

DE PRIVAATRECHTELIJKE RECHTSPOSITIE VAN DE PATIËNT

In Europees perspectief

door

Ewoud H. HONDIUS
Hoogleraar Universiteit Utrecht

INHOUD

§ 1. Inleiding

1. Afbakening van het preadvies
2. Wijze van behandeling

§ 2. Nederlands recht

3. WGBO en zelfregulering
4. Aard van de regelgeving
5. Toepasselijkheid van algemene regels
6. Rechtspraak
7. Tuchtcolleges en verzekeringspraktijk
8. Juridisering van de gezondheidszorg

§ 3. Aansprakelijkheid van de individuele arts

9. Casus 1: huisarts verschijnt niet
10. Verkeerde diagnose
11. Twee andere verwijten
12. Schadevergoeding
13. Casus 2: de achterblijvende neurochirurgen
14. Standaard voor medisch handelen

§ 4. Informed consent

15. Casus 3: de niet overeengekomen ingreep
16. Informatie
17. Toestemming
18. Terug naar de casus

§ 5. Aansprakelijkheid voor zaken

19. Casus 4: de afgebroken catheterpunt
20. Verhouding tot produktaansprakelijkheid

§ 6. Aansprakelijkheid voor hulppersonen

21. Casus 5: de anesthesist en het meertafelsysteem
22. Aansprakelijkheid van anesthesist
23. En van ziekenhuis?
24. Casus 6: de vriescoupemethode
25. Uitslag nog onzeker

§ 7. Exoneratiebedingen

26. Casus 7: diverse exoneraties
27. Wettelijke limitering
28. Volledige uitsluiting: algemene voorwaarden
29. Volledige uitsluiting: WGBO
30. Beperking tot verzekeraar bedrag
31. Inspannings- en resultaatsverbintenissen
32. Ziekenhuisverlating op eigen risico

§ 8. Conclusie

33. Primaat van het algemeen deel
34. Geen Amerikaanse uitwassen
35. Naar een patiëntenletselverzekering?

1. Inleiding

1. De patiënt van tegenwoordig heeft het op veel punten beter dan zijn lotgenoten in het verleden. De toegang tot de gezondheidszorg is eenvoudiger geworden; de medische inzichten zijn sterk geëvolueerd; de technische mogelijkheden zijn toegenomen. Ook de rechtspositie van de patiënt is beter dan een jaar of tien geleden het geval was. Dit geldt zowel voor de materieelrechtelijke rechtspositie als voor de handhaving daarvan.

Handhaving van de rechtspositie van de patiënt kan zowel individueel als collectief geschieden. Voor de individuele handhaving(1) is in Nederland onder andere van belang de Klachtwet cliënten zorgsector, die per 1 augustus 1995 in werking is getreden. Voorts kan worden gewezen op art. 6:236 (n) Nederlands Burgerlijk Wetboek (hierna: Ned. BW) dat beperkingen bevat voor onderwerping van geschillen aan bindend advies(2). Ook aan het collectieve klachtrecht wijdt het Ned. BW aandacht. Per 1 juli 1994 geeft art. 3:305a een stichting of vereniging met volledige rechtsbevoegdheid de mogelijkheid om een vordering in te stellen tot bescherming van gelijksoortige belangen van anderen. Voorwaarde is dat de stichting of vereniging statutair deze belangen beschermt(3).

Het valt niet te verwachten dat de collectieve actie de individuele klacht geheel zal verdringen, al is het alleen maar omdat aan het collectieve klachtrecht één belangrijke beperking is verbonden: de stichting of vereniging kan geen schadevergoeding in geld vorderen(4). Een tweede beperking is dat de vereniging niet in rechte kan optreden als het om het belang van één individuele patiënt gaat(5).

(1) Zie W.R. KASTELEIN, Van klagen naar klachtrecht, diss. Universiteit van Amsterdam, tweede druk Arnhem 1994.

(2) Zie hieromtrent mijn bijdrage in dit tijdschrift, 1995, nr. 3 (STORME-nummer).

(3) Eerder had de rechtspraak deze bevoegdheid - althans voor sommige organisaties - erkend. Het zijn vooral organisaties van artsen, zoals de Landelijke Specialisten Vereniging, die hier baanbrekend werk hebben verricht - zie over het collectief actierecht in het algemeen N. FRENK, Kollektieve akties in het privaatrecht, diss. Utrecht, Deventer 1994.

(4) Een warm pleidooi vóór toekenning van de mogelijkheid om in een collectieve actie schadevergoeding te vorderen, vinden we bij FRENK, o.c. (vorige noot), blz. 283-312.

(5) Aldus reeds Hof Arnhem 16 januari 1990, *NJ* 1990, 470, *TGR* 1990, blz. 167 in de Stinissen-zaak. De Nederlandse Patiënten Vereniging werd door het Hof het recht ontzegd om in rechte op te treden met betrekking tot de medische behandeling van individuele patiënten. Ook de individuele vordering van mevrouw Stinissen tot stopzetting van het kunstmatig in leven houden van haar echtgenoot werd afgewezen - Hof Arnhem 31 oktober 1989, *NJ* 1989, 909, *TGR* 1990, blz. 79. Deze zaak van een patiënt die al vijftien jaar in coma was, is natuurlijk uitzonderlijk.

Ondanks deze beperkingen wordt verwacht(6) dat collectieve acties in de gezondheidszorg in belang zullen toenemen(7). Ook in Europees perspectief neemt het belang van collectieve acties toe. Van alle in het Groenboek 'De consument en zijn verhaalsmogelijkheden en de beslechting van consumentengeschillen in de interne markt'(8) genoemde mogelijkheden zijn het juist de collectieve acties die momenteel door de Europese Commissie nader worden onderzocht.

Dit preadvies zal slechts op de materieelrechtelijke positie van de patiënt ingaan. Het individuele noch het collectieve klachtrecht komen, behalve in de conclusies, aan de orde. Deze onderwerpen zijn te belangrijk om in enkele alinea's te worden afgedaan en rechtvaardigen een afzonderlijke behandeling. We moeten er bij het navolgende echter steeds op bedacht zijn, dat het welslagen van een regeling van de rechtspositie van de patiënt in belangrijke mate van de processuele rechtspositie afhankelijk is.

2. Het preadvies plaatst de materieelrechtelijke rechtspositie van de patiënt in een Europees perspectief. De aanleiding hiertoe is de volgende. Meer en meer ondergaat het privaatrecht(9) – en dus ook het privaatrechtelijk gezondheidsrecht(10) – de invloed van Europese regelgeving. Bekend is de richtlijn produktenaansprakelijkheid, die thans in nagenoeg alle lidstaten is geïmplementeerd(11). Nu worden produkten in hun economische betekenis geleidelijk overvleugeld

(6) J.K.M. GEVERS, *TGR* 1990, p. 361.

(7) Een voorbeeld van een reeds eerder door de rechtspraak toegestane collectieve actie is Pres. Rb. Assen 30 september 1992, *KG* 1992, nr 350, *TGR* 1993, blz. 48: de patiëntenraad van een psychiatrische inrichting, hoewel geen rechtspersoon, werd ontvankelijk geacht in haar vordering tot verbod van uitvoering van een besluit van de directie om in een aantal verkooppunten in de inrichting geen tabaksprodukten meer te verkopen. Men bedenke dat we het nu uitsluitend hebben over de vraag of de stichting of vereniging in haar eis wordt ontvangen, niet over de vraag of de vordering zal worden toegewezen. In het geval van de tabaksprodukten bijv. werd de vordering afgewezen.

(8) COM (93) 576.

(9) E.H. HONDIUS en L.A.D. KEUS, *Preadviezen Vereniging voor burgerlijk recht en Nederlandse vereniging voor Europees recht*, Lelystad 1993, waarover L. WIGGERS-RUST, *NTBR* 1995/8.

(10) H.D.C. ROSCAM ABBING, *Patiënt en gezondheidszorg in het recht van de Europese Gemeenschap*, preadvies Vereniging voor gezondheidsrecht 1993.

(11) Alleen Frankrijk heeft nog niet aan de verplichting tot implementatie voldaan. Hieraan is debet het schandaal van de aids-besmetting met besmette bloedprodukten, dat de omzetting van de richtlijn tot een brisante politieke kwestie heeft gemaakt. Zie omtrent de aansprakelijkheid voor bloedprodukten C.J.J.M. STOLKER, *NJB* 1995, blz. 685-695.

door diensten(12). In 1991 heeft de Europese Commissie daarom ter aanvulling op de richtlijn produktenaansprakelijkheid een voorstel voor een richtlijn inzake dienstenaansprakelijkheid gepubliceerd(13). Dat voorstel is in 1994 ingetrokken(14), nadat er van veel zijden kritiek op was gekomen(15). Het onderwerp is echter niet geheel van de Europese agenda. Onderzocht wordt thans of voor enige sectoren, waaronder de medische sector, afzonderlijke richtlijnen dienen te worden voorbereid. Reeds is voorgesteld om hierbij de nieuwe regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst in Nederland als leidraad te kiezen(16).

Of deze regeling werkelijk zo ideaal is, kan worden getoetst door deze te vergelijken met andere rechtsstelsels. In dit preadvies zal een eerste aanzet worden gegeven voor de toetsing aan het recht van België, en in bescheiden mate ook aan dat van enige andere Europese rechtsstelsels(17). Een eerste aanzet, want een uiteindelijk oordeel zal slechts aan de hand van meer informatie tot stand kunnen komen.

De vergelijking van de rechtspositie van de patiënt in België en Nederland zal geschieden aan de hand van een zevental casusposities, die in vijf rubrieken zijn ondergebracht: aansprakelijkheid van de individuele arts (§ 3), 'informed consent' (§ 4), aansprakelijkheid voor zaken (§ 5), aansprakelijkheid voor hulppersonen (§ 6) en exonерatie (§ 7). Het preadvies wordt afgesloten met een conclusie (§ 8).

(12) B. GILCHER, *Produkthaftung für Dienstleistungen*, Kehl/Strasbourg/Arlington 1994, blz. 7.

(13) Publikatieblad EG 1991, C 12/8.

(14) COM (94) 260.

(15) Vooral de voorgestelde omkering van de bewijslast is menig hulpverlener in het verkeer keelgat geschoten. Van consumenten/patiëntenzijde werd gesteld dat omkering van de bewijslast zich slecht verdraagt met de risico-aansprakelijkheid van het zusje van de ontwerp-richtlijn: de richtlijn produktenaansprakelijkheid. Juristen ten slotte hadden grote moeite met de gebrekkige wetgevingstechniek van het voorstel.

Met betrekking tot dit laatste punt is het signaleren waard dat de zgn. werkgroep-Koopmans op 22 juni 1995 een rapport over de kwaliteit van Europese regelgeving heeft uitgebracht. De Nederlandse regering heeft de voorstellen van de werkgroep positief ontvangen (brief dd. 11 juli 1995 van de minister van justitie aan de Tweede Kamer, nr 506720/95/6). De staatssecretaris van buitenlandse zaken zal ze inbrengen in het overleg dat momenteel wordt gevoerd ter voorbereiding van de grote intergouvernementele conferentie over de Europese Unie.

(16) Advies over de ontwerp-richtlijn uitgebracht door de voormalige Nationale Raad voor de Volksgezondheid (Publikatie 19/1991).

(17) De volgende handboeken geven een vergelijkend overzicht: E. DEUTSCH, H.L. SCHREIBER, *Medical Responsibility in Western Europe*, Berlin 1985; D. GIESEN, *International Medical Malpractice Law, A Comparative Law Study of Civil Liability Arising from Medical Care*, London 1988; T. VANSWEEVELT, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, diss. Antwerpen, Antwerpen/Apeldoorn/Brussel 1992; en H.J.J. LEENEN, S. GEVERS, G. PINET, *The Rights of Patients in Europe, A Comparative Study*, Deventer 1993.

De zeven casusposities zijn in overleg tussen beide preadviseurs gekozen. Zij letten vooral op de relatie tussen patiënt en hulpverlener. Het is deze relatie die in dit preadvies voorop staat; incidenteel zal daarnaast ook de relatie tussen patiënt en ziekenhuis aan de orde komen. In de gezondheidszorg zijn er nog andere relaties waarbij de patiënt betrokken is. Te noemen valt de verhouding van de patiënt tot een ziekenfonds (zorgverzekeraar) of een verzekeringsmaatschappij. Deze verhoudingen komen in dit preadvies niet aan de orde. Evenmin zullen de relaties tussen hulpverleners onderling worden besproken, ofschoon deze indirect wel van belang kunnen zijn voor de (rechts)-positie van de patiënt(18).

Bij mijn bespreking zal ik vooral algemene civielrechtelijke noties betrekken; voor een meer gezondheidsrechtelijke benadering verwijs ik naar het preadvies van VANSWEEVELT.

Alvorens de vijf casus aan bod komen, zal ik ten gerieve van de Belgische lezer kort op het Nederlandse recht ingaan (§ 2).

2. Nederlands recht

3. Op 1 april 1995 is in Nederland een wettelijke regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO) in werking getreden. De nieuwe regeling bevat vooral bepalingen over de rechtspositie van de patiënt(19). Alvorens de wet werd ontworpen is gediscussieerd over de vraag of een wettelijke regeling voor deze rechtspositie wel wenselijk is. Zo er al een regeling moest komen, dan was

(18) In Nederland was het overlijden van enige baby's als mogelijk gevolg van ruzie in een gynaecologenmaatschap vorig jaar een veel besproken zaak.

(19) Het merendeel van de reacties van juristen op de indiening van het wetsvoorstel was positief. Zo concludeerde H.J.J. LEENEN, *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 1990, p. 1805, 1811 dat 'het voorstel als geheel een positieve waardering [verdient]'. B. SLUITERS, *WPNR* 1990, nr 5982 juichte de introductie van een nieuw bijzonder contract in het Ned. BW toe. Het NJCM sprak in *NJCM-bulletin* 1990, p. 795 zelfs van 'een uniek wetsvoorstel'. Alleen S.C.J.J. KORTMANN tekende in *WPNR* 1990, nr. 5982 bezwaar aan. In zijn ogen is er geen behoefte aan wettelijke regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst als species van de overeenkomst van opdracht. De wetgever kan zijns inziens volstaan met de regeling van de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis en eventueel van de positie van de minderjarige met betrekking tot zijn persoonlijkheidsrechten. Zie hiertegen H.J.J. LEENEN, *TGR* 1991, blz. 126.

De weinige medici die over de wettelijke regeling schreven zijn minder enthousiast – zie b.v. J.B. MAATHUIS, *De WGBO/Weinig doeltreffende en slecht hanteerbare symboolwetgeving*, in: W.R. KASTELEIN, C. SPREEUWENBERG (red.), *Van aansprakelijkheid tot ziekteverzuim: artsen en juristen over wetgeving in de gezondheidszorg*, Houten/Diegem 1995, blz. 45-48.

het de vraag of deze van bestuursrechtelijke (via vergunningsvoorwaarden), strafrechtelijke (inbreuk op het menselijk lichaam) danwel privaatrechtelijke aard diende te zijn. En toen men zich eenmaal voor privaatrechtelijke wetgeving had uitgesproken, was er nog de vraag of onrechtmatige daad, contract of een zelfstandige rechtsfiguur het meest aangewezen was(20).

Van deze vragen wil ik eerst de relatie tussen wetgeving en zelfregulering aanstippen. Het is al lang traditie dat de standsorganisaties van artsen gedragsregels opstellen waaraan de individuele beroepsbeoefenaren geacht worden zich te conformeren. Kan met deze zelfregulering niet worden volstaan?

Hiertegen pleit dat aan zelfregulering enige nadelen zijn verbonden. In de eerste plaats is er het nadeel dat zelfregulering veelal eenzijdig tot stand komt. Veelal, niet steeds. Vooruitlopend op de WGBO hebben in 1990 het toenmalige Landelijk Patiënten/Consumenten Platform en de Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst een modelregeling arts-patiënt gepubliceerd. Deze regeling geeft nader inhoud aan de rechten en plichten van arts en patiënt.

Het belang van de modelregeling is dat zij een brug slaat tussen de gedragsnormen van de standsorganisaties en contractuele gebondenheid. Tot dusver kon men bij de invulling van de zorg van een goed hulpverlener 'denken', zoals de Memorie van Toelichting bij de WGBO het uitdrukt, aan de gedragsregels van de KNMG en andere beroepsorganisaties, de adviezen van de Gezondheidsraad, de erkenningseisen van ziekenhuizen, een en ander nader uitgewerkt in de tuchtrechtspraak. Maar allerm minst stond vast dat hieruit voor de patiënt rechten voortvloeiden. Er diende eerst nog een vertaalslag naar de overeenkomst tussen patiënt en arts/ziekenhuis te worden gemaakt. De modelregeling zorgt voor deze vertaalslag. De verplichtingen van arts en ziekenhuis zijn uit de sfeer van de gedragsregels gehaald en in civielrechtelijk afdwingbare verbintenissen geconverteerd. Tegelijk hebben zij het karakter van tuchtrechtelijk toetsbare gedragsregels behouden.

Een tweede nadeel van zelfregulering is dat de niet-aangesloten beroepsbeoefenaar er niet rechtstreeks aan gebonden is. Indien we hem gebonden willen houden, zullen we ervan moeten uitgaan dat het zich

(20) Zie hieromtrent J.A.M. STRENS-MEULEMEESTER, Past de Wgbo in het systeem van het algemeen vermogensrecht?, *NTBR* 1995, blz. 85-93.

niet houden aan gedragsregels onzorgvuldig is jegens de patiënt. Niet steeds zal deze conclusie gerechtvaardigd zijn. Het blijft daarom wenselijk om tenminste voor de opvang van gevallen waarin zelfregulering niet voorziet, een wettelijke regeling tot stand te brengen. Het voorgaande is geen betoog tegen zelfregulering, maar tegen uitsluitend zelfregulering. Zelfregulering aangevuld door wetgeving kan een zeer nuttige rol spelen, vooral omdat zij de betrokkenheid van het veld bij de regelgeving sterk vergroot.

4. Als er – mede – een wettelijke regeling komt, wat voor een regeling moet dat dan zijn: bestuurs-, privaat- of strafrechtelijk? Bestuursrechtelijke regelgeving is in het geval van de ziekenhuizen weinig effectief gebleken, waar het de toekenning van patiëntenrechten betreft. De patiënt die zich bijv. zou beroepen op de in een erkenning van een ziekenhuis neergelegde verplichting tot het invoeren van een klachtenregeling heeft daarmee nog geen klachtenregeling. Het is zelfs de vraag of de patiënt wel kan klagen wegens niet-inachtneming van de aan een vergunning verbonden voorwaarde. Voorts lijkt de noodzaak om ook de uitoefening van de geneeskunst door individuele artsen aan een vergunning te gaan verbinden weinig aantrekkelijk. Even onaantrekkelijk als de strafrechtelijke benadering, die in Nederland als ultimum remedium wordt gezien.

Eenmaal gekozen voor het privaatrecht, rijst nog de vraag welke vorm de gekozen regeling dient te krijgen. De wetgever heeft gekozen voor de vorm van een bijzondere overeenkomst. Die vorm heeft het nadeel dat zij soms een wat gewrongen indruk maakt: niet iedere patiënt (wilsonbekwame, bewusteloze) kan zijn wil bepalen, gecontracteerd wordt niet steeds door de patiënt zelf (maar door zijn ouder of werkgever), anders dan een gewone overeenkomst kent de WGBO vrijwel louter rechten voor de patiënt en plichten voor de hulpverlener⁽²¹⁾. Niettemin lijkt de keuze voor een contract gelegitimeerd door het zelfbeschikkingrecht dat juist in het toestemmingsvereiste voor een overeenkomst gestalte krijgt.

(21) Daarentegen kent de Modelregeling bij wege van compensatie ook aan de hulpverlener een aantal rechten toe: art. 8 – recht op privacy (dit recht van de arts is overigens bij wege van compromis niet in de tekst van art. 8 maar in de 'toelichting' opgenomen); art. 9 – recht op informatie en medewerking door de patiënt; art. 14 – kostenbeheersing (dit is vooral van belang jegens het ziekenhuis dat aan budgetbewaking moet doen); art. 39 – tijdige betaling; art. 43 – ondertekening van een verklaring bij beëindiging van de overeenkomst tegen het advies van de arts in.

5. De WGBO heeft geen exclusieve rechten op de regeling van de rechtspositie van de patiënt. Met name met betrekking tot de aansprakelijkheid geldt voor de relatie tussen patiënt en hulpverlener ook en vooral het algemeen deel van het vermogensrecht. Wil de patiënt de hulpverlener aansprakelijk stellen voor zijn schade, dan kan hij dat in hoofdzaak op twee gronden doen. De eerste mogelijkheid bestaat hierin dat hij de hulpverlener het maken van een fout verwijt waarvoor deze uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk is. De tweede mogelijkheid is om uit overeenkomst te ageren. Het verschil tussen deze twee mogelijkheden is naar Nederlands recht niet groot meer. Vaak kan in het midden blijven wat precies de basis van de vordering is, omdat de toepasselijke deelregels toch dezelfde zijn.

Gemeenschappelijk zijn onder andere de regels inzake de schade (berekening, expertisekosten, causaal verband, enz.) van afdeling 6.1.9 Ned. BW. Uiteenlopend zijn de regels over ontstaan en niet-nakoming. Zo lopen de regels inzake aansprakelijkheid voor zaken uiteen al naar gelang het om contractuele danwel buitencontractuele aansprakelijkheid gaat(22).

Een licht afwijkend regime geldt indien de hulpverlener aansprakelijk wordt gehouden uit hoofde van gebrekkige zaakwaarneming – art. 6:198-202 Ned. BW(23).

6. Naast wetgeving en zelfregulering is voor de ontwikkeling van het gezondheidsrecht tegenwoordig de rechtspraak van veel gewicht. Zo is jarenlang in de gezondheidsrechtelijke literatuur gestreden over de vraag aan de hand van welke maatstaf het handelen van geneeskundigen moet worden getoetst. Is de gemiddelde, dan wel de goede vakgenoot de toetssteen? Het arrest SPEECKAERT/GRADENER(24) maakt aan alle twijfels een einde: maatstaf is de 'zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend specialist mag worden verwacht'.

(22) ASSER-VRANKEN, Algemeen deel, Zwolle 1995, nr 129, die het onderscheid betreurt, wijst op de bizarre situatie dat de aansprakelijkheid bij de uitvoering van een verbintenis minder ver reikt dan die delictuele aansprakelijkheid.

(23) Van zaakwaarneming kan sprake zijn indien een hulpverlener zich de belangen van een bewusteloze patiënt aantrekt. Onder het oude recht was zaakwaarneming voor de hulpverlener een weinig aantrekkelijke rechtsfiguur omdat zij hem niet toestond voor bewezen diensten een honorarium in rekening in te brengen. Onder het huidige BW van 1992 is dit anders – art. 6:200 lid 2. Maar ook onder de nieuwe wet lijkt de zaakwaarneming geen lang leven beschoren. De WGBO zal namelijk ook gaan gelden voor bewusteloze patiënten; voor de werking van de zaakwaarneming blijft dan weinig terrein over.

(24) HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26.

De WGBO is op dit punt zeer beknopt:

„De hulpverlener moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen”.

De zojuist genoemde Modelregeling arts-patiënt bevat een meer uitgewerkte regeling. Art. 11 van deze regeling bepaalt dat de arts er voor zal zorgdragen, voor zover dat zijn verantwoordelijkheid is, gebruik te maken van deugdelijke en geschikte materialen en middelen. Art. 12 verplicht in geval meer artsen bij de behandeling zijn betrokken tot aanwijzing van één arts als contactpersoon. Art. 14 verplicht tot kostenbeheersing. Art. 27 beoogt de bereikbaarheid van de arts te waarborgen. Art. 29 e.v. geven regels voor de overdracht van een praktijk. Art. 32 verplicht de arts om voor een adequate waarneming te zorgen. Art. 36 geeft de patiënt recht op een second opinion. Art. 38 verplicht de arts tot specificatie van zijn declaraties.

7. Behalve de rechtspraak in civiele zaken is ook de tuchtrechtspraak van belang. Dat belang is met name hierin gelegen dat de tuchtrechtspraak een rijke casuïstiek oplevert⁽²⁵⁾. Hoe is precies het verband tussen tuchtrechtspraak en civielrechtelijke aansprakelijkheid? Zowel de WGBO als de modelregeling van KNMG/LPCP verplichten de hulpverlener zich op te stellen als een goed hulpverlener. Vanwege de verplichting om zich als een goed hulpverlener te gedragen, zullen veel tuchtrechtelijk gehandhaafde regels mede in de relatie met de patiënt gelden. Wel dient men er steeds op bedacht te zijn dat de normen waaraan de tuchtrechter toetst andere normen zijn dan die welke in het privaatrecht gelden.

Voor de praktijk van het aansprakelijkheidsrecht in de gezondheidszorg is voorts van belang hoe verzekeringsmaatschappijen zich op-

(25) Een algemeen overzicht van tuchtrechtspraak geeft J.K.M. GEVERS, E.H.L.M. RANDAG, *De rechter en het medisch handelen*, tweede druk Deventer 1991. Op bepaalde specialisaties gericht zijn M.E.F. HEINEMAN, J.H. HUBBEN, *De anesthesioloog in de medische tuchtrechtspraak 1975-1992*, tweede druk Nijmegen 1994; M.E.F. HEINEMAN, J.H. HUBBEN, *De gynaecoloog in de medische tuchtrechtspraak 1980-1992*, Nijmegen 1994; M.E.F. HEINEMAN, J.H. HUBBEN, *De huisarts in de medische tuchtrechtspraak 1982-1993*, Lelystad 1995 (dit boek bevat merkwaardigerwijs uitsluitend uitspraken waarin huisartsen worden veroordeeld, hetgeen per definitie een eenzijdig beeld geeft).

stellen. De afgelopen jaren is onderzoek verricht naar deze praktijk, zowel in het algemeen(26) als met betrekking tot bepaalde claims(27). Sommige maatschappijen hebben in de loop der jaren vaste commissies ingesteld die de maatschappij adviseren over aansprakelijkheidskwesties(28). Bij gebrek aan publiciteit kan aan deze adviezen echter geen externe precedentwerking worden toegekend.

8. De belangstelling voor de relatie tussen patiënt en hulpverlener is groeiende. De toegenomen belangstelling is mede ingegeven door de juridisering van deze relatie. Het is nog niet zo lang geleden dat de vraag kon worden gesteld of het een rechter wel is toegestaan te oordelen over medische kwesties. In zijn Antwerpse dissertatie 'De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis' noemt VANSWEEVELT verscheidene redenen voor de terughoudendheid van weleer:

„Allereerst mengden de rechtbanken zich liever niet in wetenschappelijke vraagpunten. Bovendien was een beroep op colleges van deskundigen toen nog niet zo verbreid als nu. Daarenboven wilde men de ontwikkelingen van de medische wetenschap niet afremmen door de geneesheren voor al hun fouten aansprakelijk te stellen”(29).

Thans lijkt aan de rechterlijke terughoudendheid een einde te zijn gekomen. De vraag kan zelfs worden gesteld of de balans niet naar de andere kant doorslaat. Is de aansprakelijkheid nog wel te verzekeren en krijgen we niet te maken met 'defensive medicine'? In de Van der Mijn-bundel bepleit CASPARIE terughoudendheid tegenover juridisering. Aan het einde van dit preadvies zal echter worden gesteld dat in België en Nederland van 'Amerikaanse toestanden' geen sprake is en dat deze ook niet te verwachten zijn. Maar genoeg inleidende beschouwingen – het woord is thans aan de praktijk.

(26) Zie de publikaties van L.G. ANGENT en J.H. HUBBEN, *Medische schadeclaims in Nederland 1980-1990*, Nijmegen: Katholieke Universiteit 1992; L.G. ANGENT, J.H. HUBBEN, *Onderzoek naar de afwikkeling van medische schadeclaims in Nederland 1980-1990/Toepassing van een geschillencommissie bij zaak- en letselschade in de Nederlandse gezondheidszorg*, Nijmegen: Katholieke Universiteit 1992, alsmede het opstel 'Civiele rechter en medische schadeclaims' van J.H. HUBBEN, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst/Tekst en analyse van het wetsvoorstel*, LEENEN-bundel, Lochem 1990.

(27) P.C.M. HABETS, *Schadeclaims naar aanleiding van mislukte sterilisaties: een dossieronderzoek*, TGR 1995, blz. 266-275.

(28) Een voorbeeld is de Commissie Advisering Medische Aansprakelijkheid van de verzekeringsmaatschappij Centraal Beheer. De adviezen van deze commissie zijn door de maatschappij steeds gevolgd – zie mijn bijdrage 'Geschillenbeslechting in de gezondheidszorg/De Commissie van Advies Medische Aansprakelijkheid, in: Een A-typisch geval (Berger-Bos bundel), Utrecht 1995, blz. 53-59.

(29) VANSWEEVELT (1992), p. 45.

3. Aansprakelijkheid van de individuele arts

9. Casus 1 Een huisarts wordt om middernacht telefonisch gecontacteerd door een patiënte die klaagt over misselijkheid, buikpijn en neiging tot flauwvallen. De huisarts begeeft zich ter plaatse, stelt als diagnose indigestie en dient een inspuiting toe. Enkele uren later, om 4 uur in de ochtend, wordt hij opnieuw opgebeld, ditmaal door de man van de patiënte. De toestand van de patiënte is verergerd: zij moet braken en heeft ernstige ademhalingsstoornissen. De arts weigert langs te komen. Bij een volgende oproep rond 8.30 uur staat de arts klaar om zijn raadplegingen aan te vatten. Daarom stelt hij voor dat de man eventueel zijn vrouw naar het ziekenhuis overbrengt. In het ziekenhuis wordt een gerupteerde extra-uteriene zwangerschap vastgesteld waaraan de vrouw overlijdt.

10. Een drietal verwijten valt de arts in deze casus mogelijkerwijs te maken: hij heeft een verkeerde diagnose gesteld, hij heeft geweigerd andermaal een bezoek af te leggen en hij heeft bij de derde oproep nagelaten om meer dwingende maatregelen te adviseren. Hoe oordeelt de Nederlandse rechter over deze klachten? Bestudering van de rechtspraak leert dat het vrijwel uitsluitend de tuchtrechter is die zich over verwijten als deze uitsprekt. Over verkeerde diagnoses bestaan vele uitspraken; zij variëren van de uitspraak 'men mag van artsen niet verlangen dat zij onfeilbaar zijn'(30) tot die dat een arts in geval van een onjuiste diagnose tuchtrechtelijk slechts vrijuit gaat bij 'aandoeningen waarvan de diagnose moeilijk te stellen valt, of die zo zeldzaam zijn dat de betrokken arts redelijkerwijs geen verwijt kan worden gemaakt, dat hij de ware aard van de aandoening niet heeft onderkend'(31). Even aannemende dat de tuchtrechter de arts zal veroordelen, rijst de vraag welke civielrechtelijke gevolgen dit heeft. Een auteur waarschuwt ons dat we moeten oppassen met het zonder meer overzetten van tuchtnormen naar het civiele recht(32). In dit geval lijkt wanprestatie ('toerekenbare tekortkoming' in de terminologie van het Ned. BW) wel aanwezig. Indien tuchtrechtelijk laakbaar is gehandeld, zal dit gewoonlijk aansprakelijkheid meebrengen.

(30) Medisch tuchtcollege 's-Gravenhage 26 november 1975, *Medisch Contact* 1976, blz. 1517.

(31) Centraal medisch tuchtcollege 10 mei 1979, *TGR* 1980, blz. 109.

(32) R.P.J.L. TITTES, Samenloop van tuchtrecht, strafrecht en privaatrecht bij beroepsaansprakelijkheid, *AA* 1995, blz. 102-109.

10. Geldt dit ook voor het tweede verwijt: het niet bezoeken van de patiënt? Uit de geheel tuchtrechtelijke jurisprudentie mag worden afgeleid dat de arts die dringend om hulp wordt gevraagd deze in de regel moet verlenen en daartoe, indien nodig, naar de patiënt moet gaan(33). De weigering om voor een tweede keer te komen is vermoedelijk ook in strijd met art. 27 lid 2 Modelregeling arts-patiënt. Uit de wettelijke regeling van de geneeskundige behandelingsovereenkomst kan nog het aanvullende argument worden geput dat door het eerste bezoek een contractuele relatie is ontstaan(34). Dus ook hier is aansprakelijkheid denkbaar.

Dat geldt niet voor het derde verwijt: De vraag of de huisarts om 8.30 uur zelf een ambulance had moeten bellen komt reeds daarom niet aan de orde, omdat niet blijkt dat het overlijden hieraan te wijten is. Uit de casus blijkt met andere woorden niet het causaal verband tussen de gestelde onrechtmatigheid en het overlijden.

Hierboven heb ik de drie verwijten afzonderlijk behandeld. Verdedigbaar is echter ook om ze gezamenlijk te bespreken(35)

Zo de (niet-)hulpverlener aansprakelijk is, hebben de in art. 6:108 Ned. BW bedoelde nabestaanden – echtgenoot, samenwonende partner, minderjarige en onder omstandigheden ook andere bloed- of aanverwanten – een aanspraak op schadevergoeding. De aanspraak is echter beperkt tot de kosten van lijkbezorging en het derven van levensonderhoud, waaronder mede begrepen de kosten van vervangende huishoudelijke hulp. Ter discussie staat de vraag of laatstgenoemde kosten alleen voor vergoeding in aanmerking komen als zij daadwerkelijk worden uitgegeven danwel mede indien de overblijvende gezinsleden zelf de verloren gegane arbeidskracht van de overleden moeder opvangen(36).

(33) J.K.M. GEVERS, *De rechter en het medisch handelen*, tweede druk Deventer 1991, blz. 73-78. M.E.F. HEINEMAN en J.H. HUBBEN, *De huisarts in de medische tuchtrechtspraak 1982-1993*, Lelystad 1995, blz. 41-97 vermelden tientallen uitspraken van tuchtcolleges waarin huisartsen worden veroordeeld wegens het niet desgevraagd afleggen van een visite (eerder meldde ik al dat deze bron een eenzijdig beeld geeft doordat – uit overwegingen van ruimtebesparing! – uitsluitend veroordelende uitspraken zijn opgenomen).

(34) Dit resultaat kan ook langs andere weg worden bereikt: 'Vooropgesteld moet worden dat de arts door de acceptatie van de telefonische hulpvraag door V en door het daarop geven van een medisch advies, de verantwoordelijkheid voor de medische behandeling van klager op zich heeft genomen' – Medisch tuchtcollege Amsterdam 1 februari 1982, *TGR* 1983, nr 42.

(35) Zo achtte het College voor Medisch Tuchtrecht Eindhoven, *TGR* 1992, blz. 40 een verkeerde diagnose in combinatie met het niet afleggen van een visite en het niet doorverwijzen naar een specialist verwijtbaar.

(36) Losbladige Schadevergoeding (Bolt) art. 108, aant. 19.4.

12. Kan de man van de overleden patiënte uit eigen hoofde vergoeding van smartegeld claimen? Kort geleden nog zou deze vraag vermoedelijk niet aan de orde zijn gesteld. Een recent vonnis van de Rb. Amsterdam⁽³⁷⁾ is aanleiding dit toch te doen. Wat was het geval? Bij de ziekenhuisopname van een 4 maanden oude baby werden fouten gemaakt, die resulteerden in een ernstige hersenbeschadiging. De Rechtbank besliste verrassend dat het ziekenhuis niet alleen onrechtmatig had gehandeld jegens de baby, maar ook wanprestatie had gepleegd jegens de ouders. Het argument dat de ouders bij de behandelingsovereenkomst niet *pro se* partij waren, maar optraden als vertegenwoordigers van hun minderjarige zoon, werd verworpen op grond dat de ouders de overeenkomst hadden gesloten mede ter voldoening aan hun wettelijke opvoedingsplicht en omdat zij een zelfstandig belang hebben bij een gezond kind. Aan elk van de ouders werd een smartegeld van f 50 000 (BF 1 000 000) toegekend. Hoewel de uitspraak sympathiek lijkt, is zij mijns inziens in strijd met het systeem van het Ned. BW en moet zij daarom worden afgewezen. *Waarom wel smartegeld voor de ouders van een patiënt en niet voor die van een verkeersslachtoffer (dit wordt uitdrukkelijk uitgesloten door art. 6:108 Ned. BW)?*

13. *Casus 2 Bij een neurochirurgische operatie ontstaat letsel doordat het operatieniveau foutief wordt gelokaliseerd. De lokalisatie is geschied door palpatie, zonder radiologische controle. Deze methode leidt in 0,5 à 5% van de operaties tot een foutieve lokalisatie. (Nage-noeg) alle neurochirurgen in het land hanteren deze methode, die ook wordt voorgeschreven door de nationale neurochirurgenvereniging. In Duitsland wordt al ruim tien jaar radiologische controle met een naald toegepast. In Denemarken, Groot-Brittannië en Zweden wordt een kleurstofmethode gebruikt. Deze methodes leiden tot aanzienlijk minder foutieve lokalisaties.*⁽³⁸⁾

14. Deze casus stelt ons voor de vraag aan de hand van welke standaard de verrichting van de hulpverlener moet worden getoetst: die van de gebruikelijke zorg of die van een redelijk bekwaam c.q. goed hulpverlener. Art. 7:453 Ned. BW heeft voor laatstgenoemde norm geopteerd, in aansluiting op de eerdere jurisprudentie van de Hoge Raad en in afwijking van de Engelse rechtspraak. In Enge-

(37) Rb. Amsterdam 5 juli 1995, *NJkort* 1995, 35.

(38) De casus is ontleend aan een kwestie die is voorgelegd aan de CAMA (zie noot 28 hierboven).

land(39) geldt de *Bolam test*: 'the standard of the ordinary skilled man exercising and professing to have that special skill'(40). Een toepassing van deze maatstaf vinden we in de uitspraak dat gedaagden 'in reaching their decision displayed such a lack of clinical judgment that no surgeon exercising proper care and skill could have reached the same decision'(41). Deze maatstaf geeft de Engelse hulpverlener een grote mate van 'freies Ermessen'(42).

Het Nederlandse standaardarrest SPEECKAERT/GRADENER heeft betrekking op een orthopeed, een hedendaagse Charles BOVARY, met de patiënt GRADENER in de rol van Hypolite(43):

GRADENER heeft zich met intermitterende rugpijnlachten gewend tot SPEECKAERT, orthopaedisch chirurg. Deze heeft een hemisacralisatie van de L5-S1 rechts geconstateerd (een vergroeiing van de vijfde lendewervel aan het heiligbeen) en geconcludeerd dat de pijnklachten daardoor werden veroorzaakt. SPEECKAERT besloot tot operatieve opheffing van de hemisacralisatie door „transversectomie” waarbij de processus transversus voor zover vergroeid aan het heiligbeen zou worden verwijderd. SPEECKAERT heeft deze operatie uitgevoerd op 21 maart 1978. De operatie was zeer moeilijk, zoals door SPEECKAERT voorzien en verliep moeizaam en langdurig. Na deze operatie is er bij GRADENER zeer veel pijn opgetreden. Hij heeft hiervoor vele behandelingen en ziekenhuisopnames ondergaan en tot aan het uitbrengen van het rapport door de deskundige Prof. Dr. H.A.M. VAN ALPHEN op 29 aug. 1984 circa 20 operaties ondergaan.(44)

In cassatie wilde de orthopeed de stelling ingang doen vinden dat het niet aanging hem, werkzaam in een perifeer ziekenhuis, te laten beoordelen door drie hoogleraren. Terecht ging de Hoge Raad niet op deze bede in:

In hetgeen het hof onder a-d en in de daarop volgende alinea heeft overwogen ligt besloten dat het hof tot maatstaf heeft genomen de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend specialist mag worden verwacht. Deze maatstaf is juist.

Voor zover het onderdeel ervan uitgaat dat het hof de kennis en kunde van de drie tot deskundigen benoemde hoogleraren maatgevend heeft geoordeeld, mist het feitelijke grondslag. En voor zover het onderdeel aan het slot stelt dat het hof – marginaal – had moeten toetsen of SPEECKAERT in redelijkheid tot zijn diagnose en de uitvoering van de operatie, gelijk hij deed, had kunnen komen, gaat het uit van een te beperkte opvatting omtrent de taak van de rechter in een zaak als de onderhavige.

(39) In andere *common law* stelsels wordt de Bolam test vrij unaniem verworpen – zie bijv. Rogers v Whitaker, (1992) 67 *Australian Law Journal Reports* 47 (High Court van Australië).

(40) Bolam v Friern Hospital Management Committee, [1957] 2 *All ER* 118, [1957] 1 *WLR* 582.

(41) Hughes v Waltham Forest Health Authority, *Times* 9 november 1990.

(42) Zie bijv. Burgess v Newcastle Health Authority, [1992] 3 *Med LR* 224.

(43) HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26.

(44) Dit is de samenvatting in cassatie.

Het komt erop neer dat er één medische standaard is, en niet een voor academische ziekenhuizen en een andere voor perifere ziekenhuizen(45). Deze standaard wordt toegepast zonder aanzien des persoons: of de arts net is afgestudeerd, onder stress verkeerde, enz.(46). Vertaald naar onze casus rijst de vraag of als een methode, ondanks het feit dat zij internationaal niet meer wordt gehanteerd, nationaal nog wel wordt gebruikt niet eveneens als onzorgvuldig moet worden bestempeld. Ik denk dat men aan deze consequentie niet kan ontkomen. De hier aan de orde zijnde vraag heb ik in abstracto aan enige medische specialisten in Nederland voorgelegd. Velen zeiden mij dat de ontwikkelingen tegenwoordig zo snel gaan, dat zij de door beroepsverenigingen vastgestelde standaarden al gauw als verouderd beschouwen (voorts meenden verschillende specialisten dat beroepsverenigingen zich tegenwoordig meer met de financiële positie van de specialisten bezighouden). Ik meen daarom dat het goed is om ook te toetsen of 'de norm van de (Nederlandse) neurochirurgenvereniging nog wel als de geldende professionele standaard kan worden gezien. Die laatste term is gedurende de parlementaire behandeling aan de SPEECKAERT / GRADENER toets toegevoegd:

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

Het is natuurlijk een zure appel voor de neurochirurg die gewoon de richtlijnen van zijn vakorganisatie opvolgt. Maar hij heeft ook een eigen verantwoordelijkheid en die kan meebrengen dat hij een verouderde handelwijze niet langer hanteert.

(45) In andere rechtsstelsels is hier in het verleden – en wordt soms zelfs nog in het heden – wel anders over gedacht – zie hetgeen VANSWEEVELT schrijft over de aansprakelijkheid van de plattelandsdokter en de Amerikaanse 'locality rule' (preadvies nr 7). De ratio voor deze verschillende behandeling is in de huidige tijd met de veel betere communicatie en de 'globalisering' (een Tilburgse term) van de gezondheidszorg grotendeels komen te vervallen. Sterker: het aanleggen van verschillende criteria leidt tot een indeling in klassen (***) = vaut le détour, enz.). Dit Klassensysteem wordt nog aangescherpt, indien men – zoals in Duitsland reeds het geval is bij ziekenhuizen – van een één-sterren-dokter vergt dat hij de zich aanbiedende patiënt uit hoofde van zijn informatieplicht vertelt dat er twee straten verder een driesterrendokter is gevestigd.

(46) Evenmin als in ons land wordt in Engeland als verweer aanvaard dat de betrokken arts nog maar onlangs is afgestudeerd, in een perifeer ziekenhuis werkzaam is, nog weinig ervaring met de betrokken ingreep heeft, enz. Zoals Lord Justice Mustill het uitdrukt: „To my mind the notion of a duty of care tailored to the actor rather than to the act which he elects to perform has no place in the law of Tort. (...) it would be a false step to subordinate the legitimate expectation of the patient that he will receive from each person concerned with his care a degree of skill appropriate to the task which he undertakes, to an understandable wish to minimise the psychological and financial pressures on hard pressed young doctors' – *Wilsher v Essex Area Health Authority*, [1988] 1 All ER 871.

4. Informed consent

15. *Casus 3 Bij een vier maanden zwangere vrouw wordt de ziekte van Hodgkin vastgesteld. Een radiotherapiebehandeling zou nefast zijn voor de foetus. De patiënte wordt voor de keuze geplaatst: ofwel draagt zij de zwangerschap uit tot zeven maanden en laat zij zich opereren na de bevalling van een prematuur kind, ofwel ondergaat zij onmiddellijk een chirurgische ingreep waarbij een abortus zou worden uitgevoerd.*

De patiënte kiest voor dit laatste, omdat zij het psychologisch niet aan kan om de kwaadaardige ziekte gedurende bijna drie maanden onbehandeld te laten. Tijdens de ingreep gaat de arts ook over tot een appendectomie en tot een bilaterale tubaligatuur (afbinding van eileiders). Beide ingrepen zijn in het belang van de patiënt wier toestand zo ernstig is dat een toekomstige zwangerschap vermeden moet worden, zo stelt de behandelend arts.

De patiënte en haar echtgenoot dagen de arts voor de rechter.

16. Deze casus brengt ons bij twee punten die in de WGBO zijn vastgelegd: informatie en toestemming, oftewel *informed consent*. Art. 7:448 Ned. BW schrijft voor dat de hulpverlener de patiënt moet informeren. Het is van belang dat het recht op informatie thans wettelijk is vastgelegd. Nog altijd zijn er hulpverleners die menen dat nu zij het beste weten hoe de patiënt te behandelen, zij hiervan geen rekenschap behoeven af te leggen. Dit gezegd zijnde blijven er vele vragen te beantwoorden. Hier kunnen deze vragen slechts worden aangestipt; rechtspraak ontbreekt nog veelal.

Wie moet informeren? Is voldoende dat een verpleegkundige inlichtingen verstrekt? Natuurlijk is dat laatste een goede zaak, maar als men de informatie ziet als een opmaat tot de toestemming die de patiënt voor de ingreep moet geven, is op zijn minst mede informatie door de arts gewenst. Dient de informatie mondeling of schriftelijk te worden gegeven? Vanuit het gezichtspunt van de patiënt lijkt een combinatie het meest gewenst. Schriftelijke informatie via brochures is niet steeds voldoende toegesneden op de individuele situatie en ook niet voldoende begrijpelijk voor eenieder. Mondelinge informatie is daarom aan te bevelen, maar ook weer niet als enige methode. Immers veel patiënten zullen door de emoties van het moment niet in staat zijn alle voorlichting in zich op te nemen. Ook vanuit het gezichtspunt van de hulpverlener is er veel te zeggen voor schriftelijke informatie.

Indien later een geschil ontstaat over de vraag of informatie is verstrekt, zal het aan hem zijn om hierover documentatie te verschaffen(47).

Een moeilijk te beantwoorden vraag is hoever de informatie dient te gaan. Indien een patiënt zich bij de huisarts beklaagt over hoofdpijn, dient de arts dan te waarschuwen voor de mogelijkheid van een tumor? Of anders uitgedrukt: hoe groot moet het risico zijn, wil de arts het vermelden? Het is vooral in Duitsland dat hierover een uitgebreide jurisprudentie bestaat. De Duitsers gaan heel ver in het aannemen van een informatieplicht(48). Zo wordt zelfs aangenomen dat een ziekenhuis de plicht heeft de patiënt erop te wijzen dat een elders gevestigd ziekenhuis meer gespecialiseerde apparatuur heeft waarmee betere resultaten kunnen worden bereikt(49).

De Duitse ervaringen leren nog wat anders. De patiënt die er niet in slaagt te bewijzen dat een medische fout is gemaakt, heeft altijd nog een beroep op het niet geven van informatie achter de hand. Dit brengt ons overigens op de interessante vraag welke sanctie er staat op het geven van geen of onvoldoende inlichtingen. Kan de hulpverlener niet stellen dat het letsel ook zou zijn ontstaan als de patiënt wel goed was voorgelicht? Vooral in de Franse jurisprudentie is deze vraag menigmaal aan de orde geweest. Daar oordeelt men dat als de patiënt de mogelijkheid is ontnomen om een keuze te maken ('perte d'une chance') dit in een financiële vergoeding moet kunnen worden vertaald. In Nederland is deze leer voor het eerst in 1942 toegepast, maar nog altijd bestaat verdeeldheid over het leerstuk(50).

Anders dan Duitsland en Frankrijk heeft Engeland ons op het punt van de 'informed consent' weinig te bieden, omdat deze van oorsprong Amerikaanse figuur in Engeland nog niet door de rechtspraak is aanvaard(51).

(47) HR 18 februari 1994, *RvdW* 1994, 60 inzake SCHEPERS/DE BRUIJN, dat voortbouwt op HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 500 inzake TIMMER/DEUTMAN.

(48) Zie C.C.M. NADORP-VAN DER BORG, Het recht van de patiënt op informatie in het Duitse civiele recht. Een voorbeeld?, *TGR* 1995, blz. 2-13.

(49) Zie C.C.M. NADORP-VAN DER BORG, *TGR* 1995, blz. 2-13.

(50) VANSWEEVELT (1992), blz. 377-378; Michel de RIDDER, Kansverlies als schadefactor bij medische aansprakelijkheid, *AA* 1995, blz. 548-554.

(51) *Hills v. Potter*, [1984] 1 *WLR* 641. Zie ook *Sidaway v. Board of Governors of Bethlem Royal Hospital and the Maudsley Hospital*, [1985] *AC* 87, [1985] 1 *All ER* 643, [1985] 2 *WLR* 480. S.A.M. McLean, 'Litigating Disputes in Consent to Medical Treatment: The United Kingdom Position', in S.A.M. McLEAN (red.) *Compensation for Damage/An International Perspective*, Aldershot Hants 1993, blz. 35, 42 ziet in dit laatste arrest enige openingen in de richting van een ontwikkeling van het leerstuk 'informed consent'.

Informatie hoeft niet te worden verstrekt indien de patiënt hier ernstig nadeel van zou ondervinden. Deze zgn. therapeutische exceptie moet met terughoudendheid worden gehanteerd. Onvoldoende is in elk geval om alleen de huisarts van de betrokken patiënt te informeren(52). Art. 7:448 lid 3 Ned. BW bepaalt thans dat de hulpverlener zich pas op de therapeutische exceptie mag beroepen nadat hij een collega heeft geconsulteerd.

Tot dusver was de vraag steeds welke inlichtingen moeten worden verstrekt met het oog op eventueel medisch ingrijpen. Informatie heeft echter ook andere functies. Zo zal voorlichting moeten worden gegeven over de wijze waarop de patiënt zich na een ziekenhuisopname dient te gedragen(53).

17. Voor verrichtingen ter uitvoering van een behandelingsovereenkomst is de toestemming van de patiënt vereist, zo bepaalt art. 7:450 Ned. BW. Deze regel lijkt vanzelfsprekend, maar nog niet zo lang geleden handelden vele hulpverleners in strijd hiermee. De regel roept verscheidene vragen op: wie moet toestemming geven, welke vorm dient de toestemming te hebben, en welke draagwijdte heeft zij.

Allereerst de vraag wie de toestemming geeft. In beginsel is dit de patiënt zelf. De vraag rijst of in sommige situaties daarnaast ook een ander toestemming moet geven: een ouder, een relatiepartner. Voorts is er de moeilijke vraag wat te doen indien de patiënt wilsonbekwaam is.

Met betrekking tot jeugdigen legt art. 7:450 lid 2 Ned. BW het volgende stelsel neer. Voor patiënten beneden de twaalf is toestemming van de ouders vereist; wel hebben deze patiënten zelfstandig recht op informatie. Bij patiënten tussen twaalf en zestien is naast de toestemming van de minderjarige ook de toestemming van de ouders nodig. Deze toestemming is niet vereist wanneer de verrichting 'kenmerkend nodig is teneinde ernstig nadeel voor de patiënt te voorkomen' en evenmin wanneer de minderjarige ook na de weigering van de toestemming de verrichting weloverwogen blijft wensen.

De wet bepaalt niet dat iemand voor bepaalde ingrepen toestemming van de echtgenoot of partner nodig heeft. Aangenomen mag worden

(52) Medisch tuchtcollege Amsterdam 6 september 1993, *TGR* 1994, blz. 82.

(53) HR 18 februari 1994, *RvdW* 1994, 60 inzake SCHEPERS/DE BRUIJN. Van een tekortschieten in de informatieplicht was bijv. sprake in Hof Amsterdam 12 februari 1987, *TGR* 1990, blz. 458: het achterwege laten van een waarschuwing over risico's van gebruik van het voorgeschreven geneesmiddel heeft het risico van een verdere verslechtering van het gezichtsvermogen vergroot, hetgeen door het hof als een beoordelingsfout van de oogarts wordt aangemerkt.

dat abortus en sterilisatie alleen de toestemming van de rechtstreeks betrokkene vereisen. Iets gecompliceerder liggen de zaken bij kunstmatige inseminatie en bij orgaantransplantatie(54). Er zijn landen die hierbij toestemming van de echtgenoot wettelijk hebben voorgeschreven.

De moeilijkste vraag rijst bij wilsonbekwame patiënten: wie moet in hun plaats toestemming geven voor medische ingrepen of zelfs voor levensbeëindiging. Art. 7:465 Ned. BW bepaalt dat deze toestemming dan moet worden gegeven door de echtgenoot/partner of indien deze ontbreekt de ouder of het kind. Ook kan de wilsonbekwame zelf een vertegenwoordiger hebben aangewezen.

Wat de vorm van de toestemming betreft, is er de zojuist gesignaleerde strijd tussen voorstanders van schriftelijke en voorstanders van mondelinge toestemming. De wet laat beide vormen toe, maar voor de hulpverlener heeft mondelinge toestemming het nadeel dat deze moeilijker te bewijzen valt. Anderzijds heeft schriftelijke toestemming het nadeel dat deze wellicht leidt tot het achterwege laten van mondelinge informatie. Vermoedelijk is een combinatie van mondelinge en schriftelijke toestemming het meest aangewezen.

18. Ten slotte is er — en daarmee komen we aan de ons voorgelegde casus toe — de vraag hoever de toestemming reikt. Tijdens een ingreep waarvoor de hulpverlener toestemming heeft, blijkt dat uitgebreidere maatregelen geboden zijn. Moet de hulpverlener alvorens deze 'extended operations' uit te voeren eerst toestemming aan de patiënt vragen? Indien deze op dat moment op de operatietafel ligt, kan dit problematisch zijn. VANSWEEVELT komt naar Belgisch recht tot een drietal vuistregels, die ook in Nederland gehanteerd zouden kunnen worden:

- „1. De arts die tijdens een ingreep onvoorzienbare letsels ontdekt, mag een bijkomende ingreep uitvoeren wanneer hij voor een noodsituatie staat.
2. Een arts die meent dat een wijziging van het operatieplan zich opdringt, mag een bijkomende ingreep uitvoeren, wanneer de patiënt zonder die ingreep binnen afzienbare korte tijd met een aan zekerheid grenzende waarschijnlijkheid zou sterven *en* een onderbreking van de operatie nieuwe verwikkelingen of risico's zou meebrengen.

(54) In België verdedigt VANSWEEVELT (1992), blz. 217: 'de op eigen houtje handelende echtgenote begaat in principe wanprestatie door zich te laten insemineren met donor-semen' en de hulpverlener die hieraan meewerkt handelt onrechtmatig.

3. Een arts die wordt geconfronteerd met een onvoorzienbaar bijkomend letsel moet de ingreep onderbreken, wanneer er geen onmiddellijke schade dreigt".(55)

Ingevolge art. 7:450 Ned. BW is voor iedere verrichting de toestemming van de patiënt vereist. Dit geldt ook voor de appendectomie en de afbinding van de eileiders. Weliswaar bepaalt art. 7:466 dat de toestemming mag worden verondersteld te zijn gegeven, indien de desbetreffende verrichting niet van ingrijpende aard is, maar dat lijkt hier niet het geval. Voor de vrouw lijkt er naar Nederlands recht dus wel kans van slagen; slechts de schadeberekening zal weer problemen opleveren. Interessant is dat de Hoge Raad de rechter uitdrukkelijk toestaat bij de bepaling van de hoogte van immateriële schadevergoeding de ontwikkelingen in de ons omringende landen te betrekken(56).

5. Aansprakelijkheid voor zaken

19. *Casus 4 Bij de uitvoering van een operatie wordt een catheter gebruikt. De catheter breekt af ten gevolge van een materiaalfout. Via de bloedbaan komt de punt van de catheter in het hart met als gevolg blijvende invaliditeit. Is de chirurg aansprakelijk?*

20. Regelmatig blijkt medisch letsel het gevolg te zijn van het gebruik van gebrekkig materiaal. In Nederland zal hiervoor in het algemeen art. 6:77 Ned. BW gelden.:

Wordt bij de uitvoering van een verbintenis gebruik gemaakt van een zaak die daartoe ongeschikt is, dan wordt de tekortkoming die daardoor ontstaat de schuldenaar toegerekend, tenzij dit, gelet op inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspruit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval, onredelijk zou zijn.

Is een van de in art. 6:77 bedoelde uitzonderingen hier aan de orde? Naar Nederlands recht rijst de vraag of het onredelijk is een ziekenhuis aansprakelijk te houden indien een ander, de producent, kan worden aangesproken. Moet het ziekenhuis bijvoorbeeld instaan voor de veiligheid van matrassen en voor de technische volkomenheid van implantaten, zoals pacemakers? Nee, zegt met betrekking tot implantaten Hof Amsterdam(57). Hierbij dient te worden aangetekend dat de

(55) VANSWEEVELT (1992), blz. 256-259.

(56) HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714, VR 1992, 133 (vWvC).

(57) Hof Amsterdam 7 januari 1988, TGR 1989, blz. 587.

patiënt in casu alleen immateriële schadevergoeding eiste; zijn materiële schade was door de fabrikant van de defecte pacemaker vergoed(58). Onjuist is in elk geval mijns inziens de gedachte dat als er maar produktenaansprakelijkheid bestaat, dit het ziekenhuis vrijwaart van aansprakelijkheid uit hoofde van art. 6:77 Ned. BW. De zojuist vermelde uitspraak van het hof Amsterdam dwingt ook niet tot deze opvatting. Wel zou men dit mogelijk kunnen afleiden uit een ongelukkige passage in de parlementaire stukken met betrekking tot art. 6:77(59). Daarbij bedenke men dat het ziekenhuis mogelijk aansprakelijk kan worden gesteld, maar dat de uiteindelijke draagplicht normaal gesproken toch op de producent zal rusten. Heeft deze zich vrijgetekend voor aansprakelijkheid, dan is het geheel aan het ziekenhuis te wijten dat dit onvoldoende tegenwicht heeft geboden.

6. Aansprakelijkheid voor hulppersonen

21. Casus 5 Een chirurg komt met een patiënt overeen dat hij laatstgenoemde zal opereren in ziekenhuis X. Tijdens het operatieverloop dient de anesthesist de operatiezaal te verlaten om zich te vergewissen van de toestand van een simultaan geopereerde andere patiënt. Tijdens zijn afwezigheid loopt het mis: door een verminderde hartslag wordt er te weinig zuurstof en bloed naar de hersenen gevoerd met onherstelbare schade voor de patiënt.

De anesthesist wordt verweten geen monitor te hebben gebruikt en simultaan verschillende anesthesieën te hebben uitgevoerd. Kan de chirurg, als contractspartij van de patiënt, hiervoor aansprakelijk worden gesteld?

22. De casus werpt een tweetal vragen op. Heeft de anesthesist onjuist gehandeld? En is de chirurg hiervoor aansprakelijk? Eerst de anesthesist: het meertafelsysteem levert helaas wel eens problemen op indien de aanwezigheid van de anesthesist aan twee operatietafels gewenst is – de gave van bilocatie is hen niet gegund. Maatgevend, ook voor Nederlands recht, lijken mij de navolgende overwegingen van het *Bundesgerichtshof*:

Es kann dahingestellt bleiben, ob überhaupt und in welchen Grenzen er, um selbst

(58) Men zie over dit onderwerp ook J.H.M. VAN DEN BOOGAARD, G.M.F. SNIJDERS, Waar geen wil is is geen wet/De regelgeving inzake de veiligheid van hartkleppen, Dalkonschildjes, pacemakers en andere medische hulpmiddelen, SWOKA-onderzoeksrapport 1988 no 63.

(59) Zie hiertegen de schrijvers vermeld in TGR 1988, blz. 22, alsmede M.A. GOSLINGS, Medische aansprakelijkheid: een stand van zaken, TGR 1995, blz. 196, 202.

eine andere Narkose betreuen zu können, mit der Überwachung dieser Funktionen Dr. T. betrauen durfte, der erst zwei Monate zuvor die Approbation als Arzt erlangt, bis dahin an Narkosen nur unter Anleitung mitgewirkt hatte und für eine Intubationsnarkose noch keine ausreichende Erfahrungen hatte sammeln können, also auf die Führung der Narkose durch den Zweitbehl. angewiesen war. Jedenfalls mußte der Zweitbehl. sicherstellen, daß er jederzeit einspringen und die Narkose rechtzeitig selbst weiterführen konnte, wenn wie hier Unregelmäßigkeiten in der Beatmung des Patienten auftraten. Dieser von dem BGH schon in seinem Urteil vom 18.3.1974 (*NJW* 1974, 1424)) hervorgehobene Grundsatz ist entgegen der Auffassung der Revision nicht etwa deshalb für den Streitfall abzuschwächen, weil es sich anders als in dem dort entschiedenen Fall möglicherweise nicht um eine Risikonarkose handelt. Es sind Mindestanforderungen, die sich aus der Natur des Eingriffes und der vitalen Bedeutung sofortigen fachkundigen Eingreifens im Komplikationsfall ergeben und auch von der Medizin nicht in Zweifel gezogen werden'(60).

De conclusie moet zijn dat de anesthesist in deze casus aansprakelijk kan worden gesteld.

De vraag of de chirurg aansprakelijk kan worden gesteld voor niet-nakoming danwel onrechtmatig handelen door de anesthesist, is naar Nederlands recht zeer interessant. Aangezien de vraag ook in de zesde casus aan de orde komt, wordt voor een beschouwing over deze kwestie naar beneden verwezen.

23. Ten slotte een overweging over de – niet gestelde – vraag of ziekenhuis X aansprakelijk kan worden gesteld. Het antwoord moet naar Nederlands recht bevestigend luiden. Naar oud recht werd een centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis al verdedigd, het nieuwe art. 7:462 legt deze duidelijk vast:

1. Indien ter uitvoering van een behandelingsovereenkomst verrichtingen plaatsvinden in een ziekenhuis dat bij die overeenkomst geen partij is, is het ziekenhuis voor een tekortkoming daarbij mede aansprakelijk, als ware het zelf bij de overeenkomst partij.

Uiteraard sluit deze bepaling geenszins uit dat ziekenhuis X regres gaat uitoefenen op de chirurg of de anesthesist; uiteindelijk zal de draagplicht vermoedelijk bij een van deze twee specialisten liggen. Althans in theorie. In de praktijk stellen verzekeringsmaatschappijen gewoonlijk de eis dat ziekenhuis en daarin gevestigde specialisten bij dezelfde maatschappij tegen aansprakelijkheid zijn verzekerd. En dat maakt de kwestie van de draagplicht tot een theoretische zaak.

Het voorgaande ligt anders indien het ziekenhuis uit eigen hoofde wordt aangesproken. Het komt steeds vaker voor dat een collectiviteit zoals b.v. een ziekenhuis aansprakelijk wordt gesteld voor gebreken in

(60) BGH (zesde senaat) 30 november 1982, *NJW* 1983, blz. 1374.

de organisatie. Het kan er zelfs toe leiden dat de arts tuchtrechtelijk vrijuit gaat(61). In de casus die leidde tot de uitspraak van

Unlike surgical operations, some of which may be classified as 'minor', all general and most regional anesthetic procedures, except perhaps for certain peripheral nerveblocks, must be considered major in magnitude. Short duration of exposure does not eliminate the hazards and problems of anesthetic management. (...). There is no 'minor' anaesthetic procedure(62).

24. Casus 6 Een vrouw wordt in het ziekenhuis opgenomen in verband met een knobbeltje in haar linker borst. Onbekend is of dit goedaardig of kwaadaardig is. Onder narcose verricht de chirurg een operatie aan de borst. Het knobbeltje wordt weggenomen en een weefsel-preparaat wordt ter beoordeling aangeboden aan de patholoog-anatoom. Deze vriest het preparaat in tot -20 C ('vriescoupe') en snijdt het in minuscule kleine schijfjes. Vervolgens beoordeelt zij de schijfjes microscopisch op structuurofbouw. De patholoog-anatoom komt tot de bevinding dat het weefsel kwaadaardig is. Op grond hiervan gaat de chirurg in dezelfde narcose vervolgens over tot een zgn. borstsparende therapie, d.w.z. een ruimere excisie en een okselklierdissectie. Naderhand wordt het resterende deel van het weefsel-preparaat naar het klinisch laboratorium gebracht, waar enkele dagen later bij een parafinecoupe methode blijkt dat geen sprake is van kwaadaardig weefsel.

De vrouw eist schadevergoeding van de chirurg. Zij voert daartoe het volgende aan:

- Nu parafinecoupes een zuiverder beeld geven van het weefsel-preparaat, had men van deze methode gebruik moeten maken (a).
- De chirurg had haar op het risico van de vriescoupe-methode moeten wijzen (b).

De chirurg voert verweer tegen deze vordering.

Tussen partijen staat vast dat er medio 1989 twee methoden bestonden om een onderzoek naar een tumor te verrichten. De ene, hier gekozen methode bestond hierin dat het preparaat terwijl de patiënt onder narcose blijft door de patholoog-anatoom wordt beoordeeld; indien de patholoog constateert dat het om een kwaadaardige tumor gaat, wordt terstond tot een ingreep overgegaan. De andere, hier niet gekozen methode bestond hierin dat tijdens de narcose een weefsel-

(61) College voor Medisch Tucht recht Eindhoven 29 april 1991, TGR 1992, blz. 220.

(62) L.C. MARK, *Clinical Anaesthesia Conferences*, London 1967, blz. 3-5, geciteerd door Mentink 1992, blz. 32.

preparaat wordt gemaakt, dat vervolgens na de narcose uitvoerig wordt bestudeerd. Zo nodig wordt onder een nieuwe, tweede narcose tot operatie overgegaan.(63)

25. Omstreden is de vraag of de hulpverlener dient in te staan voor anderen die hij inschakelt bij de uitvoering van de verbintenis, resp. voor ondergeschikten en soms ook niet-ondergeschikten. Indien we het hebben over de inschakeling van personen bij de uitvoering van de verbintenis bevinden we ons op het terrein van de aansprakelijkheid uit wanprestatie. Art. 6:76 bepaalt hieromtrent:

Maakt de schuldenaar bij de uitvoering van een verbintenis gebruik van de hulp van andere personen, dan is hij voor hun gedragingen op gelijke wijze als voor eigen gedragingen aansprakelijk.

Over de reikwijdte van dit nieuwe wetsartikel bestaat onduidelijkheid. Onder het oude recht werd veelal gesteld dat een arts niet instaat voor b.v. het laboratorium dat hij inschakelt voor het uitvoeren van bepaalde proeven(64). Onder het nieuwe recht is evenwel verdedigbaar dat de arts hier wel voor instaat. Uiteraard ligt dit anders indien tevoren is afgesproken dat het risico is uitgeschakeld.

Een goed voorbeeld biedt de voorgelegde casus. Kan de chirurg zich verdedigen met de stelling dat het vriescoupe-onderzoek is uitgevoerd door een patholoog die zelfstandig de praktijk uitoefent? Mijns inziens kan dit niet (behoudens in het eerder aangeduide geval waar dit met de patiënt was afgesproken). Art. 6:76 staat hieraan in de weg. Deze stelling is echter zeer omstreden. Artsen achten het onrechtvaardig dat zij moeten instaan voor een niet door hen gemaakte fout. Wat zij daarbij over het hoofd zien, is dat zij regres hebben op de door hen ingeschakelde hulppersoon. Voorts is het nog onredelijker om de patiënt te laten opdraaien voor dit risico.

Wanneer we spreken van ondergeschikten en 'independent contractors' zijn we beland bij de onrechtmatige daad. De hulpverlener is aansprakelijk voor de fouten van ondergeschikten, zoals assistenten die bij hem in dienstbetrekking zijn en vrijwilligers/stagiairs die onder zijn gezag werken – art. 6:170. Voorts is hij aansprakelijk voor fouten die niet-ondergeschikten maken bij het uitvoeren van werkzaamheden voor zijn bedrijf – art. 6:171. Aangezien de individuele hulpverlener een beroep en geen bedrijf uitoefent, is art. 6:171 voor hem niet van

(63) Deze casus is in iets meer uitgebreide vorm voorgelegd aan een nationaal pleitconours van de Jonge Balie gehouden te Utrecht in 1995.

(64) Aldus ASSER-KAMPHUISEN-COEHORST, Bijzondere overeenkomsten III, Zwolle 1994, blz. 48-49 en I.P. Michiels VAN KESSENICH-HOOGENDAM, Metamedica 1970, blz. 362.

belang. De bepaling heeft wel betekenis voor het ziekenhuis, dat immers een bedrijf uitoefent. De bedoeling van dit wettelijk voorschrift is te voorkomen dat een bedrijf, door taken af te stoten naar derden, de aansprakelijkheid illusoir maakt.

7. Exoneratiebedingen

26. Casus 7 Wat is de waarde van de volgende clausules in door de patiënt getekende toestemmingsformulieren:

- De arts exonereert zich volledig van zijn aansprakelijkheid.*
- De arts beperkt zijn aansprakelijkheid tot het verzekerde/verzekerbaar bedrag.*
- De arts komt met de patiënt overeen geen resultaats- doch enkel inspanningsverbintenissen aan te gaan.*
- Wat is de waarde van een door de patiënt getekend formulier waarbij hij erkent op eigen risico, en tegen het advies van de behandelende arts in, het ziekenhuis te verlaten?*

27. Alvorens op de gestelde vragen in te gaan, wil ik een enkele algemene opmerking maken. In 1987 toonde de Nederlandse Juristen-Vereniging zich in overgrote meerderheid voorstander van een wettelijk kader voor limitering van de schadevergoeding bij beroepsaansprakelijkheid. Art. 6:110 Ned. BW biedt dit wettelijk kader. De bepaling luidt:

Opdat de aansprakelijkheid die ter zake van schade kan ontstaan niet hetgeen redelijkerwijs door verzekering kan worden gedekt, te boven gaat, kunnen bij algemene maatregel van bestuur bedragen worden vastgesteld, waarboven de aansprakelijkheid zich niet uitstrekt. Afzonderlijke bedragen kunnen worden bepaald naar gelang van onder meer de aard van de gebeurtenis, de aard van de schade en de grond van de aansprakelijkheid.

Vooralsnog lijkt er geen aanleiding om ten aanzien van de beroepsaansprakelijkheid van arts en ziekenhuis tot limitering bij algemene maatregel van bestuur over te gaan. Verzekering van deze aansprakelijkheid levert nog geen problemen op. Maar zo dit al anders zou worden, dan nog is limitering van de schadevergoeding een bot instrument. Dit is in 1990 overtuigend aangetoond door DE VRIES(65), die wijst op de te grove techniek, de snelle veroudering, de

(65) F.J. DE VRIES, *Wettelijke limitering van aansprakelijkheid*, diss. Leiden, Zwolle 1990.

procedurele complicaties (blz. 226-227). Schrijver heeft ook nog bezwaar tegen de delegatie van bevoegdheid aan de amvb-gever (blz. 216-224), maar dat bezwaar lijkt mij niet sterk en kan bovendien eenvoudig worden omzeild door de limitering in plaats van bij algemene maatregel van bestuur bij de wet vast te stellen. De eerder genoemde bezwaren gelden echter ook tegen limitering van schadevergoeding bij wet. Het valt te hopen dat de amvb-gever/wetgever van deze bevoegdheid geen gebruik zal maken, in het bijzonder niet voor wat betreft de beroepsaansprakelijkheid van arts en ziekenhuis. Een wettelijk argument tegen limitering is thans te vinden in art. 7:463 Ned. BW.

28. Het lijkt dienstig de vierledige vraagstelling voor ieder van de vier onderdelen afzonderlijk te behandelen. Eerst dus een bespreking van de clausule *'De arts exonereert zich volledig van zijn aansprakelijkheid'*.

Deze clausule kan worden gezien als een algemene voorwaarde in de zin van afdeling 6.5.3 Ned. BW. Dat betekent dat voor de toepasselijkverklaring en de geldigheid bijzondere eisen gelden. Wil de hulpverlener zich op de clausule kunnen beroepen, dan zal hij in het algemeen voor het aangaan van de relatie of het doen van de verrichting de tekst aan de patiënt moeten verstrekken (art. 6:234 Ned. BW). Omdat de hulpverlener zijn zorg aanbiedt in de uitoefening van een beroep of bedrijf en de patiënt deze als particulier ontvangt, is voorts sprake van een transactie als bedoeld in de art. 6:236/237. Dit brengt mee dat de twee lijsten van zwarte en grijze clausules van toepassing zijn, zodat de hierboven aangeduide clausule vermoed wordt onredelijk bezwarend te zijn – art. 6:237 onder (f). Dit vermoeden is weerlegbaar; de hulpverlener zou b.v. kunnen aanvoeren dat het voor de patiënt veel eenvoudiger is zich tegen de gevolgen van medisch handelen te verzekeren dan voor de arts. Ervaring met de weerlegging van het in de wet neergelegde vermoeden is in Nederland nog niet opgedaan. Aangenomen mag worden dat de rechtspraak aan weerlegging van het vermoeden hoge eisen zal gaan stellen.

Zou de hulpverlener kunnen stellen dat de clausule geen algemene voorwaarde is in de zin van afdeling 6.5.3? Aangenomen wordt dat het enkele feit dat een gebruiker van dergelijke clausules deze een aantal malen bezigt, reeds voldoende is om ze tot algemene voorwaarden te bestempelen. Alleen als het een mondeling beding betreft of een beding dat slechts eenmaal of enkele malen is gebezigd, valt het buiten de omschrijving van algemene voorwaarden van het Neder-

lands BW. Maar niet buiten die van de richtlijn oneerlijke contracts-bedingen. De verplichting tot richtlijnconforme interpretatie⁽⁶⁶⁾ brengt mijns inziens mee, dat de richtlijn – welke per 1 januari 1995 in de lidstaten had moeten zijn geïmplementeerd en welke ten onrechte geen aanleiding heeft gegeven tot wetswijziging in Nederland – thans bepaalt hoe de Nederlandse wet moet worden geïnterpreteerd. Dat brengt mee dat ook mondelinge clausules en eenmalige bedingen waarover niet is onderhandeld – *n'en déplaie* de tekst van de wet – thans door de wetgeving inzake algemene voorwaarden worden bestreken.

De enige resterende mogelijkheid voor de hulpverlener is om niet zozeer zijn aansprakelijkheid uit te sluiten alswel zijn primaire prestatieplicht eng te omschrijven. Hij kan proberen heel nauwkeurig aan te geven wat van hem mag worden verwacht en vooral niet verwacht. Hieronder zullen we bij het derde onderdeel van deze casus enige aandacht schenken aan deze mogelijkheid

29. We behoeven aan het voorgaande niet eens toe te komen, nu de regeling van de WGBO op het punt van de exoneratie nog verder lijkt te gaan dan afdeling 6.5.3. Aansprakelijkheid mag ingevolge de WGBO in het geheel niet worden uitgesloten. Dat volgt uit art. 7:463:

„De aansprakelijkheid van een hulpverlener of (...) ziekenhuis, kan niet worden beperkt of uitgesloten”.

Hierbij rijst de vraag of art. 7:463 slechts de aansprakelijkheid ingevolge de wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst op het oog heeft danwel alle aansprakelijkheid. De Memorie van toelichting zegt hier niets over. Een argument voor de laatste opvatting kan worden geput uit de tekst en de systematiek van de wet. De tekst van art. 7:463 rept niet van 'aansprakelijkheid ingevolge deze afdeling', maar van 'aansprakelijkheid' in het algemeen. Voorts kan dit uit de systematiek van de wet worden afgeleid omdat deze bepaling anders naast art. 7:468 overbodig zou zijn. Dat neemt niet weg dat de aansprakelijkheid wel de hulpverlener in diens hoedanigheid dient te betreffen; het ziekenhuis dat een aansprakelijkheidsbeding opneemt in een vestigingsovereenkomst met een specialistenmaatschap wordt daarin niet belemmerd door art. 7:463.

(66) Zie hierover Koen LENAERTS, Piet VAN NUFFEL, Europees recht in hoofdlijnen, Antwerpen/Apeldoorn 1995, nr 689.

30. De tweede clause die onze aandacht vraagt, luidt: '*De arts beperkt zijn aansprakelijkheid tot het verzekerde/verzekeraar bedrag*'. De vraag wat de waarde van deze clause is, lijkt naar geldend Nederlands recht op het eerste gezicht op dezelfde wijze te moeten worden beantwoord als de vorige. De beperking van de aansprakelijkheid wordt vermoed onredelijk bezwarend te zijn in de zin van art. 6:237 onder (f) en is tevens in strijd met art. 7:463. Er zijn echter ook verschillen met een algehele uitsluiting van aansprakelijkheid. In de eerste plaats klinkt deze clause wat minder onsympathiek dan de vorige en dat zou de rechter nog wel eens kunnen beïnvloeden in zijn oordeel of de clause al dan niet onredelijk bezwarend is. In de tweede plaats heeft de rechter ook juridisch-technisch de mogelijkheid om de clause te sauveren. Zo zou hij kunnen overwegen dat art. 6:109 Ned. BW hem de bevoegdheid geeft om de aansprakelijkheid van de arts te matigen tot het beloop van het verzekerbare bedrag. Mitsdien kan de clause veeleer als een codificatie dan als afwijking van geldend recht worden gezien. Aan de art. 6:237 en 7:463 komen we dan niet eens toe.

31. Het derde beding dat ons wordt voorgelegd, heeft als inhoud '*De arts komt met de patiënt overeen geen resultaats- doch enkel inspanningsverbintenissen aan te gaan*'. Een eerste bedenking die men voelt opkomen is twijfel of een patiënt wel mag worden gehouden aan een formulering waarvan hij de portée vermoedelijk niet zal doorzien. Een tweede bedenking betreft het hele onderscheid tussen resultaatsverbintenis en inspanningsverbintenis. Niet alle landen kennen dit uit Frankrijk stammende onderscheid; zo is het in Duitsland en Engeland onbekend. Dat het niettemin in internationale kringen waardering ontmoet, moge blijken uit het feit dat de *Principles of International Commercial Contracts* van Unidroit er twee artikelen aan besteden(67):

Article 5.4 (Duty to achieve a specific result/Duty of best efforts)

1. To the extent that an obligation of a party involves a duty to achieve a specific result, that party is bound to achieve that result.
2. To the extent that an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity, that party is bound to make such efforts as would be made by a reasonable person of the same kind in the same circumstances.

(67) Zie over deze Principles A. HARTKAMP, The UNIDROIT Principles for International Commercial Contracts and the Principles of European Contract Law, 2 *European Review of Private Law* 341-357 (1994). In de Principles of European Contract Law daarentegen zal het onderscheid naar de toelichting (Comments) worden verbannen.

Article 5.5 (Determination of kind of duty involved)

In determining the extent to which an obligation of a party involves a duty of best efforts in the performance of an activity or a duty to achieve a specific result, regard shall be had, among others, to

- (a) the way in which the obligation is expressed in the contract;
- (b) the contractual price and the other terms of the contract;
- (c) the degree of risk normally involved in achieving the expected result;
- (d) the ability of the other party to influence the performance of the obligation.

Hoewel het nut van het onderscheid in de Nederlandse doctrine wel in twijfel wordt getrokken, en er een ander onderscheid voor in de plaats wordt voorgesteld, kan het mijns inziens zeker een rol spelen. Met name kan het ertoe bijdragen dat de aard van de verbintenis nauwkeurig wordt omschreven. Wel moeten we daartoe differentiëren: per onderdeel van de behandeling moeten we nagaan wat van de hulpverlener mag worden verwacht: dat hij zich enkel inspant of dat hij een resultaat garandeert. Meestal wordt van de arts het eerste aangenomen. Maar dit is een te ongenueanceerde benadering. Er zijn ook verplichtingen die als een resultaatsverbintenis kunnen worden getypeerd(68).

Kan het ook worden aangewend om een verbod op exoneration te omzeilen? Een arts zou b.v., zoals hierboven aangegeven, in plaats van zijn primaire prestatie ruim te omschrijven en deze vervolgens via een exoneration teniet te doen, de primaire prestatie juist heel eng kunnen omschrijven, b.v. door slechts toe te zeggen dat hij zijn best zal doen. In het zakelijk verkeer is misschien wel iets voor deze aanpak te zeggen; in het verkeer met particulieren is het evenwel een handelwijze welke niet past en welke dient te worden getroffen door het wettelijk exonerationverbod.

(68) Een drietal voorbeelden van dit laatste:

– Rb. Zwolle 13 november 1991, *TGR* 1993, blz. 96: de gevolgen voor de patiënt van de flauwte die de oogarts tijdens een operatie krijgt moeten worden toegerekend aan de oogarts. verplichtingen die als resultaatsverbintenis kunnen worden gekarakteriseerd. Twee voorbeelden:

– Medisch Tuchtcollege Groningen 19 januari 1990, *TGR* 1991, blz. 164: Een patiënt moet aan de rechterheup worden geopereerd; in plaats daarvan wordt de linkerheup geopereerd. Het tuchtcollege „acht voor deze fout geen verontschuldiging aanwezig, want een chirurg dient, alvorens daadwerkelijk te gaan opereren aan de hand van de door hem bestudeerde foto's en door het raadplegen van de status vast te stellen, waar de operatie dient te geschieden”.

– Rb. Groningen 9 november 1990, *TGR* 1992, blz. 113: Wanneer een patiënt voor het eerst uit bed mag, duizelig wordt en valt, kan daarvan een verwijt worden gemaakt aan de verpleegkundige die geen assistentie heeft gevraagd.

32. De vierde en laatste deelvraag luidt: *'Wat is de waarde van een door de patiënt getekend formulier waarbij hij erkent op eigen risico, en tegen het advies van de behandelende arts in, het ziekenhuis te verlaten?'*

Ingevolge art. 7:452 geeft de patiënt de behandelend arts de medewerking die deze redelijkerwijs voor het uitvoeren van de overeenkomst behoeft. Algemeen wordt aangenomen dat dit geen verbintenis voor de patiënt oplevert: hij kan er in rechte niet aan worden gehouden. Veeleer is sprake van wat men in Duitsland een 'Obliegenheit' noemt: een gehoudenheid welker niet-naleving de ander van een verbintenis ontslaat. Ingevolge art. 7:460 Ned. BW kan de arts, behoudens gewichtige redenen, de behandelingsovereenkomst niet opzeggen. De weigering om medewerking te verlenen door het ziekenhuis vroegtijdig te verlaten levert een dergelijke gewichtige reden op. Het kan geen kwaad om dit schriftelijk vast te leggen.

8. Conclusie

33. De rechtspositie van de patiënt heeft zich de afgelopen jaren flink gewijzigd. Nederland is een van de weinige landen waar deze wijzigingen wettelijk zijn vastgelegd. Hoewel de keuze voor een bijzondere overeenkomst als wettelijk raam voor een regeling van patiëntenrechten enige nadelen heeft, is zij, gelet op de betekenis die hiermee aan de autonomie van de patiënt wordt gegeven, verantwoord. Sterker: het is een goede keuze geweest, die gerust aan andere landen tot voorbeeld mag strekken. Bij de voorbereiding van een Europese richtlijn kan de WGBO goede diensten bewijzen.

De bespreking van de zeven casusposities leert echter ook dat het vooral bij aansprakelijkheidskwesties hoofdzakelijk aankomt op toepassing van het algemeen deel van het verbintenissenrecht. Op dit punt verkeert het Nederlandse recht eerder in de positie van leerling. Vooral door het gedurende lange tijd vrijwel ontbreken van gepubliceerde rechtspraak, is het Nederlandse recht in deze nog niet tot volle wasdom gekomen. Veel valt te leren van de rechtspraak van België, Duitsland, Engeland en Frankrijk. Ook de rechtsleer kan hierbij diensten bewijzen. Eerder heb ik reeds gewezen op het belang van de Belgische dissertatie van VANSWEEVELT voor de ontwikkeling van het Nederlands aansprakelijkheidsrecht. Via België worden ook de ontwikkelingen in Frankrijk voor de Nederlandse jurist meer inzichtelijk.

De Duitse jurisprudentie en doctrine blijven van gewicht vanwege de diepzinnige nuances die men er in aantreft. Ook nieuwe gedachten vinden hier voor het eerst hun neerslag; ik denk aan de aansprakelijkheid wegens gebrekkige informatie(69), maar bijv. ook voor het laten wachten in een kleedhokje. De Engelse rechtspraak daarentegen moet het meer hebben van de beeldende kracht die uitgaat van de schets van pro's en contra's dan van de vooruitstrevende ideeën(70).

34. Zojuist werd verondersteld dat de wettelijke vastlegging van patiëntenrechten een gelukkige ingreep is geweest. Niet alle hulpverleners zullen het met die stelling eens zijn. Ook uit een algemeen gezichtspunt lijkt enige terughoudendheid wellicht geboden, willen wij in Europa geen 'Amerikaanse toestanden' krijgen, met miljoenen-uitkeringen en bijgevolg onverzekerbaarheid en faillissement voor vele beroepsbeoefenaren en 'defensive medecine'(71). Er lijkt weinig aanleiding om hiervoor te vrezen. De hierboven aangeduide veranderingen in het materiële recht zullen Europa op dit punt zeker dichterbij de VS brengen. Op andere punten blijven grote verschillen tussen Europa en de VS in stand. Die verschillen zitten onder meer in het algemeen deel van het verbintenissenrecht: wie hebben aanspraak op smartegeld, voor welke ongevallen, ook ter bestraffing van de hulpverlener (*punitive damages*(72))? Ook het Amerikaanse procesrecht (*pre-trial discovery*, groepsacties, *class actions*) is meer afgestemd op slachtoffers. Dit geldt meer in het algemeen voor het Amerikaanse recht (*contingent fee stelsel* voor advocaten inhoudende 30-40% van de toewijzing, jury-rechtspraak). Ten slotte moet hierbij worden bedacht dat slachtoffers in Europa vaak andere mogelijkheden hebben

(69) Zie hierover C.C.M. NADORP-VAN DER BORG, Het recht van de patiënt op informatie in het Duitse civiele recht. Een voorbeeld?, *TGR* 1995, blz. 2-13.

(70) Zie mijn bijdrage 'Medische aansprakelijkheid in Engeland', *NJB* 1993, blz. 1503-1512.

(71) Zie H.D.C. Roscam Abbing, Aansprakelijkstelling en defensieve geneeskunde: tussen de Scylla van gepaste zorg en de Charybdis van budgetbeperking, *TGR* 1995, blz. 215-220.

(72) In Nederland wordt in toenemende mate positief geoordeeld over 'punitive damages' – zie M.A.B. CHAO-DUIVIS die in Groninger Opmerkingen en Mededelingen 1993, blz. 1-28, stelt dat het Nederlandse recht hiervoor enige ruimte biedt. Dat is ook het oordeel van A.T. BOLT en J.A.W. LENSING in hun preadvies 'Privaatrechtelijke boete' (Deventer 1993) voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking.

Ook wanneer een Europees rechtstelsel zelf geen 'punitive damages' kent, kan het ermee in aanraking komen indien tenuitvoerbrenging van een Amerikaanse toewijzing van dergelijke schade wordt gevorderd – zie de recente Duitse rechtspraak hieromtrent, waarover H. MERKT, Abwehr der Zustellung von 'punitive damages'-Klagen/Das Haager Zustellungsübereinkommen und US-amerikanische Klagen auf 'punitive damages', 'treble damages' und 'RICO treble damages', Heidelberg 1995.

om hun schade te verhalen (sociale verzekering, particuliere verzekeringen)(73).

35. Hoe ook de aansprakelijkheid moge zijn geregeld, arts/ziekenhuis en patiënt blijven in een civiele procedure in een potentiële conflict-situatie verwickeld. In het Zweedse patiëntenletselverzekeringssysteem is dat anders(74). Daar sluiten ziekenhuizen een collectieve verzekering tegen medisch letsel ten behoeve van de patiënten. Onlangs is invoering van een dergelijk stelsel ook in België(75), Duitsland(76), Engeland(77), Nederland(78) en Oostenrijk(79) bepleit. Een groot voordeel van dit stelsel is dat de hulpverlener de klagende

(73) Ook J.H. HUBBEN en L.G. ANGENENT, De afwikkeling van medische schadeclaims, in: J.H. HUBBEN (red.), *Rechtsbijstand in de gezondheidszorg*, Lochem 1989, blz. 9, 22 komen tot de conclusie 'dat er onvoldoende grond is voor de vaak geuite veronderstelling dat in Nederland op het terrein der schadeclaims in de gezondheidszorg een ontwikkeling gaande is in de richting van „Amerikaanse toestanden”.

(74) Zie hierover W.R. AERTS, De Zweedse no-fault verzekering ter vergoeding van medische schade. *Jaarboek konsumentenrecht* 1990, blz. 259-273.

(75) Zie het rapport 'La réparation des accidents thérapeutiques. Proposition de réforme' (1994), uitgebracht door een interuniversitaire werkgroep bestaande uit Th. BOURGOIGNIE, Ph. COLLE, S. FRÉDERICQ, H. NIJS, Th. VANSWEEVELT en M. VANWIJCK-ALEXANDRE. De belangrijkste bepaling van dit voorstel luidt:

Article 5 – Lien de causalité

§ 1 La prestation de soins ou l'absence de la prestation de soins légitimement attendue par le patient, ou l'événement se produisant dans un établissement de soins, est la cause ou l'une des causes du dommage anormal, lorsque, sans cette prestation ou cette absence de prestation ou cet événement, le dommage anormal ne se serait pas produit tel qu'il s'est produit.

§ 2 Il n'y a pas d'accident thérapeutique lorsque la victime a provoqué intentionnellement le dommage.

§ 3 Sous réserve du § 1, l'état de la victime ou la faute de celle-ci n'est pas de nature à réduire la réparation, sauf dans l'hypothèse où cet état ou cette faute a eu pour effet de rendre le dommage inévitable et connu de lui.

§ 4 Lorsque le dommage a pour causes un accident thérapeutique et la faute d'un tiers, le Fonds d'indemnisation est tenu de réparer le dommage anormal conformément à la présente loi, sous réserve de son recours contre le tiers.

Le tiers ne peut opposer l'exonération du risque de développement pour ce recours.

(76) Ernst KLINGMÜLLER, Zu den Plänen einer neuartigen Patientenversicherung nach schwedischem Muster in der Bundesrepublik Deutschland, *Versicherungsrecht* 1980, blz. 694.

(77) Margaret BRAZIER, The Case for a No-Fault Compensation Scheme for Medical Accidents, in: Sheila A.M. MCLEAN (red.), *Compensation for Damage/An International Perspective*, Aldershot Hants 1993, blz. 51-74, waartegen Sheila A.M. MCLEAN, Can No-Fault Analysis Ease the Problems of Medical Injury Litigation?, in dezelfde bundel, p. 75-90, alsmede Michael A. JONES, *Medical Negligence*, London 1991, blz. 6-9.

(78) B.A.J.M. DE MOL, *Medisch letsel in het ziekenhuis: no-faultverzekering: een verkennende studie*, diss. Rotterdam, Deventer, 1988.

(79) J.W. PICHLER, *Rechtsentwicklungen zu einer verschuldensunabhängigen Entschädigung im Medizinbereich. 1. Die Patientenversicherungsrechte in Schweden, Finnland und Dänemark*, Wien/Köln/Weimar 1994.

patiënt niet langer als een tegenpartij ziet. Wel is dit stelsel duurder dan een aansprakelijkheidssysteem. Dat is een van de redenen waarom het in de meeste landen niet veel kans maakt op korte termijn te worden ingevoerd. Het zou echter een goed idee om er op beperkte schaal eens mee proef te draaien. In Nederland is een voorgenomen proefproject vanwege tegenwerking van de ziekenhuizen helaas niet van start kunnen gaan. Het lijkt aantrekkelijk een nieuwe proefneming op touw te zetten.

SOMMAIRE

LE STATUT DU PATIENT EN DROIT MATÉRIEL

Le présent rapport introductif propose une comparaison du statut juridique du patient respectivement en Belgique et aux Pays-Bas au départ de quelque sept cas pratiques répartis en cinq rubriques: responsabilité du médecin individuel, consentement éclairé, responsabilité du fait des choses, responsabilité du fait d'auxiliaires et exonération de responsabilité.

Une évolution intéressante est constituée par la mise en place, aux Pays-Bas, de règles légales régissant le contrat de traitement médical. L'examen des sept cas pratiques révèle cependant aussi que la solution des questions de responsabilités passe principalement par l'application du droit des obligations dans sa partie générale. Sur ce point, le droit des Pays-Bas se trouve plutôt dans une situation d'apprentissage. Il n'y a guère de raison d'y craindre des „situations américaines”. Il conviendrait d'y procéder à des expériences avec une „assurance patients”.

ZUSAMMENFASSUNG

DIE MATERIELLRECHTLICHE LAGE DES PATIENTEN

Dieses vorläufige Gutachten bespricht die materiellrechtliche Lage des Patienten. Der Vergleich der Rechtslage des Patienten in Belgien und den Niederlanden erfolgt an einer Reihe von 7 Fällen die in 5 Kategorien eingeteilt worden sind: die Haftung des individuellen Arztes, „informed consent”, die Haftung für Sachen, die Haftung für Hilfspersonen und die Exoneration.

Wichtig ist das Zustandekommen in den Niederlanden einer gesetzlichen Regelung für den medizinischen Behandlungsvertrag. Die Untersuchung der sieben Fälle vermittelt allerdings auch, daß es besonders bei Haftungsfragen vorwiegend auf die Anwendung des allgemeinen Teiles des Vertragsrechtes ankommt. In dieser Hinsicht nimmt das niederländische recht die Stellung eines Lernenden ein. „Amerikanische Verhältnisse” sind kaum zu befürchten. Ein Versuch mit einer Patientenverletzungsversicherung läßt sich empfehlen.

SUMMARY

THE POSITION OF THE PATIENT AT PRIVATE LAW

This report discusses the position of the patient under the applicable substantive law. A comparison is made between the legal position of the patient in Belgium and the Netherlands. This is done on the basis of seven case studies, which are placed under five headings: the liability of the individual doctor, „informed consent”, liability for damage to property, liability for a doctor's assistants, and exemption. Of considerable interest is the introduction, in the Netherlands, of legislation relating to contracts for medical treatment. However, it also emerges from the discussion of the seven case studies that in questions of tort liability, it is the general part of the law of

obligations which provide the crucial rules. On this issue, however the Netherlands law has a great deal to learn from others. There are few grounds for fearing any „American situations”. It would appear advisable to experiment using insurance agreements for injuries to patients.

RESUMEN

LA POSICIÓN DE DERECHO MATERIAL DEL PACIENTE

Este informe preliminar habla de la posición de derecho material del paciente. La comparación de la posición de derecho del paciente en Bélgica y en los Países Bajos se hace por medio de siete situaciones, clasificadas en cinco categorías: la responsabilidad del médico individual, *informed consent*, la responsabilidad por objetos, la responsabilidad por la intervención de auxiliares y la exoneración. Es interesante la adopción de una regulación legal del convenio de tratamiento médico en los Países Bajos. Pero, la discusión de las siete situaciones también muestra que, sobre todo en las cuestiones de responsabilidad, se trata esencialmente de la aplicación de la parte general del derecho de las obligaciones. Con respecto a este punto, el derecho holandés se encuentra más bien en una posición de tener que aprender del modelo belga. Hay pocos motivos para temer unas „situaciones estadounidenses”. Es recomendable intentar la cobertura de un seguro para lesiones en pacientes.