

De vraagstelling voor expertises in medische aansprakelijkheidszaken

*Prof. mr. A.J. Akkermans, mevrouw mr. L.G.J. Hendrix en
mr. A.J. Van **

1. Inleiding

Zoals bekend heeft de Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging van de Vrije Universiteit in samenwerking met de Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen (IWMD)¹ een studiemodel ontwikkeld voor de vraagstelling bij medische expertises over het causaal verband bij ongevallen.² Dit model is bekend geworden als 'de IWMD-vraagstelling' en heeft ruime navolging gekregen in de praktijk. Daardoor levert de vraagstelling aan de deskundige veel minder problemen op dan voorheen.³ Onlangs zag het concept van een nieuwe versie (maart 2009) het licht.⁴ Ook dit concept heeft al zijn weg naar de praktijk gevonden.⁵ Zoals haar benaming aangeeft, ziet deze vraagstelling op de situatie waarin vaststaat dat de benadeelde een ongeval is overkomen, maar waar ter discussie staat wat daarvan de gevolgen zijn.

Bij medische aansprakelijkheidszaken pleegt een andere kwestie voorop te staan, namelijk de vraag of de arts, of een andere medische beroepsbeoefenaar, een 'fout' heeft gemaakt bij de behan-

deling van een patiënt.⁶ Indien daarover discussie ontstaat, kan die in de regel niet zonder de inschakeling van een medisch deskundige worden beslecht. Deze expertises geven echter veelvuldig aanleiding tot verschil van inzicht tussen de betrokken partijen en tot moeizame en kostbare gerechtelijke geschillen. Een veelvoorkomend geschilpunt betreft de vraagstelling die aan de deskundige moet worden voorgelegd.

Deze kwestie heeft aan actualiteit gewonnen doordat in de literatuur bepaalde vraagstellingen aan de kaak zijn gesteld waardoor de dokter als het ware zou worden uitgenodigd om op de stoel van de rechter te gaan zitten.⁷ Al of niet in verband daarmee laten zich in de lagere rechtspraak inmiddels bepaalde ontwikkelingen in de gebruikte formuleringen ontwaren.⁸

Teneinde te bezien of de praktijk gebaat zou kunnen zijn met de ontwikkeling van iets soortgelijks als de IWMD-vraagstelling over causaal verband, heeft de Projectgroep een subgroep van de IWMD bijeengeroepen waarin over de vraagstelling bij medische aansprakelijkheid is gesproken.⁹ Een belangrijke voorvraag was of het überhaupt wel doelnijk is om een algemene vragenlijst te ontwikkelen in zaken waarin het meestal aankomt op voor de behandeling en het vakgebied van de aansprakelijk gestelde arts toespitste vragen.

In deze bijdrage wordt het naar aanleiding van deze IWMD-bijeenkomsten ontwikkelde gedachtegoed over de vraagstelling in medische aansprakelijkheidszaken besproken. Van de ont-

* Prof. mr. A.J. Akkermans is hoogleraar privaatrecht en is verbonden aan het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht (IGER) van VU en VU medisch centrum en lid van de Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging. Mevrouw mr. L.G.J. Hendrix is docent/onderzoeker en is verbonden aan het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht (IGER) van VU en VU medisch centrum en lid van de Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging. Mr. A.J. Van is onderzoeker bij de afdeling privaatrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam en is verbonden aan het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht (IGER) van VU en VU medisch centrum en lid van de Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging.

1 Zie over deze samenwerking A.J. Akkermans, M.H. Elferink en A.J. Van, Verbetering van het medische traject. De activiteiten van de Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging en de IWMD, TVP 2005 p. 116-121.
2 A.J. Akkermans, Verbeterde vraagstelling voor medische expertises. Een inventarisatie van knelpunten, verbeteringen en mogelijke verdere aanpak, TVP 2003, p. 69-80.
3 Aldus de uitkomst van het onderzoek van W.C.T. Weterings, De (kosten van) afwikkeling van letselschadeclaims op macroniveau, in: De kosten van het geschil, Inleiding LSA symposium 2008, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 133-157 (op p. 142-143).
4 A.J. Van, A.J. Akkermans & A. Wilken, Nieuwe versie IWMD vraagstelling causaal verband bij ongeval, TVP 2009, p. 33-40. De vraagstelling is te vinden op <www.rechten.vu.nl/iwmd> onder Projecten > Vraagstellingen > Vraagstelling causaal verband bij ongeval (versie maart 2009) CONCEPT.
5 Zie Rb. Arnhem 13 mei 2009, LJN BI6841.

6 De causaliteitsvraag speelt uiteraard ook, maar de daarvoor aangewezen vraagstelling wijkt in principe niet af van die bij ongevallen. Een praktisch verschil is wel dat veel vaker daadwerkelijk rekening zal moeten worden gehouden met pre-existente klachten. Dergelijke klachten zullen immers aanleiding zijn geweest voor de medische behandeling waarbij het (mogelijk) mis is gegaan.
7 B.P. Dekker & M. 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 2006/4, p. 6-10.
8 Zie voor de beschrijving van deze rechtspraak par. 5.
9 Deze subgroep kwam bijeen op 12 december 2007 en 18 maart 2008. Deelnemers waren M.F. Hartman, F. Bijl, R. Westerweel, J.A.M. Strens-Meulemeester, H. van der Meer, B.P.M. Blankers, A.E. Teeuwissen-van der Valk, M.A. Goslings, M. Ruinard, M.J.J. de Ridder, J.H. Schumacher, J. Cremers, E.L.F.B. Raaymakers en G. de Keizer. Vanuit de Projectgroep namen deel A.J. Akkermans, J. Legemaate, A.J. Van, G. de Groot, L.G.J. Hendrix, E.M. Deen en E.M. Hoogveen.

wikkeling van een echt 'studiemodel', zoals met betrekking tot het causaal verband, is het tot dusver niet gekomen. Daarbij speelt inderdaad een rol dat de vraagstelling bij dit soort expertises vergaand moet worden toegespitst op de specifieke omstandigheden van het geval. Maar ook bleken de verschillende inzichten tussen deelnemers aan de bijeenkomsten, met name tussen de 'halende' en de 'betalende' kant, bij dit onderwerp moeilijker overbrugbaar – al waren er ook aspecten waarover wel degelijk consensus kon worden bereikt. Op de achtergrond speelt ook een rol dat de ontwikkelingen in de rechtspraak nog niet lijken te zijn uitgekristalliseerd.

Niettemin zal aan het eind van deze bijdrage een aantal suggesties worden gedaan voor vragen die van nut zouden kunnen zijn bij een expertise over een beweerdelijke medische beroepsfout. Het zij benadrukt dat het hier slechts suggesties betreft en niet meer dan dat: de betreffende formuleringen zijn nog niet uitgerijpt. Tezamen genomen constitueren zij ook bij lange na geen volledige vraagstelling.

2. Achtergrond van de problematiek

Het centrale probleem bij de vraagstelling in medische aansprakelijkheidszaken heeft te maken met de omstandigheid dat zowel medici als juristen zich een oordeel moeten vormen over het gewraakte medisch handelen, terwijl er een praktisch gesproken niet altijd makkelijk aanwijsbaar, maar niettemin essentieel verschil bestaat in het toetsingskader dat zij daarbij hanteren. Er bestaat ook nog geen vaste traditie in de wijze waarop dat verschil tot uitdrukking wordt gebracht.

Schematisch voorgesteld vergt de beslechting van een geschil over medische aansprakelijkheid dat eerst wordt vastgesteld wat er is gebeurd (de feiten), en dat vervolgens wordt beoordeeld of door de vastgestelde gebeurtenissen een rechtsregel (de norm) is geschonden. Voor die beoordeling plegen de juristen behoefte te hebben aan de bijstand van een medisch deskundige, die de gebeurtenissen vanuit medisch perspectief beschrijft en opheldert, en tevens analyseert of de aangesproken hulpverlener volgens de opvattingen binnen het vakgebied correct heeft gehandeld. Hier bestaat een spanningsveld: is het juridisch oordeel in feite gegeven met het oordeel van de deskundige, of hebben de juristen nog een eigen taak om een juridisch oordeel te geven na het oordeel van de deskundige? Het laatste is het uitgangspunt, het eerste per saldo nogal eens de werkelijkheid.

Het uitgangspunt dat het eindoordeel aan de juristen is, dient serieus te worden genomen. Op dit punt worden bijvoorbeeld ook eisen gesteld aan de motivering door de rechter. Een recent voorbeeld is de uitspraak van het Hof Amsterdam van 24 maart 2009.¹⁰ In eerste instantie had de rechtbank overwogen dat het rapport van de medisch deskundige tot uitgangspunt dient bij de beoordeling van de zaak, en dat de deskundige blijkens dat rapport niet had vastgesteld dat de arts onzorgvuldig had gehandeld. De vorderingen van de patiënt werden afgewezen.¹¹ De

rechtbank maakte het oordeel van de deskundige dus een op en tot het hare en gaf daarmee minst genomen de indruk van een lijdelijke opstelling. In hoger beroep, aangespannen door het slachtoffer van de beweerdelijke medische fout, oordeelde het hof:

'4.3 het is aan de deskundige om de relevante feiten te presenteren en gemotiveerd aan te geven of is gehandeld in overeenstemming met de binnen de beroepsgroep geldende normen, waaronder de zorgvuldigheidsnormen. De deskundige zal de rechter derhalve kunnen voorlichten omtrent de vraag of en in hoeverre het medisch handelen volgens de inzichten van de beroepsgroep juist en zorgvuldig is geweest. Daarmee is echter nog niet gezegd dat het handelen ook in civielrechtelijke zin (voldoende) zorgvuldig is. Het oordeel daarover is aan de rechter. In dit geval is dat niet anders.'

De rechter dient dus blijkt te geven van een zelfstandig oordeel. En ook buitengerechtelijk heeft te gelden dat nadat de medische expertise is uitgebracht, er nog plaats behoort te zijn voor een juridisch debat over de conclusies die aan de uitkomst van de expertise moeten worden verbonden. Dat veronderstelt uiteraard wel dat de juristen over voldoende feitelijke informatie beschikken om dat zelfstandige normatieve oordeel op te kunnen baseren. Vaak is diezelfde medische expertise voor die feiten een zeer belangrijkste kenbron. Om dat zelfstandige oordeel van de juristen meer te laten zijn dan een vrome wens, komt het er dus wel op aan om de expertiserend arts voldoende uit te vragen.

Daarmee zijn we uitgekomen bij een eerste aspect van de vraagstelling voor expertises in medische aansprakelijkheidszaken. Het oordeel van de expertiserend arts of volgens de opvattingen van de beroepsgroep een norm is geschonden, is niet meer dan een middel tot een doel. Het doel van de expertise is om de juristen voldoende bouwstenen te geven voor hun eigen oordeel over de vraag of al of niet een beroepsfout moet worden aangenomen. Tot het aanleveren van die bouwstenen moet de expertiserend arts door de vraagstelling voldoende worden uitgenodigd. Maar dat dan weer wel zodanig toegespitst dat expertise en beantwoording niet uitvoeriger worden dan nodig. Het is allemaal al kostbaar en tijdrovend genoeg.

3. Ruimte voor rechtsontwikkeling

Dat het eindoordeel aan de juristen toekomt, is meer dan een totstandkomingsvereiste. Dat oordeel kan ook daadwerkelijk anders luiden dan het oordeel van de expertiserend arts. Dit niet alleen in het geval dat er meerdere expertises zijn uitgebracht met tegenstrijdige uitkomsten en er knopen moeten worden doorgehakt. Het komt voor dat de rechter op grond van de rapportage van de expertiserend arts tot een andere conclusie komt dan die arts zelf,¹² maar ook dat de rechter uitdrukkelijk een andere norm hanteert dan tot dan toe binnen de beroepsgroep gebruikelijk is. Het gaat dan in de regel om een strengere norm.

10 Hof Amsterdam 24 maart 2009 (rolnr. C07/01414).

11 Rb. Amsterdam 29 augustus 2007 (351370/HA ZA 06-3031).

12 Zie bijv. Rb. Den Haag 17 maart 1999, Nieuwsbrief Personenschade, 2000, nr. 9 en Rb. Roermond 22 februari 2001, Nieuwsbrief Personenschade, 2001, nr. 6, beide kort besproken door Dekker en Hartman (2006), p. 9.

Het omgekeerde – een minder strenge norm – kan in theorie ook, maar daarvan zijn ons geen voorbeelden bekend.

Dat de rechter tot een strengere norm komt dan tot op dat moment binnen de betreffende maatschappelijke sector gangbaar is, is op zichzelf een bekend verschijnsel.¹³ Een van de manieren om dit verschil tot uitdrukking te brengen, is het gebruik van het begrippenpaar 'state of the industry' – wat dan staat voor hetgeen binnen het betreffende domein gebruikelijk is – versus 'state of the art' – wat dan staat voor het gezien de stand van wetenschap en techniek maximaal haalbare. Een voorbeeld is de productenaansprakelijkheid, waarbij in de rechtspraak is bepaald dat niet de stand van de wetenschappelijke en technische kennis in een specifieke sector ('state of the industry') beslissend is, maar het meest geavanceerde niveau van die kennis ('state of the art') op het tijdstip van het in het verkeer brengen van het product.¹⁴ Dat 'iedereen het nu eenmaal zo doet', is dus niet altijd een afdoende argument. Soms komt door rechtspraak tot uitdrukking dat van een sector meer wordt verwacht. De betreffende, strengere norm pleegt dan vervolgens door die sector te worden geïncorporeerd. Een kwestie van (rechts)ontwikkeling.

Een mooi voorbeeld van een strengere juridische norm in het medische aansprakelijkheidsrecht biedt het hiervoor genoemde arrest van het Hof Amsterdam.¹⁵ Die zaak betrof een inmiddels 79-jarige man die in 1999 een totale knieprothese moest krijgen. Een dergelijke prothese bestaat uit twee delen, een dijbeen- en scheenbeendeel. Tijdens de operatie bleek dat voor het dijbeen-deel een prothesemaat H vereist was. Die maat was op dat moment in het ziekenhuis echter niet beschikbaar, reden waarom een maat G is gebruikt. Na de operatie kampte betrokkene met blijvende klachten aan de knie. Buiten rechte had een orthopedisch chirurg op gezamenlijk verzoek van partijen een onderzoek verricht, waarbij hij niet kon vaststellen dat de aangesproken chirurg 'medisch onzorgvuldig' had gehandeld. Niettemin zag het hof op basis van de namens betrokkene aangevoerde stellingen aanleiding de deskundige nadere vragen te stellen. Immers, aldus het hof:

'een medisch gezien "fair result" (rapport van de deskundige bij het antwoord op vraag 4a) zal in civielrechtelijke zin niet zonder meer voldoende behoeven te zijn indien een redelijk bekwaam en redelijk handelend orthopedisch chirurg een "good result" had kunnen behalen'.¹⁶

Een ander, klassiek voorbeeld is dat van de patiënt die na een operatie in de uitslaapkamer uit een ziekenhuisbed viel en ten gevolge daarvan blind raakte aan één oog. Hoewel het destijds – in 1978 – misschien nog niet gangbaar was onrusthekkend of

onrustbanden bij een uitslaapbed te plaatsen, oordeelde het hof, en de Hoge Raad liet dit oordeel in stand, dat het niet treffen van dergelijke maatregelen in de gegeven omstandigheden toch als onvoldoende zorgvuldig moest worden gekwalificeerd.¹⁷

4. Het juridische criterium en de vraagstelling aan de expertiserend arts

De juridische norm waaraan het handelen van de arts wordt getoetst, is gecodificeerd in artikel 7:453 Burgerlijk Wetboek (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'. In de rechtspraak is deze wettelijke norm geconcretiseerd tot de bekende vergelijkingsmaatstaf: 'de zorg die een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot¹⁸ in dezelfde omstandigheden zou hebben betracht'.¹⁹

Over de vraag of het een goed idee is om deze laatste bewoordingen aan de expertiserend arts voor te leggen, is een controverse ontstaan. Van de kant van de belangenbehartigers van slachtoffers is aangevoerd dat daarmee de deskundige in feite wordt gevraagd om een juridisch oordeel te vellen.²⁰ Zij pleiten voor een zo feitelijk mogelijke formulering van de vraagstelling. Aan de kant van de verzekeraars en hun belangenbehartigers valt te beluisteren dat de beoordeling door de juristen niet kan plaatsvinden zonder de deskundige ook om een normatief oordeel te vragen vanuit zijn kennis van het betreffende vakgebied. Niet valt in te zien waarom die normatieve vraag niet gesteld zou kunnen worden met behulp van de formulering 'redelijk

13 C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000, nr. 803, 913 en 1513.

14 HvJ EG 29 mei 1997, NJ 1998, 522; G. Howells, Comparative product liability, Dartmouth: Aldershot 1993, p. 39 en 215-216.

15 Hof Amsterdam 24 maart 2009 (rolnr. C07/01414).

16 Rov. 4.3, laatste zin.

17 HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175; zie ook HR 6 november 1981, NJ 1982, 567 (Bloedprik-arrest) en Rb. Arnhem 3 oktober 2002, LJN AE9458, waarin een val uit een ziekenhuisbed niet onrechtmatig werd bevonden.

18 Rb. Amsterdam 16 december 1999, Nieuwsbrief Personenschade, februari 2000, p. 10-12: 'de deskundige dient volgens de rechtbank bij de beantwoording van de vragen uit te gaan van de norm van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot onder vergelijkbare omstandigheden.' De rechtbank verwierpt het door de patiënt voorgestelde criterium van een 'goed vakgenoot'. Hof Den Bosch 8 april 2004, Nieuwsbrief Personenschade, mei 2004, p. 6-8: een verzoek (schrift) tot benoeming van een deskundige van een ander specialisme dan het specialisme van de aangesproken arts, levert niet zonder meer misbruik van procesrecht op. Ook een dergelijk verzoek kan derhalve worden gehonoreerd. Hof Den Bosch 30 mei 2006, Nieuwsbrief Personenschade, oktober 2006, p. 7-9: '4.8.1. De grief slaagt. De verwijten van patiënt betreffen de chirurg/traumatoloog. De te benoemen deskundige dient derhalve vragen te beantwoorden die betrekking hebben op diens handelen. Het hof is van oordeel dat een chirurg/traumatoloog daartoe beter in staat is dan een ander medisch specialist, nu het criterium hier immers dient te zijn hoe een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot zou hebben gehandeld en niet hoe een – meer e.g. anders gespecialiseerd – orthopedisch chirurg dat zou hebben gedaan.'

19 HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (Speeckaert/Gradener). Zie ook: Rb. Utrecht 10 november 1999, Nieuwsbrief Personenschade, februari 2000, p. 10-12: 'de woorden "redelijk bekwaam en redelijk handelend arts onder gelijke omstandigheden", verwijzen naar de medisch professionele standaard, derhalve naar normen die aangeven hoe een bepaalde medische behandeling behoort te worden uitgevoerd. De rechtbank volgt patiënt niet in zijn betoog dat "goed hulpverlenerschap" genoemd in artikel 7:453 BW hogere medische normen stelt dan de medisch professionele standaard.'

20 Dekker & Hartman 2006.

bekwaam en redelijk handelend', aldus geluiden aan de 'betalende kant'.

De Projectgroep heeft gekeken naar de huidige praktijk van deskundigenberichten in medische aansprakelijkheidszaken en daarvoor een flink aantal buiten rechte gebruikte vragenlijsten onder de loep genomen. Het spreekt voor zich dat de meeste vragen erg specifiek en op de concrete casus toegesneden waren, maar daarnaast was opvallend dat de vraag naar de 'redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot' in vrijwel geen enkele vragenlijst ontbrak.

Een kleine selectie:

- Heeft de betrokken specialist naar uw oordeel gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht, of is er op enig moment sprake geweest van verwijtbaar, onzorgvuldig, onkundig dan wel nalatig handelen?
- Bent u van mening dat een redelijk vakbekwaam en zorgvuldig werkend orthopedisch chirurg onder deze omstandigheden gehandeld zou hebben zoals de collega orthopedisch chirurg heeft gedaan?
- Heeft de betrokken specialist naar uw oordeel bij zijn preoperatieve beleid, bij de ingreep en bij het postoperatieve beleid onzorgvuldig gehandeld, in die zin dat hij niet heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam vakgenoot onder dezelfde omstandigheden verwacht mag worden?
- Het is in de eerste plaats van belang om te oordelen of er daadwerkelijk sprake kan zijn van wanprestatie/verwijtbaar onzorgvuldig handelen. Hiervoor dient te worden beoordeeld in hoeverre de oogarts heeft gehandeld overeenkomstig de vigerende richtlijnen en zoals dat door een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot eveneens zou zijn gebeurd
- Is deze operatie *lege artis* uitgevoerd, hetgeen wil zeggen dat het handelen van dr. Y niet onder het niveau van een redelijk bekwaam vakgenoot is gebleven?

Reeds op deze plaats zij opgemerkt dat het gebruik van het criterium 'redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot' in de vraagstelling in elk geval het nadeel heeft dat er minst genomen de *indruk* mee wordt gewekt dat van de medicus hetzelfde oordeel wordt gevraagd als wat de juristen aan het eind van de rit hebben te vellen. Dat wil niet zeggen dat het enkele gebruik van deze bewoordingen dit ook *daadwerkelijk* impliceert. Ook als de expertiserend arts zijn oordeel over precies deze vraag heeft gegeven, staat het partijen en de rechter vrij om dat oordeel vervolgens nog langs de eigen, juridische meetlat te leggen. Onder één en dezelfde formulering kan men best twee verschillende dingen verstaan. Om met Shakespeares Juliet te spreken: 'What's in a name? That which we call a rose, by any other name would smell as sweet.'²¹ De rauwe werkelijkheid van medische aansprakelijkheidszaken leent zich echter slecht voor de uitoefening van dichtertelijke vrijheden, en als het ergens op een nauw-

keurige formulering aankomt, is het wel bij de vraagstelling aan de deskundige. Daarom verdient het naar onze mening de voorkeur om het onderscheid tussen het oordeel van de expertiserend arts en het juridische eindoordeel tot uitdrukking te laten komen door de bewoordingen 'redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot' voor dat laatste te reserveren en gebruik ervan in de vraagstelling aan de arts zo veel mogelijk te vermijden. In die vraagstelling ware bij voorkeur tot uitdrukking te brengen dat het toetsingskader van de arts zich beperkt tot het perspectief van de eigen beroepsgroep. Zoals we zullen zien in paragraaf 5 lijkt dit ook aan te sluiten bij recente ontwikkelingen in de rechtspraak.

Zoals gezegd wordt door belangenbehartigers van slachtoffers bepleit om de deskundige zo veel mogelijk feitelijk geformuleerde vragen voor te leggen. Er zou dan bijvoorbeeld wel mogen worden gevraagd naar een beschrijving van de voor de arts in kwestie geldende professionele standaard, maar de normatieve vraag of de arts in overeenstemming met die professionele standaard heeft gehandeld, zou moeten worden vermeden.

Zuivere voorbeelden van een dergelijke aanpak troffen we in de door ons bestudeerde vraagstellingen niet aan. Wel werd in sommige vraagstellingen, hoewel een stuk minder talrijk, een alternatieve formulering gehanteerd, die weliswaar abstraheerde van 'de redelijk bekwaam en redelijk handelend hulpverlener', maar die niettemin een onmiskenbaar normatief element in zich droeg. Bijvoorbeeld:

- Acht u de ingestelde behandeling ten aanzien van mevrouw X adequaat en correct?
- Is er door dr. X gehandeld en behandeld zoals van goede vakgenoten onder gelijke omstandigheden verwacht mag worden?
- Wat is uw oordeel ten aanzien van het handelen van dr. X?
- Acht u het door dr. X gevoerde beleid en zijn handelwijze voldoende zorgvuldig?

Dat lijkt aan te sluiten bij hetgeen van de kant van de verzekeraars is aangevoerd, namelijk dat de beoordeling door de juristen niet kan plaatsvinden zonder de deskundige ook om een normatief oordeel te vragen vanuit zijn kennis van het betreffende vakgebied. Dat zou bijvoorbeeld vorm kunnen worden gegeven door te vragen naar 'de professionele standaard' (al is gebruik van dat begrip niet noodzakelijk, zie nader in par. 9), maar, zoals hiervoor opgemerkt, dan liefst wel expliciet vanuit het perspectief van de eigen beroepsgroep. Dat kan door middel van formuleringen zoals 'de gangbare inzichten binnen uw vakgebied', 'de opvattingen binnen de beroepsgroep' of bewoordingen van vergelijkbare strekking.

In de paragrafen 7 tot en met 10 van deze bijdrage gaan wij nader op de verschillende mogelijkheden in. Maar eerst kijken we naar de stand van zaken in de rechtspraak, en naar wat er te leren valt

21 William Shakespeare, *Romeo and Juliet*, Act II, Scene ii, 1-2.

van de Richtlijn Medisch Specialistische Rapportage (RMSR).²²

5. Vraagstellingen in de rechtspraak

Het beeld dat de rechtspraak laat zien, is wisselend. In het verleden heeft een aantal lagere instanties zich uitgesproken voor een zo feitelijk mogelijke vraagstelling, maar in meer recente uitspraken lijkt er toenemende steun te bestaan voor toelating van een normatief oordeel door de geraadpleegde deskundige. Daarbij lijkt het accent wel te zijn verschoven; daar waar aanvankelijk de vraag naar de 'redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot' regelmatig in een gerechtelijke vraagstelling opdook, lijkt die vraag in de meest recente uitspraken definitief naar de achtergrond te zijn verdrongen en plaats te hebben gemaakt voor formuleringen die beogen een beperkter toetsingskader tot uitdrukking te brengen.

Ter illustratie van deze ontwikkeling kan op de volgende uitspraken worden gewezen. Op 9 maart 2006 oordeelde het Hof Amsterdam dat de vraag of de arts in kwestie had gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam oogarts onder gelijke omstandigheden mocht worden verwacht, niet acceptabel was omdat die vraag té algemeen werd bevonden en er bovendien een oordeel van de deskundige mee werd gevraagd dat aan het hof was voorbehouden.²³ Ook de Rechtbank Zutphen bood slechts ruimte voor een feitelijke, (in beginsel) niet-juridische vraagstelling.²⁴

'4.5 Voorts is van belang dat de door X voorgelegde vraagstelling van feitelijke aard is en ziet op een vaktechnisch oordeel over het handelen van gerequesteerden, daar waar de door Y voorgestelde vraagstelling van juridischer aard is. Het is evenwel niet aan de in dezen aan te zoeken deskundige om een juridisch oordeel over handelen van gerequesteerden te geven.'²⁵

Echter, nog geen halfjaar later, op 24 augustus 2006,²⁶ was er van het Hof Amsterdam een ander geluid te horen, bijna tegengesteld aan dat van het arrest van 9 maart 2006. Het hof oordeelde toen:

'3.3 Niet valt in te zien waarom de formulering van de hiervoor bedoelde drie vragen [kunt u aangeven of een redelijk bekwaam en redelijk handelend gynaecoloog in juni 2002 tot een (...) had kunnen komen?] zou duiden op een juridisch oordeel. In de eerste vraag is immers tot uitdrukking gebracht wat (bij de beantwoording van deze vraag, maar ook bij de beide andere "normatieve vragen") voor de deskundige het toetsingskader moet zijn: "de gangbare inzichten binnen de beroepsgroep op dat moment". Met betrekking tot die gangbare inzichten binnen de beroepsgroep beschikt de deskundige nu juist over expertise, zodat hij de rechter daarover kan voorlichten. Bovendien zijn die inzichten weliswaar voor de juridische beoordeling van het medische handelen van groot belang, reden waarom er ook naar is gevraagd, maar vallen zij met die juridische beoordeling zeker niet samen. Ook heeft de rechter steeds de vrijheid zijn oordeel in de plaats van dat van de deskundige te stellen.'

Mogelijk naar aanleiding van voornoemd arrest van het Hof Amsterdam oordeelden verschillende rechtbanken later in vergelijkbare zin, zij het dat de vraag naar de redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot werd vervangen door een toets aan de professionele standaard.²⁷ De beschikking van de Rechtbank Arnhem van 30 oktober 2008 bevat bijvoorbeeld de volgende passage:

'2.6 Hoewel verzoekster terecht aanvoert dat het aan de rechter is, en niet aan de deskundige, te beoordelen of de arts heeft gehandeld volgens de norm van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot in gelijke omstandigheden, leidt dit nog niet tot de conclusie dat de vraagstelling in een medische beroepsaansprakelijkheidszaak geen normatief element zou mogen bevatten (NJ 1991, 1) Voor de beoordeling van een dergelijke vordering kan immers van belang zijn wat de gebruiken in de beroepsgroep op het moment van het betreffende handelen waren en waarom. Verzoekster erkent dit ook (...). Het onderscheid tussen gebruiken in een beroepsgroep en de in een beroepsgroep geldende normen zal echter niet altijd even goed te maken zijn. Over die gebruiken en de redenen daarvan zal de rechter in het algemeen voorlichting door een deskundige behoeven. Dit wordt ook aangeduid als "de professionele standaard". Aan de andere kant kan worden nagegeven dat het van belang is dat de deskundige eerst en vooral zijn aandacht geeft aan de – feitelijke – onderbouwing waarop hij een eventuele

22 Zie <knmg.artsennet.nl/diensten/KNMG-publicaties> onder 2008: Richtlijn medisch specialistische rapportage in bestuurs- en civielrechtelijk verband.

23 Hof Amsterdam 9 maart 2006, rolnr. 1973/03 (niet gepubliceerd). Zie ook: Rb. Amsterdam 29 juni 1999, Nieuwsbrief Personenschade, september 1999: 'De aan de deskundigen te stellen vragen dienen feitelijk te worden geformuleerd, zodat de antwoorden daarop de rechtbank in staat stellen te bepalen of is gehandeld in overeenstemming met de voor het ziekenhuis geldende professionele standaard'; Rb. Haarlem 27 mei 2003, Nieuwsbrief Personenschade, juni 2003, p. 2-4; Hof Den Bosch 8 april 2004, Nieuwsbrief Personenschade, mei 2004, p. 7-8: 'Het hof merkt op dat de overweging van de rechtbank met betrekking tot de maatstaf die gehanteerd dient te worden ter beoordeling van het handelen van een arts, te weten de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in gelijke omstandigheden mag worden verwacht, weliswaar juist is, maar de maatstaf betreft die de rechter in een eventuele bodemprocedure dient te hanteren bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de cardiologen voor het medisch handelen. Het hof is dan ook van oordeel dat deze maatstaf niet zonder meer gehanteerd kan worden in een verzoek als het onderhavige (...)'

24 Rb. Zutphen 27 oktober 2006 en 23 november 2006, L&S 2006, 259.

25 Rb. Zutphen 23 november 2006, L&S 2006, 259.

26 Hof Amsterdam 24 augustus 2006, rekestnr. 741/06 (niet gepubliceerd).
27 Rb. Arnhem 30 oktober 2008, 1723S8/HA RK 08-1999, gepubliceerd op het PIV Kennisnet; Rb. Amsterdam 25 september 2008, LJV BH2346; Rb. Rotterdam 30 juli 2008, LJV BL9572. Rb. Amsterdam 6 maart 2008, Nieuwsbrief Personenschade, april 2008, p. 9-11. Rb. Arnhem 12 december 2007, LJV BC0644.

beoordeling baseert, zoals daar zijn: wat zijn de klachten, hoe hebben die zich ontwikkeld, valt daarvan een oorzaak aan te wijzen, en zo ja, welke dan, wat waren de mogelijke behandelmethoden, welke behandelmethodede was te prefereren enzovoorts. Het is daarom wenselijk dat de aan de deskundige te stellen vragen concreet en ter zaken dienend zijn (NJ 2004, 584). Daarom zal verzoekster worden gevolgd in haar vraagstelling, maar zal daarin conform de wens van verweerster een vraag worden toegevoegd naar de professionele standaard.²⁷

Uit een beschikking van de Rechtbank Amsterdam van 7 mei 2009:²⁸

'5.3 Naar het oordeel van de rechter is het antwoord op de vraag, zoals door het ziekenhuis voorgestaan, of de behandelend arts heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam arts onder gelijke omstandigheden verwacht mocht worden, voorbehouden aan de rechter. Voorlichting door een deskundige is wel noodzakelijk om deze vraag te kunnen beantwoorden. De deskundige dient daarom te beoordelen of dr. X heeft gehandeld volgens de professionele standaard binnen de beroepsgroep ten tijde van de verrichte onderzoeken en de op dat moment binnen de beroepsgroep heersende opvattingen en gebruiken. Anders dan het ziekenhuis meent leidt de vraagstelling van verzoekers niet slechts tot een abstracte beschrijving van de professionele standaard nu de vraagstelling ertoe noopt de omstandigheden van het onderhavige geval in aanmerking te nemen.'

En, nog recenter, uit een arrest van het Hof Leeuwarden van 25 juni 2009:²⁹

'9. Voor zover appellante in verband met de bepleite doorbreking van het appelverbod en met verwijzing naar haar eerder weergegeven bedoeling om haar proceskansen te kunnen beoordelen, naar voren heeft willen brengen dat de rechtbank niet bevoegd was om naast de feitelijke vragen aan de deskundige ook diens oordeel te vragen over de medische standaard die destijds gold en of aan die standaard is voldaan, faalt de klacht. Een dergelijke aanvulling is geen afwijzing van een punt dat verzoekster aan het oordeel van de deskundige heeft willen voorleggen. Ook overigens zou het hof dit bezwaar verwerpen. De rechtbank mocht deze aanvulling in haar beschikking opnemen en behoorde dat zelfs te doen, omdat het geschil zonder de wetenschap daarvan door de rechter niet tot een oplossing kan worden gebracht. Anders dan appellante stelt, wordt daarmee de juridische vraag of [geïntimeerde 1] en/of [geïntimeerde 2] aansprakelijk kan worden geacht voor hetgeen er bij de keizersnede zou zijn misgegaan, niet zonder meer ter beantwoording aan de deskundige overgelaten. Partijen kunnen bovendien in een

eventueel nog volgende procedure hun commentaar leveren op de bevindingen van de deskundige en in dat kader ook over de juridische gevolgen die aan die bevindingen in samenhang met de overige gegevens in het dossier zouden moeten worden verbonden.'

Uit deze jurisprudentie kan de voorlopige conclusie worden getrokken dat in rechte de vraag naar de 'redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot' aan populariteit heeft ingeboet. Behalve om feitelijke informatie wordt de expertiserend arts ook om een oordeel gevraagd, maar voor het te hanteren criterium worden andere bewoordingen gebruikt. Er wordt steeds een verschil in toetsingskader aangenomen tussen medici en juristen, maar de manier waarop dit verschil onder woorden wordt gebracht, loopt uiteen. Het Hof Amsterdam gebruikt het begrippenpaar 'gangbare inzichten binnen de beroepsgroep op dat moment' versus 'de juridische beoordeling'. De Rechtbank Arnhem duidt het toetsingskader van de expertiserend arts aan als 'de gebruiken in een beroepsgroep en de redenen daarvan', wat volgens haar ook zou kunnen worden aangeduid als 'de professionele standaard', en gaat ervan uit dat dit een ander toetsingskader oplevert dan 'de in een beroepsgroep geldende normen'. Met dat laatste, zo begrijpen wij de rechtbank, wordt dan het juridische toetsingskader bedoeld.³⁰ De Rechtbank Amsterdam duidt het toetsingskader van de expertiserend arts aan als 'de professionele standaard binnen de beroepsgroep ten tijde van [het gewraakte medisch handelen] en de op dat moment binnen de beroepsgroep heersende opvattingen en gebruiken'. In contrast daarmee wordt het juridische toetsingskader dan aangeduid met het bekende criterium van de 'redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot'.

6. De Richtlijn Medisch Specialistische Rapportage

De Richtlijn Medisch Specialistische Rapportage (RMSR) van de Werkgroep Medisch Specialistische Rapportage en de KNMG³¹ is een belangrijke bron van normen voor artsen die als deskundige optreden in een civielrechtelijke of bestuursrechtelijke procedure. Hoofdstuk 8 van de RMSR is gewijd aan de specifieke aspecten van het deskundigenbericht bij medische beroepsaansprakelijkheid.

Ten aanzien van de reikwijdte van de oordeelsvorming door een expertiserend arts in een medische aansprakelijkheidszaak bevat de RMSR onder meer de volgende relevante passages:

'De expert beschikt aantoonbaar over actuele kennis en vaardigheden om te kunnen beoordelen of het medisch handelen

28 Rb. Amsterdam 7 mei 2009, rekestnr. 411386/HA RK 08-744 (niet gepubliceerd).

29 Hof Leeuwarden 25 juni 2009, LJN BJ0390.

30 Over de vraag of deze interpretatie juist is, is wel enige twijfel op zijn plaats. Men kan deze woorden immers ook zo opvatten dat 'de in een beroepsgroep geldende normen' juist niet gelijk zijn aan het juridische toetsingskader, want beperkt tot het perspectief van de beroepsgroep.

31 Richtlijn Medisch Specialistische Rapportage in bestuursrechtelijk en civielrechtelijk verband van de Werkgroep Medisch Specialistische Rapportage (WMSR), in samenwerking met de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering van de Geneeskunst, Utrecht, 31 januari 2008. Zie: <knmg.artsennet.nl/diensten/KNMG-publicaties> onder 2008.

van de aansprakelijk gestelde arts al of niet adequaat is geweest, en om te kunnen vaststellen hoe de gezondheids-toestand van betrokkene zou zijn geweest, als wel adequaat was gehandeld.'

En verder:

'De expert moet beschikken over kennis die het mogelijk maakt te beoordelen of het handelen van de aansprakelijk gestelde arts in overeenstemming is geweest met de normen, die daarvoor golden ten tijde van dat handelen. De expert moet kunnen voorkomen dat hij zijn oordeel baseert op kennis die de aansprakelijk gestelde arts op het moment van diens handelen niet kon hebben.'

Als voorbeeld van een vraag waarmee de expertiserend arts geconfronteerd zou kunnen worden, geeft de RMSR:³² 'Is er medisch onzorgvuldig gehandeld? Zo ja, waarin is de medische onzorgvuldigheid gelegen?' Hieraan wordt de meer algemene opmerking toegevoegd dat de expertiserend arts zich ervan dient te vergewissen dat hem voldoende gegevens ter beschikking zijn gesteld om dergelijke vragen op verantwoorde wijze in zijn rapport te beantwoorden. Als dit niet het geval is, zal de expertiserend arts al het mogelijke moeten doen om de noodzakelijke gegevens alsnog ter beschikking te krijgen, hetzij via een verzoek aan de opdrachtgevers, hetzij door deze gegevens met machtiging van de onderzochte zelf op te vragen.

Ook zal de deskundige, volgens de RMSR, zijn oordeel over het handelen van de aangesproken arts inhoudelijk moeten onderbouwen door te verwijzen naar actuele of destijds vigerende richtlijnen, protocollen of wetenschappelijk en professioneel inzicht, naar de professionele standaard dus.³³ In overeenstemming met de criteria van 'evidence-based medicine' moet de expert daarbij ook aangeven wat de bewijskracht is van de door hem bij zijn oordeel betrokken criteria.³⁴ Deze laatste eis zagen wij nog nergens opgenomen in de door ons bestudeerde vraagstellingen, maar leent zich daar uitstekend voor.

Het wel gehoorde bezwaar dat een expertiserend arts niet snel geneigd zal zijn het handelen van een aangesproken collega-arts, tevens vakgenoot, als ondermaats te beoordelen, tracht de RMSR te ondervangen door te verlangen dat de expertiserend arts op generlei wijze in een persoonlijke dan wel zakelijke relatie mag staan tot de aansprakelijk gestelde arts. Hij mag volgens de RMSR geen vriend, goede kennis, opleider of ex-assistent van de

aansprakelijk gestelde arts zijn, of met hem samenwerken of hebben samengewerkt in enig beroepsmatig of persoonlijk verband.³⁵

Kortom, de RMSR gaat ervan uit dat de deskundige om een normatief standpunt wordt gevraagd over het te beoordelen medisch handelen. Dat staat er overigens niet aan in de weg dat de deskundige alleen feitelijke vragen worden gesteld. Waar volgens de RMSR de deskundige het 'meerdere' (zich normatief uitlaten over het handelen van de aansprakelijk gestelde arts) is geoorloofd, valt niet in te zien waarom het 'mindere' (zich beperken tot een beschrijving van de gang van zaken en de professionele standaard) niet zou mogen. Het door de deskundige te hanteren toetsingskader wordt in de RMSR omschreven als 'het medisch handelen', waarbij hij heeft te beoordelen of dit 'adequaat' is geweest, respectievelijk of het handelen van de aansprakelijk gestelde arts 'in overeenstemming is geweest met de normen, die daarvoor golden ten tijde van dat handelen'. Een eventueel onderscheid met het toetsingskader van de juristen komt in de RMSR niet expliciet aan de orde. Dat neemt niet weg dat de tekst van de RMSR prima te verenigen is met de opvatting dat de taak van de deskundige is beperkt tot een oordeel vanuit het perspectief van de eigen beroepsgroep, op basis waarvan partijen en de rechter hun meer algemene juridisch-normatieve eindoordeel kunnen vullen.

7. Uitsluitend 'feitelijke' vragen stellen?

Zoals gezegd was de kwestie van de vraagstelling in medische aansprakelijkheidszaken onderwerp van bespreking op twee bijeenkomsten van een speciaal voor dit onderwerp geformeerde subgroep van de IWMD.³⁶ In de literatuur was door belanghebbenden van slachtoffers gepleit voor een zo feitelijk mogelijke formulering van de vraagstelling. Aangevoerd was dat wanneer een expertiserend arts om een normatief oordeel wordt gevraagd, hij aan bepaalde omstandigheden van het geval wel eens een ander gewicht zou kunnen toekennen dan vanuit juridisch oogpunt geboden zou zijn. In de woorden van Dekker en Hartman:

'De ervaring heeft ons geleerd dat medische deskundigen, wanneer zij een vraag met een normatief karakter krijgen voorgelegd, voor juristen niet terzake doende, althans voor de civielrechtelijke beoordeling irrelevante omstandigheden laten meespelen bij de beantwoording van de vragen. Ervaring, staat van dienst, onderscheidingen en houding ten opzichte van de patiënt spelen voor de deskundige niet zelden een belangrijke rol. Een weinig ervaren arts-assistent zal bij de deskundige al snel op clementie kunnen rekenen, terwijl dat gebrek aan ervaring in juridische zin niet aan toerekening (van de onrechtmatige daad aan de dader) in de weg staat. Een arts die al dertig jaar foutloos praktiserende is, zal van de medisch deskundige het voordeel van de twijfel krijgen, terwijl het voor iedereen zonneklaar is dat de automobilist die gedurende een dergelijke periode schadevrij rijdt

32 RMSR, p. 22.

33 In het algemeen geldt volgens art. 2.1.3 van de RMSR al de eis dat zijn constatering aantoonbaar op feiten berusten, zodat een ander op basis daarvan tot dezelfde constatering kan komen ('repliceerbaarheid') dan wel die constatering kan verwerpen ('falsificeerbaarheid'). Daarnaast geldt volgens art. 2.2.10 de aanbeveling dat in het rapport van de deskundige een beschouwing wordt opgenomen waarin de gronden en argumenten worden uiteengezet die geleid hebben tot de conclusies. Feiten, bevindingen en overwegingen worden in hun onderlinge samenhang gezien. De conclusies moeten altijd uit deze beschouwing zijn af te leiden en een argumentatie is onduidelijk en volgt op logische wijze uit het voorafgaande.

34 RMSR, p. 23.

35 RMSR, p. 21.

36 Voor de samenstelling van deze subgroep zie noot 9.

maar de dag daarna schuld heeft aan een aanrijding, niet aan aansprakelijkheid zal ontkomen. Als de arts in kwestie zich empatisch heeft opgesteld ten opzichte van de patiënt, menen sommige deskundigen dat hij daarmee redelijk en bekwaam heeft gehandeld.³⁷

De vraag in hoeverre het hier bedoelde fenomeen zich inderdaad voordoet en tot problemen bij de juridische eindbeoordeling leidt, is geen inzet geweest van de discussies binnen de IWMD. De insteek van de gesprekken was als volgt. Met betrekking tot het streven om zo feitelijk mogelijke vragen te stellen, is een aantal vingeroefeningen verricht met formuleringen die door de Projectgroep werden voorgesteld en binnen de IWMD werden besproken. In essentie kwamen deze varianten er steeds op neer dat de arts werd gevraagd een beschrijving te geven van: (1) de aandoening van de patiënt en het beloop daarvan, (2) de gewraakte behandeling, en (3) de professionele standaard (aangeduid in uiteenlopende bewoordingen) met betrekking tot die behandeling. In de meest vergaande variant werd de arts dan niet eens gevraagd om (2) en (3) met elkaar te vergelijken, omdat dat tot een normatief oordeel zou nopen. De veronderstelling is dan dat de juristen dat op grond van de aangeleverde informatie zelf zouden kunnen doen.

Tegen een 'zuiver feitelijke' vraagstelling werd onder meer aangevoerd dat reeds bij het antwoord op vraag 3 (de professionele standaard) een 'normatief' element onvermijdelijk is, en dat dat antwoord zich eigenlijk niet laat geven zonder de concrete omstandigheden van het geval (vragen 1 en 2) daarin te betrekken. Met name door de artsen werd aangegeven dat de professionele standaard als bruikbaar toetsingsinstrument door juristen nog wel eens wordt overschat. Het is geen statisch gegeven dat voor elke medische handeling pasklaar op de plank ligt. In werkelijkheid bestaat er veelal een zekere bandbreedte, gevormd door verschillende mogelijke opvattingen over de eisen waaraan een behandeling zou moeten voldoen. Eventuele nadere concretisering van de professionele standaard met betrekking tot een bepaalde behandeling is onmogelijk zonder daar de feiten bij te betrekken, en zal ook niet bij iedere deskundige tot dezelfde uitkomst leiden. Mede bepalend is welke redeneringen daarbij worden gevolgd en welke maatstaven worden aangelegd. Er zouden bijvoorbeeld factoren een rol kunnen spelen zoals de aard, omvang of locatie van het betreffende ziekenhuis waarin de aangesproken arts werkzaam is. Reeds in de beschrijving van de professionele standaard (vraag 3) zit dus een normatief element, en die beschrijving is eigenlijk niet goed mogelijk zonder daar toch de concrete omstandigheden van het geval (vragen 1 en 2) in te betrekken.

Deze bezwaren zijn goed navolgbaar. Voor juristen is het concept van de 'vage norm' maar al te bekend. Ook de juridische vraag wat bijvoorbeeld de zorgvuldigheidsnorm in een bepaalde context precies inhoudt, is vaak slechts bij benadering te beantwoorden. Het benodigde scherpere inzicht wordt slechts ver-

kregen door nader redeneren, wat plaatsvindt door het toetsen aan die vage norm van het concreet te beoordelen handelen in de concrete situatie waarin het plaatsvond. *Jus in causa positum*. Alleen door confrontatie met de feiten kristalliseert de norm uit. Waarom zou dat voor medici anders zijn? Bij zijn antwoord op de vraag wat de professionele standaard inhoudt (vraag 3), zal de expertiserend arts dus tóch bewust of onbewust de concrete omstandigheden van het geval (vragen 1 en 2) betrekken, of hij daar nu om gevraagd wordt of niet. Dan is het beter dat hij dat expliciet doet, dan impliciet, en daarom is het beter om hem er ook expliciet om te vragen. Overigens bestaat met betrekking tot de 'vaagheid' van de professionele standaard de mogelijkheid om daaraan in de vraagstelling expliciet aandacht te besteden. Zie hierover nader in paragraaf 10.

Een ander bezwaar tegen een 'feitelijke' vraagstelling is dat zij de expertiserend arts minder volledig uitvraagt. Wanneer men de expertiserend arts wél een (expliciet en gemotiveerd) oordeel vraagt over de verhouding tussen de behandeling (vraag 2) en de professionele standaard (vraag 3), levert dat in het algemeen meer en beter toegespitste informatie op voor de te nemen beslissing. Wat de expertiserend arts van de gewraakte behandeling vindt en waarom, is een bouwsteen voor het juridisch oordeel die men niet zou moeten willen missen. Dit bezwaar werd ook meer principieel ingestoken: is het, voor zover überhaupt mogelijk, niet gewoon onwenselijk dat de rechter uiteindelijk eenzijdig – dat wil zeggen: zonder te beschikken over normatieve overwegingen vanuit het betreffende vakgebied – het eindoordeel velt en daarmee de inhoud van de professionele standaard nader vaststelt? Sommigen gaven aan dat even onwenselijk te vinden als het vragen van een juridisch oordeel aan een medicus.

Door de deelnemers aan de discussies werd het bij uitzondering wel voorstelbaar geacht om te volstaan met zuiver feitelijke vragen, bijvoorbeeld wanneer voor beide partijen duidelijk is op welk gedeelte van het handelen van de arts gefocust moet worden. Maar de meeste medische aansprakelijkheidszaken zijn daarvoor waarschijnlijk toch te gecompliceerd van aard.

Om vorenstaande redenen werd tijdens de discussies in de IWMD al snel de conclusie getrokken dat een normatieve vraag aan de expertiserend arts zo niet onvermijdelijk, dan toch in elk geval te verkiezen is boven een zuiver feitelijke vraagstelling – al hield een enkeling vast aan zijn voorkeur voor dat laatste. Het komt er dan wel op aan de vraagstelling zodanig vorm te geven dat de expertiserend arts effectief wordt uitgenodigd om inzicht te geven in de overwegingen en omstandigheden die hij in zijn oordeel heeft betrokken, en het gewicht dat hij daaraan heeft toegekend. Dat geeft de juristen dan de ruimte om de redenering van de expertiserend arts en het oordeel waartoe hij op grond daarvan is gekomen, vanuit het eigen, juridische perspectief te evalueren. Voor zover de expertiserend arts aan bepaalde overwegingen of omstandigheden een ander gewicht heeft toege-

37 Delcker & Hartman 2006, p. 9.

kend dan vanuit juridisch oogpunt is geboden, kan dit dan bij deze juridische oordeelsvorming worden rechtgezet.³⁸

8. Vormgeving van de vraag om een normatief oordeel

Met het oog op het vorenstaande verdient het de voorkeur om de normatieve vraag aan de expertiserend arts zodanig vorm te geven dat voor alle betrokkenen duidelijk is dat het aan de arts gevraagde oordeel niet samenvalt met het door de juristen te vellen eindoordeel. Zoals uiteengezet in paragraaf 4 is het vanuit dat perspectief beter om de bewoordingen 'redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot' niet in de vraagstelling aan de arts op te nemen. Bij voorkeur ware tot uitdrukking te brengen dat het toetsingskader van de arts zich beperkt tot het perspectief van de eigen beroepsgroep. Zoals gezegd kan dat door de vraag naar de professionele standaard (waarbij gebruik van dat begrip niet per se noodzakelijk is) expliciet vanuit het perspectief van de eigen beroepsgroep te stellen.

Dat kan bijvoorbeeld door formuleringen zoals de volgende:

Kunt u aangeven wat op [datum behandeling] de gangbare inzichten binnen uw vakgebied waren ten aanzien van de behandeling van de aandoening van betrokkene? Voldeed die behandeling daaraan?

Of mét gebruik van het begrip 'professionele standaard':

Is de behandeling van betrokkene geweest zoals die, gezien de toenmalige opvattingen binnen de beroepsgroep van de professionele standaard met betrekking tot deze behandeling, moest zijn?

Het belangrijkste is uiteraard dat de expertiserend arts wordt uitgenodigd om voldoende gedetailleerd inzicht te geven in de overwegingen en omstandigheden die hij in zijn oordeel heeft betrokken. Aan het grote belang hiervan lijkt onvoldoende recht te worden gedaan door de eenvoudige toevoegingen die wel in de praktijk worden aangetroffen, zoals: 'Zo ja, op grond waarvan komt u tot die conclusie? Zo nee, waarom niet?'

Een aanpak die meer recht doet aan het belang van deze kwestie, is om expliciet aan de expertiserend arts uit te leggen dat het van hem gevraagde oordeel geen eindoordeel is, en dat gronden waarop hij tot zijn oordeel komt, minstens even belangrijk zijn als dat oordeel zelf. Dat kan bijvoorbeeld door in of bij de vragen een toelichting op te nemen, zoals de volgende:

Het doel van deze vraag is om een zo goed mogelijk inzicht te krijgen in de opvattingen binnen uw vakgebied. Het eindoordeel, de vraag of de zorg van een goed hulpverlener (in de zin van artikel 7:453 van het Burgerlijk Wetboek) in acht is genomen, is een juridisch oordeel dat is voorbehouden aan de rechter. U wordt gevraagd om voor dit eindoordeel de bouwstenen te geven die op uw vakgebied zijn gelegen. Hiervoor is noodzakelijk dat u uw oordeel zo inzichtelijk mogelijk motiveert. U wordt verzocht de overwegingen en omstandigheden die u in uw oordeel hebt betrokken en het gewicht dat u daaraan heeft toegekend, zo volledig mogelijk weer te geven. De redeneringen die aan uw oordeel ten grondslag liggen, moeten voor medische leken zo goed mogelijk zijn te volgen. Voor zover u in uw antwoord termen betreft die een waardeoordeel inhouden (zoals '(on)redelijk', '(on)zorgvuldig' of '(niet) verwijtbaar'), is het zaak steeds goed aan te geven op welke overwegingen die oordelen zijn gebaseerd.

Een aanvullende optie is om in de vraagstelling of in de toelichting daarbij gericht te verwijzen naar een aantal passages in de RMSR.³⁹ Relevante passages zijn onder meer:

Aanbeveling 2.2.10 RMSR:

Er wordt een beschouwing opgenomen waarin de gronden en argumenten worden uiteengezet die geleid hebben tot de conclusies. Feiten, bevindingen en overwegingen worden in hun onderlinge samenhang bezien. De conclusies zijn altijd uit deze beschouwing af te leiden. Een argumentatie is ondubbelzinnig en volgt op logische wijze uit het voorafgaande.

Aanbeveling 2.2.13 RMSR:

De vragen worden volledig, begrijpelijk en vooral eenduidig beantwoord. Bij de beantwoording van de vragen komen niet plotseling aspecten naar voren, die in de voorafgaande tekst niet terug te vinden zijn. Als een expert een vraag niet gefundeerd kan beantwoorden, dan ziet hij van beantwoording af en vermeldt hij de reden daarvoor.

Aanbeveling 2.2.14 RMSR:

Als de expert om een inschatting wordt gevraagd en hij zich competent acht deze inschatting te maken, dan zorgt hij ervoor dat duidelijk wordt op welke wijze deze inschatting tot stand is gekomen. Hij geeft aan wat daar-

38 Zie over de juridische oordeelsvorming na het uitbrengen van een deskundigenbericht in meer algemene zin G. de Groot, Het deskundigenadvies in de civiele procedure, diss. VU 2008, Serie Recht en Praktijk nr. 165, Deventer: Kluwer, 2008, in het bijzonder p. 473.

39 Dit wordt ook gedaan in de nieuwe versie van de IWMD-vraagstelling 'Causaal verband bij ongeval', zie <www.rechten.vu.nl/iwmd> onder Projecten > Vraagstellingen > Vraagstelling causaal verband bij ongeval (versie maart 2009) CONCEPT.

bij heeft meegewogen en wat van doorslaggevende betekenis is geweest.

Uit hoofdstuk 6 RMSR, het deel over 'Het rapport': Naast de algemene criteria voor expertiserapporten geldt voor rapporten in het kader van medische beroepsaansprakelijkheid, dat de beoordeling van het medisch handelen van de aansprakelijk gestelde arts inhoudelijk wordt onderbouwd met verwijzing naar actuele of destijds vigerende richtlijnen en protocollen of wetenschappelijk en professioneel inzicht. Daarbij geeft de expert antwoord op de vaak zeer specifieke vragen die uit het overleg tussen partijen kunnen zijn voortgevloeid, voor zover hij dat kan verantwoorden. In overeenstemming met de criteria van 'evidence-based medicine' geeft de expert daarbij aan wat de bewijskracht is van de criteria voor zijn oordeel.

9. Het begrip 'professionele standaard'

Zoals hiervoor aan de orde kwam, wordt de expertiserend arts gevraagd om een beschrijving te geven van de professionele standaard, en verdient het de voorkeur hem ook om zijn oordeel te vragen of de gewraakte behandeling aan die professionele standaard heeft voldaan. In hoeverre het opportuun is om daarbij het begrip 'professionele standaard' daadwerkelijk in de vraagstelling te gebruiken, is voor de Projectgroep een open vraag. In de rechtspraak lijkt een tendens te bestaan om bij dit begrip aan te haken.⁴⁰ Bij buitengerechtelijke expertises lijkt het tot dusver niet vaak te worden gebruikt.

Het begrip 'professionele standaard' maakt deel uit van de wettelijke definitie in 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'. De 'professionele standaard' zou kunnen worden gedefinieerd als het geheel van kennis, regels en normen waaraan een medische beroepsbeoefenaar is gehouden, blijkend uit de opleiding(seisen), inzichten uit de praktijk, wetenschappelijke literatuur op het vakgebied, protocollen, gedragsregels, vaardigheden, wettelijke bepalingen en jurisprudentie.⁴¹

Een van de ideeën achter het gebruik van het begrip 'professionele standaard' in de vraagstelling zou kunnen zijn dat de deskundige daarmee opmerkzaam wordt gemaakt op normen die weliswaar gelden voor de eigen beroepsgroep, maar hun oor-

sprong daarbuiten vinden. De gedachte is dan dat enkel vragen naar 'de gangbare inzichten binnen uw vakgebied' zou kunnen uitnodigen tot een nauwere blik dan gebruik van het meer objectief klinkende 'professionele standaard'. De achtergrond hiervan is dat de oorsprong van 'het geheel van kennis, regels en normen' waaruit een professionele standaard bestaat, nogal uiteenlopend is. Er zijn uiteraard zuiver technisch-medische aangelegenheden, zoals de wijze van uitvoeren van een bepaalde operatieve ingreep die de beste resultaten geeft. Maar ook algemeen maatschappelijke opvattingen vinden in de professionele standaard hun weerslag, zoals kwesties van bejegening en bijvoorbeeld in de vraag welke voorlichting moet worden gegeven in het kader van 'informed consent'. Daarbij spelen algemene opvattingen over zelfbeschikkingsrecht en de dokter-patiëntrelatie een prominente rol. De professionele standaard is ook geen statisch geheel, maar voortdurend in ontwikkeling. Naast voortschrijdend inzicht op het vakgebied, dragen ook maatschappelijke ontwikkelingen, financiële afwegingen, wetgevingen (tucht)rechtspraak daaraan hun steentje bij. Op het punt van de oorsprong van de 'kennis, regels en normen' waaruit een professionele standaard bestaat, is sprake van een ingewikkeld amalgaam.

Kenmerkend voor deze materie is het bezwaar dat sommige deelnemers aan de IWMD-bijeenkomsten opperden tegen het opnemen van 'wettelijke bepalingen en jurisprudentie' in vorenstaande definitie van de professionele standaard. Dat zou voor een expertiserend arts nogal veel gevraagd zijn. Daarop valt onder meer af te dingen dat de normen uit 'wettelijke bepalingen en jurisprudentie' plegen te worden geïncorporeerd in dichter bij de beroepsgroep liggende bronnen, zoals opleiding, protocollen en gedragsregels. Voorts had een enkeling een voorkeur voor gebruik van het begrip 'medisch-professionele standaard', waartegen anderen inbrachten dat deze term te beperkt is omdat de 'professionele standaard' méér omvat dan enkel de 'medisch-professionele standaard'. Al met al werd noch over het gebruik van het begrip 'professionele standaard' in de vraagstelling, noch over de precieze definitie daarvan volledige consensus bereikt.

10. Expliciet vragen naar de bandbreedte voor adequaat medisch handelen

Zoals reeds meermaals aan de orde kwam, is de professionele standaard geen statisch gegeven dat voor elke medische handeling pasklaar op de plank ligt. In werkelijkheid bestaat er veelal een zekere bandbreedte, gevormd door verschillende mogelijke opvattingen over de eisen waaraan de behandeling zou moeten voldoen. In paragraaf 7 maakten wij de vergelijking met het voor juristen bekende concept van de 'vage norm', die pas door confrontatie met de te beoordelen feiten nader uitkristalliseert. Het is aannemelijk dat zich bij de expertiserend arts een vergelijkbare gedachtegang voltrekt, wanneer hij het antwoord zoekt op de vraag of de gewraakte medische behandeling voldeed aan de destijds geldende professionele standaard.

Om dat gedachteproces voor de juristen maximaal inzichtelijk en navolgbaar te maken, zou de deskundige kunnen worden gevraagd om eerst de betreffende bandbreedte te beschrijven, en

⁴⁰ Zie de laatste drie in par. 5 geciteerde uitspraken (Rb. Arnhem 30 oktober 2008, 1732358/HA RK 08-1999, gepubliceerd op het PIV Kennisnet, Rb. Amsterdam 7 mei 2009, rekestnr. 411386/HA RK 08-744, niet gepubliceerd, en Hof Leeuwarden 25 juni 2009, LJN BJ0390 (dat spreekt over 'medische standaard')).

⁴¹ J. Legemaate, De zorg van een goed hulpverlener, in relatie tot de professionele standaard, in: J. Legemaate (red.), De WGBO: van tekst naar toepassing, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 1988, p. 14-25 (in het bijzonder p. 17).

pas dan gemotiveerd zijn oordeel daartegen af te zetten. Dit met het doel hem zo veel mogelijk bouwstenen te laten aanleveren voor het juridische eindoordeel over de vraag of al of niet een beroepsfout moet worden aangenomen.

In de discussies binnen de IWMD heeft een aantal varianten van een vraag naar 'uiteenlopende opvattingen, gebruiken of scholen' binnen het betreffende vakgebied de revue gepasseerd. Daartegen werd door niemand bezwaar gemaakt. Een dergelijke vraag zou als volgt kunnen worden geformuleerd:

Indien er over het onderwerp van deze expertise/het te beoordelen handelen op uw vakgebied uiteenlopende opvattingen, gebruiken of 'scholen' bestaan, wilt u dan uiteenzetten in welke opzichten dat het geval is? Wat is uw eigen opvatting?

Een alternatief voor (of aanvulling op) deze vraag zou kunnen zijn om te informeren naar een eventuele bandbreedte in de professionele standaard, of deze nu samenhangt met 'uitlopende opvattingen, gebruiken of scholen' binnen het vakgebied of niet.

Indien op [datum behandeling] niet in alle opzichten helemaal duidelijk was wat de professionele standaard ter zake precies inhield, zou u dan in aanloop naar uw antwoord op de vorige vraag [of de behandeling voldeed aan de toenmalige opvattingen binnen de beroepsgroep] eerst de bandbreedte kunnen aangeven waarbinnen in elk geval wél duidelijk was dat het te beoordelen handelen behoorde te blijven?

Of een dergelijke vraag inderdaad het gewenste resultaat zal opleveren, zou in de praktijk moeten worden getoetst. Zij vergt in elk geval het nodige van de expertiserend arts – al is dat ook precies de bedoeling. Toch lijkt het maar de vraag of zij onder alle omstandigheden even opportuun zal zijn.

11. Conclusies

Het onderzoek van de Projectgroep en de discussies binnen de IWMD hebben tot bepaalde inzichten geleid over de vraagstelling voor expertises in medische aansprakelijkheidszaken, al is het van de ontwikkeling van een echt 'studiemodel' tot dusver niet gekomen. Zo dit al niet onvermijdelijk moet worden geacht, dan verdient het in elk geval de voorkeur om aan de expertiserend arts, naast vragen van feitelijke aard, ook de normatieve vraag te stellen of het gewraakte medisch handelen voldeed aan de daarvoor geldende maatstaven. Nadat de expertiserend arts zijn oordeel heeft gegeven, hebben de juristen uitdrukkelijk nog een eigen taak om een juridisch oordeel te geven. Door de expertiserend arts in de vraagstelling effectief uit te nodigen om inzicht te geven in de omstandigheden die hij in zijn oordeel heeft

betrokken, en het gewicht dat hij daaraan heeft toegekend, krijgen de juristen de ruimte om het oordeel van de expertiserend arts en de redenering waarop dat berust, vanuit het eigen, juridische perspectief te evalueren. Voor zover de expertiserend arts aan bepaalde overwegingen of omstandigheden een ander gewicht heeft toegekend dan vanuit juridisch oogpunt is geboden, kan dat bij deze juridische oordeelsvorming worden rechtgezet. Het gebruik van de woorden 'redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot' in de vraagstelling is niet principieel verkeerd, maar om het onderscheid tussen het oordeel van de expertiserend arts en het juridische eindoordeel tot uitdrukking te laten komen, is het beter om deze woorden niet in de vraagstelling op te nemen. Het verdient de voorkeur om tot uitdrukking te brengen dat het toetsingskader van de arts beperkt is tot het perspectief van de eigen beroepsgroep. Dat kan door het gebruik van formuleringen zoals 'de gangbare inzichten binnen uw vakgebied', 'de opvattingen binnen de beroepsgroep' of bewoordingen van vergelijkbare strekking. Een open vraag is nog in hoeverre het opportuun is om in de vraagstelling gebruik te maken van het begrip 'professionele standaard'. Overigens is die professionele standaard geen statisch gegeven dat voor elke medische handeling pasklaar op de plank ligt. In werkelijkheid bestaat er veelal een zekere bandbreedte, gevormd door verschillende mogelijke opvattingen over de eisen waaraan de behandeling zou moeten voldoen. Dit kan worden vergeleken met het voor juristen bekende concept van de 'vage norm', die pas door confrontatie met de te beoordelen feiten nader uitkristalliseert. Het is aannemelijk dat zich bij de expertiserend arts een vergelijkbare gedachtegang voltrekt, wanneer hij het antwoord zoekt op de vraag of de gewraakte medische behandeling voldeed aan de destijds geldende professionele standaard. Om dat gedachteproces voor de juristen maximaal inzichtelijk en navolgbaar te maken, zou de deskundige kunnen worden gevraagd eerst de betreffende bandbreedte te beschrijven, en pas dan gemotiveerd zijn oordeel daartegen af te zetten.

Beslissing

Het gerechtshof:

- laat I toe tot het leveren van tegenbewijs tegen het voorshands bewezen geacht feit dat I in hun zorgplicht tekort zijn geschoten door de bevalling van A onvoldoende te begeleiden en bewaken waardoor er niet tijdig kon worden ingegrepen;
- bepaalt – voor zover I het bewijs zou willen leveren door middel van getuigen – dat het verhoor zal plaatsvinden in het Paleis van Justitie, Wilhelminaplein 1 te Leeuwarden, op een nog nader te bepalen dag en uur voor mr. Weening, hiertoe tot raadsheer-commissaris benoemd;
- verwijst de zaak naar de rolzitting van dinsdag 20 juli 2010 voor opgave van de verhinderdata van partijen zelf, hun raadslieden en de getuige(n), voor de periode van drie maanden na bovengenoemde rolzitting, waarna de raadsheer-commissaris dag en uur van het getuigenverhoor zal vaststellen;
- verstaat dat de advocaat van I uiterlijk twee weken voor het getuigenverhoor zal plaatsvinden een kopie van het volledige procesdossier ter griffie van het hof doet bezorgen, bij gebreke waarvan de advocaat van D alsnog de gelegenheid heeft uiterlijk één week voor de vastgestelde datum een kopie van de processtukken over te leggen;
- houdt iedere verdere beslissing aan.

3

Gerechtshof Leeuwarden
25 juni 2009, nr. 200.022.195, LJN BJ0390
(mr. Hermans, mr. Bosch, mr. Garos)
Noot L.G.J. Hendrix

Voorlopig deskundigenbericht. Wijziging of aanvulling van de door verzoekster geformuleerde vragen. Appellverbod: doorbrekingsgronden.

[Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering art. 202, 204 lid 2]

Verzoekster verwijt haar gynaecoloog een fout te hebben gemaakt bij het uitvoeren van een keizersnede. Om de tekortkomingen van de gynaecoloog nader te kunnen onderbouwen, heeft verzoekster een verzoekschrift tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht ex art. 202 Rv bij de

rechtbank ingediend. In haar verzoekschrift heeft verzoekster ook de vragen opgenomen die zij graag aan de deskundige gesteld zou zien. Het verzoek wordt door de rechtbank toegewezen, zij het dat de rechtbank in haar beschikking afwijkt van de door verzoekster geformuleerde vraagstelling. Van deze beschikking gaat verzoekster in hoger beroep. In hoger beroep stelt zij dat haar verzoek moet worden geacht te zijn afgewezen, zodat zij op grond van art. 358 Rv in hoger beroep ontvankelijk is. Het hof meent echter dat het de rechtbank vrij stond de vragen aan te passen, mits de 'punten' waarover verzoekster een oordeel van de deskundige wenste te verkrijgen, door de in de beschikking opgenomen vragen worden bestreken. Omdat het hof niet is gebleken van een afwijzing of onaanvaardbare afwijking van deze voor verzoekster naar voren gebrachte 'punten', beschouwt het hof het verzoek van verzoekster te zijn toegewezen zodat er geen grond is voor de door verzoekster bepleite doorbreking van het appelverbod van art. 204 lid 2 Rv. Ook overigens acht het hof geen termen aanwezig die tot doorbreking van het appelverbod kunnen leiden. Het hof oordeelt verzoekster in hoger beroep niet ontvankelijk.

[Appellante] te [woonplaats],
appellante,
advocaat: mr. D. Zwartjens
tegen
1. [geïntimeerde 1] te [vestigingsplaats],
geïntimeerde 1,
2. [geïntimeerde 2] te [vestigingsplaats],
geïntimeerde 2,
advocaat: mr. O.L. Nunes.

Het geding in eerste aanleg

Bij beschikking van 25 september 2008 heeft de rechtbank Leeuwarden een deskundigenbericht bevolen ter beantwoording van de volgende vragen:

1. Kunt u (in het kort) de anatomie van de buikholte beschrijven, in die zin dat duidelijk wordt hoe de voor deze zaak relevante structuren (blaas en baarmoeder) ten opzichte van elkaar en ten opzichte van de in verband met de uit te voeren keizersnede noodzakelijk te maken incisies liggen?
2. Voldeed de keizersnede die [geïntimeerde 2] op 20 oktober 2004 bij [appellante] heeft uitgevoerd, gelet op de medische klachten en voorgeschiedenis van [appellante], aan de professionele standaard die destijds op uw vakgebied gold voor een keizersnede? Wilt u bij de beantwoording van

deze vraag de conditie van het kind op het moment van de aanvang van de keizersnede betrekken?

3. De blaas van [appellante] is gelaedeerd. Had de laesie van de blaas van [appellante] voorkomen kunnen worden op dat moment onder die omstandigheden? Zo nee, had de laesie van de blaas wel voorkomen kunnen worden in een ander ziekenhuis met andere middelen? Wilt u bij de beantwoording van deze vragen de conditie van het kind op het moment van de aanvang van de keizersnede betrekken?

4. Maakt het voor de beantwoording van de vragen 2 en 3 uit of de blaas hoog op de baarmoeder zat en om die reden besloten is het peritoneum tussen de blaas en de baarmoeder hoog op de baarmoeder te openen? Blijkt uit het medisch dossier inzake [appellante] dat de blaas hoog op de baarmoeder zat? Blijkt uit het medisch dossier inzake [appellante] dat het peritoneum tussen de blaas en de baarmoeder hoog op de baarmoeder werd geopend?

5. Heeft u nog overige opmerkingen die voor de beoordeling van de zaak van belang zouden kunnen zijn?

Voorts heeft de rechtbank [naam deskundige], gynaecoloog, hoofd van de pijler Algemene gynaecologie van de afdeling Verloskunde en gynaecologie van het [naam ziekenhuis], benoemd tot deskundige.

Het geding in hoger beroep

Bij beroepschrift, binnengekomen op de griffie op 5 december 2008, heeft [appellante] verzocht de beschikking van 25 september 2008 te vernietigen voor zover het betreft de benoeming van een deskundige ter beantwoording van de vragen als hierboven geformuleerd, en daarvoor in de plaats te stellen de benoeming van [deskundige] ter beantwoording van de – in het inleidend verzoekschrift geformuleerde – volgende vragen:

1. Beschikt u over alle relevante medische bescheiden? Zo niet, kunt u aangeven over welke aanvullende bescheiden u nog wenst te beschikken?

2. (algemene vraag) Kunt u (in het kort) de anatomie van de buikholte beschrijven, in die zin dat duidelijk wordt hoe de voor deze casus relevante structuren (blaas en baarmoeder) ten opzichte van elkaar en ten opzichte van de in verband met de uit te voeren sectio noodzakelijk te maken incisie liggen?

3. De blaas van [appellante] is ingesneden. Is een dergelijke insnijding te vermijden? Kunnen daartoe veiligheidsmaatregelen worden getroffen? Zo ja, kunt u aangeven op welke wijze(n) en/of met welk instrumentarium deze veiligheidsmaatregelen genomen dienen te worden? Ik verzoek u bij beantwoording van deze vraag zo nodig de conditie van het kind op het moment van aanvang van de sectie te betrekken.

4. De vertegenwoordiger van verweerders stelt dat uit het medisch dossier zou volgen dat de blaas hoog op de baarmoeder zat en dat om die reden werd besloten het peritoneum tussen de blaas en de baarmoeder hoog op de baarmoeder te openen. Is het juist dat uit het medisch dossier valt af te leiden dat de blaas hoog op de baarmoeder zat en/of dat het peritoneum hoog op de baarmoeder werd geopend? Is onder deze omstandigheden een insnijding te vermijden? Welke veiligheidsmaatregelen dienen voor dat geval getroffen te worden?

Bij verweerschrift, binnengekomen op de griffie op 29 januari 2009, hebben geïntimeerden het verzoek bestreden en verzocht [appellante] in het beroep niet-ontvankelijk te verklaren dan wel dit te verwerpen en, zo nodig met verbetering en aanvulling van de gronden, de beschikking van 25 september 2008 te bekrachtigen, met veroordeling van [appellante], zo mogelijk uitvoerbaar bij voorraad, in de kosten van de procedure.

Het hof heeft voorts kennisgenomen van de overige stukken.

Ter zitting van 17 juni 2009 is de zaak behandeld. [Appellante] is verschenen en is bijgestaan door haar advocaat mr. Zwartjens. Hoewel behoorlijk opgeroepen, is [geïntimeerde 2] niet (in persoon) verschenen. Namens [geïntimeerde 1] is verschenen mr. Nunes en [persoonsnaam], de directeur van [geïntimeerde 1].

Beide advocaten hebben ter zitting een pleitnota overgelegd.

De beoordeling in hoger beroep

1. Bij haar beschikking die in hoger beroep bestreden wordt, heeft de rechtbank onder meer een deskundige benoemd en de vragen geformuleerd die door deze moeten worden beantwoord.

2. Appellante brengt als bezwaar naar voren dat de rechtbank bij de formulering van deze vragen is afgeweken van hetgeen zij op dit punt had voorgesteld.

3. Ingevolge artikel 204, tweede lid, Rv staat geen hogere voorziening open tegen een beschikking voor zover daarbij het verzoek tot het houden van het voorlopige deskundigenonderzoek wordt toegewezen.
4. Het staat de rechter vrij de vragen die zijn voorgesteld naar eigen inzicht opnieuw of anders te formuleren en hij mag ook vragen toevoegen die hij voor het verkrijgen van een juist en volledig bericht van de deskundige noodzakelijk acht. Een evenwichtige rechtspleging, waarbij ieder der bij het proces betrokkenen, rechter én partijen, de plaats krijgt die hem of haar toekomt, brengt mee dat de rechter in beginsel geen vraag weglaat, althans geen punt waarover door een of meer van de partijen een oordeel wordt gevraagd. Het ligt in de rede dat een afwijking van dit beginsel wordt gemotiveerd.
5. De in dit geval gewijzigde of aangevulde vraagstelling betekent, anders dan appellante betoogt, niet dat het verzoek in zoverre geacht moet worden niet te zijn toegewezen. Appellante heeft naar voren gebracht dat zij het voorlopige deskundigenonderzoek nodig heeft om haar kansen in een eventueel civielrechtelijk proces te kunnen inschatten en om eventuele onderhandelingen met de wederpartij te kunnen voeren. Deze bedoeling wordt, zo stelt zij, doorkruist doordat de rechtbank haar vragen niet op de voet heeft gevolgd. Dat valt zonder nadere toelichting, die ontbreekt, niet in te zien. Daarbij komt dat het wel de bedoeling van appellante kan zijn om het rapport van de deskundige hiervoor te benutten, maar dat de rechter verder moet zien. Hij moet er immers ook op letten of de te stellen vragen voldoende duidelijk, relevant en volledig zijn om een rapport van de deskundige te verkrijgen dat mede ten grondslag kan worden gelegd aan een rechterlijke uitspraak, indien later zou blijken dat partijen het geschil niet in der minne hebben kunnen regelen. Dit hangt samen met de plicht van de rechter om boven partijen te staan en mede te letten op de belangen van de wederpartij, die ook een inbreng kan hebben bij de vraagstelling en eventuele verlangens op dit punt. Anders dan appellante stelt met verwijzing naar de eerdere uitspraak van dit hof van 1 november 2006, LJN: AZ3970, NJF 2006, 577, behoeft hij of zij deze in het algemeen niet bij een zelfstandig verzoek naar voren te brengen. En voorts behoort de rechter ervoor te waken dat later niet alsnog een nieuw onderzoek moet plaatsvinden, omdat achteraf geoordeeld zou worden dat de eerdere vraagstelling niet toereikend is geweest.
6. Bij dit alles behoort de rechter redelijke grenzen in acht te nemen. Die grenzen worden mede bepaald doordat de rechter mogelijk wat meer terughoudendheid moet betrachten als de voorgestelde vraagstelling naar haar inhoud of strekking een verkennend karakter heeft.
7. Indien de rechter de hiervoor bedoelde redelijke grenzen overschrijdt, kan er onder omstandigheden plaats zijn voor het oordeel dat hij aldus buiten het toepassingsbereik van de wettelijke regeling van het onderzoek door een deskundige is getreden en/of fundamentele rechtsnormen heeft veronachtzaamd.
8. Feiten of omstandigheden die tot dat oordeel – en daarmee tot een doorbreking van het onder 3 omschreven appelverbod – zouden kunnen leiden, doen zich in dit geval niet voor. De formulering van de vragen die de rechtbank heeft gesteld, wijkt in essentie niet of nauwelijks af van het voorstel van appellante en betreft ook in ieder geval de punten waarover verzoekster een oordeel wenst te vernemen.
9. Voor zover appellante in verband met de bepleite doorbreking van het appelverbod en met verwijzing naar haar eerder weergegeven bedoeling om haar proceskansen te kunnen beoordelen, naar voren heeft willen brengen dat de rechtbank niet bevoegd was om naast de feitelijke vragen aan de deskundige ook diens oordeel te vragen over de medische standaard die destijds gold en of aan die standaard is voldaan, faalt de klacht. Een dergelijke aanvulling is geen afwijzing van een punt dat verzoekster aan het oordeel van de deskundige heeft willen voorleggen. Ook overigens zou het hof dit bezwaar verwerpen. De rechtbank mocht deze aanvulling in haar beschikking opnemen en behoorde dat zelfs te doen, omdat het geschil zonder de wetenschap daarvan door de rechter niet tot een oplossing kan worden gebracht. Anders dan appellante stelt, wordt daarmee de juridische vraag of [geïntimeerde 1] en/of [geïntimeerde 2] aansprakelijk kan worden geacht voor hetgeen er bij de keizersnede zou zijn misgegaan, niet zonder meer ter beantwoording aan de deskundige overgelaten. Partijen kunnen bovendien in een eventueel nog volgende procedure hun commentaar leveren op de bevindingen van de deskundige en in dat kader ook over de

juridische gevolgen die aan die bevindingen in samenhang met de overige gegevens in het dossier zouden moeten worden verbonden.

10. Al het voorgaande leidt tot de slotsom dat appellante niet in haar hoger beroep kan worden ontvangen. Zij zal, als de in het ongelijk gestelde partij, de kosten van dit hoger beroep hebben te dragen (tarief II, 2 punten).

De beslissing

Het gerechtshof:

verklaart [appellante] niet-ontvankelijk in het door haar ingestelde hoger beroep tegen de beschikking van de rechtbank Leeuwarden van 25 september 2008;

veroordeelt [appellante] in de kosten van het geding in hoger beroep en begroot die aan de zijde van de geïntimeerden op € 303,= aan verschotten en € 1.788,= aan salaris voor de advocaat; verklaart deze proceskostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad.

NOOT

1. Centraal in deze zaak stond de vraag óf, en in hoeverre de rechter bevoegd is bij een (voorlopig) deskundigenbericht af te wijken van de door de verzoekende partij voorgestelde vragen en de daaraan gekoppelde vraag of een dergelijke afwijking kan leiden tot doorbreking van het appelverbod. Een uitspraak die aandacht verdient, niet in de laatste plaats omdat het Hof Leeuwarden zich hiermee distantieert van zijn eerdere visie op dezelfde materie (Hof Leeuwarden 1 november 2006; LJN AZ3970).

2. Waar ging het om? Een slachtoffer van een beweerdelijke medische fout (hierna: verzoekster), heeft bij de Rechtbank Leeuwarden een verzoekschrift tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht ingediend. Kort samengevat, verwijt verzoekster haar gynaecoloog onzorgvuldig te hebben gehandeld bij de uitvoering van een keizersnede. Om haar kansen in een eventuele civielrechtelijke procedure tegen de gynaecoloog en het ziekenhuis te kunnen inschatten én om eventuele onderhandelingen met de wederpartij te kunnen voeren, vraagt verzoekster de Rechtbank Leeuwarden een onafhankelijke deskundige te benoemen die antwoord kan geven op de vragen die verzoekster graag aan de

deskundige zou willen stellen. Die vragen maken deel uit van het verzoekschrift (zie de beschikking: "het geding in hoger beroep").

3. Bij beschikking van 25 september 2008 honoreert de rechtbank het verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht, zij het dat de rechtbank tegen de zin van verzoekster op bepaalde punten afwijkt van de door verzoekster voorgestelde vraagstelling (zie de beschikking: "het geding in eerste aanleg").

4. In hoger beroep vraagt verzoekster het Hof Leeuwarden de beschikking van de Rechtbank Leeuwarden te vernietigen, althans voor wat betreft de vragen zoals die door de rechtbank in de beschikking zijn geformuleerd, en daarvoor in de plaats te stellen de vragen die verzoekster in haar inleidende verzoekschrift heeft opgenomen. Verweerders, de gynaecoloog en het ziekenhuis, verzoeken het hof om met een beroep op art. 204 lid 2 Rv verzoekster niet-ontvankelijk te verklaren in haar appel. Ingevolge het tweede lid van art. 204 Rv staat namelijk geen hogere voorziening open tegen een beschikking indien daarbij het verzoek tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht is toegewezen.

5. Verzoekster stelt daar tegenover dat haar verzoek niet als toegewezen in de zin van art. 204 Rv kan worden beschouwd omdat de rechtbank – in de ogen van verzoekster – op belangrijke punten van de door haar voorgestelde vragen is afgeweken. Om die reden acht verzoekster de beschikking van de rechtbank wél vatbaar voor hoger beroep. Verzoekster voert aan dat de rechtbank het door haar beoogde doel van het verzoek, namelijk inschatting van haar kansen in een eventueel civielrechtelijk proces én het vergaren van munitie voor het voeren van onderhandelingen met de wederpartij, heeft doorkruist doordat de rechtbank haar vragen niet integraal in de beschikking heeft overgenomen.

6. Het betoog van verzoekster vindt geen genade bij het hof. Het hof stelt voorop dat het de rechter vrij staat de vragen die door de verzoekende partij zijn voorgesteld opnieuw of anders te formuleren. De rechter mag ook vragen toevoegen die hij voor het verkrijgen van een juist en volledig bericht van de deskundige noodzakelijk acht, aldus het hof. Wel vereist een evenwichtige rechtspleging volgens het hof dat in beginsel géén vraag wordt weggelaten, althans niet over een aspect van de zaak waarover door een of

meer van de partijen een oordeel is gevraagd. Afwijking van dit uitgangspunt vraagt om een nadere motivering.

7. Het hof gaat vervolgens in op de door verzoekster aangevoerde doelen van het voorlopige deskundigenbericht. Daarover merkt het hof in de eerste plaats op dat zonder nadere toelichting niet direct valt in te zien dat die doelen met de door de rechtbank geformuleerde vragen niet zouden kunnen worden bereikt. Bovendien moet de rechter ook letten op de belangen en eventuele verlangens van de wederpartij bij de vraagstelling, én tevens beoordelen of de te stellen vragen voldoende duidelijk, relevant en volledig zijn om te kunnen leiden tot een rapport dat mede ten grondslag kan worden gelegd aan een eventuele rechterlijke uitspraak, waaraan het hof volledigheidshalve toevoegt dat de rechter daarbij steeds redelijke grenzen in acht moet nemen. Zo kan de inhoud of strekking van de voorgestelde vragen mede bepalend zijn voor de vrijheid die een rechter zich kan permitteren. Bij overschrijding van bedoelde grenzen zou er onder omstandigheden sprake kunnen zijn van doorbreking van het appelverbod van art. 204 Rv maar daarvan is het hof in deze zaak niet gebleken. Naar het oordeel van het hof wijkt de formulering van de vragen die de rechtbank heeft gesteld in essentie nauwelijks af van het voorstel van verzoekster en bevat die vraagstelling in ieder geval ook de punten waarover verzoekster een oordeel van een deskundige wenste te verkrijgen.

8. Tot slot merkt het hof dan nog als een overweging ten overvloede op dat hij ook overigens het bezwaar van verzoekster tegen de in de beschikking opgenomen vraag of het handelen van de gynaecoloog in kwestie voldeed aan de professionele standaard, ongegrond acht. Volgens het hof stond het de rechtbank vrij deze vraag in haar beschikking op te nemen en behoorde zij dat zelfs te doen, omdat het geschil zonder de wetenschap daarvan door de rechter niet tot een oplossing kan worden gebracht (zie over deze problematiek: prof. mr. A.J. Akkermans, mr. L.G.J. Hendrix, mr. A.J. Van, 'De vraagstelling voor expertises in medische aansprakelijkheidszaken', TVP 2009, nr. 3, p. 89-99).

9. Het eindoordeel van het hof luidt dat verzoekster in hoger beroep niet ontvankelijk is.

10. Het voorlopig deskundigenbericht in (medische) aansprakelijkheidszaken biedt nog steeds veel aanleiding tot discussie. Niet alleen tussen partijen in een concrete zaak maar ook in de literatuur en rechtspraak wordt geworsteld met de processuele aspecten van een voorlopig deskundigenbericht, zoals de inhoud van de vraagstelling, de persoon van de deskundige, het inzagen en blokkeringsrecht en de omstandigheden waaronder een verzoek tot het gelasten van een voorlopig deskundigenbericht door de rechter mag worden geweigerd (zie over dit laatste aspect o.a. HR 6 juni 2008, NJ 2008, 323).

11. In de zaak die speelde voor het Hof Leeuwarden ging het echter om iets anders; namelijk (1) om de mate van vrijheid die een rechter geniet bij het vaststellen van de aan de deskundige voor te leggen vragen en (2) om de grenzen van het appelverbod van art. 204 lid 2 Rv. In deze noot zal ik voornamelijk stilstaan bij het tweede aspect; de voorwaarden waaronder het appelverbod van art. 204 Rv eventueel kan worden doorbroken.

12. Ten aanzien van de eerste vraag oordeelde het Hof Leeuwarden in 2006 nog dat de rechter gebonden is aan de vragen zoals die staan vermeld in het verzoekschrift (Hof Leeuwarden 1 november 2006, NJF 2006, 577). Met zijn huidige zienswijze over de bevoegdheden van de rechter bij formulering van de vraagstelling lijkt het hof echter aansluiting te hebben gezocht bij het Hof Amsterdam (Hof Amsterdam 24 augustus 2006, «JBPr» 2007/66, m.nt. E.F. de Groot) en bij de heersende opvatting in de rechtspraak. Die opvatting luidt kort gezegd dat een rechter meer moet zijn dan een "stempelautomaat" van ingediende verzoekschriften en dat een voorlopig deskundigenbericht waarin enkel de vraagstelling van de verzoeker een rol van betekenis speelt, geen meerwaarde heeft boven een bericht van een partijdeskundige (E.W. Bosch, 'Het voorlopig deskundigenbericht: machtig wapen of botte bijl?', TVP 2007, nr. 2, p. 46-49; G. de Groot, 'Het deskundigenadvies in de civiele procedure', diss. 2008, *Recht en Praktijk*, nr. 165, p. 161-162).

13. Dit betekent dus dat de rechter, binnen redelijke grenzen, vrij is in de formulering van de aan de deskundige voor te leggen vragen. Ook staat het de rechter daarbij vrij om omwille van efficiëntie en proceseconomie door de wederpartij voorgestelde vragen in de vraagstelling op te

nemen. En hoewel de Hoge Raad zich totnogtoe niet over de rechterlijke vrijheid bij deskundigenberichten heeft uitgelaten, is met het "herziene" oordeel van het Hof Leeuwarden dit aspect van het voorlopig deskundigenbericht in ieder geval in de lagere rechtspraak voorlopig beslecht (E.W. Bosch, *TVP* 2010, nr. 1, p. 22-25).

14. Dan het tweede aspect van de zaak. Dat betrof de vraag onder welke omstandigheden een toewijzende beschikking op een verzoek tot een voorlopig deskundigenbericht vatbaar is voor een beoordeling in hoger beroep. Het Hof Leeuwarden oordeelde verzoekster in appel niet-ontvankelijk omdat haar beroep volgens het hof afketste op het appelverbod van art. 204 Rv. De vraag is of dat oordeel wel in overeenstemming is met de stellingen van verzoekster.

15. Art. 202 e.v. Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering regelt de procedure van het voorlopig deskundigenbericht. Een voorlopig deskundigenbericht kan op verzoek van een belanghebbende door de rechter worden bevolen (art. 202 Rv). Art. 204 lid 2 Rv bepaalt vervolgens: "voor zover het verzoek wordt toegewezen, is geen hogere voorziening toegelaten."

16. Het appelverbod van art. 204 lid 2 Rv geldt dus alleen voor zover het onderliggende verzoek is toegewezen. Indien het verzoek wordt afgewezen, staat er ingevolge de algemene regel van art. 358 Rv wel een hogere voorziening open. Wordt het verzoek slechts ten dele afgewezen, dan kan het hoger beroep uitsluitend betrekking hebben op het afgewezen gedeelte van het verzoek.

17. Dit appelverbod wordt ook wel een asymmetrisch appelverbod genoemd. Asymmetrisch omdat de verzoeker tot een voorlopig deskundigenbericht bij een afwijzing van zijn verzoek wél hoger beroep kan aantekenen, maar de verweerder c.q. wederpartij in beginsel géén appel kan instellen als het verzoek wordt gehonoreerd (prof. mr. G.R. Rutgers, 'Het voorlopig getuigenverhoor en het EEX', *AA* 45 (1996) 3, p. 193).

18. Bij de totstandkoming van art. 204 lid 2 Rv, werd de ratio van het appelverbod gevonden in het voor alle partijen ontbreken van enig belang van een dergelijk hoger beroep: de verzoeker niet, omdat hij zijn verzoek ingewilligd zag, en de tegenpartij of toekomstige tegenpartij niet, omdat een voorlopig getuigenverhoor geen nadeel aan de zaak kan toebrengen.

19. Het appelverbod van art. 204 lid 2 Rv is echter niet absoluut. Hoger beroep van een toewijzende beschikking is namelijk niet uitgesloten, voor zover er in appel over wordt geklaagd dat art. 202 Rv door de rechter in eerste aanleg ten onrechte, dan wel met verzuim van essentiële vormen is toegepast, of ten onrechte buiten toepassing is gelaten (recente en minder recente voorbeelden hiervan vinden we in: Hof 's-Hertogenbosch 12 oktober 2010, LJV BO0303 en BO0305; Hof Amsterdam 14 september 2010, LJV BO0500; Hof 's-Gravenhage 13 december 2001, *NJ* 2002, 290; HR 29 maart 1985, *NJ* 1986, 242 (Enka/Dupont)).

20. Deze mogelijkheid geldt zowel voor de verzoeker als voor de verweerder bij het verzoekschrift (een voorbeeld van een zaak waarin appel was ingesteld door verweerder vinden we in: Hof Arnhem 14 juli 2009; LJV BJ3016). Worden in hoger beroep dus klachten over het toepassingsbereik van de wettelijke regeling van het deskundigenonderzoek of over schending van fundamentele rechtsnormen opgeworpen, dan is het hoger beroep in principe ontvankelijk. Acht de appelrechter deze klachten vervolgens ongegrond, dan dient hij het beroep te verwerpen en blijft de oorspronkelijke beschikking in stand (HR 24 maart 1995, *RvdW* 1995, 71 (Saueressig/Forbo)). Zijn de klachten daarentegen gegrond, dan zal in hoger beroep moeten worden onderzocht hoe de beslissing van de rechter in eerste instantie zou zijn geweest als er geen verzuim van vormen had plaatsgevonden. In alle andere gevallen is het beroep niet ontvankelijk.

21. De bovenstaande uitgangspunten indachtig, zou verzoekster dus in haar hoger beroep kunnen worden ontvangen indien:

a. aangenomen wordt dat de afwijking van de gewenste vraagstelling zodanig is dat dit als een – gedeeltelijke – afwijzing van het verzoek van klaagster moet worden beschouwd of;

b. de stellingen van verzoekster in hoger beroep kunnen worden gekwalificeerd als een beroep op schending van fundamentele rechtsnormen, in die zin dat de rechter art. 202 Rv ten onrechte, dan wel met verzuim van essentiële vormen heeft toegepast, of ten onrechte buiten toepassing heeft gelaten.

Doorbreking van het appelverbod: grondslag (a)
22. In de ogen van verzoekster had de rechtbank, door op het punt van de vraagstelling af te wijken van de in het verzoekschrift opgenomen vragen, haar verzoek slechts ten dele toegewezen en diende zij om die reden te worden ontvangen in haar hoger beroep. Het hof deelde die opvatting van verzoekster – naar mijn mening terecht – niet.

23. Door middel van een voorlopig deskundigenbericht wordt een partij in de mogelijkheid gesteld op voorhand zekerheid te verkrijgen omtrent voor de beslissing van het geschil relevante feiten en omstandigheden. Zo kan een partij beter beoordelen of het raadzaam is een procedure te beginnen (of daarvan juist af te zien) én, indien voor een procedure wordt gekozen, beter aangeven op grond waarvan een vordering wordt ingesteld of een verweer wordt gevoerd (G. de Groot, 'Het deskundigenadvies in de civiele procedure', diss. 2008, *Recht en Praktijk*, nr. 165, p. 127).

24. De wet schrijft evenwel niet voor dat een verzoekschrift ook de vragen moet bevatten die aan de deskundige worden voorgelegd. Art. 203 lid 2 onder b BW spreekt slechts van de verplichting om in het verzoekschrift "de punten waarover het oordeel van de deskundige wordt gevraagd" op te nemen. Hoewel het tegenwoordig gemeengoed is dat een verzoekende partij in het verzoekschrift expliciet de vragen formuleert die zij aan de deskundige gesteld wil zien, is men daarin in beginsel dus vrij. Volgens Groot is ook de rechter vrij in de formulering van de vragen in de beschikking, zo lang hij daarin maar alle "punten" waarover de verzoekende partij een deskundig oordeel wenst, meeneemt (E.F. Groot, «JBP» 2007/67). Voldoet de beschikking aan dit vereiste, dan is voor een verzoeker de weg naar de appelrechter afgesloten. Dit brengt tegelijkertijd met zich dat in hoger beroep evenmin kan worden geklaagd over vragen die – in de ogen van verzoeker – ten onrechte wél zijn gesteld (Hof Amsterdam 24 augustus 2006, «JBP» 2007/66 (Gendler/Stichting MCA)). Pas op het moment dat een rechter een door verzoeker naar voren gebracht "punt" laat liggen, is het appelverbod van art. 204 lid 2 Rv op de voet van grondslag (a) niet van toepassing en moet het verzoek inderdaad als ten dele afgewezen worden gekwalificeerd.

25. Uit de processtukken van verzoekster valt af te leiden dat zij in hoger beroep niet zozeer heeft aangevoerd dat de door haar gewenste "beoordelingspunten" ex art. 203 lid 2 Rv niet door de in de beschikking opgenomen vragen worden bestreken, maar beklagt zij zich er met name over dat de op verzoek van verweerders aan de vraagstelling toegevoegde vraag (vraag 2 in de beschikking van de rechtbank) een sterk normatief element in zich draagt dat verzoekster met haar vraagstelling juist niet voor ogen had.

26. Uit de pleitnotities van de advocaat van verzoekster:

"7. Appellante wenst een antwoord op een feitelijke vraagstelling en ziet zich nu geconfronteerd met een vraagstelling met op onderdelen aangepaste vragen en welke op onderdelen normatief van aard zijn.

9. Om die reden geldt dat hoewel dus alle door Appellante aan de orde gestelde vragen in de vragen zijn opgenomen, dat zij toch niet heeft gekregen waar zij in het kader van een beoordeling van haar proceskansen om heeft verzocht."

27. Dit betekent dat verzoekster niet kan worden gevolgd in haar betoog dat de rechtbank haar verzoek slechts gedeeltelijk heeft toegewezen; het verzoek is toegewezen voor zover het toegewezen behoefde te worden. Verzoekster weerspreekt immers niet dat "de punten waarover zij het oordeel van een deskundige heeft gevraagd" in de beschikking tot uitdrukking zijn gebracht. Het hof kon aldus overwegen dat "de formulering van de vragen die de rechtbank heeft gesteld, in essentie niet of nauwelijks afwijkt van het voorstel van appellante en betreft ook in ieder geval de punten waarover verzoekster een oordeel wenst te vernemen". Daarmee is de kous af en is voor verzoekster definitief het doek gevallen over de mogelijkheid om op basis van grondslag (a) in het hoger beroep te worden ontvangen. In dit verband kan een vergelijking worden gemaakt met "de persoon van de deskundige". Veelal zal in een verzoekschrift ook om benoeming van een specifieke deskundige worden verzocht, niet alleen voor wat betreft diens vakgebied maar ook met betrekking tot diens persoon. Afwijking van een dergelijk verzoek door de rechter, bijvoorbeeld omdat verweerder tegen de gevraagde deskundige gegrond bevonden bezwaren heeft geopperd, betekent evenmin dat het verzoek geacht moet

worden in zoverre niet te zijn toegewezen en voor hoger beroep vatbaar is (HR 5 januari 2001, NJ 2001/77).

28. Het spreekt voor zich dat de ruimte van de rechter om af te wijken van de in het verzoekschrift opgenomen vragen niet onbegrensd is; een te grote vrijheid zou kunnen leiden tot honorering van de onder (b) genoemde appelgrond. In de woorden van het hof: "indien de rechter de hiervoor bedoelde redelijke grenzen overschrijdt, kan er onder omstandigheden plaats zijn voor het oordeel dat hij aldus buiten het toepassingsbereik van de wettelijke regeling van het onderzoek door een deskundige is getreden en/of fundamentele rechtsnormen heeft veronachtzaamd" (r.o. 7).

Doorbreking van het appelverbod: grondslag (b)

29. Resteert de vraag of het hof verzoekster op de voet van grondslag (b) in hoger beroep ontvankelijk had moeten verklaren. Hoewel verzoekster in haar beroepsschrift niet expliciet heeft aangevoerd dat de rechter in eerste instantie met de ongevraagde aanvulling van de vragen fundamentele rechtsnormen heeft geschonden, zou dit met enige welwillendheid wél als zodanig in haar stellingen kunnen worden gelezen. Het lijkt er op dat ook het hof die welwillendheid jegens verzoekster heeft betracht; in de hiervoor geciteerde rechtsoverweging 7 gaat het hof immers in op de mogelijkheid van grondslag (b). In rechtsoverweging 8 concludeert het hof vervolgens dat zich in deze zaak geen feiten en omstandigheden voordoen die tot het oordeel kunnen leiden dat de rechter buiten het toepassingsbereik van de wettelijke regeling is getreden en/of fundamentele rechtsnormen heeft veronachtzaamd. Uiteindelijk leidt dit tot de slotsom dat verzoekster in haar hoger beroep niet ontvankelijk is.

30. Met enige voorzichtigheid, concludeer ik dat het hof op dit punt een processuele uitglijder heeft begaan. Naar mijn mening maakt het Hof Leeuwarden zich aan dezelfde fout schuldig als het Hof Amsterdam in de zaak Saueressig/Forbo (HR 24 maart 1995, RvdW 1995, 71). Het hof draait de zaken namelijk om, en stelt de ontvankelijkheid wegens een beroep op schending van essentiële vormen afhankelijk van beantwoording van de vraag of die essentiële vormen niet in acht zijn genomen. Dat is in mijn ogen niet correct. Wanneer immers het beroep van appel-

lante moet worden gekwalificeerd als een beroep op schending van essentiële vormen – als een beroep op grondslag (b) dus –, dan is appellante in beginsel ontvankelijk en dient eerst bij de behandeling in hoger beroep onderzocht te worden of die vormen inderdaad door de rechter zijn geschonden (vergelijkbare arresten: Hof Amsterdam 14 september 2010, LJN BO0500, Hof 's-Hertogenbosch 12 oktober 2010, LJN BO0303 en BO0305). Het Hof Leeuwarden maakt echter geen onderscheid tussen enerzijds de ontvankelijkheid van het beroep en anderzijds de eventuele gegrondheid daarvan.

31. Waarom is niettemin voorzichtigheid ten aanzien van die conclusie geboden? Omdat het niet altijd duidelijk is hoe een klacht over een ongevraagde wijziging van de in het inleidende verzoekschrift opgenomen vragen moet worden gekwalificeerd? Als een beroep op een gedeeltelijke afwijzing van het verzoek, zoals bedoeld onder grondslag (a), of als een beroep op schending van essentiële vormen, zoals bedoeld onder grondslag (b), of als beide? Hierin wordt niet altijd een helder onderscheid gemaakt, ook niet door verzoekster in haar inleidende beroepsschrift. Het is niet uitgesloten dat het hof de grieven van appellante niet heeft gekwalificeerd als een beroep op onjuiste toepassing van de regeling van het voorlopig deskundigenbericht, maar zich uitsluitend heeft afgevraagd of een wijziging van de vraagstelling moet worden beschouwd als een afwijzing van het onderliggende verzoekschrift van appellante, mogelijkheid (a) dus.

32. Opvallend is overigens dat het hof ook op dit punt afwijkt van zijn arrest van 1 november 2006 (LJN AZ3970). Het Hof Leeuwarden oordeelde toen: "B. stelt in hoger beroep dat de rechtbank de vraagstelling van B., tegen de wens van B. in, heeft gewijzigd en wel zodanig dat de door De Goudse bij haar verweerschrift in eerste aanleg overgelegde vragenlijst voorop is gesteld en de vragenlijst van B. aanvullend is geworden. Het hof begrijpt voornoemd standpunt van B. aldus dat de rechtbank door het geven van voornoemde beslissing buiten het toepassingsgebied is getreden van het bepaalde in art. 202 Rv." Toentertijd achtte het hof de appellant wél ontvankelijk.

33. Tot slot: ook wanneer het hof verzoekster in appel wel ontvankelijk zou hebben verklaard, zou de uitkomst van de procedure voor haar

Medische aansprakelijkheid

97

Hoge Raad

23 april 2010, nr. 08/01908, LJN BL4882

(mrs. Beukenhorst, Van Buchem-Spapens,

Hammerstein, Bakels, Streefkerk)

(concl. plv. P-G De Vries Lentsch-Kostense)

Noot mr. L.G.J. Hendrix

Medische aansprakelijkheid. Informed consent. Integriteitschade. Causaal verband.

[BW art. 6:106, 7:448]

Als gevolg van een heupoperatie ontstaat bij een patiënte een beenlengteverschil. De patiënte stelt dat zij, indien zij vooraf door de orthopedisch chirurg op de hoogte was gesteld van dit in haar geval onvermijdelijke gevolg van de operatie, voor een andere behandeling zou hebben gekozen. In de procedure tegen de orthopedisch chirurg vordert de patiënte enerzijds vergoeding van de schade die zij heeft geleden vanwege de inbreuk op haar recht op zelfbeschikking en integriteit en anderzijds vergoeding van de schade die zij stelt te hebben geleden als gevolg van het beenlengteverschil. Het Hof Arnhem wijst beide vorderingen toe; de Hoge Raad vernietigt en verwijst de zaak naar het Hof Amsterdam.

[Eiser] te [woonplaats],

eiser tot cassatie,

advocaat: mr. E. van Staden ten Brink,

tegen

[verweerster] te [woonplaats],

verweerster in cassatie,

advocaat: mr. E. Grabandt.

Conclusie plv. Procureur-Generaal

(mr. De Vries Lentsch-Kostense)

Inleiding

1. Het gaat in deze zaak om de vordering van een patiënte (thans verweerster in cassatie [verweerster]) tegen haar arts (thans eiser tot cassatie [eiser]) tot schadevergoeding na een

heupoperatie die door de arts op zichzelf lege artis is uitgevoerd maar die een beenlengteverschil heeft veroorzaakt dat onvermijdelijk was omdat patiënte geen "normal bone anatomy" had. Patiënte verwijt de arts dat deze haar niet, zoals hij had behoren te doen, over dat beenlengteverschil heeft geïnformeerd. Zij vordert uit dien hoofde materiële en immateriële schadevergoeding. De rechtbank heeft de vordering afgewezen. Het hof heeft de vordering evenwel toegewezen. Het cassatiemiddel klaagt dat het hof de devolutive werking van het appel heeft miskend doordat het heeft nagelaten te beslissen op het door de rechtbank verworpen, in appel niet prijsgegeven verweer van de arts dat de vordering is verjaard. Het middel bestrijdt voorts 's hofs oordeel dat het feit dat de patiënte onvoldoende is geïnformeerd op zichzelf reeds recht geeft op vergoeding van immateriële schade ("integriteitschade"). Het middel komt voorts op tegen 's hofs oordeel dat de patiënte erin is geslaagd te bewijzen dat zij, als zij was geweest op het in haar geval onvermijdelijke beenlengteverschil, niet zou hebben gekozen voor de operatie die zij heeft ondergaan. Ten slotte klaagt het middel dat het hof is voorbijgegaan aan een essentiële stelling.

2. In cassatie kan van de volgende feiten worden uitgegaan (zie rov. 4.1.1-4.1.8 van het tussenaarrest van het hof van 25 april 2006 juncto rov. 1-8 van het tussenvonnissen van de rechtbank van 12 december 2002):

i. [Eiser] is orthopedisch chirurg. Op 13 november 1995 heeft hij bij [verweerster] een operatie aan de linkerheup uitgevoerd. Daarbij is een kunstheup ingebracht. Tot deze operatie is overgegaan vanwege forse coxarthrose (degeneratie van het heupgewricht). De eerste verschijnselen links waren voor het eerst in 1990 bij [verweerster] opgetreden. Zij is daarvoor aanvankelijk conservatief behandeld met fysiotherapie.

ii. Na de operatie van 13 november 1995 bestond bij [verweerster] een beenlengteverschil, terwijl voorts een verlamming van de trekspieren van het linker bovenbeen was opgetreden.

iii. Op 17 juli 1997 is door de orthopedisch chirurg dr. [betrokkene 1] te [plaats] een revisie-operatie uitgevoerd om het verschil in beenlengte ongedaan te maken.

iv. De raadsman van [verweerster] heeft [eiser] bij brief van 18 maart 1999 aansprake-

lijk gesteld voor een beweerdelijk door [eiser] gemaakte fout bij de operatie van 13 november 1995.

v. Door de medisch adviseur van MediRisk, de verzekeraar van streekziekenhuis het Spitaal te Zutphen, is in overleg met de raadsman van [verweerster] op 26 januari 2000 aan prof. dr. R. Marti te Amsterdam gevraagd een expertiserapport uit te brengen. Op 21 maart 2000 heeft prof. Marti gerapporteerd. Blijkens zijn rapport werd aan hem ter beantwoording onder meer de volgende vraag voorgelegd:

"Heeft de betrokken specialist bij de uitvoering van de ingreep naar uw oordeel op enig moment onzorgvuldig gehandeld in die zin dat hij niet heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam vakgenoot onder dezelfde omstandigheden verwacht had mogen worden?" Prof. Marti heeft deze vraag met "neen" beantwoord. Prof. Marti merkt in zijn rapportage onder meer nog het volgende op:

"Concluderend mogen we stellen, dat de heupoperatie links perfect uitgevoerd is. Er is geen enkele kritiek mogelijk, ook niet wat de anteversie van de cup betreft. (...) Het was echter zinvol geweest om de patiënte erop te wijzen, dat een heupvervangende ingreep in haar situatie tot een beenverlenging zou leiden."

Volgens prof. Marti had [verweerster] geen "normal bone anatomy" en geldt in een dergelijke uitgangssituatie dat "een beenverlenging onvermijdelijk [is] om een biomechanisch goed functionerende prothese te implanteren".

vi. Bij brief van 6 april 2000 heeft de raadsman van [verweerster] aan MediRisk onder meer als volgt bericht:

"(...)

In goede orde ontving ik het door prof. Dr. R. Marti op 21 maart 2000 in bovengenoemde schadezaak uitgebrachte rapport waarin deze concludeert dat de heupimplantatie links destijds perfect werd uitgevoerd, waarbij hij opmerkt dat het zinvol zou zijn geweest indien cliënte erop zou zijn geweest dat een heupvervangende ingreep in haar situatie tot een beenverlenging zou leiden.

Uit het feit dat dit niet is gebeurd concludeer ik dat dr. [eiser] reeds op die grond ten opzichte van cliënte tekort is geschoten en bij gevolg voor de door cliënte geleden schade integraal aansprakelijk moet worden geacht.

"(...)"

vii. Op 26 oktober 2001 is bij de rechtbank Arnhem op verzoek van [verweerster] een voorlopig getuigenverhoor gehouden. Als getuigen zijn toen gehoord [verweerster] zelf, haar partner, [betrokkene 2], en [eiser]. Het procesverbaal dat van dit voorlopig getuigenverhoor is opgemaakt, bevindt zich bij de stukken.

viii. Bij brief van 23 januari 2002 heeft de raadsman van [verweerster] onder meer als volgt aan MediRisk bericht:

“(…)

Aangezien uw verzekerde in gebreke is gebleven met cliënte te informeren omtrent zekere gevolgen van de operatie heeft cliënte bij het aangaan van de overeenkomst gedwaald. Op grond van dit wilsgebrek wordt bij deze de vernietiging van de behandelingsovereenkomst ingeroepen.

(…)”

3. [Verweerster] heeft bij exploit van 4 februari 2002 [eiser] gedagvaard voor de rechtbank te Arnhem en gevorderd [eiser] te veroordelen tot schadevergoeding nader op te maken bij staat. [verweerster] heeft daartoe onder meer aangevoerd dat [eiser] zijn informatieplicht heeft geschonden doordat hij heeft nagelaten haar vooraf te informeren over het zekere gevolg van het beenlengteverschil, en dat zij de operatie niet, althans niet op dat moment zou hebben laten uitvoeren ingeval zij wel juist zou zijn geïnformeerd. Zij stelt schade te hebben geleden, vooral van immateriële aard en mogelijk toekomstig verlies van arbeidsvermogen, omdat als gevolg van de operatie haar levensvreugde en haar mogelijkheden op nagenoeg alle terreinen in zeer ernstige mate zijn afgenomen dan wel volstrekt onmogelijk zijn geworden.

4. [Eiser] heeft de vordering gemotiveerd bestreden. Hij heeft zich primair beroepen op verjaring, zowel voor zover de vordering is gebaseerd op dwaling als voor zover de vordering is gebaseerd op gebrekkige informatieverschaffing. Hij voert in dat verband aan dat noch de brief van 6 april 2000 van de raadsman van [verweerster] aan MediRisk noch de brief van 18 maart 1999 van de raadsman van [verweerster] aan [eiser] kunnen worden beschouwd als een rechtsgeldige stuiting van de verjaring van de vordering voor zover de vordering is gebaseerd op schending van de informatieplicht. [Eiser] bestrijdt voorts dat hij

[verweerster] niet naar behoren heeft geïnformeerd omtrent de aan de operatieve ingreep verbonden risico's. Voorts betwist hij het bestaan van causaal verband tussen de hem verweten schending van de informatieplicht en de schade die het gevolg is van de bij de operatie opgetreden niet verwijtbare complicatie(s). [Eiser] betwist ten slotte het bestaan van (im)materiële schade bij [verweerster] waaronder schade ten gevolge van verlies van arbeidsvermogen.

5. De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 12 december 2002 overwogen als volgt.

De rechtbank heeft het beroep van [eiser] op verjaring gehonoreerd voor zover de vordering is gebaseerd op dwaling. De rechtbank heeft evenwel het beroep op verjaring afgewezen voor zover de vordering is gebaseerd op gebrekkige informatieverschaffing. Hiertoe heeft zij het volgende overwogen. De direct na de operatie van 13 november 1995 aangevangen verjaringstermijn is door de brief van de raadsman van [verweerster] aan [eiser] van 18 maart 1999 tijdig gestuit – waarna binnen de nieuwe verjaringstermijn de vordering is ingesteld – aangezien de aansprakelijkstelling als zodanig een voldoende duidelijke waarschuwing aan het adres van [eiser] is geweest om rekening ermee te houden te blijven beschikken over alle relevante gegevens en bewijsmateriaal om zich ook na het verstrijken van de verjaringstermijn te verweren tegen een mogelijkerwijs in te stellen vordering (HR 14 februari 1997, NJ 1997, 244). Dat [verweerster] die vordering thans baseert op een grond die niet (mede) is genoemd in de brief van 18 maart 1999, maakt dat niet anders. Ook deze grond heeft immers betrekking op dezelfde gebeurtenis. Uit artikel 3:310 BW vloeit niet voort dat voor elke grond van de aansprakelijkheid voor een schadeveroorzakende gebeurtenis een afzonderlijke verjaringstermijn geldt. Bovendien geldt dat [verweerster] zich reeds in de brief van 6 april 2000, dat wil zeggen binnen de direct na 13 november 1995 aangevangen verjaringstermijn, nadrukkelijk op de andere grond voor aansprakelijkheid heeft beroepen. Dat deze brief was gericht aan MediRisk, en niet aan [eiser], betekent niet dat aan de brief geen stuitende werking toekomt aangezien MediRisk na de eerste aansprakelijkstelling aan het adres van [eiser] de behandeling van de kwestie op zich heeft genomen,

zodat [verweerster] redelijkerwijs mocht aannemen dat MediRisk daartoe over een toereikende volmacht van [eiser] beschikte.

De rechtbank heeft vervolgens geoordeeld dat [eiser] [verweerster] niet voorafgaande aan de bij haar uitgevoerde heupoperatie uitdrukkelijk erop heeft gewezen dat als gevolg van die operatie met zekerheid een beenlengteverschil zou optreden, en dat [eiser] aldus is tekortschoten in zijn informatieverplichting.

Daarop heeft de rechtbank overwogen dat op [verweerster] de bewijslast rust dat zij bij juiste en volledige informatie van de operatie zou hebben afgezien en dat causaal verband bestaat tussen het tekortschieten van [eiser] en de gestelde schade (HR 23 november 2001, NJ 2002, 386). Zij overwoog dat het in dat verband in ieder geval van belang is te weten hoe de situatie zich ontwikkeld zou hebben indien [verweerster] van de ingreep zou hebben afgezien, en voorts of de concrete klachten van [verweerster] bij een zekere beenverlenging te voorzien waren, en hoe de belasting daarvan door [verweerster] zou zijn afgewogen tegen het voortduren van de (pijn)klachten zonder operatieve ingreep. De rechtbank heeft overwogen behoefte te hebben aan voorlichting door een deskundige.

Ten slotte heeft zij de zaak onder aanhouding van iedere verdere beslissing naar de rol verwezen voor uitspraak van partijen.

6. Bij tussenvonnis van 26 maart 2003 heeft de rechtbank prof. Marti tot deskundige benoemd en de aan hem ter beantwoording voor te leggen vragen geformuleerd.

7. Bij eindvonnis van 28 januari 2004 heeft de rechtbank geoordeeld dat [verweerster] niet is geslaagd in het van haar te vergen bewijs van causaal verband tussen het tekortschieten van [eiser] en de door haar gestelde schade. Zij heeft hiertoe – kort samengevat – overwogen als volgt. Uit het deskundigenrapport blijkt dat in 1995 wel alternatieven voor de door [eiser] uitgevoerde behandeling bestonden, doch in dat rapport is de door [eiser] uitgevoerde ingreep binnen het geheel van mogelijkheden tot de “optimale variant” bestempeld. De rechtbank is met [eiser] van oordeel dat beoordeeld naar de objectieve maatstaf van de redelijk handelende patiënt die geïnformeerd was over het bij die ingreep optredende beenlengteverschil, die patiënt waarschijnlijk toch voor deze (meest veilige) ingreep zou kie-

zen zeker omdat de gevolgen van dit bijverschijnsel gemakkelijk door een schoencorrectie kunnen worden opgeheven. Dat sluit niet de mogelijkheid uit dat om redenen van persoonlijke aard door [verweerster] een andere, minder optimale keuze zou zijn gemaakt die op zichzelf eveneens geschikt was om het gewenste resultaat te bereiken zonder dat daarbij een beenlengteverschil was ontstaan. Daarbij gaat het om de door de deskundige genoemde – door [eiser] in zijn laatste processtuk niet bestreden – mogelijkheid van een ingrijpend strategieplan voor beide heupen. Bijzondere risico's zijn daaraan kennelijk niet verbonden nu de deskundige deze niet noemt. Ingrijpend, en extra belastend, is wel dat in dat plan de nog niet door arthrose aangetaste rechter heup wordt betrokken. Daardoor wordt dan echter wel van aanvang af een beenlengteverschil voorkomen. Aangenomen wordt dat voor een patiënt die dat verschil om persoonlijke, niet medisch ingegeven redenen, absoluut niet wenst dit ingrijpende strategieplan een geschikte behandelingsmethode is waarbij het extra uitvoeren van een preventieve behandeling voor lief wordt genomen. De rechtbank neemt evenwel aan dat [verweerster] in 1995 zo'n patiënt niet was nu [verweerster] daartoe onvoldoende heeft gesteld.

De rechtbank heeft ten slotte de vordering van [verweerster] afgewezen.

8. Op het door [verweerster] ingestelde hoger beroep heeft het gerechtshof te Arnhem bij tussenarrest van 25 april 2006 overwogen als volgt.

Zo mocht blijken dat [verweerster] inderdaad onvoldoende geïnformeerd met de bewuste operatie heeft ingestemd, dan is de aantasting van haar zelfbeschikkingsrecht gegeven. De mate van aantasting van dat zelfbeschikkingsrecht is dan niet meer aan de orde. [Eiser] is dan aansprakelijk voor de “integriteitsschade” die [verweerster] lijdt doordat [eiser] haar niet volledig heeft geïnformeerd. In zoverre slaagt de eerste grief van [verweerster].

Nu grief 1 in zoverre slaagt, dient het hof gelet op de devolutieve werking van het appel, het in eerste aanleg gevoerde verweer van [eiser] te bespreken dat hij wel degelijk op het beenlengteverschil heeft gewezen. [Verweerster] heeft voorshands bewezen dat [eiser] haar niet heeft voorgelicht over het onvermijdelijke beenlengteverschil. [Eiser] zal echter overeen-

komstig zijn, bij gelegenheid van het pleidooi in hoger beroep gedane, bewijsaanbod tot het leveren van tegenbewijs worden toegelaten.

[Verweerster] moet gelet op HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 bewijzen dat zij, indien zij op duidelijke wijze was ingelicht over het aan de voorgestelde behandeling onvermijdelijk verbonden gevolg van een beenlengteverschil, als redelijk handelend patiënt in de gegeven omstandigheden niet gekozen zou hebben voor deze behandeling en/of dat zij om redenen van persoonlijke aard niet voor deze behandeling zou hebben gekozen. [Verweerster] heeft wel degelijk aan haar stelplicht terzake voldaan. Zij stelt dat het beenlengteverschil gezien haar persoon een zeer ernstige inbreuk betekent op haar levensvreugde en dat er voortdurend sprake is van pijnklachten. Bewijs van haar stelling heeft zij echter niet geleverd, gelet op de gemotiveerde betwisting door [eiser]. [Verweerster] heeft bij memorie van grieven uitdrukkelijk aangeboden te bewijzen dat zij ook in 1995 zou hebben gekozen voor het door prof. Marti besproken strategieplan. Het bewijsaanbod is niet tardief en voorts voldoende onderbouwd.

Ten slotte heeft het hof [verweerster] niet-ontvankelijk verklaard in haar beroep tegen het tussenvonnissen van 26 maart 2003 omdat zij tegen dat vonnis geen grief heeft gericht. Het hof heeft voorts onder aanhouding van iedere verdere beslissing [eiser] toegelaten tot het leveren van tegenbewijs tegen het vermoeden dat hij [verweerster] voorafgaand aan de operatie niet erop heeft gewezen dat ten gevolge van de operatie een onvermijdelijk beenlengteverschil bij haar zou optreden. Het hof heeft [verweerster] toegelaten te bewijzen dat zij in 1995, in de wetenschap van een onvermijdelijk beenlengteverschil niet zou hebben gekozen voor de operatie die zij toen heeft ondergaan.

9. Bij eindarrest van 4 december 2007 heeft het hof geoordeeld dat [eiser] het door het hof aangenomen vermoeden dat hij [verweerster] niet heeft gewezen op het onvermijdelijke beenlengteverschil, niet heeft ontzenuwd.

Het hof heeft met betrekking tot de vraag of [verweerster] erin is geslaagd te bewijzen dat zij niet zou hebben gekozen voor de operatie die zij heeft ondergaan ingeval zij op het onvermijdelijke beenlengteverschil zou zijn gewezen, overwogen als volgt. Het gaat hierbij niet erom of [verweerster] als redelijk hande-

lend patiënt wel of niet met de uitgevoerde behandeling zou hebben ingestemd, doch het gaat om de subjectieve argumenten van [verweerster]. [Eiser] wijst in dit verband erop dat in 1995 operatief ingrijpen voor [verweerster] een onvermijdelijke stap was om in haar dagelijkse activiteiten te kunnen functioneren. Naar het oordeel van het hof moge dit zo zijn, maar was het aan [verweerster] om op dit punt een beslissing te nemen. [Verweerster] heeft in 1997 door [betrokkene 1] een revisieoperatie laten uitvoeren. Deze ingreep is, naar blijkt uit het deskundigenbericht van prof. Marti d.d. 9 oktober 2003, uitgevoerd om het beenlengteverschil te corrigeren en wordt door prof. Marti aangeduid als een "riskante heuprevisie links". Nu [verweerster] zover is gegaan om voor zo'n risicovolle ingreep te kiezen, acht het hof het, mede gelet op de inhoud van de afgelegde getuigenverklaringen (van [verweerster] zelf en van haar vriend), bewezen dat [verweerster], als zij was gewezen op het in haar geval onvermijdelijke beenlengteverschil, niet voor de door [eiser] voorgestelde en uitgevoerde ingreep zou hebben gekozen. [Eiser] werpt op dat [verweerster] ook in het kader van het ingrijpend strategieplan (onafwendbaar) een operatie aan de linkerheup zou hebben ondergaan. Naar het oordeel van het hof stelt [verweerster] echter dat als [eiser] haar juist had voorgelicht, zij verder had geïnformeerd en de door [eiser] uitgevoerde ingreep niet had laten uitvoeren.

Nu de grieven slagen, worden de bestreden vonnissen vernietigd. [Eiser] is gehouden tot vergoeding van de door [verweerster] geleden schade vanwege schending van haar zelfbeschikkingsrecht en integriteit, almede tot vergoeding van de overigens materieel en immaterieel geleden schade "vanwege het beenlengteverschil". De mogelijkheid dat [verweerster] deze schade heeft geleden, is aannemelijk. Nu de omvang van deze schade niet direct kan worden vastgesteld, wijst het hof de vordering toe tot vergoeding van de door [verweerster] geleden schade, nader op te maken bij staat.

Ten slotte heeft het hof de tussen partijen gewezen vonnissen van de rechtbank Arnhem van 12 december 2002 en 28 januari 2004 vernietigd. Opnieuw recht doende heeft het hof [eiser] veroordeeld om aan [verweerster] te betalen de door haar geleden schade, nader op

te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet.

10. [Eiser] heeft – tijdig – beroep in cassatie ingesteld tegen de arresten van het hof. [Verweerster] heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben de zaak schriftelijk toegelicht. [Eiser] heeft vervolgens van repliek gediend en [verweerster] heeft gedupliceerd.

Het cassatiemiddel

Middelonderdeel 1

11. Middelonderdeel 1, dat vooropstelt dat hof het beroep van [eiser] op verjaring van de vordering voor zover gebaseerd op gebrekkige informatieverstrekking niet inhoudelijk heeft beoordeeld doch heeft volstaan met een weergave van het oordeel van de rechtbank, bevat vier onderdelen. De onderdelen a en b klagen dat het hof op het appel van [verweerster], bij gehele of gedeeltelijke gegrondbevinding ervan, alvorens [verweerster]'s vordering geheel of ten dele toe te kunnen wijzen nog had te beslissen op alle niet-prijsgegeven verweren van [eiser] welke door de rechtbank in eerste aanleg waren verworpen, ook zonder incidenteel appel dan wel een daarop gerichte grief. Onderdeel c klaagt dat, zo het hof het bedoelde verjaringsverweer zou hebben verworpen, dan wel van oordeel zou zijn geweest dat [eiser] het bedoelde verweer zou hebben prijsgegeven, het hof zijn arresten niet genoegzaam met redenen heeft omkleed.

12. Het middelonderdeel neemt terecht tot uitgangspunt dat de positieve zijde van de devolutive werking van het appel meebrengt dat in eerste aanleg buiten behandeling gebleven of verworpen verweren van de oorspronkelijk gedaagde, geïntimeerde in hoger beroep, in casu [eiser], die in hoger beroep niet zijn prijsgegeven, door de appelrechter alsnog, onderscheidenlijk opnieuw, moeten worden onderzocht voor zover het hoger beroep de toewijsbaarheid van de vordering opnieuw aan de orde stelt. (Zie Ras/Hammerstein, 'De grenzen van de rechtsstrijd in hoger beroep in burgerlijke zaken', 2004, nr. 76). Nu het hof de grieven van [verweerster] in hoger beroep gegrond heeft bevonden, had het hof opnieuw dienen te beoordelen of het in het middel bedoelde verjaringsverweer aan toewijzing van de vordering in de weg stond, althans had het

hof tot uitdrukking dienen te brengen dat het het oordeel van de rechtbank onderschreef dan wel dat het van oordeel was dat in casu sprake was van het (ondubbelzinnig) prijsgeven van het verjaringsverweer. In zoverre slaagt het middel.

13. Het is evenwel de vraag of het middel tot cassatie kan leiden dan wel faalt bij gebrek aan belang, zoals [verweerster] in haar schriftelijke toelichting betoogt. Zoals eerder weergegeven, heeft de rechtbank het beroep op verjaring afgewezen op twee zelfstandig dragende gronden. De eerste grond is dat de direct na de operatie van 13 november 1995 aangevangen verjaringstermijn tijdig is gestuit door de brief van de raadsman van [verweerster] aan [eiser] van 18 maart 1999, aangezien de aansprakelijkstelling als zodanig een voldoende duidelijke waarschuwing aan het adres van [eiser] is geweest om rekening ermee te houden te blijven beschikken over alle relevante gegevens en bewijsmateriaal om zich ook na het verstrijken van de verjaringstermijn te verweren tegen een mogelijkerwijs in te stellen vordering (HR 14 februari 1997, LJN ZC2274, NJ 1997, 244) en de omstandigheid dat [verweerster] die vordering thans baseert op een grond die niet (mede) is genoemd in de brief van 18 maart 1999 dat niet anders maakt nu ook deze grond betrekking heeft op dezelfde gebeurtenis. De tweede grond is dat [verweerster] zich reeds in de brief van 6 april 2000, dat wil zeggen binnen de direct na 13 november 1995 aangevangen verjaringstermijn, nadrukkelijk op de andere grond voor aansprakelijkheid heeft beroepen en dat de omstandigheid dat deze brief was gericht aan MediRisk, en niet aan [eiser], niet betekent dat aan de brief geen stuitende werking toekomt aangezien MediRisk na de eerste aansprakelijkstelling aan het adres van [eiser] de behandeling van de kwestie op zich heeft genomen, zodat [verweerster] redelijkerwijs mocht aannemen dat MediRisk daartoe over een toereikende volmacht van [eiser] beschikte.

14. Ingevolge art. 3:317 lid 1 BW wordt de verjaring van een rechtsvordering tot nakoming van een verbintenis gestuit door een schriftelijke aanmaning of door een schriftelijke mededeling waarin de schuldeiser zich ondubbelzinnig zijn recht op nakoming voorbehoudt. Deze omschrijving van de schriftelijke mededeling moet worden begrepen in het licht

van de strekking van een stuitingshandeling van deze aard, welke neerkomt op een – voldoende duidelijke – waarschuwing aan de schuldenaar dat hij, ook na het verstrijken van de verjaringstermijn, rekening ermee moet houden dat hij de beschikking houdt over zijn gegevens en bewijsmateriaal, opdat hij zich tegen een dan mogelijkterwils alsnog door de schuldeiser ingestelde vordering behoorlijk kan verweren (HR 4 juni 2004, LJN AO6020, NJ 2004, 603). Ook de rechtbank is daarvan uitgegaan.

Naar mijn oordeel laat de hiervoor onder 2 (vi) genoemde brief van de raadsman van [verweerster] d.d. 6 april 2000, die is verzonden aan MediRisk nadat prof. Marti op verzoek van de medisch adviseur van MediRisk in overleg met de raadsman van [verweerster] zijn expertiserapport had uitgebracht, geen andere uitleg toe dan dat [verweerster] [eiser] nadrukkelijk aansprakelijk stelde voor de door haar geleden schade ten gevolge van het tekortschieten in de zijn verplichting [verweerster] vóór de operatie in te lichten over het aan de voorgestelde operatie verbonden gevolg van een beenlengteverschil. Resteert de vraag of de omstandigheid dat deze brief was gericht aan MediRisk, en niet aan [eiser], meebrengt dat aan de brief geen stuitende werking toekomt. Met de rechtbank, meen ik dat deze vraag ontkennend moet worden beantwoord. Nu als vaststaand is aangenomen dat (de medisch adviseur van) MediRisk na de eerste aansprakelijkstelling aan het adres van [eiser] door de raadsman van [verweerster] bij brief d.d. 18 maart 1999, in overleg met de raadsman van [eiser] op 26 januari 2000 Prof. Marti heeft verzocht een expertiserapport uit te brengen, moet immers ervan worden uitgegaan dat MediRisk de behandeling van de kwestie op zich heeft genomen, althans dat [verweerster] redelijkerwijs erop mocht vertrouwen dat zulks het geval was. Gelet daarop, is rechtens juist het oordeel van de rechtbank dat de stuiting van de verjaring ook kon geschieden door de brief geadresseerd aan MediRisk (en inhoudende een nadrukkelijke aansprakelijkstelling van [eiser]). Vgl. HR 13 december 2002, LJN AE9243, NJ 2003, 212, waarin het ging om de vraag of de verjaring van de vordering van een patiënte tegen haar arts was gestuit door een erkenning van aansprakelijkheid door de verzekeraar van de arts.

Uw Raad oordeelde in dat geval dat de omstandigheid dat de patiënte in redelijkheid de verzekeraar als vertegenwoordiger van de arts ter zake van de beoordeling en beslissing omtrent zijn aansprakelijkheid mocht aanmerken, meebrengt dat ook een eventuele erkenning van aansprakelijkheid door de verzekeraar tegenover de patiënte (of haar raadsman) een lopende verjaring van de vordering stuit. Ik kom tot de slotsom dat het middel faalt bij gebrek aan belang reeds omdat de brief van 6 april 2000 de verjaring (aangevangen op 13 november 1995) tijdig heeft gestuit en binnen de opnieuw aangevangen verjaringstermijn de onderhavige procedure aanhangig is gemaakt bij inleidende dagvaarding van 4 februari 2002.

Middelonderdeel 2

15. Middelonderdeel 2 stelt voorop dat het hof in rov. 4.4.3 van zijn tussenarrest tot het oordeel komt dat, zo mocht blijken dat [verweerster] inderdaad onvoldoende geïnformeerd met de bewuste informatie heeft ingestemd, de aantasting van haar zelfbeschikingsrecht is gegeven en dat [eiser] in dat geval dus aansprakelijk is voor de “integriteitsschade” die [verweerster] lijdt doordat [eiser] haar niet volledig heeft geïnformeerd. Het middelonderdeel klaagt dat het hof aldus blijk heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting en/of zijn arrest niet naar de eis der wet met redenen heeft omkleed aangezien het uiteindelijk door het hof in het eindarrest vastgestelde feit dat [verweerster] onvoldoende geïnformeerd met de bewuste operatie heeft ingestemd, [verweerster] niet reeds op zichzelf recht geeft op schadevergoeding. Middelonderdeel 2a klaagt dat voor vergoeding van de hier bedoelde “integriteitsschade” alleen ruimte bestaat indien blijkt dat de patiënt – indien op duidelijke wijze en volledig voorlicht – als redelijk handelend patiënt en/of om, redelijkerwijs te respecteren, redenen van persoonlijke aard niet gekozen zou hebben voor deze operatie. Het middelonderdeel geeft aan dat het hof weliswaar oordeelt dat hiervan sprake is, doch dat dit oordeel wordt aangevochten in de middelonderdelen 3 en 4. Middelonderdeel b klaagt dat het hof voorts heeft miskend dat voor toewijzing van “integriteitsschade” (naast ook nog vergoeding van schaden ten gevolge van het beenlengteverschil) is ver-

cist dat sprake is van aantasting van de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW en dat het hof ten onrechte niet heeft onderzocht en in zijn arresten heeft gemotiveerd of daarvan sprake is. Het hof had – aldus het middel – met name dienen te onderzoeken of in dit geval bij [verweerster] door de onvolledige voorlichting geestelijk letsel was ontstaan dan wel of sprake was van een zo ingrijpende aantasting van [verweerster]’s fundamentele recht op zelfbeschikking dat zij moest worden aangemerkt als een aantasting in de persoon als bedoeld in art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld.

16. Middelonderdeel 2a dat tot uitgangspunt neemt dat de middelonderdelen die opkomen tegen ’s hofs oordeel dat [verweerster] is geslaagd in het bewijs dat zij niet met de operatie zou hebben ingestemd ingeval zij juist en volledig door [eiser] zou zijn voorgelicht, moeten slagen, faalt reeds omdat, zoals hierna zal blijken, deze middelonderdelen falen.

17. Middelonderdeel 2b moet mijns inziens eveneens falen. Het gaat hier om een geval van het tekortschieten door een arts in de nakoming van de op hem rustende verplichting zijn patiënt vóór de medische behandeling in te lichten over de aan de behandeling verbonden risico’s en niet te vermijden nadelige gevolgen. Deze verplichting, die ertoe stekt de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor deze behandeling zal geven, vindt – aldus ook uw Raad in zijn arrest van 23 november 2001, LJN AB2737, NJ 2002, 386, m.nt. JBMV onder NJ 2002, 387 – zijn grondslag in de in art. 10 Grondwet gewaarborgde eerbiediging en bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de door art. 11 Grondwet gewaarborgde onaanastbaarheid van het menselijk lichaam. Deze informatieplicht en het daarmee nauw verband houdende vereiste van toestemming door de patiënt hebben – met de inwerking-treding op 1 april 1995 van de regeling van de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling – een wettelijke basis gekregen in de artt. 7:448 en 450 BW.

’s Hofs oordeel dat [verweerster] is geslaagd in het bewijs dat zij niet met de operatie zou hebben ingestemd ingeval zij juist en volledig door [eiser] zou zijn voorgelicht over het voor haar aan de operatie verbonden nadelige ge-

volg van het onvermijdelijke beenlengteverschil, wordt in cassatie tevergeefs bestreden. Daarmee moet ervan worden uitgegaan dat het in deze zaak gaat om een geval dat de patiënte, [verweerster], niet zou hebben ingestemd met de operatie ingeval de arts, [eiser], haar juist en volledig zou hebben voorgelicht over het aan de operatie verbonden nadelige gevolg en de arts aldus niet in zijn informatieverplichting zou zijn tekortgeschoten. In een dergelijk geval is naar mijn oordeel – anders dan het middel kennelijk wil betogen – sprake van een zo ingrijpende aantasting van het fundamentele recht van de patiënte, [verweerster], op zelfbeschikking, dat deze aantasting moet worden aangemerkt als een aantasting in de persoon als bedoeld in art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW (zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld), die verplicht tot vergoeding van de daardoor veroorzaakte immateriële schade. Het hof heeft in zijn eind-arrest geoordeeld dat [eiser] is gehouden tot vergoeding van de door [verweerster] geleden schade vanwege schending van haar zelfbeschikkingsrecht en integriteit alsmede tot vergoeding van de overigens materieel en immaterieel geleden schade “vanwege het beenlengteverschil” en voorts dat de omvang van de schade niet direct in deze uitspraak kan worden vastgelegd zodat toewijsbaar is de vordering tot vergoeding van de door [verweerster] geleden schade nader op te maken bij staat.

Geen beantwoording behoeft de vraag of ook sprake zou zijn van een aantasting in de persoon als bedoeld in art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW ingeval [verweerster] ook met de operatie zou hebben ingestemd ingeval zij juist en volledig zou zijn voorgelicht. Zie overigens over art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW: Asser/Hartkamp & Sieburgh 6-II* 2009, nr. 143, met verdere verwijzingen. Zie met name ook HR 18 maart 2005, LJN AR5213, NJ 2006, 606 (Baby Kelly), m.nt. J.B.M. Vranken. Zie ook Wissink in zijn noot onder HR 9 augustus 2002, LJN AE2117, NJ 2010, 61.

Middelonderdeel 3

18. Middelonderdeel 3 komt met een aantal klachten op tegen ’s hof oordeel in rov. 8.9-8.12 van het eindarrest dat [verweerster] heeft bewezen dat zij in 1995, als zij was geweest op het in haar geval onvermijdelijke beenlengte-

verschil, niet voor de door [eiser] voorgestelde en uitgevoerde ingreep zou hebben gekozen. Middelonderdeel 3a bevat onder (i) de volgende klacht. Het hof overweegt in rov. 8.9 van het eindarrest dat het bij de vraag of [verweerster] al dan niet met de uitgevoerde behandeling zou hebben ingestemd, niet erom gaat of [verweerster] dat als een redelijk handelend patiënt wel of niet zou hebben gedaan, maar dat het gaat om de subjectieve argumenten van [verweerster]. De argumenten van [verweerster] zoals door het hof weergegeven in rov. 8.5, 8.6 en 8.7, betreffen juist wél de vraag of [verweerster] als een redelijk handelend patiënt, indien volledig en juist voorgelicht, voor de door [eiser] voorgestelde en uitgevoerde operatie zou hebben gekozen dan wel mogelijk voor de “beide-heupen-strategie”. Het middelonderdeel betoogt onder (ii) dat overigens de door Uw Raad in HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387 gegeven parameter “en/of dat (de patiënt) om redenen van persoonlijke aard niet voor deze behandeling zou hebben gekozen” geenszins betekent dat het (slechts) gaat om de subjectieve argumenten van [verweerster], doch dat ook de hier bedoelde “redenen van persoonlijke aard” in die zin moeten worden verstaan dat het moet gaan om te respecteren redenen, zij het van persoonlijke aard, die het voor de betrokken patiënt redelijk doen zijn om niet voor het voorgestelde behandelplan te kiezen. Middelonderdeel 3b klaagt dat het hof niet het juiste criterium heeft aangelegd, althans dat onvoldoende duidelijk is of het hof hier wel het juiste criterium heeft aangehouden, aangezien het zijn uiteindelijke oordeel in belangrijke mate laat steunen op de wetenschap (of althans: de beleving) van [verweerster] (en [betrokkene 2]) achteraf. Middelonderdeel 3c klaagt dat zonder nadere motivering, die ontbreekt, niet valt in te zien waarom het hof in het eindarrest heeft geabstraheerd van de volgens het hof (zie rov. 4.5.4 van het tussenarrest) nog openstaande stelling van [eiser] dat zich bij [verweerster], onafhankelijk van het beenlengteverschil, het probleem heeft voorgedaan van een sensibele stoornis in de loop van de nervus femoralis, terwijl volgens [eiser] de rechtbank in haar vonnis van 28 januari 2004 hieromtrent terecht heeft overwogen dat niet valt uit te sluiten dat de beslissing van [verweerster] om in

1997 toe te stemmen in het ondergaan van een riskante inkortingsoperatie mede is ingegeven door dat probleem (MvA sub 6.9).

Middelonderdeel 3d klaagt dat het hof nóg een belangrijk aspect in deze zaak heeft verwaarloosd, te weten dat de deskundige prof. Marti in zijn nadere rapportage heeft gesteld dat [eiser] zijns inziens voor de optimale variant heeft gekozen en een beenverlenging als bijverschijnsel heeft geaccepteerd.

19. Het middel faalt naar mijn oordeel in al zijn onderdelen, zoals uit het hierna betoogde moge blijken. Daarbij stel ik het volgende voorop.

In cassatie moet ervan worden uitgegaan dat [eiser] is tekortgeschoten in zijn informatieplicht doordat hij [verweerster] niet vóór de operatie heeft ingelicht over het aan de voorgestelde operatie voor [verweerster] onvermijdelijk verbonden gevolg van een beenlengteverschil.

De op de arts rustende verplichting zijn patiënt vóór een medische behandeling in te lichten over de risico's (en/of de niet te vermijden nadelige gevolgen) van de voorgestelde behandeling, strekt niet ertoe de patiënt te beschermen tegen deze risico's (en/of gevolgen), doch strekt ertoe de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij toestemming voor de behandeling zal geven. De patiënt die de arts wegens tekortschieten in zijn informatieplicht (zijn verplichting informatie te verschaffen) aanspreekt tot vergoeding van de schade die is opgetreden doordat de risico's zich hebben verwezenlijkt (terwijl de behandeling “lege artis” is geschied), zal ingevolge de hoofdregel van art. 177 Rv. moeten stellen en zonodig bewijzen dat hij indien hij voldoende was ingelicht, als redelijk handelende patiënt en/of om redenen van persoonlijke aard niet voor deze behandeling zou hebben gekozen; de arts dient voldoende gegevens te verstrekken ter motivering van de betwisting van de stelling van de patiënt teneinde hem aanknopingspunten voor de bewijslevering te verschaffen. Aldus uw Raad in de ook door het middel genoemde twee arresten van 23 november 2001, LJV AB2737 en LJV AO6020, NJ 2002, 386 en 387 m.nt. JBMV.

20. Tegen de achtergrond van het zojuist vooropgestelde, heeft het hof in zijn tussenarrest (rov. 4.5.3) onder verwijzing naar eerstgenoemd arrest van 23 november 2001 al-

dus met juistheid vooropgesteld dat [verweerster] dient te stellen en zo nodig bewijzen dat zij, indien zij op duidelijke wijze was ingelicht over het aan de voorgestelde behandeling onvermijdelijk verbonden gevolg van een beenlengteverschil, als redelijk handelend patiënt in de gegeven omstandigheden niet gekozen zou hebben voor deze behandeling en/of dat zij om redenen van persoonlijke aard, niet voor deze behandeling zou hebben gekozen (niet met deze behandeling zou hebben ingestemd). Het in middelonderdeel 3a onder (ii) vervatte betoog dat het bij de “redenen van persoonlijke aard” ook moet gaan om hetgeen een redelijk patiënt gekozen zou hebben, faalt. Het hof heeft vervolgens in rov. 4.5.4 van zijn tussenarrest geoordeeld dat [verweerster] aan haar stelplicht heeft voldaan doordat zij heeft gesteld dat het beenlengteverschil “gezien haar persoon” een zeer ernstige inbreuk betekent op haar levensvreugde. Daarmee heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat [verweerster] naar 's hofs oordeel voldoende gemotiveerd heeft gesteld dat zij om redenen van persoonlijke aard niet voor de litigieuze operatie zou hebben gekozen (niet met de operatie zou hebben ingestemd) indien zij juist en volledig zou zijn geïnformeerd. Deze aan het hof voorbehouden uitleg van de gedingstukken acht ik niet onbegrijpelijk. Middelonderdeel 3a onder (i) faalt.

21. Het hof heeft – eveneens in rov. 4.5.4 van zijn tussenarrest – geoordeeld dat [verweerster] het bewijs van haar stelling nog niet heeft geleverd gelet op de gemotiveerde betwisting van [eiser], die wijst op het onafhankelijk van het beenlengteverschil bij [verweerster] opgetreden probleem van een sensibele stoornis in de loop van de nervus femoralis.

Anders dan middelonderdeel 3c veronderstelt, heeft het hof in zijn eindarrest niet geabstraheerd van de “nog openstaande stelling” dat niet uit te sluiten valt dat de beslissing van [verweerster] om in te stemmen met de risikante inkortingsoperatie, mede is ingegeven door het bij [verweerster] opgetreden probleem van de sensibele stoornis in de loop van de nervus femoralis. In zijn eindarrest heeft het hof (in rov. 8.9) vooropgesteld dat aan de orde is de vraag of [verweerster] al dan niet om subjectieve argumenten met de uitgevoerde behandeling zou hebben ingestemd. Het hof heeft vervolgens (in rov. 8.10) expli-

ciet overwogen dat mogelijk de getuigenverklaringen van [verweerster] en [betrokkene 2] gekleurd zijn door de wijze waarop [verweerster] de gang van zaken ná de operatie, mede als gevolg van complicaties heeft ervaren. Het heeft evenwel overwogen dat daar tegenover staat dat [verweerster] een door prof. Marti als riskant gekwalificeerde revisie-operatie heeft laten uitvoeren, welke ingreep – naar uit het deskundigenbericht van prof. Marti blijkt – is uitgevoerd om het beenlengteverschil te corrigeren. Het hof is tot de slotsom gekomen dat nu [verweerster] zover is gegaan om voor zo'n risicovolle ingreep te kiezen, [verweerster] heeft bewezen, mede gelet op de inhoud van de getuigenverklaringen, dat zij, als zij was gewezen op het in haar geval onvermijdelijke beenlengteverschil, zij niet voor de door [eiser] voorgestelde en uitgevoerde ingreep zou hebben gekozen. In dat verband heeft het hof (in rov. 8.11) voorts overwogen dat [verweerster] stelt dat als [eiser] haar juist zou hebben voorgelicht, zij verder had geïnformeerd en de door [eiser] voorgestelde ingreep niet had laten uitvoeren.

22. Het hof heeft aldus niet, zoals middelonderdeel 3b betoogt, zijn oordeel laten steunen op de wetenschap of beleving van [verweerster] (en [betrokkene 2]) achteraf. Daarbij verdient aantekening dat het hof expliciet vermeldt dat uit het deskundigenbericht van prof. Marti blijkt dat de revisie-operatie is uitgevoerd om het beenlengteverschil te corrigeren. Het hof heeft uit de omstandigheid dat [verweerster] heeft gekozen voor zo'n risicovolle ingreep als de door [betrokkene 1] uitgevoerde revisie-operatie om het beenlengteverschil te corrigeren – mede gelet op de getuigenverklaringen – afgeleid dat [verweerster] inderdaad, zoals zij stelt, om persoonlijke redenen de door [eiser] voorgestelde ingreep niet had laten uitvoeren indien [eiser] haar had gewezen op het in haar geval aan deze ingreep onvermijdelijk verbonden beenlengteverschil. Aldus heeft het hof – dat had te beoordelen of [verweerster] om redenen van persoonlijke aard niet voor de door [eiser] uitgevoerde behandeling zou hebben gekozen – het juiste criterium in het oog gehouden. Middelonderdeel b faalt. 's Hof's oordeel dat een waardering van het voorgebrachte bewijs betreft, is niet onbegrijpelijk. Op juistheid is het in cassatie verder niet te toetsen.

23. Anders dan middelonderdeel 3d stelt, heeft het hof niet het aspect verwaarloosd dat de deskundige prof. Marti in zijn nadere rapportage heeft gesteld dat [eiser] zijns inziens voor de optimale variant heeft gekozen en een beenverlenging als bijverschijnsel heeft geaccepteerd. Het hof had, zoals gezegd, te oordelen en heeft ook geoordeeld over de vraag of [verweerster] is geslaagd in het bewijs van haar stelling dat zij om redenen van persoonlijke aard niet voor de door [eiser] uitgevoerde behandeling zou hebben gekozen (met de door [eiser] uitgevoerde behandeling zou hebben ingestemd). Daarbij is niet beslissend wat medisch gezien de meest optimale variant was.

Anders dan middelonderdeel 3d stelt, heeft het hof evenmin de gemotiveerde stellingen van [eiser] inzake de nadelen van het ingrijpende strategieplan van prof. Marti (volstrekt) genegeerd. Het hof heeft in rov. 8.11 van zijn eindarrest overwogen dat de riskante revisieoperatie links in ieder geval risicovoller was dan de ingreep aan de (gezonde) rechterheup volgens het ingrijpende strategieplan. In deze overweging ligt besloten het oordeel van het hof dat de omstandigheid dat aan het ingrijpende strategieplan van prof. Marti ook nadelen waren verbonden (een operatie aan de gezonde heup), anders dan [eiser] wil betogen, niet meebracht dat [verweerster] (die de riskante revisieoperatie heeft laten uitvoeren om het beenlengteverschil te laten opheffen) ingeval zij wél volledig zou zijn geïnformeerd, toch zou hebben gekozen voor de medisch gezien meest optimale variant met een onvermijdelijk beenlengteverschil.

Middelonderdeel 4

24. Middelonderdeel 4 ten slotte klaagt dat het eindarrest van het hof niet naar de eis der wet met redenen is omkleed omdat het hof volstrekt genegeerd heeft de stelling van [eiser] dat de "beide-heupen-strategie" niet in strijd was met de door [eiser] aangeraden en uitgevoerde operatie (pleitaantekeningen van [eiser] d.d. 13 februari 2006, § 3.4) nu [verweerster] na de uitvoering van de operatie door [eiser] feitelijk in dezelfde situatie verkeerde als wanneer zij zou hebben gopteerd voor het strategieplan dat prof. Marti bedoelt. Dat het hof deze stelling heeft genegeerd is volgens het middelonderdeel onaanvaardbaar ge-

let op de in de onderdelen (i)-(iv) genoemde punten.

25. Middelonderdeel 4 moet naar mijn oordeel falen omdat het hof de door het middelonderdeel bedoelde stelling niet heeft genegeerd doch heeft verworpen in rechtsoverweging 8.11 van zijn eindarrest, waar het hof overwoog als volgt: "[eiser] werpt nog op dat [verweerster] in het kader van het ingrijpend strategieplan (onafwendbaar) een operatie aan de linkerheup zou hebben ondergaan. Naar het oordeel van het hof stelt [verweerster] echter dat als [eiser] haar juist zou hebben voorgelicht, zij verder had geïnformeerd en de door [eiser] voorgestelde ingreep niet had laten uitvoeren." Het hof heeft, als gezegd, [verweerster] geslaagd geacht in het bewijs van deze stelling. De vraag naar de omvang van de schade die [verweerster] heeft geleden doordat [eiser] de operatie heeft uitgevoerd ondanks het ontbreken van "informed consent" en doordat als gevolg van de operatie een beenlengteverschil is ontstaan, kon het hof daarlaten nu het partijen verwees naar de schade-staatprocedure. Het kon volstaan met te oordelen, zoals het deed, dat aannemelijk is dat enige schade is geleden (integriteitsschade en overigens geleden materiële en immateriële schade). Dat oordeel is niet onbegrijpelijk.

Slotsom

26. Ik kom tot de slotsom dat het eerste middel slaagt doch bij gebrek aan belang niet tot cassatie kan leiden en dat de overige middelonderdelen falen, zodat het cassatieberoep moet worden verworpen.

Conclusie

De conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Hoge Raad

1. Het geding in feitelijke instanties

Voor het verloop van het geding in feitelijke instanties verwijst de Hoge Raad naar de navolgende stukken:

- a. de vonnissen in de zaak 2002/196 van de rechtbank Arnhem van 12 december 2002, 26 maart 2003 en 28 januari 2004,
- b. de arresten in de zaak 2004/337 van het gerechtshof te Arnhem van 25 april 2006 en 4 december 2007.

(...; red.)

2. Het geding in cassatie

(...; red.)

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten die zijn vermeld in de conclusie van de plaatsvervangend Procureur-Generaal onder 2. Het gaat in dit geding om de aansprakelijkheid van [eiser], die in november 1995 als orthopedisch chirurg bij [verweerster] een geslaagde operatie aan haar linkerheup heeft uitgevoerd waardoor evenwel een (onvermijdelijk) beenlengteverschil is ontstaan, waarover hij [verweerster] niet vooraf heeft ingelicht. Dit beenlengteverschil is in juli 1997 door middel van een, door een andere orthopedisch chirurg uitgevoerde, revisie-operatie ongedaan gemaakt.

3.2. De vordering van [verweerster] strekt tot vergoeding van materiële en immateriële schade, op te maken bij staat. De rechtbank heeft deze vordering, na deskundigenbericht en met verwerping van het door [eiser] gedane beroep op verjaring, afgewezen. Het hof heeft de vordering, na getuigenverhoor, toegewezen. Het hof heeft in zijn tussenaarrest overwogen dat, als komt vast te staan dat [verweerster] door [eiser] onvoldoende is geïnformeerd, aantasting van haar zelfbeschikkingsrecht is gegeven en dat de mate van aantasting dan niet meer aan de orde is en [eiser] aansprakelijk is voor de "integriteitschade" die [verweerster] daardoor lijdt. Het bewijs dat [eiser] haar onvoldoende heeft ingelicht over het onvermijdelijke beenlengteverschil is naar het oordeel van het hof voorhands geleverd. [Eiser] mag tegenbewijs leveren. [verweerster] mag bewijzen dat zij, in de wetenschap van het beenlengteverschil, ook in 1995 niet zou hebben gekozen voor de operatie die zij toen heeft ondergaan, waarbij het hof in rov. 4.5.2 en 4.5.4 als standpunt van [verweerster] weergaf dat zij zou hebben gekozen voor het door prof. Marti (de door de rechtbank benoemde deskundige) besproken strategieplan (operatie aan beide heupen). In zijn eindarrest heeft het hof (rov. 8.3) geoordeeld dat [eiser] het bewijsvermoeden niet heeft ontzenuwd. Het hof acht [verweerster] wel geslaagd in haar bewijsoverlevering (rov. 8.12) en het hof heeft overwogen dat [eiser] gehouden is tot vergoeding van de door [verweerster] geleden schade wegens schending van haar zelf-

beschikkingsrecht en integriteit, alsmede tot vergoeding van de overige materiële en immateriële schade vanwege het beenlengteverschil (rov. 8.14).

3.3. Het hof heeft in zijn eindarrest geen aandacht besteed aan het door [eiser] in eerste aanleg gedane beroep op verjaring, hoewel dit niet-prijsgegeven verweer, ook al was het door de rechtbank verworpen, door het slagen van de grieven opnieuw behandeld moest worden bij de beoordeling in hoger beroep van de toewijsbaarheid van de vordering van [verweerster]. Het hof heeft daarmee de devolutive werking van het hoger beroep miskend. Onderdeel 1 a) slaagt.

3.4. Bij de beoordeling van de overige onderdelen van het middel moet in cassatie ervan worden uitgegaan dat

(i) [verweerster] noodzakelijkerwijs een operatie aan haar linkerheup moest ondergaan, (ii) het in 1995 ontstane beenlengteverschil het onvermijdelijke gevolg was van deze operatie omdat [verweerster] geen "normal bone anatomy" had, en (iii) [verweerster] bij deugdelijke informatieverstrekking zou hebben gekozen voor het door prof. Marti omschreven strategieplan, volgens haar in rov. 4.5.2 en 4.5.4 weergegeven stelling in hoger beroep. Dit plan hield in dat zij ook aan haar niet door arthrose aangetaste rechterheup geopereerd zou worden.

3.5. [Eiser] heeft tegen de waarschijnlijkheid van de keuze voor dit "strategieplan" in de eerste plaats als verweer aangevoerd dat in een dergelijk geval zou moeten worden geopereerd aan een gezonde heup waarin (nog) geen afwijkingen zijn opgetreden, en dat zulks slechts gedurende een aantal jaren een oplossing zou bieden waarna een totale heupprothese geplaatst zou moeten worden. Voorts heeft [eiser] aangevoerd dat de door de deskundige aanbevolen keuze dan ook in diens visie gebaseerd was op de, niet uitgekomen, verwachting dat bij een afwijking als die van [verweerster] zich binnen bepaalde tijd aan beide heupen coxarthrose zal ontwikkelen. Op dit verweer, dat van belang is bij de beantwoording van de vraag of [verweerster] bij voldoende informatie een andere keuze zou hebben gemaakt, is het hof ten onrechte niet ingegaan. De daarop gerichte klacht onder 3 d) slaagt.

3.6. [Eiser] heeft voorts aangevoerd dat de beide-heupen-strategie niet in strijd was met

de door hem aangeraden en uitgevoerde operatie, nu daarna een operatie aan de rechterheup mogelijk bleef en uitgesloten moet worden dat deze operatie gelijktijdig met de operatie aan de linkerheup zou zijn uitgevoerd. Dit verweer strekte ertoe dat [verweerster] niet voor een risicovolle revisie-operatie had behoeven te kiezen en ook na de door [eiser], volgens de regelen der kunst, uitgevoerde operatie de keuze had behouden voor een operatie aan de rechterheup, waardoor het (onvermijdelijke) beenlengteverschil had kunnen worden gecorrigeerd. Door in rov. 8.5 van zijn eindarrest te overwegen dat [verweerster], als zij goed zou zijn geïnformeerd, voor een tweede (niet risicovolle) operatie aan de gezonde heup zou hebben gekozen en derhalve niet een risicovolle revisie-operatie zou hebben behoeven te ondergaan, heeft het hof aan voormeld verweer voorbijgezien dan wel dit verweer onvoldoende in zijn beoordeling betrokken. In rov. 8.11 is het hof vervolgens ervan uitgegaan dat als [verweerster] de door [eiser] uitgevoerde operatie niet had ondergaan, de revisie-operatie vermeden kon worden, waarmee het hof heeft miskend dat [eiser] nu juist had aangevoerd dat [verweerster] niet van een operatie aan haar linkerheup had kunnen afzien, en dat ook na de door hem uitgevoerde operatie de door prof. Marti aanbevolen oplossing, namelijk een operatie aan de rechterheup, nog steeds mogelijk was.

De keuze van [verweerster] voor een risicovolle revisie-operatie kan onder deze omstandigheden – aldus [eiser] – niet als een gevolg van het hem verweten gebrek aan informatieverstrekking voor zijn rekening komen. In het licht van dit een en ander zijn de oordelen van het hof (i) dat aannemelijk is dat [verweerster] bij volledige informatie van de door [eiser] voorgestelde ingreep zou hebben afgezien en (ii) dat de revisie-operatie nodig was om het beenlengteverschil te corrigeren, zonder nadere toelichting onbegrijpelijk. De hierop gerichte klachten van onderdeel 4 slagen.

3.7. Nu door het slagen van voormelde onderdelen van het middel na verwijzing de vordering van [verweerster] opnieuw beoordeeld moet worden, kunnen de overige klachten van het middel onbehandeld blijven.

4. Beslissing

De Hoge Raad:

vernietigt de arresten van het gerechtshof te Arnhem van 25 april 2006 en 4 december 2007;

verwijst het geding ter verdere behandeling en beslissing naar het gerechtshof te Amsterdam; veroordeelt [verweerster] in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 469,62 aan verschotten en € 2.600,= voor salaris.

NOOT

1. Na een operatie aan haar linkerheup, waarbij een kunstheup was ingebracht, is bij verweerster in cassatie (hierna: mevrouw X) een beenlengteverschil ontstaan. Mevrouw X heeft de orthopedisch chirurg die de operatie bij haar had uitgevoerd voor de gevolgen hiervan aansprakelijk gesteld. Aanvankelijk stelt mevrouw X zich op het standpunt dat de orthopedisch chirurg tijdens de operatie een fout heeft gemaakt. Later, nadat in de buitengerechtelijke fase een door partijen gezamenlijk geraadpleegde deskundige de heupimplantatie van de orthopedisch chirurg "perfect" heeft bevonden, legt mevrouw X een gebrekkige informatieoverdracht aan haar vordering ten grondslag. Volgens mevrouw X zou zij de operatie niet, althans niet op dat moment, hebben laten uitvoeren als zij op voorhand was geïnformeerd over het (onvermijdelijke) gevolg van het beenlengteverschil.
2. Uit het tussenarrest van 25 april 2006 van het Hof Arnhem (LJN BM5194) blijkt dat de door mevrouw X geleden schade uit twee onderdelen bestaat:
 - a. allereerst stelt zij immateriële schade te hebben geleden vanwege de schending van haar zelfbeschikkingsrecht en integriteit, door het Hof Arnhem aangeduid als "Integriteitsschade";
 - b. verder claimt zij ook overigens materiële en immateriële schade te hebben geleden en te lijden als gevolg van het beenlengteverschil.
3. In eerste instantie heeft de Rechtbank Arnhem de vorderingen van mevrouw X op de voor informed consent-zaken inmiddels bekende wijze afgewezen. Volgens de rechtbank kon ten aanzien van beide vorderingen het voor toewijzing vereiste causaal verband tussen de schending van de informatieplicht door de arts en de beslissing van mevrouw X om

zich te laten opereren niet worden aangegomen.

4. In hoger beroep, aangespannen door mevrouw X, pakt het Hof Arnhem de zaak echter anders aan. Het hof maakt in zijn tussenarrest van 25 april 2006 expliciet onderscheid tussen de vordering sub (a) en de vordering sub (b). Hierdoor krijgt deze in beginsel klassieke informed consentzaak opeens een interessante wending.

5. Zoals ik het tussenarrest van het hof interpreteer, komt het oordeel van het hof er kort gezegd op neer dat mevrouw X sowieso een aanspraak heeft op immateriële schadevergoeding in het geval schending van de informatieplicht door de orthopedisch chirurg eenmaal vaststaat. De mogelijkheid van toewijzing van de vordering sub (a) staat volgens het hof dus los van de vraag of nakoming van de informatieplicht bij mevrouw X tot een andere beslissing zou hebben geleid. Reeds de schending van de informatieplicht *an sich* leidt in dit geval tot integriteitsschade van de patiënt, en daarmee tot een aanspraak op immateriële schadevergoeding, aldus het hof.

Uit het arrest van 25 april 2006:

“4.4.3. X stelt dat dr. Y zijn informatieplicht jegens haar niet is nagekomen. Als dr. Y X inderdaad ter zake het zekere gevolg van het beenlengteverschil niet heeft geïnformeerd, dan heeft X daardoor niet op de door haar gewenste wijze van haar zelfbeschikkingsrecht gebruik kunnen maken (zie HR 23 november 2001, NJ 2002, 386). X was dan namelijk door dr. Y niet in de gelegenheid gesteld om zelf, goed geïnformeerd en op de hoogte van het onvermijdelijke gevolg van het beenlengteverschil, een keuze te maken vóór of tegen de door dr. Y uiteindelijk uitgevoerde medische ingreep. X stelt dat zij aldus schade heeft geleden. Allereerst vordert zij vergoeding van de zogenaamde ‘integriteitsschade’. Het gaat hier dan om de schade die X lijdt nu zij, zo stelt zij, niet goed geïnformeerd een keuze vóór of tegen de operatie heeft kunnen maken. Naar het oordeel van het hof is, zo mocht blijken (zie hierna) dat X inderdaad onvoldoende geïnformeerd met de bewuste operatie heeft ingestemd, de aantasting van haar zelfbeschikkingsrecht gegeven. X had er immers recht op om volledig door dr. Y te worden geïnformeerd. Anders dan dr. Y betoogt (MvA sub 5.7)

is de mate van aantasting van dat zelfbeschikkingsrecht dan niet meer aan de orde. dr. Y stelt verder (pleitnota sub 4.3) onder verwijzing naar de conclusie van de AG De Vries Lentsch-Kostense bij het arrest van de Hoge Raad van 23 november 2001 (NJ 2002, 386) dat een gebrek aan ‘informed consent’ op zich zelf nog geen recht geeft op schadevergoeding. Echter, naar het oordeel van het hof was in vernoemd arrest de kwestie van de ‘integriteitsschade’ als zodanig niet aan de orde. Dr. Y is dus aansprakelijk voor de ‘integriteitsschade’ die X lijdt doordat dr. Y haar niet volledig zou hebben geïnformeerd. Of [geïntimeerde] [appellante] inderdaad niet volledig heeft geïnformeerd, komt hierna aan de orde. Grief 1 slaagt dan ook in zoverre.”

6. Met betrekking tot de vordering sub (b) overweegt het hof dat in overeenstemming met de arresten van de Hoge Raad van 23 november 2001 (NJ 2002, 386 en 387) mevrouw X moet stellen en zo nodig bewijzen dat zij, indien zij op duidelijke wijze was ingelicht over het aan de voorgestelde behandeling onvermijdelijk verbonden gevolg van een beenlengteverschil, als redelijk handelend patiënt in de gegeven omstandigheden niet gekozen zou hebben voor deze behandeling en/of dat zij om redenen van persoonlijke aard niet gekozen zou hebben voor deze behandeling.

7. Uiteindelijk resulteren de overwegingen van het hof in een tweetal bewijsopdrachten; enerzijds wordt de arts in de gelegenheid gesteld tegenbewijs te leveren tegen het voorhands aangenomen vermoeden van schending van zijn informatieplicht; anderzijds ligt het op de weg van mevrouw X om aan te tonen dat zij in de wetenschap van het beenlengteverschil van de operatie zou hebben afgezien en gekozen zou hebben voor een alternatieve behandeling. Overigens is het interessant op te merken dat het hof in zijn eindarrest een zeer subjectieve benadering kiest bij zijn onderzoek naar het bewijs van causaal verband. Volgens het hof gaat het dan enkel nog om de subjectieve vraag wat mevrouw X zou hebben beslist en lijkt de objectieve rol van de redelijk handelend patiënt te zijn uitgespeeld. Maar dat terzijde.

8. Bij eindarrest van 4 december 2007 wordt de schending van de informatieplicht door de orthopedisch chirurg, bij gebrek aan tegenbewijs, door het hof als vaststaand aangenomen

en wordt tevens het vereiste causaal verband bewezen geacht. Daarmee wordt zowel de vordering sub (a) als de vordering sub (b), beide op te maken bij staat, aan mevrouw X toegevoegd.

9. De orthopedisch chirurg is van de beslissing(en) van het hof in cassatie gegaan en heeft daartegen een viertal middelonderdelen gericht. Het eerste onderdeel betrof een verjaringsberoep, hetgeen ik hier verder onbesproken laat. Middelonderdeel 2 keerde zich tegen toewijzing van de vordering sub (a) en met de middelonderdelen 3 en 4 verzette de arts zich tegen het door het hof aangenomen causaal verband tussen het niet meegedeelde beenlengteverschil en de beslissing van mevrouw X zich te laten opereren. Het zijn, in het kader van deze noot, in eerste instantie de middelonderdelen 2a en 2b die bijzondere aandacht verdienen. Daarin klaagt de arts er namelijk over dat "het uiteindelijk door het hof in het eindarrest vastgestelde feit dat verweerster onvoldoende geïnformeerd met de operatie heeft ingestemd, niet reeds op zichzelf recht geeft op schadevergoeding". Volgens de arts bestaat voor vergoeding van de hier bedoelde "integriteitschade" alleen ruimte indien blijkt dat de patiënt – indien op duidelijke wijze en volledig voorgelicht – als redelijk handelende patiënt en/of om redelijkerwijs te respecteren redenen van persoonlijke aard niet gekozen zou hebben voor deze operatie. Verder klaagt de arts erover dat het hof heeft miskend dat vergoeding van "integriteitschade" vereist dat er sprake is van een "aantasting van de persoon" in de zin van art. 6:106 lid 1 onder b BW. Het hof had – aldus middelonderdeel 2b – moeten onderzoeken (en motiveren) of in dit geval bij mevrouw X door de onvolledige voorlichting geestelijk letsel was ontstaan dan wel of sprake was van een zo ingrijpende aantasting van haar fundamentele recht op zelfbeschikking dat deze moet worden aangemerkt als een aantasting in de persoon als bedoeld in art. 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld.

10. Opvallend is dat de Hoge Raad middelonderdeel 2 geheel onbesproken heeft gelaten en zich uitsluitend heeft beperkt tot behandeling van de verjaringskwestie en de kwestie van het causaal verband. De Hoge Raad acht de daartegen gerichte cassatieonderdelen (onderdelen 1, 3 en 4) geslaagd, reden waarom de overige

onderdelen van het middel, waaronder dus onderdeel 2, volgens de Hoge Raad geen nadere bespreking meer behoeven en de vordering van mevrouw X na verwijzing opnieuw beoordeeld zal moeten worden.

11. Naar de motieven van de Hoge Raad om de meest principiële kwestie van deze zaak voorlopig onaangeroerd te laten, kan ik slechts gissen. Mogelijk wil de Hoge Raad eerst nog een ander hof in de gelegenheid stellen zich over de kwestie van de "integriteitschade" uit te spreken, ook omdat op de motivering van het Hof Arnhem ten aanzien van dit belangrijke punt wel kritiek mogelijk is. Anderzijds zou uit het feit dat de Hoge Raad wél de middelonderdelen 3 en 4 heeft behandeld (en gegrond heeft verklaard) met enige voorzichtigheid kunnen worden afgeleid dat hij de aanwezigheid van causaal verband tussen de verzuimde informatie en de beslissing van mevrouw X, van doorslaggevend belang acht voor honorering van de "integriteitschade", zoals ook door de advocaat van de orthopedisch chirurg in middelonderdeel 2a is bepleit. Duidelijk is dit voorsnog echter niet.

12. In tegenstelling tot de Hoge Raad heeft de A-G in haar conclusie voor het arrest de middelonderdelen 2a en 2b wel behandeld. Maar anders dan de beslissing van het Hof Arnhem en de daartegen gerichte middelen mijns inziens zijn bedoeld, zet de A-G de beslissing over de "integriteitschade" volledig in de sleutel van het causaal verband met de gestelde gezondheidsschade (het beenlengteverschil). Ze overweegt dat *juist* in een geval waarin moet worden uitgegaan van een patiënte die niet zou hebben ingestemd met de operatie indien de arts haar volledig en juist zou hebben ingelicht, "er sprake is van een zo ingrijpende aantasting van het fundamentele recht van de patiënte op zelfbeschikking, dat deze aantasting moet worden aangemerkt als een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106 lid 1 aanhef en onder b BW(...) die verplicht tot vergoeding van de daardoor veroorzaakte immateriële schade". Hiermee laat de A-G de door de cassatiemiddelen opgeworpen vraag of mevrouw X óók aanspraak kan maken op immateriële schadevergoeding in het geval causaal verband tussen informatieverzuim en beenlengteverschil niet komt vast te staan, ten onrechte onbeantwoord, terwijl die vraag nu juist de kern van de door het Hof Arnhem toegewe-

zen "integriteitsschade" en van de daartegen gerichte bezwaren vormt. Bovendien heeft deze vraag in de onderhavige zaak aan relevantie gewonnen, nu de Hoge Raad het door het hof aangenomen causaal verband met het beenlengteverschil aan het wankelen heeft gebracht.

13. Het is niet de eerste keer dat schending van het zelfbeschikkingsrecht van een patiënt als gevolg van schending van de informatieplicht door een arts in de rechtspraak wordt gehonoreerd met (immateriële) schadevergoeding. Al in 1998 kende het Hof Amsterdam smartengeld toe aan een man die niet was geïnformeerd over een complicatie van een bij hem vastgestelde aandoening die zich in de toekomst vrijwel zeker zou openbaren. Omdat die complicatie onafwendbaar was, nam het hof geen causaal verband aan tussen de achtergehouden informatie en het optreden van de complicatie. Niettemin oordeelde het Hof Amsterdam dat door het informatieverzuim van de arts het zelfbeschikkingsrecht van de man was geschonden hetgeen volgens het hof een "aantasting van de persoon" opleverde en aanspraak gaf op een schadevergoeding van f 10.000,- (Hof Amsterdam 19 februari 1998, TvGR 1998/48).

14. Deze vooruitstrevende uitspraak van het Hof Amsterdam is naar mijn weten tot aan de hier besproken uitspraak van het Hof Arnhem een uitzondering gebleken. Toewijzing van schadevergoeding op grond van niet nakoming van de informatieplicht wordt in de meeste gevallen nog steeds afhankelijk gesteld van het bewijs van causaal verband tussen de onvolledigheid van de informatie en de uiteindelijke beslissing van de patiënt in kwestie. Met andere woorden; wanneer een bepaald aan de behandeling verbonden risico zich heeft verwezenlijkt, en aangenomen kan worden dat dit risico de patiënt ten onrechte niet is meegegeeld, dan staat of valt de vordering van de patiënt tot vergoeding van de schade die voortvloeit uit het verwezenlijkte risico met de aantoonbaarheid van het causaal verband tussen informatieverzuim en risico; de patiënt zal derhalve moeten bewijzen dat hij van de behandeling zou hebben afgezien, en het risico dus niet zou hebben gelopen, indien hij volledig was geïnformeerd. Omdat dit bewijs in de praktijk meestal moeizaam te leveren is, valt met deze bewijsopdracht vaak tegelijkertijd ook

het doek over de vordering van de patiënt. Hierdoor blijft het handelen van de arts veelal ongesanctioneerd, althans in civielrechtelijk opzicht, ook in de gevallen dat het informatietekort een gegeven is. Het recht van de patiënt op adequate informatie van zijn medische hulpverlener, gecodificeerd in art. 7:448 BW en in de regel beschouwd als een van de belangrijkste patiëntenrechten uit de WGBO, is daarmee in de praktijk tot een "recht zonder remedie" verworden.

15. Dit problematische aspect van de informatieplicht is eerder aangekaart in een artikel van prof. mr. A.J. Akkermans en ondergetekende in het *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* (TvGr 2007-7, p. 498-516). Bij het schrijven van dat artikel hebben wij ons niet kunnen laten inspireren door het arrest van 25 april 2006 van het Hof Arnhem omdat dit arrest toen nog niet openbaar was gemaakt. Aanleiding voor het artikel vormde een Engelse zaak waarin ook het House of Lords worstelde met toepassing van de klassieke causaliteitsregels bij informed consent (Chester vs. Afshar; 2004, UKHL 41, 4 All ER 587). Kort gezegd kwam het oordeel van de lords er op neer dat een patiënt die meer bedenktijd had gewild om een afgewogen beslissing te kunnen nemen over het al dan niet instemmen met de voorgestelde behandeling, geen genoegdoening mag worden onthouden uitsluitend omdat hij of zij niet kan aantonen dat uiteindelijk niet voor de behandeling zou zijn gekozen (TvGR 2007-7, p. 507). Uiteindelijk moesten er "policy grounds" aan te pas komen om de vordering van de niet-geïnformeerde patiënte toe te wijzen (zie A.J. Akkermans, 'Informed Consent and the Requirement of Causation, Chester v. Afshar, 14 October 2004', *European Review of Private Law* 2007-15, nr. 3, p. 433-442).

16. De meest voor de hand liggende oplossing voor de bewijsproblematiek van de patiënt bij informed consent, is uiteraard de patiënt te hulp schieten met versoepelde bewijsregels (I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, diss. BJu Den Haag 2001, p. 248 e.v.). Het Duitse leerstuk van het "Entscheidungskonflikt" houdt bijvoorbeeld in dat de patiënt niet hoeft te bewijzen dat hij, indien wél volledig geïnformeerd, anders zou hebben beslist maar slechts dat in dat geval serieuze twijfel bij hem zou zijn ontstaan. Een verlaging van de bewijsdrempel derhalve. Deze oplossing heeft echter een belangrijk na-

deel. Wanneer het bewijsrisico van het causaal verband verschuift van patiënt naar arts, die dat in veel gevallen net zo min als de patiënt zal kunnen leveren, leidt het enkele bestaan van "serieuze twijfel" bij de patiënt over de genomen beslissing indien men wel juist was geïnformeerd, misschien wel weer tot een al te genereuze remedie. De patiënt zou in al die gevallen namelijk aanspraak kunnen maken op volledige schadevergoeding, dat wil zeggen vergoeding van alle schade die samenhangt met het (verzwegen) ingetreden risico. De vraag is of een dergelijke ontwikkeling wenselijk en betaalbaar is.

17. Het moet, net als in Engeland, mijns inziens voorstelbaar worden geacht dat in bepaalde gevallen en onder bepaalde voorwaarden, schending van de informatieplicht, ook zonder dat vast komt te staan dat de niet ontvangen informatie van doorslaggevende invloed is geweest op de uiteindelijke beslissing van de patiënt, wordt gehonoreerd met smartengeld. Het gaat dan om vergoeding van de immateriële schade die iemand lijdt puur als gevolg van schending van zijn of haar aan de informatieplicht ten grondslag liggende fundamentele recht op zelfbeschikking. Ook in andere medisch-juridische context, is voor schending van het zelfbeschikkingsrecht als zodanig op de grondslag van art. 6:106 lid 1 onder b BW in de rechtspraak al immateriële schadevergoeding toegekend. Denk aan de ouders van Baby Kelly («JA» 2005/34, m.nt. F.M. van Ruitenbeek-Bart; NJ 2006, 606) en meer recent nog in een afschrikwekkende zaak die aan het Hof 's-Gravenhage was voorgelegd (LJN BK1574). In beide zaken ging het om een "ingrijpende aantasting" van het fundamentele recht tot zelfbeschikking hetgeen is aan te merken als een aantasting in de persoon zoals bedoeld in art. 6:106 lid 1 onder b BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel bij de betrokkene is vastgesteld.

18. Bij de klassieke informed consentcasus kunnen globaal vier situaties worden onderscheiden. Vooropgesteld dat door de arts een informatiefout is gemaakt, kan onderscheid worden gemaakt tussen zaken waarin kennisname van de juiste informatie tot een andere beslissing zou hebben geleid en zaken waarin dat niet zeker is (of niet bewezen kan worden). Vervolgens kan in beide situaties weer onderscheid worden gemaakt tussen zaken waarin

het niet meegedeelde risico zich ook daadwerkelijk heeft verwezenlijkt en zaken waarin dit niet is gebeurd.

Schematisch ziet dat er dan als volgt uit:



19. In welke van de vier geschetste gevaltypen is schending van de informatieplicht door de arts nu aan te merken als een aantasting van de persoon in de zin van art. 6:106 aanhef onder b BW waarvoor toekenning van immateriële schadevergoeding denkbaar is? En van welke factoren zou een dergelijke toekenning eventueel nog meer afhankelijk kunnen of moeten worden gemaakt?

20. Verdedigbaar is dat elk toerekenbaar tekortschieten in de informatieplicht door een arts in beginsel leidt tot schending van de autonomie, van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, waarmee als vanzelfsprekend geen oordeel wordt gegeven over de materiële inhoud van de informatieplicht in een individuele zaak. Ook de Hoge Raad heeft in de zogenoemde "informed consent-arresten" van 2001 reeds overwogen dat de op de arts rustende verplichting de patiënt op duidelijke wijze in te lichten over de risico's verbonden aan de voorgestelde behandeling er niet toe strekt de patiënt te beschermen tegen deze risico's, maar de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de voorgestelde behandeling zal geven. Het tekortschieten in de nakoming van deze verplichting roept volgens de Hoge Raad het risico in het leven dat de patiënt niet op de door hem gewenste wijze van zijn *zelfbeschikkingsrecht* gebruik kan maken, het risico derhalve dat hij een keuze maakt die hij mogelijk niet gemaakt zou hebben als hij goed geïnformeerd was (NJ 2002, 386 en 387).

21. Maar is elke inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht nu ook automatisch gelijk te stellen met een "aantasting in de persoon" zoals toepassing van art. 6:106 lid 1 onder b BW ver-

eist? In de zaak van baby Kelly, waaraan ik hiervoor heb gerefereerd, is door de Hoge Raad de aanvullende eis gesteld dat er sprake moet zijn van een "ernstige" aantasting van het zelfbeschikkingsrecht («JA» 2005/34, m.nt. F.M. van Ruitenbeek-Bart; NJ 2006, 606). Dit is in overeenstemming met een uitspraak van de Hoge Raad uit 2004 waarin hij overwoog dat de rechtbank geen blijk had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door de kennelijk "zeer ernstige inbreuk op de integriteit van hun persoon en de veiligheid van hun woning" te kwalificeren als een aantasting van de persoon in de zin van art. 6:106 BW (LJN AO7721; «JA» 2004/3, m.nt. J.A.F. Peters en J.M. Menge (Oosterparkrellen)). Volgens A-G Langemeijer betekent erkenning van een recht op zelfbeschikking, als hulpmiddel om het persoonlijkheidsrecht inhoud te geven, niet dat iedere inbreuk op de vrijheid van zelfbeschikking *reeds daarom* onrechtmatig is (NJ 2000, 734, m.nt. A.R. Bloembergen (Baby Joost)).

22. Wanneer verwezenlijking van de beslissingsvrijheid van de patiënt de kern vormt van de informatieplicht van de arts, dan is de stelling dat schending van deze informatieplicht, daar waar nakoming de patiënt een (extra) keuzemogelijkheid zou hebben geboden, kan leiden tot een aantasting van de persoon mijns inziens aanvaardbaar, mits de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht maar voldoende ernstig is geweest. Pleitbaar is derhalve dat niet *elk* handelen in strijd met het vereiste van *informed consent* tot een "ernstige" inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt leidt, hoewel problematisch blijft waar en wanneer de grens te trekken.

23. Naar mijn mening hoeft die grens – mede vanwege de bewijsproblematiek van de patiënt en de handhavingsfunctie van het recht – niet zonder meer te liggen bij de aanwezigheid van causaal verband tussen het informatieverzuim en verwezenlijking van het verzwegen risico. Ook in het geval dat niet komt vast te staan dat de patiënt anders zou hebben beslist, kan er sprake zijn van een ernstige aantasting van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Niettemin zal het bestaan van causaal verband wel een rol van betekenis kunnen spelen bij bepaling van de *mate* van inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht, en daarmee ook bij de bepaling van de *omvang* van de daarvoor toe te kennen immateriële schadevergoeding. Voorstelbaar is

immers dat een patiënt die aantoonbaar anders zou hebben beslist, ernstiger in z'n zelfbeschikkingsrecht is geraakt dan een patiënt waarvan dat niet aannemelijk is. Daarentegen kan er in een geval waarin volstrekt onaannemelijk is dat de patiënt van de voorgestelde behandeling zou hebben afgezien, aanleiding zijn om de mate van inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht niet ernstig genoeg te achten voor toewijzing van smartengeld (HR 1 december 2000; LJN AA8724).

24. De voorlopige tussenconclusie luidt aldus dat in beginsel alle patiënten uit de categorieën I t/m IV van het schema in alinea 18 aanspraak zouden kunnen maken op smartengeld, mits er een informatiegebrek is vastgesteld dat, via de norm van het zelfbeschikkingsrecht, leidt tot een aantasting van de persoon van de patiënt.

25. De volgende vraag is echter of aan de verwezenlijking van het risico doorslaggevende betekenis zou moeten toekomen voor civielrechtelijke honorering van een vordering gebaseerd op een informatiefout. Hoewel er vanuit principieel oogpunt eigenlijk geen overtuigende rechtvaardiging voor dit standpunt is te formuleren, meen ik dat er toch redenen is om een aanspraak op schadevergoeding in beginsel alleen te erkennen in gevallen waarin het risico dat niet is meegedeeld aan de patiënt, zich ook daadwerkelijk heeft geopenbaard (schema: categorie I en III). Aan die opvatting liggen met name praktische argumenten ten grondslag. Want hoe zal het in de regel gaan? In de meeste gevallen zal een eventueel informatiegebrek van de arts pas aan het licht komen als de behandeling niet het resultaat heeft gebracht waarop de patiënt op voorhand had gehoopt. Er is tijdens of na de behandeling een complicatie opgetreden, echter zonder dat de arts daarvan een verwijt kan worden gemaakt. Zeker wanneer de complicatie ernstig is, is goed voorstelbaar dat een patiënt die daarover van tevoren niet is geïnformeerd zich gekrenkt voelt en zich nadien afvraagt of hij eventueel van de behandeling zou hebben afgezien indien hij wel op de hoogte was geweest. Wanneer die patiënt in een procedure vervolgens stukloopt op onvoldoende bewijs van causaal verband, terwijl vaststaat dat het vereiste *informed consent* ontbrak, kan het niettemin redelijk zijn een naar billijkheid vast te stellen bedrag aan smartengeld toe te kennen wegens de krenking van zijn zelfbeschikkingsrecht.

Hiertoe dient die krenking dan wel weer zo ernstig zijn, dat deze kwalificeert als een aantasting in de persoon.

26. In het geval het verzwegen risico zich echter niet heeft verwezenlijkt en de medische behandeling ook overigens het verwachte verloop heeft gehad, zullen naar mijn – niet empirisch getoetste – inschatting niet veel patiënten achteraf onderzoek doen naar een eventuele gebrekkige informatieverstrekking vooraf, laat staan dat men genegen is daarover een procedure te beginnen. Naar ik meen zou die genegenheid ook niet door het recht gestimuleerd moeten worden (schema: categorie II en IV).

Een eventueel toe te kennen bedrag aan smartengeld zou bovendien dermate laag zijn dat een gang naar de tuchtrechter meer opportuun is. Slechts onder bijzondere omstandigheden kan hierop eventueel een uitzondering worden gemaakt, bijvoorbeeld wanneer de schending van het zelfbeschikkingsrecht zo ernstig is, dat ook zonder dat sprake is van een verwezenlijkt risico, toekenning van immateriële schadevergoeding gerechtvaardigd is (Verheij noemt daarvan twee voorbeelden in zijn dissertatie: *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting in de persoon*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 2002, p. 513).

27. Kort samengevat, zou kunnen worden geconcludeerd dat elke schending van de informatieplicht in beginsel een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt inhoudt, en dus aanleiding kan zijn voor een tuchtklacht. Een schending van de informatieplicht kan echter pas aanleiding zijn voor immateriële schadevergoeding wanneer de daardoor veroorzaakte inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht ernstig genoeg is om te kwalificeren als een aantasting in de persoon ex art. 6:106 lid 1 onder b BW. Voor beantwoording van de vraag of een schending van de informatieplicht voldoende ernstig is om te kwalificeren als een aantasting in de persoon dienen “alle omstandigheden van het geval” in aanmerking te worden genomen. Tot deze omstandigheden van het geval behoren onder andere: (a) de mate van aannemelijkheid dat de patiënt anders zou hebben beslist dan hij deed, zonder dat daaraan de strikte eis van causaal verband wordt verbonden; (b) de vraag of het risico waarover de patiënt niet is geïnformeerd zich al of niet heeft gemanifesteerd en (c) de ernst van het risico of andere gevolgen waarop de ontbre-

kenhouding informatie betrekking had. Mede afhankelijk van de invulling van deze omstandigheden, en uitzonderingen daargelaten, zou daarbij als praktisch uitgangspunt kunnen gelden dat in beginsel alleen voor de “slachtoffers” die zich ook daadwerkelijk geconfronteerd zien met de gevolgen van het voor hen onbekende maar verwezenlijkte risico, de weg naar de civiele rechter openstaat (categorie I en III) en dat in de andere gevallen desgewenst de weg van het tuchtrecht bewandeld zal moeten worden (categorie: II en IV).

28. De procesrechtelijke vraag rijst nog wat de verwijzingsrechter in Amsterdam nu staat te doen. De opdracht van de Hoge Raad aan het verwijzingshof luidt dat de vordering van mevrouw X opnieuw beoordeeld zal moeten worden, maar met inachtneming waarvan precies?

29. Naar vaste rechtspraak dient behandeling van de zaak door de verwijzingsrechter te geschieden binnen de door het verwijzingsarrest van de Hoge Raad getrokken grenzen. Dit brengt met zich dat de rechter naar wie de zaak is verwezen, vragen van feitelijke en juridische aard die de vernietigde uitspraak onopgelost heeft gelaten, alsnog moet behandelen maar gebonden is aan de in de vernietigde uitspraak gegeven eindbeslissingen die in cassatie niet of tevergeefs zijn bestreden (Asser-procesrecht nr. 199; HR 26 maart 2010, LJN BL0591). A contrario vloeit hieruit voort dat in het geval de Hoge Raad bepaalde klachten buiten behandeling heeft gelaten, de verwijzingsrechter niet gebonden is aan de door die klachten bestreden beslissingen (Asser-procesrecht nr. 199).

30. De beslissing van het Hof Arnhem van 25 april 2006 is met betrekking tot de “integriteitschade” (de vordering sub a) door de orthopedische chirurg in cassatie gemotiveerd bestreden maar door de Hoge Raad buiten behandeling gelaten. Ingevolge de hiervoor genoemde a contrario redenering betekent dit dat de beslissing van het Hof Arnhem ter zake niet kwalificeert als een eindbeslissing. Het verwijzingshof Amsterdam zal deze kwestie dus eerst opnieuw en integraal moeten beoordelen, waarna tegen die beslissing andermaal cassatie bij de Hoge Raad kan worden ingesteld. Gelet op de in alinea 13 besproken beslissing van het Hof Amsterdam uit 1998 (Hof Amsterdam 19 februari 1998, TvGR 1998/48), is het niet ondenkbeeldig dat het Hof Amsterdam de ge-

dachtegang van het Hof Arnhem over de "integriteitschade" zal volgen.

31. Dat het Hof Amsterdam zich opnieuw zal moeten buigen over de kwestie van de "integriteitschade" is overigens niet onwenselijk.

Op de motivering van het Hof Arnhem valt namelijk wel het een en ander af te dingen. Niet alleen is onduidelijk of verwezenlijking van het risico een beslissende voorwaarde is voor toekenning van smartengeld maar ook de in casusatiemiddel 2b terecht opgeworpen vraag of het informatieverzuim van de arts in kwestie inderdaad als een zodanige inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van mevrouw X is aan te merken dat zij hierdoor in haar persoon is aangetast, is door het hof niet beantwoord.

32. Een en ander betekent wel dat voor een definitieve beslissing over de mogelijkheid van immateriële schadevergoeding bij informed consent en over het lot van de vordering sub (a) van mevrouw X nog even geduld zal moeten worden betracht.

mw. mr. L.G.J. Hendrix
docent/onderzoeker Vrije Universiteit
Amsterdam

Causaliteitsonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van *Chester v. Afshar*

Mw. mr. L.G.J. Hendrix en prof. mr. A.J. Akkermans¹

1 INLEIDING

De plicht van de medische beroepsbeoefenaar tot het geven van informatie aan de patiënt is inmiddels stevig verankerd in de Nederlandse wetgeving en jurisprudentie. Sterker, het wordt gezien als een van de belangrijkste patiëntenrechten uit de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO).² Immers, zo is de gedachte, zonder voldoende geïnformeerd te zijn over de aard en implicaties van zijn ziekte en van de voorgenomen behandeling(en), is een patiënt niet uitgerust zijn autonomie en zelfbeschikkingsrecht op adequate en bevredigende wijze uit te oefenen. En juist dat laatste wordt in zijn algemeenheid als een nastrevenswaardige ontwikkeling binnen de geneeskunst beschouwd.

Hoewel er vanuit verschillende disciplines (medisch, sociologisch, psychologisch en filosofisch) veel te zeggen is over de informatieplicht van de arts, breken juristen zich in informed consent-zaken doorgaans het hoofd over de causaliteitsproblematiek. Kan een patiënt, waarvan vaststaat dat de arts hem of haar onvoldoende informatie heeft verstrekt over bijvoorbeeld bepaalde risico's van een operatie, wanneer zo'n risico zich verwezenlijkt en de patiënt daardoor schade lijdt, met succes aanspraak maken op schadevergoeding?

De fout van de arts is in een dergelijk geval meestal gelegen in een nalaten; namelijk in het niet geven van voldoende of volledige informatie op basis waarvan de patiënt zelf een afgewogen beslissing kan maken over het al dan niet laten uitvoeren van een voorgestelde behandeling of ingreep. Wat deze zaken compliceert is dat het letsel, en de daaruit voortvloeiende schade, niet rechtstreeks veroorzaakt is door een fout van de arts maar paradoxaal genoeg juist door het volgens de regels van de kunst uitvoeren van de medische ingreep.³ Overigens is dit laatste niet altijd het geval. Wanneer het informatieverzuim er in gelegen is dat te veel of onvolledige informatie wordt verschaft, kan dat ook tot de spiegelbeeldige situatie leiden dat van een behandeling wordt afgezien die de patiënt, achteraf beschouwd, misschien toch liever wel had gehad.⁴ Maar ook dan rijst de vraag of aangenomen kan worden dat het verzuim van de arts heeft geleid tot de schade zoals die door de patiënt wordt geleden.

1. Loes Hendrix is docent-onderzoeker aan de Vrije Universiteit van Amsterdam en Arno Akkermans is hoogleraar Privaatrecht aan de Vrije Universiteit van Amsterdam.

2. Art. 7:448 BW; J. Legemaate, *Patiëntveiligheid en patiëntenrechten* (oratie VU Amsterdam), Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2006, p. 7.

3. S. Devaney, 'Autonomy Rules Ok', *Med. Law Review* 2005, p. 103.

4. Een Nederlands voorbeeld is te vinden in: HR 20 oktober 2006; LJN AY9312 (vonnis in eerste instantie was van de Rb. Roermond; LJN AA7520). In Engeland tamelijk recent: *Al Hamwi v. Johnston and Another* [2005] EWHC 206.

In Nederland wordt de oplossing voor deze problematiek vooralsnog gezocht in toepassing van de klassieke causaliteitsleer. Slechts in het geval dat aangenomen kan worden dat de patiënt, indien correct geïnformeerd, van de operatie zou hebben afgezien (en het risico zich dus niet zou hebben verwezenlijkt), wordt het voor schadevergoeding vereiste causaal verband aangenomen. Wordt daarentegen aangenomen dat de patiënt, ondanks de gebrekkige informatie, toch toestemming zou hebben gegeven voor de operatie, dan is het informatieverzuim van de arts geen *conditio sine qua non* geweest voor het ontstaan van de schade en ontbreekt dus het vereiste causaal verband. Andere benaderingen biedt het leerstuk van informed consent totnogtoe niet.

Het is de patiënt die het bewijs moet leveren dat hij of zij van de behandeling zou hebben afgezien als op voorhand voldoende bekendheid had bestaan omtrent de aan de behandeling klevende risico's. Dit laatste lukt maar zelden, reden waarom dergelijke patiënten veelal met lege handen blijven staan en het tekortschieten van de arts in zijn informatieplicht niet, althans niet in civielrechtelijke zin, wordt gesanctioneerd.⁵

Men kan zich de vraag stellen of deze situatie wel voldoende bevredigend is. Zoals het werd geformuleerd in de hieronder nader te bespreken uitspraak van het Engelse House of Lords: "The function of the law is to protect the patient's right to choose. If it is to fulfil that function it must ensure that the duty to inform is respected by the doctor. It will fail to do this if an appropriate remedy cannot be given if the duty is breached and the very risk that the patient should have been told about occurs and she suffers injury."⁶

Te bedenken valt dat het bij informed consent gaat om het uitvoering geven aan belangrijke, grondwettelijke gewaarborgde rechten, zoals het recht op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer (art. 10 Grondwet) en op de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam (art. 11 Grondwet). Schiet het recht niet tekort als het deze rechten niet op adequate wijze kan beschermen?

Wij beperken ons in eerste instantie tot de vraag of het civiele aansprakelijkheidsrecht zijn functie hierin op voldoende bevredigende wijze kan effectueren. De rol die het tuchtrecht hierin zou kunnen spelen, laten we in dit artikel buiten beschouwing.⁷

2 HET TOEPASSINGSBEREIK VAN DE OMKERINGSREGEL

Uitgaande van het 'klassieke' scenario van de patiënt die schade lijdt doordat een onvermeld gebleven risico zich heeft verwezenlijkt, is een aantal variaties denkbaar in de wijze waarop de problematiek van het causaal verband zou kunnen worden benaderd. Eén van de mogelijkheden is het verlichten van de bewijslast van de patiënt. In theorie zou dat kunnen door toepassing van de zogenoemde 'omkeringsregel', ware

5. M.J.J. de Ridder, 'Causaal verband bij informed consent', TvGR 2000, p. 353-361.

6. Lord Hope of Craighead in *Chester v. Afshar* [2004] UKHL 41, 4 All ER 587, in par. 56.

7. Met de benodigde voorzichtigheid zou veronder-

steld kunnen worden dat voor patiënten die schade hebben geleden als gevolg van een informatiefout, de gang naar de tuchtrechter minder aantrekkelijk is omdat daar voor hen financieel gezien niets te halen is.

het niet dat de Hoge Raad toepassing van deze regel al in 2001 bij informed consent-zaken expliciet van de hand heeft gewezen.⁸ Nog niet zo lang geleden heeft de Hoge Raad dit standpunt nog eens bevestigd.⁹ Het eerste arrest van 23 november 2001 betrof een patiënte die een operatie onderging aan haar pols vanwege een peesschede-ontsteking. Tijdens de operatie werd een zenuw beschadigd met blijvende schade tot gevolg. Volgens de vrouw was zij van tevoren ten onrechte niet gewaarschuwd voor dit risico. Had zij die informatie wel ontvangen, zo stelde zij, dan zou ze van de operatie hebben afgezien. In cassatie draaide het uitsluitend nog om het causaal verband, of beter, om het ontbreken daarvan.

De door de patiënte bepleite toepassing van de omkeringsregel vond geen gehoor bij de Hoge Raad. Kort gezegd strandde dit beroep op de later als 'specificiteitsvereiste' benoemde voorwaarde dat de geschonden norm specifiek de strekking moet hebben te beschermen tegen het verwezenlijkte risico.¹⁰ De Hoge Raad oordeelde:

3.5.4. "Deze op de arts rustende verplichting om de patiënt op duidelijke wijze in te lichten over de risico's verbonden aan de voorgestelde behandeling strekt derhalve niet ertoe de patiënt te beschermen tegen deze risico's, maar zij strekt ertoe, zoals hierboven in 3.5.3. is overwogen, de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de voorgestelde behandeling zal geven.¹¹ Het tekortschieten in de nakoming van deze verplichting roept het risico in het leven dat de patiënt niet op de door hem gewenste wijze van zijn zelfbeschikkingsrecht gebruik kan maken, het risico derhalve dat hij een keuze maakt die hij mogelijk niet gemaakt zou hebben als hij goed geïnformeerd was."

"Uit het in 3.5.3. en 3.5.4. overwogene volgt dat hetgeen zich heeft voorgedaan, in het onderhavige geval een zenuwbeschadiging na de operatie van 20 juni 1991, niet kan worden aangemerkt als verwezenlijking van het risico dat door het tekortschieten door O. in de nakoming van zijn informatieplicht in het leven is geroepen. Er is dan ook geen aanleiding om in het onderhavige geval 'de omkeringsregel' van toepassing te achten en aan te nemen dat met het tekortschieten van O. het causaal verband tussen dit tekortschieten en de ontstane schade in beginsel is gegeven."

Uiteindelijk bekrachtigde de Hoge Raad het oordeel van het hof en bleef het dus aan de patiënte om bewijs te leveren van haar stelling dat ze van de behandeling zou hebben afgezien. Dat laatste had het hof, in navolging van de rechtbank, niet aannemelijk geoordeeld, welk oordeel in cassatie niet meer aan de orde werd gesteld.

8. HR 23 november 2001, *NJ* 2002, 386 en 387 (m.nt. J.M.B. Vranken).

9. 29 september 2006; *LJN* AY5693. In dit arrest handelt de Hoge Raad zijn eerder uitgezette lijn door de twee onderdelen van het cassatiemiddel die zich keren tegen de arresten van 23 november 2001 te laten falen: 3.4.2: "De onderdelen 3.2 en 3.3 zijn gebaseerd op een andere rechtsopvatting dan in de door het hof genoemde arresten van de Hoge Raad van 23 november 2001 als juist is aanvaard". Overigens kwam men in deze zaak niet toe aan een beoordeling van het causaal verband tussen de schending van de informatieplicht en het al of niet doorgaan van de operatie omdat niet

kon worden vastgesteld dat het letsel van de patiënt zijn oorzaak vond in de uitgevoerde operatie.

10. A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*, Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2002; HR 29 november 2002, *RvdW* 2002, 190 en 191.

11. Het is ons inziens juist om te stellen dat de mogelijkheid van verwezenlijking van het risico niet de reden/het doel is van de verplichting de patiënt erover te informeren, zij het met de kanttekening dat zonder de aanwezigheid van dat risico, er vanzelfsprekend ook geen reden is het te openbaren, M. Stauch, 'Taking the consequences for failure to warn of medical risks', *Modern Law Review* 2000, p. 266.

2.1 Subjectief of objectief?

In dit verband dringt zich de vraag op of ten aanzien van de hypothetische beslissing van de patiënt het objectieve (wat zou een redelijk handelende patiënt hebben gedaan) criterium dan wel het subjectieve (wat zou deze patiënt feitelijk hebben gedaan) criterium moet worden gehanteerd. Deze (rechts)vraag is nog niet expliciet aan de Hoge Raad voorgelegd maar in de arresten van 23 november 2001 oordeelde de Hoge Raad in het kader van de bewijslastverdeling echter wel dat de benadeelde:

3.5.6. "(...) ingevolge de hoofdregel van art. 177 Rv (oud) moest stellen en, zo nodig, bewijzen dat zij, indien zij op duidelijke wijze was ingelicht over het aan de voorgestelde behandeling verbonden risico van beschadiging van een zenuw, als redelijk handelende patiënt in de gegeven omstandigheden niet gekozen zou hebben voor deze behandeling en/of dat zij om redenen van persoonlijke aard niet voor deze behandeling zou hebben gekozen."

Anders dan in verjaringszaken, waar de Hoge Raad ten aanzien van de 'bekendheids-eis' van artikel 3:310 BW uitdrukkelijk heeft gekozen voor een subjectief criterium,¹² lijkt het erop dat de Hoge Raad in informed consent-zaken in eerste instantie het objectieve criterium aanhangt maar dat een benadeelde, indien deze de geobjectiverde toets niet passeert, een poging mag doen aannemelijk te maken dat hij of zij omwille van redenen van persoonlijke aard, en in afwijking van de redelijk handelende patiënt, toch anders zou hebben beslist. Door expliciete toevoeging van het woordje of mag bovendien aangenomen worden dat het slagen voor die subjectieve toets op zichzelf voldoende kan zijn voor de aannahme dat toestemming achterwege zou zijn gebleven indien de patiënt volledig was geïnformeerd.

Het subjectieve criterium strookt naar onze mening ook het meest met de norm die de informatieplicht beoogt te beschermen. Grondslag voor het geven van informatie aan de patiënt vormt immers het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt; de patiënt moet in staat worden gesteld zelf een autonome keuze te maken ten aanzien van de behandelwijze, hoe die keuze ook luidt en hoe afwijkend die in de ogen van anderen wellicht ook is. Dat uitgangspunt vormt nu juist de kern van het recht op zelfbeschikking. Tegelijkertijd past hier enige relativering, want anders dan in het verjaringsrecht, waar het gaat om het reële, concrete moment van bekend worden van de benadeelde met de schade en de aansprakelijke persoon, betreft het in informed consent-zaken per definitie een hypothetische situatie. Een situatie dus waarin ook de benadeelde zelf nooit heeft verkeerdt. De benadeelde zal dan ook slechts met wijsheid achteraf iets kunnen zeggen over de vermoedelijke keuze die hij zou hebben gemaakt als hij op voorhand bekend was geweest met het niet-meegedeelde risico. Hij is nooit daadwerkelijk geconfronteerd geweest met die keuze. Om die reden is een kritische houding geboden wanneer een benadeelde stelt dat precies dat ene stukje informatie, dat hem ten onrechte is onthouden, hem op andere gedachten zou hebben gebracht. Concrete feiten zullen deze benadeelde moeten verheffen boven de verdenking dat het niet

12. HR 6 april 2001, NJ 2002, 383 (Vellekoop/Wilton Fijenoord), r.o. 3.4.2. met een objectiverende relativering in r.o. 3.4.4.

enkel wijsheid achteraf is die hem tot deze stelling brengt.¹³ In zoverre is het aanbren- gen van enige objectivering, óók bij een principiële keuze voor een subjectief crite- rium, op zijn plaats.¹⁴

2.2 *Informatie die wél specifiek gericht is op het voorkomen van het risico dat zich heeft gerealiseerd*

Met betrekking tot de omkeringsregel, wordt volledigheidshalve nog opgemerkt dat de visie van de Hoge Raad uiteraard de mogelijkheid in stand laat de omkeringsregel wel toe te passen in zaken waarin weliswaar ook de informatieplicht van de arts in het geding is, maar waarin de ten onrechte niet gegeven informatie niet gericht is op het kunnen maken van een keuze door de patiënt of op het verkrijgen van geldige, op informatie gebaseerde toestemming voor behandeling. In die gevallen is de informatie juist wél gericht op het voorkomen van een specifiek risico.¹⁵ Als illustratie kan worden gewezen op het geval dat een arts verzuimt een patiënt informatie te geven met betrekking tot de mogelijkheid van resterende vruchtbaarheid gedurende een bepaal- de periode na een vasectomie,¹⁶ waardoor een patiënt ten onrechte aanneemt dat hij definitief onvruchtbaar is.¹⁷ Aangenomen dat een dergelijk verzuim als een nalatig- heid van de arts kan worden gekwalificeerd, is het doel van die informatie juist speci- fiek gericht op het voorkomen van een ongewenste zwangerschap.¹⁸ Wij menen daarom dat in dergelijke gevallen de omkeringsregel de patiënt soelaas zou moeten kunnen bieden, ook omdat toepassing van de omkeringsregel in die gevallen in over- eenstemming is met de tweeledige rechtvaardiging ervan; namelijk (1) de aanwezig- heid van een feitelijk vermoeden dat de schade (in het voorbeeld: de ongewenste zwangerschap) ook daadwerkelijk is veroorzaakt door het ontbreken van correcte informatie én (2) het daadwerkelijk kunnen waarborgen van de effectiviteit van de norm.¹⁹ Zeer algemeen geformuleerd zou naar onze mening in procedures waarbij de in het geding zijnde informatieplicht gericht was op het voorkomen of stimuleren van bepaald gedrag bij de patiënt, de omkeringsregel wél toepassing kunnen vinden, ter- wijl in gevallen waarin de informatie primair gericht is op het in staat stellen tot het maken van een weloverwogen keuze door de patiënt, die toepassing achterwege zou moeten blijven.²⁰ In de tweede situatie is het verschaffen van adequate informatie door de arts ook een noodzakelijke voorwaarde voor het krijgen van valide toestem-

13. Devaney 2005, p. 105 (zie noot 3).

14. Zie ook A-G mr. J. Spier in de overwegingen 4.18 t/m 4.30 van zijn conclusie voor het arrest HR 6 april 2001, NJ 2002, 383 (*Vellekoop/Wilton Fijenoord*); Th. Vansweevelt, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Antwerpen-Apeldoorn: Maklu 1992, p. 312; I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Wil- link 1999, p. 64-66.

Voor een overzicht van Common Law-landen; zie D. Giesen, *International Medical Malpractice Law*, Leiden: Brill 1988, p. 343: "Common Law courts apply diffe- rent tests of causation. They may apply a subjective test, as in England or New Zealand (...). Alternatively, as in Canada and the United States, they may apply an objective test (...). Finally, they may apply a 'combi- ned test', now slowly emerging in Canada in what could be called the post-Reible case law, consisting of

considerations both of what this particular patient, and a reasonable patient in that patient's position would have decided."

15. Zie ook: A-G mr. J. Spier in zijn conclusie voor het arrest van 23 november 2001, NJ 2002, 386.

16. Sterilisatie van de man.

17. Rb. Arnhem 12 juni 2006; LJN AY7461.

18. A.J. Akkermans, *De omkeringsregel bij het bewijs van causaal verband*, Den Haag: BJU 2000, p. 106, 107; HR 29 november 2002, RvdW 2002, 190 (TFS/NS) en HR 29 november 2002, RvdW 2002, 191 (*Kastelijl/Acht- karspelen*).

19. Akkermans 2000, p. 123-133 (zie noot 18).

20. Uit HR 2 februari 2007, LJN AZ4564 zou overi- gens kunnen worden opgemaakt dat de Hoge Raad de regel langzaamaan de rug toekeert en dat de omke- ringsregel zijn beste tijd dus inmiddels lijkt te hebben gehad.

ming, daar waar het aspect van toestemming in het voorbeeld van de vasectomie niet speelt. Voor een goed begrip zouden we voor de eerstbedoelde zaken de term 'informed-zaken' kunnen reserveren, zulks ter onderscheiding van de echte 'informed consent-zaken' waarop ook de Hoge Raad op 23 november 2001 het oog had.

3 CHESTER V. AFSHAR

Na dit intermezzo over de omkeringsregel en het toe te passen criterium, resteert de vraag hoe de informatieplicht, mede gelet op het alom erkende belang van de informatieplicht als richtinggevende norm voor het handelen van de arts,²¹ in de praktijk beter geëffectueerd zou kunnen worden. Met dit probleem wordt uiteraard niet alleen in Nederland geworsteld. Het Engelse House of Lords heeft in de zaak *Chester v. Afshar* een alternatieve benadering toegepast in een informed consent-procedure.²² Hoewel de uitkomst van de zaak sympathiek is en recht doet aan het belang van de informatieplicht, verdient de redenering van het House of Lords ons inziens toch geen navolging.²³

Waar ging het om in *Chester v. Afshar*? Mevrouw Chester, een (voormalig) reisver-slaggeefster, leed al gedurende zes jaren aan tamelijk ernstige rugklachten. Zij werd hiervoor met medicijnen behandeld door haar reumatoloog dr. Wright. In 1994, nadat haar klachten opnieuw waren verergerd, adviseerde dr. Wright mevrouw Chester een operatie in overweging te nemen. Vanwege haar weerszin tegen een operatie, verzette Chester zich daar aanvankelijk tegen maar liet zich uiteindelijk toch doorverwijzen naar dr. Afshar, een gerenommeerd neurochirurg.

Tijdens het eerste consult op 18 november 1994, onderzocht dr. Afshar mevrouw Chester ongeveer vijftien minuten en spraken zij vervolgens nog ongeveer een half uur met elkaar. Tijdens dat gesprek liet dr. Afshar Chester weten dat in zijn opinie alleen een operatie haar de gewenste verlichting zou kunnen brengen.

Chester stemde in met een operatie, die op 21 november 1994 door dr. Afshar werd uitgevoerd. Kort daarna werd duidelijk dat Chester leed aan het zogenoemde cauda equina-syndroom,²⁴ een syndroom waarvan de kans dat het tijdens de operatie ontstaat ongeveer 1 à 2% is. Ten gevolge van dit syndroom ondervond Chester ook jaren na de operatie nog steeds beperkingen en pijnklachten aan haar linkerbeen.

21. Ook de Hoge Raad acht het recht op informatie een fundamenteel, grondwettelijk gewaarborgd, recht:

3-5-3. "Het gaat hier om een geval van het tekortschieten door een arts in de nakoming van de op hem rustende verplichting zijn patiënt vóór een medische behandeling op duidelijke wijze in te lichten over de risico's van de voorgestelde behandeling. Deze verplichting strekt ertoe de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor deze behandeling zal geven. Deze verplichting vindt zijn grondslag in de door art. 10 van de Grondwet gewaarborgde eerbiediging en bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de door art. 11

van de Grondwet gewaarborgde onaantastbaarheid van het lichaam." (HR 23 november 2001, NJ 2002, 386).

22. *Chester v. Afshar* [2004] 4 All ER 587.

23. Zie ook: A.J. Akkermans, 'Informed Consent and the Requirement of Causation, *Chester v. Afshar*, 14 October 2004', *European Review of Private Law* 2007, p. 433-449.

24. Coëllho, *Zakwoordenboek der geneeskunde*, Arnhem: Elsevier 2000, p. 125: neurologisch uitvalverschijnsel bij hernia nucleii pulposi, bloeding in het wervelkanaal e.d. waarbij mictie- en/of defecatieaandrang zijn opgeheven en paresthesieën kunnen optreden.

In de procedure die volgde, wierp Chester de neurochirurg een tweetal verwijten voor de voeten. Ten eerste zou dr. Afshar de operatie niet volgens de regels der kunst hebben uitgevoerd maar bovendien had hij haar ten onrechte niet geïnformeerd over de aan de operatie verbonden risico's, waaronder het risico op het intreden van het cauda equina-syndroom. Wat deze zaak bijzonder maakt, is de omstandigheid dat Chester niet bepleitte dat zij, ware zij vooraf van dit concrete risico op de hoogte geweest, zonder meer van de operatie zou hebben afgezien. Volgens de klassieke leer zou de rechter dan 'slechts' hebben hoeven te onderzoeken in hoeverre die stelling als juist kon worden aanvaard. Maar nee, Chester stelde zich op het standpunt dat zij, indien volledig geïnformeerd, niet zou hebben ingestemd met een operatie drie dagen na haar eerste en enige contact met dr. Afshar. Zij zou dan eerst derden hebben geraadpleegd om te onderzoeken of haar wellicht nog andere opties ten dienste stonden. Met andere woorden; ze zou haar beslissing over het al dan niet ondergaan van de operatie hebben uitgesteld; onzeker is hoe die beslissing uiteindelijk zou hebben geluid. In de visie van Chester en haar advocaat was voor honorering van de claim voldoende dat vaststond dat zij de operatie op een ander tijdstip zou hebben laten verrichten, ondanks het feit dat het risico op het cauda equina-syndroom dan precies gelijk zou zijn gebleven, namelijk 1 à 2%.

Het eerste verwijt aan het adres van dr. Afshar vond geen gehoor bij de rechter; aangenomen werd dus dat dr. Afshar de operatie conform de daaraan te stellen eisen had verricht. Voor wat betreft het verwijt dat dr. Afshar onvolledig was geweest met betrekking tot de aan de operatie verbonden risico's, bestond aanvankelijk discussie. Uiteindelijk werd echter vastgesteld dat dr. Afshar inderdaad geen, althans – in het licht van de door Chester gestelde vragen – onvoldoende informatie had gegeven met betrekking tot het risico van het cauda equina-syndroom.²⁵ Niet ter discussie stond het feit dat het risico op het krijgen van een cauda equina-syndroom, hoe gering ook, inderdaad tot de informatieplicht van de arts behoorde.

Uiteindelijk pakte ook de causaliteitstest gunstig uit voor Chester, zij het dat het House of Lords daartoe een andere weg bewandelde dan de rechters van de eerste en tweede instantie. De rechter in eerste instantie, judge Taylor, oordeelde op basis van de traditionele 'but for-test' tot een causale relatie, kort gezegd, omdat hij het op grond van zijn feitelijke vaststellingen geloofwaardig vond dat Chester, ware zij door dr. Afshar volledig geïnformeerd over de risico's van de operatie, inderdaad eerst nog een tweede of misschien zelfs wel een derde arts zou hebben geconsulteerd. De operatie zou in zijn ogen in elk geval niet op 21 november 1994 hebben plaatsgevonden.

Judge Taylor, § 81: "(...) On the findings that I have made, the risk that materialised during the operation on 21 November 1994 was the risk about which she should have been, but was not, adequately warned. Had she been adequately warned, the operation

25. Aan de hand van de zogenoemde 'Bolam-test' wordt beoordeeld of het handelen van de medische beroepsbeoefenaar in overeenstemming is met 'a practice accepted as proper by a responsible body of

medical men' (*Bolam v. Friern Hospital Management Committee* [1957] 2 All ER 118. Voor informed consent-zaken is deze norm nader gespecificeerd in de zaak *Sidaway v. Governors of Bethlem Hospital* [1985] 1 AC 871.

in question would not have taken place and she would not have suffered damage. In these circumstances, and without more, it seems to me that the necessary causal link is sufficiently established.”

So far, so good; judge Taylor komt op grond van de feiten tot de conclusie dat de operatie in elk geval niet op 21 november 1994 zou hebben plaatsgevonden. Maar de traditionele causaliteitsprincipes indachtig, helpt dit de benadeelde in principe nog niet veel verder. Van uitstel komt immers niet altijd afstel. Om de omvang van de schadevergoeding vast te kunnen stellen, zou strikt genomen toch weer de vraag beantwoord moeten worden of Chester in de hypothetische situatie zonder informatiegebrek nu uiteindelijk wel of niet voor de operatie zou hebben gekozen. Zo ja, dan is de aan dr. Afshar te wijten schade beperkt tot de periode tussen 21 november 1994 en het tijdstip waarop de operatie eigenlijk had moeten plaatsvinden. Maar voor judge Taylor is niet doorslaggevend of de operatie alleen maar op een later tijdstip zou hebben plaatsgevonden of mogelijk zelfs helemaal niet.²⁶ Want, zo luidde zijn argumentatie, gelet op het gelijkblijvende geringe risico van 1 à 2% op het krijgen van het cauda equina-syndroom lag het niet in de lijn der verwachting dat dit risico zich bij een operatie op een andere datum ‘nogmaals’ zou verwezenlijken. Het maakte in de visie van de rechter dus geen verschil of de operatie uiteindelijk wellicht tóch zou zijn verricht, zo lang maar aangenomen kon worden dat deze, zonder informatiegebrek van de arts, op een ander tijdstip zou zijn verricht.

Judge Taylor, § 8: “(...) I do not see how the fact that the claimant cannot prove that at no future time would she have undergone such an operation can break the causal link thus established. This is especially so when, as I have found, it is improbable that the circumstances of any future surgery would have been identical to those in which the risk, on any view a small one, actually materialised.”

Om hierna nog te noemen redenen kan de redenering van judge Taylor ons inziens de toets der kritiek niet doorstaan maar niettemin blijft zijn oordeel ook in hoger beroep overeind. In belangrijke mate geïnspireerd door de inzichten van het Australische High Court in de zaak *Chappel v. Hart*²⁷ luidde het unanieme oordeel van het Court of Appeal dat het niet correct is het willekeurige intreden van het risico van 1 à 2% als de wezenlijke oorzaak van het letsel van Chester aan te wijzen in plaats van de nalatigheid van dr. Afshar om haar juist op dat risico te attenderen.

Court of Appeal, § 47: “(...) The object is to enable the patient to decide whether or not to run the risks of having that operation at that time. If the doctor’s failure to take that care results in her consenting to an operation to which she would not otherwise

26. Dat laatste liet zich in casu niet vaststellen.

27. *Chappel v. Hart* (1998) 72 ALJR 1344; in deze zaak was mevrouw Hart onvoldoende gewaarschuwd over de aan een keeloperatie verbonden risico’s. Hoewel in deze zaak werd vastgesteld dat een operatie uiteindelijk onafwendbaar was, werd niettemin causaal verband aangenomen. Ook op een ander punt verschilde de casus van die van *Chester v. Afshar*. Aangenomen werd namelijk dat mevrouw Hart op zoek zou zijn gegaan naar de meest bekwame arts om de operatie uit te voeren. Toch wees de meerderheid van de het High Court toepassing van de door dr. Chappel

bepleite theorie van het verlies-van-een-kans expliciet van de hand: (9) “(...) it is to apply sophistry rather than common sense to say that, although the risk of physical injury which came about called the duty of care into existence, breach of that duty did not cause or contribute to that injury, but simply resulted in the loss of an opportunity to pursue a different course of action.” (12) “... And to say that Mrs Hart would inevitably have been exposed to risk of the harm which she suffered is not to say that she would inevitably have suffered that harm.”

have given her consent, the purpose of that rule would be thwarted if he were not to be held responsible when the very risk about which he failed to warn her materialises and causes her an injury which she would not have suffered then and there."

Het zijn precies de woorden 'at that time' van het Court of Appeal die naar onze mening ten onrechte zijn toegevoegd aan de hiervoor geciteerde omschrijving van het doel van de informatieplicht. De informatieplicht is in het leven geroepen om gehoor te geven aan de roep om meer respect voor de autonomie en het recht op zelfbeschikking van patiënten. De verplichting de patiënt te informeren over de risico's van een operatie strekt ertoe de patiënt zelf te kunnen laten bepalen of hij die risico's überhaupt wil lopen, niet of hij die risico's op een bepaalde tijd en plaats wil lopen. De redeneringen van judge Taylor en het Court of Appeal sluiten niet aan bij de kern van het recht dat zij beogen te beschermen. Het tijdstip van de operatie is – bij gelijkblijvende overige omstandigheden – eigenlijk een 'irrelevant detail' waarvan men zich kan afvragen of dat wel de geboden bescherming verdiend.²⁸ Door de ontoereikende informatie was er voor Chester ook géén grotere kans op het cauda equina-syndroom ontstaan; die kans is steeds hetzelfde gebleven. Als het recht op informatie in de door het Court of Appeal²⁹ bedoelde zin zou worden geoperationaliseerd, kan dat logischerwijs tot de consequentie leiden dat ook allerlei andere, voor rekening van de arts en/of het ziekenhuis komende oorzaken van vertraging of vervroeging van bepaalde medische behandelingen, tot een schadevergoedingsverplichting jegens de patiënt leiden wanneer een aan die behandelingen inherent doch klein risico zich zou verwezenlijken.³⁰ Een weinig wenselijke ontwikkeling.

Een andere relevante gedachteoefening is de vergelijking met de situatie dat aan een behandeling twee risico's (risico A en risico B) kleven die van zodanige aard zijn dat het common sense is dat ze moeten worden gemeld aan de patiënt die aan de vooravond van een dergelijke behandeling staat. De arts verzuimt de patiënt op het bestaan van risico A te attenderen. Het andere risico (risico B), waarover de patiënt dus wél is geïnformeerd, verwezenlijkt zich. Met andere woorden; er heeft zich een aan de operatie verbonden risico verwezenlijkt en de arts heeft zijn informatieplicht geschonden. De patiënt zegt: "Had ik vooraf van risico A geweten, dan had ik overwogen van de operatie af te zien. In dat geval had ik dus niet de schade geleden die ik nu wel heb geleden."

Met Stolker³¹ denken ook wij dat deze redenering stuk loopt op het relativiteitsvereiste.³² De plicht tot het informeren over risico A beoogt de patiënt in staat te stel-

28. Zie Lord Hoffmann, één van de twee dissenting Lords in de zaak *Chester v. Afshar*, (31) "(...) The question is whether one would have taken the opportunity to avoid or reduce the risk, not whether one would have changed the scenario in some irrelevant detail."

29. Hetzelfde geldt voor de redenering van judge Taylor.

30. Dit uitgangspunt kan eventueel uitzondering lijden indien door het veranderde tijdstip de uitgangssituatie van de patiënt in ongunstige zin is veranderd, waardoor de kans op een beter behandelingsresultaat

verloren is gegaan. Dit vereist uiteraard wel dat verandering van het tijdstip van behandeling als onrechtmatig kan worden gekwalificeerd. Daarvan zal niet zo snel sprake zijn.

31. M. Faure & H. Koziol, *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Wien/New York: Springer 2001, p. 165-166; Vgl. voor Engeland: H. Rogers, in: Faure & H. Koziol 2001, p. 230-231; P. Cane, 'A Warning about Causation', *LQR* 1999, p. 25.

32. Anders in Duitsland: Faure & Koziol 2001, p. 123-127 (zie noot 31).

len te beslissen of hij bereid is risico A te lopen. Niet om te beslissen of hij risico B wil lopen. Kennelijk had deze patiënt ten aanzien van risico B reeds geoordeeld dat dit risico geen belemmering vormde om de behandeling doorgang te laten vinden. Om die reden lijkt het niet juist de patiënt schadeloos te stellen voor de gevolgen van het intreden van risico B, enkel omdat hij niet was geïnformeerd over de mogelijkheid van risico A.

3.1 *House of Lords*

Tot slot buigt ook het House of Lords zich over de kwestie Chester. Met een drie tegen twee meerderheid strandt het cassatieberoep van dr. Afshar bij de Lords. Toch is de gedachtegang van de Lords om tot toewijzing van de vordering van Chester te komen anders dan die van judge Taylor en het Court of Appeal. Het merendeel van de Lords wijst de redenering van de lagere rechters van de hand, daarbij openlijk erkennend dat "A solution to this problem which is in Miss Chester's favour cannot be based on traditional causation principles."³³

Niettemin acht het House of Lords op basis van 'policy grounds' een uitzondering op de traditionele causaliteitsprincipes gerechtvaardigd. Samengevat komt het meerderheidsstandpunt er op neer dat een patiënt die meer bedenktijd had gewild om een afgewogen beslissing te kunnen nemen over het al dan niet instemmen met de voorgestelde behandeling, geen genoegdoening mag worden onthouden uitsluitend omdat hij of zij niet kan aantonen dat uiteindelijk nooit voor de behandeling zou zijn gekozen. Wanneer het letsel binnen het bereik van de door de arts geschonden norm valt, vereist de rechtvaardigheid een adequate reactie door de aanspraak op schadevergoeding te honoreren.

Lord Hope of Craighead: § 87 "The function of the law is to enable rights to be vindicated and to provide remedies when duties have been breached. Unless this is done the duty is a hollow one, stripped of all practical force and devoid of all content. It will have lost its ability to protect the patient and thus to fulfil the only purpose which brought it into existence. On policy grounds therefore I would hold that the test of causation is satisfied in this case. The injury was intimately involved with the duty to warn. The duty was owed by the doctor who performed the surgery that Miss Chester consented to. It was the product of the very risk that she should have been warned about when she gave her consent. So I would hold that it can be regarded as having been caused, in the legal sense, by the breach of that duty."

3.2 *Concluderend*

Welke conclusies kunnen we verbinden aan *Chester v. Afshar*? Moeten Engelse artsen, en in hun navolging de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars, zich zorgen maken over een hausse aan informed consent-claims? Dat valt nog te bezien maar uitgesloten is het zeker niet.

33. Lord Hope of Craighead in alinea 81 van zijn opinie. Vergelijkbaar: Lord Steyn in alinea 23, 24 en Lord Walker of Gestingthorpe in alinea 100.

Twee relativeringen vooraf: de uitspraak verandert uiteraard niets aan de omvang van de informatieplicht van de arts. Deze is door deze uitspraak niet groter of anders geworden. Het is wel andermaal een waarschuwing aan het adres van medisch beroepsbeoefenaren dat ze de informatieplicht (en de documentatie daarvan) niet lichtzinnig moeten opvatten. Daarnaast kan een patiënt als Chester die stelt 'slachtoffer' te zijn geworden van een informatiefout, niet volstaan met het enkel aantonen van die fout. Deze patiënten zullen nog steeds moeten kunnen aantonen dat zij, ware zij volledig geïnformeerd, anders hadden beslist. In het geval van Chester was dat relatief eenvoudig omdat veel omstandigheden in een voor haar gunstige richting wezen. Interessant is bovendien dat judge Taylor voor de waardering van dit bewijs belang hechtte aan het feit dat Chester juist niet had geclaimd dat zij zonder meer van de hele operatie zou hebben afgezien als ze vooraf van het risico van het cauda equina-syndroom had geweten. Dit maakte haar in de ogen van deze rechter extra geloofwaardig. Het is echter nog maar de vraag of dit argument ook nog steeds geloofwaardigheid kan verlenen aan toekomstige – Engelse – claimanten van een geschonden informatieplicht die, daartoe wellicht geïnspireerd door hun advocaat, stellen dat ze geen toestemming zouden hebben gegeven voor de operatie op het tijdstip waarop deze feitelijk was verricht. Want welke patiënt stelt na Chester nog dat hij definitief van de behandeling zou hebben afgezien als hij volledig geïnformeerd was over de aan de operatie verbonden risico's? Die patiënt is in tweeërlei opzicht slechter af dan Chester. Allereerst de zwaarte van de bewijslast. Het zal in de regel eenvoudiger zijn aan te tonen dat nog een second opinion was gewenst alvorens toestemming te geven voor een bepaalde behandeling dan te bewijzen dat in de hypothetische situatie zonder informatiefout besloten zou zijn helemaal van de behandeling af te zien, speciaal in het geval dat de behandeling medisch geïndiceerd was. Het is niet goed voorstelbaar op welke gronden een rechter de alleszins redelijke vraag om meer bedenktijd als onredelijk terzijde kan leggen.³⁴

Daarnaast lijkt Chester ook in schadevergoedingsopzicht beter af. Veronderstel eens dat Chester volgens de traditionele causaliteitsprincipes was geslaagd in het bewijs dat zij, ware zij vooraf van het cauda equina-risico op de hoogte geweest, van de hele operatie zou hebben afgezien. Onder die omstandigheden is het niet onwaarschijnlijk dat Chester de rest van haar leven – de looptijd van de schade – had gekampt met ernstige rugklachten en daaruit voortvloeiende beperkingen.³⁵ Bijgevolg zou ook de vergoeding voor de gevolgen van het intreden van het cauda equina-syndroom wel eens een stuk lager hebben kunnen uitpakken dan in de huidige situatie, waarin Chester volledige schadevergoeding lijkt te worden toegekend. Er wordt immers van uitgegaan dat, wanneer de operatie op een ander tijdstip zou hebben plaatsgevonden, het cauda equina-syndroom niet zou zijn ingetreden: de kans daarop was immers maar 1 à 2%. Kortom: wie het meerdere bewijst, wordt met het mindere naar huis gestuurd. Dat is minst genomen een opmerkelijk resultaat.

34. Dit lijkt als vanzelfsprekend uitzondering in gevallen waarin behandeling zo urgent is dat uitstel of afstel desastreuze gevolgen zou kunnen hebben.

35. M.u.v. de omstandigheid dat haar in de toekomst een eventuele nieuwe, minder risicovolle therapie ten dienste was komen te staan.

Schematisch:

I informatie- fout van de arts	Verzwegen risico verwezenlijkt zich	Patiënt bewijst dat bij juiste kennis van de ope- ratie was afgezien (klas- sieke situatie)	Schade is het verschil tussen pijn/beperkingen als gevolg van verwezenlijkte risico en pijn/beperkingen waarmee de patiënt zonder operatie zou hebben gekampt
II informatie- fout van de arts	Verzwegen risico verwezenlijkt zich	Patiënt bewijst 'slechts' dat hij bedenktijd/ uitstel had gewild (Chester)	Schade is het verschil tussen pijn/beperkingen als gevolg van verwezenlijkte risico en geen pijn/beperkingen (als ware het cauda equina- syndroom niet ingetreden)

Hierin schuilt aanstonds ons belangrijkste bezwaar tegen de beslissing van de House of Lords. Wanneer bescherming van het recht op informatie het achterliggende doel is voor het toelaten van 'policy arguments', dan is er in onze ogen geen goede rechtvaardiging te vinden voor het maken van onderscheid tussen patiënten die stellen dat ze er graag nog een 'nachtje over hadden willen slapen', zonder aan te hoeven geven hoe hun beslissing uiteindelijk zou hebben geluid, en patiënten die wel aanstonds een beslissing hebben genomen met betrekking tot de voorgestelde behandeling maar die niet zeker weten hoe die beslissing zou hebben geluid als ze wel volledig waren geïnformeerd. Waarom zou het recht de eerste groep zo veel gemakkelijker laten slagen dan de tweede groep?

4 ALTERNATIEVE BENADERINGEN

Kan het ook anders? In de literatuur is wel geopperd om het slachtoffer van een informed consent-fout bewijstechnisch tegemoet te komen door bijvoorbeeld uit te gaan van feitelijke vermoedens, voorhandse aannemelijkheid³⁶ of een (gedeeltelijke) bewijslastverlichting.³⁷ Ook het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid is voor-

36. Iets dergelijks zien we ook terug in de beslissing van het Court of Appeal. Nadat het Court of Appeal heeft vastgesteld dat enkel door toedoen van dr. Afshar de operatie heeft plaatsgevonden op 21 november 1994, en dat daarmee in beginsel causaal verband tussen zijn handelen de gevolgen voor Chester is gevestigd, laat het Court of Appeal (in § 42) de mogelijkheid open voor dr. Afshar te bewijzen dat het (1) aannemelijk is dat Chester de operatie uiteindelijk toch zou hebben gewild met gelijke of vergelijkbare risico's; en (2) dat het aannemelijk is dat hetzelfde risico zich dan zou hebben verwezenlijkt.

37. Akkermans 2002, p. 102, 107 (zie noot 10); I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. UvTilburg), Den Haag: BJU 2001, p. 248 e.v., die in navolging van de Duitse rechtspraak wel een omkering van het bewijsrisico voorstaat, althans een meer genuanceerde bena-

dering bepleit waarin het causale verband voorlopig aannemelijk wordt geacht zodra de patiënt gemotiveerd een 'Entscheidungskonflikt' plausibel maakt. Op dat moment verschuift de bewijsvoeringslast naar de arts, die in de gelegenheid wordt gesteld die voorlopige aannemelijkheid te ontcrachten; Giesen 1999 (zie noot 14); en ook: A-G mr. De Vries Lentsch-Kostense die, gezien de bijzondere aard van de informatieplicht, reden aanwezig acht om op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid bedoeld in art. 177 Rv (oud), het bewijs dat de patiënt ook met informatie zou hebben ingestemd met de operatie, in beginsel op de arts te leggen, HR 23 november 2001, NJ 2002, 386, nr. 9 van de conclusie. C.C.M. Nadorp-Van der Borg, 'Het recht van de patiënt op informatie in het Duitse civiele recht. Een voorbeeld?', TvGR 1995, p. 2-13.

gesteld als eventuele oplossing bij causaliteitsonzekerheid.³⁸ Kort gezegd komt toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid er in informed consent-zaken op neer dat aangenomen wordt dat door schending van de informatieplicht en daarmee van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, een kans op het nemen van een andere beslissing verloren is gegaan. Met het verlies van die kans bestaat wel causaal verband. De grootte van die kans kan door de rechter worden geschat en verdisconteerd in de omvang van de schadevergoeding.³⁹

Hieronder zullen we nog twee mogelijke benaderingen van de causaliteitsproblematiek in informed consent-zaken de revue laten passeren. Ook deze benaderingen hebben tot doel het door de wet gewaarborgde recht op informatie een beter afdwingbaar karakter te verschaffen.

I: Garantietheorie

Een qua eenvoud aansprekende benadering is voorgesteld door de Engelse auteur Stauch en aangehaald door Lord Hope of Craighead in *Chester v. Afshar*.⁴⁰ In het licht van een herwaardering van het recht op informatie, is voorstelbaar dat geabstraheerd wordt van de vraag wat de patiënt zou hebben gedaan in de hypothetische situatie zonder informatiefout. Hierdoor wordt niet alleen meer recht gedaan aan de positie van de patiënt maar kunnen tevens moeizame en soms weinig bevredigende bewijs-technische exercities worden voorkomen.⁴¹ Dit resultaat kan onder andere worden bereikt door te denken in termen van een 'garantie'. De gedachtegang in de 'garantietheorie' is dat een arts die verzuimt een relevant geacht risico⁴² aan de patiënt mee te delen, door zijn zwijgen waar spreken was geboden, dit risico voor zijn rekening neemt, en dus de patiënt als het ware garandeert dat dit risico zich niet zal realiseren. Op het moment dat het risico zich niettemin verwezenlijkt, ontstaat er een schadevergoedingverplichting van de arts jegens de patiënt voor de gevolgen van het ingetreden risico. In de woorden van Stauch:⁴³ "As already suggested, the principal reason for imposing such a duty is ultimately not to reduce the likelihood of the risks materialising (...). Rather, it is to promote the patient's decision-making autonomy (...). The doctor, who even with the best of intentions, offers an incomplete picture of the therapy by withholding information as to risks, usurps his right of choice. (...) It is as though, in failing to mention the risk's existence, he has warranted that it will not materialise, at least in the normal course of events."

Het voordeel van deze benadering is evident; het causaliteitsvraagstuk is van de baan, de prikkel tot adequate nakoming van de informatieplicht is gewaarborgd en er is genoegdoening voor de patiënt die met de gevolgen van een verzwegen risico wordt geconfronteerd.

38. Akkermans 2002, p. 108-109 (zie noot 10).

39. Rb. Roermond 12 oktober 2000, LJN AA7520 (in hoger beroep vernietigd, zie: HR 20 oktober 2006, LJN AY9312); De leer van de proportionele aansprakelijkheid werd eveneens benaderd in een uitspraak van de Geschillencommissie Ziekenhuizen 25 november 1999, TvGR 1999/54.

40. *Chester v. Afshar* [2004] UKHL 41, §77.

41. Getuige ook weer het arrest van het Hof 's-Hertogenbosch d.d. 10 mei 2005, te lezen in HR 20 oktober 2006, LJN AY9312.

42. "Voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard" ex art. 7:453 jo 7:448 BW.

43. M. Stauch, 'Taking the Consequences for Failure to Warn of Medical Risks', MLR 2000, p. 266, 267.

Belangrijk bezwaar tegen de garantietheorie is echter dat ook aanspraak op – volledige – schadevergoeding ontstaat, zelfs wanneer ondenkbaar is dat de patiënt niet met de operatie zou hebben ingestemd als hij wel op de hoogte was geweest van het bewuste risico.⁴⁴ Dat gaat natuurlijk nogal ver – de onvermijdelijke keerzijde van deze krachtige prikkel tot nakoming van de informatieplicht. Ook moet men zich realiseren dat een strikt genomen wel te rechtvaardigen, maar desondanks niet altijd even gemakkelijk uit te leggen verschil in het leven wordt geroepen met patiënten die wel geïnformeerd waren over het desbetreffende risico maar niettemin toestemden met de desbetreffende behandeling. Deze patiënten ontvangen niets wanneer het risico zich manifesteert. Zij wisten er immers van.

II: Vergoeding voor de schending van het zelfbeschikkingsrecht als zodanig

Tegen de garantietheorie zou voorts kunnen worden ingebracht dat zij focust op vergoeding van de gezondheidsschade die door het verwezenlijkte risico is veroorzaakt, in plaats van op het geschonden zelfbeschikkingsrecht als zodanig. Een alternatief dat de schending van het zelfbeschikkingsrecht wel centraal stelt, is gestoeld op artikel 6:106 lid 1 sub b BW. Conform artikel 6:106 lid 1 sub b BW heeft een benadeelde recht op immateriële schadevergoeding indien hij lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast. Wanneer een benadeelde kan aantonen dat hij of zij van de behandeling zou hebben afgezien indien hem vooraf het ingetreden risico bekend was geweest, ligt toekenning van smartengeld – naast vergoeding van materiële schade – voor de hand wegens het oplopen van lichamelijk letsel. In dat geval is er immers geen probleem met het causaal verband omdat kan worden aangenomen dat de informatiefout van de arts het letsel heeft veroorzaakt. Men zou zich hooguit de vraag kunnen stellen of in de omvang van de smartengeldvergoeding de schending van het zelfbeschikkingsrecht apart tot uitdrukking zou moeten komen.

Variant 1: Wel gezondheidsschade, maar géén andere beslissing

Wanneer de benadeelde het causaal verband tussen de gezondheidsschade als gevolg van het ingetreden risico en de informatiefout echter niet kan aantonen (of toestemming moet worden verondersteld), ligt het problematischer. Ten aanzien van deze variant hebben we hiervoor laten zien dat in de huidige benadering van informed consent-zaken in een dergelijk geval de schending van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt niet in financiële zin wordt gecompenseerd.⁴⁵ Dit zou weer wel kunnen indien de inbreuk op de individuele zelfbeschikking als zodanig als een 'aantasting

44. Of sterker: de patiënt geeft zelf aan dat de achtergehouden informatie niet van invloed zou zijn geweest op zijn keuze vóór de behandeling.

45. A.J. Verheij, *Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting van de persoon* (diss. VU Amsterdam), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 445 e.v. spreekt in dit verband van de rechtshandhavingsfunctie van het smartengeld. In zijn visie houdt de rechtshandhavingsfunctie in dat het privaatrecht in staat dient te

zijn om te reageren op de inbreuk van een privaatrechtelijk (subjectief) recht. Het bestaan van een (subjectief) recht veronderstelt zijns inziens logischerwijs het bestaan van een reactiemogelijkheid. Volgens Verheij moet een rechter aan de hand van verscheidende gezichtspunten beoordelen of het vanuit het perspectief van rechtshandhaving wenselijk is dat een recht op smartengeld bestaat (p. 487).

van de persoon' wordt gekwalificeerd.⁴⁶ Schending van dit recht geeft dan een zelfstandige aanspraak op een naar billijkheid vast te stellen vergoeding.⁴⁷ Deze oplossing ligt dicht tegen de oplossing die de zogenoemde 'garantiethorie' voorstaat, zij het dat de garantiethorie verder gaat omdat de patiënt daarin in beginsel ook recht heeft op compensatie van vermogensrechtelijke schade. Toekenning van een financiële vergoeding in de vorm van smartengeld heeft niet tot doel het slachtoffer van een informed consent-fout volledig te compenseren voor de gevolgen van het intreden van het verzwegen risico, maar focust voornamelijk op het geschonden zelfbeschikkingsrecht. De hoogte van een eventuele smartengeldvergoeding zou afhankelijk kunnen worden gesteld van de aard en mate van de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht.

Onder het huidige recht is bovenbedoelde benadering niet uitgesloten. Artikel 6:106 lid 1 sub b BW behelst tenslotte een open norm en de Hoge Raad heeft al eerder aangegeven dat een ernstige inbreuk op fundamentele rechten van de mens, ook bij het ontbreken van psychisch letsel, als een 'aantasting van de persoon' kan gelden.⁴⁸ In het Oosterparkrellen-arrest⁴⁹ verkeerde een echtpaar gedurende een aantal uren in hun woning in een zeer bedreigende situatie door stenengooiende jongeren, waarbij zij tevergeefs moesten wachten op bijstand van de ingeroepen politie. De Hoge Raad achtte het wegblijven van de politie onrechtmatig en aanvaardde het oordeel van de rechtbank in eerste instantie, dat deze onrechtmatigheid de gevoelens van angst, onveiligheid en onzekerheid met betrekking tot het lijf en goed van het echtpaar had verergerd. De dientengevolge zeer ernstige inbreuk op de integriteit van hun persoon en de veiligheid van hun woning kon volgens de Hoge Raad als een aantasting van de persoon worden gekwalificeerd.

De vraag is of ook de aantasting van het zelfbeschikkingsrecht als gevolg van een informatieverzuim door de arts, een aantasting van de persoon in de zin van artikel 6:106 BW kan opleveren. De Hoge Raad biedt aanknopingspunten voor de gedachte dat dit ook een weg is die bij informed consent zou kunnen worden bewandeld.⁵⁰ Hoewel de zaak van Baby Kelly geen klassieke informed consent-zaak betrof, zoals bedoeld in dit artikel, stond ook daarin het zelfbeschikkingsrecht centraal. Schending

46. Onder meer bepleit door: Verheij 2002, p. 512, 513 (zie noot 45) en Giesen 1999, p. 82, noot 524; indien causaal verband ontbreekt, omdat vaststaat dat de patiënt zou hebben toegestemd in de behandeling, dan kan in de visie van Giesen de schadevergoeding beperkt blijven, zeker wanneer als de behandeling succesvol was. Hij wijst in dit verband op art. 6:100 BW (zie noot 14).

47. *Chester v. Afshar* [2004] 4 All ER 58, § 34; ook Lord Hoffmann, een van de Lords die de claim van Chester afwees wegens het ontbreken van causaal verband, refereert aan een smartengeldvergoeding maar ziet tegelijkertijd grote bezwaren: "I can see there might be a case for a modest solution in such cases. But the risks which may eventuate will vary greatly in severity and I think there would be great difficulty in fixing a suitable figure. In any case, the cost of litigation over such cases would make the law of torts an unsuitable vehi-

cle for distributing the modest compensation which might be payable."

48. HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391 (*Oosterparkrellen*); HR 18 maart 2005, LJN AR5213 (*Baby Kelly*).

49. HR 9 juli 2004, NJ 2005, 391 (*Oosterparkrellen*).

50. HR 18 maart 2005, LJN AR5213 (*Baby Kelly*): "(...) Wanneer aan de moeder de uitoefening van haar keuzerecht wordt onthouden door een fout van een verloskundige en zij daarmee, zoals in de onderhavige zaak, niet ervoor heeft kunnen kiezen de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen, wordt een ernstige inbreuk gemaakt op haar zelfbeschikkingsrecht (...). Een zo ingrijpende aantasting als in dit geding aan de orde van een zo fundamenteel recht moet worden aangemerkt als een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld".

van dit zelfbeschikkingsrecht, doordat de ouders van Kelly op onrechtmatige wijze een keuzemogelijkheid was onthouden, gaf hen volgens de Hoge Raad een zelfstandige aanspraak op immateriële schadevergoeding.

Variant 2: Wel een andere beslissing, maar géén gezondheidsschade

In de hiervoor genoemde variant gingen we ervan uit dat het verzwegen risico zich heeft verwezenlijkt en derhalve (letsel)schade heeft veroorzaakt bij de patiënt. Verheij gaat echter verder dan dat. Uit het oogpunt van rechtshandhaving acht hij bij informatieverzuimen ook smartengeld toewijsbaar indien de patiënt geen schade heeft geleden. Hij noemt daarbij het voorbeeld van een kankerpatiënt die wordt geopereerd zonder dat hij op de hoogte is gesteld van een alternatieve behandeling door middel van bestraling. Zelfs wanneer de operatie geslaagd is, meent Verheij dat een vergoeding wegens smartengeld niet per definitie onredelijk is. Overigens lijkt hij, anders dan bij variant I, hierbij wel uit te gaan van de veronderstelling dat aangenomen kan worden dat de patiënt zijn toestemming zou hebben onthouden indien hij wel juist was geïnformeerd.⁵¹ Het ligt in de rede aan te nemen dat dit laatste voor een patiënt nog moeilijker te bewijzen zal zijn in het geval de behandeling is geslaagd.

In dit verband keren we ook nog even terug naar mevrouw Chester. Aangenomen dat de voorgestelde operatie wel was geslaagd en het cauda equina-syndroom dus niet was opgetreden, dan had Chester zeer vermoedelijk niet geklaagd over het informatieverzuim van dr. Afshar terwijl haar autonomie, haar zelfbeschikkingsrecht, feitelijk in gelijke mate was geschonden. Met de nodige prudentie kan zelfs gesteld worden dat Chester in die situatie beter af was geweest dan in de situatie waarin ze wel op het risico van het cauda equina-syndroom zou zijn geattendeerd. Had Chester namelijk vooraf van dit risico geweten dan was er, zoals ze zelf stelde, ernstige twijfel over de operatie ontstaan, had ze mogelijk zelfs definitief van de operatie afgezien en zou ze naar alle waarschijnlijkheid nu dus nog steeds haar oorspronkelijke, ernstige rugklachten hebben gehad. Dit voorbeeld laat de keerzijde van de informatieplicht zien. Informatie kan patiënten ook verlammen of onnodig beangstigen, maar het is uiteraard aan de arts dat effect weg te nemen of te reduceren. Bovendien kan de mogelijke beslissing van een patiënt (hoe zeer die wellicht ook afwijkt van de visie van de arts) nooit een valide reden zijn voor de arts om van zijn informatieplicht af te zien.⁵² De verwezenlijking van de beslissingsvrijheid van de patiënt vormt nu juist de kern van zijn informatieplicht.

Variant 3: Geen gezondheidsschade en ook geen andere beslissing

Het gedachte-experiment kan nog een stap verder gaan. Wanneer handhaving van het (zelfbeschikkings)recht het primaire doel is voor het toekennen van smartengeld, is evenmin ondenkbaar ook een immateriële schadevergoeding toe te kennen in het geval de informatieplicht weliswaar is geschonden, echter zonder dat aannemelijk is dat de patiënt bij de juiste stand van zaken geen toestemming zou hebben gegeven en zonder dat de achtergehouden informatie tot gezondheidsschade heeft geleid.

51. Verheij 2002, p. 512, 513 (zie noot 45).

52. Tenzij er sprake is van een therapeutische exceptie ex artikel 7:448 lid 3 BW.

Een voorbeeld hiervan vinden we in een uitspraak van het Oberlandsgericht Jena in Duitsland.⁵³ Na een miskraam moest bij een patiënte een curettage plaatsvinden ter verwijdering van de niet-levensvatbare vrucht. Tijdens de curettage ontstonden echter zodanige bloedingen dat een daaropvolgende noodoperatie onafwendbaar was. Ten gevolge van die noodoperatie verloor de vrouw definitief de mogelijkheid in de toekomst opnieuw zwanger te worden. Voorafgaand aan de noodoperatie had de arts de vrouw slechts gewezen op de algemene aan de ingreep verbonden risico's maar niet op het risico van onvruchtbaarheid. Ofschoon het OLG Jena geen causaal verband aannam tussen de geschonden informatieplicht en de noodgedwongen, levensreddende operatie, overwoog de Senat van het gerecht dat:

III "Für die Klagerin ist gleichwohl ein Anspruch auf Schmerzensgeld wegen Verletzung der ärztlichen Aufklärungspflicht begründet. Wie bereits dargelegt, entspringt das Recht auf umfassende Aufklärung dem Recht des einzelnen auf freie Selbstbestimmung über seine Person. Es soll ihn davor schützen, dass sich der Arzt ein ihm nicht zustehendes Bevormundungsrecht anmaßt. Dieses Recht ist stets verletzt, wenn nicht hinreichend aufgeklärt wird. Schon dann ist die auf der fehlerhaften Aufklärung beruhende Reduzierung der Entscheidungsgrundlage des Patienten ein Eingriff in seine Persönlichkeit und körperliche Integrität. Inwieweit sich diese Pflichtverletzung dann im weiteren Verlauf der Behandlung niederschlägt, ist für diese Rechtsmissachtung zunächst ohne Belang. Denn Schmerzensgeld ist immer auch Sanktion für die Verletzung der Rechte auf Wahrung der körperlichen Integrität und der Persönlichkeit als solche."

Met andere woorden: onafhankelijk van de vraag of de patiënt gezondheidsschade leidt, kan de patiënt – in de visie van het OLG Jena – immateriële schadevergoeding tegemoet zien indien door een informatieverzuim van de arts zijn zelfbeschikkingsrecht is geschonden.

Een ander, niet geheel ondenkbeeldig doch sterk hypothetisch voorbeeld is het geval dat bij een terminale kankerpatiënte nog een laatste levensverlengende behandeling (van hooguit een half jaar) wordt voorgesteld, zonder dat de arts haar ervan heeft verwittigd dat die behandeling onomkeerbare onvruchtbaarheid met zich brengt. De informatieplicht wordt geschonden geacht, aannemelijk is ook dat de patiënte van de geboden behandelingsmogelijkheid gebruik wilde maken en van schade is feitelijk geen sprake aangezien het uitdragen van een volledige zwangerschap niet meer tot de reële mogelijkheden behoorde. Toch is niet ondenkbaar dat kennisname van de definitieve onvruchtbaarheid achteraf door de patiënte als een ernstige aantasting van haar zelfbeschikking, althans van haar menszijn, wordt ervaren. In deze variant komt de betekenis van de term zelfbeschikking het meest krachtig tot uitdrukking. Zelfbeschikking in de zin van: zelf iets te beslissen hebben; respect voor de mens als een persoon en niet als een voorwerp. In dat licht staat voor ons ook in dergelijke gevallen de informatieplicht van de arts buiten kijf, en is het belang van de mogelijkheid van sanctionering evident. De vraag is alleen of die sanctie ook in dit geval moet worden gezocht in het civiele aansprakelijkheidsrecht.

53. OLG Jena, Urteil vom 3.12.1997, VersR 1998, 586.

5 HOE REËEL ZIJN DEZE ALTERNATIEVEN?

Voor de tweede en de derde variant geldt onder meer het bezwaar dat het in kwantitatieve zin om een potentieel groot aantal zaken kan gaan. Het zal immers vaker voorkomen dat de informatieverstopping door de arts niet conform de professionele standaard is, dan dat zich daarnaast ook het onbekend gebleven risico verwezenlijkt. Het gevaar van het zogenoemde 'floodgate-effect' is derhalve niet irreëel.⁵⁴ Voorstelbaar is derhalve dat voor de varianten 2 en 3 het tuchtrecht een voldoende probaat middel wordt geacht om te klagen over schending van het zelfbeschikkingsrecht. Een dergelijke opvatting is ons inziens echter niet geheel in lijn met de zienswijze van de Hoge Raad in de zaak van Baby Kelly,⁵⁵ zij het dat in die zaak werd aangenomen dat de moeder van Kelly inderdaad een andere keuze zou hebben gemaakt indien die haar was geboden. De aanwezigheid van gezondheidschade (variant 1) of het feit dat de patiënt inderdaad anders zou hebben beslist (variant 2), kunnen derhalve onderscheidende criteria vormen voor de toekenning van smartengeld bij een geschonden informatieplicht. Met name de laatstgenoemde variant (variant 3) gaat in onze ogen vooralsnog een stap te ver!

54. Volledigheidshalve tekenen we hier aan dat wij ons in eerste instantie slechts hebben gericht op de effectieve bescherming van het recht op informatie, en ons dus niet hebben bekreund om vragen naar

haalbaarheid en betaalbaarheid van die bescherming. Dat is uiteindelijk een discussie die door politiek en rechtspraak zal moeten worden beslecht.

55. HR 18 maart 2005, LJN AR5213 (Baby Kelly).