

Medische aansprakelijkheid

mw. prof. mr. W.R. Kastelein
(eindred.)

prof. mr. B. Sluijters

mr. I. Giesen

mr. Chr. van Dijk

mr. R.J.P. Kottenhagen

prof. mr. J.K.M. Gevers

Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:

Servicecentrum Uitgevers

Postbus 20014

2500 EA Den Haag

tel.: 070 - 378 9880

fax: 070 - 378 9783

© 2003, Sdu Uitgevers BV, Den Haag

Omslagontwerp en binnenwerk: Villa Y / A. Kluijzen, Den Haag

ISBN: 90 5903 160 1

NUR 822

Alle rechten voorbehouden.

Behoudens de door de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden vervoelvuldigd (waaronder begrepen het opslaan in een geautomatiseerd gegevensbestand) en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze dan ook, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

De bij toepassing van art. 16b en 17 Auteurswet 1912 wettelijk verschuldigde vergoedingen wegens fotokopieëren, dienen te worden voldaan aan de Stichting Reprorecht, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, tel.: 023-7997810.

Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken op grond van art. 16 Auteurswet 1912 dient men zich te wenden tot de stichting PRO, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, tel.: 023-7997809. Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaardt de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.

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

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

Voorwoord

De discussies over de reikwijdte en de uitdijning van medische aansprakelijkheid zetten zich de laatste jaren onverminderd door. Vele onderwerpen zijn daarbij aan de orde, zoals verjaring, claimbewustheid, bewijslastverdeling, smartengeld, de betekenis van het informed consent en de betekenis van protocollen en richtlijnen. De jurisprudentie van de Hoge Raad geeft ten aanzien van al deze onderwerpen nieuwe ontwikkelingen te zien. De rechtsvragen waar dit toe leidt, vormden de directe aanleiding voor het uitgeven van dit boek.

Het boek bevat een zestal hoofdstukken. Het eerste hoofdstuk, geschreven door prof. mr. B. Sluifjters, bevat een algemene beschouwing over de ontwikkelingen in het medische aansprakelijkheidsrecht met een accent op de ontwikkelingen rondom de verjaring. Sluifjters pleit aan het einde van deze bijdrage wederom voor een vast arbitraal College voor medische aansprakelijkheidszaken en voor een medische ongevalverzekering.

In het tweede hoofdstuk levert mr. I. Giesen een interessante bijdrage over de stand van zaken ten aanzien van de bewijslastverdeling in het medische aansprakelijkheidsrecht. Hij bekritiseert daarbij de zogenaamde 'informed consent'-arresten van de Hoge Raad. In zijn visie betreft het hier een bedrijfsfout van de Hoge Raad. Zijn bijdrage is uitermate boeiend. Veel medische aansprakelijkheidszaken staan of vallen met de bewijsrechtelijke aspecten daarvan.

In het derde hoofdstuk levert mr. Chr. van Dijk een bijdrage inzake de proportionele aansprakelijkheid. Voor degenen die dachten dat deze leer bijna aan zijn einde was in het medische aansprakelijkheidsrecht geldt: lees het hoofdstuk van Van Dijk. Met verve verdedigt hij het nut van deze leer en de aantrekkelijkheid daarvan in medische aansprakelijkheidszaken.

In het vierde hoofdstuk geeft mr. R.J.P. Kottenhagen een overzicht over de ontwikkelingen rond het smartengeld in de Nederlandse jurisprudentie. Hij bespreekt daarin zowel het *Baby foost-* als het *Taxibus-arrest* en het meest recente arrest van de Hoge Raad over het recht op smartengeldvergoeding van een comateus slachtoffer. Hij concludeert dat zich de laatste jaren een aanzienlijke uitbreiding van medisch aansprakelijkheid voor immateriële schade heeft voorgedaan.

Medische aansprakelijkheid in Nederland: een stand van zaken ten aanzien van de bewijslastverdeling

Mr. I. Giesen

2.1 Inleiding

Het onderwerp van deze bijdrage¹ is de bewijslastverdeling bij medische aansprakelijkheid. Het betreft hier een zeer boeiend onderwerp omdat veel 'medische claims' staan of vallen met de bewijsrechtelijke aspecten ervan. Ik zal hierna eerst nog even kort het belang van het onderwerp schetsen (par. 2.2), dan zal de stand van zaken van het huidige Nederlands recht op het vlak van de bewijslastverdeling bij medische aansprakelijkheid uiteen worden gezet (par. 2.3.1 en par. 2.3.2), om binnen dat onderwerp vervolgens meer specifiek in te gaan op een belangrijk deethema: de 'omkeringregel' bij causaal verband (par. 2.3.3). In par. 2.4 volgt een korte afronding.

2.2 Het belang van het onderwerp

Bewijslastverdeling is écht interessant als zich met enige regelmaat de situatie voordoet dat de feiten die in de procedure vast dienen te staan, uiteindelijk niet komen of kunnen komen vast te staan. Men zou kunnen zeggen dat de bewijslastverdeling écht belangrijk is in gevallen van *typische bewijsnood*: de eiser – om daar maar even van uit te gaan – zal in een typische procedure van een bepaalde soort, zoals bijvoorbeeld een schadevergoedingsprocedure tegen een arts, moeilijkheden ondervinden om het bewijs rond te krijgen. Deze situatie doet zich op het terrein van de medische aansprakelijkheid daadwerkelijk voor. Het zal immers vaak een hels karwei zijn om aannemelijk te maken wat een arts gezegd heeft in een gesprek met een patiënt. Wie zal kunnen zeggen wat er precies misging tijdens de operatie? En als al duidelijk is dat er een 'fout' gemaakt is, rijst nog de vraag of die fout wel causaal was voor

¹ Deze bijdrage werd als voordracht gepresenteerd tijdens de CPO-cursus *Medische aansprakelijkheid* op 20 september 2002 te Bilthoven. De vorm van een voordracht is grotendeels gehandhaafd. Inhoudelijk bouwt deze bijdrage voort op eerdere publicaties van mijn hand over dit thema, zie met name Giesen 1999; Giesen 2001.

de geleden schade. De patiënt zou toch zeker ook voor de operatie gekozen hebben als de risico's ervan wel verteld waren? Of toch niet?

Uiteraard bestaan er diverse manieren om de nodige feitelijke informatie boven tafel te krijgen en om het bewijs rond te krijgen. Advocaten spenderen niet voor niets een aanzienlijk deel van hun tijd – terecht – aan feitenonderzoek. Wellicht ook komt de rechter tot een (feitelijk) vermoeden op basis van de informatie die er wel is. Deskundigen kunnen ook nog het een en het ander ophelderen. Maar, de deskundige die met zekerheid kan vertellen wat een patiënt gedaan zou hebben indien deze had geweten van een bepaalde mogelijke complicatie van een ingreep, bestaat bij mijn weten nog niet. Met andere woorden, er zullen altijd bewijsproblemen blijven bestaan en alle medische dossiers in de wereld zullen dat niet oplossen. Vandaar ook dat de verdeling van de bewijslast (het bewijsrisico) op dit terrein zo belangrijk is. Ik merk nog op dat voor zover er feitelijke informatie bij voorbaat verzameld wordt, die informatie veelal in handen zal zijn van de beroepsbeoefenaar, de arts. Dat betekent dan dat de ene partij 'de patiënt' wel en de andere partij 'de arts', geen bewijsnood kent.

2.3 De stand van zaken naar huidig Nederlands recht

2.3.1 Schade, rechtvaardigingsgronden, relativiteit, eigen schuld en schuld
Het bestaan en de omvang van de schade dient op basis van de hoofdregel van bewijslastverdeling (art. 150 Rv) door de eiser te worden bewezen, voor zover dit ooit nodig is: De rechter geniet hier namelijk veel vrijheid en mag de hoogte van de schade schatten (art. 6:97 BW).² Een eventuele rechtvaardigingsgrond, zoals bijvoorbeeld overmacht, maar ook het ontbreken van relativiteit (6:163 BW) of de aanwezigheid van eigen schuld (6:101 BW), dient de arts te bewijzen. Deze kwesties zijn onomstreden.³ Schuld van de arts in die zin dat toerekening van de daad aan hem mogelijk is (art. 6:74 jo. art. 6:75 en art. 6:162 lid 3 BW), is eigenlijk in het geheel niet meer van belang bij beroepsaansprakelijkheid. Immers, als de onzorgvuldigheid gegeven is, zal de toerekening in principe geen beletsel meer vormen voor aansprakelijkheid.⁴ Wel van belang is de vraag wie de tekortkoming of onrechtmatigheid (par. 2.3.2) en wie het causale verband (par. 2.3.3) dient te bewijzen.

² Zie recent nog HR 9 augustus 2002, RvdW 2002, 132 (KUM/T), r.o. 4.2.

³ Bovendien wordt het bewijs van schade tegenwoordig vrij coulant benaderd, zie Giesen 2001, p. 115-116.

⁴ Zie ook Giesen 2001, p. 119.

⁵ Giesen 1999, p. 84-86 en 131; Giesen 2001, p. 114-115 en p. 242.

2.3.2 Tekortkoming of onrechtmatigheid

Ten aanzien van de tekortkoming en/of onrechtmatigheid luidt de algemene regel in Nederland nog steeds dat de eiser de bewijslast draagt.⁶ Een aantal uitzonderingen daarop kan zich echter voordoen. Die uitzonderingen vormen tevens mogelijkheden voor de advocaat van de eiser om het bewijsrisico te omzeilen. Ik zou dan ook menen dat elk ervan door de advocaat – voor zover mogelijk – ingeroepen zou moeten worden en dat daarop door (de advocaat van) de wederpartij geanticipeerd dient te worden. Ik bespreek kort de volgende drie uitzonderingen: 1) gebrekkige dossiers; 2) informed consent; 3) de aanvullende stelplicht of verzwaarde stelplicht.⁷

2.3.2.1 Gebrekkige dossiers

In de medische sfeer wordt door de lagere rechtspraak wel aanvaard dat de arts die een gebrekkig dossier heeft samengesteld/bijgehouden, aansprakelijk is. De plicht een dossier te hebben is neergelegd in art. 7:454 BW. De bewijsrechtelijk relevante redenering verloopt hier via de hierna nog te bespreken, aanvullende stelplicht. De arts die een gebrekkig dossier overlegt of in het geheel geen dossier kan overleggen, heeft niet aan zijn nog te bespreken aanvullende stelplicht voldaan. Hierna volgt een sanctie (vaak wordt de bewijslastomkering genoemd, zie echter par. 2.3.2.3) ten nadele van de arts, met als waarschuwingseffect consequentie dat deze aansprakelijk zal worden gehouden. Deze lijn kan overigens, maar dat terzijde, doorgetrokken worden naar andere beroepsbeoefenaren, onder de noemer: 'documentatieverzuim'. Ook de advocaat is immers, tuchtrechtelijk, gehouden een dossier aan te leggen. Datzelfde redenering kan dan ook op dat terrein opgezet worden.

In dit verband wijs ik nog op het arrest *Meijburg/Hazewinkel*⁸ waarin de onzorgvuldigheid van een belastingadviseur gelegen was in het niet schriftelijk bevestigen van een standpunt, zoals ingenomen door de inspecteur der belastingen in een gesprek met de adviseur. Bewijsproblemen ten aanzien van de vraag of het standpunt zoals ingenomen door de adviseur onzorgvuldig was, werden zodoende vermeden. Het bevestigen van gesprekken en daarin gemaakte afspraken hoort ook tot de dossieropbouw, zodat deze uitspraak in dit kader relevant zou kunnen zijn. Ook het arrest *Waarbroek/H.*⁹ past in deze

⁶ Giesen 1999, p. 21 e.v. en p. 97 e.v.; Giesen 2001, p. 113-114 en p. 244.

⁷ De navolgende paragrafen zijn ontleend aan Giesen 1999, p. 22-24 en p. 35 e.v.; Giesen 2001, p. 39-47.

⁸ HR 23 februari 1996, NJ 1996, 395.

⁹ HR 4 september 1998, NJ 1998, 838.

lijn: de dienstverlener dient een bewijs van verzending van een poststuk te verkrijgen en dat bewijsstuk hoort in het dossier te zitten.

2.3.2.2 *Informed consent*

De '*informed consent*'-doctrine komt kort gezegd hierop neer dat de arts, die toestemming van de patiënt nodig heeft alvorens hij tot een ingreep overgaat, niet kan volstaan met het verkrijgen van 'de enkele' toestemming als zodanig. Hij heeft geïnformeerde toestemming nodig. De toestemming is alleen rechts-geldig als deze gebaseerd was op voldoende informatie. Dat betekent dat de patiënt van tevoren ingelicht dient te zijn over de risico's van de ingreep, de alternatieven ervoor, et cetera. De patiënt dient zijn toestemming te geven op basis van alle informatie die nodig is om een overwogen keuze te kunnen maken.

Bewijsrechtelijk is dit alles relevant om de volgende reden. Het bestaan van toestemming om tot een ingreep over te gaan, is een *rechtvaardigingsgrond* die de gedaagde bevrijdt van aansprakelijkheid. Het bestaan van deze rechtvaardigingsgrond dient de arts, volgens de hoofdregel van 150 Rv, te bewijzen. Als toestemming als zodanig niet voldoende is, maar geïnformeerde toestemming nodig is om rechtsgeldig te zijn, betekent dit dat de arts dient aan te tonen dat hij die geïnformeerde toestemming had, met andere woorden, dat hij de patiënt ingelicht had alvorens deze zijn toestemming gaf. De bewijslast ten aanzien van het voldaan zijn aan de informatieplicht, ten aanzien van het *zorgvuldig* handelen, rust dan dus op de arts.

Of en in hoeverre dit in Nederland (al) geldend recht is, is nog maar de vraag. De literatuur lijkt verdeeld; de lagere rechtspraak tendeert ten dele in deze richting.¹⁰ De Hoge Raad heeft zich er nooit expliciet over hoeven uitspreken (maar hij lijkt te veronderstellen dat de bewijslast op de patiënt rust). In het *Schepers/De Bruijn*-arrest,¹¹ waarin de zorgvuldigheid bij informatieverstrekking wel aan de orde was, ging het om informatie achteraf, na de ingreep, zodat de kwestie van toestemming *vooraf* niet speelde. Overigens, uit het nog te bespreken *Ingenhult*-arrest¹² lijkt te volgen dat de *informed consent* sowieso op zijn retour is, maar daarover zo meteen meer (par. 2.3.3.5).

Een mogelijke bres in deze redenering zit wellicht bij de vraag of een medische ingreep, als inbreuk op de lichamelijke integriteit, zonder toestemming *prima*

¹⁰ Zie de literatuur en rechtspraak genoemd in Giesen 1999, p. 36, noot 215.

¹¹ HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368.

¹² HR 23 november 2001, NJ 2001, 386.

facie altijd wederrechtelijk is, waarmee toestemming inderdaad een rechtvaardigingsgrond zou zijn. Wellicht is er ten aanzien van de arts geen sprake van wederrechtelijkheid als er een ingreep (normaal gesproken een mishandeling ex art. 300 Sr) gepleegd wordt, dus bij het enkele feit van de ingreep. Straf-rechtelijk gezien is dit nog wel een discussiepunt, civielrechtelijk overigens niet.

2.3.2.3 *De verzwarde of aanvullende stelplicht*

Als algemenere 'afwijking' van de normale bewijslastverdeling, kan de aanvullende stelplicht genoemd worden, ook wel de verzwarde motiveringsplicht geheten. Wat er bij zo'n aanvullende stelplicht gebeurt, is dat in rechte van een der partijen, meestal de gedaagde, een extra stevig gemotiveerde betwisting verlangd wordt. Een gewone betwisting of enkel ontkennen door de gedaagde volstaat niet. Dit was gebaseerd op de art. 140 en 141 Oud Rv, waarin een 'met redenen omgeven' conclusie vereist werd (nu art. 128 lid 2 Rv en art. 111 lid 2d Rv). Bij hantering van een aanvullende stelplicht worden de eisen aan die motivering van de betwisting als het ware extra hoog opgetrokken.

Het doel hiervan is dat de gedaagde de eiser 'aanknopingspunten voor zijn bewijslevering' verstrekt. Met andere woorden: deze moet informatie verstrekken. Een dergelijke plicht is bijvoorbeeld aanvaard op het terrein van de beroepsaansprakelijkheid van de arts, maar bijvoorbeeld ook ten aanzien van de notaris.¹³ In medische zaken geldt deze stelplicht ook voor zover het causale verband ter discussie staat.¹⁴ Ten aanzien van de advocaat bestaat er nog wat twijfel. De Hoge Raad heeft zich daarover nog niet echt hoeven uitspreken.¹⁵

Of er in een concreet geval voldoende gesteld is of aan de plicht tot gemotiveerde betwisting voldaan is, is moeilijk in algemene termen aan te geven. De zwaarte van deze plicht verschilt namelijk van geval tot geval en of eraan voldaan is, is aan de lagere rechter. Bij wijze van voorbeeld kan er wel op gewezen worden dat als een notaris zijn gespreksnotities inbrengt, zulks als voldoende beschouwd mag worden.¹⁶ Uit het *Anesthesie*-arrest¹⁷ volgt verder dat de arts

¹³ Zie bijvoorbeeld HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 (m.nt. WILH; Timmer/Deurman); HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Schepers/De Bruijn); HR 7 september 2001, NJ 2001, 615 (Anesthesie); HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286 (Notaris W./W.).

¹⁴ HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 (Ingenhult).

¹⁵ HR 13 april 2001, JOt 2001, 264 (in dit geval zou de gedaagde voldaan hebben aan die plicht, als die inderdaad zou bestaan).

¹⁶ HR 10 januari 1997, NJ 1999, 286 (Notaris W./W.).

¹⁷ HR 7 september 2001, NJ 2001, 615.

nauwkeurig zijn lezing van het voorval moet geven; de patiënt kan dan de onjuistheid daarvan aantonen. Een anesthesieverslag is daarbij op zich voldoende om aan die aanvullende stelplicht te voldoen, ook indien dit verslag onvolledig is, want de patiënt kan die onvolledigheid dan benutten. Datzelfde zal voor medische dossiers in het algemeen gelden. In dit arrest speelde overigens ook nog een rol dat de patiënt zelf bepaalde medische informatie niet verstreek had.

Als de gedaagde wél aan deze plicht voldoet en dus de nodige aanknopingspunten verschafft, moet de eiser (alsnog) het bewijs leveren. Slaagt de eiser er niet in om dat bewijs te leveren, dan komt dat voor zijn risico. De bewijslastverdeling verandert namelijk niet door aannamen van een aanvullende stelplicht. En als gegevens niet beschikbaar zijn, gaat dat ook ten laste van de eiser.¹⁸ Wanneer de gedaagde niet aan deze plicht voldoet, is diens betwisting onvoldoende en is er derhalve rechtens géén betwisting, zodat het betreffende feit als vaststaand in de zin van art. 149 Rv (art. 176 Oud Rv) beschouwd moet worden. Andere sancties, zoals een bewijslastomkering en 'het niet meer hoeven verstrekken van een bewijsopdracht', zijn daarbij mijns inziens niet juist, omdat we aan die sancties niet meer toe kunnen komen.¹⁹ Op basis van de wet moet de rechter immers het feit als vaststaand beschouwen als het niet of onvoldoende betwist is. Een bewijsopdracht is dan niet meer nodig; een bewijslastomkering ook niet. Het feit staat al vast, zodat bewijs dienaangaande niet meer nodig is. Met andere woorden, het hele bewijsrecht blijft dan verder buiten beeld.

Het belang van deze aanvullende stelplicht is groot. De rechtspraak gebruikt dit instrument om het evenwicht tussen partijen te herstellen, om een bewijsachterstand op te heffen. Het zal de uitkomst van een zaak sterk beïnvloeden of er in dit kader meer of minder van een partij verlangd wordt. Zulks geldt te meer nu de vraag of aan de aanvullende stelplicht voldaan is, een feitelijke vraag is die in cassatie moeilijk te bestrijden is.

2.3.3 Causaal verband en de 'omkeringsregel'

2.3.3.1 Inleiding en hoofdregel

Een volgend belangrijk punt aangaande de verdeling van de bewijslast betreft de bewijslast ten aanzien van het causale verband. Op dat vlak is de stand van

¹⁸ Vgl. HR 7 september 2001, NJ 2001, 615 (Anesthesie).

¹⁹ Zie nader Giesen 1999, p. 22-23; Giesen 2001, p. 43-44.

het geldende recht momenteel niet heel duidelijk. Ik zal dan ook volstaan met het trekken van enkele, soms tegenstrijdige, algemene lijnen. Vooral ten aanzien van onzorgvuldige informatieverstrekking is er een onduidelijke situatie ontstaan.

In aansprakelijkheidszaken dient in beginsel de eiser aan te tonen dat zijn schade ook daadwerkelijk veroorzaakt werd door de onrechtmatige handeling of door het contractuele tekortschieten van de gedaagde. Ik heb het hier dan over het zogenaamde *conditio sine qua non*-verband: zou de schade ook ingetreden zijn zonder de onrechtmatige handeling? Dat kan de nodige problemen veroorzaken, zo zagen we al, want het bewijs ervan is vaak heel lastig, zo niet onmogelijk te leveren. Denk opnieuw aan het geval van de patiënt die de arts aanspreekt en deze hem het verwijt maakt dat hij niet ingelicht is over een bepaald risico zoals zich dat later geopenbaard heeft. De arts zal dan zeggen: als ik het wel verteld had, had u net zo goed ingestemd met de operatie. Met andere woorden: het tekortschieten was zonder invloed op de schade, want die schade was toch wel ingetreden. De vraag rijst dan hoe ooit echt te bewijzen valt wat iemand gedaan zou hebben als hij bepaalde informatie wel gehad zou hebben. Op dat moment wordt dan ook duidelijk hoe belangrijk de bewijslast en een eventuele bewijslastomkering op dit vlak is. Immers, als de bewijslast niet wordt omgekeerd, zal de patiënt vrijwel zeker de procedure verliezen en geen schadevergoeding ontvangen. Volgt er wel een bewijslastomkering, dan zal de arts (diens verzekeraar) waarschijnlijk schadevergoeding moeten betalen.

2.3.3.2 Uitzondering: de ruime toepasbare 'omkeringsregel'²⁰

In de rechtspraak inzake verkeers- en werkgeversaansprakelijkheid is de bewijslast ten aanzien van het causale verband in het verleden geregeld omgekeerd ten gunste van de eiser, het slachtoffer. In de context van de beroepsaansprakelijkheid volgt in 1996, en dat is de kern van de hele discussie geworden en gebleven, een zeer algemene formulering door de Hoge Raad en wel in een procedure tegen een notaris die naliet een van de comparanten te waarschuwen tegen de gevaren van een financiële transactie. Die algemene formulering vinden wij in het belangrijke *Dicky Trading II*-arrest.²¹ De Hoge Raad bepaalde dat:

²⁰ Zie over dit thema ook Giesen 2001, p. 116 e.v.; Giesen 2001a, alsmede de zeer uiterwette beschouwingen in de oratie van Akkermans 2002, waarvan al een korte voorproef verscheen in Akkermans 2001.

²¹ HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 (m.nt. WMM).

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

Dat was een wel heel algemene regel opeens: een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging' die 'een risico' zou scheppen, welk risico 'zich daarna verwezenlijkt'. Er zijn vele onrechtmatige daden en wanprestaties en de meeste scheppen een bepaald risico en heel veel leiden er ook toe dat dat risico zich verwezenlijkt.

Gezien deze formulering kon de regel die de uitzondering leek te vormen, en die zich beperkte tot de verkeers- en veiligheidsnormen, vrij snel verworpen tot een in elk geval in potentie zeer algemeen toepasbare regel (ofwel: de gedaagde draagt de bewijslast met betrekking tot het ontbreken van het causale verband), al werd over het bereik ervan veel gediscussieerd. Wellicht, zo rees echter al snel de gedachte, was deze algemenere regel door de Hoge Raad, bedoeld als regel die alleen voor gevallen van beroepsaansprakelijkheid moest gelden. Het ging hier immers om een notaris, terwijl beroepsbeoefenaren toch al stevig aangepakt werden als het om hun aansprakelijkheid gaat. Zo was er ten aanzien van de arts, na een aanzet in het *De Heel/Korver*-arrest,²² het *Wrongful birth*-arrest,²³ waarin dezelfde regel opnieuw toegepast werd, hoewel in dat geval wellicht eerder de (secundaire) causale toerekening van art. 6:98 BW aan bod was.

Het probleem bij een dergelijke uitleg is echter ten eerste dat die beperking tot beroepsbeoefenaren niet in het arrest te lezen is, zodat het arrest ook ruimer uitgelegd kan worden²⁴ en ten tweede, dat vervolgens in het arrest *Beurskens/B. Notarissen*²⁵ de bewijslast weer gewoon bij de wederpartij van de notaris (de eiser dus) gelegd werd. Het ging in die zaak kort gezegd om het niet tijdig verlenen van een pachtvereenkomst door een notaris en de Hoge Raad besliste dat de bewijslast bij de eiser en niet bij de notaris lag. Dat lijkt in elk geval in lijnrechte tegenspraak met de net bedoelde uitleg.

22 HR 13 januari 1995, NJ 1997, 75 (m.nt. C.I.H.B.).

23 HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145.

24 Zie bijvoorbeeld Asser-Hartkamp 4-1, nr. 434a e.v.

25 HR 20 september 1996, NJ 1996, 747.

Was het al genoemde *Dicky Trading II*-arrest dan een 'verspreking' van de Hoge Raad of was hier toch iets van een juridische aardverschuiving in gang gezet? De echte bevestiging van het arrest *Dicky Trading II* kwam in het *St-Willibrord/V.*-arrest.²⁶ Daarin herhaalde de Hoge Raad letterlijk en met een verwijzing, de regel uit het *Dicky Trading II*-arrest, in al zijn algemeenheid. Toen werd Nederland echt wakker. Het gaat hier werkelijk om een algemene regel.

Probleem daarbij is wel nog steeds dat de rechtspraak niet blijkt geeft van enige afbakening van het toepassingsgebied van die regel, toch een niet onbelangrijke kwestie. Het ging in het geval van het *St-Willibrord/V.*-arrest overigens eigenlijk opnieuw om een geval van beroepsaansprakelijkheid, zodat de eerder genoemde beperking van de bewijslastomkering tot dat terrein ook best volgehouden kan worden. De vraag was in het arrest immers wat de psychiater van de psychiatrische inrichting gedaan zou hebben met de uiteindelijk (door de verpleging) weggestuurde patiënt als de verplegers hem erbij gehaald hadden.

Als we het hebben over het bereik van deze regel, dan blijkt verder dat noch in *Dicky Trading II* noch in *St-Willibrord/V.* gerept wordt over de eventuele schending van een veiligheidsnorm, zoals in de eerdere zaken waarin de omkeringsregel gebruikt werd, wel gebeurde. Daarmee rijst natuurlijk de vraag of het (nog steeds) een voorwaarde voor toepassing van deze bewijslastomkering is dat er een verkeers- of veiligheidsnorm geschonden werd.

Het arrest inzake *MC Leeuwarden/H.*²⁷ laat er geen twijfel over bestaan dat schending van een veiligheidsnorm niet nodig is. Immers, in dat arrest heet het dat het oordeel van het Hof dat hier de bewijslastomkering toegepast moest worden, juist was, zodat het er verder niet toe deed ('in het midden kan daarbij blijven') of er sprake was van een veiligheidsnorm. Ook het *Ter Hofte/Oude Monnik Motors*-arrest²⁸ leidt tot dat oordeel. Daarin spreekt de Hoge Raad over de regel die *aanvankelijk* alleen bij veiligheidsnormen gold. Als die regel 'aanvankelijk' alleen op dat terrein gold, dan moet bedoeld zijn dat dat nu niet meer het geval is.

Als inderdaad niet langer vereist zou zijn voor toepassing van de omkeringsregel dat een verkeers- of veiligheidsnorm geschonden is, rijst echter wel de vraag of het gevolg daarvan dan niet is dat de hier aanvaarde bewijslast-

26 HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 (m.nt. C.I.H.B.; A&V 2000, p. 107 e.v. (m.nt. I. Giesen).

27 HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649; AVM 2001, p. 150 e.v. (m.nt. I. Giesen).

28 HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 (m.nt. JBANV).

omkering op te ruime schaal toegepast kan gaan worden. Uit het *Dicky Trading II*-arrest of het *St-Willibrord*-arrest lijkt namelijk geen enkele wezenlijke beperking van het toepassingsbereik van de daarin verwoorde regel te volgen.

2.3.3 Een eerste inperking van de reikwijdte

Een zekere, min of meer algemene inperking van de reikwijdte van de Hoge omkeringsregel ligt inmiddels echter besloten in de uitspraak van de Hoge Raad in al genoemde zaak *Ter Hofte/Oude Monnick Motors*.²⁹ Er wordt daar expliciet gemaakt dat het wél van belang is dat daadwerkelijk vaststaat dat er een bepaald risico in het leven is geroepen en dat zich dat risico verwezenlijkt heeft. Men koppelt dan dus een typisch gevolg aan een typische onrechtmatige daad.³⁰ In dat geval had de aangesproken reparateur van eisers motorfiets betwist dat olie was gaan lekken door een gebrekkige reparatie zijnerzijds en dus werd betwist dat het risico geschapen was, terwijl bovendien door de reparateur betwist werd dat de motor geslipt was (het gestelde risico). Ter Hofte dient dan van de Hoge Raad eerst aannemelijk te maken (een lichtere vorm van bewijs) dat er een slipgevaar in het leven geroepen werd én dat er inderdaad geslipt werd. Pas nadien geldt de bewijslastomkering. Voordien geldt de gewone hoofdregel van bewijslastverdeling. Een zelfde soort inperking lag overigens al besloten, zo bleek nu, in het eerdere arrest *Kramer/ABN-Amro*.³¹ Een onrechtmatig beslag zoals in dat geval gelegd, leidt in het algemeen wel tot een risico van schade of een verhoging van het risico van schade, maar niet tot het specifieke risico dat het tot een staking van het bedrijf komt.

Naar mijn mening was het stellen van een grens nodig, want men kon zich in gemoede afvragen of die heel ruime reikwijdte die deze bewijslastregel kreeg, wel bedoeld was door de Hoge Raad en of deze niet te ver ging. Mocht deze ruime reikwijdte wel de bedoeling van de Hoge Raad geweest zijn, dan zou immers het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht op het stuk van het causale verband op een zodanige wijze veranderd zijn dat dan ten minste een uitvoeriger motivering, welke ontbrak, van die ommerwaai wenselijk was geweest. Mijns inziens had de Hoge Raad die bedoeling echter niet, want de Raad gaat er zelf nog van uit dat naar de hoofdregel van bewijslastverdeling die bewijslast op de eiser ligt.³²

²⁹ HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 (m.nt. JBMV).

³⁰ Zie Hartlief 2001, p. 458.

³¹ HR 26 juni 1998, NJ 1998, 778.

³² Zie i.o. 3.8 uit het Oude Monnick Motors-arrest (HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524 (m.nt. JBMV)).

2.3.4 Een verdere inperking: de 'informed consent'-arresten

Een verdere belangrijke inperking van de omkeringsregel lijkt gelegen te zijn in twee gelijktijdende arresten van 23 november 2001, de *Informed consent*-arresten, waarvan ik hierna het eerste arrest (*Ingenhut/St. Gezondheidszorg Oostelijk Zuid-Limburg*) nader bespreek.³³ Wat was er aan de hand? De arts had de patiënt, dat stond in casu vast, niet ingelicht over de risico's van een complicatie (een zenuwbeschadiging) die zich bij een polsoperatie zou kunnen voordoen. Dit had de arts wel moeten doen. De operatie werd verder goed uitgevoerd, er werd dus geen kunstfout gemaakt, maar de complicatie deed zich wel voor. Voor de vraag of hier schadevergoeding voor de gewezen patiënt mogelijk was, was van belang of er causaal verband bestond tussen het niet informeren door de arts en de schade. Daarmee was de vraag belangrijk geworden: zou de patiënt ingestemd hebben met de operatie, indien zij geweten had van de risico's. De patiënt bepleit in cassatie toepassing van de omkeringsregel ten aanzien van het bewijs van dat causale verband, hetgeen logisch lijkt omdat die regel bij een kunstfout al gebruikt is in de rechtspraak.³⁴

De Hoge Raad beslist dat de toepassing van die regel hier niet mogelijk is. Ik parafraseer zijn oordeel: de plicht de patiënt in te lichten over de risico's van de voorgestelde behandeling strekt niet ertoe de patiënt te beschermen tegen deze risico's, maar strekt ertoe de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de voorgestelde behandeling zal geven; zodoende kan de zenuwbeschadiging niet worden aangemerkt als verwezenlijking van het risico dat door het tekortschieten (het niet informeren) in het leven is geroepen. Opnieuw wordt dus beslist dat het van belang is aan te geven welk risico geschapen is en of zich dat risico verwezenlijkt heeft.³⁵

2.3.5 Zijn dit juiste uitspraken? Vier argumenten tegen

Ik vind de *Informed consent*-arresten, ik zeg het maar ronduit, slechte uitspraken. Ten eerste, waarom is het nu eigenlijk van belang om de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen (toestemming te geven)? Wat is het belang van *informed consent* zoals dat voortvloeit uit de artikelen 7:448 en 450 BW en de artikelen 10 en 11 Gw? Het gaat erom de patiënt in staat te stellen om zelf te kunnen beslissen en dus om zelf eventuele risico's te kunnen vermijden. Het

³³ HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 (*Ingenhut*) en HR 23 november 2001, NJ 2002, 387 (m.nt. JBMV (*Niazmandian/Plasmans*)), samen ook wel de *Informed consent*-arresten genoemd.

³⁴ Zie HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (*MAC Loeuwerden/PA*); AV/BS 2001, p. 150 e.v. (m.nt. J. Clesen).

³⁵ Zie de noot van Slabbers onder het *Ingenhut*-arrest in TvGR 2002, 21, p. 202.

gaat er dus om de patiënt in staat te stellen om (mede) zichzelf tegen die risico's te beschermen (door ze te vermijden). Bescherming tegen risico's begint met voorlichting daarover, als je jezelf wilt kunnen beschermen moet je weten waartegen. Dat is de reden waarom de arts dient te spreken over die risico's. Die risico's dienen medegedeeld te worden om de bescherming ertegen mogelijk te maken. De informatieverplichting van de arts strekt dus ook, anders dan de Hoge Raad meent, ter bescherming tegen de risico's van een behandeling.³⁶

Het tweede punt betreft het volgende. Ik begrijp de afwijzing van aansprakelijkheid in het *Ingenhuf*-arrest op zich nog wel, want een eerdere, precies dezelfde operatie was ook goed gelukt, dus er was geen reden te veronderstellen dat de patiënt nu de behandeling geweigerd zou hebben. Dat oordeel betreft echter de *bewijswaardering*: als Hof en Hoge Raad bewezen achten dat de patiënt ingestemd zou hebben, moeten zij dat zeggen ('het causale verband ontbreekt, dat is bewezen, en dus is er geen aansprakelijkheid'). Maar dan moeten zij niets meer zeggen over de bewijsverdeling en de (toepassing van de) omkeringsregel, want dat is dan een andere kwestie, dat betreft niet meer de bewijswaardering. Het is linksom of rechtsom, bewijswaardering en bewijsrisico gaan op dit vlak niet samen.³⁷ Bovendien is dit alleen een verdedigbaar bewijswaarderingsoordeel omdat in casu de eerdere operatie al uitgevoerd was en deze goed gelukt was. Wij weten echter niet, en dat wordt over het hoofd gezien, of de patiënt voor die eerste operatie wel ingelicht was en dus ook niet of zij ook zou hebben ingestemd (met die eerste operatie) als dat inderdaad gebeurd zou zijn.³⁸ Ik denk dat de patiënt niet ingelicht was voor die eerste operatie, want als zij wel ingelicht zou zijn geweest, dan zou dat zeer zeker aangevoerd zijn (*quod non*) in deze procedure. Het gevolg daarvan zou dan zijn geweest dat er voor de tweede operatie helemaal geen informatieverplichting meer zou hebben bestaan, omdat de patiënt al op de hoogte was van de risico's. De causaliteitsvraag zou dan helemaal niet meer spelen.

Ten derde: aangevoerd zou kunnen worden dat toepassing van de omkeringsregel hier, ook los van deze specifieke feiten, toch al niet rechtvaardig zou zijn. Dat bestrijd ik echter. De algemene vraag luidt vervolgens: is (het gebruik van) de omkeringsregel *rechtvaardig*? Mijns inziens is dat wel het geval als het bereik niet te ver opgerekt wordt. Waarom is dat zo? Ten aanzien van de arts geldt dat deze deskundig is en de wederpartij niet, en dat de arts vrouwen

³⁶ Zie ook de kritiek hierop in de noot (in nr. 5) van Vranken onder HR 23 november 2001, NJ 2002, 387.

³⁷ Zie verder Giesen 2001, p. 12 en 48.

³⁸ Vgl. de noot van Slabbers onder het *Ingenhuf*-arrest in TvGR 2002, 21, p. 203.

wekt, hetgeen gehonoreerd dient te worden.³⁹ In het algemeen komt daar dan nog dit bij dat in deze gevallen de normoverschrijding in ieder geval al gegeven is, hetgeen voor aansprakelijkheid pleit.⁴⁰

De belangrijkste rechtvaardiging is mijns inziens echter dat de handhaving van de *effectiviteit van de zorgvuldigheidsnorm* (als geen aansprakelijkheid mogelijk is, zal niemand de norm naleven en zal deze dus zonder effect blijven) voor deze bewijsrisico-omkering pleit. Zonder die omkering zal de eiser het causale verband niet vast kunnen stellen, zodat de aansprakelijkheid daarop (steeds) stukloopt en de norm dus langs die 'causaliteitsweg' in rechte inhoudsloos wordt. De materiële norm (de informatieverplichting van de arts) kan dan uiteindelijk niet meer gehandhaafd en verwezenlijkt worden. Mijns inziens is dit de belangrijkste rechtvaardiging voor het al dan niet toepassen van deze omkeringsregel en zou steeds getoetst moeten worden of aan die ratio voldaan is.⁴¹ Of het voorgaande echter al geldend Nederlands recht is, weten wij op dit moment nog niet want de Hoge Raad gaat op een eventuele rechtvaardiging voor de omkeringsregel (nog steeds) niet in.⁴² Daarvoor pleit wellicht nog dat deze rechtvaardiging aansluit bij de algemenere gedachte, zoals ik die in mijn dissertatie verdedigde, dat de bewijsrisicoverdeling in zijn algemeenheid niet in de weg mag staan aan de verwezenlijking van (de doelen van) de desbetreffende materiële norm.⁴³ Die verwezenlijking moet mogelijk blijven. Als dat door een structureel bewijsprobleem niet meer kan waardoor aansprakelijkheid niet meer mogelijk is terwijl dat wel gewenst is, dient die bewijsrisicoverdeling te veranderen.

In gevallen van geschonden informatieverplichtingen, zoals in de *Informed consent*-arresten en het arrest *Dicky Trading II*, en dus bij beroepsaansprakelijkheid voor informatieverzuimen in het algemeen, is naar mijn mening aan de besproken ratio voldaan. Of iemand op basis van bepaalde informatie, als die gegeven zou zijn, anders gehandeld zou hebben of juist niet, is niet achteraf vast te stellen. Als de eiser wat dat betreft de bewijslast zou dragen, zou degene die de informatieverplichting schond nooit aansprakelijk te houden zijn, waardoor de norm ten onrechte (de onzorgvuldigheid staat immers al vast) ineffectief zou blijven. Zodoende zou bijvoorbeeld de schending van het zelfbeschikkingsrecht

³⁹ Zie bijvoorbeeld Giesen 2001, p. 246, met verdere verwijzingen.

⁴⁰ Zie bijvoorbeeld Giesen 2001, p. 251, verwijzend naar onder andere Altkermans 1997, p. 307, en inmiddels ook Nieuwenhuis 2002, p. 2.

⁴¹ Uitvoeriger over dit argument, Giesen 2001, p. 245, en met name p. 449 e.v.

⁴² Altkermans 2002, sluit zich hierbij ten dele aan (zie par. 13.1 e.v.).

⁴³ Giesen 2001, p. 449 e.v.

van de patiënt niet meer te sanctioneren zijn. En dat speelt in de *Ingenhuit*-zaak natuurlijk een wezenlijke rol. De Hoge Raad schaft hier de *facto de informed consent*-leer, waarover hij net zo hoog heeft opgegeven, weer af, omdat schending daarvan vanwege de immer aanwezige causaliteitsbewijsprobleem niet te sanctioneren is. Aansprakelijkheid van een arts wegens schending van een medische informatieplicht is door bewijsproblemen onbereikbaar geworden en daarmee is het *informed consent* als zodanig uiteindelijk ook onbereikbaar geworden.⁴⁴

Een vierde punt tot slot. Ik vraag mij nog steeds af wat volgens de Hoge Raad het relevante verschil is tussen het *Ingenhuit*-arrest en het *Dicky Trading II*-arrest. Ik zie het niet.⁴⁵ In beide zaken wordt een waarschuwingplicht verzaakt, daarop neemt iemand (deels onwetend) een beslissing met een slechte afloop. Het verwijt luidt beide malen dat er door de gedaagde geen ruimte is geboden voor een juiste beslissing op basis van juiste informatie. Tweemaal is het dus de vraag of iemand in staat is gesteld weloverwogen gebruik te maken van zijn 'zelfbeschikkingsrecht' of zijn 'beslissingsrecht' (ten opzichte van zijn lijf, dan wel zijn financiën).⁴⁶ In het ene geval vindt er geen omkering van het bewijsrisico plaats, in het tweede geval wel. En dan vindt de omkering ook nog eens plaats in het geval waarin het louter om geld ging en niet om iemands lijf en leden. Ik vraag mij werkelijk af of dat wel juist is⁴⁷ en verklaard kan worden, en zo ja, hoe dan?

3.4 Afronding

Ik kom tot een afronding. Het *Dicky Trading II*-arrest en de *informed consent*-arresten zijn naar mijn idee onverzoenbaar, zodat ik concludeer dat of de Hoge Raad een bedrijfsfout gemaakt heeft in de *informed consent*-arresten, of om is gegaan en de omkeringsregel weer (grotendeels) afgeschaft heeft, maar dan stilletjes.⁴⁸ Omdat advocaat-generaal Spier in een conclusie van oktober 2001 de omkeringsregel nog toegepast heeft en de Hoge Raad die zaak op 11 januari 2002 afdeed via art. 101a RO (nu 81 RO), terwijl de Hoge Raad op 8 maart 2002 niets inbracht tegen de bespiegeling uit december 2001 over de omkeringsregel

44 Vgl. over het voorgaande ook de noot van Slaabbers onder het *Ingenhuit*-arrest in *TvGR* 2002, 21, op p. 203.

45 Frappant is in dit kader nog dat A-G Langemeijer de *Dicky Trading II*-regel toepast op een arts die niet aan zijn informatieplicht voldeed. Zie diens conclusie voor HR 1 december 2000, VR 2001, 92; *JOL* 2000, 610, (P/B), nr. 2.18.

46 Zie verder daarover Giesen 2001, p. 249-250.

47 Ook Vrancken vindt dit een niet te rechtvaardigen onderscheid, zie zijn noot (nr. 6) onder HR 23 november 2001, NJ 2002, 387.

48 In die zin Vrancken in zijn noot (nr. 7) onder HR 23 november 2001, NJ 2002, 387.

door advocaat-generaal Langemeijer in een zaak over notariisaansprakelijkheid,⁴⁹ lijkt de omkeringsregel in elk geval niet afgeschaft te zijn. Maar als dat zo is, dan zou de conclusie deze moeten zijn: op 23 november 2001 heeft de Hoge Raad een fout gemaakt.

Literatuur

- A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. KUB), Deventer: Tjeenk Willink 1997.
- A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband, TVP* 2001, p. 93-100.
- A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie Amsterdam VU), Boom Juridische uitgevers: Den Haag 2002 (in druk).
- I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Tjeenk Willink: Deventer 1999.
- I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. KUB), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.
- I. Giesen, 'Medische aansprakelijkheid, causaliteit, bewijslast en de 'omkeringsregel'', *AV&S* 2001, p. 150-154.
- A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenissen in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2000.
- T. Hartlief, 'Causaliteitsonzekerheid: betekenis en reikwijdte van de 'omkeringsregel'', *AA* 2001, p. 458.
- J.H. Nieuwenhuis, 'De neus van Cleopatra', *RM Themis* 2002, p. 1-2.

49 Zie HR 11 januari 2002, *JOL* 2002, 12, en HR 8 maart 2002, *JOL* 2002, 161.