

De theorie en de praktijk van het proportioneel verdelen van aansprakelijkheid

**Een onderzoek waarin de theorie van het proportioneel verdelen van aansprakelijkheid,
wordt vergeleken met de praktijk bij MediRisk B.A.**



Naam student:	C.G.U. (Coen) Wagenaar
Studentnummer:	s1053052
School:	Hogeschool Leiden
Opleiding:	hbo Rechten
Begeleidend docent:	Yasmin Alhafaji
Opdrachtgever:	MediRisk B.A.
Begeleider vanuit opdrachtgever:	Anika Mulder

CONTACTGEGEVENS

Student

C.G.U. (Coen) Wagenaar
Koningin Wilhelminaweg 222
2802 HW
Gouda
06-290 36 112
coen.wagenaar@gmail.com
s1053052@student.hsleiden.nl

Begeleidend docent

Yasmin Alhafaji
Zernikedreef 11, kamer G2.004 (Hogeschool Leiden)
Postbus 382
2300 AJ
Leiden
alhafaji.Y@hsleiden.nl

Opdrachtgever

MediRisk B.A.

Bezoekadres

Orteliuslaan 750
3528 BB Utrecht

Postadres

Postbus 8409
3503 RK Utrecht

T (030) 247 48 10

F (030) 247 42 88

info@medirisk.nl

Begeleider vanuit opdrachtgever

Anika Mulder
(030) 247 46 86
anika.mulder@medirisk.nl

VOORWOORD

In maart 2013 ben ik begonnen met mijn scriptie voor de opleiding hbo-Rechten, aan de Hogeschool Leiden. Deze fase betekende dat het licht aan het eind van de tunnel steeds feller begon te schijnen. Met de opluchting in het verschiet, staken echter ook de twijfels over de toekomst de kop op. Na een aantal voortvarende maanden in de lente van 2013, leidden mijn twijfels tot een enorme motivatiedip en bijbehorend writersblock. In januari 2014 heb ik de draad weer opgepakt en mijn onderzoek met daadkracht en voortvarendheid afgerond, met als resultaat het onderhavige stuk.

Voor wat betreft de vertraging die mijn onderzoek heeft opgelopen, steek ik de hand in eigen boezem. Voor wat betreft mijn hervonden energie van begin 2014 en het afronden van mijn studie, komt lof toe aan verschillende personen.

Allereerst wil ik dank zeggen aan MediRisk B.A. als opdrachtgever en met name Anika Mulder, die mij van hieruit heeft begeleid. Zij heeft mij meermaals een spreekwoordelijke 'schop onder de kont' gegeven, uit angst waarvoor ik niet nogmaals durfde te verzaken.

Daarnaast heeft ook de Hogeschool een begeleidende rol gespeeld en hiervoor wil ik met name Yasmin Alhafaji, Robert van Rijn en Femke Koenraads bedanken.

In het bijzonder wil ik mijn vader en zus bedanken. Bij mijn vader kan ik altijd terecht om te putten uit zijn ervaringen of voor een juridische discussie op niveau. Onze gesprekken zijn voor mij een bron van wijsheid gebleken en onmisbaar voor het eindresultaat. Mijn zus is voornamelijk als mental coach onmisbaar geweest. Hoewel zij grotendeels schitterde in fysieke afwezigheid, hebben haar steunende woorden mij steeds bereikt.

Als laatste wil ik Marloes Hoekstra bedanken die, zonder hiervan zelf op de hoogte te zijn, een grote inspiratie voor mij is geweest.

Na deze beproeving lacht de toekomst mij weer toe! Met dank aan allen en vriendelijke groet.

Coen Wagenaar

Mei 2014

LIJST VAN AFKORTINGEN EN BEGRIPPEN

AFKORTINGEN

(red.)	Redactie
A.G.	Advocaat Generaal
A & V	Aansprakelijkheid & verzekering
AV & S	Aansprakelijkheid, verzekering & schade
B.I.	Percentage Blijvende Invaliditeit Gehele Persoon
BGK	Buitengerechtelijke kosten
BW	Burgerlijk Wetboek
Tijdschrift JA	Tijdschrift jurisprudentie aansprakelijkheid
NJB	Nederlands juristenblad
r.o.	Rechtsoverweging
Rv	Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering
TVP	Tijdschrift voor vergoeding personenschade
WPNR	Weekblad voor privaat, notariaat en registratie

BEGRIPPEN

Percentage blijvende invaliditeit gehele persoon:

- Een berekend percentage van blijvend functieverlies van het totale lichaam, als gevolg van een (on-)verwiltbaar trauma.

SAMENVATTING

Inleiding

MediRisk is al geruime tijd bezig haar (interne) processen te optimaliseren. Mede door (recente) ontwikkelingen van de twee rechtsregels voor proportionele verdeling van aansprakelijkheid vraagt men zich af in hoeverre de theorie hieromtrent, ook daadwerkelijk wordt toegepast in de dagelijkse praktijk bij MediRisk. Men wil namelijk trachten zoveel mogelijk aan te sluiten bij de (ingewikkelde) theorie van de rechtsregels. Hiertoe wil men inzicht in de theorie omtrent de rechtsregels en inzicht in de feitelijke afhandeling van zaken met onzekerheid over het al dan niet bestaan van *condicio sine qua non*-verband tussen de fout en de schade. Met deze inzichten kan MediRisk haar beleid (mogelijk) aanpassen om behandeling te bespoedigen en patiëntvriendelijkheid te vergroten.

Centrale vraag

De centrale vraag van dit onderzoek luidt als volgt:

‘Hoe verhoudt de afhandeling van bij MediRisk B.A. ingediende schadeclaims met een onzeker *condicio sine qua non*-verband tussen de fout en de definitieve schade zich, tot de maatstaven die de Hoge Raad hiervoor heeft gegeven?’

Om te kunnen komen tot beantwoording van de centrale vraag, zijn de methoden literatuur-, document- en dossieronderzoek toegepast. Daarnaast is er een interview/gesprek met een schadebehandelaar van MediRisk geweest en heeft er deskresearch plaatsgevonden.

Resultaten en conclusies

De Hoge Raad heeft twee inhoudelijk van elkaar verschillende rechtsregels voor proportionele verdeling van aansprakelijkheid gegeven. Deze rechtsregels hebben verschillende toetsingscriteria die dan ook zouden kunnen leiden tot verschillende uitkomsten.

Bij bestudering van de dossiers blijkt dat in geen van de gevallen expliciet wordt gekozen voor een proportionele verdeling van aansprakelijkheid. Men laat in alle gevallen in het midden voor welke rechtsregel men kiest. Toch wordt in 9 van de 10 onderzochte zaken slechts een deel van de totale schade door MediRisk vergoed. Partijen lijken impliciet dan ook te kiezen voor een verdeling van aansprakelijkheid/schadelast.

Ook de maatstaven/criteria van de Hoge Raad worden niet expliciet benoemd in de bestudeerde dossiers. Toch lijken partijen zich hiervan bewust, althans, men handelt wel in de geest van de maatstaven.

Bij nadere bestudering van de dossiers blijkt dat we in geen van de zaken een keuze *kunnen* maken voor één van de rechtsregels. De maatstaven die de Hoge Raad voor deze rechtsregels heeft gegeven, blijken praktisch gezien onvoldoende van elkaar te verschillen. Daarom is het steeds mogelijk om een zaak te benaderen als een zaak die zich leent voor ofwel verlies van een kans, dan wel proportionele aansprakelijkheid.

De dogmatische theorie van de Hoge Raad speelt in de praktijk geen rol van betekenis. Partijen lijken niet te willen, maar ook niet te kunnen aansluiten bij deze theorie. Toch handelt men wel in lijn met de gedachte achter het proportioneel verdelen van aansprakelijkheid. Partijen doen zo recht aan het feit dat er mogelijk wel, maar mogelijk ook geen *condicio sine qua non*-verband tussen de fout en de definitieve schade bestaat.

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord

Lijst van afkortingen en begrippen

Samenvatting

Inhoudsopgave

Hoofdstuk 1: Inleiding

1.1	Aanleiding	8
1.2	Doelstelling en relevantie	8
1.3	Centrale vraag en deelvragen	9
1.4	Onderzoeksmethoden	10
1.5	Leeswijzer	11

Hoofdstuk 2: Theoretisch kader

2.1	Inleiding	12
2.2	Het condicio sine qua non-verband	12
	2.2.1 Condicio sine qua non-verband; een deel van het causale verband	12
2.3	Het tekort van de alles-of-niets benadering	14
	2.3.1 Bewijs van het condicio sine qua non-verband	15
	2.3.2 Alternatieve veroorzaking met toepassing van eigen schuld	15
	2.3.3 Zekere fout, onzekere schade	17
2.4	Verschijningsvormen van de proportionele verdeling van aansprakelijkheid in de Nederlandse rechtspraak	19
	2.4.1 Proportionele aansprakelijkheid (langs de lijnen van artikelen 6:99 en 6:202 BW)	20
	2.4.2 Theorie van verlies van een kans	23
2.5	Voorwaarden van de Hoge Raad voor toepassing van de verschillende vormen van proportionele verdeling van aansprakelijkheid	25
	2.5.1 Maatstaven van de Hoge Raad voor toepassing van proportionele aansprakelijkheid	26
	2.5.2 Maatstaven van de Hoge Raad voor toepassing van de theorie van	

verlies van een kans	28
2.6 Verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid, twee kanten van dezelfde medaille	29

Hoofdstuk 3: Onderzoeksresultaten

3.1 Inleiding	32
3.2 Claimbehandeling door MediRisk	32
3.3 Resultaten dossieronderzoek	35
3.4 Inwisselbare rechtsregels, op basis van de theorie	42

Hoofdstuk 4: Conclusie en aanbevelingen

4.1 Inleiding	45
4.2 Beantwoording van de centrale vraag	45
4.3 Aanbevelingen	47
4.4 Noodzaak voor vervolgonderzoek	49

Literatuur- en bronnenlijst	51
------------------------------------	----

Bijlagen:

(samenvattingen onderzochte schadeclaims)

- A. samenvatting zaak A
- B. samenvatting zaak B
- C. samenvatting zaak C
- D. samenvatting zaak D
- E. samenvatting zaak E
- F. samenvatting zaak F
- G. samenvatting zaak G
- H. samenvatting zaak H
- I. samenvatting zaak I
- J. samenvatting zaak J

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1 Aanleiding

MediRisk B.A. (hierna MediRisk) is een verzekeraar voor beroepsaansprakelijkheid, binnen de zorgsector. In het medisch aansprakelijkheidsrecht komt het met regelmaat voor dat het condicio sine qua non-verband tussen een fout van een zorginstelling en de schade van een patiënt zich niet meer laat vaststellen. Voor dergelijke gevallen heeft de Hoge Raad twee verschillende rechtsregels gegeven die een oplossing kunnen bieden: (I) verlies van een kans, en (II) proportionele aansprakelijkheid.

Ook bij MediRisk worden schadeclaims behandeld waarin het condicio sine qua non-verband tussen de fout en de schade zich niet meer laat vaststellen.

Bijvoorbeeld in de casus waarin een patiënt een CVA (herseninfarct) heeft doorgemaakt, waarbij tevens blijkt dat het bij MediRisk verzekerde ziekenhuis ten onrechte de antistollingsmedicatie heeft gestaakt. De stollingsmedicatie verkleint de kans op CVA, maar neemt de kans niet geheel weg.

Het is echter momenteel voor MediRisk niet inzichtelijk hoe dergelijke schadeclaims worden behandeld. Het is tevens niet inzichtelijk welke maatstaven de Hoge Raad heeft gegeven voor toepassing van de rechtsregels en of deze in de praktijk bij MediRisk worden gehanteerd. Zodra dit inzicht er is, kan beoordeeld worden of en hoe het huidige claimbehandelingsproces kan worden aangepast om zodoende aan te sluiten bij de jurisprudentie en daarmee de patiëntvriendelijkheid te vergroten.

1.2 Doelstelling en relevantie

Dit onderzoek heeft in de eerste plaats tot doel een inzicht te geven in de wijze waarop bij MediRisk ingediende schadeclaims, met een onzeker condicio sine qua non-verband tussen de fout en de schade, in de praktijk worden afgehandeld. De behandelwijze zal tevens worden vergeleken met de maatstaven voor behandeling, zoals de Hoge Raad deze heeft gegeven. Door middel van deze vergelijking wordt inzichtelijk gemaakt in hoeverre de behandeling van dergelijke zaken geschiedt volgens de geldende maatstaven van de Hoge Raad.

Daarnaast wil MediRisk een uiteenzetting van de relevante literatuur en overwegingen van de Hoge Raad omtrent de rechtsregels van proportionele verdeling van aansprakelijkheid. Dit overzicht dient weer te geven wat de laatste stand van zaken is op het gebied van de twee rechtsregels voor een proportionele verdeling van aansprakelijkheid. Het vormt daarmee een overzichtelijk werk, waarin de relevante literatuur en jurisprudentie zijn samengebracht. Het overzicht kan dan ook ter verheldering dienen voor een ieder die zijn kennis omtrent de proportionele verdeling van aansprakelijkheid wil opfrissen.

1.3 Centrale vraag en deelvragen

Dit onderzoek wordt vormgegeven aan de hand van een centrale vraag. Ter beantwoording van deze centrale vraag, zullen eerst een aantal deelvragen worden beantwoord.

De centrale vraag van dit onderzoek luidt als volgt.

‘Hoe verhoudt de afhandeling van bij MediRisk B.A. ingediende schadeclaims, met een onzeker condicio sine qua non-verband tussen de fout en de definitieve schade, zich, tot de maatstaven die de Hoge Raad hiervoor heeft gegeven?’

De deelvragen van dit onderzoek luiden als volgt.

1. ‘Wat is het condicio sine qua non-verband?’
2. ‘Waarom schoot de alles-of-niets benadering tekort?’ (Wat is de toegevoegde waarde van een proportionele verdeling van aansprakelijkheid?)
3. ‘Welke verschijningsvormen kent de proportionele verdeling van aansprakelijkheid in de Nederlandse rechtspraak?’
4. ‘Welke voorwaarden/maatstaven hanteert de Hoge Raad voor toepassing van de verschillende vormen van proportionele verdeling van aansprakelijkheid?’
5. ‘Hoe verloopt het standaard claimbehandelingsproces bij MediRisk?’
6. ‘Wat valt er op bij bestudering van de 10 door MediRisk behandelde schadeclaims, met onzeker condicio sine qua non-verband?’
7. ‘Welke rechtsregel is geëigend een oplossing te bieden in iedere individuele zaak, gelet op hetgeen de Hoge Raad heeft overwogen in zijn arrest van 12 december 2012?’

1.4 Onderzoeksmethoden

Bij dit kwalitatieve onderzoek zijn meerdere onderzoeksmethoden toegepast. Per deelvraag zal worden aangegeven welke methode(n) is/zijn toegepast.

1. Literatuuronderzoek. (bestudering van relevante literatuur)
2. Literatuur- en documentonderzoek. (bestudering van relevante literatuur en uitspraken van de Hoge Raad)
3. Literatuur- en documentonderzoek. (bestudering van relevante literatuur en uitspraken van de Hoge Raad)
4. Documentonderzoek. (bestudering van relevante uitspraken van de Hoge Raad)
5. Deskresearch en interview. (voor het antwoord op deze deelvraag heb ik kunnen putten uit eigen ervaringen die ik heb opgedaan tijdens een eerdere meeloopstage bij MediRisk, aangevuld door een gesprek met één van de schadebehandelaars van MediRisk)
6. Dossieronderzoek. (bestudering van 10 door MediRisk behandelde en gesloten schadeclaimdossiers)
7. Documentonderzoek en deskresearch. (bestudering van relevante uitspraken van de Hoge Raad en toepassing op de onderzochte dossiers)

Bij de beantwoording van de vragen omtrent de inhoud van de leer van proportionele verdeling van aansprakelijkheid (deelvragen 1 – 4 en 7), zijn de methoden van literatuur- en documentonderzoek toegepast. Aangezien er geen wetgeving is die zich toespitst op deze vorm van aansprakelijkheid, is men voor uitleg in beginsel dan ook afhankelijk van de rechterlijke macht, in dit geval de Hoge Raad, en schrijvers die zich hebben gebogen over het onderwerp. Zodoende is aan de hand van de relevante literatuur en arresten van de Hoge Raad een helder beeld gegeven van de rechtsregels van proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans.

Om te kunnen beantwoorden hoe bij MediRisk ingediende schadeclaims met een onzeker *condicio sine qua non*-verband worden behandeld (deelvragen 6 en 7), is de methode van dossieronderzoek toegepast. In het interne computersysteem van MediRisk is gezocht naar 10 zaken waarin ofwel proportionele aansprakelijkheid, dan wel verlies van een kans in de correspondentie specifiek werd genoemd. Dit is praktisch gezien de enige wijze waarop dergelijke zaken in het systeem kunnen worden gevonden. Er is gekozen voor schadeclaims die zijn ingediend in de periode 2002 tot en met 2008 en die inmiddels gesloten zijn. De keuze voor gesloten dossiers is ingegeven door de gedachte dat deze dossiers ook daadwerkelijk volledig zijn afgewikkeld. In deze dossiers is dus helder waarover

men heeft gediscussieerd en wat men uiteindelijk overeen is gekomen. De uiteindelijke juridische en financiële afwikkeling zou hierin dan ook volledig gedocumenteerd moeten zijn. In lopende zaken is dit nog onderwerp van discussie en kan hierover nog geen uitsluitsel worden gegeven.

Na opvraag uit het archief zijn de dossiers bestudeerd en geanonimiseerd samengevat. De verslagen hiervan zijn te vinden in de bijlagen bij dit onderzoek. Vervolgens is bekeken in hoeverre aan de criteria van de Hoge Raad (voor behandeling van dergelijke zaken) is voldaan en hoe de zaken op een aantal andere punten zijn verlopen.

1.5 Leeswijzer

In hoofdstuk 2 wordt het theoretisch kader omtrent de rechtsregels van proportionele aansprakelijkheid beschreven. In dit hoofdstuk zijn de antwoorden op deelvragen 1 tot en met 4 verwerkt.

In hoofdstuk 3 wordt een antwoord gegeven op de deelvragen 5,6 en 7. Hiermee wordt een beeld geschapen van zowel de standaard claimbehandeling bij MediRisk, als de feitelijke behandeling van de 10 onderzochte dossiers.

In het vierde hoofdstuk wordt een antwoord gegeven op de centrale vraag. Tevens worden aanbevelingen gedaan naar aanleiding van het onderzoek en aanbevelingen voor nader onderzoek.

HOOFDSTUK 2

Theoretisch kader

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk wordt uiteengezet wat de theoretische achtergrond is, van het proportioneel verdelen van aansprakelijkheid. Aan de hand van voornamelijk relevante uitspraken van de Hoge Raad en vakliteratuur, zal een uitgebreid beeld van de rechtsregels van proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans worden gegeven. Een aantal van de deelvragen vormt hierbij een leidraad.

2.2 Het condicio sine qua non-verband

Het aansprakelijkheidsrecht wordt (op hoofdlijnen) bekend geacht, echter het condicio sine qua non-verband verdient wat extra aandacht. Zodra het onmogelijk is om dit verband aan te tonen, behoort het proportioneel verdelen van aansprakelijkheid namelijk tot de mogelijke oplossingen. In deze paragraaf wordt het begrip 'condicio sine qua non-verband' uitgelegd, aan de hand van de artikelen 6:74 en 6:162 van het Burgerlijk Wetboek.

2.2.1 Condicio sine qua non-verband; een deel van het causale verband

Het uitgangspunt in het aansprakelijkheidsrecht is dat iemand die schade lijdt, deze in beginsel zelf moet dragen. Dit kan worden gezien als een hoofdregel in geval van schade¹. Laat iemand thuis een vaas vallen, zal hij deze zelf moeten vervangen. Rijdt iemand per ongeluk met zijn fiets tegen een muur, komt de schade aan de fiets voor eigen rekening.

Het vorenstaande neemt niet weg dat de wet mogelijkheden biedt om schade op een ander te verhalen². Hiervoor is uiteraard een geldig beroep op een rechtsgrond nodig. De gronden voor schadevergoeding zijn de tekortkoming in de nakoming en de onrechtmatige daad, respectievelijk artikel 6:74 en 6:162 BW. Indien een gelaedeerde een geldig beroep doet op één van deze artikelen, rust er op de veroorzaker van de schade, de laedens, een verplichting tot vergoeding van de schade³.

Causaal verband

¹ Zie bijvoorbeeld: **Wijne 2013**, p. 2; **Spier e.a. 2012**, p. 2.

² Zie bijvoorbeeld de artikelen: 6:74 Burgerlijk Wetboek; 6:162 Burgerlijk Wetboek; 6:200 Burgerlijk Wetboek; 6:212 Burgerlijk Wetboek.

³ Voor een uitgebreide uitleg zie bijvoorbeeld: **Brunner e.a. 2011**, p. 300 e.v.; **Spier e.a. 2012**, p. 20 e.v.

Indien een beroep wordt gedaan op de voornoemde artikelen, stelt de wet ook het causale verband aan de orde. Dit causale verband valt uiteen in twee delen, ook wel fasen genoemd. Men spreekt van: (i) de fase van vestiging van aansprakelijkheid, en (ii) de fase van de omvang van aansprakelijkheid⁴.

De fase van *vestiging van aansprakelijkheid* wordt niet concreet benoemd in het Burgerlijk Wetboek. Dit deel van het causaal verband wordt ook wel het oorzakelijk of ‘condicio sine qua non’-verband genoemd. Vrij vertaald betekent dit: ‘oorzaak zonder welk het gevolg niet zou zijn ingetreden’, en wordt ook wel gezien als een minimumvoorwaarde⁵. Hoewel het condicio sine qua non-verband nergens in de wet concreet wordt benoemd, volgt dit vereiste wel uit de tekst van de artikelen 6:74 en 6:162 BW⁶:

Artikel 6:74 BW:

‘...schade die de schuldeiser daardoor lijdt...’.

Artikel 6:162 BW:

‘...schade die de ander dientengevolge lijdt...’.

Het bestaan van condicio sine qua non-verband kan doorgaans worden aangetoond door een eenvoudige wegdenkoefening⁷:

‘zou de schade ook zijn ontstaan als de vermeend veroorzakende gedraging niet had plaatsgevonden?’

Aangezien het condicio sine qua non-verband wordt gezien als een minimumvoorwaarde, dient aanwezigheid hiervan eerst te worden aangetoond, alvorens toe te komen aan toetsing van de rest van de betrokken wettelijke bepaling. Er zal dus eerst een beoordeling van de feitelijke omstandigheden moeten plaatsvinden, voordat het juridische aspect kan worden beoordeeld. Is er sprake van condicio sine qua non-verband tussen de gedraging en de schade, dan kan verdere toetsing van het betrokken wetsartikel (6:74 of 6:162 BW) plaatsvinden. Is er geen sprake van condicio sine qua non-verband, dan kan er in beginsel ook geen sprake zijn van een geldig beroep op de voornoemde artikelen. Een voorbeeld ter illustratie:

Dokter de Zeeuw zet tijdens een operatie het rechter been af van zijn patiënt, terwijl het linker been had moeten worden afgezet. Het linker been wordt alsnog afgezet en patiënt mist nu twee benen. Als

⁴ **Spier e.a. 2012**, p. 265; zie ook: **Klaassen 2007**, p. 27.

⁵ **Spier e.a. 2012**, p. 265.

⁶ Zie bijvoorbeeld: **Wijne 2013**, p. 71; **Olthof 2009**, p. 2348; **Lindenbergh 2009**, p. 2486.

⁷ Zie bijvoorbeeld: **Van Dijk 2010**, p. 95; **Hartkamp & Sieburgh 2009**, nr. 50 – 52.

we nu de fout (afzetten van het rechter been) wegdenken, had patiënt nog één been gehad. Er kan dan ook worden gesteld dat er *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de gedraging van dokter de Zeeuw en de schade van patiënt.

Het vaststellen van de aan- of afwezigheid van *condicio sine qua non*-verband, gebeurt volgens de gewone regels van bewijsrecht⁸. In het bovenstaande voorbeeld zal hierbij in beginsel geen probleem ontstaan. Men kan echter ook situaties voorstellen waarin de vaststelling problematischer verloopt.

Denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin een arts abusievelijk geen antistollingsmedicatie aan een patiënt voorschrijft en deze patiënt vervolgens een CVA doormaakt. Als we de fout (het niet toedienen van antistollingsmedicatie) wegdenken, kan niet met zekerheid worden gezegd dat patiënt gevrijwaard was gebleven van een CVA. Deze medicatie verkleint immers alleen het risico op CVA en biedt geen 100 % bescherming.

Het vaststellen van *condicio sine qua non*-verband is soms heel eenvoudig, maar levert op andere momenten weer grote moeilijkheden op. De eventuele moeilijkheid om dit oorzakelijke verband vast te stellen neemt niet weg dat het in beginsel een minimumvereiste is, om te kunnen komen tot een geslaagd beroep op de artikelen 6:74 en 6:162 BW.

De fase van *omvang van de aansprakelijkheid* wordt expliciet beschreven in artikel 6:98 BW. Door middel van toerekening naar redelijkheid wordt de omvang van de schade vastgesteld⁹. Bij deze toerekening worden verschillende factoren gewogen zoals bijvoorbeeld de aard van de aansprakelijkheid, de aard van de schade en de mate van schuld¹⁰. Op deze wijze dient voor elk deel van de schade te worden aangetoond of deze in causaal verband staat tot de onrechtmatige daad of tekortkoming in de nakoming.

2.3 Het tekort van de alles-of-niets benadering

In deze paragraaf wordt uiteen gezet waarom de traditionele aansprakelijkheidsbenadering in sommige gevallen tekort schoot en hoe een proportionele verdeling van aansprakelijkheid in dergelijke gevallen een uitkomst kan bieden. Door de traditionele ‘alles-of-niets-benadering’ te vergelijken met de proportionele benadering, krijgt met een helder inzicht in de inhoud, de

⁸ Artikel 150 Rv.

⁹ Toerekening naar redelijkheid is door de Hoge Raad voor de eerste maal geaccepteerd in HR 20 maart 1970, ECLI:NL:HR:1970:AC5007, NJ 1970, 251.

¹⁰ **Spier e.a. 2012**, p. 272.

verschillende vormen en de toegevoegde waarde van een proportionele verdeling van aansprakelijkheid.

2.3.1 Bewijs van het condicio sine qua non-verband

Op basis van een wettelijke bepaling kan een gelaedeerde een ander, de laedens, aansprakelijk stellen voor zijn schade. Hiervoor is van belang dat de gelaedeerde aantoonst dat aan alle vereisten van die wettelijke bepaling is voldaan. De hoofdregel is immers: ‘wie eist, bewijst’¹¹. In artikel 150 Rv is echter ruimte gelaten voor uitzonderingen op deze hoofdregel. Zo kan, ingevolge dat artikel, uit “een bijzondere rechtsregel” of “uit de eisen van redelijkheid en billijkheid” een andere verdeling van de bewijslast voortvloeien. In het arrest Dicky Trading II heeft de Hoge Raad een dergelijke bijzondere rechtsregel gegeven in de vorm van de ‘omkeringsregel’¹².

Zoals vastgesteld in paragraaf 2.2 is het condicio sine qua non-verband tussen de fout/gedraging en de schade, één van de vereisten voor aansprakelijkheid en de gelaedeerde dient in beginsel dan ook aan te tonen of dit verband aanwezig is. Echter, door middel van een bijzondere rechtsregel (omkeringsregel) of op grond van de redelijkheid en billijkheid, kan dit condicio sine qua non-verband door de rechter worden aangenomen. Het is dan vervolgens aan de laedens om aan te tonen dat de schade van de gelaedeerde ook zou zijn ontstaan indien zijn fout/gedraging niet had plaatsgevonden. Degene die belast is met het bewijs van condicio sine qua non-verband, draagt dus ook het bewijsrisico. Bij blijvende onzekerheid over het condicio sine qua non-verband, betekent het krijgen van de bewijsopdracht dan ook automatisch de onmogelijkheid het bewijs van eigen standpunt te leveren.

2.3.2 Alternatieve veroorzaking met toepassing van eigen schuld

Er kunnen zich situaties voordoen waarin het onmogelijk is om achteraf vast te stellen of er wel of geen condicio sine qua non-verband bestaat tussen een fout/gedraging van de aangesproken partij en de schade van de gelaedeerde. Als de vaststelling onmogelijk is vanwege het feit dat: (i) er meerdere omstandigheden zijn die ieder afzonderlijk de schade kunnen hebben veroorzaakt, en (ii)

¹¹ Zie voor deze hoofdregel: artikel 150 Rv.

¹² HR 21 juni 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5463, NJ 1974, 453; Voor een verdere uitleg omtrent de omkeringsregel in de rechtspraak, zie bijvoorbeeld: HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, NJ 1993, 686 (Cijssouw/De Schelde I); HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2476, NJ 1996, 607; HR 7 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3670, NJ 2007, 644. Voor verdere uitleg over de omkeringsregel in de literatuur, zie bijvoorbeeld: **Hartkamp & Sieburgh 2009**, nr. 76 – 78; **Akkermans & Van Dijk, AV&S 2012**, p. 155 – 177.

minimaal één van deze omstandigheden voor rekening van de gelaedeerde komt, en (iii) niet meer is vast te stellen door welk van de omstandigheden de schade feitelijk is ontstaan, zou er een onredelijke situatie kunnen ontstaan. De Hoge Raad heeft een dergelijke zaak reeds beoordeeld:

Nefalit/Karamus¹³

Een werknemer heeft 15 jaar voor een bedrijf gewerkt waar men asbest verwerkte en hij heeft tevens 28 jaar gerookt. Op een gegeven moment wordt bij hem de diagnose longkanker gesteld en hij overlijdt aan de gevolgen van deze ziekte. De nabestaanden van de werknemer besluiten de voormalig werkgever aansprakelijk te stellen. In de procedure wordt al snel duidelijk dat de werkgever zijn zorgplicht heeft geschonden, door niet de verplichte bescherming te bieden aan zijn werknemers ter voorkoming van gezondheidsschade in de vorm van longkanker. Er is hier dan ook sprake van een overschrijding van een veiligheidsnorm en de werkgever is toerekenbaar tekort geschoten. De werkgever voert echter aan dat een meer waarschijnlijke oorzaak van de schade het rookgedrag van de werknemer is. Een deskundige bekijkt de zaak en komt tot de conclusie dat de concrete oorzaak van de longkanker niet te achterhalen is. Op basis van een goed gemotiveerde inschatting, stelt de deskundige echter dat er een 55% kans is, dat de longkanker is veroorzaakt door de uitoefening van de werkzaamheden van de werknemer.

In dit voorbeeld zijn er in ieder geval twee omstandigheden die de uiteindelijke schade kunnen hebben veroorzaakt. De eerste omstandigheid die de schade kan hebben veroorzaakt is het onvoldoende beschermd werken met asbest (hiervoor is de werkgever *aansprakelijk*). De tweede omstandigheid die de schade kan hebben veroorzaakt is het rookgedrag van de werknemer (hiervoor is de werknemer *verantwoordelijk*). Ook is het mogelijk dat een genetische aanleg, veroudering of een andere (onbekende) omstandigheid de schade (mede) heeft veroorzaakt (deze omstandigheden komen voor risico van de werknemer). De schade kan ook zijn ontstaan door een combinatie van de voornoemde omstandigheden.

Traditioneel gezien ging men uit van een alles-of-niets benadering. De rechter besloot dan of er sprake was van *condicio sine qua non*-verband, als hierover geen zekerheid kon worden verkregen¹⁴. Wanneer de kans zeer groot is dat de schade is veroorzaakt door de tekortkoming/onrechtmatige

¹³ HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ: 2011, 250.

¹⁴ Zie bijvoorbeeld: **Wouters, WPNR 2013, p. 333 – 342; Spier e.a. 2012, p. 245.**

daad, ligt het voor de hand dat de rechter de vordering tot schadevergoeding toewijst. Is deze kans zeer klein, dan ligt het voor de hand dat de rechter de vordering afwijst¹⁵.

In het vorenstaande voorbeeld is duidelijk dat het *condicio sine qua non*-verband zich niet meer laat vast stellen. Wel heeft de deskundige aangegeven dat er een 55 % kans bestaat dat de schade gevolg is van een tekortkoming van de werkgever. Hier staat tegenover dat er een 45 % kans bestaat dat de schade gevolg is van een omstandigheid die voor risico van de werknemer komt, tenzij deze kan aantonen dat een derde partij hiervoor aansprakelijk is. Gelet op de omkeringsregel uit het *Dicky Trading II*-arrest, zal de normoverschrijding van de werkgever (mogelijk) leiden tot omkering van de bewijslast. De werkgever zal dan moeten aantonen dat de schade ook zou zijn ontstaan indien hij niet tekort was geschoten en er dus geen sprake is van *condicio sine qua non*-verband tussen de tekortkoming en de schade. Een deskundige heeft echter aangegeven dat de daadwerkelijke oorzaak niet langer te achterhalen is.

In de alles-of-niets benadering zou één van de partijen de totale schadelast moeten dragen, terwijl er een bijna even grote kans is dat de andere partij verantwoordelijk voor de schade zou moeten worden gehouden. Wanneer men een gedegen schatting kan maken van de veroorzakingskansen, lijkt het de voorkeur te verdienen de aansprakelijkheid en daarmee de schadelast te verdelen in evenredigheid met de grootte van de veroorzakingswaarschijnlijkheid. Deze gedachtegang volgde ook de Hoge Raad in het arrest van *Nefalit/Karamus*.

2.3.3 Zekere fout, onzekere schade

In de vorige deelparagraaf is de situatie besproken waarin er minimaal 2 mogelijk schadeveroorzakende omstandigheden zijn, waarvan er één voor rekening/risico van de gelaedeerde komt. Men kan zich echter ook voorstellen dat er zich een situatie voordoet waarin er wel sprake is van een fout, maar niet is vast te stellen of deze tot de schade van de gelaedeerde heeft geleid. Met andere woorden, de schade was *mogelijk* ook ontstaan in de hypothetische situatie waarin de aangesproken partij geen fout had gemaakt. Om te kunnen beoordelen of de aangesproken partij aansprakelijk is, zou men moeten toetsen of aan de minimumvoorwaarde van het *condicio sine qua non*-verband is voldaan. Dit kan men doen door de gevolgen in de situatie met fout, te vergelijken met de gevolgen in de (hypothetische) situatie zonder fout. Er bestaat alleen *condicio sine qua non*-verband tussen de fout en de gevolgen die, in de hypothetische situatie zonder fout niet zouden zijn ontstaan:

¹⁵ Zie ook HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ: 2011, 250, (ro. 3.13).

(feitelijke) situatie met fout → €100 schade

(hypothetische) situatie zonder fout → €80 schade

Voor €20 van de schade in de feitelijke situatie, is *condicio sine qua non*-verband met de fout.

Het beoordelen van een hypothetische situatie brengt uiteraard talrijke moeilijkheden met zich mee. Als het *condicio sine qua non*-verband tussen de fout en de definitieve schade zich niet meer laat vaststellen, zou ook hier een onredelijke situatie kunnen ontstaan. De Hoge Raad heeft een dergelijke zaak reeds beoordeeld:

(Baijings/mr. H.)

Baijings is als manager in dienst bij Sara Lee. Onderdeel van zijn beloning is een aandelenoptiepakket ter waarde van ongeveer \$2.4 miljoen. Sara Lee stapt echter naar de kantonrechter om het dienstverband met Baijings te beëindigen. Door beëindiging van het dienstverband, zou Baijings geen aanspraak meer kunnen maken op zijn aandelenopties. Baijings ziet dit als een wanprestatie van zijn werkgever en vraagt om een schadevergoeding voor het verlies van zijn aandelenopties. De kantonrechter wijst de vordering tot schadevergoeding van Baijings af in een deelvonnis. Deze afwijzing is onder meer gegrond op een tekort aan bewijs van het bestaan van een wanprestatie. In overleg met zijn advocaat (mr. H.), besluit Baijings in hoger beroep te gaan tegen dit deelvonnis. Mr. H. verzuimt echter tijdig hoger beroep in te stellen, waardoor de kans voor Baijings verloren is gegaan om schadevergoeding van Sara Lee te vorderen.

In een nieuwe procedure stelt Baijings zijn voormalig advocaat mr. H. aansprakelijk, voor de schade die hij lijdt als gevolg van het verzuim om hoger beroep in te stellen. Baijings vordert het gehele bedrag van ongeveer \$2.4 miljoen, onder de stelling dat zijn vordering in hoger beroep volledig zou zijn toegewezen¹⁶.

Traditioneel gezien was het ook hier aan de rechter om de 'knoop door te hakken', voor wat betreft het *condicio sine qua non*-verband tussen de fout en de definitieve schade. Dat er sprake is van een fout was voor beide partijen helder en stond niet ter discussie, aangezien mr. H. had verzuimd om tijdig hoger beroep in te stellen, terwijl dit wel was afgesproken met Baijings.

Het is echter lastiger vast te stellen of het verzuim van mr. H. ook daadwerkelijk heeft geleid tot de door Baijings gestelde schade van \$2.4 miljoen. In de oorspronkelijke procedure is de vordering tot schadevergoeding van Baijings door de kantonrechter afgewezen. In de onderhavige procedure, tegen zijn voormalig advocaat, stelt hij echter dat zijn vordering in hoger beroep zou zijn

¹⁶ Dit voorbeeld is een korte weergave van de zaak HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2467, NJ: 1998,257 (Baijings/mr. H.)

toegewezen. Om erachter te komen of er inderdaad sprake is van schade als gevolg van het verzuim van mr. H. zou de rechter moeten beoordelen wat de uitkomst van de hypothetische appelprocedure zou zijn geweest, indien mr. H. wel tijdig hoger beroep had ingesteld. In die procedure zouden Baijings en Sara Lee beiden bewijzen aanleveren. Baijings om zijn recht op schadevergoeding aan te tonen en Sara Lee om aan te tonen dat zij niet (of in mindere mate) schadeplichtig is. Echter, in de procedure tussen Baijings en zijn voormalig advocaat (mr. H.), is Sara Lee geen partij. Mr. H. zal dan ook in principe het standpunt van Sara Lee moeten verdedigen, zonder toegang te hebben tot alle bewijzen die dit standpunt kunnen verdedigen. Omdat (hoogstwaarschijnlijk) niet alle bewijzen aan de rechter kunnen worden voorgelegd, kan deze het geschil tussen Baijings en Sara Lee dan ook niet ten volle beoordelen.

Aangezien de rechter niet kan beoordelen wat de uitkomst van het oorspronkelijke geschil tussen Baijings en Sara Lee zou zijn geweest indien mr. H. tijdig hoger beroep had ingesteld, is het voor hem lastig te beoordelen of het verzuim van mr. H. heeft geleid tot de uiteindelijke schade van \$2.4 miljoen voor Baijings. Wanneer de rechter beslist omtrent het al dan niet bestaan van *condicio sine qua non*-verband tussen de fout en de definitieve schade, leidt dit tot ofwel volledige toewijzing, dan wel volledige afwijzing van de vordering van Baijings. Deze beide uitkomsten lijken geen recht te doen aan de situatie. Bij volledige toewijzing van de vordering wordt namelijk voorbijgegaan aan de kans dat de vordering van Baijings op Sara Lee in hoger beroep wederom zou zijn afgewezen. Bij volledige afwijzing van de vordering, echter, wordt voorbijgegaan aan de kans dat de vordering van Baijings op Sara Lee in hoger beroep wel zou worden gehonoreerd. Het door een rechter doorhakken van de knoop omtrent het *condicio sine qua non*-verband, lijkt dan ook een onredelijke wijze om een dergelijk geschil te beslechten.

2.4 Verschijningsvormen van de proportionele verdeling van aansprakelijkheid in de Nederlandse rechtspraak

Zoals hiervoor beschreven was Akkermans één van de eersten die de proportionele verdeling van aansprakelijkheid in Nederland op de kaart zette, in zijn dissertatie in 1997¹⁷. Hij zag drie mogelijke manieren om te komen tot een verdeling van aansprakelijkheid¹⁸:

- verlies van een kans,
- alternatieve veroorzaking met toepassing van eigen schuld,
- toerekening naar kansbepaling.

¹⁷ Akkermans 1997 (diss.).

¹⁸ Zie voor een verkorte weergave van deze drie mogelijkheden: Akkermans 1997, p. 105 – 115.

Twee van de drie mogelijkheden die Akkermans beschrijft worden vandaag de dag als rechtsregel in de rechtspraak toegepast: het leerstuk van verlies van een kans en het leerstuk van alternatieve veroorzaking met toepassing van eigen schuld. Het derde leerstuk wordt in Nederland vrijwel niet toegepast en zal dan ook niet verder worden toegelicht¹⁹. Het leerstuk dat Akkermans tot alternatieve aansprakelijkheid met toepassing van eigen schuld heeft gedoopt, gaat tegenwoordig in de praktijk onder de noemer proportionele aansprakelijkheid. De proportionele verdeling van aansprakelijkheid binnen de Nederlandse rechtspraak, valt dus uiteen in twee verschillende vormen: 'Proportionele aansprakelijkheid' en de theorie van 'Verlies van een kans'. De Hoge Raad heeft beide rechtsregels aanvaard en gesteld dat zij op de inhoud van elkaar verschillen. Hun overeenkomst is echter dat in beide gevallen onzekerheid bestaat over het *condicio sine qua non*-verband tussen de 'fout' (tekortkoming of onrechtmatige daad) en de definitieve schade.

2.4.1 Proportionele aansprakelijkheid (langs de lijnen van artikelen 6:99 en 6:101 BW)

De eerste vorm van proportionele verdeling van aansprakelijkheid werd door Akkermans dus alternatieve veroorzaking met toepassing van eigen schuld genoemd. De Hoge Raad neemt niet de benaming over van Akkermans, echter hij kiest in het arrest van Nefalit/Karamus wel voor een oplossing langs dezelfde lijn. De Hoge Raad stelt in voornoemd arrest dat een aangesproken partij mag worden veroordeeld tot vergoeding van een deel van de schade, "*...mede gelet op de aan de artikelen 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten...*"²⁰. De begrippen 'eigen schuld' (artikel 6:101 BW) en 'alternatieve aansprakelijkheid' (artikel 6:99 BW) kennen we uit het reguliere aansprakelijkheidsrecht. Deze lijken op het eerste gezicht rechtstreeks toe te passen op een zaak als Nefalit/Karamus (zie paragraaf 2.3.2 voor het voorbeeld). Indien deze artikelen rechtstreekse toepassing konden krijgen, zou een bijzondere rechtsregel als die van proportionele aansprakelijkheid niet nodig zijn. Op basis van de tekst van voornoemde artikelen is rechtstreekse toepassing niet mogelijk. Eén en ander zal hieronder kort worden weergegeven.

De term 'alternatieve veroorzaking' heeft betrekking op de aanwezigheid van twee of meerdere mogelijk schadeveroorzakende omstandigheden. Artikel 6:99 BW luidt als volgt.

Artikel 6:99 BW:

'Kan de schade een gevolg zijn van twee of meer gebeurtenissen voor elk waarvan een andere persoon aansprakelijk is, en staat vast dat de schade door ten minste één van deze

¹⁹ Van Dijk 2010, p. 95 – 122.

²⁰ HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092; NJ: 2011,250, (r.o. 3.13).

gebeurtenissen is ontstaan, dan rust de verplichting om de schade te vergoeden op ieder van deze personen, tenzij hij bewijst dat deze niet het gevolg is van een gebeurtenis waarvoor hijzelf aansprakelijk is.'

Wanneer we dit artikel rechtstreeks willen toepassen op een zaak als Nefalit/Karamus, ontstaat er een aantal problemen. Zo vereist dit artikel dat voor de mogelijk schadeveroorzakende gebeurtenissen verschillende personen *aansprakelijk* zijn. In het geval van Nefalit/Karamus was de werkgever wel aansprakelijk voor een mogelijke oorzaak (het onbeschermd werken met asbest) en kwamen de andere mogelijke oorzaken voor rekening van de werknemer zelf. Deze mogelijk oorzaken waren in ieder geval roken, genetische aanleg, veroudering en eventuele (nog) onbekende oorzaken. Hoewel deze in verhouding tot de werkgever voor *rekening* van de werknemer komen, kan hierop geen aansprakelijkheid worden gebaseerd. De werknemer is dan misschien wel verantwoordelijk voor deze omstandigheden, maar niet *aansprakelijk* in de juridische zin van het woord.

Ook kunnen mogelijke oorzaken zoals genetische aanleg en veroudering niet worden benoemd als zijnde gebeurtenissen. Dit zijn slechts *omstandigheden* die invloed kunnen hebben gehad op het ontstaan van de schade.

Daarnaast moet volgens artikel 6:99 BW vast staan dat de schade door ten minste één van de gebeurtenissen is ontstaan. In de zaak van Nefalit/Karamus heeft de deskundige echter aangegeven dat vaststelling van de feitelijke oorzaak niet langer mogelijk is. De schade *kan* zijn ontstaan door het roken, of door het werken met asbest. Er kan echter ook sprake zijn van een samenloop van omstandigheden of een (nog) onbekende oorzaak. Dus men kan niet stellen dat in ieder geval één van de bekende omstandigheden/gebeurtenissen tot de schade heeft geleid.

Op basis van het vorenstaande wordt duidelijk dat artikel 6:99 BW geen rechtstreekse toepassing kan krijgen in gevallen als Nefalit/Karamus. Dit ondanks het feit dat het artikel ziet op een situatie waarin er meerdere mogelijk veroorzakende omstandigheden zijn. Akkermans verwijst in zijn dissertatie naar de parlementaire geschiedenis van artikel 6:99 BW, waarin wordt gesteld dat het artikel een oplossing kan bieden in geval van verschillende mogelijke veroorzakers waar de feitelijke veroorzaker niet (langer) te achterhalen is²¹. Akkermans stelt hier ook dat deze bepaling in beginsel dient ter bescherming van de gelaedeerde, voor de situatie waarin hij niet kan bewijzen wie van meerdere mogelijke daders, daadwerkelijk zijn schade heeft veroorzaakt. De bewijslast kan worden omgekeerd

²¹ Akkermans 1997 (diss.), p. 22.

om de benadeelde tegemoet te komen²². In het geval dat er twee of meer personen onrechtmatig hebben gehandeld tegenover de gelaedeerde, beide gedragingen de schade kunnen hebben veroorzaakt, maar de benadeelde niet kan bewijzen welke onrechtmatige handeling de schade feitelijk heeft veroorzaakt, zou hij immers in beginsel geen onrechtmatige daad kunnen aantonen. De gelaedeerde zou dan zelf zijn schade moeten dragen, omdat hij niet kan aantonen welke van de twee onrechtmatige daden de schade heeft veroorzaakt. Door toepassing van dit artikel hoeft de gelaedeerde niet meer aan te tonen wie de schade feitelijk heeft veroorzaakt, maar kan hij beide onrechtmatig handelende partijen aansprakelijk houden. De aangesproken personen hebben vervolgens uiteraard de mogelijkheid om aan te tonen dat zij niet aansprakelijk zijn voor de schade van gelaedeerde.

Hoewel artikel 6:99 BW ruimte biedt voor een verdeling van aansprakelijkheid als er sprake is van meerdere mogelijk veroorzakende omstandigheden, ziet dit strikt genomen niet toe op zaken waarin één of meerdere van deze omstandigheden voor rekening van de gelaedeerde zelf komt/komen. Toch lijkt het onredelijk om de gelaedeerde volledig ‘vrij te spreken’, in een geval waarin hij verantwoordelijk is voor omstandigheden die tot zijn schade kunnen hebben bijgedragen.

De klank van de term ‘eigen schuld’ doet vermoeden dat dit begrip hier een uitkomst zou kunnen bieden. Ook dit artikel is strikt gezien niet toe te passen op een zaak als Neafalit/Karamus, zoals onderstaand zal worden toegelicht. Artikel 6:101 BW luidt als volgt.

Artikel 6:101 lid 1 BW:

‘Wanneer de schade mede gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde is toe te rekenen, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.’

Het artikel spreekt over “schade die mede gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde is toe te rekenen”. In Nefalit/Karamus echter, heeft een deskundige geoordeeld dat de schade veroorzaakt kan zijn door een oorzaak waarvoor de werkgever aansprakelijk is, of door een oorzaak

²² Zie ook: **Oosterveen 2009**, p. 2387.

die voor rekening van de werknemer zelf komt, of door een onbekende omstandigheid, of door een combinatie van verschillende veroorzakende omstandigheden. Volgens de deskundige is dus niet vast te stellen of de schade mede gevolg is van een omstandigheid die binnen de risicosfeer van de gelaedeerde valt. Het blijft slechts een mogelijke oorzaak. De eigen-schuld-bepaling van artikel 6:101 BW is dus niet rechtstreeks toe te passen op een casus als die van Nefalit/Karamus. Toch spreekt de strekking hier duidelijk tot de verbeelding.

Zoals aan het begin van deze paragraaf gesteld, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de schadevergoeding door een rechter mag worden verdeeld, “...mede gelet op de aan de artikelen 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten...”. Hiermee lijkt de Hoge Raad een denkwijze gelijk aan die van Akkermans te volgen. In een situatie als die in Nefalit/Karamus, kan een aangesproken partij worden veroordeeld tot vergoeding van de schade, “...in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt”²³. Deze rechtsregel heet proportionele aansprakelijkheid²⁴ en de concrete vereisten om te kunnen komen tot een dergelijk verdeling zullen worden besproken in paragraaf 3.5. 2.

2.4.2 Theorie van verlies van een kans

De tweede vorm van proportionele verdeling van aansprakelijkheid wordt ‘Verlies van een kans’ of ‘Kansschade’ genoemd. Bij de theorie van ‘proportionele aansprakelijkheid’, gaat het om een situatie waarin er sprake is van meerdere mogelijk schadeveroorzakende omstandigheden. Bij de onderhavige theorie, gaat het om een op zichzelf vaststaande fout, waarvan in redelijkheid niet meer is vast te stellen of deze schade heeft veroorzaakt²⁵.

Als we terugkijken naar het voorbeeld van paragraaf 2.3.3 (Baijings/mr. H.), zien we dat mr. H. een fout heeft gemaakt. Hij heeft namelijk verzuimd om hoger beroep in te stellen, hoewel dit met zijn cliënt Baijings was afgesproken. Hierover bestaat tussen partijen geen discussie. Baijings stelt dat zijn vordering op Sara Lee, in tegenstelling tot de procedure in eerste aanleg, in hoger beroep zou zijn toegewezen. Doordat mr. H. heeft verzuimd hoger beroep in te stellen, bedraagt de schade volgens Baijings dan ook het volledige bedrag van de oorspronkelijke vordering op Sara Lee (\$2.4 miljoen).

²³ HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349, NJ 2013, 236 (r.o. 5.3).

²⁴ Zie HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092; NJ: 2011,250, (r.o. 3.13) en voor een concrete benoeming van de rechtsregel als proportionele aansprakelijkheid: HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ: 2013,237, (r.o. 3.5.2).

²⁵ HR 21 december 2012 ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ: 2013,237, (r.o. 3.5.3).

Op basis van artikel 6:74 BW spreekt Baijings zijn voormalig advocaat mr. H. aan, voor de schade die hij zou lijden, als gevolg van het verzuim van mr. H. om hoger beroep in te stellen. Volgens de Hoge Raad kan de aanwezigheid en omvang van de schade worden vastgesteld door te beoordelen “...hoe de appelrechter had behoren te beslissen...”²⁶. Als de appelrechter de vordering van Baijings op Sara Lee in hoger beroep (gedeeltelijk) had behoren toe te wijzen, zou er sprake zijn van schade als gevolg van het verzuim van mr. H. Als de appelrechter de vordering van Baijings op Sara Lee in hoger beroep had behoren af te wijzen, zou er geen sprake zijn van schade als gevolg van het verzuim van mr. H.

Om te komen tot een antwoord op de vraag hoe de appelrechter had horen te beslissen, zou de hoger beroepsprocedure hypothetisch moeten worden gevoerd. In de oorspronkelijke procedure zouden Baijings en Sara Lee door middel van bewijsvoering proberen aan te tonen waarom de vordering van Baijings wel of niet zou moeten worden toegewezen. Deze bewijzen zouden in de hypothetische procedure ook de revue moeten passeren. Echter, Sara Lee is in de huidige procedure geen partij. Dit houdt in dat mr. H. bewijs moet leveren ter ondersteuning van de stelling dat de vordering van Baijings dient te worden afgewezen.

Het mag duidelijk zijn, dat mr. H. in een lastige bewijsspositie zit. Hij moet namelijk de positie van Sara Lee verdedigen, terwijl zij geen partij is bij deze procedure en hierbij ook geen enkel belang heeft. Mr. H. kan dan in beginsel ook niet beschikken over alle bewijzen die Sara Lee in het oorspronkelijke hoger beroep zou aandragen. Eén en ander leidt ertoe dat Baijings in dezelfde bewijsspositie zit als hij in de oorspronkelijke procedure zou zitten, terwijl mr. H. in een zwakkere bewijsspositie zit.

Zoals hierboven uiteen is gezet, is het in het voorbeeld van Baijings/mr. H. niet meer mogelijk om de oorspronkelijke appelprocedure, als ware het hoger beroep ingesteld, ten volle te beoordelen. Het niet kunnen aantonen van *condicio sine qua non*-verband tussen de fout en de definitieve schade zou traditioneel gezien dan ook voor rekening van één van de partijen komen, welke vervolgens de gehele schadelast zou moeten dragen. Dit terwijl er zowel een kans bestaat dat de schade is veroorzaakt door de gemaakte fout, als een kans dat de schade ook zonder de fout zou zijn ontstaan. Er bestaat immers een kans dat de vordering van Baijings op Sara Lee in hoger beroep zou zijn toegewezen, maar tevens een kans dat deze (net als in eerste aanleg) zou zijn afgewezen.

Hoewel niet meer is vast te stellen of de fout van mr. H. heeft geleid tot de uiteindelijke schade van Baijings, is wel duidelijk dat door het verzuim van mr. H. geen kans meer bestaat op toewijzing van de oorspronkelijke vordering. Door de fout van mr. H., heeft Baijings geen kans gekregen op een beter resultaat in de procedure tussen hem en Sara Lee.

²⁶ HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2467, NJ: 1998,257, (r.o. 5.2).

De Hoge Raad heeft een oplossing gegeven voor situaties waarin iemand zijn kans op een beter resultaat verliest, doordat een ander een fout maakt. In 1997 stelde de Hoge Raad dat in een dergelijk geval eerst moet worden geprobeerd te beoordelen wat de situatie was geweest als de fout niet was gemaakt, zoals eerder in deze paragraaf omschreven. Mocht dit geen uitkomst bieden, dan “... moet het te dier zake toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van goede en kwade kansen die de appellant in hoger beroep, zo dit ware ingesteld, zou hebben gehad.”²⁷ Hiermee zette de Hoge Raad de deur open om “... vergoeding toe te rekenen naar rato van de kans op succes die de benadeelde in de oorspronkelijke procedure zou hebben gehad.”²⁸ Deze theorie wordt dan ook heel toepasselijk ‘verlies van een kans’ genoemd. Men kijkt hier niet langer naar *condicio sine qua non*-verband tussen de fout en de definitieve schade, maar naar het *condicio sine qua non*-verband tussen de fout en de kans op een beter resultaat. De grootte van de kans wordt dient te worden geschat, aangezien niet mogelijk is om deze volledig te beargumenteren. Dit lijkt misschien vreemd, maar komt vaker voor binnen het Nederlands aansprakelijkheidsrecht²⁹.

Met de uitspraak van de Hoge Raad in het arrest Baijings/mr. H., heeft de Raad ruimte gegeven aan de theorie van verlies van een kans of kansschade³⁰. De concrete vereisten om te kunnen komen tot een aanspraak op grond van verlies van een kans zullen worden besproken in paragraaf 3.5.2.

2.5 Voorwaarden van de Hoge Raad voor toepassing van de verschillende vormen van proportionele verdeling van aansprakelijkheid

Omdat het leerstuk van proportionele verdeling van aansprakelijkheid een bijzondere rechtsregel is en niet met zoveel woorden in de wet is opgenomen, komt de praktische invulling en uitleg van deze rechtsregel voor rekening van de rechterlijke macht. Door zowel rechtbanken en gerechtshoven, als de Hoge Raad zijn hierover dan ook uitspraken gedaan. Eén van de taken van de Hoge Raad is beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling³¹. De

²⁷ HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2467, NJ: 1998,257, (r.o. 5.2).

²⁸ **Akkermans, A&V 1998, p. 24 – 26.**

²⁹ Ook bij bijvoorbeeld bij toekomstige schade (artikel 6:105 Burgerlijk Wetboek), of bij niet nauwkeurig vast te stellen schade (artikel 6:97 Burgerlijk Wetboek) wordt het schadebedrag geschat.

³⁰ Voor eerste concrete benoeming van de leer zie: HR 21 december 2012 ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ: 2013,237, (r.o. 3.5.3)

³¹ Dit volgt uit artikel 81 Wet op de Rechterlijke Organisatie.

Hoge Raad beoordeelt of lagere rechters het recht juist geïnterpreteerd hebben en stelt vast wat de juiste interpretatie van geschreven en ongeschreven rechtsbeginselen is³².

Uitspraken van de lagere rechtscolleges, zoals rechtbanken en gerechtshoven, worden in cassatie door de Hoge Raad getoetst op schending van recht of verzuim van vormen³³. Hiermee is de Hoge Raad het hoogste Nederlandse orgaan dat (op verzoek) een interpretatie van het recht geeft. Men kan dan ook stellen dat de vorm en inhoud van een (bijzondere) rechtsregel slechts definitief is, indien de Hoge Raad zijn zienswijze hieromtrent heeft gegeven. In dit onderzoek is dan ook alleen gekeken naar de invulling van de rechtsregels door de Hoge Raad.

In de volgende twee paragrafen worden de belangrijkste criteria van de Hoge Raad kort uiteengezet, voor de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid (2.5.1) en de rechtsregel van verlies van een kans (2.5.2). Door het samenvoegen van deze criteria ontstaat een helder overzicht van de omstandigheden waaraan een zaak/schadeclaim dient te voldoen, wil de afhandeling daarvan proportioneel kunnen geschieden.

2.5.1 Maatstaven van de Hoge Raad voor toepassing van proportionele aansprakelijkheid

De Hoge Raad heeft de toepassing van proportionele aansprakelijkheid als eerst officieel aanvaard in 2006³⁴. In dit arrest heeft de Hoge Raad uiteengezet wat de maatstaven zijn om te kunnen komen tot toepassing van proportionele aansprakelijkheid, langs de uitgangspunten van alternatieve veroorzaking en eigen schuld.

In zijn arrest van 24 december 2010 vult de Hoge Raad de rechtsregel aan op het belangrijke punt van terughoudendheid bij toepassing hiervan³⁵.

De rechtsregel wordt nogmaals ingevuld/aangevuld door de Hoge Raad, in zijn arrest van 14 december 2012. Hierin wordt het toepassen van een billijkheidscorrectie ten voordele van de gelaedeerde, bij toepassing van deze vorm van proportionele aansprakelijkheid, een halt toegeroepen³⁶.

In zijn arrest van 21 december 2012³⁷ heeft de Hoge Raad uitgelegd in welke situaties de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid een oplossing kan bieden.

³² Dit volgt uit artikel 118 lid 2 Grondwet en wordt verder uitgewerkt in artikel 79 lid 1 Wet op de Rechterlijke Organisatie.

³³ Dit volgt uit artikel 79 lid 1 Wet op de Rechterlijke Organisatie.

³⁴ HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011,250.

³⁵ HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ: 2011, 251.

³⁶ HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349.

³⁷ HR 21 december 2012 ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ: 2013,237

De maatstaven voor proportionele aansprakelijkheid die de Hoge Raad in voornoemde arresten heeft gegeven worden onderstaand geparafraseerd weergegeven, inclusief de exacte vindplaats in de jurisprudentie. Er wordt tevens een citaat van de Hoge Raad toegevoegd, waarin hij beschrijft in welke situaties de rechtsregel kan worden toegepast.

- Terughoudendheid bij toepassing van proportionele aansprakelijkheid is geboden en toepassing dient dan ook te worden gemotiveerd aan de hand van de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending van het concrete geval;
HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011, 251 (r.o. 3.8)
- Ook buiten het terrein van werkgeversaansprakelijkheid kan proportionele aansprakelijkheid toepassing vinden;
HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ 2011, 251 (r.o. 3.8)
- De aansprakelijke partij is slechts aansprakelijk voor een deel van de schade, evenredig aan de kans dat zijn normschending de schade heeft veroorzaakt;
HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349, (r.o. 5.3)
- Er dient sprake te zijn van een normschending;
HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011,250 (r.o. 3.13)
- Minimaal één van de mogelijk schadeveroorzakende omstandigheden moet voor rekening en risico van de gelaedeerde komen;
HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011,250 (r.o. 3.13)
- Er moet sprake zijn van blijvende onzekerheid over het condicio sine qua non-verband tussen de normschending en de schade, waarbij de kans op bestaan hiervan niet zeer groot, dan wel zeer klein, mag zijn;
HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011,250 (r.o. 3.13)
- Er dient een gemotiveerde schatting te worden gemaakt, van de mate van waarschijnlijkheid dat de verschillende mogelijk veroorzakende omstandigheden, hebben bijgedragen aan de uiteindelijke schade. Deze schatting kan eventueel door een deskundige worden gedaan;
HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ 2011,250 (r.o. 3.13)
- Er kan geen billijkheidscorrectie ten nadele van de aansprakelijke partij plaatsvinden;
HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349, (r.o. 4.3)
- De mogelijkheid bestaat om een billijkheidscorrectie ten nadele van de gelaedeerde te maken;
HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349, (r.o. 4.4)

- *“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.”*

HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ: 2013,237 (r.o. 3.5.2)

2.5.2 Maatstaven van de Hoge Raad voor toepassing van verlies van een kans

De Hoge Raad heeft ook de theorie van verlies van een kans aanvaard. In een aantal arresten heeft de Raad blijk gegeven van erkenning van deze rechtsregel. De Hoge Raad heeft echter slechts eenmaal een (summiere) beschrijving gegeven voor de handelswijze in zaken waarin het verlies van een kans een rol speelt. De relevante arresten zullen hieronder kort worden weergegeven.

De Hoge Raad heeft de rechtsregel van verlies van een kans eerst in een arrest in 1997 aanvaard. In dit arrest wordt de kern van de rechtsregel beschreven³⁸.

In januari en februari van 2007, heeft de Hoge Raad nogmaals bevestigd dat de rechtsregel van verlies van een kans mag worden toegepast in het aansprakelijkheidsrecht³⁹.

In zijn arrest van 21 december 2012⁴⁰ heeft de Hoge Raad (kort) uitgelegd in welke situaties de rechtsregel van verlies van een kans een oplossing kan bieden. De Hoge Raad geeft in dit arrest tevens een extra criterium voor toepassing van verlies van een kans.

De maatstaven voor verlies van een kans die de Hoge Raad in voornoemde arresten heeft gegeven worden onderstaand (grotendeels) geparafraseerd weergegeven, inclusief de exacte vindplaats in de jurisprudentie. Er wordt tevens een citaat van de Hoge Raad toegevoegd, waarin hij beschrijft in welke situaties de rechtsregel kan worden toegepast.

- Er moet sprake zijn van een op zichzelf vaststaande tekortkoming in de nakoming of onrechtmatige daad.

HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ: 2013,237 (r.o. 3.5.3)

³⁸ HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2467, NJ 1998, 257

³⁹ HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, NJ 2007, 63; HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, NJ 2007, 256.

⁴⁰ HR 21 december 2012 ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ: 2013,237.

- Vervolgens dient te worden vastgesteld dat er sprake is van condicio sine qua non-verband tussen de fout van de aansprakelijkgestelde en het verlies van een kans op een beter resultaat van de gelaedeerde. Pas dan ontstaat de mogelijkheid voor toepassing van de leer van kansschade.

HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ: 2013,237 (r.o. 3.5.3)

- Men dient te proberen om te beoordelen hoe de hypothetische situatie zonder de fout was geweest.

HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2467, NJ 1998, 257 (r.o. 5.2)

- Is beoordeling van de hypothetische situatie zonder fout niet mogelijk, dan dient men het toewijsbare bedrag aan schadevergoeding te schatten, aan de hand van goede en kwade kansen die de gelaedeerde in een situatie zonder de fout zou hebben gehad.

HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2467, NJ 1998, 257 (r.o. 5.2)

- *“De leer van kansschade is derhalve geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op succes zich daadwerkelijk zou hebben gerealiseerd.”*⁴¹

HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ: 2013,237 (r.o. 3.5.3)

2.6 Verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid, twee kanten van dezelfde medaille

Gelet op de vorige twee paragrafen, maakt de Hoge Raad een duidelijk verschil tussen de leer van verlies van een kans en de leer van proportionele aansprakelijkheid. Het verschil dat de Hoge Raad maakt in zijn arrest van 21 december 2012⁴², wordt in de literatuur toegelicht. Zo stelt Van Dijk dat het onzeker causaal verband op twee manieren kan worden benaderd: (I) als “zuiver causaliteitsprobleem”, of (II) als “probleem in termen van schade”⁴³. Volgens Akkermans en Van Dijk kan het probleem omtrent een onzeker causaal verband op twee manieren worden uitgelegd: (I) als probleem van onzekere causaliteit, en (II) als probleem van onzekere schade⁴⁴.

⁴¹ HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ: 2013,237 (r.o. 3.5.3).

⁴² Ibid (r.o. 3.5.3 en 3.5.3).

⁴³ Van Dijk 2010, p. 95 – 122.

⁴⁴ Akkermans & Van Dijk, JA 2013, p. 246 – 254.

Zeer kort samengevat is de kern van de twee leren volgens Akkermans en Van Dijk als volgt te omschrijven:

Proportionele aansprakelijkheid:

Er is wel schade, maar de vraag is of deze is veroorzaakt door de fout. (onzekere causaliteit)
Kans bestaat dat de schade is veroorzaakt door een omstandigheid die voor rekening van de benadeelde komt.

Verlies van een kans:

Er is wel een fout, maar de vraag is of er wel daadwerkelijk schade is. (onzekere schade)
Kans bestaat dat benadeelde zonder fout, dezelfde gevolgen had ondervonden.

Deze twee benaderingswijzen zijn echter “twee kanten van dezelfde medaille”⁴⁵, volgens Akkermans en Van Dijk. Men zou namelijk in beginsel iedere zaak waarin een proportionele benadering een oplossing kan bieden, zodanig kunnen uitleggen dat het een zaak van onzekere causaliteit *of* onzekere schade is. Kortom, door middel van de juiste redenering kan iedere zaak waar een proportionele oplossing geëigend is, zich lenen voor ofwel verlies van een kans, dan wel proportionele aansprakelijkheid.

Ter illustratie kan dienen de zaak van Nefalit/Karamus, die reeds is besproken in paragraaf 2.3.2. Volgens de Hoge Raad was dit een zaak van onzekere causaliteit, aangezien er wel schade was in de vorm van longkanker/overlijden, maar deze *kon* zijn veroorzaakt door de fout van de werkgever, maar ook door het rookgedrag van de werknemer, genetische aanleg, een onbekende omstandigheid, of een combinatie van factoren. Het was dus *onzeker of deze schade door de fout/normschending is veroorzaakt*. (proportionele aansprakelijkheid).

Als we nu eens proberen deze zaak een zaak van onzekere schade te maken, ziet het er als volgt uit. Men stelt vast dat er wel een fout is gemaakt door de werkgever. De gevolgen waren echter mogelijk ook ontstaan indien de fout niet was gemaakt. Het is daarom *niet zeker of er sprake is van (voor vergoeding in aanmerking komende) schade*. (verlies van een kans).

De deskundige geeft in deze zaak aan dat de schade kan zijn veroorzaakt door omstandigheden die voor rekening van de werkgever komen, of door omstandigheden die

⁴⁵ Akkermans & Van Dijk, JA 2013, p. 246 – 254; Van Dijk 2010, p. 95 – 122.

voor rekening van de werknemer komen. Dus indien de werkgever geen fout zou hebben gemaakt, waren er nog steeds omstandigheden die zouden kunnen leiden tot de schade. Er is dus (slechts) sprake van een verloren kans voor de werknemer om, ondanks zijn rookgedrag (en de andere mogelijk schadeveroorzakende factoren), gevrijwaard te blijven van longkanker.

Het voorgaande lijkt misschien een wat gekunsteld voorbeeld, maar het toont in ieder geval aan dat het lastig (zo niet onmogelijk) kan zijn om in een specifieke casus te kiezen voor een vorm van proportionele verdeling van aansprakelijkheid. De scheidslijn tussen de twee leren kan in een individueel geval flinterdun zijn. Daarnaast stellen Akkermans en Van Dijk⁴⁶, A.G. Spier⁴⁷ en ook Van en Wijne⁴⁸ dat toepassing van verlies van een kans of proportionele aansprakelijkheid steeds tot dezelfde uitkomst zou moeten leiden.

Volgens Akkermans en Van Dijk is het misschien technisch gezien wel mogelijk om in sommige gevallen een onderscheid te maken, maar zou dit vooral een “kwestie van verschil in juridische techniek” zijn en in beide gevallen gaat het om “hetzelfde fenomeen”⁴⁹. In ditzelfde stuk concluderen Akkermans en Van Dijk dat het huns inziens dan ook niet houdbaar is om verschillende toepassingsvereisten te hanteren voor de twee rechtsregels van proportionele verdeling van aansprakelijkheid.

Ondanks de kritiek uit de praktijk op het hanteren van verschillende toepassingsvereisten/maatstaven, kiest de Hoge Raad er toch voor om een duidelijk verschil aan te brengen tussen de twee rechtsregels. Eén van de meest in het oog springende verschillen is de toe te passen terughoudendheid bij de proportionele benadering. Deze ‘drempel’ hoeft men dus alleen te nemen in het geval van toepassing van proportionele aansprakelijkheid en vormt dan ook een wezenlijk verschil met de theorie van verlies van een kans. Afhankelijk van welke rechtsregel men toepast, zouden er dan ook verschillende uitkomsten kunnen zijn. Kort gezegd hanteert de Hoge Raad zwaardere maatstaven voor proportionele aansprakelijkheid, dan voor verlies van een kans.

⁴⁶ Akkermans & Van Dijk, JA 2013, p. 246 – 254.

⁴⁷ In zijn conclusie bij HR 21 december 2012, ECLI:NL:PHR:2012:BX7491 (r.o. 3.12.2).

⁴⁸ Van & Wijne, TVP 2012, p. 16 – 24.

⁴⁹ Akkermans & Van Dijk, JA 2013, p. 246 – 254.

HOOFDSTUK 3

Onderzoeksresultaten

3.1 Inleiding

In dit hoofdstuk worden de resultaten van het dossieronderzoek uiteengezet. Als eerste wordt weergegeven hoe het claimbehandelingsproces bij MediRisk normaliter verloopt. Het betreft hier een min of meer standaard procesverloop, waarvan uiteraard in voorkomende gevallen wordt afgeweken. Vervolgens wordt de data uit het dossieronderzoek weergegeven. Verschillende gegevens zijn uit de dossiers verzameld en schematisch weergegeven. In de laatste paragraaf wordt weergegeven welke rechtsregel in de individuele zaken geëigend is om een oplossing te bieden.

3.2 Claimbehandeling door MediRisk

MediRisk verzekert ongeveer 70 % van alle Nederlandse ziekenhuizen. De schadebehandelaars van MediRisk behartigen de belangen van deze ziekenhuizen, in het geval een schadeclaim tegen één van hen wordt ingediend. Hoe het proces van claimbehandeling in grote lijnen verloopt, wordt hieronder beschreven. Voor dit onderzoek wordt specifiek gekeken naar de schadeclaims van patiënten tegen ziekenhuizen. Andere vormen van aansprakelijkheid (zoals werkgeversaansprakelijkheid) worden hier dan ook buiten beschouwing gelaten.

Het schadeclaimproces begint met een aansprakelijkstelling van een patiënt. Deze stelt het ziekenhuis aansprakelijk voor schade die hij zou lijden, als gevolg van een fout door (specialisten of ondersteunend personeel werkzaam in) het ziekenhuis.

Zodra het ziekenhuis de aansprakelijkstelling ontvangt, stuurt zij deze door naar MediRisk. Op grond van de verzekeringsovereenkomst is MediRisk belast met/bevoegd tot de behandeling van schadeclaims van patiënten.

Het (medisch) secretariaat van MediRisk ontvangt de aansprakelijkstelling en creëert een nieuw schadedossier. Dit dossier gaat zo spoedig mogelijk naar de schadebehandelaar die aan het betrokken ziekenhuis is verbonden.

De schadebehandelaar bestudeert de aansprakelijkstelling en beoordeelt of het een zaak van medische aansprakelijkheid is, of van een andere vorm van aansprakelijkheid. Gevallen van werkgeversaansprakelijkheid zouden mogelijk direct kunnen worden afgedaan door de schadebehandelaar.

De schadebehandelaar bestudeert het schadedossier en start de correspondentie met de patiënt of zijn belangenbehartiger. In een eerste brief wordt duidelijk gemaakt dat MediRisk de verzekeraar van het ziekenhuis is en dat zij gemachtigd is om namens het ziekenhuis op te treden. In het geval van medische aansprakelijkheid wil MediRisk beoordelen of het ziekenhuis een fout heeft gemaakt, zoals de patiënt stelt. Hiertoe wil zij het medisch dossier ter beoordeling voorleggen aan een medisch adviseur. De schadebehandelaar stuurt daarom een medische machtiging met de eerste brief mee. Door ondertekening van deze machtiging geeft de patiënt MediRisk het recht om zijn (geheime) medisch dossier op te vragen en te bestuderen.

Zodra de getekende medische machtiging door MediRisk is ontvangen, gaat de schadebehandelaar over tot opvragen van het medisch dossier bij de betrokken zorgverleningsinstanties.

Na ontvangst van het medisch dossier, gaat de schadebehandelaar over tot het aanvragen van een (intern) medisch advies. Een medisch adviseur wordt gevraagd of hij van mening is dat de behandeling van patiënt op enig vlak onzorgvuldig is geweest. De medisch adviseur beoordeelt alleen zaken binnen zijn eigen vakgebied⁵⁰. Het advies van de medisch adviseur kan verschillende uitkomsten hebben:

- Aanvullende gegevens nodig.
De medisch adviseur geeft aan dat hij aanvullende gegevens nodig heeft om het handelen van de betrokken specialismen te kunnen beoordelen.
- Sprake van verwijtbaar onzorgvuldig handelen door het ziekenhuis/betrokken medewerkers.
Volgens de medisch adviseur hebben de betrokken specialisten/medewerkers onzorgvuldig gehandeld. Zij hebben fouten gemaakt, die zij niet hadden mogen maken volgens de geldende medische standaard.
- Geen sprake van verwijtbaar onzorgvuldig handelen door het ziekenhuis/betrokken medewerkers.
Volgens de medisch adviseur hebben de betrokken specialisten/medewerkers gehandeld volgens de geldende medische standaard en daarbij geen fouten gemaakt.
- Adviseur acht zich onvoldoende deskundig
De medisch adviseur acht zich onvoldoende deskundig in de materie van de zaak. Hij is van mening dat een (onafhankelijk) deskundige zich moet uitlaten over de aansprakelijkheidsvraag.

⁵⁰ Zo beoordeelt bijvoorbeeld een orthopeed alleen het handelen van een orthopeed en een internist alleen het handelen van een internist.

Op basis van ofwel het advies van de intern medisch adviseur, dan wel een (onafhankelijk) deskundige, neemt de schadebehandelaar een standpunt in omtrent de aansprakelijkheid. Dit houdt in dat hij aansprakelijkheid erkent of afwijst, voor het maken van een fout door het ziekenhuis.

Verloop na afwijzing van aansprakelijkheid

Indien de schadebehandelaar aansprakelijkheid afwijst, is de zaak daarmee voor MediRisk in beginsel afgedaan. Indien de patiënt zich beargumenteerd op het standpunt stelt dat het ziekenhuis toch foutief heeft gehandeld, zal MediRisk haar standpunt heroverwegen. Dit gebeurt wederom op basis van een medisch advies. Na afwijzing ligt de 'bal' in beginsel dan ook bij de patiënt.

Verloop na erkenning van aansprakelijkheid

Indien de schadebehandelaar aansprakelijkheid erkent voor een fout van het ziekenhuis, kunnen er twee verschillende situaties ontstaan:

- Condicio sine qua non-verband tussen de fout en de schade staat vast,
- Condicio sine qua non-verband tussen de fout en de schade staat niet vast.

Wanneer het condicio sine qua non-verband vast staat, kunnen partijen overgaan tot begroting van de schade van patiënt. Over de hoogte van de schadeposten kan dan nog wel discussie bestaan, maar dat schade moet worden vergoed staat dan reeds vast.

Indien het condicio sine qua non-verband tussen de fout en de schade niet vast staat, is er geen geijkt pad om te volgen. Men kan besluiten tot een expertise naar de gevolgen van de fout, maar men kan ook pragmatisch tot een oplossing komen. De keuze zal sterk worden beïnvloed door de omstandigheden van het geval. Bij een laag schadebedrag kan bijvoorbeeld naar een pragmatische oplossing worden gekeken. Immers, een expertise leidt tot hogere kosten en verlenging van de procedure. Ook kan het zo zijn dat men bij voorbaat weet/vermoedt dat ook een deskundige geen/moeilijk uitspraak kan doen omtrent het condicio sine qua non-verband. Een expertise zou in een dergelijk geval leiden tot onnodige kosten. Het staat partijen in het minnelijke traject uiteraard vrij om keuzes te maken in de te volgen route, zolang men hierover overeenstemming bereikt.

Expertise naar de gevolgen

Indien het condicio sine qua non-verband tussen de fout en de schade zich niet direct laat vaststellen, kunnen partijen (bij voorkeur gezamenlijk) een expertise laten verrichten. Een deskundige op het vakgebied waarbinnen de fout is gemaakt, wordt gevraagd naar zijn oordeel. Men vraagt hem of/in hoeverre de fout de uiteindelijke schade heeft veroorzaakt. De deskundige kan zich desgewenst uitdrukken in *veroorzakingskansen*. Indien de expertise op aanvraag van beide partijen

geschiedt, dan zijn de uitkomsten hiervan in beginsel bindend. De deskundige zal proberen aan te geven of/in hoeverre er causaal verband is tussen de fout en de schade. Partijen zullen zich vervolgens neerleggen bij de uitkomsten van het onderzoek.

Begroting van de schade

Zodra is vastgesteld dat het ziekenhuis geheel of gedeeltelijk aansprakelijk is, gaan partijen over tot begroting van de schade. Men voert discussie over de (hoogte van) verschillende schadeposten. Indien men overeenstemming bereikt over de omvang van de totale schade, kan deze geheel of gedeeltelijk worden vergoed. Partijen leggen één en ander in beginsel vast in een vaststellingsovereenkomst, waarin partijen elkaar tevens over en weer finale kwijting verlenen.

3.3 Resultaten dossieronderzoek

In deze paragraaf worden de resultaten van het dossieronderzoek in tabelvorm weergegeven, welke vervolgens nader worden toegelicht.

Tabel 1

Zaak	Claimjaar	Aard van schade/fout volgens patiënt	Totale behandelingsduur	Erkenning aansprakelijkheid voor fout van verzekerde	Basis voor erkenning aansprakelijkheid
A	2008	Antitrombose-medicatie gestaakt en CVA ontstaan.	4 jaar 1 maand	Ja	Intern medisch advies
B	2006	Fractuur onjuist behandeld en onjuist hersteld.	2 jaar 4 maanden	Ja	Intern medisch advies
C	2006	Fractuur onvoldoende gecontroleerd en onjuist hersteld.	2 jaar 6 maanden	ja	Expertise naar aansprakelijkheid
D	2006	Vertraging in diagnose en behandeling.	5 jaar 11 maanden	Ja	Intern medisch advies
E	2002	Onjuist behandelen van patiënt. Patiënt overlijdt.	3 jaar	Ja	Expertise naar aansprakelijkheid
F	2007	Knie onjuist behandeld en onderbeen wordt afgezet.	5 jaar 5 maanden	Ja	Expertise naar aansprakelijkheid
G	2004	Antitrombose-medicatie gestaakt en CVA ontstaan.	3 jaar 6 maanden	Ja	Intern medisch advies
H	2004	Vertraging in diagnose en behandeling.	4 jaar 6 maanden	Ja	Expertise naar aansprakelijkheid
I	2007	Vertraging in de diagnose en behandeling.	4 jaar 10 maanden	Ja	Intern medisch advies
J	2008	Antitrombose-medicatie gestaakt en CVA ontstaan.	3 jaar	Ja	Intern medisch advies

(vervolg tabel 1.)

Expertise naar gevolgen	Discussie over interpretatie deskundigen- rapport	Vaststelling van condicio sine qua non- verband	Expliciete toepassing van proportionele verdeling van aansprakelijk- heid	Expliciete toepassing van de maatstaven van de Hoge Raad	Uitkomst
Ja	Ja	Nee	Nee	Nee	Deel van de totale schade vergoed
Ja	Ja	Nee	Nee	Nee	Deel van de totale schade vergoed
Ja	Nee	Nee	Nee	Nee	Deel van de totale schade vergoed
Nee	N.v.t.	Nee	Nee	Nee	Deel van de totale schade vergoed
Ja	Ja	Nee	Nee	Nee	Totale schade vergoed
Ja	Nee	Nee	Nee	Nee	Specifiek 78 % van de totale schade berekend en vergoed
Nee	N.v.t.	Nee	Nee	Nee	Deel van de totale schade vergoed
Ja	Ja	Nee	Nee	Nee	Deel van de totale schade vergoed
Ja	Ja	Nee	Nee	Nee	Deel van de totale schade vergoed
Nee	N.v.t.	Nee	Nee	Nee	Nagenoeg volledige schade vergoed

Toelichting op tabel 1.

Erkenning van aansprakelijkheid voor een fout

In alle zaken erkent MediRisk aansprakelijkheid voor een verwijtbaar onzorgvuldige gedraging (fout) door haar verzekerde. Dit gebeurt zowel op basis van interne medisch adviezen (6 zaken) als op basis van deskundigenberichten (4 zaken). MediRisk maakt bij die erkenning steevast een voorbehoud voor wat betreft de schade. Het is volgens haar namelijk steeds niet helder of de fout ook daadwerkelijk heeft geleid tot/bijgedragen aan de schade van patiënt. MediRisk geeft dus in alle zaken aan dat het *condicio sine qua non*-verband tussen de fout en de schade nog dient te worden onderzocht/vastgesteld, alvorens men kan overgaan tot vergoeding van schade.

Expertise naar de gevolgen

In 3 zaken wordt geen expertise verricht naar de gevolgen. Partijen discussiëren in deze zaken over het al dan niet bestaan van *condicio sine qua non*-verband tussen de fout en de schade. Deze discussies leiden nimmer tot een vaststelling van causaal verband en partijen komen uiteindelijk tot een regeling om de zaak niet langer te rekken en verdere kosten te voorkomen.

In 7 zaken raadpleegt men een onafhankelijk deskundige, met de vraag of de fout van het ziekenhuis de schade (mede) heeft veroorzaakt. In 2 van deze zaken is het deskundigenrapport dusdanig opgesteld dat de interpretatie hiervan geen problemen oplevert. Partijen kunnen dan ook spoedig verder met de afhandeling van deze zaken.

In 5 gevallen echter, levert het deskundigenbericht stof tot discussie. Partijen geven een andere lezing/weging aan uitspraken van de deskundige en trachten elkaar over en weer te overtuigen. Wat opvalt is dat men slechts in 2 gevallen de deskundige benadert om opheldering te vragen. In de andere 3 zaken blijft men discussiëren over uitspraken van de deskundige, zonder laatstgenoemde om opheldering te vragen. Uiteindelijk gaat men ook in deze zaken over tot pragmatisch regelen.

Vaststelling *condicio sine qua non*-verband

Uit de tabel valt op te maken dat het *condicio sine qua non*-verband in geen van de dossiers wordt vastgesteld, ook niet op basis van deskundigenrapportages. In deze zaken is die vaststelling (vaak volgens deskundigen) ook niet mogelijk.

Expliciete toepassing (proportionele) verdeling van aansprakelijkheid

In de tabel zien we echter ook dat men in geen van de zaken expliciet kiest voor toepassing van een vorm van proportioneel verdelen van aansprakelijkheid. In de correspondentie tussen partijen wordt

deze mogelijkheid wel steeds benoemd, maar men komt niet tot concrete overeenstemming over het toepassen van één van de rechtsregels.

Expliciete toepassing van de maatstaven van de Hoge Raad

De maatstaven die de Hoge Raad heeft gegeven voor toepassing van de rechtsregels van proportionele verdeling van aansprakelijkheid, worden in geen van de onderzochte zaken expliciet benoemd en toegepast.

Uitkomst

In 1 van de onderzochte zaken wordt uiteindelijk de totale schade van de patiënt door MediRisk vergoed. In de andere 9 zaken wordt steeds slechts een deel van de totale schade door MediRisk vergoed.

Nadere toelichting op het tijdsverloop per zaak

Tabel 2. Tijdsverloop per zaak

Zaak	Totale behandelingsduur (bij benadering)	Tijd tussen aansprakelijkstelling en erkenning aansprakelijkheid	Tijd tussen erkenning aansprakelijkheid en vaststellingsovereenkomst
A	4 jaar 1 maand	4 maanden	3 jaar 9 maanden
B	2 jaar 4 maanden	7 maanden	1 jaar 9 maanden
C	2 jaar 6 maanden	2 jaar 3 maanden	3 maanden
D	5 jaar 11 maanden	1 jaar 1 maand	4 jaar 10 maanden
E	3 jaar	2 jaar	1 jaar
F	5 jaar 5 maanden	2 jaar 2 maanden	3 jaar 3 maanden
G	3 jaar 6 maanden	1 jaar 1 maand	2 jaar 5 maanden
H	4 jaar 6 maanden	1 jaar 3 maanden	3 jaar 3 maanden
I	4 jaar 10 maanden	7 maanden	4 jaar 3 maanden
J	3 jaar	1 jaar	2 jaar
Totaal	469 maanden	148 maanden	321 maanden
Gemiddeld	3 jaar 10 maanden	1 jaar 3 maanden	2 jaar 7 maanden

Toelichting tabel 2.

In tabel 2. wordt het tijdsverloop in de dossiers uiteengezet. In de meeste gevallen (8 van de 10) neemt de periode na erkenning van aansprakelijkheid voor een fout, de meeste tijd in beslag. In deze gevallen komt dus sneller vast te staan dat er een fout is gemaakt, dan dat er overeenstemming wordt bereikt over de afhandeling van de zaak.

Bespreking van de excessen

De bespreking van alle 10 de onderzochte zaken zou om praktische redenen niet wenselijk zijn. De zaken D, I en H worden gekenmerkt door een betrekkelijk lange behandelingsduur. Deze zaken zullen daarom hieronder meer uitgebreid worden besproken.

Zaak D

Totale behandelingsduur: **5 jaar en 11 maanden.**

In deze zaak wordt bij de patiënt schildklierkanker vastgesteld. Deze diagnose wordt hem echter abusievelijk niet medegedeeld. Uiteindelijk krijgt patiënt de diagnose wel te horen en wordt de behandeling gestart. Patiënt stelt grote psychische schade te ondervinden als gevolg van het delay in diagnose. Tevens zou er sprake zijn van minder goede behandelperspectieven.

In dit dossier komt de aansprakelijkheid voor een fout van het ziekenhuis na ongeveer een jaar vast te staan. Het blijft echter lastig om te beoordelen of de gedraging waarvoor aansprakelijkheid wordt erkend, ook daadwerkelijk tot schade heeft geleid. Hierover discussiëren partijen dan ook uitvoerig gedurende meer dan 3 jaar. Volgens MediRisk kan de (psychische) schade namelijk ook zijn veroorzaakt door een predispositie bij patiënt en zou de schade mogelijk ook (deels) zijn ontstaan indien er geen delay was opgetreden. Volgens patiënt is alle (psychische) schade veroorzaakt door het delay in diagnose.

Mede gelet op het feit dat patiënt claimt dat de schade grotendeels bestaat uit geestelijke problematiek en de gevolgen daarvan, zijn partijen het erover eens dat vaststelling van omvang van de schade en het oorzakelijk verband een lastig/subjectief karwei is. Om de zaak niet langer te rekken en geen extra kosten voor deskundigenrapporten te maken, besluiten partijen de zaak minnelijk te regelen. De hoogte van de uiteindelijke schadevergoeding wordt vastgesteld op basis van redelijkheid, in overeenstemming tussen partijen.

Zaak H

Totale behandelingsduur: **4 jaar en 6 maanden.**

In dit dossier wordt patiënte behandeld aan een doorbloedingsprobleem van de hand. Het bij MediRisk verzekerde ziekenhuis past echter de verkeerde therapie toe. Uiteindelijk moet een deel van de hand van patiënte worden geamputeerd.

In deze zaak komt aansprakelijkheid vast te staan voor een delay in de juiste behandeling. Het blijft echter onduidelijk wat nu uiteindelijk de schade/het gevolg van dit delay is. Patiënte stelt dat de uiteindelijke schade (mede) is veroorzaakt door het ziekenhuisdelay, waarvoor MediRisk aansprakelijkheid heeft erkend. MediRisk stelt zich op het standpunt dat de schade vermoedelijk is veroorzaakt door de aandoening van patiënte, of door de (overigens correcte) behandeling in een ander ziekenhuis. Patiënte stelt dat er sprake is geweest van een verlies van een kans op een beter resultaat, als gevolg van het delay. Uiteindelijk komen beide partijen tot een inschatting van de kans dat de schade is veroorzaakt door het delay. MediRisk denkt dat deze kans kleiner dan 40 % is, patiënte denkt dat deze kans in ieder geval 50 % is. Na inventarisering van de totale schade, betaalt MediRisk ongeveer de helft van dit bedrag aan schadevergoeding teneinde de zaak finaal te regelen. De overweging hierbij was dat verdere discussie een oplossing in de weg zou staan en ook het bedrag aan schade verder zou oplopen.

Zaak I

Totale behandelingsduur: **4 jaar en 10 maanden.**

In deze zaak wordt bij een patiënte de diagnose hartinfarct gemist door een bij MediRisk verzekerd ziekenhuis. Patiënte wordt hierdoor pas later in een ander ziekenhuis adequaat geholpen en stelt door het missen van de diagnose schade te hebben ondervonden.

In dit dossier erkent MediRisk na ongeveer een half jaar aansprakelijkheid. Hierbij wordt direct opgemerkt dat het onduidelijk is wat de gevolgen van het onzorgvuldig handelen zijn geweest. Het deskundigenrapport laat nogal wat ruimte voor discussie, die dan ook uitgebreid wordt gevoerd. Partijen blijken verschillende interpretaties te hebben van de term 'groot', die de deskundige gebruikt om de kans op dezelfde gevolgen in de situatie zonder fout te beschrijven. In feite blijft dit gedurende ongeveer 3 jaar onderwerp van discussie, waarna de deskundige pas wordt gevraagd de term 'groot' toe te lichten. Volgens de deskundige zou er bij juist handelen een kans van 50 – 80 % hebben bestaan, op dezelfde gevolgen. Onder verwijzing naar de schatting van 'goede en kwade kansen' waarover de Hoge Raad heeft gesproken⁵¹, komt MediRisk tot een verloren succeskans voor patiënte van 33,3 %. Hiermee lijkt zij dan ook concreet te willen aansluiten bij de theorie van verlies van een kans. Dit benoemt men niet heel concreet, maar er wordt wel verwezen naar jurisprudentie waarin deze theorie wordt toegepast. Hoewel patiënte niet akkoord gaat met toepassing van één van de rechtsregels, wordt de schadelast uiteindelijk toch (proportioneel) verdeeld. Hoewel MediRisk hierbij probeert van te houden aan een concreet percentage (van 33,3 %), komen partijen uiteindelijk door over en weer aanbiedingen te doen tot overeenstemming.

⁵¹ HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2467, NJ 1998, 257

3.4 Inwisselbare rechtsregels, op basis van de theorie

Wat opvalt in alle bestudeerde dossiers is dat in geen van de gevallen expliciet wordt gekozen voor toepassing van ofwel verlies van een kans, dan wel proportionele aansprakelijkheid als oplossing. Dit terwijl er in alle dossiers discussie bestaat over het al dan niet aanwezig zijn van oorzakelijk verband tussen de gemaakte fout en de definitieve schade en in nagenoeg alle gevallen uiteindelijk slechts een deel van de totale schade wordt vergoed.

Daarnaast valt op dat in de dossiers de termen ‘proportionele aansprakelijkheid’ en ‘verlies van een kans’ door elkaar gebruikt worden. Men verwijst soms (vaak terloops) naar één van deze rechtsregels, maar regelmatig ook naar beide. Het lijkt daarom of partijen steeds niet willen of kunnen kiezen voor één van de rechtsregels, maar beide opties open willen houden.

Als we per individuele zaak proberen aansluiting te zoeken bij één van de rechtsregels, stuiten we op een probleem waarvoor Akkermans en Van Dijk ons reeds gewaarschuwd hebben (zie paragraaf 2.6 van dit onderzoek). Bij elk van de 10 zaken blijkt de mogelijkheid te bestaan om beide rechtsregels toe te passen. Het is dan ook niet mogelijk om in deze dossiers een gefundeerde keuze voor één van beide leren te maken. Onderstaand wordt dit toegelicht aan de hand van de in de vorige paragraaf besproken zaken (D, I en H) met de langste behandelingsduur. Steeds wordt het onzeker causaal verband zowel benaderd als onzekere causaliteit (proportionele aansprakelijkheid), als onzekere schade (verlies van een kans) (zie paragraaf 2.6 van dit onderzoek). Bij de andere 7 zaken kan deze benadering analoog worden toegepast. Uit praktische overwegingen worden deze dan ook niet besproken.

Zaak D

Onzekere causaliteit/proportionele aansprakelijkheid:

Er is wel schade, in de vorm van geestelijke problematiek. Het is echter de vraag of deze (geheel) is veroorzaakt door de fout (delay in mededeling diagnose en behandeling) van het ziekenhuis. Het is namelijk ook mogelijk dat bij patiënt een predispositie of gevoeligheid bestaat voor geestelijke problematiek, zeker gelet op de ernst en hevigheid hiervan.

Onzekere schade/verlies van een kans:

Er is wel een fout, in de vorm van een nalaten de diagnose van patiënt tijdig aan hem mede te delen en vervolgens een eveneens vertraagde behandeling. Het is echter de vraag of dezelfde gevolgen (geestelijke problematiek) niet tevens waren ontstaan in het geval de fout niet was gemaakt. Patiënt

had namelijk hoe dan ook te horen gekregen dat hij ziek was en daarvoor behandeling moeten ondergaan. Daarbij komt dat bij patiënt mogelijk een predispositie bestaat voor het ontwikkelen van geestelijke problematiek. Deze gedachte wordt voornamelijk ingegeven door de hevigheid van de problematiek.

Deze zaak kan worden beredeneerd als een zaak van onzekere causaliteit en als een zaak van onzekere schade. Beide rechtsregels lijken dan ook op deze zaak te kunnen worden toegepast.

Zaak H

Onzekere causaliteit/proportionele aansprakelijkheid:

Er is wel schade, in de vorm van een deels afgezette hand. Het is echter de vraag of deze schade (geheel) is veroorzaakt door de fout (het onterecht missen van de juiste diagnose) van het ziekenhuis. Het is namelijk goed mogelijk dat de doorbloedingsproblematiek op zichzelf de schade heeft veroorzaakt en dat het delay in diagnose/behandeling daaraan niets heeft bijgedragen.

Onzekere schade/verlies van een kans:

Er is wel een fout, in de vorm van een te late diagnose/behandeling. Het is echter de vraag of hetzelfde gevolg (het amputeren van een deel van de hand) niet tevens was ontstaan indien de fout niet was gemaakt. Patiënte had immers doorbloedingsproblematiek door verstopping van de aderen, wat op zichzelf kan gezorgd kan hebben voor de noodzaak tot amputatie.

Deze zaak kan worden gezien als zaak van onzekere causaliteit, of onzekere schade. Beide rechtsregels lijken daarom te kunnen worden toegepast in deze.

Zaak I

Onzekere causaliteit/proportionele aansprakelijkheid:

Er is wel schade, in de vorm van verminderde hartfunctie. Het is echter de vraag of deze (geheel) is veroorzaakt door de fout (gemiste diagnose hartinfarct) van het ziekenhuis. Het is namelijk goed mogelijk dat de schade is veroorzaakt door het hartinfarct zelf en niet door de gemiste diagnose en vertraging in behandeling.

Onzekere schade/verlies van een kans:

Er is wel een fout, in de vorm van een gemiste diagnose en te late behandeling. Het is echter de vraag of dezelfde gevolgen (verminderde hartfunctie) niet tevens waren ontstaan in het geval de fout

niet was gemaakt. Bij tijdige diagnose had eerdere behandeling kunnen plaatsvinden, maar patiënte zou ook in die situatie een hartinfarct hebben doorgemaakt.

Deze zaak kan worden gezien als zaak van onzekere causaliteit, of onzekere schade. Beide rechtsregels lijken daarom te kunnen worden toegepast in deze.

Uit het vorenstaande blijkt dat beide rechtsregels (in hoge mate) inwisselbaar zijn. Het is mogelijk om alle 10 de zaken te benaderen als een zaak van onzekere causaliteit *en* van onzekere schade. In sommige gevallen ligt de ene benadering meer voor de hand dan de andere, maar bij verdergaande bestudering blijkt dat in alle gevallen een keus voor zowel proportionele aansprakelijkheid, als verlies van een kans te rechtvaardigen is.

HOOFDSTUK 4

Conclusies

4.1 Inleiding

In dit hoofdstuk zal de centrale vraag van het onderzoek worden beantwoord. Bij de beantwoording wordt hetgeen in de voorgaande hoofdstukken is beschreven, in ogenschouw genomen. Op basis van het antwoord op de centrale vraag, zullen aanbevelingen worden gedaan. Verder zullen op basis van andere zaken die bij bestudering zijn opgevallen, een aantal aanbevelingen voor nader onderzoek worden gedaan.

4.2 Beantwoording van de centrale vraag

De centrale vraag van dit onderzoek luidt als volgt:

‘Hoe verhoudt de afhandeling van bij MediRisk B.A. ingediende schadeclaims, met een onzeker condicio sine qua non-verband tussen de fout en de definitieve schade, zich, tot de maatstaven die de Hoge Raad hiervoor heeft gegeven?’

In hoofdstuk 2 is uiteengezet op welke wijze een proportionele verdeling van aansprakelijkheid een oplossing kan bieden in situaties met een onzeker condicio sine qua non-verband. In hoofdstuk 3 is uiteengezet hoe 10 bij MediRisk ingediende schadeclaims, met een onzeker condicio sine qua non-verband tussen de fout en de definitieve schade, zijn behandeld. We kunnen dan ook nu tot een vergelijk komen tussen de theorie en de praktijk.

De theorie

De Hoge Raad heeft een oplossing proberen te ontwikkelen voor situaties waarin er onzekerheid bestaat over het condicio sine qua non-verband tussen de fout en de schade. Mede op basis van de literatuur heeft hij deze oplossing tweeledig gemaakt, in de vorm van proportionele aansprakelijkheid en de theorie van verlies van een kans. In tegenstelling tot de opinie in de literatuur, is de Hoge Raad van mening dat er een dusdanig verschil bestaat tussen deze twee theorieën, dat hij heeft gekozen voor een verschil in toepassingsvereisten/-criteria. Kortom, de Hoge Raad heeft twee inhoudelijk verschillende theorieën ontwikkeld om te kunnen komen tot een verdeling van aansprakelijkheid, elk waarvoor verschillende maatstaven in acht dienen te worden genomen.

De praktijk

In de praktijk van het medisch aansprakelijkheidsrecht blijkt het (proportioneel) verdelen van aansprakelijkheid een welkome oplossing. Na bestudering blijkt echter dat men in de onderzochte dossiers stelselmatig geen concrete keuze maakt voor één van de twee vormen van proportionele verdeling van aansprakelijkheid.

Als we de dossiers toetsen aan de maatstaven van de Hoge Raad, blijkt ook dat iedere zaak zich in beginsel leent voor toepassing van beide rechtsregels. In sommige gevallen ligt de ene rechtsregel (dogmatisch gezien) wel meer voor de hand, echter een concreet/praktisch verschil lijkt steeds niet te maken. Het wordt dan ook lastig (zo niet onmogelijk) om te kiezen voor één van deze rechtsregels, terwijl die keuze wel dient te worden gemaakt gezien het verschil in toepassingsvereisten.

In de praktijk kiest men bij zaken met een onzeker *condicio sine qua non*-verband wel voor een (proportionele) verdeling van de aansprakelijkheid/schadelast, maar niet voor een concrete toepassing van één van de rechtsregels. In plaats daarvan tracht men steeds uit pragmatische overwegingen en op basis van redelijkheid te komen tot overeenstemming over het te vergoeden bedrag.

Opvallend is dat het *condicio sine qua non*-verband in geen van de zaken wordt vastgesteld, maar dat slechts in 7 zaken een deskundige is verzocht zich over dit verband uit te laten. Ook blijken de deskundigenrapportages regelmatig stof tot discussie te geven. Partijen blijven lang discussiëren over de interpretatie van de rapporten en vragen pas laat of zelfs helemaal niet om opheldering aan de deskundige.

Conclusie

Akkermans is van mening dat het verschil tussen de theorie van verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid, slechts een dogmatisch verschil is. Beide rechtsregels zouden dan ook (in hoge mate) inwisselbaar zijn en steeds moeten leiden tot dezelfde uitkomst.

De Hoge Raad heeft echter een duidelijk verschil aangebracht tussen de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid en die van het verlies van een kans. Zo zouden de rechtsregels volgens de Raad geëigend zijn om een oplossing te bieden in verschillende situaties en zouden ook de uitkomsten anders moeten/kunnen zijn.

De dogmatische theorie van de Hoge Raad wordt in de praktijk niet expliciet toegepast. Het blijft slechts bij het terloops benoemen van één of beide rechtsregels. Na bestudering van de theorie van de Hoge Raad, is getracht deze toe te passen op de individuele dossiers. Echter, de bestaande theorie

blijkt onvoldoende aanknopingspunten te bieden om een expliciete toepassing te rechtvaardigen. Zo kan ieder van de onderzochte dossiers worden benaderd als een zaak waarin ofwel proportionele aansprakelijkheid, dan wel verlies van een kans een oplossing kan bieden. Het theoretische verschil blijkt in de praktijk dan ook onvoldoende te kunnen worden gemaakt.

De Hoge Raad heeft de toepassingsvereisten voor proportionele aansprakelijkheid zwaarder gemaakt dan die voor verlies van een kans. In bepaalde gevallen kan men dus kiezen voor de ‘makkelijke begaanbare weg’ van verlies van een kans, of in andere gevallen voor de ‘moeilijker begaanbare weg’ van proportionele aansprakelijkheid.

In de praktijk geven partijen weldegelijk blijk van de wenselijkheid om de schadelast te verdelen. In 9 van de 10 onderzochte dossiers vergoedt MediRisk uiteindelijk dan ook slechts een deel van de totale schade van de patiënt. Hierbij laten partijen de theorie van de Hoge Raad grotendeels buiten beschouwing, maar bereiken zij wel een oplossing volgens de gedachte achter de proportionele verdeling van aansprakelijkheid. Namelijk, men doet recht aan het feit dat er mogelijk wel, maar mogelijk ook geen *condicio sine qua non*-verband tussen de fout en de definitieve schade bestaat.

Hoewel partijen de theorie niet volledige navolging geven, bereikt men wel het met de theorie beoogde resultaat. De overeenstemming voor de uiteindelijk te betalen schadevergoeding wordt door partijen dus niet expliciet bereikt op basis van de theorie, maar op een praktisch werkbare manier. Men onderhandelt en bereikt overeenstemming, waarbij zij (veroorzakings-)kansen (impliciet) meewegen.

Het deel van de theorie dat in de praktijk van waarde lijkt, is haar kern dat er niet langer alleen sprake kan zijn van ofwel 100 % toewijzing, dan wel 100 % afwijzing van aansprakelijkheid. De overige invulling van de theorie door de Hoge Raad, lijkt voorlopig slechts verwarring en onduidelijkheid te creëren en weinig gevolg te krijgen in de praktijk. Totdat de Hoge Raad meer duidelijkheid over de inhoud van de theorie geeft, lijkt het dan ook slechts een dogmatische leer waar de praktijk zich verre van houdt.

4.3 Aanbevelingen

Op basis van het antwoord op de centrale vraag zijn voor MediRisk de onderstaande aanbevelingen opgesteld.

Sluit aan bij de theorie van de Hoge Raad waar mogelijk, maar laat de theorie niet aan een pragmatische oplossing in de weg staan.

De verdeling van aansprakelijkheid/schadelast is een geschikte manier om zaken met onzekerheid over het condicio sine qua non-verband te beslechten. Een dergelijke verdeling zal voor partijen vaak meer recht doen aan de situatie en voelen als een 'gouden middenweg'. In zaken van medische aansprakelijkheid lijkt dit bij uitstek een goed instrument, aangezien het oorzakelijk verband in juist die zaken met regelmaat niet is vast te stellen.

Gelet op het feit dat de theorie van de Hoge Raad nog onvoldoende helder en uitgekristalliseerd is, verdient het de voorkeur om zich hierdoor niet teveel te laten leiden. De onduidelijkheden zijn voer voor discussie en kunnen tot onnodige vertragingen leiden. De gedachte achter de theorie is het recht doen aan een situatie waarin onzekerheid bestaat over het bestaan van condicio sine qua non-verband tussen een fout en de definitieve schade. In deze situatie zijn er zowel gronden om aansprakelijkheid aan te nemen, als af te wijzen. Men dient dan ook te komen tot een einddoel waarbij beide partijen een deel van de schadelast dragen. Dit moet het uitgangspunt zijn. Door een constructieve discussie te voeren en zich te laten bijstaan door (onafhankelijke) deskundigen, kunnen de zaken mogelijk eerder tot een voor partijen bevredigende regeling komen.

Kies de juiste rechtsregel, voor de juiste zaak.

De rechtsregel van verlies van een kans is laagdrempeliger dan die van proportionele aansprakelijkheid. Bij proportionele aansprakelijkheid dient immers terughoudendheid te worden betracht. In een zaak waarin MediRisk graag een verdeling van aansprakelijkheid wil, is het verstandig de laagdrempelige theorie van verlies van een kans te hanteren. Wil men echter liever geen verdeling van de aansprakelijkheid/schadelast, verdient het de voorkeur om de rechtsregel van proportionele aansprakelijkheid te hanteren. Voor het resultaat in het minnelijke traject heeft deze keuze feitelijk geen invloed, aangezien zij tot hetzelfde resultaat leiden. Echter, in een mogelijke gerechtelijke procedure zou dit nog van enige betekenis kunnen zijn.

Houd de Hoge Raad in het oog voor wat betreft de ontwikkeling van de doctrine van verdeling van aansprakelijkheid.

Aangezien de leer van de Hoge Raad nog niet volledig is uitgewerkt en er in de literatuur vraagtekens bij worden gezet, is het niet ondenkbaar dat de Raad in de (nabije) toekomst verdere invulling van de rechtsregels voor een proportionele verdeling van aansprakelijkheid zal geven. Het is goed mogelijk dat door middel van nieuwe richtlijnen/maatstaven, de doctrine een werkbare vorm krijgt. Zodra deze praktisch werkbare vorm is ontwikkeld, kunnen partijen hierbij mogelijk meer concreet/inhoudelijk bij aansluiten.

Stel aanvullende vragen bij discussie omtrent de interpretatie van een deskundigenrapport.

Indien een deskundigenrapport multi-interpretabel is, bestaat er een (grote) kans op discussie tussen partijen. In de praktijk blijkt deze discussie meer dan eens tot vertraging in de afhandeling van de claim te leiden. Door de deskundige vroegtijdig om opheldering te vragen, kan ellenlange discussie mogelijk worden voorkomen en de schadeclaim mogelijk sneller worden afgehandeld.

Vraag de deskundige om percentages van veroorzakingswaarschijnlijkheid

In zaken waarin onzekerheid over het condicio sine qua non-verband tussen de fout en de schade bestaat, kan ook een ter zake deskundig persoon mogelijk geen uitsluitel geven omtrent het bestaan hiervan. Door hem te verzoeken om een inschatting te maken van kansen, kan mogelijk in een eerder stadium een inzicht worden verkregen in de mogelijke oorzaken van de schade. Zodoende kan ook de afhandeling mogelijk worden bespoedigd. Een deskundige dient zich hierbij uiteraard zo mogelijk te laten leiden door literatuur, maar in sommige gevallen kan ook een 'calculated guess' eventueel een uitkomst bieden.

Codering van dossiers met onzeker condicio sine qua non-verband

Zaken met onzeker condicio sine qua non-verband tussen de fout en de schade worden momenteel niet specifiek gecodeerd/gedocumenteerd door MediRisk. Indien men dergelijke zaken in de toekomst een codering zou geven, wordt inzichtelijk gemaakt hoe vaak dit type zaak voorkomt. Voor dit onderzoek is slechts de correspondentie doorzocht op de woorden 'verlies van een kans' en 'proportionele aansprakelijkheid'. Mogelijk worden de rechtsregels ook in andere zaken toegepast, echter dit is momenteel niet op een praktische wijze te controleren.

4.4 Noodzaak voor vervolgonderzoek

Tijdens het bestuderen van de dossiers is een aantal zaken opgevallen, die niet rechtstreeks betrekking hebben op het onderzoek. Deze constatering zijn echter dusdanig opvallend, dat zij hieronder besproken zullen worden. Mogelijk kan naar aanleiding hiervan verder onderzoek worden verricht.

De grote moeilijkheid bij zaken met onzeker condicio sine qua non-verband lijkt te zitten in de berekening van het deel van schade, dat voor vergoeding in aanmerking komt. In alle zaken bestaat er discussie over welke kansen een rol spelen bij de proportionele verdeling en hoe deze moeten worden gewaardeerd. In veel gevallen bieden de bestaande cijfers/kansen in een dossier überhaupt onvoldoende handvatten om tot een verdeling van aansprakelijkheid/schadelast te komen. Mogelijk

dat een deskundige de benodigde cijfers (eerder) kan leveren, eventueel op basis van een 'calculated guess'.

Onderzocht zou kunnen worden of de huidige vraagstellingen aan deskundigen, ook geschikt zijn voor zaken waarin er onzekerheid over het condicio sine qua non-verband bestaat. Hierbij zou specifiek aandacht kunnen worden besteed aan de vraag of de kansen/schattingen door de deskundige kunnen worden gemotiveerd aan de hand van percentages. Dit zou mogelijk discussie en nadere vragen aan deskundigen kunnen voorkomen.

Ook blijkt dat niet in iedere zaak een deskundige wordt geraadpleegd. Dit is mogelijk ook niet in alle gevallen aangewezen. Doch, indien men een aanhoudende inhoudelijke discussie over de aansprakelijkheid of gevolgen voert, lijkt een onafhankelijk deskundigenbericht een goede oplossing voor de ontstane patstelling.

Onderzocht zou kunnen worden of er richtlijnen kunnen worden gegeven of beleid ontwikkeld, voor het inschakelen van een deskundige. Met name voor de situaties waarin discussie bestaat over het al dan niet bestaan van condicio sine qua non-verband. Een tijdig deskundigenrapport zou de behandelingsduur van schadeclaims mogelijk kunnen verkorten.

In zaken waarin wel een deskundigenrapport is aangevraagd (5 van de 10), blijkt dat er vrijwel altijd discussie ontstaat over de interpretatie van het rapport. Het is echter vreemd om te concluderen dat slechts in 2 van de zaken aan de deskundige wordt gevraagd om zijn rapport (gedeeltelijk) op te helderen. In de andere 3 zaken gaan partijen in discussie over de woorden en cijfers van de deskundige. In het geval dat een deskundigenrapport onduidelikheden bevat of multi-interpretabel is, lijkt het de voorkeur te verdienen om dezelfde deskundige te verzoeken zijn rapport op specifieke punten nader toe te lichten. Zodoende kan men voorkomen dat er een nodeloze en eindeloze discussie gevoerd wordt, over zaken die waarschijnlijk eenvoudig kunnen worden opgelost/verhelderd door de deskundige.

Men zou kunnen onderzoeken of de deskundigenrapporten op grote schaal leiden tot interpretatieproblemen. Indien dit het geval is, zou men bijvoorbeeld kunnen overwegen om (meer uitgebreide) instructies te geven voor de handelwijze bij deskundigenberichten die voor meerderlei uitleg vatbaar zijn. Ook zou mogelijk kunnen worden gekeken of de vraagstellingen aan deskundigen voldoende helder zijn geformuleerd.

LITERATUUR- EN BRONNENLIJST

Boeken:

Akkermans 1997

A.J. Akkermans, 'Grondslagen voor proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband', in: W.H. van Boom, C.E.C. Jansen & J.G.A. Linssen, *Tussen 'alles' en 'niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997.

Brunner e.a. 2011

C.J.H. Brunner e.a., *Verbintenissenrecht algemeen*, Deventer: Kluwer 2011.

Van Dijk 2010

Chr. H. van Dijk, 'De proportionele benadering bij medische aansprakelijkheid', in: T. Hartlief e.a. *Medische aansprakelijkheid*, Den Haag: SDU 2010.

Hartkamp & Sieburgh 2009

A.S. Hartkamp & C.H. Sieburgh, in: *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II*. De verbintenis in het algemeen. Tweede gedeelte*. Deventer: Kluwer 2009.

Klaassen 2007

C.J.M. Klaassen, *Monografieën BW. Schadevergoeding algemeen, deel 2*, Deventer: Kluwer 2007.

Lindenbergh 2009

S.D. Lindenbergh, artikel 6:162, aantekening 1e, in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & commentaar Burgerlijk Wetboek, boek 6*, Deventer: Kluwer 2009.

Olthof 2009

M.M. Olthof, artikel 6:74, aantekening 2c, in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & commentaar Burgerlijk Wetboek, boek 6*, Deventer: Kluwer 2009.

Oosterveen 2009

W.J.G. Oosterveen, artikel 6:99, aantekening 1, in: J.H. Nieuwenhuis, C.J.J.M. Stolker & W.L. Valk (red.), *Tekst & commentaar Burgerlijk Wetboek, boek 6*, Deventer: Kluwer 2009.

Spier e.a. 2012

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

Schuijt e.a. 2013

G.A.I. Schuijt e.a., *Leidraad voor juridische auteurs*, Deventer: Kluwer 2013

Verhoeven 2011

N. Verhoeven, *Wat is onderzoek*, 's-Gravenhage: Boom Lemma Uitgevers 2011.

Wijne 2013

R.P. Wijne, *Medische aansprakelijkheid*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2013.

Tijdschriftartikelen:**Akkermans, A&V 1998, p. 24 – 26**

A.J. Akkermans, 'Beroepsaansprakelijkheid', in: A&V 1998-1, p. 24-26.

Akkermans & Van Dijk, AV&S 2012, p. 155 – 177

A.J. Akkermans & Chr. H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', in: AV&S 2012/17, afl. 5, p. 155 – 177

Akkermans & Van Dijk, JA 2013, p. 246 – 254

A.J. Akkermans & Chr. H. van Dijk, 'Verlies van een kans, art. 6:98, 6:99 en 6:101 BW', JA 2013, afl. 3, p. 246 – 254.

Klaassen, NJB 2007, p. 1346 – 1362

C.J.M. Klaassen, 'Proportionele aansprakelijkheid: een goede of kwade kans?', in: NJB 2007 afl. 22, p. 1346 – 1362.

Wouters, WPNR 2013, p. 333 – 342

J.C.J. Wouters, 'Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en verlies van een kans in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht', in: WPNR 2013, afl. 6973, p. 333 – 342.

Van & Wijne, TVP 2012, p. 16 – 24

A.J. Van & R.P. Wijne, 'Lies, damned lies, and statistics', *TVP* 2012, afl. 1, p. 16 – 24.

Dissertaties:

Akkermans 1997 (diss.)

A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: Tjeenk Willink 1997.

Rechtspraak:

HR 21 juni 1974, ECLI:NL:HR:1974:AC5463, NJ 1974, 453.

HR 25 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:AD1907, NJ 1993, 686.

HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:AD2476, NJ 1996, 607.

HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZC2467, NJ: 1998, 257.

HR 17 februari 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU9717.

HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, NJ: 2011, 250.

HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, NJ: 2007, 63.

HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, NJ: 2007, 256.

HR 7 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3670, NJ: 2007, 644.

HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349, NJ: 2013, 236.

HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ: 2013, 237.

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

HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, NJ: 2011, 251.

Wetten:

Grondwet

Burgerlijk wetboek

Wetboek van burgerlijke rechtsvordering

Wet op de rechterlijke organisatie

BIJLAGEN

Onderzochte schadeclaims, samengevat

- A. samenvatting zaak A
- B. samenvatting zaak B
- C. samenvatting zaak C
- D. samenvatting zaak D
- E. samenvatting zaak E
- F. samenvatting zaak F
- G. samenvatting zaak G
- H. samenvatting zaak H
- I. samenvatting zaak I
- J. samenvatting zaak J

Samenvatting van zaak A

De patiënt krijgt sinds 2003 het middel Ascal voorgeschreven, omdat men denkt dat hij eerder een TIA heeft gehad. De Ascal wordt toegediend als bloedverdunner, als anti-trombosemiddel, en dient ter voorkoming van verdere vasculaire schade (herseninfarct/hersenbloeding). Op 22-02-2007 komt patiënt in het ziekenhuis met klachten van een ijzergebreksanemie (bloedarmoede), vermoeidheid en maagklachten. De internist laat een gastroscopie uitvoeren. Dit is een kijkonderzoek naar de slokdarm, de maag en het eerste deel van de twaalfvingerige darm. De gastroscopie vindt plaats op 28-03-2007 en de internist laat patiënt enige tijd voor het onderzoek stoppen met de Ascalmedicatie. De betrokken specialist stelt dat hij een Ulcus in de maag (maagzweer) heeft gezien. Ascal is een bekende veroorzaker van een dergelijke Ulcera. Het gebruik van Ascal was reeds gestaakt vóór de gastroscopie op 28-03-2007 en de internist stelt voor dit in ieder geval te staken tot een controlegastroscopie, 4 tot 6 weken later.

Nog voordat de controlegastroscopie kan plaatsvinden, krijgt patiënt op 09-05-2007 een Ischemisch CVA (Cerebro Vasculair Accident – herseninfarct).

De patiënt stelt het ziekenhuis aansprakelijk. Hij verwijt de internist dat deze geen overleg heeft gevoerd met een neuroloog, alvorens te stoppen met de Ascal.

MediRisk heeft, op basis van het advies van een medisch adviseur, al vrij snel toegegeven dat ook zij van mening is dat de internist overleg had moeten voeren met een neuroloog, voordat gestopt werd met Ascal. Daarnaast geeft MediRisk aan dat zij echter niet weet of dit tot schade heeft geleid. Kortom, verantwoordelijkheid voor een fout wordt erkend, maar nog geen erkenning van aansprakelijkheid. Hiervan kan immers pas sprake zijn als de fout ook daadwerkelijk schade heeft veroorzaakt.

Een deskundige wordt ingeschakeld om te onderzoeken of de fout van de internist tot schade heeft geleid. In het deskundigenrapport staan een aantal cijfers en uitlatingen die voor meerdere interpretaties vatbaar zijn. Het deskundigenrapport geeft dan ook meer stof voor een discussie, dan voor een oplossing.

Partijen kunnen het, ook na het deskundigenrapport, niet eens worden over het causale verband tussen de fout van de internist en de schade van de patiënt. In eerste instantie is MediRisk van

opvatting dat er geen aansprakelijkheid bestaat vanwege de zeer kleine kans dat de fout van het ziekenhuis heeft geleid tot de schade. MediRisk baseert zich hierbij op gegevens uit het deskundigenbericht. MediRisk geeft aan primair van oordeel te zijn dat er geen aansprakelijkheid is, secundair zou hoogstens sprake kunnen zijn van een proportionele verdeling van aansprakelijkheid. Kortom, MediRisk is van mening dat (mocht er aansprakelijkheid zijn) er gronden aanwezig zijn om aansprakelijkheid proportioneel te verdelen via de leer van ofwel proportionele aansprakelijkheid, dan wel verlies van een kans. In het overleg met de rechtsbijstandsverzekeraar van patiënt, lukt het MediRisk in eerste instantie niet om duidelijk te maken dat er gronden zijn voor een proportionele verdeling van aansprakelijkheid.

Uiteindelijk komt de medisch adviseur tot de conclusie dat Ascal sowieso het risico op een CVA met 25 % verkleint. Dit onderschrijft ook de door MediRisk in de arm genomen advocaat, die dit eerder in een andere zaak heeft gezien. MediRisk denkt daarom dat er een reële kans bestaat dat de rechter in een eventuele gerechtelijke procedure een vordering tot schadevergoeding (deels) zou toewijzen. De rechtsbijstandsverzekeraar van de patiënt heeft de vordering inmiddels uitbesteed aan een advocaat, die ook van mening is dat er sprake is van gronden voor het proportioneel verdelen van aansprakelijkheid. MediRisk zet daarom in op een minnelijke regeling. Een eerdere schatting van de totale schade van patiënt kwam uit op een bedrag van €200.000,-. Gelet op de 25 % kansvermindering die Ascal zou hebben, denkt MediRisk dat een rechter mogelijk 25 % van de totale schade zou toewijzen. Men komt medio 2012 tot een minnelijke regeling ter grootte van €40.000,-. Bij deze minnelijke regeling wordt verder niet inhoudelijk gesproken over de juridische techniek van een proportionele verdeling van aansprakelijkheid en zelfs niet verder over causaal verband. Partijen staken deze discussie om zodoende tot een regeling te kunnen komen waarin beide partijen zich kunnen vinden.

Samenvatting van zaak B

Patiënt raakt op 01-11-2001 betrokken bij een verkeersongeval, als gevolg waarvan bij hem een schouderfractuur ontstaat. Patiënt ondergaat dezelfde dag een operatie aan de fractuur in een ziekenhuis in Tilburg, waarbij een plaat in de schouder is gezet.

De nabehandeling vindt plaats in een ziekenhuis in Helmond. Patiënt geeft bij de nabehandeling al vrij snel aan dat hij tintelingen/pijn in zijn rechter hand ervaart en zijn rechter arm niet (goed) kan optillen. De breuk hecht vrij langzaam, als gevolg waarvan ook fysiotherapie slechts met een lage intensiteit kan plaatsvinden.

Met blijvende klachten van bewegingsbeperking aan de rechter arm wordt patiënt op 25-02-2003 naar de neuroloog gestuurd, op verdenking van plexus brachialis laesie (zenuwletsel). De neuroloog vond geen afwijkingen aan het zenuwstelsel en wijdt de klachten aan een beschadiging van het gewricht. De fysiotherapie wordt voortgezet in de hoop dat de bewegingsbeperking afneemt.

Op 05-10-2004 gaat patiënt voor een second opinion naar het ziekenhuis in Tilburg. Aldaar wordt diagnose plexus brachialis laesie gesteld, als gevolg van het ongeval op 01-11-2001. Naar aanleiding van de diagnose wordt patiënt naar een revalidatiecentrum gestuurd, waar hij wordt behandeld en met zijn klachten leert omgaan.

De patiënt stelt het ziekenhuis in Helmond op 30-03-2006 aansprakelijk, voor het missen van de diagnose plexus brachialis laesie, bij het neurologisch consult op 25-02-2003.

Op 23 oktober 2006 erkent MediRisk aansprakelijkheid voor het missen van de diagnose plexus brachialis laesie door de neuroloog, op het consult van 25-02-2003. Hierbij stelt MediRisk direct dat volgens haar medisch adviseur de gevolgen op de lange termijn dezelfde zouden zijn geweest indien de diagnose op neurologisch gebied tijdig was gesteld door haar verzekerde.

De patiënt stelt dat door het missen van de diagnose extra schade is ontstaan. Zo zou patiënt als gevolg hiervan te laat hebben kunnen starten met geschikte therapie en zou er meer letsel zijn ontstaan c.q. de kans op herstel geringer geworden zijn. MediRisk betwist de stelling van patiënt en stelt voor een deskundige te raadplegen naar de gevolgen van de gemiste diagnose.

De deskundige geeft aan dat het volgens hem twijfelachtig is of een tijdige diagnose de revalidatie enigszins zou hebben bevorderd. De deskundige ziet dan ook geen directe neurologische schade als

gevolg van de gemiste diagnose. De deskundige geeft aan dat het wel voorstelbaar is dat op economisch, sociaal of maatschappelijk vlak schade is ontstaan, door het niet verschaffen van een correct inzicht in de (slechte) prognose van patiënt.

Partijen voeren een korte discussie omtrent de (mogelijke) schade als gevolg van het onvoldoende informeren over de prognose van patiënt. Hierbij stelt de patiënt zich op het standpunt dat de deskundige deze schade voorstelbaar noemde en er dus sprake van is. MediRisk stelt zich op het standpunt dat de deskundige dit slechts voorstelbaar noemde en het nog maar de vraag is of er daadwerkelijk sprake van is. Het is duidelijk dat hieromtrent geen zekerheid meer is te verkrijgen. De patiënt doet een regelingsvoorstel ter grootte van ongeveer €13.000,-. MediRisk wijst dit af en stelt voor te schikken voor een bedrag van €5.000,-. Patiënt gaat akkoord met het voorstel van MediRisk.

Samenvatting van zaak C

Patiënt breekt op 01-06-2005 zijn pols en komt hiermee op de SEH van verzekerde. Alhier wordt de breuk gezet en ingegipst. Op 09-06-2005 wordt de patiënt opnieuw ingegipst, nu met een circulair onderarmgips. Op dit moment worden géén controlefoto's gemaakt, om te kijken of de stand van de arm nog steeds goed is. Op 07-07-2005 wordt het gips verwijderd, ook nu worden er géén controlefoto's gemaakt. Op 12-07-2005 meldt patiënt zich met een duidelijk afwijkende stand van de pols/arm en zwelling van de hand en arm. Deze zijn inmiddels op een verkeerde wijze aan het vastgroeien, zo stelt een chirurg bij een second opinion. Deze arts stelt voor om het voorlopig zo te laten en op een later moment de verkeerde stand te corrigeren door een operatie.

De patiënt stelt het ziekenhuis aansprakelijk voor het niet zorgvuldig handelen, als gevolg waarvan de breuk in een verkeerde stand is geconsolideerd. Patiënt ervaart klachten en kan zijn werk als tekenaar dan ook niet meer uitvoeren.

De medisch adviseur van MediRisk bekijkt de zaak en denkt dat de chirurg bij controle op 09-06-2005 röntgenfoto's had moeten laten maken, om zodoende te controleren of de stand van de pols/arm nog altijd goed was. De medisch adviseur vermeldt hierbij dat er geen protocol is dat dergelijke controlefoto's voorschrijft, doch dat dit in de praktijk volgens hem gebruikelijk is, zeker wanneer men de ernst van de breuk in ogenschouw neemt. De medisch adviseur geeft aan dat de meningen hieromtrent kunnen verschillen en stelt daarom voor om de zaak door een deskundige te laten beoordelen.

Uit de expertise komt naar voren dat het ziekenhuis onzorgvuldig zou hebben gehandeld. De deskundige is namelijk van mening dat de gekozen behandelwijze van de chirurg nog te verdedigen is, maar het niet maken van controlefoto's (7 tot 10 dagen na het eerste gipsverband) is volgens hem wel verwijtbaar. Door na te laten om deze foto's te maken is er geen inzicht gekomen in het herstel van de fractuur. Volgens de expertisearts zouden de controlefoto's aanleiding hebben gegeven om over te gaan tot een operatieve ingreep om zodoende de botdelen vast te zetten en zouden de botdelen mogelijk op een goede/betere manier zijn vastgegroeid.

Patiënt is door het niet maken van de controlefoto's dan ook een kans op een betere/andere behandeling (in de vorm van een operatie) ontnomen en daarmee de kans op een beter behandelresultaat. Nu is zijn hand/pols op een verkeerde wijze vastgegroeid en is hij in zijn

bewegingen beperkt. Echter, ook al had men tijdig een controlefoto gemaakt, zou er een kans hebben bestaan dat de breuk verkeerd was vastgegroeid.

Op het moment van de aansprakelijkstelling en de behandeling van de claim, kan er nog altijd een operatieve ingreep worden verricht om de hand/pols in de juiste stand te brengen. Deze ingreep verschilt weinig van de ingreep die (mogelijk) had worden verricht indien de verkeerde stand van de hand/pols tijdig was opgemerkt. Er is alleen een kleine bewegingsbeperking en het herstel van patiënt duurt nu een aantal weken langer.

De deskundige berekent dat de bewegingsbeperking van patiënt 5 % B.I. is, in de situatie met fout. De deskundige stelt echter ook dat er een kans van minder dan 25 % is dat patiënt eenzelfde percentage van 5 % B.I. zou hebben gehad, indien het ziekenhuis wel zorgvuldig had gehandeld.

Op 05-08-2008 erkent MediRisk aansprakelijkheid voor het niet maken van de controlefoto's. Uiteindelijk wordt besloten tot een minnelijke regeling waarin totaal €17.000,- aan patiënt wordt betaald. Dit bedrag bestaat grotendeels uit smartengeld en buitengerechtelijke kosten.

Samenvatting van zaak D

Patiënt wordt op 24-09-2002 in het ziekenhuis gezien met een zwelling in de hals. Bij onderzoek blijkt dat de schildklierkwab is opgezwollen, echter de laboratoriumuitslagen laten een normale functie van de schildklier zien. Patiënt wordt daarom niet verder behandeld en ingepland voor een controleafspraak, ongeveer een jaar later. Op 07-07-2003 vindt de controleafspraak plaats. De diagnose luidt nog steeds dat de schildklier vergroot is, maar de functies normaal zijn. Patiënt geeft zelf aan geopereerd te willen worden en zodoende vindt er op 13-04-2004 een hemistruumectomie (verwijdering van een schildklierkwab, in dit geval de linker) plaats. Op 16-04-2004 wordt patiënt uit het ziekenhuis ontslagen. Weefsel van zowel de linker, als de rechter schildklierkwab wordt door een patholoog anatoom bestudeerd op aanwezigheid van maligniteit (kwaadaardige kankercellen). Op 29-04-2004 zijn de uitslagen van het PA-onderzoek naar de schildklierkwabben bekend en er blijkt inderdaad sprake van schildklierkanker. Patiënt heeft een afspraak in het ziekenhuis staan op 15-05-2004, maar komt hier niet opdagen. De betrokken artsen nemen verder geen contact op met de patiënt of zijn huisarts. Wanneer patiënt in februari 2006 weer met een zwelling aan de hals wordt gezien in het ziekenhuis, komt men erachter dat er reeds sinds 2004 sprake was van schildklierkanker en patiënt hier nog altijd niet van op de hoogte was en ook niet behandeld was. Patiënt ondergaat vervolgens zo spoedig mogelijk een operatie en wordt behandeld met jodium 131. Op grond van een expertisearchief erkent MediRisk (impliciet) aansprakelijkheid voor het niet (tijdig) op de hoogte stellen van de patiënt van de uitkomsten van het PA-onderzoek. Als gevolg van dit uitstel is (mogelijk) een delay/vertraging in de behandeling van patiënt opgetreden. MediRisk geeft daarbij wel aan dat per schadepost zal moeten worden bekeken of deze het gevolg is van het onzorgvuldig handelen van het ziekenhuis, dus bij elke schadepost dient causaal verband te worden vastgesteld.

Van medio 2007 tot medio 2008 voeren partijen een discussie over de hoogte van de te vergoeden BGK. Daarna verneemt MediRisk een lange tijd niet van de tegenpartij, behoudens twee handelingen ter stuiting van de verjaring. Medio 2011 komt het inhoudelijke gesprek weer op gang.

Partijen zijn het erover eens dat het onduidelijk is wat de schade van patiënt precies is. De schade als gevolg van het delay in de behandeling zou volgens patiënt grotendeels van psychische aard zijn. Volgens de deskundige zou de tijdig ingestelde behandeling (mogelijk) van kortere duur en minder intensief geweest zijn, maar patiënt had deze wel moeten ondergaan.

Patiënt stelt dat de fout van het ziekenhuis (het niet tijdig mededelen aan patiënt dat er bij hem schildklierkanker bestond) bij hem heeft geleid tot psychische schade en de daaruit voortvloeiende problematiek (verlies arbeidsvermogen, sociale problematiek). Patiënt was vlak voor het bekend worden van het delay als ZZP'er gestart en stelt dan ook een substantieel bedrag aan inkomen te zijn misgelopen. Volgens patiënt en zijn belangenbehartiger kan de schade al snel oplopen tot een half miljoen.

MediRisk daarentegen stelt dat het nog lang niet zeker is dat de psychische schade (enkel) het gevolg is van de medische fout. Volgens MediRisk zou de psychische schade en problematiek van patiënt mogelijk ook zijn ontstaan als het ziekenhuis geen fout had gemaakt. Immers, bij tijdige mededeling van de diagnose schildklierkanker, had patiënt ook een behandeling moeten ondergaan. Volgens MediRisk is het allerm minst zeker dat de schade alleen is veroorzaakt door het delay. Het moeten ondergaan van de behandeling zou van grote invloed (kunnen) zijn op de gesteldheid van patiënt, samen met diens persoon(lijkheid) en een eventuele predispositie voor geestelijke problematiek. Dus ook in de situatie zonder fout had patiënt moeten worden behandeld aan zijn schildklierkanker, met mogelijk geestelijke problematiek tot gevolg. Mocht er al sprake zijn van een oorzakelijk verband tussen de fout van het ziekenhuis en de schade van patiënt, dan betwist MediRisk de orde van grootte waarover de patiënt spreekt (half miljoen).

Om te achterhalen wat nu exact de verwijtbare schade bij patiënt is, zouden nog minimaal twee expertises nodig zijn. Eén op lichamelijk en één op geestelijk vlak. Partijen zijn het erover eens dat dit een lang traject behelst en het ook dan nog lastig zou zijn om concrete uitspraken over de causaliteit te doen. Om de psychische toestand van patiënt te bevorderen (of in ieder geval niet te laten verslechteren), komen partijen overeen dat het de voorkeur verdient om spoedig tot een minnelijke regeling te komen. Partijen onderhandelen over een bedrag en komen medio 2012 tot een minnelijke overeenkomst. Gelet op het verlies van arbeidsvermogen, smartengeld en BGK, regelen partijen de zaak voor een bedrag van € 86.533,-.

Samenvatting van zaak E

Patiënt komt op 31-10-2001 voor een laparoscopische cholecystectomie (laparoscopische verwijdering van de galblaas) bij verzekerde. In de dagen hierna blijft patiënt klachten houden van pijn in de buik, misselijkheid en braken. Patiënt wordt hiervoor behandeld met medicatie, drainage en percutane (operatief verwijderen van een infectie/vocht). In de nacht van 5 op 6 november verslechtert het beeld van patiënt. De verpleging waarschuwt de dienstdoende artsen echter niet. In de ochtend van 06-11-2001 treffen de dienstdoende artsen de verslechterde patiënt aan. Men besluit de patiënt naar de IC te laten verplaatsen en onderweg eerst een CT-scan te laten maken. Tijdens/vlak na de CT-scan ontstaat bij patiënt een asystolie (verlies van elektrische activiteit van het hart/hartstilstand) en hij wordt gereanimeerd. De reanimatie blijft zonder het gewenste resultaat en patiënt overlijdt op 06-11-2001. Uit de obductie blijkt dat patiënt een sepsis heeft gehad, welke uiteindelijk heeft geleid tot stilstand van het hart.

De nabestaanden van patiënt stellen het ziekenhuis aansprakelijk voor het overlijden van de patiënt. Men stelt dat er verwijtbaar onzorgvuldig is gehandeld door de verpleging en de dienstdoende artsen. De verpleging zou een arts moeten hebben ingeschakeld, toen het beeld van patiënt in de nacht van 5 op 6 november verslechterde. Dit nalaten zou een verwijtbaar onzorgvuldige handeling zijn. De dienstdoende artsen zouden vervolgens in de ochtend van 06-11-2001 verwijtbaar onzorgvuldig hebben gehandeld door patiënt niet direct naar de IC te sturen, maar eerst voor een CT-scan te laten gaan.

Een tweetal deskundigen oordeelt dat patiënt in de nacht van 5 op 6 november naar de IC had moeten worden gebracht. Aldaar was zijn overlevingskans reëel geweest volgens deze deskundigen, echter, zij geven geen verdere toelichting op de omvang/grootte van deze kans. Wel noemt men in het rapport een algemeen onderzoek naar overlevingskansen van patiënten met een sepsis. Uit dit onderzoek zou blijken dat ongeveer 50 % van de mensen met een sepsis komt te overlijden, ongeacht waar in het ziekenhuis zij worden behandeld. Dus in beginsel heeft een patiënt evenveel overlevingskansen op een gewone afdeling, als op de IC.

De nabestaanden van patiënt stellen dat het door deskundigen genoemde onderzoek te algemeen is en daarom de uitkomsten niet rechtstreeks toepasbaar zijn op deze patiënt. Op basis van een ander onderzoek, dat volgens de nabestaanden meer representatief is voor de situatie van patiënt, stellen

de nabestaanden dat patiënt slechts een overlijdenskans had van 15 % bij juist handelen door het ziekenhuis. Zij stellen dat patiënt dan ook een kans op overleven had gehad van 85 %, welke hem is ontnomen door de fout van het ziekenhuis. Zij vinden deze kans zo groot, dat de schade volledig vergoed zou moeten worden.

Voor MediRisk blijft het onzeker of haar verzekerde aansprakelijk is, aangezien volgens hen niet duidelijk wordt of de fout van het ziekenhuis wel heeft geleid tot schade. Volgens MediRisk zijn er namelijk een aantal omstandigheden die ook kunnen hebben geleid tot het overlijden van patiënt, of hieraan in ieder geval hebben kunnen bijdragen. Zo is na het overlijden van de patiënt uit de obductie gebleken dat zijn kransslagaders voor 90 % verstopt waren. Dit zou betekenen dat een minimale afname van de bloeddruk al heeft kunnen leiden tot de hartstilstand van patiënt. Ook is achteraf gebleken dat patiënt een hartaandoening had, welke bij leven niet is onderkend. Volgens MediRisk zou deze aandoening ook op de IC niet zijn onderkend, alwaar men dan ook geen preventieve maatregelen hiertegen zou kunnen hebben getroffen.

Overigens meent MediRisk dat op basis van het door de deskundigen aangehaalde onderzoek, gesteld kan worden dat patiënt een 50 % kans had, om zijn sepsis te overleven. Het vorenstaande in ogenschouw nemende, komt MediRisk tot erkenning van aansprakelijkheid voor 50 % van de schade.

De nabestaanden van patiënt kunnen zich niet vinden in de gedeeltelijke erkenning van MediRisk en partijen blijven discussiëren over de mogelijke uitkomst indien patiënt tijdig op de IC was gebracht. Hierover bereikt men geen overeenstemming. De overlijdensschade voor de nabestaanden van patiënt wordt berekend en deze blijkt slechts ongeveer €12.000,- te zijn. Veel verdere discussie zou dan ook alleen leiden tot meer BGK en men tracht tot een regeling te komen. Na wat wikken en wegen besluiten partijen eind 2008 tot een regeling van €30.000,- , waarvan €12.500,- voor de nabestaanden van patiënt wordt gereserveerd en €17.500,- voor de BGK.

Samenvatting van zaak F

Patiënte komt in de avond van 10-09-2006 ten val. Zij wordt naar een perifeer ziekenhuis (streekziekenhuis) gebracht, alwaar men een knieluxatie (een uit de kniekom geschoten onderbeen) van het linker been vaststelt en constateert dat er een problematische doorbloeding van het linker onderbeen is. Gezien de beperkte capaciteiten in het perifere ziekenhuis, wordt patiënte nog dezelfde avond/nacht overgebracht naar een algemeen ziekenhuis (ziekenhuis waar te allen tijde behandeling door verschillende specialisten plaats kan vinden), alwaar zij op 11-09-2006 rond 01:00 uur aankomt.

In het algemene ziekenhuis wordt de knieluxatie van patiënte gereponeerd (onderbeen wordt teruggeplaatst in natuurlijke positie/de kom). Op dat moment wordt er beperkt aandacht geschonken aan de problematiek met de doorbloeding van het onderbeen van patiënte. In de loop van 11-09-2006 dient het been van patiënte opnieuw te worden gereponeerd, aangezien het onderbeen wederom uit de kniekom was geschoten. In de ochtend van 12-09-2006 constateert men een beschadiging/beknelling van de arteria poplitea (een ader in de knie). Patiënte wordt naar een ander ziekenhuis overgebracht voor een bypass van de arteria poplitea. Deze bypass kan helaas niet voorkomen dat het weefsel van het onderbeen van patiënte afsterft. Een amputatie van het linker onderbeen, tot boven de knie, blijkt daarom noodzakelijk.

Op 05-01-2007 stelt patiënte MediRisk aansprakelijk voor het delay in de diagnose/behandeling van de doorbloedingsstoornis in de knie, als gevolg waarvan haar been zou zijn afgezet.

MediRisk stelt zich in beginsel op het standpunt dat haar verzekerde zorgvuldig heeft gehandeld. Als patiënte vervolgens aangeeft een juridische procedure te overwegen, stelt MediRisk voor om een expertise te laten verrichten naar de aansprakelijkheid.

Expertise naar de aansprakelijkheid

De deskundige geeft in zijn expertiserapport aan dat er sprake is geweest van verwijtbaar onzorgvuldig handelen door de verzekerde van MediRisk. Volgens de deskundige hadden de betrokken artsen in de vroege ochtend van 11-09-2006 de beschadiging aan de arteria poplitea moeten constateren, of in ieder geval verder moeten onderzoeken. Men constateerde de beschadigingen nu pas in de ochtend van 12-09-2006, waardoor er een delay in diagnose/behandeling is ontstaan.

Op 06-11-2009 erkent MediRisk aansprakelijkheid voor het voornoemde delay. Hierbij maakt men wel direct de opmerking dat het onduidelijk is of de fout van het ziekenhuis tot schade bij patiënte heeft geleid. Aan deze stelling ligt (mede) ten grondslag, dat de deskundige heeft aangegeven dat er ook bij zorgvuldig handelen een 'gerede kans' was dat een amputatie noodzakelijk/wenselijk was geweest.

MediRisk stelt voor een expertise te laten verrichten naar de gevolgen van het onzorgvuldig handelen van haar verzekerde.

Expertise naar de *gevolgen* van het onzorgvuldig handelen

De deskundige concludeert dat er bij een juiste behandeling van een knieluxatie, alsnog een 22 % kans bestaat dat het been moet worden afgezet.

Daarnaast berekent de deskundige dat patiënte in de huidige situatie met delay een B.I. van 32 % heeft.

Op basis van schattingen komt de deskundige tot de conclusie dat patiënte in de hypothetische situatie zonder delay een B.I. van 23 % zou hebben.

Partijen gaan, op basis van het deskundigenrapport naar de gevolgen, in conclaaf over de te vergoeden schade. Men discussieert lang over de omvang van de totale schade, tot men hierover uiteindelijk (min of meer) overeenstemming bereikt. Gelet op het feit dat er in de situatie zonder fout een kans van 22 % zou bestaan dat er alsnog een amputatie had moeten plaatsvinden, vergoedt MediRisk 78 % van de totale schade. De zaak wordt minnelijk geregeld voor een bedrag van €147.000,-.

Samenvatting van zaak G

Patiënt slikt tromboseprofylaxe (medicatie om stolling van het bloed tegen te gaan), wegens atriumfibrilleren (hartritmestoornis) en een kunsthartklep. Op 22-06-2004 moet patiënt een transurethrale tumorresectie (verwijdering van een tumor in de blaas, via de plasbuis) ondergaan. Hiertoe vraagt de behandelend uroloog aan de cardioloog, hoe hij moet omgaan met de antistollingsmedicatie. Deze dient namelijk gestaakt te worden tijdens een dergelijke operatie. De cardioloog geeft aan dat enkele dagen voor de ingreep gestopt mag worden met de antistollingsmedicatie. Deze dient zo spoedig mogelijk na de ingreep te worden hervat. De uroloog laat patiënt enkele dagen voor de ingreep stoppen met het slikken van de medicatie. Na de operatie schrijft de uroloog echter geen nieuwe antistollingsmedicatie voor en vertelt hij de patiënt ook niet dat deze zijn oude medicijnen weer moet gaan slikken.

Op 30-06-2004 ontstaat er een CVA bij patiënt. Patiënt wordt hiervoor opgenomen en hij overlijdt op 03-07-2004.

De nabestaanden van patiënt stellen het ziekenhuis aansprakelijk voor het niet opnieuw (laten) starten van de antistollingsmedicatie bij patiënt. Volgens de nabestaanden zijn zowel het CVA als het uiteindelijke overlijden van patiënt een direct gevolg van dit nalaten.

MediRisk erkent op 25-08-2005 aansprakelijkheid voor het niet/onvoldoende geven van tromboseprofylaxe aan patiënt. Men geeft bij deze erkenning tevens aan dat het wat hun betreft onzeker is of er een oorzakelijk verband bestaat tussen het nalaten van de toediening van tromboseprofylaxe en het bij patiënt ontstane CVA.

Partijen doen beiden onderzoek naar de relatie tussen het nalaten van toediening van tromboseprofylaxe en het ontstaan van een CVA/overlijden. MediRisk stelt ten eerste dat de medicatie slechts het risico op een CVA vermindert, maar dat dit geen 100 % bescherming biedt. Ook indien de medicatie zou zijn toegediend, had er een kans op CVA bestaan. Ten tweede stelt MediRisk zich, op basis van het advies van de medisch adviseur *van de patiënt*, op het standpunt dat er hoogstens een 50 % kans is dat het CVA een gevolg is van het stoppen van de tromboseprofylaxe.

Aangezien het hier een overlijdensschade betreft, is het financiële belang gering. De nabestaanden stellen een regeling van €11.000,- voor, MediRisk zit op €2.500,-. MediRisk komt tot dit lage bedrag aangezien de nabestaanden van patiënt geen enkele bewijsvoering voor de schadestaat hebben geleverd. Teneinde tot een spoedige regeling te komen, besluiten partijen het op een akkoord te gooien. Van de twee voorgestelde bedragen neemt men een gemiddelde en besluit tot een regeling

van €6.750,- ($€11.000 + €2.500 = €13.500 / 2 = €6.750$). Daarnaast wordt de BGK geregeld voor een bedrag van €3.000,-.

Samenvatting van zaak H

Na twee weken last/pijn te hebben gehad van haar hand, meldt patiënte zich op 04-11-2002 op de polikliniek van het door MediRisk verzekerde ziekenhuis. Hier constateert men een minder goed doorbloede hand. Men stelt op 05-11-2002 een behandeling in, in de vorm van een embolectomie (het zoeken naar bloedstolsel in de aderen). Men vindt geen bloedstolsel en verricht op 08-11-2002 een trombolysie (het oplossen van bloedstollingen door middel van toediening van antistollingsmedicatie). In de periode 04-11-2002 tot en met 10-11-2002 verbetert en verslechtert de situatie van patiënte afwisselend. Op 11-11-2002 lijkt de situatie van patiënte verder te verslechteren en wordt zij voor een bypass van de onderarm, overgeplaatst naar een ander ziekenhuis. In dit tweede ziekenhuis ondergaat patiënte uiteindelijk een katheterisatie van een slagader onder het sleutelbeen. Hierbij wordt een katheter in de slagader ingebracht en dit zorgde voor een onvoldoende doorbloeding van de hand van patiënte. Deze moest uiteindelijk (gedeeltelijk) worden afgezet, als gevolg van deze doorbloedingsstoornis.

Volgens patiënte heeft het ziekenhuis onzorgvuldig gehandeld door te laat de juiste behandeling in te stellen, als gevolg waarvan de hand van patiënte moest worden geamputeerd.

Volgens de deskundige had het eerste ziekenhuis de trombolysie al moeten verrichten op 05-11-2002, in plaats van op 08-11-2002. Dit delay van 3 dagen zou een verwijtbaar onzorgvuldige handeling van het ziekenhuis inhouden. De deskundige stelt echter dat het niet zeker is dat dit onzorgvuldig handelen, in de vorm van een delay, ook de oorzaak is van de uiteindelijke amputatie van de hand. Voordat patiënte zich meldde in het ziekenhuis, ervoer zij namelijk reeds 2 weken klachten. Dit 'patiëntendelay' kan hebben bijgedragen aan/de oorzaak zijn van, de uiteindelijke schade.

Volgens de deskundige heeft de juiste behandeling *in het algemeen* een 70 % kans van slagen. Dus ook indien patiënte tijdig zou zijn getromboliseerd, bestond er in ieder geval een 30 % kans dat haar hand geamputeerd had moeten worden.

Tevens stelt de deskundige dat de uiteindelijke ischaemie (doorbloedingstekort) van de hand, is veroorzaakt door een katheterisatie in het tweede ziekenhuis. Deze ingreep is overigens correct uitgevoerd en had hoe dan ook moeten plaatsvinden.

MediRisk erkent aansprakelijkheid voor het ziekenhuisdelay.

Gedurende een lange discussie stelt patiënte zich op het standpunt dat het ziekenhuisdelay heeft geleid/bijgedragen tot/aan de uiteindelijk schade. In ieder geval zou er sprake moeten zijn van een gedeeltelijke vergoedingsplicht voor het ziekenhuis, van ongeveer 50 %. MediRisk daarentegen stelt dat het onwaarschijnlijk is dat het ziekenhuisdelay grote invloed heeft gehad op het verloop van het ziektebeeld van patiënte. Maar ook MediRisk erkent dat er mogelijk invloed is geweest, dus grond voor een verdeling van aansprakelijkheid. Voor MediRisk is echter een vergoedingsplicht van 40 % al aan de hoge kant.

Na aanvullende vragen geeft de deskundige aan dat het onmogelijk is om te beoordelen of, en in welke mate, het ziekenhuisdelay daadwerkelijk heeft bijgedragen aan de uiteindelijke schade. Omdat partijen het hierover niet eens kunnen worden stelt zelfs de deskundige stelt voor om “een standpunt in te nemen, tussen beide zienswijzen in”.

Men schakelt een schaderegelaar in om een inzicht te krijgen in de totale schade van patiënte. De schaderegelaar komt tot een bedrag van ongeveer €75.000,- aan totale schade. Om tot een afwikkeling van de zaak te komen besluit men uiteindelijk tot een financiële regeling, waarin ongeveer de helft van de totale schade van patiënte door MediRisk wordt vergoed.

Samenvatting van zaak I

Patiënte meldt zich op 13-05-2005 op de SEH bij een bij MediRisk verzekerd ziekenhuis. Zij geeft aan dat zij al 24 uur last heeft van pijnklachten aan de borst(kas), welke uitstralen naar de armen. Op het moment van het SEH-consult zijn die klachten echter niet aanwezig. De verzekerde van MediRisk maakt een hartfilmpje, waarop geen duidelijke oorzaak voor de klachten is te vinden. De betrokken specialist duidt de klachten als zijnde aspecifieke thoracale pijnklachten (pijn aan de borstkas, zonder aantoonbare medische oorzaak). Als differentiaal diagnose (mogelijke andere diagnose) worden spierpijn of hyperventilatiestoornis genoemd. Patiënte krijgt pijnstilling en de boodschap dat bij terugkerende klachten de huisarts moet worden geconsulteerd.

Patiënte vertrouwt de diagnose niet en gaat in de vroege ochtend van 14-05-2005 naar een ander ziekenhuis. Aldaar constateert men een acuut myocard infarct (hartinfarct, afsterven van een deel van de hartspier door doorbloedingsstoornis). Patiënte wordt gedotterd om de doorbloeding weer te optimaliseren.

Patiënte wordt later (in 2006) nogmaals gedotterd en krijgt in 2007 een Implanterbare Cardioverter-Defibrillator (ICD → inwendige defibrillator). Patiënte heeft nu een verminderde functie van de linker hartkamer en klachten van dyspneu en vermoeidheid.

Patiënte stelt de verzekerde van MediRisk aansprakelijk voor het niet tijdig onderkennen van het myocardinfarct en de schade als gevolg van het delay in diagnose/behandeling.

MediRisk erkent aansprakelijkheid voor het niet nader verrichten van onderzoek door haar verzekerde op 13-05-2005. Deze erkenning volgt na het advies van één van haar medisch adviseurs. Voor wat betreft de gevolgen van het onzorgvuldig handelen maakt MediRisk wel direct een voorbehoud. Het is volgens MediRisk namelijk onzeker wat de gevolgen zijn geweest van de fout en in hoeverre deze gevolgen ook waren ingetreden in het geval de fout achterwege was gebleven. MediRisk stelt voor een deskundige te vragen om aan te geven wat de gevolgen van het onzorgvuldig handelen zijn.

Volgens de deskundige is er bij patiënte sprake van ongeveer 83 % B.I. Hij acht de kans groot dat patiënte ook bij juist handelen eenzelfde percentage B.I. zou hebben gehad.

Er volgt een lange discussie tussen MediRisk en patiënte over de term 'groot' die de deskundige heeft gebruikt om de kans op restverschijnselen bij zorgvuldig handelen te duiden. Volgens patiënte is dit een kans tussen 10 % en 20 %. MediRisk stelt dat deze kans vele malen groter moet worden geacht. Na lange discussie vraagt men de deskundige om zijn visie/invulling. Volgens de deskundige is deze 'grote kans' op dezelfde klachten bij zorgvuldig handelen, een kans tussen de 50 % en de 80 % (gemiddeld 65 %). De kans dat patiënte geen/minder klachten zou hebben gehad is gemiddeld dan ook ongeveer 35 %.

Op basis van het (aanvullende) deskundigenrapport stelt MediRisk dat er ongeveer een 1/3 kans is, dat patiënt geen/minder klachten zou hebben gehad en is dan ook bereid om 1/3 van de totale schade te vergoeden.

Patiënte stelt dat zij een totale schade heeft van een kleine €100.000,- en onderbouwt dit summier. MediRisk meent dat zij hiervan slechts 1/3 hoeft te vergoeden. Na de lange discussie over de 'grote kans', betaalt MediRisk uiteindelijk ongeveer €36.500,-. Dit is iets meer dan 1/3 van de totale schade en patiënte gaat hiermee akkoord.

Samenvatting van zaak J

Patiënte is bekend met een chronische hartritmestoornis (paroxysmaal boezemfibrilleren). Zij krijgt hiervoor in 2002 een pacemaker. Ook ondergaat zij in 2005 twee maal een cardioversie (ingreep waarbij getracht wordt het sinusritme van het hart te resetten). Bij een cardioversie in 2006 maakt patiënte een CVA (Cerebrovasculair accident, ofwel herseninfarct) door. In 2006 ondergaat patiënte een MAZE-behandeling (operatieve ingreep waarbij men tracht het boezemfibrilleren te stoppen door middel van littekenweefsel op het hart te veroorzaken). Bij hartritmestoornissen stroomt het bloed niet altijd even goed door. Dit kan leiden tot bloedstolsels en vervolgens een CVA. Om dit te voorkomen krijgt patiënte sinds 2006 het antistollingsmiddel Acenocoumarol voorgeschreven.

Tijdens een onderzoek aan patiënte worden op een CT-scan vlekjes op de longen gezien. De longarts wil hier nader onderzoek naar doen en hij wil een bronchoscopie verrichten. De ingreep wordt ingepland op 10-06-2008 en longarts vertelt patiënte dat zij 5 dagen voor de ingreep dient te stoppen met het nemen van haar antistollingsmedicatie. Deze medicatie krijgt zij om stolling van haar bloed tegen te gaan om een CVA te voorkomen, maar dit kan gevaarlijk zijn in het geval er tijdens de bronchoscopie bloedingen ontstaan. Patiënte stopt met de medicatie en maakt op 08-06-2008 een CVA door.

Patiënte stelt het ziekenhuis aansprakelijk voor het stoppen met de antistollingsmedicatie Acenocoumarol, zonder een vervangend middel ter voorkoming van een CVA aan patiënte toe te dienen. Volgens patiënte heeft zij als gevolg hiervan een CVA doorgemaakt, met alle gevolgen van dien.

De kwestie die voor ligt is dan ook dat moet worden beoordeeld of de betrokken longarts patiënte van haar medicatie mocht afhalen, zonder haar vervangende antistollingsmedicatie toe te dienen. MediRisk vraagt haar medisch adviseur om advies in deze zaak. Volgens de medisch adviseur blijkt uit het aanwezige protocol dat patiënte, gelet op haar medische voorgeschiedenis met een eerder CVA en atriumfibrilleren, een hoog risico op een recidief CVA had. Volgens het bewuste protocol *kan* dit hoge risico een indicatie zijn voor vervangende antistollingsmedicatie. Het protocol is hierin echter niet dwingend. Kortom, ook bij een hoog risico op recidief CVA, moet op basis van de omstandigheden van het geval worden beoordeeld of een patiënt in aanmerking komt voor vervangende antistollingsmedicatie.

De betrokken longarts heeft patiënte echter ingeschat als een laag/gemiddeld risico op CVA en op basis daarvan niet gekozen voor vervangende antistollingsmedicatie. Volgens de medisch adviseur is dit verwijtbaar onzorgvuldig geweest en had de longarts een neuroloog en cardioloog om advies moeten vragen, alvorens hij besloot om geen vervangende antistollingsmedicatie toe te dienen.

Op basis van het advies van een medisch adviseur, erkent MediRisk op 01-12-2009 aansprakelijkheid voor het abusievelijk kwalificeren van patiënte als laag/gemiddeld risico op recidief CVA, als gevolg waarvan zij geen vervangende antistollingsmedicatie toegediend heeft gekregen. Hierbij vermeldt MediRisk wel direct dat het de vraag is of het CVA bij adequate behandeling voorkomen had kunnen worden en stelt daarom voor een expertise te laten verrichten naar de gevolgen van het onzorgvuldig handelen.

Patiënte stelt dat het causale verband (*condicio sine qua non*-verband) in deze zaak vast staat, enkel en alleen vanwege het feit dat patiënte een CVA heeft doorgemaakt, een aantal dagen na het stoppen van de antistollingsmedicatie. Er zou dan ook geen reden zijn om een proportionele verdeling van aansprakelijkheid toe te passen.

MediRisk stelt echter dat het nog maar de vraag is of het verkeerd kwalificeren van patiënte ook daadwerkelijk de (enige) oorzaak is van de (gehele) schade. Volgens MediRisk biedt de antistollingsmedicatie geen garantie op voorkoming van een CVA en bestaat ook bij toediening een kans dat er zich een CVA voordoet. Zeker gezien het feit dat patiënte eerder al een CVA heeft doorgemaakt, zou hierop toch zeker een (grote) kans bestaan. Daarnaast is het volgens MediRisk de vraag of de longarts, indien deze patiënte juist had gekwalificeerd en overleg had gevoerd met een neuroloog/cardioloog, wel zou hebben besloten tot toediening van vervangende antistollingsmedicatie. Aangezien het protocol geen dwingende bepaling omtrent de toediening van vervangende medicatie bevat. Dit protocol spreekt slechts over het *kunnen* toedienen van vervangende medicatie.

MediRisk stelt zich op het standpunt dat het onzeker is of het CVA is veroorzaakt door de fout van de longarts. Volgens MediRisk zijn er nog andere mogelijk veroorzakende omstandigheden die een rol kunnen spelen. Volgens patiënte zijn de kansen dat deze omstandigheden aan de schade hebben bijgedragen verwaarloosbaar klein.

Er blijft discussie bestaan over de vraag of er sprake zou moeten zijn van een proportionele verdeling van aansprakelijkheid. Om hierover meer duidelijkheid te verkrijgen, zou minimaal nog een expertise moeten plaatsvinden. Dit zou uiteraard extra kosten met zich meebrengen en weer extra tijd kosten.

Partijen komen uiteindelijk tot een pragmatische oplossing, waarbij MediRisk ongeveer 90 % van de totale schade vergoedt.