

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 januari 2010 tot en met 1 september 2011.¹ Er is wederom sprake van een groot aantal gepubliceerde uitspraken. Een groot deel daarvan betreft deelgeschiluitspraken. Hieraan wordt een apart artikel gewijd dat in het volgende nummer (TvGR 2012/1) zal worden gepubliceerd. Als relatief nieuwe ontwikkeling zijn ook te noemen de uitspraken die betrekking hebben op de Wet bescherming persoonsgegevens (par. 2) en geschillen die gaan over behandelingen die in het buitenland hebben plaatsgevonden (par. 3). In deze kroniek wordt eerst op deze ontwikkelingen ingegaan. Vervolgens wordt ingegaan op de uitspraken die betrekking hebben op de grondslagen van de aansprakelijkheid van hulpverleners (par. 4) en de jurisprudentie op het gebied van informed consent (par. 5). Daarna wordt achtereenvolgens ingegaan op de jurisprudentie op het gebied van het causaal verband (par. 6), het bewijsrecht (par. 7) en verjaring (par. 8). Ten slotte wordt in deze kroniek ingegaan op uitspraken waarbij hulpverleners een vordering hebben ingesteld (par. 9). De kroniek wordt afgesloten met een conclusie (par. 10).

2 Bescherming persoonsgegevens

2.1 Inzage en afschrift

Artikel 35 lid 2 Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) bepaalt – samengevat – dat, indien gegevens worden verwerkt in de zin van de Wbp, de verantwoordelijke desgevraagd de betrokkene binnen vier weken een volledig overzicht van deze verwerking dient te verstrekken. Voordat de beschikking van de Rechtbank Zutphen van 8 oktober 2009² werd gewezen, is aan de Wbp in het medische aansprakelijkheidsrecht betrekkelijk weinig aandacht geschonken.³ De uitspraak van de Rechtbank Zutphen heeft daar verandering in gebracht. In die zaak verzocht een patiënte met een beroep op artikel 35 Wbp om inzage van alle haar persoon betreffende persoonsgegevens bij Centraal Beheer, die ten deze optrad als de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van een arts. De rechtbank honoreerde dit verzoek met uitzondering van:

- a) werkaantekeningen van de medisch adviseur van de verzekeraar;
- b) interne notities die de persoonlijke gedachten van de leden van de functionele eenheid bevatten en uitsluitend bedoeld zijn voor intern overleg en beraad;
- c) correspondentie tussen de verzekeraar en haar advocaat.

* 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) en 2008/2009 (TvGR 2010, p. 187-211).

² Rb. Zutphen 8 oktober 2009, TvGR 2010/13 (m.nt. Wilken), *Nieuwsbrief Personenschade* 2009, 42; LJN BK4206.

³ Dat geldt overigens voor de gehele letselschadepraktijk. Zie over dit onderwerp ook: A. Wilken 'De betekenis van de Wet bescherming persoonsgegevens voor het medisch beoordelingstraject bij letselschade', TvP 2008, nr. 4, p. 109-117.

Ook de adviezen van de medisch adviseur waren in de visie van de rechtbank aan het inzagerecht onderworpen.⁴ De rechtbank verwierp daarmee het beroep van Centraal Beheer op artikel 43 onder e Wbp, welk artikel bepaalt dat het inzagerecht ex artikel 35 Wbp buiten toepassing blijft voor zover dit noodzakelijk is in het belang van de bescherming van de betrokkene of van de rechten en vrijheden van anderen.

De Rechtbank Utrecht denkt daar anders over. In de uitspraken van 17 november 2010⁵ en 11 mei 2011⁶ werd de vordering van een patiënt om inzage in c.q. afschrift van het advies van de medisch adviseur van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van een ziekenhuis, in dit geval MediRisk, afgewezen. In die gevallen slaagde het beroep op de uitzonderingsbepaling van artikel 43 onder e Wbp wel. De rechtbank overwoog daarbij dat indien sprake is van een aansprakelijkstelling naar aanleiding van vermeend onjuist medisch handelen, het advies van de medisch adviseur er met name toe dient om de verzekeraar in staat te stellen een standpunt in te nemen. Dergelijk beraad dient vertrouwelijk te kunnen worden gevoerd, aldus de rechtbank. Het zou de ongestoorde gedachtewisseling van de aangesproken persoon – in dit geval de verzekeraar – om te kunnen komen tot een standpunt naar aanleiding van de aansprakelijkstelling en zijn positie ten opzichte van de wederpartij in een eventuele procedure te zeer (kunnen) schaden als van de inhoud van de adviezen van de medisch adviseur aan de betrokkene/wederpartij mededeling zou moeten worden gedaan in de zin van artikel 35 Wbp.

Ook het beroep van de patiënt op artikel 6.1.1 Gedragscode Verwerking Persoonsgegevens Financiële Instellingen bood geen soulaas. De rechtbank overwoog dat de adviezen van medisch adviseurs geen eigen onderzoeksbevindingen behelzen, maar conclusies en bevindingen op basis van de in het medisch dossier opgenomen gegevens. Dit terwijl expertiserende en controlerende artsen wel eigen (medische) onderzoeksbevindingen omtrent een betrokkene in hun rapporten verwerken. In dat licht is ook begrijpelijk, aldus de rechtbank, dat dergelijke rapporten wel in het medisch dossier moeten worden opgenomen en dat daarin inzage moet worden gegeven. Het andere karakter van de adviezen van medisch adviseurs rechtvaardigt dat deze verplichtingen daar niet voor gelden.⁷

Een andere zaak waarbij het overleggen van het advies van de medisch adviseur van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van het ziekenhuis speelde, is het vonnis van de Rechtbank Middelburg van 19 januari 2011.⁸ In die zaak had de patiënt een vordering tegen het ziekenhuis ingesteld tot schadevergoeding en voorts een incidentele vordering ingediend tot overlegging van het advies van de medisch adviseur van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar, in dat geval Centramed. De rechtbank liet in het midden of de patiënt gelet op het bepaalde in artikel 35 Wbp wel recht had op inzage, maar wees de vordering af. Omdat het ging om medische adviezen van de verzekeraar en de verzekeraar geen procespartij was in de procedure en het ziekenhuis geen verantwoordelijke was in de zin van artikel 35 Wbp, diende het verzoek “alleen al om die reden”, aldus de rechtbank, te worden afgewezen.

4 Naar aanleiding van de uitleg van de omvang van het inzagerecht rees er nog een executiegeschil (Rb. Zutphen 24 december 2009, *Nieuwsbrief Personenschade* 2010, 18). Voorts werd er tussen partijen nog een kort geding gevoerd over de vraag in hoeverre Centraal Beheer aan de veroordeling had voldaan (Vzr. Rb. Zutphen 29 januari 2010, *TvGR* 2010/14, *Nieuwsbrief Personenschade* 2011, 19, *LJN* BL1734).

5 Rb. Utrecht 17 november 2010, *TvGR* 2011/14, *LJN* BO5222.

6 Rb. Utrecht 11 mei 2011, *Nieuwsbrief Personenschade* 2011, 23.

7 Zie voorts de uitspraak van de Vzr. Rb. Rotterdam 12 april 2010, *TvGR* 2010/15, *LJN* BM2517, waarin een vordering van de nabestaanden van een patiënt jegens de voormalige behandelend arts om inzage in een expertiserapporten die in het kader van een strafrechtelijk onderzoek naar het handelen van de arts waren opgemaakt, werd afgewezen. De Wbp is op die situatie overigens niet van toepassing.

8 Rb. Middelburg 19 januari 2011, *Nieuwsbrief Personenschade* 2011, 15.

In de uitspraak van de Rechtbank Utrecht van 17 november 2010⁹ was aan de orde of een patiënt op grond van de Wbp inzage in de MIP-melding van het ziekenhuis kon vorderen. De rechtbank wees het verzoek af. Vanwege het belang dat de vertrouwelijkheid bij het meldingssysteem centraal staat en het systeem minst genomen belemmerd wordt als die vertrouwelijkheid niet gewaarborgd is, aldus de rechtbank, was het gerechtvaardigd dat artikel 35 Wbp buiten toepassing bleef.¹⁰

2.2 Expertise zonder toestemming patiënt

In het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 9 februari 2011¹¹ was de vraag aan de orde of het een aangesproken ziekenhuis wel vrijstond zich ter afwering van een vordering tot schadevergoeding te beroepen op een deskundigenbericht dat zonder toestemming van de patiënt was opgesteld. De patiënt stelde dat het medisch dossier van een letsel-schadeslachtoffer onder de reikwijdte en bescherming van de Wbp valt en aangezien de rapportage zonder zijn toestemming en derhalve in strijd met die wet was opgesteld, diende het daarom bij de beoordeling van zijn vordering tegen het ziekenhuis buiten beschouwing te blijven. De rechtbank volgde het betoog van de patiënt niet. Zelfs indien het juist zou zijn dat de rapportage in strijd met de tuchtrechtelijke regels of regels uit de Wbp tot stand zou zijn gekomen, aldus de rechtbank, dan nog stond dat er niet aan in de weg dat het ziekenhuis zich op de rapportage kon beroepen. Zou daar anders over worden geoordeeld, dan zou de mogelijkheid van

het ziekenhuis om zich behoorlijk tegen een vordering te verweren ondergeschikt worden gemaakt aan het belang van de patiënt bij handhaving van de regels ter bescherming van zijn privacy, hetgeen niet juist zou zijn.¹² Dat het in de visie van de patiënt aan het ziekenhuis te wijten was dat er geen gezamenlijke expertise had plaatsgevonden, was voor de rechtbank onvoldoende grond voor een andersluidend oordeel.

Een vergelijkbare discussie was aan de orde in de uitspraak van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Rotterdam van 22 april 2010.¹³ Daar ging het om een verkeersaansprakelijkheidszaak en vorderde de benadeelde in kort geding dat zowel de verzekeraar als de advocaat van de verzekeraar op straffe van een dwangsom werd verboden een eenzijdig en zonder toestemming van de benadeelde opgesteld psychiatrisch rapport te gebruiken. Voorts werd gevorderd de verzekeraar te gebieden het rapport uit een reeds lopende bodemprocedure terug te halen en werd afgifte van het rapport gevorderd. De benadeelde legde aan haar vordering ten grondslag dat, nu zij geen toestemming voor het opstellen van de rapportage had verleend, sprake was van een onrechtmatige inbreuk op haar persoonlijke levenssfeer en haar bovendien ten onrechte niet de mogelijkheid was geboden het rapport te blokkeren als bedoeld in artikel 7:464 lid 2 Burgerlijk Wetboek (BW). De voorzieningenrechter verklaarde de vordering tegen de advocaat niet-ontvankelijk en wees de vordering jegens de verzekeraar af.

Beide uitspraken zijn in overeenstemming met eerdere jurisprudentie waarin is bepaald dat het toelaatbaar is dat een arts of ziekenhuis zich ter verdediging beroept op een eenzijdige deskundige rapportage die zonder toestemming van de patiënt tot stand is gekomen. Zie hiervoor onder meer Rechtbank Utrecht van 8 december 1998,¹⁴ waarin werd overwogen dat de arts c.q. diens verzekeraar in het licht van artikel 6 Europees Verdrag tot bescher-

9 Rb. Utrecht 17 november 2010, TvGR 2011/13, *Nieuwsbrief Personenschade* 2010, 44.

10 Om deze reden werd eerder ook het inzage in de MIP melding geweigerd in Hof Leeuwarden 28 februari 2007, NJ 2009, 199, Hof Leeuwarden 9 december 2008, LJN BG6616. Anders: V.zr. Rb. Zwolle-Lelystad 20 december 2007, GJ 2008/9, JA 2008, 24; zie ook Rb. Arnhem 11 maart 2009, JA 2009, 85, LJN BH9159 en Rb. Arnhem 8 juli 2009, TvGR 2009/32 (m.nt. W.R. Kastelein), waarin werd geoordeeld dat het ziekenhuis – dat overlegging van de MIP-gegevens met een beroep op het belang van 'veilig melden' had geweigerd – in beginsel wel aan haar stelplicht had voldaan.

11 Rb. Amsterdam 9 februari 2011, *Nieuwsbrief Personenschade* 2011, 12.

12 Zo ook Rb. Zutphen 29 september 2011, nr. 95903/HA ZA 0870.

13 V.zr. Rb. Rotterdam 22 april 2010, *Nieuwsbrief Personenschade* 2010, 20, LJN BM2153.

14 Pres. Rb. Utrecht 8 december 1998, TvGR 1999/32.

ming 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 van zijn geheimhoudingsplicht ten opzichte van de patiënt te worden ontslagen. Zo ook het vonnis van de Rechtbank Rotterdam 4 maart 2009,¹⁵ waarin het betoog van de patiënt dat het blokkeringsrecht niet was gerespecteerd werd verworpen, en het vonnis van de Rechtbank Arnhem van 12 december 2007,¹⁶ waarin werd overwogen dat het ziekenhuis onevenredig in haar procesbelang zou worden geschaad als zij niet gerechtigd zou zijn een partijrapport in het geding te brengen ter onderbouwing van haar verweer.¹⁷

2.3 Verstrekken van NAW-gegevens ongevalslachtoffer

Op 29 september 2010 heeft de Rechtbank Rotterdam¹⁸ zich uitgelaten over de vraag of het Academisch Ziekenhuis Rotterdam kon worden verplicht aan de ziektekostenverzekeraar de naam-, adres- en woonplaatsgegevens (NAW-gegevens) te melden van ongevalslachtoffers die in het ziekenhuis waren behandeld. Het belang van de ziektekostenverzekeraar is gelegen in de mogelijkheid om de gemaakte kosten op de aansprakelijke partij te kunnen verhalen. Eerder had het College bescherming persoonsgegevens (CBP) zich hierover uitgelaten en daarbij het standpunt ingenomen dat het verstrekken van patiëntgegevens van slachtoffers van een ongeval aan zorgverzekeraars – behoudens toestemming van de patiënt – in strijd is met het medisch beroepsgeheim en met de Wbp. Volgens het CBP kon een werkbare oplossing echter zijn dat de melding door het ziekenhuis beperkt zou worden tot patiënten die evident het slachtoffer zijn van een verkeersongeval, omdat zij bij wijze van spreken

nog uit een autowrak gehaald moesten worden. In die situatie zou het redelijk zijn om uit te gaan van de veronderstelde toestemming van de patiënt. De patiënt moet dan wel de mogelijkheid krijgen een dergelijke verstrekking te blokkeren. De rechtbank wees de vordering van de zorgverzekeraars niettemin af. Bij gebreke van de mogelijkheid een nauwkeurige omschrijving te geven van die situaties waarin toestemming misschien verondersteld mag worden, is voor het verstrekken van de door de ziektekostenverzekeraar verlangde ongevalsmeldingen steeds de expliciete toestemming van de betrokken patiënten nodig. Voor zover een uitdrukkelijke toestemming van de patiënt ontbreekt, staan de Wbp en het medische beroepsgeheim ex artikel 7:457 BW aan het verstrekken van deze gegevens in de weg, aldus de rechtbank.

3 Behandeling in het buitenland

Naar verwachting zal het in de toekomst steeds vaker gaan voorkomen dat patiënten zich voor een geneeskundige behandeling tot een hulpverlener in het buitenland wenden. De redenen daarvoor kunnen divers zijn en kan er bijvoorbeeld in zijn gelegen dat de behandeling in het buitenland aanzienlijker goedkoper is of in Nederland niet wordt verricht. De jurisprudentie in de periode waarop deze kroniek betrekking heeft toont van beide situaties een voorbeeld.

3.1 Medisch toerisme

Een voorbeeld waarbij de patiënt zich vanwege de lagere kosten in het buitenland liet behandelen, is de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 18 augustus 2010.¹⁹ In die zaak ging het om een patiënte die een reis naar Istanbul had geboekt. In de reisovereenkomst was naast de vliegreis en het verblijf in het hotel ook opgenomen dat patiënte voor het plaatsen van een elftal kronen zou worden behandeld door een tandarts aldaar. Voor deze reis betaalde zij in totaal een bedrag van € 3.201. Bij

15 Rb. Rotterdam 4 maart 2009, JA 2009, 131, LJN BI6309.

16 Rb. Arnhem van 12 december 2007, LJN BC0644.

17 Dit oordeel werd bekrachtigd door het Hof Arnhem op 12 mei 2009, LJN BJ1020.

18 Rb. Rotterdam 29 september 2010, TvGR 2011/24 (m.nt. T.A.M. van den Ende), LJN BN9944.

19 Rb. Rotterdam 18 augustus 2010, GJ 2010/140, LJN BN8300.

terugkomst in Nederland bleken de kronen niet goed als gevolg waarvan het tandvlees chronisch ontstoken was. De enige remedie was het vervangen van alle kronen, waarvan de kosten (bij een Nederlandse) tandarts volgens opgaaf € 8.100 zouden bedragen. Patiënte vorderde schadevergoeding van de reisorganisatie. De rechtbank wees deze vordering af. De rechtbank was van oordeel dat de bemiddeling tussen de patiënt en de tandarts in Istanbul niet onder de reisovereenkomst viel. Omdat de tandarts ook niet door de reisorganisatie was ingeschakeld ter nakoming van een eigen verplichting kon de tandarts in Istanbul ook niet worden beschouwd als hulppersoon van de reisorganisatie in de zin van artikel 6:76 BW.

3.2 'Exotische' behandeling

Een voorbeeld waar speelde dat de patiënt zich in het buitenland liet behandelen omdat de behandeling in Nederland niet (regulier) werd verricht, is die van Rechtbank Breda van 2 februari 2011.²⁰ In die zaak ging het om een patiënte met een dwarslaesie die een overeenkomst was aangegaan met Cells4Health voor het ondergaan van een stamceltherapie in een Turks ziekenhuis. Na de behandeling aldaar was patiënte met een ontstoken, open en vochtlekkende wond aan haar rug uit het ziekenhuis ontslagen, waardoor zij na haar terugkeer in Nederland in een Nederlands ziekenhuis moest worden opgenomen en behandeld. In de procedure slaagde patiënte er in te bewijzen dat zij voorafgaand aan de behandeling onvoldoende was geïnformeerd over de experimentele status en de risico's van stamceltherapie. Voorts werd bewezen geacht dat patiënte geen toestemming voor de stamceltherapie zou hebben gegeven als zij voorafgaand aan de behandeling hierover toereikend was geïnformeerd. De rechtbank overwoog dat gelet daarop een beroep op dwaling gerechtvaardigd was, hetgeen meebracht dat de overeenkomst werd vernietigd. Op grond daarvan werd de vordering van Cells4Health tot betaling van de onbetaald gebleven kosten voor de

behandeling afgewezen en diende zij het reeds betaalde bedrag van € 6.500 wegens onverschuldigde betaling aan patiënte terug te betalen. Cells4Health werd voorts schadeplichtig geacht voor het toegenomen functieverlies als gevolg van de stamceltherapie. Hiervoor kende de rechtbank een smartengeldvergoeding toe van € 7.500.

4 Aansprakelijkheidsgronden

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

- 1) schenden zorgplicht;
- 2) schenden van verbintenissen met een resultaatstelsel;
- 3) verzekeringsdekking op grond van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen (WMO);
- 4) gebruikmaking van een gebrekkige hulpzaak;
- 5) onrechtmatige schadeafwikkeling.

4.1 Schenden zorgplicht

De jurisprudentie toont zowel voorbeelden waarbij de vordering werd afgewezen omdat het beloop waarover de patiënt zich beklagde als niet-verwijtbare complicatie moet worden gezien,²¹ als voorbeelden waarbij niet de vereiste zorgvuldigheid is

²⁰ Rb. Breda 2 februari 2011, TvGR 2011/16, JA 2011, 35, LJN BP2954.

²¹ Zie bijv.: Rb. Middelburg 2 maart 2011 (*obesitas*), JA 2011, 83, LJN BP8087; Hof Amsterdam 22 februari 2011 (*polsletsel*), LJN BP7259; Rb. Breda 3 februari 2010 (*nabloeding*), Nieuwsbrief Personenschade 2010, 12; Rb. Rotterdam 29 september 2010 (*hartinfarct*), JA 2011, 15, LJN BO3180.

betracht en derhalve aansprakelijkheid werd aangenomen.²²

Het is daarbij vaste rechtspraak dat de hulpverlener aan zijn zorgplicht heeft voldaan indien hij heeft gehandeld conform de maatstaf van zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot in dezelfde omstandigheden had mogen worden verwacht.²³ Deze norm brengt met zich mee dat niet elke (beoordelings)fout aan de hulpverlener kan worden toegerekend en dat hij niet aansprakelijk is voor het optreden van niet-verwijtbare complicaties. Een uitspraak waarin dat (nogmaals) werd benadrukt is het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch van 20 juli 2010.²⁴ In dat arrest ging het om een patiënte die tijdens het geven van borstvoeding een palpabele afwijking in haar borst voelde. Er werd een mammografie vervaardigd en een echo gemaakt waarop een fibroadeenoom te zien was. Deze uitslag werd telefonisch door de huisarts doorgebeld, waarbij hij patiënte adviseerde op korte termijn terug te komen voor een controle. Dat deed zij vervolgens elf maanden later. Er bleek toen sprake te zijn van een mammo-carcinoom. Er werd een deskundige benoemd die een onderscheid maakte tussen optimaal handelen en acceptabel handelen en waarbij hij concludeerde dat het telefonische advies om op korte termijn terug te komen acceptabel was. Het hof concludeerde, dat gelet op deze conclusie, het handelen van de huisarts voldeed aan de maatstaf van zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en redelijk

bekwaam beroepsgenoot mocht worden verwacht en wees de vordering af.

4.2 Verbintenis met een resultaatskarakter

Het is onomstreden dat op een hulpverlener 'slechts' een inspanningsverplichting rust. Algemeen wordt echter aangenomen dat op de hulpverlener in het kader van de behandeling ook verplichtingen rusten met een (meer) resultaatskarakter. Als een hulpverlener bijvoorbeeld bloed wil afnemen of een röntgenfoto wil laten maken, moet hij er in beginsel ook voor zorgen dat dit onderzoek plaatsvindt. Dat de arts zich hiervoor heeft ingespannen, wordt niet voldoende geacht.²⁵

Een voorbeeld waarbij in feite een verbintenis met een resultaatskarakter op de arts werd gelegd, is de uitspraak van het Hof Amsterdam van 22 juni 2010.²⁶ Die zaak is het vervolg op het arrest van het Hof Amsterdam van 24 maart 2009.²⁷ Het ging daarbij om het handelen van een orthopedisch chirurg. Hij had een knieprothese maat G geplaatst, terwijl hij eerder had gemeend dat een prothese met maat H aangewezen was. Dit omdat tijdens de operatie bleek dat maat H niet op voorraad was. De deskundige, dr. Mol, concludeerde dat met de operatie een 'fair result' was bereikt. Daarmee was echter niet gezegd dat aan de toetsnorm van de redelijk hande-

22 Voorbeelden hiervan zijn: Hof Leeuwarden 6 juli 2010 (*borstcorrectie*); JA 2010, 12, L&S 2010, 135, LJN BN0815; Rb. Zutphen 12 januari 2011 (*infuus*), JA 2011, 36, LJN BP0323; Rb. Arnhem 10 maart 2010 (*huisartsenpost*), JA 2010, 73, LJN BL8529; Rb. Utrecht 8 december 2010 (*hartinfarct*), JA 2011, 16, LJN BO6888; Rb. Utrecht 8 september 2010 (*reflex-dystrofie*), L&S 2010, 4; Rb. Zwolle-Lelystad 26 mei 2010 (*medische fout tijdens reanimatie*), Nieuwsbrief Personenschade 2010, 26.

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

24 Hof 's-Hertogenbosch 20 juli 2010, TvGR 2011/1, L&S 2010, 13 (m.nt. Giard), JA 2010, 131, LJN BN2030.

25 Zie o.a. H.J.J. Leenen/J.C.J. Dute & W.R. Kastelein, *Handboek Gezondheidsrecht. Deel II: Gezondheidszorg en recht*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2008, p. 407: "Op medisch-professioneel gebied leidt de geneeskundige behandelingsovereenkomst in het algemeen tot inspanningsverbintenissen. In sommige gevallen kan dat echter anders zijn; het gaat dan veelal om bepaalde onderdelen of aspecten van de behandeling. Voorbeelden van resultaatsverbintenissen op medisch-professioneel gebied zijn: het opdragen van een benodigde laboratoriumanalyse of van het maken van een röntgenfoto, het tijdig toedienen van een geneesmiddel, de veilige ligging van de patiënt tijdens de operatie, het voorkomen van het vallen van een naald in de mond van de patiënt (die in de maag terecht kwam)."

26 Hof Amsterdam 22 juni 2010, JA 2011, 1, Nieuwsbrief Personenschade 2010, 25, LJN BN6933.

27 Hof Amsterdam 24 maart 2009, Nieuwsbrief Personenschade 2009, 21.

lend en redelijk bekwaam beroepsgenoot was voldaan, aldus het hof, die aanleiding zag om een aanvullende rapportage te bevelen. In de aanvullende rapportage werd vermeld dat de orthopedisch chirurg de ingreep technisch correct had uitgevoerd en ook de juiste keuze had gemaakt door de operatie niet uit te stellen toen bleek dat maat H nodig maar niet beschikbaar was en daarom was overgegaan tot het plaatsen van de kleinere prothesemaat G. Het hof nam aansprakelijkheid aan omdat de operateur er niet voor had gezorgd dat tijdens de operatie maat H op voorraad was. Het hof ging daarmee voorbij aan de opmerking van de deskundige dat de orthopedisch chirurg onmogelijk kan controleren welke protheses aanwezig zijn en dat het de taak en verantwoordelijkheid is van het hoofd van de operatiekamer om de operatie pas te laten beginnen als de benodigde protheses er zijn. Het hof overwoog daarbij dat de orthopedisch chirurg dat ook zelf kan verifiëren en dat het operatiekamerpersoneel bovendien als zijn hulppersoon is te beschouwen en waarvoor hij medeaansprakelijk is. Hoewel het hof zijn oordeel motiveerde op basis van schending van een inspanningsverplichting, blijkt uit de argumenten die het hof aanvoerde dat feitelijk werd uitgegaan van een verplichting met een resultaatskarakter.

4.3 Verzekeringsdekking o.g.v. de WMO

Ingevolge artikel 7 lid 1 WMO wordt het wetenschappelijk onderzoek slechts verricht "indien op het tijdstip waarop het onderzoek aanvangt, een verzekering is gesloten die de door het onderzoek veroorzaakte schade door dood of letsel van de proefpersoon dekt." De verzekering behoeft niet de schade te dekken waarvan op grond van de aard van het onderzoek zeker of nagenoeg zeker is dat deze zich zal voordoen. Deze verzekeringsdekking leidt ertoe dat een patiënt de schade die hij lijdt als gevolg van deelname aan een onderzoek vergoed krijgt, zelfs als zijn schade dus niet aan onzorgvuldig handelen van de arts is te wijten.

De zaak waarbij deze verzekeringsdekking op grond van de WMO aan de orde was, is de uitspraak van de

Rechtbank Amsterdam van 9 februari 2011.²⁸ In die zaak ging het om een patiënte die een uitzaaiing had van een melanoom in de thoracale wervelkolom. De uitzaaiing werd in het AMC operatief verwijderd, maar het bleek niet mogelijk de tumor met ruime marge te verwijderen. De patiënte kwam onder behandeling in het Antonie van Leeuwenhoek ziekenhuis alwaar het operatiegebied werd nabestraald. Vervolgens onderging zij in onderzoeksverband een chemo- en immunotherapie volgens de zogenaamde M00TIM-studie. Enkele maanden later ontstond er bij patiënte een complete dwarslaesie ter hoogte van de vijfde thoracale wervel. De patiënte vorderde te verklaren voor recht dat het ziekenhuis hiervoor aansprakelijk was. De rechtbank oordeelde dat de behandelend artsen niet in strijd hadden gehandeld met hetgeen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot had mogen worden verwacht. Vervolgens was de aanspraak van de patiënt op grond van de verzekering op grond van de WMO aan de orde. De rechtbank verwierp in dat kader het verweer van het ziekenhuis dat deze vordering niet tegen het ziekenhuis kon worden ingesteld, maar slechts rechtstreeks tegen de WMO-verzekeraar die de 'aanvullende' WMO-dekking verleende. Ook indien de patiënte een directe actie toekomt tegen de WMO-verzekeraar, aldus de rechtbank, tast dat niet haar recht aan zelf tegen het ziekenhuis te ageren.²⁹ De vordering werd niettemin toch afgewezen omdat de patiënte tegen de gemotiveerde stelling van het ziekenhuis,

28 Rb. Amsterdam 9 februari 2011, *Nieuwsbrief Personen-schade* 2011, 12, LJN BP4341.

29 De vraag is overigens of dit oordeel wel juist is. Bij de verzekering van de WMO gaat het immers om een zogeheten directe schadeverzekering waarbij de schadevergoedingsplicht op de verzekeraar rust (zie ook art. 7 lid 2 WMO).

dat de dwarslaesie geen gevolg was van chemo- en immunotherapie, onvoldoende had gesteld.³⁰

4.4 Gebrekkige hulpzaak

De vraag of het ziekenhuis aansprakelijk kan worden gehouden indien bij de uitvoering van de behandeling een gebrekkige hulpzaak is gebruikt, was aan de orde in de beschikking van de Rechtbank Breda van 3 januari 2011.³¹ In die zaak ging het om een 65-jarige patiënt die op de afdeling neurologie van het ziekenhuis was opgenomen in verband met een cerebrovasculair accident (CVA). In verband met de bij patiënt aanwezige onrust, verwardheid en epileptische aanvallen, werd hij in bed gefixeerd door een zogenaamde 'Zweedse band' welke aan elkaar werd bevestigd met slotjes. In de nacht werd patiënt op de grond aangetroffen met een bekkenfractuur. In de verpleegkundige rapportage was vermeld: "De heer is uit bed gevallen, slotje bleek defect". In de procedure was de vraag aan de orde of het ziekenhuis hiervoor aansprakelijk kon worden gehouden. De rechtbank overwoog dat het slotje gebrekkig was, omdat van een slotje dat wordt gebruikt bij fixatie van een patiënt in zijn bed, verwacht mag worden dat het niet opengaat door daaraan te trekken. De rechtbank volgde niet het betoog van het ziekenhuis dat van aansprakelijkheid van het ziekenhuis niettemin geen sprake was omdat bij medische hulpmiddelen de toerekening hiervan aan het ziekenhuis onredelijk zou zijn. Het ziekenhuis beriep zich daarbij op de parlementaire geschiedenis van de totstandkoming van artikel 6:77 BW en de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst waarin door de wetgever was overwogen dat aansprakelijkheid voor gebruikmaking van gebrekkige hulpzaken bij ziekenhuizen niet voor de hand ligt en dat de patiënt hiervoor rechtstreeks de pro-

ducent dient aan te spreken. De rechtbank achtte daarbij van belang dat de patiënt geen invloed had gehad op de keuze van het ziekenhuis voor het gebruikte soort slotje en dat het ziekenhuis bovendien geacht moest worden bekend te zijn met de naam van de producent van de ongeschikte zaak en bovendien – beter dan de patiënt – in staat moest worden geacht om ook de zaak te onderzoeken en in de richting van de producent te onderbouwen dat het een gebrekkig product betrof. De rechtbank overwoog daarbij voorts dat het standpunt van de wetgever in de parlementaire geschiedenis dat het ziekenhuis als regel niet aansprakelijk is voor gebrekkige hulpzaken in zijn algemeenheid als achterhaald moet worden beschouwd.³² Het is met name de laatste overweging die meebrengt dat de aansprakelijkheid voor ziekenhuizen in belangrijke mate lijkt te zijn uitgebreid.³³

4.5 Onrechtmatige schadeafwikkeling

In de kroniek 2008-2009 ben ik reeds ingegaan op de vraag of een hulpverlener c.q. diens beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar tot extra schadevergoeding kan worden verplicht indien deze zich bij de schadeafwikkeling niet passend opstellen.³⁴ In het vonnis van de Rechtbank Utrecht van 6 oktober 2010,³⁵ was aan de orde of de wijze waarop de verzekeraar zich bij de schadeafwikkeling had opgesteld een zelfstandige onrechtmatige daad van de verzekeraar jegens de patiënt kon opleveren. Daar ging het om een patiënte jegens wie aansprakelijkheid was erkend, maar waarbij vervolgens geruime

30 Hierdoor kwam de rechtbank ook niet meer toe aan de vraag op wie ter zake de bewijslast rustte; vgl. RvT Verzekeringen 30 oktober 2006, nr. 2006/068 Med, waarin werd geoordeeld dat de patiënt niet het oorzaaklijk verband tussen het wetenschappelijk onderzoek en de schade dient te bewijzen, maar het de WMO-verzekeraar is, die dient te bewijzen dat dit verband ontbreekt.

31 Rb. Breda 3 januari 2011, LJN BO9631.

32 Overigens is het nog maar de vraag of dit daadwerkelijk achterhaald is. De uitspraak van de Rb. Den Bosch 21 juli 2010, L&S 2011, 125, wijst althans niet in die richting.

33 Zie over dit onderwerp ook: A.J. Van, 'De aansprakelijkheid voor gebrekkige Medische Hulpmiddelen; Implanon revisted', TvP 2011, p. 44-49 en R.P. Wijne 'Hoe zit het nu (echt) zit met de aansprakelijkheid als de arts of het ziekenhuis als contractpartij van de patiënt gebruikmaakt van een ongeschikte hulpzaak', L&S 2011, p. 6-17.

34 Zie par. 7.1: secundaire victimisatie.

35 Rb. Utrecht 6 oktober 2010, JA 2011, 21, L&S 2011, 20 (m.nt. Laseur), LJN BN9618.

tijd werd gediscussieerd over de hoogte van de schade. Toen daarover geen overeenstemming kon worden bereikt, stelde zij een vordering in tegen het ziekenhuis en haar verzekeraar, MediRisk. De patiënte stelde dat MediRisk zich bij de schadeafwikkeling onrechtmatig had gedragen. De rechtbank wees dit af en overwoog daarbij dat MediRisk zich niet zonder grond had verzet tegen de wijze van schadeafwikkeling die patiënte voorstond en dat het feit dat de raadvrouw van patiënte en MediRisk 'ernstig en wellicht in heftig debat' over de uitgangspunten van de schadeafwikkeling met elkaar van mening verschilden, het handelen van MediRisk nog niet onrechtmatig maakte.

5 Informed consent

Ook in 2010 en 2011 zijn er weer de nodige uitspraken gedaan waarbij de informed consentproblematiek speelde. Voorbeelden waarbij de vordering van de patiënt wegens het ontbreken van informed consent werd toegewezen zijn de uitspraken van de Rechtbank Breda van 2 februari 2011³⁶ en de Rechtbank Rotterdam van 24 november 2010.³⁷ Bij de eerste zaak ging het om de reeds hiervoor besproken situatie dat een patiënte met een dwarslaesie een stamceltherapie in Turkije had ondergaan met een dramatisch resultaat. Patiënte slaagde erin te bewijzen dat zij niet adequaat was geïnformeerd over de experimentele status van de behandeling. Gelet daarop is het ook weinig verwonderlijk dat de rechtbank aannam dat patiënte bij een wel adequate informatievoorziening van de behandeling zou hebben afgezien. Bij de andere uitspraak ging het om een patiënte die in de City Kliniek een borstvergroterende ingreep had laten uitvoeren. De operateur was een gynaecoloog die zich als plastisch chirurg had uitgegeven. Vanwege wantoestanden in de praktijkvoering was de kliniek in opspraak geraakt en het Centraal Tuchtcollege had de BIG-registratie van de arts doorgehaald. De rechtbank nam aan dat de patiënte, indien zij er wel op was gewezen dat de

arts geen plastisch chirurg was, niet met de borstvergroterende ingreep zou hebben ingestemd. Ook dat oordeel is weinig verrassend.

Beide uitspraken zijn echter uitzonderingssituaties. Meestal worden de vorderingen wegens het ontbreken van informed consent niet gehonoreerd. Dat kan zijn omdat er geen informatieplicht is geschonden. Een voorbeeld daarvan is de uitspraak van het Hof 's-Hertogenbosch van 9 februari 2010.³⁸ Daar ging het om een patiënt die als gevolg van een neusoperatie blind werd. Omdat dit een extreem zeldzame complicatie was met een zeer laag incidentierisico en waarvoor redelijkerwijs geen alternatief voor handen was, was het niet onzorgvuldig dat de patiënt vooraf niet op dat risico was gewezen.³⁹ De afwijzing kan er ook in gelegen zijn dat het vereiste causaal verband ontbreekt. Voor het vereiste causaal verband dient de patiënt te bewijzen dat hij bij een wel juiste informatie van de ingreep zou hebben afgezien.⁴⁰ Een bewijs dat bij een reguliere medische behandeling niet snel te leveren is. Een voorbeeld waarbij een patiënte dit bewijs niet kon leveren is de uitspraak van de Rechtbank Zwolle-Lelystad van 10 maart 2010.⁴¹ Daar ging het om een patiënte die in verband met medische klachten haar neus door een KNO-arts liet rechtzetten en voorts in verband met cosmetische klachten een implantaat in de neus liet aanbrengen. De patiënte was teleurgesteld over het resultaat en vorderde schadevergoeding. Omdat niet bewezen werd geacht dat patiënte van de behandeling had afgezien als zij wel deugdelijk was geïnformeerd werd de vordering wegens het ontbreken van causaal verband afgewezen. Dit is geheel in lijn met eerdere jurisprudentie.

38 Hof 's-Hertogenbosch 9 februari 2010, JA 2010, 60 (m.nt. Giard), LjN BL4904.

39 Een ander voorbeeld is: Rb. Rotterdam 17 maart 2010, GJ 2010/66, LjN BL8825: waarin werd aangenomen dat een hiv-patiënt gelet op de kennis van dat moment niet behoefde te worden gewezen op het risico van lipodystrofie als gevolg van de voorgeschreven medicatie.

40 HR 23 november 2002, NJ 2002, 386 en 387.

41 Rb. Zwolle-Lelystad 10 maart 2010, GJ 2010/85, LjN BM3359.

36 Rb. Breda 2 februari 2011, JA 2011, 35, LjN BP2954.

37 Rb. Rotterdam 24 november 2010, LjN BO7879.

In de jurisprudentie 2010/2011 zijn er op het gebied van de informed consent echter ook twee nieuwe ontwikkelingen te noemen. Ten eerste of een patiënt recht heeft op immateriële schade, zogeheten integriteitschade, enkel omdat hij niet afdoende over de aan de behandeling verbonden ingreep is geïnformeerd en ten tweede of er ook sprake kan zijn van aansprakelijkheid van de arts als deze niet heeft onderkend dat de toestemming van de patiënt mogelijk gebrekkig is.

5.1 Integriteitschade

Een belangrijke uitbreiding van de aansprakelijkheid zou er uit bestaan als een patiënt recht heeft op vergoeding van zogeheten integriteitschade enkel omdat hij voorafgaand aan een behandeling niet afdoende is geïnformeerd over de risico's die zich als gevolg van de behandeling hebben verwezenlijkt én zonder dat daarbij hoeft vast te staan dat de patiënt bij een wel correcte informatievoorziening van de ingreep zou hebben afgezien.⁴² Het Hof Arnhem honoreerde op 26 april 2006 een dergelijke vergoeding. Het ging in die zaak om een orthopedisch chirurg die vanwege een forse coxarthrose (degeneratie van het heupgewricht) een kunstheup bij een patiënte had geplaatst. Dit leidde tot een beenlengteverschil, hetgeen een inherent en onvermijdelijk gevolg was van de ingreep. Twee jaar later werd door een andere orthopedisch chirurg een revisie-operatie uitgevoerd om het verschil in beenlengte ongedaan te maken. De patiënte stelde vervolgens de orthopedisch chirurg aansprakelijk omdat hij voor het plaatsen van de kunstheup haar niet over het te verwachten verschil in beenlengte had geïnformeerd. De deskundige, prof. Marti, concludeerde dat de orthopeed de ingreep 'perfect' had uitgevoerd, maar uitte wel kritiek op het feit dat de patiënte er niet op was gewezen dat een heupvervangende ingreep in haar situatie tot een beenverlenging zou leiden. In zijn optiek zou de optimale behandeling hebben

bestaan uit een ingrijpend strategieplan bestaande uit het verrichten van de uitgevoerde ingreep, gevolgd door eenzelfde ingreep aan de andere zijde om het beenlengteverschil op te heffen. De patiënte vorderde vervolgens vergoeding van schade omdat de chirurg ten onrechte had verzuimd haar op het zekere gevolg van het beenlengteverschil te wijzen. De patiënte stelde daarbij dat zij de operatie niet, althans niet op dat moment, zou hebben laten uitvoeren ingeval zij wel juist zou zijn geïnformeerd. De rechtbank wees de vordering af omdat de patiënte niet had bewezen dat zij bij een wel juiste informatievoorziening van de operatie zou hebben afgezien.

De patiënte stelde beroep in bij het Gerechtshof te Arnhem. In het tussenarrest van 25 april 2006 werd⁴³ onder meer overwogen dat als de patiënte onvoldoende geïnformeerd met de bewuste operatie had ingestemd dit een aantasting van haar zelfbeschikkingsrecht opleverde die maakte dat de orthopeed aansprakelijk was voor 'integriteitschade'. Dit ongeacht of de patiënte al dan niet voor de ingreep zou hebben gekozen indien zij wel afdoende was geïnformeerd. Voor de schade die verband hield met het beenlengteverschil sec was echter wel nodig dat de patiënte het bewijs leverde dat zij niet met de ingreep had ingestemd als zij adequaat was geïnformeerd. Bij eindarrest van 4 december 2007⁴⁴ oordeelde het hof dat patiënte dit bewijs geleverd had en daarom voorts recht had op vergoeding van alle schade wegens het beenlengteverschil. Het hof achtte daarbij mede relevant dat patiënte een revisie-operatie had laten uitvoeren om het beenlengteverschil op te heffen terwijl deze ingreep, zo blijkt uit het deskundigenbericht van prof. Marti, riskant was. Mede omdat patiënte zo ver was gegaan dat zij voor zo'n risicovolle ingreep had gekozen, achtte het hof bewezen dat zij niet voor de uitgevoerde ingreep zou hebben gekozen, indien zij vooraf over het beenlengteverschil was geïnformeerd. Door het ziekenhuis werd tegen beide arresten cassatie ingesteld. A-G De Vries-Lentsch Konstense concludeerde tot

42 Van integriteitschade kan mogelijk ook sprake zijn als de arts de patiënt ten onrechte informatie onthoudt. Zie bijv. Rb. Utrecht 15 juni 2011, TvGR 2011/31, inzake het ten onrechte niet mededelen van de verdenking op de diagnose multiple sclerose.

43 Hof Arnhem 25 april 2006, LJN BM5194.

44 Hof Arnhem 4 december 2007, LJN BM5197.

verwerping van het beroep. Zij liet daarbij in het midden of het toekennen van een vergoeding wegens integriteitschade wel kon. Omdat vaststond dat de patiënte van de behandeling zou hebben afgezien indien zij correct was geïnformeerd en er op die grond recht was op vergoeding van alle immateriële en materiële schade die met de ingreep verband hield, was de vraag of er ook nog een zelfstandig recht was op integriteitschade niet relevant. De Hoge Raad kwam op 25 april 2010 echter tot een andere conclusie⁴⁵ en vond het oordeel van het hof onbegrijpelijk. Gelet op het door het ziekenhuis aangevoerde verweer dat de ingreep die was uitgevoerd ook paste in het door prof. Marti genoemde ingrijpende strategieplan, dat er in feite op neer zou komen dat eerst de feitelijk uitgevoerde ingreep zou worden uitgevoerd en daarna – in tweede instantie – een vergelijkbare ingreep aan het andere been, kon niet worden aangenomen dat patiënte indien zij adequaat was geïnformeerd niet voor de uitgevoerde ingreep zou hebben gekozen.

Uit het feit dat de Hoge Raad oordeelde dat het hof niet voorbij kon gaan aan dat verweer – dat slechts ziet op de causaliteit – en niet op de tekortkoming in de informatievoorziening *sec*, valt af te leiden dat de Hoge Raad vasthoudt aan de causaliteitseis. Het enkele feit dat een behandeling is uitgevoerd zonder dat daaraan een geïnformeerde toestemming van de patiënt ten grondslag ligt, is – anders dan het hof had overwogen –, op zichzelf kennelijk dus niet voldoende om daar een aanspraak op schadevergoeding in de vorm van integriteitschade voor toe te kennen. Voorwaarde blijft dat vast komt te staan dat de ingreep niet zou hebben plaatsgevonden indien de patiënte adequaat zou zijn geïnformeerd.⁴⁶ Omdat in dat geval er sowieso recht bestaat op vergoeding van alle met de behandeling gemoede schade, is de discussie of er in dat geval ook sprake is van integriteitschade niet relevant. Zoals ook uit de conclusie van de A-G volgt 'lost' de integriteitschade in dat geval immers op in de schade die vergoed

moet worden wegens het uitvoeren van de behandeling.

5.2 Gebrekkige toestemming

In de uitspraak van de Rechtbank Den Haag van 22 december 2010,⁴⁷ was aan de orde of een toestemming ook gebrekkig kan zijn. Het ging daarbij om een patiënte die tijdens de bevalling van haar vierde kind een spoedkeizersnede had ondergaan. Direct na de geboorte van het kind had de gynaecoloog de mogelijkheid van gelijktijdige sterilisatie naar voren gebracht, waarmee patiënte instemde en waarna aansluitend de ingreep plaatsvond. Patiënte stelde later dat de ingreep zonder haar toestemming was verricht. De rechtbank oordeelde dat het ziekenhuis aansprakelijk was voor de uitgevoerde ingreep, zelfs indien patiënte voor het verrichten daarvan toestemming had verleend. Dit omdat de gynaecoloog naar het oordeel van de rechtbank niet op de toestemming van de patiënte had mogen handelen. Hij had moeten betwijfelen of de uitingen van patiënte wel aan haar wil beantwoordden. Hierbij woog de rechtbank mee dat tot een (spoed)keizersnede was besloten nadat al gedurende lange tijd was getracht patiënte langs natuurlijke weg te laten bevallen, zij onder invloed was van anesthetica en zij gespannen was over de gezondheid van haar kind. Verder was van belang dat patiënte ook niet op een vraag over het uitvoeren van een sterilisatie voorbereid was en er geen medische noodzaak voor de ingreep was.

Deze uitspraak brengt mee dat een arts niet zonder meer op de toestemming van een patiënt mag vertrouwen. Indien sprake is van bijzondere omstandigheden, zoals hier (anesthesie; bepaalde gemoedstoestand; onomkeerbaarheid van de behandeling; geen spoed), zal hij zich ervan dienen te vergewissen dat er aan de toestemming geen wilsgebrek ten grondslag ligt. Dat zal er bij dit soort omstandigheden al gauw op neer komen dat hij de patiënt tijd en gelegenheid moet geven zich te kunnen bedenken.

45 Hoge Raad 23 april 2010, JA 2010, 97 (m.nt. Hendrix), L&S 2010, nr. 184 (m.nt. Van Ommen), LJN BL4882.

46 HR 23 november 2002, NJ 2002, 386 en 387.

47 Rb. 's-Gravenhage 22 december 2010, LJN BO9396.

6 Causaal verband en toerekening

Om met succes schadevergoeding van de arts te kunnen vorderen dient de patiënt te bewijzen dat zijn schade in voldoende causale relatie staat met de fout van de arts. Dat dit bewijs niet altijd even makkelijk te leveren is, toont ook de jurisprudentie van 2010 en 2011. Op 24 december 2010⁴⁸ heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over het cassatieberoep dat een patiënt had ingesteld tegen het arrest van het Hof Arnhem van 18 augustus 2009.⁴⁹ Het hof had de vordering van de patiënt 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 klachten en het optreden van een dystrofie bij de patiënt.⁵⁰ De Hoge Raad verwierp het cassatiemiddel op grond van artikel 81 Wet op de rechterlijke organisatie. Een ander voorbeeld waarbij de patiënt zijn vordering zag stranden omdat het vereiste causaal verband niet kon worden aangenomen, is het arrest van het Hof Amsterdam van 15 februari 2011.⁵¹ In die zaak stond vast dat een arts inadequaat had gereageerd door de patiënt naar aanleiding van zijn telefonisch geuite klachten – die bleken te berusten op een zogeheten caudasyndroom – niet te ontbieden naar het ziekenhuis te komen. Omdat in dat geval de noodzakelijke operatieve ingreep evenmin binnen 24 uur zou zijn uitgevoerd, ontbrak het vereiste causaal verband.⁵²

Overigens zijn er ook wel de nodige voorbeelden waarbij het vereiste causaal verband redelijk makkelijk lijkt te worden aangenomen. Een voorbeeld hiervan is het hiervoor behandelde arrest van het

Hof Amsterdam van 22 juni 2010⁵³ waarbij in plaats van een knieprothese maat H ten onrechte de kleinere maat G was geplaatst. Ondanks het feit dat het röntgenbeeld na de operatie een goede stand van de knie liet zien en er geen aanwijzingen waren voor complicaties werd toch aangenomen dat de instabiliteit van de knie en de daarmee gepaard gaande klachten in condicio sine qua non-verband stonden met het feit dat er in plaats van maat H een knieprothese van maat G was geplaatst.

De jurisprudentie in 2010 en 2011 laat wederom toepassing van de twee rechtsregels zien die zijn ontwikkeld om de patiënt in zijn bewijslast van het causaal verband tegemoet komen, te weten:

- a) de toepassing van de omkeringsregel;⁵⁴
- b) de theorie van de gemiste kans.

6.1 Omkeringsregel

Een voorbeeld uit de jurisprudentie 2010-2011 waarin de omkeringsregel werd toegepast is het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 11 augustus 2011.⁵⁵ Daar ging het om een schildklieroperatie die door een arts-assistent chirurgie in het AMC was verricht en waarbij tijdens de ingreep de stembandzenuw was beschadigd. In geschil was onder meer of de arts-assistent wel over voldoende ervaring beschikte om de ingreep onder supervisie te verrichten. De rechtbank gelaste een deskundigenbericht. De rechtbank gaf daarbij aan dat indien daaruit zou blijken dat de assistent onvoldoende ervaren was en de complicatie bij een ervaren chirurg zich niet zou hebben voorgedaan, met een beroep op de omkeringsregel het vereiste causaal verband zou worden aangenomen.

48 Hoge Raad 24 december 2010, L/JN BO5207.

49 Hof Arnhem 18 augustus 2009, L/JN BK8642.

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

51 Hof Amsterdam 15 februari 2011, L/JN BR6420.

52 Zie voor een voorbeeld waarin het vereiste causaal verband ontbrak tussen het laattijdig stellen van de diagnose hartinfarct en het overlijden van de patiënt ook Rb. Rotterdam 29 september 2011, JA 2011, 115 (m.nt. Colsen), L/JN BO3180.

53 Hof Amsterdam 22 juni 2010, JA 2011, 1, *Nieuwsbrief Personenschade* 2010, 25, L/JN BN6933.

54 Hoewel de Hoge Raad in zijn arrest van 19 maart 2004 (*obductie*), NJ 2004, 307, het belang van de omkeringsregel voor medische aansprakelijkheidskwesties in belangrijke mate heeft ingeperkt, volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 7 december 2007 (*asfyxie*), NJ 2007, 644, dat de omkeringsregel voor medische aansprakelijkheidskwesties toch belangrijk blijft.

55 Rb. Amsterdam 11 augustus 2010, GJ 2011/24, L/JN BP0743.

Een voorbeeld waarbij het beroep op de omkeringsregel niet slaagde is het arrest van het Hof Amsterdam van 5 juli 2011,⁵⁶ waarbij een patiënt hoger beroep had ingesteld tegen een vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 14 juli 2010.⁵⁷ In die zaak stond vast dat een neuroloog ten onrechte niet had overwogen dat de klachten van patiënt werden veroorzaakt door transient ischaemic attacks (TIA's). Nadat de patiënt een herseninfarct had gekregen vorderde hij vergoeding van de schade die de patiënt hierdoor leed. Hij stelde dat als de neuroloog z'n werk wel goed had gedaan hem preventieve medicatie was toegediend, waardoor het infarct zou zijn voorkomen. De deskundige schatte de kans dat het infarct in dat geval zou zijn voorkomen op 1,7%. Een dergelijke kans was naar het oordeel van de rechtbank echter te gering om rechtens relevant te zijn, zodat de vordering werd afgewezen. In hoger beroep werd er over geklaagd dat de rechtbank van een verkeerde kansschatting was uitgegaan. Het hof liet in het midden of dat inderdaad het geval was en overwoog dat de patiënt onvoldoende had gesteld dat bij wel correct handelen de medicatie daadwerkelijk was toegediend. Het hof overwoog dat gelet hierop er onvoldoende grond was voor toepassing van de omkeringsregel of de leer van de proportionele aansprakelijkheid en wees de vordering wegens het ontbreken van causaal verband af.

Dat het voor toepassing van de omkeringsregel moet gaan om een specifieke norm wordt nog een keer benadrukt in het arrest van het Hof Arnhem van 15 maart 2011.⁵⁸ Daar ging het om een huisarts die bij een elf maanden oude baby niet had onderkend dat deze aan een ernstige longontsteking leed, waardoor het patiëntje kort daarna overleed. Het hof wees de vordering af wegens het ontbreken van causaal verband. De omkeringsregel was niet van toepassing omdat er geen sprake was van schending van een voldoende specifieke norm c.q. veiligheidsnorm. Dit oordeel is in lijn met het arrest van de

Hoge Raad van 19 maart 2004,⁵⁹ waarin werd overwogen dat voor toepassing van de omkeringsregel in het medische aansprakelijkheidsrecht vereist is dat het moet gaan om een normovertreding die specifiek ziet op het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt en dat de vaststelling dat de hulpverlener niet als een goed hulpverlener heeft gehandeld hiervoor een te algemene norm is.

6.2 Proportionele aansprakelijkheid

In 2010 en 2011 zijn er weer de nodige uitspraken gewezen waarin proportionele aansprakelijkheid werd aangenomen. Zo nam de Rechtbank Arnhem op 10 maart 2010⁶⁰ 10% aansprakelijkheid aan voor de neurologische schade die een patiënt had overgehouden na een reanimatie. Dit vonnis is een vervolg op dat van 16 mei 2007,⁶¹ waarin was vastgesteld dat de huisartsenpost aansprakelijk was voor het niet direct sturen van een ambulance. Omdat door het niet tijdig aanwezig zijn van de ambulance een geringe kans op een volledig neurologisch herstel c.q. minder restschade verloren was gegaan, achtte de rechtbank de huisartsenpost voor 10% van deze schade aansprakelijk.⁶²

In het arrest van het Hof Arnhem van 8 september 2009⁶³ werd bepaald dat een zeer grote veroorzakingskans (in dat geval van 97%) geen reden is om een proportionele aansprakelijkheid aan te nemen, zoals de rechtbank had gedaan, maar dat in dat geval het aannemen van volledige aansprakelijkheid aangewezen is. Dat het omgekeerde ook geldt en dat een 'zeer kleine kans' op het voorkomen van de schade geen toepassing van de leer van de propor-

56 Hof Amsterdam 5 juli 2011, L/JN BR2898.

57 Rb. Amsterdam 14 juli 2010, JA 2011, 4, Nieuwsbrief Personenschade 2010, 33, L/JN BO3288.

58 Hof Arnhem 15 maart 2011, JA 2011, 81, L/JN BP8479.

59 Hoge Raad 29 maart 2004 (*obductie*), NJ 2004, 307, L/JN AO1299.

60 Rb. Arnhem 10 maart 2011, JA 2011, 73, L/JN BL8529.

61 Rb. Arnhem 16 mei 2007, L/JN BA5849.

62 Zie voorts Rb. Utrecht van 8 december 2010, JA 2011, 16, L/JN BO6888, waarin 14% aansprakelijkheid werd aangenomen voor het niet direct met een ambulance laten vervoeren van een patiënt naar het ziekenhuis. Hierdoor was een dotterbehandeling niet meer mogelijk en was het hart ongeveer 14% meer beschadigd.

63 Hof Arnhem 8 september 2009, JA 2010, 41, L/JN BL0369.

tionele aansprakelijkheid rechtvaardigt, volgt uit het vonnis van de Rechtbank Amsterdam van 18 mei 2011.⁶⁴ Daar stond vast dat het ziekenhuis aansprakelijk was voor een delay van ruim vijf maanden dat was opgetreden voordat werd vastgesteld dat een patiënt aan alvleesklierkanker leed. De deskundige oordeelde dat hierdoor wel een kans was ontnomen op een genezende behandeling, maar dat deze kans wel zeer klein was. Dit rechtvaardigde niet het aannemen van een gering percentage aansprakelijkheid, aldus de rechtbank, zodat de vordering van de nabestaanden om 10% van de begrafeniskosten te vergoeden werd afgewezen.

6.3 Doorbreking van de causale toerekening

Op 16 april 2010⁶⁵ heeft de Hoge Raad zich uitgelaten over een zaak waarin aan de orde was of de mogelijkheid van de patiënt om schade te voorkomen de causale toerekening doorbreekt. Het ging in die zaak om een patiënte die bij een zwangerschapsduur van ruim acht weken een abortus onderging. Toen patiënte inmiddels ruim zestien weken zwanger was bleek door middel van een echo dat zij toch nog zwanger was en de curettage dus niet goed was uitgevoerd. Zij zag er vervolgens van af nogmaals een abortus te laten verrichten. Nadat ze bevallen was van een zoontje vorderde ze vervolgens schadevergoeding van het ziekenhuis, onder andere bestaande uit de opvoedingskosten van haar zoontje. De rechtbank wees de vordering af omdat door het besluit van patiënte om het kind te houden het causale verband met de fout was doorbroken. Het hof kwam tot een andersluidend oordeel. Het hof overwoog daarbij dat het feit dat de patiënte had besloten de zwangerschap niet meer af te breken, niet zonder meer meebracht dat de geboorte van het kind niet meer als schade kon worden toegerekend. Het hof overwoog daarbij dat dit slechts anders zou zijn indien de vrouw zich ten tijde van de echo had bedacht en een kind wenste, zoals het ziekenhuis had gesteld. Dit was echter een bevrijdend verweer, waarvan de bewijslast op het ziekenhuis rustte en

welk bewijs niet was geleverd. In cassatie werd erover geklaagd dat het hof dit verweer ten onrechte als een bevrijdend verweer had aangemerkt en de bewijslast bij het ziekenhuis had neergelegd. De Hoge Raad verwierp dit beroep. In cassatie was er overigens niet over geklaagd dat de nadere beslissing van patiënte om de zwangerschap niet meer af te breken de causale toerekening doorbrak, zodat de Hoge Raad zich daar niet over heeft uitgelaten.

7 Bewijsrecht

Voor wat betreft de bewijslastverdeling toont de jurisprudentie in 2010 en 2011 geen wijzigingen met de uitspraken van daarvoor. Uitgangspunt is dat de patiënt, als eisende partij, de bewijslast (en daarmee het bewijsrisico) draagt van de door hem gestelde aansprakelijkheid⁶⁶ en dat op de arts een verzwaarde stelplicht rust.⁶⁷ Dat de Hoge Raad op 24 december 2010⁶⁸ bevestigde dat het aan de patiënte is om het onzorgvuldig handelen van de huisarts bij het inbrengen van het anticonceptiemiddel Implanon aan te tonen, is geheel conform de bestaande rechtspraak. Ook ten aanzien van de vraag of de arts heeft voldaan aan de op hem rustende stelplicht toont de jurisprudentie geen wezenlijk nieuwe ontwikkelingen. Dat de rechter veel vrijheid heeft om te beslissen of de arts in een concreet geval al dan niet aan de verzwaarde stelplicht heeft voldaan en dat daarbij niet zonder meer maatgevend is of het dossier volledig is,⁶⁹ wordt ook geïllustreerd door de uitspraak van de Rechtbank Rotterdam van 12 januari 2011.⁷⁰ In die zaak ging het om een patiënte die in 2003 zwanger was geraakt na een in 2000 uitgevoerde sterilisatie volgens de zogeheten Ovabloc-methode. Op gezamenlijk verzoek van partijen had een deskundige gerapporteerd. Hij con-

64 Rb. Amsterdam 18 mei 2011, JA 2011, 112, LJN BQ6524.

65 Hoge Raad 16 april 2010, JA 2010, 87, LJN BL2229.

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

67 Zie reeds HR 20 november 1987 (Timmer/Deutman), NJ 1988, 500.

68 Hoge Raad 24 december 2010, LJN BO4579.

69 Zo volgt ook uit de arresten: HR 20 april 2007, RvdW 2007, 423, LJN BA1093; HR 15 juni 2007, NJ 2007, 335, LJN BA3587.

70 Rb. Rotterdam 12 januari 2011, LJN BP5714.

cludeerde dat de behandeling conform de professionele standaard was uitgevoerd. Aan de bezwaren die de patiënte tegen deze rapportage had, werd door de rechtbank voorbijgegaan.⁷¹ Voorts was de vraag aan de orde of patiënte door de gynaecoloog wel was gewezen op het risico dat er na de ingreep een kleine kans was dat zij toch nog zwanger zou raken. De rechtbank overwoog dat de gynaecoloog hier wel op had moeten wijzen en ging voorbij aan het betoog dat dit een feit van algemene bekendheid was. Mede omdat de deskundige had aangegeven dat hij aan de hand van het medisch dossier de vraag of er wel sprake was van adequate informatievoorziening niet kon beantwoorden, rechtvaardigde dit de conclusie, aldus de rechtbank, dat de verslaglegging tekortschoot. De rechtbank concludeerde dat dit tekortschieten in de verslaglegging met betrekking tot de in 2000 aan patiënte verstrekte patiënteninformatie echter niet voldoende was om een uitzondering op de hoofdregel van het bewijsrecht te rechtvaardigen. In dit verband achtte de rechtbank in het bijzonder van belang dat patiënte bijna vijf jaar had laten verstrijken voordat zij de gynaecoloog had aangesproken op een tekortschieten in zijn informatieplicht. De rechtbank overwoog daarbij dat het in de rede ligt dat het zeer aanzienlijke tijdsverloop de thans nog bestaande bewijsmogelijkheden met betrekking tot de informatieverstrekking negatief heeft beïnvloed. Dit diende naar het oordeel van de rechtbank voor risico van de patiënte te blijven, zodat zij toch diende te bewijzen dat de gynaecoloog haar niet op het risico van een zwangerschap had gewezen.

71 De rechtbank overwoog daarbij: "Aan een dergelijk op gezamenlijk verzoek van partijen uitgebracht rapport van een onafhankelijk deskundige komt bijzonder gewicht toe. Van een partij die niet bereid is de in een dergelijk rapport getrokken conclusies te volgen, mag worden verwacht dat zij haar afwijkende visie helder motiveert en onderbouwt, voor zover nodig door de onjuistheid van de conclusies van de deskundige aan te tonen, bijvoorbeeld aan de hand van een door een andere deskundige uitgebracht rapport."

8 Verjaring

Door de arresten van de Hoge Raad van 31 oktober 2003⁷² en 27 mei 2005⁷³ is in medische aansprakelijkheidskwestie de mogelijkheid van de arts om zich met succes op verjaring te kunnen beroepen aanzienlijk ingeperkt. In deze arresten heeft de Hoge Raad bepaald dat voor aanvang van de verjaringstermijn bij medische aansprakelijkheid niet alleen daadwerkelijke bekendheid met de schade en de aansprakelijke persoon vereist is, maar bovendien vereist is 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. Sinds deze arresten zijn er weinig uitspraken gepubliceerd waarin een beroep op verjaring nog werd gehonoreerd. Voorbeelden in 2010 en 2011 waarbij het beroep op verjaring werd afgewezen zijn de uitspraken van de Rechtbank Rotterdam van 31 maart 2010⁷⁴ en het Hof Leeuwarden van 22 juni 2010.⁷⁵ In het vonnis van de Rechtbank Rotterdam werd overwogen dat het uitten van een vermoeden van de patiënt dat er fouten waren gemaakt onvoldoende was om de vereiste bekendheid aan te nemen, en dat deze bekendheid er pas was toen het advies van de medisch adviseur werd ontvangen. In het arrest van het hof ging het om een kind dat gehandicapt was mogelijk als gevolg van een fout tijdens de bevalling. Overwogen werd dat de vereiste bekendheid met de schade niet aanwezig was op het moment dat duidelijk werd dat het kind gehandicapt was, maar pas op het moment dat de medisch adviseur de ouders er op had gewezen dat de handicaps mogelijksterwijs te wijten waren aan tekortschietend of foutief medisch handelen tijdens de bevalling.⁷⁶ In het arrest van de

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

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

74 Rb. Rotterdam 31 maart 2010, GJ 2010/67, L&S 2010, 78, LJN BM0829.

75 Hof Leeuwarden 22 juni 2010, JA 2011, 2.

76 Dit is geheel in lijn met HR 31 oktober 2003, NJ 2006, 113, LJN AL8168.

Hoge Raad van 16 april 2010⁷⁷ werd nogmaals bevestigd dat stuitingshandelingen ook kunnen worden gericht aan het adres van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar aan wie het ziekenhuis afhandeling van een aansprakelijkstelling overlaat. De patiënt mocht er op vertrouwen dat het ziekenhuis zich door de verzekeraar liet vertegenwoordigen. Dat het ziekenhuis patiënt had bericht: "Ik verzoek u allereerst al uw correspondentie in deze aan ondergetekende te adresseren", deed daar niet aan af.

Eén van de spaarzame voorbeelden waarbij het verjaringsverweer overigens wel slaagde, is het vonnis van de Rechtbank Arnhem van 22 september 2010.⁷⁸ In die zaak ging het om een psychiater die in 1998 aan een zwangere patiënte met een paniekstoornis medicijnen had voorgeschreven. Het uit de zwangerschap geboren kind had een psychomotore retardatie en reeds in 2001 hadden de ouders advies ingewonnen bij de Stichting De Ombudsman over het aansprakelijk stellen van de psychiater. Dat maakte dat de vereiste bekendheid om de verjaringstermijn te laten aanvangen, reeds op dat moment aanwezig was, aldus de rechtbank. Dat de toenmalige juridische en medische adviseurs in twijfel hadden getrokken of een procedure kans van slagen zou hebben gehad, deed daar in de visie van de rechtbank niet aan af.⁷⁹ Omdat in de vijf jaar nadien geen stuitingshandeling was verricht, werd de vordering wegens verjaring afgewezen. De rechtbank oordeelde daarbij dat het indienen van een tuchtklacht tegen de psychiater geen stuitende werking toekwam.⁸⁰ De rechtbank overwoog in dat kader dat een tuchtklacht wel een schriftelijke mededeling in de zin van artikel 3:317 lid 1 BW zou kunnen bevatten, maar daarvan was in het onderhavige

geval geen sprake. Dat de psychiater uit de uitlatingen van klager had moeten begrijpen dat hij niet alleen tuchtrechtelijk verantwoordelijk maar ook civielrechtelijk aansprakelijk werd gehouden voor de gevolgen van de hem gemaakte verwijten, kon naar het oordeel van de rechtbank namelijk niet worden gezegd.

9 Vorderingen van hulpverleners

In de vorige kroniek is reeds ingegaan op het vonnis van de Rechtbank Utrecht van 30 december 2009⁸¹ waarin de vraag aan de orde was of een hulpverlener recht heeft op schadevergoeding indien een patiënt hem ten onrechte bij de tuchtrechter van seksueel misbruik beschuldigt. De rechtbank beantwoorde die vraag ontkennend en overwoog daarbij dat het indienen van een klacht slechts tot een schadevergoedingsplicht van de klager jegens de behandelaar zou kunnen leiden indien sprake was van misbruik van recht.

Ook de jurisprudentie in 2010 en 2011 laat voorbeelden zien waarbij de hulpverlener een vordering tegen de patiënt instelde. Deze zijn grofweg onder te verdelen in twee categorieën, te weten:

- a) vorderingen om de patiënt te gebieden uitlatingen over de hulpverlener op internet te verwijderen;⁸²
- b) vorderingen tot schadevergoeding wegens het toebrengen van letsel.

9.1 Uitlatingen op internet over zorgverleners

Voorbeelden waarbij de hulpverleners vorderden dat kritische uitlatingen van een patiënte van internet worden verwijderd zijn de uitspraken van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Arnhem

77 Hoge Raad 16 april 2010, JA 2010, 87, LJN BL2229.

78 Rb. Arnhem 22 september 2010, *Nieuwsbrief Personen-schade* 2010, 35, LJN BP0330.

79 Zie voor een voorbeeld waarbij het negatieve advies van de medisch adviseur wel aan aanvang van de verjaringstermijn in de weg stond Rb. Arnhem 11 juli 2007, LJN BB1800.

80 Ook het indienen van een klacht bij de Nationale ombudsman heeft geen stuitende werking, aldus de Hoge Raad op 9 september 2011, LJN BQ5700.

81 Rb. Utrecht 30 december 2009, LJN BK8014.

82 Zie voor meer hierover ook: M.C. Ploem & A.C. Hendriks, 'Kritische uitingen over individuele zorgverleners op het internet: waar ligt de grens?', TvGR 2011, p. 4-17 en S.R. Hanks & L. van Leyden, 'Dwaling bij rechters en juristen inzake internetpublicaties van slachtoffers van medische fouten. Is correctie mogelijk?', TvGR 2011, p. 501-504.

van 29 oktober 2010⁸³ en Rechtbank Utrecht van 23 juni 2010.⁸⁴ Bij de eerste uitspraak ging het om een vordering van het UMC St Radboud. Gedaagde in die zaak had na het overlijden van zijn kind dat leed aan een ernstige aangeboren afwijking een website geopend waarin beschuldigingen werden geuit aan het adres van het ziekenhuis en de hulpverleners. Op de site werd onder meer vermeld dat er ernstige fouten waren gemaakt die in de doofpot waren gestopt, alsook dat het kind na te zijn gemarteld en mishandeld door de artsen opzettelijk om het leven was gebracht. De artsen werden op de site met naam genoemd en het Radboud Ziekenhuis werd vergeleken met organisaties als de Maffia. De voorzieningenrechter oordeelde dat geen bewijs voorhanden was waaruit op redelijke grond afgeleid kon worden dat het kind ten gevolge van een gebrek aan zorg was overleden en oordeelde dat de uitlatingen onrechtmatig waren. Gedaagde werd daarom bevolen alle uitlatingen van zijn website te verwijderen en een rectificatie te plaatsen.

Bij de uitspraak van de Rechtbank Utrecht ging het om beschuldigingen aan het adres van een neuroloog verbonden aan het UMC Groningen. De gemaakte verwijten werden naar het oordeel van de voorzieningenrechter op geen enkele wijze gestaafd en de patiënte werd bevolen de gewraakte passages van haar website te halen. Ook het gebruik van een website met als domeinnaam de voor- en achternaam van de neuroloog (<www.x.nl>) werd de patiënte verboden. Het Hof Amsterdam bevestigde op 5 juli 2011⁸⁵ deze beslissing.

Na het vonnis van de Voorzieningenrechter van de Rechtbank Utrecht van 23 juni 2010 ging de patiënte over op het gebruik van de domeinnaam: <www.dr.x.com>. Gelet op de beroepsmatige aanduiding van deze domeinnaam achtte de Voorzie-

ningenrechter van de Rechtbank Utrecht⁸⁶ dat gebruik echter wel toelaatbaar.

9.2 Letsel van de hulpverlener

Een voorbeeld waarbij de hulpverlener schadevergoeding vorderde omdat de patiënt hem letsel had toegebracht is de uitspraak van de Rechtbank 's-Hertogenbosch van 26 januari 2011.⁸⁷ Het ging daarbij om een 4-jarige jongetje die door een tandarts werd behandeld. Een week eerder was door een andere tandarts, zonder verdoving, een ontstoken kies getrokken. Het jongetje was zeer angstig en wilde niet meewerken aan de behandeling. De tandarts pakte de beide handen van de jongen vast om ze van zijn mond weg te halen, waarna de jongen zich los trok. Daarbij verdraaide de tandarts zijn duim en de tandarts vreesde hierdoor in de toekomst arbeidsongeschikt te raken. De tandarts vorderde te verklaren voor recht dat de vader⁸⁸ van de jongen aansprakelijk zou zijn voor de schade die hij zou ondervinden als gevolg van het letsel aan zijn duim. De rechtbank wees de vordering af. Dit omdat de gedraging van de jongen, als hij veertien jaar of ouder zou zijn geweest, niet als onrechtmatig was te beschouwen. De kans dat ernstig letsel zou ontstaan bij de tandarts door de (paniek)reactie van de patiënt was naar het oordeel van de rechtbank niet zo groot dat die reactie onzorgvuldig was. Onder de geschetste omstandigheden was de afwevende (paniek)reactie van de patiënt bovendien niet zo onverwachts dat de tandarts daar (als professioneel hulpverlener met een ruime ervaring) niet op bedacht hoefde te zijn.

83 V.zr. Rb. Arnhem 29 oktober 2010, TvGR 2011/20, LJN BO3981.

84 V.zr. Rb. Utrecht 23 juni 2010, TvGR 2010/26, LJN BM9448.

85 Hof Amsterdam 5 juli 2011, TvGR 2011/33 (m.nt. O.L. Doubrovskaja), LJN BR0246.

86 V.zr. Rb. Utrecht 15 juni 2011, TvGR 2011/32, LJN BQ9397.

87 Rb. 's-Hertogenbosch 26 januari 2011, LJN BP3098.

88 Er rust terzake een risicoaansprakelijkheid op de ouder (zie art. 6:169 lid 1 BW: "Voor schade aan een derde toegebracht door een als een doen te beschouwen gedraging van een kind dat nog niet de leeftijd van veertien jaren heeft bereikt en aan wie deze gedraging als een onrechtmatige daad zou kunnen worden toegerekend als zijn leeftijd daaraan niet in de weg zou staan, is degene die het ouderlijk gezag of de voogdij over het kind uitoefent, aansprakelijk.").

Dit is de enige gepubliceerde uitspraak in de relevante periode waarbij een hulpverlener de patiënt rechtstreeks aanspreekt voor toegebracht letsel. Wel zijn er een aantal uitspraken gepubliceerd waarbij een verpleegkundige een vordering tot schadevergoeding instelt tegen zijn werkgever voor letsel dat een patiënt hem heeft toegebracht. Daarbij komt men zowel voorbeelden tegen waarbij aansprakelijkheid wegens schending van een zorgplicht ex artikel 7:658 BW⁸⁹ wordt aangenomen, als vorderingen die zijn gebaseerd op goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW.⁹⁰ Gelet op het voor de benadeelde veel gunstigere aansprakelijkheidsregime bij werkgeversaansprakelijkheid en het feit dat de werkgever doorgaans afdoende verhaal zal bieden, wekt het weinig verwondering dat de hulpverlener in dat geval weinig aanleiding ziet de patiënt (mede) in rechte te betrekken.

10 Conclusie

In de jaren 2010 en 2011 is er een groot aantal uitspraken geweest op het gebied van de medische aansprakelijkheid. Een groot deel daarvan heeft betrekking op beschikkingen in deelgeschillen.⁹¹

Sinds de beschikking van de Rechtbank Zutphen van 8 oktober 2009, staat de Wbp in het medische aansprakelijkheidsrecht volop in de belangstelling. De jurisprudentie op dit terrein is nog niet geheel eenduidig. In de uitspraak van de Rechtbank Zutphen werd bepaald dat de patiënt wel inzage heeft in het advies van de medische adviseur van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar, terwijl de Rechtbank Utrecht dit inzagerecht afwees. Ook inzage in de MIP-melding op grond van de Wbp werd door de Rechtbank Utrecht afgewezen. De Wbp staat er niet

aan in de weg dat een ziekenhuis of hulpverlener zich kan beroepen op een eenzijdig deskundigenrapport dat zonder toestemming van de patiënt tot stand is gekomen.

Het zal in de toekomst steeds vaker gaan voorkomen dat patiënten zich voor een geneeskundige behandeling tot een hulpverlener in het buitenland wenden. Als er sprake is van 'medisch toerisme' waarbij de medische behandeling gelijktijdig in de reisovereenkomst is opgenomen, wil dat niet zeggen dat de reisorganisatie ook aansprakelijk is voor eventuele fouten van de hulpverlener in het buitenland.

De jurisprudentie in de tijdsperiode waarop deze kroniek betrekking heeft laat diverse gronden zien waarop de aansprakelijkheid van de hulpverlener kan worden gebaseerd. Naast het schenden van de zorgplicht, zijn ook te noemen het schenden van verbintenissen met een resultaatskarakter, verzekeringsdekking op grond van de WMO, gebruikmaking van een gebrekkige hulpzaak en onrechtmatige schadeafwikkeling. De jurisprudentie op dit punt laat geen wezenlijke wijzigingen zien ten opzichte van de jurisprudentie van de jaren daarvoor met uitzondering dan van de aansprakelijkheid van de hulpverlener door gebruikmaking van een gebrekkige hulpzaak. Op dat terrein is er een uitspraak waarin werd overwogen dat het standpunt van de wetgever in de parlementaire geschiedenis dat het ziekenhuis als regel niet aansprakelijk is voor gebrekkige hulpzaken in zijn algemeenheid als achterhaald moet worden beschouwd.

Bij verbintenissen van de hulpverlener met een resultaatskarakter gaat het er niet om of de hulpverlener niet valt aan te rekenen persoonlijk onvoldoende inspanning te hebben geleverd, maar gaat het om situaties waarbij de hulpverlener voor het resultaat moet instaan. Zo zal de hulpverlener ervoor zorg dienen te dragen dat tijdens een operatie al het materiaal dat (voorzienbaar) nodig is voor een operatie ook daadwerkelijk aanwezig is. Bij de verzekeringsdekking op grond van de WMO staat de directe actie op grond van de WMO-verplichting er niet aan in de weg dat de patiënt het ziekenhuis daarvoor (mede) kan aanspreken. Voor het aanne-

89 Rb. Utrecht sector kanton 20 april 2011, L/JN BQ4780 (zorginstelling is tekortgeschoten in het aanbieden van trainingen van conflict en agressiebeheersing).

90 Zie Hof Leeuwarden 11 januari 2011, L/JN BP1174 (letsel verpleegkundige door psychiatrisch patiënt) en Hof 's-Hertogenbosch 6 juli 2010, JA 2010, 125, L/JN BN0734 (letsel medewerker van tbs-kliniek).

91 Een artikel hierover verschijnt in het volgende nummer (2012/1).

men van een zelfstandige onrechtmatige daad voor de wijze waarop een schade wordt afgewikkeld is niet voldoende dat partijen in een heftig debat zijn verwikkeld en ernstig van mening verschillen over de uitgangspunten van de schadeafwikkeling.

Uit het arrest van de Hoge Raad van 25 april 2010 volgt dat de patiënt geen aanspraak kan maken op integriteitschade enkel omdat de arts zijn informatieplicht heeft geschonden. Hiervoor is ook vereist dat de ingreep niet ook zou zijn uitgevoerd indien er wel afdoende was geïnformeerd. De Hoge Raad houdt daarmee vast aan het causaliteitsvereiste. Doordat in dat geval de integriteitschade samenvalt met de schade als gevolg van het uitvoeren van de ingreep, heeft het begrip integriteitschade eigenlijk geen zelfstandige betekenis. Voor wat betreft de informed consentjurisprudentie is voorts nog van belang dat een arts niet zonder meer op een wilsuïting van een patiënt mag vertrouwen. In bijzondere omstandigheden zal hij zich ervan dienen te vergewissen dat aan de toestemming van de patiënt geen wilsgebrek ten grondslag ligt, bijvoorbeeld door de patiënt de tijd te geven zich te kunnen bedenken.

Voor de beoordeling van het causaal verband blijft zowel de omkeringsregel als de theorie van de gemiste kans van belang. Als er sprake is van een zeer grote veroorzakingskans is er geen reden om een proportionele aansprakelijk aan te nemen, maar ligt het aannemen van volledige aansprakelijkheid in de rede. Omgekeerd geldt dat bij een zeer klein kans de aansprakelijkheid van de hand dient te worden gewezen. Bij de causale toerekening is voorts nog relevant dat het feit dat de patiënt in de gelegenheid is de schade te voorkomen, bijvoorbeeld door de mislukte ingreep nogmaals te laten uitvoeren, niet zonder meer betekent dat de causale toerekening is doorbroken.

De jurisprudentie in 2010 en 2011 toont ten aanzien van de bewijslastverdeling geen wijzigingen met de uitspraken van daarvoor. Het uitgangspunt is nog steeds dat de patiënt als eisende partij de bewijslast en het bewijsrisico draagt en dat op de arts een verzwaarde stelplicht rust, waarbij de rechter veel

beslissingsruimte heeft om te oordelen of daar in concreet geval aan is voldaan.

Ook ten aanzien van de verjaring toont de jurisprudentie van 2010 en 2011 geen wijzigingen met de jaren daarvoor. De rechter blijft 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 en/of het vermoeden van een fout werd geuit is niet zonder meer voldoende om de, voor het aanvangen van de verjaringstermijn vereiste, bekendheid aan te nemen. Vaak zal de vereiste bekendheid er pas zijn zodra de medisch adviseur over het handelen van de arts c.q. het causaal verband heeft gerapporteerd. Stuitingshandelingen kunnen ook aan het adres van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar worden verricht en het indienen van een tuchtklacht heeft geen stuitende werking.

In de jurisprudentie van 2010 en 2011 komen twee type vorderingen voor waarbij de hulpverlener een vordering tegen de patiënt heeft ingesteld. Deze zijn grofweg onder te verdelen in zaken waarbij gevorderd werd dat het de patiënt werd verboden ernstige beschuldigingen over de hulpverlener op internet te uiten en een vordering tot schadevergoeding wegens het toebrengen van letsel van de hulpverlener.

Als de beschuldigingen op internet door de patiënt onvoldoende kunnen worden gestaafd zijn deze onrechtmatig en kan de patiënt worden bevolen zijn uitlatingen te verwijderen c.q. te rectificeren. Vorderingen waarbij schade wordt gevorderd omdat de patiënt letsel aan de hulpverlener heeft toegebracht zijn uitzonderlijk. Indien de hulpverlener in dienstbetrekking van een zorginstelling werkt, kiest de hulpverlener er (eerder) voor zijn werkgever op grond van werkgeversaansprakelijkheid ex artikel 7:658 BW c.q. goed werkgeverschap ex artikel 7:611 BW aan te spreken.