

ANNOTATIE

# Kansschade bij medische aansprakelijkheid: de Hoge Raad schept duidelijkheid.

**mr. Y. Bosschaart**

*Annotatie bij Hoge Raad, 23-12-2016, ECLI:NL:HR:2016:2987 (PS-2017-0096, GZR-2017-0001)*

*In de uitspraak van 23 december 2016 heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de te hanteren maatstaf bij toepassing van het leerstuk van kansschade in medische aansprakelijkheidszaken. In de annotatie bij deze uitspraak wordt ingegaan op het in de literatuur veelal benadrukte onderscheid tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid en het door de Hoge Raad in de onderhavige zaak benadrukte onderscheid in de te hanteren maatstaf tussen de vaststelling van een beroepsfout en de vaststelling van een causaal verband tussen de beroepsfout en de gestelde schade.*

## **1. Inleiding**

In medische aansprakelijkheidszaken wordt regelmatig het leerstuk van kansschade toegepast. Het gaat dan veelal om een onjuiste diagnose, waarna door de rechter(s) de kans moet worden geschat dat de schade bij een juiste diagnose niet (geheel) was ingetreden. Deze kans wordt vervolgens op geld gewaardeerd ten behoeve van de schadevergoeding die de benadeelde toekomt. Op 23 december 2016 (ECLI:NL:HR:2016:2987) heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over de te hanteren maatstaf bij toepassing van het leerstuk van kansschade in medische aansprakelijkheidszaken. Waar in de literatuur omtrent kansschade veelal het onderscheid tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid centraal staat, stelt de Hoge Raad een ander onderscheid, enkel binnen het leerstuk van kansschade, centraal. Het betreft het onderscheid in de te hanteren maatstaf tussen de vaststelling van een beroepsfout

en de vaststelling van een causaal verband tussen de beroepsfout en de gestelde schade. In het navolgende zal – na een uiteenzetting van de feiten, de vordering en het oordeel van het hof – achtereenvolgens op beide onderscheiden worden ingegaan.

## **2. De feiten**

De zaak heeft betrekking op een kind dat kort na de geboorte (in mei 1996) blind is geworden. Het kind was te vroeg geboren, waardoor de kans op netvliesloslating erg groot was. Op 25 juni 1996 is het kind daarom op netvliesloslating gecontroleerd. Dit onderzoek is mislukt, omdat de pupillen van het kind niet (meer) wijd waren, hetgeen een indicatie van een ernstige vorm van netvliesloslating kan zijn. Pas twee weken later, op 9 juli 1996 heeft een tweede controle plaatsgevonden. Op grond van de bevindingen bij deze tweede controle heeft de oogarts toen besloten dat een spoedbehandeling moest plaatsvinden. Ondanks het feit dat op 10 juli 1996 deze spoedbehandeling heeft plaatsgevonden, is het kind uiteindelijk blind geworden.

## **3. De vordering en het oordeel van het hof**

Gevorderd is een verklaring voor recht dat het Erasmus MC aansprakelijk is voor de door het kind (eiseres 1) en haar ouders (eiser 2 en eiseres 3) geleden schade, alsmede schadevergoeding op te maken bij staat. Het hof heeft vastgesteld dat het kind bij optimale behandeling mogelijk eerder dan op 10 juli 1996 zou zijn behandeld, maar heeft deze mogelijkheid voor de beoordeling van de vorderingen niet relevant geacht, omdat de norm waaraan getoetst moet worden niet de optimaal handelende oogarts, maar de redelijk handelende en bekwaam oogarts is. Daarnaast heeft het hof geoordeeld dat geen (voldoende) reële kans op een beter behandelingsresultaat verloren is gegaan, omdat, indien wel zou worden uitgegaan van een optimale eerdere behandeling, de kans op een beter behandelingsresultaat waarschijnlijk niet groot was geweest. Ook in dat geval was namelijk een groot aantal risicofactoren voor netvliesloslating bij eiseres 1 aanwezig geweest.

## **4. Kansschade vs. proportionele aansprakelijkheid**

In het Deloitte/Hassink-arrest (HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh) heeft de Hoge Raad overwogen dat het leerstuk van kansschade uitkomst kan bieden in situaties waarin de tekortkoming of onrechtmatige daad vaststaat, maar waarin 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 (HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, r.o. 3.5.3, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh). Het leerstuk van de kansschade is bijvoorbeeld toegepast in gevallen waarin een advocaat had verzuimd tijdig hoger beroep in te stellen ((HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, *NJ* 1998/257, m.nt. P.A. Stein (*Baijings/mr. H*) en

HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, *NJ* 2007/256, m.nt. J.M.M. Maeijer (*Tuin Beheer*) of om tijdig een rechtsvordering in te stellen (HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, *NJ* 2007/63).

De Hoge Raad heeft in het Deloitte/Hassink-arrest een duidelijk onderscheid gemaakt tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid. Laatstgenoemd leerstuk is door de Hoge Raad aanvaard in zijn arrest van 31 maart 2006 (ECLI:NL:HR:2006:AU6092, *NJ* 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*)). Het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid kan volgens de Hoge Raad worden benut in 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 gelegen is in het feit 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 (HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, r.o. 3.5.2, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh). Het onderscheid tussen beide leerstukken acht de Hoge Raad van belang, omdat slechts bij proportionele aansprakelijkheid terughoudendheid bij het aannemen van aansprakelijkheid geboden zou zijn (HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, r.o. 3.7, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh. Zie ook HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, r.o. 3.8, *NJ* 2011/251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Fortis/Bourgonje*)). Deze terughoudendheid zou te maken hebben met het feit dat niet zeker is of de gedraging van de aansprakelijk gestelde de schade heeft veroorzaakt. Deze onzekerheid omtrent de oorzaak van de gestelde schade zou in zaken waarin het leerstuk van kansschade wordt toegepast, geen rol spelen (M.F.E. Hillen, 'De Hoge Raad en het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid en kansschade', *MvV* 2013/4).

In de literatuur zijn de visies omtrent het door de Hoge Raad gemaakte onderscheid tussen beide leerstukken verdeeld. Enerzijds wordt er in de literatuur op gewezen dat bij proportionele aansprakelijkheid sprake is van een causaliteitskwestie, terwijl bij kansschade sprake is van een schadekwestie (M.F.E. Hillen, 'De Hoge Raad en het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad geen zijden van dezelfde medaille', *MvV* 2013/4). Bij proportionele aansprakelijkheid is namelijk onzeker of de gedraging van de aansprakelijk gestelde de oorzaak is geweest van de op zichzelf vaststaande of vast te stellen schade, terwijl bij kansschade onduidelijk is of sprake is van schade, omdat onzeker is of bij het uitblijven van de tekortkoming of onrechtmatige daad een beter resultaat was gerealiseerd (R.L.M. Cox, 'Proportionele aansprakelijkheid versus kansverlies - Tussen dogmatiek en praktijk', *NTBR* 2016/40; C.J.M. Klaassen, 'Kansschade en proportionele aansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad geen zijden van dezelfde medaille', *AV&S* 2013/14). Anderzijds wordt het door de Hoge Raad gemaakte onderscheid tussen beide leerstukken in de literatuur

bekritiseerd. De leerstukken zouden niet altijd uit elkaar kunnen worden gehouden en zouden in hoge mate inwisselbaar zijn (C.J.M. Klaassen, 'Kansschade en proportionele aansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad geen zijden van dezelfde medaille', *AV&S* 2013/14; C.H. van Dijk, 'Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven', *TVP* 2013/3. Anders: R.L.M. Cox, 'Proportionele aansprakelijkheid versus kansverlies - Tussen dogmatiek en praktijk', *NTBR* 2016/40). In beide gevallen bestaat immers onzekerheid omtrent de hypothetische situatie zonder normschending (S.D. Lindenbergh, annotatie bij HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237 (*Deloitte/Hassink*) onder 9). De keuze voor toepassing van een van beide leerstukken zou dan ook vooral afhankelijk zijn van de wijze waarop het juridische probleem (in het procedureel debat) wordt benaderd (C.H. van Dijk, 'Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven', *TVP* 2013/3; C.J.M. Klaassen, 'Kansschade en proportionele aansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad geen zijden van dezelfde medaille', *AV&S* 2013/14. Anders: R.L.M. Cox, 'Proportionele aansprakelijkheid versus kansverlies - Tussen dogmatiek en praktijk', *NTBR* 2016/40). Ten slotte wordt ook kritiek geuit op het onderscheid tussen beide leerstukken voor wat betreft de geboden terughoudendheid bij het aannemen van aansprakelijkheid. Ook bij toepassing van het leerstuk van kansschade zou bij het aannemen van aansprakelijkheid terughoudendheid moeten worden betracht (J.C.J. Wouters, 'Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en verlies van een kans in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht', *WPNR* 2013/6974; C.H. van Dijk, 'Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven', *TVP* 2013/3). De aansprakelijkheid wordt immers aangenomen op grond van (in geval van medische aansprakelijkheid) de kans op een beter behandelingsresultaat, maar niet op grond van de zekerheid van een beter behandelingsresultaat. Echter, gesteld kan worden dat de Hoge Raad, door bij het leerstuk van kansschade uit te gaan van het vereiste van een reële kans, een vergelijkbare mate van terughoudendheid betracht bij het aannemen van aansprakelijkheid als bij toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid (S.D. Lindenbergh, annotatie bij HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237 (*Deloitte/Hassink*) onder 9). Mijns inziens is dan ook vooral sprake van een dogmatisch onderscheid (Zie ook A-G Spier, conclusie voor HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237 (*Deloitte/Hassink*) onder 3.12.1; C.J.M. Klaassen, 'Kansschade en proportionele aansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad geen zijden van dezelfde medaille', *AV&S* 2013/14) en is de praktische betekenis van het onderscheid, vanwege de hoge mate van inwisselbaarheid van beide leerstukken en het feit dat bij toepassing van beide leerstukken terughoudendheid wordt betracht bij het aannemen van aansprakelijkheid, gering.

De discussie omtrent het onderscheid tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid en de overlap tussen beide leerstukken, speelt in de uitspraak van 23 december 2016 geen rol. Deze zaak staat uitdrukkelijk in het kader van het leerstuk van kansschade (zie kritisch over

toepassing van het leerstuk van kansschade in medische aansprakelijkheidszaken R.P. Wijne, annotatie bij HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2981, GZR 2017-0001). De onzekerheid is niet gelegen in de vraag welke oorzaak voor de schade moet worden aangewezen, maar in het feit dat niet kan worden vastgesteld of de schade ook (en in dezelfde mate) zou zijn ingetreden wanneer eiseres 1 eerder behandeld was. Voor zover een onderscheid moet worden gehanteerd tussen beide leerstukken, is de keuze voor toepassing van het leerstuk van kansschade in de onderhavige zaak dus in overeenstemming met de overwegingen van de Hoge Raad in het Deloitte/Hassink-arrest. Ondanks het feit dat het leerstuk van kansschade wordt toegepast (en niet het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid), blijkt uit de overwegingen van de Hoge Raad de nodige terughoudendheid voor het aannemen van aansprakelijkheid. Volgens de Hoge Raad dient allereerst de vraag te worden beantwoord wat de betreffende arts, gelet op zijn bijzondere deskundigheid en inzicht, zou hebben gedaan indien de tweede poging tot controle eerder zou hebben plaatsgevonden. Pas wanneer vaststaat dat de arts (mogelijk) voor een optimale behandeling zou hebben gekozen en sprake is van een reële kans dat bij deze optimale eerdere behandeling een beter resultaat was behaald, kan aansprakelijkheid worden aangenomen. De keuze voor toepassing van het leerstuk van kansschade brengt in deze zaak dus zeker niet mee dat onvoldoende terughoudendheid wordt betracht bij het aannemen van aansprakelijkheid.

##### **5. De redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar**

In de uitspraak van 23 december 2016 heeft de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.5.3 een duidelijke maatstaf gegeven aan de hand waarvan in medische aansprakelijkheidszaken met toepassing van het leerstuk van de kansschade de aansprakelijkheid dient te worden beoordeeld. De Hoge Raad heeft overwogen dat bij de beantwoording van de vraag of voor een patiënt een kans op een beter behandelingsresultaat verloren is gegaan, eerst dient te worden beoordeeld of is gehandeld in strijd met de norm van hetgeen een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot betaamt. Wanneer wordt geoordeeld dat in strijd met deze norm is gehandeld, dient te worden beoordeeld of een causaal verband bestaat tussen het handelen in strijd met deze norm en de gestelde schade. Hiertoe dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie na de normschending en de hypothetische situatie zoals die geweest zou zijn als de normschending niet zou hebben plaatsgevonden. Ten aanzien van de feitelijke situatie dient te worden vastgesteld wat daadwerkelijk is voorgevallen, terwijl het bij de hypothetische situatie gaat om de behandeling die feitelijk zou hebben plaatsgevonden, zij het dat daarbij het uitgangspunt moet zijn dat geen normschending zou hebben plaatsgevonden. In de hypothetische situatie dient, anders dan het hof heeft overwogen, dus niet te worden uitgegaan van de norm van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot, maar van hetgeen daadwerkelijk zou hebben

plaatsgevonden in de situatie zonder normschending.

Er dient derhalve een onderscheid te worden gemaakt tussen de vraag of sprake is van een beroepsfout en de vraag of deze beroepsfout tot schade heeft geleid. Dat sprake is van een beroepsfout kan worden aangenomen, indien niet is gehandeld als een redelijk bekwaam en redelijk handelend oogarts (HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, *NJ* 1991/26 (*Speeckaert/Gradener*). Dit normatief kader is gebaseerd op de contractuele zorgplicht van opdrachtnemers die is vastgelegd in artikel 7:401 BW. Pas wanneer vaststaat dat sprake is van een beroepsfout, dient te worden bepaald of deze beroepsfout tot schade heeft geleid. Om dit te kunnen beoordelen dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de werkelijke situatie en de hypothetische situatie zonder beroepsfout. Hierbij is geen plaats voor het hanteren van het normatief kader van de redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar, aangezien moet worden nagegaan wat daadwerkelijk zou hebben plaatsgevonden bij behandeling door de betreffende arts, indien deze arts geen beroepsfout gemaakt zou hebben (Parl. Gesch. Boek 6 BW, p. 340; R.J.B. Boonekamp, *Groene Serie Schadevergoeding*, art. 6:98 BW, aant. 2.1). Indien niet kan worden uitgesloten dat die betreffende arts de optimale zorgvuldigheid in acht zou hebben genomen, mag de aansprakelijkheidsdrempel dan ook niet verhoogd worden door uit te gaan van de redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar. Van belang is dus dat een onderscheid dient te worden gemaakt tussen de verschillende vereisten voor het aannemen van aansprakelijkheid, te weten de toerekenbare tekortkoming (beroepsfout) en het causaal verband tussen deze toerekenbare tekortkoming en de schade. Het normatief kader van de redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar vormt slechts voor het eerste vereiste de toetsingsmaatstaf. Bij het tweede vereiste mag deze toetsingsmaatstaf niet worden gehanteerd, maar dient de feitelijke situatie zonder normschending te worden gefingeerd.

## **6. Afsluiting**

De Hoge Raad heeft in deze uitspraak duidelijk de maatstaf uiteengezet aan de hand waarvan in medische aansprakelijkheidszaken de aansprakelijkheid voor een door een patiënt verloren kans op een beter behandelingsresultaat, dient te worden beoordeeld. Waar in de literatuur over kansschade veelal het onderscheid tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid naar voren komt, plaatst de Hoge Raad een mijns inziens belangrijker onderscheid, dat enkel binnen het leerstuk van kansschade gelegen is, op de voorgrond. Waar toepassing van proportionele aansprakelijkheid of van het leerstuk van kansschade veelal tot dezelfde uitkomst zal leiden, geldt dat namelijk niet voor de situatie waarin bij beoordelen van het causaal verband tussen de beroepsfout en de schade wordt uitgegaan van de redelijk handelend beroepsbeoefenaar en de situatie waarin wordt uitgegaan van het werkelijk handelen van de betreffende arts in de fictieve situatie zonder normschending. Dit kan

namelijk veel verschil maken voor de aansprakelijkheidsdrempel. De twee stappen die dienen te worden doorlopen bij toepassing van het leerstuk van kansschade, dienen voor wat betreft het toetsingskader van elkaar te worden onderscheiden. Om te bepalen of de arts een beroepsfout heeft gemaakt dient te worden getoetst aan het normatief kader van de redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar. Om vervolgens te bepalen of sprake is van een causaal verband tussen de beroepsfout en de schade, moet worden gekeken naar hetgeen daadwerkelijk zou hebben plaatsgevonden in de situatie zonder normschending, hetgeen dus kan betekenen dat de optimaal handelend arts de maatstaf vormt.