

KRONIEK RECHTSpraak

Kroniek rechtspraak civiel recht

Mr. drs. M.J.J. de Ridder*

1. Inleiding

In deze kroniek wordt ingegaan op de belangrijkste ontwikkelingen in de jurisprudentie in de periode van 1 juni 2013 tot en met 1 juni 2015.¹ In deze twee jaar is er een groot aantal uitspraken op het gebied van medische aansprakelijkheid gepubliceerd. Deze worden hierna behandeld. Daarbij worden eerst de uitspraken besproken die betrekking hebben op de grondslagen van aansprakelijkheid (paragraaf 2). Daarna wordt achtereenvolgens ingegaan op de jurisprudentie op het gebied van causaal verband en toerekening (paragraaf 3), schadevergoeding (paragraaf 4), onrechtmatige uitlatingen over de hulpverlener (paragraaf 5), en het doorbreken van het beroepsgeheim (paragraaf 6). De kroniek wordt afgesloten met een conclusie (paragraaf 7).

2. Aansprakelijkheidsgronden

Een vordering tot schadevergoeding kan op meerdere gronden worden gebaseerd. In de jurisprudentie waarop deze kroniek betrekking heeft komen grofweg de volgende gronden voor:

2.1 Schenden zorgplicht hulpverlener

Sinds het Speeckaert/Gradener-arrest² is het vaste rechtspraak dat een hulpverlener niet aan zijn zorgplicht heeft voldaan indien hij niet gehandeld heeft conform de maatstaf van zorgvuldigheid die van

een redelijk bekwaam en redelijk handelend hulpverlener in dezelfde omstandigheden had mogen worden verwacht. Deze norm brengt met zich dat niet elke (beoordelings)fout aan de hulpverlener kan worden toegerekend. De jurisprudentie in de periode waarop deze kroniek betrekking heeft toont daar weer vele voorbeelden van. Een illustratief voorbeeld is de uitspraak van het Hof Amsterdam d.d. 10 september 2013.³ In die zaak werd het Academisch Medisch Centrum te Amsterdam aansprakelijk gehouden omdat bij een operatie aan de schildklier de stembandzenuw beschadigd raakte. De operatie was verricht door een vaatchirurg en een chirurg in opleiding. In het operatieverslag was niet vermeld dat er een dissectie (het vrijprepareren) van de rechter stembandzenuw was verricht, terwijl dat met betrekking tot de linker stembandzenuw wel was vermeld. De patiënt stelde dat er aan de linkerzijde geen dissectie had plaatsgevonden, hetgeen in strijd was met de professionele standaard. Voorts verweet de patiënt het ziekenhuis dat de chirurg onvoldoende ervaring had om de ingreep uit te voeren. In eerste aanleg had de rechtbank prof. Hamming, vaatchirurg, tot deskundige benoemd. Hij concludeerde dat de operatie waarschijnlijk wel was uitgevoerd zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot mocht worden verlangd en achtte het meest waarschijnlijk dat de zenuw per ongeluk/vergissing was doorgenomen. Hij motiveerde dat ook uitvoerig.

Uit het operatieverslag blijkt dat de operatie volgens de standaardprocedure was uitgevoerd. Bij sommige patiënten kan het zeer lastig zijn de zenuw over het gehele verloop goed te volgen. Een complicerende factor hierbij kan zijn dat soms een uitloper van de

* Michel de Ridder is werkzaam als advocaat bij KBS Advocaten te Utrecht.

1 In de vorige kroniek rechtspraak civiel recht is een overzicht gegeven van de jurisprudentie over de periode van 1 september 2011 tot en met 1 juni 2013 (TvGR 2013 p. 543-564).

2 ECLI:NL:HR:1990:AC1103, NJ 1991/26..

3 ECLI:NL:GHAMS:2013:2868.

schildklier aanwezig is bij het kritische punt ter hoogte van de ophangband van de schildklier aan de luchtpijp (ligament van Berry). Ook in deze casus was dat het geval. Hierdoor kan het overzicht van het verloop van de zenuw beperkt zijn geweest. Het is goed voorstelbaar en ook meest waarschijnlijk, aldus prof. Hamming, dat de zenuw ter plaatse abusievelijk is aangezien voor een bloedvat en door de operateur is doorgenomen. Het Hof volgde de visie van de deskundige en oordeelde dat het niet onzorgvuldig is dat de zenuw abusievelijk voor een bloedvat was aangezien. Het verwijt van de patiënt dat er geen dissectie van de linker stembandzenuw heeft plaatsgevonden, werd niet gehonoreerd. Dat in het operatieverslag niet expliciet is vermeld dat er aan die zijde een dissectie heeft plaatsgevonden, bewijst niet dat dit niet gebeurd is, aldus het hof. Het hof overwoog daarbij in navolging van de rechtbank dat een operatieverslag niet wordt bijgehouden om tot bewijs in een juridische procedure te strekken, maar wordt bijgehouden voor zover dit voor een goede hulpverlening aan de patiënt noodzakelijk is.⁴ Het verwijt dat de operateur onvoldoende ervaren was vond evenmin gehoor. De rechtbank had op basis van literatuurgegevens geoordeeld dat de kans op de opgetreden complicatie bij een onervaren chirurg 1,5% bedraagt en bij een ervaren chirurg 0,5%. De kansvergroting van 1% was in de visie van de rechtbank onvoldoende om aan te nemen dat de complicatie zich niet zou hebben voorgedaan indien de operateur meer ervaren was geweest. Het hof was een zelfde mening toegedaan. Dat de kansvergroting van 1,5% ten opzichte van een kans van 0,5% een kans is die een factor 3 groter is, zoals patiënt in hoger beroep had aangevoerd, deed daar in de visie van het hof niet aan af.

De toetsnorm van de redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot is een geobjectiveerde norm. Dat brengt mee dat er geabstraheerd wordt van de persoonlijke omstandigheden van de opera-

4 In art. 7:454 BW is bepaald dat op de arts een dossierplicht rust 'voor zover dit voor een goede hulpverlening noodzakelijk is'.

teur.⁵ Als de arts niet beschikt over de ervaring waarover een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot van dezelfde discipline wel beschikt, is dit hem toerekenbaar. Een voorbeeld waarbij dat speelde is de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden d.d. 25 juni 2013.⁶ In die zaak ging het om een keizersnede die op 14 oktober 2003 door een arts-assistent werd verricht en waarbij het kind in stuitligging werd geboren. Na de geboorte werd vastgesteld dat het perineum van het kind was geruptureerd. Dit was waarschijnlijk ontstaan doordat de arts-assistent bij het ontwikkelen van het kind uit de baarmoeder de anus had aangehaakt. Dit is een zeldzame complicatie die in de wereldliteratuur slechts één keer was beschreven. De deskundige had aangegeven dat een ervaren gynaecoloog 'heel goed' het verschil tussen een femur en een anus weet te voelen en dat de arts-assistent gezien zijn ervaring het niveau had van een jonge beginnende gynaecoloog. Het hof was van oordeel dat gelet hierop niet was gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot had mogen worden verwacht.

In de vorige kroniek is er reeds op gewezen dat de toetsnorm van de redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot meebrengt dat een patiënt niet snel zal kunnen bewijzen dat niet de vereiste zorgvuldigheid is betracht indien er iatrogen letsel optreedt dat ook kan optreden als de vereiste zorgvuldigheid is betracht.⁷ De vorige twee uitspraken bevestigen dat beeld. Bij de zaak waarbij de stembandzenuw beschadigd raakte, kon de patiënt dat bewijs niet leveren. Bij de tweede uitspraak, waarbij een perineum ruptuur optrad bij het kind, slaagde

5 Als een arts bijv. tijdens een operatie door een flauwte wordt overvallen, is dat hem toerekenbaar (aldus Rb. Zwolle 13 november 1991, ECLI:NL:RBZWO:1991:AC3297).

6 ECLI:NL:GHARL:2013:4401.

7 Een omkering van de bewijslast (en daarmee het bewijsrisico) zoals door R. Wijne in haar proefschrift *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade* (2013), is betoogd, zou verstrekkende gevolgen hebben. Zie hierover meer uitgebreid de boekbespreking van het proefschrift in *Verkeersrecht* 2014, p. 78/79.

Mr. drs. M.J.J. de Ridder

de patiënt daarin wel. In dat geval ging het echter om letsel waarvan werd aangenomen dat dit niet (ook) kon optreden indien de ingreep wel met de vereiste zorgvuldigheid was uitgevoerd. Een uitspraak waarbij eveneens aan de orde was of het resultaat van de behandeling niet reeds de conclusie rechtvaardigde dat er niet zorgvuldig was gehandeld, is het arrest van de Hoge Raad van 31 januari 2014.⁸ In die zaak ging het om een patiënte die een tandheelkundige behandeling had ondergaan waarbij kronen en facings waren geplaatst. Na de plaatsing bleek dat sprake was van een onjuiste beethoogte. Na het afslijpen van de elementen bleef er een hoogteverschil bestaan van 5 mm. De rechtbank had geoordeeld dat de behandeling niet volgens de regels der kunst was uitgevoerd omdat na de behandeling de beethoogte 5 mm afweek van de natuurlijke beethoogte. Het Hof 's-Hertogenbosch overwoog dat het enkele feit dat de beethoogte 5 mm afweek van de natuurlijke beethoogte niet kan leiden tot de conclusie dat de tandarts toerekenbaar is tekortgeschoten en wees de vordering alsnog af. De Hoge Raad vernietigde het arrest vanwege een motiveringsgebrek. Het hof had in de beoordeling van de wanprestatie moeten betrekken dat de tandarts na klachten van patiënte, in een poging de aanvankelijk geleverde prestatie te verbeteren, de beethoogte al had ingeslepen en teruggebracht tot 5 mm. Hieruit volgt dat de afwijking aanvankelijk aanzienlijk groter moet zijn geweest. De fout die het hof onvoldoende vindt voor het aannemen van wanprestatie betrof dus de toestand nadat de tandarts al maatregelen had genomen. Uit het arrest van het hof blijkt echter niet of deze omstandigheid in aanmerking is genomen bij het oordeel dat er geen wanprestatie is. De zaak werd terugverwezen naar het Hof Arnhem-Leeuwarden.

Prof. Giard⁹ wijst erop dat de laatste jaren steeds meer schadeclaims betrekking hebben op diagnostische fouten. Hij wijst erop dat diverse onderzoeken

in de Verenigde Staten hebben laten zien dat momenteel vaak al meer dan de helft van de schadeclaims vermeende diagnostische fouten betreft en ook dat de schadebedragen bij diagnostische claims gemiddeld hoger liggen dan bij therapeutische fouten.

Ook in de periode waarop deze kroniek betrekking heeft lijkt deze verschuiving merkbaar. Een aanzienlijk deel van de uitspraken heeft betrekking op 'diagnostische claims'. Een voorbeeld daarvan is het vonnis van de Rechtbank Limburg d.d. 8 april 2015.¹⁰ In die zaak werd in verband met klachten na een aanrijding door een neuroloog verbonden aan het AZM een MRI-scan aangevraagd van de schedel. In verband met de lange wachttijd aldaar wendde patiënte zich voor het vervaardigen daarvan tot het Vesaliusziekenhuis te Tongeren.

Op de MRI-scan van 5 november 2003 werden geen afwijkingen gezien die wezen op een trauma na het ongeval, maar wel werd door de neuroloog van het Vesaliusziekenhuis als toevalsbevinding (een bevinding die in het licht van de hulpvraag niet wordt verwacht) een afwijking gezien die verdacht was voor een meningeoom. Hiervan bracht hij de neuroloog in het AZM ook op de hoogte. Nadat patiënte nog meerdere malen in verband met haar klachten door neurologen was onderzocht, onderging zij op 2 december 2009 en op 20 mei 2011 een bestralingsbehandeling met een zogeheten Gamma Knife in de universiteitskliniek te Aken. De patiënte stelde het AZM aansprakelijk. Dit omdat het meningeoom over het hoofd was gezien. Het AZM erkende dat het meningeoom niet was gezien op de scan van 2003, 2004 en 2006 en meende dat dit haar niet te verwijten viel omdat de behandelaren in het AZM daar niet op waren 'gefocus'. De rechtbank was van oordeel dat er een fout was gemaakt en overwoog dat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam (neuro)radioloog, dan wel neuroloog mag worden verwacht dat deze bij de beoordeling van een MRI-scan deze niet alleen onderzoekt op afwijkingen die kenmerkend zijn of kunnen samenhangen met een letsel of een ziekte in verband waarmee het onder-

8 ECLI:NL:HR:2014:217.

9 R.W.M. Giard, 'Oordelen over personenschade veroorzaakt door diagnostische fouten', *TvP* 2014, p. 18-23.

10 ECLI:NL:RBLIM:2015:2882.

zoek wordt uitgevoerd, maar dat deze bij een dergelijke scan ook acht slaat op overige verdachte afwijkingen en, indien deze worden aangetroffen, ook rapporteert. Deze uitspraak illustreert dat de verantwoordelijkheid van de redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot verder reikt dan de hulpvraag van de patiënt.¹¹

Dit is slechts één van de vele voorbeelden waarbij sprake is van aansprakelijkheid voor een diagnostische fout. Andere uitspraken zijn o.a.:

- Rechtbank Amsterdam 2 juli 2014,¹² waarbij aansprakelijkheid van het Slotervaartziekenhuis werd aangenomen omdat bij aanhoudende klachten niet werd onderkend dat na een glasverwonding een stuk glas in het lichaam was achtergebleven;
- Hof's-Hertogenbosch 4 juni 2013,¹³ waarbij het Admiraal De Ruyter Ziekenhuis aansprakelijk werd gehouden voor het missen van peesletsel na een glasverwonding;
- Rechtbank Noord-Holland 20 augustus 2014,¹⁴ waarbij het Rode Kruis Ziekenhuis aansprakelijk werd gehouden voor het missen van een herseninfarct;
- Rechtbank Gelderland 1 april 2014,¹⁵ waarbij een huisarts aansprakelijk werd gehouden voor het missen van een meningitis;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 14 januari 2014,¹⁶ waarbij het Antonius Ziekenhuis aansprakelijk was voor het niet tijdig onderkennen van een subduraal hematoom;
- Hof's-Hertogenbosch 17 maart 2015,¹⁷ waarbij aansprakelijkheid van het Academisch Ziekenhuis Maastricht werd aangenomen voor het missen van een caudasyndroom;

- Rechtbank Oost-Brabant 26 november 2014,¹⁸ waarbij aansprakelijkheid werd aangenomen voor het niet vervaardigen van een controlefoto alvorens gips te verwijderen;
- Rechtbank Zeeland-West-Brabant 19 februari 2014,¹⁹ waarbij aansprakelijkheid van een huisarts werd aangenomen voor het missen van een diep veneuze trombose en waardoor de patiënt een kans was ontnomen op voorkoming van het post trombotisch syndroom.

De schade bij een diagnostische fout vloeit in de regel voort uit het feit dat de kans op (een betere) genezing afneemt. De genoemde uitspraken geven veelal geen informatie over de schadebedragen. Dat de schadebedragen bij diagnostische fouten doorgaans hoger liggen dan bij therapeutische fouten, zoals uit het door prof. Giard aangehaalde onderzoek blijkt, kan op basis van de jurisprudentie dan ook niet worden bevestigd.

2.2 Ontoelaatbare gevaarstelling

Bekende arresten waarbij een hulpverlener aansprakelijk werd gehouden omdat hem valt aan te rekenen een ontoelaatbaar gevaar in het leven te hebben geroepen zijn het St. Willibrord arrest,²⁰ het Bloedprikarrest²¹ en het De Heel/Korver arrest.²² Bij deze vorm van aansprakelijkheid wordt het handelen van de hulpverlener veelal getoetst aan de zogeheten kelderluikcriteria:²³

- a Hoe waarschijnlijk kan de niet-inachtneming van de vereiste zorgvuldigheid en voorzichtigheid worden geacht?
- b Hoe groot is de kans dat uit niet-inachtneming ongevallen ontstaan?
- c Hoe ernstig kunnen de gevolgen zijn?
- d Hoe bezwaarlijk zijn de te nemen veiligheidsmaatregelen?

11 Zie voor kanttekeningen bij deze uitspraak ook de annotatie van M.C. Ploem, *TvGR* 2015/201, p. 381.

12 ECLI:NL:RBAMS:2014:3763.

13 ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2219.

14 ECLI:NL:RBNHO:2014:12412.

15 ECLI:NL:RBGEL:2014:8179.

16 ECLI:NL:GHARL:2014:181.

17 ECLI:NL:GHSHE:2015:933.

18 ECLI:NL:RBOBR:2014:7183.

19 ECLI:NL:RBZWB:2014:1210.

20 HR 16 juni 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA6233, NJ 2000/584.

21 HR 6 november 1981, NJ 1982/567.

22 HR 13 januari 1995, NJ 1997/175.

23 Deze criteria zijn ontleend aan het Kelderluik-arrest (HR 5 november 1965, NJ 1966/136).

Mr. drs. M.J.J. de Ridder

Aan de hand van deze gezichtspunten kan de rechter tot de conclusie komen dat de hulpverlener meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was. In de jurisprudentie op het gebied van het medische aansprakelijkheidsrecht wordt deze grondslag overigens relatief weinig gehanteerd.²⁴ Een van de spaarzame uitspraken, welke ook goed in het voornoemde rijtje arresten past, is de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam d.d. 13 februari 2014.²⁵ Het ging in die casus om een verwarde patiënte die op de spoedeisende hulp (SEH) van het VU medisch centrum was binnengebracht. Er was een verdenking op een herseninfarct. Zij verzette zich en trok alle monitordraden van zich af. De vrouw werd op een trolley gelegd die in de laagste stand werd gezet en de hekken werden omhoog geklapt. De vrouw werd niet gefixeerd. Op enig moment werd de verpleegkundige met spoed weggeroepen wegens een reanimatie in de shockroom. De verpleegkundige heeft de patiënte toen kortdurend (vijf minuten) alleen gelaten. Tijdens haar afwezigheid heeft patiënte getracht de trolley te verlaten en is daarbij ten val gekomen. Voor het letsel dat zij bij de val opliep, stelde zij het VUmc aansprakelijk. Het ziekenhuis betwistte de aansprakelijkheid en stelde zich op het standpunt dat de verpleegkundige zeer ervaren was, gehandeld had conform de 'Richtlijn vrijheidsbeperkende interventies in het VU medisch centrum' en gepaste veiligheidsmaatregelen had getroffen.

De deelgeschilrechter nam niettemin toch aansprakelijkheid aan. De rechtbank was van oordeel dat toen de verpleegkundige met spoed naar de reanimatie werd geroepen zij de zorg voor de patiënte had moeten overdragen aan een collega.

Door de omstandigheid dat de omgeving niet optimaal veilig was (geen hoofdsteen en hoofdeinde niet tegen de muur) en het feit dat niemand zicht had op patiënte, was aan patiënte geen afdoende

bescherming geboden om haar te behoeden voor het gevaar van een eventuele val uit bed. Dat de verpleegkundige slechts kortdurend afwezig was ontloeg haar niet van het nemen van aanvullende maatregelen, aldus de rechtbank.

2.3 Onbevoegde uitoefening

In de periode waarop de kroniek betrekking heeft, werden twee uitspraken gedaan waarbij een hulpverlener aansprakelijk werd gehouden omdat hem veel aan te rekenen niet bevoegd te zijn tot het uitvoeren van de verrichte geneeskundige behandeling. Het eerste voorbeeld daarvan is het vonnis van de Rechtbank Den Haag d.d. 19 februari 2014.²⁶ In die zaak ging het om een huisarts die een nek-/halslift had uitgevoerd en daarna nog een operatie aan de nek wegens overmatige vorming van littekenweefsel (keloid). Door zowel het Regionaal Tuchtcollege als het Centraal Tuchtcollege werd de huisarts hiervoor berispt. De huisarts had in de procedure aangegeven dat de eerste ingreep niet volgens de regels der kunst was uitgevoerd en dat die was uitgevoerd volgens een door hemzelf bedachte en zichzelf aangeleerde methode die niet wetenschappelijk beproefd was. Ten aanzien van de tweede operatie erkende hij dat hij niet over de vereiste bekwaamheid beschikte. Het hoeft weinig betoog dat daarmee naar het oordeel van de rechtbank ook de civielrechtelijke aansprakelijkheid gegeven was.

Het tweede voorbeeld is het vonnis van de Rechtbank Rotterdam d.d. 19 maart 2014.²⁷ In die zaak ging het om een gynaecoloog die zich uitgaf voor een chirurg en een borstvergroterende operatie bij een patiënte had uitgevoerd. Bij vonnis van 23 februari 2013²⁸ had de rechtbank een deskundigenbericht gelast over de vraag, of de complicaties bij de vrouw zich ook zouden hebben voorgedaan als de operateur wél de vereiste kwalificaties had gehad. Gezien het feit dat de operateur zich ten onrechte als chirurg had uitgegeven oordeelde de rechter voorts dat de arts de kosten van het deskundigenbericht moest

24 Zie ook par. 2.2 van de vorige Kroniek, waarin de vraag wordt opgeworpen of de kelderluik-criteria wel geschikt zijn om medisch inhoudelijk beleid te toetsen.

25 ECLI:NL:RBAMS:2014:794.

26 ECLI:NL:RBDHA:2014:2101.

27 ECLI:NL:RBROT:2014:2387.

28 ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2397.

dragen. Aangezien de operateur te kennen gaf de deskundige niet te kunnen betalen, bracht de deskundige geen rapport uit. Gelet op de processuele houding van de gynaecoloog werd door de rechtbank aansprakelijkheid van de operateur aangenomen en werd deze veroordeeld tot betaling van € 750 smartengeld en € 5000 materiële schade voor de twee hersteloperaties.

De grondslag waarbij de arts niet over de vereiste kwalificaties beschikt om de behandeling uit te voeren, moet worden onderscheiden van de situatie dat de arts nog in opleiding is en onder supervisie van een (wel) bevoegd en bekwaam beroepsgenoot de behandeling verricht c.q. nog beperkte ervaring heeft. In het eerste geval is met de onbevoegde uitoefening de normovertreding reeds gegeven, maar dient nog te worden beoordeeld wat de gevolgen daarvan zijn. Dit terwijl in de tweede situatie slechts van een normovertreding kan worden gesproken indien de behandeling niet heeft voldaan aan de (geobjectiverde) maatstaf van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot mocht worden verwacht. Slechts in dat geval is niet voldaan aan de professionele standaard.

Voorbeelden waarbij de rechter die laatste toets aanlegde zijn het hiervoor in paragraaf 2.1 besproken arrest van het Hof Amsterdam d.d. 10 september 2013, waarbij de stembandzenuw (de nervus recurrens) beschadigd raakte en het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden d.d. 25 juni 2013 waarbij niet aan deze norm was voldaan en waardoor perineumletsel optrad.

2.4 Schending toezichthoudende taak/bijzondere zorgplicht

Er zijn relatief veel uitspraken geweest waarbij een zorgaanbieder aansprakelijk werd gehouden voor schending van een toezichthoudende taak of bijzondere zorgplicht. In al die zaken toetst de rechter of de hulpverlener zich, alle omstandigheden in aanmerking genomen, voldoende heeft ingespannen om aan zijn zorgplicht te voldoen. Een voorbeeld hiervan is het vonnis van de Rechtbank Rotterdam

d.d. 3 december 2014.²⁹ In die zaak ging het om een 21-jarige jongen die een vordering instelde tegen de William Schrikker Stichting Jeugdbescherming en Jeugdreclassering. De moeder van de jongen was chronisch schizofreen en zijn vader was in Portugal gedetineerd wegens een drugsdelict. Vanaf 4-jarige leeftijd verbleef de jongen gedurende tien jaar in diverse instellingen voor verstandelijk gehandicapten. De jongen stond in die periode onder de hoede van de Stichting. De jongen stelde dat de Stichting tekort was geschoten in haar zorgplicht en verplichtingen uit de Wet op de jeugdzorg, althans had gehandeld in strijd met hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Tevens deed hij een beroep op het Internationaal Verdrag inzake de rechten van het kind (IVRK). Dit omdat hij niet verstandelijk gehandicapt was, terwijl hij wel zeer langdurig in instellingen voor verstandelijk gehandicapten opgenomen was geweest. De jongen stelde dat hij hierdoor structureel was ondergestimuleerd. In een uitvoerig vonnis werd door de rechtbank ingegaan op de hulpverleningshistorie. De rechtbank concludeerde dat de Stichting niet onrechtmatig had gehandeld jegens de jongen door hem bij de betreffende instellingen te plaatsen. Dat de in deze instellingen geboden zorg niet volledig aansloot bij de zorgbehoefte van de jongen, viel naar het oordeel van de rechtbank de Stichting niet aan te rekenen.

Voorts valt te noemen het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden d.d. 3 februari 2015.³⁰ In die zaak ging het om een drie weken oude baby die door de huisarts wegens trekkingen naar de neonatoloog was verwezen. De neonatoloog zag symptomen van het shaken baby syndroom en deed een melding bij het AMK. Het AMK vroeg op zijn beurt een onderzoek aan bij de Raad voor de Kinderbescherming waarna een voorlopige ondertoezichtstelling werd uitgesproken en de baby voor een periode van vier weken uit huis werd geplaatst. Uit het onderzoek van de Raad voor de Kinderbescherming bleek echter dat er geen aanwijzingen waren voor kindermis-

29 ECLI:NL:RBAMS:2014:8151.

30 ECLI:NL:GHARL:2015:719.

Mr. drs. M.J.J. de Ridder

handeling. De Raad trok vervolgens het verzoek tot een definitieve ondertoezichtstelling in. De ouders dienden een klacht in bij Bureau Jeugdzorg over een medewerker van het AMK en stelden dat deze zich van het begin af aan beschuldigend had opgesteld. Deze klacht werd gegrond verklaard. De betrokken medewerker van het AMK had geen juiste perceptie van haar bevoegdheden en hield onvoldoende rekening met het feit dat de ouders in een emotionele achtbaan terecht waren gekomen, aldus de klachtencommissie. De ouders spanden vervolgens een procedure aan tegen het AMK, dat door Bureau Jeugdzorg werd beheerd. De vordering werd afgewezen.

Het feit dat de klachtencommissie de klacht gegrond had verklaard, bracht niet met zich mee dat de crisismelding niet terecht was. Aangezien er duidelijke symptomen van het shaken baby syndroom waren, was het niet-doen van die melding moeilijker te verdedigen geweest, aldus het hof. De bejegening van de medewerker van het AMK was wellicht niet helemaal goed, hetgeen achteraf misschien ook betreurenswaardig is, aldus het hof, maar is in het licht van hetgeen destijds bekend was niet onbegrijpelijk en leidt in ieder geval niet tot onrechtmatigheid.

In het vonnis van de Rechtbank Noord-Nederland van 3 juli 2013³¹ ging het om een geestelijk gehandicapt meisje wier ouders de sociale werkplaats aansprakelijk stelden omdat hun dochter daar seksueel was lastiggevallen. De rechtbank overwoog dat ter zake een bijzondere zorgplicht op de instelling rustte. Het kan echter niet van de instelling worden gevergd dat ze altijd 100% toezicht houdt. Aangezien de instelling haar zorgplicht was nagekomen, werd de vordering afgewezen. Ook in het vonnis van de Rechtbank Gelderland d.d. 8 oktober 2014³² werd aangenomen dat een instelling niet tekort was geschoten in haar bijzondere zorgplicht door het gedurende lange tijd niet opmerken van seksueel grensoverschrijdend gedrag van de kinderen onder-

ling. Evenmin viel de instelling te verwijten onvoldoende nazorg te hebben betracht.

In de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam d.d. 18 september 2013³³ ging het om een psychiatrische instelling, GGZ Buitenamstel Geestgronden, die aansprakelijk werd gehouden voor een zelfverbranding van een zwaar depressieve suïcidale patiënt. De patiënt had zich met spiritus overgoten en getracht zich van het leven te beroven. De vordering werd ingesteld door Zilveren Kruis, als de gesubbrogeerde ziektekostenverzekeraar van de patiënt. De door de rechtbank benoemde deskundige was van mening dat de professionele standaard was geschonden. Gezien de uitingen van de patiënt, de waarnemingen van de behandelaars, de diagnose en de voorgeschiedenis hadden de vrijheden die maakten dat patiënt de spiritus kon bemachtigen niet mogen worden (terug)gegeven. De rechtbank volgde de deskundige en wees de vordering toe. Het verweer van de instelling dat de deskundige gehinderd zou zijn door 'hindsight bias' werd verworpen.^{34,35}

Ten slotte valt in dit kader nog te noemen de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam d.d. 30 april 2014.³⁶ In die zaak ging het om een patiënt die in een verslavingskliniek van de Bouman Stichting was opgenomen. Nadat hij zich dreigend had uitgelaten werd hij overgeplaatst naar een TBS-kliniek (Gritenberg). De man dagvaardde de Staat en de Bouman Stichting omdat de TBS-kliniek geen instelling is in de zin van de Wet Bopz. De rechtbank was van oordeel dat er bijzondere omstandigheden waren: de complexe verslavingsproblematiek van de man en vooral de doodsbereidingen die hij uitte richting het personeel van de verslavingskliniek. Aangezien het beveiligingsniveau van de verslavingskliniek ontoereikend was, was de overplaatsing (die uitzondering is op het wettelijk systeem van de Wet Bopz) toegestaan. De rechtbank overwoog daarbij dat ook

31 ECLI:NL:RBNNE:2013:4088.

32 ECLI:NL:RBGEL:2014:6400.

33 ECLI:NL:RBAMS:2013:7140.

34 Zie voor 'Hindsight Bias' ook M.J.J. de Ridder, *Kroniek rechtspraak civiel recht*, TvGR 2008, p. 120.

35 Zie voor een bespreking van dit vonnis ook de noot van J.P.M. Simons in JA 2014/25.

36 ECLI:NL:RBROT:2014:3464.

niet was gebleken dat de patiënt qua rechtspositie slechter af was.³⁷

2.5 Gebrekkige hulpzaak

In de periode waarop de kroniek betrekking heeft werden weer de nodige uitspraken gewezen waarbij de hulpverlener aansprakelijk werd gehouden voor gebruikmaking van een gebrekkige (hulp)zaak. De grondslag van die vordering is artikel 6:77 BW. Ook de Hoge Raad heeft zich op 18 oktober 2013³⁸ hierover uitgelaten. In die zaak ging het om een patiënte bij wie in het LUMC een nieuw type mechanische kunsthartklep van het merk Medtronic was geïmplant. Na plaatsing bleek deze intermitterend niet volledig te sluiten, hetgeen met enige lekkage gepaard ging. De patiënte stelde het LUMC aansprakelijk voor het gebruikmaken van een gebrekkig hulpmiddel en de producent op grond van productaansprakelijkheid. Bij arrest van het Hof 's-Gravenhage d.d. 18 september 2012 werd de vordering afgewezen. Aangezien er altijd enige lekkage voorkomt en deze niet van klinische betekenis was, was er geen sprake van een gebrekkig product. Ook de vordering tegen het LUMC werd afgewezen. Het hof overwoog daarbij onder meer dat het LUMC geen reden had om aan de veiligheid van de geplaatste klep te twijfelen. Dat voor de hartklep nog geen wereldwijde goedkeuring was verkregen, maakte dit niet anders. Het hof overwoog dat het LUMC in redelijkheid tot de keuze van de geplaatste hartklep had kunnen komen. Dit mede gelet op het feit dat de hartklep gecertificeerd was met een CE-keurmerk, dat er eind 2003 al ruim duizend hartkleppen waren geïmplant. De Hoge Raad volgde A-G Spier die concludeerde tot verwerping van het cassatieberoep op grond van art. 81 lid 1 RO.

Voor de schade wegens het vervangen van een medisch hulpmiddel is relevant de uitspraak van het

Europese Hof (HvJ EU) van 5 maart 2013.³⁹ In die zaak had het Duitse Bundesgerichtshof vragen voorgelegd aan het HvJ EU over pacemakers en cardio-defibrillatoren. De producten maakten deel uit van een productgroep waarvan vaststond dat zij een aanzienlijk hoger risico vertoonden op gebrekkigheid. Het HvJ EU concludeerde dat de producten van deze productgroep als gebrekkig kunnen worden beschouwd, ook indien dat risico ten aanzien van dat product zich nog niet feitelijk heeft verwezenlijkt. De producent is dan, aldus het hof, aansprakelijk voor de schade die ontstaat door de chirurgische ingreep ter vervanging van het product. Een patiënt die ervoor kiest preventief een prothese te laten vervangen omdat deze een aanmerkelijk hoger gevaar op problemen oplevert, kan op dit arrest een beroep doen.

In de rechtsleer heerst verdeeldheid over de vraag of een ziekenhuis (mede) aansprakelijk is voor gebruikmaking van een gebrekkige hulpzaak indien het gebrek voor de professionele gebruikers niet te onderkennen is. Bij de parlementaire behandeling van zowel artikel 6:77 BW⁴⁰ als de WGBO⁴¹ heeft de wetgever aangegeven dat indien het gaat om een voor de professionele gebruiker niet te onderkennen gebrek, toerekening van het gebrek aan de hulpverlener niet in de rede ligt. In de rechtsleer wordt in toenemende mate betoogd dat deze uitzonderingsregel achterhaald is.⁴² In 2012 werd ook een motie ingediend door de SP⁴³ om te bewerkstelligen dat klinieken jegens patiënten aansprakelijk zijn voor falende medische hulpmiddelen, welke motie overigens werd afgewezen.⁴⁴

39 JGR 2015/12 met noot van Vollebregt.

40 *Parlementaire Geschiedenis van het NBW*, boek 6, Kluwer: Deventer 1981, p. 271-272.

41 *Kamerstukken II 1989/90*, 21561, 3, p. 44 (MvT).

42 Zo merkt prof. T.F.E. Tjong Tjin Tai in Asser 7-IV op dat het standpunt van de wetgever achterhaald is.

43 *Kamerstukken II 2011/12*, 32805, 15.

44 Zie brief minister Schippers d.d. 27 september 2012 aan de Tweede Kamer, *Kamerstukken II 2012/13*, 32805, 22.

37 Zie voor kritiek op deze uitspraak de noot van P.A.M. Mevis en M.J.F. van der Wolf in *JvGGZ 2014/47*.

38 ECLI:NL:HR:2013:978.

Mr. drs. M.J.J. de Ridder

Een voorbeeld waarbij het standpunt van de wetgever van artikel 6:77 BW wel werd gevolgd is het vonnis van de Rechtbank Zeeland-West Brabant d.d. 15 januari 2014.⁴⁵ In die zaak ging het om een vrouw die in 2004 twee borstimplantaten van het merk Eurosilicone had laten inbrengen. In 2009 gaven de implantaten klachten en werden deze verwijderd. Het bleek dat het implantaat in de rechterborst gescheurd was en zich ter plaatse een grote ontsteking had gevormd. Er werden nieuwe implantaten geplaatst welke kosteloos door de fabrikant waren verstrekt. De vrouw stelde zowel de plastisch chirurg als de producent aansprakelijk. De chirurg omdat hij een gebrekkige hulpzaak had gebruikt. De rechtbank oordeelde dat voor aansprakelijkheid ex art. 6:77 BW vereist is dat de arts met het gebrek bekend is of behoort te zijn en dat was volgens de rechtbank hier niet het geval. De vordering tegen de arts en zijn verzekeraar werd daarom (direct) afgewezen. De vordering tegen de producent niet. De rechtbank overwoog dat als een implantaat ernstige gezondheidsschade met zich meebrengt, geen sprake is van een voldoende veilig product. Het is echter de vraag of een scheurend implantaat dergelijke ernstige gevolgen als patiënte stelt teweeg kan brengen, aldus de rechtbank. Om die vraag te beantwoorden gelastte de rechtbank een deskundigenbericht.

Een uitspraak waarbij de uitzonderingsregel (voorschands) niet werd gevolgd is het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch d.d. 25 november 2014.⁴⁶ In die zaak ging het om lekkende borstprothesen van het merk PIP die in Boerhaave Medisch Centrum waren geplaatst. De fabrikant van PIP had met de gebruikte siliconen gefraudeerd. Hij gebruikte voor de vulling industriële siliconen in plaats van voor medisch gebruik goedgekeurde siliconen. In 2010 werd deze fraude ontdekt. De patiënte stelde Boerhaave Medisch Centrum aansprakelijk. De vordering werd door de Rechtbank Maastricht afgewezen. Tegen dit vonnis stelde de vrouw beroep in en in een tussenarrest van 25 november 2014 deed het

hof twee principiële uitspraken. Ten eerste oordeelde het hof dat het inbrengen van implantaten in het kader van een cosmetische ingreep niet als een consumentenkoop kan worden beschouwd. De rechtsleer is hierover verdeeld. Wijne merkt daarover in haar artikel 'De Poly Implant Prothèse – borstprothesen van vier zijden bekeken'⁴⁷ het volgende op: *'Het vereiste brengt ten tweede met zich dat van het begrip "hulpzaak" is uitgesloten de slechts afgeleverde zaak. Dit kan een probleem opleveren. Bij het gebruik van borstprothesen ligt het onderscheid tussen levering en gebruik gecompliceerd, omdat strikt genomen sprake is van het overdragen en achterlaten van een zaak in het lichaam van de patiënt. Uit de jurisprudentie moet worden afgeleid dat, indien het in- of aanbrengen van een prothese onderdeel is van een meer omvattende geneeskundige behandeling, de borstprothese als "hulpzaak" wordt gekwalificeerd en artikel 6:77 BW van toepassing is. In die gevallen waarin de patiënte een verandering van borstomvang wenste en de borstprothese dus geen deel uitmaakte van de genezing van de patiënte, wordt de borstprothese mogelijk niet als hulpzaak aangemerkt.'* In dat kader kan ook worden verwezen naar het vonnis van de Rechtbank Maastricht, kenbaar uit het arrest van de Hoge Raad d.d. 28 mei 1999,⁴⁸ waarin het plaatsen van een borstprothese niet werd beschouwd als onderdeel van een meer omvattende geneeskundige behandeling en derhalve niet als een hulpzaak werd gekwalificeerd (*'Naar het oordeel van de Rechtbank zijn de prothesen niet te beschouwen als hulpzaak maar als afgeleverde zaak, nu de zaak niet als hulpmiddel gebruikt is bij de uitvoering van de verbintenis maar verschaft is als één van de prestaties waartoe de Stichting zich had verbonden (...) Met de woorden van het huidig Burgerlijk Wetboek betekent dit dat ter zake de prothesen niet artikel 6:77 Burgerlijk Wetboek van toepassing is, doch artikel 6:74 Burgerlijk Wetboek*).⁴⁹

Indien het wel een consumentenkoop zou betreffen, zou Boerhaave Medisch Centrum mogelijk niet aansprakelijk zijn. Artikel 7:24 lid 2 BW, welk artikel op de consumentenkoop ziet, bepaalt namelijk dat er

45 ECLI:NL:RBZWB:2014:3600.

46 ECLI:NL:GHSHE:2014:4936.

47 Gepubliceerd op www.patient-en-arts.blogspot.nl/2012/05/de-poly-implant-prothese-borstprothesen.html.

48 NJ 1999/614.

49 Zo ook: Rb. Amsterdam 11 juli 2007, JA 2007/145.

geen sprake is van aansprakelijkheid van de verkoper indien er sprake is van productaansprakelijkheid. In dat geval moet de producent dus worden aangesproken.

Ten tweede doet het hof een uitspraak over de vraag in hoeverre Boerhaave Medisch Centrum aansprakelijk is voor gebruikmaking van een gebrekkige hulpzaak. Het hof overweegt dat een toerekening van het gebrek aan de kliniek krachtens artikel 6:77 BW in beginsel in de rede ligt. Het hof woog daarbij mee: dat de producent die de borstprothesen had gemaakt inmiddels failliet is en derhalve geen verhaal biedt; dat het gaat om een serie van producten en niet om een product dat eenmaal faalt; en dat de kliniek de keuze voor het type prothese had gemaakt. Het hof geeft daarbij aan dat dit een voorlopig oordeel betreft en stelt partijen in de gelegenheid zich daarover nog nader uit te laten. Uit de motivering van het oordeel valt af te leiden dat het hof in zijn oordeel in belangrijke mate heeft laten meewegen dat de producent failliet was. Dat het hof ook tot dit voorlopig oordeel zou zijn gekomen indien de producent niet failliet was gegaan, kan niet worden gezegd. Op basis van de uitspraak kan dan ook niet worden geconcludeerd dat de door de wetgever bepleite uitzonderingsregel inmiddels achterhaald is.

2.6 Niet nakomen protocol

Sinds het zogeheten trombose-arrest⁵⁰ is het vaste rechtspraak dat afwijken van een protocol aansprakelijkheid scheidt, tenzij dit afwijken door de arts kan worden beargumenteerd. Dat een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot, voor wie dat protocol niet geldt, wellicht tot hetzelfde beleid had kunnen komen, doet daar in de visie van de Hoge Raad niet aan af. De patiënt mag er aanspraak op maken dat een protocol wordt nageleefd. Indien een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot niettemin afwijkt van het protocol, is de arts wel aansprakelijk indien hij het protocol

toch volgt.⁵¹ Een voorbeeld waarbij de aansprakelijkheid van de arts wegens schending van het protocol een rol speelde, is het arrest van het Hof's-Hertogenbosch d.d. 11 november 2014.⁵² Het gaat in die zaak om een 52-jarige patiënte die in het AZM was geopereerd en leed aan een aortaklepstenose. Tijdens de ingreep werd de klep vervangen. In het kader van wetenschappelijk onderzoek werd voorts een klein biopt van haar linker hartspier genomen. Op 10 december 2002, twee dagen nadat de vrouw uit het ziekenhuis was ontslagen, meldde zij zich bij het ziekenhuis met hartkloppingen. Een dag later werd zij opgenomen in het AZM op de afdeling neurologie in verband met een herseninfarct. Door het herseninfarct raakte de vrouw volledig arbeidsongeschikt. Patiënte stelde het AZM hiervoor aansprakelijk. Zij verweet het ziekenhuis dat zij na de operatie wel het antistollingsmiddel Sintrom had gekregen, maar niet het antistollingsmiddel fraxiparine.

De door partijen ingeschakelde deskundige ging ervan uit dat de fraxiparine wel toegediend zal zijn. Dit omdat het de standaardbehandeling was. De deskundige betwijfelde bovendien of er wel een causaal verband is tussen het niet toedienen van de fraxiparine en het herseninfarct. Door de rechtbank werd de vordering afgewezen. Het hof kwam tot een ander oordeel. Het feit dat toediening niet is vermeld, kan niet worden verklaard met de stelling dat het een standaardbehandeling is zodat de toediening wel plaatsgevonden zal hebben. Het toedienen van Sintrom hoort evenzeer bij die standaardbehandeling en is wel vermeld in het medisch dossier, aldus het hof. Het hof gaat er dan ook op voorhand van uit dat de fraxiparine niet is toegediend tenzij

50 HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, NJ 2001, 649.

51 Dit volgt uit HR 1 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AS6006, TvGR 2005/19.

52 ECLI:NL:GHSHE:2014:4655.

Mr. drs. M.J.J. de Ridder

het AZM bewijst dat het wel is gebeurd.⁵³ Opmerkelijk is dat hetzelfde hof tien jaar eerder precies het tegenovergestelde oordeel velde. In het arrest d.d. 4 mei 2004⁵⁴ oordeelde het hof dat het ontbreken van aantekeningen met betrekking tot het preventief toedienen van antistolling, niet rechtvaardigde de bewijslast hiervan bij het ziekenhuis te leggen, zoals de rechtbank had gedaan. Het hof motiveerde dat met de overweging dat het hier ging om een standaardbehandeling die op een protocol was gebaseerd. Verschil met de casus was echter wel dat in die zaak tevens werd overwogen dat het bijhouden van aantekeningen hiervan niet te doen gebruikelijk was.

Opmerkelijk is ook de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland d.d. 10 februari 2015.⁵⁵ In die procedure was de Stichting Shaken Baby het niet eens met een protocol van de Nederlandse Vereniging voor Kindergeneeskunde (NVK) over de handelwijze van kinderartsen als zij het vermoeden hadden dat een baby lijdt aan het shaken baby syndroom. In de visie van de Stichting zouden kinderartsen te lichtvaardig bij het AMK een melding doen.⁵⁶ De Stichting vorderde dat de NVK in overleg met door de Stichting aan te wijzen deskundigen een nieuw protocol zou opstellen. De voorzieningenrechter wees de vordering af. Hij kon niet als voldoende vaststaand aannemen dat kinderartsen die het shaken baby syndroom vermoeden door een

foutieve of onjuiste instructie in het werkboek van de NVK te snel overgaan tot een AMK-melding. Deze uitspraak is een van de weinige uitspraken waarbij door middel van het instellen van een vordering tegen de beroepsvereniging getracht werd een richtlijn/protocol aan te passen.⁵⁷

2.7 Informed consent

In de jurisprudentie uit de periode waarop de kroniek betrekking heeft, zijn relatief veel uitspraken te vinden waarbij de patiënt een vordering instelt wegens schending van de informatieplicht. Een voorbeeld daarvan is het hiervoor in paragraaf 2.6 besproken arrest van het Hof 's-Hertogenbosch d.d. 11 november 2014.⁵⁸ Naast het verwijt dat haar ten onrechte geen fraxiparine was toegediend, stelde de patiënte voorts dat zij geen toestemming had verleend voor het afnemen van het biopt van de hartspier omdat zij onder invloed van Oxazepam had verkeerd. Het hof overwoog echter dat één Oxazepamtablet niet de bewuste toestemming onmogelijk hoeft te maken.

Een andere zaak waarbij informed consent een rol speelde is het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 18 november 2014.⁵⁹ In die zaak ging het om een 61-jarige man die werd geopereerd aan zijn prostaat wegens plasproblemen. De uroloog voerde een zogenaamde TURP-behandeling uit. Na de operatie had de man last van impotentie en vorderde hij voor de kantonrechter een smartengeld van € 10.000. De kantonrechter wees een tussenvonnissen waarin werd geoordeeld dat het voorshands aannemelijk is dat de patiënt niet duidelijk en uitdrukkelijk is gewezen op de mogelijke complicaties. Voorts gelaste de kantonrechter een deskundigenbericht. Tegen dit vonnis stelden de uroloog en het ziekenhuis beroep in. Zij meenden dat er voor de operatie ook al impotentieklachten waren en tevens dat

53 Het hof week op meer punten af van het oordeel van de deskundige. Zo oordeelde het hof voorts dat ten aanzien van het causaal verband tussen het herseninfaarct en het niet toedienen van de fraxiparine de rapportage tekortschiet omdat de deskundige zijn conclusies te weinig heeft onderbouwd. Overlegging van een hoofdstuk uit een medisch handboek kan niet als toereikende motivering dienen, aangezien niet verwacht kan worden dat de rechter, geen medisch specialist zijnde, daaruit zelf conclusies zal gaan trekken. Het hof benoemde daarom een nieuwe deskundige.

54 *Nieuwsbrief Personenschade* 2004 juli/augustus, p. 10.

55 ECLI:NL:RBMNE:2015:832.

56 Zie voor een voorbeeld waarbij achteraf gezien een onterechte melding had plaatsgevonden: Hof Arnhem-Leeuwarden 3 februari 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:719.

57 Een eerder voorbeeld daarvan is de uitspraak van de President van de Rechtbank Utrecht d.d. 3 november 1994, TvGR 1995/39, waarbij getracht werd een NHG-standaard gewijzigd te krijgen. Ook die vordering werd afgewezen.

58 ECLI:NL:GHSHE:2014:4655.

59 ECLI:NL:GHSHE:2014:4784.

impotentie als gevolg van de ingreep zo weinig voorkomt dat de uroloog de patiënt over de kans daarop niet had hoeven voor te lichten. Het hof overwoog dat de door de kantonrechter te benoemen deskundige zich dient uit te laten over de vraag of de man voldoende is gewaarschuwd voor deze complicatie. Ten aanzien van het oordeel van de kantonrechter dat de patiënt in niet-begrijpelijke termen is voorgelicht over de mogelijke complicatie van de 'retrograde ejaculatie', volgde het hof het betoog van het ziekenhuis. De uroloog had deze term in zijn dossier aangetekend. Het hof is van oordeel dat uit het gebruik van de medische term niet voortvloeit dat de man niet in voor hem begrijpelijke termen is voorgelicht, zoals de kantonrechter wel had aangenomen. Het is volstrekt logisch en begrijpelijk dat een arts de voorlichting in het dossier aantekent met de gebruikelijke medische term, maar de term wel in begrijpelijke taal aan de patiënt toelicht, aldus het hof. De zaak werd door het hof terugverwezen naar de kantonrechter zodat die het deskundigenonderzoek kon voortzetten.

Opmerkelijk is te noemen de uitspraak van de Rechtbank Midden-Nederland d.d. 18 september 2013.⁶⁰ In die zaak werd zogeheten integriteitschade toegekend. Het ging in die zaak om een HIV-besmette vrouw die het antivirale middel Nevirapine gebruikte. Eerder had zij een ander middel gebruikt dat vanwege bijwerkingen was gestaakt. Als gevolg van het Nevirapine-gebruik ontstond een ernstige bijwerking, te weten een toxische epidermale necrolyse (TEN). Hierbij ontstonden gegeneraliseerde blaren. Uiteindelijk trad bij de patiënte een huid- en slijmvliesbeschadiging op van 35 tot 40%. Voorts was er een aantasting van het hoornvlies waardoor rechts vrijwel blindheid ontstond en links een ernstig verlies van de visus. Er had een voorlopig deskundigenbericht plaatsgevonden waar prof. S. Danner, internist, had gerapporteerd. Hij vond het wisselen van de medicatie naar de Nevirapine terecht en was van mening dat patiënte voldoende was voorgelicht. Hij concludeerde dat er niet gewaarschuwd hoefde te worden voor de zeer ern-

stige complicatie TEN, want die manifesteert zich in minder dan 1% van de gevallen. De rechtbank onderschrijft het oordeel van prof. Danner niet. Ook al was de kans op het optreden van de zeer ernstige bijwerkingen minder dan 1%, dan nog had de vrouw gezien de ernst van de bijwerkingen daarover moeten worden voorgelicht. De rechtbank overwoog daarbij dat het percentage van 0,3% dat door de fabrikant was opgegeven ook weer niet zo gering was dat de kans op TEN te verwaarlozen is. Dat geldt des te sterker omdat de vrouw geen Nederlands machtig is en de bijsluiter niet kon lezen. De stelling van het ziekenhuis dat patiënten mogelijk zouden afzien van het gebruik van Nevirapine als het patiënten zou voorlichten over de ernst van de mogelijke bijwerkingen gaat niet op. De rechtbank wees er daarbij op dat de internist ter zitting had verklaard dat patiënten die hij wél heeft voorgelicht over deze bijwerking het middel toch namen. De rechtbank achtte daarom niet aannemelijk dat patiënte van het middel zou hebben afgezien als zij wel adequaat was voorgelicht. Het causaal verband tussen het gebrek in de voorlichting en de schade ontbreekt derhalve. De onrechtmatigheid van het gebrek in de voorlichting heeft in de visie van de rechtbank echter wel tot 'integriteitsschade' geleid. De wettelijke regeling betreffende de informatieplicht van de behandelaar en het toestemmingsvereiste vindt zijn grondslag in de artikelen 10 (persoonlijke levenssfeer) en 11 (onaantastbaarheid van het menselijk lichaam) van de Grondwet. Aangezien niet kan worden gezegd dat patiënte niet met de behandeling zou hebben ingestemd als zij wel adequaat zou zijn geïnformeerd, is van een aantasting van het zelfbeschikkingsrecht geen sprake, aldus de rechtbank. Het enkele feit dat patiënte een keuzemogelijkheid is onthouden, is daarvoor ook niet voldoende. Van een ernstige schending van de persoonlijke levenssfeer kan echter wel worden gesproken. Dit omdat zij is 'overrompeld door de acute ernstige bijwerkingen waarvoor zij destijds geen enkele oorzaak of verklaring had'. De rechtbank overwoog daarbij als volgt: *'Hoewel de ziekteverschijnselen bij bekendheid van eiseres met de bijwerkingen niet minder ernstig zouden zijn geweest, heeft de tekortkoming in de*

60 ECLI:NL:RBMNE:2013:3761.

Mr. drs. M.J.J. de Ridder

informatieplicht wel een verergering van de door eiseres ervaren schok tot gevolg gehad. De rechter is van oordeel dat daardoor het leed – onnodig – zodanig is verergerd, dat sprake is van een ernstige aantasting van de persoon van eiseres die een immateriële schadevergoeding rechtvaardigt. (...) De vordering van eiseres kan in zoverre worden toegewezen dat UMCU gehouden is de immateriële schade die het gevolg is van het toerekenbaar tekortschieten van het UMCU bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst, te vergoeden.'

De rechtbank stelde partijen in de gelegenheid om zich uit te laten over de hoogte van deze immateriële schade. In het eindvonnis van 12 februari 2014⁶¹ werd deze vastgesteld op een bedrag van € 7000.

Of de rechtbank terecht aanneemt dat de arts zijn informatieplicht heeft geschonden, is de vraag. De informatieplicht van de arts is ook met betrekking tot ernstige complicaties niet onbepaald en de deskundige is een andere mening toegedaan. De vraag is bovendien hoe deze uitspraak zich verhoudt tot het arrest van de Hoge Raad d.d. 23 april 2010.⁶² In die zaak caseerde de Hoge Raad het arrest van het Hof Arnhem d.d. 25 april 2006,⁶³ in welk arrest eveneens een vergoeding voor integriteitsschade werd toegekend. Dit omdat het hof voorbij was gegaan aan het verweer dat zonder gebrek aan informatie patiënte ook met de schade zou zijn geconfronteerd c.q. niet aannemelijk was dat zij voor het meer risicovolle alternatief zou hebben gekozen. Dit oordeel impliceert dat de Hoge Raad, anders dan de rechtbank in dit vonnis, het bestaan van een causaal verband wel als voorwaarde ziet voor een vergoeding van integriteitsschade. Anderzijds ging het in dit arrest – anders dan hier – wel om een vergoeding voor integriteitsschade wegens aantasting van het zelfbeschikkingsrecht.⁶⁴ Dat is wezenlijk anders.

In deze zaak gaat het om een soort van shockschade wegens de confrontatie met complicaties waarop de patiënt door de summere informatievoorziening

ten onrechte niet voorbereid is geweest. Toekennen van integriteitsschade voor een gebrek aan informatie is een nieuwe ontwikkeling in de informed consent-jurisprudentie.⁶⁵ Omdat aan het optreden van een shock in rechte hoge eisen worden gesteld en dit in de regel óók met geestelijk letsel gepaard moet gaan,⁶⁶ zal de vergoeding van integriteitsschade wegens aantasting van de persoonlijke levenssfeer vermoedelijk echter wel voorbehouden blijven aan extreem confronterende situaties, zoals in dit geval het optreden van TEN. Overigens is dat nog onzeker. De rechtbank lijkt de eis van geestelijk letsel niet (expliciet) te stellen.

2.8 Bijzondere vormen van aansprakelijkheid

Onder de noemer bijzondere aansprakelijkheid valt o.a. te noemen het vonnis van de Rechtbank Midden-Nederland d.d. 5 november 2014.⁶⁷ In die zaak werd een werknemer een arbeidsongeschiktheidsbeoordeling onthouden. Het ging in die zaak om een verzekeringsarts van het UWV die van oordeel was dat de man, die zich op zijn werk ziek had gemeld, spanningsklachten had als gevolg van een arbeidsconflict. De UWV-arts was van oordeel dat het conflict eerst moest worden opgelost zodat het doen van een uitspraak over het wel of niet geschikt zijn voor de eigen arbeid in dit stadium niet relevant was. De man diende een klacht in bij het UWV, welke ongegrond werd verklaard omdat zowel de bedrijfsarts als de verzekeringsarts zich aan de zogenaamde STECR-richtlijn had gehouden. Deze STECR-richtlijn schrijft voor dat eerst het arbeids-

65 Bij mijn weten is één keer eerder in een dergelijke situatie integriteitsschade toegekend: Hof Amsterdam 19 februari 1998, TvGR 1998/48, waarbij een patiënte onverwacht geconfronteerd raakte met de zeer ernstige gevolgen van een bloeding van spataderen in de slokdarm.

66 In het shockschade- of Taxibus-arrest (HR 22 februari 2002, ECLI:NL:HR:2002:AD5356, NJ 2002/240) overwoog de Hoge Raad dat voor shockschade waardoor iemand in zijn persoon is aangetast een dusdanige emotionele reactie moet zijn opgetreden dat die tot geestelijk letsel leidt, hetgeen in het algemeen slechts het geval zal zijn, aldus de Hoge Raad, indien sprake is van een in de psychiatrie erkend ziektebeeld.

67 ECLI:NL:RBMNE:2014:5592.

61 ECLI:NL:RBMNE:2014:691.

62 ECLI:NL:HR:2010:BL4882.

63 ECLI:NL:GHARN:2006:BM5194.

64 Zie r.o. 3.2.

conflict moet worden opgelost. De man wendde zich tot de Nationale ombudsman, die de klacht wel gegrond verklaarde. De ombudsman overwoog als volgt: *'Het is begrijpelijk dat er prioriteit gegeven wordt aan het oplossen van het arbeidsconflict, maar dat betekent niet dat er geen oordeel over de arbeidsongeschiktheid gegeven zou hoeven worden. Eigen richtlijnen geven zelfs aan dat het van groot belang is hier helderheid over te verschaffen, juist in geval van een arbeidsconflict. Afgezien de vraag wat het oordeel zou zijn geweest onthoudt het UVW de werknemer ook de mogelijkheid om een loondoorbetalingsverplichting te vorderen bij de rechter, waarvoor een deskundigenoordeel noodzakelijk zou zijn.'* De man is van mening dat hij door het onthouden van de arbeidsongeschiktheidsbeoordeling de vordering op zijn werkgever tot doorbetaling van het loon niet had kunnen effectueren. Hij vorderde de hiermee gemoeide schade van het UWW. De kantonrechter concludeerde echter dat er geen toerekenbare tekortkoming is en dat bovendien causaal verband tussen de gedraging van het UWW en 's mans schade ontbreekt. Dat de man zijn loon niet is doorbetaald ligt niet aan de gedraging van het UWW, maar aan hoe de man zich had opgesteld in het arbeidsconflict. De kantonrechter oordeelde voorts dat het allerm minst vaststaat dat als het UWW wel een oordeel over de arbeidsongeschiktheid had gegeven, dat oordeel zou hebben geluid dat hij inderdaad arbeidsongeschikt was. Ook het causaal verband ontbreekt derhalve.

In het vonnis van de Rechtbank Den Haag d.d. 23 oktober 2013⁶⁸ werd de Staat aansprakelijk gehouden voor een onrechtmatige TBS. Het ging in die zaak om een man van Marokkaanse afkomst, die in november 2005 voor forensisch onderzoek was opgenomen in het Pieter Baan Centrum. Hij werd verdacht van een geweldsdelict. De man weigerde elke medewerking. Het Pieter Baan Centrum bracht echter toch een rapport uit. Geconcludeerd werd dat mede door de weigering van de betrokkene het niet mogelijk was geweest een gedragsstoornis van betrokkene met zekerheid en nauwkeurigheid te koppelen aan een specifieke psychiatrische classificatie. Daarbij werd aangegeven dat wel wordt

gedacht aan een persoonlijkheidsstoornis met paranoïde, antisociale en ook mogelijk narcistische trekken. Niet kon worden uitgesloten dat er echter ook sprake was van een (meer chronische) psychotische stoornis. De man werd veroordeeld tot een gevangenisstraf van een jaar en TBS. In hoger beroep liet het gerechtshof dit vonnis in stand, evenals de Hoge Raad, die artikel 81 RO toepaste. De man werd na zijn gevangenisstraf overgebracht naar een kliniek met TBS en ook daar weigerde hij iedere medewerking aan behandeling. De TBS werd na twee jaar met twee jaar verlengd, maar daarna gelastte de rechtbank een nieuw deskundigenonderzoek door het Pieter Baan Centrum. Aan dat onderzoek werkte de man wél mee. In dat rapport werd geconcludeerd dat het vanuit het perspectief van de betrokkene wel begrijpelijk is waarom hij niet meewerkte aan de behandeling. Meewerken aan de behandelingen zou impliceren dat hij erkent dat hij de delicten heeft gepleegd en – wellicht belangrijker – dat hij erkent dat hij lijdt aan een psychische stoornis. De (deels cultureel bepaalde) angst voor gezichtsverlies bij erkenning hiervan woog voor de man zwaarder dan het besef dat hij zich met zijn opstelling in een uitzichtloze situatie had gemanoeuvreed. Tragiek in deze is, aldus de rapportage, dat de claim van betrokkene dat hij niet lijdt aan een psychische stoornis wordt ondersteund door de resultaten van het huidige onderzoek. De testresultaten bevatten geen aanwijzing voor een psychische stoornis en pleiten sterk tegen de aanwezigheid daarvan. De rapportage leidde ertoe dat de man in vrijheid werd gesteld. Hij vorderde voor de civiele rechter een schadevergoeding omdat het opleggen van de TBS onrechtmatig was geweest. Hij beriep zich op artikel 6 EVRM (oneerlijk proces) en artikel 5 EVRM (onrechtmatige detentie). De rechtbank wees de vordering af. De rechtbank oordeelde dat het strafrecht een gesloten stelsel van rechtsmiddelen kent; het is niet mogelijk dit te doorbreken met een vordering voor de civiele rechter, behalve bij schending van fundamentele rechten. De man heeft echter voor de strafrechter alle kans gehad zijn visie naar voren te brengen en heeft daarvan ook gebruik gemaakt. Er is derhalve geen sprake van een schending van arti-

68 ECLI:NL:RBDHA:2013:14565.

Mr. drs. M.J.J. de Ridder

kel 6 EVRM. Artikel 5 EVRM was evenmin geschonden. Van een onrechtmatige detentie was geen sprake. De man heeft tijdens de procedure verweer gevoerd en had er ook destijds voor kunnen kiezen om mee te werken aan een nieuw onderzoek in het Pieter Baan Centrum. Ten overvloede overwoog de rechter nog dat het niet uitgesloten is dat de man ten tijde van de veroordeling mogelijk wel een ziekelijke stoornis had en dat deze is 'gemitigeerd', weliswaar niet door de behandeling, maar dan toch door het verblijf in de TBS-klinieken.

Voorts valt in dit kader nog te noemen het vonnis van de Rechtbank Overijssel d.d. 14 januari 2015⁶⁹ waarbij aansprakelijkheid ex artikel 1:454 lid 2 BW werd aangenomen van een mentor. In die zaak ging het om een verstandelijk gehandicapte vrouw die in verband met een buikoperatie in het ziekenhuis moest worden opgenomen. Toen zij uit het ziekenhuis werd ontslagen, deelde de mentor haar mee dat zij gedurende drie weken zou gaan wonen in Erve Holland, een wooninstelling voor verstandelijk gehandicapten. Dat de huurovereenkomst van haar woning was opgezegd en dat het verblijf niet tijdelijk zou zijn, werd niet door de mentor verteld. Toen de vrouw hier later mee bekend raakte, reageerde zij hier verbolgen op en spande zij een procedure aan tegen de mentor. Dat de mentor als redelijk handelend mentor niet tot het besluit had kunnen komen om de vrouw bij Erve Holland onder te brengen, kan in de visie van de rechtbank niet worden gezegd. De rechtbank oordeelde echter wel dat de wijze waarop de verhuizing was voorbereid c.q. had plaatsgevonden en waarbij haar niet was verteld dat het verblijf in de wooninstelling voor langere duur zou zijn en de huur was opgezegd, in strijd is met hetgeen een goed handelend mentor betaamt. Dit is een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106 lid 1 sub b BW, waarvoor een smartengeldvergoeding werd toegekend van € 1500.

3. Causaal verband en toerekening

De jurisprudentie in de relevante periode laat geen nieuwe ontwikkelingen zien met betrekking tot het causaal verband en de toerekening. Wederom is er een groot aantal uitspraken waarbij de patiënt zijn vordering ziet stranden omdat hij niet het vereiste causaal verband kan bewijzen. Voorbeelden daarvan zijn:

- Rechtbank Den Haag 5 augustus 2013⁷⁰ waarbij de deelgeschilrechter oordeelde dat in het kader van het deelgeschil geen causaal verband kan worden aangenomen tussen het ontbreken van een zogeheten blaasbel bij een dwarslaesiepatiënt en het optreden van een aspiratie pneumonie;
- Rechtbank Midden-Nederland 7 augustus 2013⁷¹ waarbij geen causaal verband werd aangenomen tussen het voorschrijven van hydroxychloroquine als middel tegen reuma dat als bijwerking het netvlies en hoornvlies kan aantasten en een verminderde visus van 50% van de patiënt;
- Hof 's-Hertogenbosch 4 juni 2013⁷² waarbij causaal verband ontbrak tussen het restletsel en het delay in de behandeling van een peesletsel.

Vermeldenswaardig in dit kader is de uitspraak van de Rechtbank Zeeland-West Brabant van 23 oktober 2013.⁷³ In die zaak ging het om een 16-jarige patiënte die van een paard was gevallen en na de val pijnklachten aan haar voet hield. In verband hiermee werd door de radioloog een zogenaamde infiltratiebehandeling gegeven waarbij met de naald een ontstekingsremmer en pijnstiller werden geïnjecteerd. Tijdens de behandeling ondervond patiënte hiervan veel pijn en vroeg zij de radioloog om deze te staken. De radioloog zette de behandeling desondanks toch door. Uiteindelijk ontwikkelde zich een complex regionaal pijnsyndroom (CPRS). De gezamenlijk door partijen benaderde deskundige vond

69 ECLI:NL:RBOVE:2015:536.

70 ECLI:NL:RBDHA:2013:10367.

71 ECLI:NL:RBMNE:2013:3261.

72 ECLI:NL:GHSE:2013:CA2219.

73 ECLI:NL:RBZWB:2013:7827.

het onzorgvuldig dat de radioloog de behandeling had doorgezet en achtte het niet waarschijnlijk dat bij zorgvuldig handelen patiënte de huidige restverschijnselen zou hebben ondervonden. Door de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de arts werd aansprakelijkheid erkend voor het handelen van de radioloog. Tijdens de verdere afhandeling van de klacht ontstond verschil van mening over de reikwijdte van deze erkenning.

De deelgeschilrechter volgde daarbij de lezing van de verzekeraar dat de erkenning alleen ziet op de fout en niet tevens een erkenning inhoud van de gevolgen die de patiënte hieraan toeschreef. Een benadeelde kan er met andere woorden niet zonder meer van uitgaan dat met de erkenning dat de arts een fout heeft gemaakt, het causaal verband eveneens is erkend.

Voorts werd in de relevante periode het vereiste causaal verband (*condicio sine qua non*-verband) wederom regelmatig aangenomen door toepassing van de omkeringsregel. Een voorbeeld daarvan is het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 13 november 2013.⁷⁴ Daarbij werd aangenomen dat door een beroepsfout van een tandarts wegens het plaatsen van een te lang implantaat dat het zenuwkanaal (*canalis nervus alveolaris inferior*) had doorboord een sensibiliteitsstoornis van de kaak was optreden.

Ook werd in de jurisprudentie frequent een percentage aansprakelijkheid aangenomen door het toepassen van het leerstuk van de kansschade c.q. de proportionele aansprakelijkheid. Hoewel de beide leerstukken dogmatisch gezien verschillend zijn, wordt in de jurisprudentie dat onderscheid veelal niet expliciet gemaakt.⁷⁵

Voorbeelden waarbij een percentage aansprakelijkheid werd aangenomen zijn:

74 ECLI:NL:RBAMS:2013:7837.

75 In het vonnis van de Rb. Gelderland d.d. 22 maart 2015, ECLI:NL:RBGEL:2015:2701, werd wel expliciet vastgesteld dat het om kansschade ging. Deze was echter te klein om rechtens relevant te zijn.

76 ECLI:NL:RBROT:2014:6616.

- Rechtbank Rotterdam 19 augustus 2014,⁷⁶ waarin de kans dat een patiënte zonder fouten een vervolgopleiding zou voltooien en in het verlengde daarvan werk zou vinden op 40% werd gesteld;
- Hof 's-Hertogenbosch 7 maart 2015,⁷⁷ waarbij 70% aansprakelijkheid van het AZM werd aangenomen voor een delay in de behandeling van een caudasyndroom;
- Rechtbank Noord-Holland 20 augustus 2014,⁷⁸ waarbij 20% aansprakelijkheid werd aangenomen tussen het nalaten op de SEH om neurologisch onderzoek te doen en het optreden van een herseninfarct een dag later.

Overigens geldt het percentage aansprakelijkheid niet (zonder meer) voor de buitengerechtelijke kosten. Dit volgt uit het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden van 5 augustus 2014⁷⁹ waarbij 60% aansprakelijkheid werd aangenomen voor visusverlies als gevolg van een medische fout. Ten aanzien van de schadeposten, waaronder ook het smartengeld, past het hof het percentage van 60% toe, maar niet met betrekking tot de buitengerechtelijke kosten. Die werden voor 100% toegewezen. Het hof motiveerde dat als volgt; *'De beperking van de vergoedingsplicht voor schade tot 60% is het gevolg van de onzekerheid over de (na vaststelling van de aansprakelijkheid te beantwoorden) vraag naar het verband tussen de fout en de schade. De kosten die verband houden met het beantwoorden van die vraag vallen onder het bereik van art. 6:96 lid 2 sub b BW en komen in beginsel (als aan de dubbele redelijkheidstoets is voldaan) voor volledige vergoeding in aanmerking indien en voor zover nog causaal verband bestaat tussen deze kosten en de gemaakte fout, vgl. HR 11 juli 2003.⁸⁰ Naar het oordeel van het hof is in dit geval aan de eis van causaal verband voldaan.'*

Het hof geeft daarbij nadrukkelijk aan dat het percentage aansprakelijkheid dat van toepassing is op de proportionele aansprakelijkheid zich in dat

77 ECLI:NL:GHSHE:2015:933.

78 ECLI:NL:RBNHO:2014:12412.

79 ECLI:NL:GHARL:2014:6223.

80 ECLI:NL:HR:2003:AF7423.

Mr. drs. M.J.J. de Ridder

opzicht onderscheidt van het leerstuk van de 'eigen schuld' ex artikel 6:101 BW waarbij het eigen schuld-percentages in beginsel wel ook op de buitengerechtelijke kosten wordt losgelaten. Zeker voor zover het een vordering uit proportionele aansprakelijkheid zou betreffen is dit oordeel mijns inziens voor discussie vatbaar. Het hof had ook kunnen beslissen dat het percentage tevens geldt voor de buitengerechtelijke kosten. Bij proportionele aansprakelijkheid wordt immers het percentage verlaagd overeenkomstig de kans dat de aansprakelijke partij ten onrechte voor de schade aansprakelijk wordt gehouden. Het percentage kans dat de aansprakelijke partij ten onrechte wordt aangesproken (en dus niet aansprakelijk is) geldt ook voor de buitengerechtelijke kosten. Het oordeel valt ook niet goed te rijmen met de jurisprudentie inzake eigen schuld waarbij dat percentage sinds het Manège Bergamo-arrest ook op de buitengerechtelijke kosten in mindering wordt gebracht.⁸¹

Voorts rijst de vraag hoe dit oordeel zich verhoudt tot het Nefalit-arrest.⁸² In dat arrest overwoog de Hoge Raad immers dat de uitgangspunten van artikel 6:101 BW (wel) aan het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid ten grondslag liggen en dat de schadevergoedingsplicht bovendien in evenredige mate wordt verminderd met de mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen. Dat voor de vergoedingsplicht van de buitengerechtelijke kosten een ander vergoedingsregime zou gelden, valt uit het arrest niet af te leiden.

4. Schadevergoeding

Het schadevergoedingsrecht op het gebied van het medische aansprakelijkheidsrecht onderscheidt zich niet van andere aansprakelijkheden waarbij letselschade is ontstaan. In het geval van letselschade is er een tendens dat de hoogte van de vergoedingen sterk oploopt. Ook op het terrein van het medisch

aansprakelijkheidsrecht zijn daarvan de nodige voorbeelden te geven. Een voorbeeld is het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden d.d. 14 januari 2014.⁸³ Het ging in die zaak om een 79-jarige patiënte die als gevolg van een delay bij de behandeling van een subduraal hematoom een hersenbeschadiging opliep. De patiënte werd daarna in een verpleeghuis opgenomen, maar werd daar na enige tijd door haar dochters weer uit gehaald, waarna zij beurtelings bij hen thuis werd verzorgd. Ten aanzien van het smartengeld overwoog het hof dat gelet op vergelijkbare gevallen in de Smartengeldgids ('zie bijvoorbeeld de nrs. 247/249') een smartengeldvergoeding van € 61.050 in beginsel passend zou zijn.⁸⁴ Omdat het hof echter ook rekening wilde houden met de in de literatuur gevoerde discussie tot verhoging van de vergoedingen, werd het smartengeld met 10% verhoogd. Voorts kende het hof tot aan de leeftijd van 95 jaar een vergoeding van € 25 per uur toe voor de door de dochters aan de patiënte verleende zorg. Dit is zowel qua looptijd⁸⁵ als qua uurtarief zeer royaal.

Vermeldenswaardig is in dit verband ook de uitspraak van de Rechtbank Oost-Brabant d.d. 14 juli 2014,⁸⁶ in een geval waarin galwegletsel was ontstaan tijdens een laparoscopische galblaasoperatie. De beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar erkende aansprakelijkheid en vond mede gezien uitspraaknummer 648 uit de Smartengeldgids 2012 een smartengeldvergoeding van € 7500 billijk. Het letsel in die zaak was vergelijkbaar (eveneens een galwegletsel) en er was een vergoeding toegekend van € 8638

83 ECLI:NL:GHARL:2014:181.

84 De Hoge Raad heeft in het arrest van 17 november 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA8358, geoordeeld dat bij begroting van smartengeld het in de rede ligt aansluiting te zoeken bij bedragen die door Nederlandse rechters in vergelijkbare gevallen zijn toegekend, alsmede de sinds de betreffende uitspraken opgetreden geldontwaarding.

85 Zie ook Hof Arnhem-Leeuwarden 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6623, waarbij voor de schade-post vergoeding voor huishoudelijke hulp werd uitgegaan van een looptijd van 75 jaar. Dit terwijl de richtlijn Zelfwerkzaamheid van de Letselschade Raad uitgaat van een looptijd van 70 jaar.

86 ECLI:NL:RBOBR:2014:4093.

81 Zie HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7624.

82 HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092.

(geïndexeerd). Niettemin achtte de deelgeschilrechter een vergoeding van € 20.000 billijk. Ook daarbij werd al gewezen op de enige tijd gaande discussie in de juridische literatuur. De rechtbank motiveerde dat als volgt:

In dat kader merkt de rechtbank het volgende op. Doel van smartengeld is smart te compenseren. Zoals het in de Parlementaire Geschiedenis (Bk 6, p.85) wordt verwoord, is smartengeld de enige methode om het slachtoffer – aan wie men niet rechtstreeks vreugde kan verschaffen – in staat te stellen zelf vreugde te vinden voor wat hij zoal met die schadevergoeding kan doen. Het dient ter vervanging van wat het slachtoffer heeft verloren, compensatie te bewerkstelligen voor het leed dat men (dagelijks) ondervindt. Wil smartengeld deze compenserende functie behouden, dan is naar het oordeel van de rechtbank nodig om bij de begroting daarvan – en dus bij de waardering van het door het slachtoffer ervaren verdriet, de pijn en derving van levensvreugde – tevens acht te slaan op de maatschappelijke constellatie waarin een en ander plaatsvindt. De rechtbank wijst in dit verband op de discussie die al enige tijd gaande is in de juridische wetenschap en (letselschade-)praktijk (in het bijzonder op de bijdragen van prof. mr. C.C. van Dam, prof. mr. N. Frenk, prof. mr. G. de Groot, mr. Chr.H. van Dijk en prof. mr. S.D. Lindenbergh in het in 2013 uitgegeven themanummer van het tijdschrift Verkeersrecht). In die literatuur wordt gewezen op maatschappelijke ontwikkelingen die een verhoging van de toe te kennen smartengeldbedragen rechtvaardigen. Er wordt onder meer gewezen op de groei van de economie, de veranderde subjectieve gevoelswaarde van geld, een toegenomen aandacht voor onrecht en het feit dat in de ons omringende landen significant hogere bedragen worden toegekend.'

Ten slotte valt in dit kader nog te noemen het arrest van de Hoge Raad van 26 september 2014.⁸⁷ In dat arrest ging het om een overlijdensschade als gevolg van een niet-opgemerkte postnatale bloeding. Het ziekenhuis erkende de aansprakelijkheid en sloot met de nabestaanden een vaststellingsovereenkomst

waarin de schade van de nabestaanden finaal werd vastgesteld op € 225.000. Dit was exclusief een vergoeding voor de buitengerechtelijke kosten. Het ziekenhuis betaalde voor de buitengerechtelijke kosten een bedrag van € 20.000. De nabestaanden vorderden hiervoor echter een bedrag van € 33.750, zijnde 15% van het schadebedrag. De nabestaanden hadden dit percentage met het schaderegelingsbureau c.q. de belangenbehartiger als honorarium afgesproken in het kader van een 'no cure no pay' afspraak. De rechtbank en het hof overwogen dat art. 6:96 BW geen grondslag biedt voor een afspraak die de nabestaanden met hun belangenbehartiger hadden gemaakt. De Hoge Raad vernietigde het arrest van het hof wegens een motiveringsgebrek en overwoog dat als het hof van oordeel was dat artikel 6:96 BW geen grondslag kan bieden voor een kostenberekening op basis van een 'no cure no pay afspraak', het hof van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan.⁸⁸

5. Onrechtmatige uitlatingen over de hulpverlener

Er werden diverse uitspraken gepubliceerd waarbij een zorgaanbieder een vordering tegen een patiënt had ingesteld omdat die hem op internet belasterde. Een voorbeeld is het arrest van de Hoge Raad d.d. 8 november 2013,⁸⁹ waarbij een patiënte een internetsite opende met als domeinnaam de achternaam van de neuroloog. Het hof had de vrouw veroordeeld om de domeinnaam op te geven en om iedere verwijzing naar de neuroloog te verwijderen van haar internetsite. Het cassatieberoep van de vrouw werd door de Hoge Raad verworpen. In het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden d.d. 24 maart 2015⁹⁰ ging het eveneens om onrechtmatige uitlatingen van een patiënt op internet. De patiënt was door een ziekenhuis, een zorgverzekeraar en enkele van haar medewerkers gedagvaard wegens op weblogs en Twitter geplaatste berichten met grie-

87 ECLI:NL:HR:2014:2797.

88 Zie voor commentaar op dit arrest prof. W.H. van Boom in TVP 2015, nr. 1, p. 17/18.

89 ECLI:NL:PHR:2013:1273, door de HR gevolgd.

90 ECLI:NL:GHARL:2015:2169.

Mr. drs. M.J.J. de Ridder

vend taalgebruik en bedreigende kwalificaties. De uitlatingen waren onrechtmatig en de patiënt werd op straffe van een dwangsom veroordeeld deze te verwijderen. Aangezien de patiënt geen verhaal bood en bleef doorgaan met de uitlatingen na de veroordeling in eerste aanleg, werd in hoger beroep tevens een vordering tot het opleggen van lijfswang toegewezen.⁹¹

6. Het beroepsgeheim

Er is de afgelopen periode veel jurisprudentie geweest waarbij doorbreking van het beroepsgeheim van de arts aan de orde was. De meest voorkomende situatie daarbij is dat de nabestaanden informatie van de behandelend arts wilden hebben om aan te tonen dat de erflater ten tijde van het opmaken van een testament niet wilsbekwaam was, waardoor het testament nietig is c.q. kan worden vernietigd.⁹² Het standaardarrest hierover is het arrest van de Hoge Raad van 20 april 2001,⁹³ waarin kort gezegd geoordeeld werd dat doorbreking van het beroepsgeheim gerechtvaardigd is indien er zwaarwegende aanwijzingen zijn dat er inderdaad van wilsonbekwaamheid sprake was.⁹⁴

Een voorbeeld uit de hier aan de orde zijnde periode is het arrest van het Hof Arnhem-Leeuwarden d.d. 21 oktober 2014.⁹⁵ In die zaak had een man, die aan vasculaire dementie leed, zijn vermogen van 26 miljoen euro nagelaten aan het Leger des Heils en de

Zonnebloem. De notaris die het testament had opgemaakt, had voorafgaand aan het opmaken daarvan een psychiater gevraagd een rapport op te stellen. Op 22 december 2011 schreef de psychiater een korte brief waarin hij aangaf dat de man wilsbekwaam was om zijn testament op te maken en om emotioneel de gevolgen van zijn handelen te overzien. Op 23 februari 2012 werd het testament gewijzigd. De man overleed in 2013. De weduwe, die 55 jaar met de man had samengeleefd, stelde dat zij (onaangenaam) verrast was door de wijziging van het testament en verzocht de psychiater om informatie hoe hij tot zijn oordeel was gekomen. De psychiater beriep zich op zijn beroepsgeheim, waarna de weduwe hem in kort geding dagvaardde.

De voorzieningenrechter wees de vorderingen van de weduwe af. Het hof kwam tot een ander oordeel. De vrouw had aangevoerd dat haar man in de jaren voor zijn overlijden karakterologische veranderingen onderging als gevolg van zijn ziekte (dementie/ziekte van Pick) waardoor hij met regelmaat allerlei waanideeën kreeg. Volgens haar zou haar man in normale doen het testament nooit hebben laten opmaken. De vrouw wist ook met correspondentie van de huisarts, de longarts en GGZ te onderbouwen dat zij al jarenlang die karakterverandering met diverse artsen had besproken. Naar het oordeel van het hof waren er zwaarwegende aanwijzingen dat de man niet beschikte over zijn verstandelijke vermogens en derhalve niet bekwaam was om te testen. De beoordeling van de psychiater deed daar niet aan af. Voorts was naar het oordeel van het hof voldaan aan het zogeheten subsidiariteitsvereiste: de met doorbreking van de geheimhoudingsplicht te verwerven gegevens kunnen essentieel zijn en kunnen niet op een andere wijze worden verkregen. Het hof verwierp overigens de stelling van de psychiater dat ook voldaan moest zijn aan het vereiste van de veronderstelde toestemming. Als de erflater wilsonbekwaam was, zou hij daar geen bezwaar tegen hebben gehad, aldus het hof. De inzage dient nu juist om dit vast te stellen. De psychiater werd veroordeeld om op straffe van een dwangsom de door de weduwe verlangde informatie aan te leveren.

91 Zie ook Hof Amsterdam 1 april 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1104, waarbij een vrouw die op internet beweert dat zij is mishandeld, verkracht en gemarteld door de politie een publicatieverbod kreeg opgelegd. In hoger beroep werd tevens lijfswang opgelegd omdat de vrouw na het vonnis doorging met publiceren en dwangsommen kennelijk geen afdoende dwangmiddelen waren.

92 Zie voor voorbeelden waarin een testament werd aangevochten: HR 13 februari 2015, ECLI:NL:HR:2015:311 en Rb. Noord-Nederland 5 februari 2014; ECLI:NL:RBNNE:2014:409.

93 ECLI:NL:HR:2001:AB1201.

94 Lezenswaardig is de noot van W.M. Kleijn en F.C.B. van Wijmen bij dit arrest (NJ 2001/600).

95 ECLI:NL:GHARL:2014:8078.

Andere voorbeelden zijn:

- Hof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2014,⁹⁶ waarbij erflater een paar maanden voor zijn dood een testament opmaakte waarin hij alles naliet aan de vrouw die hem gedurende zestien jaar had verzorgd. De vordering van de broer om inzage in het medisch dossier werd afwezen. Er waren geen zwaarwegende aanwijzingen dat sprake was van wilsonbekwaamheid ten tijde van het verlijden van het testament;
- Rechtbank Oost-Brabant 30 januari 2014,⁹⁷ waarbij erflater zes weken voor zijn overlijden een nieuw testament opmaakte waarin hij alles naliet aan de vrouw die hem zes jaar had verzorgd en bijgestaan. De vordering van de zus om inzage in het medisch dossier werd afgewezen. Dit hoewel er naar het oordeel van de rechtbank wel aanwijzingen waren dat erflater ten tijde van het opmaken van het testament wilsonbekwaam was. De rechtbank achtte echter niet aannemelijk dat erflater toestemming tot inzage zou hebben gegeven in het dossier indien hij nog in leven was geweest. De rechtbank zag, anders dan het Hof Arnhem-Leeuwarden in het hiervoor besproken arrest, de veronderstelde toestemming dus wel als een voorwaarde voor doorbreking. Evenmin was volgens de rechtbank aannemelijk geworden dat de wilsonbekwaamheid niet door middel van getuigenverklaringen kon worden aangetoond. Ook aan het subsidiariteitsvereiste was derhalve niet voldaan.

In het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 23 september 2014⁹⁸ vorderde een dochter van de huisarts een afschrift van het dossier van haar overleden vader omdat hij onder verdachte omstandigheden om het leven was gekomen. De dochter vermoedde dat hij een niet-natuurlijke dood was gestorven. De vordering werd afgewezen. Dit omdat uit het door de politie verrichte onderzoek en de obductie niet was gebleken van enige aanwijzing dat

de vader op een niet-natuurlijke wijze om het leven was gekomen en een zuiver emotioneel belang bij inzage in het medische dossier onvoldoende is om de geheimhoudingsplicht van de arts opzij te zetten, aldus de rechtbank.

In het vonnis van de Rechtbank Noord-Holland van 21 januari 2015⁹⁹ ging het om een vordering van een werkgever die een werknemer in dienst had met een WAO-verleden. De werkgever vorderde schadevergoeding van de Arbodienst omdat deze had verzuimd om namens de werkgever te vragen naar een mogelijke aanspraak op ziekengeld (in dit geval in verband met het WAO-verleden). De rechtbank nam aansprakelijkheid van de Arbodienst aan. Het verweer van de Arbodienst dat het hem gelet op zijn beroepsgeheim niet vrijstond deze informatie aan de werkgever te verstrekken, werd gepasseerd. Informatie over een aanspraak op ziekengeld op grond van artikel 79b Ziektewet valt niet onder het medisch beroepsgeheim van een Arbodienst, aldus de rechtbank.

Ten slotte valt in dit kader nog te noemen het vonnis van de Rechtbank Gelderland van 14 januari 2015¹⁰⁰ waarin de rechtbank zich uitliet over een vordering van de Stichting Sutfene tot vernietiging van een uitspraak van de Geschillencommissie Verpleging, Verzorging en Thuiszorg. Het ging in die zaak om een 43-jarige patiënt die leed aan multiple sclerose met ook een cognitieve/psychiatrische component. In verband hiermee was hij gedwongen opgenomen in de Stichting Sutfene. Tijdens de opname benaderde de patiënt een advocaat met het verzoek om zijn echtscheidingsprocedure in gang te zetten. Dit omdat zijn echtgenote een relatie kreeg met zijn zwager, de ex-man van zijn zus. De zus en een broer van de man schakelden een notaris in die een verklaring onder ede opnam waarin werd vastgelegd dat de broer en zijn zus verantwoordelijk waren voor de zorg van patiënt in plaats van zijn echtgenote. Stichting Sutfene weigerde hiermee in te stemmen en hield desondanks de echtgenote en

96 ECLI:NL:GHSHE:2014:3007.

97 ECLI:NL:RBOBR:2014:487.

98 ECLI:NL:RBAMS:2014:6239.

99 ECLI:NL:RBNHO:2015:203.

100 ECLI:NL:RBGEL:2015:103.

Mr. drs. M.J.J. de Ridder

de zwager als eerste contactpersoon aan. De broer en zus dienden hiertegen een klacht in bij de klachtencommissie van Sutfene die de klacht ongegrond verklaarde. De broer en zus stelden beroep in bij de geschillencommissie. De geschillencommissie verzocht Sutfene om een kopie van het CIZ-indicatiebesluit, alsmede het relevante gedeelte uit het dossier waarin is vastgelegd of waaruit kan worden afgeleid vanaf welk moment de dementie zo ver was voortgeschreden dat patiënt als wilsonbekwaam werd beschouwd, met name ook voor wat betreft het uiten van een eventuele wens om door een ander dan zijn echtgenote vertegenwoordigd te worden. Sutfene beriep zich op haar geheimhoudingsplicht en voegde daaraan toe dat ook de echtgenote, de tijdens het leven van patiënt bevoegde vertegenwoordiger, geen toestemming had gegeven voor het verstrekken van de medische gegevens. De geschillencommissie wees vervolgens een (tussen)beslissing waarbij de klacht ontvankelijk werd verklaard. Sutfene was het daar niet mee eens en vorderde bij de rechtbank vernietiging van de uitspraak. Zij voerde daarbij o.a. aan dat vanwege het feit dat op haar een geheimhoudingsplicht rust er sprake is van een ongelijkwaardige rechtspositie, hetgeen ook in strijd is met artikel 6 EVRM. De rechtbank volgde dat betoog niet. De omstandigheid dat Sutfene in een ongelijkwaardige rechtspositie komt als zij zich gebonden acht aan de geheimhoudingsplicht, is ingevolge de jurisprudentie van het EHRM een zwaarwegend belang dat rechtvaardigt dat het beroepsgeheim wordt doorbroken. Het feit dat de patiënt inmiddels was overleden had Sutfene naar het oordeel van de rechtbank evenmin van het vrijgeven van informatie hoeven af te houden. De rechtbank wees de vordering tot vernietiging af. De uitspraak illustreert dat een arts zijn beroepsgeheim mag doorbreken indien dat voor zijn verdediging noodzakelijk is. Dat is ook gerechtvaardigd indien het gaat om de verdediging tegen een klacht bij de klachtencommissie of een geschillencommissie.

7. Conclusie

In de jaren 2013 tot en met 2015 is wederom een groot aantal uitspraken gepubliceerd op het gebied van het civiele medische aansprakelijkheidsrecht.

Er zijn diverse gronden waarop de aansprakelijkheid van een hulpverlener kan worden gebaseerd. De schending van de zorgplicht, waarbij de redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot de maatstaf is, is daarbij het meest gebruikelijke toetsingskader. Deze norm is een geobjectiveerde norm waarbij geabstraheerd wordt van de persoonlijke omstandigheden en ervaring van de arts in kwestie. Als sprake is van letsel dat ook kan optreden als de vereiste zorgvuldigheid is betracht, brengt deze norm met zich mee dat de patiënt niet snel bewijs kan leveren dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming.

Er lijkt sprake te zijn van een verschuiving van het type claims, waarbij een toenemend aantal betrekking heeft op diagnostische fouten.

Als andere grondslagen voor aansprakelijkheid zijn onder meer te noemen: ontoelaatbare gevaarzetting; het verrichten van een behandeling waartoe de arts niet bevoegd is; schending van een toezichthoudende taak/bijzondere zorgplicht; gebruikmaking van een gebrekkige hulpzaak; het niet nakomen van een protocol; en informed consent. Bij schending van de toezichthoudende taak toetst de rechter of de instantie zich, alle omstandigheden in aanmerking genomen, voldoende heeft ingespannen om de opgetreden schade te voorkomen. De aansprakelijkheid voor gebrekkige hulpzaken is gebaseerd op artikel 6:77 BW. Die jurisprudentie is niet eenduidig met betrekking tot de vraag of een hulpverlener naast de producent mede aansprakelijk is voor gebruikmaking van een gebrekkige hulpzaak indien het gaat om een gebrek dat door de professionele gebruikers niet kan worden onderkend. In de parlementaire geschiedenis is naar voren gekomen dat toerekening van het gebrek aan de hulpverlener in dat geval niet redelijk zou zijn. Er is één uitspraak die erop wijst dat dit niet zonder meer geldt. Het

ging in die zaak om een voorlopig oordeel, terwijl de producent (PIP) failliet was en geen verhaal bood.

Als nieuwe ontwikkeling bij de informed consent valt te noemen het toekennen van integriteitsschade. Indien de benadeelde als gevolg van het niet adequaat informeren door de arts geconfronteerd wordt met de onverwacht heftige gevolgen van een complicatie en daardoor extra leed ontstaat, kan sprake zijn van een aantasting in de persoon die als integriteitsschade moet worden vergoed. Of daarbij ook vereist is dat sprake is van geestelijk letsel c.q. een in de psychiatrie erkend ziektebeeld, is niet duidelijk. Nieuwe jurisprudentie zal hierover duidelijkheid moeten brengen.

De jurisprudentie met betrekking tot causaal verband en toerekening laat geen nieuwe ontwikkelingen zien ten opzichte van voorgaande jaren, behoudens met betrekking tot de buitengerechtelijke kosten. Indien sprake is van proportionele schade geldt het percentage aansprakelijkheid voor alle schade, maar niet met betrekking tot de buitengerechtelijke kosten. Deze kosten vallen onder het bereik van artikel 6:96 lid 2 sub b BW en komen in beginsel (als aan de dubbele redelijkheidstoets is voldaan) voor volledige vergoeding in aanmerking.

Er is bij de letselschade een tendens te bespeuren naar het steeds hoger worden van de schadevergoedingen. Het medische aansprakelijkheidsrecht laat dit ook zien. Ten aanzien van het smartengeld wordt dit soms ook expliciet gemaakt. Er wordt dan aangegeven dat gelet op de ontwikkelingen in de rechtsleer een verhoging wordt toegepast van 10%.

Indien een hulpverlener door een patiënt wordt belast op sociale media c.q. internet, kan hij een veroordeling vragen dat de patiënt op straffe van een dwangsom deze uitlatingen verwijdert of laat verwijderen. Zo nodig kan, bijvoorbeeld indien de patiënt zich niet aan de veroordeling houdt, ook nog een vordering tot het toepassen van lijfswang worden ingesteld.

Er is veel jurisprudentie waarbij doorbreking van het beroepsgeheim van de arts aan de orde is. De

meest voorkomende situatie daarbij is dat de nabestaanden informatie van de arts willen om aan te tonen dat de erflater ten tijde van het opmaken van het testament niet wilsbekwaam was. Met deze informatie willen zij dan het testament aanvechten. Doorbreking van het beroepsgeheim wordt gerechtvaardigd geacht indien er zwaarwegende aanwijzingen zijn dat er inderdaad sprake was van wilsonbekwaamheid. Daarnaast moet aan het zogeheten subsidiariteitsvereiste zijn voldaan. Dat houdt in dat de informatie essentieel kan zijn en niet langs andere weg kan worden verkregen. De jurisprudentie is er niet eenduidig over of voor doorbreking van het beroepsgeheim daarnaast ook de voorwaarde van de veronderstelde toestemming geldt.

Indien een hulpverlener wordt aangesproken en in een ongelijkwaardige rechtspositie komt te verkeren als hij zich, ter afweer van de vordering, gebonden acht aan zijn geheimhoudingsplicht, is dat ingevolge de jurisprudentie van het EHRM een zwaarwegend belang dat rechtvaardigt dat het beroepsgeheim wordt doorbroken. Dat geldt niet alleen voor gerechtelijke procedures, maar ook indien het gaat om een klacht voor de klachtencommissie of geschillencommissie.