

KRONIEK RECHTSPRAAK**Kroniek rechtspraak civiel recht**

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

1. Inleiding

In deze kroniek wordt ingegaan op de belangrijkste ontwikkelingen in de jurisprudentie van 1 september 2011 tot en met 1 juni 2013.¹ Er is sprake van een groot aantal gepubliceerde uitspraken op het gebied van medische aansprakelijkheid. In deze kroniek wordt op deze uitspraken ingegaan. Daarbij worden eerst de uitspraken besproken die betrekking hebben op de grondslagen van de aansprakelijkheid (par. 2). Daarna wordt achtereenvolgens ingegaan op de jurisprudentie op het gebied van het causaal verband (par. 3), het deskundigenbericht (par. 4), de verjaring (par. 5) en de Wbp (par. 6). De kroniek wordt afgesloten met een conclusie (par. 7).

2. Aansprakelijkheidsgronden

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

2.1 Schenden zorgplicht hulpverlener

Sinds het Speeckaert/Gradener-arrest² is het vaste rechtspraak dat de hulpverlener aan zijn zorgplicht

heeft voldaan indien hij heeft gehandeld conform de maatstaf van zorgvuldigheid die had mogen worden verwacht van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot. Deze norm brengt met zich mee dat niet elke (beoordelings)fout aan de hulpverlener kan worden toegerekend. Dat geldt ook voor bijvoorbeeld technische 'fouten' bij bijvoorbeeld de uitvoering van een operatie waarbij tijdens de ingreep iatrogen letsel optreedt. Een voorbeeld daarvan is het vonnis van de Rechtbank Noord-Nederland d.d. 23 januari 2013.³ In die zaak ging het om een laparoscopische galsteenoperatie. Tijdens de ingreep zag de chirurg de galgang naar de dunne darm (ductus choledochus) aan voor de galgang naar de galblaas (ductus cysticus). Hierdoor kliefde hij de verkeerde structuur. Dit werd tijdens de operatie door de chirurg onderkend en hersteld. Hiervoor moest de operatie wel naar een openbuikoperatie (laparotomie) worden geconverteerd. De patiënt stelde dat de chirurg door het klieven van de verkeerde structuur een fout had gemaakt en vorderde hiervoor schadevergoeding. Uit het operatieverslag bleek dat de chirurg de zogenaamde 'critical view of safety'-techniek⁴ had toegepast. Bij deze techniek moet eerst een aantal structuren worden vrijgeprepareerd alvorens tot klieven van de (juiste) galgang kan worden overgegaan. Dit is om de kans op het doornemen van de verkeerde galgang te minimaliseren. Door deze techniek toe te passen was voldaan aan de professionele standaard. Dat desondanks toch de verkeerde galgang was doorgenomen en daardoor iatrogen letsel was ontstaan, is een omstandigheid die ieder redelijk bekwaam vakgenoot kan overkomen, aldus de rechtbank, en die

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

1 In de vorige kronieken rechtspraak civiel recht is een overzicht gegeven van de jurisprudentie op het gebied van het medische aansprakelijkheidsrecht in de jaren 2004/2005 (TvGR 2006, p. 216-228); 2006/2007 (TvGR 2008, p. 114-127); 2008/2009 (TvGR 2010, p. 187-211); 2010/2011 (TvGR 2011, p. 675-693).

2 HR 9 november 1990 (Speeckaert/Gradener), LJN AC1103, NJ 1991/26, RvdW 1990/199, RAV 2012/23.

3 LJN BZ0218, JA 2013/46.

4 Dit wordt ook wel de driehoek van Calot genoemd.

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

derhalve niet als onzorgvuldig handelen kan worden gekenschetst. Een ander voorbeeld waarbij peroperatief iatrogen letsel aan organen werd toegebracht, maar desondanks geen aansprakelijkheid werd aangenomen is de deelgeschilbeschikking van de Rechtbank Rotterdam d.d. 12 december 2012.⁵ In die zaak ging het om een patiënte die in de Parkkliniek een cosmetische behandeling (liposculptuur) had ondergaan. Tijdens deze ingreep werd de milt tot driemaal toe geperforeerd. Hoewel het deskundigenbericht de mogelijkheid openliet dat de arts meer kracht had gebruikt dan normaal, kon hieruit niet worden geconcludeerd dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot niet die mate van kracht zou hebben toegepast, aldus de rechtbank. Derhalve was niet aangetoond dat er een fout was gemaakt. Andere voorbeelden waarbij geen aansprakelijkheid voor het toebrengen van weefselschade werd aangenomen zijn o.a.:

- Hof Amsterdam d.d. 27 december 2011,⁶ waarbij bij een punctie in het hartzakje (pericard) een perforatie van de rechterhartkamer optrad, hetgeen niet als een fout maar als complicatie werd beschouwd;
- Hof Leeuwarden d.d. 17 april 2012,⁷ waarbij niet verwijtbaar was dat bij een endoscopie (ERCP) een perforatie aan de twaalfvingerige darm (duodenum) was ontstaan;
- Rechtbank Arnhem d.d. 14 december 2011,⁸ waarbij niet onzorgvuldig was dat bij een laparoscopische ingreep (plaatsen maagbandje) een bloedvat in de buikwand was geraakt;
- Rechtbank 's-Gravenhage d.d. 1 november 2011,⁹ waarbij door een gynaecologische ingreep een dunnedarmperforatie was ontstaan en dit als een complicatie werd beschouwd;
- Rechtbank Rotterdam d.d. 14 maart 2012,¹⁰ waarbij tijdens een laparoscopische blinde-

darmoperatie een perforatie werd veroorzaakt van het recto-sigmoid (het laatste stuk dikke darm).

Deze uitspraken illustreren dat, indien bij de uitvoering van een ingreep iatrogen letsel optreedt dat ook kan optreden indien met de vereiste zorgvuldigheid wordt geopereerd, de patiënt in de regel niet zal kunnen bewijzen dat sprake is van een toerekenbare tekortkoming. Dit is slechts anders indien de verslaglegging niet voldoet en de bewijslast om die reden bij de hulpverlener kan worden gelegd. Overigens werd in alle vijf de uitspraken wel aansprakelijkheid aangenomen omdat een verwijtbaar delay was opgetreden. Steeds werd aangenomen dat een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgeenoot de iatrogene weefselbeschadiging eerder had onderkend en behandeld. Aangezien het beleid na de opgetreden complicatie in het algemeen beter toetsbaar is, is het weinig verwonderlijk dat de rechter ter zake makkelijker een verwijtbare fout bewezen acht. Bij de eerste vier uitspraken was sprake van een postoperatief beloop dat maakte dat het letsel eerder had moeten worden onderkend. In de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam d.d. 14 maart 2012 werd de operateur aangerekend dat hij tijdens de ingreep het letsel niet had onderkend. De rechtbank stelde geen hoge eisen aan het bewijs en oordeelde dat in een situatie waarin *'zeer aannemelijk is dat de redelijk bekwaam en redelijk handelend operateur het toegebrachte letsel tijdens de ingreep zou hebben onderkend (en behandeld) waardoor grote schade voor de patiënt zou zijn voorkomen, de eventuele onzekerheid er niet aan in de weg mag staan dat aansprakelijkheid wordt aangenomen.'*

2.2 Ontoelaatbare gevaarstelling

Er is de nodige jurisprudentie waarbij een hulpverlener aansprakelijk werd gehouden omdat hem valt aan te rekenen een ontoelaatbaar gevaar in het leven te hebben geroepen. Bekende voorbeelden daarvan zijn het St. Willibrord-arrest,¹¹ het bloedprik-

5 LjN BY6446, JA 2013/37.

6 LjN BU9560.

7 LjN BW2983, JA 2012/144 m.nt. mr. P.J. Klein Gunnewiek, TGMA 2005/4.

8 LjN BV1901, JA 2012/55.

9 LjN BU6717, JA 2012/21.

10 LjN BV9542, JA 2012/106.

11 HR 16 juni 2000, LjN AB0382, NJ 2001/584 m.nt. S.F.M. Wortmann, RvdW 2001/60.

arrest¹² en het De Heel/Korver-arrest¹³. Bij deze vorm van aansprakelijkheid wordt het handelen van de hulpverlener veelal getoetst aan de kelderluikcriteria.¹⁴ Aan de hand hiervan wordt dan beoordeeld of de hulpverlener meer risico heeft genomen dan redelijkerwijs verantwoord was. De vraag is echter of de kelderluikcriteria wel geschikt zijn om medisch inhoudelijk beleid te toetsen. Bij elk medisch beleid zal immers een bepaald gevaar voor schade voor lief moeten worden genomen. Als zich vervolgens een van de risico's van dat beleid verwezenlijkt, kan een zuiver juridische beoordeling van dat beleid aan de hand van de kelderluikcriteria te beperkt zijn. In dat geval wordt immers niet of nauwelijks rekening gehouden met de binnen de beroepsgroep geldende normen, terwijl dat bij een beoordeling van de vraag of er onzorgvuldig is gehandeld een belangrijke rol speelt. Hierdoor kan een toetsing op basis van de kelderluikcriteria ook uit de pas lopen met het beleid dat van een redelijk handelend beroepsgenoot had mogen worden verwacht. Dit kwam ook in het arrest van de Hoge Raad van 9 december 2011¹⁵ naar voren. In die zaak ging het om de vraag of het Flevoziekenhuis aansprakelijk was voor het optreden van een hypoglycemie (te laag suikergehalte in het bloed) van een baby van enkele dagen oud. Als gevolg van de hypoglycemie had het patiëntje een ernstige psychomo-

toire retardatie met spasticiteit en cerebrale stoornissen opgelopen. De ouders hielden het ziekenhuis hiervoor aansprakelijk, dit omdat het glucosebeleid van de kinderarts onzorgvuldig was. Voorafgaand aan de procedure had een voorlopig deskundigenbericht plaatsgevonden waarbij een kinderarts-neonatoloog had gerapporteerd. Deze concludeerde dat er destijds (1996) geen consensus was over het te voeren beleid en gaf o.a. aan dat het de voorkeur had verdiend als de kinderarts na het toedienen van de glucoses zijn beleid had gecontroleerd door de glucosespiegel in het bloed te bepalen. Er waren echter ook twee medische rapporten die door de medisch adviseur van de verzekeraar waren aangevraagd en waarin werd aangegeven dat het beleid wel de toets der kritiek kon doorstaan. Het Hof wees de vordering af en concludeerde dat de geconstateerde glucosewaarden indertijd (anders dan nu) niet als alarmerend hoefden te worden beschouwd. Over het te volgen beleid bestond destijds geen consensus en er zijn in 1996 geen geldende algemene regels aan te wijzen waarvan kan worden gezegd dat deze door de kinderarts waren geschonden, aldus het Hof. De ouders stelden cassatie in. A-G Rank-Berenschot concludeerde tot vernietiging van het arrest. Zij betoogde dat bij de beantwoording van de vraag of het nalaten van controle op ingezet beleid in strijd is met goed hulpverlenerschap, onder omstandigheden plaats kan zijn voor analoge toepassing van de kelderluikcriteria (zie r.o. 2.8). Het Hof was in haar visie ten onrechte niet ingegaan op het expliciete beroep van de ouders op de kelderluikmaatstaf. Zij hadden in dat kader aangevoerd dat daling van de glucosewaarde voorkomen diende te worden met het oog op de gereede kans van zeer ernstig letsel bij het kind en dat controle van de bloedwaarde een routinematige en derhalve niet bezwaarlijke voorzorgsmaatregel vormde. De Hoge Raad volgde de A-G niet. Het Hof had zich terecht de vraag gesteld of het gevoerde beleid in 1996 van een redelijk bekwaam en redelijk handelend kinderarts mocht worden verwacht. Het Hof heeft daarbij begrijpelijkerwijze, aldus de Hoge Raad, van belang geoordeeld hetgeen met betrekking tot het glucosebeleid bij de pasgeborene in 1996 bekend was en heeft uit

12 HR 6 november 1981, LJN AG4257, NJ 1982/567 m.nt. CJHB, RvdW 1981/143.

13 HR 13 januari 1995, LJN ZC1611, NJ 1997/175 m.nt. CJHB, RvdW 1995/31, VR 1995/96.

14 Kelderluikcriteria zijn geformuleerd in het kelderluik-arrest (HR 5 november 1965, LJN AB7079, NJ 1966/136). In dat arrest werd de beoordeling of de vereiste zorgvuldigheid was betracht getoetst aan vier criteria:

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

15 LJN BT2921, NJ 2011/599, NJB 2012/14, RvdW 2011/1547.

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

hetgeen daarover door de deskundige was gerapporteerd eveneens begrijpelijkerwijze afgeleid dat te dien aanzien geen sprake was van één beleid.

2.3 Niet nakomen van een protocol

Sinds het zogeheten Trombose-arrest¹⁶ is het vaste rechtspraak dat afwijking van een protocol aansprakelijkheid schept, tenzij dit afwijken door de arts kan worden beargumenteerd.¹⁷ Dat een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot, voor wie dat protocol niet geldt, wellicht tot hetzelfde beleid had kunnen komen, doet daar in de visie van de Hoge Raad niet aan af. De patiënt mag er aanspraak op maken dat het protocol wordt nageleefd. In het vonnis van de Rechtbank Arnhem d.d. 18 april 2012 wordt dat nog eens bevestigd.¹⁸ In dat geval ging het om een behandeling van een traumapatiënt in het Ziekenhuis Rivierenland te Tiel. Het ziekenhuis hanteerde voor de opvang en behandeling van deze patiënten een protocol, welk protocol door het ziekenhuis was overgenomen van het Universitair Medisch Centrum te Utrecht (UMCU). De organisatie en ervaring in Ziekenhuis Rivierenland waren echter niet voldoende om die traumapatiënten daadwerkelijk conform dat protocol op te vangen. De deskundige concludeerde dat daar waar de betrokken hulpverleners van het protocol waren afgeweken omdat de organisatie niet voldeed, zij niettemin wel hadden gehandeld conform hetgeen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam hulpverlener onder gelijke omstandigheden had mogen worden verwacht. Bij het begrip onder gelijke omstandigheden had de deskundige aangegeven dat het dan ging om het werkzaam zijn in een perifeer ziekenhuis dat niet is ingericht op c.q. weinig ervaring heeft met de opvang van slachtoffers met hoge energetische trauma's. De recht-

bank nam desondanks toch aansprakelijkheid aan. Van een ziekenhuis dat een protocol heeft aangenomen mag worden verwacht dat het zijn organisatie zo inricht dat overeenkomstig het protocol kan worden gehandeld, behoudens afwijkingen die nodig of op zijn minst verdedigbaar zijn voor de behandeling van de specifieke patiënt. Onder dergelijke afwijkingen valt niet de situatie dat het ziekenhuis qua organisatie en ervaring niet in staat is een patiënt op te vangen conform het door het ziekenhuis zelf aangenomen protocol, aldus de rechtbank. Zie voor een voorbeeld waarbij het ziekenhuis welke kon motiveren dat het was afgeweken van een standaardprocedure die de toepasselijke richtlijn voorschreef, het vonnis van de Rechtbank Amsterdam d.d. 7 december 2011.¹⁹ In dat geval werd de aansprakelijkheid van het AVL afgewezen voor het verrichten van een borstamputatie beiderzijds. De patiënte stelde dat de richtlijn een mamma-sparende therapie voorschreef en dat daarom slechts het aangedane borstweefsel had moeten worden verwijderd. Omdat het AVL kon motiveren waarom het gevoerde beleid voor de situatie van de patiënt passend was, was niet komen vast te staan dat er door het AVL toerekenbaar was tekortgeschoten. In hoger beroep werd de uitspraak bevestigd.²⁰

2.4 Schending veiligheidsnorm

Er is in de rechtsleer geen consensus over de vraag of een onzorgvuldig uitgevoerde geneeskundige behandeling ook een schending van een veiligheidsnorm kan opleveren. Omdat bij een schending van een verkeers- of veiligheidsnorm een zeer ruime toerekening gerechtvaardigd is, kan dat onderscheid van belang zijn. De meest gangbare mening is dat dit onder bijzondere omstandigheden wel het geval kan zijn.²¹ Het aantal voorbeelden waarbij de rechter oordeelt dat de arts bij de uitvoering van een geneeskundige behandeling (tevens) een veiligheids-

16 HR 2 maart 2001, LjN AB0377, NJ 2001/649 m.nt. F.C.B. van Wijmen, JOL 2001/160, RvdW 2001/62, VR 2001/119.

17 Anderzijds is het ook niet zo dat het volgen van een protocol zonder meer betekent dat de arts juist heeft gehandeld (zie HR 1 april 2005, LjN AS6006, NJ 2006/377 m.nt. HJS, JA 2005/42, RvdW 2005/50, VR 2007/36).

18 LjN BW5046.

19 LjN BV1236, JA 2012/54.

20 Hof Amsterdam 12 maart 2013, LjN BZ6703.

21 Een bekend voorbeeld waarbij schending van een veiligheidsnorm werd aangenomen is het De Heel/Korver-arrest (HR 13 januari 1995, LjN ZC1611, NJ 1997/175 m.nt. CJHB, RvdW 1995/31, VR 1995/96).

norm heeft geschonden is in elk geval beperkt. Een van de voorbeelden waarbij dat wel werd aangenomen, is de deelgeschilbeschikking van de Rechtbank Utrecht d.d. 24 oktober 2012.²² Het ging in die zaak om een huisarts die een patiënte Reductil, een geneesmiddel om af te vallen, had voorgeschreven. Als bijwerking van dit middel kan een hypertensie (hoge bloeddruk) optreden. In verband hiermee werd in het zogeheten Farmacotherapeutisch Kompas, een gezaghebbend naslagwerk op het gebied van voorschrijven van geneesmiddelen, geadviseerd periodiek de hartfrequentie en de bloeddruk te controleren. De huisarts had echter verzuimd deze controles uit te voeren. De rechtbank beschouwde dat als de schending van een veiligheidsnorm en overwoog ter zake als volgt: *'Het Farmacotherapeutisch Kompas waarop patiënt zich beroept geeft waarschuwingen en voorzorgen die de arts bij het voorschrijven van Reductil in acht dient te nemen. Het Farmacotherapeutisch Kompas is weliswaar geen protocol of een interne gedragsregel, maar de waarschuwingen en voorzorgen zijn dwingend geformuleerd en niet voor meerdere uitleg vatbaar. Er is sprake van een aanbevolen handelwijze die voldoende concreet is om te kunnen worden aangemerkt als een veiligheidsnorm die de arts bij het voorschrijven van Reductil in acht dient te nemen.'* De deelgeschilrechter nam aan dat de schending van deze veiligheidsnorm ertoe had geleid dat de later bij patiënt geconstateerde hypertensie was opgetreden en dat als gevolg van hypertensie de cerebrovasculaire schade bij patiënt was ontstaan.

2.5 Schending toezichthoudende taak

Een (psychiatrisch) ziekenhuis is verplicht om voldoende toezicht te houden op een psychiatrisch patiënt indien de mogelijkheid bestaat dat deze schade aan derden of zichzelf zal toebrengen. De omvang van deze plicht wordt bepaald door enerzijds de risico's die de patiënt, gezien de aard van zijn stoornis veroorzaakt en anderzijds de bezwaarlijkheid van voorzorgsmaatregelen. Dit heeft de Hoge Raad reeds in het arrest 't Ruige Veld/Univé²³ bepaald. In dat arrest werd aansprakelijkheid van

jeugdpsychiatrisch ziekenhuis 't Ruige Veld aangenomen voor de schade ten gevolge van brand die door de uit zijn inrichting ontsnapte minderjarige was gesticht. Ook in de jurisprudentie in de periode waarop deze kroniek betrekking heeft was de aansprakelijkheid voor een instelling wegens een gebrek aan toezicht aan de orde. Dat speelde onder andere in het vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage d.d. 15 februari 2012.²⁴ In die zaak ging het om een patiënt die met een inbewaringstelling (IBS) gedwongen was opgenomen op een gesloten afdeling van de Parnassia Bavogroep. De patiënt wist te ontsnappen door vanuit een patio (een bemuurde binnenplaats die was begrensd door circa 5 meter hoge muren met ramen) op het dak te klimmen. Ruim twee maanden (69 dagen) later legde de patiënt zijn beide onderarmen op de spoorrails waarna deze door een passerende trein werden afgesneden. De patiënt stelde een vordering in tegen de Parnassia Bavogroep omdat deze onvoldoende toezicht had uitgeoefend. De rechtbank wees de vordering af wegens het ontbreken van causaal verband. De rechtbank nam aan dat zonder de ontsnapping de patiënt binnen vier weken uit de gedwongen opname zou zijn ontslagen en dat in dat geval de automutilatie die geruime tijd nadien plaatsvond (> 40 dagen) niet zou zijn voorkomen. In het vonnis van de Rechtbank Leeuwarden d.d. 6 juni 2012²⁵ werd het houden van toezicht als een bijzondere zorgplicht van de zorginstelling beschouwd. In die zaak stelde de curator van een verstandelijk gehandicapte patiënte zorginstelling Talant aansprakelijk voor seksueel misbruik door een medepatiënt. De rechtbank nam aan dat op de zorginstelling, gezien de verhoogde kwetsbaarheid van personen met een verstandelijke beperking, een (ongeschreven) bijzondere zorgplicht rustte ten aanzien van de gezondheid en veiligheid van personen met een verstandelijke beperking die aan haar zorg zijn toevertrouwd en onder haar toezicht staan. Dit betreft een inspanningsverplichting. Het enkele feit dat er volgens de curator van patiënte ongewenst seksueel

22 L/JN BY1151, GJ 2013/2, RAV 2013/20.

23 HR 12 mei 1995, L/JN ZC1725, NJ 1996/118 m.nt. JdB, RvdW 1995/110.

24 L/JN BV6803, JA 2012/76, NJF 2012/128, VR 2012/128.

25 L/JN BW8279, GJ 2012/101.

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

contact had plaatsgevonden met een medepatiënt wil nog niet zeggen dat Talant haar bijzondere zorgplicht had geschonden. Van een schending van de bijzondere zorgplicht zou bijvoorbeeld sprake kunnen zijn indien Talant geen of te weinig oog had voor het gevaar van seksueel overschrijdend gedrag jegens patiënte of indien de concrete situatie noopte tot het nemen van specifieke (beleids)maatregelen, die Talant vervolgens niet had genomen. Het was aan de curator om dit te stellen en te bewijzen.

In het vonnis van de Rechtbank Den Haag d.d. 15 maart 2013²⁶ werd een vergaande zorgplicht van de Staat aangenomen voor een uit huis geplaatste minderjarige. Het ging in die zaak om een 16-jarige jongen met ADHD respectievelijk PDD-NOS die in 2001 na overleg met Jeugdzorg door de kinderrechter uit huis was geplaatst en werd opgenomen in inrichting 'Het Poortje'. De rechtbank was van oordeel dat de behandeling in de inrichting in de periode mei 2001 tot en met september 2001 tekort had geschoten. Dit doordat er in die periode een voor patiënt noodzakelijke behandelomgeving (behandelgroep) ontbrak. Dat diende de Staat, die verantwoordelijk was voor de behandeling van de toen 16-jarige, en aan wiens zorg hij was toevertrouwd, te worden aangerekend. Dat in Het Poortje in die periode als gevolg van een aanzienlijke uitstroom van jongens geen reële behandelomgeving meer voorhanden was, komt voor risico van de Staat. De Staat had onverwijld maatregelen moeten nemen om in een andere instelling wel de noodzakelijk geachte behandeling te kunnen bieden. De vordering werd overigens wegens verjaring afgewezen.

2.6 Gebrekkige hulpzaak

In de periode waarop de kroniek betrekking heeft werden de nodige uitspraken gewezen waarbij de hulpverlener aansprakelijk werd gehouden voor gebruikmaking van een gebrekkige hulpzaak. Een voorbeeld daarvan is het arrest van het Hof 's-Gravenhage d.d. 18 september 2012.²⁷ Daar

ging het om een patiënte bij wie in het LUMC een nieuw type mechanische kunsthartklep van het merk Medtronic was geïmplanteerd. Na plaatsing bleek deze intermitterend niet volledig te sluiten (= intermitterend regurgitation IR), hetgeen met enige lekkage gepaard ging. In verband met de hapering werd een heroperatie uitgevoerd, waarbij een nieuwe klep uit dezelfde serie werd geplaatst. Ook deze vertoonde bij een controle na een halfjaar IR. De patiënt stelde het LUMC aansprakelijk voor het gebruik maken van een gebrekkig hulpmiddel en producent Medtronic op grond van productaansprakelijkheid. Aangezien enige lekkage altijd voorkomt en deze niet van klinische betekenis was, was geen sprake van een gebrekkig product en werd de vordering jegens de producent door het hof afgewezen. Ook de vordering jegens het LUMC werd afgewezen. Het hof overwoog daarbij onder meer dat het LUMC geen enkele reden had om aan de veiligheid van de geplaatste klep te twijfelen. Dat voor de hartklep nog geen wereldwijde goedkeuring was verkregen, maakte dit niet anders. Dit gold evenmin voor het feit dat het LUMC normaal gesproken kleprotheses van het merk St. Jude implanteerde. Het hof overwoog dat het LUMC 'in redelijkheid' tot de keuze van de geplaatste hartklep had kunnen komen. Dit mede gelet op het feit dat de hartklep gecertificeerd was met een CE-keurmerk, dat er eind 2003 al ruim duizend hartkleppen waren geïmplanteerd en dat in de beschikbare vakliteratuur positieve onderzoeksresultaten werden gerapporteerd.

In het vonnis van de Rechtbank Maastricht d.d. 19 oktober 2011²⁸ werd evenmin aangenomen dat sprake was van een gebrekkig product. In die uitspraak werd geen aansprakelijkheid van een plastisch-chirurgische kliniek jegens een patiënte aangenomen bij wie beiderzijds de borstprotheses kapot waren gegaan. De rechtbank oordeelde dat de protheses niet gebrekkig waren. Daarbij was van belang dat de borstimplantaten acht jaar na plaatsing

26 LJN CA1884.

27 LJN BX8413, JA 2012/212, JGR 2013/8, TvGR 2012/41.

28 Ongepubliceerd, zaaknr. 156937 / HA ZA 10-1362.

waren gaan lekken en de patiënt vooraf op dat risico was gewezen.²⁹

Een voorbeeld waarbij wel sprake was van een gebrekkige hulpzaak maar desondanks geen aansprakelijkheid van het ziekenhuis werd aangenomen, is het vonnis van de Rechtbank Arnhem d.d. 28 november 2012.³⁰ In die zaak ging het om een patiënt die in 1992 voor een netvliesloslating was behandeld met een zogeheten Miragelplombe. De plombe had tot een chronische overgevoeligheid c.q. infectie geleid. In 1995 was de Miragelplombe uit de handel genomen. Op basis van het deskundigenbericht kwam echter vast te staan dat de behandeling conform 'the state of the art' was en dat het opgetreden negatieve langetermijnsrisico van de Miragelplombe destijds (nog) niet bekend was. De rechtbank overwoog dat de Miragelplombe ongeschikt was voor het beoogde doel. Dit omdat bij 10 procent complicaties optreden en bij een deel van de 10 procent de complicaties die zich in dit geval hadden voorgedaan. Hoewel dat een tekortkoming in de behandelingsovereenkomst opleverde, achtte de rechtbank het in de gegeven omstandigheden niet redelijk dit aan het ziekenhuis toe te rekenen. Zij achtte van belang dat aansprakelijkheid van de producent zou afstuiten op deze onbekendheid (zie artikel 6:185 lid 1 aanhef en onder e BW). Het zou dan niet redelijk zijn als het ziekenhuis op grond van artikel 6:77 BW hiervoor wel aansprakelijk kon worden gehouden. *'Daarnaast brengen de verkeersopvattingen mee dat nu het ziekenhuis in 1992 niet wist of kon weten van dat gebrek terwijl het in die tijd state of the art was om deze plombe te verkiezen boven de twee andere voorhanden plombes de tekortkoming niet aan het ziekenhuis kan worden toegerekend'*, aldus de rechtbank. Zoals ik reeds in de vorige kroniek heb opgemerkt, is onzeker of het door de wetgever in de parlementaire geschiedenis bij artikel 6:77 BW en de WGBO

bepleite uitgangspunt dat het ziekenhuis in de regel niet aansprakelijk is voor gebrekkige hulpzaken achterhaald is. In de rechtsleer wordt dat wel veelvuldig verkondigd.³¹ Deze uitspraak wijst echter niet in die richting.

2.7 Aansprakelijkheid van de producent

De producent is aansprakelijk voor in het verkeer brengen van een product met een gebrek. Een product is gebrekkig, aldus artikel 6:186 BW, indien het niet de veiligheid biedt die daarvan mag worden verwacht, alle omstandigheden in aanmerking genomen en meer in het bijzonder:

- a. de presentatie van het product;
- b. het redelijkerwijs te verwachten gebruik daarvan;
- c. het tijdstip waarop het in het verkeer werd gebracht.

Dit gebrekcriterium brengt met zich mee dat een op zichzelf deugdelijk product door een onvolkomen presentatie gebrekkig kan zijn. Het omgekeerde geldt ook. Hoewel sigaretten en alcohol ongetwijfeld geen veiligheid bieden worden deze in het algemeen toch niet als gebrekkige producten gezien. Dat de productaansprakelijkheid van een geneesmiddelenfabrikant die niet waarschuwt voor ernstige risico's zeer ver gaat, is reeds gebleken uit het zogeheten Halcion-arrest van de Hoge Raad van 30 juni 1998.³² In die zaak werd aansprakelijkheid van fabrikant Upjohn voor het in het verkeer brengen van het slaapmiddel Halcion aangenomen, omdat niet was gewaarschuwd voor ernstige bijwerkingen (zelfmoordneigingen, depersonalisatie en panische angsten), ook al was de frequentie daarvan gering. Ook in de uitspraak van de Rechtbank Utrecht d.d. 5 december 2012³³ werd een vergaande

29 Zie ook Rb. Maastricht 29 mei 2013 (ongepubliceerd, C103/177939 / HA RK 13-8) waarin de deelgeschil-rechter oordeelde dat de vraag of een ziekenhuis aansprakelijk was voor lekkende borstimplantaten (van het merk PIP) zich niet voor beslechting in een deelgeschil leende.

30 LJN BY6606, JA 2013/27, JGR 2013/20, EeR 2013/1.

31 Zie o.a. A.J. Van, 'De aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen – Implanon revisited', TvP 2011, p. 44-49 en R.P. Wijne 'Hoe het nu (echt) zit met de aansprakelijkheid als de arts of ziekenhuis als contractspartij van de patiënt gebruik maakt van een ongeschikte hulpzaak', L&S 2011, p. 6-17.

32 LJN ZC2842, NJ 1999/652, m.nt. PAS, RvdW 1999/27.

33 LJN BY7842, NJF 2013/73, JGR 2013/9 m.nt. E.R. Vollebregt.

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

aansprakelijkheid van een geneesmiddelenfabrikant aangenomen. Het ging in die zaak om een patiënt die vanaf 1997 het middel Permax (een middel tegen parkinson) gebruikte. Kort nadien liep zijn relatie stuk, raakte hij aan de drank en werd seks- en gokverslaafd. In 2006 werd de bijsluiter Permax gewijzigd. Toegevoegd werd de passage: *'Patiënten die behandeld werden met Dopamine agonisten voor de behandeling van parkinson, Permax inbegrepen, lieten bij hoge doseringen tekenen van pathologisch gokken, libido toename en hyperseksualiteit zien'*. De patiënt stelde de producent aansprakelijk voor smartengeld, wegens gederfde levensvreugde en vorderde daarnaast een schadevergoeding van bijna € 500.000 wegens gokschulden. De rechtbank nam in beginsel aansprakelijkheid van de producent aan. Omdat destijds niet voor het risico van gokverslaving was gewaarschuwd, was het product gebrekkig, aldus de rechtbank. De rechtbank nam daarbij aan dat de gokverslaving door het Permaxgebruik was ontstaan en achtte voorts aannemelijk dat de onbekendheid met Permax als oorzaak van de verslaving het voor patiënt moeilijker had gemaakt om zijn verslaving beheersbaar te maken. De rechtbank liet de producent nog wel toe te bewijzen dat hij gelet op de beschikbare informatie niet op de hoogte kon en behoefde te zijn van het bestaan van een relatie tussen dopamine agonisten en het ontstaan van een gokverslaving. De fabrikant werd met andere woorden nog wel toegestaan een 'state of the art' verweer (ook wel het ontwikkelingsrisico-verweer genoemd) als bedoeld in artikel 6:185 lid 1 onder e BW te bewijzen. Een dergelijk verweer slaagt slechts indien het met de stand van de wetenschap en technische kennis van dat moment 'onmogelijk' was het bestaan van het gebrek te onderkennen. Gelet op het feit dat dit risico kennelijk ook aan andere dopamine agonisten kleefde, lijkt dit voor de fabrikant bepaald geen gunstige bewijspositie.

Een andere zaak op het gebied van aansprakelijkheid van de producent is het vonnis van de Rechtbank Oost-Brabant d.d. 16 januari 2013.³⁴ In die zaak ging het om vier Indiase hartpatiënten die van

Occam, een producent van stents,³⁵ schadevergoeding vorderden. Patiënten verweten Occam dat zij door middel van haar Indiase distributeur aan een illegaal medisch testprogramma zouden hebben meegedaan, zonder hen daarover te informeren. De patiënten stelden dat zij ervan uitgingen dat sprake was van een normale medische behandeling en dat hun pas later duidelijk was geworden dat het om een nieuw middel ging dat op hen was getest. De rechtbank oordeelde dat op de vordering Indiaas recht van toepassing was, dat net als het Nederlandse recht tot uitgangspunt neemt dat degene die een vordering instelt de feiten moet aanvoeren die zijn vordering ondersteunen. Aangezien de patiënten onvoldoende feiten hadden aangedragen die hun vordering konden dragen, werd de vordering afgewezen. De rechtbank overwoog daarbij onder meer dat geenszins vaststond dat Occam willens en wetens (illegaal) experimenteel onderzoek zou hebben laten plaatsvinden. De enkele omstandigheid dat aan het product geen CE-markering of ander keurmerk was toegekend, en dat het bijgevolg in sommige landen nog niet was toegelaten betekent niet dat het dus als experimenteel moet worden aangemerkt. Niet gesteld was dat en waarom het uit veiligheidsoogpunt niet verantwoord was dat de Occam stent in India reeds beschikbaar was gesteld voor normaal gebruik alvorens de CE-markering werd verkregen. Ook de Indiase geneesmiddelenwetgeving stond aan dit normale gebruik niet in de weg, aldus de Rechtbank.

2.8 Ontbreken van informed consent

In de jurisprudentie uit de periode waarop de kroniek betrekking heeft, zijn de nodige uitspraken te vinden waarbij de patiënt een vordering instelt wegens schending van informed consent. Opmerkelijk is de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam d.d. 23 januari 2013.³⁶ Het ging in die zaak namelijk niet om de standaard situatie dat de patiënt de arts verweet dat hij niet was geweest op de risico's van de behandeling, maar om een niet juiste voorlichting

35 Een stent is een metalen buisje om een bloedvat open te houden.

36 LJN BZ2397, JA 2013/66 m.nt. R.W.M. Giard.

34 LJN BY9062, JGR 2013/17 m.nt. E.R. Vollebregt.

over zijn kwalificaties. De patiënte had in een Belgische kliniek een borstvergrotende operatie laten uitvoeren door een Nederlandse arts.³⁷ De arts had zich jegens haar gepresenteerd als 'borstchirurg' terwijl hij in werkelijkheid gynaecoloog was. Hierdoor had hij naar het oordeel van de rechtbank ten onrechte de onjuiste indruk gewekt dat hij gerechtigd was de specialistentitel 'plastisch' chirurg te voeren. De rechtbank overwoog daarbij dat als het gaat om zo iets wezenlijks als het aan de arts toestemming verlenen voor een te verrichten operatie, het essentieel is dat die arts geen onjuist beeld creëert of laat bestaan omtrent zijn kwalificaties. Aangenomen werd dat de kliniek aansprakelijk was voor de schade die patiënte had geleden voor het feit dat zij door de arts niet correct was voorgelicht over zijn kwalificaties. De rechtbank achtte aannemelijk dat patiënte geen toestemming voor de borstvergroting zou hebben gegeven indien zij erover was geïnformeerd dat de arts geen plastisch chirurg maar gynaecoloog was. Aangezien patiënte niet stelde dat zij van de borstvergroting zou hebben afgezien indien zij correct zou zijn geïnformeerd, maar enkel dat zij in dat geval de operatie niet door de gynaecoloog had laten uitvoeren, benoemde de rechtbank een deskundige. De rechtbank overwoog daarbij dat indien uit het deskundigenrapport aannemelijk zou worden dat de opgetreden complicaties ook zouden zijn opgetreden indien patiënte wel door een plastisch chirurg was geopereerd, het causale verband ontbrak tussen het niet correct geïnformeerd zijn over de kwalificaties van de operateur en de gestelde schade.

In het vonnis van de Rechtbank Arnhem d.d. 9 december 2012³⁸ werd nogmaals benadrukt dat de informatieplicht van de arts niet onbeperkt is. Het ging in die zaak om een operatieve ingreep aan een zogenaamde triggerduim waarna patiënt heftige pijnklachten ontwikkelde. De rechtbank overwoog dat de informatieverplichting van de hulpverlener

niet zo ver gaat dat die ook moet informeren over complicaties die zelden ontstaan en die ook zelden zulke ernstige gevolgen hebben als in dit geval.³⁹ Dit is niet anders, aldus de rechtbank, indien de patiënt actief naar de risico's van de ingreep heeft gevraagd. Deze vraag maakt namelijk niet dat de verplichting die op grond van artikel 7:448 BW op het ziekenhuis rust wellicht ruimer moet worden opgevat en wel zodanig dat patiënt van alle mogelijke risico's van de ingreep op de hoogte moest worden gesteld, aldus de rechtbank.

Voor een geslaagde vordering tot schadevergoeding wegens het ontbreken van informed consent dient het causaal verband tussen het gebrek aan informatie en de schade vast te staan. Sinds de arresten van de Hoge Raad d.d. 23 november 2002⁴⁰ is het daarbij vaste rechtspraak dat het de patiënt is die moet stellen en bewijzen dat hij als redelijk handelend patiënt, dan wel om redenen van persoonlijke aard van de ingreep zou hebben afgezien. Dat bij medisch geïndiceerde ingrepen dit bewijs niet snel te leveren is, wordt in het vonnis van de Rechtbank Rotterdam d.d. 18 april 2012⁴¹ nog eens benadrukt. In die zaak ging het om een patiënt die kampte met een slokdarmvernauwing die werd opgerekt en waarbij een perforatie ontstond. Alvorens te kunnen beoordelen of patiënt in geval van volledige(r) informatie niet voor de ingreep zou hebben gekozen, achtte de rechtbank het van belang dat zij over de risico's en alternatieven door een onafhankelijk deskundige zou worden voorgelicht. De rechtbank overwoog daarbij dat het in de rede ligt tot uitgangspunt te nemen dat een adequaat geïnformeerde patiënt een rationele belangenafweging zal maken waarbij het door de hulpverlener aan de patiënt verstrekte advies zwaar zal wegen.

37 De rechtbank oordeelde dat het Belgische recht van toepassing was, maar ging er (vooralsnog) van uit dat het Belgische recht op relevante punten in grote lijnen overeenkwam met het Nederlandse recht.

38 L/JN BU7458.

39 Zo ook Rb. Roermond 25 april 2012. De arts hoeft patiënt niet te wijzen op het risico van een zenuwbeschadiging als gevolg van een knieoperatie indien dat risico 'zeer weinig' voorkomt.

40 L/JN AB2737, NJ 2002/386 m.nt. J.B.M. Vranken, JOL 2001/683, RvdW 2001/188, VR 2002/176, en L/JN AD3963, NJ 2002/387 m.nt. J.B.M. Vranken, JOL 2001/684, VR 2003/114.

41 L/JN BW4629, GJ 2012/82.

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

2.9 Bijzondere vormen van aansprakelijkheid

Een bijzondere vorm van aansprakelijkheid was aan de orde in het vonnis van de Rechtbank Leeuwarden d.d. 29 juni 2012.⁴² In die zaak had een arts zijn collega's aansprakelijk gesteld voor het feit dat een patiënt een tuchtklacht tegen hem had ingediend, waardoor hij kosten van rechtsbijstand had gemaakt en stelde reputatieschade te lijden. De arts in kwestie was als kno-arts werkzaam geweest in het Medisch Centrum Leeuwarden en had zijn vordering ingesteld tegen zijn collega kno-artsen en voormalig mede-maatschapsleden. Het ging in die zaak om een tumor (adenocarcinoom) van de neus welke diagnose door de eisende kno-arts was gesteld en waarvoor hij een expectatief beleid adviseerde. Zonder de eisende kno-arts hierover te informeren werd dit beleid door zijn collega's aangepast en werd patiënt geopereerd. Dit resulteerde in een tuchtklacht jegens de kno-arts, welke gegrond werd verklaard. De vordering tegen de collega's werd afgewezen. Het enkele feit dat de collega's van de kno-arts hadden verzuimd hun collega over de wijziging van het behandelbeleid te informeren, brengt nog niet met zich mee dat zij in strijd hebben gehandeld met hetgeen volgens de regels van ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Dat het uit het oogpunt van collegialiteit – en wellicht in strijd met de gebruikelijke werkwijze – op de weg had gelegen van de collega's om de kno-arts over het gewijzigde beleid te informeren, is hiervoor onvoldoende.

Als bijzondere vorm van aansprakelijkheid valt ook nog te noemen het vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage d.d. 25 april 2012,⁴³ waarbij aansprakelijkheid van de Staat aan de orde was wegens onrechtmatige rechtspraak. Het ging in die zaak om een patiënt met een enkelfractuur die onjuist was behandeld. De patiënt had tegen de kliniek een procedure aanhangig gemaakt bij de Rechtbank Zwolle. De Rechtbank Zwolle had in het kader van die procedure prof. dr. van Kampen benoemd tot deskundige. Deze had verzuimd zijn rapport eerst in conceptvorm aan patiënt voor te leggen met

de vraag of hij dit wenste te blokkeren. Bij eindvonnis d.d. 12 april 2006 van de Rechtbank Zwolle-Lelystad werd de vordering afgewezen. Dit vonnis werd door het Gerechtshof op 18 augustus 2009 bekrachtigd en ook het cassatieberoep van de patiënt werd door de Hoge Raad verworpen. Op 9 september 2011 vorderde de patiënt te verklaren voor recht dat de Staat onrechtmatig jegens hem had gehandeld. Aan de vordering lag onder meer ten grondslag dat de patiënt geen gelegenheid was geboden een beroep te doen op zijn blokkeringsrecht ex artikel 7:464 lid 2 BW. Hoewel Van Kampen als deskundige in de procedure voor de Rechtbank Zwolle-Lelystad ten onrechte zijn rapporten niet vooraf had toegezonden aan patiënt, kon echter niet worden geoordeeld dat de rechtbank zodanig in strijd met fundamentele rechtsbeginselen had gehandeld, dat niet meer gesproken kan worden van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak. Daar kwam bij dat patiënt tegen dit vonnis hoger beroep had ingesteld. Dat patiënt niet in de gelegenheid was geweest zijn grieven tegen het deskundigenbericht c.q. het vonnis in hoger beroep aan de orde te stellen, was niet gebleken.

In de zaak Rechtbank 's-Gravenhage d.d. 4 april 2012⁴⁴ stelde een aangeklaagde hulpverlener het Tuchtcollege 's-Gravenhage aansprakelijk omdat het Tuchtcollege de behandeling van de zaak naar het Tuchtcollege Amsterdam had verwezen. De vordering werd afgewezen. Er was onvoldoende grond om aan te nemen dat het Tuchtcollege onrechtmatig had gehandeld.

3. Causaal verband en toerekening

3.1 Ontbreken van causaal verband

De causaliteit speelt bij het medische aansprakelijkheidsrecht een cruciale rol. Overeenkomstig de hoofdregel van artikel 150 Rv is het aan de patiënt om het causaal verband te stellen en te bewijzen. Niet zelden is dit voor de patiënt het struikelblok waarop hij zijn vordering ziet stranden. Ook de recente jurisprudentie toont daarvan de nodige

42 LJN BX1296, JA 2012/166.

43 LJN BW5432, JA 2012/123, NJF 2012/293.

44 LJN BW2729, TvGR 2012, 23.

voorbeelden. Een voorbeeld waarbij de rechter op basis van feitelijke omstandigheden oordeelde dat het causaal verband ontbrak is het in paragraaf 2.5 beschreven vonnis van de Rechtbank 's-Gravenhage d.d. 15 februari 2012⁴⁵ waarbij een patiënt met een IBS uit de gesloten afdeling van een inrichting wist te ontsnappen en 69 dagen later een ernstige automutilatie verrichte door zijn beide onderarmen door de trein te laten afsnijden. De rechtbank achtte waarschijnlijk dat de patiënt na afloop van de IBS uit de inrichting zou zijn ontslagen en achtte niet aannemelijk dat zonder ontsnapping de patiënt de geruime tijd later verrichte automutilatie niet zou hebben verricht. Een ander voorbeeld is het arrest van het Hof Amsterdam d.d. 15 september 2011.⁴⁶ In die zaak had een arts-assistent neurochirurgie van het VU Medisch Centrum onzorgvuldig gehandeld door een patiënte op basis van de door haar telefonisch geuite klachten niet te ontbieden op de polikliniek. De vordering werd afgewezen wegens het ontbreken van causaal verband. Op basis van het deskundigenbericht was namelijk niet aannemelijk dat patiënte tijdig (binnen 24 uur) zou zijn geopereerd indien zij wel was ontboden. Een ander voorbeeld waarbij geen causaal verband werd aangenomen tussen een delay in de behandeling en de schade is het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch d.d. 4 juni 2013.⁴⁷ In die zaak was ten onrechte op de afdeling spoedeisende hulp van het Admiraal de Ruyter Ziekenhuis niet onderkend dat als gevolg van glasverwonding een buigpees (de flexor pollicis longus) was doorgesneden. Drie weken later werd dit wel onderkend en behandeld. Na de herstelperiode resteerden ernstige beperkingen. De deskundige concludeerde dat in de fictieve situatie dat het peesletsel wel direct zou zijn onderkend en behandeld de uiteindelijke functionele invaliditeit niet anders zou zijn geweest. Derhalve ontbrak het vereiste causaal verband tussen de fout en het restletsel. Overigens werd er wel een smartengeldvergoeding toegekend van € 400 voor de drie weken dat de diagnose was gemist, waardoor patiënt gedu-

rende die periode pijn had geleden en levensvreugde had gederfd.

3.2 Omkeringsregel

Een belangrijke bewijsrechtelijke regel die de patiënt in zijn bewijsnood tegemoet kan komen bij het aantonen van causaal verband, is de omkeringsregel. Ook de recente jurisprudentie laat zien dat in het medisch aansprakelijkheidsrecht voor deze regel een belangrijke rol blijft weggelegd. In het arrest van de Hoge Raad van 23 november 2012⁴⁸ lijkt het er zelfs op dat het toepassingsbereik van de omkeringsregel wordt uitgebreid. In die zaak had een gynaecoloog tijdens een bevalling verzuimd permanente CTG-registratie te verrichten. De baby had ernstig hersenletsel opgelopen. De Hoge Raad was van oordeel dat het Hof Amsterdam op basis van de omkeringsregel terecht het vereiste causaal verband had aangenomen. Aangezien de CTG-registratie strekte tot bescherming tegen een specifiek gevaar (hersenletsel door foetaal zuurstoftekort) en de patiënt ernstig hersenletsel had opgelopen, was het in de visie van de Hoge Raad voldoende aannemelijk dat dit specifieke gevaar zich had verwezenlijkt. Het betoog van de arts dat het Hof ten onrechte niet had nagegaan of de normovertreding dit specifieke gevaar wel in aanmerkelijke mate had verhoogd, vond bij de Hoge Raad geen gehoor. De Hoge Raad oordeelde daarbij dat een dergelijke voorwaarde geen geldend recht is. De Hoge Raad lijkt daarbij afstand te nemen van de arresten van 29 november 2002,⁴⁹ waarin hij had aangegeven dat voor toepassing van de omkeringsregel de kans op het optreden van schade in het algemeen aanmerkelijk moet zijn verhoogd. Hoewel daarmee het toepassingsbereik van de omkeringsregel lijkt te zijn uitgebreid, valt niet te verwachten dat dit een substantiële uitbreiding betreft. In de praktijk lijkt deze voorwaarde

45 LJN BV6803, JA 2012/76, NJF 2012/128, VR 2012/128.

46 LJN BR6420, TGMA 2012/4.

47 LJN CA2219.

48 LJN BX7264, NJ 2012/669, NJB 2012/2476, JA 2013/3 m.nt. J.P.M. Simons, RvdW 2012/1477.

49 LJN AE7345, NJ 2004/304, JBPr 2003, 23 m.nt. mw. prof. mr. C.J.M. Klaassen, RvdW 2002/190, JOL 2002/639, SES 2003/37, VR 2003/43, en LJN AE7351, NJ 2004/305, JBPr 2003, 24 m.nt. mw. prof. mr. C.J.M. Klaassen, JOL 2002/640, RvdW 2002/191, VR 2003/42.

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

geen grote rol te spelen. Er zijn althans geen voorbeelden te noemen waarin toepassing van de omkeringsregel niet werd aanvaard enkel omdat niet aan deze voorwaarde was voldaan en waarvan de uitkomst na dit arrest derhalve vermoedelijk anders zal luiden.

Andere voorbeelden waarbij met een beroep op de omkeringsregel causaal verband werd aangenomen, zijn de beschikking van de Rechtbank Arnhem in het deelgeschil d.d. 20 oktober 2011⁵⁰ (tussen een fout van de gynaecoloog bij de bevalling en een ernstige asfyxie met als gevolg hersenletsel bij het kind) en de beschikking in het deelgeschil van de Rechtbank Utrecht d.d. 24 oktober 2012.⁵¹ Deze uitspraak is de in paragraaf 2.4 besproken uitspraak waarbij de huisarts Reductil had voorgeschreven om af te vallen en waarbij hij had verzuimd de bloeddruk te controleren. De deelgeschilrechter nam aan dat de omkeringsregel van toepassing was op de schending van deze veiligheidsnorm en de opgetreden hypertensie c.q. cerebrale schade.

In het Seresta-arrest⁵² heeft de Hoge Raad bepaald dat de enkele schending van de norm van een goed hulpverlener te algemeen is om toepassing van de omkeringsregel te rechtvaardigen. Ook de recente jurisprudentie laat voorbeelden zien waarbij de normovertreding niet voldoende specifiek werd geacht om toepassing van de omkeringsregel te rechtvaardigen. Een voorbeeld is de uitspraak van de Rechtbank Maastricht d.d. 5 september 2012.⁵³ In die zaak was door een neuroloog in het AZM mogelijk een caudasyndroom gemist. De verslaglegging was volgens de deskundige te summier. Gelet hierop werd aangenomen dat wezenlijke onderzoeken niet volledig, althans niet adequaat hadden plaatsgevonden waardoor er ook geen zekerheid was dat er tijdens het onderzoek niet reeds sprake was van een beginnend caudasyndroom. De door de arts geschonden algemene zorgvuldigheidsnorm was

niet voldoende specifiek om de omkeringsregel te kunnen toepassen. De onzekerheid of reeds sprake was van een beginnend caudasyndroom kwam echter wel voor rekening en risico van het ziekenhuis, aldus de rechtbank, zodat toch een causaal verband werd aangenomen. Aangezien niet wetenschappelijk was aangetoond dat eerder ingrijpen tot minder neurologische uitval zou hebben geleid, werd het AZM voor 70 procent aansprakelijk geacht.

Een ander voorbeeld is het arrest van het Hof Leeuwarden d.d. 17 april 2012.⁵⁴ In dat arrest benadrukte het hof dat de schending van de algemene norm van artikel 7:453 BW te algemeen is om toepassing van de omkeringsregel te rechtvaardigen, hetgeen zelfs het geval zou zijn als het gaat om een veiligheidsnorm, aldus het hof. Het hof overwoog daarbij dat ook bij schending van een veiligheidsnorm geldt dat de norm bescherming moet bieden tegen een specifiek gevaar en dat dit gevaar zich heeft gerealiseerd (r.o. 22).

3.3 Toerekeningsfase en kansschade

Bij de beoordeling of een arts aansprakelijk is, wordt gekeken of er voldoende causaal verband bestaat tussen de kunstfout en de daardoor opgetreden schade. Bij deze causaliteitsvraag kan een onderscheid worden gemaakt tussen de vestigingsfase en de omvangsfase, ook wel toerekeningsfase genoemd. In de vestigingsfase wordt beoordeeld of er een *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de kunstfout en het letsel van de patiënt. Bij de toerekeningsfase wordt gekeken of de schade, alle omstandigheden in aanmerking genomen, aan de arts kan worden toegerekend. Tot nu toe was er in het medische aansprakelijkheidsrecht eigenlijk alleen aandacht voor de vestigingsfase. In die fase speelt de bewijsnood met betrekking tot het *condicio sine qua non*-verband en ook de omkeringsregel heeft uitsluitend op die fase betrekking. Het enkele feit dat met de omkeringsregel het vereiste causaal verband kan worden aangetoond, wil dan ook niet zeggen dat de schade volledig aan de normovertreding kan worden toegerekend. Dit blijkt ook uit het

50 LJV BU4405, JA 2012/16, RAV 2012/17.

51 LJV BY1151, GJ 2013/2, RAV 2013/20.

52 HR 19 maart 2004, LJV AO1299, NJ 2004/307 m.nt. DA, JBPr 2004/24 m.nt. mw. prof. mr. C.J.M. Klaassen, JOL 2004/152, RvdW 2004/53.

53 LJV BY3180.

54 LJV BW2983.

arrest van het Hof Arnhem d.d. 2 september 2012.⁵⁵ Dat arrest is het vervolg op het asfyxie-arrest van de Hoge Raad van 7 december 2007.⁵⁶ In dat arrest had de Hoge Raad een arrest van het Hof Leeuwarden, waarin geoordeeld was dat de omkeringsregel niet van toepassing was, vernietigd. Dit omdat dit oordeel ontoereikend was gemotiveerd. In die zaak stond vast dat de gynaecoloog een fout had gemaakt door niet eerder een keizersnede te verrichten. Onzeker was echter of daarmee ook het hersenletsel was voorkomen dat bij de baby was opgetreden. De zaak werd door de Hoge Raad terugverwezen naar het Hof Arnhem. Gelet op het oordeel van de Hoge Raad verbaast het niet dat het Hof Arnhem de vraag of de omkeringsregel wel van toepassing was, wel bevestigend beantwoordde. De vervolgvraag, namelijk of de schade volledig aan de fout kon worden toegerekend, werd door het Hof echter wel ontkenkend beantwoord. Vanwege de onzekerheid of met een tijdige keizersnede het hersenletsel zou zijn voorkomen, achtte het Hof het *'redelijk die onzekerheid over het causaal verband tussen partijen in beginsel gelijkelijk te verdelen'*. Het Hof komt aldus tot een proportionele aansprakelijkheid van het MCL van 50 procent. Naar aanleiding van het beroep van de ouders op de zogeheten billijkheidscorrectie ex artikel 6:101 BW, die volgens de ouders een 100 procent-aansprakelijkheid met zich meebracht, overwoog het Hof dat de redelijkheid met zich meebracht dat dit percentage 10 procent ten gunste van de patiënt diende te worden bijgesteld. Aldus werd 60 procent aansprakelijkheid van het MCL aangenomen. Het Hof motiveerde dat dit voortvloeide uit de aard van de normschending en dat het ontbreken van mogelijk relevante medische informatie geheel in de risicosfeer van het MCL lag. Voor zover mij bekend is dit de eerste uitspraak waarbij, nadat met een beroep op de omkeringsregel causaal verband was aangenomen, op grond van een weging in de toerekeningsfase een proportioneel causaal verband werd

aangenomen. Of deze nieuwe ontwikkeling in de toekomst veel navolging zal vinden is vooralsnog onzeker, maar dat valt wel te verwachten. Overigens is het nog de vraag of er in dit soort situaties wel ruimte is voor toepassing van de billijkheidscorrectie, zoals het hof lijkt te menen. Ongeveer drie maanden later, op 12 december 2012,⁵⁷ wees de Hoge Raad namelijk een arrest waarin hij bepaalde dat gelet op de aard van proportionele aansprakelijkheid, er geen ruimte bestaat voor toepassing van de billijkheidscorrectie. Het ging in die zaak overigens niet om medische aansprakelijkheid, maar om een verkeersaansprakelijkheid waarin een proportionele toerekening was aangenomen.

Dat een toenemende aandacht te verwachten valt voor het onderscheid tussen omvangsfase en toerekeningsfase, valt ook uit het arrest van de Hoge Raad d.d. 21 december 2012⁵⁸ af te leiden. In dat arrest, dat eveneens buiten het gebied van de medische aansprakelijkheid werd gewezen, benadrukte de Hoge Raad dat een onderscheid moet worden gemaakt tussen proportionele aansprakelijkheid en kansschade. Het ging om een accountant die uit een accountantsmaatschap trad en daarvoor een uittreedsom ontving. Een belastingadviseur adviseerde de accountant over de mogelijkheid de belastingdruk te beperken met als uitgangspunt dat de accountant na zijn uitreden als accountant werkzaam zou blijven. De adviseur was volgens het Hof toerekenbaar tekortgeschoten door geen melding te maken van de zogenaamde ruilarresten. Deze arresten maken onder voorwaarden een belastingaftrek mogelijk. Die voorwaarden zijn dat de uittreedsom wordt geïnvesteerd in een onderneming die economisch gezien dezelfde blijft en dat dit binnen een bepaalde termijn gebeurt. De kans dat de accountant aan de voorwaarden zou hebben voldaan en zich op deze fiscale faciliteiten had kunnen beroepen werd door het hof *'de goede en kwade kansen tegen elkaar afwegend'* op 60 procent gesteld. Er

55 LJN BX8853, JA 2012/208 m.nt. mr. R.P. Wijne.
56 LJN BB3670, NJ 2007/644, JA 2008/23 m.nt. R.W.M. Giard, JBPr 2008/19 m.nt. prof. mr. C.J.M. Klaassen, TvGR 2008/3, JOL 2007/836, NJB 2008/76, RvdW 2007/1036, VR 2008/86.

57 LJN BX8349, JA 2013/67 m.nt. mr. R.L.M. Cox, NJ 2013/236 m.nt. S.D. Lindenbergh, NJB 2013/63, RvdW 2013/37, VR 2013/34.
58 LJN BX7491, NJ 2013/237 m.nt. S.D. Lindenbergh, JOR 2013/93, NJB 2013/147, RvdW 2013/85.

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

volgde cassatie. De accountant klaagde erover dat het hof had miskend dat niet aan het *condicio sine qua non*-verband was voldaan. Met verwijzing naar het arrest *Fortis/Bourgogne*⁵⁹ betoogde de belastingadviseur daarentegen dat het hof had miskend dat bij toepassing van de leerstukken kansschade en proportionele aansprakelijkheid terughoudendheid moet worden betracht. De Hoge Raad verwierp de stellingen van de belastingadviseur en maakte daarbij een onderscheid tussen proportionele aansprakelijkheid enerzijds en kansschade anderzijds. Hij overwoog daarbij dat de rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid is geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over het *condicio sine qua non*-verband tussen enerzijds de normschending en anderzijds de (op zichzelf vaststaande) schade. Het gaat dan dus om een onzekerheid in de vestigingsfase. Bij kansschade, waarvan in dat geval sprake was, is er een *condicio sine qua non*-verband aanwezig tussen de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis (de tekortkoming of onrechtmatige daad) en het verlies van de kans op succes, die aan de hand van een schatting van de goede en kwade kansen kon worden vastgesteld, aldus de Hoge Raad. Of het door de Hoge Raad gemaakte onderscheid wel zo wezenlijk is als de Hoge Raad doet voorkomen, is onzeker. In de lagere jurisprudentie wordt dit onderscheid tot nu toe althans niet (expliciet) gemaakt. Het is echter ook zeker niet denkbeeldig dat dit onderscheid wel van belang is. Zo zullen bijvoorbeeld bij het aannemen van een proportionele aansprakelijkheid de normale bewijsregels gelden, terwijl het er bij de omvangsfase om gaat schade te begroten en de rechter dus zeer veel vrijheid heeft om (op grond van art. 6:97 BW) het percentage vast te stellen.

3.4 Proportionele aansprakelijkheid

In de recente jurisprudentie is een groot aantal uitspraken te vinden waarbij voor een proportionele benadering werd gekozen. Er lijkt sprake te zijn van

een stijgende tendens. Als voorbeeld valt te noemen het vonnis van de Rechtbank 's-Hertogenbosch d.d. 12 december 2012.⁶⁰ In die zaak had een anesthesist niet verwijtbaar op onjuiste wijze een hoge ruggenprik toegediend waarbij vermoedelijk niet verwijtbare complicaties waren ontstaan. De anesthesist had vervolgens wel een kunstfout gemaakt door het toedienen van verdovingsvloeistof te continueren. De deskundigen konden niet met zekerheid aangeven wat het aandeel van de eerste of van de tweede gift verdovingsvloeistof zou zijn geweest bij het ontstaan van dit letsel en achtten aannemelijk dat de tweede gift tot een toename van het letsel had geleid. De rechtbank heeft de onzekerheid over de causaliteit gelijkelijk verdeeld over de partijen en nam 50 procent aansprakelijkheid aan.

Een ander voorbeeld is het in paragraaf 3.2 besproken vonnis van de Rechtbank Maastricht d.d. 5 september 2012⁶¹ waarbij werd aangenomen dat er niet adequaat gereageerd was op signalen van een caudasyndroom. Aangezien wetenschappelijk niet was aangetoond dat eerder ingrijpen tot minder schade zou leiden, achtte de rechter het AZM voor 70 procent aansprakelijk. Als voorbeeld valt voorts nog te noemen het vonnis van de Rechtbank Arnhem d.d. 25 juli 2012.⁶² In die zaak ging het om een patiënt die een operatie had ondergaan aan zijn wervelkolom (spondylodese) en vervolgens een partiële dwarslaesie had gekregen als gevolg van een nabloeding. Het ziekenhuis was aansprakelijk voor het niet eerder uitvoeren van een heroperatie waarbij het hematoom (bloeduitstorting) was ontlast. De deskundige merkte hierover het volgende op: *'waar het op grond van logica aannemelijk lijkt dat bij een eerder uitvoeren van de operatie er minder restverschijnselen zouden zijn moet anderszins worden opgemerkt dat zulk een redenering niet wetenschappelijk-neurologisch te onderbouwen is'*. De deskundige kon ook geen inschatting geven van de herstelsituatie indien de heroperatie eerder zou hebben plaatsgevonden. De rechtbank stelde vervolgens: *'bij gebreke van verdere aanknopingspunten over de*

59 HR 24 december 2010, LjN BO1799, NJ 2011/251 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, JOR 2011/54 m.nt. mr. drs. A.C.W. Pijls, NJB 2011/110, RvdW 2011/35.

60 LjN BY6328.

61 LjN BY3180.

62 LjN BX4548.

aard en omvang van restverschijnselen, het delay weggedacht, de verloren gegane kans schattenderwijs vast op 15%.' Overigens ligt het in de rede dat de rechter zich bij zijn kansschatting eerst laat voorlichten door een deskundige, aldus de Hoge Raad in het Nefalit/Karamus arrest.⁶³ Een voorbeeld waarbij een deskundige om die reden werd gevraagd aanvullend te rapporteren is het in paragraaf 3.2 reeds besproken arrest van het Hof Leeuwarden d.d. 17 april 2012,⁶⁴ waarbij een iatrogene duodenum perforatie als gevolg van een ERCP niet tijdig werd onderkend en de patiënt overleed. De conclusie van de deskundige dat 'een ander beleid tot maar weinig verbetering van de kansen voor patiënt' zou hebben geleid, bood onvoldoende aanknopingspunten voor de stelling dat slechts sprake is van een zeer kleine kans, zodat nadere voorlichting over de grootte van die kansen geboden was, aldus het hof. In het eindarrest d.d. 13 februari 2013⁶⁵ oordeelde het hof vervolgens dat de kans op overleven op 50 procent moest worden gesteld. Dit omdat de kans dat tot de operatie zou zijn besloten twee derde bedroeg en in geval van een operatie patiënt 75 procent kansen had gehad om te overleven. Het ziekenhuis werd daarom tot vergoeding van de helft van de schade veroordeeld.

In de jurisprudentie komt naar voren dat de verloren kans wel van enige omvang dient te zijn om (proportionele) aansprakelijkheid aan te nemen. Er zijn voorbeelden te noemen waarbij de aansprakelijkheid werd afgewezen omdat een verloren gegane kans op een beter behandelingsresultaat te gering was om rechtens relevant te zijn. Een voorbeeld daarvan is het vonnis van de Rechtbank Arnhem d.d. 12 december 2012⁶⁶ waarbij een chirurg een fout had gemaakt bij de behandeling van een vaatletsel als gevolg van een verkeersongeval. Uiteindelijk moet het onderbeen van de patiënt worden geamputeerd. De kern van het geschil vormde de

vraag of de amputatie achterwege zou zijn gebleven, althans of de kans daarop had bestaan, wanneer de fout (een delay) niet was opgetreden. De rechtbank concludeerde dat zonder fout 'de kans op behoud van het rechter onderbeen als zeer gering moest worden aangemerkt', zodat er onvoldoende grond was voor een schadevergoeding. In dit kader valt ook nog te noemen het vonnis van de Rechtbank Breda d.d. 19 december 2012⁶⁷ waarbij een internist werd verweten patiënt met een hartinfarct niet te hebben verwezen naar een cardioloog. De rechtbank oordeelde dat bij een eerdere verwijzing het hartinfarct niet voorkomen had kunnen worden en dat evenmin met de vereiste mate van waarschijnlijkheid kon worden afgeleid dat bij eerder behandelen de gevolgen van het hartinfarct beperkter zouden zijn geweest. Uit de deskundigenberichten kan slechts worden geconcludeerd, aldus de rechtbank, dat als gevolg van de fout van de internist kansen verloren zijn gegaan op een iets beter behandelingsresultaat. 'Die kansen zijn evenwel naar het oordeel van de rechtbank te speculatief om deze, gelet op het geringe voordeel dat bij verwezenlijking van die kans te behalen viel', als vergoedbare vermogensschade aan te merken.

4. Deskundigenbericht

4.1 Gebondenheid aan gezamenlijke rapportage

Het is vaste jurisprudentie dat de rechter bij zijn oordeelsvorming uitgaat van een op gezamenlijk verzoek van partijen tot stand gekomen deskundigenbericht dat op de juiste wijze tot stand is gekomen, behoudens in geval van zwaarwichtige redenen. Opvallend is het grote aantal deelgeschillen waarin de deelgeschilrechter werd gevraagd te bepalen dat een door de partijen gezamenlijk aangevraagd deskundigenbericht partijen bindt. Een voorbeeld daarvan is de beschikking van de Rechtbank Oost-Nederland d.d. 28 februari 2013.⁶⁸ In die zaak ging het om een huisarts die een hersentumor had gemist. Partijen hadden gezamenlijk verzocht door prof. Van Ree een rapportage te laten opstellen. Van

63 LfN AU6092, JA 2006, 81 m.nt. W.H. Bouman, JAR 2006, 100, JB 2006, 109 m. nt. C.L.G.F.H.A., NJ 2011, 250 m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

64 LfN BW2983, JA 2012, 144 m.nt. mr. P.J. Klein Gunnewiek.

65 LfN BZ1711, TvGR 2013/18.

66 LfN BY8253, JA 2013/45.

67 LfN BY7399, JA 2013/28.

68 LfN BZ3464, EeR 2013/2.

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

Ree had geconcludeerd dat de huisarts onzorgvuldig had gehandeld door ondanks diverse signalen niet door te verwijzen. De rechtbank achtte het rapport bindend, nu het rapport op gezamenlijk verzoek tot stand was gekomen en wat betreft de wijze van totstandkoming voldeed aan de eisen die daaraan gesteld mogen worden. De rechtbank verwierp daarmee het bezwaar van de huisarts dat de deskundige geen hoor en wederhoor had toegepast. Het door de patiënt eveneens gedane verzoek om de huisarts te verbieden een tweede deskundige te raadplegen, werd wel afgewezen. De huisarts kon het recht niet worden ontzegd om (een) andere deskundige(n) te raadplegen voor een second opinion, aldus de rechtbank. De deelgeschilrechter van de Rechtbank Noord-Holland in Haarlem is blijkens zijn beschikking d.d. 4 januari 2013⁶⁹ een andere mening toegedaan. In die zaak had een patiënt een laparoscopische operatie ondergaan in verband met een ontsteking van de darm (diverticulitis), waarbij een gaas in de buikholte was achtergebleven. Toen dit gaas twee weken later operatief werd verwijderd trad een darmperforatie op. Het beloop nadien was gecompliceerd en uiteindelijk raakte de patiënt volledig arbeidsongeschikt. Er had een gezamenlijk benaderde deskundige, dr. De Keizer, gerapporteerd. Het ziekenhuis was het met de conclusies van dr. De Keizer niet eens en had eenzijdig prof. Broeders, chirurg, gevraagd om een contra-expertise te verrichten en voorts drs. Nelemans, verzekeringarts. De rechtbank achtte de bezwaren tegen het rapport van dr. De Keizer echter niet zwaarwegend c.q. steekhoudend, wees het verzoek van de patiënt toe en bepaalde dat sprake was van het in het rapport van dr. De Keizer omschreven causaal verband tussen de klachten en beperkingen van verzoeker en de erkende fout. Op verzoek van de patiënt bepaalde de rechtbank tevens dat het het ziekenhuis c.q. de verzekeraar zonder uitdrukkelijke schriftelijke toestemming van de verzoeker niet was toegestaan medische gegevens aan derden te overhandigen. Dit omdat op het ziekenhuis een wettelijke geheimhoudingsplicht rustte. Ten overvloede werd door de

rechtbank nog overwogen dat zij niet bepaald gearmeerd was van de houding van het ziekenhuis. De rechtbank overwoog ter zake als volgt: *‘Ten overvloede merkt de rechtbank het volgende op. De rechtbank staat bepaald kritisch tegenover de houding van het ziekenhuis in de onderhavige procedure. Het gezamenlijk aanzoecken van een deskundige, De Keizer, was bedoeld om verdere discussie te voorkomen en het aan hem voorgelegde geschilpunt te beslechten. Om dan vervolgens, als de deskundige tot een oordeel komt dat niet welgevallig is, een andere deskundige aan te zoeken, en als deze eveneens niet helemaal verklaart wat naar het oordeel van het ziekenhuis de bedoeling is, weer een nieuwe deskundige aan te zoeken, is in strijd met de met patiënt gemaakte afspraak, verre van constructief en onbehoorlijk jegens patiënt. De rechtbank spreekt de hoop uit dat het ziekenhuis zich in de verder te voeren onderhandelingen redelijker op zal stellen.’*

Een ander voorbeeld waarbij de deelgeschilrechter bepaalde dat een gezamenlijke rapportage uitgangspunt is, is de beschikking van de Rechtbank Utrecht d.d. 19 september 2012.⁷⁰

4.2 Gelasten van een (voorlopig) deskundigenbericht

Het lijkt inmiddels vaste rechtspraak dat de deelgeschilprocedure in beginsel niet geschikt is om de rechter een deskundigenbericht te laten gelasten. Een voorbeeld daarvan is de beschikking van de Rechtbank Middelburg d.d. 1 januari 2012,⁷¹ waarin de rechtbank bepaalde dat een verzoek om een deskundige te benoemen, mede gelet op het karakter van de deelgeschilprocedure en de parlementaire geschiedenis, het bereik van een deelgeschil te buiten gaat. De kosten van het deelgeschil werden op nihil begroot. De Rechtbank Assen kwam in de beschikking d.d. 14 september 2011⁷² tot hetzelfde oordeel.

Uitgangspunt bij een verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht is dat het verzoek moet worden toegewezen, behoudens indien het verzoek in strijd is met een goede procesorde, indien van de bevoegdheid toepassing van dit middel te verlangen misbruik wordt gemaakt, of indien

70 LjN BX7945, JA 2012/224.

71 LjN BW6490.

72 LjN BT1641, JA 2011/185, TvGR 2012/1, TvVP 2012/1.

69 LjN BZ0050, JA 2013/71, NJF 2013/103.

het verzoek moet afstuiten op een door de rechter zwaarwichtig geoordeeld bezwaar.⁷³ Dat een eerder gezamenlijk deskundigenbericht reden kan zijn het verzoek af te wijzen, werd in de beschikking van de Rechtbank 's-Gravenhage d.d. 5 oktober 2012⁷⁴ (nogmaals) bevestigd. In die zaak werd een verzoek van het Groene Hart Ziekenhuis om een voorlopig deskundigenbericht te gelasten, afgewezen. Partijen hadden gezamenlijk prof. Obertop gevraagd een rapport op te stellen; die had een concept-rapport opgesteld. De rechtbank achtte het verzoek van het ziekenhuis om een nieuw deskundigenbericht te gelasten, in strijd met een goede procesorde. Overigens kan de rechter wel aanleiding zien een nadere rapportage te bevelen. In de beschikking van de Rechtbank 's-Gravenhage d.d. 30 november 2012⁷⁵ oordeelde de deelgeschilrechter dat een ziekenhuis verplicht was mee te werken aan een nadere rapportage van de gezamenlijk benoemde deskundige. De rechtbank achtte daarbij onder meer van belang dat de deskundige naar aanleiding van de verklaringen van de behandelend artsen zijn eerdere concept-rapportage ten nadele van de patiënt had aangepast. In het tussenvonnis van de Rechtbank Rotterdam d.d. 18 april 2012⁷⁶ achtte de rechtbank het noodzakelijk een deskundige te benoemen om haar voor te lichten over een opgetreden slokdarmperforatie. Daarbij werd door de rechtbank overwogen dat de door de patiënt overgelegde eenzijdige rapportage slechts een beperkte processuele waarde heeft. Dat geldt vermoedelijk ook voor een gegrond verklaarde klacht van de klachtencommissie. In elk geval is een gegrond verklaarde klacht van de klachtencommissie geen reden om een voorlopig deskundigenbericht af te wijzen, aldus de Rechtbank 's-Gravenhage d.d. 25 oktober 2012.⁷⁷

4.3 De deskundige(n)

Voor wat betreft de persoon van de deskundige valt te wijzen op de vonnissen van de Rechtbank Rotterdam d.d. 29 februari 2012⁷⁸ en van de Rechtbank Arnhem d.d. 12 oktober 2011.⁷⁹ In de eerste zaak ging het om het handelen van een verloskundige en oordeelde de rechtbank dat het in de rede ligt dat een verloskundige tot deskundige zou worden benoemd. In de praktijk wordt bij de beoordeling van de handelwijze van een verloskundige vaak een gynaecoloog geraadpleegd. Een gynaecoloog is immers bij uitstek deskundig op obstetrisch terrein. Aangezien het werkterrein van de verloskundige (eerstelijnszorg) niet overeenkomt met dat van de gynaecoloog (tweedelijnszorg) en hij derhalve ook minder goed in staat is te beoordelen wat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam verloskundige mag worden verwacht, is die praktijk minder gelukkig.

Bij de tweede zaak ging het om de benoeming van een orthopedisch chirurg die zich diende uit te laten over een behandeling die in de Maartenskliniek te Nijmegen had plaatsgevonden. De rechtbank volgde het voorstel van de patiënt om een Belgische deskundige te benoemen. Dit omdat duidelijk was, aldus de rechtbank, dat in Nederland geen deskundige op het onderhavige terrein te vinden is die voldoende vrijstaat in deze zaak. Het algemeen geformuleerde verweer van het ziekenhuis tegen een buitenlandse deskundige is onvoldoende zwaarwegend om anders te oordelen, aldus de rechtbank.⁸⁰ De Rechtbank Maastricht loste dat in haar beslissing van 20 april 2011⁸¹ anders op. In die zaak ging het om een patiënt die een openhartoperatie had ondergaan in het AZM. Er hadden reeds meerdere thoraxchirurgen gerapporteerd. De rechtbank achtte een nadere deskundigenvoorlichting gewenst en overwoog dat *'gelet op de betrokken belangen, de complexiteit van de te onderzoeken materie en het feit dat op bepaalde punten er kennelijk verschil van inzicht kan bestaan'* het de

73 HR 19 december 2003, LJN AL8610, NJ 2004/584, JBPr 2004/30 m.nt. mw. mr. E.F. Groot, JOL 2003/672.

74 LJN BY2555.

75 LJN BZ2041, JA 2013/71.

76 LJN BW4629, GJ 2012/82.

77 LJN BY2540, JA 2013/29 m.nt. mr. drs. A.M. Zwart-Hink.

78 LJN BV8093.

79 LJN BT8298.

80 Anders: Rechtbank Amsterdam 11 september 2008, LJN BG3865, TvGR 2010/3, EeR 2009/1.

81 LJN BQ2508, TvGR 2010/3, EeR 2009/1, AVS 2011/3.

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

voorkeur heeft als er drie deskundigen worden benoemd.

4.4 Stukken aan de deskundigen

Sinds de arresten van de Hoge Raad van 22 februari 2008⁸² is het vaste rechtspraak dat in het kader van een voorlopig deskundigenbericht geen taak voor de rechter is weggelegd om te bepalen welke gegevens aan de deskundige beschikbaar dienen te worden gesteld. Dat het omgekeerde evenmin geldt, valt uit het tussenvonnissen van de Rechtbank Arnhem d.d. 28 december 2011⁸³ af te leiden. Het ging in die zaak om een huisarts die werd verweten ten onrechte geen huisbezoek te hebben afgelegd. De huisarts stelde dat het medisch dossier, waaruit het beloop nadien bleek, niet aan de deskundige moest worden voorgelegd. Ter beoordeling van zijn handelwijze moest in zijn optiek worden uitgegaan van dezelfde informatie die hij op dat moment had en zonder dat er wetenschap was van het dramatische beloop nadien. De Rechtbank Arnhem volgde dit betoog niet. Zij zag geen grond te bepalen dat het niet was toegestaan de stukken over het beloop nadien aan de deskundige te verstrekken.

5. Verjaring

De afgelopen jaren zijn de mogelijkheden van de hulpverlener om zich met succes te beroepen op verjaring aanzienlijk ingeperkt. Naast een aanpassing van de wet, waarbij in 2004 met de invoering van artikel 3:310 lid 5 BW de absolute verjaringsstermijn van twintig jaar is geschrapt,⁸⁴ komt dit (voornamelijk) door ontwikkelingen in de jurisprudentie. Voor het medische aansprakelijkheidsrecht is met name van belang dat de verjaringsstermijn pas

gaat lopen indien de patiënt bekend is met het feit dat zijn medische situatie is veroorzaakt door foutief medisch handelen, zoals de Hoge Raad in de arresten van 31 oktober 2003⁸⁵ en 27 mei 2005⁸⁶ heeft bepaald. De tendens dat een beroep op verjaring nog weinig kansrijk is, lijkt zich in de recente jurisprudentie te hebben voortgezet. Afgezien van het in paragraaf 2.5 besproken vonnis van de Rechtbank Den Haag d.d. 15 maart 2013,⁸⁷ waarin een vordering tegen de Staat wegens verjaring werd afgewezen, zijn er geen uitspraken gepubliceerd waarin een verjaringsverweer slaagde.

Een voorbeeld waarbij het beroep op verjaring niet werd gehonoreerd, is het vonnis van de Rechtbank 's-Hertogenbosch d.d. 22 februari 2012.⁸⁸ Het verjaringsberoep werd verworpen omdat patiënte bij het bekend worden met de fout nog niet bekend was met de schade. Het ging daarbij om een patiënte met borstkanker. Medio 2005 was bij haar het besef ontstaan dat een fout was gemaakt door geen zogeheten schildwachtklier procedure uit te voeren en ten onrechte direct een okselkliertoilet te verrichten. Hierdoor was er een kans dat zich klachten van lymfe-oedeem zouden ontwikkelen. Aangezien deze klachten echter pas in 2006 optraden, raakte patiënte pas toen bekend met de schade en ving de verjaringsstermijn derhalve pas in 2006 aan.

Dat de vereiste bekendheid om de verjaringsstermijn te laten aanvangen niet snel wordt aangenomen en dat bekendheid van de fout bij de partner niet aan de patiënt wordt toegerekend, blijkt uit het vonnis van de Rechtbank Utrecht d.d. 30 mei 2012.⁸⁹ Het ging in die zaak om een huisarts die in 2001 mogelijk verwijtbaar had gehandeld door de diagnose TIA te missen. Het stond vast dat de neuroloog op 10 oktober 2001 de echtgenoot van patiënte over deze mogelijke fout had geïnformeerd. Daarmee was volgens de rechtbank echter nog niet gezegd dat deze

82 HR 22 februari 2008, LjN BB3676, NJ 2010/543 m.nt. J. Legemaate en C.J.M. Klaassen, JA 2008/73 m.nt. J. Quakkelaar, JOL 2008/149, RvdW 2008/256, VR 2008/120, en LjN BB5626, NJ 2010/542, JA 2008/72 m.nt. J. Quakkelaar, JOL 2008/148, RvdW 2008/261.

83 LjN BV0995.

84 Deze wetswijziging is op 1 februari 2004 ingevoerd. De gevolgen daarvan zullen derhalve eerst op 2 februari 2024 merkbaar zijn.

85 LjN AL8168, NJ 2006/112 m.nt. C.E. du Perron, JOL 2006/560, RvdW 2003/169, VR 2004/52; keizersnede.

86 LjN AS8455, NJ 2006/114, JOL 2005/301; hypofyse-tumor.

87 LjN CA1884.

88 LjN BV6856.

89 LjN BW8487, JA 2012/146, NJF 2012/323.

informatie ook de patiënte had bereikt. De wetenschap van de echtgenoot werd niet aan patiënte toegerekend.⁹⁰ Het was dan ook aan de huisarts om te bewijzen dat vijf jaar voor het uitbrengen van de dagvaarding (medio 2005) deze bekendheid bij patiënte aanwezig was.

Dat de rechter geen hoge eisen stelt aan stuitingshandelingen en de patiënt ook in dat opzicht relatief snel ter wille is, valt af te leiden uit de deelgeschilbeschikking van de Rechtbank 's-Hertogenbosch d.d. 8 februari 2005.⁹¹ Hoewel volgens de Hoge Raad het verzoeken om een voorlopig deskundigenonderzoek geen stuitende werking heeft,⁹² werd aangenomen dat het indienen van een voorlopig deskundigenbericht in dit geval die werking wel had. Het verzoekschrift was gericht tegen het Jeroen Bosch Ziekenhuis en haar verzekeraar, Centramed, en was erop gericht een deskundig oordeel te krijgen over de gevolgen van het missen van een zogeheten tibiaplateafractuur (breuk van het scheenbeen) ter zake waarvan het ziekenhuis en verzekeraar zich op het standpunt stelden dat de fout in de diagnostiek niet tot schade had geleid. Daarmee had het verzoek stuitende werking. Naar het oordeel van de rechtbank was het indienen van het verzoek een voldoende duidelijke waarschuwing aan de schuldenaar dat hij rekening moest houden met de mogelijkheid dat de vordering nog geldend zou worden gemaakt en hij er derhalve voor kan zorgen dat hij de beschikking behoudt over voor het voeren van verweer benodigde gegevens en bewijsmateriaal. Soortgelijk was de beslissing van het Hof Arnhem d.d. 11 september 2012⁹³ waarin het indienen van een tuchtklacht stuitende werking werd toegekend. Het hof achtte daarbij met name van belang dat het tuchtcollege naar aanleiding van een door een vader ingediende tuchtklacht: *'Ik houd verweerder dan ook ver-*

antwoordelijk voor de handicap van mijn zoon', had overwogen dat dit klachtonderdeel ongegrond is, omdat de daardoor opgeworpen vraag het bestek van de tuchtrechtelijke procedure te buiten ging. Aangezien het college kennelijk bedoeld had op de brede civielrechtelijke aansprakelijkheid van de arts, en deze in de tuchtprocedure werd bijgestaan door mr. Kastelein, een advocaat die gespecialiseerd is in medische aansprakelijkheid, moest het naar het oordeel van het Hof voor de arts redelijkerwijs duidelijk zijn geweest dat de vader in zijn geschriften (ook) doelde op aansprakelijkstelling voor de schadelijke gevolgen, en dus dat de arts, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, de beschikking diende te houden over zijn gegevens en bewijsmateriaal om zich nog nadien tegen een mogelijke rechtsvordering te kunnen verweren. In dit verband merkte het hof voorts nog op dat het beroep op het zich niet naar behoren kunnen verweren betrekkelijk was. Dit omdat de arts op grond van art. 7:454 lid 3 BW gehouden is om de daar genoemde bescheiden (kort gezegd: het patiëntendossier met aantekening van gegevens omtrent de gezondheid van de patiënt en de ten aanzien van de patiënt uitgevoerde verrichtingen) te bewaren gedurende minimaal vijftien jaren na vervaardiging ervan.

6. Inzage en afschrift op grond van de Wbp

Zoals in de vorige kroniek⁹⁴ werd uiteengezet staat sinds de uitspraak van de Rechtbank Zutphen van 8 oktober 2009⁹⁵ de Wbp volop in de aandacht. In die zaak werd – samengevat – een beroep op artikel 35 lid 2 Wbp gehonoreerd en diende de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar vergaande inzage te verschaffen in het medisch dossier van een patiënt. Ook in de recente jurisprudentie waren er de nodige uitspraken. In dat kader valt allereerst te noemen het arrest van het Hof Amsterdam (nevenzittingsplaats Arnhem) d.d. 31 januari 2012.⁹⁶ In eerste aanleg had

90 Zie voor toerekening van de vereiste wetenschap van een ouder aan een kind: HR 3 december 2010, LjN BN6241, NJ 2012/196 m.nt. C.E. du Perron, NJB 2010/2299, VR 2013/36.

91 LjN BV3743, JA 2012/92, VR 2012/110.

92 HR 18 september 2009, LjN BI8502, NJ 2009/439, NJB 2009/1722, RvdW 2009/1047, VR 2010/86.

93 LjN BX6567, JA 2012/209, GJ 2012/141, TvGR 2013/7.

94 Zie TvGR 2011, p. 675.

95 LjN BK4206, JA 2010/84, TvGR 2013/3.

96 LjN BV2565, NJF 2012/111, TvVP 2012/3, TvGR 2012/3, EeR 2012/1.

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

de Rechtbank Utrecht het verzoek van een patiënt om inzage c.q. afschrift van het medisch advies van de medische adviseur van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van een ziekenhuis, in dit geval MediRisk, afgewezen.⁹⁷ De Rechtbank overwoog daarbij dat indien sprake is van een aansprakelijkstelling naar aanleiding van vermeend onjuist medisch handelen het advies van de medische adviseur er met name toe dient om de verzekeraar in staat te stellen een standpunt in te nemen; een dergelijk beraad dient vertrouwelijk te kunnen geschieden, aldus de rechtbank. Het hof was het daar niet mee eens en oordeelde dat MediRisk – kort gezegd – het advies van haar medische adviseur in kopie aan de patiënt diende over te leggen. Met betrekking tot de overige correspondentie diende MediRisk een overzicht te verstrekken van alle zich in het dossier ten aanzien van patiënt bevindende stukken (inclusief bijlagen). Daarbij diende per document beknopt te worden aangegeven waarover het stuk handelt en om welke reden MediRisk van oordeel is dat de uitzondering van artikel 2 lid 2 sub a en/of artikel 43 sub e Wbp daarop van toepassing is. Gelet op het principiële karakter van de zaak bepaalde het hof dat van deze beschikking direct beroep in cassatie kon worden ingesteld. De vraag is hoe dat oordeel zich verhoudt tot het (latere) arrest Hof Arnhem d.d. 7 augustus 2012,⁹⁸ waarin een vordering van een patiënt ex artikel 843a Rv jegens het Ziekenhuis Rivierenland om hem inzage te verschaffen in alle correspondentie die het ziekenhuis aan MediRisk had gezonden, werd afgewezen. Het Hof Arnhem overwoog in dat kader onder meer: *'Aan het maatschappelijke belang dat een ieder zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking van het besprokene om bijstand en advies tot haar verzekeringsmaatschappij kan wenden zou afbreuk worden gedaan in geval er een verplichting zou bestaan tot openbaarmaking van de genoemde correspondentie en gespreksverslagen. Bovendien heeft iedere partij een eigen recht om haar verdediging in vrijheid en beslotenheid voor te bereiden. Een aanspraak op inzage in correspondentie die is gewisseld tussen verzekeraar en verzekerde zou inbreuk*

kunnen maken op dit recht.' Het zijn in essentie immers dezelfde argumenten die zich in de visie van de Rechtbank Utrecht tegen een inzage op grond van de Wbp verzetten en reden waren het verzoek af te wijzen. Kennelijk moet het verschil worden gezocht in het feit dat het in de eerste uitspraak ging om een verzoek gebaseerd op de Wbp, terwijl dat in de latere uitspraak niet aan de orde was.

Anders dan het hof in de eerste uitspraak oordeelde, was ook het vonnis van de voorzieningenrechter van de Rechtbank Oost-Nederland op 24 januari 2013.⁹⁹ In die zaak was het ziekenhuis aansprakelijk gehouden voor een gecompliceerd verlopen bevaling waarbij het kind als gevolg daarvan mogelijk een hersenbeschadiging had opgelopen. De vordering om inzage in het advies van de medische adviseur van MediRisk was ingediend door de echtgenoot tevens vader en wettelijk vertegenwoordiger van het kind. Het stond vast dat het advies zag op het rapport van de gynaecoloog die op gezamenlijk verzoek van partijen een rapport had opgesteld en dat de medisch adviseur daarbij geen medische stukken van het kind had ingezien. De voorzieningenrechter oordeelde dat, indien een advies uitsluitend een interpretatie inhoudt van een medisch rapport waarover beide partijen beschikken, dit niet valt onder de stukken waarvan afgifte door diverse gedragscodes (GOMA, Gedragscode Letselschade en Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen) wordt voorgeschreven. Ook de grondslag van de Wbp faalde. De rechtbank oordeelde dat geen sprake was van een verwerking van persoonsgegevens in de zin van de Wbp. Dit aangezien het advies slechts een interpretatie inhield van het deskundigenrapport in het kader van de interne beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag.

7. Conclusie

In de periode 1 september 2011 tot en met 1 juni 2013 is er sprake van een groot aantal gepubliceerde zaken op het gebied van het medische aansprakelijkheidsrecht. Er zijn diverse gronden te onder-

97 Zie: Rechtbank Utrecht 11 mei 2011, *Nieuwsbrief Persoonschade* 2011/23.

98 LJN BX4091.

99 Ongepubliceerd (zaaknr. 135005/KG ZA 12-381).

scheiden waarop de aansprakelijkheid kan worden gebaseerd. Het is vaste rechtspraak dat slechts sprake is van een onzorgvuldig handelen indien de hulpverlener niet heeft voldaan aan de maatstaf van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot in dezelfde omstandigheden had mogen worden verwacht. Deze toetsnorm brengt met zich mee dat niet elke fout kan worden toegerekend. Dit wordt ook geïllustreerd door de uitspraken waarbij iatrogene weefsel schade ontstaat die ook kan ontstaan indien met de vereiste zorgvuldigheid wordt gewerkt. In dat geval zal de rechter in de regel niet kunnen concluderen dat er onzorgvuldig is gehandeld. Bij het beleid dat na het ontstaan van iatrogene schade is gevoerd, ligt dat anders. Daar is het handelen van de arts over het algemeen beter toetsbaar en concludeert de rechtbank in een aanzienlijk aantal gevallen dat niet de vereiste zorgvuldigheid is betracht.

Het is onzeker of de kelderluikcriteria wel geschikt zijn om de aansprakelijkheid voor medisch inhoudelijk beleid te kunnen vaststellen. Omdat bij kelderluikcriteria niet of nauwelijks rekening wordt gehouden met de binnen de beroepsgroep geldende normen, kan een zuiver juridische beoordeling aan de hand van enkel de kelderluikcriteria te beperkt zijn. Hierdoor bestaat het gevaar dat op basis van de kelderluikcriteria niet voldoende recht wordt gedaan aan het beleid dat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsbeoefenaar had mogen worden verwacht.

Schending van een behandelprotocol levert in beginsel een toerekenbare tekortkoming op in de nakoming, tenzij het gaat om een gemotiveerde afwijking. Als een ziekenhuis een bepaald protocol hanteert, mag ook worden verwacht dat het zijn organisatie zo inricht dat er in overeenstemming met het protocol kan worden gehandeld. Dat een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot wellicht niet aan deze eisen zou hebben voldaan, is dan niet (meer) maatgevend.

In de recente jurisprudentie zijn meerdere uitspraken te vinden waarbij een hulpverlener aansprakelijk werd gehouden voor gebruikmaking van een gebrekkige hulpzaak. In de parlementaire geschie-

denis bij artikel 6:77 BW en de WGBO is aan de orde gekomen dat het niet voor de hand ligt dat het ziekenhuis aansprakelijk is als het gaat om een gebrek dat door het ziekenhuis niet te onderkennen is. Hoewel in de rechtsleer veelvuldig het standpunt wordt gehuldigd dat dit uitgangspunt zou zijn achterhaald, kan dat op basis van de huidige jurisprudentie niet worden geconcludeerd. Het enkele feit dat het ziekenhuis een gebrekkig product heeft gebruikt, blijkt in elk geval onvoldoende om aansprakelijkheid van het ziekenhuis aan te nemen.

De aansprakelijkheid van de geneesmiddelenfabrikant wegens niet of onvoldoende waarschuwen voor ernstige complicaties gaat ver. De fabrikant zal alleen dan aan aansprakelijkheid kunnen ontkomen als hij aantoont dat hij, gelet op de stand van de wetenschap en technische kennis, niet met dat risico bekend had kunnen zijn.

Een zorginstelling kan aansprakelijk zijn indien zij onvoldoende toezicht houdt op patiënten die aan haar zijn toevertrouwd. In de jurisprudentie wordt dat soms ook wel als een bijzondere zorgplicht gekenschetst. Bij een uit huis geplaatste minderjarige rust deze zorgplicht op de Staat. In dat geval kan de Staat ook aansprakelijk zijn indien tijdens de periode dat de minderjarige aan de Staat is toevertrouwd, niet de behandeling wordt geboden die wel gewenst is.

En vordering wegens het ontbreken van informed consent hoeft niet alleen betrekking te hebben op het niet adequaat informeren over complicaties, maar kan ook zien op het niet goed informeren van de patiënt over de kwalificaties van de behandelend arts. Op de arts rust de plicht ervoor zorg te dragen dat er over die kwalificaties geen misverstand kan ontstaan.

Voor het succesvol instellen van een vordering is vereist dat de patiënt het causaal verband aantoont. In de praktijk blijkt dit vaak een struikelblok te zijn. De omkeringsregel kan de patiënt hierin tegemoet komen. In het medische aansprakelijkheidsrecht blijft voor de omkeringsregel een belangrijke rol weggelegd. Het toepassingsbereik van de omkeringsregel lijkt wat te zijn uitgebreid. Dit omdat de

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

voorwaarde dat de normovertreding tot een aanmerkelijke kansverhoging moet hebben geleid, geen geldend recht (meer) is. Dat het moet gaan om een specifiek gevaar en dat de algemene normschending van een goed hulpverlener te algemeen is blijft echter onverminderd gelden. Het feit dat de omkeringsregel van toepassing is wil overigens niet zeggen dat er volledige aansprakelijkheid is. In het kader van de toerekening kan dan (alsnog) tot een percentage aansprakelijkheid worden besloten. Hiervoor is aanleiding als onzeker is wat het beloop zou zijn geweest zonder fout.

De Hoge Raad maakt een onderscheid tussen proportioneel causaal verband en kansschade. Of dit onderscheid voor de praktijk relevant is, is nog onduidelijk. Uit de lagere jurisprudentie blijkt dat in elk geval niet. Overigens lijkt het erop dat een proportionele benadering in het medische aansprakelijkheidsrecht steeds vaker wordt toegepast.

Vanwege de aard van de aansprakelijkheid spelen deskundigenberichten in het medische aansprakelijkheidsrecht een belangrijke rol. Als sprake is van een gezamenlijk rapport zijn partijen in de regel hieraan gebonden. Dit is slechts anders indien tegen de inhoud van het rapport c.q. de wijze van totstandkoming zwaarwichtige bezwaren bestaan. De gebondenheid aan het deskundigenrapport kan in een deelgeschil worden vastgesteld. In de praktijk komt dit met enige regelmaat voor. Of daarmee gelijktijdig een verzoek kan worden gedaan om te bepalen dat geen nieuwe deskundige mag worden benaderd c.q. de rechter kan worden gevraagd te bepalen dat het ziekenhuis c.q. de verzekeraar zijn medische stukken niet aan derden ter beschikking mag stellen, is onzeker.

Onder omstandigheden kan er, hoewel een deskundige uit het buitenland niet of minder goed op de hoogte is van de professionele standaard in Nederland, toch reden zijn om een deskundige uit het buitenland te benoemen om het handelen van een arts te beoordelen. In een dergelijk geval kan het ook de voorkeur genieten om meerdere (drie) deskundigen te benoemen.

In de afgelopen jaren is het voor de arts steeds moeilijker geworden om zich met succes op verjaring te beroepen. De recente jurisprudentie laat dat ook zien. In de hier beschreven periode was slechts één gepubliceerde uitspraak te vinden waarbij het beroep op verjaring werd gehonoreerd. Nadat in eerdere jurisprudentie de aanvangstermijn al was opgerekt, laat de recente jurisprudentie zien dat ook voor wat betreft het verrichten van stuitingshandelingen de rechter de patiënt vergaand tegemoetkomt. Het indienen van een voorlopig deskundigenbericht dan wel een tuchtklacht kan stuitende werking hebben.

De recente jurisprudentie met betrekking tot het verzoek om inzage in het medisch advies van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar is voorsnog niet eenduidig. Onder omstandigheden kan op grond van de Wbp een dergelijk inzagerecht vermoedelijk worden afgedwongen.