

ANNOTATIE

Verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid: de Hoge Raad geeft nieuwe aanwijzingen.

J. De Clerck en mr. dr. A.J. Van

Annotatie bij Hoge Raad, 27-10-2017, ECLI:NL:HR:2017:2786 (PS-2017-0852, GZR-2017-0383)

1. De kernvraag van dit arrest is welke eisen mogen worden gesteld aan het bewijs van schade die bestaat uit het verlies van de kans op een beter behandelingsresultaat. In een eerder arrest had de Hoge Raad geoordeeld dat voor het aannemen daarvan slechts ruimte bestaat als het gaat om het verlies van een ‘reële’ (dat wil zeggen: niet zeer kleine) kans op succes.^[1] Om te beoordelen of daarvan sprake was, had het Gerechtshof 's-Hertogenbosch een deskundige benoemd. Die kon de omvang van de verloren kans niet duiden, omdat nooit was onderzocht of een eerdere operatie een beter resultaat zou hebben opgeleverd. Het hof concludeerde daaruit dat geen zinvol antwoord viel te geven op de vraag of en in hoeverre het delay had geleid tot het verlies van een kans die aanleiding had kunnen geven tot enige vergoeding. Op basis daarvan wees het hof de vordering af. Dat was in de ogen van de Hoge Raad te kort door de bocht. Het hof had nader moeten onderzoeken of door het delay een reële kans op een betere uitkomst verloren was gegaan en – bij een bevestigende beantwoording van die vraag – moeten komen tot een zo goed mogelijke schatting van die kans.

2. Het arrest van de Hoge Raad bevat twee aanwijzingen voor de toepassing van het leerstuk van verlies van een kans. De eerste is dat daartoe niet is vereist dat die kans in een percentage kan worden uitgedrukt. Voor de ingewijden in het leerstuk van het kansverlies is dat weinig verrassend. Reeds in 1998 kwam het Gerechtshof Amsterdam in een vergelijkbaar geval tot diezelfde conclusie. Nadat medisch deskundigen over de omvang van de verloren kans niet meer hadden kunnen zeggen dan dat die ‘niet groot’ was, begrootte het hof zelf die kans op 25

procent.[2] Maar ook buiten het terrein van de medische aansprakelijkheid zijn gevallen te vinden waarin het ontbreken van objectieve gegevens over de grootte van de verloren kans voor de rechter geen beletsel vormde voor het toekennen van een (gedeeltelijke) schadevergoeding. De jurisprudentie over beroepsfouten van advocaten en notarissen biedt daarvan meerdere voorbeelden.[3] Tot slot valt te wijzen op artikel 6:97 BW, dat de rechter de mogelijkheid biedt de omvang van de schade te schatten als die niet nauwkeurig kan worden vastgesteld.

3. Door het leerstuk van de kansschade niet te beperken tot gevallen waarin de omvang daarvan objectief (dat wil zeggen: op basis van statistieken) kan worden bepaald, opent de Hoge Raad de deur voor toepassing van een subjectief waarschijnlijkheidsoordeel.[4] Daaronder moet niet worden verstaan de privé-opvatting van een deskundige maar diens professionele oordeel, gebaseerd op kennis en ervaring opgedaan in vergelijkbare situaties. Het is vermoedelijk tegen deze achtergrond dat het advies van de Hoge Raad moet worden gezien om in een geval als het onderhavige de deskundige op de zitting nader te bevragen. In de Angelsaksische landen is dat een vrij gebruikelijke gang van zaken en bestaat inmiddels de nodige rechtspraak over de vraag aan welke eisen aldus gegeven deskundigenbewijs dient te voldoen.[5] In ons land valt op dat terrein nog veel te winnen.[6] Daarom is het toe te juichen dat de Hoge Raad deze mogelijkheid in dit arrest onder de aandacht brengt.

4. De tweede aanwijzing die de Hoge Raad in dit arrest geeft, is van meer algemene aard en houdt in dat de lagere rechter moet nagaan of zijn oordeel wel wordt gedragen door de inhoud van het rapport van een door hemzelf benoemde deskundige. De in de onderhavige zaak door het hof benoemde deskundige had aangegeven dat hij de grootte van de kansen niet kon duiden. Het hof had daaruit de conclusie getrokken dat er onvoldoende aanwijzingen waren dat het delay het verlies van de kans op een beter behandelingsresultaat had veroorzaakt. Die gevolgtrekking was volgens de Hoge Raad onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. De deskundige had in zijn rapport namelijk opgemerkt dat er een richtlijn bestond op grond waarvan snel operatief ingrijpen was geboden. Dat voorschrift hing samen met het feit dat een caudasyndroom niet altijd acuut (dat wil zeggen: door plotselinge, hevige druk op de zenuw) ontstaat, maar ook het gevolg kan zijn van langdurige, minder ernstige druk. In dat laatste geval kan door tijdig operatief ingrijpen zenuwuitval worden voorkomen of beperkt. Tegen die achtergrond had het hof volgens de Hoge Raad nader moeten onderzoeken of door het delay een reële kans op een betere uitkomst verloren was gegaan.

5. In die laatste overweging zou men kunnen lezen dat de lagere rechter ambtshalve gehouden is te onderzoeken of door een als onrechtmatige daad of wanprestatie te duiden gedraging bij de benadeelde schade is ontstaan. Dat zou een breuk betekenen met eerdere jurisprudentie, waarin de Hoge Raad ten aanzien van het bestaan en de omvang van schade steeds de gewone

regels van stelplicht en bewijs als uitgangspunt heeft genomen.[7] Ik heb niet de indruk dat de Hoge Raad dit zo heeft bedoeld. Het komt mij waarschijnlijker voor dat de Hoge Raad met deze overweging tot uitdrukking heeft willen brengen dat de feitenrechter bij zijn beslissing om de bevindingen van een door hem aangewezen deskundige te volgen, moet ingaan op specifieke bezwaren van partijen tegen de zienswijze van die deskundige. In casu kwamen die bezwaren erop neer dat uit het feit dat een deskundige een kans niet in een percentage kan uitdrukken omdat naar de grootte daarvan geen onderzoek is gedaan, nog niet volgt dat die kans niet in een rechtens relevante omvang bestaat. Om zijn oordeel op dat punt voldoende begrijpelijk te kunnen motiveren, had het hof nader moeten onderzoeken of door het delay een reële kans op een betere uitkomst verloren is gegaan. Zo bezien wijkt de Hoge Raad hiermee niet af van eerdere jurisprudentie.[8]

6. Tot slot valt dit arrest nog op door een vraag die daarin *niet* aan de orde komt. Die vraag heeft betrekking op de toepassing van de omkeringsregel. In feitelijke instanties had de patiënte daarop een beroep gedaan, maar in een tussenarrest had het hof geoordeeld dat geen sprake was geweest van schending van een specifieke norm. Tegen dat oordeel was geen cassatieberoep ingesteld. De motivering van het hof voor de afwijzing van het beroep op de omkeringsregel luidde als volgt:[9]

‘Terecht heeft het AzM opgemerkt dat welhaast elke medische fout, met enige creativiteit, wel zou kunnen worden gekwalificeerd als een specifieke norm welke ziet op het voorkomen van de verwezenlijking van bepaalde risico’s. Daarmee zou het werkingsgebied van de beperkt bedoelde omkeringsregel aanmerkelijk te ver worden verruimd, aldus AzM. [...] Het hof deelt die opvatting van het AzM. Een te ruime toepassing van de omkeringsregel zou ertoe leiden dat datgene wat bedoeld was als uitzondering, tot hoofdregel zou worden. Schending van een norm die bedoeld is om een specifiek gevaar voor het ontstaan van schade voorkomen is niet aan de orde. [...] Voor zoveel nodig wijst het hof er nog op dat uit de antwoorden van dr. Bartels kan worden afgeleid dat er ook geen specifiek protocol bestaat om te voorkomen dat een caudasyndroom niet wordt ontdekt.’

7. Dit is een wel heel merkwaardige redenering als men de feiten en het deskundigenoordeel in deze zaak in aanmerking neemt. Die feiten kwamen er, kort samengevat, op neer dat de patiënte een plotselinge, hevige verergering van pijn en gevoelloosheid in een deel van haar been had aangegeven. Een redelijk bekwaam en redelijk handelend arts had naar aanleiding daarvan bedacht moeten zijn op het bestaan van een caudasyndroom en minimaal een sensibiliteitsonderzoek moeten uitvoeren, aldus de door het hof zelf aangewezen deskundige. Er is flink wat juridische luchtfietsen nodig om daar een algemene norm van te maken en het is jammer dat deze overwegingen van het hof niet in cassatie zijn voorgelegd aan de Hoge Raad. Een gemiste kans.

mr. dr. A.J. Van

Noten

[1] HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenberg, *JA* 2013/41, m.nt. Chr.H. van Dijk en A.J. Akkermans, r.o. 3.8.

[2] Hof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997/213 (*Baby Ruth*).

[3] Zie bijvoorbeeld HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, *NJ* 1998/257, m.nt. P.A. Stein; HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, *NJ* 2007/63; HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, *NJ* 2007/256, m.nt. J.M.M. Maeijer.

[4] Zie daarover W.H. van Boom en M.J. Borgers, *De rekenende rechter*, Den Haag: Bju 2004, p. 41 e.v.

[5] Zie bijvoorbeeld *Daubert v. Merrell Dow Pharmaceuticals* [509 U.S. 579] en *Kumho Tire Co. v. Carmichael* [526 U.S. 137].

[6] Zie G. de Groot, *Het deskundigenadvies in de civiele procedure*, diss. VU Amsterdam 2008, p. 388 e.v.

[7] Zie bijvoorbeeld 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2162 (*World Online*).

[8] HR 9 december 2011, ECLI:NL:HR:2011:BT2921 (*X en Y/Stichting Flevoziekenhuis*) en HR 3 mei 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1468.

[9] Hof Den Bosch 3 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1741, r.o. 9.3.1 e.v.

Verduidelijking te bewandelen weg bij verloren kans en medische aansprakelijkheid.

Inleiding

Ruim twintig jaar geleden, in januari 1996, werd het leerstuk van het verlies van een kans door het Gerechtshof Amsterdam voor het eerst toegepast in een medische aansprakelijkheidszaak.[1] In de lagere rechtspraak is het leerstuk in de jaren daaropvolgend veelvuldig toegepast in medische aansprakelijkheidszaken die een gezamenlijk probleem laten zien: er bestaat onzekerheid over het causaal verband tussen de tekortkoming van de arts en de door de benadeelde geleden schade.

Het heeft echter twintig jaar geduurd alvorens de *Hoge Raad* zich heeft uitgelaten over kansschade in het medisch aansprakelijkheidsrecht. Op 23 december 2016 werd het eerste arrest door de Hoge Raad gewezen.[2] Het vervolg heeft niet lang op zich laten wachten. In

oktober van dit jaar liet de Hoge Raad zich wederom uit over het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid.[3]

De zaak betreft een vrouw bij wie na een operatie in verband met een acute hernia restverschijnselen zijn blijven bestaan. Zij is van mening dat het zogenoemde 'caudasyndroom' niet op tijd is onderkend en dat behandeling te laat heeft plaatsgevonden. In het licht daarvan vorderde de vrouw het ziekenhuis te veroordelen tot vergoeding van de door haar geleden schade.

De feiten

De vrouw in kwestie bezocht op 12 januari 2002 omstreeks 11:55 uur de huisartsenpost in verband met al maanden bestaande last van lage rugpijn (die in de dagen daarvoor was toegenomen), uitstralend naar haar linkerbeen. De dienstdoende huisarts constateerde, na anamnese en onderzoek, dat er sprake was van ischias (zenuwpijn) aan beide benen. De vrouw werd met pijnstilling naar huis gestuurd.

Diezelfde dag, om 17:15 uur, voelde de vrouw bij het uit bed stappen een knap in haar rug en zakte zij met veel pijn door haar benen. Op de huisartsenpost constateerde een andere huisarts een acute hernia met uitvalsverschijnselen en verwees haar door naar de neuroloog, waarna zij met een ambulance naar de SEH van het ziekenhuis werd gebracht. Op de SEH, waar de vrouw om 18:55 uur binnenkwam, is zij wederom onderzocht en werd ze, na sterke pijnstilling te hebben gekregen, met een ambulance naar huis gebracht.

De volgende dag bezocht de vrouw opnieuw de huisartsenpost. De dan dienstdoende huisarts verwees haar wederom naar de neuroloog, om een caudasyndroom (beknelde zenuwen in de rug) uit te sluiten. Op de verwijsbrief stond aangegeven dat op dat moment sprake was van niet meer plassen en rijebroekuitval.

Diezelfde dag om 14:25 uur is de vrouw in het ziekenhuis gezien door een neuroloog, door wie een caudasyndroom werd geconstateerd. Een paar uur later, omstreeks 20:00 uur, is de vrouw geopereerd. Na de operatie is de pijn verminderd en is de verlamming verdwenen. Er zijn echter na tien maanden revalidatie restverschijnselen blijven bestaan, waaronder gevoelsstoornissen in het rijebroekgebied, plasproblemen en defecatie (het laten gaan van ontlasting).

De vrouw acht het ziekenhuis hiervoor aansprakelijk. Zij meent dat het caudasyndroom niet tijdig is onderkend. Op 12 januari 2002 is er bij de SEH niet conform de professionele standaard gehandeld, doordat het onderzoek niet adequaat en volledig is geweest, de verslaglegging niet eenduidig, juist en volledig was en zij niet juist en volledig is geadviseerd

over hoe om te gaan met op te treden stoornissen, aldus de vrouw.

Het procesverloop

De vrouw vorderde een verklaring voor recht dat het ziekenhuis volledig, dan wel voor een door de rechtbank vast te stellen percentage aansprakelijk is voor de schade als gevolg van de gebeurtenissen op 12 en 13 januari 2012, en verzocht om verwijzing naar de schadestaatprocedure.

In eerste aanleg[4] werd de vordering van de vrouw toegewezen, met dien verstande dat door de rechtbank de aansprakelijkheid op 70 procent werd gesteld. Hiertoe werd door de rechtbank allereerst een oordeel gegeven over de vraag of er sprake is van een tekortkoming. Uit de literatuur en een deskundigenrapportage volgde dat het onderzoek op de SEH en de verslaglegging daarvan niet adequaat en volledig waren geweest. De tekortkoming stond volgens de rechtbank dus vast.

Vervolgens ging de rechtbank in op de vraag of er een condicio-sine-qua-non- verband (csqn-verband) bestaat tussen deze tekortkoming en de schade. De vrouw stelde dat er als gevolg van de tekortkoming een delay van 24 uur zou zijn ontstaan. Het beroep op de omkeringsregel dat de vrouw in dit verband deed, mocht haar niet baten.

Op basis van dezelfde deskundigenrapportage en literatuur, waaruit onder andere volgde dat het niet wetenschappelijk is aangetoond dat de prognose beter is naarmate de tijd tussen het ontstaan en operatie korter is maar dat het wel afhankelijk is van het soort caudasyndroom of eerder ingrijpen schade kan beperken of voorkomen, oordeelde de rechtbank dat niet met zekerheid kon worden vastgesteld of uitgesloten dat op 12 januari 2002 tijdens het onderzoek op de SEH al sprake was van een (beginnend) caudasyndroom. Die onzekerheid dient voor risico en rekening van het ziekenhuis te komen en dit moet tot gevolg hebben dat voldoende causaal verband aanwezig is tussen de tekortkoming, het geconstateerde volledige caudasyndroom en de gevolgen daarvan. Vervolgens overwoog de rechtbank, onder de noemer toerekening van de schade, dat de onzekerheid over de prognose in relatie tot het tijdstip van ingrijpen, niet volledig voor rekening van het ziekenhuis mag komen. De rechtbank kwam, zonder verdere onderbouwing tot een percentage van 70 procent aansprakelijkheid.

Het hof[5] ging er, na het opnieuw raadplegen van een deskundige, voorlopig van uit dat het nalaten van bepaalde onderzoeken als een aan het ziekenhuis toe te rekenen tekortkoming kon worden geduid. Interessanter is de discussie omtrent de vraag of er, naar de bewoordingen van het hof, causaal verband bestaat tussen de tekortkoming en het delay, en vervolgens of er een causaal verband bestaat tussen het delay en de schade van de vrouw.

Het eerstbedoelde causale verband is volgens het hof voldoende aannemelijk geworden. Er waren aanwijzingen van een caudasyndroom, maar de onderzoeken die aangewezen waren om die verdenking aan te tonen of af te wijzen, zijn niet uitgevoerd.

Ten aanzien van het causale verband tussen het delay en het verlies op een kans, oordeelde het hof anders. Hoezeer het ook in een situatie zoals deze verleidelijk kan zijn om met common sense te veronderstellen dat eerder ingrijpen tot (een kans op) een beter resultaat zou hebben geleid, zo eenvoudig is het niet, aldus het hof. In de verschillende deskundigenrapportages is aangegeven dat er in de medische literatuur onvoldoende aanknopingspunten aanwezig zijn voor de stelling dat een snelle operatie een betere prognose geeft dan een latere.

Voor toewijzing van de vordering moest volgens het hof voldoende duidelijk zijn dat de niet zeer kleine kans bestond dat de vrouw door de vertraging een reële kans op een beter behandelingsresultaat was onthouden. Hiervoor waren volgens het hof onvoldoende objectieve aanwijzingen voorhanden, waarna tot de conclusie werd gekomen dat er onvoldoende aanwijzingen bestaan van een causaal verband tussen het delay en het verlies van een kans. Het vonnis van de rechtbank werd vernietigd en er bestond aldus geen aansprakelijkheid van het ziekenhuis.

De Hoge Raad

In cassatie is onder andere opgekomen tegen het oordeel van het hof dat onvoldoende aannemelijk is dat door de vertraging aan de vrouw een reële kans op een beter behandelingsresultaat is onthouden.

Uit het oordeel van de Hoge Raad blijkt dat uit het feit dat een deskundige een kans niet in een percentage kan uitdrukken omdat naar de grootte van die kans geen onderzoek is gedaan, niet volgt dat die kans niet in een rechtens relevante omvang bestaat.

In de rapportage van de door het hof ingeschakelde deskundige staat aangegeven dat nooit vergelijkend onderzoek is gedaan naar de vraag of een snelle operatie een beter resultaat geeft dan een wat latere operatie, en dat het daarom onbekend is welk verschil een snelle operatie maakt ten opzichte van een latere. Om die reden heeft de deskundige de grootte van kansen niet kunnen duiden. Deze opmerkingen van de deskundigen kunnen de conclusie die het hof hieraan heeft verbonden, dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat het delay het verlies van een kans op een beter behandelingsresultaat heeft veroorzaakt, niet dragen, zo overwoog de Hoge Raad.

Juist nu door de deskundige tevens is opgemerkt dat volgens de destijds geldende richtlijn zo

snel mogelijk en in ieder geval binnen een dag zou moeten worden geopereerd, dat het zo kan zijn dat tijdens het ontstaan van de hernia direct een dusdanige druk op de zenuwen ontstaat dat die dan al onherstelbaar beschadigd zijn, maar dat daar tegenover staat dat bij een minder ernstige druk op de zenuwen, langdurige compressie mogelijk leidt tot minder goed herstel, had het hof nader moeten onderzoeken of door het delay een reële kans op een betere uitkomst verloren is gegaan. Zou het antwoord op die vraag bevestigend hebben geklonken, dan zou het hof tot een zo goed mogelijke schatting van die kans hebben moeten komen, aldus de Hoge Raad.

Commentaar

Voor de vestiging van aansprakelijkheid is een csqn-verband vereist tussen de normschending en de schade. De onderliggende vraag daarbij is of de schade zonder de fout niet zou zijn ingetreden. Denk je de fout weg en valt dan ook de schade weg, dan is er sprake van een csqn-verband. Blijft ook zonder fout de schade bestaan, dan is het voor aansprakelijkheid vereiste csqn-verband niet aanwezig.

Het komt echter niet zelden voor, zeker bij medische aansprakelijkheidszaken, dat er substantiële twijfel blijft bestaan over de vraag of een bepaald handelen de schade heeft veroorzaakt. Volgen we dan de hoofdregel van artikel 150 Rv, dan zou dit in veel van die gevallen leiden tot een afwijzing van de vordering van de benadeelde. Het vereiste csqn-verband tussen de normschending en de schade zal dan immers niet bewezen kunnen worden.

Omdat deze alles-of-niets-benadering in bepaalde gevallen tot een onbevredigend resultaat kan leiden, indien het niet zeker maar wel goed mogelijk is dat de schade door een bepaalde fout werd veroorzaakt, zijn er in de rechtspraak en wetgeving 'instrumenten' ontwikkeld om de benadeelde tegemoet te komen bij deze bewijsnood ten aanzien van het csqn-verband. Het leerstuk van de kansschade dat in onderhavig arrest centraal staat, is er daar een van.[6]

Voor toepassing van het leerstuk van de kansschade in een medische aansprakelijkheidszaak zoals de onderhavige, waarin gesteld wordt dat er sprake is van een delay in de behandeling, dient een drietal stappen te worden doorlopen. Allereerst is vereist dat er sprake is van een tekortkoming. De bewijslast hiervan rust op de benadeelde. Slaagt de benadeelde in het bewijs van de tekortkoming, dan dient volgens vaste jurisprudentie van de Hoge Raad bewezen te worden dat deze tekortkoming heeft geleid tot een verlies van een kans op een beter behandelresultaat. Met andere woorden: er dient een csqn-verband te bestaan tussen de tekortkoming en het verlies van een kans. Dit csqn-verband wordt conform de normale bewijsregels van artikel 150 Rv vastgesteld. Slaagt de benadeelde ook in het bewijs hiervan,

dan wordt aansprakelijkheid gevestigd. Het verlies van een kans wordt in dit geval gezien als vermogensschade die voor vergoeding in aanmerking komt.[7]

Vervolgens wordt de hoegrootheid van deze kans bepaald. Aan deze stap wordt enkel toegekomen op het moment dat er sprake is van het verlies van een reële kans (dat wil zeggen niet te kleine kans) op een beter behandelresultaat. Is dit niet het geval, dan is er ondanks dat aansprakelijkheid is gevestigd, geen sprake van vergoedbare schade.

Dit arrest van de Hoge Raad leert ons allereerst dat niet te snel geconcludeerd mag worden dat er geen sprake is van het verlies van een reële kans op een beter behandelresultaat als de grootte van deze kans door deskundigen niet kan worden geduid omdat er geen wetenschappelijk onderzoek naar is verricht.

Mijns inziens betreft dit geen opmerkelijke conclusie van de Hoge Raad. Het zal zich immers in veel gevallen voordoen, dat er geen wetenschappelijk onderzoek is verricht naar de gevolgen van een (te) late behandeling, in vergelijking met patiënten waarbij de behandeling wél op tijd is ingezet. Het uitvoeren van zo een onderzoek zou inhouden dat je patiënten bewust later behandelt dan anderen om te onderzoeken wat dit voor een effect zou hebben. Ik ben het met de Hoge Raad eens dat het ontbreken van wetenschappelijk onderzoek en daarmee het door een deskundige niet kunnen noemen van een percentage niet per definitie betekent dat er geen sprake is van het verlies van een reële kans op een beter behandelresultaat. Daar kunnen immers, ook zonder wetenschappelijk onderzoek over percentages, wel degelijk aanknopingspunten voor zijn, zoals ook in onderhavige kwestie.

Wat mij betreft wel in het oog springend is de voor de toepassing van kansschade benodigde causale keten die door het hof is uiteengezet en die de Hoge Raad, gelet op zijn bewoordingen, lijkt over te nemen. Dit is mijns inziens nog niet eerder zo duidelijk naar voren gekomen in de rechtspraak.

Het hof, en die bewoordingen neemt de Hoge Raad over, heeft overwogen dat een tweetal causale verbanden voor toepassing van het leerstuk van de kansschade benodigd zijn. Allereerst een causaal verband tussen de tekortkoming en het delay en als dat bestaat, een causaal verband tussen het delay en de schade van de benadeelde. Ten aanzien van dit tweede benodigde causale verband merkte het hof op dat voor toewijzing voldoende duidelijk moet zijn dat de niet zeer kleine kans bestond dat door de vertraging (het delay) aan de benadeelde een reële kans op een beter behandelingsresultaat is onthouden. Dit oordeel van het hof lijkt door de Hoge Raad niet weersproken te worden, maar slechts het gedeelte waarin het hof oordeelde dat daar in deze casus onvoldoende objectieve aanwijzingen voor zijn.

Hieruit zou mijns inziens kunnen worden afgeleid dat voor vestiging van aansprakelijkheid in

het geval van het verlies van een kans niet slechts sprake dient te zijn van een csqn-verband tussen de tekortkoming en het verlies van *een* kans, maar dat er sprake dient te zijn van een csqn-verband tussen de tekortkoming en het delay en vervolgens van een csqn-verband tussen het delay en het verlies van *een reële* kans.

Het verlies van *een reële* kans wordt in dat geval gezien als vermogensschade die voor vergoeding in aanmerking komt, en niet reeds het enkele verlies van *een* kans. Het is dan immers zeker dat er sprake is van vergoedbare schade.

Dit zou betekenen dat aansprakelijkheid wordt gevestigd als sprake is van een csqn-verband tussen het delay en het verlies van *een reële* kans op een beter behandelresultaat, en niet op het moment dat sprake is van een csqn-verband tussen de tekortkoming en het verlies van *een* kans op een beter behandelresultaat (waarna kan blijken dat er geen sprake is van een reële kans en er geen sprake is van vergoedbare schade). Ondanks dat dit niet letterlijk staat verwoord in het arrest van het hof en de Hoge Raad lijkt het vereiste van een reële kans verplaatst te zijn van de toerekeningfase (omvangsfase) naar de vestigingsfase.

Samengevat zou dit betekenen dat de volgende stappen moeten worden genomen in de vestigingsfase van aansprakelijkheid. Allereerst het bewijs van de tekortkoming, vervolgens het bewijs van csqn-verband tussen de tekortkoming en een delay en ten slotte het bewijs van csqn-verband tussen het delay en het verlies van een reële kans op een beter behandelresultaat. Worden deze stappen doorlopen, dan kom je toe aan de omvang van de schade: de hoegrootheid van het verlies van de reële kans op een beter behandelresultaat.

Het vereiste van een reële kans voor vestiging van aansprakelijkheid is wat mij betreft wenselijk, nu immers nog steeds het uitgangspunt is dat iemand alleen die schade behoeft te vergoeden die door de gebeurtenis waarvoor hij aansprakelijk is, is veroorzaakt. Er bestaat in het algemeen geen goede grond om iemand aansprakelijk te houden voor schade die hij niet zelf heeft veroorzaakt, ook niet als deze persoon wel onrechtmatig heeft gehandeld of er anderszins sprake is van een grond voor aansprakelijkheid.[8]

Door enkel het verlies van een *reële* kans op een beter behandelresultaat te zien als vermogensschade die voor vergoeding in aanmerking komt, wordt aansprakelijkheid gevestigd op het moment dat dat verlies in causaal verband staat met het delay. Het is dan immers zeker dat er sprake is van schade die vergoed moet worden, maar is de omvang daarvan nog onzeker en zal aan de hand van een percentage moeten worden bepaald.

Het op deze wijze, en onder die voorwaarde, vestigen van aansprakelijkheid rechtvaardigt tevens de gedachte dat het leerstuk van verlies van een kans, in tegenstelling tot dat van proportionele aansprakelijkheid, niet terughoudend behoeft te worden toegepast. Het staat

dan immers vast dat er sprake is van vergoedbare schade, die in csqn-verband staat met een tekortkoming, welk csqn-verband conform de normale bewijsregels is vastgesteld.[9]

mr. J. De Clerck

Noten

[1] Hof Amsterdam 4 januari 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AB8629 (*Baby Ruth*).

[2] Hoge Raad 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987.

[3] Hoge Raad 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2786.

[4] Rechtbank Maastricht 5 september 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BY3180.

[5] Hof Den Bosch 3 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1741.

[6] De kansschade is door de Hoge Raad voor het eerst aanvaard in een zaak waarin een advocaat niet tijdig beroep had ingesteld, waardoor de benadeelde de kans om in hoger beroep in het gelijk te worden gesteld was misgelopen, Hoge Raad 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905 (*Baijings*).

[7] Zie onder andere A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss.), 1997, p. 107 en Chr.H. van Dijk, 'De proportionele benadering bij medische aansprakelijkheid', in: W.R. Kastelein (eindred.), *Medische aansprakelijkheid*, Den Haag: Sdu uitgevers 2009, p. 103.

[8] C.J.M. Klaassen, preadvies in 'Causaliteitsperikelen', Deventer: Kluwer 2012, p. 3.

[9] Hoge Raad 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491 (*Deloitte/Hassink*).