

# De csqn-toets bij een nalaten in het licht van het arrest Netvliesloslating: komt bovennormconform gedrag voor rekening van de laedens?

*Mr. drs. P.A. Fruytier en mr. L.A. Burwick\**

## 1 Inleiding en vraagstelling

Aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad vereist als uitgangspunt het bestaan van causaal verband (csqn-verband) tussen het onrechtmatige gedrag en de schade.<sup>1</sup> Deze toets vereist een vergelijking tussen de werkelijke (vermogens)situatie waarin de gelaedeerde verkeert en de hypothetische (vermogens)situatie waarin hij zou verkeren als de onrechtmatige gedraging achterwege zou zijn gebleven.<sup>2</sup> Als de schade in de hypothetische situatie niet zou zijn ontstaan, dan is die door de onrechtmatige gedraging ontstaan.<sup>3</sup>

Hoewel bovenstaande csqn-toets op het eerste oog eenvoudig lijkt, blijkt hij in sommige casustypen toch tot vragen te leiden. Dat is het geval in het Netvliesloslating-arrest van de Hoge Raad.<sup>4</sup> Een arts voert een eerste controle op netvliesloslating uit bij een pasgeboren baby. Deze controle mislukt, omdat de pupillen van de pasgeborene daartoe niet (meer) wijd genoeg zijn. De arts laat in strijd met de daarvoor geldende normen aanvankelijk na een tweede controle uit te voeren. Na een alsnog uitgevoerde tweede controle blijkt dat de netvliesloslating in een vergevorderd stadium is, waarna de arts de volgende dag alsnog overgaat tot operatie. Uiteindelijk verliest de baby volledig het gezichtsvermogen. Een deskundige stelt vast dat een redelijk handelend en bekwaam arts weliswaar eerder een tweede controle zou hebben uitgevoerd, maar die maatmanarts op hetzelfde moment als de arts in kwestie tot operatie zou zijn overgegaan. De aangesproken arts verklaart zelf echter dat als hij – in lijn met de norm – eerder een tweede controle had uitgevoerd, hij ook *eerder* dan de maatmanarts tot operatie zou zijn overgegaan. De kans op een succesvolle operatie was dan ook groter geweest.

De Hoge Raad oordeelt dat de csqn-toets vereist dat de feitelijke situatie – het volledige verlies van het gezichtsvermogen – wordt vergeleken met de hypothetische situatie waarin de arts (1) eerder zou hebben gecontroleerd en (2) in lijn met zijn eigen verklaring ook eerder tot operatie zou zijn overgegaan. In die hypothetische situatie zou een hogere kans hebben bestaan op een beter resultaat. Voor die kansschade is de arts aansprakelijk.

De maatmannorm valt in deze casus dus in twee vragen uiteen: (1) binnen welke termijn moet een redelijk handelend en bekwaam arts de tweede controle uitvoeren, en (2) binnen welke termijn moet die maatmanarts vervolgens tot operatie overgaan? Volgens de Hoge Raad is in het kader van die twee-

\* Mr. drs. P.A. Fruytier is cassatieadvocaat bij BarentsKrans te Den Haag en redacteur van dit tijdschrift. Mr. L.A. Burwick is advocaat bij Houthoff te Amsterdam.

1. Zie voor enkele voorbeelden uit de rechtspraak: HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2723, NJ 1998/831 (Nacap/Shellfish); HR 24 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC5603, NJ 2008/262 (Brandstichting Frieslandhal); HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815, NJ 2012/182 m.nt. J.B.M. Vranken (De Treck/Dexia); Asser/Sieburgh 6-II 2017/50.

2. HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0562, NJ 1992/396 (De Swaen); HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2723, NJ 1998/831 (Nacap/Shellfish); HR 18 maart 2005, ECLI:NL:PHR:2005:AR5213, NJ 2006/606 m.nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly); HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, NJ 2003/389 (V./Branderhorst); en voor de dogmatiek o.m. Asser/Sieburgh 6-II 2017/31; S.D. Lindenbergh, Schadevergoeding: algemeen, deel 1 (Mon. BW nr. B34), Deventer: Wolters Kluwer 2020; T.F.E. Tjong Tjin Tai, Schade, causaliteit en schadebegroting, WPNR 2016, afl. 7108, p. 383-387; Boonekamp, in: GS Schadevergoeding, art. 6:98 BW, aant. 2.1 (online, bijgewerkt 23 maart 2020).

3. Zie Asser/Sieburgh 6-II 2017/50; Boonekamp, in: GS Schadevergoeding, art. 6:98 BW, aant. 1.2.2 (online, bijgewerkt 23 maart 2020); en bijv. HR 13 december 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE9243, NJ 2003/212 (V./Oli-fiers); HR 18 januari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD4915, NJ 2002/168 (Interplant/Oldenburger); HR 26 april 2002, ECLI:NL:PHR:2002:AD9339, NJ 2004/210 m.nt. J. Hijma (Sparrow/Van Beukering); HR 24 september 2004, ECLI:NL:PHR:2004:AP7760, NJ 2006/201 m.nt. H.J. Snijders (Muijlaert/Moes); HR 10 juli 2009, ECLI:NL:HR:2009:BI3402, NJ 2011/43 m.nt. J. Hijma (Vos/TSN); HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0562, NJ 1992/396 (De Swaen); HR 15 mei 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2654, NJ 1998/624 (Vehof/Helvetia); HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0539, NJB 2010/804 (Makelaar); HR 2 oktober 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2723, NJ 1998/831 (Nacap/Shellfish).

4. HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, NJ 2017/133 m.nt. S.D. Lindenbergh (Netvliesloslating).

de vraag doorslaggevend het moment dat *deze* arts – conform zijn verklaring – tot operatie zou zijn overgegaan.

In de literatuur bestaat verdeeldheid over de vraag of de Hoge Raad een juiste csqn-toets formuleert. Een belangrijk kritiekpunt is dat de arts die feitelijk méér zou hebben gedaan dan de norm van hem verlangt, ook voor méér aansprakelijk is.<sup>5</sup> De arts zou dus beter hebben kunnen verklaren dat hij conform zijn maatman minder zijn best zou hebben gedaan.

In dit artikel onderzoeken wij of de door de Hoge Raad in dit casustype aangelegde csqn-toets past binnen de basisdogmatiek van de csqn-toets, en zo nee, waarom niet. Hiertoe zetten wij allereerst het casustype Netvliesloslating en vergelijkbare casus in abstracto uiteen. Vervolgens beschrijven wij de receptie van het arrest in de literatuur. Daarna onderzoeken wij in hoeverre die kritiek hout snijdt door te bezien (1) wat de basisdogmatiek van de csqn-toets is en (2) hoe die basisdogmatiek uitwerkt bij toepassing op het casustype Netvliesloslating.

## 2 Het casustype en de receptie van Netvliesloslating in de literatuur

### 2.1 Casustype

Het casustype Netvliesloslating betreft in de kern een geval waarin de gelaedeerde de laedens verwijt een bepaald normconform handelen te hebben nagelaten, als gevolg waarvan de gelaedeerde (mogelijk) schade heeft geleden. In Netvliesloslating ging het om de norm binnen welke termijn een redelijk handelend en bekwaam arts de tweede controle moet uitvoeren en binnen welke termijn de arts vervolgens tot operatie moet overgaan. De tweede stap maakt onderdeel uit van de norm. Anders zou het recht immers geen eis stellen aan de snelheid waarmee bij geconstateerde aandoeningen ingegrepen moet worden.

Dit nalaatcasustype komt veelvuldig voor. Vergelijkbaar is bijvoorbeeld de advocaat die nalaat (tijdig) appel in te stellen,<sup>6</sup> waardoor de kans op een gewonnen zaak verloren gaat.<sup>7</sup> Verder kan men denken aan het Deutsche Bank-arrest, waarin de bank haar cliënt een beleggingsfonds adviseert, maar daarbij nalaat haar cliënt te waarschuwen dat zij zelf geen onderzoek heeft gedaan naar dat fonds.<sup>8</sup> Het casustype doet zich bijvoor-

beeld ook voor bij een NVM-makelaar die nalaat in de verkoopbrochure een conform de NVM-meetinstructie gemeten woonoppervlakte te vermelden.<sup>9</sup>

### 2.2 Receptie in de literatuur

In de literatuur is de door de Hoge Raad in het Netvliesloslating-arrest aangelegde csqn-toets wisselend ontvangen. Van der Kooij onderschrijft de toets. Volgens hem bestaat de constructie van de hypothetische situatie uit twee fasen. Allereerst wordt een uitgangssituatie vastgesteld door het normschendend doen weg te denken dan wel, in het geval van een nalaten, het normconform doen erbij te denken.<sup>10</sup> In de reeks gebeurtenissen die aan de ingetreden schade vooraf zijn gegaan, wordt aldus een hypothetische situatie geplaatst. In de tweede fase wordt op basis van deze van de werkelijkheid afwijkende uitgangssituatie ingeschat wat er vervolgens zou zijn gebeurd. Daarbij wordt bekeken of de schade in die situatie eveneens zou zijn ingetreden. Het is volgens Van der Kooij niet bijzonder dat in deze tweede fase in sommige gevallen wordt onderzocht wat de laedens (of indien relevant de gelaedeerde) vervolgens *feitelijk* zou hebben gedaan.<sup>11</sup> Dit is volgens hem een logische consequentie van de noodzaak te onderzoeken wat, gegeven een bepaald van de werkelijkheid afwijkend uitgangspunt, *zou zijn gebeurd*.<sup>12</sup>

Ook Witting schrijft naar aanleiding van het Netvliesloslating-arrest dat de omvang van de schade wordt vastgesteld door een vergelijking te maken tussen de feitelijke situatie na de normschending en de hypothetische situatie zoals die (feitelijk) zou zijn geweest als de normschending zou zijn uitgebleven. Inzichten van deskundigen kunnen behulpzaam zijn en verklaringen van de normschender zelf, zoals een arts die

5. Zie hierover W.Th. Nuninga, Niet meer en niet minder. Over normatieve overwegingen bij het vaststellen van causaal verband, MvV 2020, afl. 6, p. 227-238.

6. Zie o.m. HR 11 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK0859, NJ 2010/3; HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, NJ 1998/257 m.nt. P.A. Stein (Baijings/mr. H); HR 23 februari 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB0199, NJ 2001/431 m.nt. J.B.M. Vranken en Th.M. de Boer; HR 19 januari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ6541, NJ 2007/63 (Kranendonk Holding); HR 16 februari 2007, ECLI:NL:HR:2007:AZ0419, NJ 2007/256 m.nt. J.M.M. Maeijer (Tuin Beheer); Hof Amsterdam 9 juli 2019, ECLI:NL:GHAMS:2019:2394, NJF 2019/422.

7. T.F.E. Tjong Tjin Tai, Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid, NJB 2016/1605.

8. HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:28, NJ 2020/121 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Deutsche Bank/X).

9. HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, NJ 2020/8 m.nt. J.M. Smeehuijzen (NVM-Meetinstructie II).

10. D.A. van der Kooij, Relativiteit, causaliteit en toerekening van schade. Een onderzoek naar de grenzen van contractuele en buitencontractuele aansprakelijkheid, Deventer: Wolters Kluwer 2019, p. 187 en 202.

11. Van der Kooij 2019, p. 209-210. Zie voor meer casustypen waarin de Hoge Raad de feitelijke invulling kiest o.m. HR 3 juni 2016, ECLI:NL:HR:2016:1112, NJ 2016/291 (Wevers/Hengelo); HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:354, NJ 2019/409 m.nt. Keus (Zuid-Holland/Boskalis); HR 3 april 1992, ECLI:NL:HR:1992:ZC0562, NJ 1992/396 (De Swaen); HR 28 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF3067, NJ 2003/389 (V./Branderhorst). In deze laatste zaak had een advocaat nagelaten zijn cliënt te waarschuwen voor het verbeuren van dwangsommen als hij zijn bedrijfsactiviteiten niet zou staken. Dientengevolge verbeurde zijn cliënt dwangsommen en stelde hij zijn advocaat aansprakelijk. De advocaat voerde als verweer dat zijn cliënt vanwege de drukke decembermaanden, ook na het geven van een waarschuwing, toch wel zijn bedrijfsactiviteiten zou hebben voortgezet en derhalve toch wel dwangsommen zou hebben verbeurd. Het hof oordeelt dat dit laatste voor de vaststelling van de schade geen relevante omstandigheid is. De Hoge Raad vernietigt dat arrest en oordeelt dat een vergelijking moet worden gemaakt tussen de feitelijke situatie na het uitblijven van de waarschuwing en de hypothetische situatie bij het wegdenken van die tekortkoming. Dat is vanwege het nalaten een bijdenktoets: als de gelaedeerde na een normconforme waarschuwing van zijn advocaat alsnog dwangsommen zou hebben verbeurd, moet dit bij de vaststelling van het csqn-verband worden betrokken.

12. Van der Kooij 2019, p. 210-211.

een medische fout heeft gemaakt, kunnen daarbij ook van belang zijn.<sup>13</sup>

Nuninga betoogt daarentegen dat deze feitelijke invulling van het hypothetische scenario in bepaalde gevallen tot weinig aansprekende uitkomsten leidt en dat daarom soms een meer normatieve benadering de voorkeur verdient. Volgens hem zou in de zaak *Netvliesloslating* in de hypothetische situatie enkel mogen worden gekeken naar het gedrag van de maatmanarts. Zijns inziens wringt het dat de deskundigheid van de arts en zijn eerlijkheid tijdens de procedure hebben geleid tot aansprakelijkheid voor meer dan waarvoor een *gemiddelde* arts, die slechts de norm zou hebben gevolgd, aansprakelijk zou zijn gehouden.<sup>14</sup>

### 3 De oorsprong van de csqn-toets en de toepassing in het civiele recht

De csqn-toets wordt in de literatuur in de regel gepresenteerd als een ‘natuurkundige’ of ‘wetenschappelijke’ en dus zuiver ‘feitelijke’ toets.<sup>15</sup> Die gedachte vloeit voort uit het gegeven dat de juridische csqn-toets wil aansluiten bij de empirische logica die een vergelijkbare toets kent. Deze paragraaf onderzoekt hoe die toets uit de empirische logica eruitziet en hoe deze is geïntegreerd in de juridische csqn-toets. We zullen zien dat de juridische csqn-toets inderdaad ‘feitelijk’ is in de zin dat hij geen normatief oordeel velst over de vraag of bepaalde door het verweten gedrag veroorzaakte schade voor vergoeding in aanmerking komt. De juridische csqn-toets draagt echter wel een normatief element in zich. De toets zoekt namelijk naar het verband tussen het *verweten* gedrag en de schade. De juridische csqn-toets past de empirische logica op die zoektocht toe. Die logica bepaalt volgens ons ook hoe de vergelijking in een nalaatcasus als *Netvliesloslating* precies moet worden gemaakt.

#### 3.1 De oorsprong van de juridische csqn-toets

De juridische csqn-toets vindt zijn oorsprong in de empirische logica van John Stuart Mill.<sup>16</sup> Die logica neemt tot uitgangspunt dat een bepaalde toestand of gebeurtenis niet één oorzaak heeft, maar steeds een reeks van daarvoor noodzakelijke voorwaarden kent die tezamen de oorzaak daarvan vormen. Stel, iemand gooit een baksteen van een dak op het hoofd van een voorbijganger, waardoor hij gewond raakt. Voor die gewonde toestand bestaan tal van noodzakelijke voorwaarden, zoals (1) de aanwezigheid van de baksteen, (2) het gooien met de steen en (3) het voorbijlopen van de voorbijganger. Dat zijn de evidentste voorwaarden. Ook het bakken van de steen en het bestaan van de zwaartekracht zijn echter voorwaarden, net als het bestaan van de bakker, het bestaan van diens voorouders, enzovoort enzovoort.

De empirische logica identificeert die voorwaarden met een wegdenktoets. Als een omstandigheid kan worden weggedacht zonder dat de toestand verandert, dan is die omstandigheid geen voorwaarde voor die toestand. Verandert de toestand wél, dan is de omstandigheid daarvoor wel een voorwaarde. Dat is de kern van de csqn-toets.<sup>17</sup>

#### 3.2 De integratie van de empirische logica in het civiele recht

De empirische csqn-toets is in de negentiende eeuw door Von Buri in het civiele recht geïntroduceerd<sup>18</sup> en heeft daarin sindsdien een vaste plaats veroverd. De gedachte is dat de empirische logica ook geldt in een juridische context: de laedens is enkel aansprakelijk voor schade die hij veroorzaakt. Zijn tot aansprakelijkheid leidend gedrag moet daarom een voorwaarde zijn voor de geleden schade.

De aansluiting bij de empirische logica betekent echter niet dat de toets in de juridische context precies hetzelfde uitgevoerd wordt. In plaats van met een open blik vanuit de geconstateerde toestand terug te kijken naar *alle* daarvoor noodzakelijke voorwaarden, gaat het recht juist vanuit de verweten gedraging als het ware mee in de tijd tot aan de ingetreden schade om te bezien of dat verweten gedrag een voorwaarde is voor de schade.<sup>19</sup> Het doet er in de juridische csqn-toets dus niet toe dat er ook andere voorwaarden voor de schade zijn aan te wijzen. Als in bovengenoemd voorbeeld de steen op het hoofd van een voorbijganger valt en diegene daardoor vervolgens schade lijdt, is voor de vaststelling van het juridische csqn-verband niet relevant dat er op dat moment zwaartekracht was. De csqn-toets wil slechts vaststellen of het verweten gedrag, het gooien van de steen, een noodzakelijke voorwaarde is voor de schade van de voorbijganger.

In de juridische csqn-toets kruipt zo vrijwel ongemerkt toch een normatief element. De toets zoekt namelijk eigenlijk geen verband tussen een zuiver feitelijke gebeurtenis en de schade, maar tussen een normatieve gebeurtenis, de aansprakelijkheid-scheppende of verweten gedraging, en de schade.

13. M.E. Witting, Het leerstuk van kansschade: een stand van zaken, TAV 2017/116.

14. Zie hierover Nuninga 2020, p. 235.

15. Zie bijv. Asser/Sieburgh 6-II 2017/50 en aldaar genoemde literatuur.

16. J.S. Mill, *System of Logic*, New York: Harper & Brothers 1858, p. 200 e.v.

17. Zie hierover bijv. H.L.A. Hart & T. Honoré, *Causation in the Law*, Oxford: Oxford University Press 1995, p. 19 en E.M. Witjens, *Strafrechtelijke causaliteit. De redelijke toerekening vergeleken met het privaatrecht*, Deventer: Kluwer 2011, p. 4-5.

18. Zie M. von Buri, *Ueber Causalität und deren Verantwortung*, Leipzig: J.M. Gebhardt's Verlag 1873.

19. Overigens focust het civiele recht zich ogenschijnlijk enkel op de schade. De empirische logica richt zich op het bestaan van een bepaalde fysieke toestand of gebeurtenis. Schade is namelijk vaak een vermogensrechtelijke waardering van een ontstane toestand. De beschadiging van een auto is op zichzelf een toestand. Die beschadiging waardeert het civiele recht vervolgens in vermogensrechtelijke zin als een waardedaling ten opzichte van de waarde van de onbeschadigde auto. Het civiele recht verliest dit onderscheid soms uit het oog, waardoor specifieke causaliteitsproblemen ontstaan: is er nog causaal verband als de auto vanwege een eerdere bekladding toch al niets meer waard was? Wij laten deze problematiek hier achterwege, omdat zij voor de onderzoeksvraag niet relevant is.

### 3.3 *Verweten doen en nalaten bij toepassing csqn-toets*

De juridische context compliceert de toepassing van de empirische csqn-toets verder, omdat het recht de mens niet alleen een actief handelen kan verwijten, maar ook een nalaten. In de basis is dat onderscheid eenvoudig: wordt de laedens verweten iets te hebben gedaan in strijd met een norm, dan is sprake van een verweten doen. Wordt hem verweten iets niet te hebben gedaan in strijd met een daartoe verplichtende norm? Dan is sprake van een aansprakelijkheidscheppend nalaten.<sup>20</sup> Voor deze kwalificatie is dus steeds van belang welke norm precies is geschonden: een verplichting iets na te laten of juist een verplichting iets te doen.

Het onderscheid tussen doen en nalaten kan ondertussen dun zijn, omdat het nalaten soms onderdeel uitmaakt van een breder doen. Het hiervoor al kort besproken Deutsche Bank-arrest is daarvan een voorbeeld. De bank adviseert haar cliënt een bepaald fonds en de cliënt volgt dat advies. Dat fonds blijkt echter onbetrouwbaar en de cliënt lijdt schade. De cliënt verwijt de bank vervolgens bij de advisering niet te hebben gewaarschuwd dat zij zelf geen onderzoek heeft gedaan naar het fonds. Het hof had bij zijn csqn-toets tot uitgangspunt genomen dat de advisering als onrechtmatig doen moet worden weggedacht. De Hoge Raad oordeelt echter dat het onrechtmatig handelen schuilt in het nalaten bij die advisering te waarschuwen voor het gebrek aan eigen onderzoek. Het betreft hier dus een verweten nalaten binnen een breder – op zichzelf ook toelaatbaar – doen.

Het onderscheid tussen doen en nalaten doet aan de empirisch logische gedachte achter de csqn-toets niet af. De toets wil vaststellen of het verweten gedrag – het doen of het nalaten – een voorwaarde vormt voor de schade.<sup>21</sup> Bij een verweten doen gaat de csqn-toets daartoe na of zonder het verweten doen de schade ook zou zijn ingetreden. Deze wegdenktoets sluit het nauwst aan bij de empirische toets, omdat het verweten gedrag overlapt met een actieve ‘feitelijke’ handeling. Neem het voorbeeld van de steen. Het gooien van de steen is een onrechtmatig doen dat een voorwaarde vormt voor de schade, omdat bij het wegdenken daarvan de schade niet zou zijn ingetreden.

Bij een verweten nalaten verdwijnt de overlap. De laedens wordt immers verweten iets niet te hebben gedaan. Het verweten gedrag is daarom geen actieve ‘feitelijke’ gedraging die kan worden weggedacht. De empirische logica achter de toets is echter nog wel hetzelfde. Om te bepalen of dat verweten nalaten een voorwaarde is voor de schade, moet worden nagegaan in welke – hypothetische – situatie de gelaedeerde zou hebben verkeerd als dat verweten nalaten wél zou zijn nagekomen. In andere woorden, er moet worden onderzocht wat zou zijn gebeurd indien de laedens dat wat hem verweten wordt te hebben nagelaten, wél zou hebben gedaan. In welke situatie zou de

gelaedeerde in dat geval hebben verkeerd? Als de schade niet zou zijn ingetreden, is het verweten nalaten voor die schade een voorwaarde.

Net als bij een doen is het *verweten* gedrag bij een nalaten dus bepalend voor de vraag wat er precies moet worden bij gedacht. In die bijdenkexercitie wordt het normatieve element van de csqn-toets zichtbaar. Het *verweten* nalaten bepaalt wat erbij gedacht moet worden: het gedrag dat de laedens conform de norm vertoond zou moeten hebben. Zou men er méér (of minder) mogen bij denken dan het verweten nalaten, dan zou men de uit de empirische logica overgenomen gedachte verlaten dat het verweten gedrag – of dat nu een doen of een nalaten is – voorwaarde moet zijn voor de schade.

De Hoge Raad volgt in de regel voornoemde gedachte en corrigeert hoven die een andere methode kiezen. In de Deutsche Bank-zaak corrigeert de Hoge Raad het hof, dat de hele advisering in het kader van de csqn-toets wegdenkt. De advisering over het fonds is als zodanig niet onrechtmatig. Het verweten gedrag schuilt in het *nalaten* van de bank te vermelden dat zij zelf geen onderzoek naar het fonds heeft gedaan. Daarom moet worden nagegaan in welke vermogenspositie de cliënt zou hebben verkeerd als de bank die waarschuwing wel zou hebben gegeven. Kortom, dat wat de bank verweten wordt, moet er worden bij gedacht.

De Hoge Raad kiest eenzelfde methode in de hierboven al kort genoemde casus van de NVM-makelaar.<sup>22</sup> Een verkopend makelaar van een woning wordt door de kopers verweten dat hij een woning niet volgens de meetinstructies van de NVM heeft opgemeten. Als gevolg hiervan stond in de verkoopbrochure een woonoppervlakte van 150 m<sup>2</sup> vermeld, terwijl het oppervlak dat volgens de NVM-meetinstructies voor woondoeleinden kon worden gebruikt 124 m<sup>2</sup> was. Het hof oordeelde dat de hypothetische situatie moest worden ingevuld aan de hand van wat zou zijn gebeurd als de kopers een woning van 150 m<sup>2</sup> zouden hebben verkregen. De Hoge Raad vernietigt het arrest en oordeelt dat voor de invulling van de hypothetische situatie moet worden bepaald wat er zou zijn gebeurd als de juiste – conform de NVM-meetinstructies opgemeten – oppervlakte van 124 m<sup>2</sup> in de brochure zou zijn vermeld.<sup>23</sup> De kopers zouden de woning dan mogelijk niet of voor een lagere prijs hebben gekocht.<sup>24</sup> Kortom, er moet

20. Zie over onrechtmatig nalaten bijv. T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Nalaten als onrechtmatige daad*, NJB 2007/2071.

21. Zie hierover ook Asser/Sieburgh 6-II 2017/84.

22. HR 22 februari 2019, ECLI:NL:HR:2019:269, NJ 2020/8 m.nt. J.M. Smechuijzen (NVM-Meetinstructie II).

23. In het NVM-meetinstructie I-arrest was al aangenomen dat een dergelijke meetfout van een verkopend makelaar een onrechtmatige daad opleverde. Zie HR 13 juli 2018, ECLI:NL:HR:2018:1176, NJ 2020/7 m.nt. Smechuijzen (NVM-meetinstructie I).

24. Vgl. HR 26 maart 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL0539, NJB 2010/804 (Makelaar).

worden onderzocht of het *verweten* nalaten voorwaarde is voor de schade.<sup>25</sup>

#### 4 Toetsing arrest Netvliesloslating aan dogmatiek en systematiek van csqn-toets

Hoe past de door de Hoge Raad in het Netvliesloslating-arrest uitgevoerde toets in de hiervoor uiteengezette dogmatiek en systematiek? In die casus werd de arts *verweten* dat hij niet conform een redelijk handelend en bekwaam arts tijdig tot een tweede controle was overgegaan en niet in het verlengde daarvan tijdig had geopereerd. Dat is dus het *verweten* gedrag dat een voorwaarde moet vormen voor de schade. De hypothetische situatie is daarmee de situatie die er zou zijn geweest indien de arts wel tijdig een tweede controle zou hebben uitgevoerd en conform de norm de operatie zou hebben uitgevoerd. De deskundige in de procedure stelde vast dat bij een tijdige – normconforme – tweede controle eveneens verlies van het gezichtsvermogen zou zijn opgetreden, omdat een redelijk handelend en bekwaam arts hierna op (ongeveer) hetzelfde moment tot operatie zou zijn overgegaan als de arts in kwestie feitelijk had gedaan. Zowel de tijdige tweede controle als de tijdige operatie is onderdeel van de norm. Daarom is volgens ons met de verklaring van de deskundige vastgesteld dat het *verweten* nalaten geen voorwaarde is voor de schade, en dat derhalve het csqn-verband tussen het nalaten van de arts en de netvliesloslating ontbreekt.

We zagen eerder dat Nuninga erop heeft gewezen dat de door de Hoge Raad gehanteerde methode bevreemdt, omdat de arts als gevolg van zijn extra inzet voor meer aansprakelijk is dan als hij zich strikt aan de norm zou hebben gehouden. Die kritiek is volgens ons terecht. De grondslag van de bevreemding schuilt volgens ons in de hierboven beschreven afwijking van de achter de csqn-toets schuilgaande empirische logica. Door te onderzoeken welk gedrag de arts *in plaats van* zijn werkelijk vertoonde gedrag zou hebben vertoond, onderzoekt de toets in essentie of dát gedrag voorwaarde is voor de schade. Die csqn-toets laat zo echter ten onrechte het *verweten* gedrag als basis voor de vergelijking los. Dat gedrag moet namelijk voorwaarde zijn voor de schade.

Door vast te houden aan het *verweten* gedrag blijft het systeem volgens ons ook positief gedragssturend. De norm bepaalt welk gedrag van beroepsbeoefenaars in ieder geval steeds verwacht mag worden. Bovengemiddelde beroeps-

beoefenaars hoeven echter geen angst te hebben dat zij hun talenten en inzet tegengeworpen krijgen – uiteraard behoudens allerhande afspraken of gewekte verwachtingen om zich op basis van bovengemiddelde kwaliteiten ook bovengemiddeld in te zetten.<sup>26</sup>

#### 5 Conclusie

In dit artikel hebben wij onderzocht of de door de Hoge Raad in het Netvliesloslating-arrest aangelegde csqn-toets strookt met de empirisch logische uitgangspunten van het leerstuk. De empirische logica gebruikt de csqn-toets om vast te stellen of een bepaalde omstandigheid een voorwaarde is voor een bepaalde toestand of gebeurtenis. De juridische csqn-toets wil in aansluiting daarop vaststellen of het aansprakelijkheidsscheppend gedrag, het *verweten* gedrag, een voorwaarde is voor de schade. De toets is echter niet zuiver feitelijk, omdat hij het verband zoekt tussen het *verweten* gedrag en de schade.

We zagen dat de juridische csqn-toets bij een *verweten* doen het dichtst in de buurt komt van de csqn-toets uit de empirische logica: het *verweten* doen moet worden weggedacht om te bezien of de schade ook dan zou zijn ingetreden. In dat geval is het *verweten* doen daarvoor een voorwaarde. In geval van een *verweten* nalaten verlangt de csqn-toets na te gaan of dat nalaten een voorwaarde is voor de schade. Daartoe moet worden nagegaan of de schade niet zou zijn geleden als het nagelaten gedrag wél zou zijn vertoond. Omdat de csqn-toets wil vaststellen of het *verweten* gedrag voorwaarde is voor de schade, mag volgens ons niet worden nagegaan welk gedrag de laedens in plaats van het *verweten* gedrag *feitelijk* zou hebben vertoond. Die benadering toetst namelijk niet of het *verweten* nalaten voorwaarde is voor de schade, maar enkel welk ander gedrag de laedens zou hebben vertoond en voor welke schade het ontbreken van dat alternatieve gedrag een voorwaarde is. Volgens ons moet bij een nalaten enkel worden nagegaan welk gedrag de laedens *krachtens de norm* zou hebben moeten vertoonden.

In het Netvliesloslating-arrest oordeelt de Hoge Raad dat de csqn-toets in het kader van beroepsaansprakelijkheid vereist hoe de beroepsuitoefenaar, in casu een arts, feitelijk zou hebben gehandeld *in plaats van* het *verweten* nalaten. Daardoor komt ook betekenis toe aan gedrag dat verder gaat dan de gestelde norm, met als gevolg dat deze arts voor meer aanspra-

25. Zie voor nog een voorbeeld uit de jurisprudentie HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1683, NJ 2016/1 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai (Overzee/Zoeterwoude). Een gemeente had nagelaten om conform een door haar gedane toezegging medewerking te verlenen aan de wijziging van een bestemmingsplan. Het hof overwoog dat geen sprake was van een csqn-verband, omdat onzeker was of het bestemmingsplan uiteindelijk wel op rechtmatige wijze had kunnen worden gewijzigd vanwege de formele rechtskracht hiervan. De Hoge Raad casseerde. Er moest slechts worden beoordeeld of het *verweten* nalaten van de gemeente om in strijd met haar toezegging het bestemmingsplan te wijzigen een csqn was voor de geleden schade. De schade moest aldus worden begroot op basis van het verschil tussen de feitelijke situatie en de hypothetische situatie indien wel conform toezegging medewerking was verleend.

26. Een beroepsbeoefenaar kan zich natuurlijk uitdrukkelijk tot normoverstijgende prestaties verbinden middels bijv. een overeenkomst van opdracht of behandelingsovereenkomst. In zo'n geval mag van de beroepsbeoefenaar ook meer worden verwacht, zoals mogelijk een eerder ingrijpen. Dat werkt door in de csqn-toets. De (contractuele) norm verandert immers. Daarnaast kan de beroepsbeoefenaar zich – zonder dit op te nemen in een overeenkomst – uitdrukkelijk als een bovengemiddeld kundig beroepsbeoefenaar hebben geprofileerd. De verwachtingen mogen dan ook hoger zijn en de beroepsbeoefenaar is ook voor dat meerdere aansprakelijk. Zie hierover bijv. E.A.L. van Emden & M. de Haan, Beroepsaansprakelijkheid, Deventer: Kluwer 2014 en L.H.A.J.M. Quant, 'Wat de advocaat betaamt' en de bijbehorende aansprakelijkheid. Een overzicht, in: C.J.M. Klaassen e.a. (red.), Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, Deventer: Kluwer 2003, p. 234.

kelijk is dan een zuiver normconform handelend beroepsbeoefenaar. Wij betoogden dat deze methode niet strookt met de voornoemde empirische logica die achter de csqn-toets schuilgaat. De goede wil en bovengemiddelde deskundigheid van de arts zouden – behoudens daarop gerichte afspraken – niet tot méér aansprakelijkheid moeten leiden dan die van zijn maatman.