kansschade toe te passen, volgt uit *Srebrenica*. Maar dit brengt ons weer op het punt dat schadebegroting (a) op basis van het verlies van een kans op een betere uitkomst versus (b) op basis van een proportioneel veroorzakingsaandeel, logisch redenerend, tot exact dezelfde uitkomst leidt. Dan zou het wat vreemd zijn om desondanks twee verschillende procentuele ondergrenzen qua veroorzakingswaarschijnlijkheid aan te houden als maatgevend voor het een of het ander.

Ten slotte is er nog ‘de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending, waaronder is begrepen de aard van de schade’. De Hoge Raad heeft helaas niet van de gelegenheid gebruik gemaakt om te verduidelijken wat hij hiermee bedoelt. Uit de eerdere jurisprudentie leiden wij niet af dat er een ‘normenhierarchie’ bestaat die bepalend is voor de keuze om bij onzekere causaliteit naar het ene of het andere stuk gereedschap te grijpen ter begroting van de schade. De aard van de normschending in *Srebrenica* (het niet voorkomen van ernstige schendingen van de integriteit van het menselijk lichaam⁴¹) was buitengewoon ernstig; de causaliteitsonzekerheid in die zaak werd opgelost met toepassing van de kansschade. En in *Fortis/Bourgonje*⁴² sluit de Hoge Raad niet categorisch uit dat de proportionele aansprakelijkheid toegepast kan worden in gevallen van zuivere vermogensschade. De fout in *Cardiologen/Staat* – onrechtmatig overheidsoptreden knakt de carrières van een drietal cardiologen – zit qua ernst ergens tussen de twee uitersten in.

Dit alles maakt het werk van de rechter er niet eenvoudiger op. Hij moet immers in zijn motivering verantwoorden welke uitzonderlijke omstandigheden zijns inziens nopen tot toepassing van proportionele aansprakelijkheid.⁴³ Het hof gaf geen motivering voor zijn toepassing van proportionele aansprakelijkheid in de procedure tussen de cardiologen en de Staat, maar dat kan ook zijn omdat het hof niet aan proportionele aansprakelijkheid heeft gedacht. Het is immers eerst de Hoge Raad die ‘s hofs wijze van schadebegroting ‘klaarblijkelijk’ in de sleutel van de proportionele aansprakelijkheid plaatst, mogelijk na daarop te zijn gewezen door de cassatieadvocaten van de Staat. Dat de mate van rechterlijke motivering bepaalt of er sprake is van proportionele aansprakelijkheid of kansschade, lijkt ons overigens een erg formalistische zienswijze.⁴⁴ Wij interpreteren *Cardiologen/Staat* in elk geval niet zo dat de rechterlijke uiteenzetting van de relevante omstandigheden, al

naargelang hoe uitgebreid die is, de toepassing van het ene of het andere leerstuk zou inhouden of die toepassing zou rechtvaardigen. Laat staan dat hiermee is verklaard waarom het hof in de vernietigde uitspraak zo ‘klaarblijkelijk’ de proportionele aansprakelijkheid voor ogen had.

Kortom, een uitgebreidere motivering van het oordeel van de Hoge Raad zou geen overbodige luxe zijn geweest. Zoals het nu is opgeschreven, komt het ons weinig zinvol voor te speculeren over wat hij hiermee heeft willen zeggen over de leerstukken kansschade en proportionele aansprakelijkheid. Het blijft voor ons onduidelijk wat de verschillen zijn in de toepassingscriteria. Daarnaast staat de vraag open of, aangenomen dat er inderdaad verschillende toepassingscriteria zijn, de uitkomst dan ook verschilt (en zo ja, hoe, en waarom dat zo is). Het arrest *Cardiologen/Staat* heeft ons niet dichterbij een antwoord op deze vragen gebracht.

41 Vgl. HR 19 juli 2019, ECLI: NL:HR:2019:1223, r.o. 4.2.2-4.2.6.

42 HR 25 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799.

43 HR 25 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, r.o. 3.9.

44 Dit roept bij ons ook weer de vraag op of het dan wel voor de hand ligt om te oordelen dat het hof daadwerkelijk het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid heeft toegepast: zou het ontbreken van de bijzondere omstandigheden in de motivering er juist niet op wijzen dat het hof dit leerstuk *niet* heeft toegepast?