

Causaliteit in letselschadezaken

Verslag van het 7^e Gronings Letselschadecongres

Mr. A. Kolder *

Ieder jaar organiseert de vakgroep Privaatrecht & Notarieel Recht van de Rijksuniversiteit Groningen (RuG) een letselschadecongres over een nog niet uitgekristalliseerd onderwerp. Dit jaar vond het congres plaats op 7 oktober 2013 met als thema: Causaliteit in letselschadezaken. Een gemengd gezelschap van advocaten, letselschadespecialisten, verzekeraars, rechters, wetenschappers en studenten reisde af naar Groningen om te worden bijgepraat en mee te discussiëren over een van de lastigste onderdelen van het aansprakelijkheidsrecht.¹⁾ De afgelopen periode was de inkt van het ene belangwekkende arrest van de Hoge Raad over het causaal verband vereiste nog niet droog, of een volgend verscheen alweer.

* Advocaat bij PUNT Letselschade Advocaten te Emmen, tevens docent en onderzoeker aan de RuG.

1. Bijv. A-G Spier over het leerstuk van het causaal verband in zijn conclusie voor HR 21 december 2012, *NJ* 2013/237 (Deloitte/Hassink), *VR* 2013/35.
2. Universitair hoofddocent vakgroep Privaatrecht en Notarieel recht, tevens bijzonder hoogleraar religie en recht Rijksuniversiteit Groningen.
3. D. Peepkorn, Het oordeel van Paris, *VR* 1998, p. 321 e.v.
4. A.J. Akkermans, Proportionele schadevergoeding: onbekend maakt onbemind?, *VR* 1999-3, p. 65-69.
5. HR 31 maart 2006, *RvdW* 2006/328.
6. Hoge Raad 24 december 2010, *NJ* 2011/251.
7. Advocaat Kennedy Van der Laan, Amsterdam.
8. Achtereenvolgens verschenen HR 23 november 2012, *NJ* 2012/669 (Erven A/B en C); HR 14 december 2012, *NJ* 2013/236 (Nationale Nederlanden/S en L), *VR* 2013/34; HR 21 december 2012, *NJ* 2013/237 (Deloitte/Hassink); HR 7 juni 2013, *RvdW* 2013/761 (SVB/Van de Wege) en HR 7 juni 2013, *RvdW* 2013/762 (Lansink/Ritsma).
9. HR 23 november 2012, *NJ* 2012/669 (Erven A/B en C).
10. Eveneens HR 23 november 2012, *NJ* 2012/669 (Erven A/B en C).
11. HR 21 december 2012, *NJ* 2013/237 (Deloitte/Hassink).
12. HR 14 december 2012, *NJ* 2013/236 (Nationale Nederlanden/S en L).
13. Advocaat Van Benthem & Keulen, Utrecht.

In zijn openingswoord bracht dagvoorzitter prof. mr. F.T. Oldenhuis²⁾ de uitgesproken visie van Peepkorn op onzeker causaal verband in herinnering: een proportionele oplossing zou in strijd zijn met het beginsel van volledige schadevergoeding. Peepkorn bepleitte een 'alles-of niets'-benadering, met als omslagpunt 'een redelijke mate van waarschijnlijkheid' van causaal verband.³⁾ De kritiek op een dergelijke benadering luidde al snel dat één procent boven of onder dit omslagpunt het hele verschil uitmaakt tussen alles of niets.⁴⁾ Soms blijft er nu eenmaal reële twijfel bestaan over wel of geen causaal verband, waarbij de keuze voor het een (geheel toe- of afwijzen) geen recht doet aan de substantiële mogelijkheid van het ander. Oldenhuis wees erop dat de Hoge Raad in *Nefalit/Karamus*⁵⁾ de mogelijkheid van een proportionele oplossing inmiddels uitdrukkelijk heeft aanvaard, zij het dat uit het nadien verschenen *Fortis/Bourgonje*⁶⁾ volgt dat daarmee terughoudendheid is geboden.

Uit het betoog van mr. Chr. H. van Dijk⁷⁾ bleek dat sinds de voornoemde twee arresten de rechtsontwikkeling allesbehalve heeft stilgestaan: in relatief korte tijd volgde de afgelopen periode een aantal nieuwe belangwekkende arresten over het causaal verband vereiste.⁸⁾ Op heldere wijze zette Van Dijk de belangrijkste lessen uit deze arresten uiteen. Zo werd de zaal onder meer voorgehouden dat voor toepassing van de omkeringsregel, in tegenstelling tot hetgeen uit eerdere rechtspraak van de Hoge Raad leek te volgen, niet (óók) nodig is dat de betreffende normschending het specifieke gevaar 'in aanmerkelijke mate heeft vergroot'.⁹⁾ En evenmin is de omkeringsregel bedoeld om 'het laatste

restje causaliteitonzekerheid' weg te nemen.¹⁰⁾ Van Dijk achtte dit laatste logisch, aangezien bij een laatste restje causaliteitonzekerheid al wordt voldaan aan 'een redelijke mate van waarschijnlijkheid', hetgeen de norm is voor het (rechtstreeks) kunnen aannemen van causaal verband. Kritischer is Van Dijk over het zijns inziens gekunstelde onderscheid dat de Hoge Raad maakt tussen proportionele aansprakelijkheid en het leerstuk van de kansschade, en het daaraan gekoppelde gevolg dat bij het eerste leerstuk 'terughoudendheid' is geboden en bij het tweede niet.¹¹⁾ Van Dijk meent dat beide benaderingen uitwisselbaar zijn, omdat onzeker causaal verband telkens vanuit twee invalshoeken kan worden benaderd: kent de schade als oorzaak wel de fout (causaliteitsvraag) of heeft de fout wel werkelijk schade doen ontstaan (schadekwestie)? Omdat causaliteit en schade aldus twee zijden van dezelfde medaille zijn en iedere zaak in de ene of andere sleutel valt te gieten, dient volgens Van Dijk de uitkomst in essentie ook steeds hetzelfde te zijn. Wel kan Van Dijk zich vinden in het oordeel van de Hoge Raad dat (al dan niet naar analogie van art. 6:101 BW) bij het toepassen van proportionele aansprakelijkheid geen plaats is voor een billijkheidscorrectie, maar ná de toepassing daarvan wél.¹²⁾

Na de schets van Van Dijk van de door de Hoge Raad uitgezette hoofdlijnen, zoomde mw. mr. J. Meyst-Michels¹³⁾ in op causaliteitonzekerheid op het specifieke gebied van medische aansprakelijkheid. Allereerst stond zij stil bij het aangrijppingspunt voor aansprakelijkheid: de normschending van de hulpverlener. Aandacht werd besteed aan

de (soms relatieve) waarde van medische protocollen¹⁴), rechtspraak van de tuchtrechter en de soms lastige verhouding tussen de tucht- en civiele norm.¹⁵ Ook werd ingegaan op perikelen rond de voor juristen onontkoombare medische voorlichting. Meyst-Michels wees op de ‘vertraging’ op dit punt in veel kwesties van medische aansprakelijkheid, en wel vanwege de almaar terugkerende discussie over de persoon en deskundigheid van de deskundige, zijn vakgebied en (on)afhankelijkheid, de voor te leggen vraagstelling en uiteindelijke (juridische) waardering van de eenmaal tot stand gekomen rapportage. Met betrekking tot het causaal verband wees Meyst-Michels erop dat terzake specifieke problemen bestaan op het gebied van medische aansprakelijkheid. Onder meer omdat in de regel al sprake is van een gezondheidstoestand die de patiënt als het ware ‘op achterstand’ zet. Mede hierdoor kan grote onzekerheid bestaan over het werkelijke verband tussen bijvoorbeeld een gemiste diagnose of te laat ingrijpen en de gezondheidsschade. Niettemin schetste Meyst-Michels dat de Hoge Raad ook op het gebied van medische aansprakelijkheid de toepassing van de omkeringsregel heeft aanvaard.¹⁶ Een grote regelmaat is volgens haar echter niet aan de orde, omdat doorgaans ‘slechts’ sprake is van schending van een algemene zorgvuldigheidsnorm en zodoende niet aan het specificiteitsvereiste wordt voldaan. Ook wees Meyst-Michels er nog op dat in de zogeheten ‘informed consent’-gevallen de omkeringsregel de patiënt in de regel geen soelaas kan bieden.¹⁷ Gelet op de onzekerheden over het oorzakelijk verband die niet zelden (deels) inherent zijn aan medische aansprakelijkheidskwesties, zullen de leerstukken van proportionele aansprakelijkheid en kansschade bij uitstek op dit terrein een rol van betekenis kunnen vervullen, aldus Meyst-Michels.

Prof. mr. C.J.M. Klaassen¹⁸) wijdde haar bijdrage aan causaliteitsonzekerheid op het gebied van de werkgeversaansprakelijkheid. Nadat de algemene contouren van art. 7:658 BW met bijbehorende bewijslastverdeling waren geschetst, wees Klaassen erop dat in het bijzonder bij beroepsziekten zoals RSI, OPS en burn-out de vraag rijst of de gezondheidsproblematiek van de betreffende werknemer wel is ontstaan ‘in de uitoefening van de werkzaamheden’. Klaassen geeft aan dat (ook) bij werkgeversaansprakelijkheid het vereiste van oorzakelijk verband een wezenlijke is, waarop in de praktijk nogal wat zaken stuklopen. De zogeheten ‘arbeidsrechtelijke omkeringsregel’ kan de werknemer evenwel behulpzaam zijn in zijn bewijsrechtelijke positie.¹⁹ Klaassen wees erop dat de Hoge Raad deze regel en de daaraan al eerder gestelde toepassingsvoorwaarden onlangs heeft bevestigd.²⁰ Nieuw is, aldus Klaassen, dat de Hoge Raad heeft duidelijk gemaakt dat voor het antwoord op de vraag of de klachten ‘kunnen’ zijn veroorzaakt door de schadelijke arbeidsomstandigheden wel een zekere ondergrens bestaat: niet ieder risico of iedere vorm van blootstelling is in dit verband voldoende. Er dient een zeker vermoeden te bestaan dat de klachten hun oorzaak vinden in het werk. Is er weinig omtrent het letsel of de oorzaken daarvan bekend of ‘ligt het niet in de lijn’

dat de klachten zijn veroorzaakt door het werk, dan lijkt een beroep op de omkeringsregel problematisch, aldus Klaassen. Anderzijds, zo hield zij de zaal voor, is de arbeidsrechtelijke omkeringsregel ook weer niet bedoeld om ‘het laatste restje causaliteitsonzekerheid’ weg te nemen. Met betrekking tot proportionele aansprakelijkheid wees Klaassen erop dat van belang is dat de Hoge Raad thans ten opzichte van Nefalit/Karamus ‘in woorden’ is omgegaan: niet de werkgever veroordelen tot vergoeding van de gehele schade minus het aan de werknemer toe te rekenen aandeel in diens schade, maar een aansprakelijkheid naar rato van de kans dat de normschending van de werkgever de schade heeft veroorzaakt. Dit verschil in benadering is volgens Klaassen relevant voor gevallen waarin er naast een mogelijk aan de werknemer toe te rekenen schadeoorzaak, sprake is van meerdere aansprakelijke mogelijke veroorzakers. Klaassen, die anders dan Van Dijk het maken van (dogmatisch) onderscheid tussen proportionele aansprakelijkheid en de leer van de kansschade overigens wél onderschrijft²¹), bracht tot slot in herinnering dat al met al niet uit het oog moet worden verloren dat voor het bewijs van causaal verband geen 100% zekerheid is vereist: het gaat om een redelijke mate van waarschijnlijkheid. Dus soms ‘terug naar de basis’ en niet te snel de omkeringsregel, proportionele aansprakelijkheid en/of kansschade van stal halen, maar ‘gewoon’ feitelijk beoordelen of al dan niet aan het causaal verband-vereiste is voldaan, zo luidde de boodschap.

Zoals gebruikelijk op het congres komt als laatste spreker de rechter aan het woord. Ditmaal gaf **mr. R.A. Dozy**²²) een kijkje in de keuken van de rechter die zich met causaliteitsonzekerheid geconfronteerd ziet. Dozy gaf aan dat het causaal verband een van de moeilijkste onderwerpen is om als rechter over te moeten beslissen. Evenals Klaassen drukte zij de toehoorders op het hart dat waarheidsvinding voorop staat en de feitenvaststelling zeer belangrijk is. Ook hier klonk de roep om ‘terug naar de basis’ door, en de waarschuwing niet te snel te grijpen naar instrumenten als bijvoorbeeld de omkeringsregel, die volgens Dozy soms enkel tot onnodige ‘zijdiscussies’ leiden. Ook wees Dozy, evenals Meyst-Michels, enerzijds op de noodzaak van voorlichting door medisch deskundigen terwijl dat anderzijds vanwege bijna niet aflatende discussies steeds weer veel tijd en energie kost. Dozy opperde als mogelijk alternatief de idee van een ‘gecombineerde kamer’ bij de gerechtshoven, waarin niet alleen beroepsrechters maar ook medisch deskundigen plaatshebben. Vervolgens illustreerde Dozy de praktische problematiek van (het bewijs van) het causaal verband aan de hand van de zaak die leidde tot HR 7 december 2007, NJ 2007/644 (Sectio) en na verwijzing Hof Arnhem 18 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8853.²³) In deze zaak kwam een kindje met ernstig hersenletsel ter wereld, en stond vast dat de gynaecoloog een beroepsfout had gemaakt door niet tijdig met een keizersnede in te grijpen in het natuurlijke verloop van de bevalling. Voor lag de vraag of het hersenletsel was te wijten aan de fout van de gynaecoloog dan wel dat het kindje bij tijdig ingrijp-

“ Oorzakelijk verband is (ook) bij werkgeversaansprakelijkheid een wezenlijk vereiste. ”

14. HR 2 maart 2001, NJ 2001/649 (Trombose), VR 2001/119; HR 1 april 2005, NJ 2006/377 (Augmentin), VR 2007/36.
15. HR 12 juli 2002, NJ 2003/151 (Telfout), VR 2002/197.
16. HR 2 maart 2001, NJ 2001/649 (Trombose); HR 19 maart 2004, NJ 2004/307 (Seresta); HR 7 december 2007, NJ 2007/644 (Sectio), VR 2008/86; HR 23 november 2012, NJ 2012/669 (Erven A/B en C).
17. HR 23 november 2001, NJ 2002/386 en 387 (Informed consent), VR 2002/176 en VR 2003/114.
18. Hoogleraar burgerlijk recht en burgerlijk procesrecht Radboud Universiteit Nijmegen.
19. HR 17 november 2000, NJ 2001/596 (Unilever/Dikmans), VR 2001/78, nader uitgewerkt in HR 23 juni 2006, NJ 2006/354 (Havermans/Luyckx), VR 2007/104, en nadien bevestigd in o.a. HR 9 januari 2009, NJ 2011/252 (Landskroon/BAM), VR 2010/33.
20. HR 7 juni 2013, RvdW 2013/761 (SVB/Van de Wege) en HR 7 juni 2013, RvdW 2013/762 (Lansink/Ritsma).
21. Zie nader Klaassen, Kansschade en proportionele aansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad geen zijden van dezelfde medaille, AV&S 2013-4, nr. 14.
22. Senior raadsheer Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden.
23. Zorgvuldigheids halve vermeldde Dozy dat zij in deze zaak het verwijzingsarrest als een van de raadsheren meewees, Meyst-Michels opkwam voor het zich verwerende ziekenhuis en Vosselman en ondergetekende optraden voor het slachtoffer.

pen óók met hersenletsel zou zijn geboren. Mede aan de hand van een tweetal deskundigenberichten stelde het hof in het verwijzingsarrest de kans dat het kindje zonder letsel zou zijn geboren bij een tijdig uitgevoerde keizersnede op 50%. En omdat de causaliteitsonzekerheid (mogelijk) mede werd ingegeven door het door toedoen van het ziekenhuis ontbreken van bepaalde medisch informatie, werd de aansprakelijkheid op grond van de billijkheidscorrectie nog met 10% verhoogd naar 60%. Illustratief is dat Dozy aangaf dat indien dit arrest ná Nationale Nederlanden/S en L²⁴⁾ zou zijn geweest, het voorstelbaar was geweest dat het hof de aansprakelijkheid van het ziekenhuis 'direct' op 60%, en derhalve niet mede langs de band van de billijkheidscorrectie, zou hebben vastgesteld. Hiermee plaatste Dozy het ingewikkelde leerstuk van het causaal verband en de op dat gebied inmiddels ontwikkelde, soms sterk dogmatische rechtsregels stevig in perspectief.



Het leerstuk van het causaal verband is uiterst weerbarstig.



Na de bijdragen van de sprekers vond onder leiding van **mr. H. Vorsselman**²⁵⁾ een debat plaats tussen de sprekers en 'de zaal'. Onder meer werd gedebatteerd over de waarde van algemene statistische gegevens bij de beoordeling van het (vermoeden van) causaal verband tussen bijvoorbeeld werk en schade in een concreet geval van werkgeversaansprakelijkheid. Ook werd gesproken over de eventuele rol van Arbovoorschriften – vgl. medische protocollen bij medische aansprakelijkheid – bij de toepassing van de omkeringsregel op het terrein van werkgeversaansprakelijkheid. Tot slot werd stilgestaan bij de mogelijke voors en tegens van een invoering van 'medische kamers' bij de gerechtshoven zoals door Dozy voorgesteld.

Het congres bevestigde nog maar eens dat het leerstuk van het causaal verband een uiterst weerbarstige is. Door de recente rechtspraak van de Hoge Raad en de daarin aangebrachte (verdere) verfijningen en nuances is het er al met al niet makkelijker/doorzichtiger op geworden. De toepassing in het concrete geval van de diverse door de Hoge Raad gegeven rechtsregels en vingerwijzingen zal de komende tijd dan ook nog de nodige (principiele) discussies opleveren. In het bijzonder zal het door de Hoge Raad (vooralsnog?) gemaakte onderscheid tussen proportionele aansprakelijkheid en de leer van de kansschade ongetwijfeld nog menigmaal onderwerp van debat zijn. De titel van het recente TVP-artikel²⁶⁾ van Van Dijk, 'Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven', zal voorlopig dan ook nog wel opgeld blijven doen.

24. HR 14 december 2012, NJ 2013/236, waarin werd geoordeeld dat bij de toepassing van proportionele aansprakelijkheid géén ruimte is voor een billijkheidscorrectie.

25. Advocaat PlasBossinade, Groningen.

26. TVP 2013-3, p. 61-84.