

JURISPRUDENTIE

Mededeling van de redactie

De publicatie van jurisprudentie in het *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* heeft gedurende het bestaan van het tijdschrift op verschillende wijzen plaatsgevonden. Er is een periode geweest dat bijna alle jurisprudentie werd gepubliceerd. Daarna is er een periode geweest dat een selectie van de jurisprudentie werd gepubliceerd, maar dan wel volledig en eventueel met noten. Vervolgens is er een periode geweest dat samenvattingen van vrijwel alle representatieve jurisprudentie werden gepubliceerd.

Het laatste jaar hebben we voornamelijk samenvattingen gepubliceerd. Het bleek echter in toenemende mate moeilijk om de kwaliteit van de samenvattingen te borgen en een adequaat overzicht van alle relevante jurisprudentie te publiceren. Dit heeft tot een herbezinning binnen de redactie geleid.

Het resultaat van deze herbezinning heeft ertoe geleid dat in het *TvGR* niet meer standaard getracht zal worden om alle relevante jurisprudentie en samenvattingen te publiceren. De redactie geeft er de voorkeur aan om in de toekomst alleen nog uitspraken te publiceren die ook tot een nadere verdieping bij de lezer kunnen leiden en dus vrijwel altijd gepaard zullen gaan met een annotatie. Deze annotaties zullen dan ook zoveel als mogelijk een diepgaand en overzichts karakter hebben.

Deze nieuwe werkwijze gaat in met ingang van dit nummer. De redactie staat vanzelfsprekend open voor kritiek en suggesties.

Hoge Raad, 23 december 2016 (netvliesloslating, verlies van kans), m.nt. De Ridder

Hoge Raad, 23 december 2016 (mrs. Bakels, Snijders, De Groot, Du Perron, Kroeze en De Groot), zaaknr. 15/03780, ('Baby Esther'), ECLI:NL:HR:2016:2987.

1. Het geding in feitelijke instanties

(...; red.)

2. Het geding in cassatie

Tegen het arrest van het hof van 21 april 2015 hebben [eisers] beroep in cassatie ingesteld. (...; red.)
Erasmus MC heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep en vordert wettelijke rente over de toe te wijzen proceskosten.

De zaak is voor partijen toegelicht door hun advocaten.

De conclusie van de Advocaat-Generaal T. Hartlief strekt tot vernietiging en verwijzing.

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) [eiser 2] en [eiseres 3] hebben in mei 1996 twee dochters gekregen, [eiseres 1] en [betrokkene 1]. De tweeling is geboren na een zwangerschapsduur van (ruim) 28 weken. [betrokkene 1] is in de eerste week na haar geboorte overleden.

(ii) [eiseres 1] heeft op 20 mei 1996 een buikoperatie ondergaan. Na de operatie bleek de bloedcirculatie in haar rechterbeen onvoldoende te zijn, en is er necrose opgetreden. Als gevolg hiervan moest uiteindelijk haar rechtervoet worden geamputeerd, en heeft zij blijvende klachten aan haar rechterbeen overgehouden. Erasmus MC heeft hiervoor aansprakelijkheid erkend. Partijen hebben deze schade in onderling overleg geregeld.

(iii) Op 25 juni 1996 heeft een oogarts [eiseres 1] gecontroleerd op de aanwezigheid van 'retinopathy of the premature (ROP, netvliesloslating)'. Dit onderzoek is mislukt omdat Esthers pupillen niet (meer) wijd waren. Een tweede controle heeft plaatsgevonden op 9 juli 1996. Op basis van zijn bevindingen bij deze tweede controle heeft de oogarts besloten tot een spoedbehandeling.

(iv) Op 10 juli 1996 heeft een cryocoagulatie (bevriezing en vernietiging van het nog niet doorbloede en dus hypoxische deel van het netvlies) van de beide ogen van [eiseres 1] plaatsgevonden. Dit heeft de voortgang van de ROP echter niet verhinderd. [eiseres 1] is uiteindelijk blind geworden.

3.2.1. [eisers] vorderen – na wijziging van eis – een verklaring voor recht dat Erasmus MC aansprakelijk is voor de schade van [eiseres 1] en voor de schade van [eiser 2] en [eiseres 3], alsmede schadevergoeding op te maken bij staat.

3.2.2. De rechtbank heeft de vorderingen van [eisers] afgewezen. Het hof heeft de vonnissen van de rechtbank bekrachtigd.

Inleiding

3.3. Het middel stelt – kort gezegd – met name de volgende vier vragen aan de orde.

1. Had de tweede controle op ROP eerder moeten plaatsvinden?
2. Zo ja, zou [eiseres 1] dan (mogelijk) eerder zijn behandeld?
3. Zo ja, zou dan (mogelijk) een voor [eiseres 1] beter resultaat zijn bereikt?
4. Bestaat causaal verband (in de zin van *condicio-sine-qua-non-verband*) tussen de necrose van het been van [eiseres 1] en de ROP?

Het middel bestrijdt het oordeel van het hof over de eerste vraag in onderdeel I. Voor het geval onderdeel I niet slaagt, bestrijdt het middel het oordeel van het hof over de tweede en de derde vraag in onderdeel II, en over de vierde vraag in onderdeel III.

Tijdsverloop tot tweede controlepoging

3.4.1. Onderdeel 1.1 en 1.3 klagen dat [eisers] bij memorie van grieven het door de rechtbank gehanteerde uitgangspunt hebben bestreden dat het heronderzoek uiterlijk op 2 juli 1996 had moeten plaatsvinden, en dat het hof (in de rov. 10 en 11) niet is ingegaan op de essentiële stellingen van [eisers] dat reeds ten tijde van de eerste controle op 25 juni 1996 alles in het werk had moeten worden gesteld om op een zo kort mogelijke termijn opnieuw een oogcontrole te verrichten teneinde vast te stellen in hoeverre de kans op het ontstaan van ROP zich aan het verwezenlijken was, de toen bekende risicofactoren bij [eiseres 1] in aanmerking nemende, alsmede dat het niet wijd worden van de pupillen op 25 juni 1996 reden had moeten zijn om op korte termijn opnieuw de ogen te controleren, omdat de kans op de ontwikkeling van ROP reeds toen aanwezig was, waardoor prompte behandeling noodzakelijk kon zijn. In de klachten is erop gewezen dat [eisers] in hoger beroep ook hebben gesteld dat het een indicatie van een ernstige vorm van ROP kan zijn als de pupillen niet wijd worden.

3.4.2. De klacht slaagt. [eiseres 1] is op (dinsdag) 25 juni 1996 gecontroleerd op ROP. Deze controle is mislukt omdat haar pupillen niet wijd genoeg (meer) waren.

De stellingen in hoger beroep waarop het onderdeel een beroep doet, komen erop neer dat volgens [eisers] een heronderzoek op een kortere termijn dan een week, en dus eerder dan op 2 juli 1996, had moeten plaatsvinden. Nu het hof daarop niet is ingegaan, is zijn oordeel onvoldoende gemotiveerd. De overige klachten van onderdeel I behoeven geen behandeling.

3.4.3. De vraag of het voor het resultaat van de controle of van de behandeling niet zou hebben uitgemakt of de controle kort na 25 juni 1996 plaatsvond dan wel een week later, komt hierna bij de

behandeling van onderdeel II aan de orde. Daarbij verdient opmerking dat, hoewel de klachten van de onderdelen II en III zijn aangevoerd voor het geval onderdeel I niet slaagt, er mede ten behoeve van het geding na verwijzing aanleiding is omtrent die klachten nog als volgt te overwegen.

Datum behandeling en te verwachten behandelresultaat

3.5.1. Over de vraag of [eiseres 1] de kans op een beter behandelingsresultaat is ontnomen doordat zij pas op 9 juli 1996 voor de tweede maal is gecontroleerd (hiervoor in 3.3 aangeduid als de vragen 2 en 3), heeft het hof overwogen:

‘9. (...) Omdat de situatie heel ernstig was, heeft [oogarts] [betrokkene 2] [eiseres 1] behandeld alsof er al ROP stadium 3B was, terwijl er formeel ROP stadium 2 was. [betrokkene 2] heeft daaraan toegevoegd dat het mogelijk is dat als hij de vaatverwijding en de wal bij [eiseres 1] enkele dagen eerder had gezien, hij dan al een spoedcrio had laten uitvoeren. In zijn visie valt niet te ontkennen dat de kansen van [eiseres 1] beter zouden zijn geweest bij eerdere behandeling, wat betreft het op zijn plaats leggen van het netvlies. (...)

10. Het hof is (...) van oordeel dat de vraag van de rechtbank aan de (...) deskundige of er een kans bestaat dat het behandelingsresultaat bij [eiseres 1] beter zou zijn geweest indien zij enige dagen eerder dan op 10 juli 1996 zou zijn behandeld, wel degelijk relevant is. Weliswaar had de rechtbank in haar tussenvonnissen van 31 maart 2010 overwogen dat uit de inhoud van de verklaring van [betrokkene 2] volgt dat [eiseres 1] wel degelijk de kans op een beter behandelingsresultaat was ontnomen, maar dit oordeel berustte slechts op de inschatting van de (primaire over een ander punt) als getuige gehoorde oogarts [betrokkene 2]. Aangezien de rechtbank vervolgens heeft besloten om op dit punt vragen te stellen aan een deskundige, kan haar oordeel over het missen van een kans niet als definitief worden aangemerkt. (...) Het hof merkt hierbij bovendien op dat, ook als de rechtbank slechts aan de deskundige zou hebben gevraagd hoe groot de kans op een beter behandelingsresultaat zou zijn geweest, de

mogelijkheid aanwezig was geweest dat de deskundige zou hebben geantwoord dat een dergelijke kans naar zijn oordeel afwezig of verwaarloosbaar klein zou zijn geweest. Ook dan zou er geen plaats zijn geweest voor het begroten van enige (kans)schade.

(...)

13. (...) Het hof is (...) van oordeel dat uit het rapport [van dr. Van Oosterhout] kan worden afgeleid dat een redelijk handelend en redelijk bekwaam oogarts die [eiseres 1], na de mislukte controle op 25 juni 1996, op 2 juli 1996 opnieuw zou hebben onderzocht mogelijk een vervolgccontrole op een termijn van één week zou hebben bepaald. In dat geval zou op omstreeks hetzelfde moment behandeling hebben plaatsgevonden als nu het geval is geweest, en is er derhalve geen sprake van enig kansverlies. Dat er mogelijk wel sprake is van enig kansverlies als wordt uitgegaan van een optimale behandeling, waardoor [eiseres 1] mogelijk wel eerder dan 10 juli 1996 zou zijn behandeld, is voor de beoordeling van de onderhavige vorderingen niet relevant, nu de norm waaraan getoetst moet worden niet de optimaal handelende oogarts is, maar de redelijk handelende en redelijk bekwaame oogarts. Overigens was de kans op een beter behandelingsresultaat indien wel uitgegaan wordt van een (optimale) eerdere behandeling volgens de deskundige dr. Van Oosterhout waarschijnlijk niet groot geweest omdat, ook in dat geval, een relevant deel van de bekende risicofactoren voor ROP bij [eiseres 1] aanwezig was. (...)

3.5.2. De klachten van onderdeel II.1-II.2 zijn gericht tegen het oordeel van het hof (in rov. 13) dat niet een (voldoende) reële kans op een beter behandelingsresultaat verloren is gegaan doordat de vervolgccontrole na 25 juni 1996 niet eerder heeft plaatsgevonden dan op 9 juli 1996.

3.5.3. Bij de beantwoording van de vraag of voor een patiënt een kans op een beter behandelingsresultaat verloren is gegaan, dient eerst te worden beoordeeld of is gehandeld in strijd met de norm van hetgeen een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgeenoot betaamt. Indien wordt geoordeeld dat in strijd met deze norm is gehandeld, dient ver-

volgens ter beoordeling van het causaal verband tussen de normschending en de gestelde schade een vergelijking te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie na de normschending en de hypothetische situatie zoals die geweest zou zijn als de normschending zou zijn uitgebleven. Wat de feitelijke situatie betreft, gaat het om de vaststelling van hetgeen daadwerkelijk is voorgevallen. Wat de hypothetische situatie betreft, gaat het om de vaststelling van wat feitelijk zou zijn gebeurd zonder de normschending. Voor die hypothetische situatie dient dus niet te worden uitgegaan van de norm van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgeenoot, maar van de behandeling die feitelijk zou hebben plaatsgevonden, zij het dat daarbij wel uitgangspunt moet zijn dat geen normschending zou hebben plaatsgevonden.

3.5.4. Het hof heeft in rov. 13 overwogen dat de norm waaraan getoetst moet worden bij de beoordeling van de hypothetisch situatie dat [eiseres 1] eerder zou zijn behandeld, niet die van de optimaal handelende oogarts is, maar die van de redelijk handelende en redelijk bekwame oogarts. Daarmee heeft het hof miskend wat hiervoor onder 3.5.3 is overwogen. Onderdeel II.1 wijst in dit verband op de getuigenverklaring van de behandelend oogarts, waarop [eisers] zich in feitelijke instanties hebben beroepen (onder meer memorie van grieven, nr. 44 e.v.):

‘Ik moet eerlijk zeggen dat het mogelijk is dat als ik de vaatverwijding en de wal bij [eiseres 1] enkele dagen eerder had gezien, ik dan een spoedcrio had laten uitvoeren. Het valt niet te ontkennen dat de kansen van [eiseres 1] beter zouden zijn geweest bij eerdere behandeling. (...)’

Het hof heeft deze verklaring wel genoemd. Het heeft in rov. 9 ook erop gewezen dat de behandelend oogarts op 9 juli 1996 tot behandeling heeft besloten hoewel het daarvoor, naar de destijds geldende inzichten, eigenlijk nog te vroeg was. De vraag wat deze arts, gelet op zijn bijzondere deskundigheid en inzicht, zou hebben gedaan indien de tweede poging tot controle eerder zou hebben plaatsgevonden, heeft het hof echter ten onrechte

onbeantwoord gelaten. De hiervoor in 3.5.2 vermelde klachten zijn gegrond.

3.5.5. De onderdelen II.5-7 voeren bovendien terecht aan dat het hof – ook uitgaande van zijn hiervoor in 3.5.4 onjuist bevonden opvatting – in rov. 13 niet in het midden had mogen laten of er een rechtens relevante kans bestond dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend arts bij tijdige controle voor de – in de woorden van het hof – optimale behandeling zou hebben gekozen.

Het verlies van een dergelijke kans zou voor [eisers] immers schade kunnen opleveren die voor vergoeding in aanmerking komt (HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237 (Deloitte/ [...])). Onderdeel II.5 klaagt in dit verband terecht dat de enkele bevinding van de deskundige Van Oosterhout dat de kans dat eerdere behandeling van [eiseres 1] tot een beter resultaat zou hebben geleid, niet groot was, niet het oordeel van het hof kan dragen dat deze kans rechtens niet relevant was.

3.5.6. De klacht van onderdeel II.3 dat het hof (in rov. 13) buiten het partijdebat is getreden, faalt, nu de vraag of eerdere behandeling tot een beter resultaat zou hebben geleid onderdeel van het partijdebat was.

Causaal verband

3.6.1. Over de (hiervoor in 3.3. als vierde genoemde) vraag of er causaal verband bestaat tussen de necrose aan het rechterbeen van [eiseres 1] en het ontstaan van ROP heeft het hof overwogen (rov. 5): ‘(...) In hun rapport verklaren de deskundigen dat niet aannemelijk is dat er een verband bestaat tussen de necrose aan het rechterbeentje van [eiseres 1] en het ontstaan van een ernstige vorm van ROP bij haar. Dat zij hierbij het voorbehoud maken dat zij natuurlijk niet met zekerheid kunnen zeggen of de ROP ook ontstaan zou zijn als het been niet necrotisch zou zijn geworden, doet hier niet aan af. Dit zelfde geldt voor de passages dat aannemelijk is dat de necrose bij [eiseres 1] heeft bijgedragen aan haar labiele conditie, en dat, hoewel morfine in de neonatologie vrijwel altijd na een operatieve ingreep wordt gebruikt ter bestrijding van pijn en onrust, het goed mogelijk is dat de pijn in het rechterbeen

de belangrijkste indicatie is geweest voor het continueren of aanpassen van de dosis van morfine. De bewijslast van het causaal verband tussen de necrose aan het rechterbeentje van [eiseres 1] en het ontstaan van een ernstige vorm van ROP bij haar rust op [eisers] Het hof is met de rechtbank van oordeel dat dit causaal verband niet is komen vast te staan.’

3.6.2. Onderdeel III voert aan dat het hof met deze overwegingen is voorbijgegaan aan de essentiële stellingen die [eisers] bij grief I hebben aangevoerd, dat als gevolg van de necrose het toedienen van hoge concentraties zuurstof noodzakelijk was, en dat daardoor het proces van het ontstaan van ROP progressiever is verlopen, waardoor spoedig een tweede poging tot controle na de mislukte controle van 25 juni 1996 geboden was.

3.6.3. Deze klacht faalt voor zover deze ziet op het causaal verband tussen de necrose en de ROP. Het is ook in het licht van de genoemde stellingen van [eisers] niet onbegrijpelijk dat het hof op grond van het eerste deskundigenrapport heeft geoordeeld dat dit causaal verband niet is komen vast te staan.

De deskundigen hebben hun oordeel dat dit verband niet aannemelijk is, immers mede gebaseerd op hun vaststelling dat niet aannemelijk is dat [eiseres 1] uitsluitend als gevolg van de necrose zuurstof, morfine en vaatverwijdende medicijnen heeft toegediend gekregen (p. 3 eerste deskundigenbericht) en dat de zuurstofbehoefte van [eiseres 1] samenhang met haar labiele conditie (p. 4 eerste deskundigenbericht).

3.6.4. Voor zover de klacht betoogt dat het toedienen van zuurstof een grond is waarom sneller een tweede poging tot controle door het Erasmus MC had moeten plaatsvinden, behoeft deze geen behandeling. De hierop betrekking hebbende stelling van [eisers] kan, gelet op het slagen van onderdeel I, na verwijzing aan de orde komen.

4. Beslissing

De Hoge Raad:
vernietigt het arrest van het gerechtshof Den Haag van 21 april 2015;

verwijst het geding naar het gerechtshof Amsterdam ter verdere behandeling en beslissing;
veroordeelt Erasmus MC in de kosten van het geding in cassatie (...; *red.*)

Noot

1. *Casus baby Esther*

Twintig jaar geleden werd met het Baby Ruth-arrest van het Hof Amsterdam d.d. 4 januari 1996¹ de theorie van de gemiste kans in het Nederlandse medische aansprakelijkheidsrecht geïntroduceerd. In het buitenland was de theorie al eerder aanvaard.² Sindsdien komt het met enige regelmaat voor dat de rechter een vordering van een patiënt op een arts toewijst wegens verlies van een kans op een beter behandelingsresultaat. Onderhavig arrest is de eerste keer dat de Hoge Raad zich uitlaat over het verlies van een kans als gevolg van een medische fout. Het gaat in deze zaak om een vordering van een patiënte (baby Esther) tegen het Erasmus MC. Samengevat ging het om de volgende casus: Patiënte was in mei 1996 bij een zwangerschapsduur van ruim 28 weken geboren. Zij kwam derhalve als prematuur ter wereld. Enkele weken na haar geboorte (op 20 mei 1996) moest zij een buikoperatie ondergaan. Na de ingreep bleek de bloedcirculatie van het rechter been onvoldoende. Hierdoor trad er necrose op en moest uiteindelijk haar rechervoet worden geamputeerd. Erasmus MC erkende hiervoor aansprakelijkheid en vergoedde de hiermee gemoeide schade. In verband met haar vroeggeboorte moest patiënte ook worden gecontroleerd op aanwezigheid van ‘retinopathie of the prematuur’ (ROP), als gevolg waarvan een netvliesloslating kan optreden. Dit onderzoek vond plaats op 25 juni 1996, maar mislukte omdat de pupillen van Esther niet (meer)

1 TvGR 1997, 7 m.nt. M.J.J. de Ridder.

2 Zie de rechtsvergelijking in het proefschrift van A.J. Akkermans: ‘Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband, een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid’, Deventer: Tjeenk Wilink 1997(p. 128-168).

wijd waren. Een tweede onderzoek vond plaats op 9 juli 1996. Op basis van de bevindingen bij dat onderzoek werd aan beide ogen een spoedbehandeling uitgevoerd, bestaande uit een cryocoagulatie (bevriezing en vernietiging van het nog niet doorbloedde en hypoxische deel van het netvlies). Dit voorkwam echter niet de voortgang van de netvliesloslating en uiteindelijk raakte patiënte volledig blind. In de civiele procedure die volgde stond de vraag centraal in hoeverre het Erasmus MC voor de opgetreden blindheid aansprakelijk is.

2. *Het verloop van de procedure*

Aan haar vordering legde patiënte twee verwijten ten grondslag, namelijk: 1) het niet eerder verrichten van een hercontrole na de mislukte controle van 25 juni 1996; en 2) het optreden van de necrose aan het rechter beentje. Ter zake deze laatste grondslag stelde de patiënte dat de necrose aan haar labiele conditie had bijgedragen. Door deze toestand was een behandeling met morfine en hoge concentratiezuurstof noodzakelijk geworden en was het ontstaan van de ROP progressief/progressiever verlopen, aldus patiënte. Deze grondslag vond bij de rechtbank en het Hof geen gehoor. Het Hof overwoog³ daarbij dat de deskundigen verklaren dat niet aannemelijk is dat er een verband bestaat tussen de necrose aan het rechter beentje en het ontstaan van de ernstige vorm van de ROP. Dat de deskundigen een voorbehoud maken en niet met zekerheid kunnen uitsluiten of de ROP ook zou zijn ontstaan als de necrose niet zou zijn opgetreden, deed daar in de visie van het Hof niet aan af. De Hoge Raad onderschreef dit oordeel en overwoog daarbij dat de deskundigen hun oordeel dat dit verband niet aannemelijk is, immers mede hebben gebaseerd op hun vaststelling dat niet aannemelijk is dat patiënte uitsluitend als gevolg van de necrose zuurstof, morfine en vaatverwijdende medicijnen had toegediend gekregen.

Ook het verwijt dat onzorgvuldig is dat niet op korte termijn na de mislukte controle van 25 juni

1996 een nieuwe controle had plaatsgevonden vond bij het Hof geen gehoor. Het Hof motiveerde dat als volgt: *‘Het hof is met de rechtbank van oordeel dat uit het rapport kan worden afgeleid dat een redelijk handelend en redelijk bekwaam oogarts die patiënte, na de mislukte controle op 25 juni 1996, op 2 juli 1996 opnieuw zou hebben onderzocht mogelijk een vervolgccontrole op een termijn van één week zou hebben bepaald. In dat geval zou op omstreeks hetzelfde moment behandeling hebben plaatsgevonden als nu het geval is geweest, en is er derhalve geen sprake van enig kansverlies. Dat er mogelijk wel sprake is van enig kansverlies als wordt uitgegaan van een optimale behandeling, waardoor patiënte mogelijk wel eerder dan 10 juli 1996 zou zijn behandeld, is voor de beoordeling van de onderhavige vorderingen niet relevant, nu de norm waaraan getoetst moet worden niet de optimaal handelende oogarts is, maar de redelijk handelende en redelijk bekwame oogarts’.* Ten overvloede overwoog het Hof daarbij bovendien dat de kans op een beter behandelingsresultaat volgens de deskundige waarschijnlijk niet groot was indien wel uitgegaan wordt van een (optimale) eerdere behandeling.

In cassatie werd tegen dit oordeel wel met succes opgekomen. De Hoge Raad overwoog daarbij dat bij beoordeling van het causaal verband een vergelijking dient te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie na de normschending en de hypothetische situatie zoals die geweest zou zijn als de normschending zou zijn uitgebleven. Bij de vaststelling van de hypothetische situatie gaat het dan om de vaststelling van wat feitelijk zou zijn gebeurd zonder de normschending. Voor die hypothetische situatie dient dus niet te worden uitgegaan van de norm van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot, maar van de behandeling die feitelijk zou hebben plaatsgevonden. Voorts oordeelde de Hoge Raad dat het hof niet in het midden had mogen laten of er een rechtens relevante kans bestond dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend arts bij tijdige controle voor de – in de woorden van het hof – optimale behandeling zou hebben gekozen. Uit de enkele bevinding van de deskundige dat de kans dat eerdere behandeling tot een beter

3 Hof Den Haag 21 april 2005, ECLI:NL:GHDHA:2015:876.

resultaat zou hebben geleid niet groot was, volgt niet dat deze kans rechtens niet relevant is.⁴

3. 'Alles of niets oplossing' versus 'kansschade'

Het afwijzen van het causaal verband bij necrose als oorzaak van de ROP is een voorbeeld van een 'alles of niets oplossing'. Dit houdt in dat, afhankelijk van de vraag of het causaal verband al dan niet bewezen wordt geacht, de vordering wordt toegewezen ('alles') of afgewezen ('niets'). Dit terwijl de Hoge Raad ten aanzien van het verzuim dat geen eerdere controle was uitgeoefend na de mislukte poging van 25 juni 1996 koos voor de toepassing van het leerstuk van de 'kansschade'. Zeker als bedacht wordt dat de kans dat op een beter behandelingsresultaat bij een eerdere behandeling niet groot was en de Hoge Raad overweegt dat niet aannemelijk is dat patiënte uitsluitend als gevolg van de necrose zuurstof, morfine en vaatverwijdende medicijnen heeft toegediend gekregen, lijkt de keuze voor toepassen van de 'alles of niets oplossing' of het toepassen van de 'kansschade' op het eerste gezicht tamelijk willekeurig. De vraag rijst immers waarom de mogelijkheid dat de necrose aan de ROP heeft bijgedragen zich niet eveneens in een, zij het wellicht kleine, kans laat vertalen. Uit het arrest zelf wordt dat verschil ook niet goed duidelijk. De conclusie van A-G Hartkamp biedt in dat opzicht meer houvast.⁵ Uit zijn conclusie blijkt dat de patiënt ook indien geen necrose zou zijn opgetreden 'vrijwel zeker' met zuurstof zou zijn behandeld en dat alleen van zuurstof onomstotelijk is aangetoond dat dit ROP zou kunnen veroorzaken.

Met andere woorden: als de ROP al door de zuurstofblootstelling van de beademing zou zijn veroorzaakt zou patiënte in de hypothetische situatie zonder fout dus 'vrijwel zeker' eveneens aan deze oorzaak zijn blootgesteld geweest. Dit terwijl van de

andere gevolgen van de necrose, zoals bijvoorbeeld de morfine toediening, niet vast stond dat deze tot een ROP zouden kunnen leiden. Zonder de necrose zou er geen betere kans op voorkoming van de ROP zijn geweest, zodat er ook geen grond was om daar een kansschadevergoeding voor toe te kennen. Als speculatief is of een fout daadwerkelijk met een mindere kans op beter behandelresultaat gepaard gaat, is er geen rechtvaardiging voor om het leerstuk van de kansschade toe te passen. Dit werd overigens ook benadrukt in het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch d.d. 3 mei 2016.⁶ In dat arrest werd de vordering van de patiënt voor het optreden van een verwijtbaar delay voordat een caudasyndroom werd gediagnostiseerd, afgewezen wegens het ontbreken van causaal verband. Door het hof werd daarbij als volgt overwogen: *'Hoezeer ook in een situatie als de onderhavige het verleidelijk kan zijn om, met 'common sense', te veronderstellen dat eerder ingrijpen tot een beter resultaat, en in elk geval tot een grotere kans op een beter resultaat zou hebben geleid, zo eenvoudig blijkt dit niet te liggen. In r.o. 3.7.5 van het tussenarrest signaleerde het hof reeds dat in de rapporten van [neuroloog] en [arts-deskundige] er melding van wordt gemaakt dat in de medische literatuur onvoldoende aanknopingspunten aanwezig zijn voor de stelling dat een snelle operatie een betere prognose geeft dan een latere.'*

4. 'Kansschade' versus 'proportionele aansprakelijkheid'

De onzekerheid of een medische fout tot schade heeft geleid kan niet alleen met toepassing van het leerstuk van de kansschade worden opgelost, maar ook met dat van de proportionele aansprakelijkheid. Hoewel dat voor de uitkomst per saldo niet veel verschil maakt – in beide gevallen wordt een percentage van de schade vergoed – is er op dogmatische gronden wel een verschil. Bij de kansschade is een kans op een beter (behandel)resultaat verloren gegaan en is er onzekerheid over de vraag in welke mate de fout tot de schade heeft geleid. Vast staat wel dat de fout de kans op schade heeft vergroot, maar onzeker is de mate waarin de schade door de

4 Overigens vernietigde de Hoge Raad het arrest ook omdat het Hof niet in het midden had mogen laten of er daadwerkelijk een fout was gemaakt door niet op kortere termijn een controle te doen. Dit oordeel brengt echter geen relevante rechtsvragen met zich mee en zal hier onbesproken blijven.

5 Zie nrs.: 4.44 en 4.45.

6 ECLI:NL:GHSHE:2016:1741.

fout is veroorzaakt. Bij de proportionele aansprakelijkheid is de onzekerheid niet gelegen in de vraag in welke mate de fout aan de schade heeft bijgedragen, maar is er onzekerheid of de schade wél door de fout is veroorzaakt. Daar zit de onzekerheid dus in het causaal verband.⁷ Het klassieke voorbeeld daarvan is het Nefalit/Keramus-arrest van 31 maart 2006.⁸ In dat arrest ging het om een werknemer (Keramus) die tijdens zijn werkzaamheden bij Nefalit aan asbest was blootgesteld geweest en bij wie jaren later longkanker was opgetreden. Hoewel expositie aan asbest de kans op longkanker had vergroot, stond niet vast dat deze expositie tot de longkanker had geleid. De longkanker kon bijvoorbeeld ook zijn voortgevloeid uit het feit dat de werknemer had gerookt. Er was derhalve sprake van een onzeker causaal verband. Nefalit werd veroordeeld tot vergoeding van de schade in evenredigheid met de kans dat de asbestblootstelling tot de longkanker had geleid.

De Hoge Raad heeft in het Deloitte/H.H. Beheer-arrest d.d. 21 december 2012⁹ bepaald dat het verschil tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid relevant is. Dit omdat bij proportionele aansprakelijkheid, anders dan bij kansschade, een meer terughoudende toepassing op zijn plaats is.¹⁰ Toch is het maar zeer de vraag of dat onderscheid bij medische aansprakelijkheidskwesies wel een wezenlijke rol speelt. Er zijn geen uitspraken op dat terrein aan te wijzen die de relevantie van het onderscheid illustreren.¹¹ De situatie dat een rechter in een medische aansprakelijkheidszaak oordeelt dat het geen kansschade betreft, maar een proportionele

aansprakelijkheid en dat, gelet op de daarmee gemoeide terughoudendheid, de vordering niet kan worden toegewezen, zal zich vermoedelijk niet snel voordoen. Overigens zal het bij medische aansprakelijkheid ook zelden gaan om situaties waarbij sprake is van proportionele aansprakelijkheid. In de regel zal het immers gaan om situaties dat de fout tot een minder behandelresultaat heeft geleid en waarbij het dus gaat om vergoeding van kansschade.

5. Welke kansen zijn rechtens relevant?

In de rechtsleer is veel gespeculeerd over de vraag welke kansen nog wel en welke niet meer voor vergoeding in aanmerking komen. De Hoge Raad oordeelde dat de enkele bevinding van de deskundige dat de kans op een beter behandelresultaat niet groot is, niet het oordeel kan dragen dat deze kans rechtens niet relevant is. Een kans die kleiner is dan groot kan met andere woorden voldoende zijn om rechtens voor vergoeding in aanmerking te komen. Daarmee is echter niet gezegd waar het omslagpunt ligt. Wanneer is een kans niet groot genoeg om rechtens relevant te zijn? Het arrest geeft hierover geen duidelijkheid. A-G Hartlief is daarover meer duidelijk. Hij geeft aan dat een 'niet zeer kleine kans'¹² rechtens relevant is, maar geeft voorts aan dat er verder geen exacte regels voor een ondergrens zijn te geven. Hij wijst er daarbij op dat er signalen zijn dat feitenrechtens bij letselschade de drempel voor vergoedbare schade lager leggen dan bij zuivere vermogensschade.¹³ Hartlief betoogt daarbij dat met enige goede wil de aanknopingspunten die voor de toerekening relevant kunnen zijn, zoals de aard van de normschending en de aard van de schade, ook bij het bepalen van de ondergrens relevant zouden kunnen zijn.

Op basis van de lagere jurisprudentie kan in elk geval worden geoordeeld dat kansen van 15% of minder rechtens relevant kunnen zijn. Zo wees het Hof 's-Hertogenbosch op 23 augustus 2005¹⁴ 15%

7 Zie voor dit verschil ook *Kroniek rechtspraak civiel recht*, TvGR 2013, p. 554-557.

8 ECLI:NL:HR:2006:AU6092.

9 ECLI:NL:HR:2012:BX7491.

10 Dat een terughoudende toepassing bij proportionele aansprakelijkheid op zijn plaats is, oordeelde de Hoge Raad ook in het arrest Fortis/Bourgonje (ECLI:NL:HR:2010:BO1799).

11 Zie ook *Kroniek rechtspraak civiel recht*, TvGR 2015, p. 425, waar wordt opgemerkt dat in de jurisprudentie op het gebied van het medische aansprakelijkheidsrecht dit onderscheid niet expliciet wordt gemaakt.

12 Zie nr. 3.10.

13 Zie nr. 3.10.

14 Nieuwsbrief Personenschade oktober 2005, p. 9 e.v.

van de schade toe die voortvloeide uit de gebrekkige nazorg van de behandeling van een carpaal tunnel-syndroom. Voorts valt te noemen het vonnis van de Rechtbank Middelburg d.d. 11 maart 1998,¹⁵ waarin werd aangenomen dat 10% op een beter behandelresultaat was verloren gegaan; het vonnis van de Rechtbank Arnhem d.d. 25 juli 2012¹⁶ waarbij door een delay in de behandeling 15% kans op voorkomen van een partiële dwarslaesie was ontnomen; en het vonnis van de Rechtbank Arnhem d.d. 20 maart 2010¹⁷ waarbij 10% van de neurologische schade moest worden vergoed omdat de ambulance door een huisartsenpost niet tijdig was gewaarschuwd.

Als voorbeelden van zeer kleine en derhalve niet rechtens relevante kansen zijn te noemen: het vonnis van de Rechtbank Arnhem d.d. 12 december 2012¹⁸ waarbij de kans op behoud van het been zonder fout als 'zeer gering' werd aangemerkt; het vonnis van de Rechtbank Breda d.d. 19 december 2012,¹⁹ waarbij de kans dat een verwijzing naar een cardioloog tot voorkoming van een hartinfarct zou hebben geleid te gering was om rechtens relevant te zijn; en het vonnis van de Rechtbank Amsterdam d.d. 18 mei 2011,²⁰ waarbij de kans 'zeer klein' was dat een genezende behandeling was ontnomen door een delay bij het stellen van de diagnose alvleesklierkanker.

Naast toerekeningsaspecten zijn mogelijk ook andere factoren bepalend voor de vraag welke kans nog voor vergoeding in aanmerking komt. Akkermans betoogde in zijn proefschrift dat de nauwkeurigheid van de kans ook een belangrijk gezichtspunt is.²¹ Hij wees er daarbij op dat hoe kleiner de kans dat de definitieve schade niet door de gedaagde werd veroorzaakt, hoe zwaarwegender de onzekerheid is over de precieze grootte. Dit omdat de mogelijkheid reëel wordt dat die grootte in werkelijkheid

nagenoeg nul is. Hoe nauwkeuriger de grootte van die kans kan worden bepaald, hoe kleiner zij ook mag zijn om toch in aanmerking te worden genomen. Als er maar voldoende zekerheid is over de grootte van de kans kan zelfs een kans van kleiner dan 1% voor vergoeding in aanmerking komen, aldus Akkermans.²²

Exacte regels waarboven een volledige toerekening in de rede ligt, zijn evenmin te geven. Net zo goed als de aanknopingspunten die voor de toerekening relevant zijn van invloed zijn op de ondergrens, geldt dat ook voor de bovengrens. Aangezien bij letselschade een ruime toerekening gerechtvaardigd is, zou het zelfs zo kunnen zijn dat er minder snel reden is tot een niet volledige vergoeding te concluderen. In dat geval zou het enkele gegeven dat een kans meer dan groot is mogelijk wel reeds een volledige toerekening kunnen rechtvaardigen.²³ Het Hof Arnhem oordeelde op 8 september 2009²⁴ dat een zeer grote veroorzakingskans (in dat geval 97%) geen reden is om een proportionele aansprakelijkheid aan te nemen²⁵ en het Hof 's-Hertogenbosch oordeelde op 7 december 2004²⁶ dat het gegeven dat er 8% kans was dat ook zonder fout een dystrofie zou zijn opgetreden niet aan het aannemen van volledige aansprakelijkheid in de weg stond. Ook bij de bovengrens speelt de mate van nauwkeurigheid van de kans een belangrijke rol, aldus Akkermans.²⁷ In

15 ECLI:NL:RBMID:1998:AC1925.

16 ECLI:NL:RBARN:2012:BX4548.

17 ECLI:NL:RBARN:2010:BL8529.

18 ECLI:NL:RBARN:2012:BY8253.

19 ECLI:NL:RBBRE:2012:BY7399.

20 ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ6524.

21 Zie A.J. Akkermans 1997, o.c., p. 253.

22 A.J. Akkermans 1997, o.c., p. 253.

23 Zie *Kroniek rechtspraak civiel recht*, TvGR 2006, p. 224, waarin wordt opgemerkt: 'Tot op heden zijn er geen uitspraken waarbij een hulpverlener voor 85% of 95% aansprakelijk werd geacht. Kennelijk ziet de rechter niet snel aanleiding om geen volledige aansprakelijkheid aan te nemen als de kans gering is dat de situatie van de patiënt niet aan de beroepsfout valt toe te schrijven'.

24 ECLI:NL:GHARN:2009:BL0369.

25 Mogelijk anders Hof Arnhem d.d. 1 maart 2016 (ECLI:NL:GHARL:2016:2005), waarbij werd geoordeeld dat een kans van 99% op een beter behandelingsresultaat (voorkomen van blindheid) was ontnomen. Het lijkt er echter op dat in die zaak ook een vordering was ingesteld die uitging van dat percentage.

26 GJ 2005, 27.

27 A.J. Akkermans, 1997, o.c., p. 252.

zijn visie maakt het uit of het gaat om een zeer algemeen statistisch gemiddelde, of om een cijfer dat nauwkeurig is toegespitst op de relevante karakteristieken van de betreffende patiënt. Wanneer het met redelijke zekerheid gaat om een individuele kans van bijvoorbeeld 5% dan is het te verdedigen dat 95% van de schade wordt vergoed.²⁸

6. *Hypothetische situatie zonder fout is feitelijk oordeel*

Bij de beoordeling van de schade die is geleden dient de rechter een feitelijk oordeel te vellen en na te gaan hoe de hypothetische situatie er zou hebben uitgezien zonder fout. De rechter dient daarbij niet uit te gaan van een normatief kader, namelijk wat de situatie zou zijn geweest in de meest optimale situatie, noch na te gaan wat de hypothetische situatie zou zijn geweest indien er was gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot had mogen worden verwacht. Als de hypothetische situatie zonder fout er beter zou hebben uitgezien, omdat de arts in kwestie een betere behandeling zou hebben toegepast dan van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot had mogen worden verwacht, is dat dus maatgevend. Ook in dit geval waren daar aanwijzingen voor. De behandelend oogarts had namelijk aangegeven dat het mogelijk is dat hij bij een eerdere controle eerder afwijkingen had vastgesteld en behandeld, en waardoor de kans van patiënte beter zou zijn geweest. Dat dit handelen niet van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot had mogen worden verwacht en dat ook een latere behandeling kennelijk nog als zorgvuldig handelen zou zijn te kenschetsen, was dan ook niet maatgevend. Dat de feitelijke situatie in de hypothetische situatie zonder fout maatgevend dient te zijn ligt voor de hand. Het uitgangspunt dat de patiënt zijn volledige schade vergoed krijgt brengt dat ook met zich mee. Er is immers geen grond voor de patiënt

de schade te ontzeggen die voortvloeit uit het feit dat haar de mogelijkheid is ontnomen dat de behandelend oogarts van patiënte juist wel voor een eerdere behandeling had gekozen.

Dat wil overigens niet zeggen dat voor het vaststellen van de hypothetische situatie zonder fout de toetsnorm van de redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot niet relevant (meer) is. Ook bij de vaststelling van het feitelijk oordeel zal het een belangrijk gezichtspunt zijn. Als er geen concrete aanwijzingen zijn dat de handelwijze van de arts in positieve zin afwijkt van hetgeen in de beroepsgroep de gangbare norm is, hetgeen in deze casus dus wel het geval was, zal het handelen dat had mogen worden verwacht al gauw overeenstemmen met de feitelijke (hypothetische) situatie zonder fout. Een en ander is uiteraard mede afhankelijk van de bandbreedte van het handelen dat nog als zorgvuldig kan worden beschouwd. Als de kaders weinig ruimte laten, zal het feitelijk oordeel al gauw met het normatieve oordeel samenvallen. Er is meer discussie als de bandbreedte van zorgvuldig handelen ruimere marges kent.

Bovendien is het normatieve kader ook de ondergrens. De handelingen van de arts dienen immers ten minste te beantwoorden aan de toetsnorm van de redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot. Als er aanwijzingen zijn dat de arts in negatieve zin afwijkt van deze norm dient de hypothetische situatie zonder fout ten minste tot dat niveau te worden 'opgeplust'. Dat is immers het handelen dat ten minste had mogen worden verlangd.

7. *Afronding*

Met het baby Ruth-arrest van 4 januari 1996 werd de theorie van het verlies van een kans op een beter behandelingsresultaat in het medische aansprakelijkheidsrecht geïntroduceerd. Dat het 20 jaar heeft geduurd voordat de Hoge Raad zich daar pas voor het eerst over heeft uitgelaten, is weinig verwonderlijk. In de eerste 15 jaar na introductie werd het leerstuk nog betrekkelijk weinig toegepast. Pas eerst de afgelopen 5 jaar lijkt sprake te zijn van een stijgende

28 A.J. Akkermans ontleent de percentages aan een door hem aangehaalde Engelse uitspraak waarbij een vergoeding werd toegekend van 95% omdat ook zonder fouten een risico had bestaan van 5% dat het kind niet levend ter wereld zou zijn gekomen.

tendens.²⁹ Dat het nog weer 20 jaar zal duren voordat het volgende kansschade-arrest zich aandient, valt dan ook moeilijk voor te stellen. Temeer daar dit arrest de weg naar de kansschade-oplossing voor de rechter nog toegankelijker maakt en mogelijk ook meer ruimte biedt om kleine(re) kansen te gaan honoreren. Of dat daadwerkelijk het geval is, zal de toekomst moeten uitwijzen. Er zijn in elk geval nog genoeg punten over waarover de Hoge Raad zich nog zou kunnen buigen. Een van de belangrijkste punten is bijvoorbeeld de vraag op welke wijze de verloren kans op een beter behandelingsresultaat dient te worden berekend. De uitgangspunten die daarbij in de jurisprudentie worden gehanteerd zijn niet eenduidig en worden in de rechtsleer veelal bekritiseerd.³⁰

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

Advocaat/partner bij KBS Advocaten N.V.

29 In *Kroniek rechtspraak civiel recht*, TvGR 2013, p. 556, wordt die tendens voor het eerst gesignaleerd.

30 Zie over dit onderwerp onder meer A.J. Van & R.P. Wijne, *Lies, damned lies and statistics. De berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid*, TVP 2012, p. 16-24.