

ANNOTATIE

## **De ene kans is de andere niet. Noot bij Rechtbank Gelderland 22 april 2015, GZR\_2015\_0244.**

***mr. dr. A.J. Van***

*Annotatie bij Rechtbank Gelderland, 22-04-2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2701  
(GZR-2015-0244)*

1. In deze uitspraak staat de leer van de kansschade centraal. De uitspraak bevat weinig informatie over de feiten die aan de vordering ten grondslag liggen. Duidelijk is echter dat het gaat om een delay in de behandeling van meningitis (hersenvliesontsteking). De rechtbank gaat er veronderstellenderwijs van uit dat het ontstaan van dit delay kan worden gekwalificeerd als een verwijtbare medische fout. De beoordeling betreft daarom louter de vraag hoe het ziekteverloop zou zijn geweest als de patiënt op een juiste wijze zou zijn behandeld. Ter beantwoording van die vraag had de rechtbank in een eerder vonnis een deskundige benoemd.
2. Op basis van het uitgebrachte deskundigenbericht stelt de rechtbank vast dat de patiënt door het delay in de behandeling een kans op een minder slechte uitkomst heeft verloren. Daarmee staat voor de rechtbank vast dat er een *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de (veronderstelde) tekortkomingen van het ziekenhuis en de verloren gegane kans.
3. Het rapport van de deskundige biedt geen duidelijkheid over de grootte van de verloren kans. De deskundige concludeert enerzijds dat de (veronderstelde) tekortkomingen het resultaat van de behandeling negatief hebben beïnvloed, maar hij merkt anderzijds op dat de gezondheid van de patiënt op het moment van de fout al duidde op een slechte prognose. De rechtbank concludeert hieruit dat niet kan worden gesproken van een 'reële (dat wil zeggen niet zeer kleine) kans op succes'. Een dergelijke kans is volgens de rechtbank nodig, wil

toepassing van de leer van de kansschade gerechtvaardigd zijn. De rechtbank haalt in dit verband rechtsoverweging 3.8 aan van het arrest HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491. Vervolgens wijst de rechtbank de vordering af.

4. Een soortgelijke eis met betrekking tot de grootte van een kans stelde de Hoge Raad eerder bij de toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid (zie HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, *NJ* 2011/250, *Nefalit/Karamus*). Dit leerstuk is volgens de Hoge Raad geëigend voor situaties waarin niet kan worden vastgesteld of de schade het gevolg is van een normschending van de aansprakelijk gestelde persoon, een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt of een combinatie van beide. De onzekerheid, uitgedrukt in een kans, ligt hier derhalve in de causaliteit. Het leerstuk mag worden toegepast als de kans op het bestaan van een *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en de schade 'niet zeer klein en ook niet zeer groot' is. In het eerste geval moet worden geconcludeerd tot het ontbreken van aansprakelijkheid, in het tweede tot volledige aansprakelijkheid. Eenzelfde eis lijkt de Hoge Raad – en in navolging daarvan de rechtbank in onderhavige zaak – nu ook te willen toepassen als het gaat om kansschade. Het is de vraag of dat juist is.

5. Het kenmerk van de situaties waarin volgens de Hoge Raad de leer van de kansschade mag worden toegepast, is dat een *condicio sine qua non*-verband aanwezig is tussen de normschending en het verlies van de kans op succes (of in dit geval: een beter behandelingsresultaat). Het staat, met andere woorden, vast *dat* de normschending schade heeft veroorzaakt; de onzekerheid, uitgedrukt in een kans, ligt hier in de mate waarin de normschending schade heeft veroorzaakt. Dat is een andere 'kans' dan de kans *of* de normschending schade heeft veroorzaakt. Ik zal trachten dat uit te leggen aan de hand van twee voorbeelden.

6. In beide voorbeelden gaat het om een soortgelijke casus als de uitspraak die het onderwerp vormt van deze noot. Een patiënt lijdt aan een ziekte die een progressief verloop heeft. Iedere vertraging in de behandeling leidt tot verdere verslechtering van de gezondheid. Tot aan een bepaald moment is het door toediening van medicatie mogelijk het proces van verslechtering tot stilstand te brengen. Na dat moment kan dat niet meer. Vaststaat dat de patiënt door een medische fout te laat is behandeld. Onduidelijk is echter of de patiënt bij het wegdenken van de medische fout nog tijdig genoeg had kunnen worden behandeld om het proces van verslechtering tot stilstand te brengen.

7. In het eerste voorbeeld concludeert een medische deskundige dat er een zeer grote kans is (hij schat deze op 90 tot 99%) dat de achteruitgang in de gezondheid van de patiënt ook zou zijn ontstaan bij een tijdige behandeling met medicatie. Er bestaat, met andere woorden, een kans van 1 tot 10% dat een causaal verband aanwezig is tussen de medische fout en de

verslechtering van de gezondheid. In dit voorbeeld is het logisch om eisen te stellen aan de grootte van de kans. Het gaat hier immers om de mate van zekerheid die aanwezig moet zijn wil de rechter een bepaald feit (het causaal verband tussen de normschending en de schade) als vaststaand mogen aannemen.

8. In het tweede voorbeeld concludeert de deskundige dat het uitblijven van een tijdige behandeling zeker een negatieve invloed heeft gehad op de gezondheidstoestand van de patiënt. De deskundige kan alleen niet aangeven in welke mate dat het geval is geweest. Hij schat dat het gaat om een achteruitgang van 1% tot 10%. In dit geval is het niet logisch om eisen te stellen aan de omvang van dat percentage. De reden daarvoor is dat het percentage hier niet de kans uitdrukt *dat* er schade is. Het percentage vormt hier een aanduiding voor de *omvang* van de aanwezige schade. Het zou vreemd zijn daaraan eisen te stellen. Een klein percentage van een omvangrijke schade kan immers nog steeds een forse schade opleveren (ter illustratie: 1% van € 1.000.000 is € 10.000).

9. De onderhavige casus laat zien dat de praktijk lastiger is dan de theorie. De benoemde deskundige concludeert namelijk enerzijds dat de gezondheid van de patiënt op het moment van de fout al duidde op een slechte prognose. Daarmee zegt hij in feite dat een geringe kans aanwezig is op het bestaan van een causaal verband tussen het delay en de opgetreden gezondheidsschade. Anderzijds geeft de deskundige aan dat het delay een negatieve invloed heeft gehad op de gezondheid van de patiënt, maar dat hij geen wetenschappelijk onderbouwde conclusie kan geven over de omvang daarvan. Dus het delay heeft zeker tot verdere gezondheidsschade geleid, maar onzeker is in welke mate dat het geval is geweest.

10. We belanden zo in een grijs gebied tussen de beide voorbeelden. De rechtbank maakt daarin overigens wel een duidelijke keuze. In rechtsoverweging 2.3 neemt de rechtbank als vaststaand aan dat een *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de (veronderstelde) tekortkoming van het ziekenhuis en de verslechtering van de gezondheid van de patiënt (door de rechtbank aangeduid als 'de verloren gegane kans'). Daarvan uitgaand past het niet om vervolgens toch eisen te stellen aan de omvang van die kans. Daarmee doet de rechtbank de patiënt in mijn ogen tekort.