

Sheets Powerpoint Symposium 28 november 2024, Jan van Dunné - Teksten

Kansschade en proportionele aansprakelijkheid: een problematisch duo, met het *conditio sine qua non*-vereiste als stoorzender

Jan van Dunné

Symposium Studiekring Normatieve uitleg
28 november 2024, Rotterdam

Sheet nr. 1

Inleiding. Het onderscheid: ‘kansschade’ en ‘proportionele aansprakelijkheid’ in rechtspraak en doctrine

De Hoge Raad, *Deloitte*-arrest (2012), over het leerstuk **proportionele aansprakelijkheid**:

is bedoeld ‘om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over het *conditio-sine qua non*-verband tussen de normschending en de [...] schade, en waarin de 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’.

Sheet nr. 2

En Hoge Raad over het leerstuk **kansschade**:

is bedoeld ‘om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf staande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt’.

Hierbij wordt geen uitzondering gemaakt wordt op het csqn-verbandvereiste (i.t.t. de situatie bij de proportionele aansprakelijkheid).

Sheet nr. 3

August Van (TVP 2021), over het onderscheid beide leerstukken:

‘In het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid wordt de onzekerheid daarover tot uitdrukking gebracht in een veroorzakingswaarschijnlijkheid; in het leerstuk van de kansschade gebeurt dat door een andere invulling te geven aan het begrip schade’.

Sheet nr. 4

E. de Jong (NTBR 2021), over ‘generieke causaliteitsonzekerheid’ (Pfas, etc.):

daarbij wordt een beroep gedaan op het ‘regulerend vermogen van het aansprakelijkheidsrecht’. Het is de vraag ‘in hoeverre er noodzaak en ruimte is om het csqn-verbandvereiste, en de regels aangaande het bewijs daarvan, te versoepelen in geval van generieke causaliteitsonzekerheid’.

Sheet nr. 5

Conclusies hieruit:

- De beide leerstukken moeten naar heersende leer onderscheiden worden;
- Het csqn-vereiste lijkt hierbij een grote rol te spelen;
- Hierbij zijn grote vraagtekens te zetten, want het is gebaseerd achterhaalde dogmatiek, en
- Geeft onnodig veel problemen in de rechtspraak bij toepassing, terwijl de rechtspraak heel verdeeld is.

Sheet nr. 6

Aldus het tableau. Plan van behandeling is:

I. Een analyse van de recente jurisprudentie HR:

- HR 14 oktober 2022, *NJ 2024/198, Cardiologen/Staat*
- HR 19 juli 2019, *NJ 2019/356*, nt. Ryngaert en Spier, *Sebrenica*
- HR 26 maart 2021, *NJ 127, ISG/Natwest*.

II. Conclusies. Problemen in de praktijk: vaststelling van kans- en waarschijnlijkheids-percentages.

Sheet nr. 7

III.

De betekenis van het csqn-vereiste in dit verband, zijn herkomst, bestaansrecht

- Het wetstelsysteem: Ontwerp NBW 1961 (Driemanschap NBW);
- Gewijzigd Ontwerp NBW 1976 (W. Snijders);
- Invoering art. 6:98 BW, e v. in 1992.

Sheet nr. 8

DEEL I. ANALYSE VAN JURISPRUDENTIE

HR 14 oktober 2022, *NJ 2024/198*, nt. Verhey, *Cardiologen/Staat*

Inzake reputatieschade en inkomensderving van drie cardiologen van een ziekenhuis; na vaststelling statistisch te hoog aantal sterfgevallen op hun afdeling, met als centraal punt het bevel (verlenging ervan) door de Inspectie voor de Gezondheidszorg om het werk te staken. De cardiologen (rond 60 jaar oud) kwamen later niet meer aan de slag als cardioloog. In een eerdere procedure had de Afdeling Raad van State beslist dat het bevel (de verlenging ervan) onrechtmatig was. Het gaat hier om het streekziekenhuis Ruwaard van Putten Ziekenhuis te Spijkenisse (verder: RPZ).

Sheet nr. 9

Het hof: het leerstuk van kansschade niet van toepassing geacht en volgt (volgens HR 'klaarblijkelijk') dat van de proportionele aansprakelijkheid, resulterend in kansen van resp. 2x 10% en 1x 5%, waarmee de schade door inkomstenderving wordt bepaald.

HR casseert: wegens onjuiste toepassing proportionele aansprakelijkheid, ofwel onvoldoende motivering. Het hof had geen aandacht voor 'terughoudendheid', noch voor de vraag of de kansen niet 'zeer klein' waren, noch onderzocht of de strekking van de geschonden norm en aard van normschending (incl. aard van de schade) in casu toepassing van proportionele aansprakelijkheid rechtvaardigen (rov. 3.2).

Sheet nr. 10

Het hof gaat als volgt tewerk:

- vergelijking nodig tussen de hypothetische situatie waarin het onrechtmatige handelen wordt weggedacht en de situatie zoals deze feitelijk is geweest;
- met de vraag: hoe waarschijnlijk het is dat de cardiologen ook zonder onrechtmatig handelen van Inspectie betaald werk als cardioloog hadden behouden of verkregen?
- het leerstuk van de kansschade leent zich minder goed voor het oordeel over het bestaan en de omvang van het causaal verband, want vereist is dat een csqn-verband bestaat tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en het verlies van een kans op succes. En:

Sheet nr. 11

- waarbij voldoende aannemelijk moet zijn dat bij afwezigheid van de onrechtmatige gedraging de concreet geleden nadelen waren uitgebleven.
- aan dit vereiste is niet voldaan: in geschil is nu juist of als gevolg van het handhaven van het bevel de cardiologen de mogelijkheid is ontnomen om nog inkomen te verwerven, terwijl niet op voorhand aannemelijk is dat het handhaven van het bevel tot inkomens- of andere schade heeft geleid. [rov. 5.34-35; samenvatting HR, rov. 2.5]

Sheet nr. 12

De Hoge Raad oordeelt:

‘Het hof heeft overwogen dat aan de vereisten voor toepassing van het leerstuk van de kansschade in dit geval niet is voldaan. Het hof heeft vervolgens overwogen dat dit niet wegneemt dat het ook zonder toepassing van het leerstuk van de kansschade aankomt op een inschatting van de mate van waarschijnlijkheid dat de cardiologen bij het uitblijven van de onrechtmatige verlenging van het bevel als cardioloog werk hadden gevonden en de grootte van de kans beoordeeld dat de cardiologen, wanneer het bevel na 17 december 2012 niet was gehandhaafd, elders werk hadden kunnen vinden. Het heeft geoordeeld dat [cardioloog 1] en [cardioloog 3] een kans van 10% zouden hebben gehad, en [cardioloog 2] een kans van 5%, om weer als cardioloog aan het werk te komen.’ >>

Sheet nr. 13

‘Vervolgens heeft het de inkomensschade begroot en daarvan een percentage toegewezen dat overeenkomt met die kans (10% en 5%). Het hof heeft aldus klaarblijkelijk het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid toegepast. Het heeft echter ofwel de daarbij vereiste terughoudendheid miskend, ofwel zijn oordeel

onvoldoende gemotiveerd. Het hof heeft immers geen aandacht besteed aan de vraag of de vastgestelde kansen dat de schade door de normschending is veroorzaakt, niet zeer klein waren. Het heeft evenmin beoordeeld of en, zo ja, waarom de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending - waaronder is begrepen de aard van de door de cardiologen geleden schade - deze toepassing in het concrete geval rechtvaardigen.'. [rov. 3.2]

Sheet nr. 14

De *Cardiologen*-casus is heel illustratief wat het uiteenlopen van de verschillende deskundigenrapporten die overgelegd werden betreft, waarbij zich ook vragen voordoen over de deskundigheid van de rapporteurs.

Overzicht rapporten (7):

(na inspectiebezoeken door Inspectie voor de Gezondheidszorg, juni-september 2012) Oktober 2012, Medirede I-rapport (op verzoek RvB van RPZ);
[November 2012: RvB zh neemt maatregelen, sluit afdeling Cardiologie; zh onder verscherpt toezicht Inspectie G.; cardiologen van elders nemen waar; op 17 december 2012 afdeling heropend in overleg met Inspectie] >>

Sheet nr. 15

[vervolg]

Januari 2013, Medirede II-rapport, en rapport Cardiologen;
12 februari 2013, rapport Ned. Ver. v. Cardiologen (NVVC);
17 september 2013, rapport Commissie-Danner (op verzoek RvB van PRZ);
22 oktober 2013, rapport Inspectie;
3 december 2013, rapport Onderzoeksraad voor de Veiligheid;
16 juni 2014, rapport Commissie-Danner II (Addendum).

Sheet nr. 16

Het meest opvallend zijn het eerste en het laatste rapport.

Het rapport Medirede I constateert dat 22% van de overleden hartpatiënten 'een mogelijk of waarschijnlijk adverse event hebben doorgemaakt dat mogelijke of waarschijnlijk aan het overlijden heeft bijgedragen', hetgeen 2 tot 3-maal hoger is vergeleken met ander (landelijk) onderzoek.

Sheet nr. 17

Maar ook wordt gesteld: dat het 'gezien het kleine aantal patiënten de vraag is of dit verschil op zich significant is' en het gevolg zou kunnen zijn van 'een zeer oude patiëntengroep (mediane leeftijd 84 jaar) met uitgebreide comorbiditeit'.

Wel worden in communicatie en organisatie 'structurele elementen' aangetroffen die bij overlijden van patiënten een rol gespeeld kunnen hebben.

Sheet nr. 18

Het laatste rapport, Commissie-Danner II (met nieuwe gegevens over 2011-2012), concludeert: dat vergeleken met referentieziekenhuizen in de categorie

zorggerelateerde schade die waarschijnlijk vermijdbaar was hoger gescoord werd, maar ‘gezien de relatief lage aantallen wordt hier geen statistisch significantie bereikt en moet dit geval dus worden beschouwd als een ‘trend’; er is geen sprake van dat dit ‘meer leidde tot de dood dan in de referentiecijfers uit het landelijk dossieronderzoek 2011-2012’.

Sheet nr. 19

Dit leidt de Commissie tot de conclusie:

‘Uit deze nieuwe vergelijking concluderen wij dat RPZ in enige mate is achtergebleven bij gelijksoortige Nederlandse ziekenhuizen, waar het landelijk dossieronderzoek in de periode 2008-2012 een daling van vermijdbare zorggerelateerde schade liet zien.’

Sheet nr. 20

Conclusie: het deskundigenrapport dat de aanleiding vormde voor het optreden van de Inspectie tegen de cardiologen berustte hier op *statistisch niet-significante data*. Een fenomeen, bevestigd in het laatste rapport, ruim anderhalf jaar later. Dit is een verbijsterende constatering, vanwege de enorme consequenties ervan voor de drie betrokken cardiologen die uit hun functie gezet werden, met reputatieschade en inkomstenderving tot gevolg.

Sheet nr. 21

HR 19 juli 2019, NJ 2019/356, nt. Ryngaert en Spier, *Sebrenica*

Dit arrest is van belang voor de vraag wat onder een ‘kleine kans’ verstaan moet worden, zoals een kans van 10% of 5% (*Cardiologen*-arrest, zie boven).

Casus: Het gaat hier om de evacuatie aan het eind van de middag op 13 juli 1995 van de Bosnische vluchtelingen die op de compound verbleven (300 man). Het hof had causaal verband aangenomen tussen het handelen van Dutchbat en schade die bestaat uit de ontneming van een kans tot overleven van die mannen, en had dat geschat op 30%.

Sheet nr. 22

De Hoge Raad overweegt daaromtrent:

‘Dutchbat heeft nagelaten aan de mannelijke vluchtelingen die op de compound verbleven de keuze te bieden om daar achter te blijven, hoewel dat mogelijk was. Daardoor heeft Dutchbat deze mannelijke vluchtelingen de kans onthouden om uit handen van de Bosnische Serven te blijven. Dat was onrechtmatig. De kans dat de mannelijke vluchtelingen, als hun die keuze wel was geboden, uit handen van de Bosnische Serven zouden zijn gebleven, was weliswaar klein maar niet verwaarloosbaar. Die kans wordt op 10% geschat. Daarom is de aansprakelijkheid

van de Staat beperkt tot 10% van de schade die de nabestaanden van deze mannelijke vluchtelingen hebben geleden'. [rov. 5.1]

Commentaar: hier lijkt de schending van een zwaarwegend enorm (bescherming tegen levensgevaar) en rol gespeeld te hebben.

Sheet nr. 23

HR 26 maart 2021, NJ 2021/127, ISG/Natwest

Casus: COB heeft een rekening bij bank Natwest, waarbij ISG een subrekening heeft. Natwest ontdekt dat COB aan witwassen doet (400K), en blokkeert het overmaken van geld naar New York (22 mln euro). Vervolgens verbreekt Natwest de banden met COB, de rekeningen worden opgeheven, maar verzuimt dat aan ISG te melden (= onrechtmatig), die daardoor schade oploopt.

‘Anders dan het onderdeel betoogt, heeft het hof niet in het midden gelaten of condicio-sine-qua-non-verband bestaat tussen de schade en de schending van de zorgplicht door de bank. Weliswaar heeft het hof [...] overwogen dat onzeker blijft of ISG anders zou hebben gehandeld, maar vervolgens heeft het in die rechtsoverweging, na bespreking van een aantal door partijen aangevoerde omstandigheden, geoordeeld dat deze omstandigheden onvoldoende zijn voor de conclusie dat ISG niet anders zou hebben gehandeld na een melding door de bank. Daarop heeft het hof de kans dat ISG door de mededeling van de bank niet anders zou hebben gehandeld, op 75% geschat.’ >>

Sheet nr. 24

‘In dit oordeel ligt besloten dat het hof de kans dat ISG door de mededeling van de bank wél anders zou hebben gehandeld, op 25% heeft geschat en dat die kans voor ISG door het nalaten van deze mededeling verloren is gegaan. Aldus heeft het hof toepassing gegeven aan het leerstuk van de kansschade en heeft het hof condicio-sine-qua-non-verband vastgesteld tussen het verlies van die kans en de onderhavige normschending. Voor zover de klachten uitgaan van een andere lezing van het oordeel van het hof, missen zij feitelijke grondslag.’ >>

Sheet nr. 25

‘De leer van de kansschade is 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 een betere uitkomst zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd.[2]’ >>

Sheet nr. 26

‘Anders dan het onderdeel bepleit, is het ook mogelijk kansschade vast te stellen in een geval waarin van het gedrag van de benadeelde partij afhankelijk was geweest of de kans op een beter resultaat zich zou hebben verwezenlijkt in de hypothetische situatie waarin de aansprakelijke partij haar die kans niet zou hebben onthouden. Het oordeel van het hof is in overeenstemming met het voorgaande. De klachten van het onderdeel falen dus’. [rov. 4.2]

Commentaar: Vergelijk hiermee HR 27 oktober 2017, *NJ 2017/422, Caudasyndroom* (besproken door August Van): de deskundige had de grootte van kansen niet in percentages kunnen uitdrukken vanwege gebrek aan onderzoek terzake. Het hof concludeerde daaruit dat vaststelling van een kans onmogelijk was. De HR casseert: indien na nader onderzoek sprake is van een reële kans dient het hof een ‘zo goed mogelijke schatting van deze kans’ te maken.

Sheet nr. 27

DEEL II. CONCLUSIES. ANALYSE VAN PROBLEMEN IN DE PRAKTIJK

De relatie tussen ‘kansen’ en ‘waarschijnlijkheid’, en tenslotte: ‘werkelijkheid’

Verhey (2024) over *Sebrenica*-arrest:

Toont aan dat het onderscheid tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid ‘geen kwestie van zuivere logica is, maar dat het een normatieve keuze is welk van beide benaderingen wordt toegepast’. Hier was de kans om te overleven misschien heel klein, maar ‘voor betrokkenen was die kans alles waard’ (d.i. dus ‘aard van de schade’: het leven was immers in gevaar).

De aard van de geschonden norm ook van belang: er is een veiligheidsnorm in het geding, die strekte tot bescherming van mensenlevens.

Sheet nr. 28

In *Nafalit/Karamus* (2006), de casus van asbest op de werkplaats en een werknemer als verstokte roker, die longkanker krijgt (zie: August Van), heeft de HR bepaald dat de grondslag voor proportionele aansprakelijkheid mede berust op de artikelen 6:99 en 6:101 BW.

De maatstaven van art. 6:101 BW (eigen schuld) zijn:

‘Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, 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 de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist’. [lid 1]

Zie voor de rol van de billijkheid op dit terrein ook de conclusie A-G Snijders voor het *Cardiologen*-arrest (2022) (zie boven).

Sheet nr. 29

Ook het ‘schatten van goede en kwade kansen’ uit art. 6:105 BW (toekomstige schade) speelt hier een rol (vgl. ook: *Caudasyndroom*-arrest, 2017, zie boven). Evenals het eerder genoemde art. 6:99 BW, alternatieve causaliteit:

‘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 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’.

Een bekende toepassing van deze vorm van aansprakelijkheid (art.6:99 BW) is het *Des-dochters*-arrest (1992), inzake het anti-miskraam medicijn Des, met fatale gevolgen bij gebruik, geproduceerd door honderden fabrikanten, ieder voor 100% aansprakelijk gehouden.

Sheet nr. 30

Over de betekenis van ‘kansen’

Verhey (VR 2024), over de kans, met het werpen van dobbelsteen als voorbeeld:

‘De kans dat A met een dobbelsteen een 1 gooit, is 1/6 maar dat betekent niet dat als A 60 keer met de dobbelsteen gooit hij gegarandeerd 10 keer een 1 zal gooien. Sterker nog, het valt niet uit te sluiten dat als hij 1000 keer met de dobbelsteen gooit, hij nooit een 1 gooit. Zeker, dat is allemaal niet waarschijnlijk, maar een kans van 1/6 is en blijft een kans.’

Sheet nr. 31

Sieburgh lijkt zich dat niet te realiseren wanneer zij stelt:

‘Het voorgaande staat er uiteraard niet aan in de weg dat er ook omstandigheden zijn waarin het kanspercentage en het waarschijnlijkheidspercentage overeenstemmen. Waar vóór de worp met een dobbelsteen de kans op het werpen van twee ogen 1/6 is, is na de worp met een dobbelsteen de waarschijnlijkheid dat twee ogen geworpen zijn eveneens 1/6’. [Asser-Sieburgh, 6-II, 2022/81d]
Een onhoudbaar standpunt.

Sheet nr. 32

Kansschade en kansberekening

Kansberekening is niet gelijk aan waarschijnlijkheidsberekening. Immers, wanneer Rijkswaterstaat meedeelt dat een dijkverzwaring vanwege kans op overstromingen door calamiteiten berekend is op ‘een kans van eens in 1000 jaar’, dan betekent dit dat zo’n gebeurtenis in werkelijkheid het volgende jaar zijn, maar ook pas na 1000 jaar. Anders dan velen denken.

Sheet nr. 33

Bij een statistische kansberekening wordt gewerkt met een ‘mediaan’, dit is geen ‘gemiddelde’, of ‘waarschijnlijkheid’. In een procedure waarbij ik ooit betrokken was, over slibafzetting door de Franse Kalimijnen in de Rotterdamse haven was sprake van een mediaan van 27.000 ton slib, met de kans dat dit getal 50% groter is, en een kans van 14% op de hoeveelheid van 78.000 ton. Het gaat dan fout wanneer de rechtbank die mediaan van 27.000 ton als een gemiddelde opvat en de schadevaststelling daarop baseert (in 2008).

Sheet nr. 34

Kansen in de doctrine

De doctrine van voor de oorlog over de betekenis van een kans voor het causaal verband.

Paul Scholten (diss. 1899): aandacht voor ‘de verhoogde kans’ in een gevaarsituatie als grond voor aansprakelijkheid.

Van Leeuwen, Preadvis NJV (1913): aanvaarding van figuur van *gevaarzetting* als grond voor aansprakelijkheid.

Meijers (*WPNR* 1935) over bijzondere vormen van aansprakelijkheid:

Sheet nr. 35

‘Een lagere graad van waarschijnlijkheid dan de gewone kan daarentegen verlangd worden, wanneer het recht aan een belang een zeer bijzondere bescherming meent te moeten verlenen. In de rechtspraak wordt deze bijzondere bescherming veelal toegekend aan onroerende goederen tegen de gevaren, voortspruitende uit werken op naburige erven. De geringste mogelijkheid brengt hier aansprakelijkheid met zich: de ondernemer moest dan maar of het werk nalaten of de nodige voorzorgsmaatregelen, hoe kostbaar ook, ter voorkoming van de schade treffen. Sinds de Hoge Raad in 1881 deze mening verkondigd heeft, is zij niet meer uit de rechtspraak verdwenen. Zij wordt ook trouw op den mijnexploitant toegepast, nadat een eerste poging om bij dezen een aansprakelijkheid zonder schuld aan te nemen, mislukt was’.

Sheet nr. 36

Meijers (1935): over het ‘gelden van verschillende waarschijnlijkheidsgraden voor aansprakelijkheid’, stelt dat bij adequate veroorzaking vooral voor ongevallen door bedrijven veroorzaakt het gaat om: ‘niet meer dan dat het bedrijf de kans op het ongeval objectief verhoogd heeft’, ook al is dat qua waarschijnlijkheid ‘een mogelijkheid van één op de tienduizend’.

Zie voor deze materie: J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht, Deel 2*, 5^e dr., 2004, Deventer: Kluwer, Hfdst. 11, par. 2, nr. 4, p. 409 (het boek is ook beschikbaar op website: www.janvandunne.nl, ‘Artikelen’, onderaan).

Sheet nr. 37

DEEL III. CSQN ALS STOORZENDER. CONCLUSIES

Het csqn-verband in relatie tot art. 6:98 BW: doctrine vs wetgever.

De herkomst van het csqn-vereiste voor causaal verband

De ontwikkeling van CSQN (1900, Von Buri) > AQT (1927, *Haagsche Post*-arrest) > TNR (1971, *Waterwingebied*-arrest). Van: natuurwetenschappelijke inzichten, naar hetgeen redelijk voorzienbaar is, tot toerekening naar redelijkheid als oorzakelijk verband.

Sheet nr. 38

Ontwerp-Nieuw BW (Driemanschap, 1961): de adequatie-leer, AQT
Gewijzigd Ontwerp (Wouter Snijders, 1976): de toerekening naar redelijkheid, TNR, art. 6:98 BW:

‘Voor vergoeding komt slechts in aanmerking schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend’.

Sheet nr. 39

Toelichting Gewijzigd Ontwerp 1976:

‘Men heeft vaak gezocht naar redeneringen om ook in geval van een geringe waarschijnlijkheid tot een redelijk resultaat te komen, zonder de voorzienbaarheidseis los te laten. Zo zijn er verschillende arresten waarin wordt overwogen dat geen verder onderzoek naar waarschijnlijkheid nodig is, wanneer maar de beweerdde onrechtmatige handeling het gevaar voor het gevolg *in het algemeen heeft vergroot en dit gevaar zich heeft verwezenlijkt*, men zie bijv. HR 30 okt. 1953, *NJ* 1954, 261; 12 febr. 1960, *NJ* 171; 18 dec. 1970, *NJ* 1971, 142. Maar het komt er in feite op neer dat hier een ander verband dan voorzienbaarheid wordt geëist’ (mijn curs.).

Zie voor deze materie: J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht, Deel 2*, 5^e dr., 2004, Deventer: Kluwer, Hfdst. 11, par. 2, nr. 4, p. 399 e.v.; nr. 7, p. 445 (zie ook: website).

Sheet nr. 40

Conclusies over het wettelijk systeem van causaliteit:

- er is geen plaats voor csqn-vereiste (trouwens alleen in ‘negatieve vorm’ aanvaard);
- evenmin voor de ‘twee fasen-leer’: ‘vestigingsfase’ (met csqn-verband) naast ‘omvangsfase’ (met TNR) - pas in 2004 in Asser-serie geïntroduceerd;
- het belang hiervan: het eisen van csqn-verband bij de toepassing van kansschade is zonder grond, en
- het stilzwijgend hanteren van csqn bij proportionele aansprakelijkheid eveneens;
- aldus wordt het zicht op die toepassing van beide figuren, kansschade en proportionele aansprakelijkheid, evenals de relatie ertussen, belemmerd.

Sheet nr. 41

Algemene Conclusies

- I. Verkeerd gebruik van het begrip ‘kans’, als synoniem met ‘waarschijnlijkheid’, is de basis voor het onderscheid: kansschade versus proportionele aansprakelijkheid in doctrine en rechtspraak
- II. Het hanteren van het csqn-vereiste voor het onderscheid, als uitsluitend vereist voor kansschade is zonder grond.
- III. De wet biedt voldoende mogelijkheden voor het vaststellen van causaal verband in geval van onzekerheid van schade of daderschap, op grond van:
>>

Sheet nr. 42

- art. 6:98 BW (toerekening naar redelijkheid), juncto 6:97 (schatten mogelijk, bij niet nauwkeurig vast te stellen schade);
- art. 6:101 (het in evenredigheid toerekenen van omstandigheden aan de benadeelde, met inachtneming van de billijkheid, ernst van de normschending en omstandigheden);
- art. 6:105 BW (toekomstige schade: schatten van goed een kwade kansen), en
- art. 6:99 BW (alternatieve causaliteit). >>

Sheet nr. 43

- IV. De door de Hoge Raad voor proportionele aansprakelijkheid gestelde eisen van inachtneming van de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending (en van geleden schade) zijn al in het wettelijk systeem verankerd.
- V. Dat geldt ook voor de toepassing van de billijkheid, zonder dat van terughoudendheid sprake hoeft te zijn.