

Vaststelling van causaal verband met behulp van kansschade of proportionele aansprakelijkheid?

Een onderscheid op ondeugdelijke grondslag leidt tot slechte keuzes. Het falen van de criteria ‘conditio sine qua non-verband’ en ‘terughoudendheid’

Prof. mr. J.M. van Dunné*

25

1. Inleiding

Een leerstuk uit het aansprakelijkheidsrecht dat zwanger is van onzekerheid is causaliteit, met name de methode van vaststelling van causaal verband, als voorwaarde voor iedere aansprakelijkheid. Niet alleen over de mogelijke dader bestaat vaak onzekerheid, dat geldt ook voor de schade die veroorzaakt werd, om te beginnen de omvang ervan, maar veelal ook de vorm waarin die zich voordoet, met de vraag of dat soort schade wel verhaalbaar is in ons recht. In de overvloedige literatuur van de laatste decennia over dit onderwerp zijn termen als ‘onzekerheid van ouderschap’ en ‘onzekerheid van schade’ schering en inslag, doorgaans gevoed door een al even overvloedige jurisprudentie, van lagere instanties en tenslotte ook de cassatierechter.

Op dit terrein zijn er twee rechtsfiguren die de discussie overheersen, ook vanwege de keuzes die door rechters en raadsheren daaromtrent gemaakt worden: *kansschade* en *proportionele aansprakelijkheid*. Daarbij zijn de meningen van de schrijvers en rechters verdeeld over de inhoud van die figuren, en het onderscheid dat ertussen bestaat. De gemaakte keuze kan in procedures grote gevolgen hebben voor de uitkomst ervan: een schade die wel of niet vergoed wordt, zoals altijd wanneer causaal verband *pièce de résistance* van het geschil van partijen is. Dat verklaart ook de grote aandacht die in de vakliteratuur aan dit fenomeen gegeven wordt; het maakt nogal uit welke benadering men volgt om tot eventuele aansprakelijkheid te komen. Daartoe behoren ook betogen dat het onderscheid lood om oud ijzer is, en beide wegen naar Rome leiden ondanks de gemaakte keuze voor de

methode om causaal verband vast te stellen. Of althans, bij een juiste hantering van beide methoden geen verschil zou moeten maken, terwijl de praktijk wel degelijk anders uitwijst.

Dat laatste werd betoogd door A.J. Van voor de medische aansprakelijkheid en letselschade in het algemeen (op het werk, in het verkeer etc.). Daarover wordt veel geprocedeerd, maar slechts enkele gevallen bereiken de Hoge Raad.¹ Die juiste hantering heeft betrekking op het omgaan met wetenschappelijke, statistische gegevens die waarschijnlijkheid en kansen weergeven; een gebied waar juristen niet bepaald op uitblinken, zoals de praktijk leert. Andere schrijvers vinden de dogmatische onderscheidingen die hier gemaakt worden, zoals het onderscheid tussen schadegebeuren en schade weliswaar ‘conceptueel verhelderend’, maar: ‘het valt in de praktijk echt niet altijd goed te maken’.² Veel principiëler is het debat over de vraag of het onderscheid tussen beide rechtsfiguren louter dogmatisch van aard is of veel fundamenteeler, in de zin dat ze niet uitwisselbaar zijn, zoals de Hoge Raad in het *Deloitte*-arrest (2012) had bepaald.³ Het tableau is nog niet compleet,⁴ in ieder geval maakt dit caleidoscopische beeld duidelijk dat de beide rechtsfiguren nog geen ‘rustig bezit’ zijn, en er nog veel vragen open liggen.

In dit artikel zou ik een poging willen doen om meer duidelijkheid te scheppen in deze materie. Daartoe moet wel teruggegaan worden tot de bron, waarvoor doorgaans het al genoemde *Deloitte*-arrest van 2012 aangewezen wordt, maar de oorsprong ligt nog wat eerder, in arresten als *Nefalit/Karamus* (2006) en *Fortis* (2010),

* Jan van Dunné is emeritus hoogleraar Privaatrecht aan de Erasmus Universiteit te Rotterdam.

1. A.J. Van, ‘Kansschade of proportionele aansprakelijkheid?’, *TVP* 2021, afl. 2, p. 45-54.
2. Zoals A.J. Verheij dat stelt over de opvatting van T.F.E. Tjong Tjin Tai (die dat overigens zelf ook uitdrukkelijk aangeeft), in: ‘Wat is kansschade?’, *VR* 2024/098, par. 4.1.
3. HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *NJ* 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Deloitte/H&H Beheer*). Waarover: A.J. Van, t.a.p., p. 51, die hierbij de schrijvers A.J. Akkermans en Chr. H. van Dijk (*JA* 2013/4) tegenover T.F.E. Tjong Tjin Tai (*NJB* 2016/1605) en J.S. Kortmann (Preadv. *VASR* 2012, p. 72 en 122) stelt, als aanhangers van de respectieve standpunten. De laatstgenoemde auteurs wijzen daarbij op het te onderscheiden toepassingsbereik, of beperken het begrip ‘kans’ tot een *toekomstige* gebeurtenis, in het andere geval zou het over een ‘onzekerheid’ gaan.
4. Zo vindt Nuninga dat het onderscheid tussen proportionele aansprakelijkheid en kansschade hierin bestaat dat bij die laatste figuur een voorwaarde is dat er recht op een kans bestond, zie: W.Th. Nuninga, ‘Het recht op een kans’, *NTBR* 2019/8. Bij beide figuren is volgens hem sprake van ‘causaliteitsonzekerheid’, met verwijzing naar Giesen. A.J. Van betoogt: ‘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’ (t.a.p., p.51).

die met *Deloitte* een samenvatting kregen van de cassatierechter. De aanleiding hiervoor is dat de Hoge Raad in de recente jurisprudentie een andere koers lijkt te varen, met nieuwe inzichten die om een heroriëntatie op dit gebied vragen. Om daar grip op te krijgen, dient de eigenlijke grondslag voor het onderscheid zoals door de cassatierechter in 2012 aangebracht, kritisch onderzocht te worden, namelijk: het *conditio sine qua non*-vereiste (hierna: csqn). Bedoeld als waterscheiding is dat vereiste bij nadere beschouwing niet langer waterdicht. Van nog groter belang is hier dat het een vorm van causaliteit is die ten onrechte als eis gesteld wordt, omdat zij niet voldoet aan het wettelijke systeem van Boek 6 BW, met de toerekening naar redelijkheid van artikel 6:98 BW. Het ‘stelsel der wet’ zoals dat in vroeger tijden heette.

Hiermee is de opzet voor dit artikel gegeven. Na een korte weergave van de geldende jurisprudentie, met het *Deloitte*-arrest uit 2012 als middelpunt, zal aan de hand van recente rechtspraak van de Hoge Raad geïllustreerd worden tot welke problemen dat heeft geleid en hoe dat een bevredigende oplossing van aansprakelijkheidsvragen in de weg staat. Het arrest *Cardiologen/Staat* (2022) leent zich bijzonder goed voor dat doel, afgezet tegen andere recente jurisprudentie op dit terrein. Daarbij gaat het niet slechts om vormen van staatsaansprakelijkheid, maar ook om fouten van adviseurs, partijen die een informatieplicht hebben, zoals banken.

Tot slot vraagt het systeem van artikel 6:98 e.v. BW om aandacht, waarover hardnekkige misverstanden bestaan waarmee het csqn-vereiste omgeven is. In dat kader komt ook het begrip ‘kans’ ter sprake, door juristen meestal voor ‘waarschijnlijkheid’ gehouden, maar ten onrechte.⁵

2. Het vertrekpunt voor het onderscheid tussen de causaliteitsbegrippen ‘kansschade’ en ‘proportionele aansprakelijkheid’: het *Deloitte*-arrest (2012)

Het arrest van 21 december 2012 (*Deloitte*) wordt algemeen aangenomen als basis voor het onderscheid tussen de hier besproken leerstukken. De *proportionele aansprakelijkheid* wordt daarin door de Hoge Raad omschreven als een figuur die bedoeld is: ‘om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over het condicio-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’.⁶

Over het leerstuk *kansschade* zegt de Hoge Raad in hetzelfde arrest, dat het 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, 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 in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd.’⁷

Het college had hieraan voorafgaand overwogen:

‘Opmerking verdient dat, teneinde de leer van de kansschade te kunnen toepassen, eerst beoordeeld moet worden of *condicio-sine-qua-non-verband* aanwezig is tussen de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis (de tekortkoming of onrechtmatige daad) en het verlies van de kans op succes. In de gevallen waarop de hiervoor genoemde arresten van de Hoge Raad betrekking hadden, is dat *condicio-sine-qua-non-verband* echter zonder meer gegeven met het verzuim van de advocaat om (tijdig) het rechtsmiddel of de rechtsvordering in te stellen, en resteert dus slechts de vaststelling van de schade aan de hand van een schatting van de goede en kwade kansen die de cliënt in het (hypothetische) geding zou hebben gehad.’

Een aantal dingen valt hier op. Allereerst, de scheidende rol die hier toegekend wordt aan het vereiste van een csqn-verband tussen gebeurtenis en schade; een eis die alléén aan de figuur van kansschade gesteld wordt. Dat schept duidelijkheid, nietwaar? Bij nader inzien is de redenering van de cassatierechter dat in gevallen van beroepsfouten van advocaten dat csqn-verband ‘zonder meer gegeven zou zijn’ echter niet geheel zuiver. Weliswaar staat enerzijds de fout vast, de onzorgvuldige handeling als dienstverlener, maar anderzijds staat de schade die daardoor veroorzaakt werd juist allerm minst vast: de kans op een succesvolle procedure, met verhaal van schade op de tegenpartij.⁸ Dat laatste heeft tot de benaming ‘kansschade’ geleid: het verliezen van een kans (op voordeel), hetgeen in het Franse recht passender: *perte d’une chance* genoemd werd, al in de 19^e eeuw, tegenwoordig verkort tot: *perte de chance*, de verloren kans. Een voorwaarde is dan wel, dat een ‘kans’ tot het vermogen van de betrokken persoon gerekend kan worden. Hetgeen de Hoge Raad stilzwijgend gedaan heeft.

5. Dit artikel is een uitwerking van mijn voordracht op het symposium van de Studiekring Normatieve uitleg op 28 november 2024, gewijd aan: ‘Kansschade en proportionele aansprakelijkheid’. Zie de website www.studiekringnormatieveuitleg.nl, onder: Symposia, voor de powerpoints van de sprekers, behalve schrijver dezes, ook A.J. Van en J.F. van Nouhuys (over respectievelijk: medische aansprakelijkheid en aanbesteding bij aanneming van werk).

6. R.o. 3.5.3 (onderstreping toegevoegd). Zie ook: A.J. Van, ‘Kansschade of proportionele aansprakelijkheid?’, *TVP* 2021, afl. 2, p. 45. Hiervoor stond model: HR 31 maart 2006, ECLI:NL:PHR:2006:AU6092, NJ 2011/250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (*Nefalit/Karamus*), de casus van asbest op de werkplaats en een verstokte roker als werknemer: beide een mogelijke oorzaak van longkanker.

7. R.o. 3.5.3 (onderstreping toegevoegd). De Hoge Raad verwijst hierbij naar gevallen waarbij sprake is van een fout van een advocaat, in drie arresten uit 2007.

8. Wanneer de procedure doorgezet zou zijn, levert de mogelijkheid van verlies ook grote schade op aan proceskosten van beide partijen. Het verliezen van een zaak, ondanks goede vooruitzichten, is maar al te vaak een realiteit. Zo eindigt voor de Hoge Raad ca. 56% van de cassatieberoepen in een art. 81 RO-beslissing.

In ieder geval is het vereiste van een csqn-verband bij kansschade sinds 2012 algemeen aanvaard in de doctrine, met recent nog steunbetuigingen, waarbij erop gewezen wordt dat dit vereiste naar vaste rechtspraak niet geldt voor de proportionele aansprakelijkheid.⁹ Maar er is wel ongemak ontstaan bij deze csqn-toepassing bij kansschade. Zo schrijft Sieburgh in haar Asser-bewerking:

*‘Het aannemen van aansprakelijkheid door het verlies van een kans als schade te verstaan [...] impliceert derhalve een relativisering van het vereiste van csqn-verband.’*¹⁰

Er is hier meer aan de hand, indien men beseft dat de csqn-eis niet meer gelijkstaat aan het oudste model van causaliteit, van Von Buri (1873) met zijn natuurwetenschappelijk verband, maar in de laatste decennia een gedaantewisseling heeft doorgemaakt. Het gaat tegenwoordig om de ‘hypothetische situatie zonder de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis’, waarbij het voldoende is indien ‘met redelijke mate van waarschijnlijkheid komt vast te staan dat in die hypothetische situatie geen schade zou zijn ingetreden’. Aldus is aan het csqn-verbandvereiste voldaan. Bewijsrechtelijk is de praktijk dat een eiser/slachtoffer kan volstaan met die aannemelijkheid te stellen, en het dan aan de dader is om aan te tonen dat dit niet het geval is, de zogenaamde ‘negatieve werking’ van de csqn-eis.¹¹

Ik zal aan het slot van dit artikel nader op dit onderwerp ingaan en proberen de kronkels die mettertijd ontstaan zijn te ontwarren. Kronkels, die als tentakels op de onderhavige problematiek liggen en haar ontwikkeling verstikken. Ook al is de wetgever van het Nieuw BW met de invoering van artikel 6:98 BW overgegaan tot aanvaarding van de toerekening naar redelijkheid als causaal stelsel (door de Hoge Raad in 1970 aanvaard met het *Waterwingebied*-arrest), wij lijken zo weer teruggekeerd te zijn naar de toen verlaten adequatietheorie van 1927 (*Haagsche Post*): causaliteit opgevat als naar maatstaven van hetgeen redelijkerwijze te verwachten gevolg, dus hetgeen waarschijnlijk is.

3. Een arrest als voorbeeld voor de verwarring rond kansschade en proportionele aansprakelijkheid in de rechtspraak: *Cardiologen/Staat* (2022)

De uiteenlopende visies op ons onderwerp in het zojuist gegeven overzicht van in de jurisprudentie en doctrine gangbare opvattingen zou ik nader willen analyseren aan de hand van een recent arrest dat illustratief is voor de

problemen die men op dit terrein tegenkomt en de vele oplossingen die ervoor aangedragen worden: de zaak *Cardiologen/Staat* uit 2022.¹² Het is een interessante uitspraak, die ik in mijn analyse met de overige jurisprudentie wil vergelijken (zoals het *Srebrenica Moeders*-arrest uit 2019). Het arrest geeft ook een blik op de invloed van deskundigenrapporten en hun betrekkelijkheid (ze spreken elkaar meestal tegen). Verder legt het arrest bloot hoe problematisch het onderscheid ‘kansschade’ en ‘proportionele aansprakelijkheid’ is, zoals de Hoge Raad dat hanteert, daarin gevolgd door het merendeel van de schrijvers. Dat gebeurt op weinig overtuigende wijze. Het hof had de kansschaderoute afgewezen, de visie van de Hoge Raad in *Deloitte* (2012) volgend (csqn-verband vereist, dat niet aanwezig was), en had vervolgens de zaak volgens de *gewone regels van causaal verband* afgehandeld (met overigens een hoog csqn-gehalte). Volkomen verdedigbaar, maar de Hoge Raad steekt daar een stokje voor met het oordeel dat door het hof de *proportionele-aansprakelijkheid*route gevolgd werd. Waarop de sanctie volgt dat de regels daarvoor – die de Hoge Raad eerder opgesteld had – door het hof niet in acht genomen waren. Regels die mijns inziens hoogst kwetsbaar zijn, zoals hieronder nog aan de orde zal komen.

Aldus krijgt men een goed beeld van wat er op dit gebied speelt, tot welke problemen het onderscheid tussen genoemde begrippen over causaliteit kan leiden. Het is heel instructief om dit nader te onderzoeken. Welke casus werd hier in cassatie voorgelegd?

De procedure ging over reputatieschade en inkomensderving van drie cardiologen van een ziekenhuis als gevolg van een door de Inspectie voor de Gezondheidszorg afgegeven bevel om het werk te staken. Dat gebeurde na vaststelling van een statistisch te hoog aantal sterfgevallen op hun afdeling. De cardiologen (rond 60 jaar oud) kwamen later niet meer aan de slag als cardioloog. In een eerdere procedure had de Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State beslist dat het bevel (de verlenging ervan door de minister) herroepen diende te worden wegens strijd met artikel 3:4 lid 2 Awb. Het besluit was daarmee onrechtmatig volgens het hof. Het gaat hier om het Ruwaard van Putten Ziekenhuis te Spijkenisse (hierna: RPZ).

Het hof had het leerstuk van kansschade niet van toepassing geacht en had volgens de Hoge Raad ‘klaarblijkelijk’ dat van de proportionele aansprakelijkheid gevolgd, resulterend in kansen van respectievelijk: 2x 10% en 1x 5%, waarmee de schade door inkomensderving van de drie cardiologen werd bepaald.¹³

9. Zie, onlangs nog: A.J. Verheij, t.a.p., par. 2, met verwijzing naar Asser/Sieburgh 6-II 2021/80a. E.R. de Jong schrijft: ‘strict genomen vormt kansschade geen uitzondering op het csqn-verbandvereiste’, *NTBR* 2021/6, noot 25 (artikel over ‘generieke causaliteitsonzekerheid’, blootstelling aan onbekende risico’s, zoals van Pfas, e-sigaretten en nanokoolstofbuisjes).

10. Asser/Sieburgh 6-II 2021/80a.

11. In de rechtspraak spreekt men soms van een csqn-verband wanneer dat ‘voldoende aannemelijk’ zou zijn. Aldus reeds het *Deloitte*-arrest (2012), zie: Asser-Sieburgh 6-II 2021/80a. Zo ook het hof in het hierna te bespreken *Cardiologen*-arrest. Het gaat hierbij om het ‘hypothetische geval’ dat de onrechtmatige handeling *niet* plaatsgevonden zou hebben en de vraag of dan sprake geweest zou zijn van schade.

12. HR 14 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1454, *NJ* 2024/198, m.nt. A.J. Verheij (*Cardiologen/Staat*).

13. De reden om aan cardioloog 2 slechts 5% toe te rekenen was dat hij depressief was en daardoor geringere kans op nieuw werk had. Opmerkelijk is hierbij dat het hof had vastgesteld dat de oorzaak van de depressiviteit gelegen was in het onrechtmatig bevel tot werkstaking van de Inspectie voor de Gezondheidszorg en minister (*Cardiologen*-arrest r.o. 2.5). De causale consequentie die het hof hier toepast, staat echter haaks op regels van het aansprakelijkheidsrecht.

De Hoge Raad casseert, kort gezegd, wegens onjuiste toepassing van de proportionele aansprakelijkheid, ofwel een onvoldoende motivering. Want het hof had geen aandacht gegeven aan het vereiste van ‘terughoudendheid’, noch aan de vraag of de kansen niet ‘zeer klein’ waren (zoals door de Staat gesteld), noch onderzocht of de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending (inclusief de aard van de schade) in casu toepassing van proportionele aansprakelijkheid te rechtvaardigen.¹⁴

De kritische beoordeling van de ‘zeer kleine kansen’ die het hof gehanteerd had, vraagt om een vergelijking met de door de Hoge Raad kort tevoren zelf aanvaarde kleine kans, en wel in het *Srebrenica Moeders*-arrest van 2019, toen het college een 10%-kans als ‘niet verwaarloosbaar klein’ had geoordeeld.¹⁵ In dat verband speelt ook het andere vereiste een rol, omtrent de ‘strekking van de geschonden norm’. In het *Srebrenica Moeders*-arrest was de onrechtmatig beoordeelde houding van Dutchbat een zwaarwegende omstandigheid gebaseerd op de ernstige schending van een veiligheidsnorm, hetgeen goed invoelbaar is.

In die zaak ging het om de evacuatie op 13 juli 1995 aan het eind van de middag van de vluchtelingen die op de compound verbleven (300 man). Het hof had geen causaal verband aangenomen tussen het handelen van Dutchbat en het ‘concrete lot’ van de mannen die op die dag op de compound aanwezig waren, maar wel tussen het handelen van Dutchbat en de schade die bestaat uit de ontneming van een kans tot overleven van die mannen. Die kans had het hof geschat op 30%.

De Hoge Raad komt tot een enigszins andere beoordeling ervan:

‘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.’ [r.o. 5.1]

Opvallend is dat de Hoge Raad tot een aanzienlijk lagere beoordeling van de overlevingskans van de mannen komt, en ook dat dit gebeurt zonder enige motivering daarvan, terwijl het hof de omstandigheden uitvoerig had beschreven.

Men kan zich afvragen of een vergelijking met dit arrest ook licht kan werpen op de werking van het vereiste van het rekening houden met de ‘strekking van de norm’ die geschonden werd. In de *Srebrenica*-zaak ging het om de schending van een veiligheidsnorm (bescherming van het recht op leven). Was er nu in de *Cardiologen*-zaak sprake van een minder zwaarwegende norm die geschonden was? Dat kan ik mij niet echt voorstellen. Immers, het opleggen van een werkverbod, zoals bij de cardiologen gebeurde, heeft zeer ingrijpende gevolgen voor het inkomen dat zij daardoor verliezen, de aantasting van hun goede naam en daarmee verminderde kansen om nieuw werk als cardioloog te verkrijgen. In casu kwamen de drie cardiologen (met een leeftijd van rond 60 jaar) niet meer aan het werk als cardioloog en moesten genoeg nemen met een baan als huisarts of bedrijfsarts, terwijl één cardioloog zelfs met werken gestopt was. Weliswaar een effect dat niet levensbedreigend was, zoals in *Srebrenica*, maar wel het leven ondersteboven halend (immateriële schade), met ook grote financiële gevolgen. Daar komt nog bij dat de Inspectie op uiterst lichtvaardige en onzorgvuldige wijze het werk van de cardiologen stilgelegd heeft, namelijk op basis van onvolledige, onvoldoende onderbouwde rapporten. Eerst een jaar later wordt min of meer duidelijk wat er niet deugde op de afdeling Cardiologie en bleken de problemen hoofdzakelijk van administratieve en organisatorische aard, niet echt een grond voor een *Berufsverbot*.¹⁶

Al met al kan de kritiek die de Hoge Raad op het arrest a quo had, hetgeen de grond vormde voor cassatie en verwijzing naar een ander hof, geen overtuigende indruk maken.¹⁷

4. Het omgaan met ‘kansen’ wanneer de weg van ‘kansschade’ gevolgd wordt. De benadering van het hof Den Haag in de *Cardiologen*-zaak (2022) kritisch bezien.

Voor een beter begrip van ons onderwerp is het instructief om na te gaan op welke gronden het hof tot de beslissing kwam om in casu niet de *kansschade*-route te volgen om het causaal verband vast te kunnen stellen. Het hof overwoog als volgt:

‘Om te kunnen vaststellen welke schade het gevolg is geweest van het voortduren van het bevel tussen 17 december 2012 en 24 juni 2013 moet een vergelijking worden gemaakt tussen de hypothetische situatie waarin het onrechtmatige handelen wordt weggedacht – en het bevel op 17 december 2012 was beëindigd – en de situatie zoals deze feitelijk is geweest. Het komt er bij deze vergelijking in wezen op aan hoe waarschijnlijk het is dat de cardiologen ook zonder onrechtmatig handelen betaald

14. In r.o. 3.2. Eisen die eerder door de Hoge Raad geformuleerd waren in het *Fortis*-arrest, HR 24 december 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BO1799, NJ 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*).

15. HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1223, NJ 2019/356, m.nt. C.M.J. Ryngaert en J. Spier (*Srebrenica Moeders*).

16. Er viel op de gevoerde administratie (dossiers) en onderling overleg veel aan te merken (terwijl ook ‘zelfreflectie’ ontbrak). Het ziekenhuis ging korte tijd later failliet, met imagoschade als bijkomend gevolg.

17. Dat laatste gebeurde eerst na verzoek daartoe van eisers tot cassatie, in een tweede uitspraak, bij arrest HR 18 november 2022, ECLI:NL:HR:2022:1703. Eisers hebben, naar ik vernemen heb bij het schrijven van dit artikel, hun zaak onlangs bij het Hof Amsterdam aangebracht. Het contact met hun advocaat heeft ertoe geleid dat ik in de procedure na verwijzing, die tenslotte door één cardioloog is ingesteld, een advies heb uitgebracht.

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. Voor toepassing van dit leerstuk is vereist dat een condicio sine qua non-verband bestaat tussen de aansprakelijkheidscheppende gebeurtenis en het verlies van een kans op succes. Anders gezegd: om te vermijden dat bij iedere causaliteitsonzekerheid de weg van de kansschade wordt ingeslagen moet voldoende aannemelijk zijn dat bij afwezigheid van de onrechtmatige gedraging de concreet geleden nadelen waren uitgebleven. Aan dit vereiste is in dit geval 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. Dit neemt niet weg 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 als cardioloog werk hadden gevonden. Ook dit wordt uitgedrukt in een percentage van de mate van waarschijnlijkheid.¹⁸

Deze redenering van het hof is weinig overtuigend. Immers, in het standaard geval van de toepassing van het kansschademodel, het op onrechtmatige wijze niet toegelaten zijn om mee te dingen in een aanbesteding, is geen sprake van een ‘op de voorhand aannemelijk zijn’ dat de gepasseerde individuele aanbieder van werk of diensten schade heeft geleden als gevolg van de onrechtmatige handeling.¹⁹ Hij had immers maar een kans op aanvaarding van zijn bod, zoals ook zijn concurrenten dat hadden, geen zekerheid, of een op voorhand aannemelijkheid van succes. Dat de groep van aanbieders aan een selectie onderworpen kan worden, waarbij de zwakke partijen en gelukszoekers verwijderd worden, zodat een serieuze groep bidders overblijft – aldus ook de rechtbank Utrecht in de zojuist genoemde *NS reclameconcessies* – maakt dit niet anders. Het blijft een denken in kansen.

Wanneer het hof vervolgens stelt dat het ook zonder toepassing van het leerstuk van kansschade aankomt op een ‘inschatting van de mate van waarschijnlijkheid’ bij de vaststelling van causaal verband (hier: succes met het vinden van nieuw werk als cardioloog), uitgedrukt in een percentage, lijkt dat een open deur. Daarvan is toch altijd wel sprake bij het vaststellen van causaal verband onder artikel 6:98 e.v. BW? Het was altijd al vaste rechtspraak dat de rechter de schade mag schatten,²⁰ hetgeen de wetgever heeft vastgelegd in artikel 6:97 BW: ‘De rechter begroot de schade op de wijze die het meest met

de aard ervan in overeenstemming is. Kan de omvang van de schade niet nauwkeurig worden vastgesteld, dan wordt zij geschat.’

Aan deze rechtsregel is door de Hoge Raad op bijzondere wijze uitvoering gegeven in het *Caudasyndroom*-arrest van 2017, een zaak over kansschade die hier vermelding verdient.²¹ Het ging daarbij om de casus van een vrouw met een acute hernia die te laat behandeld werd en daardoor een kans op herstel gemist had. De vraag ontstaat hierbij of een snellere operatie betere herstel-mogelijkheden zou hebben gegeven dan een operatie na pas enkele dagen, zoals gebeurd was. De verdere context wordt duidelijk uit de hier volgende overweging van de Hoge Raad. Het hof had geoordeeld dat geen schade vastgesteld kon worden, omdat de (enige) deskundige geen percentages kon verbinden aan de kansen voor een snelle operatie, tegenover een latere ingreep. De Hoge Raad casseert als volgt:

‘In zijn antwoord op vraag 4 heeft de deskundige, prof. Bartels, opgemerkt dat nooit vergelijkend onderzoek is verricht of een snelle operatie een beter resultaat geeft dan een wat latere operatie. Omdat dergelijk onderzoek ontbreekt, is onbekend welk verschil een snelle operatie maakt ten opzichte van een latere operatie. De deskundige heeft daarom de grootte van de kansen niet kunnen duiden. Het hof heeft hieraan in rov. 9.7.3 en 9.7.4 de conclusie verbonden dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat het delay het verlies van een kans op een beter behandelingsresultaat heeft veroorzaakt. De hiervoor weergegeven opmerkingen van de deskundige kunnen die conclusie echter niet dragen. Uit het feit dat een deskundige een kans niet in een percentage kan uitdrukken omdat naar de grootte van die kans geen onderzoek is gedaan, volgt immers niet dat die kans niet in een rechtens relevante omvang bestaat. Dat klemmt temeer omdat prof. Bartels opmerkt dat volgens de destijds geldende richtlijn bij voorkeur zo snel mogelijk en dwingend binnen een dag zou moeten worden geopereerd, en dat het zo kan zijn dat tijdens het ontstaan van de hernia acuut dusdanige druk op de zenuwen ontstaat dat deze op dat moment al onherstelbaar beschadigd zijn, maar dat daar tegenover staat dat bij minder ernstige druk, langdurige compressie wellicht leidt tot minder goed herstel. In het licht van het voorgaande is het oordeel van het hof dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat door het delay een kans op een beter behandelresultaat verloren is gegaan, onvoldoende begrijpelijk gemotiveerd. Het onderdeel slaagt daarom. Het hof had – nu de deskundige geen kanspercentage kon noemen maar zijn antwoorden niet uitsluiten dat van het verlies van een reële kans sprake

18. R.o. 5.34-35 (in de samenvatting van de Hof Den Haag 15 september 2020, ECLI:NL:GHDHA:2020:1734, r.o. 2.5) (onderstreping toegevoegd).

19. Heel illustratief is de uitspraak van Rb. Midden-Nederland (zp. Utrecht) 17 april 2024, ECLI:NL:RBMNE:2024:2256 (tussenvonnis), inzake *NS reclameconcessies*.

20. De Hoge Raad heeft de grote vrijheid benadrukt die de rechter hierbij heeft, zonder strenge eisen die aan de motivering gesteld worden, het reeds aannemelijk achten van schade door dit af te leiden van vaststaande feiten en vervolgens te schatten. Aldus het *Rummikub*-arrest, HR 15 november 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC2195, NJ 1998/314 (met citeren van een arrest van 1991). Dit geldt ook voor winstderving, in casu door slaafse nabootsing. Zie hierover: J.M. van Dunné, *Contractenrecht. Verbintenissenrecht Deel 1* (6^e dr.), Zutphen: Uitgeverij Paris 2023, p. 879 e.v.

21. HR 27 oktober 2017, ECLI:NL:HR:2017:2786, NJ 2017/422 (*X/Academisch Ziekenhuis Maastricht*), inzake een zogenaamd caudasyn-droom bij een hernia.

kan zijn geweest – nader moeten onderzoeken of door het delay een reële kans op een betere uitkomst verloren is gegaan, en had – bij bevestigende beantwoording van die vraag – vervolgens tot een zo goed mogelijke schatting van deze kans moeten komen. Daartoe had het hof bijvoorbeeld de deskundige op een zitting nader kunnen bevragen.’ [r.o. 3.4.2]

Kortom, percentages koppelen aan kansen is niet richtinggevend, laat staan doorslaggevend voor de schadevaststelling door de rechter. Het gaat immers om een schatting, met inachtneming van, behalve de billijkheid, de eerder genoemde factoren: aard van de geschonden norm, aard van de schade en de overige omstandigheden.

Terug naar de *Cardiologen*-zaak. Het is al met al heel opmerkelijk dat de Hoge Raad de door het hof gevolgde werkwijze van vaststelling van een causaal verband kwalificeert als *proportionele aansprakelijkheid*, terwijl dat ook voor de *standaardwerkwijze* ervoor kan gelden, de *vaststelling van het causaal verband naar geldend recht* (art. 6:98 e.v. BW). Het wordt nog opmerkelijker, wanneer men hierbij artikel 6:101 BW betreft, dat ook voor de onderhavige situatie, onzekerheid van een causaal verband, geschreven lijkt:

Artikel 6:101 lid 1 BW

‘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.’

Het artikel staat bekend onder de term ‘*eigen schuld* van de benadeelde’, maar is in wezen een vorm van proportionele aansprakelijkheid. Dat de aan asbest blootgestelde werknemer ook een verstokte roker was, kan als ‘eigen schuld’ opgevat worden wanneer longkanker is ontstaan (*Nefalit/Karamus*, 2006), en een omstandigheid die hem ‘toegerekend kan worden’. Sterker nog, in dat arrest heeft de Hoge Raad met zoveel woorden gewezen op de werking van artikel 6:101 BW op dit terrein, wan-

neer het na afweging van de belangen van beide partijen (werkgever tegenover werknemer) tot een ontknoping komt:

‘Mede gelet op de aan de artikelen 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten moet daarom worden aangenomen dat, indien een werknemer schade heeft geleden die, gelet op de hiervoor bedoelde kanspercentages, zowel kan zijn veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming van zijn werkgever in de nakoming van zijn verplichting de werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden voldoende te beschermen tegen een voor de gezondheid gevaarlijke stof, als door een aan de werknemer zelf toe te rekenen omstandigheid als hiervoor bedoeld, als door een combinatie daarvan, zonder dat met voldoende zekerheid is vast te stellen in welke mate de schade van de werknemer door deze omstandigheden of één daarvan is ontstaan, de rechter de werkgever tot vergoeding van de gehele schade van de werknemer mag veroordelen, met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen.’²²

Opvallend is de rol die aan de *billijkheid* toegekend wordt door de wetgever in het hier aangehaalde artikel 6:101 BW, met inachtneming van de ernst van de geschonden norm en de omstandigheden van het geval. In zijn conclusie voor het *Cardiologen*-arrest geeft A-G G. Snijders veel aandacht aan de werking van de billijkheid op dit gebied.²³ De Hoge Raad gaat daar in zijn uitspraak niet echt op in, maar heeft wel bij de gelding van de billijkheid de *terughoudendheid* toegevoegd, in de lijn van een onderhand vaste rechtspraak, allereerst in de *Fortis*-zaak van 2010.²⁴ Dat gebeurde met de overweging: ‘vanwege het bezwaar dat iemand aansprakelijk kan worden gehouden voor een schade die hij mogelijk niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt’. Die eis van ‘terughoudendheid’ kennen wij ook van andere onderwerpen waar een beroep op de (redelijkheid en) billijkheid mogelijk is, zoals bij de matiging van boetes.²⁵ Een thema dat gekleurd wordt door een respect voor rechtszekerheid die in gevaar zou kunnen komen, een oud gebied waar rechtstheorie en rechtspsychologie elkaar kruisen, met een gesteld ver-eiste dat niet kan overtuigen.²⁶

22. HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:BO1799, r.o. 3.13 (*Nefalit/Karamus*) (onderstreping toegevoegd). Enige tijd later omschreef de Hoge Raad dit als ‘proportionele aansprakelijkheid’, in: HR 14 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX8349, r.o. 4.2, *NJ* 2013/236, m.nt. S.D. Lindenbergh (*Nationale Nederlanden/X*). Ook in dit arrest wordt aandacht gegeven aan art. 6:101 BW, in r.o. 4.3 e.v. Zie ook concl. A-G G. Snijders, aangehaald in de volgende noot.
23. Concl. A-G G. Snijders 24 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1226, nrs. 3.25–3.26; 3.31, waarover Verheij in zijn noot onder HR 14 oktober 2022, *NJ* 2024/198, nr. 2.
24. HR 24 december 2010, *NJ* 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*). Verheij, in zijn noot onder HR 14 oktober 2022, *NJ* 2024/198, nr. 7 e.v. heeft kritiek op het gebruik van de term ‘terughoudendheid’ door de Hoge Raad en bepleit de schrapping ervan.
25. Opvallend is dat in het nieuwe standaardarrest *Turan/Easystaff*, HR 16 februari 2018, ECLI:NL:HR:2018:207, de eis van terughoudendheid niet meer gesteld wordt (contrair aan concl. A-G T. Hartlief), in afwijking van het bekende arrest *Bart Smit* (2007), bevestigd met *Van de Zuidwind/Faase* (2012). Zie hierover: J.M. van Dunné, ‘Matiging van boetebedingen’, *ORP* 2022/55.
26. Zie voor een pleidooi voor rechtszekerheid de in de vorige noot genoemde concl. A-G T. Hartlief, en in dezelfde zin: Asser-Sieburgh 6-1 2020/427. Hartlief keerde op zijn schreden terug, concl. voor *HCP/MN*, door de Hoge Raad gevolgd met een art. 81 RO-beslissing, zie mijn artikel: ‘Matiging van boetes sinds *Turan/Easystaff* (2018) – Naschrift’, *ORP* 2023/3 (n.a.v. reactie van Dammingh). Er wordt nog op dit thema teruggekomen in par. 7 Conclusies.

Het is goed om in deze context ook het andere artikel weer te geven dat de Hoge Raad mede als grondslag voor de proportionele aansprakelijkheid had beschouwd in het *Nefalit*-arrest, artikel 6:99 BW, over alternatieve causaliteit, hetgeen eveneens tot nadenken stemt:

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 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 klassiek voorbeeld van *dadersonderzekerheid*, waarbij de wetgever geïnspireerd werd door het Amerikaanse arrest *Summers vs Tice* (1948), is de zaak van de twee jagers en een wandelaar die onverhoeds dodelijk getroffen wordt door een onbekende schutter. In ons recht vond dat een spectaculaire toepassing in het *Des-dochters*-arrest in 1992, waarbij het niet om twee mogelijke daders ging, maar om vele honderden fabrikanten van het medicijn DES, dat door een groot aantal zwangere vrouwen was ingenomen om een miskraam te voorkomen, met soms dramatische gevolgen.²⁷

Ten slotte moet ook nog gewezen worden op een ander artikel uit de causaliteits-afdeling van het BW, over de vaststelling van *toekomstige schade*: artikel 6:105. Dat artikel luidt:

‘De begroting van nog niet ingetreden schade kan door de rechter geheel of gedeeltelijk worden uitgesteld of na afweging van goede en kwade kansen bij voorbaat geschieden. In het laatste geval kan de rechter de schuldenaar veroordelen, hetzij tot betaling van een bedrag ineens, hetzij tot betaling van periodiek uit te keren bedragen, al of niet met verplichting tot zekerheidstelling; deze veroordeling kan geschieden onder door de rechter te stellen voorwaarden.’ [*onderstreping* toegevoegd]

Ook op dit terrein is dus het *schatten van de omvang van schade*, met afweging van de kansen die zich voordoen, *business as usual*. Waarom dan zo ingewikkeld gedaan zoals de Hoge Raad in het *Cardiologen*-arrest van 2022 deed? Het hof wordt gekapitteld over zijn werkwijze, die eigenlijk volstrekt normaal en gangbaar was, naar geldend recht zoals door de wetgever neergelegd.

De Hoge Raad had nog kort tevoren een interessante uitspraak gedaan over het schatten van schade, in het arrest *ISG/Natwest*.²⁸ De casus was als volgt: COB heeft een rekening bij bank Natwest, waarbij ISG een sub-

rekening heeft. Natwest ontdekt dat COB aan witwassen doet (voor 4 ton), en blokkeert het overmaken van geld naar New York (een bedrag van 22 miljoen euro). Vervolgens verbreekt Natwest de banden met COB, de rekeningen worden opgeheven, maar de bank verzuimt dat aan cliënt ISG te melden, die daardoor schade oploopt. Het hof had beslist dat de kans dat ISG niet anders zou hebben gehandeld dan zij deed op 75% geschat moet worden, en derhalve 25% van haar schade voor rekening van de bank dient te komen. Natwest klaagt in cassatie dat hier het csqn-verband ontbreekt, aangezien de kans dat ISG anders zou hebben gehandeld kleiner is dan 50% en zelfs aanmerkelijk kleiner dan de kans dat zij precies hetzelfde zou hebben gehandeld. De klacht houdt verder in dat het hof geen csqn-verband had vastgesteld alvorens tot schatten over te gaan, en dat bovendien het leerstuk kansschade beperkt is tot toepassing op gevallen waarbij de verwerkelijking van de kans onafhankelijk is van het gedrag van partijen.

De Hoge Raad verwerpt het beroep en stelt vast dat het hof wel degelijk het csqn-verband vastgesteld had met toepassing van het leerstuk van kansschade, namelijk het verband tussen het verlies van die kans en de onderhavige normschending. Daarbij haalt de Hoge Raad de overweging uit het *Deloitte*-arrest (2012) aan wat het leerstuk kansschade inhoudt, en benadrukt daarbij de ‘hypothetische situatie’ die verbonden is aan het csqn-vereiste. Met als conclusie:

*‘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.’*²⁹

Opvallend is dat de Hoge Raad in dit arrest de door het hof gedane schatting van de kans op schade, evenals het vereiste van een csqn-verband op een soepele wijze benaderd en goedgekeurd heeft. Een groot contrast met het een jaar later gewezen arrest over de cardiologen.

5. De onduidelijke relatie tussen ‘kansen’ en ‘waarschijnlijkheid’, en ten slotte: ‘werkelijkheid’

Bij de discussie over het onderscheid dat tussen de figuren van kansschade en proportionele aansprakelijkheid bestaat, wordt een grote plaats ingeruimd voor de vraag wat eigenlijk onder een ‘kans’ moet worden verstaan, en of dat met ‘waarschijnlijkheid’ gelijkgesteld kan worden. Verheij heeft onlangs het *Srebrenica Moeders*-arrest

27. Zie voor dat arrest, en vormen van groepsaansprakelijkheid: J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 2* (5^e druk), Deventer: Kluwer 2004, p. 317 e.v.

28. HR 26 maart 2021, ECLI:NL:HR:2021:461, NJ 2021/127 (*ISG/Natwest*), waarover Asser/Sieburgh 6-II 2021/80a.

29. R.o. 4.2. In de vergelijkbare casus van het *Fortis*-arrest (2010) had het hof de kans dat de cliënt zich zou neerleggen bij de aanbeveling van de bank (advies om aandelen te verkopen) ‘niet bijzonder groot’ genoemd. Het csqn-vereiste met bewijslast op de cliënt en de aansporing tot ‘terughoudendheid’ werden door het hof miskend, oordeelt de Hoge Raad. Ook in het onderhavige geval is voor toerekening ex art. 6:98 BW een ‘noodzakelijke voorwaarde dat het csqn-verband vaststaat tussen de normschending van Fortis en de door Bourgonje geleden schade’ – waarop cassatie volgt (HR 24 december 2010, ECLI:NL:PHR:2010:BO1799, NJ 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*), r.o. 3.10). Vgl. concl. A-G G. Snijders, nr. 3.25, e.v.

erbij genomen om aan te tonen 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'.³⁰ In de *Srebrenica*-casus was de kans om te overleven misschien heel klein, maar 'voor betrokkenen was die kans alles waard' (dat is dus 'aard van de schade': het leven was immers in gevaar). Hier is ook de aard van de geschonden norm van belang: er is een veiligheidsnorm in het geding, die strekte tot bescherming van mensenlevens.³¹

Dit zijn de maatstaven die in artikel 6:101 BW neergelegd zijn, zoals eerder aangehaald, terwijl ook het 'schatten van goede en kwade kansen' uit het eveneens genoemde artikel 6:105 BW (toekomstige schade) hier een rol speelt.

Verheij heeft zich als volgt uitgesproken over de kans, met het werpen van een 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.'*³²

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.'*³³

Dit heeft tot gevolg dat haar visie op de relatie tussen 'kans' en 'waarschijnlijkheid', en de vraag of een kanspercentage relevant verschilt van een waarschijnlijkheidspercentage onhoudbaar is.

Eenzelfde denkfout maakt J.S. Kortmann, die het voorbeeld gebruikt van het trekken van de hartenaas uit een spel kaarten, hetgeen een kans van 1/52 zou zijn, en daarmee eenzelfde waarschijnlijkheid.³⁴

Kansberekening is niet gelijk aan waarschijnlijkheidsberekening. Immers, wanneer Rijkswaterstaat meedeelt dat een dijkverzwaring vanwege een kans op overstro-

mingen door calamiteiten berekend is op 'een kans van eens in 1000 jaar', dan betekent dit dat zo'n gebeurtenis in werkelijkheid in het volgende jaar kan zijn, maar ook pas na 1000 jaar. Anders dan de goegemeente tot wie de overheid zich richt zich vermoedelijk voorstelt (zich veilig wanend).

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.³⁵ Het gaat dan fout wanneer de rechtbank die mediaan van 27.000 ton als een gemiddelde opvat en de schadevaststelling daarop baseert.

In de doctrine van voor de oorlog werd ook al aandacht gegeven aan de betekenis van een kans voor het causaal verband. Paul Scholten vroeg in zijn proefschrift uit 1899 al aandacht voor 'de verhoogde kans' in een gevaarsituatie als grond voor aansprakelijkheid. Die zienswijze heeft in 1913 geleid tot de aanvaarding van de figuur van *gevaarstelling* als grond voor aansprakelijkheid, met het preadvies NJV van Van Leeuwen.

Ook Meijers heeft Scholten gevolgd in zijn benadering van aansprakelijkheid in gevaarsituaties. In 1935 schrijft hij over bijzondere vormen van aansprakelijkheid, zoals schade door grondverzakkingen en inbreuk op eigendom door werkzaamheden van burens, waarbij een arrest uit 1881 nog steeds de toon aangaf. Na de causaliteit volgens de adequatieleer weergegeven te hebben, schrijft Meijers:

'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.'

30. A.J. Verheij, 'Wat is kansschade?', VR 2024/098, par. 5.

31. In die zin ook de conclusie van A-G G. Snijders 24 december 2021, ECLI:NL:PHR:2021:1226 (*Cardiologen-arrest*), nr. 3.31; zie ook: nr. 3.26.

32. T.a.p., par. 5.

33. Asser/Sieburgh 6-II 2021/81. Voor een uiteenzetting hoe kansberekening werkt, zie: A.J. Van, *Onzekerheid over ouderschap en causaliteit* (diss. EUR), Rotterdam: 1995, p. 88 e.v. en p. 155 e.v., waarbij ook aandacht voor de rol van quantummechanica (die eerder Wolfsbergen al inspireerde, in zijn klassieke boek uit 1946 (zie nog onder, noot 49).

34. J.S. Kortmann, 'Meervoudige causaliteit: over alternativiteit bij daders en benadeelden', in: C.J.M. Klaassen & J.S. Kortmann, *Causaliteitsperikelen*, Deventer: Kluwer 2012, p. 45 e.v. Nuninga is dezelfde opvatting over het kaartspel toegedaan, t.a.p., par. 2.3.2.

35. Rb. Rotterdam 17 december 2008 (*Gemeente Rotterdam/MDPA*), de zaak werd geschikt. Statistici werken met de 'Gaussische kromme', ook wel 'klokkromme' genoemd, of met een grafiek met x- en y-as, en zijn gewend om onzekerheden getalsmatig uit te drukken. Zie over deze procedure: J.M. van Dunné, 'Alternatieven bij het vorderen van milieuschade: inbreuk op eigendomsrecht en afdracht van verkregen voordeel van onrechtmatig handelen, bij verontreiniging van rivieren, bijvoorbeeld', in: I. Boone e.a. (red), *Liber Amicorum Hubert Bocken: dare la luce*, Brugge: Die Keure 2009, p. 467-482 (zie mijn website: www.janvandunne.nl).

Zodanige uitersten doen duidelijk uitkomen, welke verschillende waarschijnlijkheidsgraden voor aansprakelijkheid door schuld gelden.³⁶

Opvallend is nog dat Meijers de adequate veroorzaking vooral voor ongevallen door bedrijven veroorzaakt verdedigt en daarbij stelt dat 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’.³⁷

De betekenis van deskundigenrapporten voor de vaststelling van causaal verband (kans of waarschijnlijkheid) Het Cardiologen-arrest van 2022 laat ook zien hoe groot de invloed van deskundigenrapporten is op de vaststelling van schade, evenals hun betrekkelijkheid.³⁸ Het is niet ongebruikelijk dat deze rapporten elkaar tegenspreken, een wat cynisch, maar niet wereldvreemd inzicht is dat een procespartij altijd wel deskundigen vindt die bereid zijn om haar standpunt te onderbouwen met een wetenschappelijk betoog: ‘wie betaalt, bepaalt’, zegt de volkswijsheid. Daarbij geldt ook dat alles zijn prijs heeft, en om deskundigen met landelijk aanzien te kunnen inschakelen moet men diep in de buidel tasten. Een vorm van klassejustitie voordat er een rechter aan te pas komt, en die vaak vruchten afwerpt wanneer de rechter aan zet is, omdat deze vaak een gerenommeerd bureau hoger aanslaat dan een klein bureau of een zelfstandig opererende adviseur.³⁹

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:

[na inspectiebezoeken door de Inspectie voor de Gezondheidszorg (hierna: Inspectie GZ), juni-september 2012] Oktober 2012, Medirede I-rapport (op verzoek van RvB van RPZ);

[November 2012: RvB van RPZ neemt maatregelen en sluit afdeling Cardiologie; RPZ onder verscherpt toezicht geplaatst door Inspectie GZ; cardiologen van elders nemen waar; op 17 december 2012 afdeling heropend in overleg met Inspectie GZ]

Januari 2013, Medirede II-rapport, en rapport Cardiologen;

12 februari 2013, rapport Nederlandse Vereniging voor Cardiologen (NVVC);

17 september 2013, rapport Commissie-Danner (op verzoek RvB van RPZ);

22 oktober 2013, rapport Inspectie GZ;

3 december 2013, rapport Onderzoeksraad voor de Veiligheid;

16 juni 2014, rapport Commissie-Danner II (Addendum).

Het meest opvallend zijn het eerste en het laatste rapport. Het rapport Medirede I constateert weliswaar dat 22% van de overleden hartpatiënten ‘een mogelijk of waarschijnlijk adverse event hebben doorgemaakt dat mogelijk of waarschijnlijk aan het overlijden heeft bijgedragen’, hetgeen 2 tot 3 maal hoger is vergeleken met ander (landelijk) onderzoek. 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.⁴⁰

In het laatste rapport, van Commissie-Danner II (met nieuwe gegevens over 2011-2012), wordt geconcludeerd dat vergeleken met referentieziekenhuizen in de categorie zorggerelateerde schade die waarschijnlijk vermeden was hoger gescoord werd, maar ‘gezien de relatief lage aantallen wordt hier geen statistische 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’. Dit leidt de Commissie naar 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.’

Het geheel overziend, kan vastgesteld worden dat het deskundigenrapport dat de aanleiding vormde voor het optreden van de Inspectie GZ tegen de cardiologen (Medirede I) op *statistisch niet-significante data*

36. E.M. Meijers, ‘De betekenis der elementen “waarschijnlijkheid” en “schuld” voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad’, *WPNR* 3442-3445 (1935/36), p. 227; E.M. Meijers, *Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen III*, Leiden: Universitaire Pers Leiden 1955, p. 244. Ik heb dit eerder aan de orde gesteld in *NJB* 2002, p. 566 (in een artikel over de ontwerp-Mijnbouwwet), *sed frustra*. Met dat ‘trouw op de mijnexploitant toegepast’ bedoelde Meijers het arrest *Kasteel Strythagen* (1920). Bij de gaswinning in Groningen werd deze doctrine en jurisprudentie volstrekt genegeerd bij de afwikkeling van schade (zie ook nog onder par. 6, *in fine*).

37. Overigens was kenmerkend voor Meijers dat hij in zijn betoog om ‘schuld’ naast ‘onrechtmatigheid’ te handhaven, voor ‘psychologische causaliteit’ (een persoon brengt een andere persoon tot onrechtmatig handelen) een zwaardere vorm van waarschijnlijkheid eist. Daarbij gaat hij uit van ‘niet zoveel onder de 50%’.

38. Ook Sieburgh wijst op de ‘zwakte’ die gelegen is in de invloed die deskundigen hebben op het ‘hanteren van juridische technieken’, zoals de proportionele aansprakelijkheid. Bij hen staat het empirische causaal verband centraal, van alle (mogelijke) oorzaken, terwijl juristen zich richten op oorzaken die juridisch relevant (kunnen) zijn. Asser/Sieburgh 6-II 2021/81d.

39. De gang van zaken bij beslechting van mijnbouwschade in het noorden levert al jaar en dag voorbeelden hiervan, die ik ook in mijn praktijk ben tegengekomen: bijvoorbeeld een rechtbank die alleen een rapport van Royal DHV Haskoning (door de NAM of Staat ingebracht, 700 blz.) aanhaalt en volgt, en een rapport van een klein technisch bureau (door burger met bodemschade overgelegd) volkomen onbesproken laat. Bevestigd door het Hof Arnhem-Leeuwarden 11 juni 2024.

40. Zie HR 14 oktober 2022, ECLI:NL:HR:2022:1454, r.o. 2.1, onder (ii)-(xxiii), *NJ* 2024/198, m.nt. Verheij (*Cardiologen/Staat*) over de feiten, voor details. In het Medirede II-rapport ging het om 24 dossiers, waarvan 5 met waarschijnlijk vermijdbare adverse events, en 3 mogelijke gevallen. Hiervan is 1 de waarschijnlijke oorzaak van overlijden en hebben 5 mogelijk daartoe bijgedragen.

berustte. Een fenomeen dat in het laatste rapport, ruim anderhalf jaar later, bevestigd werd (Danner II). 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. Eenieder met enige kennis van statistiek had kunnen vaststellen dat het Medirede I-rapport niet voldeed aan wetenschappelijke maatstaven, dus ook de Inspectie GZ.⁴¹ Nog ernstiger is het dat in dat rapport de sterfte aan cardiologische oorzaken in het gehele ziekenhuis aan de afdeling Cardiologie toegeschreven werd, zoals door het hof geconstateerd werd (zonder daar consequenties aan te verbinden).

Daarmee rijst de vraag of het ‘schatten van goede en kwade kansen’, zoals de wetgever dat noemt, niet met wat minder toeters en bellen zou kunnen gebeuren, daarmee wordt vooral getracht om de schijn van wetenschappelijkheid hoog te houden, evenals het in ere houden van het traditionele csqn-verband. Dat aspect zal nu aan de orde gesteld worden.

6. Het csqn-vereiste in relatie tot artikel 6:98 BW: doctrine vs wetgever. De ontwikkeling van de *conditio sine qua non*-leer (CSQN) naar de adequatietheorie (AQT) tot de toerekening naar redelijkheid (TNR). Hoog tijd voor orde op zaken

De herkomst van het csqn-vereiste voor causaal verband vraagt allereerst de aandacht. Aan het begin van de vorige eeuw werd causaliteit beheerst door de csqn-leer: een oorzaak gezien als een handeling die tot een onmiddellijk en dadelijk gevolg had geleid waardoor de schade ontstaan was. Een leer die ontleend was aan Von Buri (1873) en gebaseerd was op 19^e-eeuwse natuurwetenschappelijke inzichten: de gesloten ‘keten van gebeurtenissen’. In 1927 werd die leer met het *Haagsche Post*-arrest door de Hoge Raad vervangen door de *adequatieleer*. Daarmee werd causaal verband vastgesteld naar ‘adequatie’: hetgeen redelijkerwijze voorzienbaar was, staat voor oorzakelijk verband, als hetgeen dat ‘naar ervaringsregelen redelijkerwijze verwacht kan worden’. Het gaat daarbij echter nog steeds om een (nota bene) ‘rechtstreeks en onmiddellijk gevolg’. De volgende stap in deze ontwikkeling is de aanvaarding van de *toerekening naar redelijkheid* als oorzakelijk verband (hierna ook: TNR), met het *Waterwingebied*-arrest van 1970.

De ontwerpers van het Nieuw BW volgden deze ontwikkelingen op de voet: het Driemanschap nam in 1961 nog de adequatie-leer op in Boek 6 van het Ontwerp-BW, terwijl in het Gewijzigd Ontwerp van 1976 de toerekening naar redelijkheid door regeringscommissaris W. Snijders verwerkt werd in artikel 6:98 BW, als volgt:

‘Artikel 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.

In deze formulering komt de frase: ‘naar redelijkheid’ niet voor bij de ‘toerekening’. Dat heeft soms voor de misverstanden gezorgd. De aanleiding voor de gekozen formulering is mijns inziens het toegeven aan de in die tijd (1976) onder praktijkjuristen heersende kritiek op het NBW dat er in het Ontwerp-1961 zo veel ruimte aan de ‘redelijkheid’ gegeven werd, hetgeen in die kringen gezien werd als een ‘vage norm’.⁴² Indien men de Toelichting op het Gewijzigd Ontwerp leest, is er echter geen twijfel mogelijk dat ‘toerekening’ hier gelezen moet worden als: ‘redelijke toerekening’. Dat gebeurde niet alleen omdat de Hoge Raad in 1970 die visie in een standaardarrest had aanvaard: opmerkelijk genoeg wordt de aandacht gevestigd op een vaste jurisprudentie sinds de jaren 50 en 60. Deze weinig bekende, in wezen miskende tekst, luidt als volgt:

‘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 beweerde 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.’⁴³

In het aangehaalde arrest van 1953 vindt men overigens al de nadruk op de relatie: scheppen van *verhoogde kansen op schade* en de schade (als gevolg van ontplofing van door de Staat in een huis opgeslagen munitie). De term dat ‘het gevaar zich heeft verwezenlijkt’ komt in het nieuwe ontwerp op een aantal plaatsen voor, bij de bijzondere aansprakelijkheden, en is ook uit de jurisprudentie van de afgelopen decennia bekend. Het is een explicitering van de ‘toerekening’-gedachte, zoals die in artikel 6:162 lid 3 te vinden is: de onrechtmatige daad die te wijten is ‘aan een oorzaak welke krachtens de wet of de in het verkeer geldende opvattingen voor rekening komt’ van de dader.

Wat verder opvalt, is dat in de nieuwe wetstekst, noch de Toelichting, melding gemaakt wordt van een *csqn-verband* dat vereist zou zijn, of dat anderszins naar een ‘onmiddellijk en dadelijk gevolg’ wordt verwezen. Wat is nu eigenlijk het *bestaansrecht* van dat vereiste van een

41. In het rapport werden bovendien de termen ‘populatie’ en ‘steekproef’ door elkaar gehaald (met dank aan P.J. van Koppen voor commentaar). De geïnteresseerde jurist wordt gewezen op Ph.H. Franses, *Kwantitatief inzicht voor juristen*, Den Haag: Boom juridisch 2021.

42. Ook vindt men wel als verklaring genoemd dat de wetgever niet wilde dat door gebruik van het woord ‘redelijkheid’ gesuggereerd werd dat het hier om een discretionaire bevoegdheid van de rechter zou gaan, aldus *T&C Vermogensrecht*, 2025, aant. 1 (Lindenbergh) met verwijzing naar MvA II; *Parl. Gesch.BW Boek 6*, 1981, p. 345. Idem: Asser/Sieburgh 6-I 2021/61, zie ook nr. 58.

43. MvA, *Kamerstukken II* 1975/76, 7729, nr. 6-7, p. 91 e.v. (onderstreping toegevoegd). Zie ook J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 2*, 2004, p. 404 e.v. Dit onderdeel Parlementaire geschiedenis werd nooit verwerkt in *T&C Vermogensrecht*, ondanks mijn verzoek daartoe, al bij de 4^e druk (2001).

csqn-verband voor het aannemen van aansprakelijkheid van een dader voor het veroorzaken van schade bij de schadelijgende partij? Voor ons onderwerp, de figuren kansschade en proportionele aansprakelijkheid, is het gangbare 'csqn-vereiste' van groot belang, aangezien, zoals wij eerder zagen, de Hoge Raad dat vereiste centraal gesteld heeft bij het onderscheid dat tussen beide rechtsfiguren gemaakt dient te worden: bij kansschade wél, bij proportionele aansprakelijkheid géén csqn-verband vereist.

Daarmee is het hoog tijd om het fundament van het csqn-vereiste hier aan de orde te stellen. Mijn stelling is – niet voor het eerst – dat met de publicatie van het standaardarrest *Waterwingebied* (1970), zoals bevestigd door de NBW-wetgever in artikel 6:98 BW, het stellen van de eis van een csqn-verband bij causaliteit een volslagen anachronisme is, en niet past in het stelsel van toerekening naar redelijkheid dat door de wetgever in 1992 werd ingevoerd. Het vereiste bestaat slechts met behulp van *hineininterpretieren* in de bestaande wettelijk regeling, een toevoeging die door enkele schrijvers werd gedaan zonder deugdelijke grond, en die op den duur kritiekloos is overgenomen in doctrine en rechtspraak. De algemene aanvaarding van dit vereiste gebeurt steevast in combinatie met het aanbrengen van twee stappen bij de toepassing ervan: een eerste fase: de *vestiging van de aansprakelijkheid, het intreden van schade*, waarbij sprake zou moeten zijn van csqn-verband, en een daaraan tegengestelde tweede fase: de *vaststelling van de omvang van de schade*, waarbij slechts de TNR bepalend is. Kortom: de 'vestigingsfase' tegenover de 'omvangsfase' – ook wel onderscheiden als: 'feitelijk' tegenover 'normatief' causaal verband – de zogenaamde 'twee fasenleer'.⁴⁴ Deze opvatting is voor ons onderwerp eveneens relevant: de twee fasen-scheiding wordt bij de behandeling van kansschade door veel schrijvers aanvaard en van belang geacht (soms zelfs van groot belang), en de ontbrekende basis ervoor verdient derhalve hier ook de aandacht.⁴⁵ Maar allereerst de csqn-eis zelf belicht.

De herkomst van dat vereiste is een bewogen geschiedenis. Een schrijver als Rutten heeft in zijn vele (naoorlogse) bewerkingen van *Verbintenissenrecht* in de Asser-serie nooit afstand kunnen nemen van de csqn-leer – hij

heeft na 1970, *Waterwingebied*, lang, zelfs enkele drukken, tegengestribbeld tegen aanvaarding van TNR – hetgeen door de opvolgende bewerkers Hartkamp en Sieburgh grotendeels gehandhaafd bleef. De 'twee fasenleer' werd overigens pas in de 12^e druk van 2004 door die beide schrijvers geïntroduceerd.⁴⁶

De figuur van csqn is verbonden met het sleetse beeld dat van de natuurwetenschappen gegeven wordt: met de frase van 'een aaneengesloten keten van gebeurtenissen' (Von Buri, 1873). Dit is een voorstelling van zaken waaraan sinds het werk van Niels Bohr en de quantumtheorie, die daaruit ontstaan is, elk realisme ontbreekt.⁴⁷ Afgezien daarvan was er al vroeg in de vorige eeuw de kritiek ontstaan dat wanneer dat zogenaamde 'natuurkundige verband' aanwezig is, in sommige situaties toch geen aansprakelijkheid aangenomen wordt, terwijl het zich ook kan voordoen dat indien dat verband er *niet* is, soms toch wél aansprakelijkheid vastgesteld wordt. Een doodsteek voor een serieus vereiste voor causaal verband.⁴⁸

Een bekend voorbeeld van het eerste is al te vinden in het boek van Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, een klassiek werk dat in 1946 postuum door Meijers uitgegeven werd. Een man krijgt een hondenbeet als gevolg van onrechtmatig handelen van de eigenaar van de hond en gaat dan voor de zekerheid langs het ziekenhuis om de beet te laten verzorgen. Het stormt hevig en onderweg wordt hij door een rondvliegende dakpan dodelijk getroffen. Is er hier sprake van een rechtstreeks causaal verband, in de zin van csqn tussen daad en schade? Wel degelijk, het is immers een aaneengesloten keten van gebeurtenissen; toch is het *communis opinio* dat op de dader (hier: eigenaar van de hond die de kleine wond had veroorzaakt) geen aansprakelijkheid rust. In het Duitse recht staat dit bekend als het *Krankenhausfall*, waarbij de persoon met een kleine verwonding in het ziekenhuis vervolgens een dodelijke infectie heeft opgelopen. Voor die casus heeft de doctrine als fundament voor het ontbreken van aansprakelijkheid de figuur van het 'allgemeine Lebensrisiko' bedacht: 'zoiets kan iedereen gebeuren', en komt niet voor toerekening aan de dader in aanmerking.⁴⁹

In het Engelse recht is evenals in het Duitse recht het csqn-vereiste naar zolder gebracht. Van Schellen, een fel tegenstander van dat vereiste bij zijn pleidooi voor

44. Aldus *T&C Vermogensrecht* (Lindenbergh), waar als eerste opmerking bij art. 6:98 ('Causaal verband; toerekening') droogjes gezegd wordt dat de vestigings- tegenover de omvangsfase 'doorgaans onderscheiden wordt'. Zie ook: Asser/Sieburgh 6-I 2021/50 en 83.

45. Zie aldus: T.E.F. Tjong Tjin Tai, 'Schadevergoeding, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid', *NJB* 2016/1605; T.E.F. Tjong Tjin Tai, 'Schade, aansprakelijkheid, en schadebegroting', *WPNR* 2016/7108 en eerder: A.G. Castermans & P.W. den Hollander, 'Proportionele aansprakelijkheid, artikel 6:101 BW en de leer van de kansschade', *NTBR* 2013/21, besproken door B.C.J. van Velthoven, 'Verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid: verschillende figuren voor verschillend gevallen? (II)', *NTBR* 2018/15, par. 6 en 6.4, die ook nog noemt R.L.M. Cox, 'Proportionele aansprakelijkheid versus kansschade – Tussen dogmatiek en praktijk', *NTBR* 2016/40, en oudere literatuur.

46. Zie J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 2*, p. 451 e.v., voor details.

47. De quantumtheorie, die in 2025 het 100-jarige bestaan bereikte, met binnenkort de introductie van de quantumcomputer, heeft de wereld van causaliteit ondersteeven gezet. In de huidige computer vertegenwoordigen bits een waarde van uit 0 of 1, 0 of 1, maar qubits zijn een combinatie van 1 én 0, tegelijkertijd. In de atoomfysica is een vergelijkbare revolutie geweest met het karakter van fotonen en elementaire deeltjes zoals elektronen, die zowel als golf én als deeltje kunnen worden beschreven. De oude Grieken hadden dat al vrij goed gezien, zoals Niels Bohr later aangetoond heeft.

48. Asser/Sieburgh 6-I 2021/50, noemt de 'natuurwetenschappelijke aard' van de csqn-test, die het 'noodzakelijk maakt om daarop een op het recht toegesneden toetsing te laten volgen', d.w.z. die van art. 6:98 BW. Dus 'twee stappen' worden gemaakt: na de 'feitelijke' toetsing, komt de 'normatieve' toetsing. Aldus ook nr. 83. Een 'natuurwetenschap' die al geruime tijd niet meer van deze wereld is.

49. Zie hiervoor, evenals het betoog van Wolfsbergen, mijn *Verbintenissenrecht Deel 2*, p. 416 e.v. Overigens was bij onrechtmatig handelen in de vorm van een nalaten reeds algemeen aanvaard dat csqn geen toepassing kon vinden.

TNR, haalt in zijn proefschrift van 1972 het standaardwerk van Hart/Honoré aan:

*'Plainly, to be a conditio sine qua non of some given occasion and to be causally connected with it are not the same thing [...]. The conditio sine qua non is not the fundamental element in the notion of causation.'*⁵⁰

Voorbeelden van die andere categorie, aansprakelijkheid aangenomen *zonder* dat van csqn-verband sprake is, zijn talrijk. In de commentaren op het *Haagsche Post*-arrest van 1927 werd al opgemerkt dat de eis van csqn-verband verlaten was met de aanvaarding van adequatietheorie (hierna: AQT), met zijn redelijke verwachting als norm. Andere gevallen zijn de aansprakelijkheid bij dubbele causaliteit, alternatieve causaliteit (art. 6:99 BW) en het onderhavige onderwerp, kansschade, aldus reeds Wolfsbergen. Tegenwoordig wordt algemeen erkend dat de eis niet altijd geldt, maar verstokte aanhangers van csqn zien dat als 'uitzonderingen op de regel'.

Dat laatste vindt men bijvoorbeeld in de Asser-bewerking van Sieburgh, in een passage waarbij een volkomen onjuiste beschrijving gegeven wordt van de discussie over de merites van csqn als causaliteitseis in onze doctrine, en rechtsvergelijkend, in die van omringende landen. Kortom, van de stand van de vaderlandse doctrine op dit gebied. Dat is de reden waarom ik hierboven enigszins uitvoerig op die materie ben ingegaan.

Wat leest men namelijk in het Asser-handboek hierover? In de laatste druk, bewerkt door Sieburgh, staat over de 'Kritiek op stap 1: csqn-vereiste' (het feitelijk causaal verband) dat 'deze leer in ons land van verschillende zijden krachtig bestreden is', en wel door de strafrechtjuristen Van Eck (1947) en Witjens (2011).⁵¹ Heel opmerkelijk dat deze uit het strafrecht afkomstige leer (Von Buri) nog steeds in die sfeer getrokken wordt. Veel ernstiger is het, dat in dit handboek de civielrechtelijke, zware kritiek op csqn als causaliteitseis onbesproken gebleven is: de kritiek van de eerder genoemde schrijvers Wolfsbergen, Van Schellen en schrijver dezes. Dat geldt met name de overbodigheid van dat vereiste bij aanvaarding van TNR (en eerder: AQT, zoals bij Wolfsbergen), en tegenstrijdigheid aan een vorm van causaliteit die op moderne leest geschoeid is.

Dit onverklaarbare uitgangspunt van de bewerkers van het Asser-deel wrekt zich ook bij de bespreking van het wettelijk stelsel, artikel 6:98 BW dus. Een pijnlijk gemis is het ontbreken van hetgeen bij Gewijzigd ontwerp 1976 in de Toelichting op het artikel gezegd wordt,

zoals boven uitvoerig ter sprake kwam. De inspiratie die gevonden werd in de gevaarzettingsgedachte en de risicoleer, door de Hoge Raad al in de jaren 50 en 60 aanvaard, en in later tijd uitgewerkt – de formule dat 'een gevaar geschapen werd dat zich verwezenlijkt heeft'. Een rechtsvisie waar Asser-bewerkers nooit veel affectie voor voelden.⁵²

Dit alles heeft geleid tot een uiterst krampachtige, innerlijk tegenstrijdige bespreking van artikel 6:98 BW, in nr. 62, onder het kopje: 'Discussie over de redactie van artikel 6:98 BW'. Dat gaat voornamelijk over de kritiek die bewerk Rutten op de bewoordingen van het artikel had, gevoed door zijn voorkeur voor csqn en aversie tegen TNR. Niettemin komt Sieburgh tot de conclusie dat, ook al wijst de 'taalkundige ontleding' in een andere richting, de wettelijk regel niet slechts voor vaststelling van de *omvang* van de schade bedoeld is, maar dat daarmee 'juist moet worden uitgemaakt of er aansprakelijkheid mag worden aangenomen' (met verwijzing naar de Parlementaire geschiedenis).⁵³ Dat lijkt duidelijk, het gaat gewoon om het algehele causaal verband dat vastgesteld moet worden. Maar het bloed kruipt toch waar het niet gaan kan, omdat deze constatering door Sieburgh afgesloten wordt met de uitspraak, over de 1^e fase:

*'Wat betreft de vestiging van aansprakelijkheid is het artikel in het bijzonder van belang om aansprakelijkheid te funderen in gevallen waarin niet is voldaan aan het condicio sine qua non-vereiste.'*⁵⁴

Een stelling waarvoor geen enkele grondslag geboden wordt, een mooi voorbeeld van een *petitio principii*, alias: *begging the question*.

Ik teken hierbij aan dat bij het hanteren van de csqn-eis Sieburgh ervan uitgaat dat dit in de vorm van de vergelijking met de 'hypothetische situatie' dient te gebeuren, het 'wegdenken van de desbetreffende omstandigheid' (meeten al in nr. 50). Deze gedachte, de zogenaamde 'negatieve werking' van csqn is niet nieuw. Wolfsbergen behandelde dat al en ook het Driemanschap zette dat uiteen in de Toelichting op de voorloper van artikel 6:98 (met AQT) in het Ontwerp-Boek 6 van 1961, terwijl de Hoge Raad in verschillende arresten eenzelfde redenering volgde.⁵⁵

De conclusie moet zijn, dat er geen enkele grond is om de wetgever van het causaliteitsartikel 6:98 BW – een regel die qua tekst en strekking volkomen duidelijk is – toe te dichtten dat bij de toepassing ervan het bestaan van csqn-ver-

50. J. van Schellen, *Juridische causaliteit: een onderzoek naar het oorzakelijkheidsvereiste in het civiele aansprakelijkheidsrecht* (diss. UvA), Amsterdam: 1972, p. 62. In dezelfde zin, zijn boek: *Toerekening naar redelijkheid: naar huidig en komend recht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1985, p. 31 e.v., met ook een overzicht van Duits recht in die zin. De rechtsvergelijking in het Asser-deel is volkomen ontoereikend en misleidend, zie in de laatste druk: Asser/Sieburgh 6-1 2021/52. Vgl. voor Duits en Engels recht mijn *Verbintenissenrecht Deel 2*, 2004, p.447 e.v.

51. T.a.p., nr. 51, *in fine*. Eraan voorafgaand werden enkele uitzonderingen op de toepasbaarheid van csqn besproken. De tekst wijkt weinig af van eerdere drukken, van Hartkamp.

52. Bij de bespreking van Van Schellens boek over TNR van 1985 verwierpen de bewerkers de figuur van 'de verhoogde kans' als grondslag voor aansprakelijkheid, een visie die teruggaat op het klassieke artikel van P. Scholten uit 1902 over dit onderwerp, dat eerder al Wolfsbergen inspireerde. Zie thans: Asser/Sieburgh, t.a.p., nr. 58. Al in Asser/Hartkamp 4-1 2000 (11^e druk) vindt men hetzelfde betoog.

53. In dezelfde zin: nr. 58, *in fine*, waarbij de ontwerpers-NBW en de Hoge Raad (1970) op één lijn gesteld worden.

54. T.a.p., nr. 62, *in fine*. Verwezen wordt hierbij naar (o.a.) nr. 83 (TNR en omvang schade), waar eenzelfde uitspraak gedaan wordt over de zelfstandige functie van csqn bij stap 1, de vestigingsfase. Zie in die zin ook reeds: nr. 53. Eenzelfde tegenstrijdige betoog vindt men bij Asser/Hartkamp 4-1, (11^e druk), 2000, nrs. 427, *in fine*; 437.

55. Zie J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht Deel 2*, p. 415 e.v. voor vindplaatsen.

band als voorafgaand vereiste gesteld moet worden, ook al zwijgen de wet en Toelichting daarover in alle talen.⁵⁶ Dit is een vorm van fictie, ontleend aan persoonlijke voorkeuren (zo niet: hobbyïsme) en is strijdig met de gangbare methode van wetsuitleg. Bovendien onttrekt men zich daarmee aan het wetenschappelijke debat over dit onderwerp.

Heel opvallend is nog, dat het in de huidige doctrine en jurisprudentie schering en inslag is dat van een csqn-vereiste sprake is – ook al wordt daaraan vaak maar een lippendienst bewezen, en staat het eigenlijk gelijk aan de term ‘causaal verband’. Het gevaar van dit losse gebruik van de term ‘csqn’ schuilt hierin dat een minder onderlegde jurist of een juridische leek het begrip ‘csqn’ serieus kan nemen, in zijn 19^e-eeuwse natuurwetenschappelijke betekenis. Een aspect dat nog niet genoemd werd, is dat de verzekeringswereld altijd een groot voorstander van een ijzeren csqn-verband is geweest, en in de praktijk schadeclaims stevast op die basis afhandelde als grond voor afwijzing van claims (commercieel zeer aantrekkelijk). Bedrijven als grote schadeveroorzakers doen niet anders, en de burger-leek laat zich daardoor inpakken. Het optreden van de NAM in Groningen is hier spreekwoordelijk, met als climax de vaste praktijk van het afwijzen van schade die (mede) te wijten was aan gebreken van een gebouw of achterstallig onderhoud. Het oude adagium *The tortfeasor must take the victim as he finds him* was daar aan dovemansoren gericht.⁵⁷

Na dit onderzoek naar de herkomst van het csqn-vereiste voor causaal verband is het zaak om de conclusies die daaruit getrokken kunnen worden over het ontbreken bestaansrecht ervan gezien het wettelijk stelsel voor causaliteit, te herleiden naar het thema van deze beschouwingen: het onderscheid dat in de jurisprudentie (en doctrine) gemaakt wordt tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid.

7. Conclusies. Voor het gangbare onderscheid tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid ontbreken goede gronden: ‘csqn-verband’ en ‘terughoudendheid’ falen als criteria

Het met het *Deloitte*-arrest (2012) door de Hoge Raad ingevoerde onderscheid tussen de figuren kansschade en proportionele aansprakelijkheid is, zoals wij zagen, gebaseerd op het van toepassing zijn van het csqn-vereiste voor causaliteit. Bij hantering van kansschade geldt de voorwaarde dat ‘eerst beoordeeld moet worden of csqn-verband aanwezig is’, leerde de cassatierechter. Daarnaast wordt proportionele aansprakelijkheid omschreven als een begrip waarmee een oplossing geboden

wordt voor situaties ‘waarin onzekerheid bestaat over het csqn-verband tussen normschending en schade’. Dat dit onderscheid onwerkbaar is in de praktijk en tot hoogst onbevredigende resultaten kan leiden, heb ik aangetoond met het arrest *Cardiologen/Staat* (2022). Het steun zoeken bij deskundigenrapporten van dubieus wetenschappelijk gehalte, zoals op dit terrein gangbaar is, bracht mij tot een onderzoek naar het verkeerde gebruik van het begrip ‘kans’ door juristen, namelijk als zou het een synoniem voor ‘waarschijnlijkheid’ zijn.

Welk onderscheid is wel zinvol tussen beide rechtsfiguren? Wij kunnen vaststellen dat het bij *kansschade* gaat over een bepaalde, typische vorm van schade, en wel schade toegebracht aan het vermogen van een persoon. Een ‘kans’ behoort immers tot dat vermogen, een onderdeel ervan, dat verloren gegaan is door toedoen van een derde. Het is te vergelijken met inkomensschade en gederfde winst, een mogelijkheid om inkomsten of winst te verkrijgen die verloren is gegaan als gevolg van onrechtmatig handelen van de dader. Dat grenst weer aan de toekomstverwachting, die op soortgelijke wijze in rook is opgegaan. Het immateriële karakter van de schade die hier in het geding is, kennen wij ook van de figuur van aantasting van de goede naam van een persoon. Op al die terreinen behoort het rekening houden met goede en kwade kansen, en het schatten van de omvang van de schade, al of niet gesteund door deskundigenrapporten, tot het vaste metier van de rechter.

Deze rechtsfiguur is in de praktijk ontwikkeld voor gevallen van verloren kansen bij aanbiedingen en fouten gemaakt bij procedures door verlener van diensten (advocaten, adviseurs, artsen) en dergelijke. De oudste Engelse rechterlijke uitspraak ging over een schoonheidswedstrijd (1911), het Franse standaardarrest over een beroepsfout van een advocaat (1889).⁵⁸

Daarentegen is *proportionele aansprakelijkheid* een rechtsfiguur van meer algemene aard, waarbij de geldende wettelijke regels van causaal verband van toepassing zijn. Dat houdt in, kort gezegd: het vaststellen van causaal verband op grond van artikel 6:98 BW (toerekening naar redelijkheid), juncto artikel 6:97 (schatten mogelijk, bij niet nauwkeurig vast te stellen schade), artikel 6:101 (het in evenredigheid toerekenen van omstandigheden aan de benadeelde, met inachtneming van de billijkheid, ernst van de normschending en omstandigheden) en artikel 6:105 (toekomstige schade: schatten van goede en kwade kansen). Een stelsel dat toereikend is om gevaren van onzekerheid van schade of daderschap te beoordelen en beslissen.

Met mijn beschouwingen heb ik geprobeerd om de verwarring weg te nemen die in de doctrine gecreëerd is doordat schrijvers de oude figuur van csqn van stal

56. In de Toelichting op art. 6:98 bij Gewijzigd Ontwerp van 1976 wordt behalve naar bekende voorvechters van TNR, zoals Köster en Bloembergen, ook verwezen naar oudere schrijvers als Cleveringa en Losecaat Vermeer (een vroegere Asser-bewerker), die op geen enkele wijze aan csqn een rol van betekenis gegeven hebben. Dat is ook het geval met het handboek van Hofmann-Van Opstall-Wiersma uit die tijd: *Het Nederlands Verbintenissenrecht. Algemene Leer van de Verbintenissen, Deel I*, 1968.

57. Zie voor die dramatische doorwerking van csqn mijn boek: *Schadevergoeding voor mijnbouwschade door bodemdaling en aardbevingen. Het Dossier Groningen. Publicaties 2002-2020*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2020, p. 91 e.v. (eerder: *NJB* 2014/44-45). Bij arrest HR 19 juli 2019, ECLI:NL:HR:2019:1278, AB 2019/519, m.nt. C.N.J. Kortmann (*Prejudiciële beslissing Gaswinning Groningen*), is bevestigd dat naar geldend recht gebreken aan een onrechtmatig beschadigd gebouw niet aan de eigenaar toegerekend mogen worden door de dader.

58. Resp.: *Chaplin v. Hicks* (1911), door A.J. Van als beginpunt van kansschade genomen, en Cass. Req. 17 juli 1889, S. 1891, 1, 399, aangehaald door Nuninga, met verwijzing naar Akkermans' dissertatie van 1997.

hebben gehaald, hetgeen door de Hoge Raad in 2012 met *Deloitte* gevolgd werd in het hier besproken onderscheid. Ik heb mij verzet tegen die poging om, ook al is de wetgever van het Nieuw BW met de invoering van artikel 6:98 overgegaan tot aanvaarding van de toerekening naar redelijkheid als causaal stelsel (in lijn met *Waterwingebied*, 1970), terug te keren naar de toen verlaten adequatietheorie van 1927 (*Haagsche Post*): causaliteit weer opgevat als naar maatstaven van hetgeen redelijkerwijze te verwachten gevolg, dus hetgeen waarschijnlijk is. Gebracht als csqn in zijn ‘negatieve werking’ – als ‘hypothetische situatie’ – heeft men getracht om een slapend 19^e-eeuws concept weer tot leven te wekken. Dat is een anachronisme, ook al voordat in het interbellum de quantummechanica ontstond.

De consequentie hiervan is, dat er geen plaats is voor de zogenaamde ‘2-fasenleer’, en daarmee ook niet voor een csqn-test in 1^e fase, zoals de Hoge Raad sinds 2012 heeft aangenomen bij kansschade – anders dan bij proportionele aansprakelijkheid het geval is. Daarmee is die grond voor dat onderscheid weggefallen.

Ook het tweede criterium voor het onderscheid dat de cassatierechter in 2012 aanbracht, het in acht nemen van ‘terughoudendheid’ die geboden zou zijn bij een billijkheidsingreep, en wel alléén in de situatie van *proportionele aansprakelijkheid*, werd door mij verworpen. Die kritiek werd al eerder geuit, door Verheij in zijn *NJ*-noot onder het *Cardiologen*-arrest, met een verwijt aan de cassatierechter dat hij niet was ingegaan op het indringende betoog van A-G G. Snijders over het belang van de billijkheid op dit gebied.⁵⁹ Een voorbeeld van het tekortschieten als hoogste rechter in zijn rol als behoeuder van de rechtsontwikkeling en rechtsgelijkheid, evenals de door mij wel vaker aangevoerde verplichting om met het standpunt verwoord in de conclusie van de A-G in debat te gaan (en daarmee met de rechtsgemeenschap).⁶⁰ Ik wees er in dit verband op dat op andere terreinen waar ‘terughoudendheid’ speelt, zoals de matiging van boetebedingen, de Hoge Raad tegenwoordig die eis niet meer stelt. Wanneer rechtszekerheidsridders met ‘terughoudendheid’ aankomen, moet ik altijd denken aan de uitspraak van (de oude) Van Oven die vele generaties juristen gesticht heeft: ‘Liever onzekerheid van recht, dan zekerheid van onrecht!’⁶¹ Die zekerheid wordt overigens ook gezocht door aanhangers van de csqn-lijn: natuurkundig, wetenschappelijk onderbouwd rechtstreeks causaal verband als schadeoorzaak. Zoals

gezegd, een vorm van *fata morgana* sinds de quantummechanica zijn intrede deed, nu 100 jaar geleden.

Nog een opmerking op dit punt, over het rechtsvinding-aspect, de uitleg van een cassatiearrest. Het is denkbaar dat bij het wijzen van een arrest de kamer verdeeld is en in het groepsproces aan een raadsheer met een minderheidsstandpunt tegemoetgekomen wordt door een bepaalde overweging op te nemen, zoals hier de te betrachten ‘terughoudendheid’. Wij kennen immers geen *dissenting opinion* in ons recht.⁶² En wat het niet uitwerken van de rol van de billijkheid betreft, zoals Bakels (oud-vicepresident Hoge Raad) eens uitgelegd heeft, pleegt de kamer bij interne verdeeldheid over te gaan tot een zogenaamde ‘ondiepe uitspraak’ – alles blijft dan wat aan de oppervlakte, met een vrij nietszeggende uitspraak tot gevolg. Daar hebben wij, als justitiabelen, het maar mee te doen, vindt de hoogste rechter.⁶³ Het is goed om dit bij het lezen van arresten ter harte te nemen, sommige onderdelen van een uitspraak kunnen in dat licht bezien worden en daarmee minder gewicht toebedeeld krijgen.⁶⁴

Ter afronding, nog het volgende. Mijn *flippica* tegen het gebruik van het ‘csqn-verband’ bij causaliteit, en de ‘2-fasenleer’ in het bijzonder, stijgt uit boven de hier aan de orde gestelde problematiek van het onderscheid tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid. Het toepassen van csqn heeft een sterk ontregelende invloed bij de afhandeling van schade in het algemeen, met een climax bij massaschade. Het debacle van de schade als gevolg van gaswinning in Groningen noemde ik al. Met dat dossier vergeleken is het ‘Toeslagenschandaal’ immers maar kinderspel.

Ik heb het *Cardiologen*-arrest gebruikt als illustratiemateriaal om aan te tonen tot welke onwenselijke resultaten het door de Hoge Raad ingevoerde onderscheid tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid kan leiden. Het maatschappelijk belang van het verlaten van dat onderscheid bij gebrek aan een solide juridische grondslag wordt nog groter, indien men bedenkt hoe verdeeld de lagere rechtspraak, van rechtbanken en hoven, op dit punt is. Hoogst onbevredigend voor rechtzoekende burgers, vanwege dit *cuius regio, eius religio*-aspect, maar ook leidend tot een gang naar de cassatierechter indien het belang dat toelaat. Dat is evenmin, gezien besteding van tijd en kosten, met een onzeker resultaat, een wenkend perspectief in ons recht.

59. Zie boven, par. 4. In andere zin Hartlief, die bepleit heeft om ook bij proportionele aansprakelijkheid een soort ‘terughoudendheid’ te doen gelden, met het argument dat niet van een ‘zeer kleine kans’ op schade sprake mag zijn. Zie: A.J. Verheij, ‘Wat is kansschade?’, *VR* 2024/098, par. 2.

60. Zie J.M. van Dunné, ‘De betekenis van de motiveringsplicht voor rechtsvorming en rechtsontwikkeling door de Hoge Raad, bezien in relatie tot de conclusie van de Advocaat-Generaal als weergave van de standpunten van partijen’, in: R. Horselenberg, V. van Koppen & J. de Keijser, *Bakens in de rechtspsychologie. Liber amicorum voor Peter van Koppen*, Den Haag: Boom criminologie 2022, p. 263-283 (verschenen op 17 maart 2022, Afscheidscollege). Ook op mijn website te vinden.

61. Waarover mijn oratie: *Riskante rechtsvinding* (oratie EUR), Deventer: Kluwer 1974; J.M. van Dunné, *Normatief uitgelegd: Verzamelde privaatrechtelijke opstellen*, Deventer: Kluwer 2006, p. 683 e.v.

62. *Ceterum censeo, dissenting opinion inferendam esse!*

63. Bakels, in *AA* 2015, waarover mijn genoemde bijdrage aan de Van Koppen-bundel, evenals mijn artikel in: *ORP* 2022/81, ‘Naschrift’. Ook Bakels is er voorstanders van dat de Hoge Raad in debat gaat met zijn A-G.

64. Overigens geeft het te denken dat in de *Cardiologen*-zaak Sieburgh deel uitmaakte van de kamer die het arrest gewezen heeft, zij is voorstander van ‘terughoudendheid’, zie: Asser-Sieburgh 6-1 2020/427.