

Gezondheidsrecht



Aansprakelijkheid van de arts na schending van de informatieplicht

Auteur | Alette Burger

Auteur: A.M. Burger
Studentnummer: S1079273
Toetsing van: Afstuderen
RE441C
Opdrachtgever: Groenendijk & Kloppenburg Advocaten
dhr. mr. F.B. Kloppenburg
Instituut: Hogeschool Leiden
Afstudeerbegeleider: mw.mr. Y.M. Koster
Onderzoekdocent: mw. drs. M. Rietmeijer
Opleiding: HBO Rechten
Inleverdatum: 19 januari 2017

Samenvatting

Groenendijk & Kloppenburg Advocaten is een advocatenkantoor dat cliënten bijstaat binnen verschillende rechtsgebieden, waaronder het gezondheidsrecht. Zij staan onder andere patiënten bij die schade hebben geleden bij de uitvoering van medische behandelingen. Aanleiding voor het onderzoek is een zaak die momenteel in hoger beroep wordt gevoerd. Cliënten zijn niet voldoende ingelicht door hun psychiater die twee soorten medicatie heeft voorgeschreven. Deze medicatie lijkt het risico op afwijkingen bij het ongeboren kind te verhogen. Het kind van cliënten is geboren met ernstige afwijkingen. Cliënten stellen de behandelend psychiater aansprakelijk op grond van een schending van zijn informatieplicht en vorderen schadevergoeding.

Met het onderzoek is gezocht naar het antwoord op de vraag wat voor Groenendijk & Kloppenburg Advocaten de beste mogelijkheden zijn om voor cliënten schadevergoeding te vorderen als hun zelfbeschikkingsrecht is geschonden doordat de arts hen onvoldoende heeft geïnformeerd op grond van art. 7:448 BW. In de praktijk blijkt het bijzonder lastig te zijn om te voldoen aan de bewijslast in de rechtszaal. De bewijslast die op de patiënt rust bestaat uit drie onderdelen. De patiënt moet bewijzen dat de arts een fout heeft gemaakt door de patiënt niet voldoende of niet juist te informeren. Daarnaast moet de patiënt bewijzen dat hij een andere keuze zou hebben gemaakt indien hij juist was geïnformeerd. Dit wordt de voorwaardelijke voorwaarde, ofwel *conditio sine qua non*, genoemd. Als de *conditio sine qua non* is aangenomen of vastgesteld is, is er sprake van een schending van het zelfbeschikkingsrecht. Ten slotte moet het causaal verband met de schade wordt vastgesteld. Dat wil zeggen, de patiënt moet bewijzen dat hij door de fout van de arts schade heeft geleden. Er is een inventariserend onderzoek gedaan, waarbij is gezocht naar mogelijkheden om deze bewijsproblemen op te lossen bij het vorderen van schadevergoeding. Hierbij is duidelijkheid verschaft met betrekking tot de knelpunten in het huidige rechtssysteem en de – voorwaarden van – de mogelijke oplossingen, zodat een processtrategie kan worden gekozen.

Het onderzoek is verdeeld in een theoretisch kader en een praktijkonderzoek. Er is bronnenonderzoek gedaan naar het zelfbeschikkingsrecht, de bescherming van de patiënt op grond van het informed consent en bijbehorende rechtsvordering in de civiele rechtspraak. Door invloedrijke zaken van de Hoge Raad en het EHRM te onderzoeken is nader invulling gegeven aan het zelfbeschikkingsrecht. Bij het jurisprudentieonderzoek – het praktijkonderzoek – is onderzoek gedaan naar de verschillende vlakken waar het vorderen van schadevergoeding na schending van de informatieplicht van de arts stuk loopt. Er is onderzoek gedaan naar de voorwaarden voor schending van de informatieplicht en vaststelling van de *conditio sine qua non*, het causaal verband met schade en de mogelijke oplossingen bij geen of een onzeker causaal verband.

Uit de resultaten van het praktijkonderzoek kan worden geconcludeerd dat zowel het vorderen van kansschade, proportionele schadevergoeding als integriteitsschade alle drie mogelijke oplossingen zijn voor het oplossen van verschillende bewijsproblemen. Indien het probleem in de bewijsvoering ligt in het vaststellen van de geleden schade is het vorderen van schadevergoeding op grond van verlies van een kans (kansschade) een mogelijke oplossing. Als het bewijsprobleem niet ligt bij het vaststellen van de geleden schade, maar het vaststellen van de oorzaak van de schade, is proportionele schadevergoeding een uitweg. Indien de fout is vastgesteld maar geen causaal verband kan worden gelegd met de schade kan integriteitsschade worden gevorderd. Bij het vorderen van integriteitsschade moet worden aangetoond dat er ingrijpende, rechtstreekse gevolgen zijn voor de benadeelde. In de zaak binnen Groenendijk & Kloppenburg Advocaten is, aan de hand van het tweede deskundigenbericht, aanbevolen schadevergoeding te vorderen op grond van proportionele aansprakelijkheid.

Afkortingen

BW	Burgerlijk Wetboek
DLR	De Letselschade Raad
EHRM	Europees Gerechtshof tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
EVRM	Europees Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens en de fundamentele vrijheden
EU	Europese Unie
FIOD	Fiscale inlichtingen- en opsporingsdienst
Gw	Grondwet
Handvest EU	Handvest van de Grondrechten van de Europese Unie
HR	Hoge Raad der Nederlanden
KNMG	Koninklijke Nederlandse Maatschappij ter bevordering van de Geneeskunst
L&S	Letsel & Schade
LJN	Landelijk Jurisprudentie Nummer
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJb	Nederlands Juristenblad
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
Rb.	Rechtbank
Rv	Wetboek voor de Burgerlijke Rechtsvordering
TvGR	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
VASR	Vereniging voor Aansprakelijkheids- en Schadevergoedingsrecht
WGBO	Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst
Wet BOPZ	Wet Bijzondere Opnemings Psychiatrische Ziekenhuizen
WKKGZ	Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg

Inhoud

Samenvatting	3
Afkortingen	4
1. Inleiding	7
1.1. Probleemanalyse	7
1.2. Doelstelling centrale vraag en deelvragen	8
1.2.1. Doelstelling en onderzoekstype	8
1.2.2. Centrale vraag, deelvragen en onderzoeksmethode	9
2. Het zelfbeschikkingsrecht en het informed consent	12
2.1. Het zelfbeschikkingsrecht in de medische ethiek	12
2.2. Het zelfbeschikkingsrecht in de nationale en internationale wetgeving	13
2.3. De wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst	14
2.3.1. Het informed consent	14
2.3.2. De bescherming van de patiënt	15
2.4. De invloed van de Hoge Raad	16
2.5. De invloed van het EHRM	19
2.6. Conclusie	20
3. De bewijslast en de schadevergoeding	22
3.1. De bewijslast in de rechtszaal	22
3.1.1. Schending van de informatieplicht	22
3.1.2. De conditio sine qua non en het causaal verband met schade	23
3.2. Schadevergoeding na schending van de informatieplicht	24
3.3. Oplossingen bij onzeker causaal verband	25
3.3.1. De omkeringsregel	25
3.3.2. Proportionele aansprakelijkheid en het verlies van een kans	26
3.3.3. Het verlies van een kans en de informatieplicht	28
3.3.4. Proportionele aansprakelijkheid als nieuwe richting	28
3.3.5. Integriteitsschade	29
3.4. Conclusie	31
4. Resultaten van de bewijslast in de rechtspraktijk	33
4.1. Schending van de informatieplicht en vaststelling van de conditio sine qua non	33
4.1.2 Het aanvragen van een second opinion als grond voor schending informatieplicht	36
4.2. Afweging tussen onvoldoende informeren en onjuist informeren	37
4.3. Vaststelling van het causaal verband met schade	37

4.4. Conclusie	38
5. Resultaten van mogelijke oplossingen in de rechtspraak	40
5.1. De gronden voor toewijzing bij onzeker causaal verband	40
5.2. De mate van aansprakelijkheid en de omvang van de schade	40
5.2.1. De billijkheidscorrectie	43
5.2.2. Het deskundigenbericht en het medisch dossier	44
5.2.3. Vaststelling van de mate van aansprakelijkheid	45
5.2.4. Hoge Raad 23 december 2016 – kansschade bij medische aansprakelijkheid	47
5.2.5. Tussenconclusie proportionele aansprakelijkheid	47
5.3. Gronden voor toewijzing van integriteitsschade	48
5.3.1. Integriteitsschade na schending van de informatieplicht	48
5.3.2. Schadevergoeding zonder schade	49
5.3.3. Hoogte van de schadevergoeding	50
5.4. Conclusie	50
6. Conclusie	52
6.1. Beantwoording van de hoofdvraag	52
6.2. Doelstelling en bruikbaarheid	53
7. Aanbevelingen	54
Literatuurlijst	56
Bijlagen	59

1. Inleiding

1.1. Probleemanalyse

Groenendijk & Kloppenburg Advocaten is een advocatenkantoor dat is gevestigd in Leiden. Het is gespecialiseerd in onder andere gezondheidsrecht. Aanleiding van de onderzoeksopdracht is de zaak van twee huidige cliënten. Cliënten hebben bij Groenendijk & Kloppenburg Advocaten een advocaat in de arm genomen, omdat zij stellen dat hun kind schade heeft geleden ten gevolge van onvoldoende inlichtingen van de psychiater aan cliënten. De psychiater heeft aan de moeder twee soorten antidepressiva voorgeschreven. Cliënte heeft deze, naast twee andere medicijnen, geslikt vanaf het eerste trimester van haar zwangerschap. Van de medicatie is het bekend dat deze kunnen zorgen voor afwijkingen en afhankelijkheid (verslaving) bij de vrucht, aangezien dit ook stond geschreven in de bijsluiter. De vrouw is bevallen van een zwaar gehandicapt kind. De arts is op 5 juli 2005 tuchtrechtelijk veroordeeld.¹ Het tuchtcollege heeft geoordeeld dat de arts onzorgvuldig heeft gehandeld, nu de arts voornamelijk heeft willen geruststellen en daardoor onvolledige informatie heeft verschaft. De arts heeft een maatregel van waarschuwing opgelegd gekregen.

Cliënten wensen de geleden schade vergoed te krijgen. Hiervoor is, met behulp van mr. Van Steijn, een civielrechtelijke procedure tegen de psychiater gestart. In de eerste aanleg heeft rechtbank Arnhem bij vonnis van 22 september 2010 alle vorderingen van cliënten afgewezen op grond van verjaring.² Cliënten hebben hoger beroep ingesteld. In het tussenarrest van 11 september 2012³ heeft het gerechtshof geoordeeld dat de verjaring is gestuit door uitspraken gedaan door cliënten in de tuchtrechtelijke procedure. Door de devolutieve werking van het hoger beroep is het gerechtshof alsnog gestart met de inhoudelijke behandeling. Het gerechtshof heeft daarbij aangegeven behoefte te hebben aan voorlichting door een deskundige. Het gerechtshof hoopt daarmee antwoord te krijgen op de vraag of de psychiater in 1998 als redelijk handelend en redelijk bekwaam psychiater heeft gehandeld en of er een (volledig) causaal verband bestaat tussen gezondheidsschade die het kind van cliënten heeft geleden en het gebruik van de door de psychiater voorgeschreven medicijnen.⁴ Ter beantwoording van de eerste vraag is in het tussenvonnis van 7 mei 2013 een eerste deskundige (psychiater) benoemd. Ter beantwoording van het vraagstuk omtrent het causaal verband is een tweede deskundige door het gerechtshof aangewezen.

In het eerste deskundigenonderzoek concludeert de deskundige dat het voorschrijven van de medicatie verdedigbaar is. De literatuur die destijds beschikbaar was, waarschuwt wel voor risico's bij het gebruik van de medicatie bij zwangerschap, zeker in het eerste trimester, maar een contra-indicatie werd destijds niet gegeven. De ernst van de depressie is volgens hem doorslaggevend, aangezien een depressie tijdens de zwangerschap an sich ook een risicoverhogend effect heeft. De psychiater had zijn overwegingen wel moeten bespreken met cliënten. Het is volgens het deskundigenrapport niet duidelijk of de risico's op schade groter of kleiner zouden zijn in het geval er geen medicijnen waren geslikt of bij anders behandelen van cliënte. Het gerechtshof oordeelt dat de informatieplicht is geschonden.⁵ De conditio sine qua non is aangenomen. Het gerechtshof stelt dat het aannemelijk is dat cliënte zou hebben afgezien van de medicatie indien zij juist was geïnformeerd.⁶ In het laatste

¹ Regionaal tuchtcollege Amsterdam 5 juli 2005, nr. 05/121

² Rb. Arnhem 22 september 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BP0330

³ Hof Arnhem 11 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX6567

⁴ Hof Arnhem 7 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:3267 r.o. 2.1

⁵ Bijlage VII r.o. 2.8

⁶ Bijlage VII r.o. 2.11

tussenvonnis van 8 juli 2014 is door het gerechtshof een (aanvullend) deskundig onderzoek bevolen naar het vraagstuk van het causaal verband.

De slotconclusie van het voorlopig deskundigenverslag⁷ van de tweede deskundige luidt:

- *“Er is geen hard of eenduidig bewijs dat in het onderhavige geval het gebruik van een of meer van de onderzochte middelen de (hoofd)oorzaak is van de vrij ernstige retardatie- en gedragsproblematiek.*
- *Er evenmin bewijs is van het tegendeel, namelijk dat de afwijkingen niet (deels) het gevolg kunnen zijn van de gebruikte medicatie.*
- *Aanvullend klinisch genetisch onderzoek een kans heeft van 50-60% alsnog een genetische (hoofd)oorzaak op te sporen. Het vaststellen van een dergelijk oorzaak sluit een nadelig (bij)effect van de medicatie echter niet met zekerheid uit.”*

Mr. Van Steijn heeft d.d. 6 juli 2016 het gerechtshof laten weten dat er geen behoefte bestaat nog commentaar te leveren en dat, wat cliënt betreft, het deskundigenbericht definitief mag worden gemaakt. Vervolgens mag worden gereageerd op het advies. Hier zit geen termijn aan vast.

In veel medische aansprakelijkheidszaken loopt het vorderen van schadevergoeding stuk bij het aantonen van het causaal verband. Ondanks dat is vastgesteld dat de arts een fout heeft gemaakt door een patiënt niet goed te informeren en de conditio sine qua non is aangenomen of vastgesteld, worden in veel zaken de vorderingen alsnog afgewezen. De vorderingen worden afgewezen, omdat niet kan worden bewezen door de patiënt hoeveel schade precies is geleden door de fout of wat precies de oorzaak is van de geleden schade. Het causaal verband kan niet worden bewezen. In dit onderzoek worden oplossingen gezocht voor het vorderen van schadevergoeding als het causaal verband zich niet (volledig) laat vaststellen.

1.2. Doelstelling centrale vraag en deelvragen

Het doel van het onderzoek is Groenendijk & Kloppenburg Advocaten te adviseren over te vorderen schadevergoeding in een civiele procedure waarbij het zelfbeschikkingsrecht van een cliënt is geschonden doordat deze onvoldoende is geïnformeerd als bedoeld in art. 7:448 BW, dit door de mogelijkheden binnen de wetgeving en jurisprudentie in kaart te brengen.

1.2.1. Doelstelling en onderzoekstype

Groenendijk & Kloppenburg Advocaten staat cliënten bij die zijn benadeeld doordat zij onvoldoende zijn geïnformeerd door hun arts voorafgaand aan een behandeling of ingreep en waarbij het zelfbeschikkingsrecht is geschonden. Het kantoor heeft behoefte aan inventariserend onderzoek naar mogelijke oplossingen als het causaal verband niet volledig kan worden vastgesteld. Bij dit onderzoek wordt gebruikt gemaakt van het adviserende onderzoekstype. Het doel van het onderzoek is om de opdrachtgever te adviseren over de aansprakelijkheid in een juridische procedure, waarbij het zelfbeschikkingsrecht van een patiënt is geschonden. Aan de hand van de conclusies en aanbevelingen uit het onderzoek kan Groenendijk & Kloppenburg Advocaten aan haar cliënten onderbouwd advies uitbrengen over hun zaak. Voor het kantoor is het van groot belang duidelijkheid te krijgen over schending van het zelfbeschikkingsrecht door niet volledig geïnformeerd te zijn en de knelpunten bij het bewijzen van de conditio sine qua non (vereiste voorwaarde) en het causaal verband. Door het toelichten van verschillende mogelijkheden kan een strategie worden gekozen.

⁷ Bijlage VIII

1.2.2. Centrale vraag, deelvragen en onderzoeksmethode

Centrale vraag:

Wat zijn, blijkens bronnen- en jurisprudentieonderzoek, de mogelijkheden voor Groenendijk & Kloppenburg Advocaten om voor cliënten schadevergoeding te vorderen indien het zelfbeschikkingsrecht van de cliënt is geschonden doordat deze onvoldoende is geïnformeerd als bedoeld in art. 7:448 Burgerlijk Wetboek?

Deelvragen:

Juridisch kader

1. Wat is, volgens wet- en regelgeving, uitspraken van de Hoge Raad en de literatuur, het recht tot zelfbeschikking?

Ter beantwoording van de deelvraag is gebruik gemaakt van de WGBO, de Gw en de kamerstukken uit 1978 die betrekking hebben op de Gw. Ook is gebruik gemaakt van meerdere uitspraken van het gerechtshof, de Hoge Raad en het EHRM. Verder is als literatuur gebruikt:

- Dekker 2012
- Hendriks, Frederiks en Verkerk 2008
- Legemaate 2006
- Collignon- Smit Sibinga en Mewa
- Giesen en Maes 2014
- Giesen 2014
- Wijne 2013

2. Wat is, volgens wet- en regelgeving, uitspraken van de Hoge Raad en de literatuur, het informed consent?

Ter beantwoording van de deelvraag is gebruik gemaakt van de parlementaire geschiedenis van BW 6, kamerstukken die betrekking hebben op de WGBO, de WGBO, de WKKGZ en uitspraken van de rechtbank, het gerechtshof, de Hoge Raad en het EHRM. Verder is als literatuur gebruikt:

- Dekker 2012
- Legemaate 2006
- Giesen en Maes 2014

3. Wat is er in wet- en regelgeving, uitspraken van de Hoge Raad en de literatuur vastgelegd ten aanzien van de bewijslast bij schending van de informatieplicht van de arts?

Ter beantwoording van de deelvraag is gebruik gemaakt van kamerstukken die betrekking hebben op de wijzigingen in het BW 6, het BW 6, Rv, uitspraken van de rechtbank en de Hoge Raad en een artikel in het vaktijdschrift Medisch Contact. Verder is als literatuur gebruikt:

- Giard 2005
- Giesen 2014
- Hendrix en Akkermans 2007

4. Wat is er in de wet- en regelgeving, uitspraken van de Hoge Raad en literatuur vastgelegd omtrent schadevergoeding bij medische aansprakelijkheid?

Voor beantwoording van de deelvraag is gebruik gemaakt van de kamerstukken met betrekking tot de wetswijzigingen van BW 6, het BW 6, Rv, een uitspraak van de rechtbank en uitspraken van de Hoge Raad. Verder is als literatuur gebruikt:

- Wijne 2013
- Hendrix en Akkermans 2007
- Giesen 2014
- van Dam 2015
- Giesen en Maes 2014
- Akkermans 2002
- Meyst-Michels en Klein Gunnewiek 2015
- Klaassen en Kortmann 2012
- Rutten 2013
- Akkermans en van Dijk 2012

Resultaten

De jurisprudentie die is gebruikt voor het praktijkonderzoek bestaat uit vonnissen en arresten van de rechtbank en het gerechtshof, omdat deze instellingen een devolutieve werking hebben. Dit wil zeggen, de rechtbank en het gerechtshof behandelen de zaak inhoudelijk en wegen alle feiten en omstandigheden. De jurisprudentie die is gebruikt is niet ouder dan 23 november 2001, omdat de Hoge Raad⁸ op deze datum in een tweetal zaken het zelfbeschikkingsrecht heeft onderkend.

5. Op welke gronden, blijktens jurisprudentie uit de civiele rechtspraak, faalt of slaagt het bewijzen van de *conditio sine qua non*?

Ter beantwoording van deelvraag vijf zijn vijftientwintig uitspraken onderzocht. Er zijn vijftientwintig uitspraken onderzocht om de bruikbaarheid van het onderzoek te waarborgen. Alle uitspraken dateren tussen 2001 en 2015. Het totale aantal uitspraken⁹ in de civiele rechtspraak is ongeveer zestig, maar veel uitspraken zijn onbruikbaar gebleken voor het onderzoek, aangezien de inhoudelijke behandeling enkel verjaring en (niet) ontvankelijkheid inhoudt. Er is gekozen om geen jurisprudentie uit de tuchtrechtspraak te gebruiken, omdat in de civiele rechtspraak, waaronder in de zaak die leidraad is voor dit onderzoek, wordt geoordeeld:

“... dat de aard en strekking van een procedure voor de tuchtrechter voor beroepsbeoefenaren (in dit geval: de medische tuchtrechter) van andere aard is dan een aansprakelijkheidsprocedure voor de burgerlijke rechter en dat een procedure voor die tuchtrechter niet tot doel heeft de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar vast te stellen.”¹⁰

Ondanks het feit dat de arts in de voorliggende zaak tuchtrechtelijk is veroordeeld en een waarschuwing opgelegd heeft gekregen, moeten in de civiele rechtszaak de schending van de informatieplicht en de bewijslast met betrekking tot de *conditio sine qua non* en het causaal verband nog worden vastgesteld en bewezen. Nu het doel van het onderzoek vaststellen van de knelpunten bij aansprakelijkheid en vorderen van schadevergoeding in de civiele rechtspraak is, is de tuchtrechtspraak buiten beschouwing gelaten. De arresten zijn verdeeld in topics op grond van de voorwaarden die worden gesteld aan een schending van de informatieplicht, die staan in art. 7:448 lid 2 BW. De uitspraken en de bijbehorende analyse van deelvraag vijf zijn terug te vinden in bijlagen I en II.

6. Op welke gronden wordt, blijktens jurisprudentie, het causaal verband tussen de schending van de informatieplicht en de geleden schade vastgesteld?

⁸ HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737

⁹ Uitspraken.rechtspraak.nl, zoekwoorden: informed consent / informatieplicht , 448. Instanties: rechtbank & gerechtshof. Uitspraken vanaf 2002

¹⁰ Hof Arnhem 11 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX6567, r.o. 4.7

Ter beantwoording van deelvraag zes zijn achttien uitspraken onderzocht. Alle uitspraken komen uit de civiele rechtspraak, en zijn uitgesproken tussen 2006 en 2015. De uitspraken¹¹ zijn terug te vinden in bijlage I en III. Alle zaken worden inhoudelijk behandeld met betrekking tot een eventuele schending van de informatieplicht die voortvloeit uit art. 7:448 BW. De topics van het jurisprudentieschema in bijlage III zijn:

1. vaststelling van de conditio sine qua non;
2. vaststelling van het causaal verband met schade;
3. toewijzing of afwijzing van een materiële schadevergoeding;
4. toewijzing of afwijzing van een immateriële schadevergoeding.

7. Op welke gronden wordt, blijkens jurisprudentie, schadevergoeding toegewezen bij onzeker causaal verband?

Ter beantwoording van deelvraag zeven zijn negentien civielrechtelijke uitspraken van letselschadezaken onderzocht, waarin proportionele schadevergoeding is gevorderd. Dit aantal is aangehouden om de bruikbaarheid van het onderzoek te waarborgen. De jurisprudentie is terug te vinden in bijlagen I en IV. De uitspraken die zijn onderzocht zijn uitgesproken tussen 2007 en 2016 en zijn letselschadezaken. Ze zijn niet ouder dan 31 maart 2006, nu de Hoge Raad op deze datum heeft vastgesteld dat proportionele aansprakelijkheid een uitkomst kan bieden bij verzuimende informatieplichten. De topics zijn vastgesteld aan de hand van de voorwaarden die de Hoge Raad heeft gesteld aan proportionele aansprakelijkheid in het arrest Fortis/ Bourgonje.¹² De topics zijn:

1. aansprakelijkheid op zichzelf staat vast;
2. er bestaat (een niet zeer kleine kans op) conditio sine qua non verband;
3. toepassing is gerechtvaardigd en;
4. de aard en strekking van de schade.

8. Op welke gronden wordt, blijkens jurisprudentie, integriteitsschade toegewezen?

Ter beantwoording van deelvraag acht zijn acht uitspraken onderzocht waarin integriteitsschade is gevorderd. De jurisprudentie die is onderzocht is terug te vinden in bijlage I en V. Deze acht uitspraken zijn alle uitspraken uit de civiele rechtspraak waarin integriteitsschade wordt behandeld, en die enige overlap hebben met de zaak uit de probleemanalyse. De uitspraken die zijn onderzocht komen allemaal uit de civiele rechtspraak en zijn uitgesproken tussen 2007 en 2014. Ze hebben betrekking op een eventuele schending van het zelfbeschikkingsrecht of een aantasting in de persoon. De topics zijn vastgesteld aan de hand van een noot van Hendrix en het oudejaarsrekenarrest¹³ en zijn:

1. er is sprake van een zo ernstige schending;
2. van een zo fundamenteel recht;
3. de benadeelde heeft rechtstreekse gevolgen ervaren;
4. een risico heeft zich verwezenlijkt;
5. hoogte van de schadevergoeding.

¹¹ Uitspraken.rechtspraak.nl. Instanties: rechtbank & gerechtshof. Uitspraken vanaf 2006

¹² HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799. Het arrest en de voorwaarden worden besproken in paragraaf 3.3.2.

¹³ De noot en het arrest worden uitgelicht in paragraaf 3.3.5

2. Het zelfbeschikkingsrecht en het informed consent

In dit hoofdstuk worden de deelvragen ‘*Wat is het recht tot zelfbeschikking?*’ en ‘*Wat is het informed consent?*’ beantwoord. Het is voor de patiënt en de arts van belang om, voorafgaand aan en tijdens een behandeling, te weten wat hun rechten en plichten zijn. Om vast te kunnen stellen of een recht of een plicht is geschonden, is het belangrijk te weten wat de rechten en plichten inhouden. Hierna kan immers pas worden vastgesteld of deze zijn nageleefd of geschonden. De wetgeving en de manier waarop de Hoge Raad en het EHRM daar invulling aan hebben gegeven, worden onderzocht met als doel een duidelijk beeld te krijgen van het zelfbeschikkingsrecht en het informed consent.

2.1. Het zelfbeschikkingsrecht in de medische ethiek

Eind jaren zestig ontstond een verschuiving in de medische ethiek. Maatschappelijke bewegingen, gericht op democratisering en emancipatie, vroegen de aandacht¹⁴ en technologische ontwikkelingen kwamen om de hoek kijken. Door de technologische ontwikkelingen konden artsen onder andere de levensduur van hun patiënten verlengen. De verantwoordelijkheid van de artsen was destijds het menselijk leven in stand te houden en zo veel mogelijk te verlengen. Met de veranderende maatschappij werd de nieuwe opvatting echter dat verlenging slechts geboden was wanneer dit zinvol was. De opvatting was destijds dat het bepalen van wat zinvol medisch handelen was, en wat niet, diende te worden overgelaten aan de arts. Echter, later geloofde men dat dit aan patiënt diende te worden overgelaten.¹⁵ De arts kon hierdoor niet langer zomaar besluiten nemen, zonder verkrijging van toestemming van de patiënt. Begin jaren ‘80 ontstonden ideeën voor nieuwe wetgeving. Die wetgeving is in de jaren ‘90 tot stand is gekomen, met als doel de rechtspositie en -bescherming van de patiënt te verbeteren. Met de verschuiving in de ethiek en komst van de nieuwe wet groeide de autonomie van de patiënt. De patiënt zou besluiten wat wel goed of was niet goed was voor zichzelf. Zo ontstond een nieuwe situatie, waarin de arts toestemming moest vragen aan de patiënt. Deze situatie gaf de patiënt de kans en het recht een medische ingreep te weigeren. Sindsdien neemt het autonomiebeginsel een centrale plaats in binnen het gezondheidsrecht. Autonomie wordt gezien als het recht om, zonder bemoeienis van een ander, zijn eigen leven in te richten.¹⁶ Deze autonome, persoonsgerichte benadering heeft zijn opwachting gemaakt onder de naam ‘zelfbeschikking’.¹⁷ Vandaag de dag lijkt het zelfbeschikkingsrecht - binnen de gezondheidszorg – een vrijwel absolutistische aanspraak op individualiteit, onafhankelijkheid en keuzevrijheid.¹⁸ De patiënt kan echter niet zomaar elke behandeling eisen van een arts. Op grond van art. 7:453 BW moet de arts namelijk de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen en handelen in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, die voortvloeit uit de geldende professionele standaard. Dit betekent dat de arts niet zomaar elke behandeling die de patiënt eist hoeft of zelfs mag toepassen. Door enerzijds het recht op zelfbeschikking en anderzijds de zorgplicht – het goed hulpverlenerschap - van de arts is er een balans tussen de invloed van de arts en de patiënt binnen het proces.

Volgens Leegemate¹⁹ is de vraag welk mensbeeld aan de patiëntenwetgeving ten grondslag ligt een abstract en een ‘ongrijpbaar’ onderwerp, dat zich ook niet makkelijk laat vertalen in concrete aanbevelingen voor wetgeving. Hij kaart aan dat de wetgever, met zijn algemene benadering, te weinig rekening houdt met verschillen tussen

¹⁴ Dekker 2012, p. 126

¹⁵ Hendriks, Frederiks, Verkerk 2008, p.4

¹⁶ Hendriks, Frederiks, Verkerk 2008, p. 4.

¹⁷ Hendriks, Frederiks, Verkerk 2008

¹⁸ Hendriks, Frederiks, Verkerk 2008, p. 3

¹⁹ Legemaate 2006, p. 12

situaties en patiëntengroepen. Hij stelt dat meerdere wetenschappers betogen dat de wetgeving uit de WGBO²⁰ te veel uitgaat van de patiënt die in staat is zijn rechten te doorgronden en zelf op te komen voor naleving daarvan. Hij voegt daar aan toe dat de WGBO uitgaat van een patiënt die zich goed laat informeren, en vervolgens een weloverwogen beslissing neemt.²¹ In dit licht kan men denken dat het informed consent niet de bescherming biedt die het zou moeten bieden. De patiënt hoeft niet de 'goede' keuze te maken, maar het moet zijn 'eigen' en 'weloverwogen' keuze zijn. Rekening houdend met het voorgenoemde is het belangrijk hoe begrippen als het recht op zelfbeschikking en autotomie zijn ontwikkeld en worden ingevuld in de praktijk. Daarin moet worden meegenomen dat het hebben van eigen meningen en keuzen in Nederland een belangrijk grondrecht is. Het zelfbeschikkingsrecht reikt daarom ook niet tot het enkel kunnen weigeren van een behandeling.²²

2.2. Het zelfbeschikkingsrecht in de nationale en internationale wetgeving

Het zelfbeschikkingsrecht als zodanig komt in de Nederlandse wetgeving niet voor. Het is een recht dat is ontstaan uit het recht tot bescherming van de persoonlijke levenssfeer, art. 10 Gw. Dit is niet het enige recht dat gaat over persoonlijke levenssfeer. Art. 11 Gw houdt onder andere in het recht zelf over het lichaam te beschikken, ook na de dood.²³ Alhoewel art. 10 Gw juridisch reeds bescherming biedt met betrekking tot het recht op zelfbeschikking, is dit in art. 11 Gw specifiek neergelegd. Dit artikel is gericht op de onaantastbaarheid van het lichaam en heeft ten opzichte van art. 10 Gw verklarende werking.²⁴ De rechten uit art. 10 en 11 Gw staan in de grondwet en zijn daarom fundamentele rechten. De rechten vormen een onthoudingsplicht voor de overheid en hebben geen positieve verplichtingen. Het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer kan worden ingeperkt door de wet, zoals bijvoorbeeld dwangverpleging uit de BOPZ. Uit de kamerstukken²⁵ komt naar voren dat het artikel in veel gevallen bescherming biedt, waaronder ook bij medische experimenten en medische behandeling. Het artikel houdt in dat men het recht heeft te worden gevrijwaard van schendingen van en inbreuk op het lichaam door anderen. Daartoe wordt ook gerekend het recht zelf over het lichaam te beschikken.²⁶

Art. 8 EVRM is een belangrijk artikel binnen het internationaal recht. Het artikel bevat het recht op eerbiediging van het privé-, familie- en gezinsleven en ziet dus op de eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer, waaronder het zelfbeschikkingsrecht valt. Art. 3 EVRM bevat het verbod op foltering en bepaalt dat geen enkel mens onmenselijk of vernederend mag worden behandeld. Indien er sprake is van een ernstige mate van inbreuk van het zelfbeschikkingsrecht kan in sommige gevallen aanspraak worden gemaakt op art. 3 EVRM. Daar wordt verder op ingegaan in paragraaf 2.5. Ook staat het zelfbeschikkingsrecht in het Handvest EU. Art. 3 lid 2 Handvest EU bepaalt dat iedereen recht heeft op lichamelijke en geestelijke integriteit en dat in het kader van de geneeskunde onder andere de vrije en geïnformeerde toestemming moet worden nageleefd. Indirect zijn daaraan nog enkele rechten verbonden, zoals het recht op eerbiediging van het privéleven en het familie- en gezinsleven in art. 7 Handvest EU en de vrijheid van gedachte, geweten en godsdienst in art. 10 Handvest EU. De laatste ziet voornamelijk op de vrijheid een medische behandeling te weigeren om godsdienstige redenen.

²⁰ De WGBO wordt behandeld in paragraaf 2.3

²¹ Legemaate 2006, p.12/13

²² Legemaate 2006, p.13

²³ Kamerstukken II 1978/79, 15463, 2, p. 5

²⁴ Kamerstukken II 1978/79, 15463, 2, p. 7

²⁵ Kamerstukken II 1978/79, 15463, 2, p. 4

²⁶ Kamerstukken II 1978/79, 15463 nr. 2, p. 5

2.3. De wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst

De WGBO is in 1995 in werking getreden en vormt een onderdeel van het BW. De wet legt de wederzijdse rechten en plichten van de hulpverlener en patiënt vast, die voortvloeien uit de overeenkomst. De wetgever heeft er voor gekozen het patiëntenrecht te plaatsen binnen het civiel recht, omdat volgens hem het bestuursrecht - of bijvoorbeeld het plaatsen van patiëntenrecht binnen een nieuwe, eigen wet - geen extra bescherming zou bieden. Daarnaast gaat het om een overeenkomst, waardoor het BW 7 de wetgever een passende plaats leek.²⁷ De wet is van toepassing op alle handelingen op het gebied van de geneeskunst, dat wil zeggen: alle verrichtingen (inclusief onderzoek en advies) die rechtstreeks betrekking hebben op een persoon en er toe strekken zijn gezondheid te verbeteren of te bewaken.²⁸ Uitgangspunt van de WGBO is een vertrouwensrelatie, waarin de arts en patiënt op basis van gelijkwaardigheid zoveel mogelijk overleggen en beslissen. De arts handelt daarbij volgens zijn professionele verantwoordelijkheid, die overeenkomt met de algemeen aanvaarde standaard.²⁹ De rechten en plichten met betrekking tot de overeenkomst zijn te herleiden tot twee belangrijke grondrechten, het recht op onaantastbaarheid van het lichaam en het recht op integriteit.³⁰ De bepalingen binnen de WGBO zijn van dwingend recht en tegen schending van de rechten kan worden opgekomen bij de rechter. Het strafrecht vervult hierbij een aanvullende rol, terwijl de normering die de regeling bevat ook voor de toepassing van tuchtrechtelijke bepalingen van betekenis is.³¹

Het patiëntenrecht is opgebouwd in een gelaagde structuur. Algemene regels met betrekking tot aansprakelijkheid staan in het BW 6, het verbintenissenrecht. Daarboven prevaleert de bijzondere verbintenis uit het BW 7, de WGBO. De WGBO is de algemene regeling voor patiënten en artsen, waarin de basisrechten van patiënten zijn neergelegd. Daarnaast zijn nog andere wettelijke regelingen, die zorgen voor een grotere rechtsbescherming aan patiënten in specifieke situaties. Zo wordt er extra rechtsbescherming geschonken aan proefpersonen en als het gaat om orgaandonatie.³² Enkele wetten, zoals de BOPZ, kunnen de patiëntenrechten uit de WGBO inperken. Dit is bijvoorbeeld van toepassing bij wilsonbekwame patiënten. Ook kan er bijvoorbeeld - door middel van de BOPZ - dwangverpleging worden toegepast. Deze inperkingen zien altijd op het (extra) beschermen van de patiënt. Hier wordt in het onderzoek niet verder op ingegaan.

2.3.1. Het informed consent

Legemaate³³ beschrijft drie keuzemomenten voor een patiënt. Dit zijn het kiezen van:

1. de zorgverzekeraar;
2. de zorgaanbieder³⁴ en;
3. het weigeren of instemmen met een medisch onderzoek of een medische behandeling.

Het informed consent ziet op het derde keuzemoment van de patiënt. De informatieplicht van de arts en het toestemmingsvereiste vormen een twee-eenheid. Dit wordt ook wel 'informed consent' genoemd. De arts heeft op basis van de WGBO de plicht om voor medische handelingen toestemming te vragen aan de patiënt. De arts moet deze medische handelingen op duidelijke wijze toelichten aan de patiënt. De plicht van de arts jegens de patiënt om uitdrukkelijk en duidelijk de aard en de te verwachten gevolgen van de voorgestelde medische ingreep

²⁷ Tekst & Commentaar BW, commentaar op afd. 5 Boek 7 BW Inleidende opmerkingen

²⁸ Dekker 2012, p. 126

²⁹ Dekker 2012, p. 126

³⁰ Dekker 2012, p. 126

³¹ Kamerstukken II 1989/90, 21561, 3, p. 3

³² Legemaate 2006, p. 29

³³ Legemaate 2006, p. 27

³⁴ Met zorgaanbieder wordt, op grond van art. 1 lid 1 WKKGZ, bedoeld een instelling dan wel een solistisch werkende zorgverlener

en het nalaten van die ingreep aan de patiënt uit te leggen, is verankerd in art. 7:448 BW en wordt de informatieplicht genoemd. De arts is op grond van art. 7:448 lid 2 BW verplicht de patiënt in te lichten over:

- a. de aard en het doel van de behandeling of ingreep;
- b. de te verwachten gevolgen en risico's;
- c. andere methoden die in aanmerking komen en;
- d. de staat en de vooruitzichten met betrekking tot de gezondheid.

Op grond van deze informatie dient de patiënt een afweging te kunnen maken om de ingreep wel of niet te laten plaatsvinden. Indien de arts nalaat de patiënt voldoende of juist te informeren, zodat de patiënt zelf geen afgewogen keuze kan maken over het wel of niet laten uitvoeren van een ingreep, is hij inzake zijn informatieplicht toerekenbaar tekortgeschoten. De tekortkoming maakt de arts in beginsel schadeplichtig.³⁵ De schending van de informatieplicht brengt een schending van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt met zich mee als de *conditio sine qua non* wordt aangenomen. Indien sprake is van een ernstige schending, wordt de benadeelde in zijn persoon aangetast.³⁶ Door schending van de informatieplicht bestaat het risico dat de patiënt niet op een door hem gewenste wijze gebruik kan maken van zijn zelfbeschikkingsrecht, omdat hij, bij juist informeren, mogelijk een andere keuze zou hebben gemaakt. Het maken van een - voor de patiënt - juiste keuze is van groot belang, nu een behandeling wordt gestart, gestaakt of er van af wordt gezien door het verlenen van toestemming of weigering door de patiënt. De manier van inlichten en de omvang van de inlichtingen hebben invloed op de keuze van de patiënt. Er kan dan ook pas van rechtsweg worden gesproken van toestemming, gegeven door de patiënt, na de vaststelling dat er adequate informatie is verstrekt.³⁷ Het recht te beslissen over de eigen behandeling is vastgelegd in art. 7:450 BW.

Naast het recht op informatie over de behandeling of ingreep heeft de patiënt sinds januari 2016 ook recht op informatie over bijvoorbeeld de zorgaanbieder. Alhoewel het niet inlichten over - het niet hebben van - een specialisme of over eventuele klachten tegen de zorgaanbieder op grond van de rechtspraak een inbreuk is op art. 7:448 BW, is dit nu ook vastgesteld in de WKKGZ. De informatieverplichting aan cliënten is sinds 1 januari 2016 gegroeid, met de in werking treding van de WKKGZ. Zo moet de zorgaanbieder bijvoorbeeld op grond van art. 10 WKKGZ de cliënt informatie aanbieden over de aangeboden zorg, zodat de cliënt in staat wordt gesteld een weloverwogen keuze te maken. Deze nieuwe informatieplicht verplicht de artsen om informatie te geven over de tarieven en de kwaliteit. Dat moet worden aangetoond door onder andere ervaringen van patiënten met die zorg. Ook moeten artsen de patiënt informeren indien zij een fout hebben gemaakt bij het zorg verlenen, en daarvan een aantekening maken in het dossier. Met de komst van de WKKGZ is de informatieplicht van de arts vergroot. Met de komst van de WKKGZ kan worden aangenomen dat de maatschappij steeds meer waarde hecht aan informatieverschaffing omtrent de zorg die wordt aangeboden en het recht dat de patiënt heeft om daar invloed op uit te oefenen.

2.3.2. De bescherming van de patiënt

Het informed consent wordt vaak beschreven als het grootste recht van een patiënt, of hetgeen de patiënt de grootste bescherming biedt. De patiënt heeft de touwtjes in handen, lijkt het, doordat hij zelf kan beslissen wat er wel en niet gebeurt met zijn lichaam. Er wordt echter verschillend gedacht over de vraag of het informed consent juridisch wel zoveel bescherming biedt als in eerste instantie wordt gedacht. Ook worden er door verschillende juristen vragen gesteld over of je kan verwachten van een patiënt dat deze daadwerkelijk een weloverwogen

³⁵ Rb. Roermond 6 december 2001, ECLI:NL:RBROE:2001:AD6905, www.KNMG.nl zoekwoord: informed consent

³⁶ Hof Amsterdam 19 februari 1998, TvGR 1998, 6, p. 363.

³⁷ Rb. Zwolle 10 juli 1996, TvGR 1997, 30

keuze kan maken. Toch is het informed consent, naast juridische bescherming, nog om andere redenen van groot belang voor de patiënt. Zo stelt een arts door een goede informatieverschaffing de patiënt in staat zijn ziekte of behandeling psychologisch te aanvaarden. Ook kan de patiënt met naasten en andere personen over de ziekte praten en eventueel maatregelen, gericht op de toekomst nemen, zoals het laten uitvoeren van een second opinion.³⁸

Door juristen³⁹ wordt de vraag gesteld of er sprake is van een effectief rechtsmiddel bij schending van de informatieplicht. BW. Giesen en Maes⁴⁰ noemen het informed consent een 'lege huls', aangezien schadevergoeding vorderen na inbreuk van de informatieplicht nauwelijks mogelijk lijkt. Zij stellen dat met het niet kunnen bewijzen van het causaal verband door de eiser en daarmee het stuklopen van de aansprakelijkheid, de norm – zoals de informatieplicht van een arts- in rechte inhoudsloos blijkt.⁴¹ Giesen gaat nog een stap verder en stelt dat het privaatrechtelijke systeem in Nederland onvoldoende gericht is op de handhaving of verwezenlijking van de rechten die voordien verleend worden door datzelfde systeem.⁴² Volgens Legemaate ligt de kern van de discussie bij het feit dat de ideale patiënt niet bestaat. Hij stelt dat in veel situaties de patiënt niet in staat is of niet bereid is te voldoen aan het beeld van een persoon die weloverwogen van zijn keuzemogelijkheden gebruik maakt. De wetgever zou volgens hem zoveel mogelijk rekening moeten houden met de patiënt door compenserende mechanismen op te nemen in de wetgeving, zodat kwetsbare en onmachtige patiënten kunnen worden beschermd.⁴³

2.4. De invloed van de Hoge Raad

In 1983 werd het recht tot zelfbeschikking door de rechtbank voor het eerst als zodanig erkend.⁴⁴ Het was een euthanasiezaak, waarin de rechter stelde dat het zelfbeschikkingsrecht bij het beëindigen van het eigen leven in steeds bredere kringen werd aanvaard. In zijn noot stelde Leenen dat dit een uitdrukkelijke erkenning van het zelfbeschikkingsrecht was.⁴⁵ Het gerechtshof en de Hoge Raad namen dit echter niet aan. Het gerechtshof oordeelde dat:

*"verdachtte opvatting dat hij onder de gegeven omstandigheden gerechtigd was te voldoen aan de, door de raadsman omschreven, normen a: eerbiediging van het zelfbeschikkingsrecht en b: hulpverlening aan de mens in nood, het behouden van diens waardigheid en het verlichten of beëindigen van zijn ondraaglijk lijden, niet kan worden beschouwd als een maatschappelijk zo algemeen als juist aanvaarde opvatting dat op grond daarvan euthanasie, toegepast op een wijze en onder omstandigheden zoals hier geschied, reeds op zichzelf rechtens toelaatbaar zijn en mitsdien van een strafbaar handelen in de zin van art. 293 Sr geen sprake zou kunnen zijn."*⁴⁶

De Hoge Raad oordeelde dat het gerechtshof geen blijk gaf van een onjuiste rechtsopvatting,⁴⁷ en ging dus mee in het oordeel van het gerechtshof dat een vordering op grond van eerbiediging van het zelfbeschikkingsrecht niet toelaatbaar is als een op zichzelf staand recht als het gaat om euthanasie.

In 2001 heeft de Hoge Raad⁴⁸ geoordeeld over het zelfbeschikkingsrecht in een tweetal informed consent-arresten, gepubliceerd op dezelfde dag. De Hoge Raad heeft daarbij het recht op zelfbeschikking genoemd als

³⁸ Legemaate 2006, p.12

³⁹ Van Dam, p. 167,

⁴⁰ Giesen & Maes,

⁴¹ Giesen & Maes, p. 224

⁴² Giesen 2014, p. 46

⁴³ Legemaate 2006, p.12-14

⁴⁴ Rb. Alkmaar 10 mei 1983, TvGR 1983, NJ 1983/104, m.nt. H.J.J. Leenen

⁴⁵ Rb. Alkmaar 10 mei 1983, TvGR 1983, NJ 1983/104, m.nt. H.J.J. Leenen

⁴⁶ Hof Amsterdam 17 november 1983 LJN AC8177, NJ 1984/742.

⁴⁷ HR 27 november 1984, NJ 1985/106, ECLI:NL:HR:1984:AC8615

zodanig en verwijst daarbij naar art. 10 en 11 Gw. In beide zaken ging het om een arts die in zijn informatieplicht naar de patiënt toe zou zijn tekortgeschoten. In de eerste zaak was bij een operatie aan de rechterpols zenuwbeschadiging opgetreden, waardoor de patiënt na de operatie tijdens dagelijkse bezigheden blijvende pijn bleef houden. In de tweede zaak ging het om een operatie aan een wervelkolom, waarbij de patiënte uit de narcose ontwaakte met een totale dwarslaesie. De Hoge Raad erkende het zelfbeschikkingsrecht als zodanig en oordeelde dat dit recht was geschonden, doordat patiënt voorafgaand aan de behandeling te weinig was ingelicht. Echter, de Hoge Raad oordeelde in beiden zaken dat niet was bewezen dat de – redelijk handelende- patiënt zou hebben gekozen voor een andere, of geen, behandeling, waardoor eisers geen recht hadden op schadevergoeding.⁴⁹ Hiermee heeft de Hoge Raad wel laten blijken dat, indien de conditio sine qua non wordt bewezen, men in beginsel recht heeft op schadevergoeding. A-G Hartkamp stelt in zijn conclusie⁵⁰ dat de informatieplicht van de arts ziet op de effectuering van het zelfbeschikkingsrecht. In het arrest van de beschadigde zenuw-zaak heeft de Hoge Raad eveneens geoordeeld dat de omkeringsregel niet van toepassing is bij informed consent-zaken. In paragraaf 3.3.1. wordt ingegaan op de omkeringsregel.

In 2005 heeft de Hoge Raad uitspraak gedaan over de wrongful-life-zaak van baby Kelly. Ook in dit arrest stelde de Hoge Raad schending van het zelfbeschikkingsrecht vast. Kelly is meervoudig geestelijk en fysiek gehandicapt geboren als gevolg van een chromosomale afwijking. De ouders voerden in de rechtszaal aan dat de baby niet zou hebben bestaan als de verloskundige zou hebben gehandeld overeenkomstig de toen geldende maatstaven. De verloskundige wist namelijk dat de chromosomale afwijking in de familie zat en had moeten overgaan tot een zorgvuldige familieanamnese. Als dit was gebeurd zou de beschadigde vrucht zijn ontdekt en de moeder over zijn gegaan tot abortus. De Hoge Raad oordeelt dat aan de moeder de uitoefening van haar keuzerecht is onthouden door de fout van de verloskundige. Daardoor heeft zij er niet voor kunnen kiezen de geboorte van het zwaar gehandicapte kindje te voorkomen. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat er een ernstige inbreuk wordt gemaakt op het zelfbeschikkingsrecht van de moeder en dat daarmee een zo ingrijpende aantasting van een zo fundamenteel recht moet worden aangemerkt als een aantasting in de persoon op grond van art. 6:106 lid 1 sub b BW, en als grondslag telt voor immateriële schadevergoeding.⁵¹ Daarvoor is het volgens de Hoge Raad niet nodig dat geestelijk letsel is vastgesteld. Er is sprake van aantasting van een persoonlijkheidsrecht als verondersteld in art. 6:106 BW. Een persoonlijkheidsrecht is een recht dat betrekking heeft op een fundamenteel belang, zoals het leven, gelijke behandeling en de persoonlijke levenssfeer. Het zelfbeschikkingsrecht is met de uitspraak in de zaak baby Kelly ook in opkomst gekomen als onderdeel van de persoonlijkheidsrechten. Er is veel commotie ontstaan na de wrongful-life uitspraak van de Hoge Raad. In het Medisch Contact wordt geschreven over de wens dat de wetgever zou ingrijpen en zorgen voor een verbod op dergelijke claims.⁵² Deze wens ziet voornamelijk op de vordering die is toegewezen aan baby Kelly zelf en in mindere mate op de vordering die is toegewezen aan de moeder van Kelly. Een nieuwsbericht van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport geeft daarop het antwoord dat er geen extra maatregelen zouden worden genomen. Volgens hen is de vergoeding toegewezen omdat de hulpverlener onrechtmatig heeft gehandeld en niet omdat Kelly gehandicapt is geboren.⁵³

In de uitspraken van de Hoge Raad gaat het om een schending van het recht tot zelfbeschikking daar waar het gaat om het nalaten op juiste wijze de patiënt te informeren. De vraag die daardoor naar boven komt is of bij elke

⁴⁸ HR 23 november 2001, ECLI:NL:2001:AB2737, HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963

⁴⁹ HR 23 november 2001, ECLI:NL:2001:AB2737, r.o. 3.5.6, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, r.o. 2.17

⁵⁰ ECLI:NL:PHR:2001:AD3963

⁵¹ HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, r.o. 4.8

⁵² Medisch Contact, Hoge Raad kent Wrongful-life claim toe, 18 maart 2005

⁵³ Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport, *Geen wettelijke maatregelen na uitspraak in 'zaak Kelly'*, 13 mei 2005

schending van het zelfbeschikkingsrecht, de arts verplicht is tot vergoeding van schade. In de literatuur zijn de meningen daarover verdeeld.⁵⁴ In de Baby Kelly-zaak stelt de Hoge Raad de eis dat het een

*“zo ingrijpende aantasting van een zo fundamenteel recht”*⁵⁵

moet zijn. Daaruit kan worden aangenomen dat niet elke schending resulteert in een aantasting in de persoon op grond van art. 6:106 BW.

Een ander arrest waarin de Hoge Raad immateriële schadevergoeding toewijst op grond van aantasting in de persoon als in art. 6:106 BW, zonder dat er sprake is van materiële schade, is het oudejaarsrellen-arrest. Een gezin is in hun woning belaagd door ongeveer vijftien man. Het gezin heeft herhaaldelijk gebeld naar de politie, die na vijf uur pas besluit in te grijpen. De Hoge Raad is hierbij van oordeel dat het uitblijven van een reactie van de politie, terwijl op hun hulp mag worden gerekend, een zeer ernstige inbreuk op de integriteit van de persoon en de veiligheid van de woning is, op grond van art. 10 en 12 Gw en art. 8 EVRM. Smartengeld wordt vervolgens toegekend op grond van de aard en de ernst van de nalatigheid.⁵⁶ Verder oordeelt de Hoge Raad dat psychische schade geen vereiste is. Voldoende is dat er een zeer ernstige inbreuk op de persoonlijke levenssfeer van de bewoners is gemaakt tezamen met de ernstige gevolgen. Hiermee wordt bedoeld de gevoelens van grote onveiligheid en het ernstige geschokte rechtsgevoel. Volgens Ti Hanh Nguyen licht de parlementaire geschiedenis dat toe, nu deze luidt:

*“ook aantasting van de persoon door het toebrengen van psychische storingen...”*⁵⁷

Volgens haar moet psychisch letsel niet als een constitutieve eis worden gezien, maar als een zelfstandige mogelijkheid.⁵⁸

In 2012 buigt de Hoge Raad zich nogmaals over een kwestie waarin benadeelde zou zijn aangetast in zijn persoon. Eiser heeft in deze zaak een aantal klappen geïncasseerd van meerdere personen. De rechtbank en het gerechtshof wijzen de vorderingen af omdat volgens de instellingen niet aannemelijk is gemaakt dat eiser schade heeft geleden die voor vergoeding in aanmerking komt. Eiser had alleen een blauw oog. De Hoge Raad acht de klacht tegen deze uitspraken gegrond. Zij stelt vast dat er wel degelijk sprake is van lichamelijk letsel, in de vorm van een blauw oog. Dit gegeven geeft eiser recht op schadevergoeding van een naar billijkheid vast te stellen bedrag op grond van art. 6:106 lid 1 onder b BW. Over de vraag of eiser ook is aangetast in zijn persoon op grond van art. 6:106 lid 1 onder b BW oordeelt de rechter dat het uitgangspunt is dat eiser geestelijk letsel heeft opgelopen. Echter, een uitzondering op het uitgangspunt kan volgens de Hoge Raad worden aanvaard in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer.⁵⁹ In dit geval was daar geen sprake van. De Hoge Raad lijkt met deze uitspraak door te gaan in de lijn van het oudejaarsrellenarrest. Daar werd de vergoeding toegekend op de aard en de ernst van de nalatigheid. Ook bij het blauw oogarrest oordeelt de Hoge Raad dat de ernst van de desbetreffende daad – de geschonden norm – en de gevolgen voor het slachtoffer, doorslaggevend kunnen zijn in de beoordeling of iemand is aangetast in zijn persoon. Bij informed consent-zaken kan als de aard van de geschonden norm de informatieplicht van de arts worden ingevuld en de strekking van de geschonden norm het weloverwogen kunnen kiezen voor een behandeling. Indien schending van de informatieplicht wordt vastgesteld en de gevolgen zijn voor de patiënt

⁵⁴ Giesen 2014, Wijne 2013 p. 142, Nguyen 2009, Hendriks, Frederiks, Verkerk 2008 p. 14

⁵⁵ HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, r.o. 4.8

⁵⁶ HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, r.o. 3.11

⁵⁷ Parl. Gesch. Boek 6, p. 389.

⁵⁸ Ti Hanh Nguyen 2009, p.3

⁵⁹ HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, r.o. 3.5

groot, zou in lijn met de drie bovengenoemde arresten, de patiënt aanmerking komen voor schadevergoeding op grond van art. 6:106 lid 1 onder b BW. Of dit ook gebeurd wordt onderzocht door middel van jurisprudentieonderzoek. De uitkomsten van dit onderzoek worden besproken in paragraaf 5.3. De invulling die de Hoge Raad heeft gegeven aan het zelfbeschikkingsrecht, en de voorwaarden die zij koppelt aan het toewijzen van schadevergoeding bij schending van het zelfbeschikkingsrecht, zijn in dit onderzoek van groot belang. De schade als gevolg van schending van het zelfbeschikkingsrecht wordt ook wel integriteitsschade genoemd. In paragraaf 3.3.5. wordt dieper ingegaan op het vorderen van integriteitsschade, waarbij bovenstaande arresten van invloed zijn.

2.5. De invloed van het EHRM

Volgens Collignon- Smit Sibinga en Mewa⁶⁰ kunnen de fundamentele rechten uit het EVRM in de dagelijkse personenschadepraktijk een aanvulling voor de personenschadeaansprakelijkheid vormen, omdat burgers ook in onderlinge verhouding een beroep kunnen doen op deze rechten. Het recht op zelfbeschikking is door het EHRM erkend. Een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht betekent volgens het gerechtshof een inbreuk op het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer dat is neergelegd in art. 8 EVRM. Het gerechtshof heeft daarbij in een zaak over gedwongen opname in een psychiatrische instelling geoordeeld dat zelfs een ‘minor interference’ een inbreuk betekent, indien het tegen de wil is van de persoon.⁶¹ Het is daarbij wel van belang dat de inbreuk niet gelegitimeerd of niet noodzakelijk moet zijn geweest om te spreken van een inbreuk.

Een voorbeeld van een zaak waarin het zelfbeschikkingsrecht was geschonden op grond van art. 3 en 8 EVRM is de zaak R.R./ Polen⁶² waar bij een Poolse vrouw opzettelijk genetische tests waren geweigerd door de artsen tijdens de zwangerschap. Er waren vermoedens van een ernstige genetische afwijking bij de foetus, maar genetische test werden geweigerd tot de termijn voor abortus was verstreken. Ondanks alle pogingen van de vrouw om de testen te krijgen bij artsen door het hele land, is het haar niet gelukt en is ze bevallen van een kind met het Turner-syndroom. Het EHRM heeft geoordeeld dat art. 3 en 8 EVRM beiden zijn geschonden. Art. 8. EVRM was volgens het EHRM geschonden omdat de vrouw niet de informatie had gekregen over haar gezondheid waar ze recht op had. Door het niet informeren heeft de vrouw geen gebruik kunnen maken van haar zelfbeschikkingsrecht en heeft zij geen geïnformeerde keuze kunnen maken al dan niet te weigeren of om een bepaalde vorm van behandeling te vragen. De beslissing is volgens het EHRM relevant voor toekomstige gebeurtenissen en de ‘quality of life’ van de vrouw. Voor schending van art. 3 EVRM is een zekere mate van ernst nodig, en volgens het EHRM is die drempel bereikt. Het EHRM overweegt daarbij dat de patiënte zeer kwetsbaar was en lange tijd heeft geleefd in pijnlijke onzekerheid over de gezondheid de foetus. Het was logisch dat ze zoveel mogelijk informatie wilde vergaren over de gezondheidsstand en de opties die voor haar open zouden staan. Ze leed aan de angst om en de gedachte aan hoe zij en haar familie in staat zouden zijn om te zorgen voor het welzijn van het kind en de medische zorg op lange termijn. Haar zorgen waren niet erkend door haar behandelaars.⁶³

Ook in de informed consent-zaak C.V./Slowakije,⁶⁴ waarbij een jonge vrouw met een ROMA-achtergrond ongewenst is gesteriliseerd na de bevalling van haar tweede kind, oordeelt het gerechtshof dat art. 3 EVRM is geschonden. Zij ondertekende tijdens de geboorte van het kind een formulier waarin zij verzocht om sterilisatie. De vrouw stelt dat zij niet wist wat sterilisatie was en het formulier niet had begrepen. Derhalve was er geen

⁶⁰ Collignon- Smit Sibinga en Mewa, p.9

⁶¹ EHRM 16 juni 2005, *EHRC* 2005, 82, (Storck/Duitsland), r.o. 143

⁶² EHRM26 mei 2011, *EHRC* 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (R.R./Polen).

⁶³ EHRM26 mei 2011, *EHRC* 2011, 109, met nt. A.C. Hendriks (R.R./Polen), r.o. 159

⁶⁴ EHRM8 november 2011, *EHRC* 2012, 18, met nt. A.C. Hendriks (V.C./Slowakije)

sprake van informed consent. Ondanks verweer van het staatsziekenhuis dat de vrouw wel goed was geïnformeerd en de sterilisatie noodzakelijk was, merkt het EHRM een sterilisatie zonder informed consent aan als een ernstige inbreuk op de integriteit (art. 8 EVRM) en, in dit geval, als een onmenselijk en vernederende behandeling (art. 3 EVRM). Het EHRM laat zich daarbij uit over voorwaarden die worden gesteld aan het informed consent, namelijk dat de informatie moet worden gegeven op een wijze die tot begrip bij de patiënt leidt. Daarbij moet worden meegewogen: de leeftijd en de opleiding van de patiënt en de ervaring met of kennis van een behandeling. De arts moet daarbij bepalen of de patiënt in staat is om het te begrijpen. Dit neemt af bij angst en stress. Ook is het bij informed consent van groot belang dat de arts een passend tijdstip kiest en de tijd neemt bij het informeren, volgt uit de uitspraken van het EHRM.⁶⁵ Wat betreft de persoonlijke integriteit van art. 8 EVRM, is er een zekere overlapping met art. 3 EVRM. De wijze van toepassing van de artikelen lijkt te liggen in de mate van ernst van de inbreuk. Een vordering op grond van art. 3 en 8 EVRM ziet op de zware inbreuken waarbij het welzijn dermate is geschaad dat kan worden gesproken van een onmenselijke of vernederende behandeling. Indien de drempel van art. 3 EVRM niet wordt gehaald, zoals bij 'minor interference' inzake Storck/ Duitsland, kan aanspraak worden gedaan op art. 8 EVRM.

2.6. Conclusie

De deelvraag 'Wat is het recht tot zelfbeschikking?' kan als volgt worden beantwoord. Het recht tot zelfbeschikking is het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en onaantastbaarheid van het lichaam. Het recht vindt zijn grondslag in art. 10 en 11 Gw in het Nederlands recht en art. 8 EVRM en art. 3 Handvest EU in het Europees recht. Bij ernstige schending van art. 8 EVRM kan ook sprake zijn van schending art. 3 EVRM. De Hoge Raad en het EHRM hebben invulling gegeven aan het zelfbeschikkingsrecht en het mogelijk gemaakt schadevergoeding te vorderen op grond van schending van het recht. Momenteel wordt het zelfbeschikkingsrecht – in de gezondheidszorg – veelal gezien als een aanspraak op individualiteit, onafhankelijkheid en keuzevrijheid. Het zelfbeschikkingsrecht kan worden gezien als een zo fundamenteel recht, dat een ernstige schending van het recht resulteert in een aantasting in de persoon op grond van art. 6:106 lid 1 onder b BW. Voor aantasting wordt aanwezigheid van geestelijk letsel als uitgangspunt gebruikt, maar dit is geen voorwaarde. Indien er sprake is van een ernstige normschending met verstrekende, rechtstreekse gevolgen voor het slachtoffer, kan de persoon zijn aangetast in zijn persoon. Het EHRM heeft geoordeeld dat zelfs een 'minor interference' van art. 8 EVRM, indien deze niet noodzakelijk is en tegen iemands wil, kan resulteren in schending van het recht. Bij ernstige schending van art. 8 EVRM kan het zijn dat de benadeelde ook slachtoffer is van onmenselijk en vernederende behandeling. Uit het bovenstaande is geconcludeerd dat niet elke schending van het zelfbeschikkingsrecht een grond is voor schadevergoeding.

Uit het onderzoek in het kader van de deelvraag 'Wat is het informed consent?' kan worden geconcludeerd dat de informatieplicht van de arts en het toestemmingsvereiste een twee-eenheid vormen, welke het informed consent wordt genoemd. Het informed consent is terug te vinden in de WGBO. De informatieplicht is neergelegd in art. 7:448 BW en het toestemmingsvereiste in art. 7:450 BW. De arts dient op duidelijke wijze de patiënt in te lichten over de aard en het doel van de behandeling, de te verwachten gevolgen en risico's, de andere methoden die in aanmerking komen en de staat en de vooruitzichten met betrekking op de gezondheid. De Hoge Raad heeft in 2001 geoordeeld dat een schending van de informatieplicht, een schending van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt is, omdat deze niet de keuze heeft kunnen maken met inachtneming van de juiste informatie. Verschillende juristen hebben hun twijfels bij de daadwerkelijke bescherming die het informed consent zou

⁶⁵ Wijne 2013, p.145

bieden, omdat schadevergoeding vorderen nauwelijks mogelijk lijkt en omdat het maar de vraag is of patiënten daadwerkelijk in staat zijn een weloverwogen keuze te kunnen maken.

3. De bewijslast en de schadevergoeding

Indien wordt vastgesteld dat de arts de patiënt niet goed heeft ingelicht en daarmee zijn informatieplicht heeft geschonden, is de arts in beginsel schadeplichtig. Echter, de patiënt dient te bewijzen dat de oorsprong van de geleden schade ligt in de schending van de informatieplicht, door het leveren van bewijs. In dit hoofdstuk wordt de deelvraag *‘Wat is er vastgesteld ten aanzien van de bewijslast bij schending van de informatieplicht van de arts?’* behandeld. De bewijsvoering wordt stap voor stap besproken, waarbij de knelpunten worden uitgelicht. Ook wordt de deelvraag *‘Wat is er vastgelegd omtrent schadevergoeding bij medische aansprakelijkheid?’* behandeld. Hier worden materiële en immateriële schadevergoeding behandeld. Indien er knelpunten zijn in de bewijsvoering, zouden de leerstukken van kansschade, proportionele aansprakelijkheid en integriteitsschade uitkomst kunnen bieden. Daarom zijn deze onderwerpen nader onderzocht.

3.1. De bewijslast in de rechtszaal

Bij het vorderen van schadevergoeding in een civiele zaak dient de benadeelde drie punten te bewijzen, te weten:

1. dat de arts tekort is geschoten in zijn informatieplicht;
2. dat de patiënt een andere keuze zou hebben gemaakt indien hij goed was ingelicht en;
3. dat de schade is ontstaan als gevolg van de schending van de informatieplicht.

De schade moet dus zijn geleden, zoals bedoeld in art. 6:95 BW. De bewijsvoering van de patiënt en de arts zijn vaak gebaseerd op het dossier van de patiënt, dat is opgesteld door de arts. De verdeling van de bewijslast kan worden gevonden in art. 150 Rv. Dit artikel houdt kort gezegd in: ‘wie stelt, die bewijst’. Bij informed consent-zaken ligt de bewijslast bij de patiënt, de benadeelde. Deze stelt namelijk dat de informatieplicht is geschonden en daarmee het zelfbeschikkingsrecht. In art. 150 Rv staat ook dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast kan voortvloeien. De bewijslastverdeling kan worden aangepast met betrekking tot de fout en het causaal verband. De arts kan niet alleen met een ontkenning van de beschuldigingen van patiënt volstaan. Op grond van de vaste jurisprudentie ligt op de arts een verzwaarde stelplicht. De ontkenning moet worden gemotiveerd. In hoeverre de zorgverlener moet motiveren, ligt ter beoordeling aan de rechter. Het ter beschikking stellen van operatie- en anesthesieverslagen evenals het medische dossier maken hier in ieder geval onderdeel van uit.⁶⁶

3.1.1. Schending van de informatieplicht

De rechter overweegt of de arts zijn informatieplicht heeft geschonden aan de hand van art. 7:448 lid 2 BW en maakt de overweging als hieronder weergegeven:

a. De aard en het doel: De rechter onderzoekt of de behandeling of ingreep noodzakelijk is en met welk doel het wordt uitgevoerd. Als er, zonder deugdelijke informatievoorziening, een levensreddende operatie met hoge nood uitgevoerd, waarna een patiënt klachten ervaart. Dan is de kans groot dat de arts zijn informatieplicht niet heeft geschonden of ondanks de schending geen grond voor schadevergoeding is doordat er geen *conditio sine qua non* wordt vastgesteld. Indien de operatie niet noodzakelijk is, zoals onder andere bij borstvergrotingen, is de informatieplicht van de arts aanzienlijk groter. De patiënt moet bijvoorbeeld worden ingelicht over kleinere risico's, meerdere alternatieven en eventuele gevolgen. De patiënt kan immers, na correct te zijn geïnformeerd over de voorgestelde behandeling, zonder risico voor de gezondheid besluiten om daarvan af te zien of de behandeling voor onbepaalde tijd uit te stellen. Bij dit type behandelingen rust, volgens de rechtspraak, op de arts een zwaarwegende informatieplicht.⁶⁷

⁶⁶ Giard 2005, p. 123

⁶⁷ Rb. Rotterdam 23 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2365 r.o. 5.10

b. De te verwachten gevolgen en risico's: De rechter onderzoekt of de arts had moeten inlichten over eventuele gevolgen en risico's van de behandeling of ingreep, en neemt dit mee in zijn beoordeling. Zo zal als er sprake is van een zeer geringe kans dat het risico zich verwezenlijkt niet snel een schending van de informatieplicht met zich meebrengen. Indien het risico klein is, maar de gevolgen bij verwezenlijking zeer ernstig zijn, zal op de arts eerder de plicht liggen de patiënt hierover in te lichten. Een relatief groot risico met grote gevolgen voor de patiënt zal een schending van de informatieplicht met zich meebrengen.

c. Andere methoden die in aanmerking komen: Om te bewijzen dat je als benadeelde een andere keuze zou hebben gemaakt bij voldoende of juiste informatie, ligt het voor de hand aan te tonen dat er 'betere opties' zijn. Indien er geen alternatieven zijn of de alternatieven door de rechter niet passend worden bevonden, dan komen deze dus niet 'in aanmerking' en is het zelfbeschikkingsrecht niet geschonden. Indien er meerdere methoden mogelijk zijn en deze zouden in aanmerking komen als behandeling van de patiënt, dan kan eerder worden aangenomen dat patiënt een andere keuze zou hebben gemaakt en kan de schending van het zelfbeschikkingsrecht worden vastgesteld.

d. De staat en de vooruitzichten m.b.t. de gezondheid: Het gaat hier om de vooruitzichten voor de gezondheid voordat de behandeling is gestart en wat de vooruitzichten met en zonder behandeling zouden zijn.

In maart 2016 heeft minister Schippers een brief aan de tweede kamer geschreven, waarin zij pleit voor opname van consults bij de arts.⁶⁸ Het opnemen van medische consults zou volgens de minister patiënten helpen met het begrijpen van alle informatie die de arts geeft. Dit kan volgens haar bijzonder dienstvaardig zijn bij mensen die de taal niet goed spreken of bij mensen die tijdens het gesprek erg emotioneel zijn. Ze kunnen het opgenomen gesprek terugluisteren en de gegeven informatie bespreken. Als dit voorstel werkelijkheid wordt, kan schending van de informatieplicht misschien beter worden vastgesteld door de rechter. Het gesprek kan dan namelijk worden aangevoerd als bewijs en woord voor woord worden geanalyseerd. De rechter kan het feit dat het gesprek terug te luisteren is dan ook meenemen in zijn beoordeling. De patiënt heeft daarbij ook meer tijd en middelen om de gegeven informatie te - gaan- begrijpen.

3.1.2. De conditio sine qua non en het causaal verband met schade

Het voorwaardelijk vereiste voor vaststelling van schending van de informatieplicht is dat de patiënt, indien deze juist zou zijn geïnformeerd, een andere keuze zou hebben gemaakt. Dit voorwaardelijk vereiste is de letterlijke vertaling van 'conditio sine qua non'. Het is dus vereist dat de benadeelde bewijst dat hij een andere keuze zou maken bij het verkrijgen van de juiste informatie om te kunnen spreken van schending van het zelfbeschikkingsrecht. De Hoge Raad⁶⁹ geeft hierbij twee mogelijke toetsingscriteria. Bij de beoordeling van deze hypothetische situatie kan volgens de Hoge Raad een subjectieve en een objectieve norm worden aangehouden. De objectieve norm kijkt naar wat een redelijk handelende patiënt feitelijk zou hebben gedaan, terwijl de subjectieve norm toetst wat de benadeelde zelf zou hebben besloten. Reden dat de Hoge Raad twee mogelijke toetsingscriteria geeft, kan liggen in de kern van het zelfbeschikkingsrecht. De patiënt moet namelijk autonoom kunnen kiezen ten aanzien van de behandelwijze, hoe afwijkend deze keuze in de ogen van anderen wellicht is.⁷⁰

⁶⁸ E. Nyst, 'Schippers: 'Geluidsoptnames goed idee', Medisch Contact, 10 maart 2016

⁶⁹ HR 23 november 2001, NJ 2002, p. 386 - 387

⁷⁰ Hendrix & Akkermans 2007

Naast de *conditio sine qua non* moet ook het verband tussen de schending van de informatieplicht en de daadwerkelijk geleden schade worden bewezen. Hierbij wordt vaak gebruik gemaakt van voorlichting door deskundigen en het medisch dossier van patiënt, opgebouwd door de arts. Veelal kan er geen causaal verband worden bewezen in de rechtszaal, waardoor veel benadeelden er niet in slagen schadevergoeding toegewezen te krijgen. Dit probleem wordt al jarenlang aangekaart in de wetenschappelijke literatuur.⁷¹ Deze bewijslasten zijn van groot belang ten aanzien van de vergoeding van zowel materiële als immateriële schade (smartengeld). Een enkele keer oordeelt de rechter dat de *conditio sine qua non* is bewezen en daarmee het causaal verband is vastgesteld. Daarmee kan worden aangenomen dat het feit dat de patiënt zou hebben gekozen voor een andere, of geen, behandeling, bewijst dat de schade achterwege zou zijn gebleven. In dat geval acht de rechter het aannemelijk of bewezen dat de schade door niets anders dan de schending van de informatieplicht en behandeling is geleden. Echter, in veel gevallen oordeelt de rechter dat de *conditio sine qua non* aannemelijk is, of zelfs bewezen, maar dat daarmee nog niet vaststaat dat de schade voortvloeit uit de schending van de informatieplicht.

3.2. Schadevergoeding na schending van de informatieplicht

Indien de rechter oordeelt dat de patiënt heeft gesteld en bewezen dat de informatieplicht is geschonden, de patiënt een andere keuze zou hebben gemaakt bij juiste voorlichting en de schade voortvloeit uit de tekortkoming, kan hij schadevergoeding toewijzen. Een vordering tot schadevergoeding kan op meerdere gronden worden gebaseerd. De hoogte van de schadevergoeding kan worden opgemaakt aan de hand van de ingeleverde proces- en bewijsstukken. De rechter mag de hoogte van de schadevergoeding ook schatten op grond van art. 6:97 BW. De schadevergoeding die veelal wordt gevorderd bij aansprakelijkheid is de materiële schadevergoeding. De materiële schadevergoeding is een vergoeding van schade die direct in geld uit is te drukken. De schadevergoeding die in het huidige rechtssysteem wordt gegeven, is ter compensatie van lichamelijk letsel en vermogensschade, en heeft in het algemeen als doel het herstellen van de oude situatie.⁷² Het uitgangspunt is dat schadevergoeding slechts is verschuldigd voor zover de wet daartoe de mogelijkheid biedt.⁷³ Naast materiële schade bestaat ook immateriële schade. Dit is geen schade aan bezit of vermogen maar bestaat de schade bijvoorbeeld uit verdriet, smart, geestelijk gemis of aantasting van de goede naam. Dit wordt ook wel smartengeld genoemd. In 2013 benadrukt de rechtbank⁷⁴ in een letselschadezaak dat het voor de vaststelling en de omvang van immateriële schadevergoeding niet van belang is waar de benadeelde het toegewezen geld aan uitgeeft en dat daarmee de betekenis van het 'verschaffen van compensatie' abstract is. De rechtbank heeft daarbij geoordeeld dat:

„..smartengeld ook tot het doel heeft om genoegdoening te verschaffen voor het geschokte rechtsgevoel van de benadeelde. Daarbij gaat het onder meer om de afkeuring en veroordeling van het gedrag van de aansprakelijke partij. ... Hierop sluit aan dat de rechter bij de begroting van het smartengeld acht mag slaan op de aard van de aansprakelijkheid en de zwaarte van het aan de aansprakelijke partij te maken verwijt.”

Bij het vorderen van immateriële schadevergoeding is geen psychisch erkend ziektebeeld vereist, maar het dient ter vergoeding van pijn en smart.⁷⁵ Het gaat echter niet alléén om pijn en smart, maar om een breder en objectiever kader, om immateriële beperkingen die uit het letsel voortvloeien. Die beperkingen betekenen een

⁷¹ Hendriks & Akkermans 2007, Wijne 2013 p.430 , Giesen 2014, p. 43, Verheul 2016

⁷² Giesen 2014

⁷³ Kamerstukken II 2014/15 34257 nr. 3, p.1

⁷⁴ Rb. Midden-Nederland 6 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0813 r.o. 4.17

⁷⁵ Van Dam, p. 154

beperking van de persoonlijke en sociale ontplooiingsmogelijkheden. het recht op zelfbeschikking om het leven in te richten en te leiden als men zou willen en tijdverlies.⁷⁶

3.3. Oplossingen bij onzeker causaal verband

In deze informatiemaatschappij hebben Giesen en Maes⁷⁷ een groei geconstateerd van de soorten plichten met betrekking tot het verstrekken van informatie. Er zijn volgens hen steeds meer informatieplichten en er worden volgens hen ook steeds verder reikende zorgplichten geaccepteerd. Zij geven informatieplichten juridisch bestaansrecht naast “handelingsplichten”. Er is daarmee een mechanisme ontstaan waar “handelingszorg” wordt aangevuld met “informatiezorg”. Zij geven daarbij het voorbeeld van een wegbeheerder waarop de zorgplicht rust te voorkomen dat er grote gaten of kuilen in de weg ontstaan, maar anderzijds ook de zorgplicht te waarschuwen voor kuilen die zich desondanks toch in de weg bevinden. Zo heeft de arts de zorgplicht zijn patiënten zo goed mogelijk te behandelen, maar ook om hen zo goed mogelijk te informeren, waardoor zijn plicht is verzaamd. De zorg wordt met de groei van de informatieplicht vergroot. De groei van informatieplichten zien zij terug in de hele maatschappij.

In de literatuur wordt veel gesproken over mogelijke oplossingen voor de knelpunten bij het vorderen van schadevergoeding. De focus wordt daarin vaak verlegd van de geleden materiële schade naar het geschonden recht van de benadeelde, het doel van toewijzing van schadevergoeding en de mogelijkheid deze te vorderen op grond van schending van een recht. Er wordt gezocht naar een weg om schadevergoeding te vorderen op grond van verlies van een kans, proportionele aansprakelijkheid of integriteitsschade.

3.3.1. De omkeringsregel

Enige tijd leek de omkeringsregel dé oplossing voor het - niet hoeven - bewijzen van het causaal verband en daarmee voor het succesvol vorderen van schadevergoeding. Begin jaren '70 werd bij zaken omtrent verkeersaansprakelijkheid of werkgeversaansprakelijkheid wel eens de bewijslast ten gunste van de eiser verlicht. In deze zaken was er sprake van schending van een verkeers- of veiligheidsnorm. Het vaststaan van de normschending vormde de rechtvaardiging van de tegemoetkoming.⁷⁸ Er is dan al een vermoeden van een causaal verband. De omkeringsregel leek voeten in de aarde te krijgen met het arrest Dicky Trading II⁷⁹ in 1996. De Hoge Raad oordeelde hier:

*“... indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven en dat het aan degene die op grond van die gedraging wordt aangesproken, is om te stellen te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.”*⁸⁰

Deze omkeringsregel was heel algemeen. Nu kon in principe bij elke gedraging die aan te merken was als onrechtmatige daad of wanprestatie, die enig risico in het leven heeft geroepen, een beroep worden gedaan op de omkeringsregel. Volgens Akkermans was dit dan ook het startsignaal om de regel door te trekken naar het gehele aansprakelijkheidsrecht.⁸¹ De Hoge Raad⁸² heeft in latere arresten het bereik van de omkeringsregel

⁷⁶ Van Dam, p. 154

⁷⁷ Giesen en Maes 2014, p. 220

⁷⁸ Giesen en Maes 2014, p. 222

⁷⁹ HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1976

⁸⁰ Onderstreept door auteur

⁸¹ Akkermans 2002, p.15

⁸² HR. 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737, HR. 23 november 2001 ECLI:NL:HR:2001:AD3963

ingeperkt en heeft, onder andere, in twee gelijksoortige informed consent-zaken geoordeeld dat de omkeringsregel niet ziet op gevallen waarin een informatieplicht geschonden is. De Hoge Raad geeft hierbij als toelichting⁸³ dat de plicht om te patiënt in te lichten over de risico's van de voorgestelde behandeling er niet toe strekt de patiënt te beschermen tegen het intreden van de risico's, maar om de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te kunnen beslissen. A-G de Vries Lentsch- Kostense stelt daarbij in haar conclusie⁸⁴ dat de schade wordt veroorzaakt door de ingreep en in wezen moet worden beschouwd als een aan die ingreep verbonden risico, en niet aan de informatieplicht. Giesen en Maes plaatsen hierbij kanttekeningen en stellen dat het belang van het informed consent wel degelijk is om patiënt in staat te stellen om zichzelf tegen mogelijke risico's te kunnen beschermen.⁸⁵ Zij vullen dit aan met de gedachtegang dat bescherming tegen de risico's geschiedt middels inlichting daarover en dat, als je jezelf wilt beschermen, je moet weten waartegen. De informatieplicht strekt volgens hen dus, anders dan de Hoge Raad oordeelt, wel degelijk ter bescherming tegen de risico's van een behandeling. Door het oordeel van de Hoge Raad wordt in dit onderzoek niet verder ingegaan op het leerstuk van de omkeringsregel en wordt deze uitgesloten als mogelijke oplossing bij onzeker causaal verband bij schending van een informatieplicht.

Ter volledigheid: ook in zaken waarin de arts niet lege artis zou hebben gehandeld, wordt bijna nooit de omkeringsregel toegepast. De Hoge Raad⁸⁶ heeft in 2004 geoordeeld dat bij het verwijten van een beroepsfout van de arts, in veel gevallen alleen de algemene norm uit art. 7:453 BW als geschonden norm kan worden aangewezen. In dat geval zal er volgens de Hoge Raad geen sprake zijn van toepassing van de omkeringsregel. De regel is dan dat, wanneer er sprake is van schending van een algemene zorgvuldigheidsnorm en niet een specifieke medische gedragsnorm, de bewijslast van het causaal verband op de eisende partij blijft rusten.⁸⁷

3.3.2. Proportionele aansprakelijkheid en het verlies van een kans

Volgens Giesen en Maes kan proportionele aansprakelijkheid worden gedefinieerd als aansprakelijkheid in evenredigheid met de grootte van de kans dat de onrechtmatige daad of toerekenbare tekortkoming de schade heeft veroorzaakt.⁸⁸ Het causaal verband is gesplitst in de *conditio sine qua non* uit de onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) of tekortkoming in de nakoming (art. 6:74 BW) en de redelijke toerekening (art. 6:98 BW). De redelijke toerekening ziet dan op de omvang van de aansprakelijkheid. Het doel van proportionele aansprakelijkheid is het bieden van een oplossing bij onzeker causaal verband. Daarbij moet wel in gedachten worden gehouden dat in beginsel degene die schade lijdt, de schade draagt, tenzij deze schade aan een ander kan worden toegerekend.

De leer van de proportionele aansprakelijkheid volgt twee wegen. Het leerstuk van een verlies van een kans (kansschade) en de leer van alternatieve veroorzaking (proportionele aansprakelijkheid). Het leerstuk van de alternatieve veroorzaking wordt toegepast wanneer de schade ook kan zijn veroorzaakt door schuld van de benadeelde. De veroorzaker wordt aansprakelijkheid gehouden voor in evenredigheid met zijn geschatte aandeel – zijn 'portie' – in de veroorzaking van de schade.⁸⁹ Bij het leerstuk van verlies van een kans moet de vraag worden beantwoord wat er zou zijn gebeurd als de fout niet zou hebben plaatsgevonden. De omvang van de schadevergoeding wordt vastgesteld aan de hand van goede en kwade kansen.⁹⁰ Het gaat hierbij niet om de schade waarover causaliteitsonzekerheid bestaat. Er wordt bijvoorbeeld niet de gemiste winst gevorderd, maar

⁸³ HR. 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737, r.o. 3.5.4.

⁸⁴ ECLI:NL:PHR:2001:AB2737, r.o. 9

⁸⁵ Giesen en Maes 2014, p. 224

⁸⁶ HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299

⁸⁷ Meyst- Michels en Klein Gunnenwiek 2015, p. 3

⁸⁸ Giesen en Maes 2014, p. 225

⁸⁹ Klaassen en Kortmann, 2012, p. 43

⁹⁰ Rutten, 2013

de gemiste kans op winst.⁹¹ Die vordering is overigens geheel en niet proportioneel, maar de vergoeding is 'in proportie' met de daadwerkelijk geleden schade. Het verband tussen de onrechtmatige gedraging van de gedaagde en de geleden schade moet dan ook worden vastgesteld.

De schadevergoeding die is toegewezen op grond van een verloren kans heet ook wel kansschade. Kansschade kan een oplossing bieden bij zaken waarin sprake is van een onzekere schade, waardoor het causaal verband zich niet – helemaal – laat vaststellen. Er zijn, volgens Akkermans en van Dijk,⁹² twee manieren om een oplossing te vinden voor proportionele aansprakelijkheid bij een onzeker causaal verband. De realiteit van de schade kan als uitgangspunt worden genomen, waarbij het niet zeker is of de schade is veroorzaakt door de fout. Er is dan sprake van onzekere causaliteit. Ook kan de fout (van de arts) worden gezien als realiteit en uitgangspunt. Dan moet de vraag worden gesteld of er daadwerkelijk sprake is van schade. Dit wordt ook wel onzekere schade genoemd. Het uitgangspunt van onzekere schade wordt vooral bij letselschadezaken en bij advocaten die een termijn (om bijvoorbeeld in hoger beroep te gaan) hebben laten verstrijken gebruikt. In de gevallen met 'onzekere schade' wordt het leerstuk van verlies van een kans gebruikt. De gedachtegang daarvan is dat de benadeelde door de fout een kans heeft verloren op een beter resultaat. Het causaal verband tussen de fout en de daadwerkelijke schade is dan onzeker, maar het causaal verband tussen de fout en het verlies van de kans op een beter resultaat staat dan wel vast.

Op 31 maart 2006 heeft de Hoge Raad⁹³ expliciet bepaald dat bij verzuimende informatieplichten, waarbij een onzeker causaal verband wordt vastgesteld, proportionele aansprakelijkheid een uitkomst kan bieden. De Hoge Raad oordeelde daarbij dat de regel slechts kan worden toegepast wanneer het redelijker is de onzekerheid over het conditio sine qua non-verband tussen de normschending en de schade over de partijen te verdelen, dan deze onzekerheid volledig voor risico van de benadeelde te laten komen.⁹⁴ Ondanks het feit dat de Hoge Raad reeds in 2006 heeft geoordeeld dat proportionele aansprakelijkheid een uitkomst kan zijn, lijkt het niet veel toegewezen te worden in letselschadezaken. Het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid wordt vaak gebruikt in zaken waarbij een advocaat een termijn van cliënt heeft laten verlopen en daardoor de kans op een beter resultaat heeft verloren (processchade). Alhoewel proportionele aansprakelijkheid werd geïntroduceerd in het arrest Nefalit/Karamus⁹⁵, heeft de Hoge Raad er in 2011 relevante invulling aan gegeven in het arrest Fortis/ Bourgonje.⁹⁶ In deze zaak heeft een vermogensbeheerder, waarop een zorgplicht rust, haar cliënt niet gewaarschuwd voor de, met betrekking tot de samenstelling van zijn portefeuille, genomen risico's. De Hoge Raad heeft in deze zaak aangegeven dat 'met name aanleiding kan zijn' voor proportionele aansprakelijkheid indien:

1. de aansprakelijkheid op zichzelf vaststaat;
2. een 'niet zeer kleine kans bestaat' dat het conditio sine qua non verband aanwezig is en;
3. de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending die toepassing rechtvaardigen (inclusief de aard van de schade).

Daaropvolgend heeft de Hoge Raad⁹⁷ in 2012 geoordeeld dat het voor het toewijzen van kansschade het conditio sine qua non-verband moet zijn vastgesteld. De Hoge Raad legt daarbij uit dat het moet gaan om situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt en

⁹¹ Klaassen en Kortmann, 2012, p.43

⁹² Akkermans & van Dijk 2012, p. 4

⁹³ HR. 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6093

⁹⁴ HR. 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6093, r.o. 7.3

⁹⁵ HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092

⁹⁶ HR 24 december 2011, ECLI:NL:HR:2010:BO1799

⁹⁷ HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, r.o. 3.5.3

waarin die onzekerheid haar grond vindt. Het gaat dan om de situatie waarin niet kan worden vastgesteld of, - en in hoeverre - in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd. Nu bij het Fortis/Bourgonje-arrest de aard van geschonden norm de waarschuwingsplicht van de vermogensbeheerder is en de strekking van de geschonden norm het voorkomen van vermogensschade⁹⁸, kan bij informed consent-zaken de aard van de geschonden norm de informatieplicht van de arts worden ingevuld en de strekking van de geschonden norm het weloverwogen kunnen kiezen voor een behandeling.

3.3.3. Het verlies van een kans en de informatieplicht

In 2015 heeft de rechtbank Rotterdam⁹⁹ aan eiseres een verklaring voor recht gegeven dat een arts tekort is geschoten in de nakoming van de behandelingsovereenkomst door schending van zijn informatieplicht. In deze zaak was er twijfel over de diagnose van schildklierkanker. Eiseres heeft gesteld dat de arts zijn zorgplicht heeft geschonden door het geheel verwijderen van de schildklier. Ook stelt eiseres dat zij niet voldoende is geïnformeerd over de bestaande twijfel over de diagnose. Gelet op de twijfel die bestond omtrent de diagnose en het feit dat meerdere artsen een onjuiste diagnose hadden gesteld, was het volgens de rechtbank bepaald niet ondenkbaar dat de voor een second opinion geraadpleegde arts tot een andere diagnose was gekomen, zodat de operatie achterwege was gebleven. Opvallend is dat de rechter, tezamen met de verklaring voor recht van de tekortkoming, een verklaring voor recht geeft dat aannemelijk is dat verzoekster in elk geval schade heeft geleden, bestaande uit het verlies van een kans op een beter behandelingsresultaat.¹⁰⁰ Uit het vonnis komt niet naar voren dat eiseres heeft gesteld dat zij een kans is verloren of dat zij op deze grond schadevergoeding heeft gevorderd. Daarmee lijkt de rechter aan te geven dat dit de meest passende manier is om schadevergoeding te vorderen na schending van de informatieplicht. De zaak is vervolgens verwezen naar een schadestaatprocedure.

3.3.4. Proportionele aansprakelijkheid als nieuwe richting

De rechtbank Groningen¹⁰¹ heeft in een vonnis proportionele schadevergoeding toegewezen na schending van een zorgplicht van de arts. In deze zaak had een arts niet lege artis gehandeld tijdens een bevalling, waarna het kindje zenuwletsel oploopt. Het zenuwletsel kan meerdere oorzaken hebben en het dossier is mogelijk onbetrouwbaar doordat aantekeningen later zijn aangepast. De deskundige heeft geen conclusie kunnen trekken omtrent de mogelijke oorzaken. Er moet volgens de rechtbank worden aangenomen dat het causaal verband zich niet laat vaststellen. Uit de overwegingen van de rechtbank blijkt dat:

“... het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van de arts heeft bijgedragen tot de schade in zijn geheel op eisers af te wentelen. Eveneens onaanvaardbaar, ook al is de arts tekortgeschoten in zijn zorgplicht, is het de onzekerheid over het causaal verband met de schade geheel voor risico van gedaagden te laten komen nu eveneens de kans bestaat dat de schade prenataal is veroorzaakt dan wel door natuurlijke krachten tijdens de baring is ontstaan. Dit zijn weliswaar omstandigheden die eisers niet kunnen worden verweten, doch deze liggen wel in hun risicosfeer.”¹⁰²

Er zijn door partijen geen uitlatingen gedaan over de grootte van de kans dat de zenuwbeschadiging ook zou zijn ontstaan indien de arts lege artis zou hebben gehandeld. De rechter wijst vervolgens, op grond van de redelijkheid en billijkheid, 75% van de geleden schade toe.

⁹⁸ Akkermans & van Dijk, p. 173

⁹⁹ Bijlage I uitspraak nr. 43

¹⁰⁰ Bijlage I uitspraak nr. 43, r.o. 4.12

¹⁰¹ Bijlage I uitspraak nr., 41

¹⁰² Bijlage I uitspraak nr. 41, r.o. 2.7

Op 1 juli 2016 zijn de wetswijzigingen van BW 6 in werking getreden. De wijzigingen houden voornamelijk een vergoeding van smartengeld voor naasten in.¹⁰³ Voor toewijzing van vergoeding van affectieschade heeft de letselschaderaad (DLR) verduidelijking gevraagd omtrent proportionele aansprakelijkheid. De minister van Veiligheid en Justitie, G.A. van der Steur (hierna: minister), geeft aan dat proportionele aansprakelijkheid kan worden aanvaard, mits dit wordt toegepast binnen de grenzen¹⁰⁴ die zijn getrokken door de Hoge Raad.¹⁰⁵ In de memorie van toelichting wordt verstaan onder proportionele aansprakelijkheid het aanvaarden van de aansprakelijkheid ingeval het causaal verband tussen de fout en het schadevooral zich niet goed laat vaststellen doordat er ten minste twee mogelijke alternatieve oorzaken van de schade zijn, waarvan minstens één in de risicosfeer van het slachtoffer ligt.¹⁰⁶ De minister geeft daarbij aan dat, indien de rechter proportionele aansprakelijkheid toewijst, dit niet alleen werkt in de verhouding tussen schadeveroorzaker en de gekwetste, maar ook tussen de schadeveroorzaker en de naasten van gekwetsten.¹⁰⁷ Hieruit kan worden aangenomen dat het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid kan worden gezien als gepaste en geaccepteerde vorm van het vorderen van schadevergoeding bij onzeker causaal verband. De minister geeft zelfs aan in de memorie van toelichting dat hij verwacht dat het aantal nieuwe discussies ten gevolge hiervan beperkt van omvang zullen zijn.¹⁰⁸

3.3.5. Integriteitsschade

In verschillende bronnen wordt – los van proportionele aansprakelijkheid - integriteitsschade gezien als een oplossing voor de problematiek in de bewijslast bij informed consent-zaken. Bij schending van de informatieplicht wordt schadevergoeding toegewezen op grond schending van het zelfbeschikkingsrecht.¹⁰⁹ De focus ligt daarbij niet op het causaal verband en lichamelijk letsel, maar op het feit dat een fundamenteel recht van een patiënt is geschonden. Integriteitsschade is nu een enkele keer door de rechter toegewezen aan benadeelden waarvan het zelfbeschikkingsrecht is geschonden. Bij het toekennen van integriteitsschade wordt de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht gezien als schending van een fundamenteel recht,¹¹⁰ waardoor de benadeelde wordt aangetast in zijn persoon als bedoeld in art. 6:106 lid 1 sub b BW. Deze aantasting geeft de benadeelde het recht op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding voor een nadeel dat niet uit vermogensschade bestaat. De Hoge Raad¹¹¹ heeft geoordeeld dat er sprake is van een aantasting van een persoon als het gaat om een “zo ernstige” schending van “een zo fundamenteel recht”. Het EHRM¹¹² heeft echter geoordeeld dat een “minor interference” van het zelfbeschikkingsrecht genoeg is voor een inbreuk op art. 8 EVRM. Een geconstateerde schending van art. 8 EVRM geeft recht op vergoeding van immateriële schade. De Hoge Raad heeft zich nog niet uitgelaten over de vraag of schending van het zelfbeschikkingsrecht een juridisch relevante schadepost is.¹¹³

In 2007 wordt integriteitsschade als zodanig gevorderd en toegekend door het gerechtshof Arnhem.¹¹⁴ De zaak betrof een beenlengteverschil. De patiënte had een heupoperatie ondergaan en als gevolg daarvan was een beenlengteverschil ontstaan. De patiënte stelde de behandelend orthopedisch chirurg aansprakelijk voor de door

¹⁰³ Kamerstukken II 2014/15 34257 nr. 3, p. 1

¹⁰⁴ Kamerstukken II 2014/15 34257 nr. 3, p.19

¹⁰⁵ De minister wijst op HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092

¹⁰⁶ Kamerstukken II 2014/15 34257 nr. 3, p.19

¹⁰⁷ Kamerstukken II 2014/15 34257 nr. 3, p.19

¹⁰⁸ Kamerstukken II 2014/15 34257 nr. 3, p.19

¹⁰⁹ Giesen, 2014, Verheul 2016

¹¹⁰ Wijne 2013, p. 431

¹¹¹ HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213

¹¹² EHRM 16 juni 2005, EHRM 2005, 82, (Storck/Duitsland), r.o. 143

¹¹³ Verheul 2016

¹¹⁴ Hof Arnhem 4 december 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BM5197

haar geleden schade. Zij vorderde vergoeding van de materiële en immateriële schade. Naast de vergoeding van de schade die zij had geleden als gevolg van het beenlengteverschil, vorderde zij schade die zij stelde te hebben geleden als gevolg van een inbreuk op haar zelfbeschikkingsrecht en lichamelijke integriteit door schending van de informatieplicht. Zij stelde dat zij, indien zij voldoende was geïnformeerd over het beenlengteverschil als onvermijdelijk gevolg van de operatie, niet voor de operatie zou hebben gekozen. Het gerechtshof wees de vordering toe, en oordeelde daarbij:

*"Naar het oordeel van het gerechtshof is, zo mocht blijken dat appellante inderdaad onvoldoende geïnformeerd met de bewuste operatie heeft ingestemd, de aantasting van haar zelfbeschikkingsrecht gegeven. Appellante had er immers het recht op om volledig door geïntimeerde te worden geïnformeerd. Anders dan geïntimeerde betoogt, is de mate van aantasting van dat zelfbeschikkingsrecht dan niet meer aan de orde."*¹¹⁵

De partijen zijn in cassatie gegaan, maar de Hoge Raad¹¹⁶ heeft zich in deze zaak niet uitgelaten over de vraag of schending van het zelfbeschikkingsrecht een juridisch relevante schadepost is.¹¹⁷ Zij heeft de terugverwezen naar het gerechtshof Amsterdam. Hendrix schrijft in haar noot¹¹⁸ dat het wenselijk is dat het gerechtshof zich nogmaals buigt over de kwestie. Het is volgens haar niet alleen onduidelijk of het verwezenlijken van het risico een beslissende voorwaarde is voor toekenning van de schadepost, maar ook of een schending van de informatieplicht een dusdanige schending van het zelfbeschikkingsrecht oplevert, waarmee patiënte in haar persoon is aangetast in de zin van art. 6:106 onder lid 1 sub b BW. Indien dit niet het geval is zou het causaal verband met de schade dan in theorie niet meer worden meegenomen in de beoordeling, nu niet het letsel grond van de vordering is, maar de schending van een fundamenteel recht.

Ti Hanh Nguyen vergelijkt de arresten oudejaarsrellen en baby Kelly¹¹⁹ om zo de voorwaarden vast te kunnen stellen voor toewijzing van immateriële schadevergoeding op grond van aantasting in de persoon, zonder dat er schade is geleden. Zij concludeert na de vergelijking dat er drie voorwaarden aan hangen gesteld. Deze zijn:

1. er is sprake van een ernstige inbreuk;
2. op een zeer fundamenteel recht;
3. met rechtstreekse gevolgen voor de benadeelde(n).¹²⁰

Nogmaals, uit het oudejaarsrellenarrest kan worden geconcludeerd dat de aard en de ernst van de inbreuk van belang zijn. Daar is aan toegevoegd dat er sprake moet zijn van een 'zo ingrijpende aantasting'. Volgens Nguyen kan worden gesproken van een ernstige inbreuk indien de benadeelde in zijn vrijheid, danwel zelfbeschikking, is beperkt. De vrijheid om te doen of laten wat men wil is volgens haar namelijk de kern van de fundamentele rechten. Laakbaarheid van de onrechtmatige daad speelt volgens haar ook een rol. Indien willens en wetens onrechtmatig is gehandeld, kan eerder worden gesproken van een ernstige inbreuk door de verhoogde mate van schuld.¹²¹

Uit het baby Kelly-arrest kan men afleiden dat niet alle fundamentele rechten gelijk zijn aan elkaar, maar dat sommige 'fundamenteler' zijn. Toekenning van smartengeld mag immers pas bij schending van een zeer fundamenteel recht. Wat de inhoud is van de zeer fundamentele rechten geeft de Hoge Raad geen antwoord op,

¹¹⁵ Bijlage I: uitspraak nr. 27 r.o. 4.4.3

¹¹⁶ HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4882, onderstreept door auteur

¹¹⁷ Verheul 2016

¹¹⁸ HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4882 m.nt. mr. L.G.J. Hendrix

¹¹⁹ Deze arresten zijn reeds uitgelicht en besproken in paragraaf 2.4

¹²⁰ Nguyen 2009, p. 4-5

¹²¹ Nguyen 2009, p. 4

maar het lijkt te draaien om de waarborg van het zelfbeschikkingsrecht en, meer algemeen, om de persoon. Volgens Nguyen zouden rechten die toezien op de persoonlijke ontplooiing (bijvoorbeeld het recht op scholing en vereniging) of zuiver procedurele rechten dan niet vallen onder zeer fundamentele rechten.¹²² Van belang voor dit onderzoek is dat schending van het zelfbeschikkingsrecht wordt aangemerkt als schending van een zeer fundamenteel recht.

In het oudejaarsrellenarrest was de Hoge Raad van oordeel dat de zoon in het gezin niet was aangetast in zijn persoon. Hij was namelijk niet aanwezig in de woning ten tijde van de rellen. Nguyen concludeert daaruit dat in het geval van de zoon er een te ver verwijderd verband is tussen de onrechtmatige handeling en de schade.¹²³ De schade van de zoon was het gevoel van onveiligheid. De benadeelde moet dus zelf de onrechtmatige omstandigheden hebben ervaren. De zoon maakt immers geen aanspraak op smartengeld omdat hij tijdens de bedreigingen niet thuis was. De persoon moet dus rechtstreeks zijn aangetast. De vraag rest dan nog of er daadwerkelijk ernstige gevolgen moeten zijn voor de benadeelde. In de oudejaarsrellenzaak wordt de ernst van de gevolgen meegewogen, terwijl dat in de wrongful-life zaak van baby Kelly niet het uitgangspunt voor toewijzing van immateriële schadevergoeding lijkt. Nguyen maakt daaruit op dat misschien de ernst van de gevolgen geen voorwaarde is voor het toekennen van smartengeld, maar kan worden gezien als gezichtspunt voor bepaling of de inbreuk ernstig is geweest.¹²⁴

3.4. Conclusie

De conclusie die kan worden getrokken na het beantwoorden van de deelvraag '*Wat is er vastgesteld ten aanzien van de bewijslast bij schending van de informatieplicht van de arts*' is dat er drie punten moeten worden bewezen. Indien een patiënt van mening is dat de arts zijn informatieplicht heeft geschonden, kan de arts civielrechtelijk aansprakelijk worden gesteld. De bewijslast ligt bij de patiënt. De patiënt moet bewijzen dat:

1. de arts tekort is geschoten in zijn informatieplicht;
2. de patiënt een andere keuze zou hebben gemaakt bij juiste voorlichting en;
3. dat de geleden schade een gevolg is van de tekortkoming.

In veel gevallen lukt het de patiënt niet om schadevergoeding te vorderen, omdat de *conditio sine qua non* of het causaal verband met de schade niet kan worden bewezen.

Naar aanleiding van de beantwoording van de deelvraag '*Wat is er vastgelegd omtrent schadevergoeding bij medische aansprakelijkheid?*' kan worden geconcludeerd dat materiële en immateriële schadevergoeding kan worden gevorderd. Er is gezocht naar oplossingen om schadevergoeding te vorderen zonder vaststelling van het (gehele) causaal verband met de schade. De omkeringsregel leek het meest geschikte middel, nu deze regel de bewijsnood geheel verschoof naar de tegenpartij. Echter, de Hoge Raad heeft geoordeeld dat de omkeringsregel niet kan worden toegepast in een informed consent-zaak.

Het vorderen van proportionele schadevergoeding is een mogelijke oplossing als er sprake is van onzekere causaliteit. De schadevergoeding die wordt gevorderd is materieel. Proportionele schadevergoeding kan worden gevorderd als het causaal verband tussen de fout en het schadevooral zich niet goed laat vaststellen doordat er ten minste twee mogelijke alternatieve oorzaken van de schade zijn, waarvan minstens één in de risicosfeer van

¹²² Nguyen 2009, p. 5

¹²³ Nguyen 2009, p. 4

¹²⁴ Nguyen 2009, p. 6

het slachtoffer ligt. Na inwerkingtreding van de wetwijzigingen van het BW 6 werkt dit ook tussen de schadeveroorzaker en de naasten van gekwetsten.

Bij het verlies van een kans is het verband tussen de tekortkoming en de schade onzeker. Het causaal tussen de tekortkoming en het verlies van een kans is wel vastgesteld. De vraag wat er in de toekomst zou zijn gebeurd indien de fout niet had plaatsgevonden, staat hierbij centraal. Deze vraag wordt beantwoord door middel van het afwegen van goede en kwade kansen. Het leerstuk verlies van een kans kan blijkens jurisprudentie van toepassing zijn zaken waarin de informatieplicht is geschonden.

Het vorderen van integriteitsschade is ook een mogelijke oplossing. Hierbij is de focus verlegd van de schade naar het geschonden recht. Er wordt dus gekeken vanuit een ander perspectief. De vergoeding is immaterieel en ziet op het geschonden zelfbeschikkingsrecht. Bij ernstige schending van de informatieplicht is een persoon aangetast in zijn persoon. Dat maakt de arts in beginsel schadeplichtig. Voorwaarden voor het vorderen van immateriële schadevergoeding wegens schending van het zelfbeschikkingsrecht/ aantasting in de persoon zijn:

1. er is sprake van een ernstige inbreuk;
2. op een zeer fundamenteel recht;
3. met rechtstreekse gevolgen voor de benadeelde(n)

Schending van de informatieverplichting lijkt aan deze voorwaarden te voldoen. Het is echter nog de vraag of bij letselschadezaken verwezenlijking van het risico wordt meegewogen. In paragraaf 5.3. wordt verder onderzocht hoe dit in de jurisprudentie terugkomt.

4. Resultaten van de bewijslast in de rechtspraak

In dit hoofdstuk worden twee deelvragen behandeld. De deelvragen zien op het jurisprudentieonderzoek dat is gedaan naar aanleiding van de voornoemde knelpunten in de rechtspraak. De deelvraag ‘*Op welke gronden faalt of slaagt het bewijzen van de conditio sine qua non?*’ wordt beantwoord aan de hand van een jurisprudentieanalyse van vijftientig uitspraken, die terug te vinden zijn in bijlage I en II. Van de zaken uit bijlage II zijn er zestien gevoerd in eerste aanleg. De overige negen arresten zijn in hoger beroep gewezen. Alle uitspraken uit bijlage II zijn uitgesproken tussen 2001 en 2015, waarvan 20 uitspraken tussen 2008 en 2015.

De deelvraag ‘*Op welke gronden het causaal verband tussen de schending van de informatieplicht en de geleden schade vastgesteld?*’ wordt beantwoord aan de hand van de uitspraken waarbij een eventuele schending van de informatieplicht inhoudelijk wordt behandeld en wordt de focus gelegd op het causaal verband met de schade. In dit hoofdstuk worden de arresten in het hoger beroep van de zaak binnen Groenendijk & Kloppenburg Advocaten besproken aan de hand van een jurisprudentieanalyse. Er zijn in totaal achttien uitspraken geanalyseerd. Van de uitspraken in bijlage III zijn er dertien gevoerd in eerste aanleg en vijf in hoger beroep. Alle uitspraken zijn gedaan tussen 2006 en 2015, waarvan zestien tussen 2010 en 2015.

4.1. Schending van de informatieplicht en vaststelling van de conditio sine qua non

Bij tien van de vijftientig onderzochte uitspraken in bijlage II is de schending van de informatieplicht aangenomen of vastgesteld door de rechter. Dat wil zeggen, er is vastgesteld of aangenomen dat de arts niet heeft ingelicht wanneer dit wel had moeten. In zaak 19¹²⁵ oordeelt het gerechtshof dat de grondslag van schending van het informed consent de vordering van de patiënt niet kan dragen, nog daargelaten dat alleen een schending van de informatieplicht onvoldoende is voor het aannemen van aansprakelijkheid. Het gerechtshof lijkt daarmee te zeggen dat voor aansprakelijkheid meer nodig is dan alleen het schending van de informatieplicht. Er is volgens de rechtspraak pas recht op schadevergoeding na schending van de informatieplicht als de conditio sine qua non wordt aangenomen of vastgesteld. Er moet dus worden vastgesteld of aangenomen dat de patiënt bij juiste informatievoorziening ook daadwerkelijk een andere keuze zou hebben gemaakt. Dit is ook terug te zien in zaak 16, 20 en 24,¹²⁶ waarbij de schending van de informatieplicht wordt vastgesteld, maar de conditio sine qua non niet kan worden vastgesteld. In zaak 16 worden daardoor alle vorderingen afgewezen. In zaak 20 wordt schadevergoeding toegewezen op grond van aantasting in de persoon.¹²⁷ In zaak 24 is er de behoefte eerst het causaal verband met schade te onderzoeken.

In de beoordeling van een eventuele tekortkoming in de behandelingsovereenkomst door schending van de informatieplicht staan de twee bewijslasten met betrekking tot de causaliteit centraal. In een enkel geval wordt schending van de informatieplicht niet inhoudelijk behandeld. Dit gebeurt als reeds is vast komen te staan dat er geen causaal verband bestaat.¹²⁸ Dit is aan de orde als het ziekteverloop niet anders zou zijn geweest bij het juist informeren van de patiënt.¹²⁹ Bewijsvoering met betrekking tot de conditio sine qua non is doorgaans lastig. Het gaat immers om een hypothetische situatie. In zeven¹³⁰ van de zeventien zaken waarbij de conditio sine qua non ontbreekt stellen de patiënten dat zij zouden hebben gekozen voor een alternatief indien zij hierover zouden zijn

¹²⁵ Bijlage I: uitspraak nr. 11

¹²⁶ Zie bijlage II

¹²⁷ Deze zaak wordt verder uitgelicht in paragraaf 5.4.1 en 5.4.2

¹²⁸ Bijlage II: uitspraak nr. 13, 20

¹²⁹ Bijlage II: uitspraak nr. 20

¹³⁰ Bijlage II: uitspraak nr. 4, 5, 6, 7, 13, 19, 20

ingelicht. De rechter oordeelt of de alternatieven geheel gelijkwaardig zijn. In vijf van die zeven uitspraken¹³¹ oordeelt de rechter dat de alternatieven die zijn aangevoerd niet geheel gelijkwaardig zijn aan de ingreep of behandeling waarvoor is gekozen door de arts. In zaak 6 wordt de informatieplicht van de arts afgewogen tegenover de plicht van de patiënt om naar beste weten inlichtingen en medewerking te geven die de arts redelijkerwijs voor het uitvoeren van de overeenkomst behoeft. Deze plicht komt voort uit art. 7:452 BW. De patiënt stelt dat de arts aansprakelijk is voor de schade die ontstaan na een naadlekkage. Een alternatieve methode – waarbij kans op complicaties groter was, maar de kans op een naadlekkage kleiner – was immers niet besproken. De patiënt stelt dat hij zou hebben gekozen voor het alternatief op grond van zijn persoonlijke voorkeur (subjectieve maatstaf). Het gerechtshof neemt mee in haar oordeel dat de patiënt de angst voor een naadlekkage niet had aangegeven, wat wel op zijn weg had gelegen. Daarnaast heeft de verdediging sterk tegenbewijs in de vorm van een brief aangevoerd, die de patiënt aan zijn huisarts had geschreven, waaruit blijkt dat de patiënt wel op de hoogte was van beide mogelijkheden. Daarom stond vast dat de patiënt met de kennis van beide mogelijkheden heeft ingestemd. Ondanks het niet informeren door de arts is er in dit geval dus duidelijk geen grond voor schadevergoeding.

In twee uitzonderlijke zaken, waarbij een niet besproken alternatief wordt aangevoerd als reden voor schending van de informatieplicht, is geoordeeld dat de schending van de informatieplicht niet kan worden vastgesteld. Reden hiervoor is dat uit het patiëntendossier – opgesteld door de arts- de fout niet kan worden opgemaakt. In zaak 7 uit bijlage II zijn alternatieven met betrekking tot naaldbiopsieën volgens de patiënt niet besproken, terwijl hier door haar specifiek naar was gevraagd. De verzoeken van de patiënt staan niet vermeld in het dossier, maar er staat wel dat de opties zijn besproken met een andere arts. De zaak die aanhangig is gemaakt bij het tuchtcollege wegens eventueel niet lege artis handelen van de arts is afgewezen, maar de klacht met betrekking tot schending van de informatieplicht gegrond. Vaststelling van een schending van de informatieplicht is niet mogelijk volgens de rechtbank, omdat deze niet blijkt uit het patiëntdossier. In zaak 13 van bijlage II is schade geleden na een operatie aan de pols waarbij een bloeditstorting weggehaald zou moeten worden. De bloeditstorting bleek een tumor te zijn, waarbij de arts die –zonder succes – heeft getracht te verwijderen. De arts had de patiënte moeten vertellen over de mogelijkheid van blijvend zenuwletsel met een kansfactor van 10%. Daarnaast heeft de arts ook niet verteld over de mogelijkheid om alleen een biopsie te doen, zonder operatie. Ondanks dat de kans groot was dat bij het uitvoeren van alleen een biopsie de juiste diagnose (de tumor) zou zijn gesteld, oordeelt de rechtbank dat de patiënt niet zou hebben gekozen voor een andere behandeling. Volgens de rechtbank kon uit het patiëntdossier niet worden vastgesteld wat de arts precies had verteld. Zij voerde als motivatie van haar oordeel verder aan dat patiënte (naast de bloeditstorting) toch onder het mes ging ter verwijdering van enkele moedervlekken en zij zou – vanwege de groei van de tumor tegen de zenuw – vroeg of laat geopereerd moeten worden. In deze zaak is de strekking van het zelfbeschikkingsrecht niet gevolgd. De operatie was –nog- niet noodzakelijk en er bestond een alternatief – dat waarschijnlijk beter had uitgekapt voor de patiënt. Daarbij komt dat er waarschijnlijk sprake was van onvoldoende dossiervorming door de arts. Desondanks zijn de vorderingen afgewezen. Indien de arts niet heeft ingelicht over een alternatief en de patiënt stelt dat deze voor het alternatief zou hebben gekozen, moet worden bewezen in de rechtszaal dat de alternatieven geheel gelijkwaardig zijn aan elkaar. De vordering op grond van art. 7:448 lid 2 sub c BW heeft daarom een relatief kleine kans van slagen in de rechtszaal. Het betoog van Giesen en Maes¹³², dat het informed consent een lege huls is, lijkt te worden bewezen in zaken als nummer 7 en 13.

¹³¹ Bijlage II: uitspraak nr. 4, 5, 6, 19, 20

¹³² Paragraaf 2.3.2.

Voor vaststelling van een schending van de informatieplicht op grond van art. 7:448 lid 2 sub b BW wordt als maatstaf de algemene regel gebruikt: risico = kans x gevolg. De kansfactor wordt afgewogen tegenover de ernst van de gevolgen. Bij negen van de vijftien zaken waarbij de informatieplicht niet wordt geschonden, wordt door de patiënt aangevoerd dat de arts niet – voldoende of niet juist - heeft ingelicht over de te verwachten gevolgen en risico's. Door de verscheidenheid in de zaken is er geen vaste lijn te herkennen met betrekking tot bijvoorbeeld kanspercentages. Wel wordt duidelijk dat de arts niet hoeft in te lichten over gevolgen die in de vakliteratuur nog niet zijn vastgelegd¹³³ of die de arts zelf na ongeveer duizend keer opereren nog nooit heeft ervaren.¹³⁴ Het moet dus gaan om een bekend en reëel risico, dat niet is te verwaarlozen. In twee uitspraken heeft de rechter zich uitgelaten over het feit dat de patiënt geen enkel bewijs heeft geleverd of noodzakelijke bewijsstukken mist. De rechter geeft daarbij als specifiek voorbeeld van belangrijk bewijsstuk een verklarende brief van de behandelend arts.¹³⁵ Een anoniem deskundigenbericht zonder enig advies als bewijs van algemene bekendheid van het risico is logischerwijs niet voldoende. Opmerkelijk is dat in de zaken 24 en 25 uit bijlage II eerst het causaal verband wordt onderzocht. Daaruit lijkt de fixatie in de rechtspraak op het causaal verband in plaats van recht doen na schending van een (fundamenteel) recht gegeven. In deze redenering lijkt het vaststaand feit dat een recht is geschonden ondergeschikt aan het causaal verband met schade.

In acht van de vijftien zaken waarbij schending van de informatieplicht is vastgesteld, is vast komen te staan of aangenomen dat de patiënt een andere keuze zou hebben gemaakt bij juiste voorlichting. Hiermee is de *conditio sine qua non* aangenomen of vastgesteld. In drie zaken heeft een arts zich voorgedaan als specialist, terwijl de betreffende operatie niet zijn vakgebied lag. In twee¹³⁶ van deze zaken heeft een gynaecoloog zich voorgedaan als een specialist, namelijk een plastisch chirurg. Doordat de plastische operaties niet noodzakelijk zijn, rust op de arts een verzwaarde informatieplicht. De rechter oordeelt in beide zaken dat de schending van de informatieplicht ernstig verwijtbaar is. De keuzemogelijkheid om een andere arts te kiezen is ontnomen en het is aannemelijk dat de patiënten zouden hebben gekozen voor een specialist. In de derde zaak is een patiënt uitbehandeld in het ziekenhuis en neemt uit wanhoop contact op met een plastisch chirurg. Deze wil de patiënt opereren en vertelt de patiënt dat het gaat om een simpele ingreep. De plastisch chirurg had nog nooit een dergelijke operatie uitgevoerd en had geen contact opgenomen met de vorige behandelaars. Hij heeft vervolgens een wond ter grootte van zeven centimeter aangebracht aan de penis van de patiënt. Na een tweede operatie heeft de patiënt op advies van de arts maandenlang zelf de wond verzorgd. De patiënt heeft zich uiteindelijk gericht tot het VU-ziekenhuis, die een hersteloperatie heeft uitgevoerd. De hersteloperatie heeft als gevolg dat de penis een verdere verkleining en deformatie heeft ondergaan. De rechtbank is van oordeel dat het vaststaat dat de patiënt nooit zou zijn geopereerd indien deze juist was ingelicht over de kennis van de arts en de relatief grote kans op zeer ernstige gevolgen. Volgens de rechtbank kan met de vastgestelde, toerekenbare schending van de informatieplicht de vraag of de arts *lege artis* heeft gehandeld in het midden worden gelaten.

Voor vaststelling van de *conditio sine qua non* wordt veelal rekening gehouden de te verwachten gevolgen en risico's. Ook hierbij wordt de ernst van de gevolgen afgewogen tegenover de kans dat de gevolgen intreden.¹³⁷ Zo wordt in zaak 18 geoordeeld dat het onvermijdelijke beenverschil verstrekkende gevolgen heeft voor patiënte. Zij loopt als gevolg van de operatie kreupel en dit stoort haar in de dagelijkse bezigheden. Aangezien er een alternatief was, het beenlengteverschil onvermijdelijk en de gevolgen verstrekkend, heeft de rechter de *conditio sine qua non* aangenomen. Ook in zaak 22 – de zaak die wordt gevoerd bij Groenendijk & Kloppenburg

¹³³ Bijlage II: uitspraak nr. 3,4

¹³⁴ Bijlage II: uitspraak nr. 3

¹³⁵ Bijlage II: uitspraak nr. 9

¹³⁶ Bijlage II: uitspraak nr. 15, 17

¹³⁷ risico = kans x gevolg

Advocaten – is het gerechtshof van oordeel dat de informatieplicht is geschonden en de conditio sine qua non aangenomen. Er waren meerdere – niet medicamenteuze – alternatieven die niet met cliënten zijn besproken. De psychiater is volgens het gerechtshof tekortgeschoten omtrent het informeren over twijfels over de veiligheid van de geneesmiddelen tijdens de zwangerschap. Ondanks dat het risico niet helemaal vast stond - aan de hand van de toentertijd beschikbare literatuur- zijn de mogelijke gevolgen dermate verstrekkend dat cliënte had moeten worden ingelicht. Daarbij is in de overweging meegenomen dat de arts tuchtrechtelijk is veroordeeld en de echtgenoot van cliënte na het lezen van de bijsluiter nog telefonisch contact heeft gehad met de psychiater. Hij heeft daarbij zijn twijfels geuit.

In iets minder dan de helft van de uitspraken¹³⁸ (tien van de vijftientig) wordt gebruik gemaakt van een deskundige. De deskundige doet zijn onderzoek aan de hand van de gronden uit art. 7:448 BW. Aan de hand van het deskundigenbericht wordt dan vastgesteld of de arts is tekortgeschoten in zijn informatieverplichting en of de – redelijke handelende - patiënt een andere keuze zou hebben gemaakt. Vaak onderzoekt de deskundige ook of de arts lege artis heeft gehandeld. Ook in zaak 22, de zaak van Groenendijk & Kloppenburg Advocaten, is de schending van de informatieplicht en de aanname van de conditio sine qua non vastgesteld aan de hand van onder andere het deskundigenbericht.

4.1.2 Het aanvragen van een second opinion als grond voor schending informatieplicht

Opvallend aan de resultaten van de jurisprudentieanalyse in bijlage II is de overweging die de rechter maakt met betrekking tot de wens van een second opinion door de patiënt. In twee zaken wordt geoordeeld dat het aan willen vragen van een second opinion niet resulteert in vaststelling van de conditio sine qua non. De rechter oordeelt dat het slechts aangeven dat men “wellicht een second opinion aan had willen vragen”¹³⁹ niet voldoende is voor vaststelling van de conditio sine qua non. Het ligt op de weg - zeker indien sterk verweer wordt gevoerd – om te stellen en onderbouwen met bijvoorbeeld bijzondere risico's of persoonlijke bezwaren. Sterk verweer kan bestaan uit bijvoorbeeld aangevoerde feiten en omstandigheden, een verklaring van een arts of wetenschappelijk bewijs. Ook in een andere zaak¹⁴⁰ oordeelt de rechter dat de wens om een second opinion aan te vragen geen reden is voor vaststelling van de conditio sine qua non. De patiënt had al gebruik gemaakt van een second opinion en samen met het feit dat het ging om een geringe kans oordeelde de rechter dat de patiënte voldoende geïnformeerd was, en ook voor de operatie had gekozen als zij bekend zou zijn met de (kleine kans op de) gevolgen. In twee andere zaken wordt de second opinion juist meegenomen bij vaststelling van de conditio sine qua non. In één zaak ging het er om dat de arts niet had geïnformeerd over het experimentele karakter van de ingreep. Het gerechtshof ging er in deze zaak vanuit de patiënt “al dan niet na een second opinion” zou hebben afgezien van de behandeling, als geïntimeerde zou hebben voldaan aan de informatieplicht. In een recente zaak¹⁴¹ oordeelt de rechtbank dat een ziekenhuis is tekortgeschoten in zijn informatieplicht nu de arts patiënte niet had ingelicht over twijfels omtrent de diagnose. De rechtbank overweegt dat wanneer de patiënte was ingelicht over de bestaande twijfel, zij (eerst) een second opinion had kunnen vragen, in plaats van in te stemmen met de operatie. Gezien de twijfels die er bestonden omtrent de diagnose acht de rechtbank het aannemelijk dat patiënte de second opinion zou aanvragen, de andere arts tot een andere diagnose zou zijn gekomen en daarmee de operatie achterwegen zou zijn gebleven. De stelling dat de patiënt een second opinion zou hebben aangevraagd, kan dus bijdragen in vaststelling of aanname van de conditio sine qua non:

1. als een second opinion nog niet eerder is aangevraagd;

¹³⁸ Bijlage II: uitspraak nr. 2, 5, 6, 7, 10, 19, 16, 18, 20, 24

¹³⁹ Bijlage II: uitspraak nr. 12

¹⁴⁰ Bijlage II: uitspraak nr. 16

¹⁴¹ Bijlage II: uitspraak nr. 43

2. als na het aanvragen van een second opinion de patiënt zou hebben afgezien van de behandeling;
3. of indien het aannemelijk is dat bij de second opinion een andere (juiste) diagnose zou zijn gesteld.

4.2. Afweging tussen onvoldoende informeren en onjuist informeren

Er is een verschil in weging tussen het nalaten te informeren en het – bewust - onjuist informeren. Zo wordt in twee zaken waarbij een gynaecoloog zich voordoeft als plastisch chirurg¹⁴² en de zaak waarbij de arts een stel met een kinderwens verkeerde informatie heeft verstrekt met betrekking tot een sterilisatie¹⁴³ gelijk aangenomen dat er geen sprake was van informed consent, omdat de inlichtingen onjuist waren. De rechter oordeelt daarbij dat het onjuist informeren ernstig verwijtbaar is. De vraag of patiënten bij juist informeren een andere keuze zouden hebben gemaakt is in deze zaken direct aangenomen, waardoor het niet meer apart bewezen hoeft te worden.

In zaken waarbij de arts niet voldoende uitleg heeft gegeven, wordt vaak meer druk gelegd op de vaststelling van de conditio sine qua non. De arts heeft namelijk niet willens en wetens informatie verdraaid, maar heeft vaak zijn redenen waarom niet is verteld over bijvoorbeeld een alternatief of een mogelijke complicatie. De arts voert dus sterker verweer. In alle zaken waarbij een schending van de informatieplicht is afgewezen is de arts aansprakelijk gesteld op grond van onvoldoende informatie. Alle eisers stellen niet voldoende te zijn geïnformeerd over de alternatieven of risico's en gevolgen. Soms lijkt de aansprakelijkheidsstelling ver gezocht. Zo heeft een vrouw die tijdens haar bevalling op haar rug draaide terwijl de ruggenprik in haar rug stak de arts aansprakelijk gesteld, omdat hij haar niet had verteld dat dat niet kon. De rechter oordeelde hierbij dat de oorzaak (de eigen actie van de patiënte) niet in de risicosfeer lag van de arts.¹⁴⁴ In een zaak¹⁴⁵ waarbij de patiënte haar arts aansprakelijk stelde nadat haar borstprotheses na acht jaar gingen lekken, oordeelde de rechter dat er geen deugdelijke grond bestond voor de aansprakelijkheidsstelling. De arts zou wel hebben verteld dat de borstprotheses konden gaan lekken na ongeveer tien jaar, maar niet over de gevolgen van het lekken. Verder had de patiënte geen enkel bewijs ingebracht. Een schending van de informatieplicht wordt ook afgewezen als de patiënt stelt dat er te weinig informatie is verschaft door de behandelend arts, terwijl de patiënt ook in contact is geweest met andere artsen.¹⁴⁶

4.3. Vaststelling van het causaal verband met schade

Alle uitspraken die zijn geanalyseerd in bijlage III zijn gevoerd op grond van schending van de informatieplicht van de arts die is neergelegd in art. 7:448 BW. Van de uitspraken die zijn geanalyseerd met betrekking tot de mogelijkheid en gronden voor vaststelling van het causaal verband, is bij negen uitspraken niet gekomen tot inhoudelijke behandeling van het causaal verband. In vijf¹⁴⁷ van deze zaken wordt het causaal verband nog behandeld en in vier¹⁴⁸ zaken zijn de vorderingen afgewezen. In twee¹⁴⁹ uitzonderlijke zaken is schadevergoeding toegewezen zonder vaststelling van het causaal verband. Deze worden verder toegelicht in hoofdstuk vijf. Vier¹⁵⁰ zaken zijn geslaagd in het bewijzen van de conditio sine qua non en het causaal verband met de schade. Daarbij is in zaak 13 gebruikt gemaakt van de omkeringsregel omdat de arts, naast niet juist informeren, ook niet juist had gehandeld. In zaak 43 is een onzeker causaal verband vastgesteld. Er is vastgesteld dat de patiënt schade heeft

¹⁴² Bijlage II: uitspraak nr. 15, 17

¹⁴³ Bijlage II: uitspraak nr. 23

¹⁴⁴ Bijlage II: uitspraak nr. 7

¹⁴⁵ Bijlage II: uitspraak nr. 9

¹⁴⁶ Bijlage II: uitspraak nr. 10

¹⁴⁷ Bijlage III: uitspraak nr. 27, 11, 22, 12, 33

¹⁴⁸ Bijlage III: uitspraak nr. 14, 9, 5, 53

¹⁴⁹ Bijlage III: uitspraak nr. 18, 21

¹⁵⁰ Bijlage III: uitspraak nr. 10, 13, 15, 17

geleden, maar het is nog niet zeker wat de schade precies is. Ook deze zaak wordt verder toegelicht in hoofdstuk vijf.

Zoals besproken in hoofdstuk drie zijn er twee wegen die de rechter kan volgen. De rechter kan overwegen dat met de vaststelling van de *conditio sine qua non*, het causaal verband met de schade is gegeven. De patiënt zou immers van de behandeling afzien, waardoor de schade niet zou zijn geleden. Van de achttien uitspraken die zijn onderzocht in bijlage III, is dit gebeurd in twee zaken.¹⁵¹ In zaak 17 is schadevergoeding gevorderd op grond van schending van het zelfbeschikkingsrecht waardoor vaststelling van het causaal verband niet van toepassing is. In uitspraak 17, die wordt behandeld in bijlage II en III, is een bijzondere uitspraak gedaan. De arts had zich voorgedaan als plastisch chirurg, maar was gynaecoloog. Mede door de verzwaarde stelplicht én informatieplicht – de operatie was namelijk niet noodzakelijk- en de ernst van de verwijtbaarheid, achtte de rechtbank het aannemelijk dat in ieder geval één van de vier eiseressen zich niet door hem zou hebben laten behandelen indien zij juist zou zijn geïnformeerd. Zij voerden daarbij als bewijs een patiëntenbrochure waarin de arts als chirurg staat vermeld en het advies om voor een borstvergroting een gespecialiseerde chirurg te kiezen, dat de consumentenbond geeft op haar website. De rechtbank oordeelt dat er geen sprake is geweest van informed consent en dat de arts aansprakelijk is voor alle negatieve gevolgen die uit de operatie zijn voortgevloeid, ongeacht de vraag of ook bij uitvoering van de operatie fouten zijn gemaakt. Deze zaak is mijns inziens speciaal omdat met relatief weinig bewijsvoering de *conditio sine qua non* wordt aangenomen en de rechtbank niet ingaat op mogelijke complicaties en dergelijke. Het causaal verband wordt in principe tezamen met de *conditio sine qua non* aangenomen. Ditzelfde is ook gebeurd bij nummer 13 uit bijlage III. Het gerechtshof stelt de *conditio sine qua non* vast. Zij stelt daarbij dat de vraag of de arts *lege artis* heeft gehandeld in het midden kan worden gelaten, nu vaststaat dat de patiënt niet zou zijn geopereerd door gedaagde indien zij juist was geïnformeerd. De arts had namelijk in ernstige mate zijn informatieplicht geschonden en zou volgens de rechtbank de patiënt nooit mogen hebben behandeld.

Van de onderzochte uitspraken in bijlage III is bij zes¹⁵² zaken materiële en/of immateriële schadevergoeding toegekend. Dit is een relatief laag aantal. Daarbij komt dat bij drie zaken¹⁵³ is verwezen naar een schadestaatprocedure en bij twee zaken de schadevergoeding is toegewezen zonder vaststelling van een causaal verband. Een algemene uitspraak over de hoogte van schadevergoeding na vaststelling van de *conditio sine qua non* en het causaal verband kan aan de hand van dit onderzoek dan ook niet worden gedaan.

4.4. Conclusie

In dit hoofdstuk is het jurisprudentieonderzoek geanalyseerd. De deelvraag ‘*Op welke gronden faalt of slaagt het bewijzen van de conditio sine qua non?*’ kan als volgt worden beantwoord. Uit de analyse blijkt dat een enkele schending van de informatieplicht van de arts geen grondslag kan zijn voor aansprakelijkheid. Naast schending van de informatieplicht moet de *conditio sine qua non* worden aangenomen of vastgesteld. Bij tien van de vijfentwintig onderzochte uitspraken in bijlage II is schending van de informatieplicht vastgesteld. In drie van deze zaken is vervolgens de *conditio sine qua non* niet aangenomen of vastgesteld. Er is geen grond voor aansprakelijkheid indien de patiënt volgens de rechter bij adequaat informeren door de arts ook voor de behandeling zou hebben gekozen. In zeven van de zeventien zaken waarbij de *conditio sine qua non* niet is vastgesteld stellen eisers dat zij zouden hebben gekozen voor een alternatief, als zij daarover waren geïnformeerd. De rechter weegt af of de alternatieven geheel gelijkwaardig zijn aan elkaar. In vijf gevallen waren

¹⁵¹ Bijlage III: uitspraak nr. 17, 26

¹⁵² Bijlage III: uitspraak nr. 18, 21, 10, 26, 15, 43

¹⁵³ Bijlage III: uitspraak nr. 18, 13, 43

ze niet gelijkwaardig en werden de vorderingen afgewezen. De vordering kan ook worden afgewezen als de patiënt zijn persoonlijke bezwaren niet heeft verteld aan de arts voorafgaand aan de behandeling, en daarmee niet heeft voldaan aan zijn plicht informatie te verschaffen op grond van art. 7:452 BW. In zaak 13 heeft de arts de patiënt niet voldoende ingelicht over de risico's en gevolgen en het mogelijke alternatief. De operatie was (nog) niet noodzakelijk en er bestond een alternatief – dat waarschijnlijk beter uit had gepakt voor de patiënt. Daarbij komt dat er waarschijnlijk sprake was van onvoldoende dossiervorming door de arts. Desondanks zijn de vorderingen afgewezen. De vraag kan worden gesteld of in deze zaak de strekking van het zelfbeschikkingsrecht is gevolgd. Geconcludeerd kan worden dat het aanvoeren als verweer dat zou zijn gekozen voor een alternatief alleen kan indien de alternatieven door de rechter als gelijkwaardig worden bestempeld, en dit heeft daardoor een relatief kleine kans van slagen in de rechtszaal. In de beoordeling van de alternatieven wordt door de rechter meegenomen of de patiënt zijn persoonlijke wensen en voorkeuren bekend heeft gemaakt bij de arts. Bij vorderingen op grond van art. 7:448 lid 2 sub b BW wordt de kansfactor afgewogen tegenover de ernst van de gevolgen. Uit het onderzoek is gebleken dat de arts in ieder geval niet hoeft in te lichten over risico's of gevolgen die nog niet als zodanig zijn vastgelegd in de vakliteratuur. Het moet gaan om een bekend en reëel risico, dat niet is te verwaarlozen. Een andere grond voor afwijzing is het aanvoeren van te weinig (geen) bewijsmateriaal.

In acht zaken is de *conditio sine qua non* vastgesteld. De *conditio sine qua non* wordt aangenomen indien de arts ernstig verwijtbaar verkeerde informatie verstrekt. In alle zaken waarbij de *conditio sine qua non* is aangenomen is dat gedaan op grond van art. 7: 448 sub lid 2 b en/of c BW. In ongeveer de helft van de zaken wordt voor vaststelling van schending van de informatieplicht of de *conditio sine qua non* gebruik gemaakt van een deskundige. De stelling dat de patiënt een second opinion zou hebben aangevraagd, kan bijdragen in vaststelling of aanname van de *conditio sine qua non*:

1. als een second opinion nog niet eerder is aangevraagd;
2. als na het aanvragen van een second opinion de patiënt zou hebben afgezien van de behandeling;
3. of indien het aannemelijk is dat bij de second opinion een andere (juiste) diagnose zou zijn gesteld.

Uit de deelvraag *'Op welke gronden wordt het causaal verband tussen de schending van de informatieplicht en de geleden schade vastgesteld?'* kan worden geconcludeerd dat weinig zaken die worden gevoerd op grond van ontbreken van het informed consent inhoudelijk worden behandeld met betrekking tot het causaal verband met schade. Het vorderen van schadevergoeding blijkt lastig te zijn. De rechter kan overwegen dat met de vaststelling van de *conditio sine qua non*, het causaal verband met schade wordt aangenomen. Dit is het geval als kan worden geconcludeerd dat met het afzien van de behandeling geen schade zou zijn geleden. Dit gebeurt echter weinig in de rechtspraktijk. Aanleiding voor het direct aannemen van het causaal verband is het ernstig verwijtbaar onjuist informeren (en handelen) door de arts. Door het lage aantal zaken waarbij schadevergoeding is toegewezen en vastgesteld kan er aan de hand van dit onderzoek geen uitspraak worden gedaan over de hoogte van de schadevergoeding.

5. Resultaten van mogelijke oplossingen in de rechtspraak

In dit hoofdstuk worden de laatste twee deelvragen behandeld. De deelvragen zien op het jurisprudentieonderzoek dat is gedaan aan de hand van de in hoofdstuk drie genoemde mogelijke oplossingen in de rechtspraak. De deelvraag ‘*Op welke gronden wordt schadevergoeding toegewezen bij onzeker causaal verband?*’ wordt behandeld aan de hand van een analyse van zaken waarin proportionele aansprakelijkheid inhoudelijk wordt behandeld. De jurisprudentie die is onderzocht ter beantwoording van de deelvragen is terug te vinden in bijlagen IV en V. In bijlage IV zijn in totaal negentien uitspraken geanalyseerd. Van die uitspraken zijn er elf gevoerd in eerste aanleg en acht in hoger beroep. Alle zaken van bijlage IV komen uit 2007 tot en met 2016, waarvan veertien komen uit 2012 tot en met 2015.

De deelvraag ‘*Op welke gronden wordt integriteitsschade toegewezen?*’ wordt behandeld door middel van een analyse van zaken waarin gevorderde integriteitsschade inhoudelijk wordt behandeld. De conclusies die volgen uit de analyse worden toegelicht. In bijlage V zijn in totaal acht uitspraken onderzocht in zes zaken. Van de zes zijn er twee gevoerd in eerste aanleg en vier in hoger beroep. De zaken zijn gevoerd tussen 2007 en 2014.

5.1. De gronden voor toewijzing bij onzeker causaal verband

In het jurisprudentieonderzoek naar proportionele aansprakelijkheid bij letselschade zijn negentien uitspraken getoetst aan de voorwaarden die zijn gegeven en besproken in hoofdstuk drie. Van de onderzochte uitspraken is bij negen zaken¹⁵⁴ de vordering toegewezen en bij drie zaken¹⁵⁵ geeft de rechter de voorkeur voor en de mogelijkheid tot schikken. De uitspraken die zijn onderzocht zijn zaken waarin proportionele schadevergoeding wordt toe- of afgewezen. De proportionele aansprakelijkheid wordt grotendeels gevorderd op grond van verlies van een kans. De grootste plicht van de arts is de zorgvuldigheidsnorm, die slaat op het handelen van en het informeren door de arts. Door de schaarste van uitspraken waarin sprake zou zijn van een schending van het informed consent, zijn er ook uitspraken behandeld waarbij de arts niet lege artis zou hebben gehandeld. Reden hiervoor is dat door de rechter wordt aangenomen of vastgesteld dat, als gevolg van deze tekortkomingen, de kans op een beter behandelresultaat is verloren.

In twee zaken¹⁵⁶ wordt door de rechter geconcludeerd dat de kans op een beter behandelresultaat verloren is gegaan doordat de arts de patiënt niet goed heeft geïnformeerd. In zaak 43¹⁵⁷ stelt patiënte dat de arts de twijfels omtrent de diagnose niet goed heeft overgebracht. De vrouw stelt dat zij, bij juiste inlichting door de arts, niet zou hebben ingestemd met de operatie. De operatie was namelijk zeer ingrijpend en er was geen tijdsdruk. De rechter overweegt in zijn oordeel dat het aannemelijk is dat patiënte in ieder geval een second opinion zou hebben aangevraagd, waarbij de andere arts - door de twijfel omtrent de diagnose - tot een ander oordeel zou zijn gekomen. De rechter trekt hieruit de conclusie dat de arts is tekortgekomen in zijn informatieplicht en dat patiënte door die tekortkoming in ieder geval een kans op een beter behandelresultaat heeft verloren. De grootte van de kans of de schade is niet bekend. De rechter heeft de zaak verwezen naar een schadestaatprocedure.

5.2. De mate van aansprakelijkheid en de omvang van de schade

Er wordt verschillend omgegaan met de leerstukken van de kansschade en proportionele aansprakelijkheid. Zo is een keer overwogen¹⁵⁸ dat door het verlies van een kans op een beter behandelresultaat de schadevaststelling

¹⁵⁴ Bijlage IV: uitspraak nr. 34, 41, 43, 45, 47, 10, 50, 52, 29

¹⁵⁵ Bijlage IV: uitspraak nr. 38,49,54

¹⁵⁶ Bijlage IV: uitspraak nr. 34, 43

¹⁵⁷ Deze zaak wordt ook kort besproken in paragraaf 3.3.3., 4.1.2. en 4.3.

¹⁵⁸ Bijlage IV: uitspraak nr.52

proportioneel moet geschieden. Een andere keer¹⁵⁹ is er schade geleden omdat de situatie van de patiënte was onderschat. Zij kreeg pas later een neurochirurgische operatie. De rechter stelde het ziekenhuis geheel aansprakelijk, maar wel alleen voor de schade die patiënte heeft geleden door het delay. Die zou volgens het gerechtshof moeten worden berekend aan de hand van goede en kwade kansen. Dit zijn beide zaken waarin de kans op een beter behandelresultaat verloren is gegaan, maar de zaken worden dus anders benaderd. Ter verduidelijking zijn de onderwerpen gescheiden en per kopje aangeduid.

Kansschade

Alhoewel kansschade en proportionele schadevergoeding dicht bij elkaar liggen worden ze dus verschillend benaderd. Bij kansschade moeten de aansprakelijkheid en de *conditio sine qua non* worden vastgesteld. Dit betekent dat het zeker moet zijn dat door een wanprestatie van de arts, de kans op een beter behandelresultaat verloren is gegaan en dus mogelijk schade is geleden. Zoals ook besproken in paragraaf 3.3.2. wordt bij de inhoudelijke behandeling van het leerstuk van het verlies van een kans uitgegaan van de fout van de arts. De fout van de arts staat vast, maar de vraag of door die fout ook daadwerkelijk schade is geleden moet nog worden beantwoord: er is sprake van onzekere schade. Met de vaststelling van de *conditio sine qua* is de arts in beginsel - geheel - aansprakelijk, maar alleen voor de schade die is geleden door het verliezen van de kans. In de praktijk wordt er een vergelijking gemaakt tussen de huidige situatie van de patiënt en hoe de situatie zou zijn geweest of had kunnen zijn indien adequaat zou zijn gehandeld door de arts. De 'proportionaliteit' zit hem hier dus in de grootte van de kans dat bijvoorbeeld een complicatie niet zou zijn opgetreden bij adequaat handelen, of de grootte van de kans dat de patiënt zou hebben gekozen voor een andere behandeling indien deze juist en voldoende zou zijn geïnformeerd door de arts.

Vaststelling van een kanspercentage is van groot belang in deze rechtszaken. Voor toepassing van het leerstuk moet namelijk een reële kans verloren zijn gegaan en moet de kans die verloren is gegaan ook enigszins vast te stellen zijn. In vijf zaken¹⁶⁰ - van de 19 die zijn onderzocht - zijn de vorderingen afgewezen, omdat de zaken zich volgens deze rechters zich niet leenden voor toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid. In al deze zaken zijn de vorderingen afgewezen, omdat niet aangenomen of vastgesteld is dat er een betere prognose zou zijn geweest indien adequaat zou zijn gehandeld. De schade zou ook zijn geleden indien geen fout – veelal een vertraging door een verkeerd gestelde diagnose- zou zijn gemaakt. Zo zijn bij een aangrijpende zaak uit 2011¹⁶¹ ouders door de huisarts naar huis gestuurd met hun zieke zoon, met het advies hem te laten rusten en hem genoeg te laten drinken. Twee uur later is de zoon thuis overleden. De ouders hebben de huisarts aansprakelijk gesteld en stellen dat er een kans zou zijn geweest op overleven indien de huisarts hen gelijk had doorgestuurd naar het ziekenhuis. Het gerechtshof oordeelt – aan de hand van het deskundigenonderzoek – dat er sprake was van een ernstige storing in de inwendige organen van de zoon. Overlevingskansen waren niet uitgesloten, maar de kans was groot dat de zoon ook zou zijn overleden indien direct zou zijn gehandeld. Het gerechtshof oordeelt dat daarom het proportioneel causaal verband tussen de fout en het overlijden niet vast is komen te staan. Ondanks de vergaande gevolgen is de kans op een beter resultaat te klein geschat voor de toepassing van proportionaliteit.

Er wordt door de rechter ook rekening gehouden met het feit dat een zaak zich moet lenen voor toepassing van het leerstuk van proportionaliteit, als dit wordt gevorderd door de aansprakelijk gestelde, verdedigende, partij. Van

¹⁵⁹ Bijlage IV: uitspraak nr. 54

¹⁶⁰ Bijlage IV: uitspraak nr. 42, 39, 46, 48, 51

¹⁶¹ Bijlage IV: uitspraak nr. 48

de 19 onderzochte zaken is bij vier zaken¹⁶² de arts (of instelling) geheel aansprakelijk gesteld. Zo is in zaak 10 van bijlage IV geoordeeld dat alle afwijkingen het gevolg zijn van het niet lege artis handelen van de arts. Door een medische fout is de patiënt zes maanden later geopereerd, waardoor de patiënt zenuwletsel heeft opgelopen dat heeft gezorgd voor circa 25% uitval. Door het te laat opereren van de patiënt is een zeer goede kans op een goed herstel verloren gegaan. De arts voert aan en stelt dat er ook complicaties kunnen ontstaan indien wel adequaat zou zijn gehandeld en stelt dat hier rekening mee moet worden gehouden. De rechter oordeelt dat het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid niet toepasbaar is, omdat de kans op complicaties bij juist handelen maar 5% bedraagt. De kans is daardoor dermate klein, dat de arts geheel aansprakelijk moet worden gesteld.

Proportionele aansprakelijkheid

Bij proportionele aansprakelijkheid wordt de focus niet gelegd op de (onzekere) schade maar op het onzeker causaal verband. De vraag is dan door wie de schade is veroorzaakt: er is sprake van onzekere causaliteit. In uitspraak 41 van bijlage IV heeft de rechter een uitspraak gedaan in een zaak waar sprake is van onzekere causaliteit. Deze zaak is samen met zaak 45 uit bijlage IV belangrijk, omdat ze op enkele vlakken overeenkomen met de zaak binnen Groenendijk & Kloppenburg Advocaten.¹⁶³ Zaak 41 is een zaak die is gevoerd in 2007, waarbij eiser schadevergoeding heeft gevorderd op grond van een tekortkoming in de nakoming c.q. onrechtmatige daad. Een vrouw is bevallen in het ziekenhuis. Na de geboorte blijkt dat de patiënt kampt met zenuwletsel. De deskundige heeft geen conclusie kunnen trekken omtrent de oorzaak van het letsel. Daarmee wordt door de rechtbank aangenomen dat het causaal verband zich niet vast laat stellen. Mogelijke oorzaken voor het zenuwletsel zijn:

1. dat het spontaan prenataal is ontstaan;
2. gevolg is van natuurlijke krachten tijdens de baring of;
3. overrekking van ontwikkelen van de schouder.

De eerste twee oorzaken liggen in de risicosfeer van de ouders. In de derde oorzaak ligt de eventuele schuld van de arts. De rechtbank is van oordeel dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om de onzekerheid over de mate waarin de tekortkoming van de arts heeft bijgedragen tot de schade in zijn geheel op de eisers af te wentelen. De rechtbank vindt het eveneens onaanvaardbaar om de onzekerheid over het causaal verband met de schade geheel voor risico van gedaagden te laten komen, nu eveneens de kans bestaat dat de schade prenataal is ontstaan of door natuurlijke krachten tijdens de baring. Het ziekenhuis en de arts worden naar redelijkheid en billijkheid veroordeeld tot betaling van 75% van de schade en er wordt verwezen naar een schadestaatprocedure.

De schakering van gebeurtenissen bij causaal verband en het verschil tussen een medische en een juridische overweging wordt mooi uitgebeeld en gevolgd in uitspraak 55 in bijlage IV. Hierbij wordt proportionele schadevergoeding overwogen door onzekerheid met betrekking tot de oorzaak van het breken van schroeven. De schade had volgens het ziekenhuis niet voor 100% voorkomen kunnen worden. Patiënte heeft in deze zaak na een operatie in 2006 schroeven in haar been gekregen. In november 2006 krijgt zij van haar arts het advies om het been weer te gaan belasten. Vervolgens wordt in januari 2007 het gips van haar been verwijderd. In maart wordt vervolgens een röntgenfoto gemaakt, waarop is te zien dat de bevestigde schroeven zijn gebroken. De schroeven zijn volgens de rechtbank gebroken als gevolg van onzorgvuldig handelen van de arts. Het gips had er niet af gemogen in januari en de breuk komt waarschijnlijk door de belasting van het been. Het advies om te gaan belasten was gegeven door de arts. De patiënte is geopereerd, zodat de schroeven konden worden verwijderd.

¹⁶² Bijlage IV: uitspraak nr. 10, 49, 50, 55

¹⁶³ Deze zaak is uitgelicht in paragraaf 1.1

Naar aanleiding van die operatie is een infectie opgetreden. Door deze infectie is patiënte opnieuw geopereerd in oktober, waarbij haar linker onderbeen is geamputeerd. De rechtbank oordeelt dat het causaal verband is gegeven, nu de breuk van de schroeven een gevolg is van de toerekenbare tekortkoming van de arts. Hierdoor was de operatie waarbij de schroeven werden verwijderd noodzakelijk en is daarmee het causaal verband met de wondinfectie en de uiteindelijke amputatie van het onderbeen gegeven. Binnen de zaak bestaat er enige onzekerheid over de oorzaak van de breuk van de schroeven. Die onzekerheid is volgens de rechtbank ontstaan omdat het ziekenhuis ten onrechte geen röntgenfoto heeft gemaakt voor verwijdering van het gips. Daarom mag de onzekerheid niet worden afgewenteld op de zwakkere partij, maar dient geheel voor rekening en risico te komen van de partij die verantwoordelijk is voor de onzekerheid, namelijk het ziekenhuis.

Kansschade

Zaak 45 is gevoerd bij het gerechtshof Arnhem. De zaak is terugverwezen naar het gerechtshof na cassatie. Het gerechtshof heeft de omkeringsregel toegepast, nadat was aangenomen dat een specifieke norm was geschonden. Het is een zaak waarbij vragen zijn omtrent de – toerekenbare – schade. Acht uur voor de geboorte van het kind was al sprake van afwijkingen op het CTG, waardoor volgens de deskundige de keizersnede zes uur eerder had kunnen worden ingezet. Het kind heeft zuurstoftekort geleden en is geboren met een ernstige handicap. De vraag is of de slechte conditie van het kind bij zijn geboorte het gevolg is geweest van het tekortschietend beleid van het medisch centrum en hoe groot de kans zou zijn geweest dat het kind bij tijdig uitvoeren van de keizersnede zonder blijvende schade geboren zou zijn. Het gerechtshof stelt de vraag of de baby bij het begin van het baringsproces 100% gezond zou zijn geweest en het zuurstoftekort zou hebben opgelopen tijdens de lange bevallingstijd. In dat geval zou het causaal verband met de schade vaststaan en zorgen voor 100% aansprakelijkheid van het medisch centrum. Dit percentage zou echter steeds meer aflopen indien de baby wellicht al schade had, die is verergerd door het uitstellen van de keizersnede. De deskundigen kunnen geen concrete kanswaarde vaststellen of het kind zou zijn geboren zonder letsel indien adequaat was gehandeld, maar schatten de kans niet zeer klein in. Aangezien er geen aanwijzingen zijn voor de mogelijkheid dat de baby zonder enig letsel zou zijn geboren met een tijdig uitgevoerde keizersnede en er anderzijds ook geen aanknopingspunten waren voor de mogelijkheid dat de baby al enige letsel had vóór de baring, oordeelt het gerechtshof het redelijk die onzekerheid over het causale verband tussen partijen in beginsel gelijkelijk te verdelen en stelt de kans dat de baby zonder enig blijvend letsel zou zijn geboren bij een tijdig uitgevoerde keizersnede op 50% en -met inachtneming van de onzekerheid met betrekking tot de causaliteit - verdeelt het gerechtshof de aansprakelijkheid 50%- 50%. Bij deze zaak moet de kanttekening worden gemaakt dat gebruik is gemaakt van de omkeringsregel, waardoor de bewijslast is verschoven. De arts wordt aansprakelijk gesteld voor schending van een specifieke norm, en de Hoge Raad¹⁶⁴ heeft reeds vastgesteld dat omkering van de bewijslast niet mogelijk is bij schending van de informatieplicht.

5.2.1. De billijkheidscorrectie

In bovengenoemde zaak (nr. 45) heeft het gerechtshof Arnhem de aansprakelijkheid 50%-50% verdeeld tussen de patiënt en ziekenhuis aan de hand van het leerstuk van het verlies van een kans. In meerdere zaken wordt proportionele schadevergoeding toegewezen op grond van de redelijkheid en billijkheid, waarbij alle feiten en omstandigheden worden meegerekend. Opmerkelijk aan deze zaak is dat het gerechtshof naar redelijkheid de aansprakelijkheid vaststelt op 50%. De patiënt heeft een beroep gedaan op de billijkheidscorrectie, voor het geval het gerechtshof zou oordelen dat het ziekenhuis proportioneel aansprakelijk is voor de schade. Deze billijkheidscorrectie zou er volgens de patiënt voor moeten zorgen dat het ziekenhuis alsnog voor 100%

¹⁶⁴ HR 23 november 2001, ECLI:NL:2001:AB2737

aansprakelijk wordt gesteld voor de geleden schade. Het gerechtshof verandert op grond van het beroep op de billijkheidscorrectie de verdeling van aansprakelijkheid. Volgens het gerechtshof eist de billijkheid een verhoging van de aansprakelijkheid van 10%, omdat de tekortkoming ernstig verwijtbaar was. Het ziekenhuis wordt dus aansprakelijk gesteld tot vergoeding van in totaal 60% van de schade, geleden door de patiënt. Deze schadevergoeding wordt toegewezen op grond van art. 6:101 lid 1 BW.

5.2.2. Het deskundigenbericht en het medisch dossier

Bij zaken waarin proportionele schadevergoeding inhoudelijk wordt behandeld, is in nagenoeg alle gevallen gebruik gemaakt van een deskundige. In zeventien¹⁶⁵ van de negentien uitspraken in bijlage IV is gebruik gemaakt van één of meerdere deskundige(n). De rechter toetst het deskundigenbericht en stelt daarna vast of het deskundigenbericht zal worden gevolgd in de procedure. In alle zaken is het deskundigenbericht gevolgd. Er wordt bij onzeker causaal verband veel waarde gehecht aan het deskundigenbericht. Er worden in die zaken niet alleen vragen gesteld met betrekking tot een eventuele tekortkoming, maar ook over de kansen en percentages van schade en/of aansprakelijkheid. Er lijkt een grote druk te liggen op de deskundigen en hun verslagen. Ook hebben de deskundigen veel invloed. De deskundige wordt letterlijk gevraagd om zijn mening met betrekking tot schending van een recht of mate van aansprakelijkheid door de rechter, en lijkt daardoor soms op de stoel van de rechter te gaan zitten. Anders dan bij de zaken in bijlage II en III, waar – op één zaak¹⁶⁶ na – altijd zonder of met één deskundige wordt geprocedeerd, wordt bij de zaken omtrent proportionele aansprakelijkheid vaker gebruik gemaakt van meerdere deskundigen. Van de zestien zaken waarbij gebruik is gemaakt van een deskundigenbericht is in drie zaken¹⁶⁷ gebruik gemaakt van meerdere deskundigen. Er worden meerdere deskundigen aangesteld omdat de zaak verschillende specialistische gebieden in de gezondheidszorg omvat, er na het eerste deskundigenbericht nog vragen zijn of omdat er een extra deskundigenbericht nodig is om de proportionaliteit (percentage) of de kans (percentage) met betrekking tot de aansprakelijkheid vast te stellen of in te schatten. In deze zaken wordt de eerste deskundige ingezet om vast te stellen of de arts tekort is geschoten in de nakoming van de behandelingsovereenkomst. Daarbij wordt door de deskundige vaak gebruik gemaakt van het medisch dossier van de patiënt en de richtlijnen en normen die gelden binnen de beroepsgroep. Indien is vastgesteld dat er daadwerkelijk sprake is van een tekortkoming in de nakoming, moet in ingewikkelde zaken een deskundige worden aangewezen om bijvoorbeeld te beoordelen hoelang de vertraging in het vaststellen van de diagnose daadwerkelijk was en hoeveel schade daardoor is geleden of hoe groot de kans zou zijn op herstel indien er geen tekortkoming in de nakoming zou zijn geweest en dus wel adequaat zou zijn gehandeld. Ook kan aan de deskundige worden gevraagd of deze een uitspraak kan doen over de mogelijke oorzaken van de schade en de waarschijnlijkheid (of proportionaliteit) van die oorzaken.

Slechts in één zaak¹⁶⁸ wordt geen gebruik gemaakt van een deskundige. In zaak 43 wordt een schending van de informatieplicht vastgesteld aan de hand van het medisch dossier van de patiënte en de verslagen van het multidisciplinair overleg. Het niet mededelen van de twijfel over de diagnose achtte de rechter voldoende voor een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht. De rechter verklaart daarbij voor recht dat de patiënte in ieder geval een kans op een beter behandelresultaat heeft verloren en verwijst de zaak naar een schadestaatprocedure. Aangezien de noodzaak van een deskundigenbericht vaak ligt bij de vaststelling of schatting van de grootte van een kans, kan het zo zijn dat er in de schadestaatprocedure een deskundige zal worden aangewezen.

¹⁶⁵ Bijlage IV: uitspraak nr. 34, 36, 42, 38, 39, 41, 45, 46, 47, 10, 48, 49, 50, 51, 52, 55, 29

¹⁶⁶ Bijlage II: uitspraak nr. 10

¹⁶⁷ Bijlage IV: uitspraak nr. 39, 41, 45

¹⁶⁸ Bijlage IV: uitspraak nr. 43

5.2.3. Vaststelling van de mate van aansprakelijkheid

Zoals de rechter ook heeft overwogen in zaak 42 uit bijlage IV bestaat de schade bij het verlies van een kans niet uit de restverschijnselen of het eventuele letsel van de patiënt, maar het verlies van de kans veroorzaakt door de fout. Om de omvang van die schade te kunnen vaststellen is het van belang de strekking van de norm en de aard van de schade te onderzoeken. In het grote deel van de uitspraken in bijlage IV is de geschonden norm de zorgplicht van de arts uit art. 7:453 BW, die de arts verplicht te handelen als een goed hulpverlener. De strekking van die norm is het voorkomen van gezondheidsschade. Bij het informed consent is de norm de informatieplicht van de arts, die is neergelegd in art. 7:448 BW. De strekking van die norm is het weloverwogen kunnen beslissen over een behandeling of een ingreep. Bij de inhoudelijke behandeling van eventuele toewijzing van proportionele aansprakelijkheid wordt duidelijk de aard en strekking van de schade behandeld en vastgesteld. Dit is van groot belang voor de mate van aansprakelijkheid en de hoogte van de schadevergoeding. Net als bij gehele aansprakelijkheid moet causaal verband aanwezig zijn, wat betekent dat geen vergoeding zal worden toegewezen indien dezelfde schade zou zijn geleden bij juiste behandeling of voorlichting. Echter, bij deze aansprakelijkheidszaken is het niet alleen van belang óf er gronden voor toewijzing zijn voor aansprakelijkheid, maar ook hoe groot die aansprakelijkheid dan zou moeten zijn. Hoeveel schade zou de patiënt geleden hebben bij juiste behandeling? Hoe groot zou de kans geweest zijn dat patiënt anders zou hebben gehandeld bij juiste voorlichting? Hoe groot is de kans dat er een betere prognose zou zijn geweest bij adequate behandeling? Hoe groot zou de kans zijn op complicaties bij een correct uitgevoerde operatie? Zoals eerder in het onderzoek aangehaald en in de literatuur veel besproken is het bijna onmogelijk om vragen als deze te beantwoorden aan de hand van bewijs. Oplossing voor de problematiek wordt gezocht in het aanstellen van deskundigen die zich uitspreken over de mate van waarschijnlijkheid, en vervolgens het vaststellen van de aansprakelijkheid op grond van de redelijkheid en billijkheid door de rechter, maar ook het leggen van de focus op de strekking van de geschonden norm.

De valkuilen van het leerstuk van verlies van een kans komen naar voren in een recente zaak waarbij de arts te laat heeft gehandeld. De verslaglegging van het onderzoek van de arts is zo gebrekkig dat moet worden aangenomen dat wezenlijke onderzoeken niet of niet volledig, danwel niet adequaat hebben plaatsgevonden. Hierdoor kan niet worden vastgesteld of uitgesloten dat tijdens dit onderzoek al sprake was van een (beginnend) caudasyndroom.¹⁶⁹ In eerste aanleg¹⁷⁰ heeft patiënte gesteld dat de arts is tekortgeschoten in de nakoming van de behandelingsovereenkomst, omdat hij onder andere niet het rijkbroekgebied heeft onderzocht en niet aan patiënte had gevraagd of zij goed had kunnen plassen. Het had wel op de weg gelegen voor de arts om de onderzoeken te doen, waardoor waarschijnlijk de juiste diagnose eerder zou zijn gesteld en de daarbij behorende behandeling eerder gestart. Ze stelt dat zij met het delay de kans heeft verloren op een beter behandelresultaat en stelt de arts aansprakelijk voor de geleden materiële in immateriële schade. De rechtbank Maastricht stelt vast dat de arts onzorgvuldig heeft gehandeld door de onderzoeken niet uit te voeren en neemt aan dat daarmee de kans op een beter behandelresultaat is verloren. Zij overweegt daarbij dat het niet wetenschappelijk is bewezen dat eerder opereren zou hebben geleid tot een betere prognose, maar vindt dat eerder ingrijpen toch de kans op herstel zou hebben vergroot. Door de onzekerheid of er daadwerkelijk een betere prognose zou zijn indien er geen sprake was een delay, oordeelt de rechter dat de gedaagde niet voor 100% aansprakelijk kan worden gesteld. De patiënte krijgt schadevergoeding toegewezen, omdat over het algemeen (maar in haar zaak niet zeker) eerder opereren leidt tot een beter prognose. De rechtbank stelt de arts op grond van redelijkheid en billijkheid aansprakelijk voor 70% van schade, geleden door patiënte. Het is opmerkelijk dat de gedaagde

¹⁶⁹ Bij het caudasyndroom zijn de laatste zenuwen die aan het ruggenmerg ontspringen beschadigd.

¹⁷⁰ Bijlage IV: uitspraak nr. 29

aansprakelijk wordt gesteld voor een gedeelte van de schade, omdat waarschijnlijk geen betere prognose zou zijn geweest voor de patiënt bij adequaat handelen. In beginsel zou dan degene die schade lijdt, de schade moeten dragen. In hoger beroep wordt in een tussenarrest¹⁷¹ voorshands aangenomen dat de arts onzorgvuldig heeft gehandeld en dat patiënte daarmee de kans op een beter behandelresultaat heeft verloren. Het gerechtshof stelt het delay vast op 19½ uur en vraagt om deskundigenadvies. Dit advies is onder andere nodig voor het vaststellen van een percentage van de kans. In de einduitspraak¹⁷² stelt het gerechtshof het causaal verband vast tussen de tekortkoming en de delay, maar bestaat er nog onzekerheid causaal verband tussen het delay en de schade. Het is immers niet duidelijk of het eerder behandelen daadwerkelijk had geleid tot een betere prognose. Het gerechtshof stelt dat er onvoldoende aanwijzingen zijn dat er een kans is verloren nu kan worden gezegd dat de kans op restverschijnselen met of zonder delay 50%-50% is. Indien zonder delay de kans op restverschijnselen 33% zou zijn en met een delay 67%, dan zou er sprake zijn van verlies van een kans op een beter behandelresultaat. Het gerechtshof overweegt dat het verleidelijk is om met “common sense” aan te nemen dat met eerder ingrijpen een beter resultaat zou zijn behaald of de kans op een beter resultaat zou zijn vergroot. Voor toewijzing van schadevergoeding moet echter voldoende duidelijk zijn dat door de vertraging een reële kans op een beter resultaat is onthouden. Volgens het gerechtshof zijn er echter onvoldoende objectieve aanwijzingen voorhanden, en zij wijst daarom alle vorderingen af. De zaak leek in het eerste opzicht te voldoen aan de voorwaarden in bijlage IV. Zo is de arts in beginsel aansprakelijk na vaststelling van de tekortkoming in de nakoming en de vaststelling van het oorzakelijk verband tussen de tekortkoming en de delay. Toepassing is door het gerechtshof echter niet gerechtvaardigd geacht nu het niet ging om een reële – maar een zeer kleine - kans op een beter behandelresultaat. De aard en strekking van de norm is het voorkomen van gezondheidsschade. In deze zaak was de kans op het voorkomen van gezondheidsschade door adequaat handelen te klein om voor toewijzing in aanmerking te komen.

De hoogte van de aansprakelijkheid wordt in een viertal arresten¹⁷³ vastgesteld aan de hand van de redelijkheid en billijkheid. In zaak 41¹⁷⁴ wordt 75% schadevergoeding toegewezen. In zaak 45 wordt de aansprakelijkheid naar redelijkheid en billijkheid 60% - 40% verdeeld. Het gerechtshof is daarmee van mening dat het is verdeeld in evenredigheid in de mate van toerekening en naar rato van causaliteit. In zaak 10¹⁷⁵ probeert de gedaagde de hoogte van de schadevergoeding enigszins te drukken door te stellen dat bij juiste behandeling ook kans op complicaties bestond, zijnde 5%. Gedaagde is geheel aansprakelijk gesteld. In zaak 29 overweegt de rechter dat door de onzekerheid van de prognose in relatie met het tijdstip van opereren, gedaagde niet voor 100% aansprakelijk mag worden gesteld. De rechtbank wijst 70% schadevergoeding toe in het eerder genoemde vonnis nummer 29. In alle vier de zaken is er sprake van een (behoorlijk) onzeker causaal verband. Het percentage schadevergoeding dat wordt toegewezen is relatief hoog. Uit dit onderzoek kan niet worden opgemaakt welke schadeposten vallen onder de toewijzing. De zaken zijn doorverwezen naar een schadestaatprocedure.

De hoogte van de aansprakelijkheid wordt in vier arresten¹⁷⁶ vastgesteld door middel van een berekening, aan de hand van het deskundigenbericht. In zaak 34 vermeldt de deskundige dat de kans op blijvende schade, bij toediening van het medicijn om 19:30 uur, 30% zou zijn. De kans op blijvende schade bij toediening om 23:00 uur, is gegroeid naar 45%. Het gerechtshof maakt in deze zaak onderscheid in de relatieve toename (van 50%) en de absolute toename (van 15 procentpunten). Zij stelt dat de absolute toename moet worden gevolgd. Zij

¹⁷¹ Bijlage IV: uitspraak nr. 36

¹⁷² Bijlage IV: uitspraak nr. 42

¹⁷³ Bijlage IV: uitspraak nr. 41, 45, 10, 29

¹⁷⁴ Besproken in paragraaf 5.2.

¹⁷⁵ Dit arrest is besproken in paragraaf 5.2.

¹⁷⁶ Bijlage IV: uitspraak nr. 34, 42, 47, 52

overweegt daarbij dat de relatieve toename geen goede standaard is, omdat een eventuele groei van 2% naar 4% een relatieve toename van 100% zou zijn. Dat zou betekenen dat, bij het volgen van de relatieve toename, 100% van de schade zou moeten worden vergoed, terwijl het gaat om een kans van slechts 4%. In zaak 52 lijkt de rechter de zelfde maatstaf aan te houden. In deze zaak is een patiënt door een fout van de arts voor 34% gehandicapt. De kans op blijvende ernstige invaliditeit zou zijn verkleind met 20% bij adequate behandeling. Gedaagde stelt dat de schade 20% bedraagt van de 34% invaliditeit en komt uit op ongeveer 5% aansprakelijkheid. De rechtbank oordeelt echter dat gedaagde 20% van de schade dient te vergoeden. Zij overweegt daarbij dat de 34% handicap voor 100% is toe te rekenen aan het fout behandelen van patiënt. In zaak 42 worden vorderingen afgewezen omdat vast is komen te staan dat met en zonder fout de kans op complicaties 50% zou zijn. Daarmee is geen kans verloren omdat er geen zicht was op een beter behandelresultaat. In zaak 47 is geen einduitspraak gedaan, maar wel is vastgesteld dat er schade is geleden door een fout van de arts en dat de schade bestaat uit het feit dat de kans op PTS is verdrievoudigd.

5.2.4. Hoge Raad 23 december 2016 – kansschade bij medische aansprakelijkheid

Op 23 december 2016, na afronding van dit praktijkonderzoek, heeft de Hoge Raad¹⁷⁷ uitspraak gedaan over de vraag hoe het leerstuk van kansschade dient te worden toegepast in medische aansprakelijkheidszaken. In deze zaak bevestigt de Hoge Raad (net als het praktijkonderzoek) dat het leerstuk van kansschade toepasselijk is bij medische aansprakelijkheid. In deze zaak is een tweeling te vroeg geboren, waarvan één baby al binnen een week overlijdt. De andere baby ondergaat operaties, waarbij haar rechtersvoet wordt geamputeerd. Op 25 juni 1996 is het kind gecontroleerd door een arts op eventuele netvliesloslating. Het onderzoek mislukte, omdat het kind geen wijde pupillen meer had. Bij het volgende onderzoek – op 9 juli 1996 – blijkt dat er sprake is van netvliesloslating. Het kind wordt de volgende dag behandeld, maar er kon niet meer worden voorkomen dat zij volledig blind werd. Het kind en de ouders stellen het ziekenhuis aansprakelijk. De grondslag voor de schade is dat zij een kans op een beter behandelresultaat heeft gemist, doordat het oogheeskundig onderzoek niet eerder plaats heeft gevonden. De rechtbank heeft – aan de hand van twee deskundigenberichten – de vorderingen afgewezen. Het hof heeft dit vonnis bekrachtigd en heeft daarbij overwogen dat de maatstaf van een redelijk handelend oogarts moet worden toegepast. Volgens het hof zou een redelijk handelend – en dus niet een optimaal handelend – oogarts het kind op 2 juli opnieuw hebben onderzocht en mogelijk een vervolgccontrole na één week hebben bepaald. Volgens het gerechtshof zou de behandeling op ongeveer hetzelfde moment hebben plaatsgevonden, zodat er geen sprake zou zijn van verlies van een kans. Dat er sprake zou zijn van enig kansverlies als wordt uitgegaan van een optimale behandeling is – gelet op de voornoemde maatstaf – volgens het gerechtshof niet relevant. In cassatie zet de Hoge Raad uiteen hoe bij een medische fout de verloren kans dient te worden beoordeeld. De Hoge Raad oordeelt dat bij beantwoording van de vraag of een kans verloren is gegaan, dient te worden beoordeeld of is gehandeld in strijd met de norm van hetgeen een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot betaamt. Daarbij moet een vergelijking te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie na de normschending en de hypothetische situatie zoals die geweest zou zijn als de normschending zou zijn uitgebleven. Bij de vaststelling van deze hypothetische situatie, dient in mindere mate te worden uitgegaan van de maatstaf van een redelijk handelend en redelijk bekwaam beroepsgenoot, maar moet worden uitgegaan van hetgeen feitelijk zou hebben plaatsgevonden indien geen normschending zou zijn geweest. De Hoge Raad vernietigt het arrest en verwijst de zaak naar het gerechtshof Den Haag.

5.2.5. Tussenconclusie proportionele aansprakelijkheid

Het vorderen van proportionele aansprakelijkheid is blijkens het jurisprudentieonderzoek mogelijk via twee wegen. Er kan kansschade wordt gevorderd of (de originele) proportionele schadevergoeding. Kansschade kan

¹⁷⁷ HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987

worden gevorderd als de tekortkoming is gegeven. Het uitgangspunt is dus de fout van de arts. Bij informed consent zaken zijn de informatieplicht en de *conditio sine qua non* het uitgangspunt. Er moet worden aangetoond dat de patiënt een kans heeft verloren doordat de arts fout heeft gehandeld. Daarbij moet de patiënt bewijzen dat hij minder of geen schade zou hebben geleden als de fout niet was gemaakt. Hoeveel schade de patiënt heeft geleden door de fout van de arts wordt vastgesteld aan de hand van goede en kwade kansen en wordt uitgedrukt in een percentage. De kans moet reëel zijn, en niet zeer gering.

Proportionele schadevergoeding wordt gevorderd als duidelijk is dat er sprake is van schade. Het is in deze zaken onzeker wie de schade heeft veroorzaakt, maar in ieder geval één van de mogelijke oorzaken ligt in de risicosfeer van de eiser. De schade kan dus zijn veroorzaakt door de arts of bijvoorbeeld een genetische afwijking of een actie van de patiënt zelf. Proportionele aansprakelijkheid wordt toegewezen op grond van de redelijkheid en billijkheid of op grond van een berekening. De schadevergoeding wordt toegewezen in evenredigheid in de mate van toerekening en naar rato van causaliteit. De toewijzing van schadevergoeding is uitgedrukt in percentages.

5.3. Gronden voor toewijzing van integriteitsschade

In het jurisprudentieonderzoek naar integriteitsschade zijn enkele uitspraken getoetst aan de voorwaarden die zijn gesteld aan eventuele toewijzing in hoofdstuk drie. De uitspraken die zijn onderzocht bevatten vorderingen tot schadevergoeding op grond van schending van het zelfbeschikkingsrecht en/ of wegens aantasting in de persoon. Uit het theoretisch onderzoek is gebleken dat de inbreuk op het recht ernstig moet zijn en dat het daarbij moet gaan om een fundamenteel recht.

5.3.1. Integriteitsschade na schending van de informatieplicht

In twee zaken wordt integriteitsschade gevorderd op grond van schending van het zelfbeschikkingsrecht na schending van de informatieplicht. In beide gevallen heeft de patiënt lichamelijk letsel opgelopen en stellen zij dat dit het gevolg is van schending van de informatieplicht. In de zaak uit 2007¹⁷⁸ waarbij een patiënte een onvermijdelijk beenlengteverschil had als gevolg van een heupoperatie, is integriteitsschade toegewezen door het gerechtshof. Het gerechtshof oordeelde dat het zelfbeschikkingsrecht was geschonden, doordat eiseres niet voldoende was geïnformeerd en daardoor geen weloverwogen keuze heeft kunnen maken. De *conditio sine qua non* is door het gerechtshof aangenomen, mede omdat eiseres een ingrijpende revisieoperatie heeft ondergaan.

Een belangrijk verschil met bovengenoemd arrest en het arrest uit 2014 zijn de gronden waarop integriteitsschade is toegewezen. In de zaak uit 2014 had de arts niets verteld over eventuele ernstige bijwerkingen van medicatie tegen HIV, omdat deze slechts in 0,3% van de gevallen voorkomen. Het uiteindelijke letsel van patiënte bestond uit een huid- en slijmvliesontsteking van 35 – 40% en zij was bijna helemaal blind. Anders dan het deskundigenbericht achtte de rechtbank de informatieplicht geschonden. Het percentage van 0,3% was volgens de rechtbank ook weer niet zo gering dat de kans op de bijwerking te verwaarlozen was. De *conditio sine qua non* werd echter niet vastgesteld. Naar aanleiding van een verklaring van de internist dat alle patiënten die hij wél had ingelicht over de bijwerkingen toch hadden gekozen voor het middel, achtte de rechtbank het niet aannemelijk dat patiënte er van zou hebben afgezien. Het zelfbeschikkingsrecht was daardoor niet geschonden. De rechter oordeelde echter wel dat patiënte ernstig was aangetast in haar persoon, nu zij was overrompeld door de ernstige bijwerking, waardoor haar leed onnodig was verergerd.

¹⁷⁸ Deze zaak is besproken en uitgelicht in paragraaf 3.3.5.

5.3.2. Schadevergoeding zonder schade

De vraag of schadevergoeding kan worden gevorderd zonder dat er materiële schade of psychisch letsel is opgelopen is in dit onderzoek meermaals gesteld. Met het oog op het door de Hoge Raad gewezen oudejaarsrellenarrest,¹⁷⁹ is in het onderzoek de focus gelegd op het rechtstreeks gevolg en de verwezenlijking van het risico. In de zaken met betrekking tot het informed consent zou verwezenlijking van het risico betekenen dat de patiënt door het niet weloverwogen kunnen kiezen schade heeft geleden. Dit zou in dezelfde lijn staan met de stelling van Giesen en Maes, die stellen dat het informed consent wel degelijk strekt tot bescherming tegen risico's. Uit het onderzoek komt naar voren dat er niet altijd sprake is van verwezenlijking van een risico, omdat de gronden en artikelen waarop de schadevergoeding wordt gevorderd, niet altijd in het leven zijn geroepen ter voorkoming van een specifiek risico.¹⁸⁰

Met het oog op het oudejaarsrellenarrest is onderzocht of ook schadevergoeding kan worden toegewezen als er juridisch geen sprake is van schade. In zaak 44 wordt een ernstige inbreuk op de persoonlijke integriteit vastgesteld door de rechter, nadat de FIOD zonder machtiging bij eisers het huis is binnengetroten. Grond voor de vordering is schending van art. 10 Gw en de Algemene wet op het binnentreden. Appellanten moesten hun handen laten zien en op hun knieën zitten. Zij kregen geen mogelijkheid hun kinderen, die aan het spelen waren in een andere kamer, gerust te stellen. Appellanten zijn volgens het gerechtshof geschaad in hun basale gevoel van veiligheid. Er is door de FIOD inbreuk gemaakt op de integriteit van de persoon en de veiligheid van de woning. De vergoeding is naar redelijkheid en billijkheid vastgesteld op €4.500,-.

Ook in de hiervoor besproken zaak, waarbij een patiënte een ernstige bijwerking van een medicijn ervaart, omdat zij hier allergisch op reageert, wordt de focus gelegd op de rechtstreekse gevolgen in plaats van verwezenlijking van het risico. Patiënte is niet goed genoeg ingelicht over de ernstige bijwerkingen die het medicijn – door de allergische reactie – kan veroorzaken. Patiënte stelt dat zij, indien zij juist zou zijn geïnformeerd, nog steeds voor het medicijn zou hebben gekozen. Hierdoor laat de *conditio sine qua non* – die vereist is voor schending van het zelfbeschikkingsrecht – zich niet vaststellen. Desalniettemin is patiënte volgens de rechtbank aangetast in haar persoon. Het feit dat patiënte niet voldoende was ingelicht heeft er voor gezorgd dat haar leed onnodig is verergerd. De patiënte was namelijk overrompeld door de ernstige bijwerkingen. De onrechtmatigheid van het gebrek in de voorlichting en de rechtstreekse gevolgen voor de patiënte leiden in dit geval tot integriteitsschade.

Dat niet altijd een aanspraak kan worden gedaan op vergoeding van integriteitsschade is terug te zien in uitspraak 28 en 9 uit bijlage V. In zaak 28 wordt schadevergoeding gevorderd op grond van art. 6:166 BW. De grond van de vordering is aantasting van de persoonlijke integriteit. Het gerechtshof oordeelt dat voor aansprakelijkheid op grond van art. 6:166 BW is vereist dat schade is geleden en dat schade in de vorm van een blauw oog geen schade is die voor vergoeding in aanmerking komt. Met betrekking tot de aantasting van de persoonlijke integriteit oordeelt het gerechtshof dat sprake van een meer of minder sterk psychisch onbehagen of zich gekwetst voelen niet voldoende is van aantasting van de persoon en wijst alle vorderingen af. In zaak 9 stelt een patiënte haar arts aansprakelijk voor de schade die is ontstaan door borstprotheses die na acht jaar zijn gaan lekken. Zij stelt dat er geen sprake is van informed consent, omdat de arts wel heeft verteld over de mogelijkheid van lekkende protheses na ongeveer tien jaar, maar niet over de gevolgen van het lekken. Zij vordert schadevergoeding op grond van schending van de informatieplicht, schending van haar zelfbeschikkingsrecht en

¹⁷⁹ Uitgelicht in paragraaf 2.4

¹⁸⁰ Dit is het geval in uitspraak nr. 28, 44 bijlage V

aantasting in de persoon. De vorderingen worden afgewezen. De schending van de informatieplicht is niet vastgesteld en er is onvoldoende bewezen dat de klachten het gevolg zijn van de operatie.

5.3.3. Hoogte van de schadevergoeding

Bij vier¹⁸¹ van de zes zaken is een vergoeding van integriteitsschade toegewezen. In de zaak¹⁸² waarbij de patiënte als blijvend letsel huidblaren had en bijna blind was, kreeg zij in 2014 een schadevergoeding toegewezen van €7.000,-, vermeerderd met de wettelijke rente vanaf 26 juni 1999. De rechtbank heeft hierbij geoordeeld dat de aard en de ernst van het geval moeten worden meegewogen bij toewijzing van de vergoeding. Dat de ernst, de aard en de verwijtbaarheid worden meegerekend komt naar voren in zaak 23. Anders dan in de andere zaken is in zaak 23 een relatief hoge vergoeding toegekend. Het ziekenhuis is in deze zaak veroordeeld tot betaling van €25.000,- smartengeld aan eiseres, na vaststelling van een ernstige inbreuk van de persoonlijke integriteit. De behandelend gynaecoloog werd daarnaast nog veroordeeld tot betaling van €10.000,- smartengeld aan de echtgenoot van eiseres, die zelf ook partij in het geding was. Bij de bevalling van het eerste kind van eiseres was de baby onvoldoende bewaakt door de gynaecoloog. De baby is met een spoedkeizersnede ter wereld gebracht. Tijdens de operatie, waarbij de gescheurde baarmoeder werd gehecht, heeft de gynaecoloog de patiënte onnodig gesteriliseerd. Hij heeft de echtgenoot verteld dat de vrouw nooit meer zwanger mocht worden, waarna de echtgenoot heeft toegestemd met de ingreep. De baby is twee dagen later overleden. Er is sprake van – onder andere – schending van de informatieplicht, de echtgenoot heeft toestemming gegeven op grond van foutieve informatie. Door de fout van arts – het onnodig steriliseren van eiseres – heeft de gynaecoloog niet alleen de keuze voor een behandeling ontnomen, maar ook de keuze voor een gezin. Gezien de bestendige relatie van eisers en duidelijke wens voor meerdere kinderen, stelt de rechtbank vast dat er sprake is van een ernstige schending van het zelfbeschikkingsrecht en ernstige aantasting van de persoon. Aangezien de sterilisatie niet noodzakelijk was, was er ook daadwerkelijk een keuze voor eisers met betrekking tot de behandeling. Eiseres hebben vervolgens (zonder resultaat) een zwaar IVF-traject doorlopen, waardoor eiseres ook pijnklachten heeft ervaren.

Het recht op zelfbeschikking is een recht waarbij, indien geschonden, schadevergoeding kan worden gevorderd. De mate van de schending en de verwijtbaarheid worden meegewogen bij vaststelling van de hoogte van de vergoeding. Het lijden van materiële schade is geen voorwaarde voor de toewijzing van een vergoeding van integriteitsschade, maar wordt wel meegewogen in de bepaling van de hoogte. De hoogtes van de schadevergoedingen zijn, gezien de feiten en omstandigheden per geval, betrekkelijk laag.

5.4. Conclusie

De conclusie die kan worden getrokken uit het onderzoek met betrekking tot de deelvraag ‘*Op welke gronden wordt schadevergoeding toegewezen bij onzeker causaal verband?*’ is dat schadevergoeding wordt toegewezen als de zaak toepassing rechtvaardigt en er genoeg aanknopingspunten zijn om schadevergoeding toe te wijzen. Als er een fout wordt gemaakt door de arts in zijn handelen of met betrekking tot zijn informatieplicht, dan is de zorgvuldigheidsnorm geschonden. Bij een schending van de zorgvuldigheidsnorm kan het zijn dat de patiënt de kans op een beter behandelresultaat heeft verloren. De vergoeding wordt dan toegewezen op grond van onzekere schade. De rechter heeft het verband tussen de fout van de arts en de eventuele schade aangenomen. Het is alleen niet zeker welke schade daadwerkelijk is veroorzaakt door de fout. De rechter oordeelt of het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid kan worden toegepast in een zaak. De vorderingen worden afgewezen indien de kansen te gering of speculatief zijn. De Hoge Raad heeft op 23 december 2016 bevestigd

¹⁸¹ Bijlage V: uitspraak nr. 27, 21, 44, 23

¹⁸² Bijlage V: uitspraak nr. 20, 21

dat kansschade toepasselijk is bij medische aansprakelijkheidszaken en overweegt daarbij dat - in de hypothetische situatie – niet uit moet worden gegaan van de redelijk handelend arts maar van een situatie zonder normschending.

Proportionele schadevergoeding kan ook worden toegepast op zaken waarbij sprake is van onzekere causaliteit. Vaststaat dat daarbij schade is geleden. Het is echter onzeker wat de oorzaak van de schade is. In de zaken waarbij sprake is van onzekere causaliteit kan schadevergoeding worden toegewezen op grond van de redelijkheid en billijkheid of door een berekening van vaste kanspercentages, veelal met behulp van deskundigen, die zich uitlaten over de mate van waarschijnlijkheid. De rechter lijkt bij een onzeker causaal verband eerst aan te willen zetten tot schikken. Indien er niet wordt geschikt kan de hoogte van de schadevergoeding op twee manieren geschieden.

Bij een berekening van een kans wordt gerekend met de absolute groei van een kans, op bijvoorbeeld complicaties. Dit is in de jurisprudentie verkozen boven de relatieve groei van een kans. Uitzonderlijk maar mogelijk is het toepassen van de billijkheidscorrectie bij het vorderen van proportionele schadevergoeding. In een zaak waar de schadevergoeding was vastgesteld op grond van redelijkheid, is vervolgens een correctie toegepast op grond van billijkheid. De correctie bedroeg 10% van de schade. In bijna alle zaken is gebruik gemaakt van één of meer deskundigen. De rechter toetst of het deskundigenbericht voldoet aan de maatstaven en kan worden gebruikt in de procedure. In het onderzoek is het deskundigenbericht op één zaak na¹⁸³ altijd gevolgd. Aan de hand van, onder andere, het deskundigenbericht en het medisch dossier wordt de mate van aansprakelijkheid vastgesteld.

Tenslotte kan de deelvraag *‘Op welke gronden wordt integriteitsschade toegewezen?’* als volgt worden beantwoord. Integriteitsschade wordt toegekend op grond van een schending van het zelfbeschikkingsrecht of aantasting van de persoonlijke integriteit. Voor toewijzing van de schadepost is het niet vereist dat een risico zich heeft verwezenlijkt of dat er materiële schade is geleden. Voorwaarde voor toewijzing is dat er voor de persoon rechtstreekse gevolgen zijn. Dit kan volgens de jurisprudentie onder andere zijn:

1. gevoelens van shock bij ernstige bijwerkingen van medicijnen;
2. gevoelens van angst na onrechtmatige binnentreding in het huis van de persoon;
3. door schending van het zelfbeschikkingsrecht waardoor de persoon niet weloverwogen een keuze kan maken over een medische behandeling;
4. of door schending van het zelfbeschikkingsrecht waardoor de persoon niet weloverwogen een keuze kan maken over een medische behandeling en de samenstelling van het gezin door een onrechtmatige sterilisatie.

De hoogtes van de schadevergoedingen zijn, gezien de feiten en omstandigheden per geval, betrekkelijk laag.

¹⁸³ Bijlage V: uitspraak nr. 20

6. Conclusie

In dit hoofdstuk wordt de centrale vraag *‘Wat zijn, blijkens bronnen- jurisprudentieonderzoek, de mogelijkheden voor Groenendijk & Kloppenburg Advocaten om voor cliënten schadevergoeding te vorderen indien het zelfbeschikkingsrecht van de cliënt is geschonden doordat deze onvoldoende is geïnformeerd als bedoeld in art. 7:448 Burgerlijk Wetboek?’* beantwoord. Tezamen met beantwoording van de hoofdvraag wordt aan de hand van de doelstelling wordt een uitspraak gedaan over de bruikbaarheid van het rapport.

6.1. Beantwoording van de hoofdvraag

Uit het onderzoek is gebleken dat schadevergoeding vorderen na een schending van de informatieplicht bijzonder lastig kan zijn. Daarom is gezocht naar nieuwe mogelijkheden bij het vorderen van schadevergoeding. Een enkele inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht is volgens de rechtspraak nog geen grond voor schadevergoeding. Het is daarom noodzakelijk om de schending van het recht alsnog in verband te brengen met schade: in de vorm van nadeel dat niet in vermogensschade bestaat of aan de hand van het aantonen van een onzeker causaal verband. Als mogelijkheden zijn kansschade, proportionele schadevergoeding en integriteitsschade onderzocht. Uit de resultaten van het praktijkonderzoek kan worden afgeleid dat zowel kansschade, proportionele schadevergoeding als integriteitsschade kan worden gevorderd als het zelfbeschikkingsrecht van een cliënt is geschonden, alhoewel er voorwaarden aan zijn verbonden. Welke vorm van schadevergoeding vorderen de beste stap is, zal afhangen van de specifieke casus.

Schadevergoeding in de vorm van kansschade kan worden gevorderd na schending van het zelfbeschikkingsrecht van een cliënt. De Hoge Raad heeft recentelijk bevestigd dat kansschade toepasselijk is bij medische aansprakelijkheidssaken. Het knelpunt in het huidige aansprakelijkheidssysteem is dat het causaal verband met de geleden schade bijna nooit – volledig - kan worden vastgesteld. Bij het vorderen van kansschade is het van belang dat de tekortkoming van de arts, het niet voldoende of niet juist informeren, vast komt te staan. Vervolgens moet de vraag worden beantwoord hoe de situatie van de cliënt er uit zou hebben gezien zonder tekortkoming van de arts. Deze vraag wordt beantwoord aan de hand van een afweging van goede en kwade kansen. Vaak wordt voor deze afweging de hulp van een deskundige ingeschakeld. Als vast wordt gesteld dat de situatie van de cliënt gunstiger zou zijn indien de arts niet zou zijn tekortgeschoten, heeft de cliënt schade geleden in de vorm van het verlies van een kans. Hier wordt de link gelegd tussen de tekortkoming en schade. De kans moet reëel - en dus niet zeer gering of speculatief - zijn om toepassing van kansschade te rechtvaardigen.

Schadevergoeding in de vorm van proportionele schade – ook wel proportionele aansprakelijkheid genoemd - kan worden gevorderd na schending van het zelfbeschikkingsrecht. Bij het vorderen van proportionele schadevergoeding moet er sprake zijn van (materiële) schade. In het huidige systeem kan het causaal verband vaak niet worden vastgesteld, omdat er meerdere mogelijke oorzaken zijn voor de geleden schade. Er is sprake van onzekere causaliteit. Toepassing van proportionele schadevergoeding is gerechtvaardigd ingeval het causaal verband tussen de fout en het schadegeval zich niet goed laat vaststellen, doordat er ten minste twee mogelijke alternatieve oorzaken van de schade zijn, waarvan minstens één in de risicosfeer van het slachtoffer ligt. Er hoeft dus niet worden bewezen wie de (enige) veroorzaker is van de schade, maar er moet worden bewezen dat de schade óf door de gedaagde is veroorzaakt óf gevolg is van een oorzaak die ligt binnen de risicosfeer van cliënt. Als het onzeker causaal verband wordt aangenomen, wordt de mate van aansprakelijkheid berekend of vastgesteld op grond van de redelijkheid en billijkheid. De aansprakelijkheid wordt altijd uitgedrukt in een percentage. Voor de mate van aansprakelijkheid wordt gebruik gemaakt van de absolute maatstaf en niet de relatieve. Uitzonderlijk maar mogelijk is de toepassing van een billijkheidscorrectie, als er sprake is van ernstige

verwijtbaarheid. Welke schadeposten vallen onder de aansprakelijkheidsstelling kan uit dit onderzoek niet worden opgemaakt.

Het is mogelijk integriteitsschade te vorderen bij letselschadezaken na schending van het zelfbeschikkingsrecht. Bij het vorderen van integriteitsschade op grond van het zelfbeschikkingsrecht moet de *conditio sine qua non* worden vastgesteld. Dit is immers voorwaarde voor een inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht. Echter, in één *informed consent*-zaak is integriteitsschade toegewezen zonder dat het zelfbeschikkingsrecht is geschonden. Patiënte stelde dat ze niet was ingelicht, maar met juiste inlichting toch zou hebben gekozen voor de medicatie. De rechter oordeelt dat er sprake is van een schending van de informatieplicht, het zelfbeschikkingsrecht niet is geschonden, maar dat patiënte toch recht heeft op vergoeding van integriteitsschade. De patiënte was volgens de rechtbank door de ernstige gevolgen zodanig overrompeld dat zij onnodig had geleden en was daardoor aangetast in haar persoon. Anders dan bij de voornoemde oplossingen hoeft bij het vorderen van integriteitsschade geen – juridische – schade zijn geleden, daarmee wordt bedoeld vermogensschade of psychisch letsel. Wel moet worden aangetoond dat er voor cliënt rechtstreekse gevolgen zijn verbonden aan de schending, waardoor de cliënt wordt aangetast in zijn persoonlijke integriteit. Voor toewijzing van integriteitsschade moet worden gesteld en bewezen dat er een ernstige inbreuk is gemaakt op een (zo) fundamenteel recht, waarbij de patiënt rechtstreekse, ingrijpende gevolgen heeft ervaren.

6.2. Doelstelling en bruikbaarheid

Het doel van het onderzoek is het verschaffen van informatie en duidelijkheid met betrekking tot schending van het zelfbeschikkingsrecht en de informatieplicht van de arts, de knelpunten binnen het rechtssysteem bij de aansprakelijkheidsstelling en de mogelijke oplossingen voor het vorderen van schadevergoeding. Het doel is tevens advies uit te brengen in de vorm van conclusies en aanbevelingen. Aan de hand van de informatie en conclusies uit dit rapport is het voor Groenendijk & Kloppenburg Advocaten mogelijk de strategie te bepalen. Het onderzoek heeft het zelfbeschikkingsrecht en het *informed consent* uitgelicht aan de hand van bronnen- en jurisprudentieonderzoek. Uit het onderzoek zijn drie mogelijke manieren gevonden om schadevergoeding te vorderen. Vervolgens zijn de gronden en voorwaarden voor aansprakelijkheidsstelling onderzocht en toegelicht, waardoor het voor Groenendijk & Kloppenburg Advocaten bruikbaar werd in het bepalen van processtrategie.

7. Aanbevelingen

De centrale vraag in dit onderzoek is gesteld – en beantwoord - in algemene vorm, zodat het onderzoek bruikbaar zal zijn bij toekomstige zaken waarbij een cliënt schadevergoeding wenst nadat een arts zijn informatieplicht heeft geschonden. De probleemanalyse is echter gericht op een specifieke zaak die momenteel loopt binnen Groenendijk & Kloppenburg Advocaten. De aanbevelingen zullen daarom bestaan uit algemene aanbevelingen, gevolgd door een concrete aanbeveling met betrekking tot de lopende zaak binnen het kantoor. Er worden aanbevelingen gedaan aan de hand van de drie mogelijke oplossingen die zijn gekomen uit het onderzoek. Met betrekking tot de lopende zaak binnen het kantoor wordt aanbevolen proportionele schadevergoeding te vorderen op grond van de redelijkheid en billijkheid. Hieronder zal dit verder worden toegelicht.

Het vorderen van kansschade na schending van het zelfbeschikkingsrecht is geschikt als vorderingsgrond, indien de tekortkoming van de arts vaststaat - of waarschijnlijk zal worden vastgesteld - , maar er onzekerheid bestaat over de schade die is geleden door de cliënt. Indien een zaak in aanmerking komt voor schadevergoeding op grond van verlies van een kans is dit de beste manier van procederen, nu de Hoge Raad heeft bevestigd dat het vorderen van kansschade toepasselijk is bij medische aansprakelijkheidszaken. Dit is bij proportionele aansprakelijkheid en integriteitsschade – nog – niet gebeurd. In de toverweging om kansschade te vorderen zal door Groenendijk & Kloppenburg Advocaten per zaak de vraag moeten worden gesteld of de kans die de cliënt heeft verloren niet zeer gering of speculatief is. Daarbij moet niet de focus worden gelegd op de restverschijnselen of het letsel, maar er moet een vergelijking worden gemaakt tussen de huidige situatie en de situatie indien de tekortkoming van de arts zou zijn uitgebleven.

In de voorliggende zaak binnen Groenendijk & Kloppenburg Advocaten lijkt kansschade een logische stap, omdat reeds is vastgesteld dat de arts tekort is geschoten in de nakoming van de overeenkomst. Ook is de *conditio sine qua non* reeds aangenomen. De tekortkoming van de arts zal dan als uitgangspunt worden genomen. Ondanks dat er al twee deskundigen zijn aangesteld zal moeten wordt uitgezocht of cliënten een kans op een beter behandelresultaat hebben verloren tussen de situatie waarin cliënten zich bevinden en de situatie waarin cliënten zich zouden bevinden indien de psychiater hen wel had ingelicht over de twijfels omtrent de medicatie. Het kan zijn dat de rechter alleen het medicijngebruik in het eerste trimester (drie weken) zou willen behandelen met betrekking tot de verloren kans. Nu er onzekerheid bestaat over de invloed van de medicijnen op het ongeboren kind is de kans naar mijn mening aanwezig dat de rechter zal oordelen dat de kans die verloren is gegaan te speculatief is.

Het vorderen van proportionele aansprakelijkheid wordt aanbevolen als vorderingsgrond in zaken waarbij het causaal verband tussen een fout en het schadevoorval zich niet laat vaststellen. Er moet dan kunnen worden aangetoond dat er ten minste twee mogelijke alternatieve oorzaken zijn van de schade, waarvan ten minste één in de risicosfeer van de cliënt ligt. In de voorliggende zaak binnen Groenendijk & Kloppenburg Advocaten kan aan de hand van het deskundigenbericht van de tweede deskundige worden opgemaakt dat in geval van cliënten er meerdere oorzaken mogelijk zijn voor de ernstige beperkingen waarmee hun zoon is geboren, waarvan ten minste één oorzaak – dat de beperkingen genetisch zijn geërfd – in de risicosfeer ligt van cliënten. Nu vaststaat dat de arts tekort is geschoten, cliënten veel schade hebben geleden en in de onzekerheid leven of hun zoon gezond geboren had kunnen worden of niet, kan naar mijn mening proportionele schadevergoeding worden gevorderd op grond van de redelijkheid en billijkheid. Daarbij kan in overweging worden genomen door Groenendijk & Kloppenburg Advocaten of de vordering zal worden versterkt of afgezwakt als het klinisch

genetisch onderzoek dat de tweede deskundige voorstelt wordt uitgevoerd. De schade wordt immers verdeeld in evenredigheid in mate van toerekening en naar rato van causaliteit.

Bij het vorderen van integriteitsschade is het van belang dat wordt vastgesteld dat er een ernstige inbreuk is gemaakt op een (zo) fundamenteel recht. In het proces zal de nadruk moeten worden gelegd op de ingrijpende rechtstreekse gevolgen voor cliënten. De vorderingsgrond staat in de kinderschoenen – er is niet veel jurisprudentie-, maar biedt kansen indien een link tussen de schending van het recht en schade niet (proportioneel) kan worden vastgesteld. In de voorliggende zaak binnen Groenendijk & Kloppenburg Advocaten kan integriteitsschade worden gevorderd. Het zelfbeschikkingsrecht van cliënten is immers geschonden nu de *conditio sine qua non* is aangenomen. Er moet worden bewezen dat er sprake is van een ernstige inbreuk en rechtstreekse gevolgen, door aan te tonen dat de beperkingen van de zoon en het leven in onzekerheid door de ouders het gevolg is van de schending. Het vorderen van integriteitsschade is minder aantrekkelijk, aangezien de schadevergoedingen die worden toegewezen in letselschadezaken betrekkelijk laag zijn.

Literatuurlijst

Boeken

Akkermans 2002

A.J. Akkermans, De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband, 2002, BJU

Dam 2015

C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht Deel 1 Rechtsbescherming, rechtsmiddel en rechtsherstel, 2015, BJU uitgevers

Dekker 2012

J.D. Dekker, *Mondzorg in sociaal perspectief*, 2012, Bohn Stafleu van Loghum

Engberts & Kalkman- Bogerd 2013

D.P. Engberts, L.E. Kalkman –Bogerd, *Leerboek gezondheidsrecht*, 2013

Giard 2005

R.W.M. Giard, 'Aansprakelijkheid van artsen, juridische theorie en medische praktijk', 2005, BJU

Artikelen

Akkermans 2000

A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij personenschade, 2000

Akkermans & van Dijk 2012

A.J. Akkermans & H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *Aansprakelijkheid Verzekering & Schade* 2012, afl.5 p.157-177

Collignon- Smit Sibinga & Mewa 2011

A.F. Collignon- Smit Sibinga, S.V. Mewa, '*Fundamentele rechten in de personenschadepraktijk*', L&S, p. 9- 17

Giesen & Maes 2014

I. Giesen, K.L. Maes, Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimende informatieplichten, *NTBR* 2014/27

Giesen 2014

I. Giesen, Herstel als er (juridisch) geen schade is: 'Integriteitsschade', 2014

Hendrix & Akkermans 2007

L.G.J. Hendrix, A.J. Akkermans, Causaliteitonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van *Chester v. Afshar*, *TvGR* 7/2007

Hendriks, Frederiks & Verkerk 2008

A.C. Hendriks, B.J.M. Frederiks, M.A. Verkerk, *Het recht op autonomie in samenhang met goede zorg bezien*, TvGR 01/2008

Klaassen & Kortmann 2012

C.J.M. Klaassen, J.S. Kortmann, *Causaliteitsperikelen*, 2012, VASR

Meyst-Michels & Klein Gunnewiek 2015

J. Meyst-Michels en P.J. Klein Gunnewiek, 'De omkeringsregel bij medische aansprakelijkheid revisited – Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 8 september 2015 – Toch een uitzonderingsregel ...' 2015

Rutten 2013

S. Rutten, *Proportionele aansprakelijkheid en de kansschade*, 2013

Smeehuizen & Akkermans 2013

J.L. Smeehuijzen, A.J. Akkermans, *Pre advies VGR Deel 1 Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatte revoluties*, 2013

Ti Hanh Nguyen 2009

Ti Hanh Nguyen, *Voorwaarden voor smartengeld bij schending fundamentele rechten zonder Letsel*, 2009, NJb

Verheul 2016

A.M. Verheul, *Vergoeding van integriteitsschade mede bezien vanuit een mensenrechtelijk perspectief*, ANWB verkeersrecht tijdschrift, 15 april 2016

Publicaties**Legemaate 2006**

J. Legemaate, *Patiëntenrechten in wetgeving en rechtspraak*, Inspectie voor de Gezondheidszorg, 2006

Wijne 2013

R. Wijne, *Aansprakelijkheid bij zorggerelateerde schade*, Boom Juridische Uitgevers, 2013

Jurisprudentie

EHRM 26 mei 2011, 27617/04, (R.R./Polen)

EHRM 16 juni 2005, 82, (Storck/Duitsland)

EHRM 8 november 2011, 18, (V.C./Slowakije)

HR 27 november 1984, NJ 1985/106, ECLI:NL:HR:1984:AC8615

HR 26 januari 1996, ECLI:NL:HR:1996:ZC1976

HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2737

HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963

HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299

HR 9 juli 2004, ECLI:HR:2004:AO7721

HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213

HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6093
HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799
HR 24 december 2011, ECLI:NL:HR:2010:BO1799
HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519
HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491
HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987

Hof Amsterdam 17 november 1983 LJN AC8177, NJ 1984/742
Hof Amsterdam 19 februari 1998, TvGR 1998/48
Hof Arnhem 4 december 2007, ECLI:NL:GHARN:2007:BM5197
Hof Arnhem 25 april 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:BM5194
Hof Arnhem 11 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX6567
Hof Arnhem 7 mei 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:3267

Rb. Alkmaar 10 mei 1983, TvGR 1983, NJ 1983/104
Rb. Zwolle 10 juli 1996, TvGR 1997/30
Rb. Roermond 6 december 2001, ECLI:NL:RBROE:2001:AD6905
Rb. Arnhem 22 september 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BP0330
Rb. Rotterdam 23 januari 2013, ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2365
Rb. Midden-Nederland 6 februari 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:BZ0813

Regionaal tuchtcollege Amsterdam 5 juli 2005, nr. 05/121

Bijlagen

BIJLAGE I	Jurisprudentielijst en nummering
BIJLAGE II	Jurisprudentieanalyse deelvraag 5
BIJLAGE III	Jurisprudentieanalyse deelvraag 6
BIJLAGE IV	Jurisprudentieanalyse deelvraag 7
BIJLAGE V	Jurisprudentieanalyse deelvraag 8
BIJLAGE VI	Arrest nr. 31: Hof Arnhem 7 mei 2013 ECLI:NL:GHARL:2013:3267
BIJLAGE VII	Arrest nr. 22: Hof Arnhem 8 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5471
BIJLAGE VIII	Voorlopig deskundigenbericht deskundige 2

BIJLAGE I

JURISPRUDENTIELIJST & NUMMERING

Arresten in de voorliggende zaak van Groenendijk & Kloppenburg Advocaten: nr. 11, 22, 31

Nr.	ECLI-code	Instantie	Datum uitspraak
1.	ECLI:NL:GHSCH:2010:BL4904	Hof 's-Hertogenbosch	09-02-2010
2.	ECLI:NL:RBZLY:2010:BO4400	Rb. Zwolle – Lelystad	14-07-2010
3.	ECLI:NL:RBROT:2009:BJ3702	Rb. Rotterdam	15-07-2009
4.	ECLI:NL:RBZWO:2001:AB2389	Rb. Zwolle	06-06-2001
5.	ECLI:NL:RBHAA:2008:BD8290	Rb. Haarlem	02-07-2008
6.	ECLI:NL:GHSHE:2009:BH8603	Hof 's-Hertogenbosch	03-02-2009
7.	ECLI:NL:RBSHE:2012:BV6856	Rb. 's-Hertogenbosch	22-02-2012
8.	ECLI:NL:RBROE:2005:AT4028	Rb. Roermond	24-04-2005
9.	ECLI:NL:RBMAA:2011:4905	Rb. Maastricht	19-10-2011
10.	ECLI:NL:RBSGR:2012:BX6419	Rb. 's-Gravenhage	18-07-2012
11.	ECLI:NL:GHARN:2012:BX6567	Hof Arnhem	11-09-2012
12.	ECLI:NL:RBAMS:2011:BV1236	Rb. Amsterdam	07-12-2011
13.	ECLI:NL:GHARL:2015:6588	Hof Arnhem Leeuwarden	08-09-2015
14.	ECLI:NL:RBAMS:2010:BP0743	Rb. Amsterdam	11-08-2010
15.	ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2365	Rb. Rotterdam	23-01-2013
16.	ECLI:NL:RBROE:2001:AD6905	Rb. Roermond	06-12-2001
17.	ECLI:NL:RBROT:2010:BO7879	Rb. Rotterdam	24-11-2010
18.	ECLI:NL:GHARN:2007:BM5197	Hof Arnhem	04-12-2007
19.	ECLI:NL:GHLEE:2008:BD2421	Hof Leeuwarden	14-05-2008
20.	ECLI:NL:RBMNE:2013:3761	Rb. Midden- Nederland	18-09-2013
21.	ECLI:NL:RBMNE:2014:691	Rb. Midden-Nederland	12-02-2014
22. ¹⁸⁴	ECLI:NL:GHARL:2014:5471	Hof Arnhem	08-07-2014
23.	ECLI:NL:GHSGR:2009:BK1574	Hof 's-Gravenhage	19-09-2009
24.	ECLI:NL:GHSHE:2005:AT9895	Hof 's-Hertogenbosch	17-05-2005
25.	ECLI:NL:GHLEE:2007:BC1632	Hof Leeuwarden	19-12-2007
26.	ECLI:NL:RBMAA:2010:BO7650	Rb. Maastricht	13-12-2010
27.	ECLI:NL:GHARN:2006:BM5194	Hof Arnhem	25-04-2006
28.	ECLI:NL:GHSHE:2010:BX6555	Hof 's-Hertogenbosch	28-09-2010
29.	ECLI:NL:RBMAA:2012:BY3180	Rb. Maastricht	05-09-2012
31. ¹⁸⁵	ECLI:NL:GHARL:2013:3267	Hof Arnhem	07-05-2013
33.	ECLI:NL:RBROT:2013:BZ2365	Rb. Rotterdam	23-01-2013
34.	ECLI:NL:GHSHE:2015:4163	Hof 's-Hertogenbosch	20-10-2015
35.	ECLI:NL:GHSHE:2014:3887	Hof 's-Hertogenbosch	30-09-2014
36.	ECLI:NL:GHSHE:2015:933	Hof 's-Hertogenbosch	17-03-2015
37.	ECLI:NL:GHSHE:2015:2663	Hof 's-Hertogenbosch	14-07-2015
38.	ECLI:NL:RBROT:2012:BW4845	Rb. Rotterdam	02-05-2012
39.	ECLI:NL:RBBRE:2012:BY7399	Rb. Breda	19-12-2012

¹⁸⁴ Dit arrest is niet gepubliceerd. Het is terug te vinden in bijlage VII¹⁸⁵ Dit arrest is niet gepubliceerd. Het is terug te vinden in bijlage VI

40.	ECLI:NL:GHSHE:2014:1265	Hof 's-Hertogenbosch	06-05-2014
41.	ECLI:NL:RBGRO:2007:BA7177	Rb. Groningen	14-02-2007
42.	ECLI:NL:GHSHE:2016:1741	Hof 's-Hertogenbosch	03-05-2016
43.	ECLI:NL:RBROT:2015:8640	Rb. Rotterdam	24-11-2015
44.	ECLI:NL:GHARL:2013:BZ2050	Hof Arnhem-Leeuwarden	15-01-2013
45.	ECLI:NL:GHARN:2012:BX8853	Hof Arnhem	02-09-2012
46.	ECLI:NL:RBGEL:2015:2701	Rb. Gelderland	22-04-2015
47.	ECLI:NL:RBZWB:2014:1210	Rb. Zeeland-West-Brabant	19-02-2014
48.	ECLI:NL:GHARN:2011:BP8479	Hof Arnhem	15-03-2011
49.	ECLI:NL:GHARN:2009:BL0369	Hof Arnhem	08-09-2009
50.	ECLI:NL:RBAMS:2014:3763	Rb. Amsterdam	02-07-2014
51.	ECLI:NL:GHSHE:2013:CA2219	Hof 's-Hertogenbosch	04-06-2013
52.	ECLI:NL:RBNHO:2014:12412	Rb. Noord-Holland	20-08-2014
53.	ECLI:NL:RBGEL:2014:8179	Rb. Gelderland	01-04-2014
54.	ECLI:NL:GHARL:2014:181	Hof Arnhem-Leeuwarden	14-01-2014
55.	ECLI:NL:RBOBR:2014:7183	Rb. Oost-Brabant	26-11-2014

BIJLAGE II

JURISPRUDENTIEANALYSE DEELVRAAG 5

Deelvraag 5: Op welke gronden, blijkens jurisprudentie uit de civiele rechtspraak, faalt of slaagt het bewijzen van de conditio sine qua non?

a.) Inhoudelijke behandeling

b.) Bewijsvoering

Arrest in de voorliggende zaak van Groenendijk & Kloppenburg Advocaten: nr. 22

Informatieplicht van de arts niet geschonden op grond van art. 7:448 BW					
	A. De aard en het doel	B. De te verwachten gevolgen en risico's	C. Andere methoden die in aanmerking komen	D. De staat en de vooruitzichten m.b.t. de gezondheid	Tekortkoming in de bewijsvoering
1.	a.) Noodzakelijkheid kan niet worden vastgesteld	a.) Blindheid zodanig zwaar gevolg dat er op gewezen moet worden a.) Zeer geringe kans: Incidentenrisico ver onder 1% a.) Aard risico: Blijvend letsel b.) Patiëntenbrochure niet voldoende en niet duidelijk b.) Arts 18,5 jaar in het vak: ±1.000 x operatie uitgevoerd, nooit complicatie	a.) Geen alternatief mogelijk	a.) Patiënt had al jaren een matige gezondheid b.) Patiëntendossier	
2.	a.) Geen verzwaarde informatieplicht omdat het geen noodzakelijke operatie was, omdat gehele verwijdering baarmoeder de uitdrukkelijke wens was van patiënte	a.) Incidentenrisico 1.7% alle vaginale operaties a.) Aard: Over het algemeen geen blijvend letsel : eiseres heeft wel hersteloperatie moeten ondergaan, maar lichamelijke beperkingen overgehouden b.) Deskundigenbericht b.) Patiëntenbrochure niet voldoende			
3.	a.) Noodzakelijkheid invloed op evt. schending a.) Operatie niet strikt noodzakelijk	a.) Aard: blindheid zeer ernstig b.) Geen literatuur beschikbaar die wees op risico blindheid : geen bekend reëel risico	a.) Alternatieven invloed op evt. schending		a.) Anoniem deskundigenbericht zonder advies niet voldoende voor bewijzen bekendheid van het risico
4.		a.) Complicaties niet voldoende uitgelegd	a.) Kiezen alternatieve		a.) Schending informatieplicht alleen

		b.) Geen literatuur beschikbaar waarin risico's alternatief lager waren	methoden niet relevant want niet bewezen dat andere methode kleinere kans zou hebben		relevant m.b.t. risico zwanger worden a.) Schending hoeft pas te worden vastgesteld indien patiënte een andere keuze zou hebben gemaakt. Patiënt zou geen andere keuze hebben gemaakt, dus geen schending
5.		a.) Mislukte sterilisatie a.) Kind geboren	a.) Informatieplicht strekt niet uit tot bespreken technische aspecten methode a.) Niet bewezen door eiseres dat methodes met dezelfde risicopercentages andere oorzaken kunnen hebben waarover zij zou moeten worden ingelicht b.) Deskundigenbericht		
6.	a.) Opereren was noodzakelijk		a.) 2 reële opties beschikbaar (niet geheel gelijkwaardig) . Alternatieve methode niet besproken a.) Patiënt angst voor naadlekkage niet aangegeven b.) deskundigenbericht		b.) Sterk tegenbewijs: eisers waren op de hoogte van beide methodes, blijkt uit brief aan huisarts
7.			a.) Alternatieven niet besproken ondanks specifiek verzoek Patiënt niet geïnformeerd, maar artsen onderling wel alternatieven besproken → goed gemotiveerd ingelicht b.) Klachtencommissi		a.) Uit dossier kan geen schending worden vastgesteld: verzoeken naaldbiopsieën patiënt staan niet in dossier vermeld a.) Zaak afgewezen bij het tuchtcollege, maar klacht m.b.t. informatieplicht gegrond a.) rechtbank kan fout

			e uit twijfel over het rechtmatigheid niet bespreken van puncties na specifiek verzoek en kan niet uit dossier opmaken dat wél aan infoplicht is voldaan b.) deskundigenbericht		niet vaststellen - Arts hoeft geen rekening te houden met elke binnen de beroepsgroep bestaande visie of beleidslijn - Te weinig medische onderbouwing bewijslast
8.		Patiënte is op haar rug gedraaid met een ruggenprik in haar rug a.) Incident zeer zeldzaam a.) Arts hoeft geen informatie te verstrekken over risico's m.b.t. eigen acties patiënt a.) Algemene kennis patiënt (objectieve maatstaaf)			a.) Oorzakelijk verband ontbreekt
9.		a.) Patiënt stelt dat arts heeft ingelicht over mogelijke lekkages maar niet over de gevolgen daarvan a.) Uitdrukkelijke bewijslast patiënt objectieve of subjectieve maatstaf b.) Toestemmingsformulier			a.) onvoldoende concrete en specifieke omstandigheden gesteld – patiënt geen enkel bewijs geleverd ter beoordeling van schending informatieplicht en vaststelling csqn a.) causaal verband tussen de uitgevoerde operatie en de klachten niet voldoende → causaal verband tussen lekkende prothesen en de klachten moet vaststaan b.) rechter geeft als voorbeeld van 'goed bewijs' een brief van behandelend arts
10.		a.) Kans ± 5% a.) Vaak in contact met veel specialisten en artsen. Voldoende geïnformeerd. → Geen kans op beter resultaat a.) Patiënt zou geen andere keuze hebben gemaakt	a.) Geen alternatief b.) Deskundigenbericht 2x		

		b.) Medisch dossier			
12.		a.) Niet geïnformeerd over mammografieuitslag a.) Niet geïnformeerd over standaard / richtlijn a.) Objectieve maatstaf			a.) Patiënt stelt dat zij bij juiste info. Artsen uit het buitenland had geraadpleegd en second opinion had aangevraagd. a.) csqn niet bewezen. Slechts aangegeven "dat zij mogelijk een second opinion had willen vragen " a.) Had volgens Rb. Meer moeten onderbouwen door bijv. persoonlijke bezwaren, bijzondere risico's
13.	Grond eerste aanleg: informed consent en niet lege Artis Grond hoger beroep: informed consent en onvoldoende dossiervorming Noodzaak: operatie in de toekomst lag voor de hand a.) Objectieve maatstaf → Ook al waren klachten nu minimaal, patiënt had uiteindelijk geopereerd moeten worden	a.) Werd gedacht aan bloeduitstorting pols, maar bleek tumor. Had de arts kunnen weten door echouitslag aanzienlijk risico op zenuwletsel bij tumor a.) Kans op blijvend zenuwletsel 10% had arts moeten vertellen b.) deskundige eerste aanleg wordt niet gevolgd door het gerechtshof: wordt verklaard als onbruikbaar	a.) Alternatief alleen biopsie (geen operatie) niet verteld		a.) Niet kunnen vaststellen wat arts heeft gezegd a.) Schending informatieplicht kan in het midden blijven nu csqn niet is vastgesteld
14.		a.) Patiënt stelt: Wel geïnformeerd over stembandbeschadiging maar niet over permanente stembandbeschadiging. a.) Objectieve maatstaf: csqn niet bewezen			a.) Tegenbewijs is schriftelijke verklaring waarin staat dat is ingelicht over 2% kans op beschadiging, waarvan 50% permanent a.) Ook internist en KNO-arts hebben patiënt ingelicht m.b.t. dit risico
19.		a.) 2 operaties minder risicovol dan de gecombineerde a.) kans op gevolg zeer gering – 4%	a.) patiënt was niet geïnformeerd over de mogelijkheid van 2 operaties i.p.v. 1 gecombineerde		Csqn niet vastgesteld. a.) Patiënt heeft niet voldoende bewezen dat zij zou kiezen voor 2. Ziekenhuis wel voldoende betwist dat

		a.) verweer: 2x operatie is 2x risico			2 operaties minder risico's zouden vormen. a.) “..de grondslag van schending van het beginsel van informed consent de vordering van de patiënte niet kan dragen, nog daargelaten dat een dergelijke schending alleen voor het aannemen van aansprakelijkheid onvoldoende is”
Informatieplicht van de arts geschonden op grond van art. 7:448 BW					
	A. De aard en het doel	B. De te verwachten gevolgen en risico's	C. Andere methoden die van in aanmerking komen	D. De staat en de vooruitzichten m.b.t. de gezondheid	Tekortkoming in de bewijsvoering
15.	a.) Geen medische noodzaak		a.) Eisers: Gedaagde niet geïnformeerd over specialisatie, snijtechniek en operatietechniek a.) Gedaagde heeft eisers niet ingelicht over specialisatie. Heeft zich voorgedaan als chirurg maar is gynaecoloog b.) patiëntenbrochure, website, informed consentformulier a.) csqn aangenomen: Patiënt zou door iemand anders op een ander tijdstip worden geopereerd.		a.) Eiseres heeft informed consentformulieren ondertekend a.) Uitspraak tuchtcollege handelen gedaagde: doorhaling in BIG-register
16.		a.) Gevolg niet gebruikelijk maar wel verstrekkend: Risico letsel aan heup 0,5 – 2% = gering, maar gevolgen verstrekkend: mogelijkheid totale uitval: arts is toerekenbaar tekortgeschoten in zijn informatieplicht	a.) medicatie en fysio al geprobeerd. Geen andere alternatieven.	a.) Patiënt kampt vanaf 1995 met pijn. Medicatie en fysio geprobeerd maar niet voldoende	a.) Csqn ontbreekt: zou desondanks toch hebben gekozen voor operatie

		b.) Deskundigenbericht a.) Zou bij juiste inlichting, nader advies hebben ingewonnen- niet aangenomen a.) Heeft reeds gebruik gemaakt van een second opinion			
17.	a.) Grond: Informed consent a.) Geen medische noodzaak: Zwaarwegende informatieplicht a.) Grond: Ernstig verwijtbaar tekortschieten		a.) Groter gewicht aan I.C. indien meer reële keuzemogelijkheid en zijn a.) Onjuist ingelicht over specialistentitel chirurg: arts is gynaecoloog: keuzemogelijkheid andere arts weggenomen b.) Informed consentformulieren		
18. ¹⁸⁶	a.) Norm: schending informatieplicht a.) Grond: zelfbeschikkingsrecht	a.) niet geïnformeerd over onvermijdelijk beenlengteverschil b.) eiseres; getuigenverhoor b.) deskundigenbericht b.) Gedaagde: brochure (niet voldoende) + onderzoek naar informatiesprekken (te algemeen) a.) csqn: subjectieve maatstaf – niet te leven met kreupelheid – riskante revisieoperatie – csqn aangenomen b.) deskundigenbericht	a.) Alternatieven mogelijk – niet besproken b.) deskundigenbericht		a.) Indien bewezen dat patiënt niet goed is geïnformeerd, is aantasting van het zelfbeschikkingsrecht gegeven – patiënt moet zelf kunnen kiezen a.) Mate van aantasting van het zelfbeschikkingsrecht is niet relevant
20.		a.) Milde bijwerkingen: Tekortkoming, maar geen verschil in ziekteverloop, dus geen causaal verband tussen niet informeren en schade door ernstige verloop van allergische reactie a.) Ernstige bijwerking: risico: < 1% - niet te	a.) patiënte gebruikte al HIV medicatie maar wisselde vanwege bijwerkingen. Had evt. vorige medicatie kunnen blijven slikken.		a.) Gedaagden: afschrikkeffect van informatieplicht – houdt geen stand want wel geïnformeerde patiënten stemmen ook toe met behandeling

¹⁸⁶ Tezamen besproken met tussenarrest nr. 27 uit bijlage I

		verwaarlozen- gevolg: acuut, ernstig, blijvend letsel, levensbedreigend : schending informatieplicht aangenomen a.) functie niet alleen beslissen maar ook reageren op bijwerkingen a.) Patiënt zou wel hebben ingestemd maar onder strikte voorwaarde van monitoring, is aangenomen, maar onvoldoende bewezen dat zij zou hebben afgezien vd behandeling a.) geen causaal verband tussen schending en ontstaan schade want bij monitoring ook allergische reactie b.) Deskundigenbericht b.) Tegenbewijs van arts (onderzoek) dat patiënten 40 – 60 % informatie vergeten en dat te teveel info een patiënt overspoeld te algemeen.			
22. 187		a.) Onvoldoende inlichting over gevolgen ongeboren kind a.) Psychiater tekortgeschoten informeren over twijfel omtrent veiligheid van de geneesmiddelen tijdens zwangerschap – in het bijzonder eerste trimester a.) Risico relatief klein a.) aangenomen: Zou hebben afgezien van de medicatie – in ieder geval eerste trimester van de zwangerschap b.) Eiseres heeft telefonisch contact gehad met arts over gezondheidsrisico's i.v.m. twijfels over medicatie a.) Vastgesteld: arts is tekortgeschoten in zijn informatieplicht b.) Deskundigenbericht en uitspraak tuchtcollege	a.) Psychiater had ook niet-medicamenteuze behandelingen voor kunnen leggen a.) Eiseres heeft niet de kans gehad alternatieven te proberen		a.) csqn aangenomen: aangenomen dat zij zou hebben afgezien van de medicatie – in ieder geval in het eerste trimester b.) deskundigenbericht

¹⁸⁷ Tezamen met tussenuitspraak nr. 11 en 31 uit bijlage I

23.	a.) sterilisatie niet noodzakelijk en ten onrechte uitgevoerd	a.) Onjuiste informatie: Volgende zwangerschap zou onverantwoord zijn. a.) geen toestemming verkregen want gegeven informatie onjuist	a.) niet steriliseren ook een optie	a.) Kan geen kinderen meer krijgen	
24.		a.) Klachten kunnen niet erger worden door hernia operatie, alleen uitblijven van de verlichting van de pijn mogelijke b.) deskundigenbericht – röntgenfoto			Geïntimeerde stelt dat er geen sprake van I.C. was. a.) Wordt wel betwist maar geen verweer, dus moet worden uitgegaan van schending informatieplicht a.) Voor csqn-verband wilt het gerechtshof eerst causaal verband met schade onderzoeken
25.		a.) Geen informatie over experimentele karakter – verdergaande informatieplicht a.) Gerechtshof: "...al dan niet na een second opinion zou hebben afgezien van de behandeling"			a.) Eerst behandeling causaal verband met schade – meerdere oorzaken mogelijk – causaal verband niet vastgesteld
26.		a.) Patiënt is uitbehandeld door dermatoloog en plastisch chirurg – behandelend plastisch chirurg niet bekend met de ingreep a.) Niet ingelicht over specifieke risico's – ernst en waarschijnlijkheid van de complicaties gebagatelliseerd a.) Vaststaat dat patiënt niet zou zijn geopereerd door gedaagde indien juist geïnformeerd. a.) Niet levensbedreigend: wel ingrijpend b.) Patiëntendossier	a.) Niet ingelicht over ervaring en specialisme behandelend arts – keuze andere arts a.) Medicamenteus uitbehandeld - Verweer wanhopig patiënt verworpen – objectieve maatstaf		a.) Of arts lege artis heeft gehandeld kan in het midden worden gelaten
43.	a.) Geen sprake van levensbedreigende situatie – uitstel was mogelijk	a.) Ingrijpende operatie a.) Niet ingelicht over de twijfel omtrent de diagnose a.) Rb. Acht aannemelijk dat			

		second opinion zou worden aangevraagd.- (andere diagnose – geen operatie)			
--	--	---	--	--	--

BIJLAGE III

JURISPRUDENTIEANALYSE DEELVRAAG 6

Deelvraag 6: Op welke gronden wordt, blijkens jurisprudentie, het causaal verband tussen de schending van de informatieplicht en de geleden schade vastgesteld?

a.) Inhoudelijke behandeling

b.) Bewijsvoering

Arresten in de voorliggende zaak van Groenendijk & Kloppenburg Advocaten: nr. 11, 22

	Vaststelling conditio sine qua non	Vaststelling causaal verband met schade	Toewijzing of afwijzing materiële schadevergoeding	Toewijzing of afwijzing immateriële schadevergoeding
17.	a.) Norm: Niet lege artis gehandeld en schending informatieplicht a.) Grond: vordering tekortkoming in de nakoming a.) Informatieplicht verzaamd want behandeling niet noodzakelijk a.) Informatieplicht geschonden: ernstige verwijtbaarheid a.) Aansprakelijkheid vloeit voort uit het feit dat de arts geen toestemming had verkregen a.) Patiënten konden afzien of uitstellen (?) a.) csqn aannemelijk b.) Patiëntenbrochure met vermelding chirurg b.) wet BIG b.) Info. website consumentenbond	a.) Situatie niet informeren wordt vergeleken met hypothetische situatie wel informeren. a.) Geen toestemming dus aansprakelijk voor alle negatieve gevolgen die uit operatie zijn voortgevloeid, ongeacht de vraag of ook bij uitvoering van de operatie fouten zijn gemaakt.	Gevorderd Lichamelijk letsel - Werkelijke situatie vs. hypothetische situatie wel correctie informatie - Voordeel van de twijfel hypothetische situatie komt eiseressen toe. - Kosten operatie zonder toestemming - Kosten vervolgbehandelingen	Gevorderd
27	a.) Norm: Schending informatieplicht a.) Grond: Schending zelfbeschikkingsrecht b.) Deskundigenbericht b.) Getuigenverhoor patiënt b.) Patiëntenbrochure niet voldoende	a.) Niet behandeld	Bewijsopdrachten	Bewijsopdrachten
18.	a.) Norm: Schending informatieplicht a.) Grond: schending van het zelfbeschikkingsrecht en integriteit	a.) Niet behandeld	a.) Verwijzing naar schadestaatprocedure	a.) Verwijzing naar schadestaatprocedure

	a.) csqn: subjectieve norm – functioneren dagelijkse activiteiten en hersteloperatie ondergaan b.) Deskundigenbericht b.) Patiënt: 2 getuigen, gevolgen ernstig. b.) Arts weinig bewijs – klein dossier Verweer: Patiënten vergeten 40-80% - te algemeen – Operatie onvermijdelijk			
20. 188	a.) Norm: Informed consent Milde bijwerkingen: Geen schending informatieplicht Ernstige bijwerkingen: Schending informatieplicht a.) csqn niet vastgesteld Onvoldoende bewezen dat patiënt zou hebben afgezien	a.) Causaal verband tussen tekortkoming 7:448 BW en schade staat niet zomaar vast	Niet behandeld	Niet behandeld
21.	a.) Norm: Informatieplicht - geschonden a.) Grond: Tekortkoming in de nakoming a.) rechter: aantasting in de persoon vastgesteld a.) Schade: Blijvend letsel oog.) Leed onnodig verergerd: onwetendheid verergering van de ervaren schok a.) Aard en de ernst van het geval (ziekteverschijnselen) moeten worden meegewogen bij toewijzing vergoeding		Niet behandeld	a.) Immateriële vergoeding van €7.000,- + wettelijke rente vanaf 1999
10.	a.) Norm: Informed consent Rb. Gaat daaraan voorbij: Eiser is gedurende lange tijd bij meerdere specialisten geweest.	a.) Norm: Niet lege artis gehandeld: medische fout: onzorgvuldig handelen a.) Proportionele aansprakelijkheid afgewezen: 5% is te weinig en redelijk als gedaagde geheel aansprakelijk wordt gesteld	a.) € 227.021,34, waarvan €15.000,- immaterieel	a.) €15.000,--
11.	a.) Vorderingsgrond : Toerekenbare tekortkoming c.q. onrechtmatige daad a.) Norm: Informed consent	a.) Deskundige wordt aangewezen		

¹⁸⁸ Uitspraak 21 is de einduitspraak in deze zaak

	en lege artis a.) Tuchtcollege: Onzorgvuldig gehandeld door niet bespreken			
22.	a.) Vastgesteld: arts is tekortgeschoten in zijn informatieplicht a.) aangenomen: Zou hebben afgezien van de medicatie – in ieder geval eerste trimester van de zwangerschap: csqn vastgesteld	Deskundige aangesteld om causaal verband met schade te onderzoeken.	Gevorderd maar geen uitspraak	Gevorderd maar geen uitspraak
12.	a.) Norm: Informed consent Geen schending: Second opinion aanvragen niet voldoende voor vaststelling csqn: Eiseres had moeten aantonen dat zij niet zou zijn overgegaan op volledige borstamputatie	a.) Norm: lege artis handelen a.) Grond; Tekortkoming in de nakoming is niet vast komen te staan b.) Afwijking van richtlijn door gedaagde onderbouwd	a.) Vordering afgewezen	Niet gevorderd
13.	a.) Norm: niet lege artis gehandeld: ren onrechte verkeerde diagnose en niet specialistisch gehandeld a.) Norm: (geen melding van) operatie door arts in opleiding is geen tekortkoming b.) Gerechtshof acht deskundigenbericht Rb. onbruikbaar b.) patiëntendossier	a.) Aangevoerde feit dat het letsel kan zijn ontstaan bij een lege artis operatie door wondvocht of bloed acht Gerechtshof onvoldoende b.) Omkeringsregel wordt toegepast. Specifieke norm: Zwelling onduidelijke aard mag niet losgeprepareerd worden als het een tumor kan zijn, ter afwending van (specifiek gevaar:) zenuwletsel	a.) verwijzing naar schadestaatprocedure	Niet gevorderd
26.	a.) Norm: Informatieplicht geschonden en niet lege artis gehandeld a.) Verweer wanhopig patiënt verworpen – objectieve maatstaf a.) Grond: Tekortkoming in de nakoming b.) Patiëntendossier	a.) Vaststaat dat patiënt niet zou zijn geopereerd door gedaagde indien juist geïnformeerd. a.) Of arts lege artis heeft gehandeld kan in het midden worden gelaten	a.) Geheel aansprakelijk	
14.	a.) Geen schending informatieplicht blijvend letsel: subjectieve maatstaf: patiënt zou geen andere keuze hebben gemaakt a.) Niet mededelen dat chirurg in opleiding was geen schending, want niet		a.) Vordering afgewezen	a.) Vordering afgewezen

	bewezen dat patiënt anders zou hebben gekozen b.) Schriftelijke verklaring en verklaring eiseres			
15.	4 eisers a.) Norm: Schending informatieplicht a.) Grond: Tekortkoming in de nakoming a.) csqn aangenomen bij 4 eisers	a.) Eiser 2,3,4 - Vergelijking behandeling door gynaecoloog (niet bevoegd) en (hypothetisch) plastisch chirurg wordt gemaakt. a.) Eiser 2,3,4 - persoon en omstandigheden (hygiëne etc.) wegen mee a.) Eiser 2,3,4 - Indien zelfde complicaties zouden kunnen optreden bij behandeling door plastisch chirurg, ontbreekt het causaal verband, a.) Eiser 1 – Twijfel over operatie – ingestemd door geruststelling en lage prijs arts – zou geen operatie hebben ondergaan – schade in beginnel voor toewijzing vatbaar, ook als geen fouten zijn gemaakt – valse voorwendselen a.) Eiser 2,3,4 - Wordt gevraagd om deskundigenadvies	a.) Eiser 1 - Kosten vervolgbehandeling a.) Eiser 1 - €1.167,51	a.) Eiser 1 - Naar billijkheid vast te stellen a.) Eiser 1 - Aard en ernst van het letsel en de gevolgen daarvan meewegen a.) Eiser 1 - €750,-
9.	a.) Informatieplicht niet geschonden b.) Toestemmingsformulier en verklaring eiseres	a.) Eiseres causaal verband niet bewezen b.) Amper bewijs geleverd. Rechter oppert verklaring van een arts	a.) vordering afgewezen	a.)Vordering Grond: Schending zelfbeschikkingsrecht – integriteitsschade a.) Vordering afgewezen
33.	a.) Norm: Schending (zwaarwegende) informatieplicht en niet lege artis gehandeld a.) Grond: Tekortkoming in de nakoming Onrechtmatige daad → Rb. België	a.) Bewijsaanbod	a.) Gevorderd, niet behandeld	a.) Gevorderd, niet behandeld
43.	a.) Norm: Schending informatieplicht: Patiënt zou door de twijfel second opinion hebben aangevraagd a.) Grond: Tekortkoming in de nakoming a.) Schade: Verlies van een kans op beter		a.) Verwijzing naar schadestaatprocedure	a.) Niet gevorderd

	behandelingsresultaat			
5.	a.) Infoplicht niet geschonden → Risico% gelijk, oorzaken mogelijk anders maar niet bewezen b.) Deskundigenbericht	a.) Oorzaak is niet vast komen te staan a.) Niet alle mogelijke oorzaken in risicosfeer arts b.) Deskundigenbericht	a.) Vordering afgewezen	a.) Vordering afgewezen
53.	a.) norm: lege artis handelen a.) grond: tekortkoming in de nakoming a.) schade: a.) 2x naar huisarts. Met spoed afgevoerd. hersenvliesontsteking Delay diagnose a.) Niet vast komen te staan dat arts onzorgvuldig zou hebben gehandeld Deskundige: goed gehandeld t.a.v. rugklachten. Niet goed gehandeld t.a.v. malaiseklachten, maar geen malaiseklachten besproken in het journaal a.) volgens deskundige niet lege artis gehandeld door niet voorschrijven antibiotica. Complex consult. a.) Tekortkoming afhankelijk van welke klachten zijn geuit tegenover de arts a.) deelgeschil procedure leent zich niet voor ingewikkelde zaken en er kan niet wordt vastgesteld of er sprake is van een tekortkoming. b.) Deskundigenrapport Rb. b.) deskundigenrapport verweerders	a.) niet vaststaat welke klachten patiënt aan arts heeft verteld b.) deskundigenbericht b.) medisch dossier		

BIJLAGE IV

JURISPRUDENTIE ANALYSE DEELVRAAG 7

Deelvraag 7: Op welke gronden wordt, blijkens jurisprudentie, schadevergoeding toegewezen bij onzeker causaal verband?

a.) Inhoudelijke behandeling

b.) Bewijsvoering

	Aansprakelijkheid op zichzelf staat vast	Er bestaat (niet zeer kleine kans) csqn-verband	Toepassing is gerechtvaardigd	Aard en strekking van de schade
34. ¹⁸⁹	a.) Grond: Tekortkoming in de nakoming a.) Norm: Nalaten te informeren hoe te handelen en overdracht niet lege artis a.) Tekortkoming vastgesteld	b.) Zou vader bij juist informeren anders hebben gehandeld? – Vaak gebeld naar arts En zou de huisarts op huisbezoek zijn gekomen? – Ja, want ernstige klachten kind Zou de huisarts hen doorverwijzen naar het ziekenhuis? – Aannemelijk, jong kind ernst van de klachten a.) Aannemelijkheid csqn-verband voldoende b.) Deskundigenbericht	a.) Aard: Nalaten te informeren hoe te handelen door de arts a.) Overdracht niet lege artis Strekking: Kans op een beter behandelresultaat	Strekking norm info: weloverwogen kunnen kiezen maar ook handelen naar kennis Strekking norm lege artis: Gezondheidsschade te voorkomen a.) kans blijvende schade 19:30 – 30% kans blijvende schade 23:00 – 45% 15% schadevergoeding Relatieve toename = 50% = niet relevant Absolute toename = 15 procentpunten = doorslaggevend voor het deel dat voor vergoeding in aanmerking komt Overweging gerechtshof: indien percentage wordt vergroot van 2% naar 4% is er groei van 2 procentpunten, maar relatieve groei is 100%, dan zou in die gevallen 100% moeten worden vergoed als relatieve maatstaaf wordt aangehouden. Risico= waarschijnlijkheid (kans) in percentage x daadwerkelijk geleden schade
36. ¹⁹⁰	a.) Norm: Niet lege artis handelen: voorlopig aangenomen a.) Grond: Tekortkoming in	a.) Potentiele delay is 19,5 uur a.) csqn tussen tekortkoming en verlies van kans	a.) Toegepast in eerste aanleg a.) delay in diagnose	Strekking norm: Voorkomend van gezondheidsschade

¹⁸⁹ Tezamen met tussenarresten nr. 35 en 40 bijlage I

¹⁹⁰ Tezamen met tussenarrest nr. 37 bijlage I. Eerste aanleg: Uitspraak nr. 29 bijlage I

	de nakoming: voorlopig aangenomen a.)Schade: Kans op beter resultaat ontnomen: voorlopig aangenomen a.) Syndroom is niet tijdig onderkend: Niet genoeg door de arts onderzocht a.) arts nalatig in verslaglegging a.) Beroep eigen schuld : aansprakelijkheid 70% aangenomen b.) behoefte aan deskundige b.) medisch dossier b.) getuigenverhoor	voorshands aangenomen b.) behoefte aan deskundige: mede voor percentage van kans a.) aantal onderzoeken zijn niet uitgevoerd		
42. ¹⁹¹	a.) Norm: onzorgvuldig handelen: vastgesteld a.) onderzoeken niet gedaan door huisarts a.) Grond: tekortkoming in nakoming b.) deskundigenbericht	a.) causaal verband tekortkoming en delay aangenomen a.) causaal verband delay en schade onzeker door onvoldoende aanknopingspunten in medisch dossier a.) schade is niet ontstaan restverschijnselen van ingreep maar verlies van een kans veroorzaakt door delay wat is veroorzaakt door tekortkoming a.) onvoldoende aanwijzingen dat kans is verloren door delay: waarschijnlijk geen betere prognose: causaal verband niet vastgesteld of aangenomen	a.) verleidelijk met 'common sense' aan te nemen dat met eerder ingrijpen een beter resultaat zou zijn behaald of de kans op beter resultaat zou zijn vergroot a.) deskundigen: weinig aanknopingspunten in literatuur a.) voor toewijzing moet voldoende duidelijk zijn dat door vertraging een reële kans op beter resultaat is onthouden: onvoldoende objectieve aanknopingspunten a.) met of zonder delay 50% -50%, indien zonder delay 33% kans en met delay 67% kans op restverschijnselen wel verlies van een kans a.) ontbreken causaal verband met schade staat toewijzing in de weg	a.) vordering afgewezen
38.	a.) Norm: niet lege artis gehandeld a.) Grond: tekortkoming in de nakoming a.) nalatigheid in beoordeling en verslaglegging scan. Verkeerde behandeling: delay operatie	a.) moet worden uitgegaan van redelijke verwachting bij (hypothetische situatie) wel onderzoek en wel opereren a.) kans op complicaties zou kleiner zijn bij gelijk opereren b.) deskundigenbericht: weinig literatuur beschikbaar	a.) onzekerheid hypothetische situatie moet worden opgelost door leerstuk verlies van een kans a.) patiënt krijgt enig voordeel van de twijfel	a.) Strekking norm: voorkomen van gezondheidsschade a.) eerst proberen te schikken

¹⁹¹ Einduitspraak in de zaak van nr. 29 en 36 bijlage I en IV

	a.) Schade: Verlies van een kans op een beter behandelresultaat b) deskundigenbericht	voor uiting over kans: inschatting kennis en intuïtie voldoende		
39.	a.) Norm: lege artis handelen. Vastgesteld a.) grond: tekortkoming in de nakoming: toerekenbaar a.) schade: verlies van kans op beter behandelresultaat b.) deskundigenbericht 4 professoren	a.) deskundige; test moest onmiddellijk worden beoordeeld en niet dag later a.) onzekerheid over ziektebeeld bij eerder vaststellen juiste diagnose: over of operatief zou zijn ingegrepen en evt. effect daarvan a.) niet precies aan te geven in hoeverre de infarctgrootte kon worden beperkt	a.) gelet op het geringe voordeel zijn de kansen te speculatief	Strekking norm: voorkomen van gezondheidsschade: schade zou niet veel minder kunnen zijn
41.	a.) norm: niet lege artis gehandeld: staat vast a.) Grond: tekortkoming in de nakoming c.q. onrechtmatig handelen b.) 3 deskundigen	a.) schade kan verschillende oorzaken hebben 1. Spontaan prenataal 2. Gevolg natuurlijke krachten baring 3. overrekking ontwikkelen schouders b.) 3 deskundigen	a.) Grond: dragen van schade naar redelijkheid en billijkheid a.) kans oorzaak prenataal niet schuld eisers maar wel risicosfeer	a.) strekking norm: voorkomen gezondheidsschade a.) toegewezen 75% van materiële en immateriële schade: door middel van schatting door rechter
43.	a.) Norm: schending informatieplicht: vastgesteld a.) twijfels over diagnose niet voldoende overgebracht a.) Grond: tekortkoming in de nakoming a.)Schade: verlies kans op beter behandelingsresultaat b.) verslag MDO vergadering	a.) rechtstreekse samenhang tussen twijfel omtrent juistheid diagnose en aangewezen ingreep a.) voldoende aannemelijk dat zij second opinion zou hebben aangevraagd	a.) Rb. Acht aannemelijk dat patiënte "in ieder geval een kans op een beter behandelresultaat heeft verloren" : verklaring voor recht	a.) Strekking norm: weloverwogen keuze kunnen maken a.) Verklaring voor recht: tekortkoming in de nakoming waardoor kans op bete behandelresultaat is verloren a.)Verwijzing naar schadestaatprocedure
45.	a.) Norm: lege artis handelen a.) Naar gerechtshof verwezen door Hoge Raad: in cassatie gegaan over omkeringsregel a.)tekortkoming in de nakoming vastgesteld: actief handelen nagelaten b.) Uitspraak tuchtcollege	a.) aangenomen door omkeringsregel – specifieke norm b.) Deskundigenbericht 2x a.) Zou er ook letsel zijn indien op tijd zou zijn overgegaan tot keizersnede? a.) wanneer ontstond de hersenschade? b.) 3 deskundigen	a.) zuurstoftekort bij opname of begin baring? Geen causaal verband geen aansprakelijkheid baby begin baring 100% gezond en zuurstoftekort opgelopen gedurende lange baringstijd? Causaal verband met schade en 100% aansprakelijkheid aflopend percentage als baby wellicht al enige schade had, die is verergerd door uitstel van keizersnede b.) 3 deskundigenberichten	Strekking: voorkomen gezondheidsschade m.b.t. onzekerheid causaal verband Medisch centrum aansprakelijk 50%, daarna billijkheidscorrectie van 10%. Medisch centrum 60% aansprakelijk: verwijtbaarheid tekortkoming a.) verdeeld in evenredigheid mate van toekrekening omstandigheden en naar rato causaliteit

			a.) adequate gegevens in medisch dossier ontbreken a.) geen concrete kanswaarde voor kind zonder letsel te zijn geboren bij adequaat handelen, maar niet zeer kleine kans	
46.	a.) Grond: veronderstelde tekortkoming in de nakoming: geen antibiotica gegeven b.) deskundigenbericht	a.) csqn tussen neurologische klachten en tekortkoming ziekenhuis vastgesteld: kans op beter resultaat verloren nu geen antibiotica is gegeven Vaststelling: Niet meegeven schriftelijke ontslaginstructies heeft geleid tot uitstel van behandeling	a.) Vordering op grond van verlies van een kans. a.) Kans moet reëel zijn en niet zeer klein. Kans niet reëel dus geen toepassing kansschade.	a.) Vordering afgewezen
47.	a.) norm: lege artis handelen a.) grond: tekortkoming in de nakoming a.) schade: verlies van een kans a.) arts niet tijdig symptomen erkend. a.) Aansprakelijkheid is erkend, maar omvang niet b.) Deskundigenbericht	a.) Door te late onderkenning kans op PTS verdrievoudigd: bij eerdere onderkenning ook kans op PTS, maar veel kleiner a.) hoe zou aandoening zich hebben ontwikkeld bij eerdere onderkenning a.) medische documentatie summier b.) Deskundigenbericht	a.) Verlies van een kans a.) vastgesteld dat er schade is door handelen van de arts a.) Niet voor gehele schade maar het feit dat kans 3x is vergroot b.) Deskundigenbericht	a.) norm: voorkomen van vermogensschade a.) niet voldoen aan verzwaarde stelplicht geen invloed op mate van aansprakelijkheid omdat aansprakelijkheid niet wordt vastgesteld aan de hand van een patiëntenkaart a.) Verwijzing schadestaatprocedure
10.	a.) norm: lege artis handelen a.) grond: tekortkoming in de nakoming. Vastgesteld. b.) deskundigenbericht	a.) Causaal verband tussen medische fout en schade vastgesteld a.) alle afwijkingen zijn gevolg van niet lege artis handelen a.) problemen bij correcte behandeling beduidend minder, maar niet geheel uit te sluiten a.) indien 6 maanden eerder geopereerd: zeer goede kans op een goed functionerend herstel a.) zenuwletsel nu $\pm$ 25% uitval	a.) Niet toepasbaar. 5% kans op complicatie bij juiste uitvoering. Door laag percentage 100% aansprakelijk	Verwijzing naar schadestaatprocedure
48.	a.) norm: lege artis handelen a.) norm: tekortkoming in de nakoming	a.) Causaal verband wanprestatie en overlijden vastgesteld	a.) geen aansprakelijkheid	a.) strekking: voorkomen van gezondheidsschade. Geen reële kans dat schade had kunnen

	b.) tuchtuitspraak: handelen of nalaten in strijd met goede zorg taan aanzien van zoon en ouders. Maatregel van waarschuwing opgelegd b.) deskundigenbericht	a.) ± 2 uur na bezoek huisarts zoon overleden a.) ouders hebben psychische klachten ontwikkeld a.) adequate behandeling bij onderkenning van het probleem a.) hoe succesvol zou een adequate behandeling zijn geweest? Onduidelijkheid over storing intern milieu zoon. Ernstige verstoring aangenomen. Overlevingskansen niet bekend. Overlevingskansen niet uitgesloten, maar vermoeden dat zoon ook zou zijn overleden bij juiste behandeling a.) Waarschijnlijk dat zoon ook zou overlijden bij juiste behandeling: (proportioneel) causaal verband tussen de fout van de arts en het overlijden van de zoon is rechtens niet vast komen te staan b.) deskundigenbericht b.) patholoog: geen duidelijke doodsoorzaak		worden voorkomen
49.	a.) norm: lege artis handelen. Onvoldoende uitgebreid MRI-onderzoek. Hernia niet tijdig herkend. a.) grond: tekortkoming in de nakoming a.) schade: functionele invaliditeit 38% a.) aansprakelijkheid erkent door geïntimeerde b.) deskundigenbericht	a.) aannemelijk is dat bij adequate behandeling de kans op verslechtering door de operatie minder dan 5% zou zijn a.) vanuit juridisch oogpunt zodanig gering dat ziekenhuis geheel aansprakelijk is voor de schade door de fout b.) deskundigenbericht	a.) Niet toepasbaar. Kans niet reëel maar gering.	a.) strekking schade: voorkomen van gezondheidsschade a.) Smartengeld f 95.000,- , zoals eerder overeengekomen a.) schade: smartengeld, verlies arbeidsvermogen, huishoudelijke hulp, mantelzorg, pensioenschade, buitengerechtelijke kosten a.) verwijzing naar latere roldatum en geeft mogelijkheid tot schikken
50.	a.) norm: lege artis handelen. Stuk glas in schouder laten zitten (4 cm groot) in zeer belangrijke spier, geen röntgenfoto gemaakt a.) grond: tekortkoming in de	a.) beter resultaat bij eerdere behandeling. Bij correct handelen "was haar een lange periode van onnodige toenemende schade aan de schouderspier bespaard gebleven."	a.) Toepassing is gerechtvaardigd. Gehele of proportionele aansprakelijkheid wordt behandeld in schadestaatprocedure	Strekking: voorkomen gezondheidsschade

	nakoming - toerekenbaar a.) eerste bezoek niet nalatig gehandeld. Tweede bezoek (in 2001) wel, vermoeden stuk achtergebleven had groter moeten zijn i.v.m. slecht herstel a.) schade: verlies kans op beter behandelresultaat a.) pijnklachten in de schouder 2001 -2009 b.) Deskundigenbericht b.) medisch dossier	a.) aangenomen dat schade is geleden a.) deskundige" durft een gok te wagen ... dat zij functioneel een normaal leven had kunnen leiden als in 2001 het stuk glas verwijderd was." b.) deskundigenbericht		
51.	a.) norm: lege artis handelen. Onvoldoende onderzoek: geen functieonderzoek. Onjuiste conclusie. Missen diagnose a.) patiënt snijwond. Buigpees duim doorgesneden. Arts bezocht 10- 11, 22-11 en 10- 12 a.) delay diagnose en behandeling a.) grond: tekortkoming in de nakoming a.) schade: klachten en beperkingen b.) deskundigenbericht	a.) Geen causaal verband tussen vertraging en schade want zelfde restverschijnselen bij eerder behandelen a.) letsel deels door letsel zelf deels door niet correcte behandeling – nooit sprake van 100% herstel a.) verschil herstel acute behandeling en verlate behandeling niet toe te delen – risico zelfde restverschijnselen bij acute behandeling b.) Deskundigenbericht b.) patiënt biedt algemene literatuur aan als bewijs: handletselkaart en instructieboek spoedeisende hulp – niet voldoende	a.) vordering 75/100 aansprakelijkheid ziekenhuis a.) Niet toepasbaar. Niet vastgesteld of aangenomen dat zonder vertraging zou geen beter behandelresultaat zijn verkregen	a.) strekking schade: voorkomen gezondheidsschade. Zou niet zijn voorkomen bij acute behandeling a.) Vonnis rechtbank wordt bekrachtigt. Kleine schadevergoeding door delay operatie. Tussen eerste bezoek en herstel door ziekenhuis. Huishoudelijke hulp: €375,- Reiskosten: €237,78
52.	a.) norm: lege artis handelen a.) grond: tekortkoming in de nakoming a.) aansprakelijkheid door tekortkoming is erkend door Rode Kruis a.) schade: ernstig, blijvend letsel a.) patiënt herseninfarct gehad in de nacht. Geconstateerd in de ochtend. Bij 3^e keer contact met 3 keer verschillende arts.	a.) vaststaat dat er geen causaal verband is tussen inadequate handelen arts 2 en verlies van een kans op een beter behandelresultaat a.) restverschijnselen minder bij adequate behandeling	a.) Tussen partijen niet in geschil dat een kans op een beter behandelresultaat verloren is gegaan dus vaststelling van de schade moet volgens de Rb. via proportionele schadevaststelling b.) Deskundigenbericht	a.)Strekking schade: voorkomen van gezondheidsschade - 20% toegewezen Patiënt gevorderd: €10.000,- smartengeld €11.500,- buiten gerechtelijke incassokosten €65.000,- materiële schade + wettelijke rente en proceskosten a.) hoogte vergoeding - vergelijking tussen huidige situatie en situatie waarbij diagnose wel juist gesteld en patiënt op tijd behandeld

	a.) vaststaat dat de schade die is ontstaan door het missen van de diagnose door Rode Kruis voor vergoeding in aanmerking komt b.) uitspraak regionaal tuchtcollege: arts 2: handelswijze onjuist en laakbaar. Maatregel van waarschuwing – verworpen door centraal tuchtcollege			a.) patiënt 34 % gehandicapt Kans op blijvende ernstige invaliditeit wordt verkleind met 20% bij juiste behandeling Rode Kruis: schade 20% van 34% = ± 5% a.) Rechtbank: 20 % vergoeden van 100 % schade, want 34% handicap komt 100% door (niet) behandelen a.) rechter stuurt naar schikking en verwijst naar mondelinge comparitie
54.	a.) norm: lege artis handelen a.) grond: tekortkoming in de nakoming Vrouw (79) van trap gevallen – verslechterende situatie patiënte onderschat - Diagnose te laat gesteld - Vertraging behandeling – neurochirurgische operatie Ziekenhuis betwist niet (langer) aansprakelijk te zijn voor alle schade als gevolg van het delay a.) schade: gezondheids- letselschade	a.) Vast staat dat er minder schade zou zijn bij eerdere behandeling – patiënte heeft als gevolg van het delay in behandeling verscheidene ernstige restverschijnselen overgehouden b.) deskundigenbericht	a.) Volledig aansprakelijk, maar alleen voor verschil tussen huidige situatie en situatie zoals hij zou zijn zonder delay. a.) schade wordt berekend waarbij goede en kwade kansen tegen elkaar worden afgewogen a.h.v. art. 6:105 BW	a.) Schade verwijtbare medische fout wordt ruim toegerekend. b.) Restverschijnselen strekking schade: gezondheidsschade voorkomen – hoogte van de vergoeding – situatie nu en situatie zonder schade. Hoelang zou patiënte leven? Wanneer zorgbehoevend worden? Patiënte is nu al oud. a.) gerechtshof hamert op een schikking
55.	a.) norm: lege artis handelen – breuk van de schroeven is gevolg van onzorgvuldig handelen a.) grond: tekortkoming in de nakoming a.) schade: beenamputatie b.) deskundigenbericht	a.) 09/2006 arts adviseert dat been mag worden belast – 01/2007 gips verwijderd – 03/2007 röntgenfoto, schroeven gebroken – 05/2007 schroeven verwijderd door operatie – 10/2007 operatie i.v.m. ontstekingen – linker onderbeen wordt geamputeerd a.) infectie is opgetreden naar aanleiding van operatie 05/2007 – operatie was noodzakelijk door gebroken schroeven - causaal verband gegeven	a.) Wanneer schroeven gebroken? Onzekerheid over tijdstip en oorzaak breken schroeven moet niet worden afgewenteld op onzekere partij, maar de partij verantwoordelijk voor de onzekerheid. 100 %	Voorschot immaterieel €15.000 a.) ziekenhuis 100% - hoofdelijk - aansprakelijk
29.	a.) Norm: Niet lege artis handelen a.) Grond: tekortkoming in	a.) Niet wetenschappelijk bewezen dat prognose beter is bij eerder opereren	a.) door onzekerheid prognose in relatie met tijdstip opereren, mag gedaagde niet 100%	a.) strekking norm: voorkomen van gezondheidsschade

de nakoming: vastgesteld	a.) niet zeker, maar eerder ingrijpen toch betere kansen op herstel	aansprakelijk worden gesteld	a.) redelijkheid: gedaagde 70% aansprakelijk
a.) schade: verlies kans op een beter resultaat: aangenomen	a.) duur delay acht Rb. Niet ter zake	a.) onzekerheid over ziektebeeld bij direct opereren	
a.) De verslaglegging van het onderzoek door de arts is zo gebrekkig dat moet worden aangenomen dat wezenlijke onderzoeken niet / niet volledig / niet adequaat hebben plaatsgevonden.	b.) deskundigenbericht		
b.) deskundigenbericht			

BIJLAGE V

JURISPRUDENTIEANALYSE DEELVRAAG 8

Deelvraag 8: Op welke gronden wordt, blijkens jurisprudentie, integriteitsschade toegewezen?

a.) Inhoudelijke behandeling

b.) Bewijsvoering

	Schending fundamenteel recht / aantasting van de persoon	Zo ernstige inbreuk	Zo fundamenteel recht	Rechtstreekse gevolg	Verwezenlijking van het risico	Hoogte van de schadevergoeding
27. ¹⁹²	a.) norm: informed consent a.) grond: schending zelfbeschikkingsrecht a.) Onvoldoende geïnformeerd, daarmee aantasting zelfbeschikkingsrecht gegeven b.) Getuigenverhoor b.) patiëntenbrochure - niet voldoende	a.) Mate van aantasting niet meer aan de orde a.) patiënte heeft geen weloverwogen beslissing kunnen maken	a.) recht op zelfbeschikking	a.) schade: mank door beenlengteverschil - Inbreuk op levensvreugde en pijnklachten	a.) Beenlengteverschil	a.) Op te maken bij staat
18.	a.) Subjectieve maatstaf Alternatieve methode – geslaagd in bewijsvoering o.a. door riskante revisieoperatie b.) Onderzoek dat patiënten 40-80% van het gesprek vergeten niet voldoende		a.) Zelfbeschikkingsrecht	a.) Patiënte wordt gehinderd in haar dagelijkse bezigheden + tijdelijke verlamming gehad en psychische problemen (depressie) a.) Heeft een revisieoperatie moeten ondergaan	a.) Patiënte loopt mank, was tijdelijk verlamd en heeft pijn	
20. ¹⁹³	a.) norm: informed consent a.) grond: ernstige aantasting van de persoon a.) grond: geen schending van het zelfbeschikkingsrecht want geen vaststelling csqn-verband a.) schade: leed onnodig verergerd –	a.) Objectieve maatstaf a.) Vaststaat dat patiënte niet genoeg is ingelicht over ernstige bijwerking medicijn a.) mede door gebrekkig NL taal van patiënte	a.) Onrechtmatigheid van het gebrek in de voorlichting leidt tot integriteitsschade → aantasting persoon	a.) schade: leed onnodig verergerd – patiënte was overrompeld door de ernstige bijwerkingen	a.) Generaliseerde blaren: Huid- en slijmvliesbeschadiging van 35-40% & blijvend oogletsel (bijna blind) a.) Causaal verband voorlichting en schade ontbreekt	Partijen in overleg Shockschade toegewezen “..tekortkoming in de informatieplicht wel een verergering van de door [eiseres] ervaren schok tot gevolg gehad” a.) Schending infoplicht → aantasting persoon → shockschade

¹⁹² Uitspraak 18 is de einduitspraak in deze zaak

¹⁹³ Uitspraak 21 is de einduitspraak in deze zaak

	patiënte overrompeld door ernstige allergische reactie b.) Deskundigenbericht zag geen tekortkoming in de informatieplicht	b.) Niet bewezen dat ze zou kiezen voor andere methode – geen inbreuk zelfbeschikkings recht				
21.	a.) norm: tekortkoming in de informatieplicht	a.) Leed onnodig verergerd		a.) Verergering van de ervaren schok ervaren	a.) Blijvend letsel oog	a.) Aard en de ernst van het geval (ziekteverschijnselen) moeten worden meegewogen bij toewijzing vergoeding a.) Immateriële vergoeding van €7.000,- + wettelijke rente vanaf 26 juni 1999
28.	Grond: mishandeling, onrechtmatige daad, art. 6:166 BW groepshandelen grond: Aantasting persoonlijke integriteit schade: blauw oog a.) meerdere malen in zijn gezicht geslagen a.) schade vereiste voor art. 6:166 BW – eiser : schade is lichamelijke pijn en aantasting integriteit – eiser vordert alleen immaterieel –	a.) Geen aantasting: niet voldoende dat sprake is van een meer of minder sterk psychisch onbehagen of een zich gekwetst voelen. Aantasting: eisers heeft angstgevoelens – geen angststoornis en geen causaal verband tussen stoornis en groepshandelen b.) verwijzing naar GGZ door huisarts onvoldoende bewijsaanbod		a.) art. 6:166 BW: Voor aansprakelijkheid vereist dat schade is geleden a.) ernstige lichamelijke pijn en aantasting persoonlijke integriteit. a.) Angstgevoelens → Causaal verband angst en groepshandelen niet getoond b.) Voorlopige GGZ diagnose angststoornis. Niet voldoende.		Eiseres vordert schadevergoeding geleden uit de onrechtmatige daad Blauw oog niet genoeg lichamelijk letsel voor smartengeld a.) Vordering afgewezen
44.	Norm /grond: geen machtiging voor doorzoeking FIOD, Schade: aan deuren en kozijnen, PTSS, art. 10 GW en Algemene wet op het binnentreden	a.) ernstige inbreuk vastgesteld – appellant moesten handen laten zien en op hun knieën. Mochten kinderen niet geruststellen.	a.) inbreuk op integriteit van de persoon en veiligheid van de woning – “ of op andere wijze in zijn persoon is aangetast “- art. 6:106 BW	a.) appellant geschaad in basale gevoel van veiligheid & PTSS a.) vaststelling psychische schade niet nodig vordering smartengeld PTSS afgewezen. Gesteld letsel geen erkend psychiatrisch ziektebeeld – geen	a.) geen voorshands risico	a.) recht op naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding - €4.500,- toegewezen

				bewijs en geen huidige behandeling		
9.	a.) norm: informed consent - Informatieplicht niet geschonden – informatie verstrekt over mogelijkheid lekken van borstprotheses Vordering: schending informatieplicht – schending zelfbeschikkingsrecht – aantasting in de persoon b.) Toestemmingsformulier en verklaring eiseres	a.) eiseres onvoldoende bewezen dat klachten gevolg zijn van de operatie – causaal verband ontbreekt b.) Amper bewijs geleverd. Rechter oppert verklaring van een arts	a.) Grond: Schending zelfbeschikkingsrecht – integriteitsschade – niet geschonden		a.) strekking norm: weloverwogen kunnen kiezen – patiënte heeft wel overwogen kunnen kiezen dus geen verwezenlijking	
23.	Norm: Schending informatieplicht Grond: tekortkoming in de nakoming – baby onvoldoende bewaakt bij bevalling & ongewilde sterilisatie – toestemming verkregen door man maar onjuiste voorlichting Grond: aantasting in de persoon, zelfbeschikkingsrecht Schade: ongewild gesteriliseerd – gynaecoloog heeft na operatie (spoed keizersnede en gescheurde baarmoeder) verteld dat zij was gesteriliseerd – medisch niet noodzakelijk en niet terug te draaien Baby twee dagen later overleden	a.) Inbreuk ernstig : door bestendige relatie en een duidelijke kinderwens	a.) aantasting in de persoon van vrouw en man schending zelfbeschikkingsrecht vrouw en man – mogelijkheid ontnomen om samen te kiezen voor een gezin	a.) geen mogelijkheid kinderen te krijgen – zal nooit meer een eigen kind hebben nu eerste is overleden a.) moeilijk IVF-traject doorlopen a.) Pijnklachten IVF	a.) strekking norm: weloverwogen kunnen kiezen – patiënte heeft niet weloverwogen kunnen kiezen a.) Behandeling was niet noodzakelijk – er zou een keuze zijn	Eiseres contract met gynaecoloog in ziekenhuis – ziekenhuis aansprakelijk Ziekenhuis heeft echtgenoot niet betrokken in contract en heeft geen onrechtmatige daad gepleegd tegenover deze derde – ziekenhuis niet aansprakelijk maar gynaecoloog Eiseres: art. 7:462 BW - Ziekenhuis aansprakelijk Immaterieel: €25.000,- Gynaecoloog aansprakelijk immaterieel: €10.000,- - grond is ernstige tekortkomingen bij de bevalling (deels geen narcose en lichamelijk letsel) en sterilisatie

BIJLAGE VI

Arrest nr. 31: Gerechtshof Arnhem 7 mei 2013 ECLI:NL:GHARL:2013:3267

Legenda:

A1: Appellant 1

A2: Appellant 2

Z: Zoon van appellanten

G: Geïntimeerde

D1: Deskundige 1

D2: Deskundige 2

KOPIE**arrest****GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN**

locatie Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.081.133
(zaaknummer rechtbank Arnhem 188312)

arrest van de zesde kamer van 7 mei 2013

in de zaak van

1. **A1**
wonende te Soesterberg,
2. **A2**
wonende te Zeist,
beiden optredende zowel voor zichzelf als in de hoedanigheid van wettelijk
vertegenwoordiger van hun op 15 juli 1998 geboren, minderjarige zoon
Z
appellanten,
advocaat: mr. N.C. van Steijn,

tegen:

G
wonende te Terschuur, gemeente Barneveld,
geïntimeerde,
advocaat: mr. M.J.J. de Ridder.

1. Het verdere verloop van geding in hoger beroep

1.1 Voor het verloop van het geding tot 11 september 2012 verwijst het hof naar het tussenarrest in deze zaak van die datum. Het verdere verloop blijkt uit het proces-verbaal van de op 13 februari 2013 gehouden comparitie van partijen.

1.2 Op verzoek van partijen heeft het hof vervolgens arrest bepaald op basis van het voor de comparitie van partijen overgelegde procesdossier. Gelet op artikel CIII van de Wet herziening gerechtelijke kaart (*Staatsblad* 2012, 313) wordt in deze zaak, die voor 1 januari 2013 aanhangig is gemaakt, uitspraak gedaan door het hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem.

2. De verdere motivering van de beslissing in hoger beroep

2.1 Het hof heeft in het tussenarrest van 11 september 2012 overwogen dat een of meer deskundigen dienen te worden benoemd teneinde antwoord te krijgen op de vragen of, kort gezegd, **G** in 1998 als redelijk handelend en redelijk bekwaam psychiater

Zaaknummer 200.081.133
datum: 7 mei 2013

blad 2

heeft gehandeld door de geneesmiddelen Anafranil en Rivotril aan A1 voor te schrijven tijdens haar zwangerschap en of er (volledig) causaal verband bestaat tussen de gezondheidsschade van Z en het gebruik van voornoemde middelen door A1 tijdens haar zwangerschap. Het hof heeft een comparitie van partijen gelast onder meer om de hoedanigheid van de te benoemen deskundigen en de aan hen te stellen vragen te bespreken. Deze onderwerpen zijn vervolgens tijdens de zitting van 13 februari 2013 aan de orde geweest en partijen hebben zowel voor als na de comparitie schriftelijk (na de comparitie: bij faxberichten van 5 en 6 maart 2013 aan de griffie) hun mening over een en ander gegeven.

2.2 Partijen zijn het erover eens dat voor het antwoord op de eerstbedoelde vragen een psychiater als deskundige moet worden benoemd. Zij zijn het er voorts over eens dat D1 (e-mail: D1), verbonden aan Psyon (postbus D1 Amsterdam, tel. D1), als zodanig kan worden benoemd en dat ieder van hen het voorschot op de kosten van de deskundige voor de helft draagt. Het hof acht eveneens een onderzoek door een psychiater geboden en is van oordeel dat de volgende vragen aan de te benoemen deskundige moeten worden voorgelegd.

1a. Hoe beoordeelt u de handelwijze van S om in verband met de door hem gestelde diagnose (gejaagd depressief syndroom) de geneesmiddelen Anafranil en Rivotril aan A1 voor te schrijven?

Kunt u uw antwoord toelichten en daarbij aangeven of een redelijk handelend en redelijk bekwaam psychiater destijds (in het jaar 1998) in de gegeven omstandigheden tot het gevoerde medicatiebeleid had kunnen komen?

Kunt u daarbij ingaan op:

- a. de risico's van niet behandelen of staken van de medicatie;
- b. de fase van de zwangerschap op het moment van voorschrijven van de medicatie;
- c. de gekozen duur en dosering van de medicatie;
- d. de combinatie van de geneesmiddelen;
- e. het niet verminderen of staken van de medicatie gedurende het derde trimester van de zwangerschap;
- f. de stelling van S dat hij vóór het voorschrijven van de medicatie bij het RIVM heeft geïnformeerd naar de effecten van Anafranil en Rivotril tijdens de zwangerschap.

1b. Wilt u bij uw antwoord op de vragen onder 1a. betrekken de vraag of het voorschrijven van deze geneesmiddelen noodzakelijk was en, zo ja, welke niet-medicamenteuze therapieën destijds mogelijk waren en of niet-medicamenteuze therapie al dan niet de eerste keuze was;

1c. Wilt u, indien u in het antwoord op de vragen onder 1a. of 1b. tot de conclusie komt dat S niet heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijke bekwaam psychiater destijds mocht worden verwacht, meedelen op welk handelen dat betrekking heeft en welk handelen in de gegeven omstandigheden van S had mogen worden verwacht;

2a. Had een redelijk handelend en redelijk bekwaam psychiater destijds bij het voorschrijven van de geneesmiddelen in de gegeven omstandigheden moeten wijzen op de eventuele risico's voor de ongeboren vrucht en eventuele niet-medicamenteuze therapieën; Indien u de voorgaande vraag bevestigend beantwoordt: welke informatie had in dit kader van S mogen worden verwacht;

Zaaknummer 200.081.133
datum: 7 mei 2013

blad 3

Speelt hierbij nog een rol dat **A1** door de gynaecoloog was verwezen met verzoek om eventuele medicamenteuze ondersteuning en dat zij tijdens de zwangerschap onder gynaecologische behandeling stond;

2b. Indien u de vraag onder 2a. bevestigend beantwoordt:
In hoeverre zou een redelijk handelende patiënt in de situatie van **A1** bij adequate informatie, eventueel na overleg met haar partner hebben besloten af te zien van de geneesmiddelen;
Wilt u in uw antwoord betrekken wat de mogelijke nadelen en risico's zijn van het achterwege laten van medicamenteuze behandeling.

3. Zijn er nog andere punten waarvan het hof dient kennis te nemen bij de beoordeling van deze zaak?

2.3 Met partijen is ter comparitie, in verband met de vragen over het causaal verband, voorts gesproken over de benoeming van **D2**, verbonden aan de afdeling medische genetica UMCU. Hij is bij uitstek deskundig op het terrein van aangeboren afwijkingen als gevolg van anti-epileptica (Rivotril is een anti-epilepticum), maar hij zou mogelijk al eerder door de familie **A** zijn ingeschakeld voor advies. Teneinde inzicht te verkrijgen in deze contacten, heeft de te benoemen raadsheer-commissaris, mr. R.A. Dozy, (op 17 april 2013) telefonisch contact gehad met **D2**. Hij heeft volgens zijn verklaring in maart/april 2010 e-mailcontact gehad met de familie **A**, die hem vroeg om advies in deze zaak. Het dossier is naar hem opgestuurd en vervolgens is er geen gevolg meer gegeven aan het verzoek en is de zaak, zoals hij mededeelde, in de vergetelheid geraakt. Hij heeft geen advies gegeven. Met **D2** oordeelt het hof, dat hij in voldoende mate vrijstaat om in deze zaak als deskundige het hof voor te lichten. Het voorschot is in onderling overleg vastgelegd op € 2.000,- waarbij de mogelijkheid is inbegrepen voor het horen ter zitting indien dit noodzakelijk is.

2.4 Het hof zal in dit arrest **D2** nog niet als (tweede) deskundige benoemen, maar daartoe overgaan, indien uit het deskundigenbericht van **D1** moet worden afgeleid dat, kort gezegd, **G** niet heeft gehandeld op de wijze als van een redelijke bekwaam en redelijk handelend psychiater onder de omstandigheden van het geval mocht worden verwacht. Het hof zal na ontvangst van het deskundigenbericht van **O1** en de door partijen desgewenst te nemen conclusies na deskundigenbericht beslissen of gevolg zal worden gegeven aan de opdracht aan **D2**.

2.5 Het hof zal in bevestigend geval de navolgende vragen, die zien op het gestelde causaal verband tussen de medicatie en de afwijking van **Z**, aan **D2** voorleggen.

1. Waaruit bestaan de afwijkingen van **Z** ?
Welke diagnoses zijn gesteld en welk diagnostisch onderzoek is verricht?
In hoeverre zijn uit dit onderzoek mogelijke oorzaken van de afwijkingen gebleken?
Wat zijn uw eigen bevindingen bij (aanvullend) onderzoek?

2. Kan de voorgeschreven medicatie (Anafranil en Rivotril, of de combinatie van beide) tot de afwijkingen van **Z** hebben geleid?
Kunnen de afwijkingen van **Z** ook zijn veroorzaakt door andere factoren?

Zaaknummer 200.081.133
datum: 7 mei 2013

blad 4

Wilt u uw antwoord toelichten aan de hand van de vakliteratuur.

3. Wat is bij het Nederlandse Bijwerkingen Centrum Lareb bekend over de voorgeschreven medicatie (Anafranil en Rivotril of de combinatie van beide) in een geval als het onderhavige?

In hoeverre kan op grond daarvan worden aangenomen dat sprake is van een oorzakelijk verband tussen de afwijkingen van Z en de voorgeschreven medicatie?
Wilt u Lareb indien nodig bij de beantwoording van deze vraag betrekken.

4. In hoeverre kan worden aangenomen dat de door G voorgeschreven medicatie de afwijkingen van Z heeft veroorzaakt?
Wilt u hierbij ingaan op:

- a. de overige medicatie (onder andere: Tradante en Emasfene) die A1 tijdens de zwangerschap heeft gebruikt;
- b. de mogelijke invloed van de psychiatrische problematiek waarmee zij destijds kampte;
- c. de mogelijke invloed van fibromyalgie;
- d. de overige omstandigheden tijdens de zwangerschap, waaronder de hypertensie, de pre-eclampsie, de prematuriteit en de placenta-afwijkingen?

5. Zijn er nog andere punten waarvan het hof dient kennis te nemen bij de beoordeling van deze zaak?

3. Slotsom

Er volgt allereerst een onderzoek door D1 voornoemd met betrekking tot de onder 2.2 genoemde vragen. Partijen zullen ieder de helft van het voorschot van € 3.000,- in totaal op de kosten van de deskundige ter griffie dienen te deponeren. Het hof zal iedere verdere beslissing aanhouden.

4. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

beveelt een onderzoek door een deskundige (psychiater) met betrekking tot de hiervoor onder 2.2 genoemde vragen:

benoemt tot deskundige ten aanzien van deze vragen:

D1
(postbus

(e-mail:
Amsterdam, tel.

„ verbonden aan Psyon

bepaalt dat de deskundige op de voet van het bepaalde in artikel 198 Rv. bij zijn onderzoek partijen (via hun advocaten) in de gelegenheid zal stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen en dat hij daarvan in zijn rapport melding dient te maken, waarbij van de inhoud van de gemaakte opmerkingen en gedane verzoeken moet blijken;

bepaalt dat A c.s. het volledige procesdossier aan de deskundige ter inzage zal geven en beveelt partijen om aan de deskundige alle door hem gewenste inlichtingen te

Zaaknummer 200.081.133

datum: 7 mei 2013

blad 5

verstrekken;

bepaalt dat de deskundige het door hem uit te brengen rapport (ondertekend en met redenen omkleed) ter griffie van dit hof (postbus 9030, 6800 EM Arnhem) zal indienen vóór 1 september 2013;

bepaalt dat de deskundige het onderzoek eerst zal behoeven aan te vangen nadat beide partijen ieder de helft van het voorschot ter zake van de kosten van het deskundigenonderzoek groot € 3.000,- in totaal ter griffie van het hof zullen hebben gedeponereerd door storting op bankrekeningnummer 56.99.90.548 ten name van MvJ arrondissement Arnhem, postbus 9030, 6800 EM Arnhem, onder vermelding van het zaaknummer (200.081.133), de namen van partijen en "voorschot deskundige";

bepaalt dat dit voorschot uiterlijk op 21 mei 2013 moet zijn voldaan;

bepaalt dat het onderzoek door de deskundige zal worden verricht onder leiding van het hierbij tot raadsheer-commissaris benoemde lid van het hof, mr. R.A. Dozy, en dat de deskundige zich voor vragen en/of opmerkingen betreffende het onderzoek zal kunnen wenden tot voornoemde raadsheer-commissaris;

bepaalt dat de griffier een afschrift van dit arrest aan de deskundige zal verzenden;

bepaalt dat de zaak zal worden verwezen naar de roldatum 1 oktober 2013 voor memorie na deskundigenrapport aan de zijde van A1 o.s.;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. P.H. van Ginkel, A.W. Steeg en R.A. Dozy en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken op 7 mei 2013.



Voor kopie conform
De griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden

KOPIE**arrest****GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN**

locatie Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.081.133
(zaaknummer rechtbank Arnhem 188312)

arrest van de zesde kamer van 7 mei 2013

in de zaak van

1. **A1**

wonende te Soesterberg,

2. **A2**

wonende te Zeist,

beiden optredende zowel voor zichzelf als in de hoedanigheid van wettelijk
vertegenwoordiger van hun op 15 juli 1998 geboren, minderjarige zoonZ
appellanten,

advocaat: mr. N.C. van Steijn,

tegen:

Gwonende te Terschuur, gemeente Barneveld,
geïntimeerde,

advocaat: mr. M.J.J. de Ridder.

1. Het verdere verloop van geding in hoger beroep

1.1 Voor het verloop van het geding tot 11 september 2012 verwijst het hof naar het tussenarrest in deze zaak van die datum. Het verdere verloop blijkt uit het proces-verbaal van de op 13 februari 2013 gehouden comparitie van partijen.

1.2 Op verzoek van partijen heeft het hof vervolgens arrest bepaald op basis van het voor de comparitie van partijen overgelegde procesdossier. Gelet op artikel CIII van de Wet herziening gerechtelijke kaart (*Staatsblad* 2012, 313) wordt in deze zaak, die voor 1 januari 2013 aanhangig is gemaakt, uitspraak gedaan door het hof Arnhem-Leeuwarden, locatie Arnhem.

2. De verdere motivering van de beslissing in hoger beroep

2.1 Het hof heeft in het tussenarrest van 11 september 2012 overwogen dat een of meer deskundigen dienen te worden benoemd teneinde antwoord te krijgen op de vragen of, kort gezegd, **G** in 1998 als redelijk handelend en redelijk bekwaam psychiater

BIJLAGE VII

Arrest nr. 22: Gerechtshof Arnhem 8 juli 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:5471

Legenda:

A1: Appellant 1

A2: Appellant 2

Z: Zoon van appellanten

G: Geïntimeerde

D1: Deskundige 1

D2: Deskundige 2

arrest

KOPIE**GERECHTSHOF ARNHEM-LEEWARDEN**

locatie Arnhem

afdeling civiel recht

zaaknummer gerechtshof 200.081.133
(zaaknummer rechtbank Arnhem 188312)**arrest van de zesde kamer van 8 juli 2014**

in de zaak van

1. **A1**
wonende te2. **A2**
wonende tebeiden optredende zowel voor zichzelf als in de hoedanigheid van wettelijk
vertegenwoordiger van hun op 15 juli 1998 geboren, minderjarige zoonappellanten,
advocaat: mr. N.C. van Steijn,

tegen:

G
wonende te
geïntimeerde,
advocaat: mr. M.J.J. de Ridder.**1. Het verdere verloop van geding in hoger beroep**

1.1 Voor het verloop van het geding tot 7 mei 2013 verwijst het hof naar het tussenarrest van die datum. Het verdere verloop van het geding blijkt uit:

- het deskundigenbericht, ingekomen ter griffie op 3 september 2013;
- de memorie na deskundigenbericht van **A2** met producties;
- de memorie van antwoord na deskundigenbericht van **G** met producties.

1.2 Partijen hebben de stukken vervolgens wederom overgelegd voor het wijzen van arrest.

2. De verdere motivering van de beslissing in hoger beroep2.1 **G** verzoekt het hof in zijn memorie van antwoord na deskundigenbericht (onder 4.2.8) terug te komen van de bindende eindbeslissing in het arrest van 11 september 2012 dat de vorderingen van **A2** c.s. niet zijn verjaard (rechtsoverweging 4.8). Hij voert, zakelijk weergegeven, aan dat de weergave van zijn

zaaknummer 200.081.133

datum: 8 juli 2014

blad 2

verweer onder 4.3 van dat arrest (te weten: dat G niet heeft gesteld dat appellanten toen reeds bekend waren met zowel de schade als de daarvoor aansprakelijke persoon) feitelijk onjuist is, omdat hij dat wel degelijk (uitvoerig en onderbouwd) heeft aangevoerd in de memorie van antwoord. G voert aan dat hij daar heeft gesteld dat de vorderingen al waren verjaard op het moment waarop A2 c.s. de tuchtklacht indiende.

2.2 Het hof komt niet op de genoemde beslissing terug, omdat het verzoek van G berust op een onjuiste lezing van dat tussenarrest. G heeft in de bedoelde passage in de memorie van antwoord betoogd dat A2 c.s. al in augustus 1998 ermee bekend waren dat zich risico's hadden verwezenlijkt in de vorm van onthoudingsverschijnselen. In de rechtsoverwegingen 4.2 en 4.3 gaat het om de bespreking respectievelijk de verwerping van de grieven 2, 3 en 4 van A2 c.s., die erop neer komen dat de rechtbank ten onrechte heeft beslist dat de verjaringstermijn van art. 3:310 lid 1 BW is aangevangen kort na 15 november 2001. Daarbij gaat het niet om bekendheid met de onthoudingsverschijnselen van Z, maar om bekendheid met zijn ontwikkelingsstoornis (als gevolg van de door G voorgeschreven medicatie en daarmee met de bekendheid van de aansprakelijke persoon), die A2 c.s. aan hun vorderingen ten grondslag hebben gelegd. Dat volgt ook uit de volzin na de door G bestreden passage in rechtsoverweging 4.3:

Zoals de rechtbank heeft overwogen, gaat het erom of appellanten in het jaar 2001 daadwerkelijk bekend waren met de schade (de psychomotorische retardatie van Z en de daarvoor aansprakelijke persoon en om de vraag of zij toen daadwerkelijk in staat waren om een rechtsvordering in te stellen.

2.3 Het hof heeft in het tussenarrest van 7 mei 2013 prof. dr. D1 verbonden aan Psyon te Amsterdam, als deskundige benoemd teneinde antwoord te krijgen op de volgende vragen:

1a. Hoe beoordeelt u de handelwijze van G om in verband met de door hem gestelde diagnose (gejaagd depressief syndroom) de geneesmiddelen Anafranil en Rivotril aan A1 voor te schrijven?

Kunt u uw antwoord toelichten en daarbij aangeven of een redelijk handelend en redelijk bekwaam psychiater destijds (in het jaar 1998) in de gegeven omstandigheden tot het gevoerde medicatiebeleid had kunnen komen?

Kunt u daarbij ingaan op:

- a. de risico's van niet behandelen of staken van de medicatie;
- b. de fase van de zwangerschap op het moment van voorschrijven van de medicatie;
- c. de gekozen duur en dosering van de medicatie;
- d. de combinatie van de geneesmiddelen;
- e. het niet verminderen of staken van de medicatie gedurende het derde trimester van de zwangerschap;
- f. de stelling van G dat hij vóór het voorschrijven van de medicatie bij het RIVM heeft geïnformeerd naar de effecten van Anafranil en Rivotril tijdens de zwangerschap.

1b. Wilt u bij uw antwoord op de vragen onder 1a. betrekken de vraag of het voorschrijven van deze geneesmiddelen noodzakelijk was en, zo ja, welke niet-medicamenteuze therapieën destijds mogelijk waren en of niet-medicamenteuze therapie al dan niet de eerste keuze was;

zaaknummer 200.081.133

datum: 8 juli 2014

blad 3

1c. Wilt u, indien u in het antwoord op de vragen onder 1a. of 1b. tot de conclusie komt dat S niet heeft gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijke bekwaam psychiater destijds mocht worden verwacht, meedelen op welk handelen dat betrekking heeft en welk handelen in de gegeven omstandigheden van S had mogen worden verwacht;

2a. Had een redelijk handelend en redelijk bekwaam psychiater destijds bij het voorschrijven van de geneesmiddelen in de gegeven omstandigheden moeten wijzen op de eventuele risico's voor de ongeboren vrucht en eventuele niet-medicamenteuze therapieën; Indien u de voorgaande vraag bevestigend beantwoordt: welke informatie had in dit kader van S mogen worden verwacht; Speelt hierbij nog een rol dat A1 door de gynaecoloog was verwezen met verzoek om eventuele medicamenteuze ondersteuning en dat zij tijdens de zwangerschap onder gynaecologische behandeling stond;

2b. Indien u de vraag onder 2a. bevestigend beantwoordt: In hoeverre zou een redelijk handelende patiënt in de situatie van A1 bij adequate informatie, eventueel na overleg met haar partner hebben besloten af te zien van de geneesmiddelen; Wilt u in uw antwoord betrekken wat de mogelijke nadelen en risico's zijn van het achterwege laten van medicamenteuze behandeling.

3. Zijn er nog andere punten waarvan het hof dient kennis te nemen bij de beoordeling van deze zaak?

2.4 De deskundige heeft in zijn rapport allereerst verslag gedaan van het door hem verrichte literatuuronderzoek naar de vraag welke algemeen geaccepteerde basiskennis een psychiater in het jaar 1998 geacht mag worden te hebben ten aanzien van het gebruik van geneesmiddelen, in het bijzonder antidepressiva, tijdens de zwangerschap. Onder de paragraaf "Beschouwing" (bladzijden 15 en 16) is onder meer het volgende te lezen. Voor zover ik kan beoordelen, waren er in 1998 geen richtlijnen waar de psychiater destijds gebruik van had kunnen maken bij zijn beslissing om betrokkene tijdens haar zwangerschap te behandelen met clomipramine (Anafranil) en clonazepam (Rivotril). Een richtlijn is overigens altijd een hulpmiddel, geen protocol en geen dwingend voorschrift, en een arts kan er altijd beargumenteerd van afwijken. Bij ontbreken van een richtlijn, moet een arts zich baseren op de binnen de beroepsgroep algemeen geaccepteerde kennis, zoals in leerboeken samengevat, en op de actuele wetenschappelijke literatuur, waarbij wel overwogen moet worden dat die extreem uitgebreid kan zijn en vaak weinig toegankelijk, zeker destijds toen er nog geen gedigitaliseerde tijdschriften via internet beschikbaar waren. Overzichtspublicaties scheiden het kaf van het koren en zijn onmisbaar. Mijn literatuuroverzicht heeft zich daarop gericht.

(...)

Die literatuur was in 1998 nog erg bescheiden (referenties 1-3). De teneur, in mijn woorden, is tot dan: er zijn twijfelachtige aanwijzingen (elkaar tegensprekende bevindingen) dat benzodiazepines in het eerste trimester van de zwangerschap het risico op sommige geboortefwijkingen verhogen, en er zijn geen overtuigende aanwijzingen dat tricyclische antidepressiva dit risico in belangrijke mate verhogen. Anafranil en Rivotril worden niet expliciet genoemd. Op grond hiervan lijkt mij verdedigbaar dat een psychiater in 1998 een zwangere vrouw overwegend geruststellende informatie kon geven, waarbij wel voor de hand lag dat hij zo terughoudend mogelijk zou zijn, in het bijzonder gedurende het eerste

zaaknummer 200.081.133

blad 4

datum: 8 juli 2014

trimester. In deze zaak heeft de betrokken psychiater zijn patiënte voor het eerst gezien in de 10^e week en toen was het eerste trimester al flink gevorderd. Hij kon dus, zo beoordeel ik de gegevens, zijn patiënte gemotiveerd uitleggen dat er geen overtuigende redenen waren om een duidelijk verhoogd risico aannemelijk te achten, maar dat hij dat anderzijds ook niet kon uitsluiten. We weten dat een depressie tijdens de zwangerschap op zichzelf ook een risicoverhogend effect heeft en dat dit afgewogen moet worden tegen de eventueel veronderstelde nadelige effecten van medicatie. Daarover was minder bekend in 1998, maar toch werd hier in 1994 (referentie 1) al op gewezen. Los hiervan waren voor een psychiater destijds de schadelijke gevolgen van een depressie voor het verdere welzijn van moeder en eventuele andere kinderen natuurlijk ook wel duidelijk. Een depressie kan een ernstig ziektebeeld zijn. Een psychiater heeft dan de verantwoordelijkheid om eigen afwegingen te maken en die in de bespreking in te brengen.

(...)

Kortom: in 1998 was de vigerende opvatting kennelijk dat geneesmiddelen zoals Anafranil en Rivotril tijdens de zwangerschap gebruikt konden worden, mits er een goede indicatie was.

2.5 De deskundige heeft de aan hem voorgelegde vragen daarna, voor zover hier van belang, beantwoord als volgt.

1a. De psychiater kon mijns inziens in redelijkheid komen tot zijn besluit om deze geneesmiddelen te willen voorschrijven. Ik verwijs voor mijn overwegingen naar mijn beschouwing. Hij had zijn overwegingen wel moeten bespreken met betrokkene en haar partner om haar de gelegenheid te geven weloverwogen in te stemmen met het gekozen beleid, dan wel om het af te wijzen, met de eventuele nadelige consequenties die dit voor haar had kunnen hebben. Zo'n bespreking was gezien haar toestand wellicht niet gemakkelijk geweest, maar ook haar partner zou daarbij zijn betrokken en haar bij een besluit hebben kunnen steunen. Niet behandelen was voor zover ik kan beoordelen geen optie, gegeven de beschreven toestand van betrokkene. Dat steunende contacten of psychotherapie niet konden volstaan, lijkt mij aannemelijk. Een onbehandelde of niet adequaat behandelde depressie zou ook een risicofactor voor het kind zijn geweest en we weten niet welk risico groter was. Het medicatiegebruik is, voor zover ik kan beoordelen, begonnen toen betrokkene 10 weken zwanger was. Dat was nog voor het einde van het eerste trimester en op grond daarvan kan gesteld worden dat de psychiater zijn patiënte, op basis van dan beschikbare informatie, had moeten wijzen op onzekerheid inzake mogelijk nadelige gevolgen van Rivotril, een benzodiazepine. Dit is overigens iets anders dan zekerheid dat sprake was van een verhoogd risico. Er waren voor zover te beoordelen geen richtlijnen die hierop wezen. De wetenschappelijke literatuur was nog erg bescheiden en zeker niet altijd toegankelijk. Een invloedrijk leerboek wees al wel op het belang van terughoudendheid. Overigens spreken Farmacotherapeutisch Kompas en Lareb zich momenteel geruststellend uit over benzodiazepines in het eerste trimester, evenwel in tegenstelling tot de FDA. (...) De doseringen van de voorgeschreven Anafranil en Rivotril, en de aanpassingen hiervan, roepen bij mij geen vragen op. Rivotril werd toegevoegd om de angst te dempen, temeer daar die aangewakkerd zou kunnen worden door de Anafranil. Dat is een verdedigbare aanpak geweest. Tegenwoordig zou Rivotril niet zo gauw doorgegeven worden vanwege een afhankelijkheidsrisico, maar dat lag toen wat anders. Hier kan niettemin een vraagteken bij geplaatst worden, maar de kans op terugkerende paniekreacties kan een legitieme overweging zijn geweest. Ik neem aan dat het angstniveau hoog bleef, met slaapproblemen, en dat dit de indicatie was. De combinatie van geneesmiddelen was dus begrijpelijk. (...)

zaaknummer 200.081.133

blad 5

datum: 8 juli 2014

1.b Het lijkt mij, gezien de beschrijvingen die de psychiater geeft, aannemelijk dat de ernst van de depressie zodanig was dat niet volstaan kon worden met steunende gesprekken en eventueel een aanbod van psychotherapie, en dat geneesmiddelen aangewezen waren. Overigens is wel contact geëntameerd met een psycholoog en dat maakt een zorgvuldige indruk. Hiervan kon echter geen effect op voldoende korte termijn worden verwacht. Tot de niet-medicamenteuze behandelingen die in aanmerking hadden kunnen komen, behoren steunende en structurerende gesprekstherapie, cognitieve gedragstherapie, interpersoonlijke therapie, en mogelijk ook electroconvulsieve therapie.

1.c Ik kom op basis van de informatie waarover ik beschik niet tot de conclusie dat de psychiater inzake zijn medicatiebeleid niet gehandeld heeft zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam psychiater in 1998 mocht worden verwacht. Indien en voor zover hij heeft nagelaten om betrokkene en haar partner te betrekken bij de afwegingen die hij moest maken, en haar de gelegenheid te bieden om goed geïnformeerd in te stemmen, is kritiek op zijn plaats.

2.a Zie het voorgaande antwoord. De psychiater had naar mijn oordeel de twijfels die destijds bestonden inzake de veiligheid van deze geneesmiddelen tijdens de zwangerschap, in het bijzonder het eerste trimester, wel moeten bespreken. Daarbij had hij niet-medicamenteuze behandelmogelijkheden kunnen voorleggen, waarbij hij had kunnen aangeven dat daarvan vermoedelijk niet op korte termijn veel effect zou zijn te verwachten op de klachten die op de voorgrond stonden. Dat betrokkene verwezen werd door, en contact onderhield met, een gynaecoloog maakt dit mijns inziens niet anders. Die beslist niet over psychiatrische medicatie.

2.b Ik kan niet beoordelen of een redelijk handelende patiënt medicatie wel of niet zou hebben afgewezen. Dat veronderstelt een objectieve opvatting over redelijkheid in dit soort situaties. Het gaat echter om de subjectieve waardering van statistische waarschijnlijkheden, die met veel onzekerheid zijn omgeven, zowel toen als nu. Duidelijk is, zeker tegenwoordig, dat een onbehandelde depressie tijdens de zwangerschap ook risico's oplevert voor het kind, en niet duidelijk is welke risico's groter zijn. Het gaat dus om een afweging op basis van goede informatie, die verschillend kan uitvallen zonder dat dit kan worden uitgelegd als meer of minder rationeel.

3 Geen.

2.6 Het hof acht het geraden, alvorens verder in te gaan op de vraag of ^G als redelijk bekwaam en redelijk handelend psychiater heeft kunnen besluiten om de geneesmiddelen Anafranil en Rivotril (in de voorgeschreven doseringen) voor te schrijven, de kwestie van de informatieplicht in de zin van art. 7:448 BW in verbinding met art. 7:450 BW te bespreken. Aan de eerstgenoemde vraag gaat immers vooraf de vraag of ^G is tekortgeschoten in de nakoming van die informatieplicht. Het hof is mede gelet op de bevindingen van de deskundige en de uitspraak van het RTC van 6 juni 2006 van oordeel dat ^G is tekortgeschoten in de verplichting om ^{A1} te informeren over de twijfels die destijds bestonden over de veiligheid van deze geneesmiddelen tijdens de zwangerschap, in het bijzonder bij gebruik in het eerste trimester, waarbij hij ook niet-medicamenteuze behandelmogelijkheden had kunnen voorleggen.

2.7 De vraag is welke gevolgen het hof aan deze tekortkoming (de schending van de informatieplicht) in het licht van de vorderingen van ^{A2} moet verbinden.

zaaknummer 200.081.133

datum: 8 juli 2014

blad 6

c.s. betogen in de memorie na deskundigenbericht dat de vaststelling van deze tekortkoming van G meebrengt dat de omkeringsregel toepassing vindt, dat wil zeggen dat het oorzakelijk verband tussen deze tekortkoming en de ontwikkelingsstoornis van Z in beginsel is gegeven en dat het aan G is om te stellen en te bewijzen dat de stoornis ook zonder deze tekortkoming zou zijn ontstaan. A2 c.s. stellen in dit verband dat hier niet sprake is van een enkele schending door de arts van de informatieplicht, maar van een specifieke op hem rustende plicht tot het geven van voorlichting en het voeren van overleg met de patiënt en haar partner om hen te behoeden voor het risico van de geboorte van een kind met een afwijking als gevolg van niet-bewezen veilige medicatie.

2.8 G heeft zijn informatieplicht jegens A2 c.s. geschonden. Deze algemene norm strekt er in de eerste plaats toe de patiënte in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of zij al of niet toestemming zou geven voor deze behandeling, niet zozeer rechtstreeks tot voorkoming van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade. Daarom kan in dit stadium niet op voorhand worden geoordeeld dat de ontwikkelingsstoornis van Z de verwezenlijking vormt van een in het leven geroepen risico doordat G is tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatieplicht. Daarvoor is het verband zonder tussenschakels al op zijn minst te ver verwijderd. De omkeringsregel vindt daarom geen toepassing.

2.9 A2 c.s. dienen op grond van de hoofdregel van art. 150 Rv. te stellen en zo nodig te bewijzen dat A1, indien zij op duidelijke wijze was ingelicht over het aan het gebruik van Anafranil en Rivotril verbonden risico voor het ongeboren kind, als redelijk handelend patiënte in de omstandigheden van het geval, niet zou hebben gekozen voor deze medicatie of om redenen van persoonlijke aard niet voor deze medicatie zou hebben gekozen. In dit verband acht het hof het volgende van belang. G werd bij het eerste consult van 15 januari 1998 geconfronteerd met een patiënte die door gynaecoloog Berkhout op 12 januari 1998 naar hem was verwezen met de mededeling dat zij bekend was met paniekstoornissen. Hij verzocht G de situatie te evalueren en A1 eventueel medicamenteus te ondersteunen. G kwam vervolgens tot de diagnose "gejaagd depressief syndroom" en heeft Anafranil en Rivotril voorgeschreven. Hij heeft Berkhout en de huisarts daarover bij brief van 18 januari 1998 geïnformeerd. Hij schreef hen toen:

Sinds ze nu twee weken weet zwanger te zijn heeft ze paniekaanvallen waardoor ze niets meer durft te ondernemen en is er somberheid waardoor ze haar taken thuis als huisvrouw en moeder van een zoontje van 2,5 jaar verwaarloost. Ze is radeloos en ligt voornamelijk in bed. Al eerder heeft ze wisselend deze klachten gehad, bezocht ze psychologen en wellicht ook eens een psychiater. Vanaf haar 26^e heeft ze klachten van spanning en overspanning. Ze is verminderd belastbaar. Ze dacht eerder aan een tweede kind maar na een miskraam durfde ze niet meer. Ze is dan ook angstig voor deze zwangerschap en denkt een tweede zwangerschap en een tweede kind niet aan te kunnen. Ze heeft fibromyalgie en haar man is als piloot veel weg.

(...) Ze gebruikt Trandate voor wisselend hoge bloeddruk en Emesafene voor misselijkheid. Ze praat veel en druk met opengesperde ogen. Soms moet ze even rondlopen. Ze is besluiteloos over de voortzetting van haar zwangerschap.

Ik verklaar haar gejaagd depressief en adviseer haar twee Rivotril 0,5 en opbouwend 3 Anafranil 25.

(...)

zaaknummer 200.081.133

blad 7

datum: 8 juli 2014

2.10 A2 heeft na lezing van de bijsluiters van deze geneesmiddelen telefonisch contact met G opgenomen en navraag gedaan naar eventuele gezondheidsrisico's van de middelen. Partijen zijn het er niet over eens of ! G A2 toen heeft "gerustgesteld" (inleidende dagvaarding onder 6), waarmee A2 c.s. kennelijk bedoelen te zeggen dat G A2 zou hebben geantwoord dat aan het gebruik van de middelen geen risico voor het ongeboren kind kleefde. Het hof acht niet bewezen dat G toen aan A2 heeft gezegd dat aan het gebruik van de middelen geen enkel risico voor het ongeboren kind zou zijn verbonden. Dat ligt gelet op de aan A2 (en, naar mag worden aangenomen: ook aan G) bekende inhoud van de bijsluiters van Anafranil en Rivotril (producties bij inleidende dagvaarding) al niet voor de hand. Deze bijsluiters (productie 3 bij dagvaarding) vermelden onder 4.6 (Zwangerschap en borstvoeding) onder meer:

Anafranil:

Uit waarnemingen bij de mens zijn aanwijzingen verkregen, dat deze stof schadelijk kan zijn voor de ongeboren vrucht (ontwikkelingsstoornissen).

Rivotril:

Ervaring met het gebruik van clonazepam in de zwangerschap is zeer beperkt. Uit epidemiologische studies blijkt dat het risico op aangeboren afwijkingen bij het gebruik van anti-epileptica in de zwangerschap is verhoogd. Welk geneesmiddel of combinatie van geneesmiddelen hiervoor verantwoordelijk is, is uit deze studies moeilijk te bepalen.

Overigens hebben A2 c.s., op wie op dit punt de bewijslast rust, geen voldoende gespecificeerd bewijs aangeboden. Het staat dus niet vast dat G op de vraag van A2 geruststellend heeft geantwoord in die zin dat aan het gebruik van de middelen geen enkel risico voor het ongeboren kind was verbonden.

2.11 A2 c.s. hebben naar het oordeel van het hof echter wel voldoende feiten en omstandigheden gesteld en aannemelijk gemaakt dat A1 (die toen negen weken zwanger was), wanneer zij wel op duidelijke wijze zou zijn ingelicht over de mogelijke nadelige gevolgen van het gebruik van Anafranil en Rivotril voor het ongeboren kind, als redelijk handelend patiënte in de gegeven omstandigheden zou hebben afgezien van deze medicatie, in ieder geval in het eerste trimester van de zwangerschap. Daarbij speelt allereerst een rol dat G, indien hij die verplichting zou zijn nagekomen, A1 zou hebben medegedeeld dat naar de toenmalige stand van de medische wetenschap geneesmiddelen als Anafranil en Rivotril weliswaar tijdens de zwangerschap gebruikt kunnen worden, mits er een goede indicatie is, maar dat anderzijds twijfelachtige aanwijzingen (elkaar tegensprekende bevindingen) bestonden dat benzodiazepines (zoals Rivotril) in het eerste trimester van de zwangerschap het risico op sommige geboortefwijkingen verhogen (bladzijde 16 van het deskundigenbericht), respectievelijk dat de vigerende opvatting (in 1998) was dat de kans op eventuele schadelijke effecten van het gebruik van Anafranil en Rivotril tijdens de zwangerschap voor het kind relatief klein is (bladzijde 17 van het deskundigenbericht). Het hof acht aannemelijk dat A1 aldus ingelicht, eventueel na overleg met haar echtgenoot, zou hebben afgezien van het gebruik van deze medicatie, in elk geval tijdens het eerste trimester van de zwangerschap, in aanmerking genomen dat ook in 1998 van algemene bekendheid was dat in het eerste trimester medicatie zoveel mogelijk vermeden moet worden in verband met bekende en onbekende risico's daarvan voor het ongeboren kind. In dit verband is van belang dat A2 meteen na lezing van de bijsluiters van deze geneesmiddelen telefonisch contact met G heeft opgenomen en navraag heeft gedaan naar eventuele gezondheidsrisico's van de middelen. Daarbij komt dat G niet inzichtelijk heeft gemaakt dat de psychische toestand van A1 (met zijn diagnose: "gejaagd

zaaknummer 200.081.133

datum: 8 juli 2014

blad 8

depressief syndroom") zodanig ernstig was dat alternatieve behandelingswijzen (de deskundige heeft genoemd: steunende en structurerende gesprekstherapie, cognitieve gedragstherapie, interpersoonlijke therapie en mogelijk ook electroconvulsieve therapie) redelijkerwijs niet eerst konden worden beproefd, in elk geval tot na het verstrijken van het eerste trimester, dat toen nog drie weken duurde. De omstandigheid dat daarvan vermoedelijk geen effect op voldoende korte termijn zou zijn te verwachten (aldus het antwoord van de deskundige op vraag 1b), doet daaraan niet af, al was het maar omdat **A1** niet daadwerkelijk de kans heeft gehad die alternatieve behandeling uit te proberen en aldus te ervaren of die behandeling voldoende effect zou sorteren.

2.12 De conclusie van het voorgaande is dat **S** is tekortgeschoten in de nakoming van zijn informatieplicht en dat aannemelijk is dat **A1**, indien zij op duidelijke wijze zou zijn ingelicht, van de medicatie zou hebben afgezien, in elk geval tijdens het eerste trimester van de zwangerschap. Het hof acht het geraden, om nu onderzoek te laten verrichten door een deskundige naar het oorzakelijk verband tussen de medicatie en de afwijking van **Z**. Het hof zal, alvorens verder te beslissen, prof. dr. **D2** tot deskundige benoemen teneinde antwoord te verkrijgen op de in het arrest van 7 mei 2013 onder 2.5 genoemde vragen.

3. Slotsom

Er volgt een onderzoek door prof. dr. **D2** met betrekking tot de in het tussenarrest van 7 mei 2013 onder 2.5 genoemde vragen. Partijen zullen ieder de helft van het voorschot van € 2.000,- in totaal op de kosten van de deskundige ter griffie dienen te deponeren. Het hof zal iedere verdere beslissing aanhouden.

4. De beslissing

Het hof, recht doende in hoger beroep:

beveelt een onderzoek door een deskundige met betrekking tot de volgende vragen:

1. Waaruit bestaan de afwijkingen van **Z**?

Welke diagnoses zijn gesteld en welk diagnostisch onderzoek is verricht?

In hoeverre zijn uit dit onderzoek mogelijke oorzaken van de afwijkingen gebleken?

Wat zijn uw eigen bevindingen bij (aanvullend) onderzoek?

2. Kan de voorgeschreven medicatie (Anafranil en Rivotril, of de combinatie van beide) - in het eerste trimester van de zwangerschap of nadien - tot de afwijkingen van **Z** hebben geleid?

Kunnen de afwijkingen van **Z** ook zijn veroorzaakt door andere factoren?

Wilt u uw antwoord toelichten aan de hand van de vakliteratuur.

3. Wat is bij het Nederlandse Bijwerkingen Centrum Lareb bekend over de voorgeschreven medicatie (Anafranil en Rivotril of de combinatie van beide) in een geval als het onderhavige?

In hoeverre kan op grond daarvan worden aangenomen dat sprake is van een oorzakelijk verband tussen de afwijkingen van **Z** en de voorgeschreven medicatie?

zaaknummer 200.081.133

datum: 8 juli 2014

blad 9

Wilt u Lareb indien nodig bij de beantwoording van deze vraag betrekken.

4. In hoeverre kan worden aangenomen dat de door Z heeft veroorzaakt? 9 voorgeschreven medicatie de afwijkingen van Z

Wilt u hierbij ingaan op:

- a. de overige medicatie (onder andere: Tradante en Emasfene) die A1 tijdens de zwangerschap heeft gebruikt;
- b. de mogelijke invloed van de psychiatrische problematiek waarmee zij destijds kampte;
- c. de mogelijke invloed van fibromyalgie;
- d. de overige omstandigheden tijdens de zwangerschap, waaronder de hypertensie, de pre-eclampsie, de prematuriteit en de placenta-afwijkingen?

5. Zijn er nog andere punten waarvan het hof dient kennis te nemen bij de beoordeling van deze zaak?

benoemt tot deskundige:

prof. dr. D2, verbonden aan de afdeling medische genetica UMC Utrecht (postbus 1200), e-mail: prof.dr.d2@umc-utrecht.nl, tel. 031-26369000);

bepaalt dat de deskundige op de voet van het bepaalde in artikel 198 Rv. bij zijn onderzoek partijen (via hun advocaten) in de gelegenheid zal stellen opmerkingen te maken en verzoeken te doen en dat hij daarvan in zijn rapport melding dient te maken, waarbij van de inhoud van de gemaakte opmerkingen en gedane verzoeken moet blijken;

bepaalt dat A2, c.s. het volledige procesdossier aan de deskundige ter inzage zal geven en beveelt partijen om aan de deskundige alle door hem gewenste inlichtingen te verstrekken;

bepaalt dat de deskundige het door hem uit te brengen rapport (ondertekend en met redenen omkleed) ter griffie van dit hof (postbus 9030, 6800 EM Arnhem) zal indienen vóór 1 oktober 2014;

bepaalt dat de deskundige het onderzoek eerst zal behoeven aan te vangen nadat beide partijen ieder de helft van het voorschot ter zake van de kosten van het deskundigenonderzoek groot € 2.000,- in totaal ter griffie van het hof zullen hebben gedeponereerd door storting op bankrekeningnummer 56.99.90.548 ten name van MvJ arrondissement Arnhem, postbus 9030, 6800 EM Arnhem, onder vermelding van het zaaknummer (200.081.133), de namen van partijen en "voorschot deskundige";

bepaalt dat dit voorschot uiterlijk op **29 juli 2014** moet zijn voldaan;

bepaalt dat het onderzoek door de deskundige zal worden verricht onder leiding van het hierbij tot raadsheer-commissaris benoemde lid van het hof, mr. R.A. Dozy, en dat de deskundige zich voor vragen en/of opmerkingen betreffende het onderzoek zal kunnen wenden tot voornoemde raadsheer-commissaris;

bepaalt dat de griffier een afschrift van dit arrest aan de deskundige zal verzenden;

bepaalt dat de zaak zal worden verwezen naar de roldatum 28 oktober 2014 voor memorie

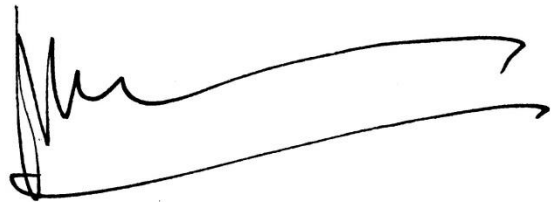
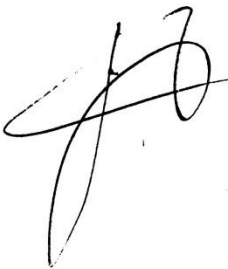
zaaknummer 200.081.133
datum: 8 juli 2014

blad 10

na deskundigenrapport aan de zijde van A2 c.s.;

houdt iedere verdere beslissing aan.

Dit arrest is gewezen door mrs. P.H. van Ginkel, A.W. Steeg en R.A. Dozy en is in tegenwoordigheid van de griffier in het openbaar uitgesproken 8 juli 2014.



Voor kopie conform
De griffier van het Gerechtshof
Arnhem-Leeuwarden

BIJLAGE VIII

Voorlopig deskundigenverslag deskundige 2

A1: Appellant 1

A2: Appellant 2

Z: Zoon van appellanten

G: Geïntimeerde

D1: Deskundige 1

D2: Deskundige 2

Zaak 200.081.131

A
Deskundigenverslag

:s. /

D2⁹

/ Bijlage Ad 6.3

1.

1.1. Waaruit bestaan de afwijkingen van Z ?

- Perinataal slechte start
- Neonataal abstinentiesyndroom
- Hypotonie
- Voedingsproblemen
- Postnatale groeivertraging van lengte en gewicht (<<p3) meer dan schedelomvang (~p2)
- Mentale retardatie
- Gedragsproblematiek (passend bij autismespectrum stoornis?)
- Strabismus
- Eczeem
- Bijzondere uiterlijke kenmerken, niet specifiek voor een bekend specifiek syndroom (beoordeeld door dysmorphologen)

1.2. Welke diagnoses zijn gesteld en welk diagnostisch onderzoek is verricht?

Er zijn alleen beschrijvende diagnoses gesteld.

Voor overzicht van de meest relevante diagnostiek zie "Bijlage Ad 6.2. Eigen beschouwing" en met name paragraaf 6.4.

1.3. In hoeverre zijn uit dit onderzoek mogelijke oorzaken van de afwijkingen gebleken?

Er is bij de toegezonden medische gegevens geen zekere etiologische diagnose gesteld of te stellen. Alleen de neonatale verschijnselen van overprikkelijkheid zijn met grote mate van empirische zekerheid toe te schrijven aan het na de geboorte plotseling wegvallen van de gebruikte medicatie, clomipramine (Anafranil®) en clonazepam (Rivotril®). Ook de postnatale groeivertraging is niet aan een specifieke oorzaak toe te schrijven.

1.4. Wat zijn uw eigen bevindingen bij (aanvullend) onderzoek?

Aanvullend onderzoek bestond uit uitgebreide analyse van de literatuur in samenhang met de beschikbare medische gegevens.

Er zijn ook in de periode 2005-2015 niet veel nieuwe studies beschikbaar gekomen die toevoegen aan wat al over met name clomipramine en clonazepam beperkt bekend was. Ten aanzien van de combinaties van clonazepam met andere medicamenten dan de hier gebruikte is zeer beperkt nieuwe relevante literatuur beschikbaar gekomen. In een publicatie van Laegreid et al. (1993) werden zeven kinderen beschreven van wie de moeder valproaat gebruikte. Van de twee kinderen met de ernstigste afwijkingen had de moeder tevens een benzodiazepine gebruikt (1x diazepam, 1x clonazepam). Inmiddels is uit twee EURAP-studie naar voren gekomen dat de effecten van valproaat sterk dosis afhankelijk zijn (Tomson et al, 2011), dat dit ook geldt wanneer valproaat is gebruikt in combinatie met andere middelen waaronder 16x clonazepam (Tomson et al, 2015). Daarmee zijn er geen aanwijzingen zijn voor een potentiërende werking van clonazepam. Bij revisie van het artikel van Laegreid et al (1993) blijkt dat de twee kinderen met de ernstigste afwijkingen na combinatiegebruik van valproaat en clonazepam waren blootgesteld aan 2400 mg valproaat/dag in vergelijking met 700-1200 mg/dag voor de andere vijf kinderen die alleen aan valproaat waren blootgesteld. De conclusie moet nu

Zaak 200.081.131A1
Deskundigenverslag

D2

9

Bijlage Ad 6.3

dus zijn dat er met de huidige, overigens nog steeds beperkte aantallen gegevens geen aanwijzingen zijn dat clonazepam een specifieke potentiërend effect heeft op de teratogene werking van valproaat, nog los van de vraag dat een dergelijk effect niet te extrapoleren valt naar geheel ander stoffen dan valproaat.

Als eerder vermeld zijn er geen gegevens om te kunnen beoordelen of enige van de zeer vele mogelijke combinaties van de vijf middelen in de huidige casus een eventueel teratogeen effect van een van de middelen heeft kunnen potentiëren of uitlokken. Evenmin heb ik evidentie gevonden dat de individuele middelen clomipramine, clonazepam, of labetolol geassocieerd zijn met een significant verhoogde kans op matige tot ernstige psychomotore of mentale retardatie. Ook is voor geen van deze middelen een specifiek syndroom van aangeboren afwijkingen of uiterlijke en lichamelijke kenmerken beschreven.

2.

2.1. Kan de voorgeschreven medicatie (Anafranil en Rivotril, of de combinatie van beide) – in het eerste trimester van de zwangerschap of nadien - tot de afwijkingen van Z hebben geleid?

Op grond van het vermelde onder 1.4. kan de vraag niet met ja of nee beantwoord worden. Daarvoor zouden immers (voldoende) gegevens beschikbaar moeten zijn van kinderen prenataal blootgesteld aan de enkelvoudige stoffen en de verschillende combinaties (als vermeld in paragraaf 5.3. van de "Bijlage ad 6.2 Eigen beschouwing"). Het is niet te verwachten dat er ooit voldoende aantallen uit onderzoek beschikbaar komen. Daarbij moet ook nog rekening worden gehouden met verschillende dosering en fasen van blootstelling in de zwangerschap.

2.2. Kunnen de afwijkingen van Z ook zijn veroorzaakt door andere factoren?

Naast de hiervoor besproken medicatiefactoren kunnen ook de volgende factoren van invloed op de ontwikkeling van het kind:

- Maternale hypertensie (veel literatuur)
 - o De ernst van de hypertensie in onze casus is uit de documenten niet duidelijk.
 - o Er is wegens een relatief lage bloeddruk in de vroege zwangerschap besloten de labetolol te stoppen. Er is geen melding te vinden dat antihypertensiva later in de zwangerschap weer gestart zouden zijn, terwijl er wel bij 35;5 weken wegens pre-eclampsie en hypertensie een keizersnede is gedaan. Of en in hoeverre er daadwerkelijk hypertensie is geweest is dus niet duidelijk. In elk geval heeft de prenatale groei er niet onder geleden blijkens het voor de zwangerschapsduur normale geboortegewicht (p20-p50 afhankelijk van de gebruikte referentiecurves). (Overigens is medicamenteuze behandeling van hypertensie een goed algemeen voorbeeld van het feit dat geneesmiddelen mits goed geïndiceerd en toegepast de uitkomst van een zwangerschap ook gunstig kunnen beïnvloeden).
- Fibromyalgie (weinig onderzocht)
 - o Er is één studie die wijst op een associatie met grotere kans op intra-uteriene groeivertraging (wat onze casus niet heeft gehad) en een kleinere kans op premature bevalling (wat bij onze casus doorkruist werd door de uitgevoerde keizersnede bij 35;5 weken).
- Premature bevalling (veel literatuur)
 - o Premature bevalling en kunstverlossingen zijn geassocieerd met een verhoogde kans op ontwikkelingsstoornissen. In deze casus is niet goed onderscheid te maken

Zaak 200.081.131A1Deskundigenverslag

1 D2 9

Biilage Ad 6.3

- tussen deze twee risicofactoren enerzijds en risicofactoren die aanleiding vormden tot de indicatie voor een kunstverlossing anderzijds.
- o Tegen een hoofdrol voor deze twee risicofactoren pleit de ernst van de ontwikkelingsproblematiek in combinatie met een normale uitslag van de MRI van de hersenen.
 - Transplacentaire factoren samenhangend met maternale aandoeningen
 - o Er zijn enkele studies die wijzen op de mogelijkheid van een transplacentaire invloed van depressie op de ontwikkeling van het kind. Veel van deze studies konden echter niet of niet goed controleren voor het gebruik van geneesmiddelen tijdens de zwangerschap. Als dat wel mogelijk was is er altijd de beperking dat het gebruik van geneesmiddelen niet los staat van de aard, ernst en beloop van de aandoening van de moeder.
 - o Er ontbreken studies over eventuele transplacentaire factoren van maternale fibromyalgie.
 - Maternaal alcohol gebruik
 - o Ergens in de periode van 6^e-8^e week is er sprake geweest van een toestand van "twee dagen laveloos" zijn van moeder. De beschikbare medische gegevens vermelden verder niets over *al dan niet* gebruik van alcohol anders dan de genoemde eenmalige episode die een toestand beschrijft die doorgaans aan alcoholgebruik wordt toegeschreven. Als er sprake is geweest van "twee dagen laveloos zijn" *vanwege* alcohol gebruik kan dat beschouwd worden als een korte episode van "binge drinking" in de zeer vroege zwangerschap. Ook hier geldt dan weer dat er in feite geen goed vergelijkingsmateriaal is om een eventueel effect daarvan als bijdrage aan de geconstateerde afwijkingen te kunnen schatten. Regelmatig "binge drinking" in het algemeen wordt als potentieel schadelijk beoordeeld. Het regelmatig bv dagelijks drinken van 1 of 2 glazen alcoholhoudende drank gaat ook gepaard met verhoogde kans op effecten op het kind, waarbij ook gedacht moet worden aan de mogelijkheid van lange-termijn effecten zoals predispositie tot alcoholverslaving. Naast milde microcephalie en mentale retardatie vind ik overigens geen andere specifieke kenmerken die zouden kunnen wijzen op alcoholgebruik in de zwangerschap als oorzaak van de aandoeningen.
 - Voedingsproblemen
 - o In deze casus is het met de beschikbare gegevens niet goed mogelijk onderscheid te maken tussen groeiachterstand als gevolg van voedingsproblemen of een algemene aandoening met onder andere groeiachterstand en als gevolg van die aandoening ook voedingsproblemen.
 - Genetische factoren
 - o Het vaststellen van een teratogene oorzaak cq het toeschrijven van afwijkingen aan een mogelijke/eventuele teratogene blootstelling vergt het zoveel mogelijk uitsluiten van genetische oorzaken. De diagnose "afwijking door teratogene blootstelling" is doorgaans een diagnose "*per exclusionem*". Hierop zijn slechts enkele uitzonderingen, zoals een kenmerkend beeld van thalidomide (Softanon®) embryopathie. Zelfs bij een aandoening als foetale embryopathie als gevolg van een vermeende cytomegalievirusinfectie moet men oppassen niet een autosomaal recessieve hersenaandoening over het hoofd te zien.
 - o Op grond van de combinatie van een psychomotore en mentale retardatie, TIQ van <50 (35-60), postnatale groeivertraging, gedragsstoornissen, en dysmorfieken-

Zaak 200.081.131

A1
Deskundigenverslag

D25

/ Bijlage Ad 6.3

merken schat ik de kans op het vinden van een genetische oorzaak of genetische risicofactor op 50-60% als een combinatie van SNP-array en NGS van kandidaatgenen voor mentale retardatie en eventueel WES-trio wordt toegepast. Dat laat onverlet de mogelijkheid van een negatieve invloed van een prenatale blootstelling op de vrucht die al een genetische aandoening of risicofactor daarvoor heeft.

- o Genetische risicofactoren kunnen in deze casus meespelen. In de familie komt depressie en schizofrenie voor. Unipolaire depressie, bipolaire depressie, schizofrenie, ADHD, autisme, epilepsie zijn neuro-psychiatrische aandoeningen die vaker met elkaar in familieverband worden gezien dan op grond van de afzonderlijke aandoeningen te verwachten. Regelmatig wordt voor een van deze aandoeningen een genetische risicofactor ontdekt die afkomstig kan zijn van een niet of mild of anders aangedane ouder, welke factor later blijkt ook vaker voor te komen bij een of meer van de ander genoemde aandoeningen. Aangenomen wordt dat andere nog onbekende genetische factoren een rol spelen bij al dan niet tot uiting komen van verschijnselen en aard ervan. Ook moet steeds rekening worden gehouden met een mogelijke rol van medicatie die de moeder tijdens de zwangerschap voor haar aandoening gebruikte.

2.3. Wilt u uw antwoord toelichten aan de hand van de vakliteratuur.

De meest relevante literatuur is vermeld in "Bijlage Ad 3-b Stukken waarnaar wordt verwezen".

3.

3.1. Wat is bij het Nederlandse Bijwerkingen Centrum Lareb bekend over de voorgeschreven medicatie (Anafranil en Rivotril of de combinatie van beide) in een geval als het onderhavige?

Zie "Bijlage Ad 7 – Informatie Lareb"

3.2. In hoeverre kan op grond daarvan worden aangenomen dat sprake is van een oorzakelijk verband tussen de afwijkingen van Steven en de voorgeschreven medicatie?

Conclusies over een verband tussen de blootstellingen en de afwijkingen/aandoeningen bij onze casus zijn op grond van de informatie van Lareb niet te trekken.

De via de website beschikbare informatie geeft niet het beeld van sterk verhoogde risico's anders dan neonatale onthoudingsverschijnselen na gebruik van clomipramine en clonazepam, met als voorzorgsmaatregel de medicatie enkele weken voor de bevalling af te bouwen. Dat is in de onderhavige casus kennelijke doorkruist door de gestelde indicatie voor een keizersnede bij 35;5 weken.

3.3. Wilt u Lareb indien nodig bij de beantwoording van deze vraag betrekken.

Lareb is een stichting die afhankelijk is van meldingen en daarmee geen populatie-dekkend of prospectief onderzoek kan doen. Recent is Lareb wel gestart met meer systematisch gegevens ook prospectief te verzamelen in het project pREGnant als onderdeel van TIS, maar de aantallen en dekking is nog onvoldoende om daarvan resultaat met voldoende zeggingskracht te verwachten in een geval als deze waarin er sprake is van zeer veel potentieel interacterende risicofactoren.

Zaak 200.081.131

A1
Deskundigenverslag

D2' 9 / Bijlage Ad 6.3

4.

- 4.1. In hoeverre kan worden aangenomen dat de door medicatie de afwijkingen van $\geq$ heeft veroorzaakt?

9

voorgeschreven

- 4.2. Wilt u hierbij ingaan op:

- a. de overige medicatie (onder andere: Trandate® en Emesafene®) die tijdens de zwangerschap heeft gebruikt;

A1

Als in het voorgaande aangegeven is er geen goed oordeel mogelijk over een mogelijke rol van de combinatie van de vier middelen inclusief clomipramine en clonazepam (=vijf stoffen) vanwege het ontbreken van enige laat staan voldoende gegevens van vergelijkbare zwangerschappen met blootstellingen aan de afzonderlijke stoffen en de verschillende relevante combinaties. Ook zijn theoretische voorspellingen op basis van wel beschikbare kennis niet mogelijk.

- b. de mogelijke invloed van de psychiatrische problematiek waarmee zij destijds kampte; Een directe transplacentaire invloed is niet uit te sluiten. Bijvoorbeeld kan gedacht worden aan transplacentaire factoren als gevolg van stresshormonen etc. Het blijft echter bij hypothesen omdat met de huidige onderzoeksgegevens geen goed onderscheid is te maken tussen de invloeden van genetische, transplacentaire en medicatiefactoren; het zijn geen onafhankelijke risicofactoren; en gecontroleerde studies kunnen en zullen niet gedaan worden vanwege medische ethische bezwaren, kosten en methodologische beperkingen.

- c. de mogelijke invloed van fibromyalgie; Geen aanwijzingen gevonden dat fibromyalgie oorzaak zou zijn van de ontwikkelingsstoornissen, zij het dat er slechts één studie met min of meer relevante data beschikbaar is. Overigens is volgens die studie fibromyalgie geassocieerd met zowel hypertensie als depressie.

- d. de overige omstandigheden tijdens de zwangerschap, waaronder de hypertensie, de pre-eclampsie, de prematuriteit en de placenta-afwijkingen? Zie voorgaande beschouwingen.

5.

- 5.1. Zijn er nog andere punten waarvan het hof dient kennis te nemen bij de beoordeling van deze zaak?

Met de kennis diagnostische mogelijkheden van 2016 kan genetisch onderzoek van kind en ouders zinvol zijn om een genetische oorzaak, een genetische risicofactor op te kunnen sporen cq zoveel mogelijk uit te sluiten. Immers, als gesteld in paragraaf 2.2. onder het kopje "Genetische factoren" vergt het stellen van de conclusie "afwijkingen door een mogelijke teratogene blootstelling" dat zo veel als redelijk mogelijk is andere oorzaken i.c. ook genetische oorzaken zijn uitgesloten.

Zaak 200.081.131Deskundigenverslag1/9
DZBijlage Ad 6.3

Op grond van inmiddels enkele jaren ervaring met nieuwe DNA-diagnostiek is er een kans van 50-60% dat met toepassing van een drietal onderzoeken een genetische oorzaak of genetische risicofactor wordt gevonden. Deze onderzoeken betreffen:

- SNP-array waarmee onder andere pathogene en onbekende chromosomale microdeleties en microduplicaties kunnen worden opgespoord (copy number variatons, CNV);
- NGS panels van thans bekende genen betrokken bij mentale retardatie;
- WES onderzoek (kind met ouders in trio) waarmee in principe alle genen van de mens worden onderzocht, inclusief genen met nog onbekende functie.

Toch heb ik gemeend dit onderzoek als onderdeel van de lopende civielrechtelijke procedure niet voor te stellen, en wel op grond van de volgende medisch ethische overwegingen:

- Met dit onderzoek kunnen onverwachte, ongewenste, ongevraagde bevindingen gedaan worden ("bijvangst", waaronder genetische predisposities voor aandoeningen op latere leeftijd, die niet behandelbaar zijn en soms ook kunnen leiden tot problemen bij het afsluiten van kapitaalverzekeringen (hypotheek, leven, arbeidsongeschiktheid).
- Kans op "bijvangst" betreft niet alleen het kind maar kan ook een of beide ouders treffen.
- De kans is vrij klein dat een genetische diagnose op korte termijn direct tot een gerichte behandeling leidt; de ouders zijn dus t.o.v. hun kind niet nalatig als zij het onderzoek nu niet zouden wensen.
- Het vaststellen van een genetische risicofactor en zelfs van een eenduidige genetische oorzaak sluit een nadelige invloed van een eventueel teratogene blootstelling niet uit; er is geen enkele reden om aan te nemen dat een genetische aandoening of risicofactor de betrokken minder vatbaar maakt voor eventuele nadelige invloeden van een prenatale blootstelling op de ontwikkeling; het omgekeerde ligt meer voor de hand, namelijk dat een in aanleg gehandicapt brein gevoeliger is voor teratogene bijwerkingen van stoffen die juist gegeven worden in verband metwerking op datzelfde centrale zenuwstelsel zij het *in casu* dat van de moeder. Dit vindt wellicht een parallel in de grotere kans op neurocognitieve bijwerkingen van psychofarmaca voorgeschreven aan personen met een verstandelijke beperking, in vergelijking met personen zonder een verstandelijke beperking.
- Het afwegen van voor- en nadelen van dit onderzoek is een zaak van autonome besluitvorming van de ouders in het kader van een eventueel zelf gewenste erfelijkheidsadvisering en kan m.i. niet afgedwongen worden in het kader van een civielrechtelijke procedure.

Een meer algemeen aandachtspunt is dat er de komende jaren, decennia, wel snel toenemend inzicht in de rol van genetische oorzaken en risicofactoren zal komen, maar dat vergelijkbare ontwikkelingen op het veel complexere gebied van teratogene oorzaken, risicofactoren, werkingsmechanismen en interactie met genetische factoren pas veel later aan bod zullen komen. Er is sprake van twee verschillende speelvelden die in de tijd niet synchroon lopen.

Zaak 200.081.131A1Deskundigenverslag:

D2

9

Bijlage Ad 6.3**Slotconclusie**

- Er is geen hard of eenduidig bewijs dat in het onderhavige geval het gebruik van een of meer van de onderzochte middelen de (hoofd)oorzaak is van de vrij ernstige retardatie- en gedragsproblematiek.
- Er evenmin bewijs is van het tegendeel, namelijk dat de afwijkingen niet (deels) het gevolg kunnen zijn van de gebruikte medicatie.
- Aanvullend klinisch genetisch onderzoek een kans heeft van 50-60% alsnog een genetische (hoofd)oorzaak op te sporen. Het vaststellen van een dergelijk oorzaak sluit een nadelig (bij)effect van de medicatie echter niet met zekerheid uit.

Concept

7

Dank.

Ik wil in het bijzonder stilstaan
bij mijn begeleider dhr. mr. F.B. Kloppenburg.
Hartelijk dank voor de fijne samenwerking en
de kans die ik bij Groenendijk & Kloppenburg
Advocaten heb gekregen om af te studeren.
Daarnaast wil ik mw. mr. Y.M. Koster en
mw. drs. M. Rietmeijer bedanken voor de
begeleiding die ik heb gekregen vanuit
Hogeschool Leiden.