Reader

Medische aansprakelijkheid*

Schadevergoeding, toerekening en causaal verband

Donderdag 21 november 2019, BCN Amsterdam Arena - Amsterdam

Bekijk ons cursusaanbod op www.sdujuridischeopleidingen.nl

Sdu

Inhoudsopgave

Welkomstbrief 5
Programma 6

Bijdrage R.P. Wijne:
Hand-out 7

Casus vooraf te bestuderen **34**

Integrale bekostiging van invloed op de relatie medisch specialist versus patiënt en de aansprakelijkheid van de medisch specialist? 37

De bijzondere positie van de medisch specialist, 5 jaar later 45

Wat is de norm in het aansprakelijkheidsrecht 52

Aansprakelijkheid van de hulpverlener voor medische hulpzaken met een niet te onderkennen gebrek 60

Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten 75

Schadekansen bij medische fouten 96

Causaal verband, proportionele aansprakelijkheid, statistische gegevens 116

Proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans bij zorg gerelateerde schade; verschillen, kansen, problemen en mogelijkheden 123

De afwikkeling van medische schade onder de Wkkgz 142

Overzicht jurisprudentie 165

Overzicht literatuur 175

Medische aansprakelijkheid*

Schadevergoeding, toerekening en causaal verband

Donderdag 21 november 2019
BCN Amsterdam Arena – Amsterdam

© Sdu Opleidingen & Events, Den Haag 2019

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever. Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16b Auteurswet 1912 jo het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij het Besluit van 23 augustus 1985, Stb. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system of any nature, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the prior written permission of the publisher.

Hoewel bij deze uitgave de uiterste zorg is nagestreefd, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden auteur(s) redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid.

Medische aansprakelijkheid*
Schadevergoeding, toerekening en causaal verband

Datum : november 2019
Onze referentie : Q6654

Maanweg 174
Postbus 20025
2500 EA Den Haag
Telefoon (070) 378 98 96
www.sdu.nl/opleidingen

Abn-Amro 43 61 48 315
Postbank 30 77 29
Handelsregister Den Haag 27193898

Geachte heer, mevrouw,

Graag heten wij u welkom bij de ***cursus Medische aansprakelijkheid*.***

Als gevolg van het groeiend aantal medische behandelingen stijgt ook het aantal medische fouten. Hierdoor is er meer belangstelling voor het eisen van schadevergoeding. De discussie omtrent de reikwijdte van de medische aansprakelijkheid zet zich om die reden onverkort voort. Deze cursus geeft u inzicht in de huidige stand van zaken op het gebied van het medisch aansprakelijkheidsrecht.

De docent behandelt verschillende aspecten die een rol kunnen spelen bij een vordering tot schadevergoeding, waaronder de grondslagen voor aansprakelijkheid van de hulpverlener, de toerekening van de daad aan de hulpverlener (schuld en aansprakelijkheid voor hulppersonen en hulpzaken) en het causaal verband.

Aan de hand van de wet, rechtspraak en literatuur wordt bezien hoe in een concrete casus kan worden geoordeeld over de aansprakelijkheid. Hierbij wordt ook aandacht besteed aan recente ontwikkelingen op het gebied van verhaal van zorggerelateerde schade.

Mocht u studiepunten van de NOvA willen ontvangen, verzoeken wij u zowel bij aankomst als bij vertrek de presentielijst te tekenen. Deze lijst ligt bij de inschrijfbalie van Sdu Opleidingen & Events.

****Na de cursus ontvangt u van ons een mail met daarin een link naar het digitale evaluatieformulier. Wij zouden het zeer op prijs stellen indien u een moment de tijd wilt nemen om het formulier in te vullen.**

Wij wensen u een prettige en leerzame dag!

Met vriendelijke groet,

Mr. C. Leentjens
Congresmanager Sdu Opleidingen & Events

Medische aansprakelijkheid
Als gevolg van het groeiend aantal medische behandelingen stijgt ook het aantal medische fouten. Hierdoor is er meer belangstelling voor het eisen van schadevergoeding. De discussie omtrent de reikwijdte van de medische aansprakelijkheid zet zich om die reden onverkort voort. Deze cursus geeft u inzicht in de huidige stand van zaken op het gebied van het medisch aansprakelijkheidsrecht.

De docent behandelt verschillende aspecten die een rol kunnen spelen bij een vordering tot schadevergoeding, waaronder de grondslagen voor aansprakelijkheid van de hulpverlener, de toerekening van de daad aan de hulpverlener (schuld en aansprakelijkheid voor hulppersonen en hulpzaken) en het causaal verband.

Aan de hand van de wet, rechtspraak en literatuur wordt bezien hoe in een concrete casus kan worden geoordeeld over de aansprakelijkheid. Hierbij wordt ook aandacht besteed aan recente ontwikkelingen op het gebied van verhaal van zorggerelateerde schade.

Programma:

13.30 - 15.00 uur Grondslagen voor aansprakelijkheid
- Bespreking casus
- Grondslagen voor aansprakelijkheid; algemeen
- Tekortkoming in de nakoming als grondslag
- Toerekening van de tekortkoming (schuld, krachtens 6:76 BW en 6:77 BW)

15.00 - 15.15 uur Pauze

15.15 - 16.45 uur Causaal verband
- Condicio sine qua non-verband
- Meervoudige causaliteit
- Omkeringsregel
- Proportionele aansprakelijkheid
- Toerekening naar redelijkheid

16.45 - 17.00 uur Pauze

17.00 - 17.45 uur Actualiteiten
- Ontwikkelingen

Spreker
mr. dr. R.P. Wijne, docent gezondheidsrecht (UvA), lid-jurist Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Amsterdam, medewerker wetenschappelijk bureau Holla Advocaten (Eindhoven), rechtsgeleerde commissie LZA/LP en voorzitter Geschilleninstantie Verloskunde.

Aansprakelijkheid in medische zaken

De basis en enkele ontwikkelingen

Programma

- Bespreking van een casus
- Rechtsverhoudingen
- Grondslagen voor aansprakelijkheid
- Causaal verband
- Ontwikkelingen

De casus





De rechtsverhouding

- De relatie tussen arts en patiënt
  - Van oudsher doorgaans contractueel
    - Overeenkomst van opdracht
  - Inmiddels bijzondere vorm van opdracht: de geneeskundige behandelingsovereenkomst
    - Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW
    - Zie ook andere wettelijke bepalingen, waaronder Boek 1, 3 en 6), gedragsregels, redelijkheid en billijkheid, Europese regelgeving (EVRM, Handvest EU, Richtlijnen)

De rechtsverhouding

- Inhoud behandelingsovereenkomst
  - Verplichting tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst (art. 7:446, lid 1 en 2, BW)
    - Genezen ziekte
    - Behoeden ontstaan ziekte
    - Beoordelen gezondheidstoestand
    - Begeleiding zwangerschap en bevalling
  - Verplegen en verzorgen patiënt (art. 7:446, lid 3, BW)

De rechtsverhouding

- Partijen bij de behandelingsovereenkomst
  - Patiënt (opdrachtgever)
    - (Wettelijk) vertegenwoordigers in geval van wilsonbekwamen: geen partij
      - HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 (Baby Joost)
    - Partner en kind in geval van begeleiding zwangerschap en bevalling: geen partij
      - HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 (Baby Kelly)

De rechtsverhouding

- Partijen bij de behandelingsovereenkomst
  - Hulpverlener (opdrachtnemer)
    - Natuurlijk persoon of rechtspersoon
    - Handelingen in het kader van een geneeskundig beroep of bedrijf
    - Vuistregels
    - Indirecte contractdwang
      - Art. 3 lid 1 Modelregeling arts-patiënt

De rechtsverhouding

- Hoe zit het met waarneming?
  - HR 10 januari 1997, NJ 1998, 544
- Hoe zit het met een maatschap?
- Hoe zit het bij raadplegen ander?
- Hoe is de situatie vanaf 2015?
  - MSB's
- Wie heeft in de casus met wie een overeenkomst?

De rechtsverhouding

- Verplichtingen behandelingsovereenkomst
  - Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW
  - Redelijkheid en billijkheid, gedragsregels, andere wetten en Europese regelgeving
    - Art. 6:248 BW
  - Behandelplicht?

De rechtsverhouding

- Wijze waarop de verplichtingen moeten worden nagekomen
  - Als goed hulpverlener (art. 7:453 BW)
    - Geldt voor alle verplichtingen
    - In sommige plichten benadrukt
  - Verplichtingen worden nagekomen jegens de patiënt
    - Let op in geval van wettelijke vertegenwoordiging

De rechtsverhouding

- De relatie tussen arts en patiënt
  - In enkele gevallen geen behandelingsovereenkomst
  - Ontbreken van wilsovereenstemming
    - Bijvoorbeeld comateuze patiënt die geen vertegenwoordiger heeft
    - Bijvoorbeeld wilsonbekwame psychiatrische patiënt die geen vertegenwoordiger heeft

De rechtsverhouding

- De relatie tussen arts en patiënt
  - In enkele gevallen geen behandelingsovereenkomst
  - Geneeskundige behandeling op grond van de wet
    - Behandeling van militairen
    - Behandeling op grond van Wet publieke gezondheid
    - Behandeling in justitiële situaties
    - Gedwongen opname Bopz
    - Behandeling op grond van de Jeugdwet

De rechtsverhouding

- De relatie tussen arts en patiënt
  - In enkele gevallen geen behandelingsovereenkomst
  - Handelingen ter beoordeling van de gezondheidstoestand of medische begeleiding van een persoon in opdracht van een derde
    - Art. 7:446, lid 4, BW
    - Wel gewone overeenkomst van opdracht

De rechtsverhouding

- Verplichtingen bij afwezigheid van een behandelingsovereenkomst
  - Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW door middel van een schakelbepaling
    - Art. 7:464 lid 1 BW
      - Voor zover de rechtsbetrekking zich tegen overeenkomstige toepassing niet verzet
      - Let op verzet
      - Let op specifieke regels in bijzondere wet
        - MAW, Pbw, Bvt, Rvt, BJJI, RJJI, WVW, Wet Bopz, Besluit bevolkingsonderzoek, Wet SUWI, Arbowet, Jeugdwet

De rechtsverhouding

- Verplichtingen bij afwezigheid van een behandelingsovereenkomst
  - Art. 7:464, lid2, BW, keuringssituaties
    - Sub a: afwijkende bewaartermijn
    - Sub b: recht van eerste inzage en blokkering
      - Als de beoordeling niet wordt verricht in verband met een controlekeuring
      - HR 26 maart 2004, TvGR 2004, 33: ook van toepassing bij beoordeling van door rechter benoemde deskundige

De grondslagen

- Tekortkoming in de nakoming
  - Vereist het bestaan van een contractuele rechtsverhouding
- Onrechtmatige daad
  - Bij afwezigheid contractuele rechtsverhouding en…
- Kwalitatieve aansprakelijkheid
  - Bij afwezigheid contractuele rechtsverhouding en…
- Centrale aansprakelijkheid ziekenhuis
  - Behandeling binnen muren ziekenhuis

De grondslagen

- De rechtsverhoudingen in ogenschouw genomen…
- Wat zijn de grondslagen waarop de ouders namens Jan een recht op schadevergoeding kunnen baseren?
- En jegens wie?

De grondslagen

- Tekortkoming in de nakoming, art. 6:74 BW
  - Toets zorgvuldigheidsnorm
  - Handelen als goed hulpverlener in overeenstemming met de professionele standaard
    - Art. 7:453 BW
      - HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (Speeckaert/Gradener)
    - Professionele standaard: invulling goed hulpverlenerschap
  - De rechter bepaalt de grens
    - Hof Den Bosch 10 maart 2009, L&S 2009, 112 en Hof A'dam 24 maart 2009, zaaknr. 106.007.506/01

De grondslagen

- Bronnen vullen de professionele standaard in
- Bronnen tot stand gekomen door zelfregulering
  - Gedragsregels
  - Richtlijnen en standaarden
  - Protocollen
    - Nb Protocol-arresten I en II, HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 en HR 1 april 2005, NJ 2006, 377
- Kwaliteitsstandaarden
- Regelgeving rechten van de patiënt

De grondslagen

- Bewijslastverdeling
  - Op de patiënt rust de last te stellen en te bewijzen dat de hulpverlener is tekortgeschoten, art. 150 Rv
  - Bewijs kan worden geleverd door alle middelen, art. 152 Rv
    - Zie voor onrechtmatig verkregen bewijs, HR 18 april 2014, JA 2014, 65
  - Bewijslast impliceert bewijsrisico

De grondslagen

- Bewijsproblemen door
  - Aard verbintenis
    - Veelal inspanning
    - Lichaam is ongewisse factor
  - Maar kan niet vaker resultaat worden bepleit?
    - Implied warranty?

De grondslagen

- Bewijsproblemen door
  - Onwetendheid patiënt
    - Narcose
    - Stress
  - Maar op hulpverlener rust verzwaarde motiveringsplicht
    - HR 20 november 1987, NJ 1988, 500
      - Zie ook art. 21, 22 en 843a Rv
      - Zie ook art. 8 EVRM: patiënt heeft recht op 'relevant evidence'
        - O.m. EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04

De grondslagen

- Verzwaarde motiveringsplicht, wat houdt dat in?
  - Nauwkeurige lezing gebeurtenis
  - Stukken aanleveren waarover hulpverlener redelijkerwijs kan beschikken
    - O.m. HR 7 september 2001, NJ 2001, 615
  - 'Altijd' is onvoldoende
    - HR 18 februari 1994, NJ 1995, 368 (Schepers/De Bruijn)
- Bij niet voldoen aan verzwaarde motiveringsplicht volgt sanctie
  - Mits toerekenbaar

De grondslagen

- Doorgaans deskundigenbericht nodig
  - Aanzoeken deskundige buiten rechte
  - Verzoek rechter art. 202 Rv
  - Voorlichting rechter bodemprocedure, art. 194 Rv
    - Let op discretionaire bevoegdheid
    - Let op ander doel
  - Vraagstelling…

De grondslagen

- Hebben de ouders namens Jan een vorderingsrecht gebaseerd op een tekortkoming?
- Jegens wie?

De grondslagen

- Toerekening van de tekortkoming, art 6:75 BW
  - Schuld
    - Eigen handelen
    - Anders kunnen en moeten handelen
  - Verkeersopvattingen
    - Ziekte, financieel onvermogen, drukte of onervarenheid zijn geen redenen om de tekortkoming niet toe te rekenen
  - Wet
    - Art. 6:76 BW
    - Art. 6:77 BW

De grondslagen



De grondslagen

- Wet, art. 6:76 BW
  - Hulpverlener wordt een toerekenbare fout van de hulppersoon toegerekend
    - Ook al heeft hij zelf geen schuld!
    - Hulppersoon zelf ook aan te spreken op grond van onrechtmatige daad
  - Ondergeschiktheid speelt geen rol
    - Maar niet van toepassing bij zuivere nevenschikking!

De grondslagen

- Huisarts aansprakelijk voor gedrag kinderarts?
  - Kinderarts hulppersoon?
  - Kinderarts toerekenbare fout gemaakt?
  - Hulp gebruikt bij de behandeling van Jan?

De grondslagen





De grondslagen

- Wet, art. 6:77 BW
  - Hulpverlener wordt een tekortkoming door het gebruik van een ongeschikte zaak toegerekend
    - Ook al heeft hij zelf geen schuld!
  - Tenzij toerekening onredelijk
    - Gezien inhoud en strekking rechtshandeling
    - Gezien verkeersopvattingen en overige omstandigheden
      - Niet vastomlijnd, factoren?
      - Keuze, rechtszekerheid, vergroting activiteiten, eenvoud verhaal risicodrager, draagkracht schuldenaar en omvang schade in relatie tot contraprestatie, deskundigheid partijen

De grondslagen

- Waar moet dit toe leiden?
  - Kan Jan de chirurg aanspreken voor haperende robot of moet hij naar de producent?

De grondslagen

- Onrechtmatige daad, art. 6:162 BW
  - Toets zorgvuldigheidsnorm
    - Hetgeen in het maatschappelijk verkeer betamelijk is
  - Handelen als goed hulpverlener in overeenstemming met de professionele standaard
    - Criteria ter beoordeling tekortkoming en onrechtmatige daad zijn gelijk!
    - En dus inwisselbaar?

De grondslagen

- Toepassing onrechtmatige daad
  - Normschending levert onafhankelijk van de tekortkoming een onrechtmatige daad op
    - Bijvoorbeeld seksueel misbruik, mishandeling
    - Zie t.o. Rb Midden-Nederland 21 maart 2018, ECLI:NL:RBMNE:2018:1905
  - Contractuele rechtsverhouding met patiënt ontbreekt
  - Partner en/of kind lijdt schade
    - Wrongful birth/wrongful life

De grondslagen

- Bewijslastverdeling
  - Op de patiënt rust de last te stellen en te bewijzen dat de hulpverlener onrechtmatig heeft gehandeld en dat dit hem toe te rekenen valt, art. 150 Rv
  - Bewijs kan worden geleverd door alle middelen, art. 152 Rv
    - Zie voor onrechtmatig verkregen bewijs, HR 18 april 2014, JA 2014, 65
  - Bewijslast impliceert bewijsrisico

De grondslagen

- Toerekening van de onrechtmatige daad, art. 6:162, lid 3, BW
  - Schuld
    - Eigen handelen
    - Anders kunnen en moeten handelen
  - Verkeersopvattingen
    - Ziekte, financieel onvermogen, drukte of onervarenheid zijn geen redenen om daad niet toe te rekenen
  - Wet?

De grondslagen

- Hebben de ouders namens Jan een vorderingsrecht gebaseerd op een onrechtmatige daad?
- Jegens wie?

De grondslagen

- Kwalitatieve aansprakelijkheid
  - Voor personen
  - Art. 6:170 BW
    - Ondergeschikten
  - Art. 6:171 BW
    - Niet-ondergeschikten

De grondslagen

- Kwalitatieve aansprakelijkheid
  - Voor roerende zaken, opstallen en stoffen
  - Art. 6:173 BW
    - Let op kanalisatie producent
  - Art. 6:174 BW
  - Art. 6:175 BW
    - Let op stof is geen zaak

De grondslagen

- Waarom kiezen voor kwalitatieve aansprakelijkheid als weg van art. 6:76 BW of art. 6:77 BW mogelijk is?
  - Verschillen binnen en buiten contract komen vooral tot uiting bij aansprakelijkheid voor personen en zaken
    - Voorbeeld Rb Den Haag 23 juli 2013, JA 2013, 149
      - Praktijk kwalitatief aansprakelijk voor fout tandarts
      - Waarom niet gewoon art. 6:74 BW jo art. 6:76 BW

De grondslagen

- Centrale aansprakelijkheid, art. 7:462 BW
  - Mede-aansprakelijkheid ziekenhuis als behandeling binnen muren zorginstelling
    - Als contract zelfstandig arts en arts tekortschiet
    - Dus niet als arts onrechtmatig handelt
      - Bijvoorbeeld Hof Den Haag 29 september 2009, L&S 2010, 110, man geen partij behandelingsovereenkomst
      - Wat dan wel?
    - Als zorginstelling toegelaten is
      - www.wtzi.nl
      - Verzekerde zorg

De grondslagen

- De ouders stellen Amalia kinderziekenhuis aansprakelijk voor falende robot, kan dat?
- De ouders stellen ziekenhuis Pana© aansprakelijk voor gedrag kinderarts, kan dat?

De grondslagen

- Wat had u opgeschreven bij de verschillende grondslagen?



Het causaal verband

- Causaal verband
  - Condicio sine qua non-verband
  - Toerekening naar redelijkheid, art. 6:98 BW

Het causaal verband

- Condicio sine qua non-verband
  - Alle grondslagen vereisen een csqn-verband tussen gebeurtenis en schade
    - Wat zou er zijn gebeurd de gebeurtenis weggedacht?
    - Minimumvereiste
      - Zie bijvoorbeeld HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606
    - Geen absolute zekerheid nodig, maar redelijke mate van waarschijnlijkheid

Het causaal verband

- Meervoudige causaliteit
  - Fout twee of meer hulpverleners, fout producent en hulpverlener, fout verkeersdeelnemer en hulpverlener
    - Samenlopende oorzaken of
    - Alternatief gelijktijdig werkende oorzaken
      - Voorbeeld twee hulpverleners: Hof Arnhem 6 juli 2010, L&S 2010, 135 (twee plastisch chirurgen)
      - Voorbeeld producent en hulpverlener: Implanon-zaken
      - Voorbeeld verkeersdeelnemer en hulpverlener: Hof Leeuwarden 8 augustus 2001, NJ 2002, 209 (verkeersongeval en verkeerd aanleggen infuus)

Het causaal verband

- Hoofdelijke aansprakelijkheid, art. 6:102 BW
  - Patiënt kan kiezen wie aan te spreken, art. 6:7 BW
  - Regresmogelijkheid aangesproken partij, art. 6:10 BW
  - Draagplicht evenredig met bijdrage, art. 6:101 BW

Het causaal verband

- Hoofdelijke aansprakelijkheid, art. 6:102 BW
  - Bij samenloop alleen als toerekening fout 2 aan veroorzaker fout 1 redelijk is
    - Bijvoorbeeld Hof Den Bosch 26 juni 1995, NJ 1997, 239
  - Niet als tweede fout veel ernstiger is
    - Bijvoorbeeld Rb Zwolle 26 mei 2010, ECLI:NL:RBZWO:2010:BN6383

Het causaal verband

- Eigen schuld patiënt
  - Patiënt is mede debet aan de schade
    - Onvoldoende meewerken, schade niet beperken
    - Causale verdeling en evt. billijkheidscorrectie, art. 6:101 BW
      - Bijvoorbeeld Hof Den Haag 18 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC1132

Het causaal verband

- Schuld, eigen handelen, niet de benodigde zorgvuldigheid betracht
  - Rb A'dam 9 juli 1997, rolnr. H 95.0601
    - Onvoldoende rust genomen door zwangere vrouw
  - Rb Arnhem 20 augustus 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AL2040
    - Patiënt herstelbehandeling niet ondergaan
- Toerekening andermans handelen
  - Kind, partner, vertegenwoordiger
  - Omstandigheden in risicosfeer patiënt, zoals nieuwe ziekte
    - Niet onderliggend lijden, ook al kan dat invloed hebben op omvang schadevergoeding

Het causaal verband

- Bewijslastverdeling
  - Op de patiënt rust de last te stellen en te bewijzen dat de schade was uitgebleven als normschending niet had plaatsgevonden, art. 150 Rv
  - Bewijs kan worden geleverd door alle middelen, art. 152 Rv
    - Vaak deskundigenbericht
  - Bewijslast impliceert bewijsrisico

Het causaal verband

- Bewijsproblemen door
  - Onzekerheid invloed normschending op schade
  - Onzekerheid schadeveroorzaker bij meervoudige causaliteit

Het causaal verband

- Manieren om bewijslast condicio sine qua non-verband te verlichten/omzeilen
  - Omkeringsregel
  - Art. 6:99 BW of
  - Proportionele benadering

Het causaal verband

- Toepassing omkeringsregel
  - Gedraging in strijd met norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade
  - In concrete geval heeft het specifieke gevaar waartegen de norm bescherming beoogde te bieden zich verwezenlijkt
  - Condicio sine qua non-verband wordt vermoed aanwezig te zijn
    - Daarna tegenbewijs of tegendeel bewijs?

Het causaal verband

- Art. 7:453 BW onvoldoende specifieke norm
  - Bijvoorbeeld eerder verwijzen voor nader onderzoek is onvoldoende
- Noodzakelijk om art. 7:453 BW in te vullen aan de hand van
  - Protocollen
  - Feiten en omstandigheden

Het causaal verband

- Art. 7:453 BW voldoende specifieke norm
  - Toedienen antistolling om postoperatief optreden trombose te voorkomen: HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649; keizersnede begin baring om zuurstoftekort babyhersenen te voorkomen: HR 7 december 2007, NJ 2007, 644; bewaking d.m.v. permanente CTG-registratie om foetaal zuurstoftekort te voorkomen: HR 23 november 2012, JA 2013, 3

Het causaal verband

- Omkeringsregel in sommige situaties niet van toepassing
  - Als het gaat om schending plicht patiënt te informeren over risico's
    - Strekking is patiënt te kunnen laten beslissen
      - HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387
  - Als het onduidelijk is dat 'het gevaar' zich heeft verwezenlijkt
    - Probleem bij overleden patiënt
      - HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307 (Seresta-arrest, man overleden); Rb Dordrecht 23 april 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BD0513 (te late overplaatsing, 3-jarige overleden); Hof Arnhem 15 maart 2011, JA 2011, 81 (niet ingestuurd, 11 maanden oude baby overleden)

Het causaal verband

- Kan in de onderhavige zaak de omkeringsregel uitkomst bieden?

Het causaal verband

- Blijft probleem bestaan dat er een kans is dat Jans gezondheidstoestand niet anders was geweest…
  - Ook zonder fout verwijdering zaadbal
  - En dan?

Het causaal verband

- Proportionele aansprakelijkheid als alternatief
  - Causaliteitsonzekerheid aangaande de oorzaak van de schade
  - Uitgangspunten art. 6:99 BW en 6:101 BW
  - Terughoudend mee omgaan
    - HR 21 december 2012, NJ 2013, 237
  - Billijkheidscorrectie niet aanvaard, althans…
    - HR 14 december 2012, NJ 2013, 236

Het causaal verband



Het causaal verband

- Verloren kans benadering als alternatief
  - Onzekerheid over invloed normschending op omvang schade
  - Normschending heeft patiënt bepaalde kans ontnomen
    - Vergelijking werkelijke situatie versus hypothetische situatie
      - HR 23 december 2016, GZR 2017-0001
  - Geen terughoudende benadering (?)

Het causaal verband



Het causaal verband

- De causaliteitsonzekerheid in ogenschouw genomen…
- En de mogelijke alternatieven
- Hoe zou u deze casus oplossen?
  - Welk percentage?

Het causaal verband

- Wanneer proportionele aansprakelijkheid en wanneer benadering verloren kans?
  - HR: proportionele aansprakelijkheid wanneer onzekerheid bestaat over condicio sine qua non-verband normschending en schade
  - HR: benadering verloren kans wanneer onzeker is of en in hoeverre zonder fout de kans op succes zich zou hebben gerealiseerd
    - HR 21 december 2012, NJ 2013, 237

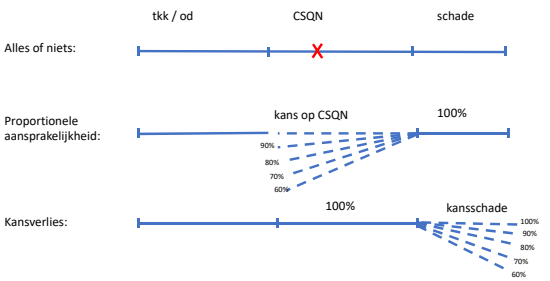
Het causaal verband

- Proportionele aansprakelijkheid
  - Schade: schouderdystocie tijdens baring
  - Normschending: hulpverlener hard aan kind getrokken
    - Zenuwletsel kan spontaan (prenataal) ontstaan, gevolg zijn van natuurlijke krachten of gevolg zijn van te hard trekken door hulpverlener
  - Wat is kans dat normschending oorzaak schade is?
    - Rb Groningen 14 februari 2007, NJF 2007, 355
    - 75%, dus 75% schade betalen

Het causaal verband

- Verloren kans benadering
  - Schade: hersenbloeding baby (leek op vitamine K tekort)
  - Normschending: hulpverlener ten onrechte kind naar huis gestuurd
  - Welke kans heeft normschending kind ontnomen?
    - Kans op 'beter behandelingsresultaat'
    - Hof A'dam 4 januari 1996, NJ 1997, 213
    - 25% kans op beter resultaat, dus 25% schade betalen

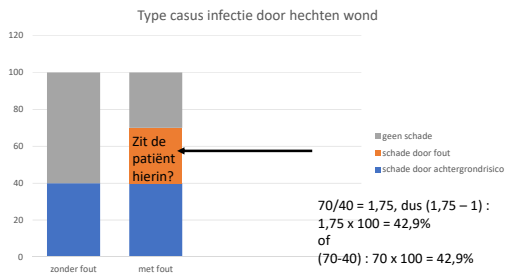
Het causaal verband



Het causaal verband

- Proportionele aansprakelijkheid
  - Attributief risico = (relatief risico minus 1) gedeeld door relatief risico x 100
- Proportionele aansprakelijkheid
  - (kans op gezondheidsschade met fout minus kans op gezondheidsschade zonder fout) gedeeld door kans op gezondheidsschade met fout x 100
    - Je bepaalt de kans dat de fout (onjuist handelen hulpverlener) de oorzaak is van de schade

Het causaal verband



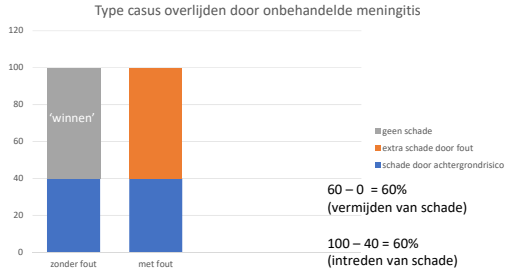
70/40 = 1,75, dus (1,75 – 1) : 1,75 x 100 = 42,9%
of
(70-40) : 70 x 100 = 42,9%

Het causaal verband

- Verloren kans
  - De kans op vermijding van (verdere) gezondheidsschade zonder fout minus de kans op vermijding van (verdere) gezondheidsschade met fout
- Verloren kans
  - De kans op het intreden van (verdere) gezondheidsschade met fout minus de kans op het intreden van (verdere) gezondheidsschade zonder fout
    - Je bepaalt de succeskans die door fout verloren is gegaan

'winnen'

Het causaal verband



60 – 0 = 60%
(vermijden van schade)

100 – 40 = 60%
(intreden van schade)

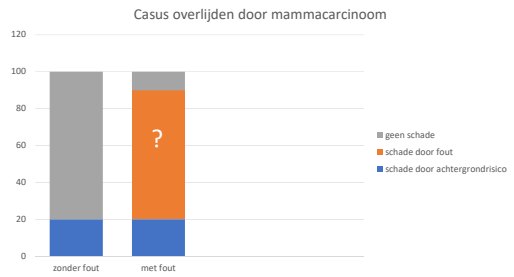
Het causaal verband

- Waar zitten de problemen?
  - Kansverlies = de kans op het intreden van gezondheidsschade met fout 100%
  - Maar deze voorwaardelijke kans is niet altijd 100%
    - Voorwaardelijke kans = kans op schade die je voorafgaand aan gebeurtenis weet
  - Voorwaardelijks kans is doorgaans kleiner
    - Type infectie kwesties

Het causaal verband

- Een voorbeeld:
- Uit de informatie blijkt dat bij een te late behandeling van borstkanker een patiënt in veel gevallen komt te overlijden
  - Voorwaardelijke kans 90%
- Uit de informatie betreffende de casus blijkt dat bij een tijdige behandeling van borstkanker een aantal patiënten komt te overlijden
  - Voorwaardelijke kans 20%

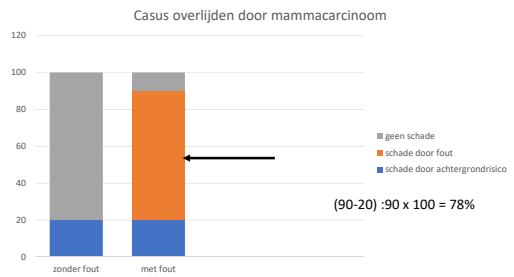
Het causaal verband



Het causaal verband

- Feitelijk is onduidelijk of de fout (delay) de oorzaak is van de schade (overlijden)
- In die gevallen bepaal je de proportionele aansprakelijkheid
  - Je bepaalt de kans dat de fout (onjuist handelen hulpverlener) de oorzaak is van de schade

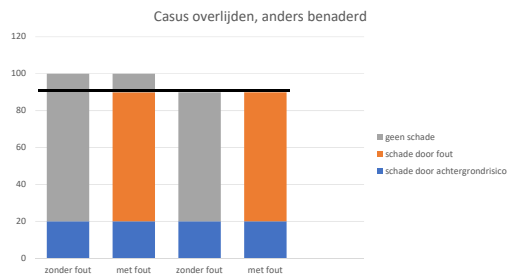
Het causaal verband



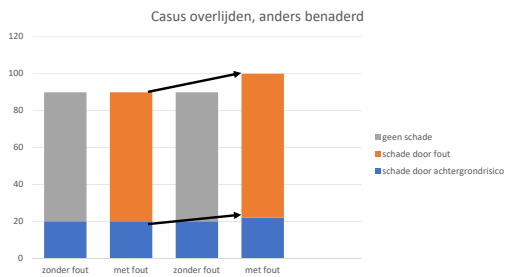
Het causaal verband

- Toch kan kansverlies in die gevallen ook, maar berekening is stuk ingewikkelder…
  - Kansverlies = x maal de kans op gezondheidsschade met fout minus x maal de kans op gezondheidsschade zonder fout, waarbij x een zodanige waarde heeft dat x maal de kans op gezondheidsschade met fout gelijk is aan 100%...

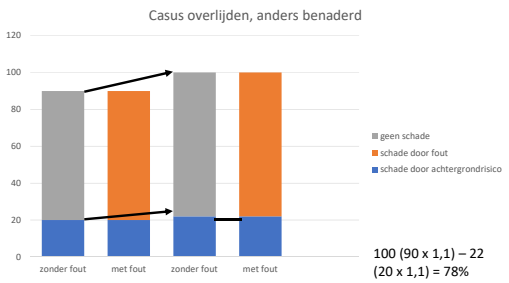
Het causaal verband



Het causaal verband



Het causaal verband

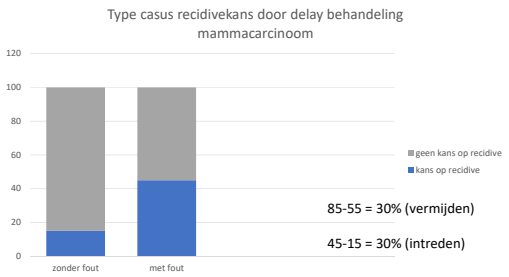


100 (90 x 1,1) – 22
(20 x 1,1) = 78%

Het causaal verband

- Waar zitten de problemen?
  - Kansverlies = de kans op het intreden van gezondheidsschade met fout minus de kans op het intreden van gezondheidsschade zonder fout
    - 90 – 20?
    - Wat doe je met gegeven dat schade reeds is ingetreden?

Het causaal verband



85-55 = 30% (vermijden)

45-15 = 30% (intreden)

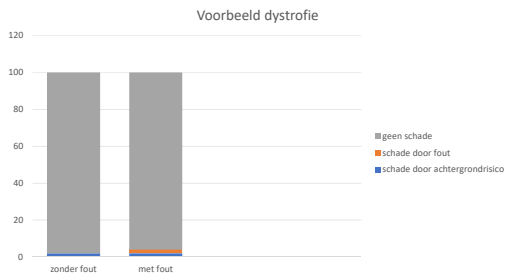
Het causaal verband

- Een voorbeeld
  - Dystrofie bij dichtplakken wond
    - Rb Maastricht 13 juli 2005, JA 2006, 44
    - Kans op dystrofie door achtergrondrisico is 2%
    - Kans op dystrofie bij ten onrechte dichtplakken wond is 4%
  - Rb: kansen zo klein (4-2), afwijzing vordering

Het causaal verband

- Wat deed de rechtbank?
- Wat is juiste percentage?

Het causaal verband



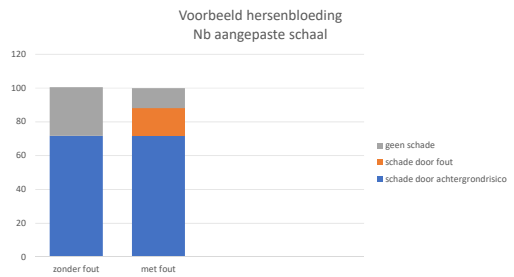
Het causaal verband

- Een voorbeeld
  - Hersenbloeding bij niet bewaken zwangere
    - Hof Den Haag 28 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI4768
    - Kans op hersenbloeding door achtergrondrisico is 0,007175
    - Kans op hersenbloeding bij niet bewaken zwangere is 0,00881
  - Hof: kansen zo klein (0,00881-0,007175), afwijzing vordering

Het causaal verband

- Wat deed het hof?
- Wat is juiste percentage?

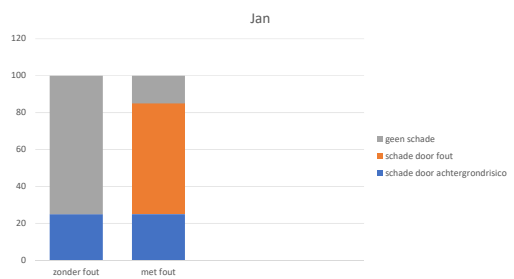
Het causaal verband



Het causaal verband

- Hoe zit het in de casus?
  - Uit de informatie blijkt dat bij een te late behandeling, d.w.z. na 6 uur na de draaiing, in de meeste gevallen de testis afsterft. Die kans is 85%. Maar ook bij een tijdige behandeling (0 uur) zou de testis kunnen afsterven. Die kans is 25%. Welk percentage dient door de huisarts te worden vergoed?

Het causaal verband



Het causaal verband

- Proportionele benadering en/of verloren kans in sommige situaties niet van toepassing
  - Als er slechts een geringe kans is dat de fout (handelen hulpverlener) de oorzaak is van de schade
  - Als er geen reële kans verloren is gegaan
    - Maar rechter moet wel onderzoek doen als aanwijzingen voor reële kans en desnoods kans schatten
      - HR 27 oktober 2017, GZR 2017-0383
    - Reële kans….10%?
  - Als fout gelegen is in schending informatieplicht

Het causaal verband

- Toerekening naar redelijkheid, art. 6:98 BW
  - Schade moet in zodanig verband staan met normschending dat schade als gevolg daarvan kan worden toegerekend, mede gezien
    - Aard aansprakelijkheid
    - Aard schade
    - Voorzienbaarheid
    - Mate van schuld
  - Rechtvaardigt het doel en de strekking van de geschonden norm toerekening van deze schade?

Het causaal verband

- Schending veiligheidsnorm strekkende tot voorkomen van gezondheidsschade
  - Dan ruime toerekening gevolgen gezondheidsschade
    - HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 (De Heel/Korver)
  - Gevolgen predispositie worden ook toegerekend
    - Hof A'dam 22 juni 2010, JA 2011, 1 (instabiliteit knie)

Het causaal verband

- Schending veiligheidsnorm strekkende tot voorkomen van vermogensschade
  - Dan ruime toerekening gevolgen vermogensschade
    - HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 (Wrongful birth I)
    - HR 8 augustus 2002, NJ 2010, 61 (Wrongful birth II)
    - HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 (Baby Kelly)

Het causaal verband

- Schending norm die niet de strekking had de ontstane schade te voorkomen
  - Dan geen ruime toerekening schade
    - HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 (Vader Versluis)

Wkkgz

- Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz)
  - Aangenomen Tweede kamer op 4 juli 2013
  - Gewijzigd Voorstel van Wet, Kamerstukken 32402, E en F
  - Plenaire behandeling Eerste Kamer 29 september 2015
  - Stemming 6 oktober 2015: aangenomen
  - Inwerkingtreding 1 januari 2016

Klachten en geschillen

- Klachtprocedure
  - Art. 13 tot en met 17
  - Klacht kan ook claim zijn
  - Kern: eerst klacht afdoen bij zorgaanbieder
    - over gedrag i.k.v. zorgverlening
  - Verplichte schriftelijke regeling
    - rekening houden met aard zorg en type cliënt
  - Aanwijzing persoon, gratis advies
  - Bereiken bevredigende oplossing, bemiddeling als sleutel
    - Mededeling met oordeel zorgaanbieder binnen 6 weken
      - Oordeel is ruim begrip
      - Verleningsmogelijkheid van 4 weken
  - Claims kunnen worden verwezen naar verzekeraar

Klachten en geschillen

- Geschilprocedure
  - Art. 18 tot en met 22
  - Geschil kan ook vordering behelzen
  - Kern: eerst klacht afdoen bij zorgaanbieder
    - Resulterend in mededeling met oordeel zorgaanbieder
      - Oordeel is ruim begrip
  - Geschillenregeling soort hoger beroep
    - Als mededeling zorgaanbieder in onvoldoende mate klacht cliënt wegneemt (art. 21 lid 1 sub b)

Klachten en geschillen

- Geschilprocedure
  - Geschil voorleggen aan erkende geschilleninstantie
    - Reglement
    - Uitvoeringsregeling Wkkgz
      - wijze aanhangig maken, termijn, griffiegeld
      - wijze van bekendmaking aan zorgaanbieder
      - mogelijkheid om standpunten uit te wisselen
      - mogelijkheid deskundigenadvies
      - mogelijkheid horen getuigen en deskundigen
      - wijze van besluitvorming
      - mogelijkheid kostenveroordeling
      - vorm, inhoud, bekendmaking uitspraak en termijn

Klachten en geschillen

- Geschilprocedure
  - Onder omstandigheden ook rechtstreeks toegang tot geschilleninstantie
    - Als de zorgaanbieder geen klachtenregeling heeft (art. 21 lid 1 sub a)
    - Als van een cliënt in redelijkheid niet kan worden verlangd een klacht bij de zorgaanbieder in te dienen (art. 21 lid 1 sub c)
      - Bijzondere omstandigheden, hardheidsclausule
        - Cliënt in afhankelijke situatie
        - Angst voor repercussies
        - Bijvoorbeeld seksuele intimidatie

Klachten en geschillen

- Geschilprocedure
  - Geschilleninstantie beslecht geschil
    - Geschil over gedraging zorgaanbieder jegens cliënt
    - In kader zorgverlening
    - Gericht op finale geschilbeslechting
  - Geschilleninstantie doet uitspraak
    - Binnen 6 maanden
    - Openbaar
    - anoniem, behoudens naam zorginstelling

Klachten en geschillen

- Geschilprocedure
  - Uitspraak niet-ontvankelijk
    - Klacht ziet niet op zorgverlening
    - Klacht niet eerst aan zorgaanbieder voorgelegd
    - Griffierecht niet betaald
    - Geen redelijk belang bij uitspraak
    - Klacht ziet op betaling factuur
    - Vervaltermijn overschreden

Klachten en geschillen

- Geschilprocedure
  - Uitspraak geschilleninstantie onbevoegd
    - Reeds procedure bij rechter aanhangig of zelfs uitspraak
    - Reeds bindend advies andere instantie
    - Te groot financieel belang zonder beperking

Klachten en geschillen

- Geschilprocedure
  - Uitspraak bindend advies
    - Elke redelijk en billijk te achten beslissing ter beëindiging
    - Vaststellingsovereenkomst art. 7:900 BW
    - Vernietigbaar als naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid gebondenheid niet kan worden verlangd
      - Vanwege inhoud
      - Vanwege wijze van totstandkoming
      - Marginale toets art. 7:904 BW
  - uitspraak vergoeding schade tot in ieder geval € 25.000,-

Klachten en geschillen

- Ervaringen Wkkgz?
- Zou deze zaak zich hebben geleend voor procedure Wkkgz?

Tot slot



Dank voor uw aandacht!

CASUS *(vooraf te bestuderen)*

De feiten

Jan, geboren in 2014, had in de nacht van woensdag 6 op donderdag 7 september 2017 buikklachten, waarvoor hij met zijn moeder op donderdag 7 september 2017 de (eigen) huisarts heeft bezocht. De klachten bleken toen grotendeels te zijn verdwenen. Jan was op 8 en 9 september 2017 klachtenvrij.

Op zondag 10 september 2017 werd Jan om 7.00 uur wakker met hevige pijn ter plaatse van zijn scrotum. Hierop heeft zijn moeder om 8.30 uur de huisartsenpost van Ziekenhuis Pana© te Amsterdam bezocht. De dienstdoende huisarts heeft Jan onderzocht.

De huisarts constateerde bij onderzoek een 'rozerood verkleurd blazig opgezet scrotum' dat zeer pijnlijk was. Omdat de huisarts geen eenduidige diagnose kon stellen – hij heeft geen ervaring met dit soort aandoeningen - heeft hij om 8.45 uur telefonisch contact opgenomen met de dienstdoende kinderarts van Ziekenhuis Pana©. Van het contact met de kinderarts is een geluidsopname gemaakt.

De kinderarts heeft aan de huisarts van de post bericht dat hij meende dat sprake was van 'een acuut scrotaal oedeem' en dat dit binnen een paar dagen zou verdwijnen. Letterlijk zei hij volgens de geluidsopname het volgende: *"Het klinkt als acuut scrotaal oedeem. Wat je uit moet sluiten, is dat er een blaasontsteking is, dus ik raad je aan een urineonderzoek te doen. En je moet zeker weten dat het geen torsio is, maar dat is vaak unilateraal. Als de urine schoon is dan zou ik paracetamol of eventueel een beetje ibuprofen voorschrijven*". De huisarts liet daarop weten met het advies 'aan de slag' te gaan, waarop het gesprek is beëindigd. Vervolgens heeft de huisarts de urine van Jan nagekeken. Deze werd in orde bevonden, waarna de moeder met Jan naar huis is gegaan.

Omdat de klachten van Jan ongewijzigd bleven, is de moeder op dinsdag 12 september 2017 naar haar eigen huisarts gegaan. Deze heeft Jan onderzocht en hem na telefonisch overleg met de dienstdoende kinderuroloog verwezen naar de afdeling spoedeisende hulp van het Amalia Kinderziekenhuis te Amersfoort.

Moeder én vader zijn met Jan naar de afdeling spoedeisende hulp gegaan. De aldaar gemaakte echo wees uit dat sprake was van 'een langer bestaande draaiing van de testikels met een secundaire ontstekingsreactie'. De linker testikel bleek op dat moment niet meer te redden.

De chirurg in het Amalia Kinderziekenhuis heeft een operatie geadviseerd. Korte tijd later is de linker testikel door de chirurg in het Amalia Kinderziekenhuis verwijderd. Bij de operatie is gebruik gemaakt van een operatierobot. Tijdens de operatie is de robot gaan haperen, waardoor niet de gehele testikel wordt verwijderd, zo wordt achteraf vastgesteld. Jan wordt later nogmaals geopereerd.

Het verwijt

De ouders van Jan verwijten de huisarts van de huisartsenpost en de kinderarts van Ziekenhuis Pana© dat zij een verkeerde diagnose hebben gesteld. Hierdoor is Jan te laat behandeld en heeft Jan heel veel schade geleden. De ouders zelf hebben veel kosten moeten maken: reiskosten om Jan naar het ziekenhuis te brengen, ze hebben vrij genomen, medicatie gekocht en bovendien zijn zij ontdaan vanwege de hele toestand.

De ouders van Jan verwijten de chirurg van het Amalia kinderziekenhuis dat zij gebruik heeft gemaakt van een ondeugdelijk apparaat. Nu moest Jan nog een keer worden geopereerd.

Het verweer

Zowel de huisarts als de kinderarts is verzekerd tegen het risico van beroepsaansprakelijkheid. De verschillende verzekeraars van de artsen stellen zich op het standpunt dat de huisarts, noch de kinderarts iets te verwijten valt.

- De huisarts was onervaren en mocht zonder meer op de het advies van de kinderarts afgaan. Bij hem ligt de verantwoordelijkheid.
- De kinderarts was slechts adviseur en kan daarom niet aansprakelijk worden gehouden. De verantwoordelijkheid ligt bij de huisarts.

En als ze al iets te verwijten valt, dan nog is er geen verplichting tot schadevergoeding. Het causaal verband is zeer discutabel en er is nauwelijks schade.

De chirurg is ook verzekerd. Zijn verzekeraar stelt zich op het standpunt dat de tekortkoming door het gebruik van de robot de chirurg niet kan worden toegerekend. Dit is iets wat de producent aangaat.

Het proces

De ouders hebben een advocaat in de arm genomen en na een lang en slepend proces buiten rechte dagvaarden zij 1) Ziekenhuis Pana© vanwege het handelen van de kinderarts, 2) de huisarts van de huisartsenpost in persoon en 3) het Amalia Kinderziekenhuis vanwege het handelen van de chirurg. De rechter benoemt twee deskundigen.

Deskundigenbericht kinderarts

"Ik meen dat de arts uitspraken heeft gedaan over de gezondheidstoestand van de patiënt waarvan hij op zijn minst genomen moest weten dat hij in verband met gebrek aan eigen onderzoek niet tot een verantwoorde diagnose kon komen. Hij baseerde zich op gegevens van de huisarts die zelf zei in twijfel te verkeren. Hij wist dat de huisarts geen diagnose kon stellen en geen ervaring met het gepresenteerde ziektebeeld had. Mede vanwege de mogelijk verstrekkende gevolgen van een onjuiste diagnose had hij moeten aanbieden de patiënt zelf te zien en te onderzoeken. Hij had daarom geen genoegen mogen nemen met de mededeling van de huisarts met het behandeladvies "aan de slag te gaan". Wat de arts in dit geval had moeten doen, was de huisarts berichten dat hij Jan persoonlijk wilde zien. Of persoonlijk onderzoek van Jan tot een juiste diagnose en vervolgens tot behoud van de linker testikel had geleid, is onzeker. Wel is duidelijk dat enige kans daarop door het handelen van de kinderarts is weggenomen."

Deskundigenbericht huisarts

"Ik vraag mij af de beslissing van de huisarts om te volstaan met een telefonisch advies van een kinderarts in dit geval te verdedigen is. Wat de arts mijns inziens had moeten doen, was Jan insturen voor nader onderzoek en geen genoegen nemen met een

telefonisch gegeven beoordeling die differentiaal diagnostisch van karakter is en die geruststellend op hem overkwam. Of het insturen van Jan tot een juiste diagnose en daarmee tot een ander behandelbeleid had geleid wat vervolgens tot behoud van de linker testikel had geleid, is onzeker. Wel is duidelijk dat enige kans daarop door het handelen van de arts is weggenomen."

Nadere informatie

Torsio testis is een behoorlijk pijnlijke aandoening waarbij de zaadstreng naar de zaadbal is gedraaid. De draaiing moet zo snel mogelijk worden behandeld, omdat de kans dat de testis kan worden gered, aanzienlijk afneemt als die langer dan 6 uur gedraaid blijft. De testis kan ernstig worden beschadigd, waardoor de productie van spermacellen kan afnemen en daarmee de vruchtbaarheid. De behandeling bestaat uit orchidopexie, hierbij wordt de testis teruggedraaid en aan de huid van het scrotum vastgemaakt. Meestal wordt de andere, nog niet gedraaide, testis ook vastgemaakt, omdat de kans groot is dat ook deze testis gedraaid zal raken. In de meeste gevallen sterft de testis zelfs af, waarna deze chirurgisch moet worden verwijderd.

Uit informatie blijkt dat bij een te late behandeling, d.w.z. na 6 uur na de draaiing, in de meeste gevallen de testis afsterft. Die kans is 85%. Ook bij een tijdige behandeling (0 uur) zou de testis kunnen afsterven. Die kans is 25%.

De kinderarts werkt als zelfstandig ondernemer in Ziekenhuis Pana©. Dit is een perifeer ziekenhuis.

De huisarts is zelfstandig gevestigd (solopraktijk). Hij heeft af en toe dienst op de huisartsenpost van ziekenhuis Pana© te Amsterdam.

De chirurg werkt als zelfstandig ondernemer in het Amalia Kinderziekenhuis. Dit is een perifeer ziekenhuis.

hypothetische situatie leidt nu eenmaal tot hogere materiële schade. Dan moet de gelaedeerde natuurlijk wel concreet zicht hebben op een Zwitserleven. Bij de begroting van – naar zijn aard niet te kwantificeren – immateriële schade ligt dat, zoals ik aan het slot van de vorige paragraaf betoogde, wat genuanceerder. Ook het verlies van een gedroomd Zwitserleven kan bijdragen aan het door het letsel veroorzaakte leed. In dat geval levert het romantisch ideaal geld op. Was die verbinding tussen geld en romantiek niet de kern van het Zwitserlevengevoel?

| 3 | Integrale bekostiging van invloed op de relatie medisch specialist versus patiënt en de aansprakelijkheid van de medisch specialist?

mr. dr. R.P. Wijne[1]

Peer Reviewed

In 2013 verzocht de Minister van VWS de Nederlandse Zorgautoriteit een uitvoeringstoets te doen naar de invoering van integrale tarieven in de medisch specialistische zorg. Inmiddels is het 2015 en is het systeem van integrale bekostiging een feit. Dit betekent ook dat er met ingang van 2015 een aantal wijzigingen is opgetreden in de relatie ziekenhuis-medisch specialist en dat medisch specialisten zich in andere ondernemingsvormen zijn gaan verenigen. De vraag die in dit artikel centraal staat is of deze wijzigingen op hun beurt een verandering teweeg hebben gebracht in de relatie medisch specialist-patiënt en zo ja, of dit gevolgen heeft voor de aansprakelijkheid van het ziekenhuis en de medisch specialist mocht zich onverhoopt een incident voordoen.

1. Inleiding

Met haar brief van 30 januari 2013 verzocht de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport de Nederlandse Zorgautoriteit een uitvoeringstoets te doen naar bekostigingsaspecten en randvoorwaarden voor de invoering van integrale tarieven in de medisch specialistische zorg met ingang van 2015.[2] Met de invoering van 'integrale tarieven' doelde de minister op de invoering van een systeem waarbij de deelregulering binnen de bekostiging van instellingen voor medisch specialistische zorg en (vrijgevestigd) medisch specialisten zou worden opgeheven. Op 28 juni 2013 was het advies van de Nederlandse Zorgautoriteit gereed.[3] Bij brief van 18 december 2013 kondigde de minister vervolgens aan de Nederlandse Zorgautoriteit een aanwijzing te gaan geven over de daadwerkelijke invoering van integrale tarieven in de medisch-specialistische zorg met ingang van 2015.[4] De reden voor de invoering is gelegen in de ontwikkeling van de bekostiging van de medisch-specialistische zorg.[5]

Inmiddels is de datum 1 januari 2015 gepasseerd en zijn de integrale tarieven ingevoerd en is de deelregulering opgeheven. Het moge duidelijk zijn dat er veel veranderd is voor de medisch specialist en de ziekenhuizen. Eén van de gevolgen is dat de medisch-specialist niet langer als van het ziekenhuis te onderscheiden speler wordt beschouwd. Zowel zorginstelling als medisch specialist worden op het niveau van de instelling als één geheel beschouwd. Het declaratierecht is volledig bij de zorginstelling komen te liggen.[6] Een ander gevolg is dat de macrobeheersing wordt gerealiseerd door het beheersen van de totale uitgaven voor medisch-specialistische zorg (i.e. ziekenhuiskosten, honoraria medisch specialisten en honoraria kaakchirurgen) aan de hand van het macrobeheersinstrument.[7] Een derde in het oog springend gevolg is fiscaal van aard. Het vervallen van het zelfstandig declaratierecht en het daarmee samenhangende vervallen van het debiteurenrisico leidt ertoe dat niet langer

---

1 Mr. dr. R.P. Wijne is onder meer auteur van Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013 en Medische Aansprakelijkheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014. Ze werkt als docent Gezondheidsrecht op de Universiteit van Amsterdam, als medewerker Wetenschappelijk Bureau bij Holla advocaten, als raadsheer-plaatsvervanger en als lid-jurist bij twee medische tuchtcolleges.

2 Brief van 30 januari 2013 met kenmerk CZ-3153204.

3 Nza, Advies Integrale tarieven medisch specialistische zorg 2015.

4 Kamerstukken II 2013/14, 32620, nr. 105.

5 Kamerstukken II 2013/14, 32620, nr. 105, p. 2 (Brief van de Minister van VWS). Zie ook Kamerstukken II 2014/15, 32620, nr. 139, p. 1 (Brief van de Minister van VWS).

6 Kamerstukken II 2013/14, 32620, nr. 105, p. 3 (Brief van de Minister van VWS).

7 Kamerstukken II 2013/14, 32620, nr. 105, p. 4 (Brief van de Minister van VWS).

sprake kan zijn van fiscaal ondernemerschap.[8] Medisch specialisten hebben zich daarom in andere ondernemingsvormen verenigd.[9]

Niet beschreven is echter wat de invoering van integrale tarieven betekent voor de rechtsverhouding met de patiënt en – in verband daarmee – de aansprakelijkheid van de medisch specialist en het ziekenhuis waar hij werkzaam is. Verandert er niets of komt die rechtsverhouding met de patiënt door de integrale tarifering in een ander daglicht te staan, zoals eerder in de literatuur is betoogd?[10] En als er wat verandert in die rechtsverhouding tussen de medisch specialist, het ziekenhuis en de patiënt, wat betekent dit dan voor de aansprakelijkheid van de medisch specialist en/of het ziekenhuis mocht er onverhoopt bij de geneeskundige behandeling van de patiënt gezondheidsschade optreden?

Gezien het belang om deze vragen beantwoord te zien, ga ik hierna in op de rechtsverhouding tussen de medisch specialist en de patiënt zoals deze tot 2015 als gangbaar werd gezien en analyseer ik aan de hand van beschikbare informatie of daarin met ingang van 1 januari 2015 als gevolg van de invoering van de integrale tarieven en de bijkomende gevolgen verandering is opgetreden (par. 2). Vervolgens ga ik in op de (grondslagen voor) aansprakelijkheid van de medisch specialist en het ziekenhuis en analyseer ik ook op dit niveau of er veranderingen zijn opgetreden als gevolg van de invoering van de integrale tarieven en de bijkomende gevolgen (par. 3). Ik sluit af met een conclusie (par. 4).

2. De rechtsverhouding

2.1 Rechtsverhoudingen tot 1 januari 2015

Artikel 7:446, eerste lid, BW bepaalt dat de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling de overeenkomst is waarbij een natuurlijke persoon of een rechtspersoon, *de hulpverlener*, zich in de uitoefening van een geneeskundig beroep of bedrijf tegenover een *ande*r, de opdrachtgever, verbindt tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst, rechtstreeks betrekking hebbende op de persoon van de opdrachtgever, of van een bepaalde derde.[11]

Degene die opdracht geeft tot het verrichten van een geneeskundige handeling is doorgaans ook degene op wiens persoon de geneeskundige handeling betrekking heeft. De feitelijk opdrachtgever en de opdrachtgever in formeel juridische zin zijn in dat geval gezamenlijk verenigd in 'de patiënt'.[12] Een andere situatie doet zich echter voor als de patiënt wilsonbekwaam en/of (tevens) handelingsonbekwaam, dan wel handelingsonbevoegd is. Deze patiënten zijn niet zelfstandig bevoegd tot het aangaan van een behandelingsovereenkomst of niet in staat hun wil daaromtrent te uiten. Zij hebben daarom doorgaans een (wettelijk) vertegenwoordiger die feitelijk als opdrachtgever optreedt. De meest voorkomende situatie waarbij een vertegenwoordiger als feitelijk opdrachtgever optreedt, is die waarin de minderjarige patiënt wordt vertegenwoordigd door zijn wettelijk vertegenwoordigers, meestal de (gezaghebbende[13]) ouders. Vertegenwoordiging neemt echter niet weg dat de wilsonbekwame en/of handelingsonbekwame patiënt in formeel juridische zin opdrachtgever blijft.[14]

Het is de *hulpverlener* die zich tegenover de patiënt tot het verrichten van handelingen op het gebied van de geneeskunst verplicht. In contractuele termen is hij dus de opdrachtnemer.[15] De hulpverlener kan een natuurlijk persoon zijn – denk aan een arts, tandarts, verloskundige – of een rechtspersoon – denk aan een ziekenhuis of een andere zorginstelling (hierna wordt alleen de term ziekenhuis gebruikt). Ziekenhuizen kunnen in de vorm van een stichting of vereniging zijn gegoten.[16] Samenwerkingsvormen die niet als rechtspersoon worden aange-

---

8 Kamerstukken II 2013/14, 32620, nr. 105, p. 4 (Brief van de Minister van VWS).
9 Kamerstukken II 2014/15, 32620, nr. 139, p. 2 (Brief van de Minister van VWS).
10 Zie C. Velink en K. Meersma, 'Het lot van de geneeskundige behandelingsovereenkomst', *MC* 14 oktober 2014, p. 20-22, wier visie in dit artikel wordt besproken.
11 Zie uitvoeriger over het onderwerp van de geneeskundige behandelingsovereenkomst R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 94-98 evenals R.P. Wijne, Medische Aansprakelijkheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 93-97.
12 Zie uitvoeriger over het begrip opdrachtgever bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 98-108 evenals R.P. Wijne, Medische Aansprakelijkheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 97-108.
13 De arts heeft een onderzoeksplicht naar het gezag van de ouders, CTG 19 april 2011, *LJN* YG1064. Zie over de vraag wie gezag heeft E. Lam en J. Huiteman, Ouderschapswijzer, welke ouder heeft welke rechten en plichten, uitgave september 2012.
14 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 399 en 404; R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 98-108 en R.P. Wijne, Medische Aansprakelijkheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 97-108 met beschrijving van het arrest Baby Joost, HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734, met nt. A.R. Bloembergen.
15 Zie uitvoeriger over het begrip opdrachtnemer bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 108-114 evenals R.P. Wijne, Medische Aansprakelijkheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 108-114.
16 Zie in zijn algemeenheid over stichtingen en verenigingen J.J.A. Hamers. C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman, Handboek Stichting en Vereniging, inclusief coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013.

merkt, een maatschap bijvoorbeeld, vallen buiten het begrip hulpverlener.[17] De hulpverlener, wil hij als zodanig worden aangemerkt, moet bovendien de geneeskundige handelingen verrichten *in het kader van zijn geneeskundig beroep of bedrijf*.[18] De omstandigheden van het geval zijn bepalend voor het antwoord op de vraag of daarvan in een concreet geval sprake is. Het min of meer regelmatig verrichten van geneeskundige handelingen, het zich naar buiten toe kenbaar maken als beroepsbeoefenaar en het bedingen en verkrijgen van betaling voor de verrichte handelingen zijn daarvoor aanwijzingen.[19]

Een arts werd tot 1 januari 2015 als hulpverlener in de zin van de wettelijke regeling beschouwd, indien hij als *zelfstandige* de praktijk uitoefende, dus anders dan in (loon)dienst van een (rechts)persoon.[20] Onder de zelfstandig werkzame hulpverleners vielen bijvoorbeeld alle zelfstandig handelende (huis)artsen, tandartsen, verloskundigen, psychotherapeuten en paramedici.[21] Deze artsen werden dus als contractspartij van de patiënt gezien. Dit gold ook voor de medisch specialisten die als zelfstandige hun beroep uitoefenden in een ziekenhuis. Tot 1 januari 2015 was het in veel perifere ziekenhuizen gangbaar dat medisch specialisten op basis van een individuele toelatingsovereenkomst in het ziekenhuis werkten.[22] Deze situatie werd aangeduid met de term '*arts out* situatie'.[23] Medisch specialisten die op deze manier hun werkzaamheden verrichtten, werden als (zelfstandig) ondernemer gezien. De beloning voor de medische behandeling in het ziekenhuis waaraan de medisch specialist was verbonden, bestond uit de kosten van de zorginstelling en uit het honorarium van de medisch specialist. De medisch specialist had een zelfstandig declaratierecht jegens de zorgverzekeraar.[24]

Was de arts in loondienst van een ziekenhuis en oefende hij zijn werkzaamheden in die dienst uit, dan werd gesproken van een '*arts in* situatie'.[25] Dit kon zijn op basis van een ambtelijke aanstelling (gebruikt door academische ziekenhuizen, met uitzondering van het Radboud ziekenhuis te Nijmegen en het VU academisch ziekenhuis te Amsterdam[26]) of op basis van een arbeidsovereenkomst. Niet de arts, maar het ziekenhuis was hulpverlener als bedoeld in artikel 7:446, eerste lid, BW. De overeenkomst inzake de geneeskundige behandeling werd gesloten tussen de patiënt en het ziekenhuis.[27] De arts werd op zijn beurt als hulppersoon van het ziekenhuis aangemerkt.[28]

In de praktijk werd bij de behandeling van één patiënt door deze vaak meerdere behandelingsovereenkomsten gesloten: één overeenkomst met het ziekenhuis ter zake van verpleging en verzorging – de 'aanpalende' handelingen als bedoeld in artikel 7:446, derde lid, BW – en één of meer overeenkomsten met de zelfstandig handelende artsen die niet in dienst waren van dat ziekenhuis ter zake van de handelingen als bedoeld in artikel 7:446, tweede lid, BW.[29]

2.2 Rechtsverhoudingen na 2015

Met ingang van 1 januari 2015 is het systeem van integrale bekostiging in werking getreden.[30] Daarmee is het

---

17 Zie in die zin ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 396.

18 Het woord 'geneeskundig' is bij Nota van wijziging in de wettekst opgenomen, Kamerstukken II 1990/91, 21561, nr. 7.

19 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 27 (MvT).

20 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 27 (MvT). Zie voor een voorbeeld Rechtbank Rotterdam 14 april 2010, *LJN* BN7297, rov. 4.12. Zie over de toelatingsovereenkomst ook P.L. Meurs e.a. (Commissie Inkomens Medisch Specialisten), Gezond belonen, beleidsopties voor de inkomens van medisch specialisten, 2012, p. 11.

21 Zie de Wet BIG voor een omschrijving van het begrip arts en het dragen van de titel 'arts', 'tandarts', 'gezondheidszorgpsycholoog, 'psychotherapeut', 'fysiotherapeut', 'verloskundige' en 'verpleegkundige'. Zie nader over de vrijgevestigde specialisten (fiscaal ondernemers, in totaal bijna 6.800 fte) P.L. Meurs e.a. (Commissie Inkomens Medisch Specialisten), Gezond belonen, beleidsopties voor de inkomens van medisch specialisten, 2012, p. 10.

22 Zie ook het Model Toelatingsovereenkomst van de Orde van Medisch Specialisten 2011.

23 Dit was het geval in ongeveer 75% van de situaties, Ph.S. Kahn, De juridische relatie ziekenhuis – medisch specialist en kwaliteit van zorg, Lelystad: Koninklijke Vermande 2001, p. 39. Zie uitvoeriger over de toelatingsovereenkomst en het Model Toelatingsovereenkomst S.J. van IJsendoorn en I.J. de Laat, 'De bijzondere positie van de medisch specialist', *Arbeidsrecht* 2009/11 evenals S.J. van IJsendoorn en I.J. de Laat, 'De bijzondere positie van de medisch specialist; 5 jaar later', *Arbeidsrecht* 2014/38.

24 Zie voor een toelichting Kamerstukken II 2013/14, 32620, nr. 105 (Brief van de Minister van VWS) en het Advies Integrale tarieven medisch specialistische zorg 2015 d.d. 28 juni 2013 van de NZa, p. 7.

25 Zie nader over specialisten in loondienst (5.900 fte) P.L. Meurs e.a. (Commissie Inkomens Medisch Specialisten), Gezond belonen, beleidsopties voor de inkomens van medisch specialisten, 2012, p. 10.

26 Deze academische ziekenhuis zijn particuliere ziekenhuizen (stichting en vereniging).

27 Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3, p. 27 (MvT). Zie ook Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 oktober 2001, *KG* 2002, 6 (kliniek is contractant, het maakt niet uit of de kliniek een toegelaten instelling is).

28 Hulppersoon in de zin van artikel 6:76 BW.

29 Zie in die zin ook Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 402; R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 113 en R.P. Wijne, Medische Aansprakelijkheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 113.

30 Zie uitvoerig over dit systeem NZa, Monitor integrale bekostiging medisch specialistische zorg, Utrecht december 2014. Zie voorts Kamerstukken II 2013/14, 32620, nr. 105 (Brief van de Minister van VWS); Kamerstukken II 2013/14, 32620, nr. 114 (Verslag van een schriftelijk overleg); Kamerstukken II 2013/14, 32620, nr. 126 (Verslag van een algemeen overleg); Kamerstukken II 2014/15, 32620, nr. 139 (Brief van de Minister van VWS) en Kamerstukken II 2014/15, 32620, nr. 147 (Verslag van een schriftelijk overleg).

zelfstandig declaratierecht van de vrijgevestigde medisch specialisten aan de zorgverzekeraar komen te vervallen; zij dienen voortaan aan het ziekenhuis te declareren en het ziekenhuis declareert op zijn beurt aan de zorgverzekeraar of de patiënt.[31]

Doel van het systeem van integrale bekostiging is het vormen van een sterke(re) positie ten opzichte van de zorgverzekeraar, hetgeen in het belang zou zijn van zowel het ziekenhuis als de zelfstandig medisch specialist.[32] Het systeem van integrale bekostiging heeft echter tevens tot gevolg dat de medisch specialisten niet langer als ondernemer worden aangemerkt.[33] Teneinde het ondernemerschap te behouden – doen zij niets dan wordt uitgegaan van een fictief loondienstverband –[34], zijn artsen dan ook op andere wijze een verband aangaan met het ziekenhuis waar zij werkzaam (willen) zijn.[35] Vooralsnog is tegen die achtergrond gekozen uit drie samenwerkingsverbanden:
1) artsen hebben zich verenigd in een medisch specialistisch bedrijf (MSB) in de vorm van een maatschap, ook wel samenwerkingsmodel genoemd[36];
2) artsen hebben zich verenigd in een MSB in de vorm van een coöperatie U.A., waarbij de arts zijn onderneming in een besloten vennootschap (bv) heeft ingebracht[37], en de bv door middel van een ledenovereenkomst lid is geworden van de coöperatie U.A., ook wel samenwerkingsmodel genoemd[38];
3) artsen zijn via een specialistencoöperatie U.A. of specialistenmaatschap medeaandeelhouder van een ziekenhuis geworden dat in verband daarmee in een bv respectievelijk vennootschap onder firma (vof) is omgezet, ook wel participatiemodel genoemd.[39]

Vooralsnog is in de meeste gevallen gekozen voor één van de twee samenwerkingsmodellen, omdat deze vorm het meest lijkt op de 'oude' situatie.[40]

In het eerstgenoemde samenwerkingsmodel sluit het MSB, vertegenwoordigd door zijn maten, een collectieve samenwerkingsovereenkomst met het ziekenhuis.[41] In het tweede geval sluit het MSB, vertegenwoordigd door het bestuur van de coöperatie en namens de leden van de coöperatie, een collectieve samenwerkingsovereenkomst met het ziekenhuis. In het derde geval sluit iedere medisch specialist met zijn personal holding via de specialistencoöperatie een participatieovereenkomst met de ziekenhuis-bv of sluit iedere medisch specialist via de specialistenmaatschap een participatieovereenkomst met de ziekenhuis-vof. Ook de stichting – in welke vorm deze ziekenhuizen van oorsprong zijn gegoten – sluit een overeenkomst met de ziekenhuis-bv respectievelijk ziekenhuis-vof.[42]

Terzijde zij over de coöperatie U.A. opgemerkt dat dit een rechtsvorm met rechtspersoonlijkheid is (ingevolge artikel 2:53 BW). De rechtspersoonlijkheid van de coöperatie brengt met zich dat zij eigen rechten en plichten heeft door het aangaan van overeenkomsten met derden. In de regel wordt de coöperatie in en buiten rechte vertegenwoordigd door het bestuur van de coöperatie.[43] Handelt iemand anders namens de coöperatie maar mist hij daartoe de bevoegdheid en is die onbevoegdheid aan derden tegen te werpen, dan is de coöperatie in beginsel niet aan de desbetreffende rechtshandeling gebonden, tenzij sprake is van schijn van bevoegdheid of bekrachtiging.[44]

---

31 Ziekenhuis en medisch specialist maken daarover afspraken, zie ook I. Knotnerus, L. Berndsen en G. Jager, 'Struikelpunten en kansen voor specialist en ziekenhuis', *MC* 14 oktober 2014, p. 17-19. Zie voorts J.G. Sijmons, 'Nieuwe bestuursstructuur door integrale tarieven 2015?', *MC* 14 oktober 2014, p. 8-10 en NZa, Monitor integrale bekostiging medisch specialistische zorg, Utrecht december 2014.

32 Zie het Advies Integrale tarieven medisch specialistische zorg 2015 d.d. 28 juni 2013 van de NZa, p. 7.

33 Zie uitvoerig Kamerstukken II 2013/14, 32620, nr. 105 (Brief van de Minister van VWS) en Kamerstukken II 2014/15, 32620, nr. 139 (Brief van de Minister van VWS).

34 Zie J.G. Sijmons, 'Nieuwe bestuursstructuur door integrale tarieven 2015?', *MC* 14 oktober 2014, p. 8-10.

35 Zie voor voorbeelden nieuwsbericht Zorgvisie MSB Canisius-Wilhelmina Ziekenhuis d.d. 16 oktober 2014 en nieuwsbericht Zorgvisie participatiemodel Catharina Ziekenhuis d.d. 31 oktober 2014. Zie ook (kritisch) I. Knotnerus, L. Berndsen en G. Jager, 'Struikelpunten en kansen voor specialist en ziekenhuis', *MC* 14 oktober 2014, p. 17-19.

36 Alle medisch specialisten zijn (rechtstreeks) maat in de maatschap, zie voor een verduidelijking NZa, Monitor integrale bekostiging medisch specialistische zorg, Utrecht december 2014.

37 Een personal holding-bv, zie ook NZa, Monitor integrale bekostiging medisch specialistische zorg, Utrecht december 2014.

38 Zie voor een verduidelijking NZa, Monitor integrale bekostiging medisch specialistische zorg, Utrecht december 2014.

39 Zie voor een verduidelijking NZa, Monitor integrale bekostiging medisch specialistische zorg, Utrecht december 2014. Zie voor een voorbeeld het Rode Kruis Ziekenhuis te Beverwijk, nieuwsbericht Skipr d.d. 16 januari 2015. 25% Van de aandelen wordt volgens dat bericht uitgegeven aan de medisch specialisten.

40 Zie L. de Kwant, 'Specialisten kiezen voor samenwerkingsmodel', *MC* 7 november 2014; I. Knotnerus, L. Berndsen en G. Jager, 'Struikelpunten en kansen voor specialist en ziekenhuis', *MC* 14 oktober 2014, p. 17-19 en NZa, Monitor integrale bekostiging medisch specialistische zorg, Utrecht december 2014.

41 Zie ook het Model Samenwerkingsovereenkomst d.d. 1 mei 2014 van de Orde van Medisch Specialisten en de toelichting daarop.

42 Zie steeds voor een verduidelijking (met schema) NZa, Monitor integrale bekostiging medisch specialistische zorg, Utrecht december 2014.

43 J.J.A. Hamers. C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman, Handboek Stichting en Vereniging, inclusief coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 211 en 316. Vertegenwoordiging door een ander is ook mogelijk op basis van een verkregen volmacht, zie J.J.A. Hamers. C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman, Handboek Stichting en Vereniging, inclusief coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 213.

44 Zie J.J.A. Hamers. C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman, Handboek Stichting en Vereniging, inclusief coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 219-220.

Het lidmaatschap wordt verkregen door toetreding.[45] Leden van de coöperatie zijn niet persoonlijk aansprakelijk voor de schulden van de coöperatie. De interne organisatie van de coöperatie volgt de structuur van de gewone vereniging, maar anders is dat de coöperatie op winst gericht is en dat een onderneming wordt gedreven ten behoeve van de aangesloten leden, in dit geval de medisch specialisten.[46]
Uit artikel 2:53, eerste lid, BW volgt dat de coöperatie moet voorzien in de stoffelijke behoeften van haar leden; dit moeten blijken uit de statutaire doelomschrijving. De coöperatie moet dat doen door met de leden overeenkomsten aan te gaan van het soort waarvoor de coöperatie gezien haar doelstelling is opgericht. De coöperatie moet om in de stoffelijke behoeften te voorzien een bedrijf uitoefenen of doen uitoefenen. De voordelen van de activiteiten moeten te voordeel strekken van de leden. In economische zin fungeert de coöperatie als een soort verlengstuk van de activiteiten van de aangesloten leden en dient daaraan dienstbaar te zijn.[47]
Een en ander komt er tegen de achtergrond van het medisch specialistisch bedrijf op neer dat de coöperatie winst kan uitkeren aan de medisch specialist, maar bijvoorbeeld ook kosten kan besparen doordat de coöperatie door schaalgrootte en specialisatie onder gunstiger voorwaarden activiteiten kan verrichten dan de medisch specialisten afzonderlijk. De medisch specialist zal op zijn beurt geneeskundige handelingen moeten verlenen, hetgeen zal zijn vastgelegd in de overeenkomst(en) met de coöperatie. De coöperatie kan deze diensten vervolgens aan het ziekenhuis aanbieden, ten behoeve waarvan een collectieve samenwerkings- of dienstverleningsovereenkomst wordt gesloten.

Voormelde vormen van ondernemerschap brengen ondernemersrisico voor de medisch specialist met zich en worden om die reden door de Belastingdienst geaccepteerd. Zij brengen een aantal wijzigingen met zich voor de relatie tussen het ziekenhuis en de medisch specialist.[48]

De integrale bekostiging en de gewijzigde ondernemersvormen brengen mijns inziens echter geen verandering in het antwoord op de vraag wie hulpverlener is in de zin van artikel 7:446, eerste lid, BW. Dit blijft de als zelfstandige werkzame arts, onder wie ook de medisch specialist die zijn beroep in een onderneming uitoefent. De bedoeling van de nieuwe ondernemingsvormen is immers het behoud van de zelfstandigheid/het ondernemerschap van de medisch specialist. Dat het ziekenhuis als gevolg van de integrale bekostiging de einddeclaratie aan de zorgverzekeraar of de patiënt verstuurt, doet daar evenmin aan af; de verandering van het declaratiesysteem heeft 'slechts' tot doel het ziekenhuis en de medisch specialist een sterkere positie te bieden ten opzichte van de zorgverzekeraar en beoogt niet de introductie van een andere rechtsverhouding met de patiënt. Ook onder het 'oude' systeem werd in veel gevallen het honorarium niet rechtstreeks aan de medisch specialist betaald. In dat verband zij nog gewezen op artikel 7:461 BW. Hierin is geen declaratierecht van de medisch specialist ten opzichte van de patiënt vervat. Het artikel kent een uitzondering juist met het oog op aanspraken uit verzekering of andersluidende overeenkomst.[49] Wel is het mijns inziens mogelijk dat als gevolg van de wijze van declareren ten opzichte van de patiënt eerder de schijn wordt gewekt dat het ziekenhuis partij is, en daarmee dus als partij kan worden aangemerkt.
Voorts zij opgemerkt dat het met de gewijzigde rechtsvormen ook niet de bedoeling is geworden dat het MSB zelf (denk dan aan de rechtspersoonlijkheid bezittende coöperatie) de geneeskundige behandelingsovereenkomst met de patiënt sluit.[50] Wel zal in die gevallen waarin de medisch specialist zijn onderneming in een bv is gaan drijven – dit is het geval in de hiervoor genoemde twee en derde optie –, de bv van de medisch specialist contractspartij (kunnen) zijn; de arts zelf is in dienst van die bv.[51]

---

45 J.J.A. Hamers. C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman, Handboek Stichting en Vereniging, inclusief coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 327.

46 J.J.A. Hamers. C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman, Handboek Stichting en Vereniging, inclusief coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 317.

47 J.J.A. Hamers. C.A. Schwarz en D.F.M.M. Zaman, Handboek Stichting en Vereniging, inclusief coöperatie en onderlinge waarborgmaatschappij, Zutphen: Uitgeverij Paris 2013, p. 319-321.

48 Zie voor een aantal wijzigingen J.G. Sijmons, 'Nieuwe bestuursstructuur door integrale tarieven 2015?', *MC* 14 oktober 2014, p. 8-10: correcte nakoming wordt een collectieve verantwoordelijkheid, maar het collectief heeft geen enkele status voor de kwaliteitswetgeving en het tuchtrecht, noch voor Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW, zorgverzekering of prijsregulering en zorgcontractering; de opzegging en schorsing van een individuele toelating wordt vervangen door de ontzegging van de toegang van een individuele medisch specialist, het MSB moet de continuïteit handhaven en individuele specialisten zijn niet langer verplicht een fulltime praktijk te voeren en voor de Raad van Bestuur is het MSB de enige onderhandelingspartner. Zie ook de toelichting op het Model Samenwerkingsovereenkomst d.d. 1 mei 2014 van de Orde van Medisch Specialisten. Dit model gaat uit van een MSB in de vorm van een maatschap. De maten zijn voor gelijke delen aansprakelijk ten opzichte van het ziekenhuis. Zie tot slot NZa, Monitor integrale bekostiging medisch specialistische zorg, Utrecht december 2014, p. 28 en de website <www.intergralebekostiging2015.nl>.

49 Zie Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 448. Zie tevens B. Sluijters en M.C.I.H. Biesaart, De geneeskundige behandelingsovereenkomst, Deventer: Kluwer, tweede druk 2005, p. 128.

50 Zie in dat verband ook het Model Samenwerkingsovereenkomst d.d. 1 mei 2014 van de Orde van Medisch Specialisten.

51 Zie in die zin ook de toelichting op het Model Samenwerkingsovereenkomst d.d. 1 mei 2014 van de Orde van Medisch Specialisten, p. 2. Zie voorts I. Knotnerus, L. Berndsen en G. Jager, 'Struikelpunten en kansen voor specialist en ziekenhuis', *MC* 14 oktober 2014, p. 17-19.

Tot zover mijn visie op de situatie vanaf 1 januari 2015 en ik haast mij op te merken dat in de literatuur ook wel een andere mening is geuit: Meersma en Velink schreven eerder dat als gevolg van het verval van het zelfstandig declaratierecht van de medisch specialist ook de rechtsverhoudingen tussen de medische specialist, het ziekenhuis en de patiënt zou veranderen.[52] Mijns inziens is dit onjuist.

Een eerste aanwijzing daarvoor is gelegen in het feit dat in de Kamerstukken betreffende de invoering van de integrale tarieven niets is geschreven over de rechtsverhouding tussen de medisch specialist en de patiënt. Ik leid daaruit af dat er volgens de Minister van VWS en de Kamerleden op dat vlak geen verandering optreedt.[53]

Een tweede aanwijzing is gelegen in de parlementaire behandeling van (het wetsvoorstel ter zake van) de wijziging van de Ziekenfondswet en de Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen in verband met het invoeren van de aanspraak op medisch-specialistische zorg, verleend door of vanwege een ziekenhuis.[54] Deze wijziging beoogde een integratie van zowel de financiële stromen als de organisatie van de ziekenhuizen en de aldaar werkzame medisch-specialisten onder het toen nog geldende ziekenfondsstelsel en werd ook 'Integratiewet' genoemd.[55] Het ziekenfondsstelsel kende tot dan toe contractuele relaties tussen medisch-specialisten en ziekenfondsen en tussen ziekenhuizen en ziekenfondsen[56], maar dat moest veranderen: er zou voortaan alleen nog een contractuele relatie bestaan tussen het ziekenfonds en het ziekenhuis 'nieuwe stijl' en alleen het ziekenhuis zou dus aan het ziekenfonds mogen declareren.[57] De wijziging was gebaseerd op het advies van de Commissie Modernisering Curatieve Zorg (Commissie Biesheuvel) en maakte deel uit van het regeerakkoord.[58] Het doel was het bevorderen van een doelmatige organisatie van zorg en kostenbeheersing tegen de achtergrond van het feit dat ziekenhuizen en de aldaar werkzame medisch-specialisten voor het overgrote deel onlosmakelijk met elkaar verbonden zijn.[59] Ondanks de voorgestelde wijzigingen werd tijdens de behandeling van de wijzigingen uitdrukkelijk gesteld *'dat de medisch specialist zijn zelfstandigheid zou behouden en dat er geen verandering zou optreden in de relatie tussen de medisch-specialist en de patiënt vanwege het enkele feit dat het ziekenhuis voor de geïntegreerde zorg voortaan zou gaan declareren aan het ziekenfonds'*.[60]
De gelijkenis met het thans ingevoerde systeem van integrale bekostiging is groot, hetgeen de conclusie dat ook de huidige integrale bekostiging geen wijziging voor de rechtsverhouding met zich brengt, rechtvaardigt.

Een derde aanwijzing is gelegen in het feit dat ook de ziekenhuizen en de medisch specialisten zelf er blijkens door hunzelf opgestelde overeenkomst(en) vanuit gaan dat de medisch specialist zelfstandig een overeenkomst sluit met de patiënt.[61]

Wat de artsen in loondienst betreft is mijns inziens evenmin een verandering opgetreden, al zijn de medisch specialisten met de invoering van de integrale tarieven per 1 januari 2015 door de overheid gestimuleerd om een loondienstverband aan te gaan met het ziekenhuis.[62]

---

52 C. Velink en K. Meersma, 'Het lot van de geneeskundige behandelingsovereenkomst', *MC* 14 oktober 2014, p. 20-22.

53 Kamerstukken II 2013/14, 32620, nr. 105 (Brief van de Minister van VWS); Kamerstukken II 2013/14, 32620, nr. 114 (Verslag van een schriftelijk overleg); Kamerstukken II 2013/14, 32620, nr. 126 (Verslag van een algemeen overleg); Kamerstukken II 2014/15, 32620, nr. 139 (Brief van de Minister van VWS) en Kamerstukken II 2014/15, 32620, nr. 147 (Verslag van een schriftelijk overleg).

54 Kamerstukken 25258 en Wet van 24 december 1998 tot wijziging van de Ziekenfondswet en de Wet op de toegang tot ziektekostenverzekeringen in verband met het invoeren van de aanspraak op medisch-specialistische zorg, verleend door of vanwege een ziekenhuis. De wet is op 1 januari 2006 vervallen in verband met de inwerkingtreding van de Zorgverzekeringswet.

55 Kamerstukken II 1996/97, 25258, nr. 3, p. 1-6 (MvT); Kamerstukken II 1996/97, 25258, nr. 9, p. 4-5 (Verslag) en Kamerstukken I 1998/99, 25258, nr. 61, p. 1-2 (Nadere MvA). Zie voorts J.H. Hubben, 'De Integratiewet Gewijzigde verhouding ziekenhuis-specialist-patiënt-verzekeraar, *TvGR* 1999, nr. 6, p. 346-358.

56 Zie voor een toelichting J.H. Hubben, 'De Integratiewet Gewijzigde verhouding ziekenhuis-specialist-patiënt-verzekeraar, *TvGR* 1999, nr. 6, p. 346-358.

57 Kamerstukken II 1996/97, 25258, nr. 3, p. 5 (MvT) en Kamerstukken I 1998/99, 25258, nr. 61, p. 3 (Nadere MvA). Zie voorts Commissie Modernisering Curatieve Zorg, Gedeelde zorg: betere zorg, Ministerie van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur, Rijswijk 1994, p. 81. Zie tevens J.H. Hubben, 'De Integratiewet Gewijzigde verhouding ziekenhuis-specialist-patiënt-verzekeraar, *TvGR* 1999, nr. 6, p. 346-358.

58 Commissie Modernisering Curatieve Zorg, Gedeelde zorg: betere zorg, Ministerie van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur, Rijswijk 1994. Zie ook Kamerstukken II 1996/97, 25258, nr. 3, p. 1-2 (MvT). Opgemerkt wordt dat de Commissie Modernisering Curatieve Zorg ook toen al wees op de figuur van het Medisch Specialist Bedrijf, zie Commissie Modernisering Curatieve Zorg, Gedeelde zorg: betere zorg, Ministerie van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur, Rijswijk 1994, p. 31-35, 46-47, 73-74 en 81-82.

59 Kamerstukken II 1996/97, 25258, nr. 3, p. 1-3 (MvT); Kamerstukken II 1996/97, 25258, nr. 9, p. 14 (Verslag) en Kamerstukken I 1998/99, 25258, nr. 61, p. 1-2 (Nadere MvA). Zie ook Commissie Modernisering Curatieve Zorg, Gedeelde zorg: betere zorg, Ministerie van Welzijn, Volksgezondheid en Cultuur, Rijswijk 1994, p. 26 en 31-36.

60 Kamerstukken II 1997/98, 25258, nr. 13 (Brief van de Minister van VWS); Kamerstukken II 1997/98, 25258, nr. 10, p. 5-6 (Nota naar aanleiding van het verslag) en Kamerstukken I 1998/99, 25258, nr. 61, p. 4-7 (Nadere MvA). Zie tevens J.H. Hubben, 'De Integratiewet Gewijzigde verhouding ziekenhuis-specialist-patiënt-verzekeraar, *TvGR* 1999, nr. 6, p. 346-358.

61 Zie bijvoorbeeld artikel 1, zesde en zevende lid, Model Samenwerkingsovereenkomst OMS (fiscaal transparant) d.d. 4 juli 2014 en artikel 1, zesde en zevende lid, Model Samenwerkingsovereenkomst OMS (fiscaal niet transparant) d.d. 4 juli 2014.

62 Zie voor een verduidelijking NZa, Monitor integrale bekostiging medisch specialistische zorg, Utrecht december 2014. Zie voorts het rapport van de Orde van Medisch Specialisten, 'De Overstap van vrij beroep naar dienstverband', Utrecht 2014.

Omdat met het verlies van het ondernemerschap schade wordt geleden, is van overheidswege een subsidieregeling vastgesteld.[63] Deze regeling komt er op neer dat de Minister van VWS op aanvraag een subsidie kan verstrekken ter hoogte van € 100.000,-. De tijd moet uitwijzen of de wens van de overheid uitkomt. Vooralsnog geven veel medisch specialisten de voorkeur aan het MSB.[64]

3. Aansprakelijkheid van de medisch specialist en het ziekenhuis

3.1 Aansprakelijkheid tot 1 januari 2015

Het civiele aansprakelijkheidsrecht kent ten eerste de tekortkoming in de nakoming van een contractuele verplichting als grondslag voor een recht op schadevergoeding (artikel 6:74 BW). Deze grondslag veronderstelt de aanwezigheid van een overeenkomst tussen de hulpverlener en de patiënt, welke overeenkomst doorgaans een behandelingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:446 BW zal zijn. Eén van de verplichtingen van de hulpverlener uit hoofde van de behandelingsovereenkomst betreft de plicht zich bij zijn werkzaamheden te gedragen als een 'goed hulpverlener', neergelegd in artikel 7:453 BW. Het artikel behelst een zorgvuldigheidsnorm die de maatstaf van 'juist' gedrag weergeeft. Neemt de hulpverlener deze zorgvuldigheidsnorm niet in acht, dan schiet hij tekort en is hij verplicht tot vergoeding van de daardoor geleden schade, tenzij de tekortkoming de hulpverlener niet kan worden toegerekend, zoals volgt uit artikel 6:74 BW in samenhang gelezen met artikel 6:75 BW.[65]

Een en ander betekende tot 1 januari 2015 dat de medisch specialist die op basis van een toelatingsovereenkomst in het ziekenhuis werkte aansprakelijk kon worden gesteld op basis van een tekortkoming in de nakoming van de verplichting zich als goed hulpverlener te gedragen. Deze medisch specialist werd immers als hulpverlener in de zin van artikel 7:446, eerste lid, BW gezien en sloot een behandelingsovereenkomst met de patiënt.

Was de medisch specialist in loondienst van het ziekenhuis, dan kon het ziekenhuis aansprakelijk worden gesteld op basis van de tekortkoming van de medisch specialist (artikel 6:74 BW). De medisch specialist was dan immers als hulppersoon van het ziekenhuis te beschouwen (artikel 6:76 BW), het ziekenhuis zelf als hulpverlener in de zin van artikel 7:446, eerste lid, BW en het ziekenhuis werd als contractspartij van de patiënt aangemerkt. De medisch specialist zelf zou eventueel op de grondslag van de onrechtmatige daad aansprakelijk kunnen worden gesteld (artikel 6:162 BW).[66]

Het ziekenhuis kon ook aansprakelijk worden gesteld op basis van artikel 7:462 BW, het artikel dat de centrale aansprakelijkheid van ziekenhuizen regelt. De centrale aansprakelijkheid is een vorm van mede-aansprakelijkheid van het ziekenhuis dat geen partij is bij de behandelingsovereenkomst; in die gevallen sloot de patiënt dus *alleen* een behandelingsovereenkomst met de zelfstandig medisch specialist. De mede-aansprakelijkheid van het ziekenhuis ontstond wanneer de zelfstandig arts tekortschoot in één van de op hem rustende verplichtingen én de (ter discussie gestelde) geneeskundige behandeling plaatsvond binnen de muren van het ziekenhuis.[67]

3.2 Aansprakelijkheid na 2015

Worden voormelde grondslagen betrokken op de veranderingen in de rechtsverhoudingen zoals geschetst in paragraaf 2, dan kan worden geconcludeerd dat er in beginsel geen verandering optreedt in de aansprakelijkheid van de medisch specialist. De als zelfstandig ondernemer werkende medisch specialist die een overeenkomst heeft gesloten met de patiënt is en blijft aansprakelijk als hij tekortschiet in de verplichtingen die de contractuele rechtsverhouding met de patiënt van hem eist (artikel 6:74 BW). Hij is immers de hulpverlener in de zin van artikel 7:446, eerste lid, BW en contractspartij van de patiënt. Wordt er echter vanuit gegaan dat de bv

---

63 Regeling van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 2 september 2014, houdende regels voor een subsidie voor het faciliteren van medisch specialisten bij de overgang naar integrale tarieven voor medisch specialistische zorg en kaakchirurgie (Subsidieregeling overgang integrale tarieven medisch specialistische zorg), Stcrt. 2014, nr. 26413, gewijzigd bij Regeling van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 20 november 2014, kenmerk 687074-129150-CZ, houdende wijziging van de Subsidieregeling overgang integrale tarieven medisch specialistische zorg, Stcrt. 2014, nr. 33805.

64 Zie L. de Kwant, 'Specialisten kiezen voor samenwerkingsmodel', *MC* 7 november 2014 en NZa, Monitor integrale bekostiging medisch specialistische zorg, Utrecht december 2014.

65 Zie uitvoeriger over de grondslagen voor aansprakelijkheid en in het bijzonder de tekortkoming in de nakoming als grondslag R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 193-279 evenals R.P. Wijne, Medische Aansprakelijkheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 199-288.

66 R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 255 evenals R.P. Wijne, Medische Aansprakelijkheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 263 met verwijzing naar Rechtbank 's-Gravenhage 12 juli 2000, *VR* 2001, 20.

67 Zie uitvoeriger over de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 307-314 evenals R.P. Wijne, Medische Aansprakelijkheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 318-326.

van de medisch specialist de behandelingsovereenkomst met de patiënt sloot, dan kan ook de bv aansprakelijk worden gesteld. Dit is dus een verandering ten opzichte van de huidige situatie.
Mede-aansprakelijk is het ziekenhuis binnen wiens muren de behandeling plaatsvond, zulks op grond van artikel 7:462 BW.

Is de medisch specialist in loondienst van een ziekenhuis, dan is het ziekenhuis hulpverlener en contractspartij van de patiënt en kan het ziekenhuis worden aangesproken wegens een tekortkoming van zijn hulppersoon, de medisch specialist (artikel 6:74 BW in samenhang gelezen met artikel 6:76 BW).

Dit betreft wederom mijn visie, doch andere geluiden heb ik op dit vlak niet vernomen. Meersma en Velink menen evenzeer dat er geen verandering optreedt, maar wel zij opgemerkt dat zij hun conclusie dienaangaande baseren op een andere vooronderstelling: patiënten sluiten in verband met het vervallen van het zelfstandig declaratierecht van de medisch specialist naar hun mening in bijna alle gevallen een behandelingsovereenkomst met het ziekenhuis en dus zijn de ziekenhuizen doorgaans aansprakelijkheid op grond van artikel 6:74 BW. De centrale aansprakelijkheid zou in hun visie dan ook een minder grote rol gaan spelen.[68] 'Aan de buitenkant' ziet de patiënt echter geen verschil.

4. Conclusie

In de inleiding merkte ik op dat het duidelijk mocht zijn dat er met ingang van 1 januari 2015 veel veranderd is voor de medisch specialist en de ziekenhuizen. Van groot belang zijn de wijzigingen in de wijze van declareren, de organisatie van de ziekenhuizen en natuurlijk de wijzigingen in de wijze waarop het ondernemerschap wordt vormgegeven. Ik vroeg mij in dat verband af wat het effect daarvan kon zijn op de rechtsverhouding tussen de medisch specialist en de patiënt en de aansprakelijkheid van de medisch specialist voor een eventuele fout, zulks mede in het licht van de in de literatuur beschreven opvatting dat de rechtsverhouding zou wijzigen.
Mijn conclusie is echter dat er weinig verandert. De als zelfstandige werkende medisch specialist zal contractspartij blijven ook al gaat hij zijn beroep in een andere ondernemingsvorm uitoefenen. Ik heb voor deze conclusie drie argumenten aangedragen. Een klein verschil met de situatie voor 1 januari 2015 kan zijn gelegen in het feit dat een besloten vennootschap een rechtspersoon is en dus zelf overeenkomsten kan sluiten. Medisch specialisten die hun beroep met ingang van 1 januari 2015 zijn gaan uitoefenen in de vorm van een bv zouden dus hun bv als contractspartij naar voren kunnen schuiven. Dit laatste betekent ook dat de bv bij een eventuele fout aansprakelijk moet worden gesteld. Voor het overige verandert ook op het terrein van de aansprakelijkheid naar mijn mening niets.
Hoe dan ook is het voor diegenen voor wie medische aansprakelijkheid geen dagelijkse kost is, goed de rechtsverhoudingen steeds weer opnieuw te bezien, voordat tot een aansprakelijkstelling wordt overgegaan. Naar ik hoop levert dit korte artikel daaraan een bijdrage.

[68] C. Velink en K. Meersma, 'Het lot van de geneeskundige behandelingsovereenkomst', *MC* 14 oktober 2014, p. 20-22.

ArbeidsRecht. Maandblad voor de praktijk, De bijzondere positie van de medisch specialist; 5 jaar later

Klik hier om het document te openen in een browser venster

Vindplaats:	ArbeidsRecht 2014/38	**Bijgewerkt tot:**	22-07-2014
Auteur:	S.J. van IJsendoorn en I.J. de Laat[1]		

De bijzondere positie van de medisch specialist; 5 jaar later

Samenvatting

De bijzondere positie van de medisch specialist in het Nederlandse arbeidsrecht komt erop neer dat de hij op drie verschillende manieren aan een ziekenhuis verbonden kan zijn, te weten op basis van een ambtelijke aanstelling, een arbeidsovereenkomst of een toelatingsovereenkomst. In 2009 werd door de auteurs geconcludeerd dat, gezien het feit dat de medisch specialist meer en meer op een ‘gewone’ werknemer begon te lijken, het voor de hand lag de relatie ook op die manier in te richten. In dit artikel wordt aan de hand van ontwikkelingen in de zorg onderzocht of deze conclusie vijf jaar later nog steeds kan worden getrokken.

Bijzondere positie

In 2009 schreven wij reeds over de bijzondere positie die de medisch specialist inneemt in het Nederlandse arbeidsrecht.[2] Deze bijzondere positie komt erop neer dat de medisch specialist op drie verschillende manieren aan een ziekenhuis verbonden kan zijn, te weten op basis van een ambtelijke aanstelling, een arbeidsovereenkomst of een toelatingsovereenkomst. De belangrijkste vraag die in ons artikel aan de orde kwam, was of door de ontwikkelingen in de zorg de relatie tussen vrijgevestigde medisch specialist en ziekenhuis nog wel op de huidige wijze kon blijven voortbestaan. Wij concludeerden dat gezien het feit dat de medisch specialist meer en meer op een ‘gewone’ werknemer begon te lijken, het voor de hand lag de relatie ook op die manier in te richten. In dit artikel zullen wij bespreken of onze conclusie nog steeds van toepassing is, onder meer door de in 2011 doorgevoerde wijzigingen in de toelatingsovereenkomst te bespreken. Ook komen de wijzigingen met betrekking tot het fiscaal ondernemerschap aan de orde zoals die gaan gelden per 1 januari 2015 en de vraag of bij het uitwerken van nieuwe ‘besturingsmodellen’ de kwaliteit van zorg wel in ogenschouw is genomen.

De toelatingsovereenkomst

De grondslag voor de rechtsverhouding tussen een medisch specialist en een ziekenhuis is een ambtelijke aanstelling, een arbeidsovereenkomst of een toelatingsovereenkomst. Deze laatste is een overeenkomst sui generis, met elementen van zowel de arbeids- als de opdrachtovereenkomst.[3] De rechtsverhouding wordt verder bepaald door afspraken die op collectief niveau tot stand zijn gekomen en doorwerken in de individuele overeenkomst. Dat betreft ten eerste afspraken die medisch specialisten onderling maken in de medische staf, de vakgroep of de maatschap. Daarnaast betreft het afspraken tussen het ziekenhuis en de (verenigde) medisch specialisten die worden vastgelegd in het Document Medische Staf (‘DMS’). Dit is een raamwerk voor regelingen op collectief niveau over onder meer kwaliteit, de bedrijfsorganisatie en de verantwoordelijkheidsverdeling. In het DMS kan bijvoorbeeld ook de methodiek en systematiek voor de beoordeling van het functioneren van medisch specialisten worden vastgelegd.

Een ruime meerderheid van de medisch specialisten[4] is werkzaam op basis van een toelatingsovereenkomst, de zogenaamde ‘vrijgevestigde medisch specialisten’. De belangrijkste reden voor het aangaan van een toelatingsovereenkomst[5] in plaats van een arbeidsovereenkomst is financieel van aard. De Belastingdienst merkt medisch specialisten met een toelatingsovereenkomst aan als zelfstandigen in de zin van art. 3.4 Wet op de

Dit document is gegenereerd op 04-08-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

inkomstenbelasting 1964, met alle fiscale voordelen van dien.
In ons vorige artikel lichtten wij reeds toe dat de Orde van Medisch Specialisten (‘OMS’) en de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen (‘NVZ’) een Model Toelatingsovereenkomst (hierna: ‘MTO’) hebben opgesteld. Ten tijde van ons vorige artikel was de MTO voor het laatst herzien in 2006. Ons belangrijkste kritiekpunt op de versie van de MTO uit 2006 was dat de kwaliteit van de zorg onvoldoende gewaarborgd kon worden doordat het ziekenhuis op basis van de toelatingsovereenkomst onvoldoende invloed kon uitoefenen op de door de medisch specialisten verleende zorg. Gezien het feit dat het ziekenhuis mede aansprakelijk is voor de door de medisch specialist geleverde zorg, was dit naar onze mening een cruciaal punt.
Ook uit andere hoeken kwam de roep om verduidelijking van de verhouding tussen het ziekenhuis en de medisch specialisten en de verantwoordelijkheidsverdeling voor de kwaliteit van zorg. Naar aanleiding van de casus van neuroloog Jansen in het Medisch Spectrum Twente werd een rapport opgesteld.[6] Een belangrijke aanbeveling was dat de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de Raad van Bestuur en medici voor wat betreft de kwaliteit van zorg verduidelijkt moest worden. Daarnaast diende het medisch specialistisch handelen inzichtelijk en toetsbaar te zijn, bijvoorbeeld in een vorm van intercollegiale toetsing. In de casus Jansen was voor de Raad van Bestuur en de leden van de vakgroep neurologie namelijk al lange tijd duidelijk dat de samenwerking en de dossiervoering ondermaats was. Onduidelijk was echter wie daar de verantwoordelijkheid voor had. De schade werd daardoor (onnodig) omvangrijk.
Dat het kwaliteitssysteem van ziekenhuizen niet sluitend was, werd in 2010 ook vastgesteld in een advies van de Raad van de Volksgezondheid & Zorg (‘RVZ’).[7] Geconcludeerd werd dat de Raad van Bestuur weliswaar eindverantwoordelijk is voor de kwaliteit van zorg, maar dat zij deze verantwoordelijkheid onvoldoende kan waarmaken omdat medisch specialisten geen verantwoording aan haar afleggen. Met name het feit dat de Raad van Bestuur onvoldoende informatie krijgt, maakt dat zij onvoldoende op kwaliteit(sverbetering) kan sturen. Volgens de RVZ was de overeenkomst tussen het ziekenhuis en de medisch specialist het aangrijpingspunt om dit te veranderen. Zij pleitte voor de ontwikkeling van een toetsings- en beoordelingskader voor het functioneren van medisch specialisten. Op basis hiervan zouden medisch specialisten periodiek verantwoording af dienen te leggen over hun functioneren aan de Raad van Bestuur. Deze verantwoordingsplicht zou contractueel vastgelegd moeten worden.

Nieuw Model Toelatingsovereenkomst

De kritiek dat de MTO uit 2006 onvoldoende duidelijk was over de verantwoordelijkheidsverdeling met betrekking tot de kwaliteit van zorg en onvoldoende mogelijkheden bood voor het ziekenhuis om op kwaliteit te sturen, werd dus breed gedragen. Daarnaast speelde een rol dat door een wijziging in de Wet marktordening gezondheidszorg voorzienbaar werd dat de fiscale positie van de medisch specialist zou veranderen.[8] De Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, de OMS en de NVZ kwamen daarom in 2010 een Onderhandelingsresultaat overeen over de budgettering van honoraria en afgesproken werd dat een aantal aspecten van het Onderhandelingsresultaat in een nieuwe MTO zou worden vastgelegd.
De OMS en de NVZ hebben vervolgens in 2011 een nieuwe MTO tot stand gebracht (‘MTO 2011’). Zij hebben gezocht naar een formulering van een toekomstbestendig model dat bij wijzigingen in wet- en regelgeving niet steeds opnieuw aangepast behoefde te worden en waarbij tevens de verhouding tussen het ziekenhuis en de vrijgevestigde medisch specialist tegen het licht is gehouden.[9]

Andere insteek

Allereerst is gelet op de ontwikkelingen in de zorg in de MTO 2011 gekozen voor een andere insteek. Waar de oorsprong van de MTO was dat de medisch specialist werd toegelaten tot het ziekenhuis om als vrij beroepsbeoefenaar gebruik te kunnen maken van de ruimte, het personeel en de outillage van ziekenhuis, wordt in de MTO 2011 uitgegaan van een samenwerking die wordt aangegaan door het ziekenhuis en de medisch specialist. De samenwerking is gericht op het verlenen van medisch specialistische zorg. Enerzijds heeft dit te maken met de gedeelde verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van zorg. Anderzijds is deze nieuwe insteek ingegeven door productieafspraken en honoraria.

Dit document is gegenereerd op 04-08-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

Verantwoordelijkheidsverdeling

Ten aanzien van de kwaliteit en kwantiteit van de medisch specialistische zorg geldt dat op basis van de MTO 2011 het ziekenhuis en de medisch specialist zich hier gezamenlijk voor verantwoordelijk dienen te achten. Dit komt onder meer tot uiting in het feit dat zowel de medisch specialist als het ziekenhuis een geneeskundige behandelingsovereenkomst sluiten met de patiënt. In de Kwaliteitswet zorginstellingen is al sinds de jaren negentig vastgelegd dat de Raad van Bestuur eindverantwoordelijk is voor de kwaliteit van zorg (‘De zorgaanbieder biedt verantwoorde zorg aan’). In de praktijk was hier desondanks onduidelijkheid over. In de MTO 2011 is verduidelijkt dat de medisch specialist de primaire verantwoordelijkheid heeft over de door hem te verlenen zorg.[10] Daarnaast is vastgelegd dat de medisch specialist samen met de andere medisch specialisten in het samenwerkingsverband de patiëntenzorg verzorgt, waarbij aspecten als productie, kwaliteit, continuïteit en beschikbaarheid worden afgestemd. Naar aanleiding van de eerder aangehaalde casus Jansen is in de MTO 2011 de mogelijkheid geboden om een medisch specialist als manager van het samenwerkingsverband aan te stellen met door het bestuur gemandateerde bevoegdheden gericht op het functioneren van het samenwerkingsverband.[11]
Ten opzichte van de patiënt nemen het ziekenhuis en de medisch specialist de zorg van een goed hulpverlener in acht ex art. 7:453 BW. Artikel 10 van de MTO 2011 vult deze professionele standaard nader in en bepaalt dat de medisch specialist handelt overeenkomstig de kwaliteits- en veiligheidsrichtlijnen van de landelijke wetenschappelijke vereniging op het gebied van zijn specialisme. Vergeleken met de eerdere versie van de MTO houdt dat in dat de kwaliteit van zorg meer wordt gekoppeld aan de richtlijnen van de wetenschappelijke verenigingen dan aan de wet. Voor het ziekenhuis geldt de verplichting om de zorg zodanig te organiseren dat steeds sprake is van verantwoorde en veilige zorg. In dat kader verbindt de medisch specialist zich om mee te werken aan het door het ziekenhuis vastgestelde kwaliteits- en veiligheidsbeleid.

Sturen op kwaliteit

Nieuw en wezenlijk anders is dat in de MTO 2011 geregeld is dat medisch specialisten periodiek verantwoording moeten afleggen aan het bestuur over de kwantiteit en de kwaliteit van de door hem geleverde medisch specialistische zorg. Belangrijk in het kader van het functioneren van de medisch specialist is daarnaast dat hij verplicht is om deel te nemen aan de evaluatie van het individuele functioneren van de medisch specialist onder verantwoordelijkheid van de medisch staf (‘IFMS’). De uitkomsten daarvan worden teruggekoppeld aan de Raad van Bestuur. Naar aanleiding van de verantwoording vindt door partijen een evaluatie plaats van het functioneren van de medisch specialist.[12] Ten opzichte van de MTO 2006 is dit wat ons betreft een goede stap om de kwaliteit van zorg te waarborgen.
Concluderend komt de MTO 2011 erop neer dat het ziekenhuis en de medisch specialist samen zorg verlenen, maar daarbij wel ieder hun eigen verantwoordelijkheid hebben. Ter verduidelijking van de verantwoordelijkheidsverdeling is in de MTO 2011 de aanwijzingsbevoegdheid van het ziekenhuis aangepast.[13] Gelet op de wettelijke eindverantwoordelijkheid van het ziekenhuis voor de kwaliteit van zorg en de eindverantwoordelijkheid van het bestuur voor de exploitatie en de continuïteit van het ziekenhuis, kan het bestuur aanwijzingen geven aan medisch specialisten omtrent de kwaliteit, veiligheid en organisatie van de zorg. Ten aanzien van de medisch inhoudelijke zorg aan individuele patiënten mag het ziekenhuis geen aanwijzingen geven. Nieuw is dat het ziekenhuis geen disciplinaire maatregelen (schriftelijke waarschuwing, schorsing voor bepaalde tijd) meer kan opleggen. In die zin geeft de MTO 2011 een verduidelijking van de verantwoordelijkheden, maar geldt daarnaast dat de aanwijzingsbevoegdheid ten opzichte van de MTO 2006 is ingeperkt. Dit is op zichzelf opmerkelijk. Immers, het ziekenhuis krijgt in de MTO 2011 meer mogelijkheden om te sturen op de kwaliteit van zorg, maar kan dus minder handhaven indien medisch specialisten niet meewerken. Bij (een vermoeden van) disfunctioneren is het ziekenhuis aangewezen op non-actief stelling of beëindiging van de toelatingsovereenkomst. Dat laatste kan door middel van opzegging, bijvoorbeeld indien de medisch specialist in ernstig verzuim blijft van nakoming van de toelatingsovereenkomst of indien hij niet meer de bekwaamheid of geschiktheid blijkt te bezitten om zijn praktijk uit te oefenen.[14]

Dit document is gegenereerd op 04-08-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

Visiedocument

In december 2013 hebben de OMS en de Wetenschappelijke Verenigingen een visiedocument opgesteld.[15] Hierin werd ingegaan op de verantwoordelijkheidsverdeling en het functioneren van de medisch specialist. Uitgangspunt was dat de kwaliteit van de Nederlandse zorg goed is. Het doel van het visiedocument was de kwaliteit van zorg te handhaven en het optimaal functioneren van de medisch specialist te bevorderen. Daarbij werd vooral gewezen op een goede verantwoordelijkheidsverdeling en het belang van een aantal bestaande kwaliteitsbevorderende activiteiten: IFMS, kwaliteitsvisitatie door de wetenschappelijke vereniging, regelmatige bij- en nascholing, het systeem van herregistratie bij het College Geneeskundige Specialismen en het modelreglement ‘mogelijk disfunctionerend medisch specialist’.

Fiscale wijzigingen

Naast de ontwikkelingen op het gebied van de toelatingsovereenkomst, staat de ziekenhuizen en medisch specialisten per 1 januari 2015 een belangrijke fiscale wijziging te wachten die eveneens belangrijke gevolgen zal hebben voor de positie van de vrijgevestigde medisch specialist. Voor de medisch specialist die werkzaam is op basis van een arbeidsovereenkomst of een ambtelijke aanstelling zijn deze wijzigingen niet direct van belang. Allereerst vindt er een verandering plaats in de bekostiging van de medisch specialistische zorg. Waar de vergoeding voor de geleverde zorg op dit moment bestaat uit een ‘instellingsdeel’ en een ‘honorariumdeel’, worden met ingang van 1 januari 2015 integrale tarieven ingevoerd. In de huidige situatie is het onderscheid tussen het deel van het tarief dat voor de zorginstelling bestemd is (het instellingsdeel) en het deel van het tarief dat voor de medisch specialist bestemd is (het honorariumdeel) op voorhand helder. In 2015 zullen ziekenhuis en de vrijgevestigde medisch specialist in onderhandeling moeten treden over de honoraria van medisch specialisten en de prestatie die daar tegenover staat. Door deze wijziging naar het integrale bekostigingsmodel kan de vrijgevestigde medisch specialist niet meer zelfstandig via het ziekenhuis declareren aan de zorgverzekeraar. Hiermee komt een belangrijk fundament van het zelfstandig ondernemerschap te vervallen.
De tweede wijziging ziet op de fiscale voordelen die vrijgevestigde medisch specialisten op dit moment genieten. Tot 1 januari 2015 geldt de ruling van het Ministerie van Financiën[16] dat specialisten die aan bepaalde voorwaarden voldoen als ondernemer kwalificeren. Een van deze voorwaarden is dat medisch specialisten een zelfstandig declaratierecht hebben. Dit recht komt als hiervoor omschreven per 1 januari 2015 te vervallen. Andere voorwaarden zijn ‘het deelnemen aan een collectief ‘ en ‘een toelatingsovereenkomst op basis van het nieuwe MTO hebben gesloten’. In de praktijk werkt deze ruling als een collectieve VAR-Wuo.[17] In het regeerakkoord[18] is opgenomen dat deze ruling komt te vervallen. Dit betekent dat het ondernemerschap van de medisch specialisten door de fiscus zal worden beoordeeld aan de hand van de reguliere wet- en regelgeving. Uit de jurisprudentie zijn drie cumulatieve voorwaarden af te leiden waaraan een medisch specialist zal moeten voldoen om te kwalificeren als ondernemer. Het gaat hier om de continuïteits-, zelfstandigheids-, en risicovoorwaarde.[19] Het eerste criterium houdt in dat de medisch specialist duurzame ondernemersactiviteiten moet uitoefenen. Aan dit criterium zou voldaan moeten kunnen worden. De twee andere criteria zijn lastiger. Op grond van de zelfstandigheidsvoorwaarde moet de medisch specialist voldoende zelfstandigheid hebben ten opzichte van zijn opdrachtgever. Dit betekent onder meer het hebben van meerdere opdrachtgevers, beschikken over eigen instrumenten, zelfstandig cliënten (patiënten) werven en onder eigen naam factureren. Of aan dit criterium is voldaan is ter beoordeling aan de Belastingdienst. In de markt wordt er al rekening mee gehouden dat de medisch specialist niet aan dit vereiste zal voldoen.[20] Hetzelfde geldt voor de risicovoorwaarde. Het risico dat medisch specialisten lopen is beperkt zodat maar zeer de vraag of dit voldoende risico is om ondernemerschap te kunnen onderbouwen. Dit betekent dat als er niets verandert in de feitelijke situatie, de meeste vrijgevestigde medisch specialisten per 2015 niet meer als ondernemer kwalificeren. De consequentie zal dan zijn dat in de ogen van de Belastingdienst sprake is van een fictieve dienstbetrekking zodat loonheffingen zullen moeten worden ingehouden.

Nieuwe besturingsmodellen

Al geruime tijd zijn de medisch specialisten en hun fiscale adviseurs bezig met het ontwikkelen van verschillende

Dit document is gegenereerd op 04-08-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

nieuwe besturingsmodellen om zo hun fiscale status als ondernemer te behouden. Uit een enquête die door de OMS is gehouden blijkt dat bijna alle vrijgevestigde specialisten voorbereidingen treffen om hun status als ondernemer te behouden.[21] Dit terwijl de bedoeling van de minister juist was om loondienst te bevorderen. Zo liet minister Plasterk tijdens de behandeling van de Wet Normering Topinkomens in maart 2014 in de Tweede Kamer weten dat minister Schippers er alles aan doet om de medisch specialisten in loondienst te krijgen met onder meer als doel op die manier een 'dempende werking' op het inkomen te bewerkstelligen.[22]
De belangrijkste opties voor de medisch specialisten na 1 januari 2015 zijn 1) mede-eigenaar worden van het ziekenhuis ('het Participatiemodel'); óf 2) de oprichting van een Medisch Specialistisch Bedrijf ('het Samenwerkingsmodel'). Daarnaast blijft natuurlijk de mogelijkheid van loondienst. Het voert voor dit artikel te ver om beide opties helemaal uit te werken. Kort gezegd houdt het Participatiemodel in dat de medisch specialisten participeren in het ziekenhuis door middel van een aandelenbelang. Dit kan op verschillende manieren worden vormgegeven. Een van de manieren is het 'niet-transparante model'. In dit model is kort gezegd een deel van de medisch specialisten via hun personal holding lid in een coöperatie. Deze coöperatie krijgt vervolgens een aandelenbelang in het ziekenhuis. Het ziekenhuis sluit vervolgens dienstverleningsovereenkomsten met de personal holding van de medisch specialisten, op basis waarvan de specialisten werkzaamheden verrichten voor het ziekenhuis.[23] Het Samenwerkingsmodel komt er op een samenwerking tussen twee zelfstandige entiteiten, het ziekenhuis en het Medisch Specialistisch bedrijf ('MSB'). Het MSB is de entiteit waarin alle specialisten zich hebben verenigd, in loondienst dan wel als eigenaar.[24] Tussen het ziekenhuis en het MSB wordt een samenwerkingsovereenkomst gesloten waarin onder meer de onderlinge verdeling van verantwoordelijkheden en governance-aspecten worden geregeld. De meeste medisch specialisten lijken te gaan kiezen voor het Samenwerkingsmodel.
De Staatssecretaris van Financiën heeft op 18 december 2013 bevestigd dat het uitgangspunt is dat beide modellen – die beiden verschillende varianten kennen – leiden tot ondernemerschap van de medisch specialisten, waarbij vanzelfsprekend het voorbehoud wordt gemaakt dat beoordeling van individuele situaties aan de hand van feiten en omstandigheden zal plaatsvinden.[25] Fiscaal gezien kunnen deze modellen dan wel een passende oplossing zijn, er is veel kritiek op deze oplossingen vanuit het oogpunt van kwaliteit, financiën en governance.[26] Ten aanzien van de kwaliteit van de zorg is bijvoorbeeld maar zeer de vraag of ziekenhuizen niet nog minder mogelijkheden krijgen om medisch specialisten aan te spreken op hun functioneren. Bijvoorbeeld in het Samenwerkingsmodel sluit het ziekenhuis een samenwerkingsovereenkomst met het MSB en heeft – in principe – geen afzonderlijke relatie met de individuele medisch specialist, laat staan een instructiebevoegdheid. De OMS en de NVZ gaan ervan uit dat in de samenwerkingsovereenkomst een variabel onderdeel van de beloning kan worden gekoppeld aan KPI's op het gebied van onder meer kwaliteit.[27] Het is wat ons betreft de vraag of ziekenhuizen op deze wijze hun verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de zorg en daarmee voor het functioneren van de medisch specialisten voldoende kunnen borgen.

Heeft de MTO nog toekomst?

Nog los van de inhoudelijke kritiek op de nieuwe besturingsmodellen, doet zich ook de vraag voor hoe deze modellen zich verhoudingen tot de MTO. Het is wat ons betreft opmerkelijk dat men in de zorg de afgelopen jaren zijn uiterste best heeft gedaan om door middel van aanpassing van de MTO de kwaliteit van zorg zo veel mogelijk te waarborgen, maar nu de MTO op geen enkele wijze laat terugkomen in de uitwerking van de nieuwe besturingsmodellen. Het is de vraag of dit bewust is gedaan en of daadwerkelijk alleen nog maar naar de fiscale aspecten is gekeken en andere onderwerpen zoals kwaliteit, governance en financiën nog aan de orde moeten komen. Als dat zo is, dan begint de tijd te dringen. Vanuit het oogpunt van kwaliteit bezien, willen wij er voor pleiten (de inhoud van) de MTO te handhaven. Bijvoorbeeld indien een specialist zich niet laat bij- en nascholen, moet het ziekenhuis maatregelen kunnen nemen. Dit lijkt, als hiervoor omschreven, lastig te worden in het Samenwerkingsmodel. Er bestaat in dit model immers geen directe relatie tussen ziekenhuis en medisch specialist. Het Participatiemodel zou wel mogelijkheden kunnen bieden. De dienstverleningsovereenkomst tussen het ziekenhuis en (de personal holding van) de medisch specialist zou de inhoud van de huidige MTO kunnen omvatten. Waar de medisch specialisten nu massaal lijken te kiezen voor het Samenwerkingsmodel, zouden de ziekenhuizen

Dit document is gegenereerd op 04-08-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

in het licht van het voorgaande wellicht moeten overwegen het Participatiemodel nog eens nader te bekijken.

Conclusie

Concluderend kan worden gezegd dat de MTO 2011 duidelijkheid verschaft over de verantwoordelijkheidsverdeling voor de kwaliteit van zorg. Door invoering van de uitgebreide verantwoordingsplichten zijn er meer mogelijkheden voor de ziekenhuizen om tijdig te sturen op kwaliteit. Nu partijen op dit punt op de goede weg zijn, lijkt de nieuwe wetgeving per 1 januari 2015 roet in het eten te gaan gooien. Wij zijn benieuwd hoe de discussie ten aanzien van de relatie tussen ziekenhuizen en medisch specialisten zich de komende periode zal gaan ontwikkelen. Vanuit het ziekenhuis en de patiënt bezien lijkt loondienst wellicht toch zo gek nog niet omdat op deze wijze door het ziekenhuis de meeste invloed kan worden uitgeoefend op de zorgverlening door de medisch specialist en daarmee op de kwaliteit van zorg.
To be continued.

Voetnoten

Voetnoten

[1] Mr. S.J. van IJsendoorn is advocaat bij Kennedy Van der Laan. Mevr. mr. I.J. de Laat is advocaat bij Kennedy Van der Laan en redacteur van *ArbeidsRecht.*

[2] Van IJsendoorn en De Laat, ‘De Bijzondere positie van de medisch specialist’, *ArbeidsRecht* 2009/11.

[3] Ph.S Kahn, ‘De juridische relatie ziekenhuis – medisch specialist en kwaliteit van zorg’, p. 42.

[4] 75% van de circa 17.000 medisch specialisten is vrijgevestigd (Rabobank Cijfers & Trends 13 maart 2014).

[5] Zie voor een nadere toelichting op de toelatingsovereenkomst: Van IJsendoorn en De Laat, ‘De bijzondere positie van de medisch specialist’, *ArbeidsRecht* 2009/11.

[6] Externe onderzoekscommissie MST, rapport ‘En waar was de patiënt...?’, 1 september 2009.

[7] Raad voor de Volksgezondheid & Zorg, ‘De relatie medisch specialist en ziekenhuis in het licht van de kwaliteit van zorg’, maart 2010.

[8] Deze wijziging maakte het mogelijk dat honoraria van vrijgevestigde medisch specialisten per ziekenhuis werden begrensd.

[9] Onderhandelingsresultaat NVZ/OMS, Toelichting bij de Model Toelatingsovereenkomst, 20 september 2011.

[10] Artikel 1 MTO.

[11] Artikel 6 MTO.

[12] Artikel 16 MTO.

[13] Artikel 18 MTO.

[14] Artikel 23 MTO. Zie bijvoorbeeld Scheidsgerecht Gezondheidszorg 18 februari 2013, GJ 2013/53 en Scheidsgerecht Gezondheidszorg 16 januari 2013, GJ 2013/31.

[15] Visiedocument van de Orde van Medisch Specialisten en Wetenschappelijke Verenigingen, ‘Optimaal functioneren van medisch specialisten’, Utrecht, 12 december 2013.

[16] Brief van Staatssecretaris van Financiën d.d. 1 november 2011.

[17] Zie voor een uitgebreide omschrijving van de fiscale positie van de specialist: PwC, ‘Deelrapportage 1: Onderzoek naar de gevolgen voor ziekenhuis en specialist van de veranderingen in de fiscaliteit per 1 januari 2015’ (onderdeel van hoofdrapportage ‘Naar een duurzame relatie tussen ziekenhuis en medisch specialist’), 1 juli 2013, p. 10 e.v..

[18] Regeerakkoord VVD-PvdA ‘Bruggen slaan’, 29 oktober 2012, p. 22.

[19] Zie ,brief van Staatssecretaris van Financiën d.d. 1 november 2011, p. 13.

[20] NVZ, ‘Passend Model, Over de relatie tussen ziekenhuizen en medisch specialisten na 2015’, juni 2013, p. 10.

[21] S. Olsthoorn, ‘Ondernemingsdrang artsen brengt bestuurbaarheid ziekenhuis in gevaar’, *Het Financieele Dagblad* 29 april 2014.

Dit document is gegenereerd op 04-08-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

[22] Kamerstukken II 2013 /14, 30111, nr. 69, p. 15.

[23] PwC, Deelrapportage 2: Onderzoek naar besturingsmodellen voor een duurzame relatie tussen ziekenhuis en specialist (onderdeel van hoofdrapportage 'Naar een duurzame relatie tussen ziekenhuis en medisch specialist'), 1 juli 2013, p. 19.

[24] *Kamerstukken II* 2013/14, 30111, nr. 69, p. 18.

[25] Brief Ministerie van Financiën d.d. 18 december 2013, 'akkoord fiscale behandeling samenwerking medisch specialisten/ziekenhuizen vanaf 1 januari 2015'.

[26] K. Meersma, 'De supermaatschap: een keizer zonder kleren', *Zorgvisie* 13 april 2014.

[27] Brief Orde van Medisch Specialisten en de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen d.d. 17 december 2013 'Akkoord fiscale behandeling samenwerking medisch specialisten/ziekenhuizen vanaf 1-1-2015', p. 3-5.

Dit document is gegenereerd op 04-08-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

arsaequi.nl/maandblad AA20110504

Wat is de norm in het medisch aansprakelijkheidsrecht?

Ton Hartlief*

1 Een triest geval

Op vrijdag 12 januari 2001 zoekt een vader contact met zijn huisarts. Hij vertelt de assistente dat zijn zoontje van nog geen jaar oud die dag last heeft van hoge koorts, spugen en diarree. De assistente adviseert hem om het jongetje veel te laten drinken en bij aanhoudende klachten opnieuw contact op te nemen. In het weekend van 13-14 januari 2001 zoeken de ouders geen contact met een (weekend) huisarts. Op de maandag na het weekend melden zij zich echter rond 8.30 uur op het inloopspreekuur van hun huisarts. Deze komt tot de waarschijnlijkheidsdiagnose 'gastroenteritis met ondervulling/uitdroging en bijkomende bacteriële infectie'. Hij adviseert de ouders om het kindje regelmatig vocht toe te dienen en schrijft een antibioticum voor. Rond 9.30 uur leggen de ouders hun kindje thuis in zijn bedje. Omstreeks 10.15 uur treffen zij hem levenloos aan, liggend in zijn braaksel. Reanimatie door ambulancepersoneel, in aanwezigheid van de ouders, mag niet baten. De ouders ontwikkelen vervolgens psychische klachten. Het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (RTG) oordeelt dat de huisarts zich schuldig heeft gemaakt aan een handelen of nalaten in strijd met de zorg die hij ten aanzien van het kindje c.q. diens ouders had moeten betrachten en legt daarbij een waarschuwing op. De ouders claimen vervolgens onder meer vergoeding van overlijdensschade en shockschade. De rechtbank wijst de vorderingen af.[1] In hoger beroep komt het hof tot eenzelfde oordeel,[2] waarbij een cruciale rol lijkt te spelen dat van schending van een zogeheten veiligheidsnorm geen sprake is.

De ouders zien zich op meerdere fronten voor problemen gesteld. Niet alleen is de vraag of de betrokken huisarts foutief heeft gehandeld, ook het condicio sine qua non-verband tussen een eventuele fout en de door de ouders geleden schade is problematisch: zou het kindje ook niet zonder fout zijn komen te overlijden? Daar komt dan, voor zover zij vergoeding van shockschade vorderen, nog het probleem bij dat, gelet op de terughoudendheid die de Hoge Raad hier betracht,[3] de vraag is of in casu wel sprake is van schending van een norm die hen recht geeft op vergoeding van hun 'schrikschade'. Op al deze fronten zou het eisers zeer goed uitkomen wanneer schending van een veiligheidsnorm zou kunnen worden aangenomen. Niet alleen is dan onrechtmatigheid gegeven,[4] tevens zou er grond zijn voor toepassing van de omkeringsregel en ten slotte zou in termen van het Kindertaxi-arrest, ervan uitgaande dat de ouders als gevolg van de confrontatie met ernstige gevolgen geestelijk letsel hebben opgelopen, bij schending van een veiligheidsnorm recht bestaan op vergoeding van shockschade.

Ik ga kort in op de soms precaire verhouding tussen het algemene verbintenissenrecht en het meer specifieke gezondheidsrecht

Ik stel dit trieste geval centraal, omdat het geen gewone aansprakelijkheidsrechtelijke casus is: uiteindelijk wordt het aansprakelijkheidsrecht hier in een bijzondere, immers de medische, context beoordeeld. In wezen is hier sprake van een casus op het terrein van het privaatrechtelijk gezondheidsrecht, al zal deze stelling in de wereld van het gezondheidsrecht misschien nog wel even de wenkbrauwen doen fronsen. Naar aanleiding van

* Prof.mr. T. Hartlief is hoogleraar privaatrecht aan de Universiteit Maastricht.

1 Rb. Zutphen 18 november 2009, *JA* 2010, 22.

2 Hof Arnhem 15 maart 2010, LJN: BP8479.

3 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 (*Kindertaxi*; m.nt. J.B.M. Vranken) en HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387 (*Vilt*; m.nt. J.B.M. Vranken).

4 HR 1 oktober 1993, *NJ* 1995, 182 (*Tamara van Uitert*; m.nt. C.J.H. Brunner).

deze casus ga ik kort in op de soms precaire verhouding tussen het algemene verbintenissenrecht en het meer specifieke gezondheidsrecht. Daarbij blijkt dan aan de ene kant dat het algemene verbintenissenrecht vaak profiteert van ontwikkelingen die in de 'medische' context zijn gestart, terwijl aan de andere kant vanuit het gezondheidsrecht betrekkelijk weinig met wel degelijk relevante ontwikkelingen aan het algemene verbintenissenrechtelijk front wordt gedaan. Sterker nog, in een aantal gevallen worden deze binnen het gezondheidsrecht misverstaan en geven zij aanleiding tot minder gewenste stellingnames die de positie van eisers in het medisch aansprakelijkheidsrecht eerder doen verslechteren dan verbeteren. Eén van de oorzaken ligt in de wijze waarop vanuit het gezondheidsrecht naar het privaatrecht wordt gekeken. Neem de volgende eenvoudige vraag.

2 Waar vinden we het privaatrechtelijk gezondheidsrecht?

In de wereld van het gezondheidsrecht luidt het antwoord op deze vraag al snel: 'in de Wgbo'. Het antwoord is onjuist, al begrijp ik best wat ermee wordt bedoeld: de regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst in afdeling 7.7.5 BW.

Waar vinden we het privaatrechtelijk gezondheidsrecht? In de wereld van het gezondheidsrecht luidt het antwoord op deze vraag al snel: 'in de Wgbo'. Het antwoord is onjuist

Het antwoord is niet correct omdat, laat ik mij even beperken tot het verbintenissenrechtelijk deel van het gezondheidsrecht, dat deel gelet op de systematiek van het Burgerlijk Wetboek niet primair in Boek 7, maar in eerste instantie in het algemeen deel, de Boeken 3 en 6, is te vinden. In Boek 7 zijn daaraan nog eens specifieke al dan niet dwingendrechtelijke regels voor de geneeskundige behandelingsovereenkomst toegevoegd in aanvulling op of ter afwijking van het algemene regime. Vanuit aansprakelijkheidsrechtelijk perspectief springen dan bijvoorbeeld de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis en het exoneratieverbod voor de hulpverlener in het oog (resp. art. 7:462 en 7:463 BW). Het voor het gezondheidsrecht relevante contractenrecht en aansprakelijkheidsrecht is dus primair te vinden in Boek 6, niet in Boek 7 en al helemaal niet in een bijzondere wet zoals de afkorting 'Wgbo' suggereert.

Dat die afkorting toch zoveel gebruikt wordt in de gezondheidsrechtelijke literatuur, zegt iets over de wijze waarop in de wereld van het gezondheidsrecht wordt aangekeken tegen het algemeen privaatrecht. Mijn inschatting is dat hier meer aan de hand is dan enkel een zekere emancipatiedrang, zoals die bij beoefenaren van het consumentenrecht ook wel aan de orde was (zij duidden afdeling 6.5.3 van het BW ook enige tijd aan als de 'Wet Algemene voorwaarden').

Ik denk dat de 'Wgbo' te vaak wordt gezien als een wet die weliswaar verankerd is in het Burgerlijk Wetboek, doch die net zo goed als bijzondere wet een zelfstandig bestaan zou hebben kunnen leiden

Ik denk dat de 'Wgbo' te vaak wordt gezien als een wet die weliswaar verankerd is in het Burgerlijk Wetboek, doch die net zo goed als bijzondere wet een zelfstandig bestaan zou hebben kunnen leiden. Dat miskent dan hoe het werkelijk zit – deze 'wet' dekt de privaatrechtelijke kant van de verhouding tussen hulpverlener en patiënt bij lange na niet volledig af – maar kan wel verklaren waarom in de specifieke gezondheidsrechtelijke literatuur ook maar in beperkte mate aandacht wordt besteed aan de verhouding tot het algemeen deel van het verbintenissenrecht en aan de betekenis voor het gezondheidsrecht van algemene leerstukken. Dat valt eens te meer te betreuren nu afdeling 7.7.5 BW tamelijk weinig opzienbarende rechtspraak oplevert, terwijl interessante ontwikkelingen zich voordoen juist daar waar 'gewone' civielrechtelijke leerstukken worden toegepast in de verhouding tussen patiënt en arts en/of ziekenhuis. Ik noem alleen maar de rechtspraak van de Hoge Raad waarin:

- in het kader van de vraag met wie men contracteert indien men door een waarnemend tandarts wordt behandeld, relevante gezichtspunten worden aangewezen;[5]
- de vraag aan de orde is wie er contractspartij is in geval van de behandeling van een zeer jong of zelfs nog ongeboren kind;[6]
- de wrongful birth- en de wrongful life-actie zijn erkend.[7]

5 HR 10 januari 1997, *NJ* 1998, 544 (*S/B*; m.nt. C.J.H. Brunner).
6 HR 8 september 2000, *NJ* 2000, 734 (*Baby Joost*; m.nt. A.R. Bloembergen) en HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 (*wrongful life*; m.nt. J.B.M. Vranken).
7 HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145 (*wrongful birth*; m.nt. C.J.H. Brunner) en HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 (*wrongful life*; m.nt. J.B.M. Vranken).

Het algemene verbintenissenrecht wijst de bijzondere 'medische' context dus soms de weg, hetgeen belangstelling in de wereld van het gezondheidsrecht zou rechtvaardigen. Andersom profiteert het algemene verbintenissenrecht op zijn beurt soms heel duidelijk van ontwikkelingen die in de 'medische' context hun oorsprong hebben.

Het leerstuk van de medische aansprakelijkheid is vaak een motor voor de rechtsontwikkeling op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht: uiteindelijk algemene ontwikkelingen zijn vaak in de sfeer van medische aansprakelijkheid begonnen

3 Het 'recht van binnen'

Het leerstuk van de medische aansprakelijkheid is bijvoorbeeld vaak een motor voor de rechtsontwikkeling op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht: uiteindelijk algemene ontwikkelingen zijn vaak in de sfeer van medische aansprakelijkheid begonnen. Te denken valt onder meer aan de voor patiënten zeer relevante techniek van de verzwaarde stelplicht: het is de 'ontkennende' gedaagde die de eiser aanknopingspunten voor zijn bewijs moet aanleveren.[8] Dit instrument behoort inmiddels tot het 'algemeen deel' van het bewijsrecht. Verder noem ik de verjaringsproblematiek: niet toevallig is juist in een medische aansprakelijkheidszaak door de Hoge Raad beslist dat in afwijking van de tekst van artikel 3:310 BW voor de aanvang van de korte verjaringstermijn beslissend is of de eiser daadwerkelijk in staat was een rechtsvordering in te stellen.[9] Dat is eiser niet, wanneer hij geen zicht heeft op de oorzaak, althans wanneer hij, hetgeen juist in de medische sfeer veel voorkomt, mocht denken dat de schade ook een natuurlijke oorzaak kon hebben. Deze lijn van de Hoge Raad is niet tot personenschade beperkt,[10] laat staan tot medische aansprakelijkheid.

In eenzelfde sfeer ligt wellicht de bijzondere betekenis van het 'recht van binnen', zoals Legemaate dit ooit heeft genoemd.[11] Het gaat dan om de betekenis van protocollen, richtlijnen en dergelijke. Juist ook in het algemene deel van het privaatrecht wordt meer en meer aandacht besteed aan zelfregulering; een model waarop volgens velen, in de politiek, maar ook in de doctrine, geld gezet moet worden.[12] Het stond niet voor niets centraal op de agenda van de Nederlandse Juristenvereniging in 2007 waarbij voor het privaatrecht een preadvies van Giesen centraal stond.[13] Het terrein van het gezondheidsrecht in het algemeen en van het medisch aansprakelijkheidsrecht in het bijzonder zijn hier een voorbeeld. Juist hier is al ervaring opgedaan met vragen die nu ook in ruimer verband rijzen: wat is de status van de interne regels, wanneer zijn zij serieus te nemen, welke eisen mogen eraan worden gesteld en wat als zij niet voldoen? Een niet onbelangrijke vraag is welke hun werking in het recht eigenlijk is;[14] hebben zij rechtstreekse of meer indirecte werking? Maken zij bijvoorbeeld gebruik van 'vehikels' als de norm van artikel 7:453 (zeg maar goed hulpverlenerschap), de maatschappelijke zorgvuldigheid in artikel 6:162 of de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248, lid 1 BW?

Juist ook in het algemene deel van het privaatrecht wordt meer en meer aandacht besteed aan zelfregulering; een model waarop volgens velen, in de politiek, maar ook in de doctrine, geld gezet moet worden

Deze vragen laten zich stellen naar aanleiding van een tweetal arresten van de Hoge Raad op het terrein van medische aansprakelijkheid. Enige jaren geleden heeft de Hoge Raad zich in het Trombose-arrest uitgelaten over de betekenis van schending van een protocol voor de aansprakelijkheidsvraag.[15] Opvallend was dat hij het etiket veiligheidsnorm zorgvuldig meed, hoewel het door hem aangenomen regime vergelijkbaar was met dat van het arrest Tamara van Uitert[16] (enkele schending van een veiligheidsnorm levert aansprakelijkheid op, tenzij): van een ziekenhuis mag verwacht worden dat het zich in beginsel houdt aan de door hemzelf opgestelde voorschriften met betrekking tot verantwoord medisch handelen. Afwijking van die voorschriften is slechts aanvaardbaar indien dat in het belang van een goede patiëntenzorg wenselijk is.

8 Zie onder meer HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 500 (*Timmer/Deutman*; m.nt. P.A. Stein).
9 HR 31 oktober 2003, *NJ* 2006, 112 (*Jasper Saelman*; m.nt. C.E. du Perron).
10 Zie bijvoorbeeld HR 20 februari 2004, *NJ* 2006, 113 (*Meissner/Bloemsma BV*) en HR 26 november 2004, *NJ* 2006, 115 (*Bosman/G.*; m.nt. C.E. du Perron).
11 Zie bijvoorbeeld J. Legemaate, *Verantwoordingsplicht en aansprakelijkheid in de gezondheidszorg*, Deventer: Tjeenk Willink 1997, p. 91 e.v.
12 Zie onder meer Asser-Vranken, *Algemeen deel* ***, Deventer: Kluwer 2005, p. 87 e.v.
13 I. Giesen, *Alternatieve regelgeving in privaatrechtelijke verhoudingen* (Preadvies NJV 2007), Deventer: Kluwer 2007, p. 67 e.v.
14 Zie bijvoorbeeld in dit verband G.R.J. de Groot, 'Standaarden, richtlijnen en protocollen in de gezondheidszorg. Een juridisch schemergebied', *Variatie in cassatie* (opstellen aangeboden aan H.A. Groen), Deventer: Kluwer 2006, p. 107-115.
15 HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 (m.nt. F.C.B. van Wijmen en J.B.M. Vranken).
16 HR 1 oktober 1993, *NJ* 1995, 182 (m.nt. C.J.H. Brunner).

In een later arrest was bij een keizersnede overeenkomstig het geldende protocol Augmentin toegediend aan een vrouw van wie bekend was dat zij overgevoelig was voor penicilline. Augmentin heeft als contra-indicatie overgevoeligheid voor penicilline. Konden de artsen zich nu verschuilen achter het protocol? De Hoge Raad oordeelde dat een protocol een richtlijn is die in beginsel in acht moet worden genomen, maar waarvan soms kan en in bepaalde gevallen ook moet worden afgeweken, waarbij als maatstaf heeft te gelden dat aan de patiënt de zorg behoort te worden verleend die in de omstandigheden van het geval van een redelijk bekwaam arts mag worden verlangd.[17] Deze maatstaf brengt enerzijds mee dat een afwijking van het protocol door een arts moet kunnen worden beargumenteerd, maar anderzijds dat de arts niet zonder meer vrijuit gaat bij het volgen van het protocol. Hoewel een protocol als uitgangspunt moet worden opgevolgd, kan er in concreto – in verband met een goede patiëntenzorg – reden zijn ervan af te wijken. In deze zaak was daar een goede reden voor, maar is het protocol zonder meer gevolgd. In het Trombose-arrest was er juist zonder goede reden wel van het protocol afgeweken.

De Hoge Raad maakt artsen duidelijk dat zij ook vanuit een oogpunt van aansprakelijkheid protocollen serieus moeten nemen. Tegelijkertijd heeft hij benadrukt dat de arts bij de toepassing een zelfstandige verantwoordelijkheid houdt en de richtlijnen niet slaafs dient te volgen

De Hoge Raad maakt artsen hiermee duidelijk dat zij ook vanuit een oogpunt van aansprakelijkheid protocollen serieus moeten nemen. Tegelijkertijd heeft hij benadrukt dat de arts bij de toepassing een zelfstandige verantwoordelijkheid houdt en de richtlijnen niet slaafs dient te volgen. De Hoge Raad hecht aan protocollen, maar maakt er geen keurslijf van. In zijn overwegingen is niet direct terug te vinden waarop deze werking of binding van c.q. aan protocollen nu berust.[18] Ik heb de neiging te denken dat de Hoge Raad uitgaat van een *indirecte* werking via de norm van artikel 7:453 BW: net als in het kader van gevaarzetting het geval is,[19] brengt de zorgvuldigheid in de relatie hulpverlener/patiënt mee dat gebruikelijke maatregelen in acht worden genomen. Daar mag de patiënt van uitgaan.

Ik heb altijd gedacht dat de medische wereld met deze verantwoordelijkheid én beoordelingsruimte zou moeten kunnen leven. Opmerkelijk genoeg reageerde zij echter nogal fel op het eerdere Trombose-arrest en dat zegt genoeg

4 Valt met dit regime te leven?

Ik heb altijd gedacht dat de medische wereld met deze verantwoordelijkheid én beoordelingsruimte zou moeten kunnen leven. Opmerkelijk genoeg reageerde zij echter nogal fel op het eerdere Trombose-arrest en dat zegt genoeg. Laten we daarom wat beter naar die zaak kijken. Kern van de zaak is dat men in strijd met een protocol vergeten was na een knieoperatie een antistollingsmiddel toe te dienen. Vervolgens trad trombose op.[20] Het hof noemde het bewuste protocol een veiligheidsnorm. De Hoge Raad vermeed deze kwalificatie, maar liet de beslissing van het hof in stand:[21] protocollen die zien op medisch verantwoord handelen moeten worden opgevolgd en toegepast. Afwijken is mogelijk, maar alleen beargumenteerd. Bij toepassing van het veiligheidsnormenregime zoals dat in het arrest Tamara van Uitert[22] is afgekondigd – enkele schending van de veiligheidsnorm brengt aansprakelijkheid met zich, tenzij een klemmende reden voor de normschending in beeld wordt gebracht – zou de beslissing niet anders hebben geluid.

Tegen deze achtergrond, protocollen die zien op medisch verantwoord handelen moeten worden opgevolgd behoudens goede reden voor afwijken, is de 'gezondheidsrechtelijke' kritiek op het arrest van het hof interessant.[23] Vermaas constateerde dat de vrees van hulpverleners dat protocollering tot ongenuanceerde rechtspraak leidt, bewaarheid is geworden. Hubben zette het arrest in de sleutel van zorg omtrent het ontstaan van een claimcultuur en sprak de

17 HR 1 april 2005, *NJ* 2006, 377 (m.nt. H.J. Snijders en F.C.B. van Wijmen).
18 Zie in dit verband W.R. Kastelein, 'Protocollen en richtlijnen: de juridische opmars van het recht van "binnen" in het medisch aansprakelijkheidsrecht', in W.R. Kastelein (eindred.), *Medische aansprakelijkheid*, Dossier gezondheidsrecht, Den Haag: Vermande 2003, p. 92, p. 97 e.v.
19 Vgl. de noot van C.J.H. Brunner bij HR 6 november 1981, *NJ* 1982, 567 (*bloedprik*) en ook HR 7 april 2006, *NJ* 2006, 244 (*koprot*).
20 Hof Leeuwarden 2 december 1998, *NJ* 2000, 41.
21 HR 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649 (m.nt. F.C.B. van Wijmen en J.B.M. Vranken).
22 HR 1 oktober 1993, *NJ* 1995, 182 (m.nt. C.J.H. Brunner).
23 A.M. Vermaas, 'Noot bij Hof Leeuwarden 2 december 1998', *TvGR* 2000, p. 381 e.v. en J.H. Hubben, 'Kroniek van het gezondheidsrecht', *NJB* 2001, p. 490. Vergelijkbare kritiek uit E.H. Hulst, 'Een medisch protocol is geen veiligheidsnorm', *NTBR* 2002, p. 438 e.v.

verwachting uit dat het arrest sterk ontmoedigend werkt wat betreft de ontwikkeling en implementatie van richtlijnen in de gezondheidszorg. In de kern verzetten beiden zich tegen de doorslaggevende betekenis die wordt toegekend aan protocollen vanuit de vrees voor een te vergaande medische aansprakelijkheid. Protocollen zouden niet meer zijn dan richtlijnen en afwijken zou steeds mogelijk (moeten) zijn.[24] Maatstaf zou zijn, ook bij schending van een protocol, of het handelen aan de professionele standaard beantwoordt. Mijn inschatting, ik gaf dat hiervoor al aan, is dat de Hoge Raad bedoelt te zeggen dat de professionele standaard nu juist meebrengt dat men zich houdt aan 'eigen' voorschriften. Dat wil nog steeds niet zeggen dat afwijken niet mogelijk is: afwijken mag immers, mits voldoende beargumenteerd. Hof noch Hoge Raad geven aanleiding te denken dat ieder protocol even zwaar weegt, evenmin dat afwijken een zeer beperkte uitzondering is.

Mocht het impliciete advies van de critici aan de medische stand zijn dat deze voorzichtiger zou moeten worden met protocollering, dan is dat om meerdere redenen niet wijs. Het is immers in de eerste plaats in het belang van een goede patiëntenzorg dat protocollering plaatsvindt. Natuurlijk wordt daarmee ook de zorgplicht van de hulpverlener ingevuld en als vanzelfsprekend zijn hieraan consequenties in termen van mogelijke aansprakelijkheid verbonden. Hulpverleners zouden desondanks graag moeten willen meewerken aan een goede patiëntenzorg, al is het maar uit eigen belang. Ook zij hebben, bijvoorbeeld in de context van een tegen hen ingediende claim, belang bij normering. De hulpverlener zal in de regel sterk staan als hij kan aangeven dat hij interne voorschriften heeft opgevolgd. Toepassing van een volstrekt open norm, zonder indicaties als die van protocollering uitgaan, zou hem wellicht in problemen brengen.

Wat opvalt is dat de Hoge Raad het etiket 'veiligheidsnorm' ongebruikt in zijn gereedschapskist laat

5 Wat is nu het juiste etiket?

Wat echter wel opvalt is dat de Hoge Raad het etiket 'veiligheidsnorm' ongebruikt in zijn gereedschapskist laat. Het kan moeilijk anders zijn dan dat de Hoge Raad gevoelig is voor eventuele gevolgen van het gebruik ervan in de sfeer van de medische aansprakelijkheid, maar ik zou eigenlijk niet goed weten waarom. Waarom zouden we moeite hebben met het etiket veiligheidsnorm in situaties als deze, terwijl de patiënt die tijdens het ontwaken uit de narcose uit zijn bed valt, het ziekenhuis wel degelijk schending van een nota bene ongeschreven veiligheidsnorm kan verwijten ('gij had moeten zorgen voor een veiliger bed')?[25]

Nu het in de Trombose-zaak ging om een intern voorschrift dat zag op de veiligheid van patiënten, had het predikaat veiligheidsnorm naar mijn idee best mogen vallen. Protocollen die zien op het voorkomen van lichamelijk onheil zijn, net als normen die dat beogen buiten de medische sfeer, als veiligheidsnorm te beschouwen. Dat zullen er – dat is natuurlijk de vrees in de medische wereld – vele zijn, doch zeker niet alle. Er zijn immers ook protocollen die 'slechts' lijn brengen in de behandeling, organisatorisch van aard zijn, de efficiency dienen, et cetera. Dat ook de door mij bedoelde protocollen slechts richtlijnen zijn en geen veiligheidsnormen, getuigt wat mij betreft van een enigszins naïeve benadering. Dat met protocollen niet de veiligheid in het geding is, althans dat zij niet ook met het oog daarop worden opgesteld, valt moeilijk vol te houden. De opvatting dat een protocol niet meer dan een intern voorschrift is dat pas in de relatie tot de patiënt betekenis zou kunnen hebben wanneer het kenbaar is gemaakt en dus ter sprake is gebracht, is, al was het maar omdat zij slecht aansluit bij het 'algemene', onjuist. Nergens in het aansprakelijkheidsrecht wordt aangenomen dat een gelaedeerde alleen maar aanspraak kan maken op zorg voor zover deze wordt bepaald door voor hem *kenbare* normen en voorschriften. Het slachtoffer heeft veelal pas weet van de toepasselijke regels wanneer het onheil is geschied en hij onderzoekt of een claim zin heeft. In de bestreden opvatting zouden artsen er belang bij hebben informatie over veiligheid achter te houden. Een dergelijke opvatting veroordeelt zichzelf. Ook de in de procedure betrokken stelling dat consensus binnen de beroepsgroep over de effectiviteit van het protocol vereist is, overtuigt niet. Buiten de sfeer van de medische aansprakelijkheid dienen veiligheidsnormen in beginsel te worden toegepast en opgevolgd, consensus over de effectiviteit is daarvoor niet nodig. Er is geen reden om in het kader van de medische sfeer iets anders aan te nemen.

De behandelde rechtspraak van de Hoge Raad wordt in de medische wereld en in die van het gezondheidsrecht te veel vanuit de 'onderbuik' benaderd. Op de achtergrond

24 A.M. Vermaas 2000, p. 382-383.

25 HR 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175 (*De Heel / Korver*; m.nt. C.J.H. Brunner).

speelt kennelijk de angst voor een uit de hand lopende claimcultuur. Bij nadere beschouwing is het niet zo gek wat de Hoge Raad doet. Sterker nog, hij lijkt juist oog te hebben voor te vergaande consequenties van toepassing van het algemene aansprakelijkheidsrechtelijke regime in de setting van de medische aansprakelijkheid. Misschien zelfs wel te veel oog. Dat geldt niet alleen het mijden van de term veiligheidsnorm, maar blijkt ook op andere punten.

De behandelde rechtspraak van de Hoge Raad wordt in de medische wereld en in die van het gezondheidsrecht te veel vanuit de 'onderbuik' benaderd. Op de achtergrond speelt kennelijk de angst voor een uit de hand lopende claimcultuur

6 Wie heeft hier nu recht op bescherming?

Tekenend is de toepassing van de zogenoemde omkeringsregel in de sfeer van de medische aansprakelijkheid. De omkeringsregel is zoals bekend een uitzondering op het uitgangspunt van artikel 150 Rv dat de gelaedeerde het causaal verband tussen onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van de schade (bij betwisting) dient te bewijzen. Sinds 2002 geeft de Hoge Raad aan dat voor deze uitzondering alleen plaats is voor zover het gaat om schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade te voorkomen en dit gevaar door de normschending in het algemeen bovendien in aanmerkelijke mate wordt vergroot.[26] Alleen dan is het, gelet op de bescherming die een dergelijke norm beoogt te bieden, redelijk, behoudens tegenbewijs ervan uit te gaan dat, als het specifieke gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen zich heeft verwezenlijkt, dit een gevolg is geweest van deze normschending.

De Hoge Raad heeft in een tweetal arresten van dezelfde datum de strekking van de norm aangegrepen om toepassing van de omkeringsregel bij schending van de informatieplicht van de hulpverlener af te wijzen.[27] In één van de zaken was een zenuwbeschadiging bij een polsoperatie aan de orde, een complicatie waarvoor de patiënt niet (voldoende) zou zijn gewaarschuwd. Is nu, zoals de patiënt betoogde, met toepassing van de omkeringsregel het causaal verband tussen schending van de informatieplicht en de schade als gevolg van de zenuwbeschadiging gegeven? De Hoge Raad oordeelde dat de strekking van de informatieverplichting is de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen, niet bescherming te bieden tegen de risico's verbonden aan de behandeling. Het door schending van de informatieverplichting in het leven geroepen risico is dat de patiënt niet op de gewenste wijze van zijn zelfbeschikkingsrecht gebruik heeft kunnen maken en daarmee dat hij een keuze maakt die hij anders niet zou hebben gemaakt. De zenuwbeschadiging is niet een verwezenlijking van dát risico, zodat er geen aanleiding is voor toepassing van de omkeringsregel. Normschending en gevolg sluiten niet op elkaar aan. De consequentie is dat de bewijslast met betrekking tot het causaal verband ligt bij de patiënt, zij het dat op de arts die de stelling van de patiënt, dat hij de behandeling bij juiste informatie niet zou hebben gekozen, ontkent wel een verzwaarde stelplicht rust. Hij moet zijn ontkenning motiveren aan de hand van gegevens die de patiënt vervolgens aanknopingspunten opleveren voor zijn bewijslevering. Deze gegevens kunnen betrekking hebben op de door de Hoge Raad genoemde omvang van de kans dat zich een complicatie zou voordoen, de vraag wat er gebeurd zou zijn wanneer de patiënt niet behandeld zou zijn, of er minder riskante alternatieven voor handen waren en wat de kans op succes in dat geval zou zijn geweest. In zijn noot oordeelt Vranken dat de omkeringsregel terecht niet toegepast is; enkele schending van de informatieplicht levert nu eenmaal nog geen aansprakelijkheid op. Dat is pas anders wanneer de informatie ertoe zou hebben gedaan, verschil zou hebben gemaakt. Bij toepassing van de omkeringsregel zou er, gegeven dat nu eenmaal moeilijk vaststelbaar is wat de patiënt zou hebben gedaan, bijna steeds wel aansprakelijkheid van de arts zijn. Dit zou grote gevolgen hebben voor de beroepsuitoefening.

Eenzelfde achtergrond heeft waarschijnlijk het oordeel van de Hoge Raad in een latere zaak waarin niet (schending van) de informatieplicht centraal stond, maar schending van de algemene norm van artikel 7:453 BW:

'De hulpverlener moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen en handelt daarbij in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard.'

26 HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 en 305 (m.nt. W.D.H. Asser).
27 HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 en 387 (m.nt. J.B.M. Vranken).

In deze zaak heeft een waarnemend huisarts een onjuist advies gegeven aan de echtgenote van een kankerpatiënt die twee Serestapillen had geslikt en niet wekbaar bleek.[28] Na lichamelijk onderzoek verwachtte de huisarts dat de patiënt binnen een paar uur wakker zou worden. Hij gaf de echtgenote vervolgens opdracht te bellen indien dit niet gebeurde of de situatie zou verslechteren. De volgende ochtend overleed de man zonder te zijn bijgekomen. De arts is tuchtrechtelijk veroordeeld omdat sprake was van een onnatuurlijke toestand in welke situatie onmiddellijke opname ter observatie had moeten plaatsvinden. In de civiele procedure staat de problematiek van de onzekerheid omtrent het causaal verband centraal: wat zou er bij een beter advies zijn gebeurd en wie moet nu wat bewijzen? Het Hof paste de omkeringsregel niet toe en droeg de vrouw op te bewijzen dat de dood van haar man een rechtstreeks gevolg was van het handelen of nalaten van de arts. Daartegen wordt in cassatie vergeefs opgekomen. Hier is van belang dat de Hoge Raad met een *overweging ten overvloede* komt, waarin hij aangeeft dat bij vele beroepsfouten als geschonden norm slechts kan worden aangewezen de in artikel 7:453 BW neergelegde algemene norm. Naar het oordeel van de Hoge Raad is dan geen plaats voor toepassing van de omkeringsregel omdat zij niet beoogt een specifiek gevaar te voorkomen. In dit verband wijst de Hoge Raad wel op de mogelijkheid van andere bewijsrechtelijke tegemoetkomingsmogelijkheden zoals het aannemen van een vermoeden en herhaalt hij dat op de ontkennende arts een verzwaarde stelplicht rust. De boodschap is duidelijk: de algemene zorgvuldigheidsnorm van artikel 7:453 BW is onvoldoende specifiek om toepassing van de omkeringsregel te kunnen dragen. In dit verband sluit de Hoge Raad weliswaar niet uit dat zich de situatie kan voordoen dat wèl een norm bestaat die een patiënt tegen een specifiek gevaar beoogt te beschermen zoals wanneer in een protocol gedragsregels zijn neergelegd,[29] doch hij presenteert deze mogelijkheid duidelijk als uitzondering.[30] Daarmee lijkt toepassing van de omkeringsregel in 'het medische' per saldo nauwelijks meer aan de orde.

Het kan bijna niet anders zijn dan dat de Hoge Raad huiverig is voor te gemakkelijk gevestigde medische aansprakelijkheid. Ik kan moeilijk zeggen dat ik daar wél voorstander van ben, maar de manier waarop de Hoge Raad de omkeringsregel hier min of meer van het 'medisch tableau' doet verdwijnen, lijkt mij ongelukkig en niet in het belang van patiënten die zich met grote, zonder hulp vaak onoverkomelijke, causaliteitsproblemen gesteld zien. Waar ik zojuist de stelling betrok dat er veelal sprake is van schending van veiligheidsnormen, soms in protocollen neergelegd, in andere gevallen aan het ongeschreven recht onttrokken, lijkt mij dat deze bij schending dan ook toepassing van de omkeringsregel rechtvaardigen. Weliswaar mijdt de Hoge Raad het etiket 'veiligheidsnorm', maar ook dan lijkt het mij juist te concluderen dat aan de algemene norm van artikel 7:453 BW in het specifieke geval ook specifieke zorgvuldigheidsnormen worden 'ontrukt' die, zelfs al mogen zij op het medische veld niet het predikaat 'veiligheidsnorm' dragen, wel degelijk een specifiek gevaar beogen te voorkomen. Als dat gevaar zich vervolgens toch verwezenlijkt, zou het aan de hulpverlener moeten zijn om aannemelijk te maken dat dezelfde schade ook zou zijn opgetreden indien hij zich wel aan de (ongeschreven) regels zou hebben gehouden.

7 Terug naar eisers: verdienen zij geen andere norm?

Dat brengt ons terug bij het begin. De ouders van het jongetje dat kort na het bezoek aan de huisarts in zijn eigen bedje is overleden, stuitten in hun zoektocht naar vergoeding van overlijdens- en shockschade op diverse typische problemen van medisch aansprakelijkheidsrecht. Behalve dat niet zonneklaar is dat de huisarts een fout heeft gemaakt, is ook het condicio sine qua non-verband tussen een eventuele fout en de door de ouders geleden schade problematisch: zou het kindje immers ook niet zonder de fout van de huisarts zijn komen te overlijden? En voor hun shockschadevergoeding is een belangrijke voorwaarde dat een norm kan worden aangewezen die, bij schending, de conclusie rechtvaardigt dat er ook jegens hen onrechtmatig is gehandeld. Op alle drie de fronten zou het hen zeer goed uitkomen dat de betrokken huisarts een veiligheidsnorm heeft geschonden. De Hoge Raad mijdt, zo bleek, dat etiket aan het front van de medische fouten echter zoveel mogelijk. In deze zaak is dat fataal voor eisers. Zo zagen zij gaarne de omkeringsregel op hun zaak toegepast toen de arts de stelling betrok dat het kindje ook bij zorgvuldig handelen zou zijn overleden. Het Hof volgt echter de Hoge Raad in zijn terughoudendheid van de afgelopen jaren:

'4.5 … De vraag die hier eerst beantwoord moet worden is of de geschonden norm in art. 7:453 BW ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen (vgl. HR 29 november 2002, LJN: AE7345 en

28 HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307 (m.nt. W.D.H. Asser).
29 Hier verwijst hij naar het Trombose-arrest.
30 Zie overigens voor een voorbeeld HR 7 december 2007, *NJ* 2007, 644 (*X/MCL*).

LJN: 7351, *NJ* 2004, 304 en 305). De in art. 7:453 BW neergelegde norm betreft een algemene norm waarbij de arts bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht moet nemen en daarbij moet handelen in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid voortvloeiende uit de voor artsen professionele standaard. Dit brengt mee dat met betrekking tot het bewijs van de stelling dat de fout (van de arts) tot een bepaalde schade voor de patiënt heeft geleid, in die zin dat tussen de fout en de schade condicio sine qua non-verband bestaat, geen plaats is voor toepassing van de omkeringsregel (vgl. HR 19 maart 2004, LJN: AO1299, *NJ* 2004, 307). [appellanten] hebben in de toelichting bij grief I aangevoerd dat er in dit geval sprake is (geweest) van schending van een norm die ziet op het voorkomen van een specifiek gevaar, namelijk het redden van het leven van [zoon] nu hij in levensgevaar verkeerde. Zij hebben hiervoor verwezen naar de uitspraak van HR 7 december 2007, LJN: BB3670, *NJ* 2007, 644. Het hof deelt de opvatting van [appellanten] niet dat hier sprake is geweest van schending van een veiligheidsnorm door [geïntimeerde]. Niet gebleken is dat [geïntimeerde] wist of kon weten dat [zoon] ten tijde van het spreekuurbezoek (mogelijk al) in levensgevaar verkeerde. [geïntimeerde] heeft niet gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam huisarts had mogen worden verwacht, zo oordelen ook de deskundigen en het RTG. Dat [geïntimeerde] de toestand waarin [zoon] verkeerde heeft onderschat en is gebleven bij zijn werkdiagnose, leidt er hier niet toe dat [geïntimeerde] een veiligheidsnorm heeft geschonden. Het hof heeft hiervoor ook geen aanknopingspunten kunnen vinden in de deskundigenrapporten en de uitspraak van het RTG.'

Ook hun shockschadevordering strandt bij het Hof die uit het Kindertaxi-arrest en uit het Vilt-arrest[31] afleidt dat voor toewijzing steeds schending van een verkeers- of veiligheidsnorm nodig is:

'4.10 … In het onderhavige geval is geen sprake van schending of opzettelijke overtreding van een verkeers- of veiligheidsnorm. Alleen daarom al kan het hof aan [appellanten] geen recht op shockschade toekennen, nog daargelaten dat uit de overgelegde medische stukken niet valt op te maken dat er sprake is van een psychiatrisch ziektebeeld als gevolg van de directe confrontatie met de dode [zoon] in zijn bedje en de daaropvolgende reanimatie. Het Nederlandse recht kent (nog) geen mogelijkheid om psychische schade als gevolg van het overlijden van een dierbare naaste, zoals een kind, te vergoeden. Terzijde merkt het hof hier op dat het wetsvoorstel (28 781) om aan nabestaanden (een bedrag aan) affectieschade toe te kennen recent in de Eerste Kamer is gestrand. Dit betekent dat de vordering van [appellanten] tot vergoeding van shockschade moet stranden.'[32]

Mijn idee zou zijn dat eisers ter zake van medische fouten nu te zeer lijden onder terughoudendheid bij de Hoge Raad die, ik geef toe dat ik speculeer, lijkt ingegeven door de vrees voor een te vergaande medische aansprakelijkheid

Mijn idee zou zijn dat eisers ter zake van medische fouten nu te zeer lijden onder terughoudendheid bij de Hoge Raad die, ik geef toe dat ik speculeer, lijkt ingegeven door de vrees voor een te vergaande medische aansprakelijkheid en daarmee het accent legt op het belang van hulpverleners. Het lijkt reëler patiënten tegemoet te komen: zij hebben het bij het geldend maken van hun rechten moeilijker dan de artsen die zij aanspreken bij hun verdediging. Een minder spaarzaam gebruik van het etiket veiligheidsnorm zou, nu de aard van de norm op meerdere fronten in ons aansprakelijkheidsrecht van belang is (vestiging van aansprakelijkheid, toerekening ex artikel 6:98, toepassing van de omkeringsregel, shockschade), daaraan al een belangrijke bijdrage leveren.

Vooralsnog valt van zo'n jurisprudentiële ingreep wellicht meer heil te verwachten dan van met veel bombarie aangekondigde stelselherzieningen door de wetgever. Deze beoogt de positie van de patiënt nu te verbeteren door naast de privaatrechtelijke regels een 'Wet cliëntenrechten zorg' te introduceren waarin de rechten van de patiënt worden opgesomd.[33]

Vooralsnog zou een ieder, ook hulpverleners en beoefenaren van het gezondheidsrecht, er verstandig aan doen goed zicht te houden op de ontwikkelingen aan het front van het algemeen deel van het privaatrecht!

De eerste indruk van het huidige wetsvoorstel is niet goed: niet alleen is de verhouding tot de gehandhaafde regeling van Boek 6 en 7 onduidelijk, ook de geformuleerde rechten blijven vaag en vereisen nadere invulling in concrete gevallen, zodat zeer de vraag is of, en zo ja welke problemen van patiënten door deze wetgeving daadwerkelijk zouden worden opgelost.[34] En dan heb ik het maar niet over het gevaar dat de beoefenaren van het gezondheidsrecht alleen maar worden gesterkt in hun idee dat het privaatrechtelijk gezondheidsrecht is gevangen in een enkele bijzondere wet: naast de 'Wgbo' straks ook de 'Wcz'. Vooralsnog zou een ieder, ook hulpverleners en beoefenaren van het gezondheidsrecht, er verstandig aan doen goed zicht te houden op de ontwikkelingen aan het front van het algemeen deel van het privaatrecht![35]

31 HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 (*Kindertaxi*; m.nt. J.B.M. Vranken) en HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010, 387 (*Vilt*; m.nt. J.B.M. Vranken).

32 Het Hof lijkt zelfs *opzettelijke* overtreding te eisen, maar dat lijkt mij een 'slip of the pen'.

33 *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 1-2.

34 Zie bijvoorbeeld de recente analyse van R.P. Wijne, 'De Wet cliëntenrechten zorg: een zorg minder in het aansprakelijkheidsrecht?', *VR* 2011, p. 104 e.v.

35 Op onderdelen is in deze bijdrage voortgebouwd op mijn *De staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht* (Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht), Den Haag: Sdu 2007, p. 53 e.v.

| 370 | Aansprakelijkheid van de hulpverlener voor medische hulpzaken met 'een niet te onderkennen gebrek'

mr.dr. R.P. Wijne[1]

In 2014 overwoog het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in de PIP-borstprothese kwestie dat het redelijk zou zijn om de tekortkoming door het gebruik van de borstprothese krachtens artikel 6:77 BW aan de hulpverlener toe te rekenen. In 2015 overwoog de Rechtbank Rotterdam in de MOM-heupprothese kwestie dat toerekening van de tekortkoming krachtens artikel 6:77 BW aan de hulpverlener onredelijk zou zijn. De (verschillen tussen) beide uitspraken staan niet op zichzelf; al tijden toont de jurisprudentie een beeld van niet zonder meer te begrijpen tegengestelde oordelen. Het beeld roept dan ook de vraag op of de verschillen te verklaren én te rechtvaardigen zijn. Zou het bovendien niet mogelijk zijn eenduidigheid te creëren door inzicht te krijgen (of te geven) in de (voor het ene of het andere oordeel) doorslaggevende elementen? Deze vragen staan in het onderhavige artikel centraal. Beantwoording van de vragen vindt plaats door een analyse van artikel 6:77 BW en van de regels van consumentenkoop, kwalitatieve aansprakelijkheid en productaansprakelijkheid. Een analyse van het Duitse en Belgische recht dient ter vergelijking: moet Nederland het anders zien of doen?

1. Inleiding

Aansprakelijkheid voor medische hulpzaken: het is geen rustig bezit, althans zo lijkt het. Gaf eind vorig jaar het Gerechtshof 's-Hertogenbosch nog het oordeel dat de tekortkoming wegens het gebruik van een ongeschikte zaak ingevolge artikel 6:74 BW jo 6:75 BW en 6:77 BW aan de hulpverlener moet worden toegerekend,[2] dit jaar komt de Rechtbank Rotterdam met een tegenovergesteld oordeel; geen toerekening krachtens de wet.[3] In beide zaken werd overigens niet vastgesteld dat de Poly Implant Prothese (PIP) borstprothese respectievelijk de metaal-op-metaal (MOM) heupprothese ongeschikt was. Over de (on)geschiktheid van de borstprothese zal een deskundige zich moeten uitlaten. Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch overwoog echter op voorhand dat toerekening krachtens artikel 6:77 BW redelijk zou zijn. Voor ongeschiktheid van de heupprothese was onvoldoende bewijs voorhanden, aldus de Rechtbank Rotterdam. Niettemin achtte zij een overweging aangaande de onredelijkheid van de toerekening krachtens artikel 6:77 BW passend.

De (verschillen tussen) beide uitspraken staan niet op zichzelf; al tijden toont de jurisprudentie een beeld van niet zonder meer te begrijpen tegengestelde oordelen. Het beeld roept dan ook de vraag op of de verschillen te verklaren én te rechtvaardigen zijn. Zou het bovendien niet mogelijk zijn eenduidigheid te creëren door inzicht te krijgen (of te geven) in de (voor het ene of het andere oordeel) doorslaggevende elementen?

Deze vragen staan in dit artikel centraal. Zij worden beantwoord door middel van een analyse van het leerstuk van de toerekening van de tekortkoming krachtens artikel 6:77 BW (par. 2) en een nadere beschouwing van het element 'niet te onderkennen gebrek' bij een oordeel over de (on)redelijkheid van die toerekening (par. 3). Deze beschouwing vindt mede plaats aan de hand van de regels betreffende de contractuele aansprakelijkheid van de verkoper bij verkoop van een gebrekkige roerende zaak aan een consument (artikel 7:24 BW), betreffende de buitencontractuele kwalitatieve aansprakelijkheid van de bezitter van een gebrekkige roerende zaak (artikel 6:173 BW) en betreffende de buitencontractuele risicoaansprakelijkheid van de producent voor een door hem in het verkeer gebracht gebrekkig product (artikel 6:185 BW). Dit heeft het doel te bezien of deze leerstukken handvatten (kunnen) bieden bij de beantwoording van de vragen. In het verlengde daarvan wordt ook een blik geworpen op de rechtsstelsels van onze buurlanden Duitsland en België en – ter onderlinge vergelijking – de rechtsstelsels van Oostenrijk en Zweden (par. 4). Ik sluit af met een conclusie (par. 5).

---

1 Rolinka Wijne is auteur van de dissertatie Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade. Een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2013 en onder meer docent Gezondheidsrecht aan de UvA en medewerker wetenschappelijk bureau Holla advocaten. Zij dankt prof. mr. S.D. Lindenbergh (Universiteit Rotterdam) voor het constructieve commentaar op eerdere versies van dit artikel. Zij dankt tevens dr. M.S. Stauch (Leibniz Universiteit Hannover) voor de informatie over het Duitse recht evenals C. Bogdanow, LL.M. (Hamburg). *Dit artikel is "double blind peer reviewed."*

2 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 november 2014, **ECLI:NL:GHSHE:2014:4936**, **JA 2015, 7**, met nt. J.P.M. Simons.

3 Rechtbank Rotterdam 19 augustus 2015, **ECLI:NL:RBROT:2015:6179**.

2. Analyse van artikel 6:77 BW

2.1 Aansprakelijk voor het gebruik van een ongeschikte hulpzaak als hoofdregel

Hulpverleners maken bij de uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst gebruik van 'medische hulpzaken'. Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan een instrument voor diagnostische of therapeutische doeleinden, een geneesmiddel, of een prothese. Dergelijke zaken kunnen schade veroorzaken. Die schade kan zijn veroorzaakt door toedoen van de hulpverlener – denk aan het niet steriliseren of onderhouden van een zaak – in welk geval bij een vastgestelde tekortkoming deze tekortkoming de hulpverlener wordt toegerekend krachtens schuld (artikel 6:74 BW jo artikel 6:75 BW).[4] De schade kan echter ook zijn veroorzaakt omdat de zaak niet aan de eisen voldoet die men met het oog op het gebruik bij de uitvoering van de geneeskundige behandeling aan de zaak mag stellen, kortom ongeschikt is.[5] Toerekening kan in die gevallen onder omstandigheden plaatsvinden op grond van de wet (artikel 6:75 BW jo artikel 6:77 BW). Uit artikel 6:77 BW moet immers worden afgeleid dat wanneer bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst gebruik wordt gemaakt van een zaak die daartoe ongeschikt is, de tekortkoming die daardoor ontstaat de hulpverlener in beginsel wordt toegerekend.[6] Schuld is hiervoor niet vereist.

2.2 De 'tenzij' die een uitzondering mogelijk maakt

De geschetste regel lijkt eenvoudig te kunnen worden toegepast, maar de praktijk leert anders. Kan de patiënt aantonen dat de gebruikte zaak ongeschikt is én gebruikt is bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst waarin de tekortkoming is gelegen, dan behoeft namelijk vervolgens beantwoording of de hulpverlener zich op een bevrijdend verweer kan beroepen. Van de hoofdregel van artikel 6:77 BW kan immers worden afgeweken, wanneer toerekening onredelijk zou zijn 'gezien de inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspruit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval'.[7] Het is aan de hulpverlener om de feiten en omstandigheden die tot onredelijkheid van de toerekening zouden moeten leiden, te stellen en, bij betwisting, te bewijzen.[8]

Wat de *inhoud en strekking van de rechtshandeling* betreft, zij opgemerkt dat artikel 6:77 BW tot stand is gekomen in het licht van twee kort daarvoor door de Hoge Raad gewezen arresten.[9] In deze zaken stond een resultaatsverbintenis centraal. In medische zaken daarentegen wordt veelal uitgegaan van een inspanningsverplichting van de hulpverlener; hij zal genezing van een patiënt niet kunnen garanderen, maar zich 'slechts' zo goed mogelijk moeten inspannen om de patiënt beter te maken.[10] Tegen deze achtergrond is de stelling mogelijk dat de aard van de verplichting een reden is om van de hoofdregel van artikel 6:77 BW af te wijken; door een reactie van het menselijk lichaam zou de zaak – bijvoorbeeld een prothese – ongeschikt kunnen blijken, terwijl de hulpverlener de patiënt niet verkeerd hoeft te hebben behandeld, noch bekend was met het feit dat de zaak (op termijn) ongeschikt zou worden. De tekortkoming zou hem dan niet mogen worden toegerekend.[11] De hulpverlener lijkt met deze stellingname de wetgever aan zijn

---

4 Zie nader R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade. Een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2013, p. 222-223.

5 Terzijde zij opgemerkt dat het feit dat een zaak een CE-markering heeft, niet betekent dat de zaak niet ongeschikt kan zijn; de markering betekent niet meer dan dat aan enkele basisvereisten is voldaan (klinisch onderzoek is bijvoorbeeld niet verplicht). Aanwezigheid van een CE-markering betekent dus ook niet dat er geen aansprakelijkheid kan bestaan. Eén en ander geldt evenzeer voor producten; een product kan gebrekkig zijn ook al heeft het een CE-markering en maakt niet dat de producent gevrijwaard is van aansprakelijkheid. Een goed voorbeeld van een zaak met een CE-markering die niet voldeed, betreft een bepaald type van een bepaalde serie borstprothese afkomstig van fabrikant Poly Implant Prothèse. Zie over deze kwestie uitvoerig P.W.J. Verbruggen en B.J. van Leeuwen, 'Europese regelgeving inzake medische hulpmiddelen. Het PIP-schandaal, de 'Nieuwe aanpak' en consumentenbescherming', *TvC* 2015, nr. 3, p. 111-121. Dat ten onrechte een CE-markering is afgegeven, is echter wel reden om te bezien hoe het is gesteld met de aansprakelijkheid van degene die de markeringen afgeeft: de notified body. Zie daarover eveneens P.W.J. Verbruggen en B.J. van Leeuwen, 'Europese regelgeving inzake medische hulpmiddelen. Het PIP-schandaal, de 'Nieuwe aanpak' en consumentenbescherming', *TvC* 2015, nr. 3, p. 111-121 evenals J.T. Hiemstra, 'De verhaalsmogelijkheden bij schade door een ongeschikte medische hulpzaak anno 2015', *TVP* 2015, nr. 3, p. 64-76.

6 Zie nader Parl. Gesch. Boek 6, p. 270 en (in algemene zin) Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 351. Zie ook HR 13 december 1968, **NJ 1969, 174**, met nt. G.J. Scholten.

7 Zie voor de geschiedenis R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade. Een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2013, p. 263. Onder vigeur van het Oud BW bestond deze nuancering niet. De aansprakelijkheid werd vrij absoluut aanwezig geacht: er was zonder meer aansprakelijkheid, indien de zaak ondeugdelijk bleek, zie HR 21 maart 1947, 383. De nuancering volgde naar aanleiding van twee latere arresten HR 5 januari 1968, *NJ* 1968, 102, met nt. G.J. Scholten en HR 13 december 1968, *NJ* 1969, 174, met nt. G.J. Scholten.

8 De hulpverlener is dus niet zonder meer aansprakelijk voor een ongeschikte hulpzaak, zie ook verwerping motie Kamerlid Van Gerven (SP) Kamerstukken II 2012/13, 32805, nr. 22 (Brief van de Minister van VWS).

9 HR 5 januari 1968, **NJ 1968, 102**, met nt. G.J. Scholten en HR 13 december 1968, **NJ 1969, 174**, met nt. G.J. Scholten.

10 Zie nader R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade. Een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2013, p. 229-232.

11 Zie voor een voorbeeld van deze stelling Rechtbank Arnhem 28 november 2012, **ECLI:NL:RBARN:2012:BY6606**.

zijde te hebben, die benadrukte dat bij geneeskundige behandelingen in het algemeen een resultaat niet zal zijn toegezegd en dat voorzichtigheid daarom geboden is.[12] Ietwat gedateerde jurisprudentie getuigt van een zelfde opvatting. De Rechtbank 's-Hertogenbosch bijvoorbeeld overwoog als volgt:

"Omdat het hier gaat om een overeenkomst tussen partijen waarbij de arts zich verplichtte om naar behoren bij de patiënt een knie-operatie te verrichten en voorts niets is gesteld omtrent een daarbij overeengekomen garantie van de arts terzake de duurzaamheid van het gebezigde materiaal, valt niet in te zien waarom de arts voor de na twee jaar ontdekte scheur in de prothese aansprakelijk zou kunnen zijn. De verbintenis die de arts is aangegaan is immers slechts een inspanningsverplichting en die is hij nagekomen. Een redelijke uitleg van deze inspanningsverplichting leidt niet tot het aannemen van een garantie dat breuken of scheuren als gevolg van de op dat moment onbekende zwakten in het materiaal van de prothese niet zullen optreden."[13]

Ook de Rechtbank Rotterdam wijdde in haar recente oordeel over de MOM-heupprothesen een overweging aan de aard van de verplichting:

"Bij de aard van de overeenkomst (van geneeskundige behandeling) past dat de patiënt op een aantal punten resultaat mag verlangen, bijvoorbeeld dat de prothese daadwerkelijk wordt geplaatst (behoudens bijzondere omstandigheden), dat de operatie volgens een aantal regels der kunst plaatsvindt, dat de chirurg over een aantal vaardigheden beschikt, etcetera. Ook mag de patiënt bepaalde eisen stellen ten aanzien van het gebruik van hulpmiddelen, zoals implantaten. Bij elk aspect van de geneeskundige behandeling zou moeten worden bezien in hoeverre resultaten mogen worden verlangd, dan wel (alleen) een inspanning om het beoogde doel te bereiken. Zo zal de patiënt hoge eisen mogen stellen als het gaat om de vorm/grootte van een prothese. Maar wat betreft de kwaliteit en eigenschappen van de heupprothesen is ook [Gedaagde 2] afhankelijk geweest van de producent, zodat het niet direct voor de hand ligt om niet te onderkennen gebreken voor risico van [Gedaagde 2] te laten komen (en mogelijk op dit onderdeel niet onverkort van een resultaatsverbintenis kan worden gesproken)."[14]

Wat *de in het verkeer geldende opvattingen en overige omstandigheden van het geval* betreft, wordt nogal eens de stelling ingenomen dat de aansprakelijk gestelde hulpverlener het gebrek van de zaak – het betreft met name prothesen en/of implantaten – en de schadelijkheid ervan niet kende en dat daarom toerekening van de tekortkoming door het gebruik van die zaak onredelijk zou zijn.[15] De patiënt zou voor verhaal van schade naar de producent moeten. Deze stelling wordt veelal onderbouwd met een beroep op de zienswijze van de wetgever bij de totstandkoming van artikel 6:77 BW. De wetgever heeft de mogelijkheid om de producent (in de eerste plaats) aansprakelijk te houden, opengelaten, indien deze een zaak in het verkeer heeft gebracht met een *'ook voor de deskundige gebruikers niet te onderkennen gebrek'*.[16] De achtergrond van deze zinsnede was gelegen in de implementatie van de Europese richtlijn inzake productenaansprakelijkheid en de vraag naar de invloed die de aansprakelijkheid van de producent zou moeten hebben op de aansprakelijkheid van anderen die met een gebrekkig product van doen konden hebben; de wetgever wilde een overlap van verschillende aansprakelijkheden met betrekking tot een ongeschikte roerende zaak vermijden. Overlap met de aansprakelijkheid van de producent bleek echter mogelijk, omdat (bijvoorbeeld) medicijnen, protheses, operatiemateriaal, bloed en lichaamsmateriaal – zowel 'roerende zaak' als 'product' – bij gebleken onveiligheid – en dus zowel 'ongeschikt' als 'gebrekkig' – niet alleen onder de reikwijdte van artikel 6:77 BW vielen, maar ook onder de reikwijdte van de wettelijke bepalingen inzake productaansprakelijkheid.[17]

In de jurisprudentie wordt de stelling dat onbekendheid van het gebrek toerekening onredelijk maakt zo nu en dan gevolgd.[18] Het onderscheid tussen *subjectieve onbekendheid* (deze hulpverlener kende het gebrek niet) en *objectieve of absolute onbekendheid* (het gebrek was niet te onderkennen) lijkt daarbij geen duidelijke (afgebakende) rol te spelen en lijken verschillende gradaties te kennen.

De Rechtbank 's-Hertogenbosch bijvoorbeeld overwoog in een situatie van subjectieve onbekendheid als volgt:

"Ter comparitie heeft de rechtbank zelf kunnen constateren dat de katheter en de diverse onderdelen waaruit deze bestaat

---

12 Parl. Gesch. Boek 6, p. 271.
13 Rechtbank 's-Hertogenbosch 28 januari 1994, rolnr. 1769/92 (niet gepubliceerd).
14 Rechtbank Rotterdam 19 augustus 2015, **ECLI:NL:RBROT: 2015:6179**.
15 Zie voor een voorbeeld van deze stelling Rechtbank 's-Hertogenbosch 28 januari 1994, rolnr. 1769/92 (niet gepubliceerd); Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 juli 2010, ***L&S* 2011, 125;** Rechtbank Arnhem 28 november 2012, **ECLI:NL:RBARN:2012:BY6606**; Rechtbank Zeeland-West-Brabant 15 januari 2014, **JA 2014, 50**, met nt. R.P. Wijne en Rechtbank Rotterdam 19 augustus 2015, **ECLI:NL:RBROT:2015:6179**.
16 Parl. Gesch. Boek 6, p. 271-272.
17 Parl. Gesch. Boek 6, p. 270-271. Zie ook Kamerstukken II 1989/90, 21561, nr. 3 (MvT).
18 Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 juli 2010, **L&S 2011, 125**; Rechtbank Arnhem 28 november 2012, **ECLI:NL:RBARN:2012:BY6606**; Rechtbank Zeeland-West-Brabant 15 januari 2014, *JA* 2014, 50, met nt. R.P. Wijne. Zie ook Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, *JBPr* 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann in welke zaak een beroep op artikel 6:77 BW door de rechtbank werd verworpen omdat de patiënten zelf voor de Implanon applicator hadden gekozen, maar waarin de rechtbank tevens overwoog dat gesteld noch gebleken was dat de artsen een gebrek aan de applicator hadden kunnen ontdekken.

zo klein zijn, dat een mogelijk gebrek daaraan enkel bij visuele inspectie niet door dr. [naam] had kunnen worden onderkend. Nu de katheter aanvankelijk normaal heeft gefunctioneerd en de geconstateerde breuk van de katheter, die in het lichaam van [naam patiënt] is ontstaan, zich aan de binnenzijde van de katheter heeft voorgedaan, is de rechtbank van oordeel dat niet valt in te zien dat dr. [naam] op een dergelijke breuk bedacht had moeten zijn. (…) Uitgaande van de (…) omschreven omstandigheden acht de rechtbank het niet redelijk de tekortkoming als gevolg van het gebruik van de hulpzaak aan het ziekenhuis toe te rekenen."[19]

Een voorbeeld dat meer neigt naar objectieve onbekendheid bij de groep van hulpverleners als argument om toerekening onredelijk te achten, betreft het oordeel van de Rechtbank Zeeland-West-Brabant. De rechtbank overwoog als volgt:
"Als op grond van een nog te verkrijgen deskundigenbericht zou komen vast te staan dat de door [eiseres] gestelde klachten het gevolg zijn van de scheuring van het implantaat en de daarop gevolgde verspreiding van siliconen in haar lichaam, en deze klachten zodanig zijn, dat moet worden gezegd dat ze voor een patiënte als [eiseres] te bezwarend zijn, zal nog moeten worden vastgesteld of [gedaagde 1] en/of MCS van deze mogelijke gevolgen op de hoogte was/waren. Als dat zo is, kan worden vastgesteld dat sprake is geweest van een ongeschikte zaak; in dat geval is het ook niet onredelijk de schade aan hen toe te rekenen. [Eiseres] heeft over wetenschap van de hier bedoelde gevolgen van scheuring van het implantaat bij [gedaagde 1] en/of MCS niets gesteld. [Gedaagde 1] en VvAA hebben de gestelde klachten en het causale verband tussen de scheuring van het implantaat en die klachten uitdrukkelijk en gemotiveerd betwist, daarbij verwijzend naar huidige wetenschappelijke inzichten. Dit leidt tot het oordeel dat voldoende vast staat dat [gedaagde 1] en MCS de thans door [eiseres] gestelde klachten als mogelijke gevolgen van een scheurend implantaat niet kenden en ook niet konden kennen. Voor zover de gestelde aansprakelijkheid van [gedaagde 1] en MCS is gebaseerd op het gebruik van een ongeschikte hulpzaak, zal dan het antwoord op de hiervoor geformuleerde vraag (a) – en als gevolg daarvan ook niet het antwoord op vraag (b) – niet behoeven te worden afgewacht. Een deskundigenbericht zal daarom niet worden gevraagd. Reeds nu kan worden vastgesteld dat [gedaagde 1] en MCS (en dus ook VvAA) niet op grond van het gebruik van een ondeugdelijke hulpzaak aansprakelijk zijn voor de door [eiseres] gestelde schade. In zoverre zal de vordering moeten worden afgewezen."[20]

Ook de Rechtbank Rotterdam betrok de maatschappelijke opvattingen en overige omstandigheden van het geval in haar oordeel over de redelijkheid van de toerekening met inachtneming van wat lijkt op objectieve onbekendheid van de groep hulpverleners met het gebrek van de MOM-heupprothese. Zij overwoog als volgt:
"Uitgangspunt in deze procedure is dat sprake is van een voor deskundige gebruikers in 2004 redelijkerwijs – niet te onderkennen gebrek. Dit vloeit voort uit hetgeen hiervoor is overwogen en beslist over het ontbreken van wetenschap bij [Gedaagde 2]. Dit maakt dat, hoewel de keuze voor de gebruikte MOM-prothesen door [Gedaagde 2] is gemaakt, deze keuze in feite geen of nauwelijks een argument biedt vóór toerekening aan [Gedaagde 2]. De bij [Gedaagde 2] aanwezig te veronderstellen deskundigheid heeft immers in de omstandigheden van het geval geen of slechts in zeer ondergeschikte mate betrekking gehad (en hoeven hebben) op de door [Eiser] gestelde risico's van MOM-prothesen."[21]

Een voorbeeld waarin een overweging werd gewijd aan onbekendheid van het gebrek bij zowel de hulpverlener als de producent, betreft een oordeel van de Rechtbank Arnhem. De rechtbank overwoog in haar eerste tussenvonnis als volgt:
"In de kern valt het geschil in deze zaak te herleiden tot twee kwesties. Allereerst is aan de orde of – artikel 6:77 BW – bij de uitvoering van de verbintenis gebruik is gemaakt van een zaak die daartoe ongeschikt is. Indien dat het geval is dan dient de tekortkoming die daardoor is ontstaan in beginsel aan het ziekenhuis te worden toegerekend, tenzij dit op de in artikel 6:77 BW genoemde gronden onredelijk zou zijn. Daarnaast – afhankelijk van de beoordeling van de vordering op grond van artikel 6:77 BW – ligt de vraag voor of gelet op de stand van zaken in de medische wetenschap in 1992 een redelijk handelend en vakbekwaam oogarts in 1992 de Miragelplombe mocht gebruiken bij de in juli 1992 bij [eiser] uitgevoerde operatie, zonder voorlichting vooraf aan [eiser] over de alternatieven en voorts of het aangaande de verwijdering van de Miragelplombe gevoerde expectatieve beleid juist was (en is)."[22]

In haar eindvonnis werd vervolgens het volgende overwogen:
"De rechtbank oordeelt dat de tekortkoming niet aan het ziekenhuis kan worden toegerekend. Voor dat oordeel is het volgende bepalend. In de processtukken, waaronder het deskundigenbericht, zijn geen aanknopingspunten te vinden op grond waarvan de producent van de Miragelplombe voor de schade door het gebrek in dat product aansprakelijk gehouden zou kunnen worden. Immers, uit het deskundigenbericht volgt dat er in 1992 naar de toenmalige stand van de wetenschap nog geen grond was om aan te nemen dat de Miragelplombe gebrekkig was en dat pas na 1992 voor het eerst de eigenschappen van de Miragelplombe zoals die zich ook bij [eiser] hebben geopenbaard, bekend werden. Aansprakelijk-

19 Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 juli 2010, **L&S 2011, 125**.
20 Rechtbank Zeeland-West-Brabant 15 januari 2014, **JA 2014, 50**, met nt. R.P. Wijne.
21 Rechtbank Rotterdam 19 augustus 2015, **ECLI:NL:RBROT:2015:6179**.
22 Rechtbank Arnhem 3 maart 2010, **ECLI:NL:RBARN:2010:BL6937**.

heid van de producent zou dan ook afstuiten op artikel 6:185 lid 1 aanhef en onder e BW. Tegen de achtergrond van de hiervoor geciteerde wetsgeschiedenis valt dan niet in te zien dat het ziekenhuis, dat zoals hiervoor is geoordeeld, in 1992 met het gebrek niet bekend was of kon zijn en overigens zorgvuldig heeft gehandeld, in zo'n geval wel, te weten op de voet van artikel 6:77 BW voor het gebruik van dat gebrekkige product aansprakelijk kan worden gehouden. Daarnaast brengen de verkeersopvattingen mee dat nu het ziekenhuis in 1992 niet wist of kon weten van het gebrek terwijl het in die tijd state of the art was om deze plombe te verkiezen boven de twee andere voorhanden plombes, de tekortkoming niet aan het ziekenhuis kan worden toegerekend. Een ander oordeel zou ertoe kunnen leiden dat ziekenhuizen – hoewel een genees- of medisch hulpmiddel door de betreffende instanties, in dit geval de Federal Drug Administration, is goedgekeurd en op de markt is toegelaten – vanwege mogelijke onbekende negatieve eigenschappen en daaruit voortvloeiende aansprakelijkheid, terughoudend zullen zijn in de toepassing van nieuwe geneesen hulpmiddelen. Dit staat de ontwikkeling van medische behandelmethoden in de weg. De argumenten die [eiser] heeft aangevoerd (…) wegen onvoldoende zwaar om tot een ander oordeel over de toerekening te leiden. Hierop stuit de vordering van [eiser] op grond van artikel 6:74 juncto 6:77 BW af."[23]

In de rechtsgeleerde doctrine wordt niettemin al sinds eind jaren tachtig kritiek geuit op de opvatting van de wetgever. Zo wordt in de literatuur aangenomen dat een inspanningsverplichting er niet aan in de weg hoeft te staan dat de hulpverlener heeft in te staan voor de deugdelijkheid van medische hulpzaken.[24] Er is immers een onderscheid te maken tussen de uitvoering van de geneeskundige behandeling, waarvan wellicht het resultaat onzeker is, en de aanwending van zaken die weliswaar ter volbrenging van de behandeling dienen, maar op zich geen onzekerheid met zich brengen.[25] Voorts wordt beschreven dat er onvoldoende grond is om aan te nemen dat aansprakelijkheid voor hulpzaken bij hulpverleners als regel onredelijk zou zijn in het geval zij niet bekend waren of behoorden te zijn met een gebrek van de zaak, nu de hulpverlener niet zonder meer in een positie verkeert die afwijkt van andere opdrachtnemers of schuldenaren.[26] Verscheidene rechtsgeleerden pleiten voor een toerekening aan de hulpverlener van een tekortkoming die is veroorzaakt door een ongeschikte zaak (waaronder een gebrekkig product) en menen dat het aan de hulpverlener is om regres te nemen op de producent.[27] Omstandigheden als de keuzevrijheid voor de zaak (bij wie ligt die vrijheid?), de rechtszekerheid (hoe wordt deze gediend?), de vergroting van de activiteiten door het gebruik van een zaak (wie zijn activiteiten kan vergroten moet ook het risico dragen), de eenvoud van het verhaal van de risicodrager vanwege een verzekering of een contract met een leverancier of producent, de draagkracht van de schuldenaar en de omvang van de schade in relatie tot de contraprestatie van de schuldeiser en de deskundigheid van partijen zouden doorgaans wijzen op toepassing van de hoofdregel (de hulpverlener is aansprakelijk voor het gebruik van een ongeschikte zaak).[28] De rechtsgeleerden weten zich daarbij gesteund door een aantal rechterlijke uitspraken.[29]
De Rechtbank Breda bijvoorbeeld oordeelde dat de ongeschiktheid van – in dit geval slotjes van een onrustband – in de sfeer lag van het ziekenhuis, omdat het ziekenhuis de onrustbanden met de daarbij behorende slotjes had ingekocht, het ziekenhuis had gekozen voor een bepaalde soort en een bepaald merk van deze banden,

---

23 Rechtbank Arnhem 28 november 2012, **ECLI:NL:RBARN:2012:BY6606.**

24 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/456 en de daar genoemde literatuur; R.M. Schoonenberg, 'De aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen; stand van zaken', *TvGR* 1987 (maart/april), p. 81-92; E.H. Hondius, 'Produktenaansprakelijkheid in het ziekenhuis', *TvGR* 1990, nr. 7, p. 422; S.C.J.J. Kortmann in: Aansprakelijkheid voor medische fouten, Lelystad: Koninklijke Vermande 1991, p. 25-28; en A.J. Van, 'De aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen- Implanon revisited', *TVP* 2011, nr. 2, p. 44-49.

25 T. Vansweevelt, De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu, derde druk, 1997, p. 637.

26 Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2014/456; S.C.J.J. Kortmann in: Aansprakelijkheid voor medische fouten, Lelystad: Koninklijke Vermande 1991, p. 25-28; B. Sluijters, Aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis, Preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer 1984, p. 42 en E.H. Hondius, 'Produktenaansprakelijkheid in het ziekenhuis', *TvGR* 1990, nr. 7, p. 422.

27 Zie voor de 'geluiden' M.A. Goslings, 'Medische aansprakelijkheid: een stand van zaken', *TvGR* 1995, nr. 4, p. 202; P. Bergkamp, Contractuele aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulmiddelen, in: W.C.L. van der Grinten e.a., Onderneming en nieuw burgerlijk recht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 317; R.M. Schoonenberg, De aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen; stand van zaken, *TvGR* 1987 (maart/april), p. 81-92; C.J.J.M. Stolker, 'Aansprakelijkheid voor bloedprodukten en bloedtransfusies', *NJB* afl.19/1995, p. 685-695; A.J. Van, 'De aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen-Implanon revisited', *TVP* 2011, nr. 2, p. 44-49; I.C. Timmermans, 'Contractuele aansprakelijkheid voor medische hulpzaken. Van lekkende borstimplantaten tot eroderende kunstheupen', *VR* 2014, nr. 2, p. 46-52; I.C. Timmermans, 'Dient een zorgverlener in te staan voor de kwaliteit van borstimplantaten?', *AV&S* 2015/4 en T. Hartlief, '(portal) *NJB* 2015/1187. Zie anders A.E. Santen, 'De aansprakelijkheid voor de gebrekkige hulpzaak in het licht van de GBO', *PIV-Bulletin* juni 2013, p. 5-9 en M.S.E. van Beurden, 'De (on)redelijkheid van het toerekenen van de gebrekkigheid van een medische hulpzaak aan de arts of het ziekenhuis ex art. 6:77 BW', *PIV-Bulletin* mei 2015, p. 6-10.

28 Zie (in algemene zin) Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 351. Hiemstra voegt hieraan de factor de beheersbaarheid van het risico toe, hetgeen zij ontleent aan het Duitse recht, zie J.T. Hiemstra, 'De verhaalsmogelijkheden bij schade door een ongeschikte medische hulpzaak anno 2015', *TVP* 2015, nr. 3, p. 64-76.

29 Gerechtshof Arnhem 27 juni 2000, **VR 2002,112**; Rechtbank Breda 3 januari 2011, **ECLI:NL:RBBRE:2011:BO9631** en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 november 2014, *JA* 2015, 7, met nt. J.P.M. Simons. Zie ook geschillencommissie Ziekenhuizen 15 mei 2006, *TvC* 2007-3, p. 91-92.

terwijl de patiënt daarop geen enkele invloed had gehad. Voorts wees de rechtbank op de mogelijkheid voor het ziekenhuis om verhaal te nemen op de producent. Al met al overwoog de rechtbank daarom als volgt:
"De rechtbank ziet gelet op hetgeen hiervoor is overwogen geen aanleiding om een uitzondering te aanvaarden op de hoofdregel van toerekenbaarheid van artikel 6:77 BW. Noch de aard en strekking van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, noch de in het verkeer geldende opvattingen of de omstandigheden van het geval brengen mee dat het onredelijk is om het risico van het gebruik van het voor het beoogde doel ongeschikte slotje bij het ziekenhuis te leggen."[30]

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelde in de PIP-borstprothese kwestie, genoemd in de inleiding, eveneens dat toerekening van de tekortkoming door de gestelde ongeschiktheid van de geïmplanteerde borstprothesen redelijk zou zijn. Het hof hechtte in dat verband tevens waarde aan het faillissement van de op grote schaal frauderende producent en overwoog als volgt:
"Voorshands is het hof van oordeel dat het in het onderhavige geval, waar het gaat om een hele serie ondeugdelijke hulpmiddelen doordat de fabrikant daarmee heeft gefraudeerd door voor toepassing in het menselijk lichaam ongeschikt materiaal te gebruiken, redelijk is dat toe te rekenen (art. 6:77 BW) aan het ziekenhuis en niet voor rekening te laten blijven van de groep patiënten – waaronder voorlopig veronderstellenderwijs [appellante] – die dit heeft getroffen. Daarbij betrekt het hof de omstandigheid dat de producent failliet is en dus geen verhaal biedt, dat Boerhaave degene is die voor deze protheses heeft gekozen – van welke keuze haar, zoals reeds overwogen, overigens geen verwijt kan worden gemaakt – en dat het hier niet gaat om een hulpzaak die door een gebrek in dit éne exemplaar één keer faalt, zoals in de zaak van de pacemaker (Hof Amsterdam 7 januari 1988, TvGR 1989, 99), maar om een hele serie ondeugdelijke producten."[31]

Een derde voorbeeld betreft het arrest van het Gerechtshof Arnhem inzake een lekkende borstprothese in welke zaak tevens de onduidelijkheid van de oorzaak van het lek werd meegewogen:
"Indien de prothesen hulpzaken zijn, geldt de in artikel 6:77 BW neergelegde regel die reeds in 1988 als geldend recht werd beschouwd. Indien een of beide prothesen ongeschikt zouden zijn, wordt ingevolge dit artikel de tekortkoming die daardoor ontstaat in beginsel aan de schuldenaar toegerekend, tenzij dit, gelet op inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspruit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk zou zijn. Wanneer niet duidelijk is of de prothesen nu op zich zelf al ongeschikt waren dan wel (mede) door toedoen van Koopmann ongeschikt geworden zijn, leidt deze regel, zoals hierna zal blijken, tot het effect dat Koopmann in beginsel voor de lekkages aansprakelijk is.
(…)
In het algemeen zullen patiënten zich er niet van bewust zijn hoe de keuze voor en bestelling van te implanteren zaken als prothesen georganiseerd zijn, dat wil zeggen, wie deze van de producent of importeur/distributeur betrekt. De behandelend arts licht de patiënte in over de voorgestelde behandeling en zal daarbij met de patiënte bespreken naar welke prothesen de voorkeur uitgaat. Daarnaast implanteert die behandelend arts als regel zelf de prothesen. De keuze voor deze prothesen heeft mw H. in feite overgelaten aan Koopmann, de specialist die deze implanteerde, terwijl zij deze prothesen zelf hoogstwaarschijnlijk nooit gezien heeft. In het totaal van de medische behandeling (…) vormden de prothesen (…) slechts een onderdeel van een veel meer omvattende geneeskundige behandeling, waarvan de prothesen het bijzondere doel hadden om de fysieke en psychische gevolgen van de amputatie van de borsten zo veel als mogelijk is te helen c.q. te verzachten. Daarom mag in het algemeen, behoudens bijzondere omstandigheden, de op dit gebied als regel niet deskundige patiënte haar behandelend arts in het kader van de alles omvattende geneeskundige behandelingsovereenkomst verantwoordelijk houden voor de keuze en het betrekken van de soort en het merk van de prothesen en de feitelijke implantatie daarvan. In onderling verband en samenhang bezien, rechtvaardigen beide factoren (de snede en het ontbreken van gedocumenteerd na-onderzoek) in ieder geval dat Koopmann en Greven in dit geval (…) in beginsel voor de deugdelijkheid van de geïmplanteerde prothesen moeten instaan."[32]

3. Beschouwing van het element 'niet te onderkennen gebrek'

3.1 Verschillende visies ten aanzien van het element 'niet te onderkennen gebrek'

De hiervoor geciteerde oordelen van verschillende rechters bevestigen hetgeen reeds in de inleiding werd opgemerkt: de rechtspraak laat geen eenduidig beeld zien als het gaat om (de redelijkheid van) de toerekening van de tekortkoming aan de hulpverlener op grond van artikel 6:77 BW. Zowel de 'lijn' van de wetgever als de 'lijn' van de rechtsgeleerde doctrine wordt in de jurisprudentie gevolgd. Daar waar toerekening onredelijk wordt geoordeeld, speelt het argument van het (voor de deskundige gebruiker) niet te onderkennen gebrek van een implantaat of prothese veelal een doorslaggevende rol en in die zin is het antwoord op de eerste vraag (zijn de ver-

30 Rechtbank Breda 3 januari 2011, **ECLI:NL:RBBRE:2011:BO9631**.
31 Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 november 2014, *JA* 2015, 7, met nt. J.P.M. Simons. Zie voor een bespreking van het arrest ook P.W.J. Verbruggen en B.J. van Leeuwen, 'Europese regelgeving inzake medische hulpmiddelen. Het PIP-schandaal, de 'Nieuwe aanpak' en consumentenbescherming', *TvC* 2015, nr. 3, p. 111-121.
32 Gerechtshof Arnhem 27 juni 2000, **VR 2002,112**.

schillen in oordelen te verklaren?) direct te geven: de verschillen tussen de uitspraken kunnen worden verklaard door de verschillende visies op de rol en het belang van het 'niet te onderkennen gebrek' bij een oordeel over de redelijkheid van de toerekening. Volgens sommige rechters en rechtsgeleerden mag het geen rol spelen, volgens sommige rechters en rechtsgeleerden mag reeds de subjectieve onbekendheid een reden zijn om toerekening onredelijk te achten en tot slot is er een aantal rechters en rechtsgeleerden die menen dat afwezigheid van kennis pas van betekenis kan zijn voor de toerekening (in de zin van toerekening is onredelijk) als het gaat om objectieve onbekendheid die zelfs de producent van aansprakelijkheid kan bevrijden.

Zonder een nadere beschouwing zijn de verschillen in opvatting echter niet te rechtvaardigen en niet zonder meer te begrijpen. De vraag hoe de kennis van het gebrek of afwezigheid daarvan nu moet worden begrepen en in een oordeel moet worden betrokken blijft overeind en kent verschillende deelvragen. Is het niet zo dat als de hulpverlener weet heeft van een gebrek en de schadelijkheid ervan en desondanks de zaak gebruikt, hij een daardoor ontstane tekortkoming toegerekend krijgt krachtens schuld? Is het dan logischerwijs niet ook zo dat de afwezigheid van kennis van het gebrek en de schadelijkheid geen rol mag en hoeft te spelen bij de redelijkheid van de toerekening krachtens artikel 6:77 BW, maar dat daaraan andere factoren ten grondslag moeten liggen? Wat is anders de verhouding tot de toerekening krachtens de wet als het schuldelement 'met kennis' ook bij de toerekening krachtens artikel 6:77 BW wordt betrokken (in de zin van afwezigheid van kennis leidt tot afwijzen toerekening)? Of dient artikel 6:77 BW zo te worden gelezen dat subjectieve onbekendheid van het gebrek – dus kennis bij *deze* hulpverlener – niet aan toerekening van de tekortkoming in de weg hoeft te staan, maar dat dit wel geldt als sprake is van objectieve onbekendheid – niemand kon het gebrek met zijn schadelijke gevolgen kennen?

Beantwoording van deze vragen vereist dus een nadere beschouwing van het element 'niet te onderkennen gebrek' bij een oordeel over de (on)redelijkheid van die toerekening. Bij de beschouwing maak ik onderscheid naar de oorzaak van de afwezigheid van kennis en betrek ik de regels van consumentenkoop, kwalitatieve aansprakelijkheid en productenaansprakelijkheid. Uitgangspunt is steeds dat een producent een zaak in het verkeer heeft gebracht dat behept is met een gebrek en welke zaak bij het gebruik ervan door de hulpverlener schade heeft veroorzaakt bij de patiënt.

3.2 Subjectieve onbekendheid van het gebrek

De afwezigheid van kennis kan zijn gelegen in de omstandigheid dat de aangesproken hulpverlener de literatuur op zijn vakgebied niet heeft bijgehouden en voorafgaand aan het gebruik van de desbetreffende zaak heeft nagelaten onderzoek te doen naar de op dat moment (wereldwijd) gedocumenteerde problemen over die zaak. Zo hij zich wel op de hoogte had gehouden, dan had de hulpverlener *kennis kunnen hebben* van mogelijke gebreken van de zaak; het betreft dus een situatie van wat wordt genoemd '*subjectieve onbekendheid*'. Bovendien had hij die *kennis moeten hebben*, want van een goed hulpverlener wordt nu eenmaal verlangd dat hij zijn literatuur bijhoudt en onderzoek doet naar de zaak, de prothese bijvoorbeeld, die hij bij de patiënt wil gebruiken. Een tekortkoming door het gebruik van de gebrekkige zaak komt dan krachtens schuld voor rekening van de hulpverlener (artikel 6:74 BW jo 6:75 BW). Van schuld van de hulpverlener is immers sprake, indien de hulpverlener in kwestie – naar de objectieve maatstaven van de redelijk bekwaam en redelijk handelend hulpverlener – anders had kunnen en moeten handelen.[33]
Voor een voorbeeld van een oordeel in die zin wordt gewezen op een oordeel van de Rechtbank Arnhem inzake het gebruik van het geneesmiddel Mesalazine bij een patiënt die als gevolg daarvan een nierfunctiestoornis ontwikkelde.[34] Zou de hulpverlener bij raadpleging van literatuur hebben geweten dat het langdurige gebruik tot nierfunctiestoornissen kon leiden of had hij dat redelijkerwijs moeten weten, maar bleef hij desondanks de patiënt het medicijn verstrekken, dan zou dit een tekortkoming opleveren die hem krachtens schuld wordt toegerekend, aldus de rechtbank. Een ander voorbeeld betreft een arrest van het Gerechtshof Amsterdam inzake het gebruik van het antibioticum Neomycine dat doofheid bij een 4-jarige had veroorzaakt.[35] Het hof betrok de bekende kelderluikcriteria in zijn oordeel over hetgeen van een goed hulpverlener verlangd had mogen worden.[36] Uit de stellingen van partijen, de geraadpleegde deskundigen en de medische literatuur leidde het hof vervolgens af dat de hulpverlener de kans dat het middel in het bloed terecht zou komen niet verwaarloosbaar klein mocht achten, dat hij de ernstige gevolgen áls dat zou gebeuren kende, en dat voorzorgsmaatregelen, ofschoon ongebruikelijk en kostbaar, mogelijk waren geweest. Er was daarom sprake van een krachtens schuld toerekenbare tekortkoming, aldus het hof. Een derde voorbeeld betreft het gebruik van het onveilig geachte bloedproduct Armour Factorate bij een HIV-patiënt. Uit het arrest van het Gerechtshof Leeuwarden valt op te maken dat, zo het

33 Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 332-344.
34 Rechtbank Arnhem 17 mei 2006, zaaknr. 123017 / HA ZA 05-179 (niet gepubliceerd). De Rechtbank nam in het onderhavige geval overigens niet aan dat de arts meer had moeten weten dan hij wist.
35 Gerechtshof Amsterdam 18 december 1997, **VR 1998, 169**.
36 HR 5 november 1965, **NJ 1966, 136**, met nt. G.J. Scholten (Kelderluik).

ziekenhuis kennis droeg van de onveiligheid van het bloedproduct, maar het bloedproduct desalniettemin gebruikte, het ziekenhuis zich niet als goed hulpverlener had gedragen, hetgeen een tekortkoming impliceert die krachtens schuld wordt toegerekend.[37]

Dat (enkel) subjectieve onbekendheid niet aan aansprakelijkheid in de weg staat, geldt evenzeer bij de contractuele aansprakelijkheid van de verkoper die een gebrekkige zaak aan een consument heeft verkocht (artikel 7:24 BW). In artikel 7:24 BW is immers bepaald dat indien op grond van een consumentenkoop een zaak is afgeleverd die niet de eigenschappen bezit die de koper op grond van de overeenkomst mocht verwachten, de koper jegens de verkoper recht heeft op schadevergoeding. Uitgangspunt is dat de verkoper jegens de koper heeft in te staan voor de deugdelijkheid van de zaak, ook al was hijzelf met een gebrek niet bekend.[38]
In dit verband is van belang op te merken dat mij twee zaken bekend zijn waarin de rechter ervoor koos om de prothese aan te merken als afgeleverde (gekochte) zaak. De eerste zaak betreft een oordeel van de Rechtbank Maastricht.[39] De rechtbank stelde voorop dat een hulpverlener die zaken verschaft moet instaan voor de deugdelijkheid ervan. Is de verschafte zaak niet deugdelijk en valt dit de hulpverlener toe te rekenen, dan is de hulpverlener aansprakelijk. De rechtbank vervolgde met het oordeel dat de borstprothesen ondeugdelijk waren 'omdat zij lekten'. De niet onderbouwde stelling dat de tekortkoming niet kon worden toegerekend werd verworpen, waarbij mede acht werd geslagen op het feit dat de hulpverlener verzekerd was, de hulpverlener zelf had moeten achterhalen wat er nu precies was gebeurd en niet aannemelijk was geworden dat de patiënt voldoende verstand van zaken had om een afgewogen keuze te maken omtrent de soort prothese en de hoogte van de risico's met betrekking tot het gebruik van de verschillende soorten prothesen. Een tweede zaak lag ter beoordeling voor aan de Rechtbank Amsterdam.[40] Ook hier was een lekkende borstprothese de oorzaak van de schade en oordeelde de rechtbank dat artikel 6:74 BW van toepassing was, omdat het om een geleverde zaak ging. In beginsel geldt daarom dat de hulpverlener heeft in te staan voor de deugdelijkheid van de prothese, aldus de rechtbank. Indien de borstprothese lekt en derhalve ondeugdelijk is en de ondeugdelijkheid aan de hulpverlener is toe te rekenen, is de hulpverlener aansprakelijk, zo vervolgde zij. Het eindoordeel was dat de hulpverlener in kwestie aansprakelijk was, omdat vast stond dat de borstprothese lekte en er geen verweer was gevoerd ten aanzien van de toerekenbaarheid.

Ook wat de buitencontractuele kwalitatieve aansprakelijkheid van de bezitter voor een gebrekkige roerende zaak betreft, is duidelijk dat subjectieve onbekendheid niet aan aansprakelijkheid in de weg staat. Wel zij daarbij opgemerkt dat onbekendheid bij deze vorm van aansprakelijkheid niets van doen heeft met toerekening, maar wordt betrokken in de vraag of de zaak gebrekkig is en dus een van de contractuele aansprakelijkheden afwijkende invalshoek kent. Hoewel het bij de aansprakelijkheidsvraag om de toestand van de desbetreffende zaak gaat en niet om een normschending als bedoeld in artikel 6:162 BW, komt namelijk onder bepaalde omstandigheden de norm om de gebrekkigheid te beoordelen overeen met de norm ter vaststelling van de zorgvuldigheid die van diezelfde bezitter op grond van artikel 6:162 BW kan worden verlangd. Dit speelt bijvoorbeeld bij zaken waarbij menselijk gedrag de gebrekkigheid van een zaak kan wegnemen door middel van een waarschuwing. Vaak worden dan ook de kelderluikcriteria gehanteerd om de gebrekkigheid vast te stellen.[41] Betrokken worden factoren als de aard en functie van de zaak, de fysieke toestand van de zaak ten tijde van de verwezenlijking van het gevaar en het van de zaak te verwachten gebruik door derden, de grootte van de kans op verwezenlijking van het aan de zaak verbonden gevaar en de mogelijkheid en bezwaarlijkheid van te nemen veiligheidsmaatregelen. Subjectieve onbekendheid van het gebrek dat aan de zaak kleeft speelt daarbij echter geen rol.

Kortom, subjectieve onbekendheid bij de hulpverlener staat niet aan toerekening in de weg, zo volgt uit het voorgaande. Sterker nog, artikel 6:77 BW komt in de hiervoor geschetste gevallen niet in beeld, want de omstandigheid dat de hulpverlener door zijn eigen nalatigheid geen kennis droeg van het gebrek, impliceert dat de tekortkoming door zijn schuld heeft kunnen ontstaan. Kwade opzet is hiervoor overigens niet vereist. Analyse van de andere twee leerstukken bevestigt deze regel.

3.3 Objectieve onbekendheid van het gebrek

De afwezigheid van kennis kan ook gelegen zijn in de omstandigheid dat de hulpverlener weliswaar als goed hulpverlener kennis heeft genomen van de literatuur die hij had moeten lezen, maar daarin (nog) geen gewag is

---

37 Gerechtshof Leeuwarden 28 augustus 2002, **ECLI:NL:GHLEE:2002:AF5968**, rov. 15. Zie voor de procedure in cassatie HR 28 januari 2005, **ECLI:NL:HR:2005:AR6459**.
38 Parl. Gesch. Boek 7, p. 17-18, Zie ook **Asser/Hijma 7-1* 2013/72**.
39 Rechtbank Maastricht 15 februari 1996, te kennen uit HR 28 mei 1999, **NJ 1999, 614**.
40 Rechtbank Amsterdam 11 juli 2007, *JA* 2007, 145.
41 HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136, met nt. G.J. Scholten. Zie uitvoeriger Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-IV 2015/218; 236. Zie tevens HR 17 december 2010, **NJ 2012, 155**, met nt. T. Hartlief, rov. 4.4.3.

gemaakt van problemen bij het gebruik van de zaak. Er is sprake van wat wordt genoemd '*objectieve onbekendheid*' bij de groep van hulpverleners die de zaak in gebruik hebben genomen. Deze situatie kan zich bijvoorbeeld voordoen als er nog geen schadegevallen eerder gemeld waren of de eerste schadegevallen bij de producent zijn gemeld, maar nog onderzocht moet worden of het daadwerkelijk om een gebrek gaat en berichtgeving daaromtrent de hulpverleners die het aangaat nog niet heeft kunnen bereiken; zij hebben daar dus *redelijkerwijs geen kennis van kunnen nemen*. De hulpverlener treft geen schuld, maar wel dient zich de vraag aan of de hulpverlener een tekortkoming door het gebruik van een – wat later blijkt – ongeschikte hulpzaak op grond van artikel 6:77 BW toegerekend moet krijgen. Meer in het bijzonder rijst de vraag of de hulpverlener zich op de onredelijkheid van de toerekening kan beroepen en op de aansprakelijkheid van de producent kan wijzen, ervan uitgaande dat de producent het gebrek (inmiddels) moest kennen of kende.

Een vaste 'regel' dienaangaande lijkt hier te ontbreken en daarom wordt bekeken welke regel de wetgever heeft bedacht als een verkoper dan wel een bezitter van een roerende geconfronteerd wordt met een hem onbekend gebrek, dat inmiddels wel bij de producent bekend is. In geval van subjectieve onbekendheid leverde deze vergelijking een zelfde visie op en de vraag is of diezelfde vergelijking ook in geval van objectieve onbekendheid uitkomst biedt.

Wat direct opvalt, is dat artikel 7:24, tweede lid, BW bepaalt dat de verkoper voor een veiligheidsgebrek – en dus niet voor een ander type gebrek – waarvoor de producent aansprakelijk is, zelf niet aansprakelijk is, tenzij ook het veiligheidsgebrek de verkoper bekend was of hem bekend had moeten zijn. Hetzelfde geldt als de verkoper een garantie heeft gegeven of het zaakschade betreft die door de producent niet hoeft te worden vergoed gezien de in de regeling van de risicoaansprakelijkheid van de producent vastgestelde franchise. Een en ander komt er op neer dat de aansprakelijkheid van de verkoper bij samenloop met de regeling van de risicoaansprakelijkheid van de producent in de richting van de producent wordt gekanaliseerd; de verkoper wordt in beginsel van aansprakelijkheid ontheven en de koper moet zich rechtstreeks tot de producent van de zaak wenden. Dit stelsel berust op een gezamenlijke beoordeling van de rechtsposities van de drie betrokkenen: verkoper, producent en koper.[42] Rechtvaardiging voor kanalisatie wordt gevonden in de omstandigheid dat een detaillist doorgaans zaken zal hebben afgenomen van een producent en doorgaans niet bekend zal zijn met mogelijke gebreken. De producent is ontegenzeggelijk de eindverantwoordelijke. Tot slot verliest de koper weliswaar de verkoper als aanspreekpunt, maar hij heeft een alternatief aanspreekpunt: de producent.[43]
Een zelfde kanalisatie naar de producent in geval van een veiligheidsgebrek waarvoor de producent aansprakelijk is, is terug te vinden in de regel ter zake van de buitencontractuele kwalitatieve aansprakelijkheid van de bezitter. Artikel 6:173, tweede lid, BW bepaalt dat voor een veiligheidsgebrek waarvoor de producent aansprakelijk is, de bezitter niet aansprakelijk is. Deze regel kent uitzondering als aannemelijk is geworden dat het gebrek is ontstaan nadat het in het verkeer is gebracht of dat het gebrek op een later tijdstip is ontstaan of als het zaakschade betreft waarvoor geen vergoeding mogelijk is vanwege de franchise. Rechtvaardiging voor kanalisatie wordt ook in dit geval gezocht in de aanwezigheid van een producent op wie verhaal kan worden gehaald. Uit de parlementaire geschiedenis van artikel 6:173 BW blijkt overigens dat een en ander niet zonder slag of stoot is gegaan en dat in dat kader geworsteld is met de vraag hoever de aansprakelijkheid van een particuliere bezitter moest gaan. Een risicoaansprakelijkheid voor de particuliere bezitter van een roerende zaak met een verborgen gebrek zou met zich brengen dat deze verdergaand aansprakelijk zou zijn dan de 'rijke en machtige' producent, een gedachte die onaanvaardbaar werd geacht. Ten aanzien van de bedrijfsmatige gebruiker werd dit minder onredelijk geacht, reden waarom aanvankelijk de idee bestond alleen de bedrijfsmatige gebruiker van een roerende zaak risicoaansprakelijk te houden.[44]

De hamvraag is uiteraard wat een en ander zou moeten betekenen voor het antwoord op de vraag wat te doen met de toerekening in die situaties waarin de hulpverlener naar objectieve maatstaven geen weet kon hebben van een gebrek, terwijl de producent die kennis (net) wel had. Gelet op het voorgaande lijkt er vanuit wetsystematisch oogpunt geen andere conclusie mogelijk dan dat door de hulpverlener aangetoonde objectieve onbekendheid van een veiligheidsgebrek – dus niet van een ander type gebrek – waarvoor de producent aansprakelijk is, bevrijdend moet werken. Tegelijkertijd kan ook niet worden ontkend dat de wetgever doelbewust artikel 6:77 BW niet heeft voorzien van een kanalisatieregel, juist om de redelijkheid haar werk te kunnen laten doen.[45] Het is deze reden waarom niet zonder meer kan worden volstaan met een verantwoorde vergelijking van de leerstukken van consumentenkoop en kwalitatieve aanspra-

42 Zie ook **Asser/Hijma 7-1* 2013/444.**
43 Zie Parl. Gesch. Boek 7, p. 70 en **Asser/Hijma 7-1* 2013/444**.
44 Parl. Gesch. Boek 6 InvW, p. 1386 en 1387.
45 Zie nader Parl. Gesch. Boek 6, p. 270 en (in algemene zin) Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-I* 2012, nr. 351.

kelijkheid. In dat verband zij voorts benadrukt dat er opvallende verschillen zijn aan te wijzen tussen de verkoper-detaillist, de particuliere bezitter en de hulpverlener die een verschil in opvatting c.q. regeling ook rechtvaardigen. Zo een verschil is ten eerste de mate van deskundigheid. Het is bij uitstek het ziekenhuis dat tegen de achtergrond van het hem door de Nederlandse Zorgautoriteit ter beschikking gestelde budget en met behulp van ter zake deskundig personeel[46] keuzes maakt voor bepaalde hulpzaken en overgaat tot het bestellen van apparatuur, protheses, medicijnen, bloedproducten en lichaamsmateriaal. Een en ander gebeurt volgens een marktverkenningsonderzoek, een procesanalyse en een risicoanalyse, die de basis vormen voor de opmaak van een 'pakket van eisen' en de ingebruikname.[47] Een tweede verschil is de aard van de rechtsverhouding; met een verkoper-detaillist zal een eenmalig kortstondig contact zijn en met de bezitter van een gebrekkige zaak is in het geheel geen relatie,[48] zo mag worden verondersteld. De relatie tussen hulpverlener en patiënt is daarentegen gebaseerd op meerdere contacten en gaat uit van een wederzijds gevoel van vertrouwen. Een derde verschil is de aard van de zaken die schade kunnen veroorzaken. Doorgaans zal het bij een geneeskundige behandeling gaan om zaken die in het lichaam zijn gebracht en ten aanzien waarvan dus de uiterste voorzichtigheid geboden is. Een verschil tussen de verkoper-detaillist en de hulpverlener is voorts dat bij een medische behandeling doorgaans de hulpverlener voor het type zaak en merk zal hebben gekozen, terwijl bij de meest gangbare aankopen de consument een bepaald merk en type zaak wil aanschaffen. Een verschil tussen de particuliere bezitter en de hulpverlener is dat de hulpverlener doorgaans verzekerd zal zijn voor schade veroorzaakt door een gebrekkige zaak en een particuliere bezitter in de regel niet. Tot slot zij in dit verband erop gewezen dat het vreemd voorkomt de hulpverlener niet aansprakelijk te achten als de gebrekkige zaak als hulpzaak worden aangemerkt, terwijl hij voor diezelfde gebrekkige zaak wel aansprakelijk is als deze als afgeleverde zaak wordt aangemerkt, getuige de eerder besproken oordelen van de Rechtbank Maastricht en de Rechtbank Amsterdam.

Kortom, verdedigbaar is het standpunt dat objectieve onbekendheid bij de groep van hulpverleners die de zaak gebruikt niet te negeren is bij beoordeling van de redelijkheid van de toerekening, maar dat dat oordeel wel mede afhangt van een weging van die onbekendheid én andere relevante factoren. Ik meen dat met name waarde gehecht zou mogen worden aan de omstandigheid dat de hulpverlener voor de desbetreffende zaak heeft gekozen ter uitvoering van de geneeskundige behandeling en de omstandigheid dat hij verzekerd is tegen het risico van schade veroorzaakt door een gebrekkige zaak. Dit zijn factoren die in de jurisprudentie op dit vlak vaak worden genoemd, ook in de jurisprudentie waarin de zaak als afgeleverde zaak is aangemerkt. Ik twijfel erover of ook het feit dat de producent geen verhaal biedt vanwege bijvoorbeeld frauduleus gedrag en/of een faillissement een zwaarwegende factor mag zijn die in de richting van toerekening wijst. Verdedigbaar is het standpunt dat de gevolgen van een producent die wangedrag vertoont niet voor rekening van de hulpverlener zouden mogen komen; insolvabiliteit van de één is doorgaans immers geen reden om aansprakelijkheid van een ander aan te nemen en in die zin is het eerder aangehaalde arrest van het Gerechtshof 's-Hertogenbosch in de PIP-borstprothese kwestie opvallend te noemen. Dit is naar mijn mening (alleen) anders als de hulpverlener met een onbetrouwbare producent in zee is gegaan. In dat geval mag de onmogelijkheid van verhaal voorzienbaar worden geacht en is sprake van culpa in eligendo (de hulpverlener heeft een aan zijn schuld te wijten 'verkeerde partij gekozen'), zo meen ik. Voor een succesvol beroep op de onredelijkheid van de toerekening als bedoeld in artikel 6:77 BW is aldus nodig dat de hulpverlener stelt en, bij betwisting, bewijst dat, naast de onbekendheid van het gebrek, zich omstandigheden voordoen die maken dat aan zijn keuzevrijheid is getornd, dat aan de afwenteling op een verzekering is getornd en/of dat er een kenbare producent is die verhaal biedt of zou (hebben) moeten bieden.

Zijn we dan terug bij af en is de conclusie dat verschillende oordelen te verklaren zijn, ook te rechtvaardigen maar dat een eenduidige regel niet kan worden gegeven? Naar mijn mening is dat laatste niet het geval. Inzicht in de regels schept duidelijkheid en de eenduidigheid is hierin gelegen dat factoren moeten worden gewogen om tot een rechtvaardig oordeel te komen. Bovendien is duidelijk dat er een grens is aan het welslagen van het verweer niet bekend te zijn met het gebrek. Die grens ligt in de subjectieve onbekendheid. Daarnaast zou ook aan de andere zijde een grens kunnen worden getrokken, zo meen ik.

Objectieve onbekendheid kan zich namelijk ook in een andere (zuiverder) variant voordoen: de afwezigheid van kennis is gelegen in de omstandigheid dat het gebrek op grond van de stand van de wetenschappelijke en technische kennis op het tijdstip waarop de producent het

46 Zoals een afdeling Inkoop, een Materiaaladviescommissie en een afdeling Medische Techniek.

47 Zie uitvoeriger A.W. van Drongelen, B. Roszek en E.A.E. van Tienhoven (RIVM), Kwaliteitsborging bij aanschaf van medische hulpmiddelen in Nederlandse ziekenhuizen? Inventarisatie van processen en eisen, Bilthoven 2006. Zie eveneens het Convenant Veilige toepassing medische technologie in het ziekenhuis, november 2011. Zie ook K.M. Siemerink, Zorgen voor veilige toepassing van medische technologie, verkennende interviews in vijf Nederlandse ziekenhuizen, Utrecht: NIVEL 2013, p. 11-12, 17-24.

48 Tenzij sprake is van medebezit, maar deze situatie wordt hier buiten beschouwing gelaten.

product in het verkeer bracht, onmogelijk had kunnen worden ontdekt en dus door de hulpverlener niet te kennen was, maar evenmin door (de) producent(en). Uit de regels ter zake van de buitencontractuele risicoaansprakelijkheid van de producent volgt dat de producent niet aansprakelijk is als hij met succes een beroep kan doen op het ontwikkelingsrisicoverweer (artikel 6:185, eerste lid, aanhef en onder e, BW).[49] Wel zij benadrukt dat aan dat beroep zeer strenge eisen worden gesteld: met de wetenschappelijke en technische kennis wordt gedoeld op de wetenschappelijke en technische kennis zonder meer, daaronder begrepen het meest geavanceerde niveau.[50] Om de relevante wetenschappelijke en technische kennis met succes aan de producent te kunnen tegenwerpen, moet deze kennis toegankelijk zijn geweest op het tijdstip waarop het betrokken product in het verkeer werd gebracht.[51]

De vraag is vervolgens opnieuw of de hulpverlener dan toch kan worden aangesproken; hem treft wederom geen schuld, want hij kon het gebrek niet kennen. Hoewel voor toerekening krachtens artikel 6:77 BW geen schuld vereist is, is het naar mijn mening een verdedigbaar standpunt om in een dergelijk geval de hulpverlener net als de producent van aansprakelijkheid te ontslaan door hem de tekortkoming door het gebruik van de gebrekkige zaak niet toe te rekenen.[52] Daarbij zij wel benadrukt dat de hulpverlener stelt en, bij betwisting, bewijst dat een situatie als deze zich voordoet. Op hem rust ingevolge artikel 6:77 BW immers de bewijslast van de onredelijkheid van de toerekening. Gezien de zware eisen die aan de producent worden gesteld, zou een stelling in die zin niet snel aangenomen kunnen en mogen worden en lijkt het voor de hulpverlener noodzakelijk dat hij de producent in rechte betrekt, teneinde het voor hem noodzakelijke bewijs te leveren.

Een voorbeeld van een zaak waarin de absolute onbekendheid een rol speelde en een geslaagd beroep op het ontwikkelingsrisicoverweer als argument werd gebruikt om ook de hulpverlener van aansprakelijkheid te ontslaan, betreft de zaak over de Miragelplombe.[53] De Rechtbank Arnhem overwoog dat er in 1992 naar de toenmalige stand van de wetenschap geen grond was om aan te nemen dat de Miragelplombe gebrekkig was en dat pas na 1992 voor het eerst de gebrekkige eigenschappen van de Miragelplombe bekend werden. Aansprakelijkheid van de producent zou dan ook afstuiten op artikel 6:185, eerste lid,, aanhef en onder e, BW, aldus de rechtbank en daarom ook was volgens de rechtbank toerekening van de tekortkoming aan de hulpverlener onredelijk. Opvallend is wel dat niet duidelijk is op basis van welke feiten de rechtbank oordeelde dat het klip en klaar was dat de producent zich op het ontwikkelingsrisico kon beroepen; dat het meest geavanceerde niveau was betrokken blijkt niet uit de overwegingen, hetgeen overigens niet wil zeggen dat het niet aan de orde is gekomen.

Dat een grens wordt bereikt bij objectieve onbekendheid als ook de producent het gebrek niet kon kennen, wordt ook wel als regel aanvaard wanneer de verkoper een gebrekkige zaak aan een consument heeft verkocht, terwijl hij noch de producent weet kon hebben van het gebrek. In de wetenschappelijke literatuur over artikel 7:24 BW is immers betoogd dat als de producent niet aansprakelijk is voor het ontwikkelingsrisico er dus kennelijk een algemeen maatschappelijk risico aan de orde is, dat evenmin op de verkoper als op de producent mag worden gelegd.[54] Ook in het kader van de buitencontractuele aansprakelijkheid is terug te zien dat objectieve onbekendheid een rol wordt toegedicht, zij het aldus in het kader van het oordeel over de gebrekkigheid van de zaak. De Hoge Raad oordeelde immers in het Wilnis-arrest (gewezen onder het regime van artikel 6:174 BW) dat de objectieve onbekendheid van het gebrek en het daaraan verbonden gevaar, naast het gebruik en de bestemming van de zaak (het ging om een dijk) en de kans op verwezenlijking van het gevaar een rol speelt bij de beoordeling van de eisen die aan de zaak mogen worden gesteld.[55] De Hoge Raad achtte in dat licht het oordeel van het hof dat objectieve onbekendheid met het gevaar voor risico van de bezitter komt niet juist.[56]

Kortom, verdedigbaar is dat objectieve onbekendheid aan toerekening in de weg staat als niemand het gebrek kon kennen, zelfs de producent niet en dat met deze situatie de grens van een mogelijke toerekening is bereikt. De patiënt draagt in dat geval zijn eigen schade, want verhaal op de hulpverlener noch de producent is mogelijk.

Ik zou hiermee kunnen afsluiten, maar niettemin wil ik voordat ik tot een conclusie kom, nog één vraag beantwoorden: brengt bestudering van andere rechtsstelsels

---

49 Zie daarover nader R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade. Een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2013, p. 383-386.

50 HvJEG 29 mei 1997, **NJ 1998, 522** (Commissie/Verenigd Koninkrijk).

51 HvJEG 29 mei 1997, **NJ 1998, 522** (Commissie/Verenigd Koninkrijk).

52 Zie voor een zelfde conclusie, maar bezien vanuit een andere invalshoek (de beheersbaarheid van het risico) J.T. Hiemstra, 'De verhaalsmogelijkheden bij schade door een ongeschikte medische hulpzaak anno 2015', *TVP* 2015, nr. 3, p. 64-76.

53 Rechtbank Arnhem 28 november 2012, **ECLI:NL:RBARN:2012:BY6606**.

54 Asser/Hijma 7-1* 2013/455.

55 HR 17 december 2010, **ECLI:NL:HR:2010:BN6236**, **NJ 2012, 155**, met nt. T. Hartlief, rov. 4.4.3; 4.4.4 en 4.4.5.

56 HR 17 december 2010, **ECLI:NL:HR:2010:BN6236**, **NJ 2012, 155**, met nt. T. Hartlief, rov. 4.4.6.

nog bruikbare andere inzichten die aan het voorgaande kunnen tornen?

4. Een blik over de grens

4.1 Verantwoording van de rechtsvergelijking

Nederland is niet het enige land dat vraagstukken met betrekking tot aansprakelijkheid bij gebrekkige zaken moet oplossen. Het is om die reden interessant om te bezien of uit andere rechtsstelsels kan blijken van een (andere) visie die interessant is voor de (ontwikkeling van de) Nederlandse. Ik heb gekozen voor een analyse van de stelsels van onze buurlanden Duitsland en België, omdat deze landen eerder door mij in een onderzoek werden betrokken en destijds interessante alternatieven bleken. Een ander belangrijk aspect is dat Duitsland een *fault* stelsel kent en België een *no fault* stelsel.[57] Tevens wordt gekeken naar de stelsels van Oostenrijk en Zweden met het doel te bezien of de regels van Duitsland en België steun vinden in een ander (doch ook vergelijkbaar) *fault* respectievelijk *no fault* stelsel of daarvan afwijkend zijn.[58]

4.2 Duitsland en Oostenrijk – fault

Vergoeding van schade die de patiënt lijdt als gevolg van een geneeskundige behandeling gebeurt in Duitsland aan de hand van het civiele aansprakelijkheidssysteem vervat in het *Bürgerliches Gesetzbuch* (*BGB*).[59] Net als Nederland kan schadevergoeding worden gevorderd wegens het niet nakomen van een contractuele verplichting of onrechtmatig gedrag. Omdat een contractuele rechtsverhouding tussen hulpverlener en patiënt, een *Behandlungsvertrag,* uitgangspunt is – geregeld in Boek 2, hoofdstuk 8, titel 8, ondertitel 2, *BGB*[60] – vormt een tekortkoming doorgaans de grondslag voor schadevergoeding. De hoofdregels voor een recht op schadevergoeding in dat verband zijn neergelegd in § 276 *BGB* en § 280 *BGB*. Uit het eerste artikel onder (1) volgt dat een hulpverlener aansprakelijk is voor opzettelijk of nalatig handelen. Onder (2) is voorts bepaald dat een persoon – de hulpverlener bijvoorbeeld – nalatig handelt als hij de vereiste zorgvuldigheid niet betracht. Uit het tweede artikel onder (1) volgt dat de patiënt recht heeft op schadevergoeding, indien de hulpverlener zijn contractuele verplichting niet is nagekomen en de schade het gevolg daarvan is. Zonder een aan schuld te wijten tekortkoming blijft de schade daar waar zij gevallen is: bij de patiënt.[61]
Een en ander geldt zonder uitzondering voor (schade door) het gebruik van een gebrekkige zaak; een met artikel 6:77 BW vergelijkbare bepaling ontbreekt in het *BGB*. Maakt de arts bij de uitvoering van de geneeskundige behandeling gebruik van een gebrekkige zaak, dan is hij dus alleen aansprakelijk wanneer de schade teruggevoerd kan worden op een fout (*Behandlungsfehler*) van de hulpverlener.[62] Een fout van de hulpverlener kan bijvoorbeeld zijn gelegen in de omstandigheid dat een prothese of implantaat te groot of te klein is, om een andere reden niet passend is voor de patiënt in kwestie, of verkeerd is geplaatst.[63] Een voorbeeld daarvan betreft een uitspraak van het *Oberlandesgericht* te Keulen.[64] Een patiënte had in 2002 een kunstheup gekregen, die na enige tijd bleek te knarsen en hevige pijn veroorzaakte. Bij een vervolgoperatie werd ontdekt dat de kop van de prothese op meerdere plaatsen was gebroken. De patiënt sprak zowel de hulpverlener als de producent aan. In de procedure werd duidelijk dat het gebrek niet zonder meer als een product(ie)fout kon worden aangemerkt, maar ook het gevolg kon zijn van bijvoorbeeld een verkeerde positionering. In dat laatste geval zou de hulpverlener aansprakelijk zijn.
Een fout van de hulpverlener kan ook zijn gelegen in de omstandigheid dat een zaak, een prothese bijvoorbeeld, is geplaatst met de wetenschap dat de prothese een gebrek kent. Kon de hulpverlener echter geen kennis hebben van het gebrek dan zal een vordering tot vergoeding van schade worden afgewezen. Een voorbeeld betreft een oordeel van het Saarlander *Oberlandesgericht* dat betrekking had op het gebruik van een metaal-op-metaal heupprothese in 2006. Het gerecht oordeelde dat 'omdat in 2006 bekendheid met een gebrek van deze prothesen onder artsen en ziekenhuizen ontbrak' – het gaat dus om onbekendheid in vakkringen – er geen sprake was van een *Behandlungsfehler*. Verhaal van schade op de hulpverlener was daarmee niet mogelijk.[65] Wel resteert dan de mogelijkheid van verhaal op de producent ingevolge het met de Nederlandse regeling verge-

---

57 R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade. Een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2013, hoofdstuk 10.

58 Zie voor een analyse van Oostenrijk en Zweden ook R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade. Een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom juridische uitgevers, 2013, hoofdstuk 10.

59 Wet van 18 augustus 1896.

60 Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, 20 februari 2013, BR-Drucksache 7/13 (B), gepubliceerd in het Bundesgesetzblatt, jaargang 2013, deel 1, nr. 9, Bonn 25 februari 2013.

61 M.S. Stauch, 'Medical malpractice in Germany', *Chicago-Kent Law Review* vol. 86, no. 3, 2011, p. 1144.

62 C. Osmialowski, 'Versagen des Gelenkersatzes: Hersteller- oder Arzthaftung?', *Arzt und Recht* 2013, nr. 2, p. 145-147.

63 C. Osmialowski, 'Versagen des Gelenkersatzes: Hersteller- oder Arzthaftung?', *Arzt und Recht* 2013, nr. 2, p. 145-147.

64 OLG Köln 23 september 2009, zaaknr. 5 U 220/8. Zie in eerste aanleg LG Köln 26 november 2008, zaaknr. 25 O 312/06.

65 Saarländischen OLG 12 november 2014, zaaknr. 1 U 90/13.

lijkbare *Produkthaftungsgesetz* voor een *Produktfehler*.[66] Een ander voorbeeld ziet op de beoordeling van de aansprakelijkheid van een arts voor het implanteren van PIP-borstprothesen. De gedupeerde patiënten stelden dat de arts niet zonder meer had mogen varen op de certificering van de implantaten en dat hij zelf de kwaliteit had moeten controleren om zo de benodigde zekerheid te verkrijgen. Het Landgericht Karlsruhe volgde deze stelling echter niet. Geoordeeld werd dat op het op het moment van de operatie ontbrak aan aanwijzingen voor eventuele gebreken van de borstprotheses en dat ook het bedrog van de fabrikant nog niet bekend was. De arts mocht daarom vertrouwen op de deugdelijkheid van de prothesen en nader onderzoek behoorde niet tot de plicht van de arts, aldus het gerecht.[67]

Analyse van het Oostenrijkse civiele aansprakelijkheidssysteem laat een zelfde regel zien. De basisregel voor een recht op schadevergoeding is neergelegd in § 1295, onder 1, *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB)*: iedereen heeft recht op vergoeding van schade van diegene die de schade door een fout heeft veroorzaakt, ongeacht of de schade is veroorzaakt door het verzuim om een contractuele verplichting na te komen of door een handeling waaraan geen contract ten grondslag ligt. Voorts volgt uit § 1295 *ABGB* in samenhang gelezen met § 1294 *ABGB* dat voor vergoeding van schade een fout door schuld (*Verschulden*) vereist is. In dat verband is van belang dat een arts geacht wordt over de specifieke vaardigheden, kennis en capaciteiten te beschikken die de medische beroepsgroep van hem eist en dat hij de verantwoordelijkheid draagt voor elk gedrag dat afwijkt van die standaard, hetgeen volgt uit § 1299 *ABGB*.[68] Een met artikel 6:77 BW vergelijkbare bepaling ontbreekt echter. Maakt de arts bij de uitvoering van de geneeskundige behandeling gebruik van een gebrekkige medische zaak, dan is hij dus alleen aansprakelijk wanneer de schade teruggevoerd kan worden op diens fout. Wel omvat het begrip fout, net als in Duitsland, de situatie waarin de hulpverlener een zaak gebruikte terwijl de hulpverlener kennis had of had moeten hebben van een gebrek, geduid als *Fahrlässigkeit* (nalatigheid). Uit Oostenrijkse nieuwsberichten blijkt bijvoorbeeld van een vraag hieromtrent naar aanleiding van de schademeldingen door het gebruik van PIP-borstprothesen; wisten de artsen bij het gebruik reeds van de problemen en waren zij doorgegaan met dat gebruik?[69] Is de schade niet terug te voeren op een fout, dan is de patiënt voor verhaal van schade aangewezen op de risicoaansprakelijkheid van de producent. Deze is geregeld in het *Produkthaftungsgesetz.*[70]

Kortom, ook in de aansprakelijkheidssystemen van Duitsland en Oostenrijk speelt het element 'afwezigheid van kennis van het gebrek' een rol: kon de hulpverlener het gebrek niet kennen en is er ook overigens geen *Behandlungsfehler* aangetoond, dan is verhaal op de hulpverlener niet mogelijk. De patiënt resteert louter de weg naar de producent. Het is daarvoor niet nodig dat niemand het gebrek kon kennen, voldoende is dat het binnen de groep van gebruikers – artsen en ziekenhuizen – aan kennis ontbrak. Een weging van factoren in het kader van een toerekeningsvraag ontbreekt, omdat ook een met artikel 6:77 BW vergelijkbare bepaling ontbreekt. In zoverre is het Nederlandse systeem gunstiger, wat naar mijn mening wel mag worden benadrukt.

4.3 België en Zweden – no fault

Het recht inzake aansprakelijkheid van een hulpverlener wordt in België gekenmerkt door een twee-sporensysteem: de patiënt heeft de keuze om zijn vordering ingevolge de Wet Medische Ongevallen voor te leggen aan het Fonds Medische Ongevallen (Fonds),[71] benevens de mogelijkheid om de rechter een oordeel te vragen op basis van het gewone aansprakelijkheidsrecht.[72] Een voordeel van de Wet Medische Ongevallen is dat vergoeding van schade door het Fonds mogelijk is, ongeacht of de schade het gevolg is van aansprakelijkheid van de hulpverlener of van een 'medisch ongeval zonder aansprakelijkheid' (zuivere *no fault*). Uit de Parlementaire behandeling van de wet blijkt echter dat die schade die niet voortvloeit uit een zorgverstrekking, maar uit een product met gebreken dat bij die zorgverstrekking werd gebruikt, niet kan worden verhaald op grond van de Wet Medische Ongevallen.[73] Als reden daarvoor is aangevoerd dat patiënten reeds de mogelijkheid hebben om zich tot de producent te wenden, voor wie op basis van de Wet Productenaansprakelijkheid een risicoaansprakelijkheid geldt.[74]
Een vordering op basis van het aansprakelijkheidsrecht leidt niet tot een andere uitkomst. Bij gebrek aan een

66 Wet van 15 december 1989 (BGBl. I S. 2198). Zij is een uitwering van Richtlijn 85//374 EEG. Zie voor een voorbeeld van een uitspraak LG Berlijn 9 december 2008, zaaknr. 5 O 467/07.
67 Landgericht Karlsruhe 8 februari 2013, zaaknr. 7 O 94/12 en Landgericht Karlsruhe 29 mei 2013, zaaknr. 8 O 260/12.
68 Zie voor de professionele standaard ook artikel 49 § 1 *Ärztegesetz*, Wet van 10 november 1998, Bundesgeseztsblatt 1998, 169. Zie eveneens § 4 *Gesundheits- und Krankenpflegegesetz*, Wet van 19 augustus 1997, Bundesgesetzblatt 1997, 1279.
69 Zie bijvoorbeeld het bericht van 19 april 2012 van de consumentenbond op **http://www.konsument.at**.
70 Wet van 21 januari 1988, Bundesgesetzblatt 1988, 1577. Zij is een uitwering van Richtlijn 85//374 EEG.
71 Wet van 31 maart 2010 betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg, B.S. 2 april 2010.
72 Parl. St. Kamer 2009/10, 2240/001, p. 9.
73 Parl. St. Kamer 2009/10, 2240/006, p. 87. Zie nader H. Bocken e.a., Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010, Antwerpen: Intersentia 2011, p. 24.
74 Op grond van de Wet van 25 februari 1991 betreffende de aansprakelijkheid voor producten met gebreken, B.S. 22 maart 1991.

wettelijke regeling inzake een contractuele aansprakelijkheid voor gebrekkige zaken, worden de algemene regels van de contractuele aansprakelijkheid voor eigen gedrag toegepast, dat wil zeggen de artikelen 1146 tot en met 1150 van het Belgisch Burgerlijk Wetboek (BBW).[75] Aangezien de contractuele aansprakelijkheid voor eigen gedrag een op schuld gebaseerde aansprakelijkheid is, moet een krachtens schuld toerekenbare tekortkoming aangaande het gebruik van de hulpzaak vaststaan, wil de patiënt aanspraak kunnen maken op een schadevergoeding. Wel kent het BBW een met artikel 6:173 BW vergelijkbare regeling voor buitencontractuele aansprakelijkheid van de 'bewaarder' van een zaak, zij het zonder een kanalisatieregel. Op basis van artikel 1384, eerste lid, BBW zou een hulpverlener dus aansprakelijk kunnen zijn voor een gebrekkige zaak, zoals een prothese. Niettemin geldt in België een regel van samenloop, inhoudende dat contractspartijen zich niet op een buitencontractuele grondslag kunnen beroepen, tenzij de fout en de schade vreemd zijn aan de uitvoering van het contract.[76] Omdat doorgaans een contract wordt gesloten tussen hulpverlener en patiënt wordt deze grondslag dus, net als in Nederland, eigenlijk niet (met succes) aangegrepen, nog daargelaten de vraag of een hulpverlener als bewaarder kan worden aangemerkt.[77]

Dat een *no fault* systeem niet in elk land schade door een gebrek van een zaak uitsluit van compensatie volgt uit het Zweedse systeem. In Zweden is de vergoeding van schade in verband met geneeskundig handelen geregeld in de *Patientskadelag*.[78] De *Patientskadelag* beoogt gezondheidsschade van patiënten te compenseren door middel van een verplichte patiëntenverzekering voor zorgaanbieders. In paragraaf 6 van de *Patientskadelag* is geregeld onder welke voorwaarden de verzekeraar aan de patiënt een uitkering moet doen. Bepaald is dat uitkering volgt wanneer er een grote kans bestaat dat de gezondheidsschade van de patiënt op Zweeds grondgebied is veroorzaakt door:

1. onderzoek, zorg, behandeling of een andere soortgelijke handeling, op voorwaarde dat de schade had kunnen worden vermeden door de behandeling anders uit te voeren of door een andere behandeling te kiezen die – achteraf bezien – vanuit medisch oogpunt ook zou hebben voorzien in de noodzakelijke behoefte aan zorg zij het met een kleiner risico op schade;[79]
2. falen van een medisch hulpmiddel of medische apparatuur gebruikt voor onderzoek, zorg, behandeling, of een soortgelijke handeling of door onjuist gebruik van het hulpmiddel of de apparatuur;[80]
3. het op onjuiste wijze stellen van een diagnose;[81]
4. overdracht van besmettelijke materie, die tot een infectie heeft geleid bij het onderzoek, de zorg, de behandeling, of een soortgelijke handeling;[82]
5. een ongeval in verband met het onderzoek, de zorg, de behandeling, of een soortgelijke handeling of tijdens het vervoer van de patiënt of in verband met een brand of andere schade aan de gezondheidsfaciliteiten of apparatuur;[83] of
6. het voorschrijven of verstrekken van geneesmiddelen in strijd met voorschriften of aanbevelingen.

Het aantonen van een fout of nalatigheid van de (behandelend) zorgaanbieder is niet vereist.[84] Wel is vereist dat de patiënt aantoont dat één van de situaties als bedoeld in paragraaf 6 zich heeft voorgedaan.[85] Kan de patiënt dus aantonen dat zijn schade het gevolg is van onjuist gebruik van een zaak of het gevolg is van het gebruik van een ongeschikte zaak, dan heeft hij recht op vergoeding van daardoor geleden schade.

Uit het voorgaande volgt aldus dat de analyse van de *no fault* systemen niet een ander licht op de Nederlandse regel werpt anders dan dat een vergoeding (zonder fout) afhankelijk is van de keuze van de wetgever. Wel leert analyse van het Belgische aansprakelijkheidssysteem dat ook in België een met artikel 6:77 BW vergelijkbare regel ontbreekt en dat de aanwezigheid van een verhaal biedende risicoaansprakelijke producent reden is om schade door het gebrek van een zaak niet voor rekening van de hulpverlener te brengen.

---

75 T. Vansweevelt, Civielrechtelijke aansprakelijkheid, Antwerpen: Maklu, derde druk 1997, p. 629.
76 Hof van Cassatie 7 december 1973, RW 1973-74, p. 1597 (Stuwadoorsarrest).
77 T. Vansweevelt, Civielrechtelijke aansprakelijkheid, Antwerpen: Maklu, derde druk1997, p. 49.
78 Wet van 19 juni 1996, SFS 1996:799.
79 Zie hierover ook H. Johansson, 'The Swedish system for compensation of patient injuries', *Upsala Journal of Medical Sciences* 2010, 115 (2), p. 88-90 en V. Ulfbeck, M. Hartlev en M. Schultz, 'Malpractice in Scandinavia', *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, no. 1, 2012, p. 119-120.
80 Ziekenhuisbedden zijn uitgesloten, zie **J.C.J. Dute, M.G. Faure, H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem**, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 152 en V. Ulfbeck, M. Hartlev en M. Schultz, 'Malpractice in Scandinavia', *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, no. 1, 2012, p. 118.
81 Zie ook V. Ulfbeck, M. Hartlev en M. Schultz, 'Malpractice in Scandinavia', *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, no. 1, 2012, p. 121.
82 Dit met uitzondering van de gevallen waarin de omstandigheden zodanig zijn dat de infectie redelijkerwijs moet worden getolereerd, aldus paragraaf 6 Patientskadelag. Zie ook V. Ulfbeck, M. Hartlev en M. Schultz, 'Malpractice in Scandinavia', *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, no. 1, 2012, p. 121.
83 Zie ook V. Ulfbeck, M. Hartlev en M. Schultz, 'Malpractice in Scandinavia', *Chicago-Kent Law Review* vol. 87, no. 1, 2012, p. 121.
84 Zie ook P. Mielnicki en M. Schultz, Medical Liability in Sweden in B.A. Koch e.a., Medical Liability in Europe, Berlijn: De Gruyter 2011, p. 532.
85 C. Espersson, The Patient Injury Act, augustus 2000. Zie hierover ook J.C.J. Dute, M.G. Faure, H. Koziol, **Onderzoek No-fault compensatiesysteem**, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw 2002, p. 180.

5. Slotsom en conclusie

Tegen de achtergrond van het vonnis van de Rechtbank Rotterdam en andere uitspraken op dit terrein, heb ik drie vragen gesteld. Zijn de verschillen tussen de oordelen te verklaren, zijn zij te rechtvaardigen en zou het mogelijk zijn eenduidigheid te creëren door inzicht te krijgen of te geven in de – voor het ene of het andere oordeel – doorslaggevende elementen? Een daaraan gerelateerde vraag was hoe het ontbreken van kennis van een gebrek en de schadelijkheid ervan bij de toerekening van de tekortkoming op grond van artikel 6:77 BW zou kunnen worden betrokken.

De analyse van artikel 6:77 BW leerde dat de eerste vraag bevestigend kan worden beantwoord: de verschillen zijn te verklaren vanuit een verschillende visie op de rol van het 'niet te onderkennen gebrek' in het kader van de toerekening. De beschouwing van de oorzaken van onbekendheid van het gebrek in samenhang bezien met de regels van aansprakelijkheid bij consumentenkoop, bezit van een roerende zaak en een in het verkeer gebracht product leerde dat ook de tweede vraag bevestigend kan worden beantwoord. De rechtvaardiging voor verschillende oordelen ligt hierin dat in artikel 6:77 BW een kanalisatieregel niet is geformuleerd waardoor verschillen in oordelen mogelijk blijven al naar gelang de feiten en omstandigheden die aan het oordeel van de rechter worden voorgelegd.

Dat betekent echter niet dat er geen eenduidigheid is; de eenduidigheid is hierin gelegen dat factoren moeten worden gewogen om tot een rechtvaardig oordeel te komen. Bovendien zijn naar mijn mening (zelfs) enkele vuistregels te geven als het gaat om de beantwoording van de vraag hoe de factor 'niet te onderkennen gebrek' moet worden meegewogen.

Een eerste vuistregel is dat enkel subjectieve onbekendheid niet aan toerekening in de weg zou mogen staan. Draagt een hulpverlener geen kennis van een (mogelijk) gebrek, maar had hij die kennis kunnen en moeten hebben, dan wordt een tekortkoming door het gebruik van de gebrekkige zaak hem toegerekend krachtens schuld. Artikel 6:77 BW komt niet in beeld.
Een tweede vuistregel is dat in geval van objectieve onbekendheid bij de groep van deskundige gebruikers, de hulpverleners, een weging van factoren nodig is om tot een rechtvaardig oordeel te komen. Factoren als genoemd in de rechtsgeleerde doctrine komen hiervoor in aanmerking, naast het gegeven dat de hulpverlener het gebrek redelijkerwijs niet kon kennen. Ik heb betoogd dat waarde gehecht zou mogen worden aan de omstandigheid dat de hulpverlener ter uitvoering van de behandeling (doorgaans) voor de desbetreffende zaak heeft gekozen en de omstandigheid dat hij (doorgaans) verzekerd is tegen het risico van schade veroorzaakt door een gebrekkige zaak. Het feit dat de producent in het geheel geen verhaal biedt, zou eveneens een factor van belang kunnen zijn, maar geeft ook wat bedenkingen als insolvabiliteit van de producent in het geding is; insolvabiliteit van de één is doorgaans immers geen reden om aansprakelijkheid van een ander aan te nemen. (Alleen) voor toerekening krachtens artikel 6:77 BW pleit de afwezigheid van een verhaal biedende producent als het voor de hulpverlener voorzienbaar was dat dit vangnet zou kunnen komen te ontbreken, zo zou een verdedigbaar standpunt kunnen zijn. Te denken valt aan de situatie waarin de hulpverlener in zee is gegaan met een producent die eerder als insolvabel te boek heeft gestaan of anderszins in negatieve zin bekend staat (culpa in eligendo). Voor een succesvol beroep op de onredelijkheid van de toerekening als bedoeld in artikel 6:77 BW is daarom nodig dat de hulpverlener stelt en, bij betwisting, bewijst dat, naast de onbekendheid van het gebrek, zich omstandigheden voordoen die maken dat aan zijn keuzevrijheid is getornd, dat aan de afwenteling op een verzekering is getornd en/of dat er een kenbare producent is die verhaal biedt of zou (hebben) moeten bieden.
Bovendien is het naar mijn mening verdedigbaar – en als derde vuistregel aan te merken – dat in die gevallen van objectieve onbekendheid waarin zelfs de producent het gebrek niet heeft kunnen kennen, toerekening aan de hulpverlener in de regel onredelijk is. Dat geldt uiteraard voor toerekening krachtens schuld maar ook voor toerekening krachtens artikel 6:77 BW. De voornoemde weging van factoren biedt dan geen soelaas, of zou niet tot een ander oordeel mogen leiden. Voor een succesvol beroep op de onredelijkheid van de toerekening als bedoeld in artikel 6:77 BW zal de hulpverlener moeten stellen, en, bij betwisting, moeten bewijzen dat niemand het gebrek kon kennen (en dat dus ook de producent een beroep zou toekomen op het ontwikkelingsrisicoverweer).

De analyse van de stelsels van de aan ons grenzende landen hoeft niet tot een andere visie te leiden, zo meen ik. In Duitsland en België ontbreekt het aan een met artikel 6:77 BW vergelijkbare bepaling waardoor vergelijking in die zin niet mogelijk was. Wel heeft de analyse het inzicht gebracht dat de Nederlandse wetgever met artikel 6:77 BW meer ruimte heeft geboden voor een redelijkheidsoordeel dan in die landen het geval is en dat is wel iets om in het achterhoofd te houden. De stelsels bieden steun voor de gedachte dat objectieve onbekendheid een factor van belang is en rechtvaardiging kan vormen voor een verwijzing naar de producent. De stelsels bieden evenzeer steun voor het uitgangspunt dat subjectieve onbekendheid 'schuld' impliceert en niet aan toerekening in de weg staat, integendeel.

Voorlopig dus geen baanbrekende gedachten, maar een bevestiging van wat toch best een bestendige lijn is gebleken met wat puntjes op de i.

Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht, Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten

Klik hier om het document te openen in een browser venster

Vindplaats:	NTBR 2014/27	**Bijgewerkt tot:**	23-04-2014
Auteur:	Ivo Giesen en Kirsten Maes[1]		

Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten

Samenvatting

Problematisch bij het in toenemende mate opleggen van informatie- en waarschuwingsplichten aan met name professionals en (financiële) ondernemingen, is dat vooral de (feitelijke) vaststelling van het causaal verband tussen die schending en de schade niet eenvoudig is. In deze bijdrage wordt ingegaan op vier mogelijke wijzen waarop de in bewijsnood verkerende eiser tegemoet kan worden gekomen bij de vaststelling van dat causaal verband. Steeds wordt bezien of en in welke mate elk van de genoemde instrumenten een positieve bijdrage aan de effectieve rechtsbescherming kan leveren.

1.Inleiding

In de praktijk van het hedendaagse burgerlijk recht worden in toenemende mate informatie- en waarschuwingsplichten opgelegd aan met name professionals en (financiële) ondernemingen. Problematisch daarbij is echter dat zowel de (feitelijke) vaststelling van de schending van een zorgplicht als de (feitelijke) vaststelling van het causaal verband tussen die schending en de schade niet eenvoudig is; vorderingen van eisers lopen vaak stuk op de zo opgeworpen bewijsrechtelijke horden. In de rechtspraktijk wordt op diverse wijzen getracht die eisers tegemoet te komen. Omdat er blijkens de rechtspraak van grofweg de laatste twintig jaren inmiddels vier verschillende, sterk aan elkaar verwante processuele en materiële instrumenten – ook wel: bewijsrechtelijke tegemoetkomingen – zijn ontwikkeld die mogelijk uitkomst kunnen bieden voor de eisende partij in geval van bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband, beoogt dit artikel ten eerste een overzicht te bieden van die vier instrumenten en hun receptie in de rechtspraktijk. Het gaat hier over (1) de omkeringsregel; (2) de proportionele aansprakelijkheid; (3) de processuele leer van het 'tot uitgangspunt nemen van causaliteit' en over; (4) de theorie van het verlies van een kans.[2] De relevantie en de bruikbaarheid van deze instrumenten is met name hierin gelegen dat op deze wijze de geschonden materiële norm gehandhaafd kan worden en daarmee effectieve rechtsbescherming te bewerkstelligen valt. Zo wordt voorkomen dat de inhoud van de materieelrechtelijke norm, de zorgplicht, een lege huls wordt. Het tweede doel van deze bijdrage is derhalve te beoordelen of en in welke mate elk van de genoemde instrumenten erin kan slagen een positieve bijdrage aan die effectieve rechtsbescherming te verlenen, gegeven de stand van zaken in de rechtspraak.

De concrete aanleiding voor dit artikel is gelegen in een tweetal voor de procespraktijk relevante uitspraken, waarmee naast de nodige duidelijkheid ook weer nieuwe vragen in het leven zijn geroepen. In het *Deloitte/H&H Beheer*-arrest[3] van december 2012, heeft de Hoge Raad getracht duidelijkheid te scheppen over de wijze waarop en de situatie waarin de leerstukken proportionele aansprakelijkheid en kansschade moeten worden toegepast. Uit de in juni 2013 gewezen uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden[4] blijkt echter dat de toepassing van de (proportionaliteits)regels uit het *Deloitte/H&H Beheer*-arrest toch (nog) geen wet van Meden en Perzen is in de feitenrechtspraak.[5] Daardoor kan in de procespraktijk opnieuw de vraag rijzen hoe met bewijsnood aan de zijde van de eiser in geval van verzuimde informatieplichten om moet worden gegaan. Dit artikel beoogt, als gezegd, mede om op dergelijke praktische vragen een antwoord te geven.[6]

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

Na deze inleiding wordt eerst de groei en de vaststelling van informatieplichten besproken (§ 2) en wordt bekeken hoe de causaliteit in gevallen van verzuimde informatieplichten wordt vastgesteld (§ 3).[7] Daarna wordt een overzicht geboden van vier bewijsrechtelijke tegemoetkomingen, welke getoetst zullen worden aan hun bruikbaarheid in geval van verzuimde informatieplichten (§ 4), waarna recapitulerend beoordeeld zal worden of met de toepassing van deze vier instrumenten de effectieve rechtsbescherming afdoende gewaarborgd kan worden (§ 5). We ronden dit artikel af met de bespreking van enkele consequenties van de (on)bruikbaarheid van voornoemde bewijsrechtelijke tegemoetkomingen voor de procespraktijk (§ 6) en een slot (§ 7).

2.Informatieplichten

2.1 Groei van de informatieplichten

Sinds het klassieke werk van Vranken uit 1989 over mededelings- en informatieplichten,[8] zien we een gestage groei van (het ontstaan en gebruik van) dergelijke zorgplichten in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht, zowel contractueel als buitencontractueel.[9] Op allerlei terreinen zijn *nieuwe* zorgplichten en steeds *verder reikende* zorgplichten geaccepteerd, waarbij het in toenemende mate gaat om waarschuwingsplichten. In dit artikel wordt de overkoepelende term ‘informatieplichten’ gehanteerd, welke term wat ons betreft ook waarschuwingsplichten omvat.[10]

Deze informatieplichten hebben (juridisch) bestaansrecht gekregen naast allerlei ‘handelingsplichten’. Deze ‘handelingsplichten’ zijn zorgplichten die dwingen tot een bepaald soort actie, een bepaalde handeling anders dan het verstrekken van informatie. Ter illustratie het volgende voorbeeld. Op een wegbeheerder rust enerzijds de zorgplicht om te voorkomen dat er grote kuilen en gaten in de weg ontstaan (een handelingsplicht), maar anderzijds rust op hem ook de zorgplicht om te waarschuwen voor de kuilen en gaten die zich desondanks in de weg bevinden (een informatieplicht). De zorg die de wegbeheerder ter bescherming van de weggebruiker in acht moet nemen, is daarmee vergroot: niet alleen moet hij de kuilen dichtmaken, maar ook moet hij waarschuwen voor de kuilen die nog niet dichtgemaakt zijn. Dit mechanisme van het aanvullen van de ‘handelingszorg’ met ‘informatiezorg’, is in het aansprakelijkheidsrecht en daarmee dus in heel de maatschappij terug te vinden.

Dit fenomeen vindt zijn verklaring in het feit dat een waarschuwing vaak een eenvoudige wijze van het nemen van voorzorg is, eenvoudig in die zin dat deze bijvoorbeeld niet erg kostbaar is. Dat gegeven is immers relevant in het afwegingskader van het *Kelderluik*-arrest[11] en de Kelderluik-factoren, zoals die nader gerangschikt zijn in de literatuur.[12] De vraag of – gegeven de risico’s – een bepaalde mate van zorg in acht genomen moet worden, is afhankelijk van de afweging tussen (1) de waarschijnlijkheid van een ongeval en de ernst van de te verwachten schade versus; (2) de aard en het nut van de gedraging en de kosten van voorzorg. Barendrecht en Van den Akker vinden bovendien een verklaring voor de toename van informatieplichten in het feit dat het aantal transacties dat een mens aangaat steeds groter wordt, waardoor afnemers niet meer op eerdere ervaringen afgaan en minder tijd hebben voor het inwinnen van informatie.[13] Klaarblijkelijk bestaat er dus een behoefte om de onwetende afnemers te beschermen tegen de kennisachterstand die bestaat ten opzichte van hun arts, advocaat, aannemer, notaris, etc.

2.2 Vaststelling en schending van de zorgplicht

Voordat er in een bepaalde situatie een schending van een informatieplicht vastgesteld kan worden, moet per geval nog bepaald worden of iemand uit hoofde van zijn taak, positie of anderszins een zorgplicht draagt. De vaststelling van informatieplichten kan problematisch zijn, omdat deze plichten veelal berusten op ongeschreven recht.[14] Slechts op een aantal specifieke deelterreinen heeft de wetgever voorzien in een wettelijke regeling van informatieplichten.[15] Zo’n zorgplicht kan overigens ook nog eens een *bijzondere* zorgplicht betreffen, wat in de praktijk doorgaans een verzwaring ten opzichte van de ‘normale’ zorgplicht betekent. De meest voor de hand liggende voorbeelden van dragers van zo’n bijzondere zorgplicht zijn,

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

vanwege hun maatschappelijke positie, banken en notarissen. Er zijn echter ook personen die zonder dat predicaat toch een zware zorgplicht in de zin van een informatieplicht dragen, zoals werkgevers.

Nadat is vastgesteld of iemand in een bepaald type zaak een (bijzondere) zorgplicht in de zin van bijvoorbeeld een informatieplicht draagt, moet nog worden beoordeeld of die zorgplicht in het specifieke geval ook daadwerkelijk geschonden is. Deze tweede stap richting de aansprakelijkheid is echter met name in geval van informatieplichten een lastig te zetten stap. Als immers vastgesteld kan worden dat op een arts de plicht rust om patiënten te informeren over de risico's van een operatieve ingreep, dan zal nog vastgesteld dienen te worden dat deze plicht daadwerkelijk verzuimd en daarmee geschonden is. Datzelfde geldt voor de aannemer die niet waarschuwt dat een bepaald soort materiaal onvoldoende is om het beoogde bouwresultaat te bereiken, voor de notaris die niet waarschuwt voor de gevolgen van een transactie of voor de advocaat die niet waarschuwt tegen aflopende termijnen. De arts, de aannemer, de notaris, de advocaat heeft niet geïnformeerd of heeft onjuiste informatie verstrekt. Het bewijzen van deze normschending is nodig om een succesvol beroep te kunnen doen op de rechtsgevolgen die verbonden zijn aan een dergelijke schending, maar is echter ook het punt waar grote bewijsrechtelijke problemen om de hoek komen kijken.

In het eerder genoemde voorbeeld zal de patiënt zich immers op het standpunt stellen niet geïnformeerd te zijn over de risico's van de operatieve ingreep, terwijl de arts daarentegen beweert de betreffende informatie wel te hebben verstrekt. De patiënt, die stelt en daarmee ex art. 150 Rv de bewijslast en het bewijsrisico draagt, zal moeten aantonen dat hij niet afdoende geïnformeerd werd. Op het zeldzame geval na dat er enigszins objectieve getuigen aanwezig zijn geweest, bevindt de patiënt zich in deze fase al in een haast onmogelijke bewijspositie. Het gevolg is dat de rechter met de tegenstrijdige verklaringen van arts en patiënt in zijn bewijswaardering weinig voor de eiser (de patiënt) kan betekenen, waardoor geen schending van de betreffende informatieplicht kan worden vastgesteld. Vandaar ook dat er op dit vlak vaak gewerkt wordt met tegemoetkomingen in de bewijsrechtelijke sfeer, waar we in dit artikel niet verder over zullen uitweiden.[16]

3.Vaststelling van de causaliteit

Nog groter wordt het (bewijsrechtelijke) probleem bij de vaststelling van het vereiste condicio sine qua non-verband (hierna: csqn-verband). Dit verband vereist dat de normschending de oorzaak moet vormen zonder welk het gevolg niet zou zijn ingetreden. Met andere woorden: zou de schade ook zijn ingetreden zonder de onzorgvuldige handeling? Wat zou de patiënt of klant, indien hij wel voorzien was van de juiste informatie omtrent de operatieve ingreep of de financiële transactie, beslist hebben?

In de dagelijkse praktijk blijkt het aantonen van het verband tussen de geschonden informatieplicht en de ingetreden schade grote bewijsproblemen op te leveren. In aansprakelijkheidszaken dient immers in beginsel de eiser aan te tonen dat zijn schade – naast de eerder besproken geschonden zorgplicht *an sich* – ook daadwerkelijk veroorzaakt werd door de onrechtmatige handeling of het contractuele tekortschieten van de gedaagde (in het voorbeeld van de arts: het niet verstrekken van de relevante informatie). Het bewijs hiervan is vaak lastig, zo niet onmogelijk te leveren.[17] Wederom vormt de patiënt die de arts aanspreekt en hem het verwijt maakt dat hij niet ingelicht is over een later geopenbaard risico, een goed voorbeeld van de bewijsrechtelijke problematiek. De arts zal zich immers op het standpunt stellen dat zelfs als hij de patiënt wel afdoende geïnformeerd had, de patiënt net zo goed ingestemd zou hebben met de operatie. Met andere woorden: het tekortschieten was zonder invloed op de schade, want die schade was ook zonder het tekortschieten ingetreden. In situaties van verzuimde informatieplichten rijst zo echter de vraag of de eiser überhaupt ooit kan bewijzen wat hij gedaan zou hebben als hij bepaalde informatie wél zou hebben verkregen.

In deze fase van de aansprakelijkheidsstelling wordt dus duidelijk hoe belangrijk de bewijslastverdeling en een eventuele bewijslastomkering kan zijn voor het verloop van een procedure: als de bewijslast niet wordt omgekeerd, zal de patiënt immers vrijwel zeker de procedure verliezen. Volgt er wel een bewijslastomkering, dan zal de arts (vaak diens verzekeraar) met het bewijsprobleem opgezadeld worden, waardoor vaker een succesvolle aansprakelijkheidsstelling zal volgen. Het procesrecht bepaalt hier dus mede 'de uitslag' als het om het materiële aansprakelijkheidsrecht gaat en aangezien dat procesrecht op grond van art. 150 Rv – de

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

objectiefrechtelijke leer[18] – de bewijslast op de eiser legt, heeft deze eiser een groot probleem bij het te gelde maken van zijn vordering. De feitelijke uitkomst zal dan normaliter zijn dat de eiser zijn vordering door een bewijsprobleem niet in rechte af kan dwingen, zelfs niet als de normschending als zodanig al vaststaat. Dit is funest voor de effectiviteit van de norm die in het aansprakelijkheidsrecht aanvaard is en dus klaarblijkelijk van belang wordt geacht.

4.Een overzicht van vier bewijsrechtelijke tegemoetkomingen

4.1 Introductie

Het hiervoor geschetste bewijsprobleem bij de vaststelling van het causaal verband wordt in de literatuur en rechtspraak breed onderkend.[19] In de loop der jaren is er dan ook een aantal ‘oplossingen’ bedacht in de rechtspraak in de vorm van instrumenten waarmee aan de bewijsnood van de eiser tegemoet kan worden gekomen. Een dergelijk tegemoetkoming is goed te rijmen met art. 150 Rv: deze bepaling noemt immers de mogelijkheid van een bijzondere regel waaruit iets anders kan voortvloeien dan de hoofdregel (inzake de bewijslastverdeling) bepaalt. Deze oplossingen zullen wij in dit artikel als ‘instrumenten’ of als ‘bewijsrechtelijke tegemoetkomingen’ typeren en worden in het hierna volgende in het licht van de eerder genoemde (verzuimde) informatieplichten besproken en getoetst op praktische bruikbaarheid.

4.2 De ‘omkeringsregel’

4.2.1 De ontwikkeling van de omkeringsregel

In de eerste plaats is er de route van de zogenaamde ‘omkeringsregel’.[20] Begin jaren ’70 werd in de Nederlandse rechtspraak inzake verkeersaansprakelijkheid[21] en werkgeversaansprakelijkheid[22] aan de genoemde bewijsproblemen tegemoetgekomen door de bewijslast ten gunste van de eiser te verlichten. In deze zaken was er sprake van een *geschonden* verkeers- of veiligheidsnorm. Het vaststaan van de normschending vormde de rechtvaardiging voor de tegemoetkoming, waardoor de bewijslast bij wege van een vermoeden kon worden ‘omgekeerd’. Ter illustratie: een werknemer valt van een trap en stelt dat deze val te maken heeft met het ontbreken van een trapleuning. Als die trapleuning inderdaad ontbrak, dan is dat een zorgplichtschending. Of de val ook daadwerkelijk door het ontbreken van de trapleuning is veroorzaakt, is niet duidelijk en zal dat ook niet worden. In die gevallen wordt de werknemer dus geholpen met een vermoeden van causaal verband.

In 1996 volgde de zeer algemene en inmiddels beruchte uitspraak van de Hoge Raad in het *Dicky Trading II*-arrest.[23] De eerder gebruikte regel werd in deze zaak toegepast in een nieuw geval. Het betrof hier een procedure tegen een notaris, die naliet een van de comparanten te waarschuwen tegen de gevaren van een financiële transactie met een nogal louche tussenpersoon. Deze tussenpersoon had de eiser, een boer die op het punt stond zijn boerderij te verkopen en te emigreren naar Canada, wijsgemaakt dat het beter was om die boerderij via een (door hem gecontroleerde) tussenpersoon te verkopen. Het tweede deel van de koopprijs zou hij dan pas verkrijgen na aankomst in Canada.

De Hoge Raad bepaalde in dit arrest ‘out of the blue’ (de zaak betrof immers nog slechts de eigen schuld-vraag) dat het oordeel van het hof moest worden bezien in het licht van de regel dat:

> “(..) indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.”

De Hoge Raad riep op deze wijze een regel van bewijslastverdeling in het leven, die later de omkeringsregel is gaan heten.[24] De nieuwe regel kwam overigens tot stand zonder uitvoerige

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

motivering of ander stevig fundament, zoals een expliciete rechtvaardiging. De regel werd plotsklaps gegeven en daar was de kous mee af. Bovendien was deze omkeringsregel ook nog eens een vrij algemene regel: *'een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging'* die *'een risico'* zou scheppen, welk risico *'zich daarna verwezenlijkt'*. Er zijn echter veel soorten onrechtmatige daden en wanprestaties te bedenken en de meeste van hen scheppen een bepaald risico dat in veel gevallen verwezenlijkt wordt. Gezien de formulering kon de regel die de uitzondering leek te vormen eigenlijk alleen maar begrepen worden als een in potentie zeer algemeen toepasbare regel (namelijk: de gedaagde draagt de bewijslast). Het was dan ook niet vreemd dat dit arrest het startsignaal vormde om de omkeringsregel door te trekken naar het gehele aansprakelijkheidsrecht.[25]

De bevestiging dat de omkeringsregel een algemene regel betrof, kwam in het *Sint Willibrord*-arrest in 2000.[26] Daarin herhaalde de Hoge Raad, met dezelfde algemene bewoordingen en met een verwijzing naar het *Dicky Trading II*-arrest, de eerder geformuleerde omkeringsregel. Wat volgde was een stortvloed aan procedures waar een beroep op deze omkeringsregel werd gedaan. Probleem daarbij was echter nog steeds dat de rechtspraak van de Hoge Raad geen blijk gaf van enige afbakening van het toepassingsgebied van de omkeringsregel. Zo rees de vraag of de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm (zoals voorheen) een voorwaarde vormde voor de toepassing van deze omkeringsregel.[27]

Nadien realiseerde de Hoge Raad zich dat de gekozen regel een te ruim bereik had en dat deze ingeperkt moest worden. Sinds in 2002 het *TFS/NS*-arrest[28] en het *Kastelijn/Achtkarspelen*-arrest[29] zijn gewezen, lijkt de lijn in de jurisprudentie te zijn dat de omkeringsregel een vermoeden van causaal verband betreft, dat onder bepaalde voorwaarden van toepassing is. Deze voorwaarden zijn dat (1) sprake moet zijn van een schending van een norm die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van schade bij een ander te voorkomen en; (2) dat dit gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot.[30] Daarbij wordt in de literatuur wel aangenomen dat de toepassing ervan feitelijk alleen ziet op die situaties waarin een verkeers- of veiligheidsnorm geschonden is, waardoor de praktische uitwerking weer lijkt aan te sluiten bij waar we begonnen zijn: de regel uit de jaren '70.[31]

4.2.2 Toepasbaarheid omkeringsregel op verzuimde informatieplichten

In het hiervoor besproken proces van inperking is in 2001 besloten dat de omkeringsregel, anders dan leek te volgen uit het *Dicky Trading II*-arrest, niet ziet op gevallen waarin een informatieplicht geschonden is. Dit heeft de Hoge Raad uitgemaakt in de twee gelijkluidende *Informed consent*-arresten,[32] waarbij het eerst gewezen *Ingenhut*-arrest[33] hier kort bespreking verdient.

In deze zaak had een arts zijn patiënt niet ingelicht over de risico's van een complicatie (een zenuwbeschadiging) die zich bij een polsoperatie zouden kunnen voordoen. De schending van de zorgplicht, in dit geval de informatieplicht, stond dus vast. De operatie werd goed uitgevoerd, maar de complicatie deed zich wel voor. Voor de vraag of hier schadevergoeding voor de gewezen patiënt mogelijk was, was van belang of er causaal verband bestond tussen het niet informeren door de arts en de schade geleden door de patiënt. De kernvraag was derhalve: zou de patiënt ingestemd hebben met de operatie indien hij op de hoogte was geweest van de risico's? De patiënt bepleitte in cassatie toepassing van de omkeringsregel ten aanzien van het bewijs van dat causaal verband. De Hoge Raad besloot echter dat toepassing van die regel hier niet mogelijk is, nu de plicht om de patiënt in te lichten over de risico's van de voorgestelde behandeling volgens de Hoge Raad er niet toe strekt de patiënt te beschermen tegen het intreden van deze risico's. Deze informatieplicht strekt er louter toe de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de voorgestelde behandeling zal geven. Zodoende kan de zenuwbeschadiging niet worden aangemerkt als verwezenlijking van het risico dat door het tekortschieten – het niet informeren – in het leven is geroepen, zoals inmiddels vereist was voor de toepassing van de omkeringsregel. Deze regel is

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

vervolgens door de Hoge Raad in het *A/Ziekenhuis De Wever*-arrest[34] bevestigd en ook aangenomen voor advocaten in het *Juresta Nederland*-arrest.[35]

De beperking die de Hoge Raad hier bij de toepassing van de omkeringsregel in geval van verzuimde informatieplichten aanbrengt, valt vanuit het perspectief van de gedaagde uiteraard te begrijpen. De toepassing van de omkeringsregel in dit soort gevallen gaat immers ten koste van zijn (sterke) proces- en bewijspositie, nu bij toepassing van de omkeringsregel eerder een succesvolle aansprakelijkheidsstelling kan volgen. Bovendien valt een beperking van aansprakelijkheidsverhogende regels of instrumenten in het algemeen te bepleiten vanuit de (overigens vaak ten onrechte) vrees voor een in Nederland opkomende claimcultuur.[36] Het is daarom belangrijk te benadrukken dat niet in elk concreet geval van een verzuimde informatieplicht het causaal verband ook daadwerkelijk aanwezig zal zijn en dat dit desnoods via de omkeringsregel geaccepteerd 'moet' worden. Om die reden is het dan ook wenselijk dat er een goede 'aansprakelijkheidszeef' bestaat, welke zeef onder andere bestaat uit de (beperkende) toepassingsvoorwaarden van de (te bespreken) instrumenten, alsmede de rechtsvaardigingen die voor die instrumenten bestaan.

Wat ons betreft vormen de genoemde *Informed consent*-arresten desondanks (of: mede daarom) onwenselijke uitspraken en wel om de volgende vier redenen, die mede van belang zijn in het licht van de overige oplossingen van bewijsnood die we nog zullen bespreken.[37]

Ten eerste kan de vraag opgeworpen worden wat precies het daadwerkelijke belang is van 'informed consent', zoals dat voortvloeit uit de art. 7:448 en 7:450 BW en de art. 10 en 11 Gw. Waarom is het nu eigenlijk van belang om de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te kunnen beslissen? Het antwoord op die vraag zou onzes inziens (evident) moeten zijn dat het erom gaat de patiënt in staat te stellen om (mede) zichzelf tegen mogelijke risico's te kunnen beschermen. Doordat de patiënt op basis van alle relevante informatie een risicoafweging kan maken, kunnen grote risico's vermeden worden. Bescherming tegen risico's begint dus met de voorlichting daarover: als je jezelf wilt kunnen beschermen, moet je weten waartegen. De informatieplicht van de arts strekt dus ook, anders dan de Hoge Raad meent, ter bescherming tegen de risico's van een behandeling. De redenering van de Hoge Raad waarmee de omkeringsregel in geval van informatieplichten van tafel werd geveegd, is daarmee wat ons betreft gebaseerd op drijfzand.

Ten tweede valt de afwijzing van de aansprakelijkheid in het *Ingenhut*-arrest nog wel te begrijpen: dezelfde operatie was eerder ook goed gelukt, dus er was in casu geen reden om aan te nemen dat de patiënt de behandeling nu wel geweigerd zou hebben. Echter, dat oordeel betreft de bewijs*waardering*: als de Hoge Raad bewezen acht dat de patiënt ingestemd zou hebben, dan zou hij moeten overwegen dat het causaal verband ontbreekt en dat er dus geen aansprakelijkheid kan volgen. De Hoge Raad had dan voorbij moeten gaan aan de bewijsrisicoverdeling en de (toepassing van de) omkeringsregel, want dat is immers een andere kwestie dan de bewijswaardering.

Ten derde vragen wij ons af wat volgens de Hoge Raad het relevante verschil is tussen het *Ingenhut*-arrest en het *Dicky Trading II*-arrest. Met Vranken[38] en Kaandorp[39] in hun beider noten bij de *Informed consent*-arresten, zien wij dat verschil niet. Akkermans ziet het verschil wel.[40] In beide zaken wordt een waarschuwingsplicht verzuimd, daarop neemt iemand (deels onwetend) een beslissing met een slechte afloop. Door de gedaagde is geen ruimte geboden voor een juiste beslissing op basis van juiste informatie. Tweemaal is het dus de vraag of iemand in staat is gesteld weloverwogen gebruik te maken van zijn 'zelfbeschikkingsrecht' of zijn 'beslissingsrecht' (ten opzichte van zijn lijf, dan wel zijn financiën). In het ene geval – *Ingenhut*-arrest – vindt er geen omkering van het bewijsrisico plaats, in het tweede geval – *Dicky Trading II*-arrest – wel. Dat betekent dat de omkering ook nog eens plaats vond in het geval waarin het om geld ging en niet om iemands lijf en leden. Het *Dicky Trading II*-arrest en de *Informed consent*-arresten zijn naar ons idee dus onverzoenbaar.

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

Tot slot is het belangrijk op te merken dat effectieve rechtsbescherming van de patiënt verloren is gegaan, terwijl wat ons betreft juist daarin de rechtvaardiging voor het bestaan van de omkeringsregel schuilt. Als eerste deel van die rechtvaardiging kan erop worden gewezen dat in deze gevallen de normschending reeds vastgesteld is, hetgeen in elk geval niet tégen aansprakelijkheid pleit. Wij menen dat dit, in navolging van het (nadien gewezen) *Fortis/Bourgonje*-arrest,[41] een soepeler opstelling van de rechter mogelijk zou moeten maken. De belangrijkste rechtvaardiging is wat ons betreft echter gelegen in het feit dat de effectiviteit van de zorgvuldigheidsnorm voor deze bewijsrisico-omkering pleit. Zonder die omkering zal de eiser het causaal verband immers niet kunnen bewijzen, waardoor de aansprakelijkheid (steeds) stukloopt. Met andere woorden: de norm – zoals de informatieplicht van een arts – kan niet meer verwezenlijkt worden en blijkt in rechte inhoudsloos. Er zou dus steeds getoetst moeten worden of aan de ratio van een effectieve rechtsbescherming is voldaan.[42] Of iemand anders gehandeld zou hebben als hij bepaalde informatie wel gekregen had, is niet achteraf vast te stellen. Als de eiser te dien aanzien de bewijslast zou dragen, zou degene die de informatieplicht schond – de onzorgvuldigheid *an sich* staat immers al vast – nooit aansprakelijk te houden zijn, waardoor de zorgvuldigheidsnorm ten onrechte ineffectief zou blijven.

Dit brengt ons tot de conclusie dat de Hoge Raad de informed consent-leer behoorlijk heeft uitgehold, omdat schending daarvan wegens het immer aanwezige causaliteitsbewijsprobleem niet of nauwelijks te sanctioneren valt. Een succesvolle aansprakelijkheidsstelling van een arts wegens schending van een medische informatieplicht is door bewijsproblemen in feite onbereikbaar geworden, waardoor informed consent als zodanig ook onbereikbaar is geworden. Als dat uiteindelijk de uitkomst is van wat de omkeringsregel brengt, een regel die toch gemaakt leek voor bescherming van de in bewijsnood verkerende eiser (vaak: benadeelde), dan hadden we er beter nooit aan kunnen beginnen…

4.3 Proportionele aansprakelijkheid

4.3.1 De ontwikkeling van de proportionele aansprakelijkheid

Een tweede mogelijke oplossing voor de genoemde causaliteitsproblemen loopt niet langs de procesrechtelijke weg, maar behelst een materieelrechtelijke oplossing: het gebruik van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid.[43] Proportionele aansprakelijkheid valt te definiëren als aansprakelijkheid in evenredigheid met de hoegrootheid van de kans dat de onrechtmatige daad of de toerekenbare tekortkoming de schade heeft veroorzaakt.[44] Deze proportionele benadering kan een uitkomst bieden in geval van causaliteitsonzekerheid: gevallen waarin onduidelijk blijft of tussen de gewraakte handeling en de schade een deugdelijke, voldoende sterke causale relatie te leggen is. Wel is in deze gevallen reeds duidelijk dat er onzorgvuldig gehandeld is en dat er enig juridisch relevant verband bestaat.

De grondslag van de proportionaliteit in het aansprakelijkheidsrecht is gelegd in 2006 in het *Nefalit/Karamus*-arrest.[45] In dit arrest werd op grond van art. 7:658 BW een vorm van proportionele aansprakelijkheid aanvaard voor gevallen van werkgeversaansprakelijkheid. Het betrof een werknemer uit de asbestindustrie die getroffen werd door longkanker. Het causaliteitsprobleem dat ontstond lag hierin dat de longkanker veroorzaakt kon zijn door asbestblootstelling bij de werkzaamheden, maar ook door het roken van de werknemer. Het geval zoals beoordeeld in het *Nefalit/Karamus*-arrest is daarmee een goed voorbeeld van het probleem dat proportionele aansprakelijkheid wil aanpakken: er was een normschending (namelijk asbestblootstelling), er is een gerede kans dat die normschending de oorzaak van de schade was, maar er bestond te weinig zekerheid (een te lage mate van waarschijnlijkheid) om aansprakelijkheid te kunnen vestigen, nu de gebruikelijke regels van bewijslast en bewijswaardering een hogere waarschijnlijkheid vereisen.

De Hoge Raad overwoog in dit arrest onder andere in r.o. 3.13:

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

> "Mede gelet op de aan de artikelen 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten moet daarom worden aangenomen dat, indien een werknemer schade heeft geleden die, gelet op de hiervoor bedoelde kanspercentages, zowel kan zijn veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming van zijn werkgever (…), als door een aan de werknemer zelf toe te rekenen omstandigheid als hiervoor bedoeld, als door een combinatie daarvan, zonder dat met voldoende zekerheid is vast te stellen in welke mate de schade van de werknemer door deze omstandigheden of één daarvan is ontstaan, de rechter de werkgever tot vergoeding van de gehele schade van de werknemer mag veroordelen, met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen."

Tot deze regel komt de Hoge Raad, omdat het:

> "Uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar [is] de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van de werkgever heeft bijgedragen tot de schade van de werknemer, in zijn geheel op de werknemer af te wentelen. Eveneens onaanvaardbaar, maar nu tegenover de werkgever (…), is het echter de onzekerheid over het causaal verband met de schade van de werknemer geheel voor risico van de werkgever te laten komen (…)."

4.3.2 Toepasbaarheid op verzuimde informatieplichten

Hoewel de combinatie van proportionaliteit en aansprakelijkheid in het *Nefalit/Keramus*-arrest definitief geaccepteerd werd, was de reikwijdte van dit nieuwe leerstuk – in het bijzonder ten aanzien van informatieplichten – nog niet bepaald. In 2010 kwam daar in het *Fortis/Bourgogne*-arrest[46] meer duidelijkheid over. Het betrof hier de mogelijke aansprakelijkheid van een vermogensbeheerder ten aanzien van een vermogende en qua beleggingen niet geheel ondeskundige particulier. Deze particulier verkocht zijn eigen bedrijf, maar werd door Fortis niet gewaarschuwd voor het risico dat hij liep als zijn aandelen in waarde zouden dalen en ze voordien niet verkocht waren. Had Fortis daartegen moeten waarschuwen? Relevant is hier slechts de kwestie van het causaal verband tussen de schade enerzijds en de schending van de waarschuwings- of adviesplicht anderzijds. Het is in casu dan met name de vraag of het hof terecht de net besproken regel uit het *Nefalit/Karamus*-arrest, die ziet op proportionele aansprakelijkheid, heeft toegepast in gevallen van informatieplichten.[47] De HR overweegt, geparafraseerd:

1) het bezwaar dat toepassing van proportionele aansprakelijkheid de mogelijkheid in zich draagt dat iemand aansprakelijkheid wordt gehouden voor schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt, brengt mee dat de regel met terughoudendheid moet worden toegepast (r.o. 3.8);
2) dat bezwaar brengt bovendien mee dat de rechter in de motivering dient te verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending de toepassing in het concrete geval rechtvaardigen (r.o. 3.8);
3) de toepassing is niet beperkt tot gevallen zoals in het *Nefalit/Karamus*-arrest (r.o. 3.8);
4) voor toepassing kan aanleiding zijn indien: (1) de aansprakelijkheid van de benadeler op zichzelf vaststaat, (2) een niet zeer kleine kans op csqn-verband bestaat en (3) de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending toepassing rechtvaardigen (r.o. 3.8);
5) toepassing is niet beperkt tot gevallen waarin bewijs van het csqn-verband in het algemeen een probleem vormt (r.o. 3.9).

In casu was echter niet aan de genoemde voorwaarden voldaan: de aard van de norm betrof een waarschuwingsplicht en de strekking van die norm was het tegengaan van vermogensschade. Bovendien was de kans dat de belegger zou hebben geluisterd als Fortis wel aan zijn waarschuwingsplicht zou hebben voldaan, niet bijzonder groot. Er volgt dus geen toepassing van de

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

leer van de proportionele aansprakelijkheid. In latere rechtspraak van de Hoge Raad is nadien weinig toegevoegd dat hier relevant is.[48]

In geval van verzuimde informatieplichten kan derhalve geconcludeerd worden dat een proportionele oplossing in specifieke gevallen uitkomst biedt, maar wel een uitzondering is. Met name bij zorgplichten waarbij de schade in de sfeer van vermogensschade valt, lijkt de lijn te zijn dat de proportionele aansprakelijkheid door de rechter niet aangenomen wordt. Het bewijsprobleem bij de vaststelling van het causaal verband bij verzuimde informatieplichten wordt daarmee dus niet opgelost.

Alle beoogde duidelijkheid ten spijt, is hiermee echter niet gezegd dat dit leerstuk in de rechtspraak nooit meer toegepast zal worden op verzuimde informatieplichten. Een recente uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden[49] is in dit kader illustratief. In deze uitspraak heeft het hof de leer van de proportionele aansprakelijkheid namelijk wel toegepast in een zaak waarin de schade zuivere vermogensschade betrof. In casu had appellant een flink geldbedrag geleend aan een financieel adviesbureau, maar werd daarbij door zijn notaris niet gewezen op het feit dat enigerlei zekerheden ontbrak. Relevant is de kwestie van het causaal verband tussen de schade enerzijds en de schending van de waarschuwingsplicht anderzijds.

Het hof wijst de toepassing van de omkeringsregel geheel conform de *Informed consent*-arresten[50] af, alsmede het leerstuk van de kansschade, ondanks de ruimte die het (in § 4.5.2 te bespreken) *Deloitte/H&H Beheer*-arrest in deze biedt.[51] De proportionele aansprakelijkheid wijst het hof daarentegen – op het eerste gezicht niet in overeenstemming met de volgens het Fortis/Bourgogne-arrest geboden terughoudendheid – toe.

Het Hof overweegt:

> “2.23. Naar het oordeel van het hof is van een dergelijke situatie van onzekerheid over het conditio-sine-qua-non-verband sprake. De geschonden norm is een waarschuwingsplicht, die ertoe strekt te voorkomen dat [appellant] uitvoering zou geven aan een overeenkomst zonder gewaarschuwd te zijn over de risico's die daaraan verbonden zijn. De onzekerheid is gelegen in de vraag of [appellant] gehoor zou hebben gegeven aan de waarschuwing. Deze onzekerheid is inherent aan de schending van de waarschuwingsverplichting. Door niet te waarschuwen, heeft het notariskantoor [appellant] immers de mogelijkheid ontnomen om met ter daad aan te tonen dat hij gehoor zou hebben gegeven aan de waarschuwing. Aldus pleit de aard van de geschonden norm voor toepassing van proportionele aansprakelijkheid, zeker wanneer de hoedanigheid van de betrokken partijen – een professionele partij die beroepshalve gehouden is naar vermogen te voorkomen dat misbruik wordt gemaakt van juridische onkunde en een particulier – daarbij in aanmerking wordt genomen.”

Het feit dat de aard van de schade zuivere vermogensschade betrof en dat in het vergelijkbare *Fortis/Bourgogne*-arrest de toepassing van de proportionaliteitsleer wél werd afgewezen, doet volgens het hof aan toepassing in het onderhavige geval niet aan af:

> “(..) De aard van de schade, zuivere vermogensschade, vormt in beginsel een contra-indicatie voor proportionele aansprakelijkheid. Daar staat tegenover dat het door [appellant] uitgeleende bedrag een fors bedrag is voor een particulier. Vaststaat dat [appellant] om het bedrag te kunnen uitlenen zelf een tweede hypothecaire lening heeft moeten afsluiten.”

Er bestaat onzes inziens een goed argument om, in navolging van de besproken uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden, de proportionele benadering in gevallen van informatieplichten te gebruiken, omdat via de proportionele aansprakelijkheid tot een *gedeeltelijke* schadevergoeding kan worden gekomen. Als dus niet volstrekt duidelijk is dat de gedaagde daadwerkelijk de veroorzaker van alle

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

schade is, leidt die benadering ertoe dat een geschonden zorgplicht – welke schending *an sich* wel vast moet staan – in elk geval eerder gesanctioneerd wordt. Dat komt de handhaving van de betreffende zorgplicht en daarmee de verwezenlijking van die materiële norm ten goede: voorkomen wordt dat de inhoud van de betreffende norm een lege huls wordt. Het wel gebruiken van de proportionele aansprakelijkheid in gevallen van informatieplichten zal dus grosso modo dezelfde uitkomst hebben als de toepassing van de omkeringsregel. Dat is wat ons betreft niet meer dan logisch, aangezien die 'verwezenlijking van de materiële norm' ook de ratio achter de omkeringsregel betreft en beide leerstukken hetzelfde probleem te lijf beogen te gaan.[52]

4.4 Tot uitgangspunt nemen van causaliteit

4.4.1 De ontwikkeling van de notie van 'het tot uitgangspunt nemen van causaliteit'

De derde mogelijke oplossing is, net als bij de omkeringsregel, een meer processuele insteek of benadering. Het gaat dan om de notie – van een leerstuk kunnen we wat ons betreft nog niet echt spreken – van het 'tot uitgangspunt nemen' van het bestaan van causaliteit. Deze notie volgt uit een tweetal arresten uit 2009, te weten het *Levob/Bolle*-arrest[53] en het *World Online*-arrest,[54] welke beiden over verzuimde informatieplichten gaan.[55]

4.4.2 Toepasbaarheid op verzuimde informatieplichten

Ten eerste het *Levob/Bolle*-arrest. Dit betreft één van de drie vrijwel gelijkluidende arresten van dezelfde dag over de aandelenlease-affaire, de kwestie waarbij vele duizenden Nederlanders een geldlening afsloten om daarmee aandelen te kopen (leasen). Deze aandeelhouders verkeerden in de veronderstelling dat die aandelen sterk in waarde zouden stijgen, zodat na enige tijd de lening afbetaald zou kunnen worden en de overwaarde als winst zou kunnen worden opgestreken. De beurs zakte echter in, waardoor zij bleven zitten met een restschuld. In rechte staat met name de vraag centraal of de bedrijven die deze financiële producten verkochten wel voldoende zorgvuldig zijn geweest bij hun informatieverstrekking over de risico's van hun financiële product.

De Hoge Raad overweegt inzake het causaliteitsverweer van de financiële instellingen in r.o. 4.7.9. iets opmerkelijks:

> "4.7.9. Indien ervan kan worden uitgegaan dat de inkomens- en vermogenspositie van de afnemer destijds van dien aard was dat de aanbieder had moeten begrijpen dat voldoening van de leasetermijnen en/of de mogelijke (maximale) restschuld naar redelijke verwachting een onaanvaardbaar zware financiële last op de afnemer zou leggen, is de kans dat deze particuliere wederpartij de effectenlease-overeenkomst niet zou zijn aangegaan indien hij zich van die bijzondere risico's waaraan de overeenkomst hem blootstelde bewust was geweest zo aanzienlijk, dat – behoudens zwaarwegende aanwijzingen van het tegendeel – ervan kan worden uitgegaan dat hij zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben gesloten" (onze onderstreping, *IG en KM*).

In deze overweging lijkt het dus sterk te gaan om een vermoeden van causaal verband. Het wel bestaan van csqn-verband is het 'uitgangspunt' in deze gevallen.[56] De Hoge Raad vervolgt direct daarna:

> "4.7.10. Indien ervan kan worden uitgegaan dat de financiële positie van de afnemer ten tijde van het aangaan van de overeenkomst toereikend was om zijn betalingsverplichtingen uit die overeenkomst, waaronder de mogelijke (maximale) restschuld, na te komen, zal – in verband met de omstandigheid dat de op de aanbieder rustende waarschuwingsplicht ook ertoe strekt te waarschuwen tegen het aangaan van onnodige risico's – het verweer van de aanbieder dat de afnemer de overeenkomst ook zou zijn aangegaan indien de aanbieder niet in zijn zorgplicht was

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

> tekortgeschoten, in het licht van de desbetreffende stellingen van de afnemer voldoende concreet moeten zijn onderbouwd. Is deze onderbouwing niet genoegzaam, kan eveneens tot uitgangspunt worden genomen dat de afnemer zonder dat tekortschieten van de aanbieder in diens zorgplicht de overeenkomst niet zou hebben" (onze onderstreping, *IG en KM*).

Het bestaan van csqn-verband is hier volgens de Hoge Raad dus opnieuw het 'uitgangspunt', in dit laatste geval volgend op de plicht van de financiële instelling om dat causaal verband gemotiveerd te betwisten. De financiële instelling (gedaagde) moet zijn verweer inzake de causaliteit aldus voldoende concreet onderbouwen ('als ik wel had gewaarschuwd, had de consument alsnog het product afgenomen'). Hiermee lijkt het alsof de Hoge Raad een aanvullende stelplicht[57] op dit specifieke terrein heeft aanvaard. De Hoge Raad noemt dit beestje echter niet bij zijn aanvullende stelplicht-naam, waardoor op dat punt toch nog enige twijfel resteert. Asser durft in dit kader echter wel over een aanvullende stelplicht te spreken.[58]

Ten tweede is er de *World Online*-zaak. In deze uitspraak ging het om de beursgang van World Online, op het hoogtepunt van de Internetbubbel, waarbij de aandelenkoers stevig kelderde na introductie van het aandeel. In de nasleep kwam naar voren dat topvrouw Nina Brink haar eigen aandelenpakket net voor de beursgang verkocht had en daarover was in het prospectus niet, althans: onvoldoende duidelijk, [59] geïnformeerd. Er was derhalve sprake van misleiding van de beleggers. De vervolgvraag was die naar de causaliteit tussen schending van de informatieplicht en de schade zoals opgelopen door de aandeelhouders. De Hoge Raad overweegt hieromtrent in r.o. 4.11.1:

> "4.11.1. De art. 6:194 e.v. laten onverlet dat de gewone regels betreffende stelplicht en bewijslast gelden ten aanzien van de vraag of de schade in een zodanig verband met de misleiding staat dat zij als gevolg daarvan aan degene die de misleidende mededeling openbaar heeft gemaakt, kan worden toegerekend (*NJ* 1996/246). In beginsel draagt de belegger derhalve ook de stelplicht en bewijslast ter zake van het condicio sine qua non-verband. Dat bewijs is evenwel problematisch (..). De door deze factoren veroorzaakte bewijsproblemen ter zake van het condicio sine qua non-verband brengen mee dat de door de (oude en nieuwe) prospectusrichtlijn beoogde bescherming van beleggers (…) in de praktijk illusoir kan worden. Daarbij verdient opmerking dat die richtlijn (…) wel de verplichting oplegt ervoor zorg te dragen dat de nationale wettelijke bepalingen inzake burgerrechtelijke aansprakelijkheid van toepassing zijn op degenen die verantwoordelijk zijn voor de in het prospectus vermelde informatie (art. 6 lid 2). Dat brengt mee dat een effectieve rechtsbescherming geboden moet worden volgens de regels van het nationale recht.
>
> 4.11.2. Met het oog op die effectieve rechtsbescherming en gelet op de met de prospectusvoorschriften beoogde bescherming van (potentiële) beleggers tegen misleidende mededelingen in het prospectus, zal tot uitgangspunt mogen dienen dat condicio sine qua non-verband tussen de misleiding en de beleggingsbeslissing aanwezig is. Dit betekent derhalve dat in beginsel aangenomen moet worden dat, indien geen sprake van misleiding zou zijn geweest, de belegger niet – of bij aankoop op de secundaire markt: niet dan wel niet op dezelfde voorwaarden – tot aankoop van de effecten zou zijn overgegaan (….)."

Met andere woorden: ook in deze gevallen moet tot uitgangspunt dienen dat het csqn-verband voorlopig gegeven is. Opnieuw rijst dan wel de vraag: wat is daarmee bedoeld, welk rechtsgevolg kleeft hieraan? Is dit dan – zoals Asser en Pijls en Van Boom aannemen[60] – een andere term voor een vermoeden? De constructie lijkt inderdaad die van een vermoeden te zijn, dus daar gaan wij hierna gevoeglijk vanuit.[61] Los daarvan: het is in elk geval een tegemoetkoming voor de eisende partij.

In het door het Hof Den Bosch gewezen *X./ABN Amro*-arrest[62] wordt aan deze *World Online*-uitspraak

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

navolging gegeven. De zaak betrof een bank die beleggingsadvies verstrekte aan een vermogende particulier, die o.a. met putopties in de weer was. De bank stond transacties toe, terwijl sprake was van een dekkingstekort aan de zijde van de particulier. Deze particulier stelt de bank vervolgens aansprakelijk, onder meer wegens schending van de zorgplicht van de bank. In dat verband wordt overwogen dat de belegger in beginsel de stelplicht en bewijslast draagt ter zake van het causaal verband tussen schending zorgplicht en ingetreden schade, zoals ook overwogen in het *World Online*-arrest.[63] Daarna komt het csqn-verband specifieker aan de orde, waarbij de vraag rijst of een waarschuwing van de bank door de belegger zou zijn opgevolgd. In dat verband grijpt het hof wederom terug op de *World Online*-zaak en stelt dan:

> "4. (..) In hetzelfde WOL-arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat met het oog op effectieve rechtsbescherming in gevallen als het onderhavige tot uitgangspunt mag worden genomen dat causaal verband tussen het schenden van de zorgplicht en de transactie van de cliënt aanwezig is. Dat betekent in gevallen waarin een bank een waarschuwingsplicht heeft, dat in beginsel moet worden aangenomen dat indien een bank niet aan haar zorgplicht voldoet door haar cliënt indringend te waarschuwen voor de consequenties van te verrichten transacties, moet worden aangenomen dat die cliënt de voorgenomen transacties niet zou hebben uitgevoerd, en dus de daardoor ontstane schade niet zou hebben geleden. De Hoge Raad overweegt in genoemd arrest echter verder (rechtsoverweging 4.11.2), dat de rechter naar aanleiding van de over en weer aangevoerde argumenten en de omstandigheden van het geval tot de conclusie kan komen dat voormeld uitgangspunt in de desbetreffende situatie niet opgaat. Naar het oordeel van het hof is van een dergelijke uitzondering dit geval sprake. (..)."

Hierna volgt een weging van omstandigheden, waarna geoordeeld wordt dat de loutere stelling dat een waarschuwing zou zijn gevolgd, onvoldoende onderbouwd is. Daardoor is voor een bewijsopdracht geen plaats meer en faalt de grief. Wat daarvan verder zij, de besproken leer van de Hoge Raad van 'het tot uitgangspunt nemen van causaliteit' wordt hier dus gevolgd in een zaak die niet over een prospectus ging (en overigens ook geen massaschadezaak betrof). Vervolgens is dezelfde insteek wederom op het niveau van het Bossche hof toegepast, hetgeen daarna geaccordeerd is door de Hoge Raad in het *Van Lanschot*-arrest.[64] Hierin bestempelde de Hoge Raad het gebruik van de tournure dat het causaal verband 'tot uitgangspunt' kan worden genomen, als een juiste rechtsopvatting.

In tegenstelling tot de omkeringsregel en de proportionele aansprakelijkheid, kan dus geconcludeerd worden dat deze notie naar geldend recht wel van toepassing is in gevallen waarin informatieplichten verzuimd worden. Dit instrument heeft ook bij geschonden zorgplichten rondom financiële producten de potentie in zich om het bewijsprobleem voor de eiser te verlichten. De grondslag is tevens helder: deze ligt in het voorkomen dat bepaalde regels illusoir worden en in het kunnen effectueren van een aanspraak. Dit sluit geheel aan bij de door ons aan zowel de omkeringsregel als de proportionele aansprakelijkheid toebedeelde ratio, namelijk het kunnen verwezenlijken van de materiële norm en daarmee het waarborgen van effectieve rechtsbescherming. Met andere woorden: er gloort hoop voor de in bewijsnood verkerende niet-geïnformeerde consument.

4.5 Verlies van een kans

4.5.1 De ontwikkeling van het leerstuk van het verlies van een kans

De vierde mogelijke tegemoetkoming betreft de theorie van het verlies van een kans. De theorie van het verlies van een kans is een theorie die erop gericht is het bewijsprobleem ten aanzien van het causaal verband op te vangen. Indien het causaal verband tussen de fout en de schade niet (direct) aanwijsbaar is, maar wel geconstateerd kan worden dat door de fout *een bepaalde kans op een gunstiger resultaat* verloren is gegaan, is het mogelijk om op die basis tot de beslissing te komen dat een deel van de schade vergoed dient te worden. Het deel dat vergoed wordt, is dat deel van de schade dat correspondeert met de grootte van de verloren gegane kans: de verloren kans wordt dus opgevat als de

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

schade. Tussen die (kans)schade en de fout bestaat immers wel causaal verband, waardoor het probleem van causaliteit tussen de concrete schade en de fout ‘opgeheven’ wordt. Wellicht kan niet gezegd worden dat door de fout de patiënt is overleden, bijvoorbeeld omdat de overlevingskans überhaupt niet hoog was, maar er kan wel worden gezegd dat de overlevingskans die er ten minste nog was, verloren is gegaan door de gemaakte fout. Hetzelfde geldt ten aanzien van de arts die een onjuiste diagnose stelt, terwijl niet zeker is of de verslechterde toestand daaraan te wijten is. In dat geval kan wel gezegd worden dat een bepaalde kans op genezing teniet is gegaan.

De principiële erkenning van deze theorie in Nederland stamt uit 1997. In het *Baijings/mr. H.*-arrest[65] werd door de Hoge Raad erkend dat het – als subsidiaire optie, na de beoordeling door de rechter hoe de zaak zou zijn beslist zonder de gemaakte fout – mogelijk zou zijn om na een beroepsfout van een advocaat in een aansprakelijkheidsrechtelijke procedure daarover de goede en kwade kansen af te wegen. Vervolgens kan er conform die kansen door de rechter beslist worden dat de advocaat voor een bepaald percentage verplicht is tot schadevergoeding.

Deze insteek leek echter in de jaren die volgden een incident te zijn geweest. Weliswaar werd die uitspraak door de lagere rechtspraak verwelkomd als een soort akkoordverklaring om door te kunnen gaan met de eerder ingezette lijn[66] – in navolging van de toen net op gang komende literatuur hierover – maar op het hoogste niveau van rechtsvorming bleef deze uitspraak lange tijd zonder veel verdere bijval of uitbreiding naar andere terreinen. Dat die bijval uitbleef, is wat ons betreft ten dele te wijten aan de (achteraf wellicht onbedoelde) opmars in diezelfde tijd, van de eerder besproken ‘omkeringsregel’ en dus van de bewijslastverlichting ten aanzien van de causaliteitsvraag.[67] Aanvankelijk leek het immers zo te zijn dat hetzelfde bewijsprobleem langs een andere, meer begaanbare route opgelost kon worden. Het gevolg was dat de toen in Nederland nog kersverse en systeemvreemde proportionaliteitsleer niet nodig leek: het meer vertrouwde instrument van de bewijslastverdeling en bewijslastomkering bracht redding (ook omdat met de omkeringsregel meer schadevergoeding – namelijk vergoeding van *alle* schade – verkregen kon worden).

Waar de aansprakelijkheid van de advocaat aan de orde is, is de mogelijkheid van een schadevergoeding naar de mate van de kans dat de handeling (het nalaten) van de advocaat tot schade leidde, al enige tijd ‘ingeburgerd’. Die inburgering gaat zelfs zo ver dat recente arresten van de Hoge Raad die deze lijn bevestigen,[68] nauwelijks nog opgemerkt worden. Klaarblijkelijk is het reeds duidelijk dat de rechter eerst moet trachten te bepalen hoe de zaak beslist zou zijn als de beroepsfout niet gemaakt was en dat subsidiair de goede en kwade kansen dienaangaande (vgl. art. 6:105 BW) geschat mogen worden.

4.5.2 Toepasbaarheid op verzuimde informatieplichten

Aan de acceptatie van de kanstheorie bij de aansprakelijkheid van met name advocaten, is sinds kort een nieuwe loot toegevoegd die de populariteit van de kanstheorie waarschijnlijk stevig zal gaan ondersteunen. Gedoeld wordt op het *Deloitte/H&H Beheer*-arrest,[69] gewezen in december 2012.

In deze zaak vordert H&H Beheer schadevergoeding van Deloitte, omdat deze verkeerd geadviseerd zou hebben over de fiscale aanpak omtrent het uittreden uit een maatschap. Deloitte is bij haar advisering toerekenbaar tekortgeschoten door geen melding te maken van de mogelijkheid van de zogenoemde ‘ruilarresten’ en door een geruisloze inbreng te adviseren, hetgeen een in feite onbegaanbare weg was. Het gaat hier dus over verzuimde informatieplichten. Het hof heeft de vordering toegewezen en heeft Deloitte veroordeeld tot betaling van 60% van de schade als gevolg van de gemaakte beroepsfout. De Hoge Raad overweegt vervolgens dat het onderdeel tot uitgangspunt neemt dat het hof hetzij het leerstuk van de zogenoemde ‘proportionele aansprakelijkheid’ heeft toegepast, hetzij dat van de 'kansschade' of ‘verlies van een kans’ en dan volgt in ro. 3.5.2 een exposé over de vraag wat de in dit artikel reeds besproken proportionele aansprakelijkheid behelst.

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

Vervolgens constateert de Hoge Raad in r.o. 3.5.3 dat het leerstuk van de kansschade aanvaard is voor bepaalde vormen van aansprakelijkheid van een advocaat, waarna wordt overwogen:

> “Opmerking verdient dat, teneinde de leer van de kansschade te kunnen toepassen, eerst beoordeeld moet worden of condicio-sine-qua-non-verband aanwezig is tussen de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis (de tekortkoming of onrechtmatige daad) en het verlies van de kans op succes. In de gevallen waarop de hiervoor genoemde arresten van de Hoge Raad betrekking hadden, is dat condicio-sine-qua-non-verband echter zonder meer gegeven met het verzuim van de advocaat om (tijdig) het rechtsmiddel of de rechtsvordering in te stellen, en resteert dus slechts de vaststelling van de schade aan de hand van een schatting van de goede en kwade kansen die de cliënt in het (hypothetische) geding zou hebben gehad.”

Deze leer van de kansschade is derhalve geëigend om een oplossing te bieden voor situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt. Die onzekerheid vindt haar grondslag in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld – in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven – of en in hoeverre de kans op succes zich in werkelijkheid zou hebben gerealiseerd.

Vervolgens beweegt de Hoge Raad specifiek voor de zaak in kwestie:

> “3.6. In het onderhavige geval heeft het hof geen toepassing gegeven aan de rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid, doch (kennelijk) aan die van de kansschade. Zijn oordeel moet aldus worden verstaan, dat het eerst op grond van de hiervoor in 3.3 onder (b) weergegeven overwegingen voldoende aannemelijk heeft geoordeeld dat [verweerder 1], indien [eiser 1] hem had geadviseerd over de mogelijkheid van de ruilarresten, dat advies zou hebben opgevolgd en zich intensief zou hebben ingespannen zich overeenkomstig de voorwaarden van de ruilarresten in een ander kantoor in te kopen. Aldus heeft het hof het condicio-sine-qua-non-verband vastgesteld tussen de tekortkoming van [eiser 1] en het verlies van de kans van [verweerder 1] op een fiscaal gunstiger situatie.”

Op grond hiervan falen de klachten, maar de Hoge Raad merkt in r.o. 3.7 nog wel op dat:

> “3.7. (..) nu het hof het condicio-sine-qua-non-verband tussen de normschending van en het verlies van de kans van op een gunstiger fiscale behandeling heeft vastgesteld volgens de gewone bewijsregels, zonder in dat verband een proportionele benadering te hanteren, geen grond bestaat voor de terughoudende benadering die – in geval van causaliteitsonzekerheid – volgens het arrest Fortis/Bourgonje bij toepassing van proportionele aansprakelijkheid op haar plaats is.”

De kanstheorie is dus *zonder terughoudendheid* inroepbaar – althans: is eerder in te roepen dan de proportionele aansprakelijkheid – omdat het csqn-verband hierbij al gegeven is. Deze overweging is naar onze mening niet helemaal zuiver. Het eigenlijke (of: oorspronkelijke) csqn-verband in deze zaken, namelijk tussen normschending en de oorspronkelijke totale schade, staat immers helemaal niet vast: de vraag naar dat verband is slechts omzeild door in plaats daarvan het wel vaststaande verband tussen de schending en het kansverlies vast te stellen. Daaraan rechtsgevolgen verbinden (minder terughoudend toepassen) is in onze optiek dus niet op zijn plaats.[70]

Geconcludeerd kan worden dat in dit soort zaken, waarin een fiscale adviesplicht werd geschonden, het daarop volgende causaliteitsprobleem opgelost kan worden via de theorie van het verlies van een kans. Deze kanstheorie is dus inroepbaar als het om geschonden informatieplichten gaat en zo wordt er met dit instrument dus wél iets gedaan aan de effectieve rechtsbescherming voor de eiser. Dit komt immers de verwezenlijking van de achterliggende materiële norm, de zorgplicht van de dienstverlener, ten goede.

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

5.Recapitulatie van de vier instrumenten: effectieve rechtsbescherming?

In het kader van de verzuimde informatieplichten, bieden – zo bleek – de omkeringsregel en de proportionele aansprakelijkheid naar de huidige stand van de rechtspraak weinig tot geen uitkomst voor het causaliteitsbewijsprobleem waarmee de eiser doorgaans kampt. Zoals eerder betoogd, staan wij kritisch tegenover de reeks uitspraken waarin deze instrumenten in geval van verzuimde informatieplichten van tafel zijn geveegd. Naar onze mening schuilt in deze – de facto – 'afschaffing' het gevaar dat ten gevolge van de bewijsnood waarin de eiser verkeert, de norm in rechte inhoudsloos wordt. In de praktijk betekent dit dat het zelfbeschikkingsrecht van de eiser, hetgeen de norm juist beoogt te beschermen, niet te sanctioneren valt en daarmee ingeperkt zal worden. Dit is funest voor de effectieve rechtsbescherming, die in gevallen van informatieplichten haast illusoir wordt. Dit klemt temeer nu uit onderzoek van het Nederlands Instituut Onderzoek van de Gezondheidszorg (Nivel) en de Consumentenbond[71] blijkt dat informatievoorziening bij ziekenhuizen een belangrijk punt van kritiek is: de respondenten (patiënten) vonden dat ze onvoldoende informatie verkregen, onvoldoende konden meebeslissen en bovendien gaf de helft van de respondenten aan niet geïnformeerd te zijn over eventuele behandelingsalternatieven.

Dat het resulterende gebrek aan effectieve rechtsbescherming het fundament vormt van onze kritiek, is een logisch gevolg van het feit dat het daadwerkelijk effectief zijn van de rechtsbescherming wat ons betreft één van de doelen zou moeten zijn van het aansprakelijkheidsrecht. Dit uitgangspunt sluit niet alleen aan bij het *WOL*-arrest, maar ook bij een wat ouder arrest van de Hoge Raad over discriminatie, te weten het *Souverijn-Timmermans/Wouters*-arrest,[72] waarin de Hoge Raad overwoog:

> "(…) De werkgever is niet gehouden aan te tonen dat het verschil in beloning met een verschil in de werkzaamheden samenhangt. De bewijslast kan alleen worden verlegd indien dat noodzakelijk is om de kennelijk gediscrimineerde werknemers niet elk doeltreffend middel te ontnemen om het beginsel van gelijke beloning te doen eerbiedigen, in het bijzonder wanneer een onderneming een systeem van beloningen toepast dat wordt gekenmerkt door een volstrekt gebrek aan doorzichtigheid" (onze onderstreping, IG en KM).

Dit duidt erop dat de gedachte van effectieve rechtsbescherming (of: de verwezenlijking van de materiële norm) zeer belangrijk is als het om het bewijs van causaal verband gaat, een stelling die mede gevoed wordt door uitlatingen van toenmalig Hoge Raad-raadsheer Asser, die deze gedachte ook omarmd heeft.[73]

Het leerstuk van het verlies van een kans en de notie van 'het tot uitgangspunt nemen van causaliteit' kunnen daarentegen wél uitkomst bieden in gevallen van causaliteitsproblemen bij geschonden informatieplichten. Het aansprakelijkheidsrecht zet daarmee een stap in de (goede) richting van de effectieve rechtsbescherming.

6.Praktische consequenties voor de procespraktijk

Wat betekent voorgaande nu concreet voor de in bewijsnood verkerende (advocaat van de) eiser? Op welk instrument kan hij of zij het beste zijn of haar geld inzetten?

Ten eerste is het van belang op te merken dat zekerheden op dit vlak niet bestaan,[74] dus of de kanstheorie echt wortel zal schieten en of de *World Online*-leer echt aan zal slaan, valt nog te bezien. In de jaren na 1997 gebeurde dat immers ook niet met de kanstheorie en ook de lotgevallen van de omkeringsregel, een regel die juist ingevoerd werd in het kader van informatiegebreken en uitgerekend in die gevallen niet meer toepasselijk is, tonen dat wel aan. Dat heeft waarschijnlijk hiermee te maken dat ook de gedaagde in dit soort zaken een groot belang heeft dat erkenning verdient en waar niet zomaar aan voorbij mag worden gegaan: een tegemoetkoming aan de eiser gaat immers ten koste van de gedaagde. Daarbij geldt voor ons echter dat de eerder besproken tweeledige rechtvaardiging (zie § 4.2.2) de doorslag geeft ten gunste van de eiser.[75]

Ten tweede is het van belang te benadrukken dat in de procespraktijk de wat ons betreft beste keus zal zijn om niet te snel te kiezen, zolang de rechtspraak niet dwingender voorschrijft welk instrument waar te benutten valt.

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

De opties die de rechtspraak nu biedt, zijn bovendien in onderling verband bezien alles behalve logisch. Zo is het ons niet duidelijk waarom de Hoge Raad de notie van ‘het tot uitgangspunt nemen van causaliteit’ (impliciet althans) onbeperkt van toepassing lijkt te verklaren in gevallen van verzuimde informatieplichten, terwijl bij de toepassing van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid (sterke) terughoudendheid moet worden betracht, doch die terughoudendheid dan weer expliciet niet nodig is bij de toepassing van de kanstheorie.[76] Het is en blijft gissen naar de ratio achter dit onderscheid en dus naar de zeker niet evidente verhouding tussen de diverse opties. Ook los daarvan is het onderscheid tussen het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid en het leerstuk van het verlies van een kans zoals de Hoge Raad die wenst te hanteren, op zijn minst discutabel. Dit alles in acht nemend, doet men er in de praktijk goed aan op alle vier de mogelijke instrumenten een beroep te doen, te beginnen met het meest voor de hand liggende instrument of het instrument waarmee de meest vergelijkbare jurisprudentie gegenereerd is.

Als het ene instrument niet meer of minder van toepassing is of lijkt te zijn dan het andere instrument in de concrete omstandigheden van het specifieke geval, dan zouden wij vanuit vergoedingsperspectief – en zeker ook vanuit de noodzaak te handelen als een redelijk handelend advocaat – aanraden de volgende volgorde aan te houden. Het is verstandig om eerst een beroep te doen op (1) de omkeringsregel; of op (2) de notie van ‘het tot uitgangspunt nemen van de causaliteit’, om de simpele doch belangrijke reden dat in deze gevallen de bewijsvoeringslast omgedraaid wordt (het gaat om een vermoeden), waarna de schade bij een inderdaad succesvolle aansprakelijkheidsstelling voor 100% vergoed wordt. Mocht een beroep op deze leerstukken niet (kunnen) slagen, dan is het vervolgens aan te raden om eerder een beroep te doen op; (3) het leerstuk van het verlies van een kans dan op (4) de proportionele aansprakelijkheid, nu het laatste leerstuk volgens de Hoge Raad terughoudend toegepast dient te worden en de kans op succes derhalve kleiner is dan bij een beroep op het leerstuk van het verlies van een kans.[77] De in § 4.3.2 besproken uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden leert ons echter dat ook in geval van zuivere vermogensschade de toepassing van de proportionele aansprakelijkheid – ondanks de geboden terughoudendheid op dit vlak – in specifieke gevallen gerechtvaardigd kan zijn.[78]

7.Slot

Dit artikel brengt ons tot de (desondanks) hoopgevende conclusie dat het Nederlands aansprakelijkheidsrecht een oplossing tracht te vinden voor de bewijsproblemen van het causaal verband na de schending van een informatieplicht. Deze oplossing is (met name) gelegen in de kanstheorie, die al sinds de jaren ‘90 van de vorige eeuw rondwaart. Ondanks het proefschrift van Akkermans[79] en het *Baijings/H*-arrest[80], beiden daterend van 1997, heeft de ‘follow up’ lang geduurd en dat is waarschijnlijk te wijten aan het feit dat de omkeringsregel tegelijkertijd in opkomst was. Deze omkeringsregel moest klaarblijkelijk eerst weer min of meer ‘van tafel’[81] voordat er doorgedacht kon worden over andere mogelijkheden. Het *Karamus/Nefalit*-arrest[82] gaf daartoe de benodigde aanzet.

Of deze oplossingen uiteindelijk toereikend zullen zijn, valt echter lastig te voorzien, alleen al omdat de onderlinge verhouding schimmig blijft. Dat de omkeringsregel buiten toepassing is verklaard in geval van verzuimde informatieplichten, evenals (vooralsnog) de toepassing van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid, blijft een naar onze mening onwenselijk en in veel gevallen onbillijk uitgangspunt. Schending van ‘informed consent’ blijft derhalve wegens het immer aanwezige causaliteitsbewijsprobleem moeilijk te sanctioneren, waardoor de rechtsbescherming bij en daarmee de effectiviteit van informatieplichten in het gedrang komt. De opties die de Hoge Raad nu aanreikt, zijn wat ons betreft dus niet verstrekkend genoeg en vooral ook inconsistent, maar wellicht dat we op termijn, via de geboden (tussen)oplossingen als de notie van ‘het tot uitgangspunt nemen van causaliteit’ en de kanstheorie, toch het juiste midden zullen vinden.

Voetnoten

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

Voetnoten

[1] Citeerwijze: I. Giesen en K.L. Maes, 'Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten', *NTBR* 2014/27, afl. 6. Prof. mr. Ivo Giesen is hoogleraar Privaatrecht aan het Molengraaff Instituut voor Privaatrecht van de Universiteit Utrecht en programmaleider van het *Utrecht Centre for Accountability and Liability Law* (UCALL). Kirsten L. Maes LLB rondde in juni 2013 (cum laude) de bachelor Rechtsgeleerdheid aan de Universiteit Utrecht af en is masterstudent Privaatrecht aan de Universiteit Utrecht.

[2] Het leerstuk van de vergoeding van 'integriteitsschade' zou ook nog genoemd kunnen worden, maar dat is in de rechtspraak van de Hoge Raad nog niet tot wasdom gekomen. Zie R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade. Een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van zorggerelateerde schade* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 423-434.

[3] HR 21 december 2012, *NJ* 2013/237 (*Deloitte/H&H Beheer*). Het *Deloitte/H&H Beheer*-arrest wordt ook al in de lagere rechtspraak toegepast, zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2013, *LJN* CA2120.

[4] Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2013, *LJN* CA2120.

[5] Zie hierover ook: A.G. Castermans en P.W. den Hollander, 'Omgaan met onzekerheid', *NTBR* 2013/21, p. 194-195. Hier wordt de uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden, 12 februari 2013, *LJN* BZ1711 als bewijsvoering gebruikt voor de stelling dat het kwalificeren van een zaak in termen van proportionele aansprakelijkheid of kansschade geen sinecure is.

[6] Zie specifiek voor gevallen van beleggingsschade ook nog A.C.W. Pijls, 'Het bewijs van causaal verband bij informatieverzuimen in de beleggingspraktijk', *NTBR* 2009/22, p. 170 e.v.; C.J.M. Klaassen, Bewijs van causaal verband tussen beweerdelijk geleden beleggingsschade en schending van een informatie- of waarschuwingsplicht, in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 127 e.v.

[7] Op de vraag wat 'bewijzen' in dit verband precies behelst, en in hoeverre dat eigenlijk wel mogelijk is als het gaat om het vast te stellen verband tussen twee feitelijkheden (tekort aan zorg en schade), kunnen we in deze bijdrage niet ook nog nader ingaan.

[8] J.B.M. Vranken, *Mededelings- informatie- en onderzoeksplichten in het verbintenissenrecht*, Zwolle: Tjeenk Willink 1989.

[9] Vgl. daarover uitvoerig K.J.O. Jansen, *Informatieplichten: over kennis en verantwoordelijkheid in contractenrecht en buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2012, alsmede K.J.O. Jansen, 'Informatieplichten in de procespraktijk. Deel 1: juridisch kader', *TvPP* 2013, p. 143-148.

[10] Over die begrippen ook nog Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 108-110; J.M. Barendrecht, E.J.A.M van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, m.n. p. 21 e.v.

[11] HR 5 november 1965, *NJ* 1966/136, m.nt. Scholten (*Kelderluik*).

[12] C.C. van Dam, *Aansprakelijkheidsrecht: een grensoverschrijdend handboek*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2000, p. 173 e.v.

[13] J.M. Barendrecht, E.J.A.M van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 21.

[14] K.J.O. Jansen, 'Informatieplichten in de procespraktijk. Deel 1: juridisch kader', *TvPP* 2013, p. 143; Uitvoerig: T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Zorgplichten en zorgethiek*, (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 2007, met name de analyse op p. 139 e.v.

[15] Zie bijvoorbeeld art. 7:50b (timesharing), art. 7:60 (consumentenkrediet), art. 7:222 (huur), art. 7:403 (opdracht), art. 7:665a BW (arbeidsovereenkomst) en art. 7:928 BW (verzekering).

[16] Zie in zijn algemeenheid: I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 1999, p. 13-45, en R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade. Een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van zorggerelateerde schade* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2013, p. 225 e.v. voor medische aansprakelijkheid.

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

[17] Zie eerder hierover: I. Giesen, 'Medische aansprakelijkheid, causaliteit, bewijslast en 'de omkeringsregel', noot bij HR 3 maart 2001, *NJ* 2001, 649 (MCL/In 't Hout)', *AV&S* 2001-5, p. 150-154.

[18] G.R. Rutgers & R.J.C. Flach (red.), G.J. Boon, *Parlementaire geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 1988, p. 85; *Asser Procesrecht/Asser 3* 2013/279; I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*(diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 87-96.

[19] Zie bijvoorbeeld I. Giesen, Medische aansprakelijkheid in Nederland: een stand van zaken ten aanzien van de bewijslastverdeling, in: *W.R.* Kastelein (red.), *Medische aansprakelijkheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 11.

[20] Zie eerder hierover: A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002; I. Giesen, *De aantrekkingskracht van Loreley. Over de opkomst en ondergang (?) van de 'omkeringsregel'*, in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (Eds.), *Tien pennenstreken over personenschade*, Den Haag: Vermande/SDU 2009, p. 69-86. § 4.2.1 is mede op deze bijdrage gestoeld. Zie over dit thema bijv. ook: S.D. Lindenbergh, 'De betrekkelijkheid van de omkeringsregel', *WPNR* 6580 (2004), p. 433-435.

[21] Zie bijvoorbeeld HR 5 mei 1961, *NJ* 1961/421*(De Groot/RAGOM)*; HR 18 december 1970, *NJ* 1971/142*(De Brouwer/Van den Besselaar);* HR 1 november 1974, *NJ* 1975/454*(Nicolaye/Grooten);* HR 16 november 1990, *NJ* 1991/55*(Rebecca Visser);* HR 21 oktober 1994, *NJ* 1995/95*(IZA/Waarborgfonds)* en HR 24 december 1999, *NJ* 2000/428, m.nt. HJS *(Gouda/Lutz).*

[22] Zie bijvoorbeeld HR 21 juni 1974, *NJ* 1974/453, m.nt. GJS *(Windmill/Roelofsen);* HR 17 november 1998, *NJ* 1990/572 *(De Kok/Jansen's BV);* HR 22 maart 1991, *NJ* 1991/420*(Roeffen/Thijssen);* HR 9 juni 1995, *NJ* 1995/630*(Van de Luytgaarden/Schuurink);* HR 20 september 1996, *NJ* 1997/198, m.nt. PAS *(Pollemans/Hoondert)* en HR 10 december 1999, *NJ* 2000/211, m.nt. PAS *(Fransen/Stichting Pasteurziekenhuis).*

[23] HR 26 januari 1996 *NJ* 1996/607, m. nt. WMK*(Dicky Trading II).*

[24] A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 7. Hier wordt de omkeringsregel een 'algemeen gangbare term' genoemd, met een verwijzing naar A-G Bakels en de Hoge Raad die deze term in HR 19 januari 2001, *NJ* 2001/524, m.nt. JBMV *(Oude Monnink Motors)* overnamen van H.J. Snijders in zijn noot onder HR 24 december 1999, *NJ* 2000/428*(Gouda/Lutz).*

[25] A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 15.

[26] HR 16 juni 2000 *NJ* 2000/584*(Sint Willibrord).*

[27] Het *MC Leeuwarden/H.*-arrest uit 2001 (HR 2 maart 2001, *NJ* 2001/649) laat er – in navolging van het ietwat impliciete *Ter Hofte/Oude Monnik Motors*-arrest (HR 19 januari 2001, *NJ* 2001/524) – geen twijfel over bestaan dat schending van een veiligheidsnorm niet nodig is. In dit arrest oordeelde de Hoge Raad dat het oordeel van het hof, inhoudende dat hier de bewijslastomkering toegepast moest worden, juist was. Om die reden was het volgens de Hoge Raad in casu niet meer relevant ('in het midden kan daarbij blijven') of er sprake was van schending van een veiligheidsnorm.

[28] HR 29 november 2002, *NJ* 2004/304*(TFS/NS),* vgl. HR 29 november 2002, *NJ* 2004/305*(Kastelijn/Achtkarspelen).*

[29] HR 29 november 2002, *NJ* 2004/305*(Kastelijn/Achtkarspelen).*

[30] Deze voorwaarden hebben veel kritiek ondervonden. Zie onder meer C.H. van Dijk, 'De omkeringsregel, meer dan een vermoeden van causaal verband', *TVP* 2003, p. 7 e.v.; T. Hartlief. 'Causaliteitsonzekerheid. Opkomst en ondergang van de 'omkeringsregel'?', *AA* 2003, p. 298 e.v. De meest recente arresten – HR 19 december 2008, *NJ* 2009/28 (*Smeets/Heerlen*), HR 23 november 2012, *NJ* 2012/669*(Gynaecoloog)* – voegen hier weinig aan toe op principieel niveau. Zie hierover verder nog: A.J. Akkermans, H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverdeling en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S*012-5, p. 157-177; C.J.M. Klaassen, 'Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 012/5, p. 182-193.

[31] I. Giesen, *De aantrekkingskracht van Loreley. Over de opkomst en ondergang (?) van de 'omkeringsregel'*,

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (Eds.), *Tien pennenstreken over personenschade*, Den Haag: Vermande/SDU 2009, p. 69-86.

[32] HR 23 november 2001 *NJ* 2002/386, 387*(Informed consent)*.

[33] HR 23 november 2001 *NJ* 2002/386*(Ingenhut)*.

[34] HR 29 september 2006, *NJ* 2006/136*(A/Ziekenhuis De Wever)*.

[35] HR 2 februari 2007, *NJ* 2007/75*(Juresta Nederland)*. R.o. 3.4.2: *'De informatieplicht van de advocaat strekt niet ertoe de cliënt te beschermen tegen de risico's, maar om deze in staat te stellen goed te beslissen*'.

[36] Zie het rapport inzake de Claimcultuur van de Minister van Justitie, Kamerstukken II 1998 /1999, 26 630, nr. 1.

[37] Zie eerder I. Giesen, Medische aansprakelijkheid in Nederland: een stand van zaken ten aanzien van de bewijslastverdeling, in: *W.R.* Kastelein (red.), *Medische aansprakelijkheid*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2003, p. 11-25. § 4.2.2 is hierop gebaseerd. Overigens is het wat ons betreft niet wezenlijk dat de hier besproken jurisprudentie steeds (medische) 'informed consent'-zaken betreft. Bij de toepassing van de omkeringsregel in andere zaken waarin een informatieplicht geschonden is, moet naar onze mening namelijk dezelfde redenering worden gevolgd. Anders (geen omkeringsregel bij informatieverzuim) bijv. A.C.W. Pijls, 'Het bewijs van causaal verband bij informatieverzuimen in de beleggingspraktijk', *NTBR* 2009/22, p. 174.

[38] J.B.M. Vranken, noot bij HR 23 november 2001, *NJ* 2002/386, 387*(Informed consent),* onder 5 en 7.

[39] D.T.G.J. Kaandorp, noot bij de arresten HR 23 november 2001, *NJ* 2002/386, 387 (Informed consent)', *TVP* 2002, p. 23.

[40] A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 102 en 105.

[41] HR 24 december 2010, *NJ* 2012/251 (*Fortis/Bourgonje*). Zie I. Giesen, '(Dis)Proportionele aansprakelijkheid', *NTBR* 2011/19, p. 149-150. Laatstgenoemde bijdrage ligt aan § 4.2.2 ten grondslag.

[42] Zo bijv. ook A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002, p. 10; A.C.W. Pijls, 'Het bewijs van causaal verband bij informatieverzuimen in de beleggingspraktijk', *NTBR* 2009/22, p. 171.

[43] Zie eerder hierover: I. Giesen, T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht. Een rechtsgeleerde dialoog, preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 53 e.v. Op dit preadvies wordt in § 4.3.1 voortgebouwd. Zie over dit thema ook: J.M. Emaus en A.L.M. Keirse , 'Proportionele aansprakelijkheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid. Een verkenning van het criterium veroorzakingswaarschijnlijkheid ter vaststelling van het percentage van proportionele aansprakelijkheid', *MvV* 2013-5, p. 129-137; J.C.J. Wouters, 'Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en verlies van een kans in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht (I)', *WPNR* 6973 (2013), p. 333-342, en rechtsvergelijkend I. Gilead, M.D. Green & B.A. Koch (Eds.), *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives*, De Gruyter: Berlin 2013, met een bijdrage van Keirse over Nederlands recht.

[44] Zie bijvoorbeeld J.H. Nieuwenhuis, 'Disproportionele aansprakelijkheid', *RM Themis* 2006, p. 177.

[45] HR 31 maart 2006 *NJ* 2011/250 (*Nefalit/Karamus*).

[46] HR 24 december 2010, *NJ* 2011/251*(Fortis/Bourgogne)*.

[47] Zie conclusie A-G Wissink in HR 24 december 2010, *NJ* 2011/251, nr. 3.57 *(Fortis/Bourgogne)*.

[48] In HR 21 december 2012, *NJ* 2013/237*(Deloitte Belastingadviseurs/H&H Beheer)* wordt nog wel uitleg gegeven over proportionele aansprakelijkheid, maar deze wordt met name afgezet tegen het centraal staande leerstuk van het verlies van een kans. Zie hierover § 5.4 van dit artikel, en M.F.E. Hillen, 'De Hoge Raad en het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid en kansschade. HR 14 december 2012, *LJN* BX8349 (Nationale Nederlanden/[A en B]); HR 21 december 2012, *LJN* BX7491 (Deloitte Schadeverzekeringen/H&H Beheer)', *MvV* 2013-4, p. 122-127. Andere arresten waarin de proportionele aansprakelijkheid terugkeert, betreffen aspecten die hier nu niet relevant zijn, zoals de vraag of een eigen schuldverweer nog open staat (HR 14 december 2012, *NJ* 2013/236*(Nationale Nederlanden),* zie hierover: A.L.M. Keirse , 'Proportionele aansprakelijkheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid. Een verkenning van het criterium veroorzakingswaarschijnlijkheid ter vaststelling van het percentage van proportionele aansprakelijkheid', *MvV* 2013-5, p. 130-132, en de vraag welke risico's voor eigen rekening van de eiser komen, o.a. in HR 7 juni 2013, *NJ* 2013/108*(Lansink)*.

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

[49] Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2013, *LJN* CA2120.

[50] HR 23 november 2001 *NJ* 2002/386, 387*(Informed consent)*.

[51] HR 21 december 2012, *NJ* 2013/237*(Deloitte/H&H Beheer)*.

[52] Daarbij willen wij nog wel de aantekening maken dat het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid in principe minder bij zal dragen aan de feitengaring (waarheidsvinding) dan de toepassing van de omkeringsregel, omdat die omkeringsregel nu eenmaal gericht is op nadere bewijsvoering (inclusief het daaraan voorafgaande spel van stellen en betwisten) en dus op het zoveel mogelijk wegnemen van feitelijke onzekerheid.

[53] HR 5 juni 2009, *NJ* 2012/183*(Levob/Bolle)*.

[54] HR 27 november 2009, *RvdW* 2009/1403*(World Online)*.

[55] Zie ook I. Giesen, 'Effectieve rechtsbescherming en causaliteit', *AV&S* 2010/17, p. 127-128.

[56] D. Asser,' Bewijsrecht', *TCR* 2010-3, p. 87; A.C.W. Pijls, W.H. van Boom, 'Handhaving prospectusaansprakelijkheid niet illusoir: vermoeden van causaal verband bij prospectusaansprakelijkheid', *WPNR* 6834 (2010), p. 199.

[57] Zie nader *Asser Procesrecht/Asser 3 2013/*307 e.v.; I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001, p. 39-47.

[58] D. Asser, 'Bewijsrecht', *TCR* 2010-3, p. 87.

[59] Deze informatie stond enigszins verbloemd op pagina 99 van de prospectus.

[60] D. Asser,' Bewijsrecht', *TCR* 2010-3, p. 87; A.C.W. Pijls, W.H. van Boom, 'Handhaving prospectusaansprakelijkheid niet illusoir: vermoeden van causaal verband bij prospectusaansprakelijkheid', *WPNR* 6834 (2010), p. 196.

[61] C.J.M. Klaassen, Bewijs van causaal verband tussen beweerdelijk geleden beleggingsschade en schending van een informatie- of waarschuwingsplicht, in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 147, gaat uit van een jurispudentieel causaliteitsvermoeden, wat dan echter geen rechterlijk of feitelijk vermoeden zou zijn, maar een 'regel'. Of hier werkelijk veel verschil tussen bestaat, valt ons inziens te betwijfelen.

[62] Hof Den Bosch 22 juni 2010, *LJN* BM9516*(X./ABN Amro)*.

[63] HR 27 november 2009, *RvdW* 2009/1403, *(World Online)*.

[64] HR 8 februari 2013, *LJN* BX7846, *RvdW* 2013/249 (*Van Lanschot*), r.o. 3.7.

[65] HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998/257 *(Baijings/mr. H.)*.

[66] Zoals in gevallen van medische aansprakelijkheid: vgl. Hof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997/213*(Baby Ruth)*, welke uitspraak nadien in de lagere rechtspraak werd gevolgd.

[67] Zie I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht. Een rechtsgeleerde dialoog, Preadvies voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht*, Deventer: Kluwer 2008, p. 75.

[68] Zie HR 19 januari 2007, *NJ* 2007/63*(Kranendonk/A. Advocaten);* HR 16 februari 2007, *NJ* 2007/256 *(Tuin Beheer/Maatschap A.)* In HR 30 juni 2006, *JA* 2006/112 *(A./X.)* werd art. 81 r.o. toegepast. Zie ook nog HR 18 april 2008, *NJ* 2008/245*(Mustert/O.).*Dit geldt ook als het verzuim het instellen van een cassatieprocedure betreft, zie HR 23 februari 2001, *NJ* 2001/431*(Maatschap X./Overes)*.

[69] HR 21 december 2012, *NJ* 2013/237*(Deloitte/H&H Beheer)*. Zie over deze uitspraak o.a. ook nog: M.F.E. Hillen, 'De Hoge Raad en het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid en kansschade. HR 14 december 2012, *LJN* BX8349 (Nationale Nederlanden/[A en B]); HR 21 december 2012, *LJN* BX7491 (Deloitte Schadeverzekeringen/H&H Beheer)', *MvV* 2013-4, p. 122-127; J.C.J. Wouters, 'Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en verlies van een kans in het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht (I)', *WPNR* 6973 (2013), p. 333-342, en D. van der Kooij, Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en abstracte schadebegroting, in: P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt e.a. (red), *Middelen voor Meijer*, Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2013, p. 161 e.v. Deze uitspraak wordt ook in de lagere rechtspraak al benut, vgl. Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2013, *LJN* CA2120.

[70] Zie ook de kritiek van Akkermans en Van Dijk op de Hoge Raad voor wat betreft het onderscheid tussen proportionele aansprakelijkheid en de kanstheorie in A.J. Akkermans en Chr.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverdeling en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

zaken', *AV&S* 2012-5, p. 159-160. Wij onderschrijven deze kritiek.

[71] Akkermans verwijst in A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers, 2002, p. 104, naar het onderzoek van A.F.C. Janse, J.B.F. Hutten, P. Spreeuwenberg, *Patiënten oordelen over ziekenhuizen II*, *rapport van het Nederlands instituut voor onderzoek van de gezondheidszorg (Nivel) en de Consumentenbond*, Nivel: Utrecht 2002, p. 50.

[72] HR 12 april 2002, *NJ* 2002/411*(Souverijn-Timmermans/Wouters)*.

[73] W.D.H. Asser, J.F. Nijboer, Y.E. Schuurmans, *Bewijsrecht: het bewijs geregeld?*, Nijmegen: Wolf Legal Publisher 2009/2010. Preadvies voor de *NVvR* nr. 69, p. 57; *Asser Procesrecht/Asser 3* 2013/294; Zie ook al I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 1999, p. 82-84; I. Giesen, Bewijs en aansprakelijkheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 452, en A.C.W. Pijls, 'Het bewijs van causaal verband bij informatieverzuimen in de beleggingspraktijk', *NTBR* 2009/22, p. 171 en 177 Er is ook bevestiging voor te vinden in de lagere rechtspraak, zoals in het eerder besproken en door het hof gewezen *X./ABN Amro*-arrest, waarin het hof expliciet overweegt: *"4. (..) In hetzelfde WOL-arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat met het oog op effectieve rechtsbescherming in gevallen als het onderhavige tot uitgangspunt mag worden genomen dat causaal verband tussen het schenden van de zorgplicht en de transactie van de cliënt aanwezig is (..)"*.

[74] Vgl. A.G. Castermans en P.W. den Hollander, 'Omgaan met onzekerheid', *NTBR* 2013/21, p. 194-195.

[75] Anders: C.J.M. Klaassen, Bewijs van causaal verband tussen beweerdelijk geleden beleggingsschade en schending van een informatie- of waarschuwingsplicht, in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 166-168.

[76] Zo ook C.J.M. Klaassen, Bewijs van causaal verband tussen beweerdelijk geleden beleggingsschade en schending van een informatie- of waarschuwingsplicht, in: D. Busch e.a. (red.), *Aansprakelijkheid in de financiële sector*, Deventer: Kluwer 2013, p. 166.

[77] Die 'volgorde' leidt er bovendien toe dat het debat meer op de feitengaring en het wegnemen van feitelijke onzekerheden (het bewijsproces) blijft gericht.

[78] Hof Arnhem-Leeuwarden 4 juni 2013, *LJN* CA2120.

[79] A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid* (diss. Tilburg), Deventer: Tjeenk Willink 1997.

[80] HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998/257 *(Baijings/mr. H.)*.

[81] Hoewel ook deze regel nog bestaansrecht heeft. Zie recentelijk nog de toepassing ervan in HR 19 december 2008, *NJ* 2009/28 (*Smeets/Heerlen)*, en HR 23 november 2012, *NJ* 2012,/669 *(Gynaecoloog)*.

[82] HR 31 maart 2006, *NJ* 2011/250 (*Nefalit/Karamus*).

Dit document is gegenereerd op 16-05-2014. Alle (auteurs-)rechten op dit document berusten bij Kluwer B.V. of haar licentiegevers en worden uitdrukkelijk voorbehouden. Kijk voor meer informatie over de diensten van Kluwer op www.kluwer.nl

Schadekansen bij medische fouten

Proportionele aansprakelijkheid in de praktijk*

*Dr. B.C.J. van Velthoven***

1. Inleiding

Rondom een bevalling blijkt mevrouw D. te kampen te hebben met een verhoogde bloeddruk, die de kans op allerlei complicaties vergroot. Helaas schiet de begeleiding door de gynaecoloog tekort. De bewaking van de bloeddruk is duidelijk minder intensief dan volgens de professionele standaard zou moeten. Daardoor kunnen er periodes van bloeddrukverhoging optreden die ten onrechte niet worden behandeld. Enige uren later krijgt de patiënte een hersenbloeding. In de daaropvolgende rechtszaak schatten de medisch deskundigen via een gedetailleerd rekenmodel dat de kans op een hersenbloeding bij intensieve bewaking 0,00007175 (1 op 13.937) zou zijn geweest, tegenover 0,0000881 (1 op 11.351) bij de feitelijke gang van zaken. Een correct optreden van de gynaecoloog zou de kans op een hersenbloeding dus met zo'n 19% verminderd hebben. Toch vindt het Hof 's-Gravenhage op 28 april 2009 de vermindering van de kans met 0,00001635 "zodanig gering, dat deze zich niet laat vertalen in een rechtens relevante mate van gemis aan kans die zich leent voor vergoeding van schade". De claim van mevrouw D. wordt afgewezen.[1]

Deze recente afwijzing roept belangrijke vragen op over de werking en reikwijdte van proportionele aansprakelijkheid. Enerzijds blijkt uit de geciteerde zinsnede dat rechters bij medische fouten bepaald niet afwijzend staan tegenover het toekennen van een schadevergoeding op basis van het verlies van een kans op een beter resultaat. Ook laat de casus zien dat medisch deskundigen inmiddels in staat en bereid zijn om die kans op een beter resultaat tot in detail te bepalen.
Anderzijds geeft de uitspraak aan dat rechters terugdeinzen voor die grotere exactheid, als blijkt dat de absolute schadekansen erg klein zijn. Hier lijkt de transparantie van het deskundigenbericht het slachtoffer ernstig parten te hebben gespeeld. Hadden de deskundigen volstaan met de mededeling dat naar hun beste weten de kans op een beter resultaat, zeg, 20% hoger was geweest bij een adequate behandeling, dan hadden de rechters waarschijnlijk niet geaarzeld om het slachtoffer een gedeeltelijke schadevergoeding van 20% toe te kennen. De terughoudendheid is ook daarom opmerkelijk, omdat kleine kansen bij 'gewone' aansprakelijkheidszaken eerder regel dan uitzondering zijn en dan toch niet aan toekenning van een schadevergoeding in de weg staan.
Denk bijvoorbeeld aan verkeersongelukken. Nederlandse automobilisten rijden betrekkelijk massaal door rood. Dat is algemeen bekend, zodat voetgangers bij het oversteken op

* Met dank aan Bo Terpstra voor commentaar op een eerdere versie.
** Ben van Velthoven is universitair hoofddocent Rechtseconomie aan de Juridische Faculteit te Leiden.
1 Hof 's-Gravenhage 28 april 2009, *LJN* BI4768.

hun hoede zijn. De absolute kans dat een voetganger op een oversteekplaats wordt geschept door een door rood rijdende auto, is dan ook buitengewoon klein. Stopt een automobilist wel, dan daalt de absolute kans van buitengewoon klein naar nihil, een zeer geringe afname. Toch zullen weinig juristen aarzelen om de betrokken automobilist aan te spreken als er een voetganger is aangereden. Het is duidelijk dat die voetganger heelhuids de overkant zou hebben bereikt als de automobilist voor het stoplicht was gestopt.

Een en ander is voor mij reden om wat uitgebreider stil te staan bij de wijze waarop proportionele aansprakelijkheid in de Nederlandse rechtspraak rondom medische fouten sinds het begin van de jaren negentig vorm heeft gekregen. Doordat proportionele aansprakelijkheid op dat vlak reeds geruime tijd toepassing vindt, is in de gepubliceerde jurisprudentie een behoorlijk aantal interessante zaken te vinden. In paragraaf 3 beschrijf ik welke ontwikkelingslijnen er in de jurisprudentie zijn te onderkennen. Vervolgens maak ik in paragraaf 4 een aantal kanttekeningen. Er zijn namelijk redenen om (nog) niet geheel tevreden te zijn over wat er is bereikt. Voor een goed begrip bespreek ik daaraan voorafgaande in paragraaf 2 het waarom en hoe van proportionele aansprakelijkheid. Ik sluit af met mijn conclusies in paragraaf 5.

2. Proportionele aansprakelijkheid

Proportionele aansprakelijkheid mag zich in Nederland in een groeiende belangstelling verheugen als oplossing voor gevallen van onzekere causaliteit. Het gaat dan om gevallen waarin er blijvende twijfel bestaat over het *condicio sine qua non (csqn)* verband tussen een onrechtmatige daad (de fout) en de opgetreden schade. Enerzijds wordt het niet redelijk gevonden om de benadeelde (het slachtoffer) geheel in de kou te laten staan, omdat er een reële kans is dat de schade door de fout is veroorzaakt. Anderzijds wordt het niet redelijk geacht om degene die de fout gemaakt heeft (de dader) voor het geheel van de schade te laten opdraaien omdat er een reële kans is dat de schade een andere oorzaak heeft. Bij *proportionele aansprakelijkheid* wordt de schade toegerekend aan de dader naar rato van diens bijdrage aan de kans op het ontstaan van de schade.

2.1 Billijke compensatie en preventieve werking

In de juridische literatuur is het principe van proportionele aansprakelijkheid in de afgelopen jaren op tal van plaatsen besproken en welwillend tegemoet getreden.[2] Het is volgens de meeste auteurs[3] uiteindelijk billijker dan een alles-of-niets-oplossing. Weliswaar draagt proportionele aansprakelijkheid in zich dat individuele slachtoffers ten opzichte van de schadevergoeding die recht doet aan de feitelijke veroorzaking van de schade, te veel of te

2 Ik noem slechts M. de Ridder, 'Kansverlies als schadefactor bij medische aansprakelijkheid', *Ars Aequi* 1995, p. 548-554; A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997; I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2008; en Chr.H. van Dijk, 'De proportionele benadering bij medische aansprakelijkheid', in: T. Hartlief & W.R. Kastelein (eindred.), *Medische aansprakelijkheid: actuele en toekomstige ontwikkelingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 95-122.

3 Zie voor een afwijkende visie J.H. Nieuwenhuis, 'Disproportionele aansprakelijkheid', *RMThemis* 2006, p. 177-178.

weinig krijgen. Maar dat bezwaar wordt niet van doorslaggevend belang geacht. Omdat het nu eenmaal om gevallen gaat waarin de feitelijke veroorzaking blijvend onbekend is, heeft het concept van over- of ondercompensatie slechts theoretische waarde. Proportionele aansprakelijkheid levert in ieder geval op macroniveau de juiste compensatie op.

Het laatste argument is ook van belang in een rechtseconomische benadering van de problematiek, waar niet de billijkheid van de compensatie centraal staat, maar de preventieve werking.[4] De achterliggende gedachte is dat de dader *ex ante* gedwongen moet worden een afweging te maken tussen de verwachte schade als gevolg van zijn handelen en de kosten van het betrachten van zorg ter voorkoming van schade. De maatschappelijke welvaart is ermee gediend dat er dan en alleen dan meer zorgvuldigheid wordt betracht, als de besparing op de verwachte schade opweegt tegen de meerkosten van zorg en preventie.
In de praktijk zal de schade veelal niet bij de dader zelf, maar bij anderen neerslaan. Zonder de verplichting om schadevergoeding te betalen zou de dader weinig reden hebben om preventieve maatregelen te nemen. Dat ligt anders wanneer de verwachte schade volledig wordt geïnternaliseerd, dat wil zeggen: als de schadevergoeding die de dader naar verwachting moet betalen, in de pas loopt met de verwachte schade als gevolg van zijn handelen. In dat geval vallen zijn persoonlijke belangen samen met de maatschappelijke belangen. De dader wordt gestimuleerd een beslissing te nemen die optimaal bijdraagt aan de maatschappelijke welvaart, anders gezegd: er is sprake van een efficiënte prikkel.
De preventieve werking van proportionele aansprakelijkheid kan nader worden toegelicht. Neem aan, zie tabel 1, dat de schadekans gelijk is aan P_0, als dader A. zorgvuldig handelt. Die schadekans kan door de werking van natuurlijke krachten of het toeval heel wel groter zijn dan nul. P_1 is de schadekans als A. onvoldoende zorgvuldigheid betracht. Vanzelfsprekend geldt $P_0 < P_1$. Neem verder aan dat de schade, als die optreedt, de omvang S heeft. Neem ten slotte aan dat zorgvuldig handelen door A. kosten van zorg met zich meebrengt, weergegeven door K. Die kosten zijn het gevolg van het feit dat A. bepaalde inspanningen moet leveren of voorzieningen moet treffen, maar het is ook denkbaar dat hij opbrengsten derft.

Tabel 1. Schadekansen ex ante

Dader A.	Zorgvuldig	P_0
	Onzorgvuldig	P_1

Tabel 2. Verwachte kosten van dader A

Dader A.	Zorgvuldig	K
	Onzorgvuldig	$(P_1-P_0)\times S$

De economische prikkel voor dader A. onder proportionele aansprakelijkheid wordt zichtbaar gemaakt in tabel 2. Als A. zorgvuldig handelt, heeft hij kosten van zorg, K. Er kan dan nog altijd (met kans P_0) schade ontstaan, maar daarvoor zal A. in rechte niet aanspra-

4 Zie voor een uitvoeriger uiteenzetting o.a. B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, 'Proportionele aansprakelijkheid vanuit ex ante perspectief', *AV&S* 2008, p. 130-140.

kelijk worden gehouden. Er is immers geen sprake van een fout zijnerzijds. Neem vervolgens het geval dat A. onzorgvuldig handelt. Er ontstaat dan met kans P_1 schade. Als er schade is, kan het slachtoffer B. een claim indienen, waarna A. in rechte zal worden verplicht een proportioneel deel te vergoeden. De proportie wordt gegeven door het *attributieve risico*, dat wil zeggen: dat deel van de schadekans dat zijn oorsprong vindt in het onzorgvuldig handelen van A. Uitgaande van tabel 1 kan het attributieve risico worden berekend als $(P_1-P_0)/P_1$. *Ex ante* is de verwachte waarde van de door de A. te betalen schadevergoeding dan gelijk aan P_1 (de kans op schade) × $(P_1-P_0)/P_1$ (zijn proportionele aandeel) × S (de omvang van de schade). Na vereenvoudiging komt dat uit op $(P_1-P_0)\times S$. Al met al wordt dader A. door proportionele toerekening dus geprikkeld om een afweging te maken tussen de kosten van zorgvuldig gedrag, K, enerzijds en de reductie van de verwachte schade, $(P_1-P_0)\times S$, anderzijds. Dat levert een efficiënte keuze op.[5]

2.2 Proportionele aansprakelijkheid in de rechtspraak

Het principe van proportionele aansprakelijkheid is niet alleen theoretisch interessant bevonden, het blijkt ook praktisch bruikbaar. In de Nederlandse jurisprudentie vindt het beginsel in toenemende mate toepassing.

Bij *medische fouten* is er met enige regelmaat sprake van causaliteitsonzekerheid. In het algemeen zal een fout een negatief effect hebben op de conditie van de patiënt, maar het hoeft niet. Op het moment dat de arts in beeld komt, is de patiënt immers reeds ziek of gewond. Helaas heeft behandeling dan niet altijd effect. De schade van een foutieve diagnose of behandeling bestaat dan ook vaak hieruit dat de patiënt een *kans op een beter resultaat* misloopt. Sinds de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam in de zaak Wever/De Kraker van 15 december 1993[6] heeft de lagere rechtspraak bij medische fouten de weg van de proportionele aansprakelijkheid ingeslagen door dit verlies van een kans op een beter resultaat als uitgangspunt voor de schadetoerekening te nemen.

Ook *beroepsfouten van advocaten*, in de vorm van een verkeerd advies of een verzuim om tijdig een procedure in te stellen, kunnen cliënten de kans op een beter resultaat ontnemen. Voor dit soort zaken heeft de Hoge Raad in een arrest van 24 oktober 1997 de weg gewezen.[7] Mr. H. had verzuimd hoger beroep in te stellen tegen een vonnis waarbij zijn cliënt in het ongelijk was gesteld. Volgens de Hoge Raad moet voor het antwoord op de vraag of en in welke mate de cliënt schade heeft geleden "in beginsel worden beoordeeld hoe de appèlrechter had behoren te beslissen, althans moet het te dier zake toewijsbare bedrag worden

5 Ter illustratie geef ik een cijfervoorbeeld. Stel: P_0 = 30%, P_1 = 50%, S = 100. Het attributieve risico is dan $(P_1-P_0)/P_1 = (50-30)/50 = 0{,}4$, ofwel 40%. Als er bij onzorgvuldig handelen van dader A. schade optreedt, is er een kans van 40% dat de oorzaak bij A. ligt; de overige 60% komt voor rekening van oorzaken (natuurlijke krachten, het toeval) die ook bij zorgvuldig handelen van A. tot schade hadden kunnen leiden. Onder proportionele aansprakelijkheid moet A. bij onzorgvuldig handelen 40% van de schade vergoeden. De verwachte waarde van de door hem te betalen schadevergoeding bedraagt dan 50% (de kans op schade) × 40% (zijn proportionele aandeel) × 100 (de omvang van de schade) = 20.
Die verwachte schadevergoeding is gelijk aan de verwachte schade die A. door zorgvuldig gedrag bij het slachtoffer kan uitsparen. A. krijgt de efficiënte prikkel om de kosten van zorg af te wegen tegen de besparing op de verwachte schade. Zijn de kosten van zorg slechts 10, dan kiest A. voor zorgvuldig gedrag. Zouden de kosten van zorg 30 zijn, dan zou hij ervoor kiezen om juist geen zorgmaatregelen te nemen.

6 Rb. Amsterdam 15 december 1993 en Hof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213.

7 HR 24 oktober 1997, *NJ* 1998, 257 (m.nt. P.A. Stein).

geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de appellant in hoger beroep, zo dit ware ingesteld, zou hebben gehad".[8]
In de derde plaats heeft de Hoge Raad in het arrest Nefalit/Karamus van 31 maart 2006 proportionele aansprakelijkheid aanvaard voor *beroepsziekten*.[9] In de genoemde zaak lag de causaliteitsonzekerheid hierin dat de schade zowel veroorzaakt kon zijn door onzorgvuldig handelen van de werkgever (asbestblootstelling), als door een omstandigheid voor rekening van de werknemer zelf (roken, natuurlijke aanleg), dan wel een combinatie van beide. Gezien de onzekerheid over de feitelijke oorzaak achtte de Hoge Raad het niet redelijk en billijk om de schade geheel op de ene dan wel de andere partij af te wentelen. De vergoedingsplicht van de werkgever kan in zo'n geval worden verminderd in evenredigheid met de mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen.[10]
In eerste instantie is dus in de jurisprudentie de basis voor een proportionele schadetoerekening gevonden in een oprekking van het schadebegrip bij beroepsfouten van artsen en advocaten, zodanig dat ook het verlies van een kans daaronder begrepen kon worden. Plezierige bijkomstigheid was dat het csqn-vereiste voor het causale verband tussen fout en schade overeind kon blijven. In het arrest Nefalit/Karamus daarentegen wordt het csqn-vereiste zelf opgerekt. Het samenstel van omstandigheden is in totaal weliswaar csqn voor de schade. Maar van elke omstandigheid afzonderlijk is onzeker of deze csqn is geweest; de mate waarin elke omstandigheid csqn is geweest kan slechts als een kans worden ingeschat. Die kansinschattingen vormen vervolgens de basis voor de schadetoerekening.
Het ligt voor de hand om aan te nemen dat toepassing van de laatste benadering niet beperkt zal blijven tot beroepsziekten.[11] De toekomst zal leren waar de grenzen liggen van proportionele aansprakelijkheid.

3. Proportionele toerekening bij medische fouten

Sinds Wever/De Kraker is het principe van proportionele aansprakelijkheid met enige regelmaat toegepast in de lagere rechtspraak. In de gepubliceerde jurisprudentie heb ik

8 Deze lijn is herbevestigd in twee arresten van 19 januari en 16 februari 2007, *NJ* 2007, 63 en 256. Meer concrete uitspraken zijn die van het Hof Amsterdam van 10 mei 2001 en 18 januari 2007, *NJ* 2001, 639 en *RAV* 2007, 4, en van de Rb. Utrecht van 20 februari 2008, *LJN* BC4589, *NJF* 2008, 187, waarin de verloren kans op een gunstige afloop wordt geschat op respectievelijk 50, 0 en 50%.

9 HR 31 maart 2006, *LJN* AU6092, *RvdW* 2006, 328. Zie ook Van Velthoven & Van Wijck 2008 (zie noot 4).

10 Deze redenering is ook toegepast door het Hof 's-Hertogenbosch in een zaak waarin een rokende werknemer na blootstelling aan slijpnevelolie last kreeg van longemfyseem (uitspraak 31 juli 2007, *LJN* BB1552), en door het Hof 's-Gravenhage in een zaak waarin de posttraumatische dystrofie van een werknemer zijn oorzaak vond in een bedrijfsongeval in combinatie met een skeelerongeval buiten werktijd (uitspraak 26 oktober 2007, *LJN* BB7749). Overigens is mij in de laatste zaak niet duidelijk geworden waarom slechts 20% van de schade is toegerekend aan de werkgever, nadat eerst de kans dat de dystrofie na het skeelerongeval mede het gevolg was van het bedrijfsongeval was becijferd op 50%.

11 Zie Giesen & Tjong Tjin Tai 2008 (zie noot 2), p. 80 e.v. over de mogelijke reikwijdte van het principe. Interessant is dat de voorzieningenrechter van de Rb. Arnhem zich op 23 mei 2006 in een zaak rondom een medische fout (*JA* 2006, 98) expliciet op het arrest Nefalit/Karamus beroept om tot een proportionele afwikkeling van de schade te kunnen komen, waar hij ook had kunnen volstaan met een verwijzing naar het verlies van een kans op een beter resultaat.

vanaf 1993 ruim twintig uitspraken ter zake kunnen terugvinden.[12] Daarin zijn enkele interessante ontwikkelingen te onderkennen. Om een en ander in perspectief te zetten, geef ik echter eerst een korte samenvatting van Wever/De Kraker.

3.1 Wever/De Kraker

Mevrouw Wever wordt met haar drie weken oude baby doorverwezen naar het Emma Kinderziekenhuis. Spontane bloedinkjes wijzen op een tekort aan vitamine K, terwijl er ook signalen zijn van pupilongelijkheid. Kinderarts De Kraker neemt bloed af voor nader onderzoek, dient preventief vitamine K toe, en volstaat met een controleafspraak voor de volgende ochtend. 's Avonds bezoekt mevrouw Wever nogmaals met haar baby het ziekenhuis. De dienstdoende arts-assistent concludeert, na overleg met de kinderarts op de achterwacht, dat het klinisch beeld niet is verslechterd en bevestigt de afspraak voor de volgende ochtend. De volgende dag wordt een grote hersenbloeding geconstateerd.

In een procedure voor de Rechtbank Amsterdam vordert Wever vergoeding van de materiele en immateriële schade. De geraadpleegde deskundigen zijn van mening dat reeds 's middags, toen de uitslag van het bloedonderzoek beschikbaar kwam, de diagnose gesteld had kunnen worden dat er mogelijk sprake was van een hersenbloeding. In ieder geval was naar hun oordeel bij het tweede bezoek 's avonds de waarschijnlijkheid van een hersenbloeding zoveel groter geworden, dat opname voor controle en onderzoek plaats had moeten vinden.

Vervolgens komt de vraag aan de orde in hoeverre, de fout weggedacht, een behandelingsresultaat zonder of met significant minder restverschijnselen zou zijn bereikt. De rechtbank leidt uit het deskundigenbericht af dat de fout de kans op een beter resultaat bij adequaat medisch handelen verloren heeft doen gaan. De verloren kans kan echter niet in een getal worden uitgedrukt. Duidelijk is alleen dan dat deze niet groot is geweest. De deskundigen achten het namelijk zeer aannemelijk dat de hersenbloeding reeds is begonnen voor de eerste verwijzing naar het ziekenhuis. Voorts achten zij de kans buitengewoon groot dat ook bij een vroegere diagnosestelling restverschijnselen zouden zijn overgebleven. Maar de deskundigen gaan niet zover dat ze de kans op een beter resultaat nihil of verwaarloosbaar klein noemen.

12 Het betreft Rb. Middelburg 11 maart 1998, *NJ* 1999, 41; Geschillencommissie Ziekenhuizen 24 maart 1998, *VR* 1999, 44; Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, *NJ* 1999, 406, *VR* 1999, 43; Hof Arnhem 14 december 1999, *NJ* 2000, 742, *VR* 2001, 19 (m.nt. A.J. Akkermans); Rb. Zwolle 31 mei 2000, *NJkort* 2000, 89; Rb. Leeuwarden 12 juli 2000, *TvGR* 2001/13; Rb. 's-Gravenhage 12 juli 2000, *TvGR* 2001/14, *VR* 2001, 20; Rb. Roermond 12 oktober 2000, *LJN* AA7520; Vzr. Rb. Alkmaar 3 oktober 2002, *TvGR* 2003/23; Hof 's-Gravenhage 10 oktober 2002, *NJ* 2003, 99, *TvGR* 2003/41, *VR* 2003, 155; Rb. Amsterdam 28 mei 2003, *NJ* 2004, 45, *VR* 2004, 11; Rb. Middelburg 28 april 2004, *LJN* AP0788; Rb. Amsterdam 22 december 2004, *VR* 2005, 104; Rb. Maastricht 13 juli 2005, *LJN* AV0628, *JA* 2006, 44 (m.nt. M. Zaadhof); Hof Arnhem 17 januari 2006, *LJN* AU9962, *JA* 2006, 37 (m.nt. R.W.M. Giard); Rb. Haarlem 1 maart 2006, *LJN* AV5277; Vzr. Rb. Arnhem 23 mei 2006, *LJN* AY0536, *JA* 2006, 98; Rb. Groningen 14 februari 2007, *LJN* BA7177, *NJF* 2007, 355; Hof Amsterdam 24 januari 2008, *LJN* BC9815, *JA* 2008, 69, *NJF* 2008, 223; Rb. 's-Gravenhage 31 december 2008, *LJN* BG9127; Hof 's-Gravenhage 28 april 2009, *LJN* BI4768. Omdat ik geen inzicht heb in de niet-gepubliceerde jurisprudentie, weet ik niet hoeveel relevante zaken buiten beeld zijn gebleven. Ook is onbekend in hoeverre de wel gepubliceerde zaken representatief zijn voor het geheel.

Al met al besluit de rechtbank de schade, bestaande in de verloren gegane kans op een beter behandelingsresultaat, op 25% te begroten. In hoger beroep wordt deze uitspraak door het hof bekrachtigd.

3.2 Onderbouwing van de kansinschattingen

De eerste ontwikkeling die ik hier wil signaleren, is dat de inschatting van de verloren kans op een beter resultaat in de loop van de tijd geleidelijk aan meer inhoud krijgt, wat zich vertaalt in beter onderbouwde cijfers. Bij Wever/De Kraker stond de rechter nog voor de weinig benijdenswaardige taak om verbale omschrijvingen als 'niet groot', maar tegelijk 'niet nihil of verwaarloosbaar klein' te vertalen in een concreet percentage. Het zelfde probleem deed zich voor bij diverse andere zaken.

Vaak echter is meer precieze – statistische – informatie beschikbaar over de effecten van medische handelen. Vanwege de risico's voor de patiënt én vanwege de vaak hoge kosten van behandeling wordt wereldwijd wetenschappelijk onderzoek gedaan, voordat nieuwe methoden worden ingevoerd. Op grond van die kennis, aangevuld met eigen ervaringen, blijken deskundigen in juridische procedures in toenemende mate bereid en in staat om een meer concrete inschatting te geven van de herstelkans. Neem de zaak waar het ziekenhuis nalaat om het advies van de radioloog door te geven, zodat de enkelbreuk pas een jaar later wordt geconstateerd. De deskundige schat de kans op algeheel herstel van het voetgewricht bij directe behandeling op circa 85%.[13] Of neem de zaak waar de waarnemend huisarts de wond van een hondenbeet niet correct verzorgt, waarna er een ernstige wondinfectie ontstaat. De deskundige bericht dat de kans op posttraumatische dystrofie, bij een bijtwond 1 à 2%, ten minste is verdubbeld door de infectie.[14]

De meest uitgewerkte kansschattingen tot nu toe zijn te vinden bij de in de inleiding genoemde zaak.[15] Rondom de bevalling van mevrouw D. had de gynaecoloog de toestand van zijn patiënte niet stelselmatig gevolgd en symptomen van hypertensie gemist. De vrouw kreeg vervolgens een hersenbloeding. Bijzonder in deze zaak is dat de deskundigen van het gebeuren een rekenmodel hebben gemaakt, als vereenvoudigde representatie van de gang van zaken na de bevalling. Sleutelelementen vormden de bloeddruk in de loop van de avond en de consequenties die de bloeddruk kan hebben gehad voor het risico op een hersenbloeding. Het model is gevuld met gegevens uit de wetenschappelijke literatuur over de algemene kans op een hersenbloeding, de invloed van risicofactoren en de effecten van behandeling. Enerzijds is met het rekenmodel de feitelijke gang van zaken doorgerekend, anderzijds een alternatief scenario waarin intensiever zou zijn bewaakt en zou zijn gehandeld volgens het vigerende ziekenhuisprotocol. Voor de analyse is gebruik gemaakt van de zogenoemde Monte Carlo-simulatie. Beide scenario's zijn doorgerekend voor grote aantallen hypothetische gevallen (100.000 per set). Bij ieder individueel geval is de waarde van de sleutelelementen (het verloop van de bloeddruk in de perioden tussen de feitelijke metingen, de mogelijke effecten) getrokken uit kansverdelingen, die zo goed mogelijk recht deden aan wat wel en niet bekend was per variabele. De totale serie van 100.000 gesimuleerde gevallen geeft een goed beeld van de kans op een hersenbloeding in elk van beide scenario's. Die blijkt bij de feitelijke gang van zaken gemiddeld 0,0000881 ofwel 1 op

13 Geschillencommissie Ziekenhuizen 24 maart 1998, *VR* 1999, 44.
14 Rb. Maastricht 13 juli 2005, *LJN* AV0628, *JA* 2006, 44.
15 Hof 's-Gravenhage 28 april 2009, *LJN* BI4768.

11.351 te bedragen, tegen 0,00007175 ofwel 1 op 13.937 in het alternatieve scenario. Het attributieve risico, dat wil zeggen: de kans dat de hersenbloeding door een intensievere bewaking en behandeling volgens het vigerende protocol zou zijn voorkomen, komt daarmee uit op 19%.[16]

3.3 Gedifferentieerde benadering per schadepost

Een tweede ontwikkeling die gememoreerd dient te worden, is de introductie van een gedifferentieerde benadering per schadepost. In een uitspraak van 12 juli 2000 stelt de Rechtbank 's-Gravenhage vast dat er voor schadetoerekening op basis van een verloren kans alleen plaats is "wanneer er onzekerheid bestaat over het causaal verband, hetgeen voor iedere schadepost afzonderlijk moet worden onderzocht".[17] In bedoelde zaak had een specialist de patiënte niet de definitieve uitslag van een mammapunctie meegedeeld. Zij was ook niet op de hoogte gesteld van het bijbehorende advies om na een half jaar terug te komen voor controle. Daardoor werd de borstkanker eerst later vastgesteld, op een moment dat deze reeds uitgezaaid was. Patiënte onderging alsnog een borstamputatie, maar overleed toch enige tijd later aan de gevolgen van haar ziekte.

De rechtbank oordeelt dat er ten minste drie categorieën schadeposten onderscheiden kunnen worden. De eerste categorie zijn de kosten die in het geheel niet voor vergoeding in aanmerking komen, omdat er geen causaal verband is met de gemaakte fout. Daaronder vallen hier de kosten voortvloeiend uit de borstamputatie (prothesen en aangepaste kleding). Volgens de deskundigen zou een borstamputatie ook aangewezen zijn geweest, als de diagnose eerder was gesteld. De tweede categorie zijn de kosten die volledig voor vergoeding in aanmerking komen. Daaronder vallen hier in beginsel de kosten van rechtsbijstand gericht op het verkrijgen van een schadevergoeding, omdat deze zonder de fout niet gemaakt zouden zijn. De derde categorie ten slotte zijn de kosten die vanwege het onzekere causale verband met de fout voor een nader te bepalen percentage voor vergoeding in aanmerking komen. Daaronder vallen bijvoorbeeld het verlies aan arbeidsvermogen, de behoefte aan huishoudelijke hulp tot aan het overlijden en de kosten van vervoer in verband met de nabestralingen. Bij eerdere behandeling was er een kans geweest (door de rechtbank op 33% geschat) dat het kankergezwel zich nog niet had uitgezaaid, in welk geval er een goede kans op volledige genezing zou zijn geweest. Het missen van die kans is voldoende voor het oordeel dat enige schade geleden is als gevolg van de fout; de omvang kan worden bepaald in de schadestaatprocedure.

Dat ook binnen de laatste categorie nog nader gedifferentieerd kan worden, leert een andere zaak, waarin een patiënt overleden is na een meningitis.[18] Bij tijdige verwijzing zou de overlevingskans 70% zijn geweest, zij het met een flinke kans op neurologische restverschijnselen. Vanwege de gemiste overlevingskans wijst de voorzieningenrechter 70% van de begrafeniskosten voor vergoeding toe. Daarentegen komt van de schade als gevolg van inkomstenderving slechts 60% voor vergoeding in aanmerking. Dat percentage resul-

16 In de uitspraak wordt het attributieve risico uiteindelijk gesteld op 20,3%. Dat cijfer resulteert na enkele kleine aanpassingen in het rekenmodel op basis van de wisseling van argumenten tijdens de juridische procedure. Helaas wordt in de stukken niet vermeld hoe groot de absolute schadekansen zijn na de aanpassingen. De verschillen zijn hoe dan ook gering.

17 Rb. 's-Gravenhage 12 juli 2000, *TvGR* 2001/14, *VR* 2001, 20.

18 Rb. Alkmaar 3 oktober 2002, *TvGR* 2003/23.

teert doordat de rechter de gemiste overlevingskans met 10% corrigeert op grond van de mogelijke restverschijnselen.

3.4 Onvolledige informatie

Een derde ontwikkeling heeft betrekking op het verdisconteren van onvolledige informatie vanwege het optreden van de arts. Soms wordt de beantwoording van de vraag of er al dan niet sprake is geweest van een beroepsfout bemoeilijkt, doordat de arts onvolledig verslag heeft gelegd van zijn bevindingen en handelingen. Verder wordt in diverse zaken de vaststelling van de kans op een beter resultaat belast doordat de arts niet tijdig voldoende onderzoek heeft laten doen, zodat er onduidelijkheid bestaat over de precieze conditie van de patiënt op cruciale momenten tijdens de behandeling. Uit de beschikbare uitspraken blijkt dat in de rechtspraak in beginsel voor de lijn is gekozen dat deze onvolkomenheden voor rekening van de arts worden gebracht. Zo wordt aangenomen dat de arts een fout heeft gemaakt, als er aanwijzingen zijn in die richting en de eigen verslaglegging van de arts niet adequaat is om het tegendeel te bewijzen.[19] Voorts wordt in het algemeen geoordeeld dat onduidelijkheid over de diagnose of over het beschadigende moment of voorval voor rekening van de arts dient te komen.[20]

Of deze hoofdregel in de praktijk uniform en adequaat wordt toegepast, is een andere kwestie, waar ik in paragraaf 4 op terugkom.

3.5 Ontbreken van informed consent

Een geheel andere vorm van onvolledige informatie speelt aan de kant van de patiënt. Bij het ontbreken van informed consent kan de patiënt te maken krijgen met de gevolgen van een complicatie, die hij mogelijk niet zou hebben gehad als hij adequaat zou zijn geïnformeerd en zou hebben gekozen voor een andere vorm van behandeling dan wel van behandeling zou hebben afgezien. In beginsel kan dat, net als bij een onjuiste diagnose of behandeling, aanleiding geven tot proportionele aansprakelijkheid vanwege het verlies van een kans op een beter resultaat. Toepassing van proportionele aansprakelijkheid kan ook nog op een andere manier aan de orde komen, namelijk door aan te nemen dat de patiënt door de schending van de informatieplicht een kans op het nemen van een andere beslissing is ontnomen. De grootte van die kans zou dan door de rechter kunnen worden geschat en verdisconteerd in de omvang van de schadevergoeding.[21]

De jurisprudentie biedt een mooi voorbeeld in een uitspraak van de Rechtbank Roermond van 12 oktober 2000.[22] De zaak betrof een patiënt die regelmatig last had van epileptische insulten. Vermoed werd dat er sprake was van een vasculair probleem. De behandelend neuroloog zag echter geen aanleiding voor operatief ingrijpen en volgde een afwachtend

19 Vgl. Rb. Groningen 14 februari 2007, *LJN* BA7177, *NJF* 2007, 355 en Rb. 's-Gravenhage 31 december 2008, *LJN* BG9127.

20 Zie bijv. Hof Arnhem 14 december 1999, *NJ* 2000, 742, *VR* 2001, 19 en Vzr. Rb. Alkmaar 3 oktober 2002, *TvGR* 2003/23.

21 L.G.J. Hendrix & A.J. Akkermans, 'Causaliteitsonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van Chester v. Afshar', *TvGR* 2007, p. 510. Ik teken wel aan dat het daarbij niet om een kans in objectieve zin gaat, maar om een keuzemogelijkheid van het subject zelf. Anders dan bij de kans op een beter resultaat, is het niet aannemelijk dat de 'kans' op het nemen van de ene dan wel de andere beslissing op een enigszins transparante en controleerbare wijze in een getal uitgedrukt kan worden.

22 Rb. Roermond 12 oktober 2000, *LJN* AA7520.

beleid. Vervolgens kreeg de patiënt een hersenbloeding. In geschil is later de vraag of de neuroloog de patiënt zodanig heeft geïnformeerd over de risico's en de mogelijke alternatieven, dat er gesproken kan worden van een informed consent om niet operatief in te grijpen. Op grond van het deskundigenbericht komt de rechtbank tot het oordeel dat de neuroloog een beroepsfout heeft gemaakt, omdat (i) hijzelf niet voldoende ervaren was om de risico's te kunnen inschatten en daarvoor een beroep had moeten doen op een neurochirurg en (ii) hij zich er niet voldoende van had vergewist dat de patiënt de volle omvang van de beslissing overzag. Vervolgens acht de rechtbank het aannemelijk dat de patiënt, zo hij volledig en correct zou zijn geïnformeerd over de risico's, gekozen zou hebben voor operatief ingrijpen. Pas dan komt de vraag naar de omvang van de schade aan bod. Volgens informatie van de deskundige zou de kans op herstel bij tijdig adequaat handelen 85% zijn geweest. Op basis van die gemiste kans, maar met een correctie voor de geringe kans dat de patiënt de behandeling achterwege zou hebben gelaten, stelt de rechtbank de neuroloog voor 75% aansprakelijk.[23]

De zojuist besproken zaak is overigens niet alleen interessant als illustratie van de toepassing van proportionele toerekening. Vermeldenswaard is ook dat de uitspraak geen stand heeft gehouden in hoger beroep en cassatie.[24] Uit een nieuw deskundigenbericht bleek dat als er eerder een neurochirurg zou zijn geconsulteerd, deze waarschijnlijk geen operatie zou hebben geadviseerd. Bovendien waren er destijds, bij het ontbreken van zo'n advies, in de literatuur voldoende argumenten te vinden om een afwachtende houding te rechtvaardigen. Een en ander leidde tot de conclusie dat ook een volledig geïnformeerde patiënt destijds zou hebben gekozen voor een afwachtende houding. Derhalve was er geen causaal verband meer tussen de fout en de schade.

Dat blijkt symptomatisch voor informed consent-zaken. Het lukt de patiënt maar zelden om aan te tonen dat (i) de schade door de behandeling is ontstaan en (ii) hij van de behandeling zou hebben afgezien als hij beter was geïnformeerd. Daardoor komt de vervolgvraag naar de omvang van de schade niet of nauwelijks aan de orde.[25]

4. Kanttekeningen

De voorgaande schets van de hoofdlijnen in de ontwikkeling heeft laten zien dat het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid zich in de praktijk al behoorlijk begint uit te kristalliseren. In het verlengde van paragraaf 2 mag worden aangenomen dat de billijkheid van de compensatie bij medische fouten is vergroot en de efficiënte werking van de pre-

23 Ook in een uitspraak van de Geschillencommissie Ziekenhuizen van 25 november 1997 (*TvGR* 1999/55) is er sprake van een vorm van proportionele toerekening bij het ontbreken van informed consent. De gynaecoloog die zijn patiënte onvolledig heeft ingelicht over de risico's van sterilisatie door diathermie moet 2/3 van de schade vergoeden. Onduidelijk blijft echter wat de grondslag van die toerekening is. Immers, de patiënte is er achteraf niet geheel zeker van dat ze van de ingreep had afgezien of had gekozen voor een andere wijze van sterilisatie, als zij van alle risico's op de hoogte was geweest. Verder onderkent de commissie dat de patiënte bij een andere keuze met andere risico's rekening had moeten houden. Een nadere uitwerking van een en ander ontbreekt evenwel.

24 Vgl. HR 20 oktober 2006, *LJN* AY9312.

25 Hendrix & Akkermans 2007 (zie noot 21), p. 499.

ventieve prikkels is versterkt.[26] Dat wil niet zeggen dat er geen ruimte is voor enkele kritische kanttekeningen.

4.1 Inconsistentie in uitspraken. Van woorden naar cijfers

In het strafrecht is er van oudsher aandacht voor de (in)consistentie van de straftoemeting. Ongelijke straffen voor gelijke delicten roepen vragen op over rechterlijke willekeur en – erger nog – klassenjustitie. Ook in het civiele recht speelt de vraag naar de consistentie van uitspraken. Zo is het voor de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht, meer nog dan voor de billijkheid van de compensatie, van belang dat gelijke zaken gelijk behandeld worden. Pas als rechterlijke uitspraken voorspelbaar zijn, kan van partijen worden verwacht dat ze hun gedrag erdoor zullen laten beïnvloeden.
Waar empirisch onderzoek naar de consistentie in de straftoemeting al buitengewoon lastig blijkt, zijn de problemen in de civiele rechtspraak door de grote onderlinge verschillen in de specifieke kenmerken van de zaken zeker zo aanzienlijk. Wordt de analyse echter beperkt tot de toepassing van proportionele aansprakelijkheid bij medische fouten, dan blijkt onderlinge vergelijking een stuk eenvoudiger. Bij nadere beschouwing worden er inderdaad verschillende vormen van inconsistentie zichtbaar.

In de eerste plaats is het welhaast onvermijdelijk dat verbale omschrijvingen van de kans op een beter resultaat door verschillende rechters verschillend geïnterpreteerd worden. Op zich zit daar bij diverse uitspraken een behoorlijke lijn in, wanneer een 'kleine kans' wordt gewaardeerd op 20%, een kans die 'niet groot' is op 25%, en een 'goede kans die kleiner is dan de kwade kans' op 33,3%.[27] Maar bij enkele andere uitspraken is niet zo gemakkelijk te herkennen waarop de cijfermatige vertaling is gebaseerd. Zo wordt het deskundigenoordeel dat de fout per saldo weinig heeft uitgemaakt voor de ontwikkeling van artrose, maar dat de functie van de elleboog bij een correct uitgevoerde operatie 'waarschijnlijk' beter was geweest dan nu, in de ene zaak vertaald in niet meer dan 10% schadetoerekening aan het ziekenhuis. Daar tegenover staat een andere zaak waarin het deskundigenoordeel dat "althans ook theoretisch bij eerder ingrijpen de gevolgen mogelijk meer beperkt had-

26 Er is geen empirisch materiaal beschikbaar om deze veronderstelling te staven. Zie B.C.J. van Velthoven, 'Empirics of Tort', in: M. Faure (ed.), *Tort Law and Economics*, Cheltenham/Northampton MA: Edward Elgar 2008, p. 453-498, voor de problemen bij en de resultaten van empirisch onderzoek op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht.

27 Zie resp. Rb. Zwolle 31 mei 2000, *NJkort* 2000, 89; Rb. Amsterdam 15 december 1993, *NJ* 1997, 213; Hof Arnhem 14 december 1999, *NJ* 2000, 742, *VR* 2001, 19. In het laatste geval is overigens de formulering van het hof "dat zij de kans dat bij adequate behandeling metastasering had kunnen worden voorkomen, geringer achten dan de kans dat een min of meer restloos herstel tot de mogelijkheden had behoord" behoorlijk mistig. Vermoedelijk wordt bedoeld dat de goede kans kleiner is dan de kwade kans.

den kunnen zijn geweest", wordt vertaald in een schadevergoeding van 50%.[28] De verschillen zijn aanzienlijk, zonder dat duidelijk is waarom.[29]

4.2 Kleine absolute kansen

In de tweede plaats blijken rechters moeite te hebben met kleine kansen. Soms geven de medisch deskundigen in hun bericht meer dan minimale informatie en wordt duidelijk dat de absolute kansen op complicaties – gelukkig – erg klein zijn. Denk aan de zaak van mevrouw D. uit de inleiding. Of neem de zaak van de hondenbeet, waar de kans op posttraumatische dystrofie normaal 1 à 2% was en toenam tot zo'n 2 à 4% nadat de waarnemend huisarts de wond niet goed had verzorgd. In deze zaken oordeelde de rechter dat de absolute kansen zo klein waren dat schadevergoeding niet aan de orde was.[30] Tegelijkertijd was het attributieve risico, dat wil zeggen: de relatieve bijdrage van de medische fout aan de schadekans, allesbehalve verwaarloosbaar. In het geval van mevrouw D. zou de kans op een hersenbloeding bij een adequate begeleiding toch echt 19% lager zijn geweest, in het geval van de hondenbeet zou de kans op posttraumatische dystrofie bij een juiste wondbehandeling liefst 50% lager zijn uitgevallen.

Dergelijke zaken met een klein absoluut risico en een aanzienlijk attributief risico zijn geen zeldzaamheid. Denk aan de patiënt met oorpijn die bleek te kampen met een pneumokokken meningitis. Of de patiënt met een huidaandoening aan zijn voet, die last bleek te hebben van vaatlijden. Of de moedervlek, die de bron bleek van melanoomkanker.[31] Hoewel geen medicus, durf ik de stelling aan dat de absolute kans op de specifieke kwaal bij de genoemde klachten zeer gering was. De kans op een slechte afloop zou door een correcte diagnose en behandeling hoogstens tot een nog kleiner getal zijn gereduceerd. De absolute kansen spelen in de genoemde zaken echter geen rol, waarschijnlijk omdat de medisch deskundigen er geen aandacht aan besteedden, zodat de discussie zich als vanzelf op de attributieve risico's richtte. Zo komt in de zaak van de meningitis naar voren dat de overlijdenskans 40 tot 70% lager zou zijn geweest bij een tijdige diagnose en behandeling. Omdat er redenen zijn de onzekerheid in het genoemde interval voor rekening van de arts te laten, veroordeelt de rechter de arts in beginsel tot een schadevergoeding van 70%.[32] In de zaak van het vaatlijden schat de deskundige de kans op behoud van het been bij eerder ingrijpen 'tussen klein en groot in', wat voor de rechter voldoende is om te besluiten tot een schadevergoeding van 50%. En in de zaak van de moedervlek spreekt de rechter uit dat hij propor-

28 Zie resp. Rb. Middelburg 11 maart 1998, *NJ* 1999, 41 en Rb. Amsterdam 28 mei 2003, *NJ* 2004, 45, *VR* 2004, 11.

29 Ik ga dan nog voorbij aan de zaken zonder houvast voor de rechter. Neem bijvoorbeeld de zaak waarbij een gebroken spaakbeen niet voldoende recht is aangegroeid (Rb. Middelburg 28 april 2004, *LJN* AP0788). De deskundigen volstaan met de mededeling "dat het niet wiskundig is vast te stellen hoe groot het functieverlies zou zijn geweest, indien de onderarmfractuur was geconsolideerd met een knikstand van 13°; er had dan sprake geweest kunnen zijn van een volledig functieherstel, doch ook van een functieverlies zoals momenteel het geval is". Het is begrijpelijk dat de rechter die het daarmee moet doen, de kans op een beter herstel naar redelijkheid oordelend op 50% zet.

30 Zie resp. Hof 's-Gravenhage 28 april 2009, *LJN* BI4768 en Rb. Maastricht 13 juli 2005, *LJN* AV0628, *JA* 2006, 44.

31 Resp. Vzr. Rb. Alkmaar 3 oktober 2002, *TvGR* 2003/23; Rb. Amsterdam 22 december 2004, *VR* 2005, 104; en Rb. 's-Gravenhage 31 december 2008, *LJN* BG9127.

32 Vanwege de kans op restverschijnselen bijgesteld tot 60%.

tionele toerekening van de schade als uitgangspunt neemt. Er is alleen nog een aanvullend deskundigenbericht nodig om vast te stellen in hoeverre de prognose beter zou zijn geweest als direct behandeling op basis van de diagnose melanoom zou zijn gestart.
Daarmee is in ieder geval geïllustreerd dat de rechtspraak inconsistent omgaat met kleine absolute kansen: soms geen schadevergoeding, soms een zeer aanzienlijk percentage, bij overigens vergelijkbare attributieve risico's.

Dat geeft nog geen antwoord op de vraag, wat nu de juiste aanpak is. Vanuit preventief oogpunt kan daar wel het een en ander over worden gezegd. Zoals in paragraaf 2 is beredeneerd, zijn vanuit het oogpunt van maatschappelijke welvaart de extra kosten van zorgvuldig gedrag alleen acceptabel, ofwel efficiënt, als ze een besparing van de verwachte schade opleveren die de kosten meer dan compenseert. In formulevorm: extra zorgvuldigheid is dan en alleen dan efficiënt, als $(P_1-P_0)\times S > K$. Daarbij staat P_1 voor de absolute schadekans bij onzorgvuldig handelen, P_0 voor de schadekans bij zorgvuldig handelen, S voor de omvang van de schade en K voor de kosten van zorg.
Uit deze formulering blijkt direct dat de absolute grootte van P_1 en P_0 als zodanig weinig zegt. Als kleine kansen namelijk samengaan met een omvangrijke schade, kan de verwachte schade toch aanzienlijk zijn.[33]
Maar ook de verwachte schade zegt niet alles. Immers, als de verwachte schade slechts tegen hele hoge kosten kan worden teruggedrongen, is het beter om de schaarse middelen niet daarvoor te gebruiken, maar om ze elders in te zetten.
Wat de rechtspraak kan doen, is van geval tot geval beoordelen of voldaan is aan $(P_1-P_0)\times S > K$, alvorens onzorgvuldigheid van behandelaars af te straffen met het toerekenen van de schade. Dat vereist echter dat de rechtspraak zich niet alleen buigt over de schadekansen en de omvang van de schade, maar zich ook verdiept in de kosten van de gezondheidszorg. Hoewel misschien niet onmogelijk, lijkt dat toch erg veel gevraagd. Alternatief is dat de rechtspraak aan de gezondheidszorg de juiste prikkels geeft om zelf de afweging te maken. En precies dat is wat proportionele aansprakelijkheid doet.[34]

Zijn kleine kansen op zich dus geen reden om af te zien van aansprakelijkstelling, kleine kansverschillen kunnen dat wel zijn. Bedacht dient te worden dat kansinschattingen in de medische deskundigenberichten omgeven zijn met een niet onaanzienlijke onzekerheids-

33 In die zin ook De Ridder 1995 (zie noot 2), p. 553.

34 Zie verder paragraaf 2. De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat proportionele aansprakelijkheid de afweging van $(P_1-P_0)\times S$ en K weliswaar bij de behandelaar lijkt te leggen, maar dat is ten dele schijn, omdat de rechtspraak nog niet af is van die andere moeilijke vraag, namelijk of de behandelaar al dan niet een fout heeft gemaakt. Vanuit efficiëntieoogpunt moet voor de bepaling van de zorgvuldigheidsnorm toch weer worden teruggegrepen op een afweging van $(P_1-P_0)\times S$ en K, een afweging die ook zij het ietwat omfloerst is neergelegd in de kelderluikcriteria. Een bepaalde manier van handelen is onvoldoende zorgvuldig, als meer zorg zoveel verwachte schade zou uitsparen dat de extra kosten van zorg meer dan volledig worden gecompenseerd.
Ook hier kan de rechtspraak overigens ontkomen aan meer precieze kennis van de kosten van de gezondheidszorg, namelijk door zich te conformeren aan de professionele standaard van wat van een redelijk bekwame en redelijk handelende behandelaar mag worden verwacht. De rationalisatie is in de gezondheidszorg zo ver doorgedrongen, dat het niet onredelijk lijkt om aan te nemen dat een bepaalde behandelingswijze alleen dan in de professionele standaard wordt geïncorporeerd als deze zichzelf heeft bewezen, lees: als de baten de kosten overtreffen. De professionele standaard vormt dan, anders gezegd, een goede benadering van wat onder efficiënte zorg moet worden verstaan.

marge. Dat is inherent aan empirisch onderzoek, wanneer op grond van een beperkt aantal waarnemingen algemenere conclusies worden getrokken die ook van toepassing worden gedacht voor andere, min of meer soortgelijke gevallen. Wanneer voor een bepaalde kans een schatting wordt gegeven, hoort daar in beginsel een betrouwbaarheidsinterval bij.[35] Via de schatting laat de deskundige weten wat zijn 'best guess' is; via het betrouwbaarheidsinterval kan hij aangeven dat de 'best guess' geen zekerheid is, maar dat de echte kans wel nagenoeg zeker tussen een bepaalde onder- en bovenwaarde ligt. Voor de rechter is het dan van belang om te bezien of de betrouwbaarheidsintervallen van P_1 en P_0 elkaar overlappen. Zo ja, dan moet worden geconcludeerd dat er (vooralsnog) geen overtuigend bewijs is dat de kansen echt van elkaar verschillen. Anders gezegd: er is dan geen overtuigend bewijs van een causaal verband tussen de fout en de schade.

4.3 Ontbreken informatie door toedoen arts

In de derde plaats is er sprake van een inconsistentie in de rechtspraak bij het verdisconteren van onvolledige informatie vanwege het handelen of nalaten van de arts. Soms is er als gevolg van onvolledig onderzoek naar de conditie van de patiënt of als gevolg van onvolledige verslaglegging onduidelijkheid over de diagnose of over het beschadigende moment of voorval. Die onduidelijkheid moet volgens de hoofdlijn in de jurisprudentie voor rekening van de arts blijven. Het wordt onredelijk geacht om de patiënt te laten opdraaien voor de gevolgen van de onzekerheid waaraan hij zelf part noch deel heeft, en waaraan de arts wel iets had kunnen – en moeten – doen.

In een aantal uitspraken wordt die hoofdregel fraai toegepast. Zo is er de zaak waar een specialist ten onrechte geen onderzoek doet naar de diagnose kraakbeenkanker.[36] Enige tijd later overlijdt de patiënt alsnog aan die ziekte. Doordat de arts bij gelegenheid van het eerdere consult geen onderzoek heeft verricht, is onduidelijk of de patiënt de ziekte toen reeds onder de leden had. Daardoor is tevens onduidelijk of zonder de fout adequate behandeling gestart zou zijn, mogelijk uitmondend in een min of meer restloos herstel. Die onduidelijkheid over de conditie van de patiënt ten tijde van het eerdere consult dient volgens het Arnhemse Hof voor rekening van de arts te komen. Het hof neemt daarom als uitgangspunt dat op dat moment de voor de patiënt meest gunstige optie actueel was. In concreto neemt het hof aan dat de kraakbeenkanker inderdaad te diagnosticeren was, zodat direct met de behandeling gestart had kunnen worden.[37]

Dezelfde benadering is ook in een aantal andere uitspraken te vinden. Steeds wordt de onduidelijkheid als gevolg van het ontbreken van nadere gegevens van de patiënt afgewenteld op de arts, doordat de rechter de voor de herstelkans van de patiënt meest gunstige optie als uitgangspunt neemt.[38]

Die benadering wordt echter niet in alle zaken consistent toegepast. Neem bijvoorbeeld een uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden van 12 juli 2000.[39] Tijdens een bevalling volgt

35 Dit is niet de plaats om op de statistische achtergronden in te gaan.

36 Hof Arnhem 14 december 1999, *NJ* 2000, 742, *VR* 2001, 19.

37 Het hof onderkent vervolgens dat zelfs bij een directe start van de behandeling de kans op succes bepaald geen 100% zou zijn geweest. De verloren kans op genezing wordt uiteindelijk op 33,3% geschat.

38 Vgl. Vzr. Rb. Alkmaar 3 oktober 2002, *TvGR* 2003/23; Rb. Amsterdam 22 december 2004, *VR* 2005, 104; en Rb. 's-Gravenhage 31 december 2008, *LJN* BG9127.

39 Rb. Leeuwarden 12 juli 2000, *TvGR* 2001/13.

de gynaecoloog een afwachtend beleid. Hij bewaakt het proces onvoldoende, overziet daardoor aanwijzingen dat er sprake zou kunnen zijn van een zuurstoftekort bij het kind en laat geen aanvullend bloedonderzoek doen. Het kind blijkt later hersenschade te hebben. De deskundigen geven aan dat het letsel verschillende oorzaken kan hebben. Er is een reële kans dat de schade is veroorzaakt doordat de gynaecoloog niet heeft gehandeld conform de professionele standaard. Maar de schade kan ook vóór of na de bevalling zijn ontstaan. Wat de precieze oorzaak is geweest, is niet meer aan te geven, omdat er onduidelijkheid is over de conditie van het kind tijdens de bevalling. Anders dan in het hiervoor besproken geval vertaalt de rechtbank die onduidelijkheid, die toch het directe gevolg is van het tekortschieten van de arts, niet in het volgen van de voor de patiënt meest gunstige optie. De rechtbank stelt weliswaar dat het verzuim van de gynaecoloog niet ten nadele van de patiënt mag komen. Maar het is onredelijk om de schade geheel voor rekening van de gynaecoloog te laten komen, nu eveneens de kans bestaat dat de schade voor of na de bevalling is ontstaan. Afgaand op de subjectieve schatting van de deskundigen dat de hersenschade met een kans van 33 tot 50% is veroorzaakt door het handelen van de gynaecoloog, houdt de rechtbank de gynaecoloog in redelijkheid en billijkheid aansprakelijk voor 40% van de schade.
In een aantal andere uitspraken vinden we een vergelijkbare lijn terug. Enerzijds wordt uitgesproken dat onduidelijkheid als gevolg van onvolledige verslaglegging door de arts of van onvolledig onderzoek naar de conditie van de patiënt, niet voor rekening van de patiënt mag komen. Maar dit gaat niet zover dat de onduidelijkheid dan volledig voor rekening van de arts wordt gebracht. Wikkend en wegend proberen de rechters de kansen te schatten dat de schade wel of niet het gevolg is van de medische fout.[40]

De constatering dat er in de jurisprudentie op verschillende wijzen wordt omgegaan met de toerekening van ontbrekende informatie als gevolg van onvolledige verslaglegging of onvolledig onderzoek door de arts, vertelt ons nog niet welke aanpak de efficiënte is. Om daarachter te komen moet het eenvoudige denkmodel van tabel 1 iets verder worden aangekleed. Zie tabel 3.

Tabel 3. Medische fout, schadekansen

		Relevante conditie aanwezig?	
		Wel (kans P)	**Niet (kans 1−P)**
Arts	Zorgvuldig	P_0	P_2
	Onzorgvuldig	P_1	P_2

Stel dat er voorafgaande aan nader onderzoek door de arts twee mogelijkheden zijn: de patiënt heeft wel een bepaalde voor diagnose en behandeling relevante conditie (althans symptomen die daarop wijzen), of hij heeft de conditie niet.[41] *Ex ante* is niet bekend of de

40 Vgl. Rb. 's-Gravenhage 12 juli 2000, *TvGR* 2001/14, *VR* 2001, 20; Rb. Haarlem 1 maart 2006, *LJN* AV5277; Rb. Groningen 14 februari 2007, *LJN* BA7177, *NJF* 2007, 355.

41 In de eerdergenoemde uitspraken ging het bijvoorbeeld om de vraag of de symptomen van kraakbeenkanker wel/niet reeds zodanig zichtbaar waren dat de diagnose gesteld had kunnen worden, respectievelijk om de vraag of de baby wel/niet te kampen had met zuurstoftekort.

relevante conditie aanwezig is. Laten we aannemen dat de kans op de aanwezigheid van de conditie gelijk is aan P. Als de relevante conditie inderdaad aanwezig is, ontdekt een zorgvuldig handelende arts door nader onderzoek wat er aan de hand is, zodat hij passende maatregelen kan nemen. De schadekans bij zorgvuldig handelen van de arts is dus kleiner dan die bij onzorgvuldig handelen, ofwel $P_0 < P_1$. Als de patiënt niet in de relevante conditie verkeert, heeft zorgvuldig handelen van de arts geen meerwaarde. Nader onderzoek levert immers geen bruikbare aanwijzingen voor de diagnose en de behandeling. De schadekans verandert niet en blijft, zeg, P_2.

Zorgvuldig handelen van de arts is efficiënt als de baten de kosten overtreffen. De kosten van zorg worden (wederom) aangeduid met K. Zorgvuldigheid geeft baten doordat de verwachte schade daalt als gevolg van een lagere kans op schade. Uitgaande van tabel 3 kan de gemiddelde schadekans bij onzorgvuldig handelen worden berekend als $P \times P_1 + (1-P) \times P_2$, en die bij zorgvuldig handelen als $P \times P_0 + (1-P) \times P_2$. Door zorgvuldig handelen wordt de gemiddelde schadekans dus gereduceerd met $P \times (P_1 - P_0)$. Zorgvuldigheid is dan efficiënt zolang $K < P \times (P_1 - P_0) \times S$.

Vervolgens is er de vraag hoe de economische prikkel voor de arts zodanig kan worden ingericht, dat deze inderdaad ex ante voor de efficiënte aanpak kiest, dat wil zeggen: voor zorgvuldig gedrag als $K < P \times (P_1 - P_0) \times S$ en voor het afzien van zorgvuldig gedrag als $K > P \times (P_1 - P_0) \times S$. Analyse wijst uit dat de onzorgvuldig handelende arts in gevallen van schade moet worden aangesproken voor een proportioneel deel van de schade. De proportie wordt gegeven door de mate waarin zorgvuldig handelen van de arts schade had kunnen voorkomen. Daarbij zijn in dit geval twee componenten aan de orde. Enerzijds zou niet elk ziektegeval met nader onderzoek herkend zijn (bijvoorbeeld omdat de ziekte zich pas op een later moment openbaarde, of omdat de test niet perfect was). Anderzijds zou, als de juiste diagnose was gesteld, niet elk ziektegeval tot herstel hebben geleid (omdat de behandeling niet perfect was, of omdat zich complicaties voordeden).[42]

42 Een cijfervoorbeeld kan een en ander illustreren. Neem het geval: P = 50%, P_0 = 30%, P_1 = 50%, P_2 = 10%. De professionele standaard schrijft bijvoorbeeld voor dat de arts bij bepaalde symptomen een test laat doen op de aanwezigheid van kanker. Van elke honderd patiënten die worden getest, wordt bij vijftig de ziekte ontdekt (P = 50%). Die vijftig krijgen de juiste behandeling, maar desondanks overlijden er vijftien (P_0 = 30%). Van de vijftig waarbij de ziekte niet is aangetoond, overlijden er vijf (P_2 = 10%). Mét test overlijden er in totaal dus twintig. Neem vervolgens dezelfde honderd patiënten zónder test. Van de vijftig die de ziekte aantoonbaar onder de leden hebben maar door het achterwege blijven van de test geen behandeling krijgen, overlijden er 25 (P_1 = 50%). Van de vijftig waarbij de ziekte niet aantoonbaar is, overlijden er vijf (P_2 = 10%). In totaal overlijden er zonder test dus dertig.
Verander nu van gezichtspunt en kijk naar de situatie dat de arts onzorgvuldig heeft gehandeld door de test achterwege te laten. Daardoor zijn dertig van de honderd patiënten overleden. Mét test zouden er slechts twintig zijn overleden. Mét testen zou de kans op een beter resultaat dus tien op de dertig, ofwel 1/3, zijn geweest. Die proportie van 1/3 geeft de mate waarin zorgvuldig handelen van de arts schade had kunnen voorkomen. Bij proportionele toerekening zou de arts dus 1/3 van de schade moeten vergoeden.
De kans op een beter resultaat is het product van twee componenten. Zou de arts zijn patiënten wél hebben getest, dan had hij kunnen ontdekken dat er bij 25 van die dertig overlijdensgevallen aantoonbaar sprake was van kanker. Zou hij in die 25 gevallen van aantoonbare kanker de juiste behandeling hebben gegeven, dan had hij het aantal overlijdens in die groep kunnen terugdringen tot vijftien. De eerste component is de kans dat de kanker aantoonbaar aanwezig was, gegeven dat er bij onzorgvuldig handelen van de arts (geen test) iemand overleed. Die kans is in dit voorbeeld 25/30, ofwel 5/6. De tweede component is het attributieve risico vanwege het uitblijven van de juiste behandeling, gegeven de aantoonbaarheid van de kanker. Dat attributieve risico is 10/25, ofwel 2/5. En inderdaad: 5/6 × 2/5 = 1/3.

Voor wie prijs stelt op de exacte berekening (andere lezers kunnen deze alinea overslaan), kunnen beide componenten worden vertaald in de volgende formule voor de proportionele toerekening:

$$[P\times P_1/(P\times P_1 + (1-P)\times P_2)] \times (P_1-P_0)/P_1 \quad (1)$$

De eerste component is de kans dat de relevante conditie inderdaad aanwezig was, gegeven dat er bij onzorgvuldig handelen van de arts schade optrad. De tweede component is het attributieve risico vanwege het uitblijven van de juiste behandeling, gegeven de aanwezigheid van de relevante conditie.[43]

Wat betekent deze conclusie nu, terugkijkend, voor de Nederlandse jurisprudentie? De eerste benadering die hierboven werd besproken, waarbij de rechter de voor de herstelkans van de patiënt meest gunstige optie als uitgangspunt neemt, is in ieder geval niet efficiënt. In termen van tabel 3 zou dat betekenen dat de rechter ervan uitgaat dat de patiënt de relevante conditie had op het moment dat de arts met hem te maken kreeg, en dat de arts bij onzorgvuldig handelen aansprakelijk wordt gehouden voor een proportioneel deel van de schade gelijk aan het attributieve risico $(P_1-P_0)/P_1$. Omdat geen rekening wordt gehouden met de mogelijkheid dat de schade ook kan zijn ontstaan bij afwezigheid van de relevante conditie, moet de arts dan vanuit efficiëntieoogpunt teveel betalen.[44] Dat zou hem kunnen aanzetten om teveel zorgvuldigheid te betrachten (defensive medicine).
De tweede benadering die hierboven werd besproken, waarbij de rechter wikkend en wegend de kansen schat dat de schade wel of niet het gevolg is van de medische fout, komt dichter in de buurt van de efficiënte aanpak. Helaas is in de verschillende uitspraken onvoldoende duidelijk hoe de rechters precies tot de vaststelling van de proportionele aandelen van de behandelaars zijn gekomen. Daardoor is ook onduidelijk in hoeverre de twee genoemde componenten daarin tot uitdrukking komen. Het lijkt erop dat de aandacht met name uitgaat naar de eerste component, de (conditionele) kans op schade. De tweede component wordt ofwel (min of meer impliciet) op 100% gesteld, ofwel er vindt doorverwijzing plaats naar een nader deskundigenbericht en vaststelling in het kader van de schadestaat.

43 Dat de formule het gewenste resultaat geeft, kan betrekkelijk eenvoudig worden nagerekend. Bij zorgvuldig handelen kent de arts de conditie van zijn patiënt, zodat hij passende maatregelen kan nemen. Omdat de arts geen fout kan worden aangerekend, blijft eventuele schade voor rekening van de patiënt. De arts draagt alleen de (meer)kosten van zorg, K. Bij onzorgvuldig handelen weet de arts niet wat er precies met zijn patient aan de hand is. Als er schade optreedt, met kans $P\times P_1 + (1-P)\times P_2$, kan hij worden aangesproken, omdat hij (mogelijk) niet de juiste behandelwijze heeft gevolgd. Omdat hij onvoldoende onderzoek heeft gedaan, kan hij niet afdoende bewijzen dat hem geen blaam treft. Hij wordt dan aangesproken voor een proportioneel deel van de schade, conform formule (1). De verwachte waarde van de door de arts te betalen schadevergoeding is dan gelijk aan $(P\times P_1 + (1-P)\times P_2)$ (de kans op schade) × $[P\times P_1/(P\times P_1 + (1-P)\times P_2)]$ × $(P_1-P_0)/P_1$ (zijn proportionele aandeel) × S (de omvang van de schade). Na vereenvoudiging blijkt dat gelijk aan $P\times(P_1-P_0)\times S$. Kortom, de arts krijgt door de proportionele toerekening de prikkel om een afweging te maken tussen K enerzijds en $P\times(P_1-P_0)\times S$ anderzijds. Dat levert precies de efficiënte aanpak op.

44 Dit volgt direct uit formule (1). Als $P < 1$ en $P_2 > 0$, geldt voor de eerste component $[P\times P_1/(P\times P_1 + (1-P)\times P_2)] < 1$. Dus geldt ook $[P\times P_1/(P\times P_1 + (1-P)\times P_2)] \times (P_1-P_0)/P_1 < (P_1-P_0)/P_1$.

4.4 Onduidelijke en onvolledige verantwoording

Aansluitend op de voorgaande alinea kan worden opgemerkt dat de jurisprudentie niet altijd uitblinkt in de verantwoording van de manier waarop rechters tot hun uiteindelijke oordeel komen. Waar in het deskundigenbericht kansinschattingen slechts verbaal omschreven worden, rust op de rechter de weinig benijdenswaardige taak om deze te vertalen in cijfers. Het is niet anders. Maar nu proportionele toerekening gangbaar is geworden en medisch deskundigen daarop inspelen door meer en meer cijfermatige informatie te geven, zou het voor de voorspelbaarheid van de rechtspraak, en dus voor de preventieve werking, goed zijn als rechters expliciteren hoe ze die informatie gebruiken voor hun eindoordeel. Dat gebeurt echter lang niet altijd.

Zie bijvoorbeeld een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam.[45] Bij doorverwijzing zou er 40 tot 60% kans op ontdekking van het carcinoom zijn geweest, ofwel gemiddeld 50%. Na ontdekking had het carcinoom met een grote kans van 50 tot 90%, ofwel gemiddeld 70%, genezen kunnen worden. Na een periode van tien jaar zou er vervolgens een kans van minder dan 10% op terugkeer van de ziekte zijn geweest. In zijn oordeel rekent de rechter 25% van de schade toe aan de arts. Dat wekt ten minste de suggestie dat de 25% van de rechter het eindresultaat is van een rekensom in de trant van 50% × 70% − 10%. In de uitspraak zelf wordt echter niet toegelicht hoe de rechter tot zijn 25% is gekomen, zodat de lezer alleen maar uit de context kan proberen af te leiden hoe de rechter – waarschijnlijk – gerekend heeft.

Een ander voorbeeld is een uitspraak van de Rechtbank Haarlem.[46] Een patiënt heeft bij een val een wervelfractuur opgelopen. Het ziekenhuis laat na om te onderzoeken of er sprake is van ruggenmergletsel, waardoor de patiënt niet met passende zorg wordt behandeld en een incomplete dwarslaesie ontwikkelt. Gegeven de aard van de wervelfractuur schatten deskundigen de kans op ruggenmergletsel bij binnenkomst in het ziekenhuis op 60 à 70%. Bij juiste behandeling zou de kans op volledig herstel vervolgens 50 à 60% zijn. Op basis van deze cijfers rekent de rechtbank voor dat van de honderd mensen die een vergelijkbare val zouden doormaken, dertig à veertig geen ruggenmergletsel zouden oplopen, en dat van de andere zestig à zeventig er bij een adequate behandeling dertig à veertig volledig zouden herstellen. Kortom, bij juiste behandeling zouden van de honderd mensen er uiteindelijk zo'n zeventig geen neurologisch letsel aan de val overhouden en dertig wel. "Dit alles in overweging nemende is de rechtbank van oordeel dat het ziekenhuis voor 70% aansprakelijk moet worden geacht voor de schade." Dat lijkt erop te wijzen dat de rechtbank de bovenstaande gegevens zo interpreteert dat er door onzorgvuldig handelen een 70%-kans op een beter resultaat verloren is gegaan. Maar dat is alleen juist als bij onzorgvuldige behandeling honderd van de honderd mensen schade aan de val zouden overhouden. Helaas wordt een en ander niet expliciet gemaakt, zodat de lezer ook hier uiteindelijk moet raden wat de rechter – waarschijnlijk – bedoeld heeft.

45 Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, *NJ* 1999, 406, besproken door Van Dijk 2009 (zie noot 2), p. 110.
46 Rb. Haarlem 1 maart 2006, *LJN* AV5277.

5. Samenvatting en conclusies

De toepassing van proportionele aansprakelijkheid bij causaliteitsonzekerheid rondom medische fouten blijkt al behoorlijk ingeburgerd te zijn in Nederland. In de gepubliceerde jurisprudentie konden sinds 1993 ruim twintig uitspraken ter zake worden teruggevonden. Niet duidelijk is in hoeverre in de niet-gepubliceerde rechtspraak nog sporen van de traditionele alles-of-niets-benadering aangetroffen kunnen worden. Opmerkelijk is dat geen van de opgevoerde uitspraken afkomstig is van ons hoogste rechtscollege. Maar dat is geen probleem, omdat toepassing van proportionele aansprakelijkheid bij medische fouten volledig in lijn is met de arresten van de Hoge Raad ten aanzien van causaliteitsonzekerheid bij beroepsfouten van advocaten en beroepsziekten.
De toepassing van proportionele aansprakelijkheid is ook al behoorlijk uitgekristalliseerd. Medische deskundigen blijken in toenemende mate bereid en in staat om hun schattingen van de kans op een beter resultaat kwantitatief te onderbouwen. Verder past de rechter een gedifferentieerde benadering per schadepost toe, wanneer de aard van de causale verbanden daartoe aanleiding geeft.
Al met al kan, op basis van de theorie, worden aangenomen dat door de toepassing van proportionele aansprakelijkheid de billijkheid van de compensatie bij medische fouten is vergroot en de efficiënte werking van preventieve prikkels is versterkt.

Dat wil niet zeggen dat er geen ruimte is voor kritische kanttekeningen. Nadere analyse wijst uit dat de uitspraken op verschillende punten inconsistenties vertonen. Dat is enerzijds begrijpelijk, omdat de aanpak tamelijk nieuw is en daardoor nog niet de tijd heeft gehad om zich volledig uit te ontwikkelen. Het is anderzijds jammer, omdat het ten koste gaat van de gelijkheid in en voorspelbaarheid van de rechtspraak en daardoor de preventieve werking van het recht aantast.
Zo wekken de uitspraken de indruk dat rechters niet steeds consistent opereren, wanneer ze verbale omschrijvingen van de kans op een beter resultaat moeten omzetten in harde percentages. Er zijn soms aanzienlijke verschillen te constateren, zonder dat uit de uitspraken duidelijk wordt waarom.
Daarop aansluitend kan een tweede kanttekening worden gemaakt. Nu medisch deskundigen hun kansinschattingen meer en meer cijfermatig onderbouwen, zou het voor de voorspelbaarheid van de rechtspraak goed zijn als de rechters expliciteren hoe ze die informatie gebruiken voor hun eindoordeel. Helaas gebeurt dat lang niet altijd, zodat de lezer moet gissen wat de rechter – waarschijnlijk – bedoeld heeft.
In een tweetal zaken hebben rechters aangegeven kleine absolute schadekansen onvoldoende basis te vinden voor het toekennen van een schadevergoeding. Daarbij gingen ze voorbij aan de toch aanzienlijke attributieve risico's van het gedrag van de behandelaars. In een aantal vergelijkbare zaken, waar rechters alleen over een schatting van het attributieve risico konden beschikken, werd echter wel een proportionele schadevergoeding toegekend. Dat is een ongewenste inconsistentie. Vanuit efficiëntieoogpunt geldt dat kleine kansen als zodanig geen reden zijn om af te zien van aansprakelijkstelling. Kleine kansen kunnen bijvoorbeeld samengaan met een omvangrijke schade, zodat de verwachte schade toch aanzienlijk kan zijn. Bovendien hangt het af van de kosten van zorg of preventieve maatregelen de moeite waard zijn. Als de kosten van zorg bescheiden zijn, kan het de

moeite lonen om ook kleine kansen op schade terug te dringen. Het lijkt alleszins acceptabel om aan te nemen dat professionele standaarden in de gezondheidszorg zijn gebaseerd op een serieuze afweging van kosten en baten. Als er een professionele standaard bestaat die ook bij een kleine kans op schade maatregelen van zorg en preventie voorschrijft, zou de rechter er verstandig aan doen om die professionele standaard te volgen als grondslag voor proportionele toerekening. Waar overigens wel meer aandacht voor mag zijn, is de vraag of er een statistisch significant verschil bestaat tussen de kansen op schade bij zorgvuldig en onzorgvuldig gedrag. Schattingen zijn nu eenmaal omgeven met een bepaalde mate van onzekerheid.

Een derde vorm van inconsistentie werd aangetroffen bij het verdisconteren van onvolledige informatie vanwege het handelen of nalaten van de arts. Weliswaar wordt in het algemeen uitgesproken dat onduidelijkheid als gevolg van onvolledige verslaglegging door de arts of van onvolledig onderzoek naar de conditie van de patiënt niet voor rekening van de patiënt mag komen. Maar bij de nadere uitwerking worden er verschillen zichtbaar. Enerzijds zijn er rechters die de onduidelijkheid volledig toerekenen aan de arts, door uit te gaan van de voor de patiënt meest gunstige optie. Anderzijds zijn er rechters die vinden dat de onduidelijkheid niet volledig voor rekening van de arts moet worden gebracht, en die wikkend en wegend de kans proberen te schatten dat schade wel of niet het gevolg is van de medische fout. Vanuit efficiëntieoogpunt blijkt de arts bij de eerste benadering te veel te moeten betalen, wat hem zou kunnen aanzetten tot overdreven voorzichtigheid (defensive medicine). De tweede benadering komt dichter in de buurt van de efficiënte aanpak. Ideaal is een proportionele toerekening op basis van de mate waarin zorgvuldig handelen van de arts schade had kunnen voorkomen. Daarbij zijn twee componenten aan de orde. De eerste component is de kans dat een bepaalde voor diagnose en behandeling relevante conditie van de patiënt inderdaad aanwezig was, gegeven dat bij onzorgvuldig handelen van de arts schade optrad. De tweede component is het attributieve risico vanwege het uitblijven van de juiste behandeling, gegeven de aanwezigheid van de relevante conditie.

Wetsbepaling(en):	Burgerlijk Wetboek Boek 7 BW BOEK 7 Artikel 6
Ook gepubliceerd in:	ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628

Sdu UITGEVERS

Aflevering	2006 afl. 3
Rubriek	Schadevergoeding en verjaring
College	Rechtbank Maastricht
Datum	13 juli 2005
Rolnummer	97050/HA ZA 04-1109 LJN AV0628
Rechter(s)	Mr. Sijmonsma
Partijen	De naamloze vennootschap Levob Schadeverzekering NV te Amersfoort, eiseres, procureur: mr. Ch.M.E.M. Paulussen, tegen X te Z, gedaagde, procureur: mr. E.P.C.M. Teeuwen.
Noot	*M. Zaadhof*
Trefwoorden	Causaal verband, Proportionele aansprakelijkheid, Statistische gegevens
Regelgeving	BW Boek 6 - 98 BW Boek 7 - 453

JA 2006/44 Rechtbank Maastricht, 13-07-2005, 97050/HA ZA 04-1109, LJN AV0628 Causaal verband, Proportionele aansprakelijkheid, Statistische gegevens

»Samenvatting

A is door de hond van B in zijn hand gebeten. In verband hiermee wordt hij medisch behandeld door X. Na de behandeling ontstaat een wondinfectie die uiteindelijk leidt tot een posttraumatische dystrofie. De wettelijke aansprakelijkheid van B is verzekerd bij Levob. Deze maatschappij vergoedt de schade van A tegen cessie en stelt een vordering tot schadevergoeding in tegen X. In de procedure stelt Levob zich op het standpunt dat X de

wond niet op een juiste wijze heeft behandeld en dat daardoor bij A een wondinfectie is ontstaan. Volgens een door haar geraadpleegde medische deskundige is bij een letsel van alleen een bijtwond de kans op een posttraumatische dystrofie in te schatten op 1 à 2%; door de opgetreden infectie is deze kans ten minste verdubbeld naar 2 à 4%.

Levob stelt dat zonder de handelwijze van X en de daaruit voortvloeiende ernstige infectie de kans op het ontstaan van een posttraumatische dystrofie ten minste 50% kleiner was geweest.

De rechtbank concludeert dat indien X de fout niet zou hebben gemaakt, A een kans op volledig herstel (lees: het niet optreden van de posttraumatische dystrofie) zou hebben gehad van 98 à 99%. Als gevolg van de veronderstelde fout is de kans op dat herstel gedaald naar 96 à 98%, althans zo rekent de rechtbank. Uitgaande van de gunstigste kans op herstel bij een juiste behandeling (99%) en de ongunstigste kans bij foutieve behandeling (96%), betekent dit volgens de rechtbank een daling van de kans op herstel zonder posttraumatische dystrofie van 3%.

De rechtbank acht dit een zo geringe daling van de kans, dat niet kan worden geconcludeerd dat er sprake is van causaal verband tussen de veronderstelde tekortkoming en de ontstane dystrofie.

beslissing/besluit

»Uitspraak

1. Het verloop van de procedure

(...; *red.*)

2. Het geschil

A is op [datum] gebeten door de hond van een zekere B. B was tegen wettelijke aansprakelijkheid verzekerd bij Levob. A werd door de hond van B in zijn hand gebeten. De wond aan de hand heeft uiteindelijk geleid tot zogenaamde posttraumatische dystrofie. Tussen A en Levob is op 25 november 2002 een vaststellingsovereenkomst gesloten, zakelijk weergegeven inhoudende dat Levob ter vergoeding van de door A geleden materiële en immateriële schade een bedrag van € 104.369,45 zal betalen. Tevens houdt die overeenkomst een cessie in van A aan Levob van de vordering die A mogelijk op X heeft.

Ter verzorging van de wond heeft A zich op [datum] tot X gewend, die op dat moment de praktijk waarnam van de huisarts van A. Volgens Levob hield die verzorging door X onder andere in dat deze de wond heeft dichtgeplakt, hetgeen volgens Levob heeft geleid tot een infectie als gevolg waarvan A tot tweemaal toe geopereerd moest worden. Het dichtplakken van de wond moet volgens Levob echter worden beschouwd als een kunstfout. Als gevolg van die kunstfout is een (ernstige) wondinfectie ontstaan die niet zou zijn ontstaan indien door X op een medische correcte wijze zou zijn gehandeld, dan wel is aldus de kans op het ontstaan van de posttraumatische dystrofie verdubbeld.

Levob baseert dat standpunt op een in haar opdracht opgesteld rapport van prof. C, als chirurg verbonden aan het UMC St. Radboud te Nijmegen. In zijn rapport schrijft prof. C onder andere het volgende:

‘‘Het dichtplakken van een bijtverwonding is zonder meer een niet correcte medische handelswijze. Bijtverwondingen zijn in hoge mate besmet met bacteriën en vertonen verder gekneusde randen, waardoor de kans op infectie nog meer toeneemt. De correcte behandeling bestaat uit excisie van het gekneusde gedeelte en het openlaten van de resterende wond. Deze kan dan zo nodig na enkele dagen secundair worden gesloten.

(...)

Ik ben inderdaad van mening dat bij een correcte handelswijze, bestaande uit wond excisie en openlaten van de wond, er geen (ernstige) wondinfectie zou zijn ontstaan. In een dergelijk geval bestaat er nog ca. 1% kans op een infectie met zog. vleesetende bacteriën (streptococcus groep A), welke dan een additionele behandeling vergt met gerichte antibiotica.

(...)

Een posttraumatische dystrofie kan optreden na eender welk, ook gering, trauma en ongeacht zelfs optimale behandeling. Echter, elk additioneel trauma of ernstige infectie en herhaalde operatie zal de kans op het ontstaan van dystrofie doen toenemen. Bij een letsel van alleen een bijtwond is de kans op een posttraumatische dystrofie in te schatten op 1 à 2%. In deze casus kan gesteld worden dat door de opgetreden infectie deze kans ten minste verdubbeld is.’’

Levob stelt voorts dat X naast haarzelf hoofdelijk aansprakelijk is voor de door A geleden schade. In de interne verhouding, de verhouding tussen Levob en X, heeft volgens Levob te gelden dat de schade geheel, of in ieder geval grotendeels voor rekening van X dient te komen. Zonder de handelwijze van X was de ernstige wondinfectie in ieder geval volgens Levob niet ontstaan en was de kans op het ontstaan van een posttraumatische dystrofie tenminste 50% kleiner geweest. Concluderend stelt Levob dat X bij de behandeling van A niet de zorg heeft betracht die een redelijk bekwaam en een redelijk handelend vakgenoot in dezelfde omstandigheden zou hebben betracht en daarmee heeft gehandeld in strijd met artikel 7:453 jo. 6:162 van het Burgerlijk Wetboek (verder te noemen: BW).

Levob heeft op grond van het vorenstaande gevorderd dat de rechtbank bij vonnis, voorzover mogelijk uitvoerbaar bij voorraad:

1 voor recht verklaart dat X niet de zorg heeft betracht die een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in dezelfde omstandigheden zou hebben betracht en op grond van artikel 7:453 jo. 6:162 BW aansprakelijk is voor de door A/Levob geleden schade;

2 X veroordeelt om de schade te vergoeden, op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf [datum], of althans vanaf de door de rechtbank in goede justitie te bepalen dag, althans vanaf de dag der dagvaarding tot aan die der algehele voldoening;

het een en ander met veroordeling van X in de kosten van de procedure.

De vordering wordt door X weersproken, waartoe wordt verwezen naar de conclusie van antwoord en het proces-verbaal van de comparitie na antwoord.

3. De beoordeling

X heeft primair, onder verwijzing naar in het bijzonder het arrest van de Hoge Raad van 10 juni 1988, NJ 1989, 30, en literatuur, ten verwere aangevoerd dat een cessie er niet toe mag leiden dat een hoofdelijk aansprakelijke die op basis van die cessie regres neemt op een mede hoofdelijke aansprakelijke partij, door die cessie in een voordeliger positie komt te verkeren dan in het geval de cessie niet zou hebben plaatsgevonden.

Dat verweer moet worden verworpen. Er is in het onderhavige geval immers geen sprake van dat Levob door de cessie ten opzichte van X in een (procesrechtelijk) gunstiger positie is komen te verkeren dan waarin zij zou hebben verkeerd indien zij door A in rechte zou zijn betrokken en vervolgens zou zijn veroordeeld tot betaling van schade waarna zij op haar beurt X in rechte zou hebben betrokken om op deze (gedeeltelijk) verhaal te nemen voor de veroordeling ten gunste van A. X heeft ook niet onderbouwd waarin die ongunstigere positie bestaat. De analogie met het door de Hoge Raad berechte geschil gaat niet op, omdat anders dan in die zaak in het onderhavige geval geen sprake is van een beperking van aansprakelijkheid in de verhouding tussen B en X. Eventuele verweren die X tegen A zou kunnen voeren, kan hij ook na de cessie op grond van artikel 6:145 BW immers ook tegen Levob voeren.

Ten gronde heeft X primair betwist dat hij de wonden aan de hand van A heeft dichtgeplakt. Hij stelt dat hij de wonden heeft ontsmet en daarna de hand heeft verbonden, hetgeen iets anders is dan dichtplakken Ten slotte heeft hij A een tetanusvaccinatie toegediend. Subsidiair heeft Levob gesteld dat het dichtplakken van de wonden ook niet kan worden beoordeeld als een schending van de zorgplicht in de zin van artikel 7:453 BW. Volgens X is er sprake van een inspanningsverbintenis en niet van een resultaatsverbintenis en heeft hij ook de nodige inspanning geleverd teneinde de kans op infectie te beperken. Het dichtplakken van de wond na grondige ontsmetting leidt niet tot een verhoging van de kans op een wondinfectie. Voorzover de stelling van prof. C, dat door het dichtplakken van de wond in plaats van het verbinden daarvan de kans op posttraumatische dystrofie is gestegen van 1 à 2% in het laatste geval naar 2 à 4% in het eerste geval, juist is, levert dat volgens X geen schending van de zorgplicht van artikel 7:453 BW op. Bij de beoordeling van de vraag of aan die norm is voldaan is volgens X ook relevant wat van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot, derhalve een huisarts, mocht worden verwacht en niet wat van een specialist mocht worden verwacht.

In essentie komt het verwijt van Levob aan het adres van X er op neer dat door de omstreden wijze van behandelen van de wonden door X A een kans op (volledig) herstel is ontnomen, dan wel dat de kans daarop zodanig is verkleind dat hij voor de gevolgen daarvan aansprakelijk is.

Veronderstellenderwijs uitgaande van de juistheid van de stellingen van Levob, te weten dat X de wonden heeft dichtgeplakt en niet heeft verbonden, dat daardoor de kans op posttraumatische dystrofie is gestegen van 1 à 2% bij verbinden van de wonden naar 2 à 4% ingeval van dichtplakken van de wonden, en ten slotte dat het dichtplakken van een bijtverwonding zonder meer een niet-correcte medische handelswijze is, komt de rechtbank tot de volgende conclusie. Indien X de beweerdelijke fout niet zou hebben gemaakt dan zou

A een kans hebben gehad op (volledig) herstel (lees: het niet optreden van de posttraumatische dystrofie) van 98 à 99%. Als gevolg van de beweerdelijk foutieve behandeling is de kans op dat herstel gedaald naar 96 à 98%. Dat betekent dat, uitgaande van de gunstigste kans bij de gestelde juiste behandeling, de kans op herstel in vorenbedoelde zin is gedaald van 99% naar 96%, zijnde de ongunstigste kans bij de gestelde onjuiste behandeling. Dat betekent een absolute vermindering van de kans op herstel zonder posttraumatische dystrofie van 3%-punt, en een relatieve vermindering van die kans van eveneens 3%.

Dit is echter een zo geringe daling van de kans, dat niet kan worden geconcludeerd dat er sprake is van causaal verband tussen de beweerdelijke tekortkoming en de ontstane dystrofie. De rechtbank merkt hierbij op dat is gesteld noch gebleken dat er nog anderszins onderzoek kan worden gedaan naar het causaal verband. Het causaal verband kan dus enkel worden beoordeeld aan de hand van statistische gegevens.

Al het vorenstaande brengt met zich dat de vordering moet worden afgewezen en dat Levob als de in het ongelijk gestelde partij de kosten van dit geding dient te dragen. Ten aanzien van de hoogte van het procureurssalaris overweegt de rechtbank het volgende. Bij de begroting is de rechtbank uitgegaan van het belang van Levobs vordering, te weten een bedrag van € 104.369,45, dat zij als schadevergoeding heeft betaald aan A, en welk bedrag zij op basis van een rechterlijk oordeel, inhoudende een verklaring voor recht over het vermeende verkeerde handelen van X, in de onderhavige zaak op X probeert te verhalen.

4. De beslissing

De rechtbank:

1 wijst het gevorderde af;

2 veroordeelt Levob in de kosten van de procedure aan de zijde van X gevallen en tot op heden begroot op:

vast recht € 241,=

salaris procureur € 2.842,=

»Annotatie

1. In deze uitspraak maakt de rechtbank een opmerkelijke rekenfout. De rechtbank past de grootte van de kans vooraf om een bepaalde ziekte te krijgen toe bij het vaststellen wat de kans achteraf is dat de daadwerkelijk ontstane ziekte is veroorzaakt door een bepaalde factor.

Het gaat in deze zaak om de vraag of de veronderstelde kunstfout van de arts de posttraumatische dystrofie kan hebben veroorzaakt, dan wel in welke mate de fout aan het ontstaan daarvan heeft bijgedragen.

Om vast te stellen wat de mogelijke oorzaken van posttraumatische dystrofie zijn kan men zich baseren op de statistische gegevens van de deskundige. Deze geeft aan dat bij een juiste

medische behandeling van de bijtwond de kans op het ontstaan van posttraumatische dystrofie is in te schatten op 1 à 2%. De kans op het ontstaan van posttraumatische dystrofie wordt echter ten minste verdubbeld door de opgetreden infectie als gevolg van een foutieve medische behandeling. Hieruit blijkt dat het causale verband tussen de fout van de arts en de ziekte onzeker is, nu de fout wel een mogelijke relevante causale factor kan zijn maar bij een dergelijk letsel de ziekte ook kan ontstaan zonder fout.

Wanneer A vervolgens blijkt te behoren tot het kleine percentage gevallen waarbij daadwerkelijk posttraumatische dystrofie optreedt, doet het er niet toe dat er vooraf een kans van 96-99% bestond dat hij de ziekte niet zou krijgen. Bij A is immers helaas wel posttraumatische dystrofie opgetreden. Het gaat er dan om vast te stellen wat de kans is geweest dat zijn ziekte (mede) is veroorzaakt door een bepaalde factor, de fout van de arts. Uit de statistische gegevens omtrent de kans vooraf in de situatie met fout en zonder fout moet dan afgeleid worden in welke mate de fout de ziekte kan hebben veroorzaakt. De rechtbank verwart echter de kans vooraf op het krijgen van een ziekte met de kans achteraf of een bepaalde factor in causaal verband staat met de ontstane ziekte.

2. De rechtbank stelt vast dat in essentie het verwijt van Levob neerkomt op de stelling dat door de fout van de arts A de kans op volledig herstel is ontnomen, dan wel dat de kans op volledig herstel in zodanige mate is verminderd dat X voor de gevolgen daarvan aansprakelijk is.

Bij medische fouten komt het relatief vaak voor dat onzekerheid bestaat over het causaal verband tussen de fout en de bij de patiënt ingetreden schade. Het gaat dan om gevallen waarbij de mogelijkheid bestaat dat dezelfde schade ook zou zijn opgetreden indien de arts geen fout had gemaakt, terwijl niet is uit te sluiten dat de schade wel (mede) is veroorzaakt door de fout. In dat geval kan een eventuele proportionele schadevergoeding gebaseerd worden op het leerstuk van verlies van een kans. [noot:1]

Het gaat dan om de vraag in welke mate de fout van een arts de kans op volledig herstel (in dit geval: het niet optreden van posttraumatische dystrofie) heeft verhinderd. Hiertoe kan men gebruik maken van statistieken met betrekking tot de kansen en risico’s op het ontstaan van de desbetreffende ziekte, om daaruit af te leiden welke factoren een rol spelen en vervolgens in welke mate.

3. Allereerst moet worden vastgesteld hoe groot de invloed is van een bepaalde factor, in dit geval de fout van de arts, op het ontstaan van de ziekte. Dit kan worden bepaald aan de hand van het zogenaamde relatieve risico. [noot:2] Het relatieve risico geeft de verhouding aan tussen het aantal malen dat de ziekte voorkomt bij blootstelling aan een bepaalde factor en het aantal malen dat de ziekte voorkomt zonder blootstelling aan die factor.

In dit geval is door de fout van de arts de kans op ontstaan van posttraumatische dystrofie ten minste gestegen van 1 à 2% zonder fout naar 2 à 4% met fout.

Dit betekent dat de verhouding tussen de fout en het ontstaan van de ziekte gemiddeld 2/1 is en derhalve een relatief risico van 2 oplevert. Dit getal geeft slechts aan dat er een statistische samenhang bestaat tussen een factor, in dit geval de fout van een arts, en de kans op het ontstaan van een ziekte. Vervolgens moet echter nog bekeken worden of de gevonden statistische samenhang ook causaal is. Indien de ziekte daadwerkelijk is

opgetreden, hoe waarschijnlijk is het dan dat de ziekte werd veroorzaakt door die factor, de fout van de arts?

Het percentage dat aangeeft in welke mate de kans bestaat dat de opgetreden ziekte is te wijten aan de onderzochte factor, de fout van de arts, wordt wel het attributieve risico genoemd. [noot:3] Dit kan direct worden afgeleid uit het relatieve risico (RR) aan de hand van de volgende formule:

AR= RR-1 x 100.

RR

Dit betekent dus dat de kans dat de ziekte is veroorzaakt door de fout gemiddeld 1/2 x 100 = 50% is.

Door de fout van de arts is dus de kans op een volledig herstel zonder posttraumatische dystrofie ten minste met 50% verminderd, wat een geheel ander beeld oplevert dan de 3% kansverlies van de rechtbank.

mw. M. Zaadhof, onderzoeker aan de Vrije Universiteit te Amsterdam

»Voetnoten

[1]

Zie voor literatuur o.a.: A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband, diss., Zwolle: Tjeenk Willink 1997 en A.J. Van, Onzekerheid over daderschap en causaliteit, diss., Arnhem: Gouda Quint 1995

[2]

A.J. Van: ‘Bewijs van causaal verband met behulp van epidemiologische gegevens’, in: A. Akkermans, M. Faure en T. Hartlief (red.), Proportionele aansprakelijkheid, Den Haag: Boom 2000, p. 135-154, m.n. p. 138

[3]

Idem, p. 140

Artikelen

| 2 | Proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans bij zorggerelateerde schade: verschillen, kansen, problemen en mogelijkheden

mr. dr. R.P. Wijne[1]

Causaliteitsonzekerheid; zorggerelateerde schade; proportionele aansprakelijkheid; verloren kans
Causaliteitsonzekerheid in kwesties van zorggerelateerde schade is een veel gehoord probleem. Altijd speelt de ziekte van de patiënt een rol en de vraag hoe het genezingsproces was geweest als de hulpverlener zorgvuldig had gehandeld. De patiënt kan gebruik maken van handvatten in de bewijsrechtelijke sfeer zoals de omkeringsregel, teneinde dat causaal verband toch vastgesteld te krijgen. Hij kan ook – eventueel met de hulpverlener – een deskundige vragen advies uit te brengen. Bieden deze wegen geen uitkomst, dan heeft de patiënt nog twee alternatieve benaderingen van het causaal verband tot zijn beschikking: de benadering van de proportionele aansprakelijkheid en de benadering van de verloren kans. Over die twee benaderingen gaat dit artikel en in het bijzonder de vraag hoe deze beide leerstukken zich tot elkaar verhouden, worden toegepast en volgens de auteur zouden moeten worden toegepast. Ter onderbouwing worden de benaderingen geanalyseerd met behulp van wiskunde en statistiek.

1. Introductie

Een 38-jarige patiënte, Wendy, getrouwd met Sam, is in een Nederlands ziekenhuis behandeld in verband met een vruchtbaarheidsprobleem. Met behulp van in-vitro-fertilisatie werd Wendy zwanger. Op 27 oktober 2013 werd bevestigd dat ze in verwachting was van een tweeling. Vanwege de risico's stond Wendy onder regelmatige controle van haar gynaecoloog in hetzelfde Nederlandse ziekenhuis. Bij een van de controles maakte Wendy bij de gynaecoloog melding van een zwelling in haar rechterborst. Op 6 november 2013 vroeg de gynaecoloog daarom een echo-onderzoek aan bij een radioloog. De radioloog vond een afwijking, maar deze leek hem niet kwaadaardig. Wendy werd daarom niet geïnformeerd. Er werd geen aanvullend onderzoek gedaan. In april 2014 wees Wendy voor de tweede maal op de zwelling in haar rechterborst, die inmiddels vergroot leek. Op 23 april 2014 werd aanvullend echo-onderzoek gedaan. De zwelling bleek op dat moment een kwaadaardige tumor. Op 3 mei 2014 beviel Wendy van de tweeling. Later die maand, op 20 mei 2014, kwam Wendy te overlijden wegens uitgezaaide borstkanker. Uit deskundigenonderzoek dat volgde, bleek dat zowel de gynaecoloog als de radioloog onzorgvuldig had gehandeld. Beide artsen hadden Wendy moeten waarschuwen voor de mogelijkheid van een kwaadaardige tumor, ze hadden veel uitgebreider onderzoek moeten (laten) doen en bovenal hadden ze dat in een eerder stadium moeten doen. De medisch deskundigen concludeerden tot 'grove nalatigheid resulterend in een vertraging in de behandeling van de borstkanker van enkele maanden'. Als de behandeling eerder was aangevangen, dan had haar dood waarschijnlijk kunnen worden afgewend. Garanties op overleven konden de deskundigen echter niet geven.

Dit laatste is waar zich problemen voordoen. In gevallen van medisch onzorgvuldig handelen en de aansprakelijkheid van de hulpverlener voor zorggerelateerde schade moet de Nederlandse patiënt niet alleen de normschending aantonen, maar ook de causale relatie tussen de normschending en de schade; de bewijslast rust op hem. Als hij daarin slaagt, dan heeft de patiënt recht op volledige vergoeding van zijn schade. Toegepast op bovenstaande casus moet Sam, als Wendy's erfgenaam, een verwijtbare vertraging in de diagnose bewijzen én dat zijn vrouw niet zou zijn overleden als ze in een eerder stadium adequaat zou zijn behandeld. Maar hoe dat te bewijzen als zelfs de medisch deskundigen daarover niet met zekerheid iets kunnen zeggen? Naar Nederlands recht is

[1] Rolinka Wijne is de auteur van Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013; Medische aansprakelijkheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014 en Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, tweede druk, 2017. Ze is als lid-jurist verbonden aan het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Amsterdam, als voorzitter aan de Geschilleninstantie Verloskunde, als docent Gezondheidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en als medewerker aan het wetenschappelijk bureau van Holla Advocaten te Eindhoven.

100% zekerheid niet vereist, maar zelfs een 'redelijke mate van waarschijnlijkheid' is niet zonder meer aan te nemen, nu de gezondheidstoestand van Wendy niet kan worden uitgesloten als oorzaak van haar overlijden.

Deze zaak is fictief, maar belichaamt de problemen waarmee een Nederlandse patiënt of diens erfgenaam kan worden geconfronteerd.[2] In een flink aantal gevallen is het onduidelijk of de schending van de zorgplicht de oorzaak was van de gezondheidsschade en/of wat de gevolgen van die schending op de gezondheidstoestand van de patiënt zijn geweest. Als gevolg daarvan worden vorderingen afgewezen, ook al is sprake van een beroepsfout. In die zaken lijkt het passend en billijk om te kiezen voor een proportionele aanpak, maar dit is makkelijker gezegd dan gedaan. In Nederland is zowel de doctrine van de proportionele aansprakelijkheid aanvaard als de leer van het verlies van een kans, maar wordt geworsteld met het onderscheid tussen de twee benaderingen, hoe de vastgestelde kansen moeten worden geïnterpreteerd en hoe moet worden omgegaan met statistische gegevens. Dit roept enige vragen op: welke verschillen zijn er tussen deze benaderingen en hoe is het mogelijk om de vastgestelde kansen verkeerd te interpreteren? Kan de Nederlandse rechtspraak de weg wijzen? En hoe te beslissen in de zaak van Wendy?

Deze vragen – of beter: de antwoorden erop – zijn het onderwerp van dit artikel. Na een algemene uiteenzetting van mogelijke benaderingen indien zich een situatie van causaliteitsonzekerheid voordoet (par. 2), onderzoek ik de verschillen tussen de benadering van de proportionele aansprakelijkheid en de benadering van de verloren kans tegen de achtergrond van statistiek en wiskunde (par. 3). Deze verkenning verschaft naar mijn mening duidelijkheid en geeft de handvatten die nodig zijn om een zaak als die van Wendy op te lossen (par. 4). Desalniettemin brengt het ook een aantal problemen aan het licht. De vastgestelde kansen op een correcte wijze waarderen is niet eenvoudig en verhoogt het risico op fouten. Enkele voorbeelden illustreren dat Nederlandse rechters vorderingen hebben afgewezen, zelfs als de kans dat de medische beroepsfout de oorzaak van de gezondheidsschade was, substantieel was (par. 5). Dit artikel sluit af met een conclusie, tevens opinie ten aanzien van de toepassing van zowel de benadering van de proportionele aansprakelijkheid als die van de verloren kans (par. 6).

2. Verschillende proportionele benaderingen

2.1 Causaliteitsonzekerheid

Een veelheid aan factoren kan van invloed zijn op het ontstaan van de schade zoals de patiënt die uiteindelijk heeft geleden. De handvatten in de bewijsrechtelijke sfeer ten spijt blijft causaliteitsonzekerheid in 'medische' kwesties dan ook een veelgehoord euvel. Causaliteitsonzekerheid treedt op wanneer slechts kan worden vastgesteld dat er een kans bestaat dat de geneeskundige behandeling oorzaak is van de schade en er evenzeer een kans bestaat dat daaraan een andere oorzaak debet is, zoals de gezondheidstoestand van de patiënt.[3] Voorts treedt causaliteitsonzekerheid op wanneer onduidelijk is wat er zou zijn gebeurd als de hulpverlener de diagnose tijdig had gesteld, de noodzakelijke behandeling wel was ingesteld, enzovoort. Er bestaat in dat geval een kans dat het verloop van het genezingsproces hetzelfde was geweest, maar ook een kans dat het verloop van het genezingsproces anders ('beter' of 'slechter') was verlopen.[4]

2.2 Benadering van de proportionele aansprakelijkheid als mogelijke oplossing

Doorgaans wordt in genoemde typen gevallen van causaliteitsonzekerheid (al dan niet met behulp van een bewijsvermoeden) de knoop doorgehakt door ofwel het condicio sine qua non-verband tussen de normschending en de schade aan te nemen, met als gevolg dat de hulpverlener volledig aansprakelijk wordt geacht, of dit verband niet aan te nemen, met als gevolg dat de vordering van de patiënt wordt afgewezen. Afwijzing van de vordering is echter niet bevredigend, indien vaststaat dat er een normschending heeft plaatsgevonden én er een reële kans bestaat dat die normschending oorzaak van de schade is geweest. Toewijzing van de vordering is evenmin bevredigend, omdat de hulpverlener dan schade moet vergoeden die mogelijk niet aan zijn fout is te wijten.

Een mogelijke oplossing voor deze onredelijkheid biedt het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid, dat de causaliteit benadert via de weg van de *veroorzakingswaarschijnlijkheid*.[5]

De Hoge Raad aanvaarde een dergelijke proportionele benadering voor het eerst in een kwestie van werkgeversaansprake-

---

2 De zaak is gebaseerd op een niet fictieve kwestie, maar de namen, enkele feiten en data zijn gewijzigd.

3 Vergelijk (niet-medisch) HR 31 maart 2006, **ECLI:NL:HR:2006:AU6093**, *NJ* 2011, 250, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

4 Vergelijk (niet-medisch) HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 456, met nt. C.J.H. Brunner.

5 Zie in het bijzonder over proportionele aansprakelijkheid A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997. Zie ook C.J.M. Klaassen, Monografieën BW, Schadevergoeding: algemeen deel 2, Deventer: Kluwer 2007, p. 78 en 79. Zie voor voorstanders van proportionele aansprakelijkheid M.G. Faure, (G)een schijn van kans. Beschouwingen over het Statistisch Causaliteitsbewijs bij Milieugezondheidsschade (oratie Maastricht), Antwerpen: Maklu 1993 en N. Frenk, 'Toerekening naar kansbepaling', *NJB* afl. 13/1995, p. 482-491. Zie voor voor- en nadelen van de benadering I. Giesen en T.F.E. Tjong Tjin Tai, Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht, Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Burgerlijk Recht 2008, p. 61-77 en de conclusie van A-G Wissink bij HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai. Zie voor een uiteenzetting in internationaal verband I. Gilead, M.D. Green, B.A. Koch e.a., Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives, Berlijn: De Gruyter 2013.

lijkheid, waarin onduidelijk was of de longkanker van de werknemer het gevolg was van blootstelling aan asbest of het gevolg was van het rookgedrag van de werknemer.[6]

Deze proportionele benadering bij onzekerheid over de normschending als oorzaak van de schade vindt volgens de Hoge Raad haar grondslag in de gedachte die achter artikel 6:99 BW in combinatie met artikel 6:101 BW, respectievelijk alternatieve causaliteit en eigen schuld, schuilgaat;[7] de aansprakelijke dader dient alleen datgene te vergoeden wat in evenredigheid staat met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt.[8] De omstandigheid dat artikel 6:99 BW en artikel 6:101 BW (slechts) de uitgangspunten vormen en niet als zodanig na elkaar worden toegepast, betekent overigens dat toepassing van de billijkheidscorrectie nadat de proporties zijn bepaald, op gespannen voet komt te staan met de regel van proportionele aansprakelijkheid.[9] Toepassing van een correctie zou wel mogelijk zijn om een *vermindering* van de vergoedingsplicht te bewerkstelligen, aldus de Hoge Raad.[10]

Wat dat laatste betreft zij opgemerkt dat dit (slechts) een optie is als zich causale omstandigheden aan de zijde van de benadeelde voordoen die niet reeds verdisconteerd (konden) zijn in het kader van de proportionele aansprakelijkheid zelf. De op basis van de proportionele aansprakelijkheid vastgestelde vergoedingsplicht zou in zo een geval op grond van artikel 6:101, eerste lid, BW verminderd kunnen worden in overeenstemming met de mate van wederzijdse causaliteit en er zou vervolgens op grond van de billijkheidscorrectie nog tot een andere verdeling van de schade besloten kunnen worden.

Bovendien heeft de Hoge Raad verduidelijkt dat voor een dergelijke proportionele benadering vooral plaats is, indien een norm geschonden is die gezondheidsschade beoogt te voorkomen.[11] Toch kan het ook in andere gevallen – *zij het met terughoudendheid* – redelijker zijn om de onzekerheid over het condicio sine qua non-verband tussen de normschending en de schade over partijen te verdelen, dan deze onzekerheid volledig voor risico van de benadeelde te laten komen.[12] Daarvoor kan in het bijzonder aanleiding zijn, indien de aansprakelijkheid van de aangesproken partij op zichzelf vaststaat, een niet zeer kleine kans bestaat dat het condicio sine qua non-verband tussen de geschonden norm en de geleden schade aanwezig is en de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending de toepassing van de genoemde regel rechtvaardigen, aldus de Hoge Raad.[13] De rechter die tot een proportionele benadering besluit, zal in zijn motivering moeten verantwoorden dat de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending toepassing van proportionele aansprakelijkheid in het concrete geval rechtvaardigen.[14]

---

6 HR 31 maart 2006, **ECLI:NL:HR:2006:AU6093**, *NJ* 2011, 250, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai. Zie voor een bespreking ook A.G. Castermans en P.W. den Hollander, 'Omgaan met onzekerheid. Proportionele aansprakelijkheid, artikel 6:101 BW en de leer van de kansschade', *NTBR* 2013, nr. 5, p. 185-195 en C.H. van Dijk, 'Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven', *TVP* 2013, nr. 3, p. 61-84. Zie voor een nuancering op dit punt J.S. Kortmann, Causaliteitsperikelen, Preadvies van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht, Deventer: Kluwer 2012, p. 50-51. Zie voor een vergelijkbare kwestie HR 7 juni 2013, **ECLI:NL:HR:2013:BZ1721**, *NJ* 2014, 99, met nt. T. Hartlief.

7 HR 31 maart 2006, **ECLI:NL:HR:2006:AU6093**, *NJ* 2011, 250, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai en HR 14 december 2012, **ECLI:NL:HR:2012:BX8349**, *NJ* 2013, 236, met nt. S.D. Lindenbergh, rov. 4.3. Zie uitvoeriger A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 447. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II 2017/81-81d.

8 HR 14 december 2012, **ECLI:NL:HR:2012:BX8349**, *NJ* 2013, 236, met nt. S.D. Lindenbergh. Zie voor een uiteenzetting en verduidelijking ook J.M. Emaus en A.L.M. Keirse, 'Proportionele aansprakelijkheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid', *MvV* 2013, nr. 5, p. 129-137.

9 Zie HR 14 december 2012, **ECLI:NL:HR:2012:BX8349**, *NJ* 2013, 236, met nt. S.D. Lindenbergh, rov. 4.3. Zie voor de daaraan voorafgaande beoordeling in hoger beroep Gerechtshof 's-Gravenhage 28 december 2010, zaaknr. 200.024.335/01 (niet gepubliceerd). Zie ook de conclusie van A-G Hammerstein bij het arrest. Onjuist is dan ook bijvoorbeeld Gerechtshof Arnhem 2 september 2012, **ECLI:NL:GHARN:2012:BX8853**, *JA* 2012, 208, met nt. R.P. Wijne.

10 HR 14 december 2012, **ECLI:NL:HR:2012:BX8349**, *NJ* 2013, 236, met nt. S.D. Lindenbergh, rov. 4.4. Zie voor een bespreking ook A.G. Castermans en P.W. den Hollander, 'Omgaan met onzekerheid. Proportionele aansprakelijkheid, artikel 6:101 BW en de leer van de kansschade', *NTBR* 2013, nr. 5, p. 185-195 en J.M. Emaus en A.L.M. Keirse, 'Proportionele aansprakelijkheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid', *MvV* 2013, nr. 5, p. 129-137.

11 HR 31 maart 2006, **ECLI:NL:HR:2006:AU6093**, *NJ* 2011, 250, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai. Zie ook A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177.

12 HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai en HR 21 december 2012, **ECLI:NL:HR:2012:BX7491**, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans en *NJ* 2013, 237, met nt. S.D. Lindenbergh. Zie voor een bespreking ook A.G. Castermans en P.W. den Hollander, 'Omgaan met onzekerheid. Proportionele aansprakelijkheid, artikel 6:101 BW en de leer van de kansschade', *NTBR* 2013, nr. 5, p. 185-195; J.M. Emaus en A.L.M. Keirse, 'Proportionele aansprakelijkheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid', *MvV* 2013, nr. 5, p. 129-137 en C.H. van Dijk, 'Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven', *TVP* 2013, nr. 3, p. 61-84.

13 HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai en HR 21 december 2012, **ECLI:NL:HR:2012:BX7491**, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans en *NJ* 2013, 237, met nt. S.D. Lindenbergh.

14 HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai en HR 21 december 2012, **ECLI:NL:HR:2012:BX7491**, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans en *NJ* 2013, 237, met nt. S.D. Lindenbergh. Zie ook Gerechtshof Leeuwarden 17 april 2012, **ECLI:NL:GHLEE:2012:BW2983**, *JA* 2012, 144, met nt. P.J. Klein Gunnewiek.

2.3 *Benadering van de verloren kans als mogelijke oplossing*

Een mogelijke oplossing voor de onredelijkheid waartoe de bewijslastverdeling ter zake van het causaal verband kan leiden, kan tevens zijn gelegen in de benadering van de '*verloren kans*'.[15]

Een dergelijke benadering is te zien bij beroepsaansprakelijkheidszaken van advocaten waarin de vraag centraal staat wat de kans op succes in hoger beroep zou zijn geweest als de advocaat niet te laat hoger beroep had ingesteld.[16]

De benadering van de verloren kans is verwant aan de hiervoor beschreven proportionele benadering, doch is daarvan tevens te onderscheiden.[17] Deze benadering vindt plaats vanuit het schadebegrip. Uitgangspunt is de normale wijze waarop het condicio sine qua non-verband wordt vastgesteld: er wordt een vergelijking gemaakt tussen de schade in de situatie met normschending en de schade die zou zijn ontstaan in de hypothetische situatie zonder normschending.[18] Die eerste situatie is een in werkelijkheid bestaande situatie: het is de situatie waarin de benadeelde zich thans bevindt (of op enig moment na de normschending heeft bevonden of zal bevinden). De tweede situatie is fictief: het is een situatie die er nooit zal zijn en die er ook nooit zal kunnen zijn.

Op 23 december 2016 verduidelijkte de Hoge Raad hoe de vergelijking van de twee situaties in een medische kwestie moet plaatsvinden. Het ging in deze zaak om de vraag in hoeverre de blindheid van de prematuur geboren baby Esther (een van een tweeling, de andere baby overleed in de eerste week na haar geboorte) die was ontstaan door een netvliesloslating het gevolg was van een te laat verrichte controle van beide ogen door een oogarts van het Erasmus Medisch Centrum. Zowel de Rechtbank Rotterdam als het Gerechtshof Den Haag oordeelde dat als gevolg van de op zich vaststaande normschending, de te late controle, niet geconcludeerd kon worden dat als gevolg van de vertraging een zodanig reële kans op een beter behandelingsresultaat verloren was gegaan dat dit toewijzing van enig deel van het gevorderde zou kunnen rechtvaardigen. Het Gerechtshof Den Haag overwoog in dat verband – zulks in navolging van het bericht van een deskundige daaromtrent – dat een redelijk handelend en redelijk bekwaam oogarts de baby op 2 juli 1996 opnieuw zou hebben onderzocht en een vervolgcontrole op een termijn van één week zou hebben bepaald. In dat geval zou op omstreeks hetzelfde moment behandeling hebben plaatsgevonden als nu het geval was geweest en was er dus geen sprake van enig kansverlies, aldus het hof. Dat er mogelijk wel sprake zou zijn van enig kansverlies als zou worden uitgegaan van een optimale behandeling waardoor het meisje mogelijk wel eerder dan 10 juli 1996 zou zijn behandeld, was volgens het hof voor de beoordeling van de onderhavige vorderingen niet relevant, nu de norm waaraan getoetst moet worden niet de optimaal handelende oogarts is, maar de redelijk handelende en redelijk bekwame oogarts. In cassatie oordeelde de Hoge Raad evenwel anders en overwoog als volgt: 'Bij de beantwoording van de vraag of voor een patiënt een kans op een beter behandelingsresultaat verloren is gegaan, dient eerst te worden beoordeeld of is gehandeld in strijd met de norm van hetgeen een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot betaamt. Indien wordt geoordeeld dat in strijd met deze norm is gehandeld, dient vervolgens ter beoordeling van het causaal verband tussen de normschending en de gestelde schade een vergelijking te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie na de normschending en de hypothetische situatie zoals die geweest zou zijn als de normschending zou zijn uitgebleven. Wat de feitelijke situatie betreft, gaat het om de vaststelling van hetgeen daadwerkelijk is voorgevallen. Wat de hypothetische situatie betreft, gaat het om de vaststelling van wat feitelijk zou zijn gebeurd zonder de normschending. Voor die hypothetische situatie dient dus niet te worden uitgegaan van de norm van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot, maar van de behandeling die feitelijk zou hebben plaatsgevonden,

---

15 Zie uitvoeriger over de benadering van de verloren kans A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, hoofdstuk 3. Zie ook A.J. Van, Onzekerheid over daderschap en causaliteit (diss. Rotterdam), Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 261-265. Zie voor een bespreking van de benadering van de verloren kans voorts M.J.J. de Ridder, 'Kansverlies als schadefactor bij medische aansprakelijkheid', *AA* 44 (1995) 7/8; A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177; C.J.M. Klaassen, 'Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 182-193 en C.H. van Dijk, 'Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven', *TVP* 2013, nr. 3, p. 61-84.

16 Zie bijvoorbeeld HR 27 oktober 1997, *NJ* 1998, 257, met nt. P.A. Stein; HR 19 januari 2007, *NJ* 2007, 63 en HR 16 februari 2007, **ECLI:NL:HR:2007:AZ0419**, *NJ* 2007, 256, met nt. J.M.M. Maeijer. Zie ook HR 13 februari 1981, *NJ* 1981, 456, met nt. C.J.H. Brunner voor de benadering van een verlies van een kans (in een niet-medische zaak).

17 Zie voor kritiek op het onderscheidend karakter C.H. van Dijk en A.J. Akkermans bij HR 21 december 2012, **ECLI:NL:HR:2012:BX7491**, *JA* 2013, 41. Van Dijk en Akkermans spreken van twee kanten van dezelfde medaille, bij welke mening ik mij aansluit. Zie in dit verband ook C.J.M. Klaassen, 'Kansschade en proportionele aansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad geen zijden van dezelfde medaille', *AV&S* 2013/14; A.G. Castermans en P.W. den Hollander, 'Omgaan met onzekerheid. Proportionele aansprakelijkheid, artikel 6:101 BW en de leer van de kansschade', *NTBR* 2013, nr. 5, p. 185-195 en C.H. van Dijk, 'Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven', *TVP* 2013, nr. 3, p. 61-84.

18 Zie (niet-medische zaken) HR 17 september 2010, **ECLI:NL:HR:2010:BM9646**, *RvdW* 2010, 1058 en HR 11 december 2009, **ECLI:NL:HR:2009:BK0859**, *NJ* 2010, 3.

zij het dat daarbij wel uitgangspunt moet zijn dat geen normschending zou hebben plaatsgevonden.'[19]
Het hof was volgens de Hoge Raad dan ook uitgegaan van een verkeerde maatstaf en had miskend dat de behandelend oogarts zelf had verklaard dat als hij de vaatverwijding bij het meisje had gezien, hij eerder tot behandeling was overgegaan en een spoedcrio had laten uitvoeren. Het hof had bovendien ten onrechte buiten beschouwing gelaten dat het verlies van een kans op een beter behandelingsresultaat tot vergoedbare schade kan leiden. De enkele bevinding van de gerechtelijk deskundige die verklaarde dat de kans dat eerdere behandeling tot een beter resultaat zou hebben geleid niet groot was, kon het oordeel van het hof dat deze kans rechtens niet relevant was niet dragen, aldus de Hoge Raad. De Hoge Raad vernietigde het arrest van het hof en verwees de zaak voor verdere behandeling naar het Gerechtshof Amsterdam.

De benadering van de verloren kans is dus in feite niets anders dan een toepassing van de condicio sine qua non-test, met als bijzonderheid dat de schade wordt uitgedrukt in termen van kansen, meestal de kans op het voorkómen van (verdere) gezondheidsschade.[20] De patiënt hoeft bij toepassing van de benadering van de verloren kans niet langer te bewijzen dat de normschending door de hulpverlener de vaststaande en rechtstreekse oorzaak is van de schade van de patiënt. Hij hoeft 'slechts' aan te tonen dat die normschending hem een kans op genezing of op het voorkomen van letsel heeft ontnomen.[21] De essentie van de benadering is dat een dergelijke kans een in geld uit te drukken waarde vertegenwoordigt: het verlies van de kans vormt vermogensschade en die moet worden vergoed.[22] Het feit dat de rechter bij de benadering van de verloren kans de omvang van de schade bepaalt, betekent overigens dat de rechter niet alleen eerst nadat partijen een beroep hebben gedaan op de benadering van de verloren kans de zaak mag afdoen op dit leerstuk, maar dat hij daartoe zelfstandig mag overgaan.[23] De benadering van de verloren kans kent, in tegenstelling tot de proportionele benadering gebaseerd op de uitgangspunten van artikel 6:99 BW en 6:101 BW, niet de beperking dat een terughoudende toepassing op zijn plaats is.[24]

2.4 Onderscheid tussen de benaderingen en toepassing in de praktijk

Om het onderscheid tussen de verschillende, maar verwante, benaderingen duidelijk te maken is in de literatuur wel verdedigd dat de proportionele benadering met name goed kan worden gebezigd in die gevallen waarin de mogelijke oorzaken van de schade in het verleden liggen. De benadering van de verloren kans zou zich bij voorkeur laten gebruiken in die gevallen waarin de onzekerheid betrekking heeft op hetgeen in de toekomst zal geschieden.[25] De Hoge Raad heeft in 2010 echter geoordeeld dat dit onderscheid in elk geval niet als uitgangspunt kan dienen om de toepasselijkheid van proportionele aansprakelijkheid af te bakenen.[26] In 2012 kwam de Hoge Raad bovendien met een ander onderscheidend criterium.[27] De rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid is geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over het condicio sine qua non-verband tussen enerzijds de normschending en anderzijds de (op zichzelf vaststaande of vast te stellen) schade, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat de schade

---

19 HR 23 december 2016, **ECLI:NL:HR:2016:2987**, *GZR* 2017-0001, met nt. R.P. Wijne (Baby Esther). Zie voor het arrest van het Gerechtshof Den Haag 21 april 2015, **ECLI:NL:GHDHA:2015:876**, *GZR* 2015-0196. Zie voor een bespreking van het arrest ook A.N.L. de Hoogh, 'Kansschade: wat zou er zijn gebeurd als de arts…?', *PIV-Bulletin* februari 2017, p. 10-12, de annotatie van M.J.J. de Ridder *TvGR* 2017, nr. 3, p. 241-247 en de annotatie van S.D. Lindenbergh *NJ* 2017, 133.

20 Zie voor een beschrijving van de leer A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, hoofdstuk 3 en p. 431 e.v. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II 2017/80-80b; A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177 en C.J.M. Klaassen, 'Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 182-193.

21 HR 21 december 2012, **ECLI:NL:HR:2012:BX7491**, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans en *NJ* 2013, 237, met nt. S.D. Lindenbergh (niet-medisch). Zie ook A.J. Van en R.P. Wijne, 'Lies, damned lies and statistics, de berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid', *TVP* 2012, nr. 1, p. 16-25.

22 A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg) Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 107. Zie ook A.J. Van en R.P. Wijne, 'Lies, damned lies and statistics, de berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid', *TVP* 2012, nr. 1, p. 16-25.

23 HR 25 september 1981, *NJ* 1982, 255.

24 HR 21 december 2012, **ECLI:NL:HR:2012:BX7491**, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans, rov. 3.7. Van Dijk en Akkermans hebben kritiek op dit punt, gezien hun mening dat er slechts sprake is van twee kanten van dezelfde medaille. Zie ook Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2013, **ECLI:NL:GHARL:2013:BZ1711**. Zie voorts de noot van S.D. Lindenbergh bij HR 21 december 2012, *NJ* 2013, 237. Lindenbergh twijfelt of de Hoge Raad daadwerkelijk bedoeld heeft te zeggen dat de terughoudende benadering bij de leer van de verloren kans niet geldt.

25 Zie daarover Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II 2017/80b. Zie in min of meer dezelfde bewoordingen en met voorbeelden (ook een van zorggerelateerde schade) J.S. Kortmann, Causaliteitsperikelen, Preadvies van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht, Deventer: Kluwer 2012, p. 41-47.

26 HR 24 december 2010, *NJ* 2011, 251, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai. Zie ook C.H. van Dijk, 'Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven', *TVP* 2013, nr. 3, p. 61-84.

27 HR 21 december 2012, **ECLI:NL:HR:2012:BX7491**, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans en *NJ* 2013, 237, met nt. S.D. Lindenbergh.

kan zijn veroorzaakt hetzij door de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis, hetzij door een voor risico van de benadeelde komende omstandigheid, hetzij door een combinatie van beide oorzaken. De benadering van de verloren kans is geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd.[28]

Dat de Hoge Raad onderscheid maakt, is kritisch ontvangen.[29] A-G Hartlief schrijft in zijn conclusie bij het arrest van de Hoge Raad van 23 december 2016 (Baby Esther) dat de wijze waarop het probleem wordt benaderd afhankelijk kan zijn van de procedurele insteek,[30] maar dat het eigenlijk om hetzelfde probleem gaat en ook tot hetzelfde resultaat (percentage) zou moeten leiden: '3.4 (...) Uit genoemd arrest blijkt dat Uw Raad het onderscheid tussen kansschade en proportionele aansprakelijkheid van belang acht omdat bij toepassing van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid – kennelijk anders dan bij toepassing van dat van de kansschade – terughoudendheid dient te worden betracht. Dit onderscheid is door een aantal commentatoren met instemming, maar door andere eerder kritisch ontvangen.
3.5 Ik meen dat er inderdaad 'normaaltypen' zijn waarbij toepassing van één van beide technieken voor de hand liggend en geëigend is. Dat blijkt ook al uit de schets van beide leerstukken door Uw Raad in het arrest Deloitte/[...]. Toch, en dat is waarop naar mijn inschatting de critici de nadruk leggen, kan het mede afhankelijk zijn van het perspectief en debat in de procedure of een casus zich manifesteert als een schade-probleem dan wel een probleem van causaliteit(sonzekerheid). In het eerste geval komt het leerstuk van de kansschade eventueel in beeld, in het tweede juist dat van de proportionele aansprakelijkheid. (...)
3.6 De onzekerheid over de schadelijke gevolgen van een medische fout kan zowel langs de weg van causaliteit (proportionele aansprakelijkheid) als langs de weg van de schadebegroting (kansschade) worden opgelost. De keuze voor de ene of de andere benadering zou niet moeten kunnen resulteren in een andere uitkomst. (...)[31]

Het onderscheid is in de literatuur overigens ook wel toegejuicht. Betoogd is dat de benadering van de verloren kans van toepassing is als de werkelijke causaliteit vaststaat (de fout heeft geleid tot behoud van de status quo), terwijl de hypothetische causaliteit onzeker is: bij afwezigheid van de fout was er een serieuze kans op een gunstige uitkomst (winst), en een serieuze kans op behoud van de status quo; het causaliteitsprobleem, de onzekerheid, doet zich dus voor in het hypothetische domein. De proportionele aansprakelijkheid zou kunnen worden toegepast om een gat in de causale keten 'te dichten' en zou zich alleen kunnen voordoen als er afzonderlijk werkende oorzaken zijn: twee oorzaken die ieder voor zich de schade (situatie) konden veroorzaken en zich tegelijk voordeden.[32]

Gezien de geschetste problematiek van causaliteitsonzekerheid in medische zaken is het niet verwonderlijk dat in medische zaken regelmatig wordt 'gekozen' voor een proportionele benadering van het condicio sine qua non-verband in kwesties waarin de oorzaak van de schade respectievelijk de invloed van de normschending (of het

---

28 Zie voor een bespreking van het arrest ook A.G. Castermans en P.W. den Hollander, 'Omgaan met onzekerheid. Proportionele aansprakelijkheid, artikel 6:101 BW en de leer van de kansschade', *NTBR* 2013, nr. 5, p. 185-195. Castermans en Den Hollander merken op dat sprake is van een onderscheid tussen de vestigings- en de omvangsfase waarin de proportionele aansprakelijkheid plaatsvindt. De verloren kans benadering ziet op de omvangsfase. Dit lijkt mij op zich juist. Zie voor een bespreking van het arrest tevens R. Rijnhout en N. Steurrijs, 'Kroniek Schadevergoedingsrecht 2012-2015', *AV&S* 2015/20.

29 Zie bijvoorbeeld annotatie S.D. Lindenbergh onder HR 21 december 2012, **ECLI:NL:HR:2012:BX7491**, *NJ* 2013, 237; C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid versus kansschade: gelijke monniken', in F.T. Oldenhuis/H. Vorsselman (red.), Causaliteit in letselschadezaken, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 65-66; H.J.J. Leenen J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, Handboek Gezondheidsrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zesde druk, 2014, p. 626; C.H. van Dijk, 'Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven', *TVP* 2013, nr. 3, p. 81-83; M.J.J. de Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGR* 2013, nr. 6, p. 556, alsmede annotatie A.J. Akkermans en C.H. van Dijk onder HR 21 december 2012, **ECLI:NL:HR:2012:BX7491**, *JA* 2013, 41. Zie eerder reeds A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157 en 169 en A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 171, 196 en 445. Kritisch over het onderscheid tussen beide leerstukken waar het gaat om de noodzaak van een terughoudende toepassing zijn E.A.L. van Emden en M. de Haan, Beroepsaansprakelijkheid, Deventer: Kluwer 2014, § 6.7 en J.C.J. Wouters, 'Proportionele aansprakelijkheid, kansschade en verlies van een kans (II)', *WPNR* 2013/6974, p. 357.

30 Zie ook A.J. Akkermans, 'Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid', in: A.J. Akkermans, M.G. Faure en T. Hartlief (red.) Proportionele aansprakelijkheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 87-91. Akkermans schrijft dat het toepassingsgebied van een proportionele benadering afhangt van de juiste kwalificatie van het probleem niet houdbaar is; schade bevat namelijk een causaal element.

31 Conclusie van A-G Hartlief bij HR 23 december 2016, **ECLI:NL:PHR:2016:871**.

32 T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid', *NJB* afl. 31/2016. Opgemerkt zij wel dat ook bij de proportionele aansprakelijkheid een hypothetisch element in het spel is. Zie ook A.J. Akkermans, 'Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid', in: A.J. Akkermans, M.G. Faure en T. Hartlief (red.) Proportionele aansprakelijkheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 93-94 en 129.

gebrek in het product) op de schade onduidelijk is. Zowel de proportionele benadering via de uitgangspunten van artikel 6:99 BW en artikel 6:101 BW als de benadering van de verloren kans wordt in medische zaken toegepast.[33] In de praktijk lijkt zich echter een voorkeur af te tekenen voor de benadering van de verloren kans op een beter behandelingsresultaat (al is een onderscheid met de proportionele benadering niet altijd even helder en wordt soms gekozen voor de benadering van de verloren kans, terwijl een proportionele benadering meer voor de hand ligt of omgekeerd[34]). Zij wordt het meest toegepast wanneer zich een vertraging in de behandeling voordoet of in geval van het uitblijven van behandeling.[35] De vertraging in of het uitblijven van behandeling blijkt doorgaans te zijn ontstaan door geen of een onjuiste diagnosestelling samenhangend met geen of onvoldoende onderzoek.[36] Wanneer onzeker is of de hulpverlener in het hypothetische geval tot een juiste diagnosestelling zou zijn gekomen (en dus niet alleen onzeker is wat het resultaat was wanneer eerder was ingegrepen), wordt wel aangenomen dat de redelijkheid met zich brengt dat deze onzekerheid voor rekening van de hulpverlener blijft, omdat zijn tekortkoming het risico heeft geschapen dat de juiste diagnose achterwege is ge-

---

33 Zie voor voorbeelden Gerechtshof Amsterdam 4 april 1985, *TvGR* 1986, 54; Gerechtshof Amsterdam 13 juni 1985, *TvGR* 1986, 38; Rechtbank Amsterdam 15 december 1993 en Gerechtshof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213 (Baby Ruth); Rechtbank Middelburg 11 maart 1998, *NJ* 1999, 41; Rechtbank Amsterdam 28 oktober 1998, *NJ* 1999, 406; Gerechtshof Arnhem 14 december 1999, *VR* 2001, 19, met nt. A.J. Akkermans; Rechtbank Zwolle 31 mei 2000, *NJkort* 2000, 89; Rechtbank Leeuwarden 12 juli 2000, *TvGR* 2001, 13; Rechtbank 's-Gravenhage 12 juli 2000, *VR* 2001, 20, met nt. A.J. Akkermans; Rechtbank Roermond 12 oktober 2000, **ECLI:NL:RBROE:2000:AA7520**; Rechtbank Alkmaar 3 oktober 2002, **ECLI:NL:RBALK:2002:AE8326**; Gerechtshof 's-Gravenhage 10 oktober 2002, *NJ* 2003, 99; Rechtbank Maastricht 21 mei 2003, **ECLI:NL:RBMAA:2003:AF9045**; Rechtbank Amsterdam 28 mei 2003, *NJ* 2004, 45; Rechtbank Middelburg 28 april 2004, **ECLI:NL:RBMID:2004:AP0788**; Rechtbank Amsterdam 22 december 2004, *VR* 2005, 104; Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, **ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628**, JA 2006/44 met nt. M. Zaadhof; Gerechtshof Arnhem 17 januari 2006, **ECLI:NL:GHARN:2006:AU9962**; Rechtbank Haarlem 1 maart 2006, **ECLI:NL:RBHAA:2006:AV5277**; Rechtbank Groningen 14 februari 2007, **ECLI:NL:RBGRO:2007:BA7177**, *NJF* 2007, 355; Rechtbank 's-Gravenhage 31 december 2008, **ECLI:NL:RBSGR:2008:BG9127**, *JA* 2009, 31, met nt. R.W.M. Giard; Gerechtshof 's-Gravenhage 28 april 2009, **ECLI:NL:GHSGR:2009:BI4768**; Rechtbank Rotterdam 10 juni 2009, **ECLI:NL:RBROT:2009:BI9931**; Gerechtshof Arnhem 8 september 2009, *JA* 2010, 41, met nt. P. Silakhori; Rechtbank Arnhem 10 maart 2010, **ECLI:NL:RBARN:2010:BL8529**, *NP* 2010, 16; Rechtbank Rotterdam 31 maart 2010, **ECLI:NL:RBROT:2010:BM0825**; Rechtbank Rotterdam 14 april 2010, **ECLI:NL:RBROT:2010:BN7297**; Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, **ECLI:NL:RBAMS:2010:BO3288**, *JA* 2011, 4, met nt. L.C. Dufour en het hoger beroep Gerechtshof Amsterdam 5 juli 2011, **ECLI:NL:GHAMS:2011:BR2898**; Rechtbank Utrecht 8 december 2010, **ECLI:NL:RBUTR:2010:BO6888**, *JA* 2011, 16; Rechtbank Arnhem 26 januari 2011, **ECLI:NL:RBARN:2011:BP5299**, *JA* 2011, 82; Rechtbank Amsterdam 18 mei 2011, **ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ6524**, *JA* 2011, 112; Rechtbank Arnhem 14 december 2011, **ECLI:NL:RBARN:2011:BV1901**, *JA* 2012, 55; Gerechtshof Leeuwarden 17 april 2012, **ECLI:NL:GHLEE:2012:BW2983**, *JA* 2012, 144, met nt. P.J. Klein Gunnewiek; Rechtbank Alkmaar 18 april 2012, **ECLI:NL:RBALK:2012:BW7789**; Rechtbank Rotterdam 2 mei 2012, **ECLI:NL:RBROT:2012:BW4845**; Rechtbank Rotterdam 29 augustus 2012, **ECLI:NL:RBROT:2012:BX6987**; Gerechtshof Arnhem 2 september 2012, **ECLI:NL:GHARN:2012:BX8853**, *JA* 2012, 208, met nt. R.P. Wijne; Rechtbank 's-Hertogenbosch 12 december 2012, **ECLI:NL:RBSHE:2012:BY6328**; Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2013, **ECLI:NL:GHARL:2013:BZ1711**; Rechtbank Gelderland 23 oktober 2013, *GZR* 2014-0427, met nt. A.J. Van en R.P. Wijne; Rechtbank Zeeland-West-Brabant 19 februari 2014, **ECLI:NL:RBZWB:2014:1210**; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 6 mei 2014, **ECLI:NL:GHSHE:2014:1265**; Rechtbank Noord-Holland 20 augustus 2014, **ECLI:NL:RBNHO:2014:12412**; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 september 2014, **ECLI:NL:GHSHE:2014:3887**; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 maart 2015, *GZR* 2015-0127 met vervolg Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 juli 2015, **ECLI:NL:GHSHE:2015:2663** en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 mei 2016, **ECLI:NL:GHSHE:2016:1741**; Gerechtshof Den Haag 21 april 2015, **ECLI:NL:GHDHA:2015:876**, *GZR* 2015-0196; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 oktober 2015, **ECLI:NL:GHSHE:2015:4163**; Gerechtshof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem, 1 maart 2016, *GZR* 2016-0115; HR 23 december 2016, **ECLI:NL:HR:2016:2987**, *GZR* 2017-0001, met nt. R.P. Wijne (Baby Esther) en Rechtbank Den Haag 17 mei 2017, **ECLI:NL:RBDHA:2017:5685**, *GZR* 2017-0230. Zie voor deze conclusie ook A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177.

34 Zie ook A.G. Castermans en P.W. den Hollander, 'Omgaan met onzekerheid. Proportionele aansprakelijkheid, artikel 6:101 BW en de leer van de kansschade', *NTBR* 2013, nr. 5, p. 185-195 met een bespreking van Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2013, **ECLI:NL:GHARL:2013:BZ1711**.

35 Zie bijvoorbeeld Rechtbank Amsterdam 15 december 1993 en Gerechtshof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213 (Baby Ruth). Eerder: Gerechtshof Amsterdam 4 april 1985, *TvGR* 1986, 54 en Gerechtshof Amsterdam 13 juni 1985, *TvGR* 1986, 38. Later: Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 oktober 2015, **ECLI:NL:GHSHE:2015:4163** en Gerechtshof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem, 1 maart 2016, *GZR* 2016-0115.

36 Aan de orde bij bijvoorbeeld Gerechtshof Amsterdam 4 april 1985, *TvGR* 1986, 54; Gerechtshof Amsterdam 13 juni 1985, *TvGR* 1986, 38; Rechtbank Amsterdam 15 december 1993 en Gerechtshof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213 (Baby Ruth); Gerechtshof Arnhem 14 december 1999, *VR* 2001, 19, met nt. A.J. Akkermans; Rechtbank Alkmaar 3 oktober 2002, **ECLI:NL:RBALK:2002:AE8326**; Rechtbank 's-Gravenhage 12 juli 2000, *VR* 2001, 20, met nt. A.J. Akkermans; Rechtbank Amsterdam 28 mei 2003, *NJ* 2004, 45; Rechtbank Amsterdam 22 december 2004, *VR* 2005, 104; Rechtbank Rotterdam 14 april 2010, **ECLI:NL:RBROT:2010:BN7297**; Rechtbank Rotterdam 10 juni 2009, **ECLI:NL:RBROT:2009:BI9931**; Rechtbank Utrecht 8 december 2010, **ECLI:NL:RBUTR:2010:BO6888**, *JA* 2011, 16; Rechtbank Arnhem 26 januari 2011, **ECLI:NL:RBARN:2011:BP5299**, *JA* 2011, 82; Rechtbank Zeeland-West-Brabant 19 februari 2014, **ECLI:NL:RBZWB:2014:1210**; Rechtbank Noord-Holland 20 augustus 2014, **ECLI:NL:RBNHO:2014:12412** en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 maart 2015, *GZR* 2015-0127 met vervolg Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 juli 2015, **ECLI:NL:GHSHE:2015:2663** en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 mei 2016, **ECLI:NL:GHSHE:2016:1741**.

bleven.[37] Toepassing van de benadering van de verloren kans blijkt desalniettemin ook te worden toegepast in het geval van een onjuist uitgevoerde behandeling.[38]
In dit verband zij opgemerkt dat zowel in de literatuur als in de rechtspraak ervan wordt uitgegaan dat, wil de benadering van de verloren kans toepassing vinden, de mate van waarschijnlijkheid begrensd moet zijn: er is een minimale kans en een maximale kans.[39] De reden hiervoor is dat het kansleerstuk te ver zou uitdijen indien het onbegrensd zou zijn en deze vorm van causaal verband eerder regel dan uitzondering zou worden. Waar de grens ligt, is evenwel nog niet duidelijk. Wel kan uit de jurisprudentie worden afgeleid dat wanneer de verloren kans op een beter behandelingsresultaat niet nihil of verwaarloosbaar klein is – dat wil zeggen 10% of groter – de benadering van de verloren kans kan worden toegepast.[40]

3. Wanneer welke proportionele benadering; de rekenmethoden

Met het voortschrijden van de techniek en het vergaren van de kennis om gevolgen van een behandeling in percentages uit te drukken, wordt in gevallen van proportionele aansprakelijkheid wel gebruik gemaakt van statistische gegevens.[41] Een eventueel bezwaar hiertegen is dat een statistisch gemiddelde nog niet wil zeggen dat dit percentage ook van toepassing is op het individuele geval. Toch hoeft dit geen probleem op te leveren, zolang de patiënt de mogelijkheid heeft om onderbouwd duidelijk te maken, dat er voor hem een andere kans geldt.[42] Doorgaans worden de statische gegevens aangereikt door een deskundige.[43] Deskundigen zijn in staat gebleken om met aanknopingspunten te komen, al dan niet onderbouwd met medisch wetenschappelijke literatuur.[44] Wat evenwel een gevaar of nadeel is gebleken, is

---

37 Gerechtshof Arnhem 14 december 1999, *VR* 2001, 19, met nt. A.J. Akkermans. Eenzelfde redenering is te zien bij Rechtbank 's-Gravenhage 12 juli 2000, *VR* 2001, 20, met nt. A.J. Akkermans; Rechtbank Alkmaar 3 oktober 2002, **ECLI:NL:RBALK:2002:AE8326** en Gerechtshof 's-Gravenhage 10 oktober 2002, *NJ* 2003, 99. Dat dit echter geen vanzelfsprekende stap is, blijkt uit Rechtbank Amsterdam 28 oktober 1998, *NJ* 1999, 406 en Rechtbank Arnhem 26 januari 2011, **ECLI:NL:RBARN:2011:BP5299**, *JA* 2011, 82. Zie voor een (ander) voorbeeld waarin zowel de kans op het besluit tot een operatie als de kans op overleven werd beoordeeld Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2013, **ECLI:NL:GHARL:2013:BZ1711**.

38 Rechtbank Middelburg, 11 maart 1998, *NJ* 1999, 41 (niet juist zetten van de ellepijp en de kans op een beter resultaat bij het wel in de juiste stand zetten). Zie in vergelijkbare zin Rechtbank Middelburg 28 april 2004, **ECLI:NL:RBMID:2004:AP0788** (knikstand na uitblijvende behandeling); Rechtbank Rotterdam 29 augustus 2012, **ECLI:NL:RBROT:2012:BX6987** (posttraumatische artrose na onjuiste behandeling van fractuur) en Rechtbank Roermond 12 oktober 2000, **ECLI:NL:RBROE:2000:AA7520** (risico op ziekteverschijnselen als niet een expectatief beleid was gevoerd).

39 Zie A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 244-246 en A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177.

40 Zie de overwegingen van het Gerechtshof Amsterdam 4 januari 1996, *NJ* 1997, 213 (Baby Ruth) evenals Rechtbank Zwolle 31 mei 2000, *NJ*kort 2000, 89; Rechtbank Middelburg 11 maart 1998, *NJ* 1999, 41 en Rechtbank Arnhem 10 maart 2010, **ECLI:NL:RBARN:2010:BL8529**, *NP* 2010, 16. Zie voor 15% aansprakelijkheid Rechtbank Arnhem 25 juli 2012, **ECLI:NL:RBARN:2012:BX4548**. Zie voor kleinere kansen (en een afwijzing) Rechtbank Amsterdam 18 mei 2011, **ECLI:NL:RBAMS:2011:BQ6524**, *JA* 2011, 112 en Gerechtshof Arnhem 15 maart 2011, *JA* 2011, 81. Zie eveneens Rechtbank Breda 19 december 2012, **ECLI:NL:RBBRE:2012:BY7399** (verloren kans te speculatief); Rechtbank Arnhem 12 december 2012, **ECLI:NL:RBARN:2012:BY8253** (verloren kans op uitblijven amputatie te gering); Gerechtshof 's-Hertogenbosch 4 juni 2013, **ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2219** (verlies van een reële kans niet aangetoond); Gerechtshof Den Haag 21 april 2015, **ECLI:NL:GHDHA:2015:876**, *GZR* 2015-0196 (kans verwaarloosbaar klein, maar oordeel in cassatie vernietigd, zie HR 23 december 2016, **ECLI:NL:HR:2016:2987**, *GZR* 2017-0001, met nt. R.P. Wijne (Baby Esther)); Rechtbank Gelderland 22 april 2015, **ECLI:NL:RBGEL:2015:2701** (kans niet reëel) en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 mei 2016, **ECLI:NL:GHSHE:2016:1741** (kans niet reëel). Zie voor een (te) grote kans en dus volledige toewijzing Gerechtshof Arnhem 8 september 2009, *JA* 2010, 41, met nt. P. Silakhori. Zie voor een te grote kans (95%) ook Rechtbank 's-Gravenhage 18 juli 2012, **ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6419**. Zie anders Gerechtshof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem, 1 maart 2016, *GZR* 2016-0115: verloren kans 99%, geen 100%.

41 A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 187.

42 Zie ook A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 188 met verwijzing naar buitenlandse jurisprudentie.

43 Zie voor voorbeelden Gerechtshof Arnhem 17 januari 2006, **ECLI:NL:GHARN:2006:AU9962**; Rechtbank 's-Gravenhage 31 december 2008, **ECLI:NL:RBSGR:2008:BG9127**, *JA* 19 maart 2009, 31, met nt. R.W.M. Giard; Rechtbank Rotterdam 10 juni 2009, **ECLI:NL:RBROT:2009:BI9931**; Rechtbank Arnhem 10 maart 2010, **ECLI:NL:RBARN:2010:BL8529**, *NP* 2010, 16; Rechtbank Rotterdam 31 maart 2010, **ECLI:NL:RBROT:2010:BM0825**; Rechtbank Rotterdam 14 april 2010, **ECLI:NL:RBROT:2010:BN7297**; Rechtbank Arnhem 26 januari 2011, *JA* 2011, 82; Rechtbank Alkmaar 18 april 2012, **ECLI:NL:RBALK:2012:BW7789**; Rechtbank Rotterdam 29 augustus 2012, **ECLI:NL:RBROT:2012:BX6987** en Rechtbank Noord-Holland 20 augustus 2014, **ECLI:NL:RBNHO:2014:12412**. Zie voor de haken en ogen aan het gebruik van statistisch bewijs in een gerechtelijke procedure R.W.M. Giard, 'Op jacht naar de causale verklaring met een statistische speurhond: een geschikte geurproef?', *EeR* 2013, nr. 4, p. 141-145.

44 Zie voor een zaak waarin het verweer dat omdat medisch wetenschappelijke literatuur ontbrak de benadering van de verloren kans niet kon worden toegepast, werd gepasseerd Rechtbank Rotterdam 2 mei 2012, **ECLI:NL:RBROT:2012:BW4845**. Zie eveneens A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177 die menen dat die eis te streng zou zijn.

dat de rechter op basis van door de medische wetenschap aangedragen percentages tot ingewikkelde – zelfs minutieuze – kansberekeningen komt die op zichzelf al aanleiding kunnen zijn voor een discussie.[45] Bovendien blijkt uit de rechtspraak dat met verschillende 'kansen' wordt gerekend, wat tot uiteenlopende resultaten leidt. Sommige rechters nemen bijvoorbeeld als vertrekpunt voor het bepalen van de verloren kans op een beter behandelingsresultaat de kans op gezondheidsschade na onjuiste behandeling en stellen deze op 100%[46] – kennelijk omdat de schade (het overlijden, het letsel) zich heeft gerealiseerd –, terwijl andere rechters uitgaan van de kans op gezondheidsschade zoals die er was voordat het intreden van gezondheidsschade door tijdsverloop duidelijk werd.[47] Tot slot blijkt uit de door rechters berekende percentages dat de benadering van de proportionele aansprakelijkheid soms tot andere uitkomsten leidt dan de benadering van de verloren kans. Dit wekt bevreemding. Immers, hoewel hun uitgangspunten anders zijn en het te onderscheiden leerstukken betreft, gaat het om hetzelfde onderliggende causaliteitsprobleem,[48] wat naar mijn mening betekent dat welke benadering ook wordt gehanteerd, zij tot eenzelfde percentage aansprakelijkheid leiden of dat zouden moeten doen (mits de schade zich heeft gerealiseerd).[49]

Hiervoor zij tevens gewezen op de conclusie van A-G Hartlief bij het arrest van de Hoge Raad van 23 december 2016. Ook Hartlief merkt op dat er geen verschil in uitkomst zou mogen zijn gezien het feit dat het om hetzelfde probleem gaat dat slechts op een andere wijze wordt benaderd: '3.6 De onzekerheid over de schadelijke gevolgen van een medische fout kan zowel langs de weg van causaliteit (proportionele aansprakelijkheid) als langs de weg van de schadebegroting (kansschade) worden opgelost. De keuze voor de ene of de andere benadering zou niet moeten kunnen resulteren in een andere uitkomst. Op een aanpalend terrein heeft Uw Raad zich recentelijk op een vergelijkbare wijze relativerend opgesteld in een arrest over het *passing on*-verweer (verweer dat de getroffene het door hem geleden nadeel heeft doorberekend in de prijs van zijn goederen of diensten). In dat verband oordeelde Uw Raad dat het (door de doorberekening gerealiseerde) voordeel voor de gelaedeerde als gevolg van het betreffende onrechtmatig handelen kan worden verdisconteerd *hetzij* bij de vermogensvergelijking die voor de schadebegroting ex art. 6:97 BW moet worden gemaakt *hetzij* bij de voordeelsverrekening ex art. 6:100 BW. Dit maakt voor de uitkomst geen verschil. Ook het onderscheid tussen het leerstuk van de kansschade en dat van de proportionele aansprakelijkheid kan op een dergelijke wijze worden gerelativeerd. Zowel bij toepassing van het leerstuk van de kansschade als dat van de proportionele aansprakelijkheid wordt een oplossing geboden voor één en hetzelfde probleem: onzekerheid over wat er zonder fout zou zijn gebeurd. In beide gevallen bestaat het risico dat iemand aansprakelijk wordt gehouden voor een schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt. Het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid is alleen aan de orde wanneer niet sprake is van een zeer kleine kans dat de fout de schade heeft veroorzaakt (in dat geval wordt de vordering afgewezen en krijgt eiser dus nul op het rekest) en evenmin van een zeer grote kans, omdat in dat geval de vordering volledig wordt toegewezen. Er is derhalve een onder- en een bovengrens. Vanuit dit perspectief is van belang dat Uw Raad ook bij toepassing van de kansschade in ieder geval met een ondergrens werkt: er moet immers sprake zijn van een reële, dat wil zeggen: niet zeer kleine, kans. Over wat rechtens is bij een zeer grote kans heeft Uw Raad zich nog niet uitgelaten, maar aangenomen mag worden dat de vordering van eiser dan ook volledig zou worden toegewezen. Zo bekeken, en daar is al eerder op gewezen, is de vraag of de soep (bij verlies van een kans geldt niet de terughoudendheid die bij proportionele aansprakelijkheid aan de orde is) zo heet gegeten wordt als zij in het arrest Deloitte/[...] lijkt te worden opgediend.'[50]

Gezien de uitkomsten en verschillen is het de vraag of het eigenlijk wel voldoende duidelijk is wanneer in medische zaken voor welke benadering moet worden gekozen en

---

45 Zie voor minutieuze berekeningen Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, **ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628**, JA 2006/44 met nt. M. Zaadhof; Gerechtshof 's-Gravenhage 28 april 2009, **ECLI:NL:GHSGR:2009:BI4768**; en Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, **ECLI:NL:RBAMS:2010:BO3288**, *JA* 2011, 4, met nt. L.C. Dufour. Zie voor een discussie ook Rechtbank Noord-Holland 20 augustus 2014, **ECLI:NL:RBNHO:2014:12412**.

46 Zie voor een voorbeeld Rechtbank Alkmaar 3 oktober 2002, **ECLI:NL:RBALK:2002:AE8326**.

47 Zie voor voorbeelden Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, **ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628**, JA 2006/44 met nt. M. Zaadhof en Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, **ECLI:NL:RBAMS:2010:BO3288**, *JA* 2011, 4, met nt. L.C. Dufour.

48 Zie ook A.J. Akkermans, 'Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid', in: A.J. Akkermans, M.G. Faure en T. Hartlief (red.) Proportionele aansprakelijkheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, p. 87-99.

49 Zie ook de conclusie van A-G Spier bij HR 21 december 2012, **ECLI:NL:HR:2012:BX7491**, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans en *NJ* 2013, 237, met nt. S.D. Lindenbergh, rov. 3.12.2. Zie nader A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 431, 445 en 446; A.J. Van en R.P. Wijne, 'Lies, damned lies and statistics, de berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid', *TVP* 2012, nr. 1, p. 16-25; B.C.J. van Velthoven, 'Schadekansen bij medische fouten, proportionele aansprakelijkheid in de praktijk', *TvGR* 2011, nr. 1, p. 18-37; annotatie M. Zaadhof bij Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, **ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628**, JA 2006/44 met nt. M. Zaadhof; A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177 en C.H. van Dijk en A.J. Akkermans in hun noot bij HR 21 december 2012, **ECLI:NL:HR:2012:BX7491**, *JA* 2013, 41.

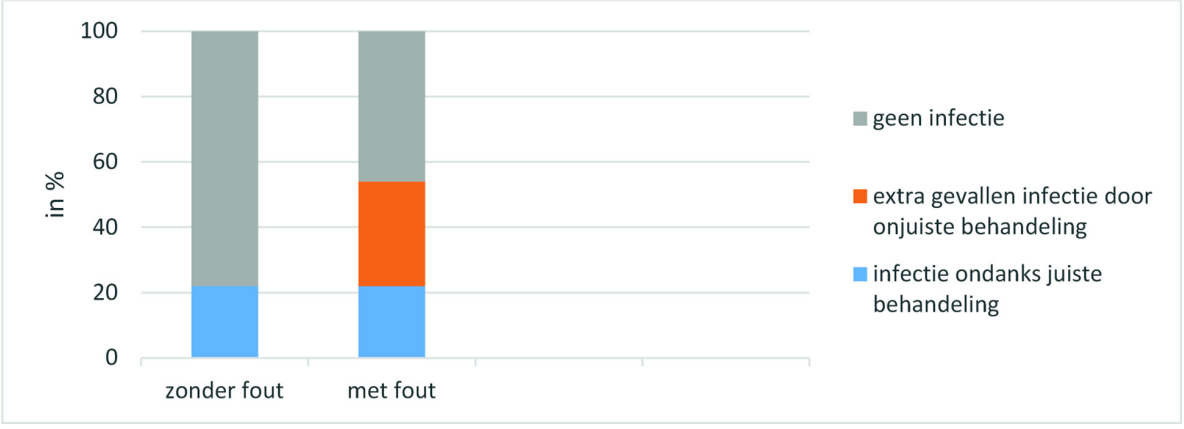
50 Conclusie van A-G Hartlief bij HR 23 december 2016, **ECLI:NL:PHR:2016:871**.

welke rekenmethode moet worden gehanteerd.[51] De wijze waarop de benaderingen tot een percentage aansprakelijkheid leiden vereist daarom een nadere analyse met inachtneming van statistiek en wiskunde.[52]

A. Proportionele aansprakelijkheid berekend

Bij proportionele aansprakelijkheid dient – in overeenstemming met hetgeen de Hoge Raad daarover heeft opgemerkt[53] – te worden berekend wat de kans is dat het onjuiste handelen van de hulpverlener oorzaak is van de schade die de patiënt heeft geleden. In dat geval moet eerst beoordeeld worden wat het *relatieve risico* is. Deze grootheid geeft de verhouding aan tussen het aantal maal dat de gezondheidsschade voorkomt bij aanwezigheid van de medische fout en het aantal maal dat de gezondheidsschade voorkomt zonder medische fout. Uit dit relatieve risico kan het *attributieve risico* worden berekend. Dit drukt de waarschijnlijkheid uit dat de ingetreden gezondheidsschade kan worden toegeschreven aan een bepaalde oorzaak, in dit geval de medische fout. De bepaling van het attributieve risico per 100 mensen (% = per 100) geschiedt aan de hand van de volgende formule: *attributief risico = (relatief risico minus 1) gedeeld door relatief risico x 100.*[54] Deze berekening kan worden verduidelijkt aan de hand van de volgende (fictieve) casus.

Een patiënt heeft zich met een vuil mes in zijn hand gesneden en heeft als gevolg daarvan een grote bloedende wond aan zijn hand. De patiënt laat zich behandelen door zijn huisarts. De huisarts hecht de wond, maar naar achteraf wordt vastgesteld ten onrechte; de wond bestond langer dan zes uur. De patiënt krijgt een infectie. De geraadpleegde deskundige oordeelt dat de patiënt bij een juiste behandeling (zonder fout) een kans had op een infectie van 22%. Door het ten onrechte hechten (de fout) is de kans op een infectie 54% geworden. De formule toegepast op de casus bedraagt het relatief risico 2,45, namelijk 54% gedeeld door 22%. Het attributief risico is dan (2,45 minus 1) gedeeld door 2,45 x 100 = 59%. Dit is dus tevens het percentage proportionele aansprakelijkheid.
Dit is overigens een nogal gecompliceerde wijze om de omvang van de proportionele aansprakelijkheid te bepalen. Een eenvoudiger benadering is te vinden in het deskundigenbericht dat is uitgebracht in het kader van een procedure bij het Gerechtshof 's-Gravenhage.[55] Volgens deze methode wordt de kans dat de gezondheidsschade is veroorzaakt door de medische fout op de volgende manier berekend: *proportionele aansprakelijkheid = (de kans op gezondheidsschade met fout minus de kans op gezondheidsschade zonder fout) gedeeld door de kans op gezondheidsschade met fout x 100.* De formule toegepast op de casus leidt de berekening tot een percentage van 59%: (54% minus 22%) gedeeld door 54% x 100 = 59%. Benadrukt zij dat het niet uitmaakt hoe klein de kansen op schade met en zonder fout zijn. Het gaat om de verhouding. De berekening kan worden verduidelijkt door de kansen weer te geven in een staafdiagram (**figuur 1**). Het diagram ziet op een populatie van 100 personen.



[51] Zie ook A.G. Castermans en P.W. den Hollander, 'Omgaan met onzekerheid. Proportionele aansprakelijkheid, artikel 6:101 BW en de leer van de kansschade', *NTBR* 2013, nr. 5, p. 185-195 met een bespreking van Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ1711.

[52] Zie voor fraaie voorbeelden ook J.S. Kortmann, Causaliteitsperikelen, Preadvies van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht, Deventer: Kluwer 2012, p. 41-49.

[53] HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans en *NJ* 2013, 237, met nt. S.D. Lindenbergh.

[54] Zie ook de annotatie van M. Zaadhof bij Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628, JA 2006/44 met verwijzing naar A.J. Van: 'Bewijs van causaal verband met behulp van epidemiologische gegevens', in: A. Akkermans, M. Faure en T. Hartlief (red.), Proportionele aansprakelijkheid, Den Haag: Boom 2000, p. 140. Zie voorts B.C.J. van Velthoven, 'Schadekansen bij medische fouten, proportionele aansprakelijkheid in de praktijk', *TvGR* 2011, nr. 1, p. 18-37, evenals de annotatie van L.C. Dufour bij Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BO3288, *JA* 2011, 4.

[55] Gerechtshof 's-Gravenhage 28 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI4768.

Deze grafiek maakt duidelijk dat zonder fout 22 van de 100 personen een infectie krijgen. Met fout zijn dat 54 van de 100 personen. Die ene persoon waar het in de voorbeeldcasus om gaat, is dus een van de 54 personen die een infectie heeft gekregen. Nu zijn er twee mogelijke oorzaken van een infectie:

- een achtergrondrisico (22 van de 54 hebben een infectie als gevolg van het achtergrondrisico; de gezondheidstoestand bijvoorbeeld);
- een fout van de hulpverlener (32 van de 54 hebben een infectie als gevolg van de fout van de hulpverlener).[56]

Het enige dat zeker is, is dat de patiënt uit de casus een van de 54 personen is. Als kan worden aangetoond dat hij een van de 32 is die een infectie heeft gekregen als gevolg van de fout van de hulpverlener, is het causaal verband tussen de fout en de schade 100% zeker. Met de informatie uit de casus kan echter slechts worden aangegeven dat er een *kans* is van 59% dat die ene persoon behoort tot die groep van 32 waarvoor het causaal 100% is. De kans op een volledig causaal verband is dus 59%.

Zie voor een voorbeeld van een zaak waarin de proportionele aansprakelijkheid op deze wijze werd berekend een uitspraak van de Rechtbank Den Haag. De rechtbank overwoog als volgt: '4.53. Gelet op de strekking van de door de artsen geschonden norm (het voorkomen van gezondheidsschade) en de aard van de normschending (het nalaten de patiënt tijdig op te nemen én het nalaten een intensivist te consulteren), ziet de rechtbank aanleiding voor toepassing van het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid (HR 31 maart 2006, **ECLI:NL:HR:2006:AU6093**, *NJ* 2011/250 en HR 24 december 2010, **ECLI:NL:HR:2010:BO1799**, NJ 2011, 251). Dit leerstuk houdt in dat de rechter in gevallen waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending (in dit geval het tekortschieten van de behandelend artsen), dan wel door een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf (in dit geval de patiënt) komt, of door een combinatie van beide oorzaken, en waarin de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein noch zeer groot is, de aansprakelijk gestelde persoon mag veroordelen tot schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt. Dit betekent dat de rechtbank moet beoordelen hoe groot (procentueel gezien) de kans is dat de normschending van het ziekenhuis de schade heeft veroorzaakt. Alleen dat percentage van de schade van [eiseres] komt vervolgens voor vergoeding door het ziekenhuis in aanmerking.

4.54. De rechtbank volgt [eiseres] dus niet in haar betoog dat in deze zaak, net als in de zaak heeft die geleid tot HR 23 december 2016, *NJ* 2017/133, het leerstuk van de kansschade moet worden toegepast. In die zaak ging het om de vraag of het gerechtshof op juiste wijze de kans had beoordeeld dat een eerder medisch (her)onderzoek tot een beter behandelingsresultaat van de bij de patiënt opgetreden netvliesloslating zou hebben geleid. Vast stond dat de netvliesloslating bij de patiënt had geleid tot blindheid. De Hoge Raad heeft – gelet op de geformuleerde cassatieklachten – niet geoordeeld over de vraag of het leerstuk van de kansschade in bedoelde casus toepasselijk was, enkel of het juist was toegepast. In deze zaak echter, staat de oorzaak van het overlijden van de patiënt niet vast. Dit betekent dat het hier niet gaat om de vaststelling van de schade in de vorm van een kansverlies, maar om de vaststelling van de kans dat de normschending de schade (het overlijden van de patiënt) heeft veroorzaakt.

4.55. Om tot een percentage te komen, moet de rechtbank het zogeheten attributieve risico berekenen. Het attributieve risico wordt berekend volgens de volgende formule: (de kans op gezondheidsschade met fout minus de kans op gezondheidsschade zonder fout) gedeeld door de kans op gezondheidsschade met fout x 100.'[57]

B. Verloren kans berekend, categorie A, B en C

De benadering van de verloren kans is niets anders dan een toepassing van de leer van de condicio sine qua non, zij het dat de schade wordt uitgedrukt in termen van kansen,[58] doorgaans de kans op het vermijden van (verdere) gezondheidsschade.[59] De manier om het kansverlies vast te stellen is dan als volgt: *kansverlies = de kans op vermijding van (verdere) gezondheidsschade in de situatie zonder fout minus de kans op vermijding van (verdere) gezondheidsschade in de situatie met fout.*

Doorgaans wordt het kansverlies niet uitgedrukt in een kans op vermijding van gezondheidsschade, maar – omgekeerd – in een kans op het intreden van (verdere) gezondheidsschade.[60] De wijze van berekening is dan de volgende: *kansverlies = de kans op het intreden van (verdere) gezondheidsschade in de situatie met fout minus de kans op het intreden van (verdere) gezond-*

---

56 Zie voor deze benadering ook J.M. Emaus en A.L.M. Keirse, 'Proportionele aansprakelijkheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid', *MvV* 2013, nr. 5, p. 129-137.

57 Rechtbank Den Haag 17 mei 2017, **ECLI:NL:RBDHA:2017:5685**, *GZR* 2017-0230.

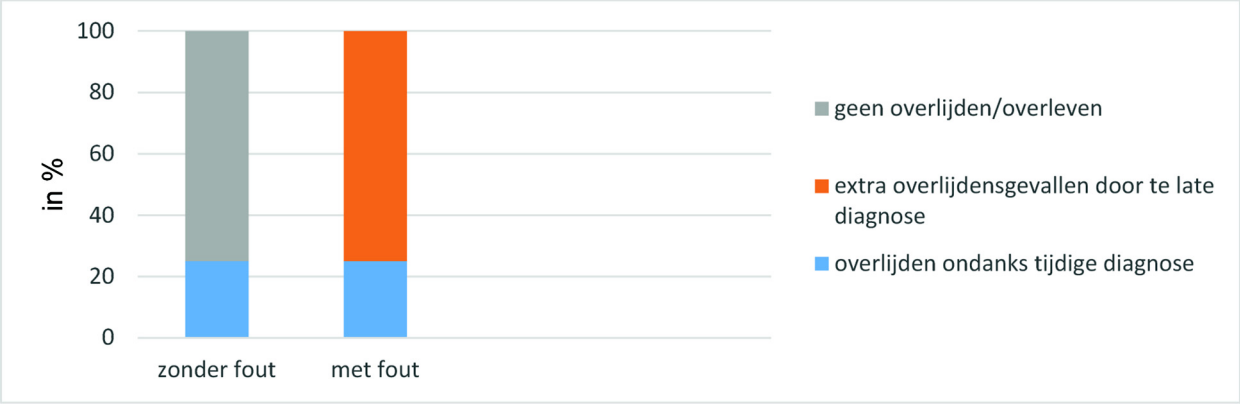
58 HR 21 december 2012, **ECLI:NL:HR:2012:BX7491**, *JA* 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans en *NJ* 2013, 237, met nt. S.D. Lindenbergh. Zie voorts A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, hoofdstuk 3 en p. 431 e.v. en Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II 2017/80.

59 Zie voor een beschrijving van de leer en de vraag of er sprake is van een theorie bekeken vanuit de schadekant of vanuit de vraag naar causaliteit A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. KU Brabant), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, hoofdstuk 3.

60 Dit was bijvoorbeeld het geval in de uitspraken Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, **ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628**, JA 2006, 44 met nt. M. Zaadhof en Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, **ECLI:NL:RBAMS:2010:BO3288**, *JA* 2011, 4, met nt. L.C. Dufour.

heidsschade in de situatie zonder fout.[61] Deze berekening kan worden verduidelijkt aan de hand van de volgende (fictieve) casus.

Een patiënt belt de huisarts met klachten van koorts, overgeven en hevige hoofdpijn. De huisarts acht een visite niet nodig. De patiënt blijkt echter een hersenvliesontsteking door pneumokokken te hebben, welke diagnose door het niet onderzoeken van de patiënt door de huisarts wordt gemist. De patiënt overlijdt. De deskundige oordeelt dat bij een tijdige visite en verwijzing naar het ziekenhuis de kans op overlijden bij een hersenvliesontsteking door pneumokokken ongeveer 25% zou hebben bedragen. Er was dus een overlevingskans van 75%.[62] Niet ingrijpen leidt bij deze aandoening met zekerheid tot verergering van het ziektebeeld en uiteindelijk tot de dood. In gevallen als deze kan de methode van het verlies van een kans worden toegepast door de kans op gezondheidsschade (overlijden) in de situatie met fout (die hier 100% bedraagt) te verminderen met de kans op gezondheidsschade (overlijden) in de situatie zonder fout. Of, anders gezegd, de kans op het vermijden van gezondheidsschade (overlijden) in de situatie met fout was nihil. De formule toegepast op de casus, wordt de berekening als volgt: *kansverlies = de kans op vermijding van (verdere) gezondheidsschade in de situatie zonder fout minus 0%* en dus kansverlies = 75% minus 0% = 75%. Het kansverlies kan ook worden uitgedrukt in kansen op het intreden van schade: *kansverlies = 100% minus de kans op het intreden van (verdere) gezondheidsschade in de situatie zonder fout* en dus kansverlies = 100% minus 25% = 75%. De berekening kan worden verduidelijkt door de kansen weer te geven in een staafdiagram (**figuur 2**). Het diagram ziet op een populatie van 100 personen.



Bij deze berekening past evenwel een kanttekening. Bij een correcte toepassing van het leerstuk van het kansverlies wordt de omvang van de verloren kans – zoals hiervoor uitgelegd – bepaald door het verschil tussen de kans op vermijding van (verdere) gezondheidsschade in de situatie zonder fout minus de kans op vermijding van (verdere) gezondheidsschade in de situatie met fout te bepalen. Die laatste kans vormt daarbij de weerslag van de werkelijke toestand waarin de patiënt zich bevindt. Als die toestand eruit bestaat dat de gezondheidsschade is ingetreden, zoals in het hiervoor gegeven voorbeeld, dan is deze kans 0%; de schade is ingetreden en de kans om haar nog te vermijden is nihil (*kansverlies = de kans op vermijding van (verdere) gezondheidsschade in de situatie zonder fout minus 0%)*. Het omgekeerde geldt wanneer de kansen niet zijn geformuleerd in termen van het vermijden van schade, maar in termen van het ontstaan van schade: als de gezondheidsschade reeds is ingetreden, dan is de kans op het ontstaan 100% *(kansverlies = 100% minus de kans op het intreden van (verdere) gezondheidsschade in de situatie zonder fout)*. In de praktijk is het echter niet zonder meer (steeds) een gegeven dat bij een fout van de arts een 0% kans op overleven resteert c.q. een 100% kans op overlijden (of anders gezegd: een 0% kans op het vermijden van schade met fout c.q. een 100% kans op intreden van schade met fout). Wat wél een gegeven is, is dat er een bepaalde kans is tussen 0% en 100% op intreden van schade met fout en een bepaalde kans tussen 0% en 100% op intreden van schade zonder fout. Een voorbeeld daarvan is de casus betreffende de infectie. Deze patiënt had bij een juiste behandeling (zonder fout) een kans op een infectie van 22%. Door het ten onrechte hechten (situatie met fout) is de kans op een infectie 54% geworden. Hoewel de kans zich heeft verwezenlijkt, mag de kans op schade met fout echter niet zomaar op 100% gesteld worden. De kans zelf verandert namelijk niet.

---

61 A.J. Van en R.P. Wijne, 'Lies, damned lies and statistics, de berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid', *TVP* 2012, nr. 1, p. 16-25.

62 Vergelijkbare zaak als voorgelegd aan de Rechtbank Alkmaar 3 oktober 2002, **ECLI:NL:RBALK:2002:AE8326**.

Een manier om dit betoog te verhelderen, is te laten zien wat het effect daarvan is op een groep personen. In het voorbeeld dat hiervoor is besproken, is door de deskundige geoordeeld dat bij het niet hechten van de wond een kans van 22% bestond op het ontstaan van een infectie. Door het hechten van de wond (de fout in dit geval) nam die kans toe tot 54%. Wanneer een groep van 100 met de patiënt vergelijkbare personen als uitgangspunt wordt genomen, betekent dit dat 22 van hen ondanks het niet hechten van de wond toch een infectie zullen krijgen. Dat aantal zal groeien naar 54 personen als alle patiënten in de groep van 100 personen worden gehecht. De aldus verkregen groep van 54 personen bestaat voor een deel (22 personen) uit patiënten die bij niet hechten van de wond ook een infectie zouden hebben gekregen. Voor de overige 46 personen in deze groep geldt dat zij bij hechten geen infectie zouden hebben opgelopen. Op grond van de beschikbare feiten is met zekerheid vast te stellen dat de patiënt uit het voorbeeld behoort tot de groep van 54 personen die een infectie hebben gekregen. Het is echter niet mogelijk om met diezelfde mate van zekerheid vast te stellen dat de patiënt daarbinnen behoort tot de groep van 32 personen waarvan vaststaat dat een infectie bij een juiste medische behandeling achterwege zou zijn gebleven. Alleen voor de leden van die laatste groep geldt, dat het terecht is om de kans op gezondheidsschade met fout op 100% te stellen. Nu niet zeker is dat de patiënt tot deze groep behoort, is het onjuist die kans ook in zijn geval op 100% te stellen. Het enige dat op basis van deze cijfers over deze patiënt kan worden gezegd, is dat er een kans bestaat van 59% (32/54 x 100) dat hij inderdaad een van deze 32 personen is. Zijn kansverlies zou dus bij een juiste toepassing van de theorie van de verloren kans 59% moeten bedragen.

Rekenen met kansen van 0% of 100% is dus niet zomaar geoorloofd. Dit is slechts toegestaan in die gevallen waarin vóóraf zeker is dat bij het ontbreken van adequate medische behandeling de patiënt gezondheidsschade zal lijden (hierna ook geduid als 'categorie A'). Immers, de kans op gezondheidsschade in de situatie met fout moet worden gezien als een – zoals statistici aanduiden – 'voorwaardelijke kans'; het betreft de kans op een bepaalde gebeurtenis, gegeven het feit dat een andere gebeurtenis zal plaatsvinden.[63] De kans op gezondheidsschade in de situatie met fout is een dergelijke 'voorwaardelijke kans', te weten de kans dat de gezondheidstoestand van een patiënt met een bepaalde ziekte of aandoening achteruit zal gaan, als deze ziekte of aandoening niet of niet tijdig wordt gediagnosticeerd en/of adequaat wordt behandeld.[64] Een en ander betekent dat de aard (ernst) van de ziekte van de patiënt, in combinatie met het tijdsverloop bepalend is voor de omvang van de kans op gezondheidsschade in de situatie met fout. (Pas) als het gaat om een ziekte of aandoening waarvan bekend is dat deze zonder adequate medische behandeling na verloop van tijd altijd bij iedere patiënt in ernst toeneemt, dan bedraagt de kans op gezondheidsschade in de situatie met fout 100% als de patiënt gedurende enige tijd verstoken blijft van die adequate medische behandeling.[65] Alleen dan is het dus toegestaan in de berekening van de verloren kans de 100% als kans op schade met fout te betrekken. Dit was de kans voor het incident en dit was ook de kans na het incident.

Een voorbeeld uit de rechtspraak van een dergelijke situatie is te vinden in een vonnis van de Rechtbank Alkmaar.[66] De zaak betrof een patiënt bij wie de diagnose hersenvliesontsteking door pneumokokken werd gemist. Niet ingrijpen leidt bij deze aandoening na enige tijd met zekerheid tot verergering van het ziektebeeld en uiteindelijk tot de dood. In gevallen als deze kan de methode van het verlies van een kans probleemloos worden toegepast door de kans op gezondheidsschade in de situatie met fout (die hier 100% bedraagt) te verminderen met de kans op gezondheidsschade in de situatie zonder fout.

In die gevallen waarin vooraf duidelijk is dat het uitblijven van adequate medische behandeling bij sommige patiënten wel tot schade leidt, maar bij andere patiënten niet (hierna ook geduid als 'categorie B') – terwijl er ook nog steeds een kans bestaat op schade zonder fout – bedraagt de 'voorwaardelijke kans' op schade in de situatie met fout daarentegen *minder* dan 100%. De kans op het intreden van (verdere) gezondheidsschade in de situatie met fout kan dan ook niet op 100% worden gesteld. De hiervoor geschetste rekenmethode – *kansverlies is de kans op het intreden van (verdere) gezondheidsschade in de situatie met fout (100%) minus de kans op het intreden van (verdere) gezondheidsschade in de situatie zonder fout* – zou tot een onjuiste uitkomst leiden.[67] Dit is

63 Theorema van Bayes. Het betreft een bewezen theorie van de wiskundige Thomas Bayes, An Essay Towards Solving a Problem in the Doctrine of Chances, 1763, postuum gepubliceerd door R. Price in de Philosophical Transactions of the Royal Society of London.

64 Het theorema van Bayes wordt vaak gebruikt bij medische diagnosticering, zie bijvoorbeeld het beslissingsondersteunende expertsysteem 'ProMedas', dat is gebaseerd op een Bayesiaans netwerk. Het systeem werd ontwikkeld door de vakgroep Medical Physics and Biophysics van de Radboud Universiteit te Nijmegen, zie B. Wemmenhove e.a., 'Inference in the Promedas medical expert (46)'. Zie voorts J.D.F. Habbema, 'Beslissingsondersteunende technieken voor de kliniek', *NTvG* 1988;132:343-9 en W.P. Oosterhuis e.a., 'Ervaringen met verschillende methoden voor het verbeteren van het aanvragen van laboratoriumbepalingen in de huisartsenpraktijk', *Ned Tijdschr Klin Chem* 1995;20:72-75.

65 Ingevolge het theorema van Bayes.

66 Rechtbank Alkmaar 3 oktober 2002, **ECLI:NL:RBALK:2002:AE8326**.

67 Zie uitvoeriger A.J. Van en R.P. Wijne, 'Lies, damned lies and statistics, de berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid', *TVP* 2012, nr. 1, p. 16-25 en de annotatie van M. Zaadhof bij Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, *JA* 2006, 44.

hiervoor verduidelijkt aan de hand van het voorbeeld van de patiënt met de infectie.

Een voorbeeld uit de rechtspraak van een situatie waarin de kans op het intreden van gezondheidsschade minder was dan 100% betreft een uitspraak van de Rechtbank Maastricht.[68] Vooraf stond niet vast dat het dichtplakken van de wond tot een ontwikkeling van dystrofie zou leiden. Dit is bij sommige patiënten wel het geval, maar bij andere patiënten niet.[69]

In die gevallen ligt het voor de hand om te kiezen voor de proportionele benadering. Feitelijk is immers onduidelijk of de medische behandeling oorzaak is van de schade en, zoals ook de Hoge Raad heeft bepaald, is in die gevallen de proportionele benadering geëigend om een oplossing te bieden. De wijze van berekening is dan de volgende: *proportionele aansprakelijkheid = (de kans op gezondheidsschade in de situatie met fout minus de kans op gezondheidsschade in de situatie zonder fout) gedeeld door de kans op gezondheidsschade in de situatie met fout maal 100.*[70]

Gezien de voorkeur in de praktijk om uit te gaan van de benadering van de verloren kans, zij opgemerkt dat in gevallen als deze (toch) ook de rekenkundige benadering van de verloren kans kan worden toegepast, zij het niet op dezelfde wijze als in de gevallen waarin de kans op gezondheidsschade met fout gelijk is aan 100%. Dit wordt als volgt verduidelijkt.

Wat (achteraf) in de categorie B-gevallen met zekerheid vaststaat, is dat de gezondheidsschade ofwel is ontstaan door de medische fout, ofwel door de reeds aanwezige ziekte of aandoening van de patiënt, ofwel door een combinatie van beide. Statistisch gezien betekent dit dat, als de schade een feit is, de som van de kansen dat een van beide factoren (de ziekte of de fout) daarvan de oorzaak is, gelijk moet zijn aan 100%.[71] Waar dat niet het geval is, zullen beide kansen (de kans dat de fout oorzaak en de kans dat de ziekte dat is) moeten worden vermenigvuldigd met een zodanige factor dat hun som alsnog gelijk wordt aan 100%.[72] De kansen worden vervolgens uitgedrukt tegen de achtergrond van de populatie bij wie zich de schade heeft voorgedaan. Oftewel, als de kans op gezondheidsschade in de situatie met fout kleiner is dan 100%, dan dient voor een correcte berekening van de kans dat de fout oorzaak is, die kans te worden vermenigvuldigd met een zodanige factor, dat deze alsnog 100% gaat bedragen. Wordt deze kans echter vermenigvuldigd, dan zal – om het kansverlies correct te kunnen bepalen – de kans op gezondheidsschade in de situatie zonder fout óók moeten worden vermenigvuldigd met die factor. Dit betekent dat de omvang van het kansverlies in deze gevallen op een juiste wijze kan worden vastgesteld aan de hand van de volgende berekening: *kansverlies = X maal de kans op (verdere) gezondheidsschade in de situatie met fout minus X maal de kans op (verdere) gezondheidsschade in de situatie zonder fout, waarbij X een zodanige waarde heeft dat X maal de kans op (verdere) gezondheidsschade met fout is gelijk aan 100%.*[73] Zowel de benadering van de proportionele aansprakelijkheid als de benadering van de verloren kans leidt dan tot dezelfde uitkomst.[74]

De formule toegepast op de voorbeeldcasus betreffende de patiënt met de infectie is de berekening als volgt: X maal 54% minus X maal 22%, waarbij X een zodanige waarde heeft dat X maal de kans op schade met fout 100% is. Ofwel: 100% (dat is 1,85 maal 54%) minus 41% (22% moet dus ook worden vermenigvuldigd met 1,85) = 59%. Of, ten overvloede, in termen van geen infectie: *kansverlies = de kans op vermijding van verdere gezondheidsschade in de situatie zonder fout minus 0%*: kansverlies = de kans op geen infectie zonder fout (100% minus kans op infectie bij juiste behandeling van 41%) minus 0% = 59%. De berekening kan worden verduidelijkt met behulp van onderstaand staafdiagram (**figuur 3**). Het diagram ziet op een populatie van 100 respectievelijk 54 personen.

---

68 Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, **ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628**, JA 2006/44 met nt. M. Zaadhof. In dezelfde zin Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, **ECLI:NL:RBAMS:2010:BO3288**,*JA* 2011, 4, met nt. L.C. Dufour.

69 Zie ook de annotatie van M. Zaadhof bij Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, **ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628**, JA 2006/44. Zie ook A.J. Van en R.P. Wijne, 'Lies, damned lies and statistics, de berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid', *TVP* 2012, nr. 1, p. 16-25.

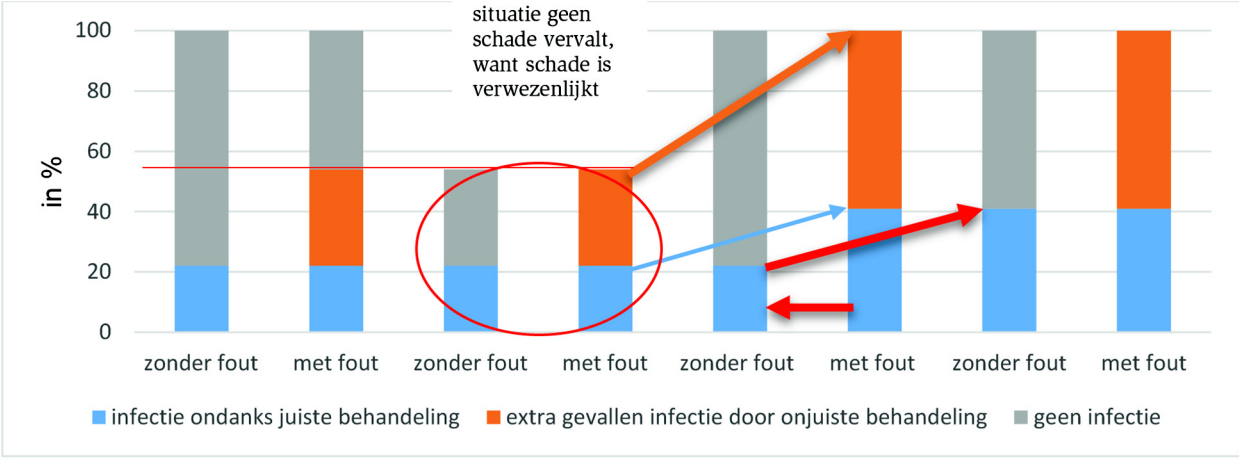
70 Een andere rekenmethode geschetst door M. Zaadhof in de annotatie bij Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, **ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628**, JA 2006/44 is de volgende: *attributief risico is (relatief risico minus 1) gedeeld door relatief risico x 100%*. Deze rekenmethode komt op hetzelfde neer. Zie voor een bespreking van rekenmodellen bij kansverlies ook B.C.J. van Velthoven, 'Schadekansen bij medische fouten, proportionele aansprakelijkheid in de praktijk', *TvGR* 2011, nr. 1, p. 18-37.

71 Ingevolge het theorema van Bayes.

72 Ingevolge het theorema van Bayes.

73 Zie voor een bespreking van rekenmodellen bij kansverlies ook B.C.J. van Velthoven, 'Schadekansen bij medische fouten, proportionele aansprakelijkheid in de praktijk', *TvGR* 2011, nr. 1, p. 18-37.

74 Dit is juist omdat in feite sprake is van twee kanten van dezelfde medaille, zie ook C.H. van Dijk en A.J. Akkermans in hun noot bij HR 21 december 2012, **ECLI:NL:HR:2012:BX7491**, *JA* 2013, 41, evenals C.H. van Dijk, 'Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven', *TVP* 2013, nr. 3, p. 61-84.



deze situatie wordt het nieuwe uitgangspunt: de 100% kans op schade maar bij een populatie van 54 personen

alleen de kansen op situatie met fout naar 100% brengen, leidt tot een mathematisch onjuiste vergelijking en dus moet de kolom zonder fout met een gelijke factor omhoog

In die gevallen tot slot waarin noch vóóraf zeker is dat het ontbreken van adequate medische behandeling tot gezondheidsschade leidt, noch duidelijk is dat dit voor sommige patiënten het geval is, maar slechts duidelijk is dat de gezondheidsschade nog niet is ingetreden, maar mogelijk in de toekomst wel kán ontstaan (hierna ook aangeduid als 'categorie C'), moet zowel voor de situatie met als voor de situatie zonder fout worden gerekend met de kans zoals die vooraf bekend was: de kans dat een patiënt bij wie een bepaalde aandoening of ziekte is geconstateerd bij het ontbreken van adequate medische behandeling nadelige gevolgen zal ondervinden voor zijn of haar gezondheid ongeacht of deze nadelige gevolgen wel of niet zijn ingetreden.[75] Een voorbeeld van een dergelijke situatie is die waarin bij een jonge vrouw de diagnose baarmoederhalskanker is gemist. Het tumorweefsel kan nog worden verwijderd, maar de kans op recidive is door het delay aanmerkelijk vergroot. De schade van de patiënte bestaat hier uit de mate waarin voor haar de kans op recidive van de aandoening is toegenomen.[76] Eerst was er een kans van 15% en door de fout is de kans 45%. De schade van de patiënte bestaat hier uit de mate waarin voor haar de kans op recidive van de aandoening in de toekomst is toegenomen. Dit is de benadering van de verloren kans in de meest zuivere vorm. De berekening is dan de volgende: *kansverlies = de kans op het vermijden van (verdere) gezondheidsschade in de situatie zonder fout minus de kans op het vermijden van (verdere) gezondheidsschade in de situatie met fout.* Toegepast op de casus: kansverlies = 85% minus 55% = 30%. Of *kansverlies = de kans op het intreden van (verdere) gezondheidsschade in de situatie met fout minus de kans op het intreden van (verdere) gezondheidsschade in de situatie zonder fout.* Toegepast op de casus: kansverlies = 45% minus 15% = 30%.

De analyse van de rekenmethoden van de verschillende benaderingen in ogenschouw genomen evenals de rechtspraak op dit gebied, blijkt dat rechters doorgaans voor de laatste mathematische benadering kiezen, terwijl de voorgelegde geschillen zich evenwel niet laten vergelijken met de situatie van de laatste voorbeeldcasus. De mogelijkheid van schade ligt veelal niet in de toekomst, doch heeft zich gerealiseerd. Patiënten hebben als gevolg daarvan in sommige gevallen geen schade vergoed gekregen, terwijl de proportionele aansprakelijkheid c.q. verloren kans niet gering was.[77] Dit is onwenselijk.[78]

---

75 Zie ook J.D.F. Habbema, 'Beslissingsondersteunende technieken voor de kliniek', *NTvG* 1988;132:343-9 en W.P. Oosterhuis e.a., 'Ervaringen met verschillende methoden voor het verbeteren van het aanvragen van laboratoriumbepalingen in de huisartsenpraktijk', *Ned Tijdschr Klin Chem* 1995; 20:72-75.

76 Dit is de methode die de Rechtbank Maastricht – in die casus ten onrechte – hanteerde, zie Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, **ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628**, JA 2006/44 met nt. M. Zaadhof.

77 Zie eveneens A.J. Van en R.P. Wijne, 'Lies, damned lies and statistics, de berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid', *TVP* 2012, nr. 1, p. 16-25; B.C.J. van Velthoven, 'Schadekansen bij medische fouten, proportionele aansprakelijkheid in de praktijk', *TvGR* 2011, nr. 1, p. 18-37; annotatie L.C. Dufour bij Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, *JA* 2011, 4 en annotatie M. Zaadhof bij Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, **ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628**, JA 2006/44.

78 Zie ook de annotatie van L.C. Dufour bij Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, **ECLI:NL:RBAMS:2010:BO3288**, *JA* 2011, 4. Zie daarom voor een handleiding A.J. Van en R.P. Wijne, 'Lies, damned lies and statistics, de berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid', *TVP* 2012, nr. 1, p. 16-25.

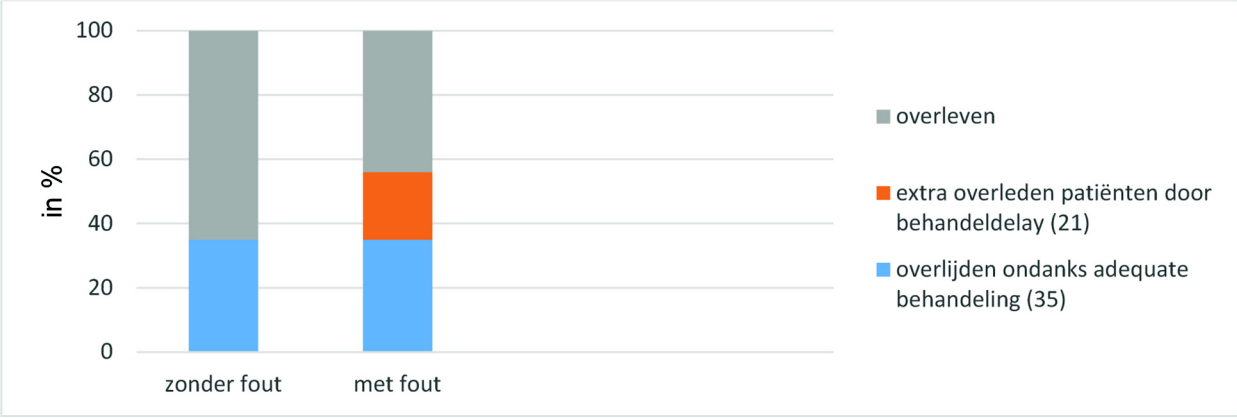
4. De aanpak in de inleidende casus

Uit vorenstaande verkenning blijkt dat proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans verschillende benaderingen zijn, dat de verloren kans benadering een onderscheid tussen verschillende soorten zaken vereist afhankelijk van de soort aandoening/ziekte en de situatie van de patiënt en dat proportionele aansprakelijkheid en verloren kans in sommige soorten zaken uitwisselbaar zijn. Dus wat nu te doen in de het geval zoals beschreven in de inleiding? Is het een verloren kanszaak of is het beter de zaak op te lossen via de proportionele aansprakelijkheid? De vaardige Nederlandse advocaat die de voorgaande paragrafen heeft gelezen zal zichzelf nu afvragen welke kansen er bekend zijn. De medisch deskundigen spreken over grove nalatigheid, resulterend in een vertraging van enkele maanden. Als de behandeling eerder was gestart, dan zou haar overlijden waarschijnlijk zijn afgewend, maar garanties kunnen niet worden gegeven. Daarnaar gevraagd, geven de deskundigen aan dat Wendy in haar toestand een kans van 65% had om de borstkanker te overleven (35% kans op overlijden). Door de vertraging is haar overlevingskans afgenomen tot 44% (56% kans op overlijden). Omdat geen van de deskundigen kansen noemt van 100% of 0% en gegeven het feit dat Wendy overleden is (de schade heeft zich voorgedaan), is hier sprake van een categorie B-geval. Om die reden moet worden gekozen voor de benadering van de proportionele aansprakelijkheid. In feite is onduidelijk wat haar overlijden heeft veroorzaakt.

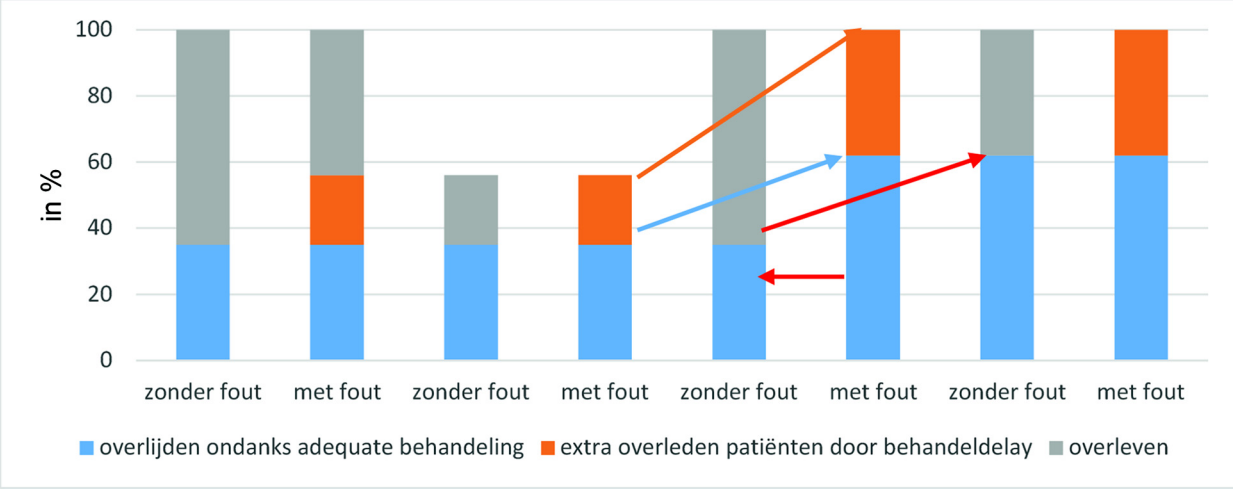
De berekening is als volgt: *proportionele aansprakelijkheid = (de kans op overlijden in de situatie met fout minus de kans op overlijden in de situatie zonder fout) gedeeld door de kans op overlijden in de situatie met fout maal 100,* oftewel (56% min 35%) gedeeld door 56% x 100 = 38%.

Er zijn aldus twee mogelijke oorzaken voor Wendy's overlijden:
- een achtergrondrisico (35 van de 56 overlijden vanwege het achtergrondrisico, zoals bijvoorbeeld de gezondheidstoestand);
- de beroepsfout van de hulpverlener(s) (21 van de 56 overlijden vanwege de vertraging).

Het enige dat zeker is, is dat Wendy een van de 56 personen is. Als bewezen kan worden dat zij een van de 21 is die overleden zijn als gevolg van de vertraging, dan is de causale relatie tussen de verwijtbare gedraging en haar overlijden een 100% zekerheid. Met de beschikbare informatie uit de casus kan echter alleen worden vastgesteld dat er een kans van 38% is dat Wendy tot de groep van 21 behoort waarvoor de causale relatie 100% is. De waarschijnlijkheid van een causale relatie is dus 38%. Deze berekening kan worden verduidelijkt met het volgende staafdiagram (**figuur 4**).



De benadering van de verloren kans kan ook worden gebruikt, maar omdat het geen categorie A of categorie C-zaak is aangepast aan de situatie. De berekening is als volgt: *X maal de kans op (verdere) gezondheidsschade in de situatie met fout minus X maal de kans op (verdere) gezondheidsschade in de situatie zonder fout, waarbij X een zodanige waarde heeft dat X maal de kans op (verdere) gezondheidsschade met fout is gelijk aan 100%,* ofwel 100% (1,79 x 56%) min 62% (1,79 x 35%) = 38%. Deze berekening kan worden verduidelijkt met het volgende diagram (**figuur 5**).



5. Problemen in de Nederlandse rechtspraak; een paar voorbeelden

In paragraaf 3 werd opgemerkt dat de Nederlandse rechtspraak toont dat verschillende rechters met verschillende kansen rekenen, wat leidt tot verschillende resultaten alsook dat de benadering van de proportionele aansprakelijkheid soms resulteert in een ander percentage schadevergoeding dan het percentage dat wordt bereikt via de verloren kans benadering. Uitgelegd werd dat het in sommige zaken juist is om er rekening mee te houden dat de patiënt overleden is, geïnfecteerd is, enzovoort, maar dat het van de soort zaak afhangt en van de soort ziekte wat te doen met de gegeven kansen (categorie A of B). In sommige zaken (categorie C) is er nog geen schade ontstaan. Opgemerkt is ook dat het niet zonder meer onjuist is om een verschil in uitkomst waar te nemen, maar dat het wel onjuist is in sommige soorten zaken (categorie B). De analyse van de verschillende benaderingen in aanmerking genomen, lijkt het erop dat sommige uitspraken verklaard kunnen worden tegen deze achtergrond. Niettemin laat dezelfde analyse zien dat met 'rekenen' het risico op een onjuiste berekening toeneemt. In sommige gevallen hebben Nederlandse rechters een verkeerde berekening gekozen met het gevolg dat de patiënt niet schadeloos werd gesteld, terwijl de proportionele aansprakelijkheid of verloren kans substantieel was. Een paar voorbeelden tonen de impact van een verkeerde interpretatie of misrekening.

Een eerste voorbeeld uit de rechtspraak van een casus waarbij de rechter 'vergat' om de kanspercentages te vermenigvuldigen betreft de zaak voorgelegd aan de Rechtbank Maastricht van de patiënt die, nadat hij in zijn hand was gebeten door een hond, een posttraumatische dystrofie opliep. Wat de rechtbank deed was het kansverlies op een abstracte wijze berekenen (kans vooraf op schade met fout minus kans vooraf op schade zonder fout, 4% – 1% is 3%). Zij behandelde de zaak als een categorie C-geval. Het betrof echter een categorie B-geval: de schade had zich gerealiseerd, maar het staat niet vast dat het dichtplakken van de wond tot ontwikkeling van dystrofie leidt.
Wat de rechtbank dus had moeten doen was de kans op dystrofie met fout op 100% stellen en de kans op dystrofie zonder fout navenant verhogen. Oftewel, 100% (25 x 4%) – 25% (25 x 1%) is 75%. De schade was immers ingetreden.[79] Hetzelfde resultaat kon worden bereikt met de – in dit geval meer voor de hand liggende (was het dichtplakken wel de oorzaak?) – proportionele benadering: (4-1) / 4 maal 100 is eveneens 75%.[80]

Een voorbeeld uit de rechtspraak van een zaak waarbij dezelfde fout werd gemaakt betreft het oordeel van het Gerechtshof 's-Gravenhage. De patiënte in deze zaak was een zwangere vrouw die te kampen had met een verhoogde bloeddruk. Daardoor bestond een vergrote kans op complicaties, waaronder het optreden van een hersenbloeding. De bewaking van de bloeddruk was minder intensief dan volgens de professionele standaard had gemoeten. Na enkele uren ontstond bij de patiënte een hersenbloeding. De in deze zaak ingeschakelde medische deskundigen schatten dat de kans op het ontstaan van een hersenbloeding bij intensieve bewaking 0,00007175 (ongeveer 1 op 13.937) was. Zonder die bewaking bedroeg de kans op een hersenbloeding

79 Zie voor het belang van de vaststelling ex post en het gegeven dat de schade is ingetreden ook J.M. Emaus en A.L.M. Keirse, 'Proportionele aansprakelijkheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid', *MvV* 2013, nr. 5, p. 129-137. Emaus en Keirse benadrukken eveneens dat niet relevant is wat de kansen ex ante (in zijn algemeenheid) zijn.

80 Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, **ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628**, JA 2006/44 met nt. M. Zaadhof.

0,0000881 (ongeveer 1 op 11.351). De deskundigen kwamen op basis hiervan tot de conclusie dat er een kans van circa 20% bestond dat de hersenbloeding bij een juiste medische behandeling had kunnen worden voorkomen. Het hof oordeelde echter in afwijking daarvan als volgt: 'Hoewel de kans op het ontstaan van een hersenbloeding bij een correct optreden van de gynaecoloog met 20,3% verminderd zou zijn vergeleken met de kans op het ontstaan van een hersenbloeding zoals die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, zijn deze kansen zodanig gering (een kans van 1 op 13.937 vergeleken met een kans van 1 op 11.351, ofwel 0,00007175 tegenover 0,0000881) dat deze zich niet laten vertalen in een rechtens relevante mate van gemis aan kans die zich leent voor vergoeding van schade. De gevorderde schadevergoeding nader op te maken bij staat is dan ook niet voor toewijzing vatbaar.'[81]
Het hof rekende met de kansen die vooraf bekend waren: 0,00007175% respectievelijk 0,0000881%. Het betrof echter geen categorie C-geval, maar een categorie B-geval: de schade was in dit geval ingetreden, doch niet in elk geval zou een verminderde bewaking van een verhoogde bloeddruk tot een hersenbloeding leiden. Een juiste benadering had tot het percentage van 19 geleid: was er wel medicatie verstrekt dan was er 0,00007175% kans op een hersenbloeding en was er geen medicatie verstrekt dan was er 0,0000881% kans op een hersenbloeding, oftewel 100% (1135073,78 x 0,0000881) – 81% (1135073,78 x 0,00007175) is 19%. De (meer voor de hand liggende) proportionele benadering had tot een zelfde uitkomst geleid: (0,0000881- 0,00007175) / 0,0000881 x 100 is 19%.

Een volgend voorbeeld uit de rechtspraak betreft een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam, inzake een gemiste TIA, waarin rechtbank en patiënt lijnrecht tegenover elkaar stonden ten aanzien van de omvang van de verloren kans. De geraadpleegde deskundige beschreef onder meer dat de kans dat een herseninfarct optreedt na een TIA binnen 90 dagen 10,3% is wanneer de profylactische medicatie na een mediane duur van 20 dagen wordt voorgeschreven, terwijl deze kans 2,1% is wanneer de profylactische medicatie na een mediane duur van één dag wordt voorgeschreven. Een verschil derhalve van 8,2%. De deskundige bepaalde voorts dat de kans dat de patiënt een herseninfarct zou hebben gekregen binnen 90 dagen na het optreden van de eerste verschijnselen 1,7% kleiner zou zijn geweest als de medicatie vier dagen eerder zou zijn voorgeschreven (4 dagen/20-1 dag(en) x 8,2). De rechtbank concludeerde hieruit dat de kans op een beter behandelingsresultaat 1,7% was en dus verwaarloosbaar klein. De rechtbank volgde de patiënt niet in zijn stelling dat de situatie met fout op 100% gesteld moest worden omdat het herseninfarct zich had gerealiseerd en wees de vordering daarom af.[82] Toch was ook de stelling van de patiënt niet juist. Deze vergat namelijk de kans op schade in de situatie zonder fout met een gelijke factor te verhogen. Wat er had moeten gebeuren was het volgende. Het gaat om een categorie B-geval. De schade is ingetreden, maar een herseninfarct zal niet in elk geval optreden. De situatie met fout – ingrijpen na de vierde dag – geeft 3,82% kans op schade (een kans van 2,1% plus 1,7%, zoals berekend door de deskundige). De situatie zonder fout – ingrijpen na de eerste dag – geeft 2,1% kans op schade. Het herseninfarct is in dit geval opgetreden, oftewel, de situatie met fout is 100% (26,18 x 3,82). Dan is de kans op schade in de situatie zonder fout (26,18 x 2,1%) 55%. Dit geeft 100 – 55 is 45% aansprakelijkheid, omdat dit de verloren kans is indien wel juist was gehandeld. Tot dezelfde uitkomst leidt de (meer voor de hand liggende) proportionele benadering: (3,822,1) / 3,82 x 100 is eveneens 45%.[83]

Een laatste voorbeeld uit de rechtspraak betreft een zaak van de Rechtbank Gelderland, inzake een te laat ingestuurde patiënte. De patiënte had hierdoor te laat een antibiotische behandeling gekregen. De patiënte was komen te overlijden. Vaststond dat de patiënte bij tijdig ingrijpen een kans op overlijden had van 0,6%. Op het moment dat daadwerkelijk werd ingegrepen, had zij een kans op overlijden van 9,5%. De rechtbank oordeelde vervolgens dat er een overlevingskans van 8,9% verloren was gegaan. De percentages werden van elkaar afgetrokken. De rechtbank rekende dus met de kansen die vooraf bekend waren en vergat dat het overlijden zich had gerealiseerd.[84] Een juiste benadering had tot een verloren kans van 94% geleid: was er wel medicatie verstrekt dan was er 0,6% kans op overlijden en was er geen medicatie verstrekt dan was er 9,5% kans op overlijden, oftewel 100% (10,5 x 9,5) – 6% (10,5 x 0,6) is 94%. De (meer voor de hand liggende) proportionele benadering had tot een zelfde uitkomst geleid: (9,5 – 0,6) / 9,5 x 100 is 94%.

---

81 Gerechtshof 's-Gravenhage 28 april 2009, **ECLI:NL:GHSGR:2009:BI4768**.
82 Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, **ECLI:NL:RBAMS:2010:BO3288**, *JA* 2011, 4, met nt. L.C. Dufour.
83 Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, **ECLI:NL:RBAMS:2010:BO3288**, *JA* 2011, 4, met nt. L.C. Dufour en het hoger beroep Gerechtshof Amsterdam 5 juli 2011, **ECLI:NL:GHAMS:2011:BR2898**.
84 Rechtbank Gelderland 23 oktober 2013, *GZR* 2014-0427, met nt. A.J. Van en R.P. Wijne. Zie voor de daaraan voorafgaande tussenvonnissen Rechtbank Arnhem 12 oktober 2011, **ECLI:NL:RBARN:2011:BT8500**; Rechtbank Arnhem 28 december 2011, **ECLI:NL:RBARN:2011:BV0995**; Rechtbank Arnhem 19 september 2012, **ECLI:NL:RBARN:2012:BX8865** en Rechtbank Arnhem 12 december 2012, **ECLI:NL:RBARN:2012:BZ1098**.

6. Slotsom

Zowel de proportionele benadering als de benadering van de verloren kans kan in medische zaken worden toegepast. De benadering van de verloren kans kan echter snel verkeerd worden toegepast, in die zin dat louter wordt gerekend met voorwaardelijke kansen zoals die voor eenieder op dit moment gelden zonder rekening te houden met het feit dat de schade zich in de kwestie die ter beoordeling voorligt, gerealiseerd heeft. In dat verband wijs ik graag nog op drie – naar mijn mening tot de verbeelding sprekende – uitspraken die ik te danken heb aan emeritushoogleraar Kwaliteit en Zorg (voorheen Medische Besliskunde) prof. dr. Job Kievit. Ook in de visie van Kievit lijdt het enkele aftrekken van voorwaardelijke kansen tot een onjuiste uitkomst in die gevallen waarin een zekere schade zich heeft gerealiseerd en daarvoor meerdere oorzaken – waaronder onzorgvuldig handelen van een hulpverlener – aan te wijzen zijn. Hij verduidelijkte dit als volgt: "*De kans dat opspattend steenslag een ster in de voorruit van persoon A veroorzaakt ≠ de kans dat een ster in de voorruit van A door opspattend steenslag is veroorzaakt*".
En: "*De kans dat de bliksem inslaat in de prachtige berk in de achtertuin van persoon B ≠ de kans dat die gespleten en zwartgeblakerde berk in de achtertuin van B het gevolg is van blikseminslag*".
En voorts: "*De kans dat een jongvolwassene overlijdt aan acute hartdood door ventrikelhypertrofie ≠ de kans dat, indien een jongvolwassene acuut overlijdt, dat het gevolg is van (niet eerder gediagnosticeerde) ventrikelhypertrofie.*"
Oftewel:
oorzaak x ⟶ gevolg Y ≠
oorzaak x ⟵ gevolg Y.

Is het de vraag – en dat is doorgaans het geval – hoe waarschijnlijk het is dat het onzorgvuldig handelen van een hulpverlener de oorzaak is van de schade, dan is de proportionele benadering de juiste en kan het toe te kennen percentage schadevergoeding worden bepaald door het attributieve risico te bepalen of door de volgende formule te gebruiken:
proportionele aansprakelijkheid = (de kans op gezondheidsschade in de situatie met fout minus de kans op gezondheidsschade in de situatie zonder fout) gedeeld door de kans op gezondheidsschade in de situatie met fout maal 100.

De verloren kans benadering kan optioneel gebruikt worden, maar niet op dezelfde manier als in die zaken waarin de kans op gezondheidsschade door de nalatigheid 100% is. De juiste manier om het kansverlies te bepalen is gebaseerd op de volgende formule:
X maal de kans op (verdere) gezondheidsschade in de situatie met fout minus X maal de kans op (verdere) gezondheidsschade in de situatie zonder fout, waarbij X een zodanige waarde heeft dat X maal de kans op (verdere) gezondheidsschade met fout gelijk is aan 100%.

| 3 | Defensieve geneeskunde: een onderzoek naar de mogelijke keerzijde van medische aansprakelijkheid

P.A.C. van Gool en C. van der Meulen[1]

Defensieve geneeskunde, redelijk bekwaam en redelijk handelend arts, art. 7:453 BW.
Als zorgverleners anders handelen dan zij vanuit hun professionaliteit als optimaal beschouwen, is sprake van defensieve geneeskunde. Auteurs verrichtten in 2016 een eerste grootschalig onderzoek naar defensief handelen onder artsen in Nederland. Hier benadrukken auteurs het belang van een brede definitie van defensieve geneeskunde: naast de angst voor medische aansprakelijkheid, brengen zij meer factoren in kaart die mogelijk defensief handelen onder artsen veroorzaken. De uitkomst van het onderzoek is dat de perceptie omtrent defensief handelen vrij eenduidig is; zorgverleners onderschrijven dat zij het gevoel hebben defensief te handelen. Dit is mede het gevolg van de angst voor medische aansprakelijkheidsclaims, maar reikt ook verder. Auteurs eindigen met de conclusie dat juridisch 'goed hulpverlenerschap' of het handelen als 'redelijk bekwaam en redelijk handelend arts' defensieve (en dus onnodige, kostenverhogende) zorgverlening niet uitsluit.

1. Inleiding

Wanneer zorgverleners door externe druk op een andere wijze handelen dan zij vanuit hun professionele achtergrond als optimaal beschouwen, is sprake van *defensive medicine*, ofwel defensieve geneeskunde[2]. Die externe

[1] Mitchel P.A.C. van Gool is masterstudent privaatrecht aan Tilburg University en Corné van der Meulen is onderzoeker bij Stichting Beroepseer.

[2] Zie bijv. Bishop, T. et al. (2010) *Physicians' view on Defensive Medicine: A National Survey.* The JAMA Network en Studdert, D. et al. (2005*) Defensive medicine among high-risk specialist physicians in a volatile malpractice environment*. JAMA. Jun 1;293(21):2609-17. We hanteren in dit artikel de Nederlandse aanduiding.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

De afwikkeling van medische schade onder de Wkkgz

De beloften van het klachtrecht voor patiënten, de eerste stappen naar verwezenlijking door de ziekenhuizen en de eerste verrichtingen van de Wkkgz-geschilleninstanties

*Mr. B.S. Laarman en prof. mr. A.J. Akkermans**

1. Inleiding

De inwerkingtreding van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) heeft grote gevolgen voor de afwikkeling van schadeclaims in de zorg. De belangrijkste blikvanger was tot dusver de laagdrempelige geschilleninstantie die kan oordelen over schadevergoedingen tot een bedrag van € 25.000.[1] Minder aandacht kreeg het schadebeoordelingstraject dat aan een eventueel geschil voorafgaat. Op grond van de Wkkgz zijn zorgaanbieders verplicht om een verzoek tot schadevergoeding zelf zorgvuldig te onderzoeken en te beoordelen, dat wil zeggen conform de zorgvuldigheidsverplichtingen die gelden voor alle klachten in de zin van de Wkkgz, of die nu een financiële component bevatten of niet.[2] Het maximum van € 25.000 geldt hier niet, waardoor alle medische schadeclaims in dit traject terecht kunnen komen.[3] Deze ruime verplichting heeft vergaande consequenties. In potentie wordt hiermee de buitengerechtelijke afwikkeling van alle medische schadeclaims overgeheveld van het aansprakelijkheidsrecht naar het klachtrecht. Dat houdt weliswaar geen ander materieel schadevergoedingsrecht in[4] – zoals we zullen zien, is dat nog wel een punt van aandacht –, maar wel een verandering van procedureel regime, namelijk van het reactieve en adversariële (op tegenspraak gerichte) aansprakelijkheidsrecht naar het proactieve en oplossingsgerichte klachtrecht.[5] In theorie is dat goed nieuws voor patiënten.[6] Om dat te illustreren geven wij in dit artikel een schets van de aard van het klachtrecht en gaan wij in op de doelstellingen van de Wkkgz. Of de theorie ook praktijk wordt, is uiteraard een tweede. Veel hangt af van de mate waarin de zorgaanbieders erin zullen slagen om de beloften van de Wkkgz daadwerkelijk te verwezenlijken. Ook daarover wat beschouwingen in dit artikel, waarbij wij ons om praktische redenen grotendeels zullen beperken tot de zieken-

* Mr. B.S. Laarman is onderzoeker aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit Amsterdam en verbonden aan het Amsterdam Centre for Comprehensive Law (ACCL). Prof. mr. A.J. Akkermans is hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en geeft leiding aan het Amsterdam Centre for Comprehensive Law (ACCL).
Met dank aan – in alfabetische volgorde – Anika Mulder, Lisanne Polak, Arnout Santen, Arne Verbout, Kiliaan van Wees en Annelies Wilken voor hun nuttige commentaar bij eerdere versies van dit artikel.
Dit artikel is gebaseerd op het onderzoek dat door de auteurs in samenwerking met anderen is verricht in het kader van het leernetwerk OPEN, alsmede op onderzoek verricht ten behoeve van de ontwikkeling van de nieuwe Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA 2.0) (deletselschaderaad.nl/activiteit/herziening-goma/). OPEN is een leernetwerk van ziekenhuizen en onderzoekers van de VU, het NIVEL en AMC/UvA, dat inzichten opdoet over de organisatie van openheid na medische incidenten (www.openindezorg.nl). OPEN wordt gefinancierd door het Fonds Slachtofferhulp.

1. Art. 20 Wkkgz: 'De geschilleninstantie is bevoegd over een geschil een uitspraak te doen bij wege van bindend advies, alsmede een vergoeding van geleden schade toe te kennen tot in ieder geval € 25.000,–.' Zie over deze geschilleninstantie G. de Groot, Kaderstellend programma van eisen Wkkgz-geschilleninstanties, TVP 2016, afl. 3, p. 53-63; E. Pans, De nieuwe geschillenbeslechting in de zorg: (heel veel) superrechters gevraagd, TVP 2016, afl. 3, p. 64-70. Waar de Wkkgz spreekt van 'in ieder geval' € 25.000 verheft art. 12 van het programma van eisen dit bedrag tot het maximum waartoe de geschilleninstantie bevoegd is (behoudens wettelijke rente).
2. Zie over deze verplichting nader hieronder in par. 3.
3. Ook dit heeft tot dusver weinig aandacht gekregen, maar is gezien de doestellingen van de Wkkgz volstrekt logisch.
4. Ook de Wkkgz-geschilleninstanties beoordelen verzoeken tot schadevergoeding naar Nederlands aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht. Zie art. 12 Programma van eisen inrichting Wkkgz-geschilleninstanties, opgenomen in De Groot 2016.
5. Het zij aangetekend dat een procedureel regime bij buitengerechtelijke afwikkeling de facto deels minder dwingend is dan in rechte. Voor de Wkkgz-geschilleninstanties is het procedureel regime van het klachtrecht niet wezenlijk minder dwingend dan het burgerlijk procesrecht dat is voor de rechter, maar voor het Wkkgz-voortraject geldt dat controle op naleving van procedurele regels alleen achteraf kan plaatsvinden en de remedies voor schending dan beperkt zijn.
6. Wij gebruiken de term 'patiënten' en niet cliënten, nu wij ons met name richten op de ziekenhuispraktijk en de term 'cliënt' daar vaak niet passend is.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

huizen,[7] alsmede een weergave van hetgeen bekend is over de verrichtingen van de Wkkgz-geschilleninstanties tot dusver. Vanwege de samenhang van de verschillende procedures in de zorg komt ten slotte ook het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG) kort aan de orde.[8]

2. Remedies in de gezondheidszorg

Als er iets misgaat in de zorg zijn er veel verschillende remedies die de patiënt ter beschikking kunnen staan. Zo bestaat er al langer de mogelijkheid een klacht in te dienen bij de zorgaanbieder,[9] wat kan leiden tot formele en informele trajecten, en sinds 2014 kan men ook naar het Landelijk Meldpunt Zorg (LMZ).[10] Maar men kan ook met een tuchtklacht naar het medisch tuchtcollege,[11] bij (het vermoeden van) een tekortschieten kan men een schadeclaim indienen, en bij calamiteiten[12] bestaan procedures in het kader van het toezicht door de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd in oprichting (IGJ).[13] In extreme gevallen kan aangifte worden gedaan in het kader van het strafrecht. Het bestaan van deze verschillende procedures naast elkaar heeft geleid tot een zekere 'verkokering' binnen de zorginstellingen, met het risico dat functionarissen langs elkaar heen werken,[14] en tot 'rangeerfouten' waarbij patiënten procedurele wegen inslaan die niet goed aansluiten bij hun verwachtingen en behoeften. Zo wordt in de evaluatie van de Wet BIG geconstateerd dat de verkeerde klachten bij de tuchtcolleges terechtkomen.[15] Daarom wordt in het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet BIG voorgesteld een 'tuchtklachtfunctionaris' in te voeren die klagers kan adviseren en ondersteunen. De behoefte aan een effectieve wegwijzer voor patiënten is echter bepaald niet beperkt tot het tuchtrecht. Zo ontwikkelden de Vereniging van Klachtenfunctionarissen in Instellingen voor Gezondheidszorg (VKIG) en de medische aansprakelijkheidsverzekeraars Centramed en MediRisk in nauwe samenwerking met koepels van patiënten, belangenbehartigers en zorgverleners al in 2014 het 'Stroomschema klachtmogelijkheden', dat vanuit de behoeften en doelen van de patiënt de weg wijst naar drie interne en vier externe procedures.[16] Door de Wkkgz is het geheel aan mogelijke procedures alleen maar complexer geworden en de noodzaak van een goede triage van alle mogelijke uitingen van onvrede door patienten nog groter. Zoals we zullen zien, komt dit punt hieronder nog een aantal keer terug.

7. De reikwijdte van de Wkkgz is heel ruim, ruimer dan die van de Kwaliteitswet zorginstellingen, de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (WKCZ), de Wet BIG en het voormalige wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg. Onder de Wkkgz vallen alle zorgaanbieders, niet alleen de 'cure', maar ook de 'care', zowel instellingen als solistisch werkende zorgverleners, waaronder de geestelijke gezondheidszorg (ggz), de verpleging, verzorging en thuiszorg (de VVT-sector) en de eerste lijn zoals de huisartsenzorg. Wij beperken ons grotendeels tot de ziekenhuizen, maar hopen dat onze aanbevelingen met de nodige vertaling naar de eigen praktijk ook bruikbaar zijn voor andere sectoren. Vanwege de soms grote verschillen tussen typen zorgaanbieders, denk aan de organisatorische inbedding die de eerste lijn bijvoorbeeld mist, is onvermijdelijk dat onze aanbevelingen niet steeds voor dit hele scala aan zorgaanbieders kunnen opgaan. Daarvoor is de praktijk te complex, zijn de verschillen te groot, en is de ruimte die wij hebben in dit artikel te beperkt.
8. Kamerstukken II 2016/17, 34629.
9. Een wettelijke verplichting tot een klachtenregeling kwam in 1995 met de WKCZ. De WKCZ is inmiddels vervangen door de Wkkgz.
10. Patiënten konden al langer een klacht indienen bij de IGJ. De IGJ behandelt de klacht niet, maar gebruikt deze als signaal in het toezicht. In 2014 is het LMZ opgericht om een betere opvang te verschaffen aan burgers die zich tot de overheid (IGJ) wenden met klachten over de gezondheidszorg. Het LMZ lost zelf geen klachten op, maar begeleidt patiënten in dit traject. Het LMZ heeft daartoe drie hoofdtaken, te weten het adviseren en informeren van burgers en het monitoren van zorgverleners en de IGJ.
11. Het tuchtrecht is gericht op het bewaken van de kwaliteit van zorg door het individueel handelen van beroepsbeoefenaren, te beoordelen naar de maatstaf van de twee tuchtnormen zoals geformuleerd in art. 47 lid 1 Wet BIG. De eerste tuchtnorm betreft het verlenen van individuele gezondheidszorg. De tweede tuchtnorm betreft andere gedragingen in de hoedanigheid van hulpverlener die in strijd zijn met het belang van de uitoefening van de individuele gezondheidszorg. Er kan dan worden gedacht aan administratieve handelingen. Daarnaast draagt het tuchtrecht bij aan verbetering van de kwaliteit van zorg door een bijdrage te leveren aan de ontwikkeling van de professionele standaard. De klachten van patiënten hebben in het tuchtrecht een signaalfunctie. De behoeften van patiënten zijn in een tuchtrechtprocedure ondergeschikt aan het collectieve belang van patiëntveiligheid. Het medisch tuchtrecht is echter expliciet niet gericht op genoegdoening van individuele patiënten en de tuchtrechter kan evenmin een schadevergoeding toekennen – daarvoor moet de patiënt in het klacht- of aansprakelijkheidsrecht zijn.
12. Een incident is een niet-beoogde of onverwachte gebeurtenis, die betrekking heeft op de kwaliteit van zorg, en die heeft geleid, had kunnen leiden of zou kunnen leiden tot schade bij de cliënt (art. 1.1 Uitvoeringsbesluit Wkkgz). Een calamiteit verschilt van een incident in de ernst van de afloop, namelijk het overlijden van de patiënt of een ernstig schadelijk gevolg (art. 1 lid 11 Wkkgz). Bij een complicatie is er sprake van een onbedoelde of ongewenste uitkomst tijdens of volgend op het handelen van een zorgverlener, maar is die uitkomst niet het gevolg van een tekortkoming in de kwaliteit van zorg, maar van een ingecalculeerd risico van de behandeling. IGZ, Brochure voor zorgaanbieders: calamiteiten melden aan de IGJ, te raadplegen op www.igj.nl.
13. Een incident dat als (mogelijke) calamiteit wordt aangemerkt, moet bij de IGJ worden gemeld (art. 11 lid 1 Wkkgz). Een zorginstelling heeft zes weken de tijd om te onderzoeken of er sprake is van een calamiteit. Als blijkt dat het incident een calamiteit is, moet de zorginstelling deze 'onverwijld' (de IGJ verstaat hieronder drie werkdagen) melden bij de IGJ. Vervolgens moet er binnen acht weken een calamiteitenrapportage worden ingediend. De IGJ heeft daartoe de Richtlijn calamiteitenrapportage opgesteld. Daarin wordt (onder meer) gevraagd naar de betrokkenheid van patiënten bij het onderzoek en de wijze waarop zij over de resultaten zijn geïnformeerd. Zie voor meer informatie www.igz.nl/melden/melden_calamiteiten.
14. Zie B.S. Laarman e.a., OPEN: open en eerlijke omgang na klachten en incidenten in het ziekenhuis, Utrecht: NIVEL 2016, p. 49. Dezelfde constatering werd gedaan op de Third International Incident Disclosure Conference in Amsterdam in 2016. Zie o.a. Laarman e.a., 'Ask, don't assume!' Actuele inzichten in de organisatie van openheid na een medisch incident, Kwaliteit in Zorg 2017, afl. 2, p. 24-26 (op p. 26).
15. Zie J.G. Sijmons e.a., Tweede evaluatie Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg, Den Haag: ZonMw 2013, p. 14.
16. Zie vkig.nl/stroomschema.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

3. De verplichting tot claimbeoordeling door de zorgaanbieder

De Wkkgz bevat een aantal artikelen over klachten en een aantal over geschillen. Anders dan in de paragraaf over geschillen is in de paragraaf over klachten niets te vinden over aanspraken op schadevergoeding. Een expliciete wettelijke bepaling dat zorgaanbieders in het kader van hun verplichte klachtenregeling ook schadeclaims moeten onderzoeken en beoordelen ontbreekt. Deze verplichting vloeit echter nadrukkelijk voort uit het systeem van de Wkkgz en is tijdens de parlementaire behandeling uitvoerig onderwerp van debat geweest. Met betrekking tot de wijze waarop zorgaanbieders deze taakstelling precies verwezenlijken, laat de wet hun de nodige vrijheid, aldus de minister:

> 'Het staat zorgaanbieders in de opzet van het wetsvoorstel vrij om ter voldoening aan de verplichtingen van de art. 13 e.v. verschillende procedures vast te leggen voor klachten die over de inhoud van de zorg of de bejegening gaan en klachten die (ook) over claims gaan, zowel bij de interne klachtenafhandeling als bij de geschillenbehandeling bij de geschilleninstantie. De zorgaanbieder moet in de interne klachtenprocedure echter beide soorten klachten/claims behandelen. En ook de geschilleninstantie moet op grond van de Wkkgz bevoegd zijn om beide soorten klachten te behandelen.'[17]

Kortom, door de invoering van de Wkkgz kunnen klachten in de zorg voortaan ook betrekking hebben op, of gepaard gaan met, een verzoek om schadevergoeding en kan de zorgaanbieder de patiënt niet zonder daarover een standpunt in te nemen naar de schadeverzekeraar doorverwijzen.

In het spraakgebruik wordt meestal de term 'claim' gebezigd. Wij zullen dat volgen, met de kanttekening dat deze term in de praktijk niet altijd even gelukkig is, omdat hij een assertieve connotatie heeft die de verzoeker in een hoekje kan drukken waar hij zelf liever (nog) uit wegbleef. In de Modelklachtenregeling Wkkgz ziekenhuizen[18] (hierna: Modelklachtenregeling) wordt in artikel 1 sub m een 'schadeclaim' gedefinieerd als 'een klacht waarbij de klager om een financiële genoegdoening dan wel schadevergoeding verzoekt'. Zoals gezegd geldt het maximumbedrag van € 25.000 hier niet en gaat het dus potentieel om alle medische schadeclaims. Kastelein constateert terecht dat hieruit volgt dat de zorgaanbieder verplicht is over alle claims, ongeacht de hoogte, binnen de Wkkgz-termijn van zes, maximaal tien weken (hierna: zeswekentermijn) een oordeel te geven.[19] Voor zover een hoge claim ook een complexe beoordeling betekent, zal dit 'oordeel' doorgaans, in de termen van de Modelklachtenregeling, niet meer kunnen zijn dan een 'bericht' en nog niet een 'standpunt'.[20] Wij komen op deze problematiek en deze begrippen nog terug.

Zacht gezegd zal niet elk ziekenhuis, laat staan de vele andere zorgaanbieders die onder de Wkkgz vallen, zoals bijvoorbeeld huisartsen en zzp'ers, de deskundigheid voor deze claimbeoordeling daadwerkelijk zelf in huis hebben. Als daarbij dan toch weer de aansprakelijkheidsverzekeraar te hulp gevraagd wordt, rijst de vraag wat claimbeoordeling 'door de zorgaanbieder' praktisch gesproken precies dient in te houden. De bedoeling van de Wkkgz is evident meer dan het verhangen van de bordjes. Duidelijk moge zijn dat hierover nu en in de toekomst meer te zeggen zal vallen dan wij in het vervolg van dit artikel kunnen doen. Om te beginnen gaan wij in op de eigen aard van het klachtrecht, het procedurele kader van deze claimbeoordeling.

4. De eigen aard van het klachtrecht

Waar het burgerlijk procesrecht in beginsel uitgaat van de gelijkwaardigheid van partijen, staat het klachtrecht in het teken van het compenseren van machtsongelijkheid. De klager is de zwakkere partij, wiens positie door het klachtrecht moet worden versterkt. De oorsprong van het klachtrecht ligt in verhoudingen waarin sprake is van ongelijkwaardigheid van partijen. Zo bestaat er klachtrecht in de verhouding tussen de overheid en burgers zoals vastgelegd in de Algemene wet bestuursrecht en kunnen burgers klagen bij de Nationale ombudsman. Huurders kunnen bijvoorbeeld een klacht tegen hun verhuurder indienen bij de Huurcommissie. Waar een klachtenstelsel in de zorg aan zou moeten voldoen, is in 1989 en 1991 (niet uitsluitend, maar wel het meest invloedrijk[21]) uiteengezet in twee adviezen van de Nationale Raad voor de Volksgezondheid (hierna: NRV), waarin de NRV de doelstellingen van het klachtrecht formuleert:

1. Een klachtenstelsel moet ten eerste bijdragen aan het ontstaan van meer gelijkwaardige verhoudingen door de patiënt een instrument te bieden waarmee hij zijn rechten in de gezondheidszorg kan effectueren.
2. Het klachtenstelsel moet de patiënt een (financiële) genoegdoening bieden als de klacht terecht is. Genoegdoe-

17. Kamerstukken I 2014/15, 32402, O, p. 3 (NV).
18. Modelklachtenregeling Wkkgz ziekenhuizen, opgesteld door de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen (NVZ) en de Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra (NFU) met instemming van de Patiëntenfederatie Nederland, het LSR (het landelijk steunpunt (mede)zeggenschap) en de cliëntenraden van de acht universitaire medische centra (Platform CRAZ). Zie www.nvz-ziekenhuizen.nl/onderwerpen/wkkgz-or-modelklachtenregeling.
19. W.R. Kastelein, De Wkkgz is er: een nieuwe klachten- en claimregeling in de zorg!, TvGR 2016, afl. 2, p. 62-70 (op p. 67).
20. Zie over deze begrippen de toelichting bij art. 1 sub k Modelklachtenregeling (zie noot 9).
21. Zie voor een uitgebreide analyse van de totstandkoming van het klachtrecht bijv. F.C.B. van Wijmen, Klachtrecht: historie en plaatsbepaling, in: E.L.M. van Dieten-Boot e.a. (red.), Klacht en recht in de zorg, Houten/Antwerpen: Bohn Stafleu van Loghum 2008, p. 65-78. Ook Kastelein besteedt aandacht aan de historie van het klachtrecht: W.R. Kastelein, Van klagen naar klachtrecht: het klachtrecht van de patiënt in de gezondheidszorg, Arnhem: Gouda Quint 1992. Verder: G.A. van Eikema Hommes, Klachtrecht in de gezondheidszorg, in: P.P.T. Bovend'Eert, L.E. de Groot-van Leeuwen & Th.J.M. Mertens (red.), Het recht om te klagen: een bijzondere vorm van rechtspleging, Deventer: Kluwer 2001, p. 23-25.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

ning hoeft niet materieel te zijn, het stelsel moet ook gericht zijn op relatieherstel.
3. Daarnaast zijn klachten een signaal dat er mogelijk een tekortkoming is in de te leveren zorg. Klachten moeten dus worden aangegrepen om de zorg te verbeteren.

Kortom: compensatie van machtsongelijkheid, genoegdoening, relatieherstel, en kwaliteitsverbetering. Vanuit deze doelstellingen formuleert de NRV de criteria waaraan een stelsel van klachtopvang moet voldoen:
1. Het klachtenstelsel moet laagdrempelig en overzichtelijk zijn.
2. De klager moet desgewenst door een deskundige worden bijgestaan.
3. De klacht moet voortvarend worden behandeld.
4. In eerste aanleg moet de klachtopvang intern gebeuren, zodat de hulpverlener de mogelijkheid wordt geboden de oorzaak van de klacht weg te nemen.
5. Als die procedure niet tot een oplossing leidt, moet er klachtenbehandeling bestaan die voldoet aan de beginselen van behoorlijk bestuur.
6. Tot slot moet er toegang zijn tot een instantie die een bindende beslissing kan nemen indien de klager zich niet met de uitkomsten van eerdere klachtenbehandelingsprocedures kan verenigen.

Tot slot onderscheidt de NRV vier functies van klachtafhandeling:[22]
1. informatie en advisering (functie 1a), bijstand en bemiddeling (functie 1b);
2. klachtenbehandeling resulterend in niet-bindende uitspraken (functie 2);
3. klachtenbehandeling resulterend in bindende uitspraken (functie 3); en
4. procedures waarbij door een instantie een onderzoek wordt ingesteld en uitspraak wordt gedaan, waarbij het handhaven van normen of kwaliteitsmaatstaven vooropstaat en het persoonlijke belang van de patiënt een ondergeschikte rol speelt (functie 4).

Kort samengevat pleit de NRV voor een getrapt stelsel van klachtopvang met een toenemende mate van formalisering. De hier gedefinieerde functies van klachtopvang zijn terug te zien in het stelsel zoals wij dat nu kennen.

In de zorg vindt het klachtrecht in 1995 een wettelijke grondslag in de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (WKCZ). De WKCZ was een kaderwet en regelde alleen de randvoorwaarden van het klachtrecht:[23]
- Er moet een klachtencommissie zijn waarvan de voorzitter niet werkzaam is voor of bij de zorgaanbieder.
- De aangeklaagde mag geen deel uitmaken van de behandeling van de klacht.
- Termijnen van behandeling moeten zijn geregeld.
- Er moet gelegenheid zijn voor hoor en wederhoor.
- Klagers en aangeklaagden moeten zich kunnen laten bijstaan.
- De commissie moet een oordeel geven over de gegrondheid van een klacht.
- De commissie kan dat oordeel vergezeld doen gaan van aanbevelingen.
- De commissie moet een en ander regelen in een reglement.

Het was aan de zorginstellingen om deze kaders zelf nader in te vullen. In de praktijk ontstonden er verschillende typen procedures. Allereerst de klachtafhandeling binnen het ziekenhuis. Door zorginstellingen werd gevreesd dat het aantal formele procedures bij de klachtencommissies fors zou toenemen. Daarom werd flink geïnvesteerd in informele klachtafhandeling door een klachtenfunctionaris.[24] De klachtenfunctionaris functioneert als een onafhankelijke derde en staat tussen de zorgverlener en de patiënt in. De klachtenfunctionaris kan bijvoorbeeld tussen de patiënt en de zorgverlener bemiddelen. Deze informele wijze van klachtafhandeling bleek een onvoorzien succes, onder de WKCZ werd het overgrote deel van de klachten met de hulp van een klachtenfunctionaris opgelost.[25]

Daarnaast bestond de mogelijkheid tot formele klachtafhandeling door een klachtencommissie. Daar kon een patiënt met een klacht terecht voor een oordeel over de gegrondheid van een klacht. Patiënten die een klacht bij een klachtencommissie indienden, waren vaak tevreden met de werkwijze van de klachtencommissie, maar de procedure leidde niet vaak tot een bevredigend resultaat. Patiënten waren na afloop niet tevreden met de reactie van de zorgaanbieder of hadden graag gezien dat de klachtencommissie concrete aanbevelingen voor verbetering deed.[26] Deze signalen waren voor de wetgever aanleiding voor (onder meer) een nieuwe klachtwet, toen nog als onderdeel van het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg (Wcz).[27] De Wcz is er in zijn oorspronkelijke vorm niet gekomen. Het oorspronkelijke wetsvoorstel is opgedeeld in onderdelen, waarvan de elementen klachten en kwaliteit het tot de tongbreker Wkkgz hebben geschopt. Daarmee zijn we terug bij de actualiteit.

5. Behoeften van patiënten

Patiënten die klagen, doen dat om verschillende redenen. Motieven om te klagen zijn het verbeteren van de algemene kwaliteit van zorg, emotionele drijfveren, behoefte aan het

22. NRV, Advies klachtenopvang en democratisering, Zoetermeer 1991.
23. Art. 2 WKCZ.
24. R.D. Friele, C. de Ruiter, F. van Wijmen & J. Legemaate, Evaluatie wet klachtrecht cliënten zorgsector (Evaluation of the Clients' Right of Complaint Act), Utrecht: ZonMw 1999.
25. R. Friele, Klachtrecht: het recht op een luisterend oor, TvGR 2016, afl. 2, p. 92-102 en R. Bouwman, M. Bomhoff & R.D. Friele, Kennisvraag: vijf patiëntenrechten uit het wetsvoorstel Wet cliëntenrechten zorg (Wcz) anno 2012, Utrecht: NIVEL 2012.
26. S. Kruikemeier, R. Coppen, J.D.J. Rademakers & R. Friele, Ervaringen van mensen met klachten over de gezondheidszorg, Utrecht: NIVEL 2009.
27. Kamerstukken II 2009/10, 32402, 3 (MvT Wcz).

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

afleggen van rekenschap door de hulpverlener, het verbeteren van de kwaliteit van de individuele zorg en de behoefte aan genoegdoening.[28] Legemaate vat het patiëntenperspectief samen in drie kernpunten: (1) patiënten willen voorkomen dat een ander hetzelfde overkomt, (2) zij geven de voorkeur aan zo eenvoudig mogelijke manieren om klachten af te handelen, en (3) zij zijn met name op zoek naar openheid, begrip en erkenning. Zij hechten grote waarde aan excuses of een spijtbetuiging van de zorgaanbieder en/of zorgverlener.[29]

De mate waarin in een klachtprocedure aan die behoeften tegemoetgekomen wordt, kan onder meer worden beoordeeld door de vraag te stellen in hoeverre patiënten procedurele en/of distributieve rechtvaardigheid hebben ervaren.[30, 31] Procedurele rechtvaardigheid heeft betrekking op de mate waarin procedures als rechtvaardig worden ervaren. Een procedure wordt onder meer als rechtvaardiger ervaren naarmate mensen meer controle hebben over de procedure, als zij hun kant van het verhaal kunnen vertellen, en als zij het idee hebben met respect behandeld te zijn. Distributieve rechtvaardigheid heeft betrekking op de rechtvaardigheid van de uitkomst van een procedure.[32] Toegepast op het klachtrecht gaat het er dan om dat klagers willen dat er iets gebeurt met hun klacht.[33]

6. De noodzaak van een proactieve triage

De mate waarin de verschillende remedies in de gezondheidszorg gericht zijn op de behoeften van patiënten varieert. Het klachtrecht is primair op de behoeften van patiënten gericht. Een adequate klachtenprocedure biedt patiënten gelegenheid hun onvrede te uiten. Er wordt, het liefst samen met de zorgverlener, gezocht naar een oplossing. De klacht kan ook als een signaal voor kwaliteitsverbetering worden gebruikt, maar ook dat sluit aan bij behoeften van patiënten. Het klachtrecht kan in potentie hoog scoren op zowel procedurele als distributieve rechtvaardigheidsbeleving.

In het tuchtrecht daarentegen is een klacht van een patiënt enkel een signaal. Dat signaal wordt beoordeeld op zijn gegrondheid, en wordt gebruikt om de kwaliteit van de zorg in stand te houden en te bevorderen. De discrepantie tussen verwachtingen en de ervaringen in remedies in de gezondheidszorg is goed te illustreren aan de hand van een NIVEL-onderzoek naar de ervaringen van patiënten die een klacht indienden bij een regionaal tuchtcollege.[34] De tuchtcolleges scoorden hoog op procedurele aspecten. Klagers voelden zich gehoord en met respect bejegend. Klagers waren minder tevreden over het resultaat van hun klacht. Zo vond 58 procent van de respondenten het belangrijk dat de zorgverlener werd gestraft. Slechts 30 procent van hen was van mening dat dit doel bereikt was. Over de vraag in hoeverre het tuchtrecht wel op vergelding is gericht of zou moeten zijn, is momenteel het nodige te doen.[35]

In het aansprakelijkheidsrecht staan de materiële belangen van de patiënt centraal, maar wordt aan immateriële belangen vaak nog weinig aandacht besteed.[36] Patiënten die een claim indienen voor schadevergoeding hebben echter vaak behoeften die niet alleen zien op financiële compensatie, maar die juist betrekking hebben op bejegening, zoals een excuus en het nemen van verantwoordelijkheid door de zorgverlener. Er zijn aanwijzingen dat dit voor veel patiënten zelfs zwaarder weegt dan financiële compensatie alleen,[37] wat aansluit bij de bevinding dat procedurele rechtvaardigheid als niet minder belangrijk wordt ervaren dan distributieve rechtvaardigheid.[38] Ondertussen weten we uit onderzoek dat juist het gemis aan procedurele rechtvaardigheid bij schadeafhandeling als belastend worden ervaren, zoals de afwezigheid van de zorgverlener in het proces en de bejegening door de verzekeraar.[39] Oftewel: ook in het aansprakelijkheidsrecht valt een discrepantie te sig-

28. J. Legemaate, Het klachtrecht van de patiënt, TvGR 2007, afl. 6, p. 420, C. Vincent, M. Young & A. Phillips, Why do people sue doctors? A study of patients and relatives taking legal action, The Lancet 1994, p. 1609-1613 en J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach & L. Hulst, Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medische schade, Vrije Universiteit Amsterdam 2013.
29. Legemaate 2007, p. 420.
30. Thibaut en Walker introduceerden de term procedurele rechtvaardigheid in 1975. In Nederland is door Kees van den Bos een heldere uitleg gegeven in: K. van den Bos, Rechtvaardigheid en onzekerheid, in: W.L. Tiemeijer, C.A. Thomas & H.M. Prast (red.), De menselijke beslisser: over de psychologie van keuze en gedrag, Amsterdam: Amsterdam University Press 2012, p. 89-105. Klamer en Bethlehem geven een duidelijke bespreking van de betekenis van procedurele rechtvaardigheid voor het aansprakelijkheidsrecht, in: L. Klamer & B. Bethlehem, Procedurele rechtvaardigheid: kunnen inzichten uit onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid bijdragen aan de verwezenlijking van de functies van het aansprakelijkheidsrecht?, TVP 2007, afl. 4, p. 119-124.
31. In de literatuur wordt nader onderscheid gemaakt in vormen van rechtvaardigheid, zoals interpersoonlijke rechtvaardigheid, informatieve rechtvaardigheid, interactionele rechtvaardigheid of retributieve rechtvaardigheid. Procedurele rechtvaardigheid kan ook worden gedefinieerd als koepelbegrip, waar aspecten als interactionele, informatieve en procedurele rechtvaardigheid in smalle zin (de kenmerken van de procedure) onderdeel van uitmaken. Klamer en Bethlehem stipten de discussie hieromtrent aan in een voetnoot (nr. 25). Zij gebruiken de term procedurele rechtvaardigheid als overkoepelende term. Ten behoeve van de overzichtelijkheid van deze bijdrage sluiten wij ons daarbij aan.
32. Van den Bos 2012, p. 91.
33. Friele 2016.
34. Kruikemeier, Coppen, Rademakers & Friele 2009.
35. Zie bijv. KNMG, Maak van tuchtrecht geen strafrecht!, 15 juni 2015, www.knmg.nl/actualiteit-opinie/nieuws/nieuwsbericht/maak-van-tuchtrecht-geen-strafrecht.htm. Recent voerde het NIVEL onderzoek uit naar de ervaren impact van de openbaarmaking van tuchtrechtelijke maatregelen. Uit dit onderzoek bleek dat zorgverleners het tuchtrecht als bestraffend ervaren. R. Friele, M. Hendriks, B.S. Laarman, R. Bouwman & A. de Veer, Zorgverleners en burgers over het openbaar maken van door de tuchtrechter opgelegde berispingen en geldboetes, Utrecht: NIVEL 2017.
36. A.J. Akkermans & K.A.P.C. van Wees, Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief: hoe door verwaarlozing van zijn emotionele dimensie het afwikkelingsproces van letselschade tekortschiet in het nastreven van de eigen doeleinden, TVP 2007, afl. 4, p. 103-118.
37. T. Relis, Perceptions in litigation and mediation. Lawyers, defendants, plaintiffs, and gendered parties, Cambridge: Cambridge University Press 2011. Zie hierover ook A.J. Akkermans, 'En, heeft u al een claim ingediend voor schadevergoeding?', TC 2015, afl. 3, p. 30-31.
38. Klamer & Bethlehem 2007, p. 121.
39. J.L. Smeehuijzen e.a., Over problemen en oplossingen in het medisch aansprakelijkheidsrecht, NJB 2013, p. 2180-2186.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

naleren tussen de behoeften en de ervaringen van rechtzoekenden.

Deze discrepanties vormen in de gezondheidszorg eens te meer een uitdaging doordat het onderscheid tussen remedies voor patiënten maar moeilijk te maken is. De passende remedie die er in theorie wel is, wordt in de praktijk lang niet altijd gevonden. Vanuit juridisch en bestuurlijk opzicht ligt het voor de hand om onderscheid te maken tussen de verschillende elementen van een klacht en daar de passende procedure bij te zoeken. Patiënten zelf kunnen dergelijke onderscheidingen meestal niet maken. Zo bleek uit voornoemd NIVEL-onderzoek dat de verwachtingen van patiënten die een klacht bij een klachtencommissie indienden en die van klagers in het tuchtrecht maar weinig van elkaar verschilden.[40] Dat is opvallend als men bedenkt dat het klachtrecht en het tuchtrecht fundamenteel verschillen in achtergrond en nagestreefde doelen. Zoals gezegd wordt in de evaluatie van de Wet BIG geconstateerd dat de verkeerde klachten bij de tuchtcolleges terechtkomen.[41] Remedies in de gezondheidszorg zijn ook wel omschreven als 'gefragmenteerd'. Om daadwerkelijk aan de behoeften van patiënten tegemoet te kunnen komen, is het nodig alle klachten op een meer omvattende wijze te behandelen, of patienten op zijn minst proactief de weg te wijzen in de verschillende procedures. In de treffende woorden van De Groot-van Leeuwen:

> 'Klagers hebben één, maar veel vaker meer doelen met het indienen van klachten. Om die te bereiken zijn zij genoodzaakt hun klachten zo te vervormen dat ze bij één of meer, door juristen onderscheiden doelen passen. En vervolgens dienen klagers bij die doelen de bijbehorende loketten te zoeken. (...) Wie kunnen dit?'[42]

In artikel 6 Modelklachtenregeling wordt met betrekking tot de triage van klachten een centrale rol toegedacht aan de klachtenfunctionaris:

> '2. De klager bepaalt, na informatie van en overleg met de klachtenfunctionaris, het traject. Een klacht kan op de volgende manieren worden behandeld:
> a. verzoek om registratie: indien klager geen oordeel van de zorgaanbieder wenst maar wel een signaal of melding van onvrede of ongenoegen wenst te geven wordt deze klacht geregistreerd en geanalyseerd conform artikel 16;
> b. verzoek om een (praktische) oplossing/bemiddeling: de klachtenfunctionaris neemt de klacht in behandeling;
> c. verzoek om een oordeel: de klachtenonderzoekscommissie onderzoekt de klacht en oordeelt of de raad van bestuur (na advies van de klachtenonderzoekscommissie) oordeelt op de klacht;
> d. verzoek om een financiële vergoeding: de klacht zal worden behandeld door de schadebehandelaar van de zorgaanbieder die belast is met de beoordeling van schadeclaims, of door de aansprakelijkheidsverzekeraar van de zorgaanbieder.'

Gelukkig wordt ook voorzien dat een patiënt aan meerdere van deze remedies behoefte kan hebben:

> '3. Indien de aard van de klacht zich hiertoe leent, is een combinatie van trajecten a t/m d mogelijk. Een en ander gebeurt in goed overleg met klager en betrokken medewerkers.'

Het is echter maar de vraag of alle patiënten die baat zouden hebben bij 'informatie van en overleg met de klachtenfunctionaris' ook bij hem of haar terechtkomen voordat hun 'uiting van onvrede' in de pijplijn van een bepaalde procedure is geraakt. Uit de praktijk van de OPEN-ziekenhuizen weten wij dat wanneer een 'uiting van onvrede' binnenkomt in de vorm van een claim er nog niet in elk ziekenhuis (ook) de klachtenfunctionaris bij wordt gehaald. Dat gebeurt ook niet altijd (automatisch) bij incidenten en calamiteiten die niet op initiatief van de patiënt, maar op initiatief van de zorgverleners worden opgepakt. Ook wanneer de patiënt zich (vooralsnog) richt tot de zorgverlener of medewerker over wie hij niet tevreden is, voorziet de Modelklachtenregeling wel erin dat de patiënt wordt geattendeerd op de klachtenfunctionaris, maar niet dat de klachtenfunctionaris wordt geattendeerd op de patiënt. Nu is dat laatste op zich wel begrijpelijk vanuit het streven om uitingen van onvrede zo laagdrempelig, efficiënt en praktisch mogelijk op te lossen, maar hier bestaat wel een spanning met de noodzaak van een proactieve triage. Als de patiënt er met zorgverlener of medewerker onverhoopt niet uitkomt, is het vaak niet zeker dat de klachtenfunctionaris de patiënt op tijd op de radar krijgt. Het probleem met de Modelklachtenregeling is dat zij, conform de traditie van verkokering van procedures in de zorg, alleen op het eigen, juridisch gedefinieerde, domein is gericht, in dit geval op dat van de 'klachten', ook al is dat begrip door de Wkkgz uitgebreid met klachten die (ook) een claim inhouden. Men ziet dit terug in de definitie van 'klacht' in artikel 1 sub f. Volgens deze bepaling is een klacht: 'een uiting van onvrede ingediend bij de klachtenfunctionaris over een handelen of nalaten jegens een cliënt/patiënt in het kader van de zorgverlening'. Hoe begrijpelijk deze benadering op zichzelf ook is, bezien vanuit de noodzaak van een proactieve triage bevat zij een noodlottige cirkelredenering: een klacht is pas een klacht als zij is ingediend bij de klachtenfunctionaris. Een proactieve triage is nodig van elk signaal van onvrede of een andere gebeurtenis die aanleiding is of kan zijn om actie te ondernemen, en zo'n gebeurtenis hoeft niet ergens te zijn 'ingediend', maar alleen maar te zijn opgemerkt.

40. Kruikemeier, Coppen, Rademakers & Friele 2009, p. 80.
41. Zie Sijmons e.a. 2013, p. 14.
42. L.E. de Groot-van Leeuwen & G.J. Kemper, Tuchtrecht of klachtrecht: één loket voor de klagende burger, TvT (3) 2012, afl. 1, p. 67.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

7. Van 'klachtenfunctionaris' naar 'patiëntencontactpersoon'

De Wkkgz verplicht zorginstellingen een 'persoon' aan te stellen die 'geschikt' is om patiënten te begeleiden bij een klacht. Zoals we zagen, wordt in de praktijk meestal gesproken van een 'klachtenfunctionaris'. Onder klachtenfunctionarissen bestaat al langere tijd ongemak over deze functiebenaming. De nadruk op proactiviteit in het voorkómen van klachten, de bemiddelende rol van de klachtenfunctionaris en het feit dat veel van hen wel degelijk als regieleider optreden in andere situaties, zoals 'incidenten', 'claims' en 'calamiteiten', maakt de term 'klachtenfunctionaris' niet langer passend, en liever wordt dan ook gesproken van een 'patiëntencontactpersoon'.[43] In de praktijk stellen veel klachtenfunctionarissen zich reeds als patiëntencontactpersoon of patiëntenvertrouwenspersoon voor, bijvoorbeeld als er wel sprake is van een situatie waarin begeleiding nodig wordt geacht, maar er (nog) geen 'klacht' is. Ook in de concepten voor de GOMA 2.0 wordt gesproken van 'patiëntencontactpersoon'.

In de meeste zorginstellingen was onder de WKCZ reeds een patiëntencontactpersoon werkzaam die klachten op informele wijze afhandelde, bijvoorbeeld door te bemiddelen tussen de betrokken zorgverlener en de klagende patiënt.[44] Het wekt daarom geen verbazing dat de wettelijke fundering van deze (succesvolle) wijze van klachtafhandeling onder klachtenfunctionarissen zelf weinig ophef heeft veroorzaakt.[45] Tegelijkertijd is er voor de reeds werkzame patiëntencontactpersonen wel degelijk iets veranderd. De wetgever heeft met de Wkkgz ingezet op een meer proactieve klachtafhandeling, waarin meer problemen op informele wijze worden opgelost (daarover straks meer). Dat betekent dat de patiëntencontactpersoon niet alleen een wettelijke basis heeft gekregen, maar ook een meer centrale positie. Zoals de Modelklachtenregeling terecht tot uitgangspunt neemt, is de patiëntencontactpersoon in theorie degene bij uitstek die alle uitingen van onvrede op de juiste plek kan onderbrengen.

In het kader van de activiteiten van het Leernetwerk OPEN[46] wordt in dit verband wel gesproken van 'Bureau OEPS':[47] een samenwerkingsverband waarin de patiëntencontactpersoon, ziekenhuisjurist, calamiteitenonderzoeker, vertrouwenspersoon en leden van de raad van bestuur nauw bij elkaars werkzaamheden betrokken zijn en zo bij elk signaal van onvrede, ongeacht zijn formele kwalificatie (incident, calamiteit, klacht, claim), de patiënt optimaal van dienst kunnen zijn, inclusief het verrichten van een omvattende triage. Van een dergelijk 'Bureau OEPS' is hier en daar de facto al wel sprake – informeel en meestal zonder specifieke benaming[48] –, maar de bedoelde brede samenwerking is in zorginstellingen nog niet de norm. Daardoor blijft een proactieve triage van alle mogelijke uitingen van onvrede of andere relevante gebeurtenissen achterwege of gebrekkig, en ontstaat het gevaar dat functionarissen langs elkaar heen werken.[49] Er kan veel worden gewonnen wanneer daar verandering in komt.[50]

8. Motieven voor claimbeoordeling door de zorgaanbieder

Zoals gezegd maakt de Wkkgz geen onderscheid tussen de afhandeling van een klacht met een financiële component en een klacht zonder financiële component, maar staat het zorgaanbieders wel vrij om hiervoor verschillende procedures in te stellen. Vanuit het veld zijn tijdens de parlementaire behandeling tegen deze 'samenloop van klacht en claim' de nodige bezwaren ingebracht.[51] De reden waarom de wetgever hier per se aan heeft vastgehouden, is gelegen in de centrale doelstelling van de Wkkgz, namelijk om een zo groot mogelijk deel van de klachten zo proactief en informeel mogelijk af te doen en formalisering en juridisering zo veel mogelijk tegen te gaan, zodat beter wordt aangesloten bij de behoeften van patiënten. Die moeten eventuele schade makkelijker en eenvoudiger vergoed kunnen krijgen. De Wkkgz kent ook een spiegelbeeldig motief. Schadeclaims moeten niet alleen zo min mogelijk tot formalisering en juridisering leiden, formalisering en juridisering moeten ook zo min mogelijk tot schadeclaims leiden:

> 'De Wkkgz onderschrijft de benadering van het model van eerstelijns belangenorganisaties dat alle klachten eerst zo informeel mogelijk door de zorgverlener, eventueel met hulp van de klachtenfunctionaris, worden opgelost. Uit de praktijk van klachtenfunctionarissen blijkt dat cliënten regelmatig afzien van een aanvankelijk aangekondigde financiële claim, indien zij het gevoel krijgen dat zij in een goed gesprek met de zorgverlener serieus zijn genomen. Mede om die reden ziet de regering geen gevaar voor vermenging van klachten en schadeclaims.'[52]

In het perspectief van de Wkkgz snijdt het mes dus aan twee kanten. Uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat een gebrek aan informatie over klachten en/of incidenten en het gevoel niet serieus te worden genomen inderdaad tot de belangrijkste redenen behoren die patiënten noemen om een claim in te dienen. Dit wordt ook wel oneigenlijk gebruik van het aansprakelijkheidsrecht genoemd: het aansprakelijkheidsrecht wordt

43. De term 'patiëntencontactpersoon' sluit ook aan bij de terminologie die werd gebezigd in de nota Patiëntenbeleid (1981) en de daaropvolgende Voortgangsnota (1983), waarmee het wetgevingsproces van het klachtrecht werd aangevangen.
44. R.D. Friele & R. Coppen, Wetgeving en de positie van de patiënt: instrument voor verandering of terugvaloptie? RdW (31) 2010, afl. 3, p. 26-39.
45. J. van Dijk e.a., Zicht op klachtenfunctionarissen; een onderzoek naar de informele klachtafhandeling in de zorg, Tilburg: INTERVICT 2015, p. 29.
46. Zie noot 1.
47. OEPS staat voor Open en Eerlijk Patiëntgericht Samenwerken. Aanvankelijk ook enigszins humoristisch bedoeld is de term OEPS in deze context inmiddels ingeburgerd.
48. In het VUmc bijv. vindt deze samenwerking plaats onder de benaming 'triage overleg'.
49. Laarman e.a. 2016, p. 49-50.
50. Dit is ook een duidelijke uitkomst van recente netwerkbijeenkomsten van OPEN.
51. Zie o.m. KNMG, Position paper, 17 september 2015, p. 3 en 4.
52. Kamerstukken I 2014/15, 32402, 1, p. 2 (NV).

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

gebruikt als middel tot een doel waar het niet voor bedoeld is.[53] De opvatting dat een goede klachtafhandeling claims kan voorkomen, wordt algemeen gedeeld onder professionals en deskundigen, al zijn er geen Nederlandse data beschikbaar waaraan hiervoor 'hard' empirisch bewijs zou kunnen worden ontleend.[54] De bestaande kwantitatieve aanwijzingen daarvoor komen vooral uit de Verenigde Staten (zie hierna). Hoe dat ook zij, de vermenging van klachten en claims is bepaald geen 'bedrijfsongeval', maar een door de wetgever bewust gewild en centraal onderdeel van de doelstellingen van de Wkkgz.

Het zo veel mogelijk door zorgaanbieders zelf afwikkelen van schadeclaims is ook een van de centrale aanbevelingen in het VU-onderzoek naar opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen uit 2013.[55] Tot dusver was de typische situatie dat het indienen van een schadeclaim het signaal betekent voor een apart traject, waarin de zorgaanbieder vaak niet meer de gesprekspartner is, maar de patiënt te maken krijgt met een schadebehandelaar van een verzekeraar. De opzet van de huidige GOMA kan dat treffend illustreren, waar met het verzoek tot schadevergoeding deel B van de GOMA begint en de zorgaanbieder niet langer de belangrijkste normadressant is, maar de verzekeraar. Een schadeclaim is misschien wel het signaal van juridisering bij uitstek. Voor zorgverleners verandert het beeld van 'patiënt' naar 'claimant' en vermindert het gevoel van eigen verantwoordelijkheid. Voor patiënten verandert het beeld van 'dokter' naar 'dader' en de verwijzing naar de verzekeraar kan voelen als het afwijzen van verantwoordelijkheid en in de steek laten. In het VU-onderzoek uit 2013 worden de voordelen van afwikkeling door de zorgaanbieder zelf als volgt samengevat:

> 'Ten eerste heeft voor een patiënt het debat over schadevergoeding vaak een morele dimensie, zodat het voor hem onbevredigend is te maken te krijgen met de partij die het niet "gedaan" heeft. Het gevoel tegen een abstracte, gezichtsloze tegenstander te moeten vechten, zou bij afhandeling door het ziekenhuis kunnen afnemen. In termen van procedurele rechtvaardigheid heeft die benadering daarom sterke kaarten. Het is bovendien zo dat het incident voor de patiënt meer omvattend is dan alleen de financiële kant. Wanneer de financiële kant en andere aspecten tussen dezelfde gesprekspartners worden besproken, lijkt de kans op een alles omvattende oplossing te worden vergroot. Voorstelbaar is voorts dat het ziekenhuis eerder dan de verzekeraar de behoefte zal hebben wat binnen zijn muren is gebeurd "recht te zetten". Mogelijk zal het ziekenhuis meer naar billijkheid oordelen en alle omstandigheden van het geval af te wegen, terwijl een verzekeraar eerder strikt juridisch zal beoordelen of de patiënt voldoende stelt, bijvoorbeeld ten aanzien van het vereiste causaal verband tussen de fout en de vermeende schade om zijn claim in rechte gehonoreerd te zien. Het ziekenhuis lijkt ook eerder in de positie om samen met de patiënt aan tafel te gaan zitten om te bezien wat nu eigenlijk zijn schade is en zal wellicht grotere waarde hechten aan bewaking van de goede verhoudingen. Uit de expertmeetings blijkt dat het voor ziekenhuizen ook in termen van imagovorming belangrijk kan worden gevonden te laten zien dat wanneer er iets mis gaat, zij zich inspannen voor uitbetaling van een billijke schadevergoeding.'[56]

Ziekenhuizen die geheel of gedeeltelijk zelf schade beoordelen en afhandelen, worden 'zelfregelende' ziekenhuizen genoemd.[57] Uit de netwerkbijeenkomsten van OPEN weten wij dat het bovenstaande aansluit bij de ervaringen van zelfregelende ziekenhuizen in de praktijk. Omdat de beoordeling van een claim in het ziekenhuis zelf gebeurt, is de claim niet alleen een aangelegenheid van Juridische Zaken en de raad van bestuur, maar wordt ook de zorgverlener actief bij de afhandeling van de schade betrokken en wordt de patiënt naar wens ondersteund. De aanpak in een specifieke casus wordt vaak afgestemd in periodiek overleg tussen Juridische Zaken en de patiëntencontactpersoon. Deze ziekenhuizen geven aan dat coulancebetalingen toenemen. Dit komt voort uit de wens iets voor de patiënt te willen betekenen zonder dat daar een lange en moeizame procedure voor nodig is. De aansprakelijkheid wordt bij de kleinere claims bijvoorbeeld minder gedetailleerd uitgezocht, waardoor deze voortvarend kunnen worden afgehandeld. In paragraaf 11 komen we hier uitvoerig op terug.

Al voor de invoering van de Wkkgz deed zich de ontwikkeling voor dat steeds meer ziekenhuizen overgaan tot zelf schade beoordelen en afhandelen. De motieven voor deze ontwikkeling zijn divers, maar zij lopen in elk geval samen met een opmars van het eigen risico in de medische aansprakelijkheidsverzekeringen. Centramed hanteert vanouds in haar verzekeringsvoorwaarden een bepaald eigen risico per verzekeringsjaar. In 2016 zijn ook alle leden van MediRisk overgegaan op de zogenaamde stop-lossverzekering, waarbij per jaar een eigen risico bestaat. Men spreekt wel van het 'eigen behoud'. De afspraken en werkwijzen met betrekking tot claimbeoordeling door de verzekerde en de samenwerking met de verzekeraar zijn te divers om hier weer te geven. Wel komen hieronder de bepalingen in de Modelklachtenregeling die hierop betrekking hebben aan de orde, alsmede de 'Procesflow Partnership in klachten- en claimopvang' zoals die door MediRisk is voorgelegd aan haar verzekerden.

De ontwikkeling dat schadeclaims in eerste aanleg worden beoordeeld door de zorgaanbieder zelf wordt ook krachtig

53. Smeehuijzen, Van Wees, Akkermans, Legemaate, Van Buschbach & Hulst 2013.
54. B.S. Laarman, S. van Schoten & R. Friele, Nulmeting Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg, Utrecht: NIVEL 2016, p. 34.
55. Smeehuijzen, Van Wees, Akkermans, Legemaate, Van Buschbach & Hulst 2013, p. 175.
56. Smeehuijzen, Van Wees, Akkermans, Legemaate, Van Buschbach & Hulst 2013, p. 175.
57. Op de ervaringen van 'zelfregelende' ziekenhuizen hopen wij in de nabije toekomst in andere publicaties in te gaan.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

ondersteund door een recente ontwikkeling in het medisch tuchtrecht. In een uitspraak van het Regionaal Tuchtcollege Amsterdam wordt de zorgverlener expliciet verantwoordelijk geacht voor de financiële afwikkeling van een incident, inclusief voor de wijze waarop zijn verzekeraar zich opstelde in de claimbehandeling.[58] Daarmee brengt het College tot uitdrukking dat ook het traject van schaderegelen onderdeel is van de behandelrelatie tussen zorgverlener en patiënt:

> 'De zorgvuldigheid die een zorgverlener op grond van artikel 47 lid 1 Wet BIG jegens de patiënt moet betrachten, omvat eveneens de manier waarop de zorgverlener na een (gestelde) medische fout met de patiënt omgaat. Als er zich in het kader van de zorgverlening een incident voordoet, is communicatie, persoonlijke aandacht, empathie, zorgzaamheid en correcte bejegening van groot belang. Niet valt in te zien waarom dit voor de financiële afwikkeling van een (verwijtbaar) incident anders zou zijn dan voor de medische afwikkeling daarvan. Ook niet als de financiële gevolgen namens de zorgverlener worden afgewikkeld door een aansprakelijkheidsverzekeraar. Op het moment dat een aansprakelijkheidsverzekeraar de schade op onzorgvuldige wijze afwikkelt (waarvan op basis van wetenschappelijk onderzoek inmiddels voldoende vaststaat dat dit een negatieve invloed heeft op het welzijn van patiënten), ligt het op de weg van de arts (wiens doel juist het bevorderen van het welzijn van patiënten zou moeten zijn) zijn verzekeraar daarop aan te spreken. De aansprakelijkheidsverzekeraar zal op basis van de verzekeringsovereenkomst jegens de arts immers verplicht zijn de schadeafwikkeling namens de arts op correcte wijze uit te voeren.'

Aan het hier geëxpliciteerde principe zullen sommigen misschien nog wat moeten wennen, maar deze overwegingen sluiten naadloos aan bij waar de problemen in de praktijk om vragen en wat de wetgever met de Wkkgz heeft beoogd.[59] De wijze waarop de zorgverlener zijn verantwoordelijkheid over de financiële afwikkeling concreet dient waar te maken, moet natuurlijk nog wel nader uitkristalliseren. Het zal duidelijk zijn dat de dokter in dit opzicht ook zijn beperkingen heeft. Het valt te vermoeden dat deze verantwoordelijkheid in praktisch opzicht eenvoudiger zal zijn waar te maken wanneer de zorgaanbieder zelf de claimbeoordeling uitvoert dan wanneer de verzekeraar het roer heeft overgenomen,[60] al moeten de verschillen niet worden overdreven. Maar het principe, zoals eerder door Smeehuijzen verdedigd,[61] dat de verantwoordelijkheid van de zorgverlener voor de patiënt na een incident onverminderd doorloopt, niet alleen wat de medische afwikkeling betreft, maar ook voor de financiële afwikkeling, onderschrijven wij van harte, en staat ook voorop in de huidige concepten van de nieuwe GOMA 2.0.

Dat ziekenhuizen zelf schadeclaims in behandeling nemen, is overigens internationaal gezien bepaald geen noviteit. Vooruitstrevende Amerikaanse ziekenhuizen werken met *early settlement programmes*. De werkwijze van het University of Michigan Health System (UMHS) is dermate goed gedocumenteerd dat we dit hier graag kort tot voorbeeld nemen. Als er iets misgaat in de behandeling wordt direct openheid van zaken gegeven en voortvarend onderzoek gedaan of voldaan is aan de professionele standaard (*standard of care*). Indien er een tekortkoming in de zorg is geweest, wordt een schikking aangeboden, waarin het schikkingsbedrag wordt afgestemd op de waarde die een claim in de rechtszaal zou hebben.[62] Hier hoort finale kwijting bij (in tegenstelling tot de werkwijze van sommige Amerikaanse verzekeraars, zoals we zullen bespreken in par. 11). Het succes van dergelijke *early settlement programmes* wordt in de literatuur vaak in de sleutel gezet van de beheersing van de schadelast en wordt daarbij meestal gereduceerd tot 'openheid vermindert claims'. Deze ziekenhuizen rapporteren inderdaad een afname in claims en rechtszaken, een afname in de gemiddelde looptijd van afhandeling en een vermindering van aansprakelijkheidskosten. In werkelijkheid is het verband tussen openheid (op zichzelf) en claims nogal schimmig en zijn Amerikaanse resultaten bovendien niet een-op-een naar Nederland te vertalen.[63] De kracht van deze programma's schuilt dan ook niet in de mate waarin zij claims voorkomen, maar in het feit dat claimen in veel gevallen niet

58. RTG Amsterdam 4 juli 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:77. Patiënte is van deze uitspraak in hoger beroep gegaan bij het CTG. Mogelijk dat de artsen in hun verweer de hier geciteerde overwegingen nog zullen aanvechten.
59. Zie hierover ook J.L. Smeehuijzen, De verantwoordelijkheid van de arts voor schadeafwikkeling door zijn verzekeraar, TvGR 2009, afl. 3, p. 160-175 (hierna: Smeehuijzen 2009a). Dat de arts na een medisch incident verantwoordelijkheid draagt voor het traject dat volgt, wordt door de tuchtrechter overigens al langer als onderdeel van de professionele standaard gezien. Zie hierover B.S. Laarman, De professionele standaard: wat is een open en eerlijke reactie na een medisch incident?, TvGR (41) 2017, afl. 4-5, p. 351-359.
60. Zie over de normen waarnaar de verzekeraar zich dient te gedragen J.L. Smeehuijzen, Schadevergoeding wegens onzorgvuldige afwikkeling van letselschadevorderingen, NTBR 2009, p. 328-340.
61. Smeehuijzen 2009a, p. 160-164.
62. Zie hierover bijv. R.C. Boothman, A.C. Blackwell, D.A. Campbell, E. Commiskey & S. Anderson, A better approach to medical malpractice claims? The University of Michigan experience, Journal of Life and Health Sciences (2) 2009, afl. 2, p. 125-159 en R.C. Boothman, S.J. Imhoff & D.A. Campbell, Nurturing a culture of patient safety and achieving lower malpractice costs, Frontiers of Health Services Management (28) 2012, afl. 3, p. 13-28. In het UMHS wordt ter beoordeling van de waarde van de schikking samengewerkt met economische, financiële en thuiszorgdeskundigen.
63. Zie hierover bijv. A. Kachalia, K.G. Shojania, T.P. Hofer, M. Piotrowski & S. Saint, Does full disclosure of medical errors affect malpractice liability, Joint Commission Journal on Quality and Patient Safety (29) 2003, afl. 10, p. 503-511.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

meer nodig is. Snel openheid geven en, indien gepast,[64] een goed onderbouwd schikkingsaanbod zijn elementen van een open en eerlijke reactie. In de woorden van Leape: 'Apology without compensation is like taking a shower in a raincoat. You're doing the right thing, but you're not getting wet and you're still dirty.'[65]

9. Hoe claimbeoordeling door de zorgaanbieder te realiseren

Nu zijn lang niet alle ziekenhuizen 'zelfregelend' of zullen zij de voor claimbeoordeling benodigde deskundigheid zelf in huis hebben. Dit geldt overigens eens te meer voor de vele andere zorgaanbieders die onder de Wkkgz vallen, zoals de caresector en eerstelijnszorgaanbieders als huisartsen en zzp'ers. Het is volstrekt logisch dat artikel 10 lid 1 Modelklachtenregeling in de mogelijkheid voorziet dat een schadeclaim niet wordt behandeld door de 'interne schadebehandelaar', maar door de 'aansprakelijkheidsverzekeraar van de zorgaanbieder':

> '1. Indien de klacht conform artikel 6 als een schadeclaim wordt behandeld, wordt de (hele of gedeeltelijke) behandeling overgedragen aan de interne schadebehandelaar/aansprakelijkheidsverzekeraar van de zorgaanbieder.'

De toelichting bij dit artikel vermeldt hierover:

> 'De interne schadebehandelaar is degene die namens de zorgaanbieder de claims in behandeling neemt in de organisatie. De schadebehandelaar is een medewerker van de zorgaanbieder. Indien het ziekenhuis geen jurist in dienst heeft, worden claims ter afhandeling overgedragen aan de aansprakelijkheidsverzekeraar. Een andere mogelijkheid is dat ziekenhuizen met juristen in dienst kleinere claims zelf afhandelen en daarover in de verzekeringsovereenkomst met de aansprakelijkheidsverzekeraar afspraken hebben gemaakt over de claims die zelf worden afgehandeld en de claims die overgedragen moeten worden aan de verzekeraar ter afhandeling. Dit gaat op basis van inschatting van de complexiteit van het dossier en de hoogte van de schade.'

Hier lijkt ons voor de toekomst toch nog wel wat werk aan de winkel. Zoals wij zagen, heeft de minister zorgaanbieders de vrijheid gegeven om voor klachten en claims 'verschillende procedures vast te leggen'.[66] Maar de redactie van dit artikellid ('wordt de hele of gedeeltelijke behandeling overgedragen') alsmede die van lid 3 ('Binnen zes weken na datum van de ontvangstbevestiging geeft de schadebehandelaar/aansprakelijkheidsverzekeraar een oordeel over de schadeclaim') lijkt zich onvoldoende rekenschap te geven van de uitdrukkelijke doelstelling van de Wkkgz dat de patiënt die een klacht indient daarbij in eerste aanleg te maken heeft met de zorgaanbieder, en niet met een externe instantie zoals de aansprakelijkheidsverzekeraar. De Wkkgz voorziet immers in een oordeel 'door de zorgaanbieder'. Bij een ziekenhuis is dat in beginsel de raad van bestuur. De raad kan zich natuurlijk wel laten vertegenwoordigen door andere functionarissen, en de Modelklachtenregeling voorziet daar ook in.[67] Maar het lijkt ons zeer gewenst dat het contact met de patiënt voor de beoordeling van wiens claim de aansprakelijkheidsverzekeraar om advies is gevraagd, feitelijk nog steeds wordt onderhouden door de zorgaanbieder, bij voorkeur door de patiëntencontactpersoon, en dat het 'oordeel' wordt overgebracht als dat van de raad van bestuur, niet als dat van de aansprakelijkheidsverzekeraar. Een andere werkwijze zou wel eens kunnen worden aangemerkt als in strijd met (de kenbare bedoeling van) de wet.[68]

Om deze reden plaatsen wij ook vraagtekens bij hetgeen op dit punt vermeld staat in de 'Procesflow Partnership in klachten- en claimopvang' van MediRisk, die wij hieronder in paragraaf 11 zullen bespreken. In de eerstelijnszorg en bij solistisch werkende zorgverleners is eveneens denkbaar dat de klachtenfunctionaris, die hier, meestal op ad-hocbasis, vanuit een externe organisatie bij de klachtafhandeling betrokken pleegt te zijn, een oordeel over de klacht of schadeclaim overbrengt als dat van de zorgverlener zelf, maar of dat steeds het optimale arrangement zou zijn, kunnen wij momenteel niet overzien. Vermoedelijk komt de klachtenfunctionaris hier in alle gevallen (dus bij klachten en bij claims) veel meer in de rol van bemiddelaar dan van contactpersoon. Bij grote organisaties zoals ziekenhuizen ligt dat anders. Ziekenhuizen die de 'hele' behandeling van Wkkgz-claims aan hun verzekeraar willen (blijven)

64. Het UMHS hanteert de maatstaf of de zorg 'reasonable' was onder de gegeven omstandigheden. The *risk management department* bestaat uit ervaren verpleegkundigen die zijn opgeleid om claims te beoordelen, nu, volgens het UMHS, de beoordeling van zorg een medische en niet een juridische aangelegenheid is. Deze conclusies worden getoetst door een commissie van zorgverleners die beoordelen of de zorg *reasonable* was, en of de gegeven zorg de uitkomst van de behandeling negatief heeft beïnvloed. Ook wordt de casus voor kwaliteitsdoeleinden beoordeeld. Boothman, Blackwell, Campbell, Commiskey & Anderson 2009, p. 140-141.
65. Boothman, Imhoff & Campbell 2012, p. 21. En over de vergelijking tussen kosten voor en na het invoeren van het '*disclose-and-offer programme*': A. Kachalia, S.R. Kaufman, R. Boothman, S. Anderson, K. Welch, S. Saint & M.A. Rogers, Liability claims and costs before and after implementation of a medical error disclosure programme, Annual Internal Medicine (153) 2010, afl. 4, p. 213-221.
66. Zie het citaat bij noot 18.
67. In het kader van de definitie van 'zorgaanbieder' in art. 1 sub r: 'Deze modelregeling gaat ervan uit, dat de zorgaanbieder vertegenwoordigd wordt door de raad van bestuur. Het is mogelijk om bij één of meerdere onderdelen van deze klachtenregeling niet te kiezen voor vertegenwoordiging van de zorgaanbieder door de raad van bestuur, maar door een bepaalde functionaris. Als van die mogelijkheid gebruik wordt gemaakt, moet de betreffende bepaling uiteraard worden aangepast.'
68. Wij realiseren ons terdege dat een dergelijke werkwijze voor sommige zorgaanbieders, zoals solistisch werkende zorgverleners en de eerstelijnszorg, wel eens te veel gevraagd kan zijn. De brede scope van de Wkkgz brengt mee dat er ook in de eisen die worden gesteld aan schade afhandelen, om in zorgterminologie te blijven, maatwerk moet worden geleverd.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

overdragen, dus inclusief de communicatie met de patiënt,[69] doen er misschien verstandig aan om te informeren naar de visie hierop van de IGJ.

Voor zover de zorgaanbieder zelf niet de benodigde expertise voor claimbeoordeling in huis heeft, moet de oplossing worden gezocht in een nauwe samenwerking tussen de zorgaanbieder, die gedurende het gehele traject tot aan rechter of geschillencommissie het 'gezicht' blijft, en de verzekeraar, die op de achtergrond zijn expertise inbrengt. Dat moet toch ook praktisch gesproken realiseerbaar zijn, en heeft alle hierboven besproken voordelen van de patiëntencontactpersoon als het centrale aanspreekpunt, óók voor de patiënt die om vergoeding van zijn schade verzocht maar ook nog andere behoeften heeft. Het faciliteert de 'combinatie van trajecten'[70] die dan geboden is, verkleint het risico dat een patiënt onbedoeld gereduceerd raakt tot zijn 'claim' en voor het overige in de steek wordt gelaten, en faciliteert dat de patiëntencontactpersoon voor de zorgverlener een partner kan zijn bij het voldoen aan zijn zorgplicht voor de financiële afwikkeling van een incident zoals bedoeld in de hiervoor geciteerde uitspraak van het Regionaal Tuchtcollege Amsterdam.[71]

10. Het klachtrecht als procedureel kader: actieve waarheidsvinding door de zorgaanbieder

Er zijn nog geen empirische data beschikbaar over de wijze van claimbeoordeling onder de Wkkgz, dus wij weten niet hoeveel aanleiding er is om ons daarover zorgen te maken. Maar het zojuist besproken punt van het uitbesteden van de claimbeoordeling laat de begrijpelijke neiging van de toch al zwaarbelaste zorgaanbieders zien om niet te veel tegelijk te veranderen. Wij vrezen dat dit ook zal gelden voor de wijze van claimbeoordeling. Toch moet ook die anders dan men meestal gewend is. De Wkkgz beoogt een 'cultuuromslag'[72] en die geschiedt niet vanzelf. De schadebehandelaars van de aansprakelijkheidsverzekeraars, maar vermoedelijk ook de juristen van de zelfregelende ziekenhuizen, zijn grootgebracht met juridische beoordelingen die de aanloop vormen voor een door het burgerlijk procesrecht beheerste procedure voor de burgerlijke rechter. Het burgerlijk procesrecht gaat uit van de gelijkwaardigheid van partijen. Hier geldt in principe dat als een patiënt niet voldoende stelt, dit een legitieme reden is om een claim (vooralsnog) af te wijzen. Ook de wijze van waarheidsvinding wordt gekenmerkt door actie en reactie, waarin het voortouw moet worden genomen door de patiënt, die immers stelplicht heeft en de bewijslast draagt.

De beoordeling van Wkkgz-claims vindt echter niet plaats in de context van het reactieve en adversariële (op tegenspraak gerichte) aansprakelijkheidsrecht, maar in die van het proactieve en oplossingsgerichte klachtrecht. Het klachtrecht gaat niet uit van gelijkwaardigheid, maar staat in het teken van het compenseren van machtsongelijkheid. Dit betekent niet alleen een andere toon van de communicatie, maar ook een andere verdeling van verantwoordelijkheden met betrekking tot onderzoek en waarheidsvinding. Het klachtrecht gaat uit van een actieve waarheidsvinding door de beklaagde instelling, waarbij de klager niet hoeft te voldoen aan enige stelplicht, maar zorgvuldig wordt gehoord, waarna de instelling zelf actief de klacht op haar merites gaat onderzoeken. De patiënt die niet voldoende stelt, of het zelfs grotendeels bij het verkeerde eind heeft, wordt niet afgewezen, maar naar eer en geweten geholpen en aangevuld. Hetzelfde principe ziet men terug in de aanpak van de geschilleninstanties, waarover nader in paragraaf 14. In de zorg zal dit ook het even zorgvuldig horen van de zorgverlener(s) betekenen. Ook zorgverleners zijn direct belanghebbende bij een minder adversariële afwikkeling van schadeclaims, want die houdt hen zo veel mogelijk weg uit de arena van (wederzijdse) verwijten, verkleint het risico op escalatie en faciliteert het behoud of herstel van vertrouwen.[73]

Uit het OPEN-netwerk kennen wij hartverwarmende voorbeelden van in ziekenhuizen werkzame claimbehandelaars die perfect hebben begrepen wat een open en eerlijke omgang met medische schade betekent en wat de Wkkgz van hen verwacht. Zij belichamen wat ons betreft een toekomst waarin het echt beter zal gaan dan voorheen. Maar in het algemeen geldt dat

69. Uit de netwerkbijeenkomsten van OPEN weten wij overigens dat het soms voorkomt dat het contact met de patiënt over de beoordeling van een schadeclaim bewust aan de verzekeraar wordt overgedragen, omdat de verhoudingen met het ziekenhuis te veel zijn verstoord. Dat is natuurlijk mooi ad-hocmaatwerk en heel iets anders dan afwikkeling en communicatie structureel overdragen.
70. Vgl. art. 6 lid 3 Modelklachtenregeling.
71. Zie het citaat bij noot 60.
72. Kamerstukken I 2013/14, 32402, I, p. 36.
73. Voor veel zorgverleners kan een medisch incident ook een ingrijpende gebeurtenis zijn. Zij ervaren na een incident vaak gevoelens van schuld en schaamte, sommige zorgverleners ontwikkelen depressieve of op PTSS lijkende symptomen. Hoewel daar onder zorgverleners zelf enige weerstand tegen bestaat, worden zij daarom ook wel aangeduid als 'het tweede slachtoffer', een term die in 2000 werd geïntroduceerd door A. Wu, The second victim: The doctor who makes the mistake needs help too, BMJ. 2000 Mar 18;320(7237):726-7, p. 812. Zie over de impact van een incident voor zorgverleners uitgebreid B.S. Laarman, 'Ik zweer dat ik de geneeskunst zo goed als ik kan zal uitoefenen...' Art. 7:658 BW en de zorg voor de medisch specialist, VR 2014, afl. 2, p. 42-48. Aan de KU Leuven is Eva van Gerven recentelijk gepromoveerd op deze problematiek, E. van Gerven, Health professionals as second victims of patient safety incidents: Impact on functioning and well-being (diss. Leuven), 2016, en bestaat een onderzoekslijn gewijd aan de impact van incidenten voor zorgverleners: www.secondvictim.be. In ziekenhuizen bestaat een groeiend besef dat er daarom voor zorgverleners opvang moet bestaan. Zij organiseren in toenemende mate opvang en begeleiding in de vorm van *peer support*. Zie hierover nader de rapportage van OPEN, Laarman e.a. 2016, op p. 38-41. Juridische procedures kunnen tot slot een grote toegevoegde belasting vormen. Het NIVEL deed in 2016 onderzoek naar de impact van openbaarmaking van tuchtrechtelijke maatregelen. Friele, Hendriks, Laarman, Bouwman & De Veer 2017. In het Verenigd Koninkrijk is onderzoek gedaan naar de impact van een klachtenprocedure onder 7926 dokters. De onderzoekers concludeerden dat dokters na een klacht een grotere kans hebben op depressie en suïcidale gedachten. Ook de kans op defensief handelen was groter. T. Bourne, L. Wynants, M. Peters e.a., The impact of complaints procedures on the welfare, health and clinical practise of 7926 doctors in the UK: A cross-sectional survey, BMJ Open 2015;5:e006687, DOI: 10.1136/bmjopen-2014-006687.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

wij het gevaar voor oude adversariële reflexen groot achten. De toekomst zal het leren, maar de eerste voortekenen stellen niet steeds gerust.

11. Schikkingen, coulancebetalingen, de 'procesflow' van MediRisk en de noodzaak van informed consent aan de zijde van de patiënt

Nu geschiedt de afwikkeling van eenvoudige schadeclaims al geruime tijd niet steeds volgens de paradigma's van het adversariële aansprakelijkheidsrecht. Ook zonder wetgeving leidt een pragmatische benadering bij kleinere claims al snel tot 'schikkingen' en 'coulancebetalingen', waarbij de vraag of sprake is van een tekortkoming niet tot op de bodem wordt uitgezocht of om billijkheidsredenen niet eens (in volle omvang) wordt gesteld. In de zorg is deze praktijk al lang gebruikelijk. De opmars van het eigen risico, de opkomst van de zelfregelende ziekenhuizen, de doelstellingen van de Wkkgz, de samenvoeging van klachten en claims, en de zeswekentermijn van de Wkkgz, het zijn allemaal factoren die de noodzaak vergroten om in elk geval 'onder in' het schadespectrum, bij de kleine en/of eenvoudige claims, met hernieuwde inzet te zoeken naar mogelijkheden om deze zo veel mogelijk op een snelle en eenvoudige manier af te wikkelen.

Verzekeraar MediRisk[74] heeft deze uitdaging opgepakt door een regeling tussen haar en haar verzekerden uit te werken, die is neergelegd in de zogenaamde 'Procesflow Partnership in klachten- en claimopvang'.[75] Dat is een stappenplan waarin onderscheid wordt gemaakt tussen de 'reguliere routing' in de afhandeling van schadeclaims en een 'versnelde routing' waarin een schikking of een coulancebetaling kan worden overeengekomen. Situaties die in aanmerking komen voor de versnelde routing worden als volgt omschreven:

> 'Er zijn cliënten die met een beperkte schadevergoeding van de zorgaanbieder geholpen zijn. In dat geval is het mogelijk dat de zorgaanbieder zelf een schikking of een "coulancebetaling" (of een combinatie van die twee) met de cliënt overeenkomt. Soms zal sprake zijn van een tekortkoming die niet tot op de bodem zal worden uitgezocht en soms zal geen sprake zijn van een tekortkoming maar zal er om billijkheidsredenen toch een bedrag worden uitgekeerd. Dergelijke betalingen hebben gemeen dat er geen expliciete erkenning van aansprakelijkheid door MediRisk is gedaan, om welke reden dan ook. Vanwege de afwezigheid van een erkenning van aansprakelijkheid, worden dergelijke betalingen in deze (toelichting op de) Procesflow gemakshalve aangeduid met de term "coulancebetaling".'[76]

De bedoelde situaties worden als volgt toegelicht:

> 'Een cliënt dient vanwege het (verwijtbaar) handelen van de zorgaanbieder de polikliniek vaker voor controle te bezoeken en heeft hierdoor extra reis- en parkeerkosten gemaakt; Een cliënt is ontevreden over de wijze waarop een litteken aan zijn been is genezen en het lijkt erop dat de arts inderdaad een afwijkende incisie heeft gemaakt. Mocht er sprake zijn van een vergelijkbaar geval of overweegt de zorgaanbieder om een andere reden een coulancebetaling te doen, neem dan vooral contact met ons op om de kwestie af te stemmen.'[77]

Het doet goed te zien hoe MediRisk aan nieuwe samenwerkingsvormen met haar verzekerden werkt om hen zo goed mogelijk in staat te stellen aan de Wkkgz uitvoering te geven. De eerste versie van de Procesflow is, naar aanleiding van de inwerkingtreding van (het tweede deel van) de Wkkgz op 1 januari 2017, tot stand gebracht in overleg met een aantal bij MediRisk verzekerde ziekenhuizen. Na een evaluatie, opnieuw in overleg met een aantal ziekenhuizen, is in oktober 2017 een herziene versie uitgebracht.

Een van de aanpassingen in de herziene versie betreft de nadere uitwerking van het begrip 'coulancebetaling'. Dat werd en wordt gemakshalve wel gehanteerd als een koepelbegrip voor betalingen in de 'versnelde routing'. Maar zoals in de hierboven geciteerde herziene versie van de Procesflow ook expliciet tot uitdrukking komt, verschilt het geval waarin de vraag of sprake is van een tekortkoming niet tot op de bodem wordt uitgezocht – vanwege de daarmee voor beide partijen gemoeide tijd, kosten en/of andere vormen van belasting – (hierna: geval 1) zodanig van het geval waarin van het vereiste van een tekortkoming om billijkheidsredenen geheel of gedeeltelijk wordt afgezien (hierna: geval 2), dat het aan te raden is om dit verschil ook in de woordkeus tot uitdrukking te brengen. In geval 2 is inderdaad sprake van een coulancebetaling, in die zin dat een vergoeding (waarschijnlijk) niet verplicht is, maar om redenen van coulance toch wordt toegekend. Maar in geval 1 gaat het om een schikking tussen partijen, meer juridisch geformuleerd: om een vaststellingsovereenkomst. Dat is een kwestie van geven en nemen, waarbij dus ook de patiënt iets pleegt toe te geven, terwijl de term 'coulancebetaling' de connotatie in zich draagt dat de zorgverlener iets groothartigs doet waartoe hij juridisch niet gehouden zou zijn. Let wel, het gaat hier niet altijd om zwart-witverschillen, er zijn tal van 'grijze' situaties denkbaar waarin beide typen overwegingen in elkaar overvloeien (de mengvorm; hierna: geval 3).

74. Verzekeraar Centramed deed reeds voor invoering van de Wkkgz ervaring op met zelfregelende ziekenhuizen die, al of niet in samenspraak met Centramed, tot een bedrag van € 25.000 of hoger zelf schadeclaims afwikkelen.
75. De Procesflow 'Partnership in Klachten en Claimopvang' wordt genoemd in het Jaarverslag 2016 (p. 20), maar is niet online beschikbaar. De Procesflow is naar alle leden van MediRisk verstuurd. In oktober 2017 is een herziene versie uitgebracht.
76. MediRisk, Toelichting 'Procesflow: Partnership in klachten- en claimopvang', herziene versie, oktober 2017, p. 2.
77. MediRisk, herziene versie, 2017, p. 3.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

Een zorgvuldige woordkeus komt niet alleen de conceptuele helderheid ten goede, maar is ook geboden in verband met het risico dat de term 'coulancebetaling' ondoordacht in de communicatie met de patiënt wordt overgenomen, bijvoorbeeld door de functionarissen van een verzekerde voor wie het onderscheid tussen de gevallen 1, 2 en 3 minder scherp is. Dat onderscheid is immers erg juridisch van aard, en die functionarissen zijn (gelukkig) niet allemaal juristen. De term 'coulancebetaling' kan ongepast, onrespectvol of zelfs grievend overkomen wanneer de patiënt in zijn beleving wel degelijk water in de wijn doet, of ervan overtuigd is dat wel degelijk van een tekortkoming sprake is. Zorgvuldige communicatie is belangrijk. Wie van de patiënt iets terugvraagt, kan in zijn woordkeus beter laten blijken dat hij die tegemoetkoming erkent, en spreekt daarom beter van een schikking.

Van groot belang is ook de relatie met eventuele finale kwijting. In de eerste versie van de Procesflow leek het vragen van finale kwijting voorop te worden gesteld, al kon daar in bepaalde situaties wel van worden afgeweken.[78] In de herziene versie is dit terecht omgedraaid:

> 'Het karakter van de "coulancebetalingen" strookt in beginsel niet met het vragen van finale kwijting aan de client. In de praktijk wordt de cliënt bijvoorbeeld niet bijgestaan door een belangenbehartiger. Het verdient dan ook de voorkeur om geen finale kwijting te verlangen maar de aard en het doel van de schadevergoeding duidelijk te omschrijven in een brief aan de cliënt. Het verdient de aanbeveling om de brief met MediRisk af te stemmen. In uitzonderlijke gevallen kan ervoor gekozen worden om van een cliënt finale kwijting te vragen. In de bijlage is een voorbeeld van een overeenkomst gevoegd die u daar desgewenst voor kunt gebruiken.'[79]

Nu is het zo dat de zorgaanbieder zowel in geval 1 ('schikking') als in geval 2 ('echte coulancebetaling') en 3 ('mengvorm') het alleszins redelijke belang zal hebben dat een betaling niet kan worden opgevat als een ongelimiteerde erkenning van aansprakelijkheid, die naar believen kan worden opgevolgd door een verzoek om meer geld, al of niet in de vorm van een door een belangenbehartiger opgestelde aansprakelijkstelling. Er bestaan anekdotes over dit scenario. Maar bij een 'echte coulancebetaling' (geval 2) past finale kwijting inderdaad in beginsel niet. Je geeft iets onverplicht of je geeft iets niet onverplicht. Voor een onverplichte betaling 'finale kwijting' vragen kan makkelijk wantrouwen oproepen: bestaat er in werkelijkheid stiekem toch een verplichting die zo wordt kwijtgespeeld? Het is dan beter om het in beginsel bij de formulering 'zonder erkenning van aansprakelijkheid' te laten, en nog beter om in gewonemensentaal uit te leggen wat de bedoeling is. Ook bij een 'echte coulancebetaling' kan het wel degelijk zijn dat de zorgaanbieder hoopt, of ronduit beoogt, dat het daarmee voor de patiënt klaar is en hij aan zijn onvrede geen verder vervolg zal geven. Daar is helemaal niets op tegen, en het is ook niet ondenkbaar dat partijen dat met zoveel woorden expliciet afspreken, maar het zal vaak niet passend zijn om dat in een juridisch bindende overeenkomst vast te willen leggen.[80] Overigens worden coulancebetalingen niet alleen gedaan om snel tot een afronding te komen. Andere situaties die door ziekenhuizen worden genoemd, zijn gevallen waarin uit het deskundigenonderzoek geen eenduidige conclusie over de tekortkoming komt, maar men wel netjes een dossier wil afsluiten, of waarin men simpelweg de onbedoelde uitkomst voor de patiënt heel erg betreurt, ook al is aansprakelijkheid niet aan de orde.[81]

In gevallen 1 ('schikking') en 3 ('mengvorm') kan een finale kwijting uiteraard een onderdeel van de schikking zijn. Maar denkbaar is ook dat de patiënt deze kwestie juist liever wil openhouden, en dat dat voor hem een waardevol onderdeel van het akkoord zou zijn. Het is dan aan de zorgaanbieder om zich te beraden op de vraag of hij dan nog steeds een schikking aan wil gaan. In de herziene Procesflow wordt in dit verband nog een andere belangrijke kwestie aangesneden, namelijk de vraag of de patiënt wordt bijgestaan door een belangenbehartiger. Daarmee komen we op het vereiste van informed consent, waarover zo dadelijk meer.

Kortom: waar dat past, kan finale kwijting zeker een onderdeel zijn van de afspraken met de patiënt, maar het luistert nauw. Dat illustreert de behoefte aan deskundigheid voor de verwezenlijking van de Wkkgz-opdracht tot snellere en eenvoudige afwikkeling van schadeclaims. De versnelde afwikkeling van eenvoudige claims lijkt ons een onderwerp bij uitstek om een gedegen kennisdocument over op te stellen, waarin het belang van een zorgvuldig verwachtingenmanagement voorop wordt gesteld en uitleg wordt gegeven over de wenselijkheid van het vermijden van 'erkenning van aansprakelijkheid', het verschil tussen een schikking en een coulancebetaling en de merites van 'finale kwijting' en andere afspraken over de beëindiging van de betreffende kwestie.

Met het onderwerp van benodigde deskundigheid zijn wij aangeland bij een fundamenteel punt met betrekking tot de afwikkeling van schadeclaims onder de Wkkgz in het algemeen, en de mogelijkheden voor een 'versnelde routing' voor eenvoudige claims in het bijzonder, en dat is de kwestie van het informed consent aan de zijde van de patiënt. Voor de beoordeling van medische schadeclaims is deskundigheid nodig waarover de patiënt in het algemeen niet zal beschikken. Als de zorgaanbieder met de patiënt een schikking wil aangaan

78. 'Alvorens tot uitkering over te gaan, dient cliënt bij voorkeur een kwitantie te tekenen. (...) Van belang is namelijk dat de cliënt het ziekenhuis en MediRisk finale kwijting verleent. (...) In bepaalde situaties kan in overleg met MediRisk worden afgezien van het ondertekenen van de kwitantie.' MediRisk, eerste versie, 2017.
79. MediRisk, herziene versie, 2017, p. 3.
80. Het lijkt ons van groot belang om weg te blijven van het soort problematiek zoals dat bestaat rond de 'zwijgcontracten'. Zie IGZ, Vaststellingsovereenkomsten in de zorg, Utrecht: IGJ 2017.
81. Informatie door ons verkregen uit het leernetwerk OPEN.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

over de financiële afwikkeling van een (gestelde) medische fout, dan horen naar onze mening net zo goed bepaalde eisen te gelden voor het informed consent als het geval is met betrekking tot de medische afwikkeling. Dit is nu nog terra incognita, maar met de Wkkgz en de recente ontwikkelingen in de tuchtrechtspraak valt de ontwikkeling van een 'professionele standaard' op dit punt te verwachten. Met name is goed voorstelbaar dat aan de instemming met een 'finale kwijting' door de patiënt bepaalde eisen zullen worden gesteld. Te bedenken valt dat door finale kwijting voor de patiënt ook de route naar de geschilleninstantie definitief wordt afgesneden.

Dat de ontwikkeling van een professionele standaard met betrekking tot het informed consent bij de afwikkeling van medische schade geen fata morgana is, wordt geïllustreerd door een recente uitspraak van het Gerechtshof Den Haag.[82] Door een fout bij een longoperatie was een patiënt volledig en blijvend blind geworden aan beide ogen. Hij leed tevens aan ernstige psychische problemen, en toen het Erasmus Universitair Medisch Centrum (EMC) tegenstrijdige berichten kreeg over wie hem vertegenwoordigde, droeg de raad van bestuur de verdere behandeling volledig over aan een advocaat. Deze liet uiteindelijk een vaststellingsovereenkomst sluiten ter zake van bijna € 600.000 met de patiënt, zonder dat de patiënt daarbij door een belangenbehartiger werd bijgestaan. Bij die vaststellingsovereenkomst was geen rekening gehouden met het feit dat de patiënt door uitkering van de schadevergoeding zijn bijstandsuitkering zou kwijtraken. Een en ander leverde vernietigbaarheid van de vaststellingsovereenkomst op wegens misbruik van omstandigheden, aldus het hof:

> 'In een zaak als deze, waarin sprake is van ernstig lichamelijk en psychisch letsel als gevolg van een serieuze medische fout, had EMC er in redelijkheid niet toe mogen overgaan met [appellant] een finale vaststellingsovereenkomst te sluiten, zonder dat hij werd bijgestaan door een ter zake kundig juridisch raadsman. Letselschadeberekening is immers ingewikkelde materie, zeker in een geval als het onderhavige waarin de schade op jonge leeftijd is ontstaan en sprake is van vele parameters, waarbij een kleine verschuiving tot grote consequenties kan leiden. Weliswaar had [appellant] er zelf voor gekozen zijn advocaat aan de kant te zetten en kon EMC [appellant] niet dwingen een nieuwe advocaat in de arm te nemen, maar dat neemt niet weg dat zij dit wel indirect had kunnen bewerkstelligen door te weigeren een finaal schikkingsaanbod te doen, zolang [appellant] niet (opnieuw) van deskundige bijstand was voorzien. Nu EMC dit heeft nagelaten, en – zoals hiervoor is overwogen – aan [appellant] een finaal schikkingsaanbod heeft gedaan, waarvan aangenomen moet worden dat hij dat – wanneer hij door een ter zake kundige raadsman was bijgestaan – nimmer zou hebben aanvaard, kan het oordeel niet anders zijn dan dat EMC misbruik heeft gemaakt van omstandigheden. Dit klemt te meer, nu uit de brief van Psychiatrisch Centrum de Halte van 24 november 2004 blijkt dat [appellant] direct voorafgaand aan de schikkingsonderhandelingen (te weten van 15 juli 2002 tot 22 november 2004) ter behandeling in een psychiatrische inrichting verbleef en behandeld werd met antidepressiva en antipsychotica, terwijl zijn behandelaars hem zijn op eigen initiatief genomen ontslag uit die inrichting hebben ontraden. Dit betekent dat sprake is van een vernietigbare rechtshandeling.'[83]

Wij merken op dat de formuleringen van het hof suggereren dat de enkele omstandigheid dat het ging om 'ernstig lichamelijk en psychisch letsel als gevolg van een serieuze medische fout' reeds redengevend is voor het oordeel dat men geen finale kwijting heeft te vragen aan een patiënt die niet door een deskundige wordt bijgestaan. De kwestie van de psychiatrische problemen lijkt de status te hebben van een soort overweging ten overvloede ('dit klemt te meer').

Uiteraard ging het hier om een grote schade en is deze uitspraak ook vanwege de andere omstandigheden van het betreffende geval niet een-op-een te extrapoleren naar alle medische schadeclaims, zeker niet naar de kleine en/of eenvoudige claims waarvoor in het kader van de Wkkgz naar snelle en informele vormen van afhandeling wordt gezocht. Maar wij denken dat deze uitspraak niettemin het belang illustreert van informed consent aan de zijde van de patiënt, zeker als men overweegt te vragen om finale kwijting, en van de betekenis van deskundige bijstand daarbij, en laat zien dat de zorgaanbieder gehouden kan zijn om de patiënt desnoods tegen zichzelf te beschermen.

De betekenis van deskundige bijstand bij de afwikkeling van medische schade brengt ons bij een volgend punt van groot belang, namelijk de omstandigheid dat zowel in het Wkkgz-voortraject als bij de geschilleninstantie de kosten van deskundige bijstand (in juridisch taalgebruik: buitengerechtelijke kosten, afgekort tot BGK) in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komen. Wij bespreken deze kwestie in paragraaf 13, waar wij de suggestie doen om de gemaakte keuzes te heroverwegen bij schades waarvan kan worden ingeschat dat zij de € 5000 te boven gaan.

Bij het denken over een 'versnelde routing' met of zonder finale kwijting is het nog aardig om te weten wat hiermee de ervaringen in het buitenland zijn. De *early settlement programmes* met finale kwijting, waar ziekenhuizen in de regel mee werken, kwamen eerder ter sprake in paragraaf 8. Een aantal Amerikaanse verzekeraars werkt met *limited imbursement program-*

82. Hof Den Haag 30 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1409, PS-Updates.nl 2017-0490, AR 2017/2782, GJ 2017/80, JA 2017/124, m.nt. Smeehuijzen.

83. Hof Den Haag 30 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1409, PS-Updates.nl 2017-0490, AR 2017/2782, GJ 2017/80.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

mes,[84] waarin geen finale kwijting wordt gevraagd. Ook in deze programma's wordt open en eerlijk communiceren sterk aangemoedigd en gecombineerd met een schikkingsaanbod. Maar er wordt geen onderzoek gedaan naar aansprakelijkheid. De te betalen schadevergoeding betreft *out-of-pocket expenses*[85] en een dagvergoeding (maximaal $ 100) voor verloren tijd, waarvan de totale som niet meer dan $ 30.000 kan bedragen. Ernstige incidenten zijn van deze programma's uitgesloten, evenals zaken waarin reeds stappen zijn gezet in een juridische procedure. Om voor vergoeding in aanmerking te komen zijn patiënten niet verplicht om van toekomstige juridische stappen af te zien. COPIC, een medische aansprakelijkheidsverzekeraar die werkt met het 3Rs Program (waarin de drie r'en staan voor *recognize, respond* en *resolve*) rapporteerde dat over de periode 2000 en 2007 34 van de 1110 patiënten na vergoeding te hebben ontvangen een vervolgclaim hebben ingediend.[86] Dat is 3 procent. We herhalen dat dit soort cijfers niet zonder meer naar de Nederlandse situatie zijn te extrapoleren, maar deze Amerikaanse ervaring lijkt ons toch relevant.

De laatste kanttekening die wij bij de 'Procesflow Partnership in klachten- en claimopvang' van MediRisk willen maken, betreft de hiervoor in paragraaf 9 besproken kwestie van het onderhouden van contact door de zorgaanbieder zelf, bij voorkeur door de patiëntencontactpersoon, wanneer voor de beoordeling van een Wkkgz-schadeclaim moet worden teruggevallen op de deskundigheid van de aansprakelijkheidsverzekeraar. Met betrekking tot de 'reguliere routing' valt in de Procesflow te lezen:

> 'In de zaken waarin de cliënt een schadevergoeding van de zorgaanbieder vordert, bericht de zorgaanbieder de cliënt z.s.m. schriftelijk dat de claim aan MediRisk wordt overgedragen. Indien de klachtenfunctionaris het nuttig acht om intern te bemiddelen bij de claim om zo de onvrede van de cliënt te verminderen, dan is MediRisk daar een groot voorstander van en vragen wij dit met ons af te stemmen.'[87]

Zoals gezegd is hier voor de toekomst toch nog wel wat werk aan de winkel. Zoals uiteengezet in paragraaf 9 lijkt ons het volledig 'overdragen' van de afhandeling van een claim aan de verzekeraar voor grote zorgaanbieders zoals ziekenhuizen ongewenst, en zou dit wel eens kunnen worden aangemerkt als in strijd met de wet. De inwerkingtreding van de Wkkgz heeft reeds de nodige veranderingen van de zorgaanbieders gevraagd en wij begrijpen goed dat niet alles tegelijk kan. Bij de evaluatie van de Procesflow heeft MediRisk deze kwestie met haar verzekerden besproken, maar omdat zij nogal ingrijpend doorwerkt op allerlei bestaande werkprocessen heeft men ervan afgezien reeds nu aanpassingen door te voeren. Men ziet het als een aandachtspunt voor de toekomst. Wij hopen dat, wanneer het eerste stof van de Wkkgz wat meer is neergedaald, op zijn minst zal worden geëxperimenteerd met samenwerkingsvormen waarin de zorgaanbieder het gezicht naar de patiënt blijft. Dat geldt overigens voor alle verzekeraars. Zoals uiteengezet in paragraaf 9 gaat het om een centraal aspect van de Wkkgz dat van belang is voor de realisatie van meer doelen dan alleen de beoordeling van schadeclaims.

12. Hoe de praktijk invulling geeft aan de zeswekentermijn

De praktijk leert dat het door de wetgever gegeven tijdpad voor de afhandeling van claims, zeker in het geval dat de aansprakelijkheidsverzekeraar de claim in eerste instantie beoordeelt,[88] nogal een uitdaging is. Tijdens de parlementaire behandeling van de Wkkgz werd reeds geopperd om aan te sluiten bij de in de GOMA opgenomen termijn:[89]

> 'Aanbeveling 15 GOMA: Sneller standpunt innemen.
> De aansprakelijkheidsverzekeraar neemt in beginsel binnen drie maanden nadat hij de aansprakelijkstelling heeft ontvangen een onderbouwd standpunt in over de aansprakelijkheid. Mocht deze termijn niet haalbaar blijken, dan meldt hij dit onder opgave van redenen en geeft hij aan wanneer de patiënt alsnog een reactie kan verwachten.'

In het debat heeft de minister een pragmatische invulling gegeven aan de zeswekentermijn. Deze termijn is met name ingesteld zodat patiënten daadwerkelijk een reactie krijgen als ze een klacht indienen. Dat hoeft geen volledig afgerond onderzoek te zijn ('Nou, dat kan soms helemaal niet', aldus de minister[90]), maar kan ook een bericht zijn waarin wordt aangegeven wat de zorgaanbieder van plan is te gaan doen om de klacht effectief op te pakken. Oftewel:

> 'De opzet van de zeswekentermijn is dat die dwingt tot snel contact. Het hoeft niet in zes weken opgelost te zijn, maar het moet wel opgepakt zijn. Het oordeel kan ook zijn dat nader onderzoek nodig is. Als wordt aangegeven dat dat drie maanden kost, moet je dat met de patiënt delen.'[91]

De Modelklachtenregeling sluit aan bij de interpretatie van de minister en maakt onderscheid tussen een 'standpunt' en een 'bericht':

84. M.M. Mello, R.C. Boothman, T. McDonald, J. Driver, A. Lembitz, D. Bouwmeester, B. Dunlap & T. Gallagher, Communication-and-resolution programs: The challenges and lessons learned from six early adopters, Health Affairs (33) 2014, afl. 1, p. 20-29.
85. *Out-of-pocket expenses* zijn uitgaven voor medische zorg die niet door de verzekering worden gedekt. Zie www.healthcare.gov/glossary/out-of-pocket-costs.
86. R.E. Quin & M.C. Eichler, The 3Rs Program: The Colorado experience, Clinical Obstetrics Gynecology (51) 2008, afl. 4, p. 709-718, DOI: 10.1097/GRF.0b013e3181899cc2.
87. MediRisk, herziene versie, 2017, p. 3.
88. Alleen al het opvragen en completeren van de medische stukken kost in dat geval veel tijd. Als het ziekenhuis de schadeclaim zelf beoordeelt, blijven deze stukken 'in huis' en speelt deze kwestie niet of veel minder.
89. Kamerstukken I 2015/16, 32402, 2, item 8.
90. Kamerstukken I 2015/16, 32402, 2, item 8.
91. Ibidem.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

> 'Een oordeel kan een standpunt of bericht zijn over een klacht. Een standpunt is een inhoudelijke uitspraak over de klacht. Daarbij wordt door de zorgaanbieder met redenen omkleed aangegeven tot welk oordeel het onderzoek van de klacht heeft geleid. Indien van toepassing, zal bij het oordeel tevens worden vermeld welke beslissingen de zorgaanbieder over en naar aanleiding van de klacht heeft genomen en binnen welke termijn maatregelen waartoe is besloten, zullen zijn gerealiseerd. Een bericht geeft de stand van zaken weer en een plan van aanpak om de klacht tot een bevredigende oplossing te brengen.'[92]

Als de zorginstelling de klacht niet binnen tien weken kan afhandelen, wordt de patiënt daarvan op de hoogte gesteld en kan deze kiezen of hij het definitieve oordeel wil afwachten of zijn klacht aan de geschilleninstantie wil voorleggen. In de Modelklachtenregeling wordt sterk ingezet op het informele traject van klachtbehandeling door de patiëntencontactpersoon. Zoals we zagen, kan de patiëntencontactpersoon met de klager bespreken wat de gewenste wijze van klachtbehandeling is.[93]

De klachtbehandeling door de patiëntencontactpersoon telt niet mee voor de zeswekentermijn. Die gaat pas van start op het moment dat de patiënt (alsnog) om een oordeel vraagt.[94] In dat geval kan de klacht in behandeling worden genomen door de raad van bestuur, of wordt dit onderzoek gedelegeerd aan een klachtenonderzoekscommissie. De klachtenonderzoekscommissie kan zelf een standpunt over de klacht innemen of de raad van bestuur daaromtrent informeren. De Modelklachtenregeling wijdt niet uit over de samenstelling of werkwijze van de klachtenonderzoekscommissie. Het ligt voor de hand dat zorginstellingen de oude 'WKCZ-klachtencommissies' tot 'klachtenonderzoekscommissie' omdopen. Dat is in zoverre niet zonder risico, dat de klachtenbehandeling onder het WKCZ-regime soms sterk was geformaliseerd, met bijvoorbeeld keurig hoor en wederhoor, maar er lang niet altijd sprake was van een even actieve waarheidsvinding.[95] Bovendien willen patiënten vaak meer dan een eventuele gegrondverklaring, zij willen dat er iets met hun klacht gebeurt.[96]

13. Buitengerechtelijke kosten in het Wkkgz-traject

Zoals gezegd worden Wkkgz-claims beoordeeld in de context van het klachtrecht, maar geldt materieel, dat wil zeggen voor wat betreft de omvang van de aanspraken van de patiënt, gewoon het algemene aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Zowel het voortraject als de behandeling door een geschilleninstantie moet worden gekwalificeerd als 'buitengerechtelijk', het gaat immers niet om procedures voor de overheidsrechter. Dit betekent dat patiënten op grond van artikel 6:96 lid 2 van het Burgerlijk Wetboek (BW) recht hebben op de vergoeding van zogenaamde BGK, behoudens voor zover op enige grond iets anders geldt. Daarbij gaat het met name om de kosten voor rechtsbijstand en andere adviseurs.

Artikel 6:96 BW is, evenals het merendeel van afdeling 6.1.10 BW over wettelijke verplichtingen tot schadevergoeding, van regelend recht: partijen kunnen bij overeenkomst daarvan afwijken. Zowel voor wat betreft het voortraject (althans in de Modelklachtenregeling) als wat betreft de procedure voor de geschilleninstantie (althans in de reglementen van de Wkkgz-geschilleninstanties die onder de paraplu vallen van De Geschillencommissie Consumentenzaken in Den Haag, waaronder de Geschillencommissie Ziekenhuizen) wordt hiervan afgeweken. Net als elke andere afwijking van het algemene aansprakelijkheidsrecht roept dit de vraag op wat hiervan de grondslag is, en of deze afwijking wel gerechtvaardigd en verstandig is.

Artikel 19 lid 2 Modelklachtenregeling bepaalt:

> 'De kosten voor externe, op initiatief van de klager of aangeklaagde zelf ingeroepen ondersteuning of bijstand en de kosten van door klager of aangeklaagde zelf bij de klachtafhandeling betrokken vertegenwoordigers, getuigen of deskundigen komen voor rekening van betrokken partij(en) zelf.'

Artikel 22 van het Reglement Geschillencommissie Ziekenhuizen (hierna: Reglement) bepaalt:

> 'Behoudens het bepaalde in artikel 21 [eventuele vergoeding klachtengeld; BL & AA] komen de door partijen ter zake van de behandeling van het geschil gemaakte kosten voor hun eigen rekening, tenzij de commissie in bijzondere gevallen anders bepaalt. In een zodanig geval komen voor vergoeding door de geheel of gedeeltelijk in het ongelijk gestelde partij slechts in aanmerking de door de wederpartij in redelijkheid gemaakte kosten en wel tot een maximum van vijfmaal het bedrag dat ingevolge artikel 8 lid 1 [dat artikellid bevat een staffel voor het klachtengeld dat bij een claim minimaal € 52,50 en maximaal € 127,50 bedraagt; BL & AA] aan de commissie verschuldigd is.'

Wat het Reglement betreft lijkt de grondslag voor deze afwijking van het algemene aansprakelijkheidsrecht niet problematisch. De geschilleninstanties doen uitspraak bij wijze van bindend advies, aan hun inschakeling ligt juridisch gezien zo niet

92. Toelichting bij art. 1 sub k Modelklachtenregeling.
93. Art. 7 lid 2 sub b Modelklachtenregeling.
94. Art. 7 lid 4 Modelklachtenregeling.
95. S. Tiems, Klachtrecht in de care-sector: miniproces of goed gesprek?, Nederlands-Vlaams tijdschrift voor mediation en conflictmanagement (21) 2017, afl. 2, p. 21-30.
96. R. Friele, Klachtrecht: het recht op een luisterend oor, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht (40) 2016, afl. 2, p. 92-102.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

een vaststellingsovereenkomst,[97] dan toch in elk geval wilsvorming aan de kant van de patiënt ten grondslag: hij kan immers ook besluiten van de gang naar de geschilleninstantie af te zien en zijn zaak voor te leggen aan de rechter. Doet hij dat niet, dan kan hij geacht worden te hebben ingestemd met het Reglement, en dus met het zelf dragen van eventuele kosten voor deskundige bijstand. Om te kunnen spreken van informed consent is wel van belang dat de patiënt vooraf van het bestaan en de inhoud van het Reglement op de hoogte wordt gesteld.

Wat de Modelklachtenregeling betreft is de grondslag voor uitsluiting van de vergoeding van BGK minder evident. Dat BGK in het Wkkgz-traject niet voor vergoeding in aanmerking komen, wordt nergens in de Wkkgz of in het Uitvoeringsbesluit Wkkgz bepaald. Een wettelijke grondslag is er dus niet. Een contractuele grondslag voor deze uitsluiting dient zich alleen aan als men ervan uitgaat dat het de patiënt vrijstaat om zijn schadeclaim ook als niet-Wkkgz-claim bij de zorgaanbieder in te dienen. Dat is een figuur waarvan men zich kan afvragen of de doelstelling van de Wkkgz daaraan niet in de weg staat. Maar ook als die vraag ontkennend wordt beantwoord, valt te betwijfelen of het patiënten steeds bekend zal zijn dat die mogelijkheid voor hen openstaat. Overzichtelijker wordt het er dan in ieder geval niet op, en zelfs in de meest welwillende uitleg speelt hier in elk geval een probleem met betrekking tot het vereiste van informed consent.

Naast de kwestie van de grondslag speelt de vraag naar gerechtvaardigdheid en wenselijkheid. Achter de uitsluiting van vergoeding van BGK in het Wkkgz-traject zal enerzijds traditie zitten en anderzijds het streven klachten zo informeel mogelijk af te handelen en juridisering zo veel mogelijk tegen te gaan. Wat die traditie betreft: in het voortraject werden voorheen geen schadeclaims behandeld en speelde de kwestie van BGK dus niet, en bij de 'oude' geschillencommissies ging het om schadeclaims van maximaal € 5000. De competentiegrens van de geschilleninstanties is echter tot € 25.000 verhoogd, en in het voortraject is helemaal geen sprake van een bovengrens. De te beoordelen claim kan dus over € 5000 gaan, maar ook over € 150.000 of meer. Bij dat soort bedragen komt aan de ondersteuning van de patiënt en diens informed consent uiteraard een heel ander gewicht toe.

Voorts valt te bedenken dat, zoals uiteengezet in paragraaf 4, een centrale doelstelling van een stelsel van klachtopvang is om bij te dragen aan het compenseren van de ongelijkwaardigheid van partijen. Zoals wij zagen, is volgens de NRV een van de criteria waaraan zo'n stelsel moet voldoen dat de klager desgewenst door een deskundige wordt bijgestaan. Het is de vraag of het categorisch uitsluiten van vergoeding voor deskundige bijstand zich wel verdraagt met de fundamenten van het klachtrecht. Informele afhandeling en het tegengaan van juridisering in de geest van de Wkkgz zijn idealiter een kwestie van het overbodig maken van het inroepen van belangenbehartigers, niet het onmogelijk maken daarvan – althans voor patiënten die geen rechtsbijstandsverzekering hebben en rechtshulp niet of moeilijk zelf kunnen betalen.[98]

Wij vermoeden dat men bij de categorale uitsluiting van BGK in de Modelklachtenregeling met name klachten zonder financiële component en kleinere claims voor ogen heeft gehad, en dat men zich niet volledig heeft gerealiseerd dat het ook om veel hogere bedragen kan gaan. Welk ziekenhuis wil nu werkelijk een bindende regeling treffen met een patiënt met betrekking tot een geleden schade van tienduizenden euro's of zelfs tonnen, zonder dat die patiënt zich heeft kunnen laten adviseren door een eigen deskundige? Dat zal men in werkelijkheid helemaal niet willen en dat was ook voor de Wkkgz niet de praktijk. Een dergelijke handelswijze is in elk geval niet behoorlijk en ook niet zonder risico. We hebben gezien dat het Gerechtshof Den Haag in een dergelijk geval oordeelde dat sprake was van misbruik van omstandigheden en de gesloten vaststellingsovereenkomst vernietigde.[99] De verzekeraars MediRisk en Centramed vergoeden net als voorheen gewoon

97. Wij aarzelen of van deze contractuele figuur wel sprake is, omdat de zorgaanbieders op grond van de Wkkgz verplicht bij de geschilleninstanties zijn aangesloten en het de patiënt is die eenzijdig beslist om het geschil al of niet aan de geschilleninstantie voor te leggen. Als dit moet worden geduid als een vaststellingsovereenkomst is op dit punt aan de kant van de zorgaanbieder sprake van wettelijke contractsdwang. Mogelijk is het meer verhelderend om te spreken van een rechtsfiguur van gemengd publiek- en privaatrechtelijk karakter. Van verschillende zijden is de vraag gesteld of hier geen strijd bestaat met het recht op toegang tot de rechter, zoals neergelegd in art. 6 EVRM. Wij laten deze kwesties hier verder rusten.

98. Patiënten met een laag inkomen (art. 34 WRB) kunnen mogelijk wel een beroep doen op een toevoeging voor rechtsbijstand. Dat lijkt niet mogelijk voor patiënten van wie de claim lager is dan € 25.000. Een aanvraag voor een toevoeging wordt onder meer toegewezen als het financieel belang voldoende is (€ 500 of meer), en als niet aannemelijk is dat de aanvrager het juridische probleem zonder al te veel moeite zelf kan afhandelen, bijv. in het geval van een (veel) sterkere wederpartij. De Wet op de rechtsbijstand noemt geen voorwaarden waaronder een aanvraag wordt goedgekeurd, maar gronden waarop een aanvraag wordt afgewezen, art. 12 lid 2 sub a t/m f WRB. Een aanvraag voor een toevoeging wordt afgewezen wanneer de aanvrager zich tot een instantie kan wenden die de klacht in behandeling kan nemen, zoals een geschillen- of een klachtencommissie in het geval van consumentenrecht of de huurcommissie voor huurgeschillen (kenniswijzer.rvr.org/werkinstructies-toevoegen/allerechtsterreinen/financieel-belang-artikel-4-brt.html).
Hier doet zich een probleem voor. Het is goed voorstelbaar dat de aanvraag van een patiënt wordt afgewezen onder verwijzing naar de geschilleninstantie. Een risico is dat de patiënt ook daar bot vangt, omdat hij nog geen klachtenbemiddeling heeft doorlopen en daardoor niet-ontvankelijk is. Een ander risico is dat de patiënt in feite de keuze in claimafhandeling wordt ontnomen door hem direct de route van de geschilleninstantie te wijzen, zonder dat hij zich heeft kunnen laten adviseren over de hoogte van zijn claim, relevant wegens de competentiegrens van de geschilleninstanties. Tot slot zou een dergelijk beleid ertoe leiden dat de grens van een 'voldoende financieel belang' voor gesubsidieerde rechtsbijstand in medische aansprakelijkheid de facto bij een belang van € 25.000 zou komen te liggen in plaats van de gangbare € 500. Al met al komt het erop neer dat zowel in het voortraject als in de procedure voor de geschilleninstantie een aanvraag voor toevoeging waarschijnlijk wordt afgewezen.

99. Zie de bespreking van het arrest van 30 mei 2017 in par. 11 in de tekst bij noot 85.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

BGK op de grondslag van artikel 6:96 BW.[100] In zoverre geven zij geen toepassing aan het bepaalde in de Modelklachtenregeling. Ook buiten de zorgsector wordt het wenselijk geacht dat een benadeelde zich van deskundige bijstand kan voorzien. De Medische Paragraaf bij de Gedragscode Behandeling Letselschade definieert zelfs twee momenten waarop een verzekeraar de benadeelde behoort te adviseren een belangenbehartiger in te schakelen.[101]

Dit betekent dat ook in het Wkkgz-traject bij hogere schadebedragen BGK vergoed moeten kunnen worden. Anders creëert men een krachtige prikkel voor patiënten die zich om wat voor reden dan ook van deskundige bijstand willen voorzien om weg te blijven uit het Wkkgz-traject en te kiezen voor de adversariële weg van een gewone aansprakelijkstelling. Dat lijkt niet de bedoeling van de wet, want ook bij hogere bedragen gelden onverkort de doelstellingen van korte lijnen, tegengaan van juridisering en voorkomen van escalatie.

Deze laatste overweging geldt eens te meer voor de geschilleninstanties. Zoals in paragraaf 14 nog aan de orde zal komen, kwamen bij de 'oude' geschillencommissies slechts enkele tientallen schadeclaims per jaar terecht – een fractie van het totaal derhalve – en doen de eerste resultaten tot dusver niet verwachten dat dit ineens dramatisch anders gaat worden. Met het uitsluiten van BGK moedigt men niet aan dat een deskundige belangenbehartiger zijn cliënt zal adviseren een schadeclaim van serieuze omvang aan de geschilleninstantie voor te leggen. Het advies is immers bindend.[102] Als de geschilleninstanties slechts een marginale betekenis krijgen, komen de doelstellingen van de Wkkgz in het geding.

Om al de voorgaande redenen willen wij ervoor pleiten om de categorale uitsluiting van BGK te heroverwegen, zowel in het voortraject als bij de geschilleninstanties, en vergoeding van BGK bij hogere schadeclaims wel degelijk mogelijk te maken. Als omslagpunt zou bijvoorbeeld € 5000 kunnen worden gehanteerd.

Hierbij lijkt het ons wél cruciaal om, zowel voor het voortraject als voor de geschilleninstantie, goed te doordenken wat de rol van de belangenbehartiger onder de nieuwe omstandigheden precies is of zou moeten zijn, en de vergoeding van BGK tenminste enigszins te standaardiseren.[103] Vooral in het voortraject zal een belangenbehartiger immers voor een groot deel in een andere rol komen dan in de context van het traditionele aansprakelijkheidsrecht, althans voor zover het daadwerkelijk lukt om uitvoering te geven aan de doelstellingen van de Wkkgz. Die brengen immers een actieve waarheidsvinding door de beklaagde instelling mee, waarbij de klager niet hoeft te voldoen aan enige stelplicht, maar zorgvuldig wordt gehoord, waarna de instelling zelf actief de klacht op haar merites gaat onderzoeken. Zoals gezegd hoort de patiënt die niet voldoende stelt, of het zelfs grotendeels bij het verkeerde eind heeft, niet te worden afgewezen, maar naar eer en geweten te worden geholpen en aangevuld.[104] Een belangenbehartiger komt dan voornamelijk in een informerende en adviserende rol, en wanneer de kwestie van finale kwijting aan de orde komt, zal hij een soort onafhankelijk schikkingsadvies behoren te geven. Dat zal de kosten voor rechtsbijstand aanzienlijk moeten kunnen beperken.

Te bedenken valt dat voor vergoeding van BGK steeds de zogenaamde dubbele redelijkheidstoets geldt: het moet redelijk zijn geweest om de kosten te maken, en zij zijn alleen vergoedbaar voor zover zij redelijk zijn in omvang. Wat redelijk is, zal bij afhandeling volgens de Wkkgz mede worden bepaald door de specifieke context waarin die afhandeling plaatsvindt. Omdat de hoogte van BGK reeds in de huidige praktijk veelvuldig onderwerp van geschil is, en ook belangenbehartigers aan hun nieuwe rol onder de Wkkgz zullen moeten wennen, zou het aan te bevelen zijn om te gaan werken met normbedragen voor bepaalde handelingen, zoals bijvoorbeeld het schikkingsadvies.[105] Daarbij kan rekening worden gehouden met de omstandigheid dat een actievere rol van de belangenbehartiger idealiter slechts nodig zal zijn wanneer complexe medisch-juridische beoordelingen aan de orde komen, zoals bij onenigheid over de vraag of is tekortgeschoten in de zorg, of bij de vergoeding van verlies van arbeidsvermogen.

Voor zover hierover wetenschappelijk iets bekend is, ziet het ernaar uit dat ook in een niet-adversarieel systeem belangenbe-

100. MediRisk heeft dit expliciet aan ons bevestigd, en van Centramed leiden wij dit af uit andere informatie over hun eerste ervaringen onder de Wkkgz.
101. Onderdeel 1 onder f Medische Paragraaf bij de Gedragscode Letselschade.
102. Een andere mogelijkheid om aan het bezwaar van niet-vergoeding van BGK tegemoet te komen is de uitspraken van de geschilleninstantie boven een bepaald bedrag niet bindend te laten zijn, althans om daar hoger beroep tegen mogelijk te maken bij een eigen commissie van beroep of bij de rechter. Zo kan men tegen het bindend advies van de Geschillencommissie van het Kifid bij een financieel belang van € 25.000 of meer in beroep bij de Commissie van Beroep of naar de rechter stappen. In het geval van de Wkkgz-geschilleninstanties lijkt ons een drempel van € 5000 voor de hand te liggen. Wij werken deze kwestie hier niet verder uit.
103. De wenselijkheid van standaardisering van BGK speelt bijv. ook duidelijk bij de deelgeschilprocedure. Zie I.D. Kerekes, Naar standaardisering van de kosten van de deelgeschilprocedure?, TVP 2014, afl. 2, p. 52-61; M. Wesselink, Deeltjesversneller in het recht? Onderzoek naar de mogelijke versnellende factoren van de gerechtelijke deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade op de buitengerechtelijke onderhandelingen, Den Haag: WODC 2014 (p. 44); S.J. de Groot & J.E. van Oers, Vijf jaar deelgeschilprocedure – een evaluatie, TVP 2015, afl. 3, p. 55-63 (op p. 61-63).
104. Zie par. 10.
105. Een standaardisering waarbij de hoogte van BGK afhankelijk is van de hoogte van de schadevergoeding, zoals de bekende PIV-staffel (stichting-piv.nl/regelingen/convenanten-bgk), lijkt ons in ieder geval af te raden, niet in de laatste plaats omdat deze een perverse financiële prikkel in het leven roept met betrekking tot het bevorderen van daadwerkelijk herstel. Zie A.J. Akkermans, Think Rehab! Over de prioriteit van herstel, herstelgerichte dienstverlening, de knikkers en het spel, in: A. Akkermans e.a., (Je) geld of je leven (terug). Vergoeding in natura. Voordrachten gehouden op het symposion van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2015, Den Haag: Boom juridisch 2015, p. 11-36.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

hartigers een belangrijke positieve bijdrage kunnen leveren. Internationaal gezien kan het Wkkgz-voortraject qua procedure mogelijk beter worden vergeleken met een werkwijze zoals die van de Nieuw-Zeelandse Accident Compensation Corporation (ACC)[106] dan met traditionele adversariële aansprakelijkheidsprocedures. De ACC voert weliswaar een *no-fault* systeem uit, voor alle soorten letsel en dus ook voor medische schade, maar qua beoordeling verschilt een *no-fault* systeem eigenlijk niet of nauwelijks van een op tekortkoming gebaseerd systeem als het onze.[107] In Nieuw-Zeeland is recent onderzoek verricht naar factoren die kunnen bijdragen aan verzoening na een medisch incident. Hier kwam uit dat de assistentie van advocaten door patiënten zeer positief werd gewaardeerd.[108] Zorgaanbieders wijzen patiënten ook zelf op de mogelijkheid om zich van juridische bijstand te voorzien.

Een bekwaam belangenbehartiger kan veel bijdragen aan het bevorderen van goede verstandhoudingen, onder meer doordat zijn voorlichting en steun het zelfvertrouwen van zijn cliënt bij de besprekingen met de zorgaanbieder ten goede zal komen, en door het temperen van onrealistische verwachtingen ten opzichte van de zorgverlener of ten aanzien van de mogelijkheid tot schadevergoeding. Zo kennen wij voorbeelden van belangenbehartigers die hun cliënt begeleiden in het gesprek met de zorgverlener en daarbij vooraf aandacht besteden aan de gevolgen die het incident voor de betreffende zorgverlener heeft gehad. Dat besef mag bij patiënten niet altijd worden verondersteld, maar is wel van belang om procedurele schade bij alle betrokken partijen te voorkomen. Meer in het algemeen zal gelden dat als in het kader van de Wkkgz gemaakte redelijke kosten voor rechtsbijstand kunnen worden vergoed, dit voor belangenbehartigers een sterkere prikkel zal zijn om zich aan te passen aan de niet-adversariële werkwijzen onder de Wkkgz, dan wanneer hun kosten uitsluitend worden vergoed voor zover deze zijn gemaakt in het kader van de klassieke adversariële arena van het aansprakelijkheidsrecht. Wat dit betreft zou wel eens kunnen gelden dat men oogst wat men zaait.

14. Stand van zaken Wkkgz-geschilleninstanties

Vóór inwerkingtreding van de Wkkgz opereerden onder de paraplu van De Geschillencommissie Consumentenzaken in Den Haag ook geschillencommissies voor verschillende sectoren in de gezondheidzorg (Geschillencommissies Zorg, hierna: GCZ).[109] Patiënten konden bij de GCZ een klacht indienen als de zorgaanbieder bij een van de commissies was aangesloten. De GCZ deden uitspraak bij wijze van bindend advies en konden een schadevergoeding toekennen tot € 5000. De GCZ speelden echter een marginale rol in geschilbeslechting. Er werden namelijk verhoudingsgewijs heel weinig klachten ingediend. Zo ontving in 2016 de Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg 50 klachten, de Geschillencommissie Zorginstellingen 61 klachten, de Geschillencommissie Zelfstandige Klinieken 16 klachten en de Geschillencommissie Verpleging, Verzorging en Thuiszorg 48 klachten.[110] Bovendien werd het overgrote deel van deze klachten niet-ontvankelijk of ongegrond verklaard.[111]

Van de Laar en Dute analyseerden claimafhandeling door de GCZ over de periode 1996-2013.[112] Zij benoemden een paar voordelen van de procedure voor de GCZ. Ten eerste maakten de GCZ gebruik van geïntegreerde medische deskundigheid. In de commissie had altijd iemand zitting met medisch specialistische kennis. Omdat er per sector verschillende GCZ-commissies waren, kon ook elders, indien nodig, expertise worden ingewonnen. Hierdoor hoefde geen externe deskundige te worden geraadpleegd. De GCZ deden actief onderzoek en vroegen zelf, met toestemming van de patiënt, de medische gegevens op. De inzage in medische gegevens is een notoir knelpunt bij de beoordeling van medische aansprakelijkheid.[113] Geïntegreerde medische deskundigheid kan leiden tot een aanzienlijke versnelling van de procedure. Omdat de GCZ zich niet lijdelijk opstellen, worden minder hoge eisen gesteld aan de stelplicht en bewijslast van patiënten. Schadeposten hoeven ook niet te worden 'bewezen', maar moeten 'aannemelijk' worden gemaakt. Van de Laar en Dute signaleerden dat de GCZ de toegekende bedragen voor schadevergoeding in de door hen bestudeerde periode niet of nauwelijks toelichtten en soms schadeposten al of niet toewezen zonder nadere motivering voor het gemaakte onderscheid.

Er zijn inmiddels 27 erkende Wkkgz-geschillen*instanties* – voor elke beroepsgroep één of zelfs meerdere.[114] Een groot deel daarvan valt ook nu onder de paraplu van De Geschillencommissie Consumentenzaken in Den Haag, die de bestaande geschillencommissies opnieuw heeft opgetuigd om aan te slui-

106. Zie www.acc.co.nz.
107. Dat dit anders zou zijn, is 'een hardnekkig misverstand', aldus J.L. Smeehuijzen & A.J. Akkermans, Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatte revoluties, in: Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid (Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 13-88, op p. 59.
108. J. Moore & M.M. Mello, Improving reconciliation following medical injury: A qualitative study of responses to patient safety incidents in New Zealand, BMJ Qual Saf. 2017 Oct;26(10):788-798. doi: 10.1136/bmjqs-2016-005804, p. 1-11, op p. 6.
109. De Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg, de Geschillencommissie VVT, de Geschillencommissie Zorginstellingen en de Geschillencommissie Zelfstandige Klinieken (Laarman, Van Schoten & Friele 2016).
110. GCZ, Jaarverslag 2016.
111. Cijfers afkomstig uit de jaarverslagen van de GCZ, 2016.
112. L.H.M.J. van de Laar & J.C.J. Dute, De afhandeling van schadeclaims door de Geschillencommissie Zorginstellingen, TvGR 2014, afl. 6, p. 438-450.
113. Zie hierover uitgebreid A. Wilken, Het medisch beoordelingstraject bij letselschade: verslag van een juridisch handelingsonderzoek, VU Amsterdam 2015, Smeehuijzen, Van Wees, Akkermans, Legemaate, Van Buschbach & Hulst 2013 en Smeehuijzen & Akkermans 2013, p. 52.
114. Zie www.geschilleninstantieszorg.nl/erkende-instanties.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

*Tabel 1**

Wkkgz-geschillen-instantie	Aantal geschillen	Niet-ontvankelijk	(Deels) gegrond	Ongegrond
Geschillencommissie Geestelijke Gezond-heidszorg	11	3	3	5
Geschillencommissie Openbare Apotheken	1	-	1	-
Geschillencommissie Publieke Gezondheid	1	-	1	-
Geschillencommissie Verpleging, Verzorging en Geboortezorg	17	5	6	6
Geschillencommissie Ziekenhuizen	15	1	7	7
Geschillencommissie Zorg Algemeen	1	-	-	1
Geschillencommissie Zelfstandige Klinieken	1	-	1	-
Totaal	47	9	19	19

* Stand van zaken op tijdstip van schrijven, eind augustus 2017.

ten bij de ruimere reikwijdte van de Wkkgz.[115] De uitspraken van Wkkgz-geschilleninstanties moeten worden gepubliceerd. Een verkennend onderzoek naar de hoeveelheid uitspraken, de aard en inhoud van de voorgebrachte geschillen en de wijze van beoordeling leverde echter, naast de uitspraken van de Haagse geschillencommissies, slechts één gepubliceerde uitspraak op, van de Geschillencommissie Openbare Apothekers.[116] Vergeleken met het aantal klachten in 2016 zien wij geen toename. Wij realiseren ons dat die vergelijking niet helemaal zuiver is, alleen al omdat de GCZ deels opnieuw zijn samengesteld en omdat het goed mogelijk is dat er bij andere Wkkgz-geschilleninstanties uitspraken gedaan zijn die nog niet online zijn gepubliceerd.

De door ons gevonden stand van zaken (per augustus 2017) is weergegeven in tabel 1.

Van de 47 klachten waren er 9 niet-ontvankelijk, bijvoorbeeld omdat het een verjaarde klacht betrof[117] of omdat het een klacht betrof over een cliënt die gedwongen opgenomen is op basis van de Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet BOPZ).[118] Dergelijke verzoeken moeten door de rechter worden behandeld. Ook klagers die hun klacht nog niet aan de zorginstelling hadden voorgelegd, werden niet-ontvankelijk verklaard.[119] 18 klachten waren ongegrond.

In 37 van de 47 klachten (79 procent) werd een verzoek tot schadevergoeding gedaan. Dat is geen significant verschil met vroeger, ook voor de invoering van de Wkkgz werd meestal een verzoek tot schadevergoeding gedaan. Om een vergelijking te maken: in de periode 2008-2015 werd in 95 van de in totaal 136 claims (70 procent) een schadevergoeding gevraagd naar redelijkheid en billijkheid, of werd zonder toelichting een bedrag van € 5000 gevraagd. Er werd in die periode gemiddeld € 2058 toegekend.[120] Sinds het van kracht worden van de

115. Informatie samengesteld uit het Uitsprakenregister via www.degeschillencommissiezorg.nl.
116. Dat komt ten eerste doordat niet alle Wkkgz-geschilleninstanties een eigen website hebben, maar zijn doorgelinkt naar de website van de beroepsvereniging. Ten tweede is er niet op elke website een pagina waar uitspraken worden gepubliceerd, of staan daar (nog) geen uitspraken gepubliceerd. Dat is bij de Haagse Geschillencommissies wel het geval, alleen wordt in de zoekfunctie geen onderscheid gemaakt tussen uitspraken vóór en ná invoering van de Wkkgz. Door als trefwoord '2017' te gebruiken is een totaal van 46 geschillen gevonden. Verder is één uitspraak gevonden van de Geschillencommissie Openbare Apothekers, die overigens niet onder de Geschillencommissies in Den Haag valt.
117. Geschillencommissie Ziekenhuizen, referentienr. 106628.
118. Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg, referentienr. 106571 en 105617, Geschillencommissie Verpleging Verzorging en Geboortezorg, referentienr. 106302.
119. Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg, referentienr. 108285, Geschillencommissie Verpleging, Verzorging en Geboortezorg, referentienr. 107590.
120. H.M. de Beer, De Wet kwaliteit klachten en geschillen zorg: mogelijke knelpunten bij de verplichte aansluiting van zorgaanbieders bij een geschilleninstantie, masterscriptie Privaatrecht Vrije Universiteit, augustus 2016.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

Wkkgz op 1 januari 2017 werd in 10 van de 19 deels gegrond verklaarde klachten een schadevergoeding toegekend. Gemiddeld werd € 1707 uitbetaald. Let wel, bij deze kleine aantallen zeggen deze cijfers nog niet zoveel, omdat zij ook kunnen berusten op toeval. Maar in elk geval is nog geen stijging waarneembaar. In geen enkele zaak werd een schadevergoeding uitgekeerd die ook maar in de buurt kwam van de nieuwe competentiegrens van € 25.000.

Bij het opstellen van het Programma van eisen voor de inrichting van de Wkkgz-geschilleninstanties (hierna: Programma van eisen)[121] is overwogen de schadevergoeding naar redelijkheid en billijkheid toe te kennen, maar is uiteindelijk besloten dat dit naar Nederlands aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht zal geschieden (art. 12 Programma van eisen). Door de GCZ werd in tien geschillen een schadevergoeding toegekend. Om te illustreren wat deze geschillencommissies voor vergoeding in aanmerking vinden komen, worden deze geschillen hierna kort inhoudelijk weergegeven. Van de andere Wkkgz-geschilleninstanties is zoals gezegd slechts één uitspraak online gevonden,[122] van de Geschillencommissie Openbare Apothekers, waarin de klacht gegrond is verklaard, maar geen financiële schadevergoeding is toegekend. Dit geschil bespreken we daarom verder niet.

In vier geschillen oordeelde de Geschillencommissie dat een schadevergoeding moest worden betaald voor onterecht gemaakte medische kosten. Dit waren de kosten die klager had gemaakt voor een *second opinion* naar aanleiding van een gemiste diagnose (€ 525,33),[123] een rekening die hoger uitviel omdat klager er niet van op de hoogte was dat het ziekenhuis geen contract voor een budgetpolis had (€ 417,47),[124] en een factuur voor een gesprek met een sociaalpsychiatrisch deskundige die op het politiebureau een ongevraagd en ongewenst consult met klager had gevoerd. De Commissie Geestelijke Gezondheidszorg oordeelde dat er sprake was van 'bemoeizorg', waar de klager niet voor hoefde te betalen (€ 671,16).[125] Een ziekenhuis dat had nagelaten een patiënt over bijkomende kosten te informeren moest het verschil in gemaakte kosten aan de klager terugbetalen (€ 1893,80).[126] De schade werd in deze geschillen concreet berekend. Een klager wiens fertiliteitsonderzoek foutief was geïnterpreteerd, vorderde schadevergoeding voor onnodige behandelingen, onnodige medicatie, overmedicalisering, *doctor's delay* en emotionele schade.[127] De zorginstelling bood tegen finale kwijting een schikkingsbedrag van € 1500 aan; klager vorderde een bedrag van € 12.736.

Bij gebreke van een onderbouwd overzicht van schadeposten, evenals een toelichting van de klager op zitting, werd de schadevergoeding naar redelijkheid en billijkheid op € 5000 vastgesteld, zijnde de medische kosten die klager had gemaakt tot het moment dat hij van de foutieve interpretatie van het onderzoek op de hoogte werd gesteld. Tot zover niets verrassends.

In een geschil over het informed consent voorafgaand aan een operatie ter correctie van de kromstand van de penis vorderde klager tussen de € 15.000 en € 20.000. Bovendien meende klager dat de ingreep niet *lege artis* was uitgevoerd. Klager had de gewenste operatietechniek op televisie gezien en constateerde na de ingreep dat een andere techniek was toegepast. De ingreep had bovendien niet tot het gewenste resultaat geleid, de klachten van de patiënt waren zelfs verergerd. Bovendien konden de problemen door schade aan het operatiegebied niet meer worden verholpen. Het schikkingsvoorstel van de zorginstelling, bestaande uit € 1000 en twee consulten bij de seksuoloog, achtte klager onvoldoende. Dit werd door hem niet verder onderbouwd dan met de opgave van € 1000 aan jaarlijkse kosten voor medicatie. De Geschillencommissie Ziekenhuizen oordeelde dat de klacht gegrond was voor zover de klacht het informeren van klager voorafgaand aan de ingreep betrof. De Geschillencommissie was van mening dat klager hierdoor schade had geleden en wees naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid € 2500 van het gevorderde bedrag toe, zonder dit bedrag verder toe te lichten. Tegen deze uitspraak is inmiddels door de patiënt een bodemprocedure gestart, waarin vernietiging van de bindende beslissing van de Geschillencommissie wordt gevorderd omdat evident zou zijn geweest dat de schade hoger is dan € 25.000.

In vijf geschillen werd door de GCZ een schadevergoeding toegekend voor immateriële schade. Artikel 6:106 BW bepaalt dat de schadevergoeding bestaande uit 'ander nadeel' naar billijkheid moet worden vastgesteld, daarbij rekening houdend met alle omstandigheden van het geval.[128] Door de aard van immateriële schadevergoeding heeft de rechter daarbij veel vrijheid.[129] In drie geschillen werd een meer of minder onderbouwd bedrag voor schadevergoeding gevorderd. Eén geschil betrof de bejegening van klaagster. Ten onrechte was een zogenaamde SPUTOVAMO-melding (een melding van vermoeden van kindermishandeling) opgenomen in het medisch dossier van klaagster. Zij vorderde voor doorgemaakt psychisch lijden en langdurige emotionele belasting een schadevergoeding van € 5000. De Geschillencommissie Ziekenhuizen wees daarvan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid € 1000 toe.[130]

Een klager vorderde € 2500 schadevergoeding voor fysieke en psychische schade door een huidwond die nog steeds drie keer per week door een verpleegkundige moest worden schoonge-

121. Programma van eisen inrichting Wkkgz-geschilleninstanties, opgenomen in De Groot 2016.
122. Geschillencommissie Openbare Apotheken (SKGE) 28 juni 2017, https://www.skge.nl/uitspraak-apotheek/2017g4-uitspraak-geschillencommissie-openbare-apotheken.
123. Geschillencommissie Ziekenhuizen, referentienr. 109020.
124. Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg, referentienr. 109114.
125. Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg, referentienr. 109114.
126. Geschillencommissie Ziekenhuizen, referentienr. 109246.
127. Geschillencommissie Zelfstandige Klinieken, referentienr. 106057.
128. HR 27 april 2001, NJ 2002/91 m.nt. C.J.H. Brunner.
129. Art. 6:97 BW.
130. Geschillencommissie Ziekenhuizen, referentienr. 101441.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

maakt en verbonden. Deze vordering werd vanwege het nog voortdurende ongemak en de ervaren stress en pijn door de Geschillencommissie Ziekenhuizen geheel toegewezen. De gevraagde vergoeding van buitengerechtelijke kosten wees de Geschillencommissie Ziekenhuizen af:

> 'Op grond van artikel 22 van het reglement Geschillencommissie Ziekenhuizen komen de door cliënte ter zake van de behandeling van het geschil gemaakte kosten voor haar eigen rekening, behoudens bijzondere gevallen. Van bijzondere gevallen is de commissie niet gebleken, zodat dit verzoek wordt afgewezen.'

In drie geschillen werd door de klager geen specifiek bedrag gevorderd, maar werd de GCZ gevraagd naar redelijkheid en billijkheid een bedrag aan schadevergoeding vast te stellen. Een klager die onvoldoende was geïnformeerd en gerustgesteld voorafgaand aan een pijnlijke en daardoor traumatische katheterisatie kreeg een schadevergoeding van € 250 toegekend.[131] Voor een gebrekkig verzorgde blaar die tot een pijnlijke decubituswond was uitgegroeid, wees de Commissie Verpleging Verzorging en Geboortezorg € 1000 toe.[132] Een derde geschil betrof eveneens een onvoldoende verzorgde decubituswond, ditmaal bij een diabetespatiënt die rolstoelafhankelijk was geraakt. De klacht werd gegrond verklaard voor zover die betrekking had op de onvoldoende verzorging van de wond. Hoewel de zorginstelling ook nazorg had verleend, wees de Commissie Verpleging Verzorging en Geboortezorg klaagster een schadevergoeding naar redelijkheid en billijkheid toe van € 250, omdat '[klaagster] zich nog steeds onvoldoende gehoord voelt en het aangedane leed nog immer niet is verzacht'.[133] Het ging in deze zaak om groot letsel en een gering bedrag voor schadevergoeding. Waarschijnlijk wilde de Geschillencommissie ('alle omstandigheden in aanmerking genomen') de aan een rolstoel gebonden klaagster niet geheel in de kou laten staan.

Het Programma van eisen stelt aan de geschilleninstanties hoge eisen. De mate waarin de thans bestaande geschilleninstanties daaraan kunnen voldoen, is voor een groot deel afhankelijk van de kwaliteit van hun leden. Zoveel beschikbare juristen met kennis van geschiloplossing én het gezondheidsrecht hebben we ook niet zomaar rondlopen – in ieder geval niet zo veel als er geschilleninstanties zijn.[134] Daarnaast is de kwaliteit van de uitspraken mede afhankelijk van de aard en inhoud van de vorderingen. De meerderheid van de klachten bevat ook een verzoek tot schadevergoeding. Deze verzoeken worden doorgaans niet of nauwelijks onderbouwd. Ook hebben we kunnen zien dat de GCZ niet strikt het schadevergoedingsrecht toepassen, maar dat de begroting van schade ofwel concreet, ofwel 'naar redelijkheid en billijkheid' plaatsvindt, zoals dat ook voor invoering van de Wkkgz gebeurde. De GCZ geven weinig inzicht in de maatstaven die zij hanteren ter beoordeling van claims.

Het past bij de bescherming van de zwakkere partij die eigen is aan het klachtrecht, dat door de GCZ aan de stel- en bewijsplicht van klagers lage eisen worden gesteld. Van de Laar en Dute vroegen zich in 2014 reeds af of de lichtere bewijsmaatstaf van de GCZ ook onder de Wkkgz behouden moest blijven. Voor de zorgaanbieders is een wezenlijk verschil met de situatie vóór de Wkkgz dat de aansluiting bij een geschilleninstantie thans een wettelijke plicht is. Tegelijkertijd, aldus Van de Laar en Dute, maakt juist de soepelere omgang met stel- en bewijsregels de procedure voor de GCZ snel en laagdrempelig. Naar onze mening kan de lichtere bewijsmaatstaf, als passend bij het klachtrecht, gerust worden gehanteerd, maar opereren de Wkkgz-geschilleninstanties wel in een nieuwe realiteit, die meebrengt dat er hogere eisen behoren te worden gesteld aan de motiveringsplicht. Gezien de omvang van de financiële belangen hebben niet alleen de zorgaanbieders, maar ook de klagers daar recht op. De GCZ zouden bij concrete schadeposten uitvoeriger kunnen toelichten waarom een deel wel en een deel niet wordt toegewezen. Dat gebeurt hier en daar ook al wel.[135] Als de vordering de vergoeding van immateriële schade betreft, zou zo veel mogelijk aansluiting moeten worden gezocht bij gangbare bedragen in het civiele recht. De burgerlijke rechter begroot de vergoeding van immateriële schade immers eveneens 'naar billijkheid', aldus artikel 6:106 lid 1 BW, maar hij laat zich daarbij onder meer leiden door de richtlijnen in de Smartengeldgids.

15. Wetsvoorstel wijziging Wet BIG: het gevaar van gemiste kansen

Zoals besproken in paragraaf 6 kunnen patiënten met een klacht of een verzoek in het geheel van mogelijke remedies in de zorg gemakkelijk verdwalen, en gebeurt dat ook. Ook in het medisch tuchtrecht komt men regelmatig verdwaalde patiënten tegen. Reeds bij de eerste evaluatie van de Wet BIG werd het grote aantal zaken dat in raadkamer wordt afgehandeld als signaal gezien dat veel klagende patiënten bij het verkeerde loket aankloppen.[136, 137] Het aantal klachten dat jaarlijks niet-ontvankelijk wordt verklaard, onderschrijft deze vermoedens.[138] Volgens de minister kan een deel van de problemen worden opgelost door de preventieve werking van de klachtenopvang conform de Wkkgz.[139] In het wetsvoorstel wijziging van de Wet BIG wordt daarnaast een 'tuchtklachtfunctionaris' geïntroduceerd, die specifiek deskundig is op het gebied

131. Geschillencommissie Ziekenhuizen, referentienr. 101441.
132. Geschillencommissie Verpleging Verzorging en Geboortezorg, referentienr. 106723.
133. Geschillencommissie Ziekenhuizen, referentienr. 108656.
134. Zie hierover uitgebreid Pans 2016.
135. Geschillencommissie Zelfstandige Klinieken, referentienr. 106057.
136. J.M. Cuperus-Bosma e.a., Evaluatie Wet op de beroepen in de individuele gezondheidzorg, Den Haag: ZonMw 2002.
137. Klachten worden in raadkamer behandeld als deze niet-ontvankelijk zijn of kennelijk ongegrond. Er kunnen natuurlijk andere redenen zijn voor niet-ontvankelijkheid, bijv. als het klaagschrift niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen of als de klacht is verjaard.
138. Laarman, Van Schoten & Friele 2016, p. 25.
139. Ministerie van VWS, Beleidsreactie evaluatie Wet BIG, 2 december 2014.

Dit artikel uit Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade is gepubliceerd door Boom juridisch en is bestemd voor Vrije Universiteit Amsterdam

van het tuchtrecht en klagers gratis en vrijblijvend kan adviseren bij het opstellen en wijzigen van hun tuchtklacht, of klagers kan adviseren gebruik te maken van het Wkkgz-klachtrecht.[140] De tuchtklachtfunctionaris zal niet werkzaam zijn bij het tuchtcollege, maar in dienst treden bij het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS). De tuchtklachtfunctionaris zal niet als raadsman optreden en evenmin de patiënt op de zitting ondersteunen.

Het probleem met dit wetsvoorstel is dat het, net als eerder opgemerkt met betrekking tot de Modelklachtenregeling, conform de traditie van verkokering van procedures in de zorg, alleen op het eigen, juridisch gedefinieerde, domein is gericht, in dit geval dat van de tuchtprocedure. Het risico op gemiste kansen achten wij daarom groot. Bezien vanuit het patiëntenperspectief is de tuchtrechtprocedure slechts een van de mogelijke remedies naast alle andere. Als de toekomstige tuchtklachtfunctionaris door taakomschrijving, organisatorische ophanging en/of feitelijke taakopvatting zich inderdaad alleen of vooral met het tuchtrecht gaat bezighouden, zal er zeker sprake zijn van een gemiste kans. Bij de behandeling in de Tweede Kamer werden reeds vragen gesteld over de verhouding van de tuchtklachtfunctionaris tot de patiëntencontactpersoon in zorginstellingen.[141] Om de tuchtklachtfunctionaris optimaal van toegevoegde waarde te laten zijn, is van belang dat deze ten minste goede contacten onderhoudt met, bijvoorbeeld, patiëntencontactpersonen, zodat 'naar het juiste loket sturen' niet een weg van het kastje naar de muur wordt. Maar het zou beter zijn wanneer de nieuw in te stellen tuchtklachtfunctionaris een goed doordacht onderdeel wordt van een totaalbeleid met betrekking tot alle remedies in de zorg, waarin samen met de zorgaanbieders gestreefd wordt naar een effectieve, proactieve triage van alle soorten klachten, incidenten en andere problemen in de zorg. Het patiëntenperspectief vraagt om een geïntegreerde aanpak.

16. Tot besluit

De Wkkgz heeft tot gevolg dat een groot deel van de medische schadeclaims in eerste instantie door de zorgaanbieders moet worden beoordeeld binnen een andere juridische context, namelijk die van het klachtrecht in plaats van het aansprakelijkheidsrecht. Wij hebben in dit artikel de aard en achtergrond van het klachtrecht geschetst om te illustreren dat de Wkkgz om daadwerkelijke veranderingen in aansprakelijkheidsland vraagt: het klachtrecht brengt een nieuw paradigma mee, waarin de versterking van de positie van de patiënt centraal staat. Het klachtrecht bewerkstelligt dat door machtsongelijkheid te compenseren en aan te sturen op oplossingen. Voor alle betrokkenen bij medische schadeclaims, patiënten, zorgaanbieders, zorgverleners, verzekeraars en belangenbehartigers, kan dit in potentie veel goeds betekenen. Uiteraard hangt alles af van de wijze waarop aan de nieuwe kaders uitvoering wordt gegeven. Daar zijn – onder tijdsdruk – al veel belangrijke stappen in gezet, maar wij hopen te hebben duidelijk gemaakt dat de klus nog niet geklaard is. De Wkkgz biedt volop kansen om de wijze waarop wij in dit land omgaan met medische schade fundamenteel te verbeteren. Het komt erop aan die te grijpen.

140. Kamerstukken II 2016/17, 34629, 3 (MvT bij voorstel wijziging van de Wet BIG), 15 december 2016.
141. Kamerstukken II 2016/17, 34629, 5, p. 11 (Verslag bij voorstel wijziging van de Wet BIG).

OVERZICHT JURISPRUDENTIE

I Partijen bij de overeenkomst

HR 8 september 2000, NJ 2000, 734, met nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost)
HR 15 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY7840 (maatschap)

Rechtbank Arnhem 3 februari 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BL4385 (schijn van overeenkomst)
Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2365 (Belgische kliniek)
Rechtbank Rotterdam 23 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2397 (Belgische kliniek)

HR 10 januari 1997, NJ 1998, 544, met nt. C.J.H. Brunner (waarneming)

II Verplichtingen uit overeenkomst

- Plicht patiënt

HR 12 december 2003, NJ 2004, 117 (plicht patiënt na beëindigen overeenkomst)

- Behandelplicht

RTG Amsterdam 19 juni 2007, TvGr 2007, 37 (behandelplicht)
CTG 19 augustus 2010, zaaknr. 2009/237 (Nepal-zaak; behandelplicht)
EHRM 26 mei 2011, EHRC 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (plicht om tijdig te behandelen)

- Informatieplicht

Gerechtshof Arnhem 27 juli 1999, VR 2001, 21
Gerechtshof Amsterdam 28 september 2000, TvGr 2002, 71
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 9 februari 2010, JA 2010, 60, met nt. R.W.M. Giard
Rechtbank Roermond 20 april 2004, ECLI:NL:RBROE:2005:AT4028
Rechtbank Arnhem 23 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU7458
Rechtbank Oost-Brabant 6 december 2013, ECLI:NL:RBOBR:2013:7185
Rechtbank Haarlem 9 augustus 1994, TvGr 1996, 28
Rechtbank Roermond 6 december 2001, ECLI:NL:RBROE:2001:AD6905
Rechtbank Amsterdam 28 augustus 1996, VR 1997, 107
Rechtbank Zwolle 14 juli 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BO4400
Rechtbank Rotterdam 15 juli 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BJ3702
Rechtbank Rotterdam 24 november 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO7879
Rechtbank 's-Hertogenbosch 22 februari 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV6856
Gerechtshof Amsterdam 19 februari 1998, TvGr 1998, 48
Rechtbank Utrecht 15 juni 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BQ8717
Rechtbank Haarlem 22 september 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO9229 (informatie afwijkend tarief)
Rechtbank Maastricht 13 december 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BO7650 (informatie naam hulpverlener)
Gerechtshof Leeuwarden 9 december 2008, NJ 2009, 200, met nt. J. Legemaate
Rechtbank Zwolle-Lelystad 20 december 2007, JA 2008, 24 (feitenrelaas MIP)
Rechtbank Arnhem 11 maart 2009, JA 2009, 85, met nt. A.J. Van (informatie MIP)

- Geheimhoudingsplicht; doorbreken geheim

HR 20 april 2001, NJ 2001, 600, met nt. W.M. Kleijn en F.C.B. van Wijmen
HR 9 mei 2006, ECLI:NL:HR:2006:AV2386
HR 27 mei 2008, NJ 2008, 407, met nt. J. Legemaate
HR 21 oktober 2008, NJ 2008, 630, met nt. J. Legemaate
HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6144
HR 5 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BP6138
HR 5 juli 2011, NJ 2011, 416, met nt. J. Legemaate
HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BV3004

Zie ook:
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 18 september 2000, NJ 2001, 555
Rechtbank Leeuwarden 8 juni 2011, JA 2011, 146, met nt. R.P. Wijne
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 12 december 2002, NJ 2003, 379, met nt. F.C.B. van Wijmen
Gerechtshof Arnhem 10 januari 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BV0470
Rechtbank 's-Gravenhage 31 augustus 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6260
Rechtbank Oost-Nederland 28 maart 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ6271
Rechtbank Oost-Brabant 30 januari 2014, ECLI:NL:RBOBR:2014:487
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3007
Rechtbank Amsterdam 25 september 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:6239
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 21 oktober 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:8078

III Blokkeringsrecht

HR 26 maart 2004, TvGr 2004, 33
CTG 14 mei 2013, TvGr 2013, 42

IV Grondslagen voor aansprakelijkheid

- Samenloop grondslagen

HR 6 april 1990, NJ 1991, 689, met nt. C.J.H. Brunner
HR 19 februari 1993, NJ 1994, 290, met nt. C.J.H. Brunner
HR 3 december 1999, NJ 2000, 235, met nt. P.A. Stein

- Professionele standaard, meerdere wegen naar Rome

Gerechtshof Leeuwarden 6 juli 2010, L&S 2010, 135
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 31 maart 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BI0044

- Protocol als vorm van zelfregulering ter invulling standaard

HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649, met nt. F.C.B. van Wijmen (Protocol I-arrest)
HR 1 april 2005, NJ 2006, 377, met nt. F.C.B. van Wijmen (Protocol II-arrest)

- Oordeel van de rechter als grens van de professionele standaard

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, L&S 2009, 112, met nt. A.J. Van
Rechtbank Rotterdam 28 november 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BD7445
Rechtbank Rotterdam 23 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9541

- Bewijs van de tekortkoming

HR 18 april 2014, JA 2014, 65 (regels onrechtmatig verkregen bewijs in civiel recht)

Rechtbank Amsterdam 9 februari 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BP4341 (waardering deskundigenbericht)

Rechtbank Amsterdam 7 januari 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BH1287 (bewijsvermoeden)
Gerechtshof Leeuwarden 22 juni 2010, JA 2011, 2

Rechtbank Alkmaar 11 februari 2004, NJ 2004, 205 (eenvoudige handeling; resultaat)
Rechtbank Dordrecht 31 maart 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BM0264 (inspanning)
Gerechtshof 's-Gravenhage 25 maart 1998, NJ 1999, 500 (inspanning)
Gerechtshof Amsterdam 18 januari 2007, NJF 2007, 224 (eenvoudig te controleren handeling; resultaat)

HR 20 november 1987, NJ 1988, 500, met nt. W.L. Haardt (verzwaarde motiveringsplicht)
HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368
HR 7 september 2001, NJ 2001, 615
EHRM 28 april 2009, zaaknr. 32881/04 (patiënt recht op relevant evidence)
Rechtbank 's-Hertogenbosch 10 november 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:BQ3245 (niet voldaan aan verzwaarde motiveringsplicht
Rechtbank Dordrecht 19 januari 2011, ECLI:NL:RBDOR:2011:BP1520 (wel voldaan aan verzwaarde motiveringsplicht)
Rechtbank Rotterdam 28 november 2007, ECLI:NL:RBROT:2007:BD7445 (bewijsvermoeden als sanctie)
Rechtbank Zwolle-Lelystad 14 juli 2004, ECLI:NL:RBZLY:2004:AR3130 (omkering bewijslast als sanctie)

Zie ook:
Rechtbank Zwolle-Lelystad 16 februari 2005, ECLI:NL:RBZLY:2005:AS9828 (omkering bewijslast als sanctie)
Rechtbank 's-Hertogenbosch 10 november 2004, ECLI:NL:RBSHE:2004:BQ3245 (omkering bewijslast als sanctie)

Rechtbank Arnhem 22 maart 2006, ECLI:NL:RBARN:2006:AW2865 (ziekenhuis had gegevens moeten bewaren)
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 23 september 2008, JA 2009, 29 (verlies gegevens niet toerekenbaar)
HR 20 april 2007, VR 2007, 133, met nt. G.M. van Wassenaer (reparatie door verklaring)

Zie ook:
HR 15 juni 2007, NJ 2007, 335 (reparatie door verklaring)
Rechtbank Arnhem 2 maart 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BP6939 (reparatie door verklaring)
Rechtbank Maastricht 5 september 2012, ECLI:NL:RBMAA:2012:BY3180 (reparatie door verklaring)
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:933 (reparatie door verklaring)

- Schuld/verkeersopvattingen (toerekening)

Gerechtshof Leeuwarden 20 november 2002, ECLI:NL:GHLEE:2002:AF0928
HR 9 november 2004, ECLI:NL:HR:2004:AP1493

- Artikel 6:76 BW (toerekening)

Rechtbank Maastricht 19 september 2007, ECLI:NL:RBMAA:2007:BB3949
Rechtbank 's-Gravenhage 12 juli 2000, VR 2001, 20
Rechtbank Amsterdam 15 december 1983 en Gerechtshof Amsterdam 7 maart 1985, te kennen uit HR 17 oktober 1986, NJ 1987, 124
Rechtbank Arnhem 3 februari 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BL4385
HR 10 januari 1997, NJ 1998, 544, met nt. C.J.H. Brunner
Rechtbank Assen 18 april 2007, ECLI:NL:RBASS:2007:BA3939
HR 3 november 1995, NJ 1998, 380
HR 19 oktober 2001, NJ 2001, 655

- Artikel 6:77 BW (toerekening)

Gerechtshof Amsterdam 7 januari 1988, TvGr 1989, 99
Rechtbank Maastricht 15 februari 1996, te kennen uit HR 28 mei 1999, NJ 1999, 614
Gerechtshof Arnhem 27 juni 2000, VR 2002, 112
Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, JBPr 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann
Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:AT7382
Rechtbank 's-Hertogenbosch 21 juli 2010, L&S 2011, 125
Rechtbank Maastricht 19 oktober 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:4905
Rechtbank Breda 3 januari 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BO9631
Rechtbank Rotterdam 23 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BU9541
Rechtbank Arnhem 28 november 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BY6606
Rechtbank Zeeland-West-Brabant 15 januari 2014, JA 2014, 50, met nt. R.P. Wijne
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 november 2014, JA 2015, 7, met nt. J.P.M. Simons
Rechtbank Rotterdam 19 augustus 2015, GZR 2015-0389, met nt. R.P. Wijne
Rechtbank Amsterdam 20 januari 2016, GZR 2016-0035, met nt. R.P. Wijne
Rechtbank Amsterdam 24 mei 2017, ECLI:NL:RBAMS:2017:3491
Rechtbank Limburg 31 mei 2017, GZR 2017-0229, met nt. C.G. Versteeg
Rechtbank Oost-Brabant 22 november 2017, ECLI:NL:RBOBR:2017:6091
Gerechtshof 's-Gravenhage 13 februari 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:166 (prejudiciële vragen)
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2018, GZR 2018-0488, met nt. R.P. Wijne
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 2 april 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1219
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 16 april 2019, ECLI:NL:GHSHE:2019:1458

- Onrechtmatige daad

Gerechtshof Amsterdam 2 augustus 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR4200
Gerechtshof 's-Gravenhage 18 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC1132
Rechtbank 's-Gravenhage 15 februari 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BV6803
Rechtbank 's-Gravenhage 13 januari 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BL0676
CRvB 26 februari 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AO5623

Rechtbank Amsterdam 13 juni 2012, ECLI:NL:RBAMS:2012:BX1494

HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly)

- Kwalitatieve aansprakelijkheden

HR 31 mei 1968, NJ 1968, 323 (personen)
HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly)
Rechtbank 's-Gravenhage 23 juli 2013, JA 2013, 19

Rechtbank Amsterdam 16 mei 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA6824 (raam)

Zie ook:
Rechtbank Utrecht 16 januari 2008, JA 2008, 38

- Centrale aansprakelijkheid ziekenhuis

Rechtbank Dordrecht 31 maart 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BM0264 (onrechtmatige daad geen nut)
Gerechtshof 's-Gravenhage 29 september 2009, L&S 2010, 10, met nt. Y.R.K. Waterman (onjuiste grondslag)
Rechtbank Rotterdam 15 februari 2010, ECLI:NL:RBDOR:2010:BL7560

V Causaal verband

- Condicio sine qua non-verband

HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly)
Gerechtshof Arnhem 18 augustus 2009, ECLI:NL:GHARN:2009:BK8642
Gerechtshof Amsterdam 22 juni 2010, JA 2011, 1, met nt. R.W.M. Giard
Gerechtshof Arnhem 15 maart 2011, JA 2011, 81
Rechtbank Rotterdam 14 maart 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BV9542

- Meervoudige causaliteit

Gerechtshof Arnhem 6 juli 2010, L&S 2010, 135
Rechtbank Utrecht 25 augustus 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BN7740
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 juni 1995, NJ 1997, 239

Gerechtshof Arnhem 22 mei 2007, L&S 2007, 171

Zie ook:
Rechtbank Alkmaar 11 februari 2004, NJ 2004, 205 (arts en producent)
Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, JBPr 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann (arts en producent)

Gerechtshof Leeuwarden 8 augustus 2001, NJ 2002, 209 (verkeersfout en fout arts)

Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 juni 1995, NJ 1997, 239
Rechtbank Zwolle-Lelystad 26 mei 2010, ECLI:NL:RBZLY:2010:BN6383

- Eigen schuld patiënt

Rechtbank 20 augustus 2003, ECLI:NL:RBARN:2003:AL2040
HR 16 april 2010, NJ 2010, 229

Gerechtshof 's-Gravenhage 18 december 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BC1132 (billijkheid)

- Bewijslast

HR 16 april 2010, NJ 2010, 229 (bewijs bevrijdend verweer bij hulpverlener)

- Integriteitsschade als redmiddel?

Gerechtshof Arnhem 25 april 2006, L&S 2010, 182, met nt. H. van Ommen
Gerechtshof 's-Gravenhage 29 september 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK1574
HR 23 april 2010, L&S 2010, 183, met nt. H. van Ommen, JA 2010, 97, met nt. L.G.J. Hendrix
Rechtbank Midden-Nederland 18 september 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3761
Rechtbank Zeeland-West-Brabant 9 februari 2017, GZR 2017-0084

- Omkeringsregel

HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649, met nt. J.B.M. Vranken (Protocol-I)
HR 7 december 2007, NJ 2007, 644 (foetale nood),
Gerechtshof Leeuwarden 22 februari 2006, ECLI:NL:GHLEE:2006:AV2474
Gerechtshof Arnhem 2 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8853
Gerechtshof Leeuwarden 22 juni 2010, JA 2011, 2

Zie ook:
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, L&S 2009, 112, met nt. A.J. Van
Gerechtshof Amsterdam 2 maart 2006, ECLI:NL:GHAMS:2006:AX3550
Gerechtshof Arnhem 2 december 2003, ECLI:NL:GHARN:2003:AO0863
Rechtbank Arnhem 29 juli 2009, ECLI:NL:RBARN:2009:BJ4640
Rechtbank Utrecht 17 oktober 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY1151

Rechtbank 's-Hertogenbosch 12 december 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY6328
Rechtbank Arnhem 20 oktober 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU4405
Rechtbank Amsterdam 11 augustus 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BP0743

HR 23 november 2001, NJ 2002, 386
HR 23 november 2001, NJ 2002, 387, met nt. J.B.M. Vranken

HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307, met nt. W.D.H. Asser (Seresta-arrest)
Rechtbank Dordrecht 23 april 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BD0513

- Art. 6:99 BW

HR 9 oktober 1992, NJ 1994, 535, met nt. C.J.H. Brunner (DES)

Zie ook:
Rechtbank 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, JBPr 2005, 75, met nt. J.S. Kortmann (Implanon)
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, ECLI:NL:GHSHE:2007:BB2385
Rechtbank Rotterdam 19 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1327

- Proportionele aansprakelijkheid en verloren kans

HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai
HR 7 juni 2013, NJ 2014, 99, met nt. T. Hartlief
HR 24 december 2010, NJ 2011, 251, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai
HR 14 december 2012, NJ 2013, 236, met nt. S.D. Lindenbergh (niet nog extra billijkheidscorrectie)
HR 21 december 2012, JA 2013, 41, met nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans en NJ 2013, 237, met nt. S.D. Lindenbergh
HR 23 december 2016, GZR 2017-0001, met nt. R.P. Wijne
HR 27 oktober 2017, GZR 2017-0383, met nt. A.J. Van en J. De Clerck

Zie ook:
Gerechtshof Amsterdam 4 april 1985, TvGr 1986, 54
Gerechtshof Amsterdam 13 juni 1985, TvGr 1986, 38
Rechtbank Amsterdam 15 december 1993 en Gerechtshof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1997, 213 (Baby Ruth)
Rechtbank Middelburg 11 maart 1998, NJ 1999, 41
Rechtbank Amsterdam 28 oktober 1998, NJ 1999, 406
Gerechtshof Arnhem 14 december 1999, VR 2001, 19, met nt. A.J. Akkermans
Rechtbank Zwolle 31 mei 2000, NJkort 2000, 89
Rechtbank Leeuwarden 12 juli 2000, TvGr 2001, 13
Rechtbank 's-Gravenhage 12 juli 2000, VR 2001, 20, met nt. A.J. Akkermans
Rechtbank Roermond 12 oktober 2000, ECLI:NL:RBROE:2000:AA7520
Rechtbank Alkmaar 3 oktober 2002, ECLI:NL:RBALK:2002:AE8326
Gerechtshof 's-Gravenhage 10 oktober 2002, NJ 2003, 99
Rechtbank Maastricht 21 mei 2003, ECLI:NL:RBMAA:2003:AF9045
Rechtbank Amsterdam 28 mei 2003, NJ 2004, 45
Rechtbank Middelburg 28 april 2004, ECLI:NL:RBMID:2004:AP0788
Rechtbank Amsterdam 22 december 2004, VR 2005, 104
Rechtbank Maastricht 13 juli 2005, JA 2006, 44, met nt. M. Zaadhof
Gerechtshof Arnhem 17 januari 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:AU9962
Rechtbank Haarlem 1 maart 2006, ECLI:NL:RBHAA:2006:AV5277
Rechtbank Groningen 14 februari 2007, NJF 2007, 355
Rechtbank 's-Gravenhage 31 december 2008, JA 2009, 31, met nt. R.W.M. Giard
Gerechtshof 's-Gravenhage 28 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI4768
Rechtbank Rotterdam 10 juni 2009, ECLI:NL:RBROT:2009:BI9931
Gerechtshof Arnhem 8 september 2009, JA 2010, 41, met nt. P. Silakhori
Rechtbank Arnhem 10 maart 2010, NP 2010, 16
Rechtbank Rotterdam 31 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM0825
Rechtbank Rotterdam 14 april 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BN7297
Rechtbank Amsterdam 14 juli 2010, JA 2011, 4, met nt. L.C. Dufour
Gerechtshof Amsterdam 5 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR2898
Rechtbank Utrecht 8 december 2010, JA 2011, 16
Rechtbank Arnhem 26 januari 2011, JA 2011, 82
Rechtbank Amsterdam 18 mei 2011, JA 2011, 112
Rechtbank Arnhem 14 december 2011, JA 2012, 55
Gerechtshof Leeuwarden 17 april 2012, JA 2012, 144, met nt. P.J. Klein Gunnewiek
Rechtbank Alkmaar 18 april 2012, ECLI:NL:RBALK:2012:BW7789
Rechtbank Rotterdam 2 mei 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW4845
Rechtbank 's-Gravenhage 18 juli 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6419
Rechtbank Arnhem 25 juli 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BX4548

Rechtbank Rotterdam 29 augustus 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BX6987
Gerechtshof Arnhem 2 september 2012, JA 2012, 208, met nt. R.P. Wijne (nog wel billijkheidscorrectie)
Rechtbank 's-Hertogenbosch 12 december 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BY6328
Rechtbank Breda 19 december 2012, ECLI:NL:RBBRE:2012:BY7399
Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 12 februari 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:BZ1711
Rechtbank Gelderland 23 oktober 2013, GZR 2014-0427, met nt. A.J. Van en R.P. Wijne
Rechtbank Zeeland-West-Brabant 19 februari 2014, ECLI:NL:RBZWB:2014:1210
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 6 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1265
Rechtbank Noord-Holland 20 augustus 2014, ECLI:NL:RBNHO:2014:12412
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 30 september 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:3887
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 17 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:933
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 14 juli 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:2663
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 3 mei 2016, ECLI:NL:GHSHE:2016:1741
Gerechtshof Den Haag 21 april 2015, GZR 2015-0196
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 20 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:4163
Gerechtshof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem, 1 maart 2016, GZR 2016-0115
Rechtbank Den Haag 17 mei 2017, ECLI:NL:RBDHA:2017:5685

- Toerekening naar redelijkheid

Rechtbank Zutphen 30 november 2005, ECLI:NL:RBZUT:2005:AU7283 (voorzienbaar, ruime toerekening)
HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175, met nt. C.J.H. Brunner (De Heel/Korver) (ruime toerekening bij schending veiligheidsnorm)
Rechtbank Zwolle 1 februari 2006, ECLI:NL:RBZLY:2006:AW6459 (voorzienbaar, ruime toerekening)
Rechtbank 's-Hertogenbosch 25 juni 2005, ECLI:NL:RBSHE:2005:BQ3252 (predispositie, ruime toerekening)
Gerechtshof Amsterdam 22 juni 2010, JA 2011, 1, met nt. R.W.M. Giard (voorzienbaar, ruime toerekening)
Rechtbank Amsterdam 17 januari 2007, ECLI:NL:RBAMS:2007:BA1011 (toerekening, voldoende ingespannen om verdere schade te voorkomen)

Zie ook:
HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145, met nt. C.J.H. Brunner (Wrongful Birth I, ruime toerekening vermogensschade)
HR 8 augustus 2002, NJ 2010, 61, met nt. M.H. Wissink (Wrongful Birth II)
Gerechtshof 's-Gravenhage 10 juli 2007, ECLI:NL:GHSGR:2007:BB2375
HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly)

HR 2 november 1979, NJ 1980, 77, met nt. G.J. Scholten (Vader Versluis, geen ruime toerekening)
Rechtbank 's-Gravenhage, nevenzittingsplaats Rotterdam, 29 september 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO3180
Rechtbank Maastricht 22 maart 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AV7273

VI Schade

HR 24 februari 2012, NJ 2012, 143 (herstel in plaats van vergoeding)

Rechtbank Amsterdam 7 januari 2009, ECLI:NL:RBAMS:2009:BH1287 (ontkennen probleem is verhogende factor smartengeld)

HvJEG 10 mei 2001, zaaknr. C-203/99 (lichamelijk letsel ook beschadiging te transplanteren orgaan?)

HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606, met nt. J.B.M. Vranken (Baby Kelly) (aantasting zelfbeschikkingsrecht geeft recht op vergoeding ander nadeel, geen geestelijk letsel vereist)
Gerechtshof 's-Gravenhage 29 september 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BK1574

Gerechtshof Arnhem 25 april 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:BM5194 (vergoeding integriteitsschade)
Gerechtshof Arnhem 4 december 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BM5197
HR 23 april 2010, JA 2010, 97, met nt. L.G.J. Hendrix

Rechtbank Zutphen 18 november 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK4468 (geen vergoeding shockschade)
Gerechtshof Arnhem 15 maart 2011, JA 2011, 81

Rechtbank Maastricht 22 maart 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AV7273
Rechtbank Zutphen 18 november 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK4468

VII Verjaring

HR 31 oktober 2003, NJ 2006, 112, met nt. C.E. du Perron (Saelman-arrest)
HR 27 mei 2005, NJ 2006, 114, met nt. C.E. du Perron
HR 4 april 2008, NJ 2008, 203
HR 9 oktober 2009, NJ 2012, 193, met nt. C.E. du Perron
HR 10 september 2010, NJ 2012, 195, met nt. C.E. du Perron
HR 3 december 2010, NJ 2012, 196, met nt. C.E. du Perron

EHRM 17 september 2013, zaaknr. 59601/09 (daadwerkelijk in staat)

Rechtbank Utrecht 30 mei 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BW8487 (bekendheid bij echtgenoot)

Rechtbank Rotterdam 31 maart 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BM0829
Rechtbank 's-Hertogenbosch 8 februari 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV3743

Rechtbank Arnhem 22 september 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BP0330 (stuitende werking tuchtklacht)
Gerechtshof Arnhem 11 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX6567

HR 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:766 (prejudiciële vraag of rechtspersoon die belangen behartigt kan stuiten)
HR 18 september 2015, ECLI:NL:HR:2015:2741 (brief met voorstel tot bespreking is stuitingshandeling)

VIII Omgang medische informatie

EHRM 27 maart 2012, L&S 2012/181, met nt. P. van der Nat

EHRM 10 oktober 2006, zaaknr. 7508/02

HR 29 juni 2007, NJ 2007, 638
HR 29 juni 2007, RvdW 2007, 641
Gerechtshof Amsterdam 5 juli 2011, ECLI:NL:GHAMS:2011:BR3020
Gerechtshof Amsterdam 31 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV2565

Rechtbank Utrecht 17 november 2010, JA 2011, 50, met nt. J.P.M. Simons (medisch advies niet onder de Wbp)

Rechtbank Zutphen 8 oktober 2009, ECLI:NL:RBZUT:2009:BK4206 (geschil artikel 35 Wbp)
Gerechtshof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem, 31 januari 2012, ECLI:NL:GHAMS:2012:BV2565 (geschil artikel 35 Wbp)
Gerechtshof Amsterdam 4 maart 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1905 (vervolg artikel 35 Wbp)
Gerechtshof Amsterdam 20 mei 2014, ECLI:NL:GHAMS:2014:1917 (vervolg artikel 35 Wbp)

Rechtbank Utrecht 17 november 2010, ECLI:NL:RBUTR:2010:BO5227 (geen inzage MIP)
RTG Amsterdam 24 januari 2006, L&S 2007, 5, met nt. A.J. Van

Rechtbank Middelburg 21 december 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BZ5988 (afwijzing verzoek, gegevens niet meer aanwezig)

Rechtbank Noord-Holland 4 september 2014, zaaknr./rekestnr. C/14/153200/HA RK 14-50 (inzage medisch advies)

Gerechtshof Amsterdam 2 februari 2016, GZR 2016-0090, met nt. H. de Jager (geen inzage medisch advies)
Gerechtshof Amsterdam 13 september 2016, GZR 2016-0363, met nt. H. de Jager (geen inzage medisch advies)
Rechtbank Gelderland 1 november 2016, GZR 2016-0418, met nt. H. de Jager (geen inzage medisch advies)
Rechtbank Den Haag 8 december 2016, GZR 2017-0007, met nt. H. de Jager (geen inzage medisch advies)
Gerechtshof Den Haag 3 oktober 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:2723
HR 16 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:365 (geen inzage medisch advies)

IX Vraagstelling deskundige

Rechtbank Arnhem 18 april 2012, ECLI:NL:RBARN:2012:BW5046
Rechtbank 's-Gravenhage 25 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY2540
Rechtbank Zutphen 24 juli 2008, ECLI:NL:RBZUT:2008:BD8981
Rechtbank Amsterdam 6 november 2008, zaaknr. 401107/HA RK 08-364
Rechtbank Amsterdam 15 januari 2009, JA 2009, 92

Gerechtshof Amsterdam 24 maart 2009, zaaknr. 106.007.506/01 (juridische norm)
Rechtbank Amsterdam 29 juni 1999, NP 1999, 9
Rechtbank Haarlem 27 mei 2003, NP 2003, 6
Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 april 2004, NP 2004, 5
Gerechtshof Amsterdam 9 maart 2006, rolnr. 1973/03
Rechtbank Zutphen 27 oktober 2006, L&S 2006, 260
Rechtbank Zutphen 23 november 2006, L&S 2006, 259
Rechtbank Rotterdam 13 januari 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BL4343
Rechtbank Roermond 24 februari 2010, zaaknr. 97054/HA RK 09-170
Rechtbank Amsterdam 10 november 2010, ECLI:NL:RBAMS:2010:BP5627

Rechtbank Utrecht 10 november 1999, NP 2000, 2
Rechtbank Amsterdam 16 december 1999, NP 2000, 2
Gerechtshof Amsterdam, 24 augustus 2006, NP 2006, 11
Rechtbank Utrecht 22 november 2006, L&S 2006, 261
Rechtbank Arnhem 12 december 2007, ECLI:NL:RBARN:2007:BC0644
Rechtbank Amsterdam 6 maart 2008, NP 2008, 4
Rechtbank Rotterdam 30 juli 2008, ECLI:NL:RBROT:2008:BD9572
Rechtbank Amsterdam 25 september 2008, ECLI:NL:RBAMS:2008:BH2346
Rechtbank Arnhem 30 oktober 2008, zaaknr. 1723S8/HA RK 08-1999, gepubliceerd op PIV Kennisnet
Rechtbank Amsterdam 7 mei 2009, zaaknr. 411386/ HA RK 08-744
Gerechtshof Leeuwarden 25 juni 2009, JA 2011, 3, met nt. L.G.J. Hendrix
Rechtbank Rotterdam 30 juni 2010, L&S 2010, 134

Rechtbank Amsterdam 14 augustus 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:5160 (vraag professionele standaard)
Rechtbank Amsterdam 16 juli 2015, ECLI:NL:RBAMS:2015:4488

Rechtbank Noord-Holland 23 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2391 (horen partijen door deskundige)
Rechtbank Noord-Holland 1 maart 2018, ECLI:NL:RBNHO:2018:2702 (horen partijen taak rechter)

X Deelgeschil

HR 18 april 2014, ECLI:NL:HR:2014:943 (mogelijkheden hoger beroep)
HR 19 juni 2015, ECLI:NL:HR:2015:1689

Rechtbank Haarlem 23 november 2010, ECLI:NL:RBHAA:2010:BO6959 (geen bereidheid tot onderhandeling)

Rechtbank 's-Gravenhage 22 december 2010, ECLI:NL:RBSGR:2010:BO9396
Rechtbank Utrecht 9 februari 2011, ECLI:NL:RBUTR:2011:BP5568
Rechtbank Arnhem 20 oktober 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU4405
Rechtbank Maastricht 26 oktober 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BU7197
Rechtbank 's-Hertogenbosch 8 februari 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV3743
Rechtbank Noord-Holland 4 januari 2013, ECLI:NL:RBNHO:2013:BZ0050
Rechtbank Oost-Nederland 28 februari 2013, ECLI:NL:RBONE:2013:BZ3464
Rechtbank Arnhem 3 mei 2012, ECLI NL:RBARN:2012:3820
Rechtbank 's-Gravenhage 30 november 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BZ2041
Rechtbank Zeeland-West-Brabant 23 oktober 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:7827

Rechtbank Rotterdam 13 april 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ1123 (deskundigenbericht nodig)
Rechtbank Haarlem 12 mei 2011, ECLI:NL:RBHAA:2011:BQ4765
Rechtbank Maastricht 24 mei 2011, ECLI:NL:RBMAA:2011:BQ5739
Rechtbank Arnhem 7 september 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BU6743
Rechtbank 's-Hertogenbosch 20 oktober 2011, ECLI:NL:RBSHE:2011:BT8905
Rechtbank 's-Gravenhage 1 november 2011, JA 2012, 21
Rechtbank Arnhem 25 november 2011, ECLI:NL:RBARN:2011:BV0285
Rechtbank Middelburg 11 januari 2012, ECLI:NL:RBMID:2012:BW6490
Rechtbank 's-Hertogenbosch 8 februari 2012, ECLI:NL:RBSHE:2012:BV3743
Rechtbank 's-Gravenhage 23 juli 2013, JA 2013, 149, met nt. R.P. Wijne
Rechtbank 's-Gravenhage 5 augustus 2013, JA 2013, 151
Rechtbank Midden-Nederland 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3251
Rechtbank Midden-Nederland 7 augustus 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3261
Rechtbank Den Haag 8 januari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:422
Rechtbank Noord-Nederland 11 februari 2014, ECLI:NL:RBNNE:2014:673
Rechtbank Amsterdam 13 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:794
Rechtbank Den Haag 19 februari 2014, ECLI:NL:RBDHA:2014:2101
Rechtbank Midden-Nederland 27 februari 2014, ECLI:NL:RBMNE:2014:784
Rechtbank Amsterdam 27 februari 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3775
Rechtbank Midden-Nederland 21 mei 2014, JA 2014, 44, met nt. P.J. Klein Gunnewiek
Rechtbank Gelderland 1 april 2014, GZR 2015-0088
Gerechtshof Den Haag 17 juni 2014, ECLI:NL:GHDHA:2014:1997
Rechtbank Amsterdam 19 juni 2014, ECLI:NL:RBAMS:2014:3776
Rechtbank Gelderland 22 juli 2015, GZR 2016-0031
Rechtbank Amsterdam 24 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8640
Rechtbank Amsterdam 3 december 2015, GZR 2015-0509
Rechtbank Rotterdam 19 februari 2016, ECLI:NL:RBROT:2016:1327
Gerechtshof Amsterdam, nevenzittingsplaats Arnhem, 1 maart 2016, GZR 2016-0115

OVERZICHT LITERATUUR

I Enkele cijfers ter achtergrondinformatie

M.C. de Bruijne e.a., Onbedoelde schade in Nederlandse ziekenhuizen, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2007

M. Langelaan e.a., Monitor Zorggerelateerde schade 2008, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2010

M. Langelaan e.a., Monitor Zorggerelateerde schade 2011/2012, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2013

M. Langelaan e.a., Monitor Zorggerelateerde schade 2015/2016, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2017

Hospital admissions related to medication (HARM), Een prospectief, multicenter onderzoek naar geneesmiddel gerelateerde ziekenhuisopnames, Division of Pharmacoepidemiology & Pharmacotherapy, Utrecht Institute for Pharmaceutical Sciences, 2006

D.M. Studdert e.a., 'Negligent care and malpractice claiming behaviour in Utah and Colorado', *Medical Care* 2000, vol. 38(3), p. 250-260

E.J. Thomas e.a., Incidence and types of adverse events and negligent care in Utah and Colorado, *Medical Care* 2000, vol. 38(3), p. 261-271

D.M.T.V. Klemann e.a., 'Meer en hogere schadeclaims, analyse van schadeclaims in de Nederlandse ziekenhuiszorg 2007-2016', *NTvG* 2018;162:D2279

II Problematiek verhaal zorggerelateerde schade

Stichting De Ombudsman, Letselschaderegeling 'Onderhandelen met het mes op tafel, of een zoektocht naar de redelijkheid', 2003

Stichting De Ombudsman, Over leven in de medische letselschadepraktijk, 2008

Rapport Tweede externe onderzoekscommissie MST, Heel de patiënt - Het handelen van de beroepsmatig betrokkenen na het vertrek van een disfunctionerende medisch specialist, 2010

J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen, 2013

J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatte revoluties', Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: SDU Uitgevers 2013

R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade. Een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013
http://repub.eur.nl/pub/41247/

III Basisinformatie verhaal zorggerelateerde schade

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018

H.J.J. Leenen, J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers, J. Legemaate, G.R.J. de Groot, M.E. Gelpke en E.J.C. de Jong, Handboek Gezondheidsrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, zevende druk, 2017

R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade, Een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013
http://repub.eur.nl/pub/41247/

R.P. Wijne, Medische aansprakelijkheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014

R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade, Den Haag, Boom Juridische uitgevers, tweede druk, 2017

R.P. Wijne, Medische aansprakelijkheid (Ars Aequi cahier), Nijmegen: Ars Aequi Juridische uitgeverij, tweede druk, 2019

IV Vertegenwoordiging

J.C.J. Dute en J.K.M. Gevers, 'Wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging', *TvGR* 2012, nr. 5, p. 380-389

C.P.M. Akerboom e.a., Thematische Wetsevaluatie wilsonbekwaamheid en vertegenwoordiging, Den Haag: Zonmw, 2011

V Totstandkoming behandelingsovereenkomst

I.S.J. Houben, Contractdwang (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2005, p. 139-152

R.P. Wijne, 'Integrale bekostiging van invloed op de relatie medisch specialist versus patiënt en de aansprakelijkheid van de medisch specialist?', *L&S* 2015, nr. 1, p. 15-22 (peer reviewed)

R.P. Wijne, Monografieën BW, De Geneeskundige behandelingsovereenkomst, Kluwer, Deventer, november 2017

VI Informatieplicht

G.E. Linthorst e.a., 'What contributes to internists' willingness to disclose medical errors?', *The Netherlands Journal of Medicine (special article)*, juni 2012, vol. 70, no. 5

J. Legemaate, 'De informatierechten van de patiënt: te weinig en te veel', Jaarrede Vereniging gezondheidsrecht 2011, *TvGR* 2011, nr. 6, p. 478-486

J. Legemaate, 'Recht op informatie over fouten van artsen', *TVP* 2007, nr. 1, p. 1-4

J. Legemaate, 'Patiëntveiligheid en patiëntenrechten', *MC* 12 mei 2006 (61) nr. 19, p. 784-787

J. Legemaate, Patiëntveiligheid en patiëntenrechten, (oratie Amsterdam) Houten: Bohn Stafleu van Loghum, 2006

VII Geheimhoudingsplicht

M. Buijsen e.a., Eindrapport Medisch beroepsgeheim in dubio, oktober 2012

VIII Blokkeringsrecht

E.J. Wervelman en E.J.C. de Jong, 'Misverstanden en oplossingen rondom het inzage- en blokkeringsrecht in civiele zaken; enkele praktijkvoorbeelden', *TvGR* 2005, nr. 5, p. 383-398

A. Wilken, 'De onduidelijke reikwijdte van het blokkeringsrecht: wetsvoorstel cliëntenrechten biedt geen oplossing', *TVP* 2009, nr. 4, p. 129-138

A. Wilken 'De doolhof van het blokkeringsrecht', *Expertise en Recht* 2011, nr. 4, p. 135-141

E.J.C. de Jong, 'De ondraaglijke duisternis van het blokkeringsrecht', *TvGR* 2011, nr. 5, p. 405-412

L.E. Kalkman-Bogerd en W.M.A. Kalkman, 'Verzamelen van en omgaan met medische gegevens in een woud vol regels', *Het Verzekerings-Archief* 2014, afl. 1, p. 5-21

IX Telemedecine/telezorg

E. Dans en P.R. van der Vorst, 'Teleradiologie. Enkele juridische implicaties van een nieuw fenomeen', *TvGR* 008, nr. 3, p. 187-199

M.C. Ploem, '(Thuis)zorg op afstand in juridisch perspectief', *TvGR* 2008, nr. 5, p. 312-327

S. Timmer, eHealth in de praktijk, handreiking voor iedereen die wil kennismaken of starten met eHealth, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2011

X Hulppersonen

R.D. Lubach, Aansprakelijkheid voor zelfstandige hulppersonen (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2005

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Contractuele aansprakelijkheid voor hulppersonen en de omvang van de opdracht', *MvV* 2010, nr. 10, p. 249-255

XI Hulpzaken

G.J. Verkerke e.a. (Expertgroep Medische Technologie), Medische Technologie at risk?, april 2012

S.C.J.J. Kortmann in: Aansprakelijkheid voor medische fouten, Lelystad: Koninklijke Vermande 1991, p. 25-28

R.M. Schoonenberg, 'De aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen; stand van zaken', *TvGR* 1987 (maart/april), p. 81-92

E.H. Hondius, 'Produktenaansprakelijkheid in het ziekenhuis', *TvGR* 1990, nr. 7, p. 422

P. Bergkamp, Contractuele aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen, in: W.C.L. van der Grinten e.a., Onderneming en nieuw burgerlijk recht, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 317

C.J.J.M. Stolker, 'Aansprakelijkheid voor bloedproducten en bloedtransfusies', *NJB* afl. 19/1995, p. 685-695

A.J. Van, ‘De aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen- Implanon revisited’, *TVP* 2011, nr. 2, p. 44-49

R.P. Wijne, ‘Hoe het nu (echt) zit met de aansprakelijkheid als de arts of het ziekenhuis als contractspartij van de patiënt gebruik maakt van een ongeschikte hulpzaak’, *L&S* 2011, nr. 3, p. 6-17

R.P. Wijne, ‘Wie betaalt de schade van de patiënt in geval van een disfunctionerende prothese?’, *TvGR* 2012, nr. 4, p. 297-311

A.E. Santen, ‘De aansprakelijkheid voor de gebrekkige hulpzaak in het licht van de GBO’, *PIV-Bulletin* juni 2013, p. 5-9

I.C. Timmermans, ‘Contractuele aansprakelijkheid voor medische hulpzaken. Van lekkende borstimplantaten tot eroderende kunstheupen’, *VR* 2014, nr. 2, p. 46-52

I.C. Timmermans, ‘Dient een zorgverlener in te staan voor de kwaliteit van borstimplantaten?’, *AV&S* 2015/4

J.T. Hiemstra, ‘De verhaalsmogelijkheden bij schade door een ongeschikte medische hulpzaak anno 2015’, *TVP* 2015, nr. 3

M.S.E. van Beurden, ‘De (on)redelijkheid van het toerekenen van de gebrekkigheid van een medische hulpzaak aan de arts of het ziekenhuis ex art. 6:77 BW’, *PIV-Bulletin* mei 2015

R.P. Wijne, ‘Aansprakelijkheid van de hulpverlener voor medische hulpzaken met “een niet te onderkennen gebrek”’, *L&S* 2015, nr. 4

M.S.E. van Beurden en L. Homan, ‘De (on)redelijkheid van toerekening van een gebrekkige medische hulpzaak aan de arts of het ziekenhuis’, *PIV-Bulletin* april 2016

J.T. Hiemstra, De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken (Recht en Praktijk nr. CA19), Deventer: Wolters Kluwer 2018

J.T. Hiemstra, Risicoaansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken, *TVP* 2019, nr. 1

XII Medisch versus juridische causaliteit

D.S. Rambocus, Medisch-Juridische causaliteit (diss. Utrecht), Utrecht 1999

XIII Omkeringsregel

C.H. van Dijk, ‘Causale perikelen: het is moeilijk en het zal moeilijk blijven’, *TVP* 2013, nr. 3, p. 61-84

A.J. Akkermans en CH. van Dijk, ‘Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken,’ *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177

C.J.M. Klaassen, ‘Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht’, *AV&S* 2012, nr. 5, p. 182-193

I. Giesen, ‘De aantrekkingskracht van de Lorely. Over de opkomst en ondergang (?) van de “omkeringsregel”, in: T. Hartlief & S.D. Lindenbergh (red.) Tien pennenstreken over personenschade, Den Haag: SDU 2009

I. Giesen en K. Maes, ‘Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten’, *NTBR* 2014/27

XIV Proportionele aansprakelijkheid en verloren kans

A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997

A.J. Akkermans, 'Theorie en praktijk van proportionele aansprakelijkheid', in: A.J. Akkermans, M.G. Faure en T. Hartlief (red.) Proportionele aansprakelijkheid, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000

A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken,' *AV&S* 2012, nr. 5, p. 157-177

C.J.M. Klaassen, 'Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht', *AV&S* 2012, nr. 5, p. 182-193

B.C.J. van Velthoven, 'Schadekansen bij medische fouten, proportionele aansprakelijkheid in de praktijk', *TvGR* 2011, nr. 1, p. 18-37

A.J. Van en R.P. Wijne, 'Lies, damned lies and statistics, de berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid', *TVP* 2012, nr. 1, p. 16-25

J.S. Kortmann, Causaliteitsperikelen, Preadvies van de Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht, Deventer: Kluwer 2012

C.H. van Dijk, 'Causale perikelen: het is moeilijk en het zal moeilijk blijven', *TVP* 2013, nr. 3, p. 61-84

A.G. Castermans en P.W. den Hollander, 'Omgaan met onzekerheid', *NTBR* 2013/21

I. Gilead, M.D. Green, B.A. Koch, Proportional Liability: Analytical and Comparitive Perspectives, Berlijn: De Gruyter 2013

J.M. Emaus en A.L.M. Keirse, 'Proportionele aansprakelijkheid en veroorzakingswaarschijnlijkheid', *MvV* 2013, nr. 5

I. Giesen en K. Maes, 'Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten', *NTBR* 2014/27

R.P. Wijne, 'Proportional Liability and Loss of Chance in the Netherlands: Differences, Chances, Problems and an Opportunity', *JPN* 2015, volume 31, number 2 (peer reviewed)

R.L.M. Cox, 'Proportionele aansprakelijkheid versus kansverlies – Tussen dogmatiek en praktijk', *NTBR* 2016/40

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid, *NJB* 2016/1605

R.P. Wijne, 'Proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans bij zorggerelateerde schade: verschillen, kansen, problemen en mogelijkheden', *L&S* 2018, nr. 1

XV Schade

S.D. Lindenbergh, 'Over wat schade is…en waarom het bij de vaststelling daarvan in de praktijk zo dikwijls mis gaat', *WPNR* 2010/6867

S.D. Lindenbergh, 'Over herstel, geld, redelijkheid en billijkheid', *AV&S* 2012/4

N. Frenk en C. van Dam, 'Stagnerende smartengeldbedragen, kan de Hoge Raad er wat aan doen?', *NJB* 2012/2299

Commissie gelijke behandeling, Onderscheid naar geslacht bij de vaststelling van letselschade. Een verkennend onderzoek', september 2012

T. Hartlief, 'Smartengeld in Nederland anno 2012: tijd voor een steen in stilstaand water?', Smartengeldgids 2012

A.M. Franse, 'Vergoeding van integriteitsschade', *TvGR* 2015, nr. 1

A.M. Overheul, **'**Vergoeding van integriteitsschade mede bezien vanuit een mensenrechtelijk perspectief**',** *TVP* 2016, afl. 1

XVI Verjaring

J.L. Smeehuijzen, Verjaring van het recht op vergoeding van personenschade, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2006

J.L. Smeehuijzen, De bevrijdende verjaring (diss. VU Amsterdam), Deventer: Kluwer 2008

T. Hartlief, 'Saelman/Academisch ziekenhuis VU: wanneer begint de korte verjaringstermijn van artikel 3:310 BW te lopen?', *AA* 53 (2004) 4

C.H. van Dijk, 'Verjaring en stuiting: de praktijk blijft weerbarstig', *AV&S* 2011, nr. 1

A.N.L. de Hoogh, 'Bekendheidscriteria van de verjaring', *PIV-Bulletin* december 2013

XVII Omgang medische informatie

J.P. Grauss, 'Verlichtingen voor verzekeraars op grond van de Wet bescherming persoonsgegevens', *AV&S* 2013/3

C.P.J. Wijnakker, 'Inzien van medische informatie: niet via het equality of arms-beginsel', *L&S* 2011/6

C.P.J. Wijnakker, 'Omgaan met medisch informatie in overeenstemming met artikel 8 EVRM', *VR* 2012, nr. 11, p. 398-405

G. de Groot, 'Informatievergaring en deskundigenonderzoek', *TCR* 2007, nr. 2, p. 36-44

A. Wilken, A.J. Akkermans en J. Legemaate, Medisch beoordelingstraject bij Letselschade. Inventarisatie bestaande normering, knelpunten en mogelijke oplossingsrichtingen, Letselschade Raad, 2010

L.E. Kalkman-Bogerd en W.M.A. Kalkman, 'Verzamelen van en omgaan met medische gegevens in een woud vol regels', Het Verzekerings-Archief 2014, afl. 1, p. 5-21

J.P.M. Simons, 'Het geheim van de smid', *TVP* 2014, nr. 4, p. 93-101

A. Wilken, Het medisch beoordelingstraject bij letselschade. Verslag van een juridisch handelingsonderzoek (diss. Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2015

R.P. Wijne, Kernregelgeving gebruik digitale patiëntengegevens, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2019

XVIII Vraagstelling deskundige

B.P. Dekker en M.H. Hartman, 'Dan gaat de rechter op de stoel van de dokter zitten, over de vraagstelling en de rol van de deskundige in medische aansprakelijkheidszaken', *L&S* 2006, nr. 4, p. 6-10

M.H. Hartman en B.P. Dekker, ‘De rolverdeling tussen rechter en medische deskundige, Reactie op Kroniek medische aansprakelijkheid’, *AV&S* 2008, nr. 2, p. 91-92

J. Meyst-Michels, ‘Kroniek medische aansprakelijkheid’, *AV&S* 2007, nr. 6, p. 293-303

R.W.M. Giard, ‘Medische expertise bij diagnostische missers’, *Expertise en Recht* 2008, nr. 2, p. 56-63

R.W.M. Giard, ‘De juridische afhandeling van medische aansprakelijkheid: kwesties inzake volgorde en vraagstelling’, *Expertise en Recht* 2010, nr. 2, p. 46-51

R.W.M. Giard, ‘De opdracht aan een deskundige: de kracht van het stellen van open vragen’, *Expertise en Recht* 2013, nr. 2, p. 41-48

R.W.M. Giard, ‘Hoe de juridische werkelijkheid het methodologisch ideaal kan naderen’, *Trema* maart 2013, p. 89-96

XIX Deelgeschil

G. de Groot, ‘Naar een buitengerechtelijk beroep op de rechter in deelgeschillen?’, *TVP* 2005, nr. 4

G.M. van Wassenaer, ‘Het wetsvoorstel deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade, een reactie vanuit de praktijk’, *VR* 2009, nr. 1

G. de Groot e.a., Themanummer *VR* 2010, nr. 6

C.J.M. Klaassen, ‘Een nieuwe procedurevorm: de deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade, *JBPr* 2010, nr. 2

C.J.M. Klaassen, ‘De Wet deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: een nieuwe loot aan de processuele stam’, *TCR* 2010, nr. 2

A.J. Akkermans en G. de Groot, ‘De deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: nieuwe verantwoordelijkheden voor de rechter en voor partijen, *TVP* 2010, nr. 2

M. Wesselink, ‘Deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade, gewenst maar zal het werken?’, *NJB* afl. 25/2010

G. de Groot, ‘De deelgeschilprocedure in de rechtspraktijk: goede start, spannende vlucht, behouden landing’, *TCR* 2011, nr. 2

A.J. Van en A.J. Akkermans, ‘Effect deelgeschilprocedure veel groter dan zichtbaar aan alleen het aantal uitspraken’, *TVP* 2011, nr. 3

A.R. van Klinken, ‘De deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade: de rechtspraktijk getoetst’, *L&S* 2011, nr. 4

G. de Groot, ‘De deelgeschilprocedure in de rechtspraktijk: goede start, spannende vlucht, behouden landing’, *TCR* 2011, nr. 2

A.J. Van en A.J. Akkermans, ‘Effect deelgeschilprocedure veel groter dan zichtbaar aan alleen het aantal uitspraken’, *TVP* 2011, nr. 3

J. Sap, ‘Is de deelgeschilprocedure een succes?’, *AV&S* 2013/22

P. Oskam, ‘De deelgeschillenrechter drie jaar in actie’, *PIV-Bulletin* december 2013

M. Wesselink, Deeltjesversneller in het recht? Onderzoek naar de mogelijk versnellende factoren van de gerechtelijke deelgeschilprocedure voor letsel- en overlijdensschade op de buitengerechtelijke onderhandelingen, WODC, Den Haag 2014

XX België

T. Vansweevelt, Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid in België, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: SDU Uitgevers 2013

R.P. Wijne, 'Een nieuwe blik op *no fault* systemen ter verhaal van zorggerelateerde schade', *L&S* 2013, nr. 3

H. Bocken e.a., Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010, Antwerpen-Cambridge: Intersentia 2011

E. de Kezel, 'Vergoeding van medische schade in België: het nieuwe tweesporensysteem', *TVP* 2009, nr. 4

R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade, Een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013 (hoofdstuk 10)
http://repub.eur.nl/pub/41247/

Wannes Buelens, Het medisch ongeval zonder aansprakelijkheid (diss. Antwerpen), Intersentia 2019

XXI Duitsland

E.H. Hondius en J.G. Sijmons, 'Patientenrechtegesetz: geneeskundige behandeling in Duits Burgerlijk Wetboek', *TvGR* 2013, nr. 7

R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade, Een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013 (hoofdstuk 10)
http://repub.eur.nl/pub/41247/

XXII Wkkgz

J.K.M. Gevers, 'De Wcz: achtergrond, opzet en reikwijdte', *TvGR* 2010, nr. 8

A.C. Hendriks, 'Van patiënten-naar cliëntenrechten: oude wijn in nieuwe zakken?', *TvGR* 2010, nr. 8

J.G. Sijmons, 'Goed bestuur en de organisatie van de zorginstelling, *TvGR* 2010, nr. 8

R.P. Wijne, 'De Wet cliëntenrechten zorg: een zorg minder in het aansprakelijkheidsrecht?', *Verkeersrecht* 2011, nr. 4

S. Colsen, 'De Wet cliëntenrechten zorg en de aansprakelijkheid van de zorgaanbieder', *PIV-Bulletin* april 2012

J. Legemaate, 'Nieuwe wetgeving over het klachtrecht: winst of verlies?', *TvGR* 2013, nr. 5

J.C.J. Dute en L.H.M.J. van de Laar, 'Komende klachtwet gezondheidszorg', *NJB* afl. 2/2014

A.C. Hendriks, H.C.B. van der Meer en D.Y.A. van Meersbergen, 'Nieuwe kwaliteits- en klachtenwet voor gezondheidszorg', *NJB* 2016/71

W.R. Kastelein, 'De Wkkgz is er: een nieuwe klachten- en claimregeling in de zorg!', *TvGR* 2016, nr. 2

J.C.J. Dute, ‘De Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg: voortgang en achteruitgang’, *TvGR* 2016, nr. 2

B. Laarman e.a. (NIVEL), Nulmeting Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg, Utrecht, mei 2016

B.S. Laarman en A.J. Akkermans, ‘De afwikkeling van medische schade onder de Wkkgz’, *TVP* 2017, nr. 3

B.S. Laarman, ‘De informatieplicht van een zorgaanbieder bij de afwikkeling van medische schade’, *TVP* 2018, nr. 3

R.P. Wijne, ‘Geschilbeslechting onder de Wkkgz: de theorie in de praktijk’, *TvGR* 2019, nr. 1