

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 in de periode van 15 juni 2017 tot en met 15 juni 2019.¹ In deze twee jaar is een groot aantal uitspraken op het gebied van medische aansprakelijkheid gepubliceerd. Deze worden hierna behandeld. Daarbij worden eerst de uitspraken besproken die betrekking hebben op de aansprakelijkheid van de hulpverlener (§ 2). Daarbij wordt ingegaan op de zorgplicht die in het algemeen van een hulpverlener mag worden verwacht (§ 2.1), waarna vervolgens wordt ingegaan op de zorgplicht in een aantal bijzondere situaties (§ 2.2 t/m 2.17). Aansluitend zal worden ingegaan op de aansprakelijkheid van producenten van geneesmiddelen en medische hulpzaken (§ 3). Daarna wordt achtereenvolgens ingegaan op de jurisprudentie op het gebied van causaal verband en toerekening (§ 4), waarbij ook zal worden ingegaan op de omkeringsregel (§ 4.1) en het verlies van een kans op een beter behandelingsresultaat (§ 4.2). Vervolgens zal worden ingegaan op de jurisprudentie met betrekking tot (voorlopige) deskundigenberichten (§ 5), inzage in medische dossiers (§ 6), de polisdekking van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering (§ 7), het niet aangaan van een behandelovereenkomst c.q. opzegging daarvan (§ 8) en immateriële schadevergoeding (§ 9). De kroniek wordt afgesloten met een conclusie (§ 10).

2. Aansprakelijkheid van de hulpverlener

2.1. *Schending van de (algemene) zorgplicht en het bewijs daarvan*

Artikel 7:453 BW bepaalt dat de hulpverlener de zorg van een goed hulpverlener in acht moet nemen en daarbij dient te handelen in overeenstemming met de professionele standaard. Hieraan is voldaan als de arts heeft voldaan aan de maatstaf van zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot had mogen worden verwacht.² Algemeen wordt aangenomen dat de toetsnorm van de redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot zowel maatgevend is voor de vaststelling van de aansprakelijkheid op de contractuele grondslag (geneeskundige behandelovereenkomst) als voor een buitencontractuele grondslag (onrechtmatige daad).³ Artikel 7:464 BW bepaalt dat de bepalingen van de geneeskundige behandelovereenkomst ook gelden indien de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet (schakelbepaling). Het bewijs dat de handelwijze van de hulpverlener niet aan deze toetsnorm heeft beantwoord rust op de patiënt (art. 150 Rv). Op de arts rust ter zake een verzwaarde stelplicht.⁴ De rechter heeft veel vrijheid om te beslissen of in een concreet geval al dan niet aan de verzwaarde stel-

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

1 In de vorige kroniek rechtspraak civiel recht is een overzicht gegeven van de jurisprudentie over de periode van 15 juni 2015 tot en met 1 juni 2017, TvGR 2017, p. 411-438.

2 Dit volgt uit het Speeckaert/Gradener-arrest (ECLI:NL:HR:1990:AC1103, NJ 1991/26).

3 Dit volgt ook uit HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2745.

4 HR 20 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0058 (Timmer/Deutman); NJ 1988, 500, m.nt. W.L. Haardt.

plicht is voldaan.⁵ De enkele omstandigheid dat de behandeling een (zeer) teleurstellend resultaat heeft gehad, impliceert over het algemeen niet dat de behandeling (dus) niet met de vereiste zorgvuldigheid is verricht. De partij die de bewijslast draagt, verkeert veelal in bewijsnood. Ook het arrest van de Hoge Raad van 16 maart 2018⁶ illustreert dat. Het ging in die zaak om een baby waarbij een dwarslaesie werd vastgesteld kort nadat hij door middel van een keizersnede was geboren en bij welke ingreep een verlostang was gebruikt. Door de moeder werd een beroep gedaan op het leerstuk 'res ipsa loquitur' ('de zaak spreekt voor zich'). Zij stelde dat er sprake was van zodanig letsel dat daarvoor redelijkerwijs geen andere oorzaak kan worden aangewezen dan een teveel aan tractie bij de uitvoering van de tangverlossing. Daaruit volgde volgens haar dat de handeling met te veel tractie of met rotatie was uitgevoerd en derhalve niet 'gentle and delicate'. Zij beriep zich daarbij onder meer op een partijrapport van een neonatoloog (dr. Govaert) die meerdere ontstaansmomenten voor het optreden van de dwarslaesie had beschreven en concludeerde dat de tangverlossing het meest waarschijnlijke ontstaansmoment was. Het hof wees de vordering af⁷ en overwoog daarbij dat er onvoldoende grond was om op basis van het optreden van de dwarslaesie onzorgvuldig handelen van de gynaecoloog bij de uitvoering van de keizersnede aan te nemen. Ook het betoog van de moeder dat de bewijslast moest worden omgekeerd werd door het hof niet gevolgd. Door het hof werd overwogen dat het ziekenhuis aan de verzwaarde stelplicht had voldaan. Het hof overwoog daarbij dat het operatieverslag niet wordt opgemaakt om te dienen als bewijsmiddel in een

juridische procedure, maar ertoe strekt een adequate medische hulpverlening te bewerkstelligen. Het dient zodanig te zijn ingericht dat een vakgenoot daarin de informatie vindt die hij nodig heeft in het kader van de hulpverlening. Op basis van de rapportage van de door de rechtbank benoemde deskundigen concludeerde het hof dat de keuze voor een tangverlossing en de uitvoering daarvan in overeenstemming was met de professionele standaard. In cassatie werd er door de moeder onder meer over geklaagd dat het hof:

- 1 had geoordeeld dat het ziekenhuis aan zijn verzwaarde stelplicht had voldaan;
- 2 niet had geconcludeerd dat tegen de rapportages van de rechtbank zwaarwichtige bezwaren waren aangevoerd; en
- 3 aan de bevindingen van de partijdeskundige was voorbijgegaan.

A-G Hartlief concludeerde tot verwerping van het beroep.⁸ In zijn conclusie geeft hij een helder overzicht van de stand van zaken met betrekking tot de bewijslastverdeling in medische aansprakelijkheidszaken. Hij concludeerde (zie r.o. 3.17) dat het ontbreken van verslaglegging in het patiëntendossier op een bepaald cruciaal punt niet betekent dat de hulpverlener niet aan zijn verzwaarde stelplicht heeft voldaan, maar dat het afhangt of een verplichting tot verslaglegging op dat punt bestond. Daarvoor is van belang wat binnen de betreffende beroepsgroep als de standaard wordt gezien. Daarvoor is dus ook de toetsnorm van de redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot maatgevend. Komt vast te staan dat de verslaglegging voldoet aan de daaraan te stellen eisen, dan is dat in beginsel ook voldoende voor het antwoord op de vraag of is voldaan aan de verzwaarde stelplicht.⁹ Als de verslaglegging niet aan de eisen voldoet, leidt dat bovendien niet zonder meer tot het oordeel dat niet aan de verzwaarde stelplicht is voldaan. Bepalend is of de patiënt voldoende aanknopingspunten voor zijn bewijslevering zijn verschaft, en dat kan ook bij een onvolledigheid in de verslaglegging het

5 Zoals reeds uit de arresten van de Hoge Raad van 20 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1093, 15 juni 2007 (ECLI:NL:HR:2007:BA3587) en 15 mei 2009 (ECLI:NL:HR:2009:BH3148) volgt, is daarbij niet zonder meer maatgevend of het dossier alle aantekeningen bevat waarop de arts zich beroept. Zie hier over ook: A. Beekhof, 'De verzwaarde betwistplicht: gebrekkige verslaglegging en een rechtsvergelijkend perspectief'; TvGR 2016, p. 431-440.

6 ECLI:NL:HR:2018:365.

7 ECLI:NL:GHAMS:2016:3739.

8 ECLI:NL:PHR:2018:45.

9 Dit volgt uit HR 15 juni 2007, NJ 2007, 335 (Ulnaris).

geval zijn.¹⁰ De A-G wijst er daarbij op dat een gebrek in de verslaglegging volgens eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad kan worden geheeld door een verklaring in het geding te brengen waaruit de gang van zaken tijdens de medische behandeling blijkt. In het kader van zijn verzwaarde stelplicht is de hulpverlener verder verplicht zo nauwkeurig mogelijk zijn lezing te geven van hetgeen tijdens de behandeling is voorgevallen. De A-G gaat voorts in op de vraag welke motivering van de rechter mag worden verlangd als partijen (door middel van een eigen deskundigenrapport) het oordeel van een door de rechter benoemde deskundige bestrijden (zie r.o. 3.48 en r.o. 3.49). Indien de rechter de door hem benoemde deskundige volgt, zal de rechter zijn beslissing in het algemeen niet verder behoeven te motiveren dan door aan te geven dat de door de deskundige gebezigde motivering hem overtuigend voorkomt. Wel zal de rechter op specifieke en voldoende gemotiveerde bezwaren tegen de zienswijze van de door hem aangewezen deskundige moeten ingaan. Volgt de rechter de zienswijze van de door hem benoemde deskundige niet, dan gelden in beginsel de gewone motiveringseisen en dient de rechter zijn oordeel dan ook van een zodanige motivering te voorzien dat deze voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang, om deze zowel voor partijen als voor derden, daaronder begrepen de hogere rechter, controleerbaar en aanvaardbaar te maken.¹¹ Het cassatiemiddel dat zich richtte tegen de bewijslastverdeling werd door de Hoge Raad met een beroep op artikel 81 lid 1 Wet RO verworpen.

Een ander voorbeeld waarbij werd aangenomen dat een behandeling met de vereiste zorgvuldigheid was verricht, ondanks dat het behandelingsresultaat tegenviel, is het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden 5 februari 2019.¹² In die zaak ging het om een patiënt bij wie in het UMCG een reconstructie van

het oor was verricht. Aangezien het ziekenhuis niet aan zijn stelplicht had voldaan en het beoogde resultaat tegenviel, achtte het hof voorshands aannemelijk dat de operatie niet lege artis was verricht. Het hof benoemde in een tussenarrest prof. Matthijssen, hoogleraar plastische chirurgie van het Erasmus MC, tot deskundige. Uit zijn rapport viel niet af te leiden dat de behandelend plastisch chirurg de oorreconstructie onzorgvuldig hadden uitgevoerd. Bovendien wees de deskundige op andere factoren die mogelijk hadden bijgedragen aan het tegenvallende resultaat, zoals de kwaliteit van het ribkraakbeen. Met het deskundigenbericht was het vermoeden dat de operatie niet lege artis was uitgevoerd naar het oordeel van het hof voldoende ontzenuwd, zodat de vordering van de patiënt werd afgewezen.¹³ Dit arrest illustreert nog eens dat tegenbewijs niet hetzelfde is als het leveren van bewijs van het tegendeel. Voldoende is dat hetgeen voorshands bewezen werd geacht, voldoende is ontzenuwd.¹⁴ Het bewijsrisico blijft dan uiteindelijk op de eisende partij rusten.

Een voorbeeld waarbij de hulpverlener niet aan zijn verzwaarde stelplicht had voldaan en daarom onzorgvuldig handelen werd aangenomen, is de uitspraak van Rechtbank Rotterdam van 8 februari 2019.¹⁵ Daar stelde een tweetal patiënten een vordering in tegen een tandarts bij wie zij dertig jaar onder behandeling waren en die zij verweten 'jarelang verregaand onvoldoende zorg' te hebben verleend. Zij onderbouwden dat met een uitspraak van het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg waarin de klacht dat de tandarts hun gebit had verwaarloosd door niet adequaat te reageren op parodontale problemen gegrond was verklaard. In de civiele procedure verweerde de tandarts zich door te stellen dat de problemen aan het gebit van

10 Dit volgt uit HR 20 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:AY5693 (mislukte sterilisatie).

11 Zie HR 5 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AN8478, NJ 2004/74, JBPR 2004, 29 m.nt. R. Schellaars.

12 ECLI:NL:GHARL:2019:1021.

13 Zie voor een voorbeeld waarbij het operatieresultaat wel voldoende was om een fout aan te nemen: Rb. Overijssel 19 september 2018, ECLI:NL:RBOVR:2018:4067. Dit omdat alle drie de opties die tot het resultaat hadden geleid (peesletselsel), betekenden dat de ingreep (dus) niet lege artis was uitgevoerd.

14 Vgl. HR 2 mei 2003, NJ 2003, 468.

15 ECLI:NL:RBROT:2019:789.

de beide patiënten voortvloeiden uit een gebrek aan goede mondhygiëne. De kantonrechter ging daaraan voorbij. Omdat op de patiëntenkaart niets was genoteerd waaruit de juistheid van deze stelling bleek (de tandarts noteerde sowieso weinig tot niets, aldus de kantonrechter) werd geoordeeld dat de tandarts jegens beide patiënten tekort was geschoten.

Andere voorbeelden waarbij niet bewezen werd geacht dat de arts onzorgvuldig had gehandeld zijn:

- het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden van 30 april 2019,¹⁶ waarin werd geoordeeld dat een neuroloog en een revalidatiearts niet aansprakelijk waren voor het niet eerder verrichten van een MRI-scan en waarmee het ontstaan van een dwarslaesie mogelijk had kunnen worden voorkomen;
- het vonnis van Rechtbank Rotterdam van 22 mei 2019,¹⁷ waarbij de aansprakelijkheid van een psychiater werd afgewezen voor het niet verrichten van schildklieronderzoek, alvorens een medicamenteuze behandeling met antipsychotica en antidepressiva in te stellen;
- het vonnis van Rechtbank Noord-Holland van 5 december 2018,¹⁸ waarin geen sprake was van een onacceptabele vertraging tussen het tijdstip van aankomst in het ziekenhuis en het enkele uren later verrichten van een operatieve ingreep ter opheffing van darmischemie waarbij grote delen van de dunne en dikke darm werden verwijderd;
- het deelgeschil van Rechtbank Den Haag 1 oktober 2018,¹⁹ waarbij de rechtbank geen onzorgvuldig handelen van een anesthesioloog kon vaststellen voor een niet goed functionerende spinale anesthesie tijdens het verrichten van een keizersnede, waardoor patiënte tijdens de ingreep ernstige pijnklachten had ondervonden;
- het vonnis van Rechtbank Amsterdam 6 december 2018,²⁰ waarbij een bedrijfsarts niet onzorgvuldig had gehandeld door een werknemer voor fysiotherapie te verwijzen en door welke handeling een partieel caudasyndroom ontstond;
- het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden van 11 december 2018,²¹ waarin werd geoordeeld dat niet was komen vast te staan dat een plastisch chirurg een hals-/facelift niet lege artis had uitgevoerd;
- het vonnis van Rechtbank Gelderland van 20 september 2017,²² waarbij niet kwam vast te staan dat een operateur een onjuiste techniek had toepast bij het verrichten van een slokdarmoperatie.

Een voorbeeld waarbij op basis van de aantekeningen in het dossier wel bewezen werd dat de arts een operatie op onzorgvuldige wijze had verricht, is het arrest van Hof Den Bosch van 30 oktober 2017.²³ Het ging daarbij om een kno-arts die een lymfeklier had verwijderd uit de hals van een patiënte, als gevolg waarvan letsel van een zenuw, de nervus accessorius, was opgetreden. De operateur had bij het verwijderen van de lymfeklier de zenuw niet geïdentificeerd en over de uitvoering van de ingreep in het dossier genoteerd: 'Moeizaam opzoeken van de klier'. Door het hof werd een kno-arts als deskundige ter zitting gehoord. De deskundige werd door het hof bevraagd over de keuze van de operateur om de zenuw niet te identificeren. Hij merkte hierover het volgende op: 'Als het gemakkelijk gaat hoef je zoals gezegd de nervus accessorius niet te detecteren. Maar wordt het lastiger en moet je langer en dieper openen en verder spreiden, dan wordt het risico groter. Indien het lastiger is om de klier te verwijderen dan van tevoren was ingeschat dan slaat de balans wel over naar het opzoeken of in ieder geval detecteren van de nervus accessorius.' Naar het oordeel van het hof kan hieruit geen andere conclusie

16 ECLI:NL:GHARL:2019:3793.

17 ECLI:NL:RBROT:2019:4047.

18 ECLI:NL:RBNHO:2018:10456.

19 ECLI:NL:RBDHA:2018:12503.

20 ECLI:NL:RBAMS:2018:8693.

21 ECLI:NL:GHSHE:2018:5182.

22 ECLI:NL:RBGEL:2017:6858.

23 ECLI:NL:GHSHE:2018:400.

worden getrokken dat indien bij een operatie zoals deze de lymfeklier niet gemakkelijk te verwijderen is, zoals uit de aantekening in het verslag volgde, de zenuw opgezocht had moeten worden. Door dat niet te doen had de KNO-arts de operatie derhalve niet lege artis uitgevoerd.

2.2. Groepsaansprakelijkheid

In het vonnis van Rechtbank Overijssel, locatie Zwolle, van 20 maart 2019²⁴ was de vraag aan de orde in hoeverre de leden van de Commissie voor Beentumoren aansprakelijk waren voor een onjuist advies. De Commissie, bestaande uit specialisten van diverse disciplines, had een kaakchirurg van het Antoni van Leeuwenhoekziekenhuis op diens verzoek geadviseerd de bovenkaak van een 10-jarige patiënte te verwijderen wegens een bottumor. Na het verrichten van de ingreep door de kaakchirurg bleek echter de bottumor toch goedaardig te zijn, zodat het verrichten van de ingreep niet nodig was geweest. De patiënt stelde dat de Commissie een onzorgvuldig advies aan de kaakchirurg had gegeven en haar informatieplicht had geschonden. De rechtbank concludeerde dat er geen behandelovereenkomst tussen patiënte en de Commissie tot stand was gekomen. Het lag daarmee op de weg van de kaakchirurg als (hoofd)behandelaar om het advies met de Commissie met patiënte te bespreken en zich ten aanzien van de operatie te verzekeren van informed consent. De rechtbank oordeelde voorts dat de commissieleden niet als groep op grond van de groepsaansprakelijkheidsregeling als bedoeld in artikel 6:166 BW aansprakelijk zijn. Hier van zou slechts in uitzonderlijke gevallen sprake kunnen zijn, aldus de rechtbank, namelijk indien de commissie doelbewust en zonder enige rechtvaardiging voor patiënten schadelijke adviezen gaf, hetgeen niet aan de orde was aangezien de Com-

missie een goede advisering voor ogen had gehad.²⁵ De rechtbank overwoog dat er wel omstandigheden denkbaar zijn waaronder individuele leden van een dergelijke Commissie aansprakelijk kunnen zijn voor de gevolgen van de onjuiste advisering. Dit kan het geval zijn indien zij bij de advisering hebben gehandeld in strijd met de norm van hetgeen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot had mogen worden verwacht. De rechtbank concludeerde echter dat niet is komen vast te staan dat dit bij één van de leden het geval was en wees de vordering af.

2.3. Schending geheimhoudingsplicht

Op de arts rust een geheimhoudingsplicht.²⁶ In de uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland van 21 maart 2018²⁷ had een huisarts deze verplichting geschonden. De patiënt had een arbeidsongeschiktheidsverzekering afgesloten bij Movir. Wegens arbeidsongeschiktheid had Movir een uitkering aan de patiënt verleend en had hij aan Movir een medische machtiging voor het opvragen van medische informatie bij de huisarts verstrekt. De huisarts had vervolgens ruimere medische informatie verstrekt dan waar de machtiging betrekking op had. Uit de 'extra' medische informatie bleek dat de patiënt zijn mededelingsplicht had geschonden door bij het aangaan van de verzekering op het aanvraagformulier geen melding te maken van een eerdere behandeling. Dit leidde ertoe dat Movir de verzekering met onmiddellijke ingang beëindigde en tevens de re-integratiebegeleiding staakte. Door de patiënt werd een tuchtklacht tegen de huisarts ingediend. Het Regionaal Tuchtcollege oordeelde dat de huisarts tuchtrechtelijk laakbaar had gehandeld door

25 Art. 6:166 lid 1 BW luidt: 'Indien één tot een groep toebehorende personen onrechtmatig schade toebrengt en de kans op het aldus toebrengen van schade deze personen had behoren te weerhouden van hun gedraging in groepsverband zijn zij hoofdelijk aansprakelijk indien deze gedragingen aan hun kunnen worden toegerekend.' Gelet op de tekst van het artikel valt dit oordeel, dat verder niet wordt gemotiveerd, goed te begrijpen.

26 Art. 7:457 lid 1 BW.

27 ECLI:NL:RBMNE:2018:1905.

24 ECLI:NL:RBOVE:2019:994.

meer medische informatie te verstrekken dan waarom Movir had verzocht. De rechtbank nam het oordeel van de tuchtrechter over en oordeelde dat de huisarts zijn geheimhoudingsplicht had geschonden door meer informatie te verstrekken dan waarvoor de patiënt toestemming had verleend. De rechtbank kende echter geen schadevergoeding toe. Er was niet voldaan aan het relativiteitsvereiste. De geheimhoudingsplicht beoogde immers de privacy te waarborgen en niet de patiënt te beschermen tegen de gevolgen van de schending van een mededelingsplicht bij het aangaan van een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Bovendien ontbrak het causaal verband. Indien de huisarts zich zou hebben beperkt tot de gevraagde medische informatie, zou Movir ongetwijfeld nader onderzoek hebben gedaan en zou Movir ook bekend zijn geworden met de medische informatie uit het verleden, aldus de rechtbank. Om die reden werd ook geen immateriële schade toegekend.

2.4. *Verplichting tot het leveren van nazorg*

De vraag of een kliniek aansprakelijk is omdat zij in haar verplichting tot het leveren van nazorg is tekortgeschoten, was aan de orde in het arrest van Hof Amsterdam van 19 december 2017.²⁸ In die zaak ging het om een patiënte bij wie in 1999 borstprothesen waren geplaatst van het merk PIP. Begin 2010 bleek dat de producent met de grondstoffen had gefraudeerd door voor het vervaardigen van PIP-prothesen andere siliconengel te gebruiken en dat de prothesen een verhoogde kans hebben op scheuren en lekken. Naar aanleiding daarvan hadden de Nederlandse Vereniging voor Plastische Chirurgie en de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) geadviseerd de patiënten te controleren bij wie deze prothesen waren geplaatst en de prothesen eventueel te verwijderen. Op basis van dit advies had de kliniek de patiënten bij wie de betreffende prothesen waren geplaatst aangeschreven en geadviseerd zich te laten controleren. In februari 2014 bezocht patiënte op eigen initiatief het spreekuur van de plastisch chirurg en werden de protheses ver-

vangen. Zij bleek geen oproep voor een controle van de kliniek te hebben ontvangen. Zij verweet de kliniek dat zij na het bekend worden van de PIP-fraude in 2010 niet voor een controle was opgeroepen. In het vervolgarrest van 16 juni 2018²⁹ werd de vordering afgewezen. Het hof oordeelde dat op de kliniek de zorgplicht rustte de patiënten bij wie de prothesen waren geplaatst op te roepen voor een controle. De zorgplicht van de kliniek ging echter niet zo ver dat zij de brieven aangetekend (met bericht van ontvangst) had moeten versturen. Door patiënte aan te schrijven op het voor de kliniek bekende (inmiddels oude) adres onder vermelding van de bij de kliniek bekende achternaam (zijnde de achternaam van haar toenmalige echtgenoot), had de kliniek aan zorgplicht voldaan. Het feit dat patiënte geen oproep had ontvangen is veeleer het gevolg van omstandigheden die patiënte zelf betreffen en rechtvaardigen dat zij daarvan het nadeel draagt, aldus het hof.

2.5. *Institutionele discriminatie*

De vraag of Bureau Jeugdzorg (BJZ) aansprakelijk was voor (institutionele) discriminatie was aan de orde in de uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland van 25 oktober 2017.³⁰ Het ging daarbij om een pasgeboren baby die door tussenkomst van BJZ uit huis was geplaatst. De ouders hadden de Roemeense nationaliteit en hadden in de periode van de zwangerschap in Nederland geen vast of officieel woonadres. Naar aanleiding van een melding door de verloskundige bij het Meldpunt Kinder mishandeling (AMK) werd de moeder bezocht door een tweetal medewerkers van BJZ. Nadat BJZ een verzoek tot een ondertoezichtstelling en een verzoek tot onmiddellijke uithuisplaatsing had ingediend, werd de baby bij een pleeggezin ondergebracht. Toen de ouders aangaven met de baby te willen terugkeren naar Roemenië heeft de Raad voor de Kinderbescherming contact gelegd met de kinderbeschermingsautoriteiten in Roemenië die rapporteerden dat de ouders daar bij familie huisvesting konden

28 ECLI:NL:GHAMS:2018:5130.

29 ECLI:NL:GHAMS:2018:5130.

30 ECLI:NL:RBMNE:2017:6780.

krijgen. Vervolgens werden de ouders samen met hun kind door de medewerkers van BJZ op het vliegtuig naar Roemenië gezet. De ouders dienden een klacht in bij de klachtencommissie van BJZ, die de klacht gedeeltelijk gegrond verklaarde. Vervolgens stelden zij een vordering in tegen BJZ. Zij verweten BJZ (institutionele) discriminatie. Die discriminatie vloeide voort uit de omstandigheid dat hun gebrek aan permanente huisvesting de doorslaggevende reden was voor BJZ om een machtiging uithuisplaatsing in te dienen. De andere argumenten die BJZ aan het verzoek tot uithuisplaatsing ten grondslag had gelegd, zoals het onverzekerd zijn en het niet hebben aangevraagd van kraamzorg, hielden volgens de ouders verband met het niet hebben van een vast adres. Aangezien Roma vaak van plek tot plek reizen, zou met dat argument iedere baby van een Roma kunnen worden afgenomen, aldus de ouders. De rechtbank overwoog dat niet valt uit te sluiten dat gesproken zou kunnen worden van institutionele discriminatie als het beleid van BJZ erop neer zou komen dat het enkel ontbreken van een vaste verblijfplaats redengevend is voor het (doen) treffen van een uithuisplaatsing. Door BJZ was echter betoogd dat dit niet het geval is, en dat de combinatie van alle (in r.o. 4.10 genoemde) omstandigheden tezamen zijn medewerkers tot het verzoek hadden gebracht. Naar het oordeel van de rechtbank had BJZ een voldoende en reële aanleiding voor het vragen van de voorzieningen en was er onvoldoende aangevoerd om te kunnen vaststellen dat sprake was geweest van systematische discriminatie van Roma als bevolkingsgroep. Hoewel de rechtbank wel van oordeel was dat sprake was geweest van tekortschietende communicatie met voor de ouders verstreckende beslissingen die een ernstige inbreuk maakten op hun gezinsleven, kon zij niet vaststellen dat door BJZ zodanig onzorgvuldig was gehandeld dat het niet binnen de redelijke grenzen van zijn zorgplicht was gebleven. Van onrechtmatig handelen was dan ook geen sprake.

2.6. Onjuiste inschatting van gevaar

Een burgemeester kan een persoon die onmiddellijk en dreigend gevaar veroorzaakt als gevolg van een

geestesstoornis op basis van een medische verklaring ex artikel 21 lid 1 Wet Bopz met een zogeheten in bewaringstelling per direct laten opnemen in een psychiatrisch ziekenhuis (art. 20 lid 2 Wet Bopz). Als het gevaar wordt onderschat kan dit ertoe leiden dat dit gevaar zich verwezenlijkt en de patiënt zelf of derden hierdoor dus schade lijden. Een voorbeeld van de laatste categorie is de uitspraak van Rechtbank Den Haag van 20 maart 2019.³¹ Het ging in die zaak om een taxichauffeur die was neergestoken door een man die even tevoren door de politie op vrije voeten was gesteld. Dit nadat het crisisteam van Parnassia, bestaande uit een arts en behandelmedewerker met een psychiater in de achterwacht, had geconcludeerd dat er geen indicatie was voor het aanvragen van een IBS. De rechtbank ging in het vonnis na over welke informatie het crisisteam ten tijde van de beoordeling beschikte en concludeerde dat op basis daarvan geen onjuiste afweging was gemaakt. Door de rechtbank werd daarbij acht geslagen op het feit dat de incidentencommissie van Parnassia had geconcludeerd dat er voorafgaand aan het incident onvoldoende aanwijzingen waren voor een acuut psychiatrisch ziektebeeld waaruit het onmiddellijk dreigend gevaar voortvloeide dat een IBS rechtvaardigde. Ook de vordering die door de taxichauffeur tegen de politie was ingesteld en erop was gebaseerd dat de man ten onrechte was heengezonden werd overigens afgewezen.

In het vonnis van Rechtbank Amsterdam van 18 april 2018³² werden een GGZ-instelling en vijf artsen aansprakelijk gehouden voor overlijdensschade door de nabestaanden wegens een geslaagde suïcide. De patiënte die zich gesuïcideerd had, kampte met een postnatale depressie. In dat kader werd door het crisisteam van Arkin een huisbezoek afgelegd. Kort daarvoor had de man van patiënte haar aangetroffen op het dakterras aan de buitenzijde van het hekje en haar teruggetrokken van de rand van het dak. Het betrokken crisisteam, bestaande uit een co-assistent en een tweetal arts-assistenten, kwamen tot de conclusie dat er geen grond was voor een

31 ECLI:NL:RBDHA:2019:2606.

32 ECLI:NL:RBAMS:2018:2543.

gedwongen opname. Met patiënte en haar man werd afgesproken dat zij de nacht thuis zou doorbrengen en dat er de volgende dag contact zou worden opgenomen door het Acuut Behandel Team. De volgende ochtend ging patiënte hardlopen, waarna zij alsnog van het dakterras sprong met haar overlijden als gevolg. De echtgenoot stelde de GGZ-instelling voor zichzelf en als vertegenwoordiger van zijn dochtertje aansprakelijk. De rechtbank wees de vordering af. De rechtbank volgde het betoog dat er geen grond was voor een (gedwongen) opname (een opname zou zelfs averechts kunnen werken) en dat het belangrijkste was dat patiënte een goede nacht zou maken, hetgeen, mede gezien het aanwezige steunsysteem, (juist) ook thuis kon worden gerealiseerd. Van een onzorgvuldige inschatting van het suïciderisico was geen sprake geweest. Opmerkelijk is overigens dat de rechtbank tot dit oordeel kwam zonder zich daarbij eerst door een deskundige te laten voorlichten.

2.7. Onvoldoende toezicht

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 het nemen van voorzorgsmaatregelen. Dit heeft de Hoge Raad reeds in het arrest 't Ruige Veld/Univé bepaald.³³ In dat arrest werd aansprakelijkheid van jeugdpsychiatrisch ziekenhuis 't Ruige Veld aangenomen voor de schade ten gevolge van brand die een uit de inrichting ontsnapte minderjarige had gesticht. Ook in het vonnis van Rechtbank Overijssel van 23 mei 2018³⁴ was de aansprakelijkheid voor een instelling wegens een gebrek aan toezicht met als gevolg brandstichting door een minderjarige aan de orde. Het ging daarbij om een zorgorganisatie voor zelfstandig wonende jongeren met gedragsproblemen. De vordering was

ingesteld door de regresnemende brandverzekeraars die stelden dat de Stichting onvoldoend toezicht had gehouden. De rechtbank volgde niet het betoog van de zorgorganisatie dat zij slechts belast was met het bieden van een verblijf voor de jongeren en dat op haar geen toezichthoudende taak rustte. De rechtbank overwoog dat gezien de aard van de problematiek van de minderjarigen en de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer van de zorginstelling kan worden verlangd, zij gehouden is zoveel als redelijkerwijs mogelijk is erop toe te zien dat de jongeren derden of zichzelf geen schade toebrengen. De rechtbank concludeerde echter dat de Stichting aan deze verplichting had voldaan en wees de vordering af. De rechtbank overwoog daarbij dat de Stichting een open setting bood voor jongeren met een beperking en gedragsproblemen die op basis van vrijwilligheid bij haar verblijven. Dat betekent dat de jongeren in beginsel te allen tijde kunnen vertrekken. De mogelijkheden van de Stichting om de jongeren tegen te houden waren derhalve beperkt. Bovendien was niet gebleken dat de Stichting ten tijde van de brandstichting ermee bekend was dat de jongeren bij een eerdere brandstichting betrokken waren geweest. Overigens werd de vordering tegen de ouders op grond van de risicoaansprakelijkheid ex artikel 6:169 BW voor het handelen van hun minderjarige zoon wel toegewezen.

2.8. De zorgvuldigheidsnorm bij het opstellen van een rapportage

In het vonnis van Rechtbank Den Haag van 18 april 2018³⁵ was de vraag aan de orde in hoeverre de Staat aansprakelijk is voor een onrechtmatige rapportage van de Kinderbescherming. De rapportage had betrekking op een moeder die in 2009 na de geboorte van haar zoontje een postnatale depressie ontwikkelde en uit het raam viel (aldus de moeder) c.q. was gesprongen (aldus de vader). In 2011 werd de relatie tussen moeder en vader beëindigd. In 2012 maakte de Raad voor de Kinderbescherming in het kader van een procedure over de omgangsregeling

33 HR 12 mei 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1725, NJ 1996/118 m.nt. JdB, RvdW 1995/110.

34 ECLI:NL:RBOVE:2018:1991.

35 ECLI:NL:RBDHA:2018:6825.

op verzoek van het hof een rapport. In het rapport maakte de Raad een aantal opmerkingen waarover de moeder zich gegriefd voelde. Zij verweet de Raad ook dat zij noch haar zoontje waren gehoord en het feit dat de Raad geen acht had geslagen op een rapport van de kinderpsychiater. Zij diende hierover een klacht in bij de regiodirecteur van de Raad die de bezwaren gegrond achtte. Moeder diende tevens een klacht in bij de externe klachtencommissie die de klacht eveneens gegrond achtte en waarna de rapportage werd gerectificeerd. Vervolgens diende zij ook nog een klacht in bij het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg en het College van Toezicht van het Nederlands Instituut van Psychologen (NIP), welke instanties de klacht gedeeltelijk gegrond verklaarden. De moeder vorderde daarna schadevergoeding van de Staat. De Staat stelde zich op het standpunt dat het rapport na de klachtprocedure was gerectificeerd en dat daarmee de onrechtmatigheid aan het rapport was ontvallen. De rechtbank volgde dat niet en overwoog dat de Raad bij het opstellen van het oorspronkelijke rapport de op hem rustende, hoge, zorgvuldigheidsnormen had geschonden. Anders dan de Staat meende, kwam aan het oorspronkelijke rapport niet het onrechtmatige karakter te ontvallen doordat de Raad nadien het gerectificeerde rapport aan het hof had toegezonden. Immers, op de Raad rustte van de aanvang af de verplichting zorgvuldig te rapporteren en het oorspronkelijke rapport was al definitief vastgesteld. De rechtbank oordeelde voorts dat de Staat de in redelijkheid gemaakte kosten in verband met de klachtprocedure bij de externe klachtencommissie aan de moeder diende te vergoeden. Deze kosten konden – anders dan de Staat had betoogd – niet worden beschouwd als onderdeel van het normaal maatschappelijk risico van moeder of als gevolg van de omstandigheid dat zij een gezag- en omgangsprocedure aanhangig had gemaakt. Ook de kosten van de eerste tuchtklacht kwamen (ingevolge art. 6:96 lid 2 sub b BW) naar het oordeel van de rechtbank voor vergoeding in aanmerking. Dit gold echter niet voor de tweede tuchtklacht. Ook de schade wegens het voeren van een procedure bij het hof over een omgangsregeling en de eventuele

materiële en emotionele schade, veroorzaakt doordat het hof de hoofdverblijfplaats van het zoontje bij de man had bepaald, kon naar het oordeel van de rechtbank echter niet als schade bij de Staat in rekening worden gebracht. Het hof had zijn oordeel immers gebaseerd op het gerectificeerde rapport, zodat het causaal verband met die schade ontbrak. De vraag rijst overigens of het hof bij de toekenning van de schade voor het voeren van de klacht- en tuchtprocedures er wel rekening mee heeft gehouden dat het sinds het arrest van de Hoge Raad van 3 juni 2005³⁶ vaste rechtspraak is dat de kosten voor het voeren van een tuchtprocedure niet als redelijke kosten in de zin van artikel 6:96 lid 2 sub b BW kunnen worden beschouwd. Het oordeel van het hof geeft daarover geen duidelijkheid.

2.9. *Vordering tot staken bemoeienis door Veilig Thuis*

In de uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland van 6 november 2017³⁷ vorderden de ouders van een 1-jarig kind als voorziening dat Veilig Thuis de bemoeienis met hun gezin zou staken. Veilig Thuis was een onderzoek gestart naar aanleiding van een melding van een kinderarts aan het Advies- en Meldpunt Huiselijk geweld en Kindermishandeling (AMHK). De ouders vorderden dat het dossier door Veilig Thuis zou worden vernietigd en de bemoeienis zou worden gestaakt. Aangezien er door de ouders klacht- en tuchtprocedures tegen (medewerkers van) Veilig Thuis waren gestart en Veilig Thuis een procesbelang had bij instandhouding van het dossier, werd de vordering tot vernietiging afgewezen.³⁸ Aangezien het vermoeden van kindermishandeling niet was bevestigd noch was weergelegd, was het gelet op haar wettelijke taak (nog) te vroeg om van Veilig Thuis te vergen, aldus de rechtbank, dat zij reeds nu iedere bemoeienis zou staken.

36 ECLI:NL:HR:2005:AT4097.

37 ECLI:NL:RBMNE:2017:5675.

38 Dit is in overeenstemming met de KNMG-richtlijn 'Omgaan Met Medische Gegevens' die bepaalt dat het recht op vernietiging kan worden geweigerd indien de arts de gegevens voor zijn verweer wil gebruiken (zie p. 125).

Ook de vordering tot sluiting van het dossier werd derhalve afgewezen.

2.10. *Vordering tot vernietiging van een vaststellingsovereenkomst*

In het arrest van Hof Den Haag van 15 mei 2017³⁹ vorderde een patiënt vernietiging van een vaststellingsovereenkomst die hij in 2004 met het Erasmus MC had gesloten. Het EMC had jegens de man aansprakelijkheid erkend voor een fout bij een operatie als gevolg waarvan de man blind was geworden. Tijdens de onderhandelingen over een vaststellingsovereenkomst liet de patiënt zich aanvankelijk bijstaan door een advocaat. Op enig moment liet de patiënt, die ten tijde van die onderhandeling in een psychiatrische inrichting verbleef, aan het ziekenhuis weten dat geen contact meer mocht worden opgenomen met zijn advocaat. De advocaat van het ziekenhuis zette vervolgens de onderhandelingen met de patiënt zelf voort. In december 2004 werd een vaststellingsovereenkomst gesloten tegen finale kwijting voor een bedrag van in totaal ruim € 600.000. Bij schrijven van 13 januari 2014 berichtte een nieuwe advocaat namens de patiënt dat de vaststellingsovereenkomst wegens wilsgebreken was vernietigd. De patiënt maakte vervolgens een procedure aanhangig. Het hof verwierp het beroep op verjaring van EMC en overwoog daarbij dat in een zaak als deze, waarin sprake is van ernstig lichamelijk en psychisch letsel als gevolg van een serieuze medische fout, EMC er in redelijkheid niet toe had mogen overgaan met patiënt een finale vaststellingsovereenkomst te sluiten, zonder dat hij werd bijgestaan door een ter zake kundig juridisch raadsman. Het hof stelde vast dat de patiënt hierdoor ook was benadeeld. Dit omdat EMC het aanvankelijke bod slechts met € 44.000 had verhoogd in verband met het verliezen van het recht op een bijstandsuitkering bij ontvangst van de schadevergoeding, terwijl op grond van een berekening de schade wegens het verlies van de bijstandsuitkering tot aan de 60-jarige leeftijd op € 85.000 kon worden begroot. Naar het oordeel van het hof was sprake

van een zodanige wanverhouding tussen het totale aan de patiënt uitgekeerde schikkingsbedrag en de redelijkerwijs te verwachten uitkomst van een gerechtelijke procedure dat EMC wist of had moeten begrijpen dat patiënt – als gevolg van het feit dat hij niet werd bijgestaan door een ter zake kundig juridisch adviseur – met de vaststellingsovereenkomst onrecht werd aangedaan.

2.11. *Onzorgvuldige verzuimbegeleiding*

Uitgangspunt is dat de werkgever van een zieke werknemer slechts de schade kan verhalen bestaande uit het netto doorbetaalde loon (art. 6:107a BW). Het zogeheten civiel plafond brengt met zich dat de aansprakelijke persoon niet tot meer schadevergoeding kan worden aangesproken dan dat de benadeelde zelf van de aansprakelijke partij had kunnen vorderen. Indien een arbodienst (tevens) onzorgvuldig handelt jegens de werkgever als opdrachtgever van de arbodienst, geldt die beperking echter niet. Dit volgt uit het vonnis van Rechtbank Midden-Nederland van 13 december 2017.⁴⁰ De begeleiding van de arbodienst had betrekking op een werknemster die gedurende lange tijd overeenkomstig de adviezen van de bedrijfsarts pogingen tot re-integratie had ondernomen. Het UWV bracht een deskundigenoordeel uit waarin werd geconcludeerd dat de werknemster haar eigen werk niet kon doen. De verzekeringsarts van het UWV concludeerde dat sprake was van surmenage/burn-out die niet optimaal was behandeld. Volgens de verzekeringsarts had de werknemster in een veel eerder stadium naar een psycholoog of psychiater gemoeten voor een duidelijke diagnose en behandeling. Het UWV legde de werkgever vervolgens een loonsanctie op. De rechtbank was van oordeel dat de bedrijfsarts de werknemster in een eerder stadium naar een psycholoog of psychiater had moeten doorverwijzen voor een duidelijke diagnose en behandeling. Door niet door te verwijzen hadden de bedrijfsartsen van Arbovitale niet gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot had

39 ECLI:NL:GHDHA:2017:1409.

40 ECLI:NL:RBMNE:2017:6160.

mogen worden verwacht en was de arbodienst derhalve toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van haar verplichtingen uit de overeenkomst. De rechtbank volgde daarbij niet het standpunt van de arbodienst dat als er al sprake zou zijn geweest van een tekortschieten, dit alleen jegens de werkneemster was geweest. De werkgever mocht op grond van de overeenkomst een zorgvuldige verzuimbegeleiding van de werkneemster door de arbodienst verwachten. De rechtbank kende als schade aan de werkgever toe: de directe loonkosten van de werkneemster gedurende het derde ziektejaar, bestaande uit het (bruto)salaris, vakantiegeld en het deel van de transitievergoeding dat is toe te rekenen aan het derde ziektejaar; alsmede indirecte (loon)kosten die zijn toe te rekenen aan het derde ziektejaar, bestaande uit pensioenkosten, de kosten van verplichte werkgeverspremies sociale verzekeringswetten, de bijdragen aan collectieve verzekeringen en de re-integratiekosten voor zover die waren toe te rekenen aan het derde ziektejaar.

2.12. Ongeschikte hulpzaak

In de periode waarop de kroniek betrekking heeft, is er een aantal uitspraken geweest waarbij de hulpverlener op grond van artikel 6:77 BW aansprakelijk werd gehouden voor gebruikmaking van een gebrekkige medische hulpzaak. De hulpzaken die daarbij aan de orde kwamen betroffen metaal-opmetaal (MOM) heupprothesen, PIP-borstprothesen, de Miragel-oogplombe en het Mesh-matje.

2.12.1. Mesh-matje

In het vonnis van Rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, van 23 januari 2019⁴¹ ging het om een mesh-implantaat dat in verband met verzakkingsklachten transvaginaal was ingebracht en waarna de patiënte ernstige klachten ontwikkelde, waarvoor zij de nodige vervolghandelingen moest ondergaan en waardoor zij arbeidsongeschikt raakte. De patiënte vorderde zowel schadevergoeding van de producent als van het ziekenhuis en de gynaecoloog. De rechtbank baseerde haar

oordeel voor een groot deel op een onderzoek van de inspectie. Hieruit bleek dat de beroepsgroep de nieuwe technologie met transvaginale mesh snel had omarmd, zonder dat er duidelijkheid was over de indicatie in relatie tot effectiviteit, bekwaamheidseisen en veiligheid. Pas na de eerste ernstige complicaties was het gebruik van transvaginale mesh afgenomen en werden er kaders gesteld voor de toepassing. De inspectie vond dat dit zorgvuldiger had moeten gebeuren. Uit dit onderzoek bleek echter ook dat transvaginale mesh-implantaten een oplossing bieden voor veel vrouwen met ernstige en/of herhaalde verzakkingsklachten en dat daarvoor geen goede alternatieven zijn. Uitgaande van het aantal meldingen van complicaties dat bij de inspectie bekend was, is de kans op zeer ernstige complicaties ongeveer 2 procent. Die kans was naar het oordeel van de rechtbank relatief klein afgezet tegen het aantal behandelingen waarbij transvaginale mesh was toegepast en afgezet tegen de ernst van de verzakkingsklachten waarvoor het toepassen van het matje een oplossing kan bieden. De producent had in de gebruikshandleiding voor de arts ook gewaarschuwd voor bijwerkingen. Naar het oordeel van de rechtbank was er derhalve geen sprake van een gebrekkig product waarvoor de producent aansprakelijk was. Aangezien geen sprake was van een gebrekkig product was evenmin sprake van een ongeschikte hulpzaak in de zin van artikel 6:77 BW en werd de vordering tegen het ziekenhuis en gynaecoloog eveneens afgewezen. Deze uitspraak is in overeenstemming met het arrest van de Hoge Raad van 18 oktober 2013 inzake de Advantage-hartklep van Medtronic.⁴² In de conclusie van A-G Spier werd overwogen dat het merkwaardig zou zijn als een producent niet aansprakelijk zou zijn omdat de door hem vervaardigde hartklep niet gebrekkig is, maar het ziekenhuis vervolgens wel aansprakelijk zou zijn voor het implanteren van die hartklep als ongeschikte hulpzaak (zie r.o. 5.1).⁴³

41 ECLI:NL:RBMNE:2019:237.

42 ECLI:NL:HR:2013:978.

43 ECLI:NL:PHR:2013:835.

2.12.2. *Miragel-oogplombe*

In het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden van 27 november 2018⁴⁴ ging het om een vordering van een patiënt bij wie in 1992 in verband met een netviesloslating in het Radboud Ziekenhuis een Miragel-oogplombe was ingebracht. In 1996 werd echter bekend dat aan de Miragel-plombe langetermijnrisico's kleefden en werd de plombe van de markt gehaald. In 2005 verwezenlijkten de risico's van de Miragel-plombe zich ook bij de patiënt en in 2007 stelde de patiënt het ziekenhuis aansprakelijk. Het hof nam aan dat sprake was een ongeschikte hulpzaak in de zin van artikel 6:77 BW. Het hof verwees daarbij mede naar r.o. 2.26 van de uitspraak van Rechtbank Arnhem, alwaar de rechtbank had overwogen dat de Miragel-plombe voor 90% van de patiënten bij wie de plombe was geplaatst zonder complicaties was verlopen. Bij 10% van de patiënten met complicaties hadden zich bij een deel van de patiënten dezelfde problemen voorgedaan die zich bij patiënt hadden voorgedaan. Hoe groot dit deel precies is en hoe het precies met de eventuele behandelalternatieven is gesteld, blijkt hieruit echter niet. Kennelijk acht het hof dat voor de beoordeling of sprake is van een ongeschikte hulpzaak niet relevant. Dat in 1992 (en de jaren daarna) gebruikmaking van de van de Miragel-plombe 'state of the art' was en de artsen toentertijd niet wisten van toekomstige complicaties was in de visie van het hof geen reden om niet van een ongeschikte hulpzaak uit te gaan. Anders dan de rechtbank, achtte het hof toerekening van het gebrek van de plombe aan het ziekenhuis bovendien niet onredelijk. Het lag in het domein / de risicosfeer van het ziekenhuis dat zij ten tijde van de toepassing niet wist dat de Miragel-plombe in de toekomst gebrekkig zou blijken. Tegen deze uitspraak is door het Radboud Ziekenhuis cassatie ingesteld bij de Hoge Raad. Als de Hoge Raad het oordeel van het hof zal bevestigen, zal dit tot een groot aantal zaken kunnen leiden. Behandelingen die lege artis zijn uitgevoerd kunnen dan toch ineens in de toekomst als een tekortkoming worden aangemerkt. Aangezien artsen niet

44 ECLI:NL:GHARL:2018:10336.

kunnen instaan voor toekomstige gebreken, en zij hun aansprakelijkheid niet kunnen uitsluiten of beperken en zich slecht kunnen verzekeren voor risico's die in de toekomst blijken (zie ook hierna § 7), zal dit mogelijk ook van invloed zijn op de wijze waarop artsen in Nederland de patiëntenzorg zullen gaan inrichten. Een van de mogelijkheden daarbij is bijvoorbeeld dat zij patiënten zullen vragen zelf de keuze te maken voor wat betreft toepassing van de gebruikte hulpzaken en/of deze zelf aan te schaffen.⁴⁵

2.12.3. *PIP-borstprotheses*

Bij PIP-protheses gaat het om borstprotheses van het merk Poly Implant Prothèse, die in 2010 in opspraak waren geraakt nadat gebleken was dat de producent met het productieproces had gefraudeerd. Dit door in plaats van de goedgekeurde medicinale siliconen industriële siliconen te gebruiken. In het tussenarrest van Hof Den Bosch van 25 november 2014⁴⁶ kwam het hof met een voorlopig oordeel, dat erop neerkwam dat de kliniek aansprakelijk was krachtens artikel 6:77 BW. Het overwoog daarbij onder meer dat de producent die de borstprotheses had gemaakt inmiddels failliet was en derhalve geen verhaal bood. Door rechtbanken werd dit oordeel niet gevolgd. Te noemen vallen in dat kader de vonnissen van Rechtbank Amsterdam 20 januari 2016,⁴⁷ Rechtbank Amsterdam 24 mei 2017⁴⁸ en Rechtbank Limburg 31 mei 2017.⁴⁹ Deze uitspraken zijn reeds in de vorige kroniek besproken. Aan dat rijtje kunnen nog worden toegevoegd de vonnissen van Rechtbank Oost-Brabant 22 november 2017⁵⁰ en Rechtbank Gelderland van 14 mei 2018.⁵¹ In beide vonnissen werd de aansprakelijkheid van het ziekenhuis afgewezen voor

45 Zie voor kanttekeningen bij deze uitspraak ook mijn bespreking van het proefschrift van J.T. Hiemstra: 'De aansprakelijkheid voor medische hulpzaken', in het *Maandblad voor Vermogensrecht* 2019, p. 6-14.

46 ECLI:NL:GHSHE:2014:493.

47 ECLI:NL:RBAMS:2016:212.

48 ECLI:NL:RBAMS:2017:3491.

49 ECLI:NL:RBLIM:2017:49810.

50 ECLI:NL:RBOBR:2017:6091.

51 ECLI:NL:RBGEL:2018:3115.

het plaatsen van PIP-borstprotheses en nam de rechtbank afstand van het 'voorlopig' oordeel van Hof Den Bosch in de uitspraak van 25 november 2014. In het arrest van Hof Den Bosch 16 april 2019⁵², waarbij het hoger beroep aan de orde was van het vonnis van Rechtbank Oost-Brabant 22 november 2017,⁵³ besloot het hof prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen met betrekking tot de vraag of de schade die het gevolg is (geweest) van het inbrengen van een gebrekkig PIP-implantaat aan het ziekenhuis dient te worden toegerekend.

2.13. *Informed consent*

In de relevante periode werd wederom een zeer groot aantal uitspraken geweest waarbij de vordering (mede) op het ontbreken van informed consent was gebaseerd. Doorgaans werden deze vorderingen op deze grondslag afgewezen omdat de patiënt er niet in was geslaagd te bewijzen dat hij door de hulpverlener onvoldoende was geïnformeerd, dan wel er niet in slaagde het causaal verband tussen de gebrekkige informatievoorziening en zijn schade aan te tonen. Hiervoor is immers vereist dat zowel vast komt te staan dat de schade een gevolg is van de verrichte behandeling,⁵⁴ alsook dat de patiënt bewijst dat hij bij een wel juiste informatievoorziening van de behandeling zou hebben afgezien.⁵⁵ Voorbeelden waarbij de patiënt om een van die redenen zijn vordering zag stranden zijn:

- Rechtbank Midden-Nederland, locatie Utrecht, van 23 januari 2019⁵⁶, inzake het mesh-matje;
- Hof Den Bosch 11 december 2018,⁵⁷ inzake een hals-/facelift;
- Hof Den Bosch 9 januari 2018,⁵⁸ inzake het optreden van zenuwuitval als gevolg van verwijdering van een lymfeklier;

- Hof Arnhem-Leeuwarden van 27 november 2018⁵⁹ inzake de Miragel-oogplombe;
- het vonnis van de rechtbank in het hierna (§ 5) te bespreken arrest van de Hoge Raad van 30 maart 2018⁶⁰ inzake een operatieve ingreep voor een afwijking die paste bij de ziekte van Quervain;
- het vonnis van Rechtbank Gelderland van 20 september 2017⁶¹, waarbij onder meer werd geoordeeld dat de chirurg de patiënt niet hoefde te informeren over de toegepaste specifieke techniek van een slokdarmoperatie.

Voorbeelden waarbij de vordering wegens het ontbreken van informed consent wel slaagde zijn het vonnis van Rechtbank Den Haag van 24 oktober 2018⁶² en het vonnis van Rechtbank Zeeland-West-Brabant 15 augustus 2018.⁶³ In het vonnis van Rechtbank Den Haag ging het om een vaginale bevalling van een kind in stuitligging en waarbij na de geboorte een ernstige hersenbeschadiging bij het kind werd geconstateerd. De ouders en de ziektekostenverzekeraar, als regresnemer, stelden dat de moeder ten onrechte de keuze van een keizersnede was onthouden en vorderden de daarmee gemoeide schade van het ziekenhuis. De rechtbank oordeelde dat de gynaecoloog door de patiënte niet de keuze te bieden om voor een electieve keizersnede te kiezen was afgeweken van de Richtlijn Stuitligging 2001. De gynaecoloog had zijn informatieplicht geschonden door de voor- en nadelen van de stuitligging niet met de patiënte te bespreken. De rechtbank oordeelde voorts dat de patiënte voor een keizersnede had gekozen indien haar die mogelijkheid wel was geboden. De rechtbank achtte daarbij mede van belang dat patiënte tijdens de bevalling, zodra zij hoorde dat het kind in stuitligging lag, de wens tot het verrichten van een keizersnede zou hebben aangegeven en ook haar volwassen dochter, die tijdens de bevalling aanwezig was, enige tijd eerder had

52 ECLI:NL:GHSHE:2019:1458.

53 ECLI:NL:RBOBR:2017:6091.

54 Zie o.a. HR 26 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY5693.

55 Zie o.a. HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2002:AE7351 en ECLI:NL:HR:2002:AE:7345.

56 ECLI:NL:RBMNE:2019:237.

57 ECLI:NL:GHSHE:2018:5182.

58 ECLI:NL:GHSHE:2018:63.

59 ECLI:NL:GHARL:2018:10336.

60 ECLI:NL:HR:2018:482.

61 ECLI:NL:RBGEL:2017:6858.

62 ECLI:NL:RBDHA:2018:14479.

63 ECLI:NL:RBZWB:2018:4940.

gekozen voor een spoedkeizersnede toen bleek dat haar kind in een stuit lag.

In het vonnis van Rechtbank Zeeland-West-Brabant 15 augustus 2018⁶⁴ ging het om een patiënte die een aambeienoperatie volgens de zogeheten PPH-methode had ondergaan en als gevolg waarvan de anale sluitspier zover was opgerekt dat deze niet meer goed sloot. De rechtbank overwoog dat de arts zijn informatieplicht had geschonden door patiënte niet op dit risico te wijzen. Ten aanzien van het causaal verband overwoog de rechtbank dat patiënte had aangevoerd dat zij met voldoende kennis van de risico's verbonden aan de PPH-methode hier niet voor had gekozen. De rechtbank passeerde de betwisting van het ziekenhuis. Mede gezien de inhoud van het deskundigenbericht was aannemelijk dat patiënte niet zou hebben ingestemd met een PPH-procedure indien zij correct zou zijn geïnformeerd over de eventuele alternatieven.

2.14. Integriteitsschade

Onder bijzondere omstandigheden kan het schenden van de informatieplicht van de arts op zichzelf reeds tot schade lijden. Dit wordt integriteitsschade genoemd. Er hoeft dan niet vast te staan dat de behandeling niet zou zijn uitgevoerd bij een adequate informatievoorziening en/of dat de uitgevoerde behandeling tot schade heeft geleid. Het vonnis van Rechtbank Midden-Nederland 18 september 2013⁶⁵ is daarvan een voorbeeld.⁶⁶ Integriteitsschade was ook aan de orde in het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden van 23 januari 2018.⁶⁷ Het ging in die zaak om een psychiater die tijdens de zwangerschap van patiënte antidepressiva had voorgeschreven en waarna een zoontje werd geboren met een psychomotorisch retardatie. In eerdere tussenarresten⁶⁸ had het hof reeds geoordeeld dat de psychiater was tekortgeschoten in de verplichting om de ouders te informeren over de twijfels die des-

tijds bestonden over de veiligheid van de voorgeschreven geneesmiddelen, in het bijzonder bij gebruik in het eerste trimester van de zwangerschap. Het hof achtte daarom ook aannemelijk dat patiënte indien zij wel op duidelijke wijze zou zijn ingelicht over de mogelijk nadelige gevolgen van het gebruik van de medicatie voor het ongeboren kind, als redelijk handelend patiënte zou hebben afgezien van deze medicatie, in elk geval tijdens het eerste trimester van de zwangerschap. Om het oorzakelijk verband tussen (het gebruik van) de medicatie en de afwijkingen van zoon te kunnen beoordelen had het hof prof. Lindhout, klinisch geneticus, tot deskundige benoemd. Prof. Lindhout concludeerde dat er geen bewijs was gevonden dat de voorgeschreven medicatie een significant verhoogde kans geeft op matige tot ernstige psychomotore of mentale retardatie, maar dat er evenmin bewijs is voor het tegendeel (namelijk dat de afwijkingen niet (deels) het gevolg kunnen zijn van de gebruikte medicatie). Er was met andere woorden sprake van een zogeheten non-liquetsituatie⁶⁹. Door de ouders werd betoogd dat de bewijslast moest worden omgekeerd. Zij stelden dat zij door de fout van de psychiater in een 'onredelijk zware bewijspositie' waren geraakt en daardoor in bewijsnood waren geraakt. Het hof volgde dit betoog niet. Het hof woog daarbij mee dat uit het deskundigenbericht van de psychiater prof. Van den Bosch bleek dat een onbehandelde of niet adequaat behandelde depressie ook een risicofactor voor het kind is en uit zijn rapport niet kan worden geconcludeerd dat de psychiater met het gevoerde medicatiebeleid niet had gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam psychiater mocht worden verwacht. De door de ouders bepleite toepassing van de leer van de proportionele aansprakelijkheid verwierp het hof eveneens. Toepassing van proportionele aansprakelijkheid is geëigend in de situatie dat sprake is van twee (of meer) oorzaken die ieder voor zich (dan wel in onderlinge combinatie) de schade konden veroorzaken en die zich tegelijk voordeden. Nu in deze zaak niet is komen vast te staan dat de

64 ECLI:NL:RBZWB:2018:4940.

65 ECLI:NL:RBMNE:2013:3761.

66 Zie voor een bespreking TvGR 2015, p. 420.

67 ECLI:NL:GHARL:2018:695.

68 ECLI:NL:GHARL:2012:BX6567 en ECLI:NL:GHARL:2014:5471.

69 Vgl. Asser-Procesrecht/Asser 3 2017/275.

schade (de afwijkingen van zoon) kan zijn veroorzaakt door de door de moeder tijdens de zwangerschap gebruikte medicatie, is er geen plaats voor toepassing van de leer van de proportionele aansprakelijkheid. Ook het beroep op de leer van de kansschade werd door het hof afgewezen. Dit omdat – zo volgde uit het deskundigenbericht – van een normschending voor wat betreft het voorschrijven van de medicatie geen sprake was. De schending van de informatieplicht had echter de moeder wel een reële kans ontnomen een weloverwogen beslissing te nemen, terwijl bovendien aannemelijk is dat zij in de gegeven omstandigheden zou hebben afgezien van deze medicatie, in ieder geval tijdens het eerste trimester van de zwangerschap. Dit leverde jegens beide ouders een schending van een (fundamenteel) recht op zelfbeschikking op, aldus het hof. Hiervoor was naar het oordeel van het hof een immateriële schadevergoeding ex artikel 6:106 lid 1, aanhef en sub b BW (ook wel integriteitsschade genoemd) op haar plaats waarvoor het hof een vergoeding van € 2.268⁷⁰ billijk.

2.15. *Ontbreken toestemming*

Voor het verrichten van een geneeskundige behandeling is toestemming van de patiënt vereist (art. 7:450 lid 2 BW). In het arrest van Hof Den Haag van 12 september 2017⁷¹ vorderde een man van Medisch Centrum Kinderwens (MCK) schadevergoeding omdat zij zonder zijn toestemming een met zijn sperma geproduceerde embryo hadden teruggeplaatst bij zijn ex-partner en uit welke zwangerschap een zoon was geboren. Het hof wees de vordering af en oordeelde dat MCK in de gegeven omstandigheden redelijkerwijs mocht aannemen dat de man met de terugplaatsing instemde. Het hof gaf in het arrest een uitgebreide opsomming van die omstandigheden, waaronder ook dat de man aanwezig was bij het echografisch onderzoek dat zes weken na de terugplaatsing was verricht en waarbij de zwangerschap werd bevestigd en de man noch de ex-partner op dat moment aan MCK hadden laten

weten dat hun relatie was verbroken of dat de zwangerschap zonder toestemming van de man tot stand was gebracht. Van het ontbreken van toestemming was naar het oordeel van het hof dan ook geen sprake.

2.16. *Medisch toerisme*

In het vonnis van Rechtbank Rotterdam van 18 augustus 2010⁷² werd geoordeeld dat de reisorganisatie niet aansprakelijk was voor een onzorgvuldig uitgevoerde tandheelkundige behandeling in Turkije die gelijktijdig met het sluiten van de reisovereenkomst was geboekt. Omdat de tandarts 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. Rechtbank Den Haag dacht daar in het vonnis 18 juli 2018⁷³ echter anders over.⁷⁴ Het ging in die zaak om een patiënte die een vordering instelde tegen Tand Correct, een bureau dat bemiddelt bij tandheelkundige ingrepen in Turkije. Het bureau werd wel aansprakelijk geacht voor een in Turkije onzorgvuldig uitgevoerde tandheelkundige behandeling. Belangrijk verschil is wel dat Tand Correct ook zelf tandheelkundige behandelingen (in Nederland) verrichtte. De rechtbank liep in de uitspraak nauwgezet de relevante geschilpunten langs: allereerst de vraag hoe de overeenkomst moest worden gekwalificeerd. Patiënte stelde dat sprake was van een geneeskundige behandelingsovereenkomst in de zin van artikel 7:446 lid 1 BW. Volgens Tand Correct was met haar alleen een reisovereenkomst in de zin van artikel 7:500 BW gesloten. De rechtbank overwoog dat Tand Correct bemoeienis had gehad met het 'tandheelkundige' deel van de gesloten overeenkomst. Naar het oordeel van de rechtbank kan het antwoord op de vraag of sprake is van een geneeskundige behandelingsovereenkomst tussen

70 Dit is f 5.000. De begroting vond plaats naar het peil van 1998 (zie r.o. 3.3).

71 ECLI:NL:GHDHA:2017:2499.

72 ECLI:NL:RBROT:2010:BN8300, GJ 2010/140.

73 ECLI:NL:RBDHA:2018:8743.

74 Zie voor de vraag welk recht van toepassing is en welke rechter bevoegd is ook R.P. Wijne, 'De rechtsmacht van de rechter en het toepasselijke recht op de EU-behandelovereenkomst', TvP 2013, p. 102-107.

patiënte en Tand Correct in het midden blijven. Zowel als sprake is van een behandelingsovereenkomst, als wanneer een (pakket)reisovereenkomst of een andersoortige overeenkomst is gesloten, is Tand Correct immers verantwoordelijk voor de eventuele fouten van de door hem ingeschakelde hulppersonen. Of dat nu is op grond van artikel 7:462 BW, artikel 7:507 BW, artikel 6:76 BW of een andere bepaling, is niet relevant. Vervolgens ging de rechtbank in op de vraag op welke manier moet worden beoordeeld of Tand Correct was tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst. Nu de overeenkomst tussen patiënte en Tand Correct een medische component bevatte en een medisch hulpverlener alleen aansprakelijk is als hij niet de zorg heeft betracht die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot in dezelfde omstandigheden had mogen worden verwacht, mocht patiënte niet uitgaan van een resultaatsverplichting. Vervolgens ging de rechtbank in op de vraag of het handelen van de (Turkse) tandarts moet worden beoordeeld aan de hand van de maatstaven die voor Nederlandse tandartsen gelden, of dat de Turkse normen maatgevend zijn. De rechtbank oordeelde dat de Nederlandse maatstaven maatgevend zijn. Dit omdat Tand Correct zich richt op de Nederlandse markt en Nederlandse klanten werft. Naar het oordeel van de rechtbank moet de Nederlandse patiënt er daarbij op kunnen vertrouwen dat de behandeling die hij ondergaat voldoet aan de Nederlandse normen. Bij de beoordeling van de vraag of Tand Correct aansprakelijk is, overwoog de rechtbank dat Tand Correct niet aan de zogenoemde 'verzwaarde stelplicht' had voldaan. De rechtbank liep vervolgens het resultaat van de diverse behandelingen na en concludeerde dat Tand Correct toerekenbaar was tekortgeschoten in de nakoming van de overeenkomst. Ten aanzien van de (toekomstige) kosten voor rehabilitatie van haar gebit voerde Tand Correct aan dat patiënte gebruik kan maken van de garantieregeling van Tand Correct en opnieuw naar Turkije kan reizen om daar haar klachten te laten verhelpen, zodat voor vergoeding van de kosten voor werkzaamheden van een andere tandarts geen aanleiding is. De rechtbank was van oordeel dat van

patiënte echter niet gevegd kon worden dat zij zich opnieuw onder behandeling zou stellen van de door Tand Correct ingeschakelde tandarts. Dit gelet op de omvang van de gemaakte verwijten en het feit dat de Turkse tandarts er bij herhaling niet in was geslaagd de problemen te verhelpen. De rechtbank ging tevens in op de vraag of deze vergoeding diende plaats te vinden volgens het Nederlandse of het Turkse prijspeil. De rechtbank overwoog dat patiënte juist vanwege het prijsverschil tussen Nederland en Turkije ervoor had gekozen een behandeling in Turkije te ondergaan en dat zij dus niet zonder meer een schadevergoeding naar Nederlandse prijzen kon verlangen. In dit geval lag dat echter anders. Gelet op de aard van de tekortkoming, de omvang van de noodzakelijke herstelwerkzaamheden en de tijd die de werkzaamheden in beslag gingen nemen, kon naar het oordeel van de rechtbank van patiënte in redelijkheid niet verlangd worden dat zij al die behandelingen in Turkije zou ondergaan. Dit betekende dat Tand Correct was gehouden de kosten te vergoeden die (in Nederland) zijn verbonden aan de noodzakelijke herstelwerkzaamheden. Ook voor wat betreft de hoogte van het smartengeld, die werd begroot op € 4.000, ging de rechtbank uit van Nederlandse maatstaven.

2.17. Zorgplicht ter voorkoming van het mislopen van sociale voorzieningen

Uit het arrest van Hof Den Haag 9 oktober 2018⁷⁵ volgt dat op een hulpverlener ook een zorgplicht kan rusten voordat een overeenkomst tot stand komt. De zorginstelling Stichting Wijdezorg werd door nabestaanden van een patiënt met dementie aansprakelijk gesteld omdat de casemanager van Wijdezorg tijdens het telefonisch onderhoud dat hij met de zoon van patiënte had gehad niet aan zijn zorgplicht had voldaan. Aangezien de aanvraag voor een PGB niet met terugwerkende kracht kon worden ingediend, had de casemanager de zoon erop moeten wijzen dat die aanvraag direct moest worden ingediend. Het hof overwoog dat de in het maatschappelijk verkeer vereiste zorgvuldigheid

75 ECLI:NL:GHDHA:2018:2558.

mee kan brengen dat een adviseur, zelfs al is (nog) geen sprake van een contractuele adviesrelatie, zich de belangen van degene die bij hem te rade gaat dient aan te trekken, gelet op het vertrouwen dat deze stelt in de adviseur.⁷⁶ Naar het oordeel van het hof had de casemanager deze verplichting geschonden door onvoldoende informatie te geven aan de zoon, waardoor patiënte een kans was ontnomen om de casemanager tijdig in te schakelen en een aanvraag voor een PGB in te dienen. Het Hof schatte die kans op 50% en veroordeelde Wijdezorg tot vergoeding van 50% van het misgelopen PGB.

3. Aansprakelijkheid van de producent

Op producenten rust op grond van artikel 6:185 BW een risicoaansprakelijkheid voor het 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. 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 1989.⁷⁷ In die zaak werd aangenomen dat het slaapmiddel Halcion gebrekkig was, omdat niet was gewaarschuwd voor ernstige bijwerkingen (zelfmoordneigingen, depersonalisatie en panische angsten), ook al was de frequentie daarvan gering. Overigens maakte het daarbij weinig uit of de vordering was gebaseerd op artikel 6:162 BW

of artikel 6:185 BW. Uit dat arrest volgde dat een producent onrechtmatig handelt als bij een gebrekkig product in het verkeer brengt en waarvoor hetzelfde criterium voor gebrekkigheid geldt als voor productaansprakelijkheid. De grondslag van artikel 6:162 BW brengt echter wel mee dat de producent een verwijt moet kunnen worden gemaakt. Daarbij worden aan de stelplicht geen hoge eigen gesteld. Volgens rechtspraak van de Hoge Raad ligt het op de weg van de producent om zijn schuld gemotiveerd te betwisten.⁷⁸

3.1. Seroxat

In het vonnis van Rechtbank Midden-Nederland van 30 mei 2018⁷⁹ werd geneesmiddelenproducent GlaxoSmithKline (GSK) aansprakelijk geacht voor het niet waarschuwen voor een negatieve bijwerking van Seroxat. In 2001 werd aan een 16-jarige jongen in verband depressieve klachten het middel Seroxat (stofnaam paroxitine) voorgeschreven en ondernam hij verschillende suïcidepogingen. Hij verweet GSK dat zij vanaf ongeveer het jaar 2000 wist dat paroxetine voor kinderen en jongeren (onder de 18) niet of nauwelijks effectief was en dat het ernstige bijwerkingen had, waaronder (kort gezegd) zelfmoordgedrag. GSK had die kennis op dat moment publiek moeten maken, en dat had zij niet gedaan. Als GSK dat wel had gedaan, dan was de Seroxat in 2001 niet aan de patiënt voorgeschreven. De patiënt beriep zich primair op de regeling voor productaansprakelijkheid zoals bedoeld in artikel 6:185 e.v. BW. De rechtbank wees die grondslag ingevolge de vervaltermijn ex artikel 6:191 BW af. Dat de patiënt pas in 2015 het verband tussen zijn problemen en het gebruik van Seroxat ontdekt had, was naar de rechtbank niet voldoende om het beroep van GSK op de vervaltermijn niet te

76 ECLI:NL:HR:2013:BY6759.

77 NJ 1990/652, m nt. C.J.H. Brunner.

78 Zie voor een uiteenzetting van het verschil tussen de grondslag van art. 6:185 BW en art. 6:162 BW ook A-G Hartlief, r.o. 5.2 t/m 5.7 bij HR 13 januari 2016, ECLI:NL:HR:2017:32.

79 ECLI:NL:RBMNE:2018:2298.

honoreren.⁸⁰ Het subsidiaire beroep op artikel 6:162 BW (onrechtmatige daad) slaagde wel. De rechtbank ging in de motivering uitgebreid in op publicaties en literatuur van vóór 2001 en concludeerde aan de hand daarvan dat GlaxoSmithKline in 2000 wist dat paroxetine voor kinderen en jongeren niet of nauwelijks effectief was en wist dat het gebruik van paroxetine in elk geval op de korte termijn risico's had, waaronder ernstige risico's als zelfmoordgedrag, terwijl zij niet eerder dan in 2003 waarschuwde voor mogelijke (zelfmoord)risico's. De rechtbank concludeerde dat GSK derhalve in strijd met de zorgvuldigheid die volgens ongeschreven recht in het maatschappelijke verkeer betaamt, en dus onrechtmatig, had gehandeld. Dit was onrechtmatig tegenover de gebruikers van Seroxat, die (zonder waarschuwing) aan de risico's waren blootgesteld. De gevorderde verklaring voor recht – kort gezegd: een verklaring voor recht dat GSK aansprakelijk is voor de schade die de patiënt lijdt door het gebruik van Seroxat – werd daarom toegewezen. De rechtbank overwoog daarbij wel dat de mogelijkheid dat schade was geleden voldoende aannemelijk was geworden, maar dat dit nog niet vaststaat. Het staat immers niet vast dat de klachten van patiënt inderdaad veroorzaakt waren door het gebruik van Seroxat.

3.2. *Permax*

In het vonnis van Rechtbank Midden-Nederland van 1 augustus 2018⁸¹ ging het eveneens om een vordering tegen een geneesmiddelenfabrikant (Eli Lilly). Het ging in die zaak om het middel Permax. De patiënt stelde dat de fabrikant voor 2003 op het risico van een gokverslaving had moeten wijzen. Ook daar werd de aansprakelijkheid niet beoordeeld aan de hand van artikel 6:185 BW maar op grond van artikel 6:162 BW. De vordering tegen de

producent werd afgewezen. De beschikbare literatuur en meldingen van bijwerkingen waren vóór 2003 voor Eli Lilly niet zodanig dat daaruit de verplichting voortvloeide om zelf nader onderzoek te doen naar het verband tussen Permax en gokverslaving. Omdat de vóór 2003 bekende signalen onvoldoende duidelijk waren om een dergelijk verband aan te kunnen nemen was er voor Eli Lilly ook geen aanleiding reeds vóór 2003 een waarschuwing in de bijsluiter op te (laten) nemen. Daarbij werd door de rechtbank ook in aanmerking genomen dat Eli Lilly naar voren had gebracht dat het gaat om effectief waarschuwen en het niet wenselijk is de bijsluiter te veranderen op basis van een theoretische aanname. Indien er te veel wordt gewaarschuwd zonder dat er voldoende duidelijkheid is, bestaat het risico dat het geneesmiddel niet meer wordt voorgeschreven en gaat het waarschuwen ten koste van degenen die baat hebben bij het geneesmiddel.

4. Causaal verband en toerekening

Als vaststaat dat de arts een fout heeft gemaakt, is nog niet gegeven dat daardoor ook schade is geleden. De schade moet ook in causaal verband staan met de fout (art. 6:98 BW). Een uitspraak die dat illustreert is het vonnis van Rechtbank Gelderland van 9 januari 2019.⁸² In die zaak ging het om een 61-jarige patiënte die vanaf 1992 bekend was met hart-ritmestoornissen en de huisarts bezocht in verband met klachten van hoofdpijn sinds één dag. De huisarts vond geen afwijkingen en concludeerde dat waarschijnlijk sprake was van migraine.

Enkele dagen later trad een herseninfarct op met als gevolg ernstige neurologische uitval. Het stond vast, zo had de rechtbank reeds in een eerder tussenvonnis overwogen, dat de huisarts tijdens het consult onzorgvuldig had gehandeld. Ter beantwoording van de vraag of een niet-onzorgvuldige behandeling door de huisarts het infarct had kunnen voorkomen, benoemde de rechtbank een neuroloog tot deskundige. De rechtbank oordeelde vervolgens dat

80 Zie voor een ander voorbeeld waarbij het beroep op de vervaltermijn werd gehonoreerd: Rb. Midden-Nederland 22 juni 2017, ECLI:NL:RBMNE:2017:3102 inzake het breken van een heupprothese en Rb. Midden-Nederland 1 augustus 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:5185 inzake Permax.

81 ECLI:NL:RBMNE:2018:5185.

82 ECLI:NL:RBGEL:2019:1145.

het vereiste causaal verband ontbrak en motiveerde dat als volgt:

‘Als de huisarts juist had gehandeld en een neuroloog had geraadpleegd, had dit er idealiter toe geleid dat patiënte dezelfde dag of uiterlijk de dag erop zou zijn onderzocht in het ziekenhuis. Bij een dergelijk onderzoek zouden echter geen hartritmestoornissen of neurologische uitvalsverschijnselen zijn gevonden en zouden bij beeldvorming van de hersenen geen afwijzingen zijn gezien, zodat [patiënte] dan weer naar huis zou zijn gezonden. In het uiterste geval zou dat tot doorverwijzing naar een cardioloog en het direct starten met sterk werkende bloedverdunningsmiddelen hebben geleid, maar ook dan zou het herseninfarct op 8 juli 2010 niet zijn voorkomen, omdat het effect enige tijd op zich laat wachten en bloedverdunding tot ideale waarden bovendien de mogelijkheid niet voorkomt dat reeds bestaande bloedpropjes doorschieten naar de hersenen. De conclusie is daarom dat aannemelijk is dat ook indien de huisarts geen fout zou hebben gemaakt het herseninfarct zou zijn opgetreden.’⁸³

De uitspraak illustreert dat een delay in de diagnostiek niet zonder meer tot schade leidt. Een (ander) voorbeeld is het vonnis van Rechtbank Limburg van 14 november 2018.⁸⁴ In die zaak stond vast dat in het AZM een fout was gemaakt doordat niet onderkend was dat patiënte een meningeoom had. Dit had de rechtbank reeds in het vonnis van 8 april 2015⁸⁵ bepaald. Uit de deskundigenberichten bleek echter dat patiënt zonder die fouten niet

eerder operatief zou zijn behandeld, zodat een causaal verband tussen de fouten van AZM en de fysieke klachten ontbrak.

Als voorbeelden waarbij de vordering op het ontbreken van bewijs van causaal verband strandde, zijn voorts nog te noemen:

- het arrest van Hof Den Haag van 27 februari 2018,⁸⁶ waarbij de vordering van een werknemer tegen een bedrijfsarts voor de schade als gevolg van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst werd afgewezen. De werkgever was namelijk – ondanks de fout van de bedrijfsarts – blijvend bereid met de werknemer door te gaan en de beëindiging van de arbeidsovereenkomst was derhalve terug te voeren op de medewerking van de man om een vaststellingsovereenkomst te sluiten;
- de hiervoor (in § 2.3) besproken uitspraak van Rechtbank Midden-Nederland van 21 maart 2018⁸⁷ waarbij een huisarts zijn beroepsgeheim had geschonden en op basis van welke informatie Movir de verzekeringsovereenkomst had beëindigd. Dit omdat niet kon worden aangenomen dat zonder de schending van de geheimhoudingsplicht de verzekeringsovereenkomst niet zou zijn beëindigd.

Een voorbeeld waarbij de vordering wegens het ontbreken van causaal verband werd afgewezen omdat de causale keten was doorbroken is de beschikking van Rechtbank Midden-Nederland van 6 december 2017.⁸⁸ In die zaak stond vast dat de huisarts een beroepsfout had gemaakt door een patiënt met klachten van zijn grote teen niet eerder te verwijzen. In een week tijd had de patiënt driemaal in verband met deze klachten zijn huisarts bezocht. Bij de eerste twee consulten werden de teenklachten toegeschreven aan jicht, waarvoor de huisarts een jichtmedicijn voorschreef. Bij het derde consult werd geconcludeerd dat de klachten berustten op een acute vaatafsluiting, waarvoor de patiënt met spoed

83 Zie voor een uitspraak waarbij een soortgelijke redenering werd toegepast ook de uitspraak van Hof Den Bosch van 31 januari 2017, ECLI:NL:GHSE:2017:311. Daarin werd het zeer onwaarschijnlijk geacht dat het in strijd met richtlijnen niet toedienen van antistolling tijdens de opname in het ziekenhuis het optreden van een herseninfarct (CVA) negen dagen later zou hebben voorkomen.

84 ECLI:NL:RBLIM:2018:10591.

85 ECLI:NL:RBLIM:2015:2882.

86 ECLI:NL:GHDHA:2018:472.

87 ECLI:NL:RBMNE:2018:1905.

88 ECLI:NL:RBMNE:2017:6760.

werd verwezen naar een vaatchirurg en waarvoor zes dagen later een bypassoperatie werd uitgevoerd. Twee dagen daarna werd de kleine teen geamputeerd en een week later de grote teen. De deskundige concludeerde dat de huisarts betrokkene nog juist op tijd had ingestuurd, in die zin dat de integriteit van de rechervoet bij een tijdige interventie (geschat binnen 24 uur, maar hoe eerder hoe beter) met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid behouden zou zijn gebleven. De deelgeschilrechter overwoog dat hij niet weet waarom het tot zes dagen na de ziekenhuisopname had geduurd voordat de ingreep was uitgevoerd. Maar wat de oorzaak ook was, het was in ieder geval niet de late diagnose door de huisarts, zodat hij ook niet verantwoordelijk kon worden gehouden voor de (gevolgen van de) amputaties.

Een uitspraak waarbij werd geoordeeld dat de causale keten niet was doorbroken was aan de orde bij het vonnis van Rechtbank Midden-Nederland 18 oktober 2017.⁸⁹ Het ging daarbij om een patiënte bij wie in 2006 een spondylodiscitis (een bacteriële infectie van de tussenwervelschijf) was opgetreden en zij in verband daarmee gedurende zes weken met een breed spectrum antibiotica, waaronder Gentamicine, werd behandeld. Nadien ontwikkelde zich een ernstige evenwichtsstoornis bij de patiënte hetgeen werd toegeschreven aan zogeheten ototoxiciteit van de Gentamicine. Hiervoor stelde zij het ziekenhuis aansprakelijk en het ziekenhuis c.q. haar beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar MediRisk erkenden in januari 2011 aansprakelijkheid voor het feit dat onvoldoende rekening was gehouden met de bijwerkingen van Gentamicine. Tien maanden later, in de nacht van 11 op 12 november 2011, viel patiënte thuis van de trap met als gevolg dat zij haar nek, borstkas en rechterpols brak. Zij raakte daarna volledig geïnvalideerd. De door partijen geraadpleegde deskundige achtte de kans klein dat de evenwichtsstoornis ook zou zijn ontstaan indien de medicatie tijdig was gestaakt. In deelgeschil vorderde de benadeelde vaststelling van het smartengeld op € 100.000. Hiertegen werd verweer gevoerd,

waarbij onder andere werd gesteld dat de val was veroorzaakt door alcoholisme en niet door de evenwichtsstoornis. Tevens werd aangevoerd dat de blijvende rugklachten het gevolg zijn van de spondylodiscitis en dat dit klachten zijn die patiënte ook zou hebben ondervonden als zij niet te lang zou zijn behandeld met Gentamicine. De rechtbank overwoog dat ter zitting voldoende duidelijk was geworden dat patiënte op dat moment al enkele jaren steeds, bij iedere stap, alert moest zijn om niet te vallen, en in het donker nog meer, omdat zij dan ieder oriëntatievermogen miste en dat zij sinds de Gentamicinebehandeling met enige regelmaat was gevallen, ook voor 2011, en dat dit verschillende keren tot botbreuken had geleid. Nu er door het te lange Gentamicinegebruik steeds een reële kans is dat patiënte valt, met name in het donker, staat naar het oordeel van de rechtbank voldoende vast dat óók de val van de trap aan dat te lange Gentamicinegebruik moet worden toegerekend. De omstandigheid dat patiënte de avond voorafgaand aan die val wijn had genuttigd, maakte dit niet anders. De rechtbank verwierp ook het standpunt dat patiënte daarmee het risico op een val bewust zou hebben vergroot. De rechter achtte voor de evenwichtsstoornissen en de gevolgen van de val een smartengeldvergoeding billijk van € 65.000.

4.1. Omkeringsregel

In eerdere kronieken is uitvoerig ingegaan op de relevantie van de omkeringsregel voor het medische aansprakelijkheidsrecht.⁹⁰ In de onderzochte periode zijn er op het gebied van de medische aansprakelijkheid geen relevante uitspraken gepubliceerd waarbij de omkeringsregel aan de orde was. Buiten het terrein van het medische aansprakelijkheidsrecht waren die uitspraken er wel. In dat kader valt onder meer te noemen het arrest van de Hoge Raad van 6 april 2018.⁹¹ Het ging in die zaak om een werknemer die in de periode van 1972 tot 1996 in dienst van de gemeente Rheden als leidinggevende in het zwembad had gewerkt. In 2006 werd bij hem

90 Zie o.a. TvGR 2013, p. 553-554.

91 ECLI:NL:HR:2018:536.

89 ECLI:NL:RBMNE:2017:6761.

een mesotheliom vastgesteld aan de gevolgen waarvan hij overleed. De weduwe stelde dat haar man tijdens zijn werkzaamheden in de Rhedense zwembaden was blootgesteld aan asbest, meer in het bijzonder ook tijdens de werkzaamheden in 1983, waarbij haar man toezicht zou hebben gehouden op het boren van gaten in banken waarin wit asbest was verwerkt. Het hof achtte de blootstelling aan asbest bij die werkzaamheid wel bewezen, maar wees de vordering toch af. Dit omdat het hof de kans klein achtte dat juist bij die werkzaamheden in het zwembad de man de fatale asbestvezel had ingeademd. De Hoge Raad verwierp het cassatieberoep van de weduwe en overwoog daarbij dat het oordeel van het hof aldus moet worden begrepen dat in het onderhavige geval de duur en de intensiteit van de blootstelling van de werknemer aan asbest tijdens zijn werkzaamheden voor de gemeente zo gering waren geweest in verhouding tot zijn totale blootstelling aan asbest, dat reeds daarom het verband tussen het mesotheliom en zijn werkzaamheden bij de gemeente te onzeker is.⁹² In het arrest gaat het weliswaar om de zogeheten arbeidsrechtelijke omkeringsregel, maar te verwachten valt dat in een zaak op het gebied van de medische aansprakelijkheid de toepassing daarvan niet anders zal zijn. Ook indien de kans (te) gering is ten opzichte van andere mogelijke oorzaken dat de fout van de arts tot het tegenvallende behandelingsresultaat heeft geleid, ligt het niet voor de hand de omkeringsregel toe te passen. Opgemerkt zij daarbij overigens wel dat voor toepassing van de omkeringsregel niet vereist dat de normovertreding het gevaar dat zich heeft verwezenlijkt in aanmerkelijke mate is verhoogd. Dit volgt reeds uit het arrest van de Hoge Raad van 23 november 2012.⁹³

4.2. Verloren kans op een beter behandelingsresultaat
Op 23 december 2016⁹⁴ aanvaardde de Hoge Raad de doctrine van het verlies van een kans op een beter behandelingsresultaat in het medische aansprakelijkheidsrecht. De Hoge Raad bepaalde dat door het ziekenhuis de schade moest worden vergoed indien door een medische fout een rechtens relevante kans op een beter behandelingsresultaat verloren was gegaan. Uit het arrest volgde tevens dat uit het enkele feit dat die kans niet groot is, niet volgt dat deze kans rechtens niet relevant is.⁹⁵ Uit het arrest van de Hoge Raad van 27 november 2017⁹⁶ volgt dat het enkele feit dat die kans niet nauwkeurig kan worden bepaald evenmin reden is om rechtens niet relevant te zijn. Het ging in dat arrest om de vraag of Hof Den Bosch⁹⁷ terecht een vordering had afgewezen wegens het ontbreken van causaal verband voor het niet eerder onderkennen van een caudasyndroom. De Hoge Raad vernietigde de uitspraak en overwoog dat uit het feit dat de deskundige een kans niet in een percentage kan uitdrukken omdat naar de grootte van die kans geen onderzoek beschikbaar is, niet meebrengt dat die kans niet in een rechtens relevante omvang bestaat. Dat klemte te meer, aldus de Hoge Raad, omdat de deskundige had opgemerkt dat volgens de destijds geldende richtlijn bij voorkeur zo snel mogelijk en dwingend binnen een dag zou moeten worden geopereerd. Het hof had – nu de deskundige geen kanspercentage kon noemen maar zijn antwoorden niet uitsluiten dat van het verlies van een reële kans sprake kan zijn geweest – nader moeten onderzoeken of door het delay een reële kans op een betere uitkomst verloren was gegaan, en had – bij bevestigende beantwoording van die vraag – vervolgens tot een zo goed mogelijke schatting van deze kans moeten komen. Daartoe had het hof bijvoorbeeld de deskundige op een zitting nader kunnen bevragen, aldus de Hoge Raad.

92 In HR 7 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ1717 (RSI) heeft de Hoge Raad de arbeidsrechtelijke omkeringsregel al ingeperkt door te bepalen dat de regel toepassing mist indien het verband tussen de gezondheidsschade en de arbeidsomstandigheden te onzeker of onbepaald is.

93 ECLI:NL:HR:2012:BX7264, NJ 2012/669, NJB 2012/2476, JA 2013/3 m.nt. J.P.M. Simons, RvdW 2012/1477.

94 ECLI:NL:HR:2016:297 (netvliesloslating); TvGR 2017, p. 237-247 m.nt. M.J.J. de Ridder.

95 Zie voor de vraag welke kansen nog voor vergoeding in aanmerking komen ook mijn annotatie bij dit arrest in TvGR 2017, p. 245.

96 ECLI:NL:HR:2017:2786.

97 ECLI:NL:GHSHE:2016:1741.

Uit het arrest volgt dat de rechter er niet snel van uit kan gaan dat door een fout in de behandeling geen rechtens relevante kans op een beter behandelingsresultaat is verloren gegaan. De omstandigheid dat die kans niet goed is te bepalen, is geen reden om hiervoor geen schadevergoeding voor toe te kennen.

5. (Voorlopig) deskundigenbericht

De rechter zal bij de beoordeling van medische kwesties in de regel zich door deskundigen moet laten voorlichten. De jurisprudentie inzake deskundigenberichten speelt dan ook een belangrijke rol in het medische aansprakelijkheidsrecht. Er zijn veel uitspraken gepubliceerd die daarover gaan.⁹⁸

5.1. Afwijzen verzoek voorlopig deskundigenbericht

Het is vaste rechtspraak dat een rechter weinig ruimte heeft om een voorlopig deskundigenonderzoek af te wijzen. Uitgangspunt is dat een verzoek om een voorlopig deskundigenbericht moet worden toegewezen tenzij het verzoek in strijd is met een goede procesorde of verzoeker misbruik maakt van zijn bevoegdheid – bijvoorbeeld omdat verzoeker wegens onevenredigheid van de over en weer betrokken belangen in redelijkheid niet tot het uitoefenen van die bevoegdheid kan worden toegelaten – of dat het verzoek moet afstuiten op een ander door de rechter zwaarwichtig geoordeeld bezwaar.⁹⁹ Dat de rechter zeer weinig ruimte heeft om een verzoek af te wijzen blijkt ook uit het arrest van de Hoge Raad van 30 maart 2018.¹⁰⁰ In die zaak had Hof Den Haag een verzoek tot een voorlopig deskundigenonderzoek afgewezen. Het verzoek had betrekking op een plastisch chirurgische ingreep die een patiënte in het Maasstad Ziekenhuis had ondergaan in verband met een afwijking die paste bij de

ziekte van Quervain. Na de ingreep hielden de klachten aan en diende patiënte een tuchtklacht in bij het Regionaal Tuchtcollege. Het college oordeelde dat de plastisch chirurg tot de operatie had kunnen besluiten en ook dat bij de uitvoering van de ingreep geen fout was gemaakt. De klacht die betrekking had op het verwijt dat de plastisch chirurg patiënte onvoldoende had voorgelicht werd echter wel gegrond verklaard. Het verweer van de plastisch chirurg dat hij patiënte adequaat had geïnformeerd aan de hand van illustraties en afbeeldingen, omdat klaagster de Nederlandse taal niet machtig was, werd niet gevolgd. Dit omdat de stellingen van de plastisch chirurg niet werden gestaafd door enige aantekening in de status. Aangezien niet was komen vast te staan dat verweerder aan zijn informatieplicht jegens patiënte had voldaan werd de klacht gegrond verklaard en de operateur de maatregel van waarschuwing opgelegd. Patiënte stelde vervolgens een vordering in tegen het Maasstad Ziekenhuis. Zij vorderde te verklaren voor recht dat het ziekenhuis aansprakelijk is voor de schade die zij lijdt voor het zenuwletsel dat na de behandelingen was opgetreden. De rechtbank wees de vordering af en patiënte stelde hoger beroep in. Na het aanbrenge van de zaak bij het hof diende patiënte een verzoek in bij het hof tot benoeming van een plastisch chirurg tot deskundige. Het hof wees het verzoek als niet ter zake dienend af. Dit omdat de vragen die de patiënte aan de deskundige wenste voor te leggen niet zagen op de vraag of de operateur een fout had gemaakt, maar op de vraag (i) of hij te snel was overgegaan tot het verrichten van de operatieve ingreep, (ii) welke informatie hij vooraf aan patiënte had moeten verstrekken over de aard van deze behandeling en de daaraan verbonden risico's, en (iii) of de chirurg alternatieve behandelingen had moeten bespreken (en, zo ja, welke). De Hoge Raad vernietigde het arrest. Aangezien patiënte aan haar vordering ook ten grondslag had gelegd dat zij niet goed was geïnformeerd en de plastisch chirurg in haar visie te snel tot het verrichten van de ingreep was overgegaan, waren de vragen wel ter zake dienend. Het arrest illustreert andermaal dat de discretionaire bevoegdheid van de rechter om een voorlo-

98 Zie ook de eerdere kronieken in TvGR 2017, p. 430-432; TvGR 2013, p. 557-560, TvGR 2008, p. 119-120 en TvGR 2010, p. 187-195.

99 Zie o.a.HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8610, NJ 2004/584 en ; HR 30 maart 2007, NJ 2007, 189.

100 ECLI:NL:HR:2018:482.

pig deskundigenonderzoek af te wijzen zeer beperkt is. De rechter moet een verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht in beginsel toewijzen, mits het daartoe strekkende verzoek ter zake dienend en voldoende concreet is en feiten betreft die met het deskundigenonderzoek bewezen kunnen worden.¹⁰¹ Tot die feiten kunnen blijkens dit arrest ook andere feiten worden gerekend dan die zien op de vraag of de behandeling als zodanig wel correct is uitgevoerd.

5.2. Horen partijen

Uitgangspunt is dat de deskundige in beginsel zelf bepaalt op welke wijze hij zijn onderzoek inricht. Sinds de arresten van de Hoge Raad van 22 februari 2008¹⁰² is het ook 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. In de praktijk is er nog wel vaak discussie of de deskundige al dan niet verplicht is de arts (ook) te horen. Het ligt voor de hand ervan uit te gaan dat het ook aan de deskundige zelf is om te bepalen of hij daartoe overgaat. Een verplichting daartoe bestaat echter niet, ook niet als de deskundige wel de betrokken patiënt hoort, aldus Rechtbank Noord-Holland op 23 maart 2017.¹⁰³ In de beschikking van Rechtbank Noord-Holland van 1 maart 2018¹⁰⁴ werd dat nog eens bevestigd, maar gaat de rechtbank nog een stap verder. Het ging in die zaak om een patiënte die om een voorlopig deskundigenonderzoek verzocht nadat zij was behandeld in het Gemini Ziekenhuis. Zij stelde dat de behandelend orthopedisch chirurg diverse fouten had gemaakt. Het ziekenhuis en haar verzekeraar (Centramed) maakten geen bezwaar tegen toewij-

zing van dat verzoek, maar verzochten de rechtbank wel te bepalen dat als de deskundige patiënte in persoon zou horen, hij ook de behandelend arts zou horen. De rechtbank wees dat van de hand en overwoog daarbij dat het tot de taak van de deskundige behoort het geven van een medisch oordeel op basis van een medisch dossier en/of patiëntonderzoek en dat het horen van betrokkenen in het kader van waarheidsvinding tot de taak van de rechter behoort. Daarmee lijkt de rechtbank voorbij te gaan aan het beginsel dat het aan de deskundige zelf is om te bepalen op welke manier hij zijn onderzoek inricht en welke informatie hij hiervoor nodig heeft.¹⁰⁵ Dit oordeel lijkt ook strijdig met artikel 198 lid 2 Rv, waarin is bepaald dat partijen het recht hebben de deskundige (in elk geval) van schriftelijke informatie te voorzien. De rechtbank zag voorts aanleiding af te wijken van het uitgangspunt dat verzoekende partij de kosten van de deskundige in beginsel moet dragen. Daarbij overwoog de rechtbank dat Centramed eerst had voorgesteld op gezamenlijke kosten een deskundige te benoemen en dat patiënte, gelet op de eis van Centramed dat deskundige ook de orthopedisch chirurg in persoon zou horen, geen andere mogelijkheid restte dan het verzoekschrift in te dienen.

5.3. Blokkeringsrecht

Veel deskundigen zijn niet goed op de hoogte van het wettelijk blokkeringsrecht ex artikel 7:465 lid 2 BW. Het komt dan ook met enige regelmaat voor dat een deskundige aan beide partijen rapporteert voordat hij de patiënt de mogelijkheid heeft geboden gebruik te maken van zijn blokkeringsrecht.¹⁰⁶ Als de rechter zijn uitspraak baseert op een deskundigenbericht waarbij de deskundige de benadeelde geen gebruikmaking van zijn blokkeringsrecht heeft geboden, brengt dat niet met zich mee dat de

101 Zie onder meer HR 19 december 2003, ECLI:NL:HR:2003:AL8610, NJ 2004/584.

102 HR 22 februari 2008, ECLI:NL:HR:2008: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 ECLI:NL:HR:2008:BB5626, NJ 2010/542, JA 2008/72 m.nt. J. Quakkelaar, JOL 2008/148, RvdW 2008/261.

103 ECLI:NL:RBNHO:2017:2391.

104 ECLI:NL:RBNHO:2018:2702.

105 Zie voor een kritische noot bij deze uitspraak ook de annotatie van Franke en Giard in JA 2018/142.

106 Zie voor een voorbeeld waarbij de rechter geen gebondenheid aan een deskundigenbericht aannam (mede) omdat het blokkeringsrecht niet was nageliefd: Rb. Noord-Holland 26 november 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:10767.

rechter fundamentele rechtsbeginselen heeft geschonden die maken dat sprake is van onrechtmatige rechtspraak.¹⁰⁷ Overigens is het geen uitgemaakte zaak of het blokkeringsrecht wel ziet op een deskundigenbericht dat ziet op de beoordeling van de handelwijze van de arts, terwijl de benadeelde bovendien zijn recht op het kunnen uitoefenen van zijn blokkeringsrecht kan prijsgeven. Dit volgt uit het vonnis van Rechtbank Limburg van 12 september 2018.¹⁰⁸ In die zaak werd door de patiënt betoogd dat de rechtbank bij de beoordeling van zijn vordering het door partijen gezamenlijk aangevraagde deskundigenrapport wegens zwaarwichtige bezwaren buiten beschouwing diende te laten. Daarbij werd onder meer aangevoerd dat de deskundige de patiënt geen gelegenheid had geboden gebruik te maken van het inzage- en blokkeringsrecht. De rechtbank passeerde dat en overwoog dat de literatuur verdeeld is over de vraag of het blokkeringsrecht wel van toepassing is op medische aansprakelijkheidsvraagstukken.¹⁰⁹ De rechtbank was voorts van oordeel dat als het blokkeringsrecht al van toepassing zou zijn, dit er niet toe leidt dat het expertiserapport buiten beschouwing moet worden gelaten. De rechtbank achtte daarbij van belang dat de deskundigen hun rapport alleen aan patiënt, althans zijn toenmalige gemachtigde, hadden toegezonden en dat deze gemachtigde het rapport pas maanden later aan MediRisk had doorgezonden, nadat MediRisk daar meerdere malen om had gevraagd. Gelet op dit tijdsverloop en het doel van het blokkeringsrecht (privacybescherming en niet het tegenhouden van een onwelgevallig deskundigenbericht) gaat de rechtbank ervan uit dat patiënt geen gebruik wilde maken van zijn blokkeringsrecht. Immers, als dat wel zo was geweest, dan had het voor de hand gelegen dat de gemachtigde van patiënt, een juridisch deskundige waarvan verwacht

mag worden dat deze op de hoogte is van het inzage- en blokkeringsrecht, het deskundigenrapport niet op 4 januari 2016 naar MediRisk had doorgezonden. Bovendien had de patiënt ruimschoots de gelegenheid gehad gebruik te maken van zijn inzage- en blokkeringsrecht, maar dit niet gedaan.

6. Inzage medische dossiers

6.1. *Inzage medisch advies verzekeraar*

Sinds de uitspraak van Rechtbank Zutphen van 8 oktober 2009¹¹⁰ wordt met enige regelmaat getracht om al dan niet met een beroep op de Wet bescherming persoonsgegevens (Wbp) inzage te krijgen in het medisch dossier c.q. het medisch advies van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. Hoewel dat verzoek in die zaak werd gehonoreerd, werd een verzoek om inzage nadien veelal afgewezen. Te noemen valt in dit kader onder andere het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden van 7 augustus 2012,¹¹¹ waarin het maatschappelijk belang van een verzekerde om zich vrijelijk en zonder vrees voor openbaarmaking voor bijstand en advies tot zijn verzekeringsmaatschappij te kunnen wenden zwaarder woog dan het recht op inzage. Op 16 maart 2018 heeft de Hoge Raad¹¹² zich hier voor het eerst over uitgelaten. Het ging hier om de hiervoor in § 2.1 besproken zaak waarbij een dwarslaesie was opgetreden na een tangverlossing bij een keizersnede. De moeder vorderde inzage in het medisch advies dat de medische aansprakelijkheidsverzekeraar eenzijdig had ingewonnen. De moeder had daartoe een incidentele vordering ex artikel 843a Rv ingesteld.¹¹³ Zij beriep zich daarbij mede op de inzagebepalingen van de Wbp. Aan de vordering in het incident werd door haar onder meer ten grondslag gelegd dat haar via de door haar geraadpleegde Belgische kinderarts/neonatoloog dr. Govaert ter ore was gekomen dat de aansprakelijk-

107 Aldus Rb. Den Haag van 25 april 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BW5432, JA 2012/123, NJF 2012/293.

108 ECLI:NL:RBLIM:2018:8504.

109 Zie A. Wilken: 'De onduidelijke reikwijdte van het blokkeringsrecht: wetsvoorstel cliëntenrechten zorg biedt geen oplossing', TvP 2009, nr. 4, p. 134.

110 ECLI:NL:RBZUT:2009:BK4206.

111 ECLI:NL:GHARN:2012:BX4091.

112 ECLI:NL:HR:2018:365.

113 Uit HR 26 oktober 2018, ECLI:NL:HR:2018:1985, volgt overigens dat een dergelijk vordering thans ook bij verzoekschrift kan worden ingesteld.

heidsverzekeraar van het ziekenhuis (Centramed) in deze zaak radioloog dr. Lequin als deskundige had benaderd en dat dr. Lequin zijn opinie had gegeven in de vorm van een notitie. Lequin zou volgens de moeder al hebben gerapporteerd dat het hier gaat om een intra-partum-trauma en daarmee de gemaakte verwijten ondersteunen. De moeder stelde dat zij een rechtmatig belang had om kennis te nemen van de bevindingen van dr. Lequin. Het ziekenhuis verzette zich daartegen. Het hof oordeelde dat de vordering tot inzage diende te worden afgewezen. De Hoge Raad verwierp ook het daartegen gerichte cassatieberoep. Hij overwoog daarbij dat de moeder geen inzage vorderde in de medische gegevens van haar zoon, maar inzage in een medische analyse die een deskundige had opgemaakt op verzoek van de aansprakelijk gestelde partij. Onder verwijzing naar een uitspraak van het Europese Hof van Justitie,¹¹⁴ oordeelde de Hoge Raad dat het hier derhalve niet ging om persoonsgegevens in de zin van de Wbp.¹¹⁵

6.2. Inzage medisch dossier wegens aanvechten testament

De patiënt zelf heeft recht op inzage van zijn dossier (art. 7:456 BW), anderen hebben dat recht niet (art. 7:457 lid 1 BW). Er is de afgelopen periode veel jurisprudentie geweest waarbij doorbreking van het beroepsgeheim van de arts aan de orde was. Een veel voorkomende situatie daarbij is dat de nabestaanden informatie van de behandelend arts willen hebben om aan te tonen dat de erflater ten tijde van het opmaken van een testament niet wilsbekwaam was en waardoor het testament nietig is c.q. kan

worden vernietigd.¹¹⁶ In het arrest van de Hoge Raad van 20 april 2001¹¹⁷ werd geoordeeld dat doorbreking van het beroepsgeheim gerechtvaardigd kan zijn indien er zwaarwegende aanwijzingen zijn dat er inderdaad van wilsonbekwaamheid sprake was.

In het vonnis van Rechtbank Gelderland van 20 maart 2018¹¹⁸ waren die zwaarwegende aanwijzingen er en werd de vordering tot inzage door een nabestaande gehonoreerd. In die zaak vorderde een moeder, als wettelijk vertegenwoordigster van haar minderjarige zoon, inzage in het medisch dossier van zijn overleden biologische vader, met wie zij een kortstondige affectieve relatie had gehad. De vader had kort voor een opname in het ziekenhuis een hersenbloeding gehad en had de dag na zijn ontslag uit het ziekenhuis zijn testament veranderd en zijn toenmalige partner tot enig erfgenaam en executeur benoemd. De moeder stelde dat er ernstige twijfels bestaan of de vader op dat moment wel in staat was zijn wil te bepalen en kenbaar te maken. De rechtbank overwoog dat gelet op de stellingname het medisch dossier van de vader relevant was en dat die specifieke informatie niet op andere wijze kon worden verkregen. Dat de notaris als getuige kon worden gehoord, was niet voldoende. Gelet daarop werd de St. Maartenskliniek opgedragen de relevante medische gegevens aan de moeder te verstrekken.

In het vonnis van Rechtbank Amsterdam van 15 december 2017¹¹⁹ wees de voorzieningenrechter de vordering tot inzage in het medisch dossier wel af. Het ging in die zaak om voormalig erfgenaam die inzage vorderde in het medisch dossier van zijn

114 HvJ EU 17 juli 2014, gevoegde zaken C-141/12 en C-372/12, ECLI:EU:C:2014:2081.

115 Zo ook: Hof Arnhem-Leeuwarden 1 mei 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:4161.

116 Zie over dit onderwerp meer uitgebreid W.R. Kastelein: 'Beroepsgeheim en verschoningsrecht, reikwijdte discussies', TvGR 2019, p. 352 en Redactioneel: 'Wijziging WGBO: het inzagerecht van nabestaanden, onduidelijkheid blijft', TvGR 2019, p. 319, alsmede J. Berend en M. Mostert: 'Een wettelijk inzagerecht voor nabestaanden', *Tijdschrift Zorg & Recht in praktijk*, 2019, p. 21-26.

117 ECLI:NL:HR:2001:AB1201.

118 ECLI:NL:RBROT:2018:2109.

119 ECLI:NL:RBAMS:2017:9785.

oudoom. Dit omdat hij de rechtsgeldigheid van het gewijzigde testament wilde aanvechten. De huisarts voerde als verweer dat de neef dit verzoek had moeten richten aan de opvolgend huisarts, aan wie hij de medische gegevens had overgedragen toen de oudoom werd overgeplaatst naar een zorghotel. De huisarts beriep zich daarbij op de KNMG-richtlijn 'Overdracht patiëntendossier bij verandering van huisarts, een actualisering'. Volgens deze richtlijn dient een huisarts in geval van overdracht van een patiënt naar een andere arts het patiëntendossier aan die andere arts over te dragen en zelf geen exemplaar of kopie daarvan te behouden. De rechtbank onderschreef de richtlijn en de uitgangspunten die daaraan ten grondslag liggen en overwoog dat de huisarts een gerechtvaardigd belang heeft bij naleving van het KNMG-advies. De omstandigheid dat de nieuwe huisarts de erflater mogelijk niet had gezien of behandeld, deed daar niet aan af. De nieuwe huisarts was als enige verantwoordelijk voor het patiëntendossier. Datzelfde geldt voor de omstandigheid dat het (digitale) dossier feitelijk – maar ten onrechte – nog wel is te raadplegen door de huisarts. Dat betekende dat de neef zich diende te wenden tot de opvolgende huisarts.¹²⁰

6.3. Inzage medisch dossier wegens vermoeden van een medische fout

Bij het vonnis van Rechtbank Rotterdam van 7 februari 2018¹²¹ vorderde een zoon inzage in het huisartsendossier van zijn moeder. Dit om de kwaliteit van het medisch handelen te laten toetsen door een (tucht)rechter. De rechtbank overwoog daarbij dat als regel geldt dat nabestaanden van een overleden patiënt er een rechtens te respecteren belang bij hebben om in geval van een vermoeden van medisch onjuist of onzorgvuldig handelen een klacht te kunnen indienen tegen de behandelaar. De

rechtbank overwoog dat voor beoordeling van de kwaliteit van het medisch handelen om dit te laten toetsen door een (tucht)rechter dit belang in voldoende mate kan worden gediend door een onafhankelijk huisarts het medisch dossier van de moeder te laten inzien met het verzoek antwoord te geven op concrete vragen van de zoon ten aanzien van de behandeling van zijn moeder. Een verdergaand recht op inzage in / afschrift van het medisch dossier na het overlijden zou het beroepsgeheim in belangrijke mate kunnen uithollen. De vordering van de zoon om het dossier zelf in te zien werd daarom afgewezen.

Dit is in lijn met arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden van 15 mei 2018.¹²² In dat geval vorderde een moeder inzage in het medisch dossier en het obductieverlag van haar schizofrene zoon die onverwacht in het Wilhelmina Ziekenhuis te Assen was overleden aan een zeldzame bijwerking van Risperdal, namelijk aantasting van de hartspeer. Dit omdat zij de mogelijkheid van een schadeclaim wilde onderzoeken. Het hof overwoog dat het obductierapport weliswaar geen deel uitmaakt van het medisch dossier, maar wel valt onder het in artikel 7:457 BW vastgelegde beroepsgeheim van het ziekenhuis. Het hof oordeelde dat op grond van de door de moeder opsomde feiten en omstandigheden sprake was van een zwaarwegend belang dat de doorbreking van de geheimhoudingsplicht rechtvaardigde. Het hof bepaalde daarbij echter wel dat het medisch dossier zich beperkte tot het dossier met betrekking tot de periode direct voorafgaand aan het overlijden en het obductierapport, en dat dit ter beschikking diende te worden gesteld aan de medisch adviseur van de moeder. Hierdoor bleef de inbreuk op het beroepsgeheim beperkt – er wordt immers alleen informatie gedeeld met een andere geheimhouder – en wordt voorkomen dat niet-medici conclusies verbinden aan de beschikbaar gestelde medische informatie.

120 Zie voor een min of meer vergelijkbare casus ook ECLI:NL:RBMNE:2018:5186, waarbij de vordering tot inzage werd afgewezen omdat de zorginstelling niet over het volledige medisch dossier beschikte en de voormalige erfgenaam zich tot de huisarts moest wenden.

121 ECLI:NL:RBROT:2018:984.

122 ECLI:NL:GHARL:2018:4396.

7. De polisdekking van de beroepsaansprakelijkheidsverzekering

Hulpverleners zijn anno 2019 over het algemeen tegen beroepsaansprakelijkheid verzekerd op basis van een claimsmade-polis met beperkte inloop. Dit houdt in dat de aansprakelijkheid in beginsel slechts gedekt is als de schadeclaim zich heeft geopenbaard, is ingesteld én is aangemeld tijdens de looptijd van de verzekering. De beperking in de inloopdekking brengt met zich mee dat ook de schade waarvoor de oorzaak in het verleden ligt, niet of beperkt gedekt is. Voor ziekenhuizen is het uitsluitend (nog) mogelijk polissen af te sluiten met Nederlandse verzekeraars volgens dit model. Voor hulpverleners en patiënten geeft dit het risico dat er geen sprake is van verzekeringsdekking indien de verzekeringsovereenkomst wordt beëindigd.¹²³ Een voorbeeld dat dat risico illustreert, is het vonnis van Rechtbank Midden-Nederland van 11 januari 2019.¹²⁴ Het ging in die zaak om een patiënt die een laserbehandeling had ondergaan en daarna klachten kreeg van een netvliesloslating waarop de behandelend oogarts had verzuimd actie te ondernemen. Omdat de kliniek inmiddels failliet was, sprak de man met een beroep op de directe actie ex artikel 7:954 lid 1 BW rechtstreeks de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar (VvAA Schadeverzekeringen N.V.) aan. Omdat er geen polisdekking (meer) was werd de vordering afgewezen. De verzekering was geëindigd op het moment dat de kliniek failliet was verklaard en voor die tijd was de claim niet bij VvAA gemeld, zodat er geen sprake (meer) was polisdekking. Overigens is deze beperkte dekking ook voor de beroepsbeoefenaar een risico. Hij blijft zelf immers wel aansprakelijk, maar kan geen beroep meer doen op zijn verzekeraar.

Voorheen was het veelal gebruikelijk dat hulpverleners verzekerd waren volgens het zogeheten 'loss occurrence'-model. Dit houdt in dat er dekking is voor schade die zich manifesteert tijdens de polis-termijn en waarbij in beginsel niet relevant is wanneer de schade feitelijk is ontstaan. Evenmin is relevant wanneer de claim is ingesteld. Het gaat er daarbij om wanneer de gezondheidsklachten zich openbaren. Dit blijkt uit het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden van 18 september 2018.¹²⁵ Het ging in die zaak om een fout in 1989 van een internist waardoor nierschade was ontstaan. In maart 1990 werden afwijkende nierfuncties in het bloed gemeten, in juli 1991 werd vastgesteld dat sprake was ernstige nierschade waarvoor in 1998 een niertransplantatie werd uitgevoerd. Het ziekenhuis was tot 1 april 1990 verzekerd bij Axa Schade N.V., waarvan Reaal Verzekeringen N.V. de rechtsoptvolger is, en daarna bij Centraal Beheer. Nadat Axa de schade had vergoed, vorderde zij die van Centraal Beheer. Axa stelde daartoe dat de schade pas was ontstaan ná 1 april 1990. Centraal Beheer bestreed dat de bij haar afgesloten polis dekking bood. Zij stelde dat de schade vóór 1 april 1990, was ontstaan, hetgeen ook bleek uit het bloedonderzoek van maart 1990. Dit betoog vond bij het hof geen gehoor. Het hof overwoog dat de gezondheidsschade zich pas had gemanifesteerd/geopenbaard in juli 1991, toen patiënt ernstige klachten kreeg. Het aanknopen bij het moment waarop de schade/gezondheidsklachten zich openbaren/manifesteren achtte het hof ook, gelet op de redelijke verwachtingen die verzekeringnemer mag ontlenen aan de dekkingsomvang van de verzekering, in een zaak als deze, waarbij sprake is van een sluipend ziekteproces, gerechtvaardigd. Op dat moment was de verzekeringsovereenkomst met Centraal Beheer reeds ingegaan, zodat de vordering van Axa werd toegewezen.

123 Dit in tegenstelling tot het 'act-committed'-systeem waarbij de polis de schade dekt die tijdens de duur van de contractstermijn is veroorzaakt. Zie voor de verschillen in polisdekking: J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, Deventer: Kluwer 2006, p. 97-112.

124 ECLI:NL:RBMNE:2019:282.

125 ECLI:NL:GHARL:2018:8476.

8. Beëindiging c.q. niet aangaan geneeskundige behandelingsovereenkomst

De afhankelijkheidspositie van de patiënt laat niet toe dat een hulpverlener zonder zwaarwichtige redenen de behandelovereenkomst kan opzeggen. Artikel 7:460 BW bepaalt dat de hulpverlener de behandelovereenkomst enkel kan opzeggen wegens gewichtige redenen.¹²⁶ De vraag of van een ziekenhuis kan worden verlangd dat zij een (alternatieve) behandeling in het ziekenhuis van een patiënt heeft te dulden waarbij er gerede twijfel is of de behandeling wel voldoet aan de daaraan te stellen kwaliteitseisen was aan de orde in het vonnis van Rechtbank Zeeland-West-Brabant van 23 maart 2018.¹²⁷ Eisers in die zaak waren een hoogzwangere (37 weken), een eerstelijnsverloskundige met een eigen praktijk, de Stichting Proefprocessenfonds Clara Wichmann en de Stichting de Geboortebeweging. Gedaagde was het Bravis Ziekenhuis. Gevorderd werd – kort gezegd – dat de verloskundige zou worden toegestaan de bevalling van de zwangere in het ziekenhuis te begeleiden. Vanwege een keizersnede in de voorgeschiedenis van patiënte was er een verhoogde kans op complicaties (o.a. uterusruptuur) en wilden zij wel dat de gynaecoloog bij de hand was, maar niet dat hij als supervisor zou optreden. De vordering werd om meerdere redenen afgewezen: (1) Het ziekenhuis is op grond van de centrale ziekenhuisaansprakelijkheidsregeling voor de behandeling aansprakelijk en kan zijn aansprakelijkheid niet door andersluidende afspraken met eiseressen beperken, zoals eisers hadden voorgesteld. (2) Hulpverleners hebben een zekere mate van professionele autonomie die meebrengt, aldus de rechtbank, dat voor toewijzing van het gevorderde slechts plaats is indien de als eiseres optredende verloskundige aannemelijk maakt dat weigering van de verlangde behandeling strijdig is met de medisch-professionele standaard en dat een redelijk

handelend hulpverlener in redelijkheid niet tot die weigering had kunnen komen. Gelet op hetgeen NVOG-richtlijn ‘Zwangerschap en bevalling na een voorgaande sectio caesarea’ qua beleid voorschrijft, was dat hier echter niet geval. (3) Het ziekenhuis is gerechtigd zelf te bepalen met welke zorgverleners het al dan niet een toelatingsovereenkomst sluit, hetgeen ook geen schending van het kartelverbod als neergelegd in artikel 6 Mededingingswet oplevert. (4) Het ziekenhuis was ook niet gehouden de door de zwangere gewenste behandeling aan te bieden.

In het vonnis van Rechtbank Rotterdam van 21 februari 2018¹²⁸ had een hulpverlener een behandelovereenkomst opgezegd omdat de patiënt haar stalkte. De patiënt had een zorgindicatie en had met de zorgverlener een overeenkomst gesloten waarbij zij zich had verplicht om zorg aan de patiënt te verlenen. De patiënt vorderde in kort geding nakoming van de overeenkomst, dan wel te zorgen voor een deugdelijke vervanger. De voorzieningenrechter wees deze vordering af. Ter zitting was de voorzieningenrechter duidelijk geworden dat de verhoudingen tussen partijen ernstig verstoord waren en dat de zorgverlener zeer bang was geworden voor de zorgcliënt. De voorzieningenrechter overwoog daarbij dat de angst voor de zorgcliënt alleszins begrijpelijk was, gelet op de wijze waarop de zorgcliënt zich had laten gelden in meerdere berichten die hij had achtergelaten op het antwoordapparaat van de zorgverlener. De tekst daarvan voldeed niet aan de minimale eisen van hetgeen betaamt jegens de medemens, aldus de voorzieningenrechter. De rechter overwoog daarbij dat in dit geval er bovendien reden was om niet de proceskosten volgens het liquidatietarief toe te kennen, maar de volledige proceskostenveroordeling van € 2.460. De vordering was om meerdere redenen evident kansloos. Bovendien was de procedure vooral bedoeld om de zorgverlener te pesten / op kosten te jagen. De vordering in reconventie, van de zorgaanbieder op de zorgcliënt om zich te onthouden van contact, werd wel toegewezen.

126 Zie hiervoor ook de KNMG-richtlijn ‘Niet-aangaan of beëindiging van de geneeskundige behandelovereenkomst’.

127 ECLI:NL:RBZWB:2018:1745.

128 ECLI:NL:RBROT:2018:2109.

De opzegging van de behandelovereenkomst werd wel vernietigd in het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden van 10 april 2018.¹²⁹ Het ging daarbij om een patiënt met een hoge dwarslaesie die zelfstandig woonde met zijn gezin en daarbij intensieve zorg ontving van Stichting Focus op basis van een al jarenlang bestaande zorgovereenkomst. Focus had na diverse incidenten de zorgovereenkomst opgezegd. De patiënt vorderde in kort geding continuering van de zorg. Anders dan de voorzieningenrechter achtte het hof de vordering grotendeels toewijsbaar. Het hof nam daarbij in aanmerking dat de gevolgen van een beëindiging van de door Fokus verleende zorg zeer ingrijpend waren. Het zorgconcept van Fokus bood de patiënt de mogelijkheid om zonder te worden opgenomen in een zorginstelling, dus extramuraal, intensieve zorg te ontvangen, waardoor hij in staat was om ondanks zijn ernstige handicap in gezinsverband te leven en buitenshuis te werken. Het hof achtte aannemelijk dat indien patiënt deze of vergelijkbare zorg niet zou ontvangen, hij niet langer in staat zou zijn om zelfstandig in gezinsverband te wonen en in problemen zou komen met zijn werk. Dit terwijl uit de overgelegde correspondentie met andere zorgaanbieders naar het voorlopig oordeel van het hof volgde dat het voor patiënt niet of nauwelijks mogelijk was om zelf vergelijkbare zorg in te kopen van andere zorgaanbieders. Onder die omstandigheden was slechts sprake van een gewichtige reden om de overeenkomst te beëindigen indien van Fokus in redelijkheid niet kon worden gevergd de overeenkomst te continueren. Daarvan was geen sprake. Fokus had ook niet gedaan wat redelijkerwijs van haar kon worden gevergd om patiënt eerder duidelijk te maken welk gedrag ongewenst of onoorbaar was.

In het arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden van 10 april 2018¹³⁰ ging het om de vraag of het onrechtmatig was dat UMCG een patiënt de toegang tot het ziekenhuis had beperkt. Eerder had het UMCG de patiënt bij brief de toegang ontzegd voor een periode van twaalf maanden. In een verstekvonnis

van 9 oktober 2013 had de rechtbank beslist dat het UMCG schriftelijk de reden van de ontzegging moest meedelen en dat het UMCG de ontzegging dient op te heffen. In een brief van 30 oktober 2013 had het UMCG meegedeeld dat het geen verzet zal instellen tegen het verstekvonnis en dat het de door de rechtbank genomen beslissingen zal nakomen. Het UMCG had vervolgens in een brief een opgave gedaan van hetgeen redengevend was geweest voor de ontzegging en de ontzegging ingetrokken. In deze brief heeft het UMCG ook voorwaarden gesteld aan de patiënt om toegang te behouden tot het terrein van het UMCG, namelijk: dat hij geen medewerkers van het UMCG lastigvalt en dat hij bij bezoek aan het UMCG op verzoek kan aantonen dat dit is in het kader van een medische behandeling van hemzelf of een bekende. De patiënt achtte deze voorwaarden onredelijk. Het hof volgde de patiënt daarin niet. Het hof overwoog dat patiënt bij herhaling medewerkers van het UMCG op hun werkplek had bezocht en zich daarbij ook toegang had weten te verschaffen tot een gebouw dat alleen voor medewerkers van het UMCG toegankelijk was en zich daarbij voorts had gedragen op een wijze die als bedreigend en intimiderend was ervaren. Onder die omstandigheden staat niets eraan in de weg dat het UMCG aan het betreden van het ziekenhuisterrein voorwaarden stelt, zolang die voorwaarden voldoen aan de daaraan te stellen eisen van proportionaliteit en subsidiariteit. Dat was hier naar het oordeel van het hof het geval.

In het vonnis van de voorzieningenrechter van Rechtbank Den Haag van 18 januari 2019¹³¹ was de vraag aan de orde of de Stichting Zorginstellingen Pieter van Foreest onterecht een toegangsverbod aan de broer van een patiënt had opgelegd. De zorginstelling had de broer de toegang ontzegd, maar daarbij wel toegestaan dat de broer zijn zus zou opzoeken in de openbare ruimte op de begane grond. Voorts had de Stichting toegezegd dat, indien de broer 24 uur van tevoren hiervoor een afspraak maakt, zij ervoor zou zorgen dat de zus goed was aangekleed en naar beneden zal worden

129 ECLI:NL:GHARL:2018:3378.

130 ECLI:NL:GHARL:2018:3357.

131 ECLI:NL:RBDHA:2019:9411.

begeleid, zodat de broer haar mee naar buiten zou kunnen nemen. De voorzieningenrechter was van oordeel dat de Stichting in redelijkheid tot dit toegangsverbod had kunnen besluiten. Dit gelet op een aantal incidenten waardoor het personeel zich onveilig voelde. De rechtbank achtte daarbij voorts van belang dat de broer niet (meer) de vermogensrechtelijke en niet-vermogensrechtelijke belangen van zijn zus behartigde, maar daarvoor een professionele bewindvoerder en mentor was aangesteld.

Ten slotte valt in dit kader nog te noemen het arrest van Hof Den Haag van 30 oktober 2018.¹³² Daar ging het om een instelling die weigerde een behandelovereenkomst met een autistische man aan te gaan nadat hij reeds een intakegesprek had gehad, welk gesprek goed was verlopen. De reden voor de weigering was gelegen in het feit dat de zus van de man in de instelling werkzaam was. Er was een familiegeschiedenis waardoor de zus al langere tijd geen contact had met haar broer en die geschiedenis zou bekend worden binnen de instelling als de behandeling van de broer binnen het team van zorgverleners zou worden besproken. Hierover diende de broer een klacht in bij de Geschillencommissie die bij wege van bindend advies uitspraak deed en de klacht ongegrond verklaarde. Zowel de rechtbank als het hof zagen geen grond om de uitspraak te vernietigen. Daarbij werd vooral acht geslagen op het feit dat niet gebleken was dat de broer zonder grote consequenties niet elders voor behandeling terecht kon.

9. Immateriële schade

Een verplichting tot schadevergoeding bestaat, aldus artikel 6:95 BW, uit vermogensschade en indien de wet dat bepaalt, uit ander nadeel. Artikel 6:106 sub b BW bepaalt dat voor nadeel dat niet in vermogensschade bestaat (lees: immateriële schade) de benadeelde recht heeft op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding indien de benadeelde:

a lichamenlijk letsel heeft opgelopen;

- b in zijn eer of goede naam is geschaad;
- c op andere wijze in zijn persoon is aangetast.

9.1. Ad a) Lichamenlijk letsel

De in de vorige kronieken gesignaleerde tendens dat de hoogtes van het smartengeld oplopen, zet zich voort.¹³³ Een voorbeeld daarvan is het vonnis van Rechtbank Midden-Nederland van 7 november 2018.¹³⁴ Het ging in die zaak om een huisarts die in het ziekenhuis onder supervisie van een uroloog in 2001 een besnijdenis bij een tweejarige had uitgevoerd. De ingreep was niet goed verlopen, in verband waarmee de penis gedeeltelijk moest worden geamputeerd. Hiervoor had de patiënt dertien operatieve reconstructies ondergaan en zouden er ook in de toekomst nog behandelingen volgen. Het ziekenhuis had voor de ingreep aansprakelijkheid erkend en de rechtbank werd in deelgeschil verzocht de hoogte van het smartengeld te bepalen. De rechtbank liep de omstandigheden na die daarbij relevant zijn, te weten: (1) pijn en ongemak; (2) uiterlijke en functionele beperkingen (geen erecties en zaadlozingen); (3) sociale en emotionele gevolgen (wel ernstig emotioneel lijden maar geen psychisch letsel); (4) aard aansprakelijkheid en economische omstandigheden (ziekenhuis is verzekerd). Dit maakte dat de rechtbank een smartengeld van € 110.000 naar het prijspeil van 2018 billijk vond. De rechtbank overwoog daarbij dat het smartengeldniveau in Nederland de afgelopen decennia (ook ten opzichte van de ons omringende landen) was gestagneerd en dat een verhoging van het smartengeldniveau in Nederland wenselijk is. Op dit bedrag van € 110.000 diene de reeds door het Ziekenhuis betaalde voorschotten op het smartengeld van in totaal € 28.500 (geïndexeerd) in mindering te worden gebracht.

9.2. Ad c) Aantasting van de persoon op andere wijze

Uit het Blauw Oog-arrest van de Hoge Raad van 15 maart 2019¹³⁵ volgt dat van een in artikel 6:106 sub b BW bedoelde aantasting van de persoon op

133 Zie ook kroniek TvGR 2015, p. 426 en 427.

134 ECLI:NL:RBMNE:2018:5461.

135 ECLI:NL:HR:2019:370 (EBI-regime).

132 ECLI:NL:GHDHA:2018:2841.

andere wijze in ieder geval sprake is indien de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. Degene die zich hierop beroept, zal voldoende concrete gegevens moeten aanvoeren waaruit kan volgen dat psychische schade is ontstaan, waartoe nodig is dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel kan worden vastgesteld.¹³⁶

Daarnaast kunnen de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde meebrengen, aldus de Hoge Raad, dat van de in artikel 6:106 sub b BW bedoelde aantasting in zijn persoon op andere wijze sprake is en zonder dat dus sprake hoeft te zijn van psychisch letsel. In de baby Kelly-zaak¹³⁷ bestond die aantasting in de ernstige inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de ouders waardoor zij er niet voor hadden kunnen kiezen de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen. Van een aantasting in de persoon op andere wijze als bedoeld in artikel 6:106 sub b BW, is niet reeds sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht.¹³⁸

Van een zodanige aantasting was wel sprake in het vonnis van Rechtbank Gelderland van 23 november 2018.¹³⁹ In die zaak had het ziekenhuis aansprakelijkheid erkend voor de onterechte mededeling dat een man na een bij hem verrichte sterilisatie steriel was en waarna door hem een vierde kind werd verwekt. Het ziekenhuis werd door de rechtbank onder meer veroordeeld in de kosten van verzorging en opvoeding van het kind en de rechtbank achtte voorts bij wege van voorschot een smartengeld van € 4.000 voor de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht voor beide ouders afzonderlijk zonder meer passend. Daarbij kende de rechtbank aan de vrouw een aanvullende smartengeld-

vergoeding toe van € 2.000 voor de ongewilde zwangerschap en bevalling met ingrijpende lichamelijke gevolgen. Hoewel dat op zichzelf beschouwd geen letsel is, aldus de rechtbank, dient de inbreuk op haar lichamelijke integriteit toch als het oplopen van lichamelijk letsel te worden gekwalificeerd. Rechtbank Alkmaar dacht daar in het vonnis van 26 mei 2006¹⁴⁰ overigens nog anders over. Daar verrekende de rechtbank – conform het betoog van prof. Brunner onder het *Wrongful birth I*-arrest¹⁴¹ – het immateriële nadeel van een ongewenste zwangerschap met het immateriële voordeel van het krijgen van een (gezond) kind en kende daarom geen smartengeld toe. Of deze verrekening in de zaak van Rechtbank Gelderland door partijen wel aan de orde is gesteld, blijkt niet uit de uitspraak.

Een ander voorbeeld waarbij een smartengeldvergoeding werd toegekend wegens een aantasting van de persoon op andere wijze is het hiervoor in § 2.14 behandelde arrest van Hof Arnhem-Leeuwarden van 23 januari 2018.¹⁴² In die zaak had het hof vastgesteld dat een psychiater ten aanzien van medicatiegebruik tijdens de zwangerschap zijn informatieplicht had geschonden, waardoor hij de ouders een reële kans had ontnomen om ten aanzien van het medicatiegebruik een weloverwogen beslissing te nemen, terwijl het hof bovendien aannemelijk achtte dat de moeder j in de gegeven omstandigheden zou hebben afgezien van deze medicatie, in ieder geval tijdens het eerste trimester van de zwangerschap. Het hof overwoog dat de hoogte van de immateriële schadevergoeding moet worden vastgesteld naar het moment waarop de schending van de informatieplicht plaatsvond, dat was begin 1998. Het hof achtte voor zowel moeder als vader een bedrag van f 5.000 (dit is afgerond € 2.268) vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 1998 een billijke vergoeding. Het hof gaf aan dat het bij de vaststelling van dit bedrag acht had geslagen op uitspraken van het EHRM, het feit dat de deskundige de vraag

136 Vgl. HR 23 januari 1998, ECLI:NL:HR:1998:ZC2551, r.o. 3.4.

137 HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213 (*Wrongful life*).

138 Het toebrengen van een blauw oog bij een mishandeling in groepsverband (ECLI:NL:HR:2012:BW1519) en het toepassen van een te zwaar detentieregime (ECLI:NL:HR:2019:3790), is niet reeds voldoende om een aantasting van de persoon op andere wijze aan te nemen.

139 ECLI:NL:RBGEL:2018:5618.

140 ECLI:NL:RBALK:2006:AX4831.

141 ECLI:NL:HR:1997:ZC2286, NJ 1999/145.

142 ECLI:NL:GHARL:2018:695.

of de voorgeschreven medicatie heeft geleid tot de afwijkingen van zoon niet met ja of nee kon beantwoorden, de ouders hadden aangevoerd 'altijd in onzekerheid te moeten leven over de effecten van de medicatie' en dat aannemelijk is dat de ouders bij een adequate informatievoorziening van het medicatiegebruik zouden hebben afgezien, in elk geval gedurende de eerste drie maanden van de zwangerschap.

10. Conclusie

In de jaren 2017 tot en met 2019 is wederom een groot aantal uitspraken gepubliceerd op het gebied van het civiele medische aansprakelijkheidsrecht.

Een hulpverlener dient bij de uitvoering van de behandeling de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen.¹⁴³ Hieraan is voldaan als de hulpverlener heeft voldaan aan de maatstaf van zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot had mogen worden verwacht.¹⁴⁴ De bewijslast dat niet aan die norm is voldaan rust op de patiënt en op de arts rust een verzwaarde stelplicht.¹⁴⁵ Als in het dossier verslaglegging op een bepaald cruciaal punt ontbreekt, betekent dat niet dat de hulpverlener niet aan zijn verzwaarde stelplicht heeft voldaan.¹⁴⁶ Als een teleurstellend behandelingsresultaat ook kan optreden indien de hulpverlener de vereiste zorgvuldigheid heeft betracht, is het bewijs voor de patiënt vaak lastig te leveren. Hij verkeert dan al gauw in bewijsnood.¹⁴⁷

Bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van een medische adviescommissie is de groepsaansprakelijkheidsregeling als bedoeld in artikel 6:166 BW niet van toepassing. In dat geval zal per commissielid moeten worden beoordeeld of hij al dan niet heeft voldaan aan de maatstaf van zorgvuldigheid die van

een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot mocht worden verwacht.¹⁴⁸

Indien een hulpverlener meer medische informatie verstrekt dan waarom met een medische machtiging is verzocht, levert dat een schending van de geheimhoudingsplicht op.¹⁴⁹ De geheimhoudingsplicht beoogt de privacy te beschermen en het relativiteitsvereiste kan meebrengen dat de schade niet onder dit beschermingsbereik valt.¹⁵⁰

Indien (jaren) later blijkt dat aan een uitgevoerde behandeling risico's kleven die met behandeling kunnen worden beperkt, brengt de zorgplicht van een goed hulpverlener met zich mee dat de hulpverlener zich inspant om de patiënten op te roepen voor nabehandeling. Deze inspanningsverplichting gaat echter niet zo ver dat van de hulpverlener verlangd kan worden dat hij de patiënten met een aangetekende brief (met bericht van ontvangst) oproept.¹⁵¹ Ook indien er (nog) geen overeenkomst tot stand is gekomen kan de in het maatschappelijke verkeer vereiste zorgvuldigheid meebrengen dat er reeds een zorgplicht op de hulpverlener komt te rusten.¹⁵² Zo werd een instelling aansprakelijk geacht voor het mislopen van een PGB doordat een casemanager telefonisch onvoldoende informatie had verstrekt.¹⁵³

Een instelling als Bureau Jeugdzorg handelt onrechtmatig als zij niet binnen de redelijke grenzen van haar zorgplicht blijft,¹⁵⁴ op de Kinderbescherming rust een hoge zorgplicht met betrekking tot het opstellen van rapporten¹⁵⁵ en een GGZ is niet aansprakelijk als aan een inschatting van het gevaarsrisico voor een gedwongen opname een zorgvuldige beoordeling ten grondslag ligt.¹⁵⁶

148 ECLI:NL:RBOVE:2019:994.

149 Art. 7:457 lid 1 BW.

150 ECLI:NL:RBMNE:2018:1905.

151 ECLI:NL:GHAMS:2018:5130.

152 Vgl. ECLI:NL:HR:2013:BY6759.

153 ECLI:NL:GDHA:2018:2558.

154 ECLI:NL:RBMNE:2018:1905.

155 ECLI:NL:RBDHA:2018:6825.

156 ECLI:NL:RBDHA:2019:2606 en ECLI:NL:RBAMS:2018:2543.

143 Art. 7:453 BW.

144 ECLI:NL:HR:1990:AC1103.

145 ECLI:NL:HR:1994:ZC1269.

146 ECLI:NR:HR:2007:BA3587.

147 Zie ECLI:NL:PHR:2018:45, r.o. 3.14 e.v.

Op een zorginstelling die belast is met de opvang van minderjarigen met gedragsproblemen rust de zorgplicht erop toe te zien dat de jongeren derden of zichzelf geen schade toebrengen.¹⁵⁷ De omvang van die zorgplicht wordt onder meer bepaald door de mogelijkheden om de jongeren in hun vrijheid te beperken en de bekendheid van de instelling met eventueel eerder schadetoebrengend gedrag.¹⁵⁸

Het kan onbetamelijk zijn als een hulpverlener met een patiënt ter afwikkeling van een schade een vaststellingsovereenkomst sluit met finale kwijting indien de patiënt niet wordt bijgestaan door een ter zake kundig juridisch adviseur.¹⁵⁹ De ernst van het lichamelijke en psychische letsel speelt daarbij een rol, evenals de vraag of sprake is van een wanverhouding tussen het totale aan de patiënt uitgekeerde schikkingsbedrag en de redelijkerwijs te verwachten uitkomst van een gerechtelijke procedure.

Een arbodienst die bij de verzuimbegeleiding van een werknemer tekortschiet kan (tevens) jegens de werkgever als zijn opdrachtgever schadeplichtig zijn.¹⁶⁰

Een hulpverlener die bij de uitvoering van een geneeskundige behandeling een ongeschikte hulpzaak ex artikel 6:77 BW gebruikt, schiet toerekenbaar tekort. Dat het gaat om risico's die de hulpverlener ten tijde van de toepassing daarvan niet kon kennen komt daarbij voor risico van de hulpverlener.¹⁶¹ De jurisprudentie inzake artikel 6:77 BW met betrekking tot onbekende risico's is echter niet eenduidig en er zijn meerdere zaken die op korte termijn aan de Hoge Raad zullen worden voorgelegd.¹⁶² Dit zal duidelijkheid moeten brengen over de vraag of het toepassen van een hulpzaak met een onbekend gebrek wel een toerekenbare tekortkoming van de hulpverlener oplevert en in hoeverre de onbekendheid er niet aan in de weg

staat de tekortkoming aan de hulpverlener toe te rekenen.

Aan een vordering tot schadevergoeding van de patiënt tegen de hulpverlener wordt relatief vaak een schending van de informatieplicht ten grondslag gelegd. Voor een geslaagde vordering wegens het ontbreken van 'informed consent'¹⁶³ dient de patiënt te bewijzen dat hij door de hulpverlener onvoldoende is geïnformeerd, dat de schade een gevolg is van de behandeling én dat hij bij een wel juiste informatievoorziening van de behandeling zou hebben afgezien.¹⁶⁴ Er zijn uitspraken waarbij de patiënt erin slaagde dat bewijs te leveren.¹⁶⁵ Onder bijzondere omstandigheden kan het enkel schenden van de informatieplicht van de arts op zichzelf reeds tot schade lijden. Dit wordt integriteitsschade genoemd. Hiervan kan bijvoorbeeld sprake zijn als door de schending van de informatieplicht het (fundamentele) recht op zelfbeschikking is geschonden.¹⁶⁶

Een bemiddelingsbureau dat bemiddelt bij het verrichten van geneeskundige behandelingen in het buitenland kan aansprakelijk zijn indien bij de uitvoering van die behandeling in het buitenland onzorgvuldig wordt gehandeld.¹⁶⁷ De aansprakelijkheid, waaronder ook de vraag of de behandeling onzorgvuldig is uitgevoerd, wordt dan volledig naar Nederlandse maatstaven beantwoord.

Op producenten van geneesmiddelen en medische hulpmiddelen rust op grond van artikel 6:185 BW een risicoaansprakelijkheid voor gebrekkige producten. Een op zichzelf deugdelijk product kan door een onvolkomen presentatie gebrekkig zijn. Zo kan een geneesmiddelfabrikant aansprakelijk zijn indien hij patiënten aan risico's blootstelt waarvoor niet is

157 ECLI:NL:HR:1995:ZC1725.

158 ECLI:NL:RBOVE:2018:6825.

159 ECLI:NL:GHDHA:2017:140.

160 ECLI:NL:RBMNE:2017:160.

161 ECLI:NL:GHARL:2018:10336.

162 ECLI:NL:GHSHE:2019:1458.

163 Zie voor informatieplicht art. 7:448 BW en voor toestemming art. 7:450 BW.

164 ECLI:NL:HR:2002:AE7351 en ECLI:NL:HR:2002:AE7345.

165 ECLI:NL:RBGEL:2017:6858 en ECLI:NL:RBDHA:2018:14479.

166 ECLI:NL:GHARL:2018:695.

167 ECLI:NL:RBDHA:2018:8743.

gewaarschuwd. Voor die waarschuwing moet wel voldoende aanleiding zijn.¹⁶⁸ Indien er te veel wordt gewaarschuwd zonder dat er voldoende duidelijkheid is, bestaat het risico dat het geneesmiddel niet meer wordt voorgeschreven en gaat het waarschuwen ten koste van degenen die baat hebben bij het geneesmiddel.¹⁶⁹

De jurisprudentie met betrekking tot causaal verband en toerekening laat geen nieuwe ontwikkelingen zien ten opzichte van voorgaande jaren. Relatief veel patiënten zien hun vorderingen stranden omdat zij het vereiste causaal verband (in de zin van *conditio sine qua non*) niet kunnen bewijzen. De patiënt heeft ook recht op vergoeding van de schade als door de fout van hulpverlener een kans op een beter onderhandelingsresultaat verloren is gegaan. Het moet dan gaan om een rechtens relevante kans. Uit het enkele feit dat die kans niet groot is, volgt niet dat deze kans rechtens niet relevant is.¹⁷⁰ De omstandigheid dat die kans niet nauwkeurig kan worden bepaald – bijvoorbeeld omdat naar de grootte van die kans geen onderzoek beschikbaar is – betekent evenmin dat die kans niet in een rechtens relevante omvang bestaat.¹⁷¹

De rechter zal bij de beoordeling van medische kwesties in de regel zijn aangewezen op deskundigenberichten. De jurisprudentie inzake deskundigenberichten speelt dan ook een belangrijke rol in het medische aansprakelijkheidsrecht. Er zijn veel uitspraken gepubliceerd die daarover gaan. De rechter moet een verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht in beginsel toewijzen, mits het daartoe strekkende verzoek ter zake dienend en voldoende concreet is en feiten betreft die met het deskundigenonderzoek bewezen kunnen worden.¹⁷² Als een deskundige de patiënt niet de mogelijkheid heeft geboden om gebruik te maken van het blokkeringsrecht, betekent dat niet

dat de rechter het rapport niet bij zijn beoordeling mag betrekken.¹⁷³

Een advies van de medisch adviseur van een verzekeringsmaatschappij over de aansprakelijkheid van een arts is een analyse. Een dergelijk advies valt derhalve niet onder het bereik van de Wbp.¹⁷⁴

Er is de nodige jurisprudentie waarbij doorbreking van het beroepsgeheim van de arts aan de orde was. Een veel voorkomende situatie daarbij is dat de nabestaanden informatie van de behandelend arts willen om aan te tonen dat de erflater ten tijde van het opmaken van een testament niet wilsbekwaam was, waardoor het testament nietig is c.q. kan worden vernietigd. Doorbreking van het beroepsgeheim kan gerechtvaardigd zijn indien er zwaarwegende aanwijzingen zijn dat er inderdaad van wils-onbekwaamheid sprake was.¹⁷⁵ Slechts de huisarts die de erflater als laatste heeft behandeld is bevoegd de huisartsgeneeskundige informatie te verstrekken.¹⁷⁶ Dat een voormalig huisarts wellicht ook nog over (digitale) medische gegevens kan beschikken, doet daar niet aan af. Doorbreking van het medisch beroepsgeheim kan voorts aan de orde zijn indien de nabestaanden de mogelijkheid van een medische fout willen onderzoeken. De inbreuk op het beroepsgeheim dient dan wel zo veel mogelijk beperkt te worden, bijvoorbeeld door de informatie te beperken tot de periode waarin de fout mogelijk is gemaakt en door de informatie te verstrekken aan een andere arts die concrete vragen van de nabestaanden kan beantwoorden.¹⁷⁷

Hulpverleners zijn anno 2019 over het algemeen tegen beroepsaansprakelijkheid verzekerd op basis van een claims-made-polis met beperkte inloop. Dit houdt in dat de aansprakelijkheid in beginsel slechts gedekt is als de schadeclaim zich heeft geopenbaard, is ingesteld én is aangemeld tijdens de looptijd van

168 ECLI:NL:RBMNE:2018:2298.

169 ECLI:NL:RBMNE:2018:5185.

170 ECLI:NL:HR:2015:297.

171 ECLI:NL:HR:2017:2786.

172 ECLI:NL:HR:2008:BB3676.

173 ECLI:NL:RBLIM:2018:8504.

174 ECLI:NL:HR:2018:365.

175 ECLI:NL:HR:2001:AB1201.

176 ECLI:NL:RBAMS:2017:9785.

177 ECLI:NL:RBROT:2018:984 en ECLI:NL:GHARL:2018:4396.

de verzekering. De beperking in de inloopdekking brengt met zich mee dat ook de schade waarvoor de oorzaak in het verleden ligt, niet of beperkt gedekt is. Voor hulpverleners en patiënten geeft dit het risico dat er geen sprake is van verzekeringsdekking indien de verzekeringsovereenkomst wordt beëindigd.¹⁷⁸ Voorheen was het veelal gebruikelijk dat hulpverleners verzekerd waren volgens het zogeheten 'loss occurrence'-model. Dit houdt in dat er dekking is voor schade die zich manifesteert tijdens de polistermijn. Het gaat er daarbij om wanneer de gezondheidsklachten zich openbaren en niet wanneer de diagnose had kunnen worden gesteld.¹⁷⁹

De afhankelijke positie van de patiënt laat niet toe dat zonder zwaarwichtige redenen een hulpverlener de behandelovereenkomst kan opzeggen.¹⁸⁰ Of de hulpverlener voldoende gewichtige redenen heeft om de behandelovereenkomst te kunnen beëindigen is mede afhankelijk van de vraag hoe ingrijpend de gevolgen van de beëindiging voor de patiënt zijn. Er moet voldaan zijn aan de criteria van proportionaliteit en subsidiariteit.¹⁸¹ Als de patiënt niet elders terecht kan, is er van gewichtige redenen niet snel sprake. Van een ziekenhuis kan niet worden verlangd dat het een (alternatieve) behandeling in het ziekenhuis duldt indien er gereede twijfel is of de behandeling wel voldoet aan de daaraan te stellen kwaliteitseisen.¹⁸²

De eerder gesignaleerde tendens dat de hoogtes van het smartengeld oplopen, zet zich voort.¹⁸³ Van een aantasting van de persoon op andere wijze in de zin van artikel 6:106 sub b BW is in ieder geval sprake indien de benadeelde geestelijk letsel heeft opgelopen. Degene die zich hierop beroept, zal voldoende concrete gegevens moeten aanvoeren waaruit kan volgen dat psychische schade is ontstaan, waartoe

nodig is dat naar objectieve maatstaven het bestaan van geestelijk letsel kan worden vastgesteld.¹⁸⁴ Daarnaast kunnen de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde meebrengen dat van een aantasting in de persoon op andere wijze sprake is. Hiervan is bijvoorbeeld sprake indien het zelfbeschikkingsrecht van de ouders is geschonden waardoor zij er niet voor hebben kunnen kiezen de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen of indien de moeder tijdens haar zwangerschap door een fout niet heeft kunnen afzien van gebruik van een geneesmiddel en daardoor in onzekerheid blijft verkeren of de afwijkingen van haar zoontje daardoor zijn ontstaan.¹⁸⁵

178 ECLI:NL:RBMNE:2019:282.

179 ECLI:NL:GHARL:2018:8976.

180 Zie art. 7:460 BW.

181 ECLI:NL:GHARL:2018:3370 en ECLI:NL:GHARL:2018:3378.

182 ECLI:NL:RBZWB:2018:1745.

183 ECLI:NL:RBMNE:2018:5461.

184 ECLI:NL:HR:2019:370.

185 ECLI:NL:GHARL:2018:695.