

Kansschade: wat zou er zijn gebeurd als de arts...?

Kansschade is niet het meest eenvoudige leerstuk dat ons Nederlands recht te bieden heeft. Dit leerstuk kan worden toegepast in situaties waarin onzeker is of en in hoeverre een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad ook tot schade heeft geleid. Het standaardvoorbeeld is dat van de advocaat die heeft verzuimd om tijdig hoger beroep in te stellen¹ of dat van de belastingadviseur die onjuist heeft geadviseerd.² Vaststaat dat deze advocaat/belastingadviseur een norm heeft geschonden, maar of dit ook tot schade heeft geleid, zal altijd onzeker zijn. Het enige dat wel zeker is, is dat een kans op een betere uitkomst verloren is gegaan. Mocht blijken dat dit een reële (lees: een niet zeer kleine) kans is, dan kan het leerstuk van de kansschade een instrument zijn voor de vaststelling van de schade.

Medische aansprakelijkheid

Ook in kwesties van medische aansprakelijkheid komt het geregeld voor dat onzeker is of, en zo ja in hoeverre, een medische fout tot schade heeft geleid. Niet zozeer in situaties waar de gevolgen evident zijn, zoals bijvoorbeeld het per abuis afzetten van het verkeerde been, maar meer in situaties waarbij de juiste diagnose niet tijdig is gesteld of de juiste medische ingreep niet tijdig heeft plaatsgevonden. Stel dat deze fouten niet zouden zijn gemaakt: wat zou er dan – hypothetisch gezien – zijn gebeurd? Had de patiënt dan geen of mogelijk minder gezondheidsschade gehad? Of was het denkbaar dat de gezondheidsschade dan ook (volledig) zou zijn ingetreden?

Vanwege de complexe medische materie zijn dit soort vragen vaak niet eenduidig te beantwoorden. De leer van de kansschade kan dan in dat soort gevallen uitkomst bieden, mits blijkt dat in de hypothetische situatie zonder medische fout een reële kans op een beter (behandel)resultaat zou hebben bestaan.³

De vraag is alleen: waar moet in de hypothetische situatie van worden uitgegaan om uiteindelijk deze kans te kunnen bepalen c.q. inschatten? Weliswaar is bekend dat het een vaststelling betreft aan de hand van een schatting van de goede en kwade kansen,⁴ maar deze regel biedt de (rechts) praktijk weinig houvast. Wat is immers het uitgangspunt? Moet worden uitgegaan van de meest optimale behandeling die had kunnen plaatsvinden of wordt genoegen genomen met de situatie waarin aan de standaard(norm) zou zijn voldaan? Of moet worden ingeschat wat de behandelend hulpverlener zelf feitelijk zou hebben gedaan als hij de medische fout niet had gemaakt? Met het arrest van 23 december 2016⁵ heeft de Hoge Raad hierin meer duidelijk gegeven.

De (trieste) feiten

In mei 1996 werd een tweeling - twee meisjes - te vroeg

August de Hoogh,
KBS Advocaten



geboren. Eén van hen overleed in de eerste week na de geboorte. Het andere meisje onderging vrijwel direct na de geboorte een buikoperatie. Nadien bleek dat de bloedcirculatie in haar rechter been onvoldoende was en dat er necrose was ontstaan. Uiteindelijk moest haar rechter voetje worden geamputeerd. Op 25 juni 1996 is het meisje ook gecontroleerd door de oogarts op de aanwezigheid van netvliesloslating (“retinopathy of the premature” kortweg “ROP”). Omdat haar pupillen op dat moment niet (meer) wijd waren, mislukte het onderzoek. Twee weken later, op 9 juli 1996, volgde een tweede controle bij de oogarts. Op dat moment werd netvliesloslating geconstateerd. De operatie van een dag later mocht echter niet meer baten. De netvliesloslating zette door en het meisje werd volledig blind. De ouders en het meisje hielden het ziekenhuis aansprakelijk voor de schade als gevolg van deze blindheid. Het ziekenhuis zou hebben nagelaten het meisje tijdig te controleren op netvliesloslating en daarvoor niet tijdig hebben behandeld.

De rechtbank wees de vorderingen af. De rechtbank overwoog dat de tweede controle van 9 juli 1996 weliswaar te laat plaatsvond, maar niet kon worden geconcludeerd dat als gevolg van deze vertraging de schade daadwerkelijk was opgetreden. Eén van de benoemde deskundigen had namelijk geoordeeld dat, na het mislukte onderzoek van 25 juni 1996, een redelijk bekwaam en redelijk handelend oogarts het meisje op 2 juli 1996 opnieuw zou hebben gecontroleerd. Als dat zou zijn gebeurd, dan zou diezelfde redelijk bekwaam en redelijk handelend oogarts een vervolgcontrole op een termijn van een week hebben bepaald. Zo zou – in de hypothetische situatie – weer zijn uitgekomen op 9 juli 1996 en zou de behandeling dus omstreeks hetzelfde moment hebben plaatsgevonden. Volgens de deskundige, en in het voetspoor daarvan de rechtbank, was er dan ook geen kans op een beter resultaat verloren gegaan.

In appel vond het Gerechtshof Den Haag dit een juiste redenering. Hoewel het hof moest vaststellen dat mogelijk wel sprake is van enig kansverlies als zou worden uitgegaan van een optimale behandeling, benadrukte hij dat bij de

beoordeling de enige norm waaraan getoetst moet worden, die van de redelijk handelend en redelijk bekwaam oogarts is. De optimale behandeling was dus verder niet relevant, aldus het hof.

De ouders en het meisje gingen in cassatie. En met succes.

Overwegingen Hoge Raad

Om het leerstuk van de kansschade te kunnen toepassen, benadrukte de Hoge Raad nog maar eens dat eerst, en dus ook in medische aansprakelijkheidskwesties, de normschending moet komen vast te staan. Tot zover niets nieuws: *“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 beroepsgenoot betaamt.”*⁶

Is de hobbel van de normschending eenmaal genomen, dan komt men toe aan het causaal verband tussen deze normschending en de kansschade:

*“Indien wordt geoordeeld dat in strijd met deze norm is gehandeld, dient vervolgens 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.”*⁷

Dan volgt de belangrijkste overweging van dit arrest:

*“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 beroepsgenoot, maar van de behandeling die feitelijk zou hebben plaatsgevonden, zij het dat daarbij wel uitgangspunt moet zijn dat geen normschending zou hebben plaatsgevonden.”*⁸

Bij de bepaling van de hypothetische situatie komt het dus aan op de behandeling die feitelijk zou hebben plaatsgevonden als de medische fout niet zou zijn gemaakt. Anders dan het hof oordeelde, mag hierbij dus niet worden uitgegaan van de norm van de redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot. De Hoge Raad vernietigde het arrest van het Gerechtshof Den Haag en verwees de zaak naar het Gerechtshof Amsterdam.

Praktisch...

Aan het Gerechtshof Amsterdam is nu de taak om een oordeel te vellen over de behandeling die feitelijk zou hebben plaatsgevonden als de behandelend oogarts geen fout had gemaakt. Bij de bepaling daarvan lijkt in eerste instantie een rol te zijn weggelegd voor de behandelend oogarts van het meisje zelf. De Hoge Raad⁹ refereerde immers naar de verklaring die deze oogarts eerder had afgelegd:

“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.(...)”

De Hoge Raad viel er over dat 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, door het hof onbeantwoord was gelaten.¹⁰ Hieruit kan worden opgemaakt dat het antwoord van de behandelend oogarts op deze vraag van groot belang lijkt om het hypothetische feitelijk verloop te kunnen vaststellen. De behandelend oogarts krijgt dan ook een (veel) bepalende rol bij de nadere bepaling van het kansverlies. Dat lijkt mij een belangrijke constatering voor de rechtspraak.

Moet nu worden geconcludeerd dat wat er feitelijk zou zijn gebeurd zonder normschending, uitsluitend kan worden gebaseerd op de verklaring van de hulpverlener? Dat is naar mijn opvatting niet het geval. De Hoge Raad overweegt dat ook niet met zoveel woorden. Ik vermoed dat bij de bepaling van het hypothetische feitelijke verloop ook weer een rol is weggelegd voor een (te benoemen) deskundige, en wel om minstens twee redenen:

- 1) rechter en patiënt zullen willen beoordelen of de behandelend hulpverlener wel een steekhoudende verklaring over het hypothetische feitelijk verloop heeft afgelegd. Mocht het behandelingsscenario immers ten onrechte niet al te rooskleurig zijn beschreven, dan zou dat de vergoedingsplicht, ten faveure van het ziekenhuis c.q. de hulpverlener, (kunnen) drukken. Voor deze beoordeling zijn rechter en patiënt echter wel weer afhankelijk van een deskundige;
- 2) wat nu als de hulpverlener niet (meer) in staat is om een verklaring af te leggen, bijvoorbeeld door overlijden, ziekte of een andere omstandigheid? Wie bepaalt dan het hypothetische feitelijke verloop? Dat zal toch weer een deskundige zijn.

Hoe deze procedure bij het Gerechtshof Amsterdam zal aflopen, is nu niet te beoordelen.¹¹ Dit arrest leert in ieder geval wel dat in gevallen van kansschade bij medische aansprakelijkheid de behandelend hulpverlener inzicht zal moeten geven in wat hij zou hebben gedaan als hij geen medische fout had gemaakt. Daarmee dient de hulpverlener zich tot op zekere hoogte verder toetsbaar op te stellen, dan dat vóór dit arrest het geval was. Nu diens afgegeven verklaring bovendien van (groot) belang kan zijn voor de nadere bepaling van het kansverlies, moet hier ook niet te lichtvaardig over worden gedacht. Het kan namelijk zo zijn dat de behandelend hulpverlener een hypothetisch feitelijk verloop schetst, dat in kwaliteit (vele malen) hoger ligt dan de standaard(norm). En hoewel de standaard(norm) deze hogere kwaliteit geenszins van de hulpverlener verlangt, zal een dergelijk geschetst hypothetisch scenario waarschijnlijk wel tot een hogere vergoedingsplicht (kunnen) leiden. Dat is iets om alert op te zijn.

Tot slot. Hoewel de Hoge Raad deze rechtsregel specifiek lijkt te hebben geschreven voor situaties van medische aansprakelijkheid, sluit ik niet uit dat de rechtspraak

> deze regel ook zal aangrijpen, al dan niet naar analogie, in gevallen van kansschade bij andere gevallen van beroepsaansprakelijkheid. Of dat rechtens juist is, is uiteindelijk weer aan de Hoge Raad.

¹ Zie bijvoorbeeld HR 24 oktober 1997, NJ 1998/257.

² Zie bijvoorbeeld HR 21 december 2012, NJ 2013/237 m.nt. Lindenberg.

³ Een csqn-verband tussen normschending en het verlies van de kans op succes is vereist. Zie HR 21 december 2012, NJ 2013/237 m.nt. Lindenberg.

⁴ Zie onder meer HR 21 december 2012, NJ 2013/237 m.nt. Lindenberg.

⁵ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987.

⁶ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987 r.o. 3.5.3.

⁷ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987 r.o. 3.5.3.

⁸ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987 r.o. 3.5.3.

⁹ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987 r.o. 3.5.4.

¹⁰ In diezelfde rechtsoverweging gaf de Hoge Raad aan dat het hof ook erop heeft gewezen dat de oogarts tot behandeling had besloten terwijl dat naar de destijds geldende inzichten nog te vroeg was. Hier lijkt de Hoge Raad de feiten aan te vullen. Weliswaar heeft de oogarts verklaard dat de classificatie voor die situatie tekortschoot, maar door het hof, noch door de oogarts, wordt daaraan de conclusie verbonden dat de behandeling te vroeg was. Hoe de Hoge Raad dan ook tot deze overweging komt, is mij niet duidelijk.

¹¹ Overigens overwoog de Hoge Raad ook nog dat het Gerechtshof Den Haag niet – op basis van een uitspraak van een deskundige – tot de conclusie had kunnen komen dat de kans op een beter resultaat rechtens niet relevant was. Ook dit zal het Gerechtshof Amsterdam nader moeten ‘oppakken’.

Hoge Raad 23 december 2016: een voorbehoud van behoorlijk lange duur



Brenda Fluit,
Wij Advocaten

De Hoge Raad heeft op 23 december vorig jaar¹ een arrest gewezen met als uitkomst dat aan een benadeelde drieëntwintig jaar na het sluiten van de vaststellingsovereenkomst nog een beroep toekwam op een in deze overeenkomst gemaakt voorbehoud. Ik zal deze uitspraak kort bespreken en het belang van deze uitspraak voor de letselschadepraktijk toelichten.

Juridisch kader

De vordering van de benadeelde op grond van het voorbehoud in de vaststellingsovereenkomst is een vordering tot nakoming van een verbintenis uit overeenkomst tot een geven of doen in de zin van artikel 3:307 BW. Een dergelijke rechtsvordering verjaart door verloop van vijf jaren na aanvang van de dag volgend op die waarop de vordering opeisbaar is geworden. Indien geen tijd voor nakoming is bepaald, kan op grond van artikel 6:38 BW terstond nakoming worden gevorderd. Een dergelijk ‘terstond vorderen’ is door de wetgever in geval van een verbintenis tot nakoming na onbepaalde tijd niet redelijk bevonden. In dat geval ligt namelijk in de overeenkomst besloten dat opeising niet

direct zal plaatsvinden. In lid 2 van artikel 3:307 BW is om die reden opgenomen dat bij verbintenissen tot nakoming na onbepaalde tijd de verjaringstermijn van vijf jaar pas aanvangt op de dag volgend op die waartegen de schuldeiser aan de schuldenaar heeft medegedeeld tot opeising over te gaan. De schuldeiser bepaalt hiermee in feite eenzijdig het moment waarop de verjaringstermijn van vijf jaar gaat lopen. Verjaring van de vordering vindt op grond van de laatste zin van artikel 3:307 lid 2 BW in elk geval plaats twintig jaren na de aanvang van de dag waartegen opeising op zijn vroegst mogelijk was.

Feiten

Op 11 mei 1980 raakt een 19-jarige eerstejaarsstudent tandheekkunde betrokken bij een verkeersongeval met een Duits motorvoertuig. De student loopt hierbij letsel op aan zijn rechterknie. In 1985 sluit hij met de Vereniging Nederlands Bureau der Motorrijtuigverzekeraars (hierna: NBM) een vaststellingsovereenkomst waarin tegen betaling van NLG 23.500 onherroepelijk en onvoorwaardelijk kwijting wordt verleend ter zake de door hem geleden en nog te lijden schade als een gevolg van het ongeval. Wel wordt in de vaststellingsovereenkomst een voorbehoud opgenomen: *“Een voorbehoud wordt gemaakt voor financiële gevolgen, waarvan vastgesteld wordt dat deze voortvloeien uit een belangrijke afwijking ten opzichte van de situatie en de invalidering als beschreven in het rapport van de als onafhankelijke deskundige benoemde orthopaedisch chirurg dr. H.S.M. Raat d.d. 20 juli 1982.”*

De student studeert af en gaat aan het werk als tandarts. In 2007 ondervindt hij toenemende klachten aan zijn rechterknie waardoor hij zijn werk niet meer volledig kan verrichten. De huisarts en een verzekeringsarts van de arbeidsonge-