

# Kroniek rechtspraak civiel recht

Mr. M.J.J. de Ridder<sup>1</sup>

## 1 INLEIDING

In de vorige kronieken rechtspraak civiel recht<sup>2</sup> is een overzicht gegeven van de jurisprudentie op het gebied van het medische aansprakelijkheidsrecht in de jaren 2004/2005 en 2006/2007. In deze kroniek wordt ingegaan op de jurisprudentie van 2008 en 2009. Er is wederom sprake van een groot aantal gepubliceerde uitspraken. Veel uitspraken hebben betrekking op deskundigenberichten. Hierop zal in deze kroniek eerst worden ingegaan (par. 2). Vervolgens zal worden ingegaan op de gronden waarop de aansprakelijkheid van hulpverleners kan worden gebaseerd, waarbij ook de informed consent-jurisprudentie aan bod komt (par. 3). Daarna zal achtereenvolgens worden ingegaan op het causaal verband (par. 4), het bewijsrecht (par. 5), de verjaring (par. 6) en smartengeld (par. 7). Ten slotte ga ik deze kroniek in op gepubliceerde uitspraken die betrekking hebben op seksueel grensoverschrijdend gedrag (par. 8). De kroniek wordt afgesloten met een conclusie (par. 9).

## 2 DESKUNDIGENBERICHTEN

Bij medische aansprakelijkheid is het haast per definitie noodzakelijk dat de rechter door een deskundige wordt voorgelicht. De jurisprudentie toont dat ook. Grofweg komt men in de jurisprudentie vier typen van deskundigenberichten tegen, te weten deskundigenberichten:

- 1 die door de rechter in een bodemprocedure zijn bevolen;
- 2 in het kader van een voorlopig deskundigenbericht;
- 3 op gezamenlijk verzoek van partijen;
- 4 op eenzijdig verzoek.

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

2. M.J.J. de Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGR* 2006, p. 216-228 en M.J.J. de Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGR* 2008, p. 114-127.

3. Art. 194 Rv bepaalt dat de rechter ambtshalve of op verzoek van partijen een deskundigenbericht kan bevelen. Het is de discretionaire bevoegdheid van de rechter daartoe al dan niet te besluiten (vgl. HR 14 december 2002, *NJ* 2002/73)

### 2.1.1 Deskundigenbericht in een bodemprocedure

In een bodemprocedure is het de rechter die bepaalt of hij behoefte heeft aan voorlichting door een deskundige.<sup>3</sup> De rechter heeft hierbij de regie in handen. Het spreekt voor zich dat de rechter aan een door hemzelf gearrangeerd deskundigenbericht al snel doorslaggevende betekenis zal toekennen. Dit is echter geen (rechts)zekerheid. Het stelsel van de vrije bewijsleer<sup>4</sup> brengt mee dat de rechter zelf bepaalt welke (bewijs)waarde hij aan een deskundigenbericht toekent. De rechter is niet aan de conclusies van de deskundige gebonden.<sup>5</sup> Deze beslissingsvrijheid komt goed tot uitdrukking in het wondspreider-arrest van de Hoge Raad van 15 mei 2009.<sup>6</sup> In die zaak ging het om een gynaecoloog die wegens een baarmoederhalstumor een baarmoederverwijdering volgens de zogeheten Wertheim-Okabayashi-methode had uitgevoerd. Na een vijf uur durende operatie bleek bij patiënte een zenuwbeschadiging te zijn opgetreden, hetgeen leidde tot verlammingverschijnselen aan het rechterbeen. De zenuwuitval was veroorzaakt door druk van één van de bladen van de tijdens de operatie gebruikte wondspreider. De rechtbank had prof. Aalders tot deskundige benoemd en wees op basis van diens rapport de vordering van patiënte toe. De gynaecoloog had de operatie ten onrechte slechts met assistentie van een coassistent uitgevoerd, hetgeen van invloed was op de duur van de ingreep. De duur van de ingreep was een risicoverhogende factor geweest bij het ontstaan van de zenuwuitval. Gegeven de overige risicoverhogende factoren (type wondspreider, lage body mass index, de toegepaste Maylard-incisie) was in de visie van de rechtbank niet gehandeld in overeenstemming met hetgeen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot onder gelijke omstandigheden verwacht mocht worden. De rechtbank overwoog daarbij dat ook niet was onderbouwd dat tijdens de operatie de bladen van de wondspreider daadwerkelijk enkele malen waren verplaatst. Het Hof Amsterdam gelastte een aanvul-

en zo ja welke deskundigen hij daartoe het meest geschikte acht (vgl. HR 9 januari 2009, *LJN* BF8875).

4. Art. 152 lid 2 Rv.

5. Zie ook: HR 19 oktober 2007, *RvdW* 2007/887 (rechter dient in volle omvang te toetsen of er aanleiding is van de conclusies van de deskundige af te wijken).

6. Hoge Raad 15 mei 2009, *VR* 2009/94, *GJ* 2009/76, *LJN* BH3148.

lende rapportage door prof. Aalders en wees in weerwil van de kritiek van prof. Aalders op de handelwijze van de gynaecoloog de vordering toch af. In cassatie werd hierover geklaagd. Advocaat-generaal Spier concludeerde tot vernietiging. De wijze waarop het hof de bevindingen van prof. Aalders had weerlegd, was in zijn visie zoal niet onbegrijpelijk, dan toch volstrekt onvoldoende gemotiveerd. De Hoge Raad volgde de A-G echter niet. De Hoge Raad overwoog dat de rechter bij de waardering van een deskundigenbericht een grote mate van vrijheid heeft en op dat punt een beperkte motiveringsplicht heeft, ook wat betreft zijn beslissing de zienswijze van de deskundige niet te volgen.

### 2.1.2 Het voorlopig deskundigenbericht

#### 2.1.2.1 Geen discretionaire bevoegdheid

Anders dan bij een bodemprocedure, waarbij de rechter de vrijheid heeft om al dan niet een deskundigenbericht te bevelen, heeft de rechter bij een voorlopig deskundigenbericht geen discretionaire bevoegdheid. Hij dient het verzochte onderzoek in beginsel te gelasten, mits het daartoe strekkende verzoek terzake dienend en voldoende concreet is en feiten betreft die met het deskundigenbericht bewezen kunnen worden. Dit is slechts anders indien de rechter op grond van in zijn beslissing te vermelden feiten en omstandigheden van oordeel is dat het verzoek in strijd is met een goede procesorde dan wel, dat van de bevoegdheid toepassing van dit middel te verlangen, misbruik wordt gemaakt – bijvoorbeeld omdat verzoeker wegens onevenredigheid van de over en weer betrokken belangen in redelijkheid niet tot het uitvoeren van die bevoegdheid kan worden toegelaten – of dat het verzoek moet afstuiten op een ander door de rechter zwaarwichtig geoordeeld bezwaar.<sup>7</sup> Een eerder negatief oordeel van de tuchtrechter is in elk geval geen reden om een door een arts ingediend verzoek tot het gelasten van een deskundigenonderzoek af te wijzen.<sup>8</sup> Ondanks het ontbreken van discretionaire bevoegdheid, zijn er in 2008 en 2009 toch een paar uitspraken gepubliceerd waarbij een

verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht werd afgewezen. De redenen daarvoor waren gelegen in:

- a onevenredigheid van de betrokken belangen;
- b eerder voorlopig deskundigenbericht;
- c eerdere gezamenlijke expertise.

#### Ad a. Belangenafweging

Een uitspraak waarbij sprake was van onevenredige belangen was de beschikking van de Rechtbank Zutphen van 24 juli 2008.<sup>9</sup> Daar ging het om een kind dat na een spoedkeizersnede ter wereld was gekomen en dat leed aan een ernstige hersenbeschadiging. Door de rechtbank was bij beschikking van 9 mei 2006 reeds een voorlopig deskundigenbericht gelast waarbij gynaecoloog prof. Kanhai tot deskundige was benoemd. In zijn rapportage concludeerde hij dat er een ernstige foetale nood (asfyxie) was opgetreden en dat dit in relatie staat met de ernstige handicap bij het kind. Prof. Kanhai achtte het aannemelijk dat eerder ingrijpen door middel van een keizersnede de ernst van de asfyxie in gunstige zin zou hebben beïnvloed. Het ziekenhuis betwistte echter het causaal verband. Zij stelde dat de bevindingen van het pathologisch onderzoek van de placenta<sup>10</sup> en van de kinderarts wezen op afwijkingen<sup>11</sup> die al enige dagen voor de bevalling zouden hebben bestaan en diende met het oog daarop een verzoek in om neonatoloog dr. Groenendaal tot deskundige te benoemen. Ondanks dat de rechtbank het verzoek wel terzake dienend oordeelde en het ziekenhuis ook belang had bij het onderzoek, werd het verzoek echter toch afgewezen. Dit omdat de deskundige het kind zeer waarschijnlijk aan een onderzoek zou moeten onderwerpen, hetgeen zeer belastend was voor zowel het kind als zijn ouders.

#### Ad b. Eerder voorlopig deskundigenbericht

Een voorbeeld waarbij het verzoek werd afgewezen omdat er reeds een voorlopig deskundigenbericht had plaatsgevonden is de beschikking van de Rechtbank Amsterdam van 15 januari 2009.<sup>12</sup> Daar ging het om de operatie van een tumor in het hoofdhalsg gebied, waarbij een verlamming van de aangezichts-

7. HR 19 december 2003, NJ 2004/584.

8. Rb. Arnhem 26 juni 2008, *Nieuwsbrief Personenschade* 2008, nr. 7, p. 9.

9. Rb. Zutphen 24 juli 2008, *Nieuwsbrief Personenschade* 2008, nr. 9, p. 2, L/JN BD8981.

10. Moederkoek.

11. Zogenaamde uteroplacentaire circulatiestoornissen.

12. Rb. Amsterdam 15 januari 2009, JA 2009/92.

zenuw was ontstaan. Op verzoek van de patiënt had de rechtbank eerder een deskundigenbericht gelast waarbij de door de patiënt voorgestelde deskundige werd benoemd. Het ziekenhuis had met de benoeming van deze deskundige ingestemd. Het ziekenhuis kon zich echter niet met de rapportage van deze deskundige verenigen en diende een verzoek in voor een nieuw deskundigenonderzoek. Het ziekenhuis voerde daarvoor aan dat de deskundige zich als pleitbezorger van de patiënt had opgesteld en hij niet de benodigde onpartijdigheid had. Het ziekenhuis stelde dat zij na het verschijnen van het deskundigenbericht ermee bekend was geworden dat de deskundige zowel de promotor als opleider van de twee betrokken artsen was en dat de verstandhouding tussen deze artsen en de deskundige nadien verstoord was geraakt. Dit had in de visie van het ziekenhuis negatieve invloed op de kwaliteit van het deskundigenbericht. Het verzoek werd door de rechtbank afgewezen. Dat het ziekenhuis voorafgaand aan de benoeming niet op de hoogte was van de opleidingsrelatie en de onmin tussen de betrokken artsen en de deskundige, diende in het kader van het voorlopig deskundigenbericht voor rekening van het ziekenhuis te komen.<sup>13</sup>

#### *Ad c. Gezamenlijke rapportage*

Een voorbeeld waarbij het deskundigenbericht werd afgewezen omdat partijen reeds in onderling overleg een expertise hadden laten plaatsvinden is de beschikking van de Rechtbank Amsterdam van 6 november 2008.<sup>14</sup> Daar had chirurg prof. Kievit gerapporteerd met betrekking tot de wijze waarop een schildklierverwijdering was verricht. In discussie was of het onzorgvuldig was dat de tijdens de operatie de met de schildklier mee verwijderde bijschildklier niet was teruggeplaatst (autotransplantatie). Prof. Kievit concludeerde dat het achterwege laten daarvan, gegeven de klinische inschatting van de chirurg op dat moment en gegeven de toenmalige professionele standaard, niet kan worden gezien als een aperte onzorgvuldigheid. Daarmee had de deskundige volgens het ziekenhuis ten onrechte niet de vraag beantwoord of er was gehandeld zoals van een redelijk bekwaam geneesheer verwacht mag worden. Dit

13. Als er tegenover de visie van de deskundige voldoende is ingebracht heeft de rechter overigens wel de vrijheid een nieuwe deskundige te benoemen: vgl. Rb. Leeuwarden 30 september 2008, *Nieuwsbrief Personenschade* 2008, p. 17.

terwijl prof. Kievit in de visie van het ziekenhuis bovendien niet toereikend had gereageerd op het rapport dat chirurg prof. Van Vroonhoven op eenzijdig verzoek van de patiënt had opgemaakt. De rechtbank overwoog dat – nu reeds een expertise op gezamenlijk verzoek had plaatsgevonden en het betreffende expertiserapport op de juiste wijze tot stand was gekomen – verzoeker zwaarwegende en steekhoudende argumenten naar voren diende te brengen, wilde het verzoek kunnen worden toegewezen. De omstandigheid dat partijen niet waren overeengekomen dat het expertiserapport bindend zou zijn en verzoeker geen afstand had gedaan van zijn recht om een voorlopig deskundigenbericht te vragen, kan niet als een zodanig argument gelden. De rechtbank overwoog dat niet gezegd kon worden dat het ziekenhuis – zonder reactie op het rapport van prof. Van Vroonhoven – niet in staat was zijn procespositie te bepalen en wees het verzoek af.

#### *2.1.2.2 Medische gegevens*

Een van de beperkingen van het voorlopig deskundigenbericht is dat de rechter niet kan bepalen welke (medische) gegevens aan de deskundige dienen te worden verstrekt. Dat heeft de Hoge Raad op 22 februari 2008<sup>15</sup> in een tweetal principiële uitspraken bepaald. In beide zaken ging het overigens niet over medische aansprakelijkheid, maar ging het om verkeersaansprakelijkheid. In die zaken was door de WAM-verzekeraar een verzoekschrift ingediend tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht, welke verzoeken waren toegewezen. Het verzoek van de verzekeraar om benadeelden tevens te verplichten de volledige medische gegevens over te leggen, werd echter geweigerd. Het hof achtte het voldoende dat de deskundige in zijn rapport zou weergeven welke medische gegevens hij relevant vond c.q. gebruikt had, zonder dat de verzekeraar daar inzage in had. De Hoge Raad verwierp het door de verzekeraar ingestelde cassatieberoep. Hij benadrukte dat het doel van een voorlopig deskundigenbericht beperkt is tot het verkrijgen van een antwoord op de aan de deskundige gestelde vragen. Dit brengt met zich mee dat het de deskundige is die heeft te bepalen welke door de partijen te verschaffen gegevens voor de uit-

14. Rb. Amsterdam 6 november 2008, nr. 401107 / HA RK 08-364.

15. Hoge Raad 22 februari 2008, TvGR 2008/18, RvdW 2008/256 en 261, GJ 2008/64, LjN BB3676 en BB5626.

voering van het aan hem opgedragen onderzoek noodzakelijk zijn. Bij dit stelstel past het niet, aldus de Hoge Raad, dat de rechter die het voorlopig deskundigenbericht gelast, tevens op voorhand een partij beveelt bepaalde gegevens aan de deskundige te verstrekken.<sup>16</sup> Het recht op inzage in de medische gegevens werd door de Hoge Raad volledig afhankelijk gemaakt aan het blokkeringsrecht als bedoeld in artikel 7:464 Burgerlijk Wetboek (BW). Met het oog op de eventuele uitoefening van dit recht, is de benadeelde niet verplicht de aan de deskundige verschaft medische gegevens tegelijkertijd aan de wederpartij te verstrekken. Pas nadat de benadeelde afziet van het blokkeringsrecht is benadeelde gehouden (alsnog) alle door hem aan de deskundige verschaft medische gegevens ter inzage te verstrekken.<sup>17</sup>

### 2.1.2.3 *Beslissingsvrijheid met betrekking tot deskundigen/vraagstelling*

Bij het gelasten van een voorlopig deskundigenonderzoek geniet de rechter overigens veel vrijheid in het benoemen van deskundigen. Partijen mogen daarvoor voorstellen doen, maar de rechter is niet verplicht de voorstellen van partijen te volgen. Het benoemen van een andere deskundige dan door de verzoeker is voorgesteld, kan ook niet als een afwijking van het verzoek worden beschouwd waartegen hoger beroep openstaat.<sup>18</sup> Tegen de beslissing tot benoeming van een deskundige in een procedure staat op grond van artikel 194 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv) evenmin hoger beroep open.<sup>19</sup>

Voor wat betreft de vraagstelling die de rechter aan de deskundigen voorlegt, heeft de rechter minder beslissingsvrijheid. In het arrest van 1 november 2006<sup>20</sup> oordeelde het Hof Leeuwarden zelfs dat, gezien het ontbreken van een discretionaire

bevoegdheid, de rechter niet de ruimte heeft om het verzoek c.q. de in dat verzoek voorgestelde vragen aan te vullen. In het arrest van 25 juni 2009<sup>21</sup> is het Hof Leeuwarden hierop teruggekomen. Daar ging het om een deskundigenbericht dat op verzoek van de patiënt door de Rechtbank Leeuwarden was bevolen en waarbij de rechtbank de deskundige in afwijking van de door verzoeker voorgestelde vraagstelling ook de vraag had voorgelegd of er door de arts was gehandeld conform de professionele standaard.<sup>22</sup> Het hof verklaarde het beroep dat patiënt hiertegen had ingesteld niet-ontvankelijk. Dat een gewijzigde of aangevulde vraagstelling aan de deskundige was voorgelegd betekende namelijk niet dat het verzoek in zoverre geacht moest worden niet te zijn toegewezen. De rechter moet immers, aldus het hof, erop letten of de te stellen vragen voldoende duidelijk, relevant en volledig zijn om een rapport van de deskundige te verkrijgen dat mede ten grondslag kan worden gelegd aan een rechterlijke uitspraak, indien later zou blijken dat partijen het geschil niet in der minne hebben kunnen regelen.<sup>23</sup> Dit brengt mee, aldus het hof, dat ook de wederpartij een inbreng kan hebben bij de vraagstelling.

### 2.1.3 *Gezamenlijke rapportage*

Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen buitengerechtelijke rapporten die op gezamenlijk verzoek tot stand zijn gekomen en rapporten die op eenzijdig verzoek tot stand zijn gekomen (zie hierna par. 2.1.4.). Aan een gezamenlijke rapportage verbindt de rechter al gauw dezelfde bewijskracht als aan een deskundigenbericht dat door de rechter is bevolen. Dit blijkt bijvoorbeeld uit het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 7 januari 2009.<sup>24</sup> In die zaak had een deskundige op verzoek van beide partijen gerapporteerd. In de bodemprocedure nam de

16. Als de relevante gegevens niet door de deskundige worden opgevraagd kan een zogenoemde exhibitievordering ex art. 843a RV worden overwogen. Zie voor een voorbeeld daarvan: Rb. Utrecht 27 augustus 2008, *Nieuwsbrief Personenschade* 2008, nr. 9, p. 16, L/JN BE9204 en Rb. Arnhem 26 juni 2009, *Nieuwsbrief Personenschade* 2009, 31, waarbij deze vordering overigens beide keren wel werd afgewezen.

17. Overigens aanvaardt de Hoge Raad hierop wel een uitzondering. Namelijk indien de wederpartij een verzekeraar is die beschikt over een medisch adviseur. In dat geval dienen de medische gegevens die benadeelde aan de deskundige verstrekt gelijktijdig ook aan de medisch adviseur van de verzekeraar te worden verstrekt. Aangenomen moet immers worden dat de medisch adviseur ook ten opzichte van de verzekeraar de aldus verkregen informatie als onder

zijn geheimhoudingsplicht toevertrouwd zal beschouwen en behandelen, aldus de Hoge Raad.

18. Vgl. HR 5 januari 2001, NJ 2001/77.

19. Bij schending van essentiële vormen kan dit appèlverbod wel worden doorbroken. De rechter is daarin echter terughoudend (vgl. Hof Leeuwarden 23 april 2008, L/JN BDO483).

20. Hof Leeuwarden 1 november 2006, NJF 2006/577.

21. Hof Leeuwarden 25 juni 2009, L/JN BJ0390.

22. Zo ook Rb. Arnhem 30 oktober 2008, nr. 1723S8/HA RK 08-199 en Rb. Amsterdam 25 september 2008, JA 2008/65, L/JN BH2346.

23. Een voorlopig deskundigenbericht komt immers ook dezelfde bewijskracht toe als een deskundigenbericht dat in een bodemprocedure tot stand is gekomen (art. 207 Rv).

24. Rb. Amsterdam 7 januari 2009, L/JN BH1287.

rechtbank de visie van deze deskundige over. Dit ondanks de bezwaren daartegen van het ziekenhuis. Aangezien het rapport was uitgebracht op gezamenlijk verzoek van partijen, zij het tevoren eens waren over de persoon van de deskundige en de te stellen vragen en zij opmerkingen hebben kunnen maken en verzoeken hebben kunnen doen bij de deskundige,<sup>25</sup> was het gewicht van het rapport bij de bewijswaardering naar het oordeel van de rechtbank in beginsel vergelijkbaar met het rapport van een door de rechter benoemde deskundige. Dat een dergelijk rapport in beginsel dezelfde status heeft als een deskundigenbericht dat door de rechtbank is bevolen valt overigens ook af te leiden uit het feit dat dit reden kan zijn om een verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht af te wijzen.<sup>26</sup>

#### 2.1.4 Eenzijdige rapportages

Gelet op de wijze van totstandkoming is de bewijskracht van een eenzijdig deskundigenbericht beperkt.<sup>27</sup> Ook hier geldt echter het beginsel van vrije bewijswaardering.<sup>28</sup> Dat de rechter niet zonder meer aan een dergelijk rapport voorbij kan gaan blijkt reeds uit het zogeheten nervus recurrens-arrest van de Hoge Raad van 11 mei 2001.<sup>29</sup> Daar ging het om de vraag of het verwijtbaar was dat een chirurg bij een schildklieroperatie de stembandzenuw (de zogeheten nervus recurrens) had beschadigd. De deskundigen die door de rechter waren benoemd meenden van wel, welk oordeel door het hof werd overgenomen. Het arrest werd echter vernietigd. De Hoge

Raad was van oordeel dat het hof zonder deugdelijke motivering aan het partijrapport dat de chirurg had overgelegd en waarin werd betoogd dat de beschadiging niet op onzorgvuldig handelen berustte, was voorbijgegaan. Dat een partijrapport een belangrijk middel kan zijn, blijkt ook uit de jurisprudentie van 2008 en 2009. Er zijn veel voorbeelden te vinden waarbij een partij een eenzijdig rapport overlegt om zijn standpunt te onderbouwen. Eén van de discussies die daarbij naar voren kan komen is de vraag of het de arts gelet op zijn beroepsgeheim wel vrijstaat zonder toestemming van de patiënt eenzijdig een deskundige in te schakelen. In het medische tuchtrecht is reeds bepaald dat een arts met het oog op zijn verdediging die vrijheid heeft,<sup>30</sup> maar in de civiele jurisprudentie is die vraag nog weinig aan bod geweest. Gelet op het feit dat het eerder regel dan uitzondering lijkt dat een partijrapport wordt overgelegd, is dat opmerkelijk. Eén van de spaarzame voorbeelden waarbij die vraag wel al aan de orde kwam, is het vonnis van de Rechtbank Utrecht van 8 december 1998.<sup>31</sup> Daar werd er over geklaagd dat de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de arts zonder toestemming van de patiënt het medisch dossier had doorgeleid aan een partijdeskundige. De rechtbank achtte dat echter toelaatbaar omdat de arts c.q. diens verzekeraar in het licht van artikel 6 Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) en de daarop gebaseerde jurisprudentie in het kader van een eerlijk proces zwaarwegende belangen heeft om

25. Art. 198 lid 2 Rv bepaalt dat de deskundigen partijen bij hun onderzoek in de gelegenheid moeten stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen.

26. Rb. Amsterdam 6 november 2008, L/JN AB1564; Rb. Utrecht 12 mei 2004, nr. 174768/HA RK 04-85; Rb. Amsterdam 25 september 2008, JA 2008/15, L/JN BG3863; Rb. Roermond 27 februari 2009, Nieuwsbrief *Personenschade* 2008, nr. 4, p. 7.

27. Vgl. Rb. Rotterdam 10 januari 2009, JA 2009/125, L/JN BI9931. Zie voor de gezichtspunten die voor de beoordeling van de waarde van een eenzijdige rapportage van belang kunnen zijn onder meer Rb. Zwolle 5 juni 2008, Nieuwsbrief *Personenschade* 2008, nr. 9, p. 2.

28. Zie o.a. Rb. Rotterdam 10 juni 2009, L/JN BI9931, waarin de rechtbank overweegt dat dergelijke rapportages gelet op de wijze van totstandkoming minder gewicht in de schaal leggen (r.o. 4.28), maar dat ook terzake dergelijke rapporten de bewijswaardering ter beoordeling van de rechter is (r.o. 4.31).

29. Hoge Raad van 11 mei 2001, L/JN AB1564.

30. Zie bijvoorbeeld CMT 14 november 1996, TvGR 1997/11: "In beginsel is de arts aan zijn geheimhoudingsplicht gebonden tenzij doorbreking van het geheim door een zwaarder-

wegend belang wordt gevorderd. Eén van die belangen is het recht van de arts op een eerlijk proces, dat hem op grond van artikel 6 EVRM ook in een procedure als de onderhavige toekomt. Het Centraal College is van oordeel dat dit belang, dat vordert dat de aangeklaagde arts ter voorbereiding van zijn verdediging de medische gegevens aan een andere arts ter beschikking moet kunnen stellen, die deze laatste nodig heeft om zich een oordeel omtrent de handelwijze van de arts te kunnen vormen, prevaleert boven de op de arts rustende plicht tot geheimhouding" en CTG 17 december 2009, nr. 2009.061: "Op een dergelijke rapportage biedt de wet geen blokkeringsrecht en het staat een aangeklaagde arts vrij om in het kader van zijn verweer ook zonder toestemming van de patiënt een dergelijke expertise bij een collega op te vragen en in het geding te brengen". Vgl. ook HR 8 april 2003, TvGR 2003/47: "De arts die terzake wordt vervolgd en die van oordeel is dat zijn gedraging was gerechtvaardigd op de grond dat het belang dat met zijn verdediging in de desbetreffende procedures was gediend, zwaarder dient te wegen dan het belang dat art. 272 Sr beoogt te beschermen, zal zich daarop bij wijze van verweer kunnen beroepen".

31. Rb. Utrecht van 8 december 1998, TvGR 1999/32.

van zijn geheimhoudingsplicht ten opzichte van de patiënt te worden ontslagen. In het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 4 maart 2009<sup>32</sup> was deze kwestie eveneens aan de orde. Daar werd het ziekenhuis verweten dat er een zogeheten retro-pharyngeaal abces over het hoofd was gezien, hetgeen tot een verzwakking van de botstructuur van een wervel had geleid en waardoor bij een geringe val een dwarslaesie was opgetreden. De patiënt betoogde dat aan het op eenzijdig verzoek van het ziekenhuis vervaardigde deskundigenbericht geen betekenis kon worden toegekend nu het rapport zonder zijn toestemming was opgesteld en dat zijn blokkeringsrecht derhalve niet was gerespecteerd. De rechtbank was het daarmee niet eens. Nu uitsluitend sprake is van een partijrapport op basis van reeds voorhanden zijnde medische stukken, zonder aanvullend medisch onderzoek van patiënt zelf, kan een dergelijk rapport niet op een lijn worden gesteld met een keuring terzake waarvan de patiënt een blokkeringsrecht heeft, aldus de rechtbank. Het Hof Arnhem concludeerde op 12 mei 2009<sup>33</sup> overeenkomstig. Daar ging het eveneens om een deskundigenbericht dat op eenzijdig verzoek van het ziekenhuis was opgemaakt en in de procedure was overgelegd. De patiënt stelde dat het rapport buiten beschouwing moest blijven omdat hij voor het opmaken daarvan geen toestemming had verleend. Door de Rechtbank Arnhem<sup>34</sup> werd dit verworpen. Indien het ziekenhuis, anders dan de patiënt, niet gerechtigd zou zijn om op basis van de beschikbare medische gegevens het advies in te roepen van derden, zou het ziekenhuis onevenredig in haar procesbelang worden geschaad. In beroep richtte de patiënt tegen dit oordeel een grief en bepleitte daarbij onder meer dat zijn blokkeringsrecht was geschonden. De grief faalde. Het stond het ziekenhuis vrij, aldus het hof, een partijrapport in het geding te brengen ter onderbouwing van haar ver-

weer en/of haar betwisting van de bewijswaarde van het voorlopig deskundigenbericht.<sup>35</sup>

## 2.2 Vraagstelling aan de deskundige

Uit de jurisprudentie blijkt dat er tussen partijen vaak discussie is over de vraagstelling. Een belangrijk geschilpunt daarbij kan zijn of de deskundige ook een normatief oordeel mag worden gevraagd. Hiertegen wordt soms bezwaar gemaakt. Betoogd wordt dat de deskundige bij zijn beantwoording zich dient te beperken tot feitelijke informatie omdat hij anders (te veel) op de stoel van de rechter gaat zitten.<sup>36</sup> De jurisprudentie van vóór 2008 is met betrekking tot dit punt niet eenduidig. Er zijn zowel uitspraken te vinden waarin de rechter een normatieve vraagstelling van de hand wijst als uitspraken waarin de rechter aangeeft dat een normatief oordeel juist gewenst is. Illustratief is de beschikking van het Hof Amsterdam van 9 maart 2006,<sup>37</sup> waarin het hof de voorgestelde vraagstelling waarin werd gevraagd of een arts voldaan had aan het criterium van de redelijk handelend beroepsgenoot afwees omdat daarmee de deskundige een oordeel werd gevraagd dat aan het hof was voorbehouden. Hetzelfde hof overwoog circa twee weken later in een beschikking van 24 maart 2006<sup>38</sup> echter dat de vraag of voldaan was aan de toetsnorm van de redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot juist wel aan een deskundige moest worden voorgelegd.<sup>39</sup> In de gepubliceerde jurisprudentie in 2008 en 2009 blijft deze discussie terugkomen. In al die gevallen kiest de rechter uiteindelijk voor een vraagstelling met een deels normatief karakter, waarbij de deskundige tevens wordt gevraagd zich ook uit te laten over de vraag of er is gehandeld conform de professionele standaard. Een voorbeeld daarvan is de beschikking van het Hof

32. Rb. Rotterdam van 4 maart 2009, JA 2009/131, LJN B16309.

33. Hof Arnhem 12 mei 2009, nr. 200.010.888.

34. Rb. Arnhem 12 december 2007, nr. 152083/HA ZA 07-257.

35. Ook Rb. Amsterdam lijkt een dergelijke mening te zijn toegegaan. In het vonnis van 7 januari 2009, LJN BH1287, overwoog de rechtbank dat het het ziekenhuis vrijstaat de rapporten van de gezamenlijke deskundige te bestrijden met eenzijdig door haar geraadpleegde deskundigen (r.o. 4.5).

Zo ook Hof Arnhem 18 augustus 2009, LJN BK8642, r.o. 4.8 en Rb. Rotterdam 10 juni 2009, LJN B19931, r.o. 4.31.

36. Zie o.a. het artikel van B. Dekker & M. Hartman: 'Dan gaat de rechter op de stoel van de dokter zitten; Over de vraagstelling in medische aansprakelijkheidszaken', *Letsel & Schade* 2006, nr. 4, p. 6 e.v.

37. Hof Amsterdam 9 maart 2006, nr. 1973/03.

38. Hof Amsterdam 24 maart 2006, *Nieuwsbrief Personenschade* 2006, nr. 11.

39. Zo ook Hof Den Haag 23 april 1997, nr. 96/557.

Leeuwarden van 25 juni 2009.<sup>40</sup> In die zaak was beroep aangetekend tegen een beschikking van de Rechtbank Leeuwarden omdat de rechtbank in de beschikking een aanvullende vraag had opgenomen waarin werd gevraagd of voldaan was aan de professionele standaard. Het hof verwierp het beroep en overwoog dat de rechtbank deze aanvulling in haar beschikking niet alleen mocht opnemen, maar dat zelfs behoorde te doen. Dit omdat het geschil zonder voorlichting met betrekking tot die vraag niet tot een oplossing kon worden gebracht. Andere uitspraken waarbij de rechter oordeelde dat de deskundige, ondanks verzet van de patiënt daartegen, zich ook diende uit te laten over de vraag of voldaan was aan de professionele standaard zijn: Hof Amsterdam 6 maart 2008,<sup>41</sup> Rb. Amsterdam 11 september 2008,<sup>42</sup> Rb. Amsterdam 25 september 2008,<sup>43</sup> Rb. Amsterdam 17 februari 2009<sup>44</sup> en Rb. Arnhem 30 oktober 2008.<sup>45</sup> Dit strookt ook met de opvattingen van de subgroep van de Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen (IWMD) inzake vraagstelling voor expertises in medische aansprakelijkheidszaken die de voorkeur heeft dat de deskundige ook vragen worden voorgelegd van normatieve aard en waarbij zij de term 'professionele standaard' adviseren.<sup>46</sup>

### 2.3 De persoon van de deskundige

In de kroniek van 2006 en 2007 is onder verwijzing naar het arrest van het Hof Den Bosch van 10 juli 2006<sup>47</sup> opgemerkt dat de deskundige die het handelen van een arts beoordeelt een beroepsgenoot dient te zijn. In die zaak ging het om een behandeling die door een chirurg was verricht, maar waarbij de rechtbank een orthopedisch chirurg had benoemd. Het hof vernietigde het vonnis van de rechtbank en overwoog daarbij dat het criterium immers is hoe een

redelijk handelend en redelijk bekwaam chirurg zou hebben gehandeld en niet hoe een meer c.q. anders gespecialiseerd orthopedisch chirurg dat zou hebben gedaan.<sup>48</sup> Toch laat de jurisprudentie in 2008 en 2009 een aantal uitspraken zien waarbij een deskundige werd benoemd van een andere discipline dan de arts wiens handelen ter beoordeling stond.<sup>49</sup> In geen van die zaken speelde echter de discussie of de deskundige gelet op zijn vakgebied wel terecht was benoemd. Als partijen er geen problemen mee hebben dat een deskundige van een andere discipline is benoemd, stelt de rechter zich kennelijk lijdelijk op.

De discussie die in de jurisprudentie 2008 en 2009 wel speelde, was de vraag of een buitenlandse deskundige diende te worden benoemd. Die vraag was aan de orde in de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam van 11 september 2008.<sup>50</sup> Daar was verzocht een buitenlandse (Belgische) kinderchirurg tot deskundige te benoemen. Dit omdat tussen de kinderchirurgen (hoogleraren) in Nederland en het handelen van de arts wiens handelen in geschil was een zakelijke relatie bestond.<sup>51</sup> De rechtbank was van oordeel dat een in Nederland werkzame deskundige diende te worden benoemd, nu een deskundige die werkzaam is in Nederland in het algemeen beter op de hoogte zal zijn van de in Nederland geldende professionele standaard dan een buitenlandse deskundige. Het feit dat aan buitenlandse medici die hun opleiding in een EER-land hebben behaald geen aanvullende kwalificatie-eisen worden gesteld indien zij in Nederland gaan werken, zoals van de zijde van patiënt was aangevoerd, deed daar niet aan af. Dit geldt slechts indien zou blijken dat in Nederland geen deskundige kan worden gevonden die voldoende deskundig en onpartijdig is, aldus de rechtbank. Dat de door het ziekenhuis voorgestelde deskundige niet de vereiste onafhankelijkheid bezat kon in de visie van

40. Hof Leeuwarden 25 juni 2009, LjN BJ0390.

41. Hof Amsterdam 6 maart 2008, *Nieuwsbrief Personenschade* 2008, nr. 4, p. 9.

42. Rb. Amsterdam 11 september 2008, *Nieuwsbrief Personenschade* 2009, p. 12, LjN BG3865.

43. Rb. Amsterdam 25 september 2008, JA 2008/65, LjN BH2346.

44. Rb. Amsterdam 17 februari 2009, LjN BH2346.

45. Rb. Arnhem 30 oktober 2008, *Nieuwsbrief Personenschade* 2009, p. 14.

46. A.J. Akkermans, L.G.J. Hendrix & A.J. Van, 'De vraagstelling voor expertises in medische aansprakelijkheidszaken'; *TVP* 2009, p. 89-99.

47. Hof Den Bosch 10 juli 2006, LjN AY 0440.

48. Ook de Richtlijn van de Werkgroep Medisch Specialistische Rapportage (WMSR) schrijft voor dat een medische deskundige zich in zijn rapportage tot zijn vakgebied beperkt (art. 2.1.1).

49. Voorbeelden hiervan zijn: Hof Den Bosch 10 maart 2009 (*bloedleegte*), JA 2009/83; Hof Den Bosch 31 maart 2009, JA 2009/56.

50. Rb. Amsterdam 11 september 2008, LjN BG3865.

51. De richtlijn van de WMSR schrijft eveneens voor (zie p. 21) dat de rapporteur geen zakelijke relatie dient te hebben met de betrokken arts. Hij moet onafhankelijk en objectief zijn: "Dit betekent onder meer dat hij geen vriend, goede kennis, opleider, ex-assistent van de aansprakelijk gestelde arts moet zijn, of met hem samenwerken of hebben gewerkt in enig beroepsmatig of persoonlijk verband".

de rechtbank echter niet worden gezegd. Daarvoor achtte de rechtbank onvoldoende dat de arts wiens handelen ter discussie stond en de benoemde deskundige vervolgopleiders waren binnen het CHIVO-instituut ('chirurg in vervolg opleiding'). Daarmee staat namelijk nog niet vast, aldus de rechtbank, dat tussen hen sprake is van een relatie die aan een onpartijdig oordeel in de weg staat.

#### 2.4 Bewijswaardering deskundigenbericht

Zoals gezegd brengt de vrije bewijsleer<sup>52</sup> met zich mee dat de rechter veel vrijheid geniet bij de waardering van het deskundigenbericht. Dit terwijl ook zijn motiveringsplicht om het deskundigenbericht al dan niet te volgen beperkt is. Uitgangspunt is echter wel dat de rechter deugdelijke argumenten moet hebben om de deskundige niet te volgen.<sup>53</sup> Argumenten om aan de visie van een deskundige voorbij te gaan zijn onder meer:

- a de deskundige heeft zich gebaseerd op in geschil zijnde feiten;
- b de deskundige is buiten zijn deskundigheidsgebied getreden;
- c in het rapport is een onjuiste zorgvuldigheidsnorm aangelegd;
- d de deskundige bezit niet de vereiste onafhankelijkheid.

##### *Ad a. Betwiste feiten*

Een duidelijk voorbeeld van de eerste situatie is het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 24 december 2008.<sup>54</sup> In die zaak ging het om een rapportage van prof. Van Weel, een hoogleraar huisartsgeneeskunde, die op gezamenlijk verzoek van partijen een rapportage had opgesteld met betrekking tot de vraag of een huisarts adequaat had gereageerd toen de patiënt hem een aantal keren had bezocht wegens aanhoudende keelklachten. Later bleek dat deze klachten veroorzaakt werden door een kwaadaardige keeltumor. Prof. Van Weel kwam tot de conclusie dat de huisarts niettemin zorgvuldig had gehandeld. De rechter nam dit oordeel niet over. Dit omdat de deskundige zich mede had gebaseerd op tussen partijen in geschil zijnde feiten. Daarbij ging het er met name

om dat prof. Van Weel ervan uitging dat de huisarts tot tweemaal toe bij de KNO-arts aandacht had gevraagd voor een mogelijke keeltumor, hetgeen echter niet uit het dossier bleek en door de patiënt was bestreden. De rechtbank achtte dit zo wezenlijk dat de rapportage niet kon dienen voor enige beslissing. De rechtbank overwoog dat op dit punt de feiten door een voorlopig getuigenverhoor moesten worden vastgesteld waarna de rechtbank een nieuwe deskundige zou benoemen. Een ander voorbeeld is het vonnis van de Rechtbank Arnhem van 19 november 2008.<sup>55</sup> De stelling van de aangesproken huisarts dat de deskundige bepaalde feiten niet in zijn rapport had betrokken, was aanleiding een aanvullende rapportage te bevelen met de vraag of deze feiten aanleiding waren om de rapportage op enig aspect te herzien.

##### *Ad b. Buiten deskundigheidsgebied*

Een voorbeeld waarbij aan de orde was of de deskundige buiten zijn deskundigheidsgebied was getreden, is het arrest van het Hof Amsterdam van 20 januari 2009.<sup>56</sup> Daar ging het om een patiënte met een viervoudige hernia bij wie een dwarslaesie was opgetreden. Een (voormalig) neuroloog, dr. Van Wijngaarden, had een rapport opgesteld waarin deze concludeerde dat er onzorgvuldig was gehandeld. Van Wijngaarden meende dat bij adequaat handelen eerder door een neurochirurg operatief zou zijn ingegrepen, waardoor er zeker kans was dat de neurologische uitval was voorkomen. Het ziekenhuis had een rapport van neurochirurg dr. Elsenburg in het geding gebracht, waarin onder meer werd opgemerkt dat Van Wijngaarden zich in zijn rapport had uitgelaten over zaken die niet tot zijn vakgebied horen en dat er niet van uit kon worden gegaan dat een neurochirurg tot operatief ingrepen zou zijn overgegaan. De vordering werd door het hof afgewezen wegens het ontbreken van causaal verband.

##### *Ad c. Onjuiste zorgvuldigheidsmaatstaf*

Een voorbeeld waarbij de rechter de conclusies van de deskundige niet overneemt omdat de deskundige in de visie van de rechter een verkeerde maatstaf aanlegt is het bloedleegte-arrest van het Hof Den Bosch

52. Art. 152 lid 2 Rv.

53. Vgl. HR 19 oktober 2007, RvdW 2007/887.

54. Rb. Rotterdam van 24 december 2008, JA 2009/50, LJN BH1033.

55. Rb. Arnhem 19 november 2008, LJNBG5202.

56. Hof Amsterdam 20 januari 2009, LJN BI2105.

van 10 maart 2009,<sup>57</sup> waarbij het hof de stand van de medische wetenschap maatgevend vond boven hetgeen binnen de beroepsgroep gebruikelijk was (zie hierna: par. 4.1), en het arrest van hetzelfde hof van 31 maart 2009,<sup>58</sup> waarbij het ging om een scholensrijd.

Bij het laatste arrest ging het om een patiënte die een herniaoperatie had ondergaan die geen verlichting van klachten had gegeven. De rechtbank had een voorlopig deskundigenbericht gelast en orthopedisch chirurg dr. Been tot deskundige benoemd. Hij concludeerde op basis van de CT-scan dat er geen sprake was van een herniabeeld en dat er derhalve geen indicatie was tot operatieve therapie. Het ziekenhuis stelde dat sprake was van een scholensrijd. Zij stelde dat naast de stroming waartoe Been behoort, er een stroming is die van mening is dat een operatie-indicatie voornamelijk op klinische gronden wordt gesteld en waarbij de CT-scan voor de indicatiestelling slechts van secundair belang is. De rechtbank had vervolgens op voorstel van beide partijen neuroloog prof. Kappelle benoemd. Kappelle concludeerde dat op basis van alle gegevens er voldoende indicatie had kunnen worden gesteld voor de operatie. De rechtbank oordeelde dat door dit rapport het rapport van Been was ontzenuwd. Het hof bekrachtigde dit oordeel en overwoog dat een arts die de ene stroming aanhangt en toepast niet enkel vanwege het feit dat er ook een andere stroming bestaat, in strijd handelt met hetgeen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot mag worden verwacht.

Een ander voorbeeld waarbij de rechter de deskundige niet volgt wegens het hanteren van een onjuiste toetsnorm is het arrest van het Hof Amsterdam van 24 maart 2009.<sup>59</sup> Daar had een orthopedisch chirurg een knieprothese van de maat H geplaatst. Dit hoewel hij eerder had gemeend dat een maat G aangewezen was, maar die was tijdens de ingreep niet voorradig. De deskundige, dr. Mol, concludeerde dat met de operatie een 'fair result' was bereikt. Daarmee was echter niet gezegd, aldus het hof, dat er was voldaan aan de toetsnorm van de rede-

lijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot. Het hof zag dan ook aanleiding om een aanvullende rapportage te bevelen.

#### *Ad d. Niet-onafhankelijk*

Een uitspraak waarbij in het geding was of de deskundige wel de vereiste onafhankelijkheid bezat, is de beslissing van de Rechtbank Amsterdam van 15 januari 2009.<sup>60</sup> Daar had een deskundige gerapporteerd die zowel de promotor als opleider van de beide betrokken artsen was en met wie de beide artsen in onmin waren geraakt. Omdat dit bezwaar pas na het voorlopig deskundigenbericht naar voren werd gebracht, achtte de rechtbank dit geen grond voor toewijzing voor een nieuw verzoek.<sup>61</sup>

### 3 AANSPRAKELIJKHEIDSGRONDEN

In de kroniek 2004/2005 is reeds opgemerkt dat grofweg de volgende gronden kunnen worden onderscheiden waarop de aansprakelijkheid van een hulpverlener kan worden gebaseerd:

- 1 schending zorgplicht;
- 2 niet-naleven protocol;
- 3 ontoelaatbare gevaarstelling;
- 4 ontbreken informed consent.

Ook in de jurisprudentie van 2008 en 2009 komen deze gronden voor.<sup>62</sup>

#### 3.1 Schending zorgplicht

De hulpverlener heeft aan zijn inspanningsverplichting voldaan indien deze heeft gehandeld conform de maatstaf van zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot in soortgelijke omstandigheden had mogen worden verwacht.<sup>63</sup> Deze norm brengt mee dat moet worden aanvaard dat niet elke (beoordelings)fout aan de hulpverlener kan worden toegerekend en dat hij niet aansprakelijk is voor het optreden van niet-verwiltbare complicaties. De jurisprudentie laat ook in 2008 en 2009 hiervan weer talloze voorbeelden

benoemde omdat een eerdere deskundige tegen de huisarts had gezegd dat deze 'de klos was', waarmee hij de schijn van partijdigheid had gewekt.

62. Eventueel zou hier nog de grondslag van secundaire victimisatie kunnen worden toegevoegd (zie par. 7.1).

63. Zie reeds: HR 9 november 1990, NJ 1991/26 (*Speeckaert/Gradener*).

57. Hof Den Bosch 10 maart 2009, LJN BH5919.

58. Hof Den Bosch 31 maart 2009, JA 2009/84, LJN BL0044.

59. Hof Amsterdam 24 maart 2009, *Nieuwsbrief Personenschade* 2009, nr. 21.

60. Rb. Amsterdam 15 januari 2009, JA 2009/92.

61. Zie ook Rb. Breda 6 mei 2009, *Nieuwsbrief Personenschade* 2009, nr. 31, waarbij de rechtbank een nieuwe deskundige

zien.<sup>64</sup> In de kroniek van 2004 en 2005 is onder verwijzing naar een arrest van het Hof Amsterdam van 4 november 2004<sup>65</sup> hierover opgemerkt dat deze norm in belangrijke mate bepaald wordt door wat binnen de beroepsgroep gebruikelijk is en waarbij de stand van de wetenschap maar beperkt van belang is. In die zaak werd een gynaecoloog verweten tijdens een bevalling te hebben verzuimd een zogeheten microbloedonderzoek (MBO) te hebben verricht, hoewel er wel een publicatie was waaruit viel af te leiden dat het verrichten daarvan aangewezen was. Het hof oordeelde, mede naar aanleiding van een deskundigenbericht, dat het uitvoeren van een microbloedonderzoek wel geïndiceerd was, maar dat het verrichten daarvan in een situatie als hier in 1995 binnen de beroepsgroep nog geen gemeengoed was. Aldus kon niet worden gezegd dat de gynaecoloog niet had voldaan aan de voornoemde zorgvuldigheidsmaatstaf. Dat de stand van de wetenschap bepaald niet onbelangrijk is en zelfs maatgevend kan zijn, wordt echter geïllustreerd door het bloedleegte-arrest van het Hof Den Bosch.<sup>66</sup> Daar ging het om een orthopedisch chirurg die in 1997 onder bloedleegte een knieoperatie had verricht, waarna een zenuwuitval optrad. Om deze operatie te verrichten was een bloedleegteband aangelegd met een druk van 400 mm Hg, hetgeen destijds op de afdeling orthopedie van het betreffende ziekenhuis gebruikelijk was. De deskundige, anesthesioloog prof. Booij, gaf aan dat in de literatuur in het algemeen een druk van 200-250 mm Hg als voldoende wordt aangegeven, maar dat het in de praktijk in Nederland gebruikelijk was om een druk als toegepast te hanteren. Het hof nam desondanks toch aan dat er onzorgvuldig was gehandeld. Het hof baseerde zich daarbij op een passage in een handelsboek uit 1992 van orthopedie,<sup>67</sup> dat zowel door de operateur als de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar werd aangeduid als 'de

bijbel voor de orthopaedie'. Het hof nam aan dat dit boek een goed beeld geeft van de stand van de discussie in de vakbladen omtrent de bij bloedleegtebanden te hanteren druk en uit dit boek bleek dat een druk van 175 tot 305 mm Hg voldoende was en dat bij toepassing van excessieve druk een verlamming (zenuwbeschadiging) kan optreden. Dit betekende naar het oordeel van het hof dat de operateur in strijd met de toenmalige stand van de medische wetenschap, waarmee hij bekend behoorde te zijn, een te hoge druk bij de bloedleegteband had gehanteerd. Het hof verwierp daarbij het argument dat het in 1997 nog in veel ziekenhuizen gebruikelijk was om een druk van 400 mm Hg te hanteren. De omstandigheid dat collega's hun werkzaamheden op de oude voet blijven voortzetten, ondanks het feit dat sprake is van nieuwe ontwikkelingen op het vakgebied, betekent immers niet dat die nieuwe ontwikkelingen niet behoren te worden gevolgd door een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot, aldus het hof. Om deze reden volgde het hof ook niet de eindconclusie van prof. Booij dat de operateur niet onzorgvuldig gehandeld had, waarbij het hof overwoog dat de conclusie van prof. Booij kennelijk met name was gebaseerd op hetgeen volgens hem in 1997 gebruikelijk was en niet zozeer op hetgeen van een redelijk bekwaam en redelijk handelend orthopedisch chirurg, mede gelet op de stand van de vakliteratuur, mocht worden verwacht.<sup>68</sup> In dit kader valt ook te noemen het arrest van het Hof Den Haag van 28 april 2009<sup>69</sup> waarin werd aangenomen dat een gynaecoloog niet voldaan had aan de toetsnorm van een redelijk handelend en redelijk bekwaam gynaecoloog door bij een patiënte met zwangerschapshypertensie geen bloeddrukverlagende medicatie voor te schrijven. Het feit dat uit onderzoek bleek dat

64. Voorbeelden waarbij sprake was van een complicatie zijn o.a.: Rb. Rotterdam 16 juli 2009 (*blindheid na oogoperatie*); Hof Amsterdam 29 januari 2009, JA 2009/69 (*zwangerschap na implanon-gebruik*); Rb. Haarlem 2 juli 2008, JA 2008/150 (*mislukte sterilisatie*); Rb. Dordrecht 24 december 2009, JA 2009/32, (*zenuwbeschadiging bij verwijdering gezwel*); Rb. Haarlem 2 april 2008, JA 2008/115 (*slokdarmperforatie na dilatatie*); Hof Den Bosch 11 december 2007, LJN BC1558 (*zenuwletsel als gevolg van herniaoperatie*); Rb. Dordrecht 9 januari 2008, LJN BC1704 (*scheur in bloedvat tijdens ribresectie*); Rb. Haarlem 30 januari 2008, LJN BC4397 (*scheefstand been na fractuurbehandeling*); Rb. Den Bosch 8 april 2008, LJN BC9439 (*niet verwijzen na beroerte*); Hof Den Bosch 22 april 2008, LJN

BD0724 (*niet onderkennen compartmentsyndroom*), Rb. Utrecht 8 april 2009, nr. HAZA 01-43 (*op röntgenfoto naaldrest aan aandacht ontsnapt*); HR 15 mei 2009, GJ 2009/76 (*verlammingverschijnselen been na uterusverwijdering*); Hof Den Bosch 12 mei 2009, LJN BI7588 (*beschadiging zenuwletsel bij spondylodese*).

65. Hof Amsterdam 4 november 2004, TvGR 2005/9.

66. Hof Den Bosch 10 maart 2009, JA 2009/83, LJN BH5919.

67. 'Campbell's Operative Orthopaedics'.

68. Mede gelet op de discussie over wat binnen de beroepsgroep gebruikelijk was, is het overigens opmerkelijk dat een deskundige van een andere beroepsgroep (anesthesist i.p.v. orthopedisch chirurg) als deskundige was geraadpleegd.

69. Hof Den Haag 28 april 2009, JA 2009/104, LJN BI4768.

bij een vergelijkbare bloeddruk 25% van de gynaecologen geen behandeling zou hebben ingesteld, deed daaraan niet af.<sup>70</sup>

Ook in een aantal andere uitspraken wordt expliciet verwezen naar de stand van de wetenschap. In al die gevallen werd dat echter gebruikt ter onderbouwing van het oordeel dat de handelwijze van de arts de toets der kritiek wel kon doorstaan. Voorbeelden daarvan zijn de uitspraak van de Rechtbank Dordrecht van 9 januari 2009,<sup>71</sup> waarbij een ribresectie werd verricht en waarbij een bloeding optrad, en het vonnis van de Rechtbank Haarlem van 30 januari 2008.<sup>72</sup> In dat vonnis ging het om de vraag of een onderbeenbreuk onzorgvuldig was behandeld. Ondanks dat met de kennis van achteraf een andere behandeling meer wenselijk zou zijn geweest, kon met de destijds bekende omstandigheden van het geval en gelet op de toenmalige stand van de medische kennis niet gezegd worden dat er toerekenbaar tekort was geschoten, aldus de rechtbank.

Ook in de jurisprudentie 2008/2009 speelde weer een kwestie waarbij een scholenstrijd aan de orde was. In het hiervoor besproken arrest van het Hof Den Bosch van 31 maart 2009<sup>73</sup> wordt bevestigd dat als de handelwijze van de hulpverlener voldoet aan hetgeen binnen een school als zorgvuldig wordt beschouwd, niet kan worden geconcludeerd dat de hulpverlener niet heeft voldaan aan de maatstaf van de redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgeenoot.

### 3.2 Niet-naleven protocol

In het trombose-arrest van de Hoge Raad van 2 maart 2001<sup>74</sup> heeft de Hoge Raad reeds bepaald dat het ongemotiveerd niet in acht nemen van een eigen protocol een toerekenbare tekortkoming oplevert. In de gepubliceerde jurisprudentie van 2008/2009 komen weinig uitspraken voor waarbij gediscussieerd werd over de aansprakelijkheid als een protocol niet was nageleefd. Dat dit komt doordat in die situatie de aansprakelijkheid dusdanig evident is dat daar niet meer over wordt geprocedeerd, is verre van denkbeeldig. Overigens is er wel een uitspraak waar-

bij door de rechter werd verlangd dat door het ziekenhuis duidelijkheid werd verstrekt met betrekking tot de inhoud van een protocol. Dat is het tussenvonnis van de Rechtbank Arnhem van 11 maart 2009.<sup>75</sup> Daar ging het om een patiënt die met ernstige verwondingen op de afdeling spoedeisende hulp van een ziekenhuis werd binnengebracht. De patiënt was per ambulance naar het ziekenhuis vervoerd en had een halskraag om, welke op enig moment werd verwijderd. Kort daarna klaagde patiënte over pijn in haar nek en kreeg zij neurologische uitvalverschijnselen waarbij uiteindelijk een totale dwarslaesie ontstond. Tussen partijen was in geschil of er met betrekking tot het verwijderen van de halskraag wel correct was gehandeld. Alvorens verder te beslissen beval de rechtbank het ziekenhuis eerst het geldende trauma-protocol van het ziekenhuis over te leggen.

### 3.3 Ontoelaatbare gevaarstelling

Ook in de periode 2008-2009 zijn er weer enkele uitspraken gepubliceerd waarbij een hulpverlener werd verweten een ontoelaatbare gevaarstelling in het leven te hebben geroepen. Een voorbeeld daarvan was het arrest van het Hof Den Haag van 18 december 2007.<sup>76</sup> In die zaak ging het om een patiënte die in een psychiatrische instelling was opgenomen. Op 24 april 1993 was zij een seksuele relatie aangegaan met de aan de instelling verbonden huisarts. De huisarts had op 26 april 1993 de eerste geneeskundige hiervan op de hoogte gebracht, waarop deze de huisarts had opgedragen de relatie te verbreken. Voorts had hij patiënte op 27 april 1993 in een gesprek meegedeeld dat haar relatie met de huisarts beëindigd diende te worden. Patiënte reageerde hier somber en boos op. Op 29 april 1993 had de eerste geneeskundige nogmaals een gesprek hierover met patiënte, waarbij ook de behandelend psycholoog aanwezig was. Na afloop van dit gesprek was patiënte samen met de psycholoog over het terrein van de instelling gelopen in de richting van de verpleegafdeling waar patiënte verbleef. Op enig moment is patiënte een andere kant opgelopen dan de psycholoog en heeft zij het terrein van het ziekenhuis verlaten en is in de

70. De vordering werd afgewezen wegens het ontbreken van causaal verband (zie par. 4).

71. Rb. Dordrecht 9 januari 2009, *LJN BC1704*.

72. Rb. Haarlem 30 januari 2008, *LJN BC4397*.

73. Hof Den Bosch 31 maart 2009, *JA 2009/84*, *LJN BI0044*.

74. Hoge Raad 2 maart 2001, *TvGR 2001/16*, *NJ 2001/649*.

75. Rb. Arnhem 11 maart 2009, *GJ 2009/78*; *LJN BH9159*.

76. Hof Den Haag 18 december 2007, *GJ 2008/28*, *VR 2009/58*, *LJN BC1132*.

richting van de spoorlijn gelopen, waarbij zij zich voor een naderende trein heeft geworpen. Als gevolg hiervan liep zij letsel op waardoor haar beide onderbenen moesten worden geamputeerd. Het hof oordeelde dat er onzorgvuldig was gehandeld nu er geen beschermende maatregelen waren genomen met het oog op het verhoogde suïciderisico. Uitgaande van dit verhoogde suïciderisico had de psycholoog niet mogen toestaan dat patiënte tijdens het teruglopen naar de afdeling over het terrein van het ziekenhuis, zonder enig toezicht of begeleiding van haar weg liep. De psycholoog had bijvoorbeeld mee kunnen lopen en had in elk geval kunnen en moeten trachten patiënte te overreden om met haar mee terug te gaan naar de afdeling. Dat patiënte op dat moment aangaf even alleen te willen zijn vormde, gelet op het verhoogde suïciderisico, onvoldoende redenen om hierin toe te stemmen, aldus het hof.

Een voorbeeld waarbij werd aangenomen dat een veiligheidsnorm was geschonden, is het vonnis van de Rechtbank Assen van 24 oktober 2007.<sup>77</sup> Daar ging het om een patiënte bij wie de keelamandelen waren verwijderd. Na de ingreep had de anesthesist een opoïde pijnstillers (Dipidolor) voorgeschreven, welk middel slechts mag worden toegediend onder bewaking van de vitale functies. Bij patiënte was het beeld van een overdosis opgetreden waarvoor zij naar de intensive care werd overgeplaatst, alwaar zij ook kortdurend werd gereanimeerd. In het dossier ontbraken aantekeningen met betrekking tot de bewaking van de vitale functies, op grond waarvan de rechtbank aannam dat behoudens te leveren tegenbewijs sprake was van een toerekenbare tekortkoming aan de zijde van het ziekenhuis. In het kader van het tegenbewijs werd door de rechtbank overwogen dat hiervoor meer nodig is dan het aannemelijk maken dat de bewaking wel had plaatsgevonden. Deze moest bewezen worden, aldus de rechtbank, nu een veiligheidsnorm was overschreden.

Een aparte categorie vormen de uitspraken waarbij onvoldoende maatregelen werden genomen met het oog op het risico voor het plegen van een ge-

welddelict door een tbs'er. Voorbeelden daarvan zijn het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 9 april 2008<sup>78</sup> en het Hof Den Haag van 17 december 2008.<sup>79</sup> In beide uitspraken pleegde de tbs'er een zeer ernstig geweldsdelict. Omdat er geen verwijt viel te maken dat er geen extra maatregelen waren getroffen om dat te voorkomen, werd in beide gevallen de vordering afgewezen.

### 3.4 Informed consent

Ook in 2008 en 2009 zijn er de nodige uitspraken gedaan waarbij informed consentproblematiek speelde. In vrijwel al die zaken werd de vordering afgewezen. Dit om één of meer van de volgende drie redenen:

- a er is geen schending van de informatieplicht ex artikel 7:448 BW;
- b het vereiste causaal verband ontbreekt omdat er geen oorzakelijke relatie is aangetoond tussen de schade en de behandeling;<sup>80</sup>
- c het vereiste causaal verband ontbreekt omdat de patiënt niet het bewijs heeft geleverd dat hij bij een wel juiste informatie van de ingreep zou hebben afgezien.<sup>81</sup>

#### *Ad a.*

Een van de voorbeelden waarbij werd aangenomen dat de arts zijn informatieplicht niet had verzaakt, is het vonnis van de Rechtbank Rotterdam van 15 juli 2009.<sup>82</sup> Daar ging het om een patiënte met een aangeboren onderontwikkeling van de linker gezichtshelft. In verband hiermee werd bij haar een cosmetische oogkascorrectie uitgevoerd. Tijdens deze ingreep trad een complicatie op waardoor zij blind raakte. De patiënte stelde onder meer dat zij voorafgaand aan de operatie niet op dit risico was gewezen en als dat wel het geval zou zijn geweest zij van de ingreep zou hebben afgezien. De rechtbank wees de vordering af. Het verlies van gezichtsvermogen dat zich na de operatie had gemanifesteerd, was naar het oordeel van de rechtbank ten tijde van de operatie

77. Rb. Assen 24 oktober 2007, TvGR 2008/30.

78. Rb. Den Haag 9 april 2008, LjN BC9134.

79. Hof Den Haag 17 december 2008, LjN BH3080.

80. Zie: HR 26 september 2006, RvdW 2006/909.

81. De omkeringsregel is hierop ook niet van toepassing (HR 23 november 2001, NJ 2002/386 en 387).

82. Rb. Rotterdam 15 juli 2009, TvGR 2002/20 en 21; GJ 2009/11, LjN BJ3702.

geen bekend reëel risico waaromtrent een patiënt door de hulpverlener behoorde te worden geïnformeerd.<sup>83</sup>

*Ad b.*

Een voorbeeld waarbij werd aangenomen dat het vereiste causaal verband ontbrak is het arrest van het Hof Leeuwarden van 19 december 2007.<sup>84</sup> In die zaak ging het om een patiënt die na een trauma van zijn rechterarm klachten had van constante (fantom)-pijn. Hiervoor werd een experimentele medicamenteuze behandeling ingesteld. De patiënt werd daarna met verlamningsverschijnselen geconfronteerd en verweet zijn behandelend arts hem ten onrechte niet over het experimentele karakter van de behandeling te hebben geïnformeerd. De vordering werd afgewezen op het causaal verband. Dat de klachten met de behandeling verband hielden was namelijk niet gebleken.

*Ad c.*

Een voorbeeld waarbij werd aangenomen dat het vereiste causaal verband ontbrak omdat patiënt niet het bewijs had geleverd dat hij bij een wel adequate informatievoorziening van de ingreep had afgezien, is het arrest van het Hof Den Bosch van 12 mei 2009.<sup>85</sup> Daar ging het om een patiënte die na een tweetal herniaoperaties rugklachten hield en waarom werd besloten enkele wervels onderling aan elkaar te fixeren.<sup>86</sup> Tijdens de ingreep trad een niet verwijtbare beschadiging van een zenuwwortel op. Het hof overwoog dat gelet op de ondraaglijke pijnen waaraan patiënte leed het onaannemelijk was dat patiënte van de ingreep zou hebben afgezien.<sup>87</sup>

4 CAUSAAL VERBAND

Bij medische aansprakelijkheidskwesties is er veel causaliteitsonzekerheid. Ook de jurisprudentie van 2008 en 2009 laat hiervan weer de nodige voorbeelden zien. Voorbeelden waarbij de vordering wegens het ontbreken van causaal verband werd afgewezen zijn het arrest van het Hof Arnhem van 18 augustus 2009<sup>88</sup> en het vonnis van de Rechtbank Dordrecht van 23 april 2008.<sup>89</sup> Bij het arrest van het hof ging het om een patiënt die een enkelfractuur had en na genezing daarvan uit de controle was ontslagen, waarna een dystrofie ontstond. De vordering werd afgewezen omdat er geen causaal verband kon worden aangenomen tussen het verzuim van de arts om de patiënt te instrueren terug te komen bij het aanhouden van de klachten en het ontstaan van dystrofie.<sup>90</sup> Het vonnis van de Rechtbank Dordrecht was in lijn met het zogeheten seresta- of nagelaten obductie-arrest van de Hoge Raad van 19 maart 2004.<sup>91</sup> Net als in dat arrest werd de vordering (mede) afgewezen wegens het feit dat er geen obductie was verricht, waardoor niet meer was vast te stellen of de patiënt bij een eerdere verwijzing nog te redden zou zijn geweest.

Uiteraard zijn er ook veel voorbeelden waarbij het aannemen van het vereiste causaal verband geen problemen oplevert. Een voorbeeld daarvan is het vonnis van de Rechtbank Arnhem van 4 juli 2007.<sup>92</sup> Daar had een KNO-arts verzuimd voorafgaand aan een operatieve ingreep aan een bijholte een CT-scan te maken. Tijdens de ingreep trad een slagaderlijke bloeding op. Omdat de CT-scan de specifieke anatomische variatie (in dit geval een klein wiggebeen met daar vlak achter gelegen de slagader) aan het licht zou hebben gebracht, was het naar het oordeel van de rechtbank gerechtvaardigd ervan uit te gaan dat bij een wel zorgvuldige handelwijze de bloeding niet zou zijn opgetreden.

83. Zie ook Rb. Haarlem 2 juli 2008, JA 2008/150, waarbij werd aangenomen dat de arts gelet op de geringe onderlinge verschillen tussen de diverse sterilisatiemethoden, de patiënt daarvoor niet behoefde te informeren en Hof Den Bosch 3 februari 2009, GJ 2009/77; inzake het risico op een naadlekkage bij een darmoperatie.

84. Hof Leeuwarden 19 december 2007, GJ 2009/48, VR 2009/9, LJNBC1632.

85. Hof Den Bosch 12 mei 2009, LJN BL7588.

86. Een zogenoemde geïnstrumenteerde spondylodese met pedikelschroeven en een posterior lumbar interbody fusion (PLIF).

87. Andere voorbeelden zijn: Rb. Dordrecht 24 december 2008, JA 2008/32, LJNBG880; Rb. Haarlem 2 juli 2008, JA 2008/150.

88. Hof Arnhem 18 augustus 2009, LJNBK8642.

89. Rb. Dordrecht 23 april 2008, LJN BDO513.

90. Ook in het zogeheten dystrofie-arrest (HR 19 januari 2001, LJN AA9704), werd de vordering van een patiënt tussen de fout en de opgetreden dystrofie wegens het ontbreken van causaal verband afgewezen.

91. Hoge Raad 19 maart 2004, TvGR 2004/47, NJ 2004/307.

92. Rb. Arnhem 4 juli 2007, VR 2008/130.

In de jurisprudentie zijn twee rechtsregels ontwikkeld die de patiënt in zijn bewijslast van het causaal verband tegemoet komen, te weten:

- 1 de theorie van de gemiste kans;
- 2 de toepassing van de omkeringsregel.

Ook in 2008 en 2009 werden hierover de nodige uitspraken gedaan.

#### 4.1 De theorie van de gemiste kans

Een voorbeeld waarbij de theorie van de gemiste kans een rol speelde is het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 31 december 2008.<sup>93</sup> Daar had een huisarts een wrat verwijderd en bleek de patiënt een jaar later te lijden aan huidkanker. De rechtbank nam aansprakelijkheid aan voor een verloren gegane kans op herstel. De rechtbank achtte voorlichting door een deskundige noodzakelijk over het verschil in prognose tussen de feitelijke situatie en de hypothetische situatie dat er geen fout was gemaakt. Dat in een dergelijke situatie voorlichting door een deskundige in de rede ligt, volgt ook uit het Nefalit-arrest van 31 maart 2006.<sup>94</sup>

Voorts is nog van belang het arrest van het Hof Den Haag van 28 april 2009,<sup>95</sup> waaruit valt af te leiden dat een kansverhoging van 20,3% niet zonder meer voldoende is voor het aannemen van een proportionele aansprakelijkheid. In die zaak was tijdens de bevalling bij een vrouw met een te hoge bloeddruk ten onrechte geen bloeddrukverlagende medicatie toegediend. De kans dat daarmee de opgetreden hersenbloeding was voorkomen zou daardoor met 20,3% zijn verlaagd. De kans op het optreden van een hersenbloeding met en zonder medicatie was echter zodanig gering (zonder medicatie 1 op 13.937, met

medicatie 1 op 11.351) dat het aannemen van een proportioneel causaal verband in de visie van het hof niet gerechtvaardigd was.<sup>96</sup>

#### 4.2 Omkeringsregel

Een andere methode om de patiënt met betrekking tot zijn bewijsnood omtrent het causaal verband tegemoet te komen is de omkeringsregel. De Hoge Raad heeft met het zogeheten 'nagelaten obductie-arrest'<sup>97</sup> toepassing hiervan voor het medische aansprakelijkheidsrecht aanzienlijk beperkt. In dat arrest overwoog de Hoge Raad onder meer dat de enkele schending van de norm van een goed hulpverlener te algemeen is om toepassing van de omkeringsregel te kunnen rechtvaardigen.<sup>98</sup> In het vonnis van de Rechtbank Den Haag van 6 oktober 2009<sup>99</sup> werd om die reden toepasselijkheid van de omkeringsregel van de hand gewezen. Daar ging het om een patiënt die leed aan een cervicaal abces. De huisarts werd verweten de patiënt niet tijdig te hebben ingestuurd waardoor de klachten waren verergerd. De rechtbank stelde dat deze normschending niet specifiek genoeg was om met een beroep op de omkeringsregel het vereiste causaal verband aan te nemen.

Een voorbeeld waarbij de normschending wel voldoende specifiek was, was het hiervoor besproken bloedleegte-arrest van het Hof Den Bosch van 10 maart 2009.<sup>100</sup> Aangezien de overtreden norm (geen hogere druk dan absoluut noodzakelijk) ertoe strekte het gevaar van compressieschade aan de zenuwen zoveel mogelijk te voorkomen en in het onderhavige geval die (veiligheids)norm door het gebruik van een druk van 450 mm Hg was overtreden, was een verhoogd risico voor zenuwletsel in het leven geroepen welk specifieke gevaar (zenuwletsel)

93. Rb. Den Haag 31 december 2008, JA 2008/31, LJN BG9127.

94. Hoge Raad 31 maart 2006, RvdW 2006/328, LJN AU6093.

95. Hof Den Haag 28 april 2009, JA 2009/104, LJN BI4768.

96. Dat stond ook aan toepassing van de omkeringsregel in de weg, aldus het hof.

97. HR 19 maart 2004, TvGR 2004/47, NJ 2004/307.

98. De Hoge Raad motiveerde dat als volgt: "In dit verband verdient nog het volgende aantekening. Indien een arts een beroepsfout wordt verweten, zal in vele gevallen als norm die de arts zou hebben geschonden, slechts kunnen worden aangewezen de in art. 7:453 BW neergelegde algemene norm dat de arts bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed

hulpverlener in acht moet nemen en daarbij moet handelen in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid voortvloeiende uit de voor artsen geldende professionele standaard. Dit brengt mee dat met betrekking tot het bewijs van de stelling dat de fout tot een bepaalde schade voor de patiënt heeft geleid, in die zin dat tussen de fout en die schade *condicio sine qua non* verband bestaat, in die gevallen geen plaats zal zijn voor toepassing van de omkeringsregel."

99. Rb. Den Haag 6 oktober 2009, JA 2009/163, LJN BK0176.

100. Hof Den Bosch 10 maart 2009, JA 2009/83, LJN BH5919.

zich had gerealiseerd. Daarmee was naar het oordeel van het hof voldaan aan de voorwaarden voor toepassing van de omkeringsregel.<sup>101</sup>

Als de overtreden norm wel specifiek beoogt te beschermen tegen het risico dat zich heeft verwezenlijkt (en dus voldaan is aan het zogeheten specificiteitsvereiste) is dat op zichzelf overigens nog niet voldoende om het vereiste causaal verband met een beroep op de omkeringsregel bewezen te achten. Vereist is ook dat de kans op het optreden van de schade in het algemeen 'aanmerkelijk' wordt verhoogd.<sup>102</sup> Er moet met andere woorden ook een zekere aannemelijkheid zijn dat de schade door de overtreding is ontstaan. Onduidelijk is nog wanneer van een aanmerkelijke kansverhoging kan worden gesproken.<sup>103</sup> Uit het hiervoor besproken arrest van het Hof Den Haag van 28 april 2009<sup>104</sup> valt in ieder geval af te leiden dat een kansverhoging van 20,3% niet zonder meer voldoende is. De kans op het optreden van een hersenbloeding met en zonder medicatie was namelijk zodanig gering (zonder medicatie 1 op 13.937, met medicatie 1 op 11.351) dat de omkeringsregel toepassing miste, aldus het hof.

## 5 BEWIJSRECHT

Net als in de voorgaande jaren zijn er in 2008 en 2009 weer een groot aantal uitspraken gepubliceerd die gingen over het bewijsrecht. Hiervoor zijn er reeds de nodige uitspraken op dit gebied behandeld. Zie met name ook paragraaf 2 waarin uitvoerig wordt ingegaan op het deskundigenbericht als bewijsmiddel.

101. Dit arrest is in lijn met het foetale hypoxie-arrest van de Hoge Raad 7 december 2007, NJ 2007/644, waarin de normovertreding eveneens voldoende specifiek was.

102. HR 29 november 2002, NJ 2004/305 en 306 (TFS en P&O/N.S. c.s. en Kasteleijn/Gem. Achtkarspelen).

103. In mijn annotatie bij HR 19 maart 2004, TvGR 2004/47, merk ik op dat hiervan mijns inziens sprake is als de kans dat dit risico door de normovertreding is veroorzaakt ten minste groter kan worden ingeschat dan de kans dat het gevaar zich als gevolg van andere omstandigheden heeft verwezenlijkt.

104. Hof Den Haag 28 april 2009, JA 2009/104.

105. Dit is conform de hoofdregel van art. 150 Rv.

106. HR 20 november 1987, NJ 1988/500 (Timmer/Deutman).

107. Hoge Raad 20 april 2007, RvdW 2007/423, LJN AY5693.

## 5.1 Verzwaarde stelplicht

Uitgangspunt is dat de patiënte, als eisende partij, de bewijslast (en daarmee het bewijsrisico) draagt van de door hem gestelde aansprakelijkheid<sup>105</sup> en dat op de arts een verzwaarde stelplicht rust.<sup>106</sup> De rechter heeft veel vrijheid om te beslissen of in een concreet geval al dan niet aan de verzwaarde stelplicht is voldaan. Zoals reeds uit de arresten van de Hoge Raad van 20 april 2007<sup>107</sup> en 15 juni 2007<sup>108</sup> valt af te leiden, is daarbij niet zonder meer maatgevend of het dossier volledig is. Ook de jurisprudentie uit 2008 en 2009 laat dat zien. Een voorbeeld waarbij de rechtbank oordeelde dat er niet aan de verzwaarde stelplicht was voldaan, maar in de visie van het hof (en de Hoge Raad) er wel is, is het in paragraaf 2.1 besproken wondspreider-arrest. Ondanks dat het dossier geen notities bevatte met betrekking tot het verplaatsen van de wondspreider mocht het hof daarbij in de visie van de Hoge Raad ook betekenis toekennen aan het feit dat niet betwist was dat verplaatsing van de wondspreider inherent is aan de toegepaste operatietechniek (Wertheim-Okabayashi-methode). Voorbeelden waarbij ondanks het feit dat het dossier niet de benodigde aantekeningen bevatte toch werd aangenomen dat niet aan de verzwaarde stelplicht was voldaan zijn: Rb. Dordrecht 12 maart 2008;<sup>109</sup> Rb. Dordrecht 24 december 2008;<sup>110</sup> Rb. Haarlem 2 april 2008;<sup>111</sup> Rb. Rotterdam 12 maart 2008;<sup>112</sup> Hoge Raad 15 mei 2009 (*Wondspreider*).<sup>113</sup>

Uiteraard zijn er ook weer de nodige voorbeelden te vinden waarin niet aan de verzwaarde stelplicht was voldaan, zoals: Rb. Arnhem 10 december 2008;<sup>114</sup> Pres. Rb. Rotterdam 6 oktober 2009;<sup>115</sup> Rb. Den Haag 31 december 2008;<sup>116</sup> Rb. Amsterdam 7 januari 2009;<sup>117</sup> Rb. Den Haag 31 december 2008.<sup>118</sup>

108. Hoge Raad 15 juni 2007, NJ 2007/335, LJN BA3587.

109. Rb. Dordrecht 12 maart 2008, GJ 2008/68, LJN BC9813.

110. Rb. Dordrecht 24 december 2008, JA 2009/32.

111. Rb. Haarlem 2 april 2008, JA 2008/115.

112. Rb. Rotterdam 12 maart 2008; LJN BC9813.

113. Hoge Raad 15 mei 2009 (*Wondspreider*), VR 2009/94, GJ 2009/76, LJN BH3148.

114. Rb. Arnhem 10 december 2008, LJN BG9127.

115. Pres. Rb. Rotterdam 6 oktober 2009, JA 2009/163, LJN BK0176.

116. Rb. Den Haag 31 december 2008, JA 2008/31, LJN BG1927.

117. Rb. Amsterdam 7 januari 2009, JA 2009/55.

118. Rb. Den Haag 31 december 2008, JA 2009/31.

## 5.2 MIP-meldingen

In de jurisprudentie uit 2008 en 2009 zijn diverse uitspraken gedaan waarbij aan de orde was of de patiënt kon afdwingen dat hij inzage zou krijgen in de MIP-gegevens.<sup>119</sup> Zo bepaalde de voorzieningenrechter van de Rechtbank Zwolle-Lelystad op 20 december 2007<sup>120</sup> in een zaak waarbij er sprake was van een zeer gebrekkig medisch dossier dat de MIP-gegevens wel moesten worden overgelegd,<sup>121</sup> terwijl het Hof Leeuwarden op 28 februari 2007<sup>122</sup> en op 9 december 2008<sup>123</sup> oordeelde dat het verzoek van patiënt tot openbaarmaking van de MIP-gegevens moest wijken voor het grotere maatschappelijke belang van bevordering van de kwaliteit van zorgverlening dat met het waarborgen van vertrouwelijk melden wordt nagestreefd.

## 5.3 Vernietigd dossier

De bewaartermijn van medische dossiers bedraagt vijftien jaar.<sup>124</sup> Het verjaringsregime terzake een vordering tot schadevergoeding kan met zich meebrengen dat een vordering tot schadevergoeding echter pas aanzienlijk veel later aanvangt. Als het dossier reeds vernietigd is voordat de arts met de vordering bekend raakt, kan dit tot bewijsproblemen leiden. Een voorbeeld waarbij dit probleem speelde was het arrest van het Hof Den Bosch van 23 september 2008.<sup>125</sup> Daar ging het om een behandeling in mei 1992 van een breuk van het linker opperarmbeen waarbij een contractuur was opgetreden. Eerst na het verstrijken van de bewaartermijn (die destijds nog tien jaar bedroeg) werd de arts hiervoor aansprakelijk gesteld en op dat moment was het dossier reeds vernietigd. Het hof overwoog daarbij dat, nu de bewaartermijn van artikel 7:454 lid 3 BW was verstreken, het niet voor risico van de arts kwam dat dit was vernie-

tigd.<sup>126</sup> Het hof kwam echter toch tot een omkering van de bewijslast en motiveerde dat als volgt: “Als uitgangspunt heeft te gelden dat bij patiënt een compartiment syndroom is ontstaan en dat de arts dit niet (tijdig) heeft opgemerkt. Op grond daarvan acht het hof voorshands bewezen dat de arts in de relevante periode onvoldoende de door prof. Stapert genoemde controles heeft verricht”. Nu het de arts was die tegenbewijs moest leveren is het verre van denkbeeldig dat de arts door de vernietiging in zijn bewijspositie was aangetast en de vernietiging de facto toch voor zijn risico kwam.

## 6 VERJARING

### 6.1 Bekendheid met tekortschietend of foutief medisch handelen

Met zijn arresten van 31 oktober 2003<sup>127</sup> en 27 mei 2005<sup>128</sup> heeft de Hoge Raad in medische aansprakelijkheidskwesties de mogelijkheden voor hulpverleners om zich met succes op verjaring te kunnen beroepen aanzienlijk ingeperkt. Artikel 3:310 lid 1 BW<sup>129</sup> bepaalt dat voor aanvang van de verjaringstermijn bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon vereist is. Het gaat daarbij om daadwerkelijke bekendheid.<sup>130</sup> Bij medische aansprakelijkheid brengt dit mee, zo volgt uit voornoemde arresten, dat de patiënt een voldoende mate van zekerheid heeft dat zijn medische situatie is veroorzaakt door tekortschietend of foutief medisch handelen. Het is bovendien aan de arts, als degene die zich op de rechtsgevolgen van de verjaring beroept, om de vereiste bekendheid te stellen en te bewijzen.

In het arrest van 4 april 2004 heeft de Hoge Raad<sup>131</sup> dit nogmaals bevestigd en geoordeeld dat het hof ten onrechte een beroep op verjaring had geho-

119. MIP staat voor Meldingen Incidenten Patiëntenzorg.

120. V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 20 december 2007, *GJ* 2008/9, *JA* 2008/24.

121. Ook de Rb. Arnhem 11 maart 2009, *JA* 2009/85, *LJN* BH 9159, bepaalde dat het ziekenhuis het MIP-dossier diende over te leggen, maar liet het ziekenhuis nog wel toe concreet aan te geven welke gewichtige redenen zij had om zich daartegen te verzetten. In het daaropvolgende vonnis van 8 juli 2009, *TvGR* 2009/32, oordeelde de rechtbank dat het ziekenhuis – ondanks dat het overlegging van de MIP-gegevens met een beroep op het belang van ‘veilig melden’ was geweigerd – in beginsel wel aan haar stelplicht had voldaan.

122. Hof Leeuwarden 28 februari 2007, *NJ* 2009/199.

123. Hof Leeuwarden 9 december 2008, *TvGR* 2009/12, *NJ* 2009/200, *GJ* 2009/22, *JA* 2009/30, *LJN* BG 6166.

124. Art. 7:454 lid 3 BW.

125. Hof Den Bosch 23 september 2008, *JA* 2009/29.

126. Anders: Hof Amsterdam 28 april 1994, *TvGR* 1994/61.

127. Hoge Raad 31 oktober 2003, *NJ* 2006/112 (*keizersnede*).

128. Hoge Raad 27 mei 2005, *NJ* 2006/114 (*hypofysetumor*).

129. Per 1 januari 2004 geldt in medische aansprakelijkheidskwesties het verjaringsregime van art. 3:310 lid 5 BW.

130. Zie HR 6 april 2001, *NJ* 2002/383 (*Vellekoop/Wilton Fijenoord*).

131. Hoge Raad 4 april 2004, *VR* 2009/138, *LJN* BC3569.

noreerd. In die zaak ging het om een patiënte die een knieoperatie had ondergaan en direct na de operatie klachten had van zenuwuitval, met onder andere als gevolg een klapvoet. Aangezien direct na de ingreep duidelijk was dat de uitval door de operatie was ontstaan, had het hof aangenomen dat direct na de ingreep de verjaringstermijn was aangevangen. De Hoge Raad vernietigde dit arrest. Het oordeel was in zijn visie onbegrijpelijk omdat daarmee nog niet gezegd was dat de patiënt ook wist dat de zenuwuitval door foutief handelen was ontstaan. Het arrest benadrukt andermaal dat in een medische aansprakelijkheidszaak niet snel kan worden aangenomen dat de verjaringstermijn aanvangt. Dat deze boodschap goed bij de lagere rechters is overgekomen, blijkt genoegzaam uit het feit dat er nauwelijks uitspraken zijn gepubliceerd waarbij een beroep op verjaring werd gehonoreerd.<sup>132</sup> Een goed voorbeeld daarvan is ook het hiervoor besproken arrest van het Hof Den Bosch van 23 september 2008.<sup>133</sup> Daar ging het om behandeling in 1992 van een onderarmbreuk waarbij een contractuur was opgetreden. Het hof nam aan dat pas eerst ruim tien jaar later de verjaringstermijn aanving toen patiënt zich tot een advocaat had gewend en deze informatie had verkregen van het ziekenhuis en waardoor hem duidelijk werd dat er mogelijk sprake was van tekortschietend of foutief medisch handelen. Het hof overwoog daarbij dat de klachten die patiënt voordien had ondervonden niet hoefden te duiden op tekortschietend of foutief medisch handelen. Patiënt kon deze klachten of beperkingen beschouwen als een normaal gevolg van het ongeval, zodat de klachten voor de patiënt ook geen aanleiding hoefde te zijn om een onderzoek in te stellen.<sup>134</sup>

## 6.2 Redelijkheid en billijkheid

Het is vaste rechtspraak dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is als een schuldenaar zich erop beroept dat de vordering is

132. Een uitzondering hierop is bijvoorbeeld het vonnis van de Rb. Rotterdam 10 juni 2009, *LJN* BI9931, waarin werd aangenomen dat de verjaringstermijn jegens cardiologen aanving toen het ziekenhuis voor het handelen van de cardiologen aansprakelijk werd gesteld. Ook daar was het verjaringsverweer echter niet succesvol omdat de vordering jegens het ziekenhuis door deze aansprakelijkstelling niet was verjaard.

133. Hof Den Bosch 23 september 2008, *JA* 2008/29.

verjaard als de omstandigheid van het niet-geldend kunnen maken van de vordering voortvloeit uit omstandigheden die aan de debiteur moeten worden toegerekend. Die situatie doet zich bijvoorbeeld voor bij situaties van (seksueel) misbruik, waarbij de aard van het toegebracht letsel meebrengt dat de benadeelde pas eerst in staat is actie tegen de schuldeiser te ondernemen indien het misbruik in een zekere mate is verwerkt, hetgeen tijd kost.<sup>135</sup> In de jurisprudentie van 2008 en 2009 komen vergelijkbare voorbeelden voor, zoals bijvoorbeeld het vonnis van de Rechtbank Dordrecht,<sup>136</sup> waarbij een gynaecoloog werd beschuldigd van seksueel misbruik en het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 29 juli 2009.<sup>137</sup> In het laatste vonnis ging het om een suïcidale patiënte die tijdens een opname in een psychiatrisch ziekenhuis zich op enig moment met een brandbare vloeistof had overgoten en zichzelf in brand had gestoken. De rechtbank nam aan dat gedurende de opname in het brandwondencentrum de patiënt niet in staat was een vordering in te stellen. De rechtbank nam echter ook aan dat de patiënt niet langer verhinderd was een vordering in te stellen toen de patiënt zelfstandig ging wonen in een huurflat. Omdat nadien vijf jaren waren verstreken zonder dat er in die periode een stuitingshandeling was verricht, was het beroep op verjaring niet onaanvaardbaar.

## 7 SMARTENGELD

### 7.1 Secundaire victimisatie

Van secundaire victimisatie kan worden gesproken indien de benadeelde na het optreden van het initiële trauma, als gevolg van de behandeling, extra schade wordt berokkend door de nasleep van dat trauma. Secundaire victimisatie kan optreden als de patiënt er niet adequaat over wordt geïnformeerd dat er bij de behandeling iets is misgegaan. Een voorbeeld daarvan is het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 7 januari 2009.<sup>138</sup> In die zaak ging het om een ortho-

134. Zie voor andere voorbeelden waarbij het beroep op verjaring faalde ook: Rb. Rotterdam 30 juli 2008, *GJ* 2009/41, *JA* 2009/151, *LJN* BD9572 en Rb. Haarlem 2 april 2008, *JA* 2008/115.

135. HR 23 oktober 1998, *NJ* 2000/15 en HR 11 oktober 2002, *NJ* 2002/558.

136. Rb. Dordrecht 17 september 2008, *LJN* BF1297.

137. Rechtbank Amsterdam 29 juli 2009, *LJN* BJ390245.

138. Rb. Amsterdam 7 januari 2009, *JA* 2009/55.

pedische ingreep waarbij een spier- en zenuwdoorsnijding had plaatsgevonden. Patiënte vorderde een smartengeld van € 10.000 en stelde in dat kader onder meer dat het haar zwaar was gevallen dat de orthopedisch chirurg de doorsnijding bewust twee dagen voor haar had verzwegen, terwijl zij in haar been voelde dat er iets mis was. Hierdoor was haar vertrouwen in medici ernstig aangetast. De rechtbank achtte een bedrag van € 6.000 billijk, waarbij de rechtbank meewoog dat de chirurg niet direct had verteld dat bij de operatie zenuw- en spierletsel was opgetreden. De rechtbank achtte het aannemelijk dat dit bij patiënte, zoals zij stelde, onnodig extra leed had berokkend. Een ander voorbeeld is de uitspraak van de Rechtbank Haarlem van 3 juni 2009.<sup>139</sup> Daar ging het eveneens om een orthopedische ingreep, waarbij een lichte x-stand werd overgecorrigeerd naar een grote o-stand. Hiervoor moest een hersteloperatie worden verricht. De rechtbank nam in navolging van de rapportage van de deskundige aan dat de behandeling weliswaar op de juiste wijze was uitgevoerd, maar oordeelde dat de operateur toch onzorgvuldig had gehandeld. Dit omdat hij ten onrechte de consequenties van de opgetreden complicatie niet met de patiënt had besproken. Dit was niet causaal met de schade als gevolg van de hersteloperatie, omdat de patiënt, ook indien hij wel adequaat over de complicatie was geïnformeerd, deze had moeten ondergaan. De rechtbank nam echter wel een causaal verband aan tussen de tekortkoming en het gedeelte van de gestelde schade dat betrekking had op onnodig uitstel van de heroperatie. Indien de patiënt eerder was geweest op de overcorrectie had hij de heroperatie namelijk eerder kunnen laten uitvoeren. De rechtbank nam aan dat als gevolg van de tekortkoming er sprake was geweest van gederfde levensvreugde en achtte een vergoeding van € 5.000 hiervoor op zijn plaats.

139. Rb. Haarlem 3 juni 2009, *LJNB*0199.

140. Een uitspraak waarbij secundaire victimisatie in het medische aansprakelijkheidsrecht zijdelings aan de orde kwam: Rb. Amsterdam 17 januari 2007 (*totaalexirpatie*), *JA* 2007/147, *LJN* BB1420.

141. Rb. Den Bosch 6 augustus 2008, r.o. 3.9, *LJN* Bl0701.

142. Zie over dit onderwerp ook J.L. Smeehuizen; 'De verantwoordelijkheid van de arts voor schadeafwikkeling door zijn verzekeraar', *TvGR* 2009, p. 160-161, die betoogt dat de arts aanspreekbaar is op de handelwijze van zijn beroeps-

Naast de hiervoor bedoelde secundaire victimisatie wegens schending van een informatieplicht met betrekking tot de gevolgen van een behandeling, is er nog een ander type te onderscheiden, namelijk welke ontstaat als gevolg van de afwikkeling van de schadevordering. Buiten het medische aansprakelijkheidsrecht zijn er al de nodige uitspraken gedaan waarbij door de rechter werd overwogen dat dit een schadeverhogende factor kan zijn.<sup>140</sup> Een voorbeeld daarvan is het vonnis van de Rechtbank Den Bosch van 6 augustus 2008.<sup>141</sup> Daar stelde de benadeelde dat sprake was van secundaire victimisatie, hetgeen in de visie van de rechtbank relevant kan zijn voor de hoogte van het smartengeld. De rechtbank achtte het echter niet gerechtvaardigd daar in dat geval een extra vergoeding voor toe te kennen en motiveerde dit als volgt: "Het enkele feit dat de gedaagde aansprakelijkheid steeds heeft afgewezen, een aantal gevorderde schadeposten heeft betwist en ten aanzien van de gevorderde vergoeding voor de reis naar Lourdes heeft aangegeven deze aanspraak te ervaren als "een degradatie tot ordinaire 'geldwolverij' die in een zaak als deze niet past" (welke opmerking zij overigens heeft teruggenomen), vormt naar het oordeel geen reden om te kunnen spreken van 'secundaire victimisatie' die tot toekenning van een hoger bedrag aan smartengeld zou moeten leiden".

Het enkele feit dat een aangesproken hulpverlener c.q. diens beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar<sup>142</sup> zich bij de schadeafwikkeling niet passend opstelt zal naar verwachting evenmin snel aanleiding zijn voor de civiele rechter om hiervoor een extra (smartengeld)vergoeding toe te kennen. Uitgangspunt is immers dat een psychisch onbehagen onvoldoende reden is voor toekennen van smartengeld.<sup>143</sup> Indien de houding van de hulpverlener c.q. verzekeraar tot vertraging van het betalen van een schadevergoeding leidt, is het ook maar de vraag of de rechter wel de

aansprakelijkheidsverzekeraar en zo nodig bij zijn verzekeraar een correcte afwikkeling moet afdwingen.

143. Vgl. HR 13 januari 1995, *NJ* 1997/366; HR 21 februari 1997, *NJ* 1999/145 en HR 2 mei 1997, *NJ* 1997/662. Het civiele recht is in dat opzicht niet vergelijkbaar met het bestuursrecht waarbij onder omstandigheden in een dergelijk geval hiervoor wel een financiële tegemoetkoming kan worden toegekend, aldus Rb. Amsterdam 8 augustus 2005, *LJN* AU1627.

vrijheid heeft voor deze vertraging een extra (smartengeld)vergoeding toe te kennen. De wetgever heeft de schade wegens betaling van een geldsom immers gefixeerd op betaling van wettelijke rente.<sup>144,145</sup>

## 7.2 Shock- en affectieschade

De positie van derden die schade hebben geleden ten gevolge van letsel of overlijden van een slachtoffer van een onrechtmatige daad vindt in het huidige wettelijk stelsel van het Burgerlijk Wetboek een limitatieve regeling in het samenstel van de artikelen 6:107 en 6:108 BW. Blijkens de parlementaire geschiedenis hebben bedoelde artikelen uitdrukkelijk de strekking uit te sluiten dat naasten en nabestaanden recht hebben op vergoeding van door hen geleden immateriële (affectie)schade als gevolg van de (ernstige) verwonding dan wel (het verdriet om) het verlies van het slachtoffer. In het taxibus-arrest van 22 februari 2002<sup>146</sup> heeft de Hoge Raad echter de mogelijkheid aanvaard om in een beperkt aantal gevallen aanspraak te maken op zogeheten 'shock'schade. In die zaak had een moeder van een vijf jaar oud meisje ernstig geestelijk letsel opgelopen doordat zij werd geconfronteerd met de ernstige gevolgen van het overlijden van haar dochter. Sinds het taxibus-arrest is met enige regelmaat door nabestaanden getracht aanspraak te maken op shockschade. Bij medische aansprakelijkheid toont de rechter zich terughoudend. Een voorbeeld daarvan is het vonnis van de Rechtbank Zutphen van 18 november 2009.<sup>147</sup> Daar stond vast dat een huisarts niet had gehandeld conform de maatstaf van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot en vorderden de ouders onder meer shockschade vanwege de confrontatie met hun overleden zoon in zijn bedje in plaats van een mogelijk overlijden na opname in ziekenhuis, zoals bij een wel correcte handelwijze het geval zou zijn geweest. De rechtbank overwoog dat een in de psychiatrie erkend ziektebeeld is vereist. Nu uit medische gegevens bleek dat psychische klachten van de ouders samenhangen met het verlies van hun zoontje en niet met de confrontatie daarvan ging het echter

144. Art. 6:119 BW.

145. Anders; J.L. Smeehuizen; 'Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen', *NTBR* 2009, p. 335-336.

146. Hoge Raad 22 februari 2002 (*taxibus*), *NJ* 2002/240.

147. Rb. Zutphen 18 november 2009, *Nieuwsbrief Personen-schade* 2010, nr. 1, *LJN* BK4468.

om affectieschade en niet om shockschade, zodat de vordering werd afgewezen. Andere voorbeelden waarbij de rechter oordeelde dat geen sprake was van shock- maar affectieschade zijn: Rb. Zwolle 25 november 2009<sup>148</sup> en Rb. Rotterdam 6 augustus 2008.<sup>149</sup>

In het recente arrest van de Hoge Raad van 9 oktober 2009<sup>150</sup> wordt benadrukt dat voor shockschade slechts onder strikte voorwaarden plaats is. In die zaak werd de shockschadevordering afgewezen van negen nabestaanden van drie jonge mensen die waren overleden als gevolg van een opzettelijk veroorzaakt verkeersongeval. Bij een shockschadevordering past het niet, aldus de Hoge Raad, het vereiste van waarneming van het ongeval of directe confrontatie met zijn ernstige gevolgen terzijde te stellen of af te zwakken. Gelet op deze terughoudendheid valt niet te verwachten dat shockschadeclaims in het medische aansprakelijkheidsrecht van veel betekenis zullen worden. Nu het Wetsvoorstel affectieschade, waarmee werd beoogd een beperkte kring van naasten een beperkt recht op affectieschade toe te kennen, op 23 maart 2010 door de Eerste Kamer is verworpen,<sup>151</sup> valt er ook op dit punt in de nabije toekomst geen relevante verruiming van de aansprakelijkheid te verwachten.

## 7.3 Aantasting van het recht op zelfbeschikking

Een uitspraak waarbij het recht op immateriële schade van een derde wegens aantasting van het recht op zelfbeschikking aan de orde was, is het arrest van het Hof Den Haag van 29 september 2009.<sup>152</sup> Daar ging het om een bevalling waarbij door een fout van de gynaecoloog een uterusruptuur ontstond. In verband hiermee moest met spoed een keizersnede worden verricht. Tijdens de ingreep heeft de gynaecoloog de baarmoeder gehecht en patiënte aansluitend gesteriliseerd. De sterilisatie was medisch gezien niet nodig en was voor zowel patiënte als haar echtgenoot ongewenst. Twee dagen na de bevalling overleed de baby. Omdat de sterilisatie niet ongedaan kon worden

148. Rb. Zwolle 25 november 2009, nr. 146737/HA ZA 08-761.

149. Rb. Rotterdam 6 augustus 2008, *NJF* 2008/474.

150. Hoge Raad van 9 oktober 2009, *LJN* B18583.

151. *Kamerstukken I* 2009/10, 28 781, nr. H.

152. Hof Den Haag 29 september 2009, *TvGR* 2010/8 (m.nt. R.P.J. Kottenhagen), *GJ* 2010/6, *LJN* BK1574.

gemaakt, heeft patiënte daarna een drietal ivf-behandelingen ondergaan, die niet in de gewenste zwangerschap hebben geresulteerd. De ouders dienden een vordering tot vergoeding van immateriële schade in bij de rechtbank. De rechtbank overwoog daarbij dat bij de bepaling van de hoogte van de immateriële schadevergoeding het verdriet van de ouders om het overlijden van de baby buiten beschouwing moest worden gelaten, aangezien het huidige recht geen grondslag biedt voor het toekennen van een vergoeding voor affectieschade. De rechtbank kende echter een vergoeding voor geleden immateriële schade toe terzake van de uterusruptuur en de ten onrechte verrichte sterilisatie van € 45.000 voor de ouders gezamenlijk. Tegen dit oordeel werd door het ziekenhuis beroep ingesteld, waarbij onder meer werd aangevoerd dat de vader – als vertegenwoordiger van zijn vrouw in de zin van artikel 7:465 lid 2 BW – om toestemming voor de sterilisatie was gevraagd en hij deze toestemming had verstrekt, waarbij van de zijde van het ziekenhuis overigens wel was erkend dat deze toestemming was gebaseerd op onjuist verstrekte informatie (namelijk dat een volgende zwangerschap niet verantwoord was). Het hof kende de vrouw een vergoeding van immateriële schade toe van € 25.000 voor het optreden van de uterusruptuur en € 10.000 voor de sterilisatie. Voorts overwoog het hof, in een overweging ten overvloede, dat in de gegeven omstandigheden niet alleen tegenover patiënte maar ook tegenover haar echtgenoot sprake was van aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW in verband met de plaatsgevonden sterilisatie, waarbij het hof van belang achtte dat tussen hun beiden sprake was van een bestendige relatie, en van een duidelijke gezamenlijke wens tot het krijgen van (meerdere) kinderen. De ten onrechte uitgevoerde sterilisatie betreft een ernstige inbreuk op het fundamentele recht van beide echtgenoten tot zelfbeschikking. Voor beide echtgenoten geldt in wezen hetzelfde, namelijk dat hen door de ernstige fout van de gynaecoloog de mogelijkheid is ontnomen om samen te kiezen voor het (met een of meer eigen kinderen) uitbreiden van

153. Overigens werd dit door het hof zuiver als een overweging ten overvloede overwogen. De vordering van de man kon namelijk niet worden toegewezen. Dit omdat de vordering uitsluitend was gebaseerd op de centrale ziekenhuis-aansprakelijkheidsregeling ex artikel 7:462 BW, hetgeen slechts een vordering op het ziekenhuis meebrengt als ware

hun gezin. Een zo ingrijpende aantasting als in dit geding aan de orde van een zo fundamenteel recht moest, naar het oordeel van het hof, ten aanzien van zowel patiënte als haar partner worden aangemerkt als een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel was vastgesteld.<sup>153</sup> Deze uitspraak is opmerkelijk omdat, afgezien van het Baby Kelly-arrest,<sup>154</sup> dit de eerste keer is dat in een situatie als deze een immateriële vergoeding wegens een aantasting in de persoon werd toegekend. In feite gaat het hier om een uitbreiding van de aansprakelijkheid. Gelet op de specifieke omstandigheden die in deze zaak een rol speelden, is het echter de vraag of deze uitspraak voor het medische aansprakelijkheidsrecht van veel betekenis zal zijn. Ook het Baby Kelly-arrest heeft tot nu toe niet tot een voor de praktijk belangrijk uitbreiding van de aansprakelijkheid geleid.

## 8 SEKSUEEL GRENDOVERSCHRIJDEND GEDRAG

### 8.1 Onrechtmatigheid

In 2008 en 2009 zijn een aantal uitspraken gepubliceerd waarbij de hulpverlener seksueel misbruik werd verweten. De vragen die in deze jurisprudentie aan de orde kwamen gingen over het algemeen niet over de vraag of de hulpverlener hiervoor aansprakelijk was. Als het seksueel grensoverschrijdende gedrag vaststaat wordt door de rechter zonder meer aansprakelijkheid van de hulpverlener aangenomen. Dat verbaast niet. Illustratief is het vonnis van de Rechtbank Utrecht van 28 oktober 2009.<sup>155</sup> Daar ging het om een psychiater die een patiënte met een meervoudige persoonlijkheidsstoornis en een incest-verleden gedurende een periode van zeventien jaar had behandeld, hetgeen gedurende een periode van vijftien jaar ook gepaard ging met seksueel grensoverschrijdend gedrag. Patiënte had een tuchtklacht tegen de psychiater ingediend, welke gegrond werd bevonden en welke ertoe leidde dat de registratie van de psychiater in het BIG-register werd doorgehaald.

het zelf partij bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst, en de vordering van de man was gebaseerd op een buitencontractuele grondslag.

154. HR 18 maart 2005, TvGR 2005/26, JA 2005/34.

155. Rb. Utrecht 28 oktober 2009, LJNBK1546.

In de civiele procedure nam de rechtbank het oordeel van het tuchtcollege over en werd geconcludeerd dat de psychiater onrechtmatig jegens patiënte had gehandeld en derhalve schadeplichtig was. De betalingen die patiënte aan de psychiater in het kader van de behandeling had verstrekt en waarmee een totaalbedrag was gemoeid van € 34.000 moesten worden terugbetaald, ondanks dat deze betalingen strikt genomen niet als schade konden worden aange-merkt. Nu de diensten waarvoor betaald was een onrechtmatig karakter hadden, was de ontvangen betaling als maatschappelijk onzorgvuldig aan te merken, aldus de rechtbank. Het seksueel grensoverschrijdende gedrag was een aantasting in de persoon waarvoor de rechtbank naar billijkheid een vergoeding voor immateriële schade toekende van € 25.000. Een ander voorbeeld waarbij de hulpverlener seksueel misbruik werd verweten is de uitspraak van de Rechtbank Dordrecht van 3 december 2008.<sup>156</sup> Bij die zaak ging het om een psychotherapeut die tijdens een jarenlange psychotherapeutische behandeling eenmalig seksueel contact met een patiënte had gehad. Hiervoor werd een immateriële vergoeding toegekend van € 5.000 en voorts werd de psychotherapeut veroordeeld in de kosten van vervolgbehandelingen.<sup>157</sup> Het beroep op 'eigen schuld' en matiging werd afgewezen.<sup>158</sup>

Als het seksuele contact door de hulpverlener wordt betwist heeft de patiënt wel een bewijsprobleem. In dat geval zal de patiënt conform de hoofdregel van artikel 150 Rv immers het gestelde misbruik moeten bewijzen. Dat heeft de Hoge Raad reeds bepaald in zijn arrest van 17 december 1993.<sup>159</sup> In die zaak ging het eveneens om een psychotherapeut die beschuldigd werd van seksueel misbruik. De patiënt kon dat misbruik echter niet bewijzen en in cassatie werd erover geklaagd dat het hof, gelet op de bewijsnood bij patiënt, de bewijslast niet had omgekeerd. Omdat de gestelde feiten zich naar hun aard slechts in de aanwezigheid van partijen zelf hebben

afgespeeld en een verklaring van een partijgetuige slechts mag dienen als aanvullend bewijs,<sup>160</sup> zal dat bewijs moeilijk te leveren zijn.<sup>161</sup> Ook in de jurisprudentie van 2008 en 2009 zijn voorbeelden te vinden waarbij deze bewijsnood speelde. Een voorbeeld daarvan is het vonnis van de Rechtbank Dordrecht van 17 september 2008.<sup>162</sup> Daar ging het om een patiënte die onder behandeling stond van een gynaecoloog in verband met onvruchtbaarheid. De patiënte stelde dat zij gedurende een jaar een intieme relatie met de gynaecoloog had gehad. Aangezien de gynaecoloog dat betwistte, werd haar opgedragen het gestelde grensoverschrijdende gedrag te bewijzen.

## 8.2 Reputatieschade

De vraag of de hulpverlener nadat de patiënt hem ten onrechte heeft beschuldigd van seksueel misbruik recht heeft op een schadevergoeding was aan de orde in het vonnis van de Rechtbank Utrecht van 30 december 2009.<sup>163</sup> Daar ging het om een patiënte die een klacht bij het regionaal tuchtcollege had ingediend tegen haar gynaecoloog wegens het verrichten van seksuele handelingen. Nadat de klacht was afgewezen, vorderde de gynaecoloog een vergoeding van € 15.000 wegens reputatieschade. De vordering werd afgewezen. De rechtbank overwoog daarbij dat het indienen van een klacht slechts in uitzonderlijke gevallen kan leiden tot een schadevergoedingsplicht van de klager jegens de behandelaar. Dat zou het geval kunnen zijn indien een valse klacht wordt ingediend of indien een klacht wordt ingediend met het (enige) doel de reputatie van degene tegen wie de klacht zich richt te beschadigen of hem in enig ander belang te schaden, terwijl daar geen enkel redelijk belang van de klager tegenover staat. Daarvan was in de visie van de rechtbank echter geen sprake.

156. Rb. Dordrecht 3 december 2008, *LJNB*6180.

157. Uiteraard is de schade afhankelijk van de specifieke omstandigheden van het geval. Zo oordeelde het Hof Den Bosch op 10 november 2009, *LJNBK*3112, dat de moeder van een slachtoffer, waarbij seksueel misbruik tot een ongewenste zwangerschap had geleid, de opvoedingskosten van haar kleinkind als verplaatste schade kan vorderen.

158. Een ander voorbeeld is Rb. Dordrecht 2 april 2008, *LJNB*C9280, waarbij een psycholoog seksueel contact heeft gehad met een patiënte in de behandelruimte.

159. Hoge Raad 17 december 1993, *NJ* 1994/193.

160. Art. 164 lid 2 Rv.

161. Zie voor een voorbeeld waarin een slachtoffer (koolid) desondanks toch het bewijs leverde dat hij door de dirigent was misbruikt: Rb. Zwolle 27 januari 2010, *LJNB*BL0582.

162. Rb. Dordrecht 17 september 2008, *JA* 2008/163, *NJF* 2008/439, *LJNB*BF1297.

163. Rb. Utrecht 30 december 2009, *LJNBK*8014.

### 8.3 Verzekeringsdekking

In het hiervoor besproken vonnis van de Rechtbank Utrecht van 28 oktober 2009,<sup>164</sup> waarbij de psychiater werd verweten patiënte gedurende vijftien jaar aan seksueel grensoverschrijdend gedrag te hebben blootgesteld, speelde voorts de vraag of de psychiater voor deze aansprakelijkheid was verzekerd. De psychiater had de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars waarin hij in de relevante periode was verzekerd, te weten: Delta Lloyd en Nationale Nederlanden, in vrijwaring gedagvaard en gevorderd hen te veroordelen tot vergoeding van de schade waartoe hij jegens patiënte zou worden veroordeeld. De verzekeraars betwistten allereerst dat sprake was van polisdekking. Zij voerden daarbij aan dat de handelingen waarop de aansprakelijkheid berustte, niet waren aan te merken als handelingen/gedragingen verricht in de hoedanigheid van psychiater. De rechtbank verwierp dit verweer. Dit omdat alle onzorgvuldige gedragingen, inclusief het seksueel grensoverschrijdend gedrag, tijdens en als onderdeel van de therapie hadden plaatsgevonden. De rechtbank wees de vrijwaring echter toch af omdat het beroep op de zogeheten opzetclausule slaagde. Mede vanwege de lange duur en frequentie waarmee patiënte tijdens de behandelingen was blootgesteld aan seksueel grensoverschrijdend gedrag, alsmede het feit dat hij als psychiater ervan op de hoogte moest zijn geweest dat mensen die aan dit gedrag worden blootgesteld daar schade van ondervinden, was bij de psychiater sprake van zekerheidsbewustzijn dat zijn handelen tot schade zou lijden.<sup>165</sup>

### 9 CONCLUSIE

In de jaren 2008 en 2009 is een groot aantal uitspraken gepubliceerd op het gebied van de medische aansprakelijkheid. Daarbij heeft een groot aantal gepubliceerde uitspraken betrekking op deskundigenberichten. Bij voorlopige deskundigenberichten heeft de rechter een beperkte beslissingsvrijheid. Hij heeft geen discretionaire bevoegdheid om het verzoek af te wijzen en kan niet bevelen dat één van de

partijen bepaalde (medische) stukken overlegt. Voor wat betreft de persoon van de deskundige en de vraagstelling heeft de rechter alle, respectievelijk meer beslissingsvrijheid. De rechter kan de voorgestelde vraagstelling aanvullen met vragen van normatieve aard en dient ervoor te waken dat vanwege een niet toereikende vraagstelling later alsnog een nieuw onderzoek moet plaatsvinden. Een gezamenlijk deskundigenbericht dat op juiste wijze tot stand is gekomen heeft in beginsel dezelfde bewijskracht als een deskundigenbericht dat door de rechtbank is bevolen. Het fair trial-beginsel brengt met zich mee dat het de aangesproken hulpverlener vrijstaat in het kader van zijn verdediging eenzijdig deskundigen te benaderen en hun rapporten in het geding te brengen. De patiënt kan dat niet met een beroep op zijn blokkeringsrecht verhinderen.

De gronden waarop de aansprakelijkheid van de hulpverlener kan worden gebaseerd (grofweg: schending zorgplicht; niet naleven protocol; gevaarstelling en informed consent) zijn in de jaren 2008 en 2009 ongewijzigd gebleven. Bij de toetsnorm van de redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot is de stand van de wetenschap een belangrijk toetspunt. Deze kan zelfs meer maatgevend zijn dan de vraag wat binnen de beroepsgroep een gebruikelijke handelwijze was. Als de handelwijze van de hulpverlener voldoet aan hetgeen binnen één school als zorgvuldig wordt beschouwd, kan in beginsel niet worden geconcludeerd dat de hulpverlener onzorgvuldig heeft gehandeld.

Voor wat betreft het causaal verband blijft zowel de omkeringsregel als de theorie van de gemiste kans van belang. Een enkele kansverhoging van 20% is echter niet zonder meer voldoende voor toepassing van één van beide doctrines, terwijl de enkele vaststelling dat er onzorgvuldig is gehandeld ook geenszins een voldoende specifieke normovertreding is die toepassing van de omkeringsregel rechtvaardigt.

De rechter toont zich zeer terughoudend in het honoreren van een beroep op verjaring. Het enkele feit dat duidelijk is dat er als gevolg van de behandeling een complicatie is opgetreden, is geen rechtvaardiging om de vereiste bekendheid om de verjarings-

164. Rb. Utrecht 28 oktober 2009, L/N BK1546.

165. Zie voor een uitspraak waarbij een beroep op de opzetclausule door een particuliere aansprakelijkheidsverzekeraar voor seksueel misbruik niet slaagde: Hof Amsterdam 24 april 2008, NJF 2008/369. Daar ging het echter niet om

een hulpverlenerscontact en kon in de visie van het hof niet worden aangenomen dat de dader zich ervan bewust was geweest dat zijn handelwijze met aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid psychische schade bij het slachtoffer teweeg zou brengen.

termijn te laten aanvangen, aan te nemen. Daarmee is namelijk nog niet gezegd dat de patiënt zich bewust is van het feit dat er sprake is van tekortschietend of foutief medisch handelen.

De rechter geniet veel vrijheid bij het beoordelen of de arts al dan niet aan zijn verzwaarde stelplicht heeft voldaan. Behoudens wellicht in het geval van bijzondere omstandigheden kan van de arts niet worden verlangd dat hij in dat kader ook de zogeheten MIP-gegevens overlegt.

Bij de secundaire victimisatie die kan optreden omdat de patiënt door de arts onvoldoende wordt geïnformeerd over een complicatie c.q. medische fout kan de rechter een (extra) smartengeldvergoeding toekennen. Bij een moeizaam verlopende schade-afwikkeling is daarvoor echter niet snel aanleiding.

Overeenkomstig het wettelijk stelsel is de rechter terughoudend anderen dan het directe slachtoffer een (eigen) recht op immateriële schadevergoeding toe te kennen. Zogeheten affectieschade wordt in elk geval steevast van de hand gewezen. De rechter loopt daarbij niet vooruit op het Wetsvoorstel affectieschade dat recentelijk overigens door de Eerste

Kamer is verworpen. De rechter acht het echter wel mogelijk onder bijzondere omstandigheden (een zeer ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de partner) een vergoeding van immateriële schade toe te kennen.

Een relatief groot aantal zaken heeft betrekking op seksueel grensoverschrijdend gedrag. Als het grensoverschrijdend gedrag vaststaat, is daarmee in feite de aansprakelijkheid gegeven. Naast vergoeding van vermogensschade heeft de patiënt dan recht op vergoeding van immateriële schade wegens een aantasting in de persoon. De arts tegen wie een tuchtklacht is ingediend wegens seksueel grensoverschrijdend gedrag, welke klacht is afgewezen, heeft – behoudens indien de klacht wordt ingediend om de hulpverlener te beschadigen terwijl daar geen redelijk doel tegenover staat – geen recht op reputatieschade. Als de hulpverlener het zekerheidsbewustzijn heeft dat het seksueel grensoverschrijdend gedrag tot schade bij de patiënt leidt, staat de zogeheten opzetclausule eraan in de weg dat de arts bij zijn beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar kan afdwingen dat hij die schade aan hem vergoed.