Ontwikkelingen in de tuchtrechtelijke en civielrechtelijke jurisprudentie

Mw. Prof. Mr. W.R. Kastelein

- 1. Inleiding

Diverse sectoren van de rechtspraak houden zich bezig met gezondheid en gezondheidszorg. De civiele, bestuurs-, straf- en tuchtrechtspraak zijn alle van betekenis voor de ontwikkeling van het gezondheidsrecht en als zodanig ook in het Tijdschrift voor Gezondheidsrecht gepubliceerd. Een belangrijk deel van de in het Tijdschrift gepubliceerde jurisprudentie betreft tuchtrechtelijke beslissingen. Aanvankelijk werden alle uitspraken van de medische tuchtrechter, die ter publicatie werden aangeboden, ook geplaatst. De laatste jaren moet helaas gezien de grote hoeveelheid, een selectie gemaakt worden, waarbij zoveel mogelijk nieuwe ontwikkelingen worden gevolgd.

De toegankelijkheid van de medische tuchtrechtspraak is in de loop der jaren aanmerkelijk verbeterd. Moesten we het vóór 1976 voornamelijk hebben van Rang, “Rechtspraak medisch tuchtrecht 1930–1976”, voor de daaropvolgende jaren werd de tuchtrechtspraak, voor

zover ter publicatie aangeboden, toegankelijk via het Tijdschrift voor Gezondheidsrecht en Medisch contact. Voorts kan gewezen worden op de verzameling van tuchtrechtsuitspraken van De Brauw/Kalkman-Bogerd “Rechtspraak Medisch Tucht recht 1976–1987” en de delen van Heijneman/Hubben en christiaans/Hubben ter zake van voornamelijk niet gepubliceerde jurisprudentie over de anesthesioloog (2 ×), de gynaecoloog, de huisarts, de chirurg, de psychiater en de apotheker. Verder is onmisbaar voor de rechtspraktijk de analyse van de gepubliceerde jurisprudentie met betrekking tot het medisch handelen van de tuchtrechter en de civiele, administratieve en strafrechter van Gevers “De rechter en het medisch handelen”. ¹

De civielrechtelijke jurisprudentie is in het gezondheidsrecht van de laatste decennia omvangrijker en invloedrijker geworden. Voor een deel is dit wellicht gelegen in de invoering van de Wet op de Geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO), maar met name de ontwikkelingen rond de medische aansprakelijkheid hebben veel discussie en een imposante hoeveelheid literatuur ²

en jurisprudentie

opgeleverd.

De ontwikkelingen ter zake van de medische aansprakelijkheid zullen worden geanalyseerd aan de hand van een aantal in het oog springende onderwerpen. Niet gestreefd is naar volledigheid, mede om de omvang van deze bijdrage enigszins beperkt te houden.

Hierna zullen allereerst enkele uitspraken van de tuchtrechter worden besproken waarbij een keuze is

gemaakt uit een aantal voor de ontwikkeling van het tuchtrecht van belang zijnde onderwerpen.

Het betreft allereerst enkele procedurele aspecten van de (medische) tuchtrechtspraak, voorts informatie en toestemming (informed consent) en tenslotte de tuchtrechtelijke aansprakelijkheid voor de organisatie van de zorg van de directeur patiëntenzorg.

- **2. Ontwikkelingen in de tuchtrechtelijke jurisprudentie**

2.1. De klachtgerechtigde

Op grond van artikel 10 lid 1 van de Medische Tuchtwet en thans op grond van artikel 65 lid 1 Wet BIG is de rechtstreeks belanghebbende tot klagen bevoegd. Aan dat begrip is in de rechtspraak onder de Medische Tuchtwet steeds een ruime uitleg gegeven. Daaronder wordt in elk geval begrepen de patiënt wiens belangen door de aangeklaagde beroepsbeoefenaar zijn geschaad. Tevens kunnen als rechtstreeks belanghebbenden worden beschouwd familieleden van de patiënt, diens naaste betrekkingen, de nabestaanden of beroepsbeoefenaren die door de gedragingen van de aangeklaagde worden gehinderd bij de uitoefening van de individuele gezondheidszorg, maar ook bijvoorbeeld het ziekenfonds. In de beslissing van het Centraal Medisch Tuchtcollege van 27 september 1990 (TvGR 1991/25) ging het om de

behandeling van een klacht tegen een tandarts, die in een creatief samenspel met de patiënt het ziekenfonds declaraties liet betalen, die bij een juiste toepassing van de regels niet voor voldoening in aanmerking zouden komen. Het Centraal College oordeelde de ziektekostenverzekeraar een rechtstreeks belanghebbende in de zin van de Medische Tuchtwet.

Volgens het Centraal College is de strekking van de Medische Tuchtwet ruimer dan de bescherming van de patiënt. Waar het om gaat is dat de patiënt vertrouwen moet hebben in de medische stand en daartoe behoort ook het achterwege laten van het verstrekken van opzettelijk onjuiste informatie aan het ziekenfonds. In artikel 65 lid 1 sub c Wet BIG is inmiddels het direct klachtrecht van het ziekenfonds wettelijk voorzien.

Recent nog is de vraag gesteld of de Inspecteur voor de Gezondheidszorg steeds klachtgerechtigd is. Volgens Bakker ³

is de Inspecteur voor de Gezondheidszorg slechts ontvankelijk in zijn klacht wanneer hij voldoende aannemelijk maakt dat het algemeen belang in overwegende mate betrokken is bij de zaak zoals hij die beoordeelt. Bakker ontleent deze stelling aan artikel 65 lid 1 onder d van de wet BIG, artikel 36 van de Gezondheidswet en de “Leidraad onderzoek

door de Inspectie voor de gezondheidszorg naar aanleiding van meldingen” van de Minister van VWS van 26 november 1996, Staatscourant 236.

In de praktijk blijkt dat tuchtcolleges niet al te moeilijk doen over de ontvankelijkheid van de inspecteur.

4

Zo oordeelde het Regionaal Tuchtcollege te Amsterdam d.d. 18 januari 2000 (TvGR 2000/54) de Inspecteur voor de Gezondheidszorg ontvankelijk in een klacht tegen een verpleegkundige omdat deze zijn zorgplicht ten opzichte van de patiënt op ernstige wijze had verwaarloosd met een voor de patiënt fatale afloop. Volgens de Inspecteur is het van belang dat in bredere kring kennis wordt gekregen van het oordeel van het College met betrekking tot de onderhavige klacht, hetgeen voor het College aanleiding was om de Inspecteur ontvankelijk te verklaren.

Het Centraal Tuchtcollege voor de gezondheidszorg d.d. 4 april 2000 (TvGR 2000/56) overwoog met het Regionaal tuchtcollege te Zwolle, dat de Inspecteur voor de Gezondheidszorg op grond van artikel 16 van de Leidraad *gehouden is* om in de in dat artikel genoemde gevallen een klacht bij de tuchtrechter in te dienen. In andere dan de in artikel 16 genoemde gevallen is de Inspecteur *bevoegd* een klacht in te dienen mits het een

aangelegenheid betreft die hem uit hoofde van de hem toevertrouwde belangen aangaat.

Opmerkelijk is, dat deze laatste uitspraak mede is gewezen door bakker, voorzitter van het Centraal Tuchtcollege, die eerder nog een minder ruim standpunt verdedigde.

Omdat klachten met betrekking tot het medisch handelen al snel aangelegenheden zullen betreffen, die de Inspecteur voor de gezondheidszorg aangaan, zal een beroep op de niet-ontvankelijkheid van de inspecteur in de praktijk dus niet veel kans van slagen hebben. Voor zover artikel 16 van de Leidraad al criteria voor de klachtgerechtigdheid van de inspecteur bevat, is de betekenis daarvan met de beslissing van het Centraal college van 4 april 2000 wel geminimaliseerd. Het zou aanbeveling verdienen de leidraad op dit punt meer in lijn met de Wet BIG te brengen.

2.2. Openbaarheid

Een ander procedureel aspect betreft de openbaarheid van behandeling en uitspraak. De Medische Tuchtwet en het Reglement Medisch Tuchtrecht en oplossing van geschillen gingen uit van een besloten zitting en een niet-openbare uitspraak. In zijn arrest van 7 februari 1986 (TvGR 1986/25) heeft de Hoge Raad, zoals het Europese

Hof van de rechten van de mens al eerder deed ⁵

, aanvaard,

dat artikel 6 lid 1 EVRM ook van toepassing is op het tuchtproces en dat derhalve het uitgangspunt van openbaarheid van behandeling en uitspraak ook geldt bij tuchtklachten. Artikel 70 lid 1 van de Wet BIG gaat uit van openbaarheid van behandeling van de zaak ter zitting. De keuze van de wetgever voor openbaarheid berustte op een tweetal overwegingen: gezien het publieke belang dat het tuchtrecht dient is het wenselijk dat de samenleving weet hoe het tuchtrechtelijk toezicht op de beroepsuitoefening in de gezondheidszorg functioneert en openbaarheid was geboden op grond van uitspraken van het Europese Hof voor de rechten van de mens over het Medisch tuchtrecht.

Aan openbaarheid van tuchtrechtspraak zijn voor- en nadelen verbonden. De verwachte nadelen, zoals daling van het aantal klachten, defensieve geneeskunde en beperkende werking van het beroepsgeheim lijken in de praktijk echter mee te vallen. ⁶

In de beslissing van het Centraal Medisch Tuchtcollege van 14 november 1996 (TvGR 1997/11) overwoog het Centraal College dat de openbaarheid van het medisch

tuchtproces overigens niet met zich meebrengt dat ook de medische dossiers openbaar zijn. In beginsel is de arts aan zijn geheimhoudingsplicht gebonden tenzij doorbreking van het geheim door een zwaarder wegend belang wordt gevorderd. Eén van die belangen is het recht van de arts op een eerlijk proces dat hem op grond van artikel 6 EVRM ook ingeval van een tuchtklacht toekomt. ⁷

Het Centraal College oordeelde dat dit belang, dat vordert dat de aangeklaagde arts ter voorbereiding van zijn verdediging de medische gegevens aan een andere arts ter beschikking moet kunnen stellen, die deze laatste nodig heeft om zich een oordeel omtrent de handelwijze van de arts te kunnen vormen, prevaleert boven de op de arts rustende plicht tot geheimhouding. Daarbij laat het Centraal College meewegen dat de collega arts op zijn beurt een geheimhoudingsplicht heeft. ⁸

2.3. Informatie en toestemming (informed consent)

Er bestaat een grote hoeveelheid en verscheidenheid aan tuchtrechtelijke jurisprudentie betreffende informatie en toestemming.

Met betrekking tot de tuchtrechtelijke jurisprudentie over informatie is sprake van een duidelijke ontwikkeling. Aanvankelijk, dat wil zeggen vóór 1970, werd de arts grote vrijheid gelaten of hij de patiënt al dan niet informeerde. In latere uitspraken is als uitgangspunt terug te vinden dat de arts jegens de patiënt een informatieplicht heeft, waarvan hij slechts in bijzondere omstandigheden mag afwijken.⁹

In de beslissing van het Centraal Medisch Tuchtcollege van 26 mei 1977 (TvGR 1978/39) overwoog het Centraal Tuchtcollege dat er zich omstandigheden kunnen voordoen, waarbij het belang van de patiënt bij informatie vooraf behoort te worden achtergesteld bij het belang dat met een bepaalde ingreep is gediend. In latere jaren, waarschijnlijk, aldus Gevers, onder invloed van de (discussies over de) WGBO, is de tuchtrechter met

betrekking tot de informatieplicht van de arts minder rekkelijk. Niet informeren wordt dan nog slechts bij uitzondering als gerechtvaardigd aanvaard. Het Medisch Tuchtcollege te Amsterdam d.d. 6 september 1993 (TvGR 1994/9) oordeelde dat de arts tekort was geschoten in zijn informatieplicht, omdat hij patiënten en/of familie niet juist had geïnformeerd over de bevindingen bij de operatie en de zeer dubieuze prognose.

De betrokken chirurg had ervoor gekozen de patiënte niet over de infauste prognose te informeren, hetgeen het College in strijd oordeelde met de informatieplicht van de arts. Een te verwachten minder gunstig verloop van het genezingsproces of onzekerheid van de arts zelf over de prognose is op zichzelf onvoldoende voor een beroep op de therapeutische exceptie.

Hoewel de WGBO niet met zoveel woorden de eis stelt, dat de patiënt de verstrekte informatie moet hebben begrepen, ligt die eis besloten in het voorschrift, dat duidelijke informatie moet worden verstrekt. De informatie moet zodanig worden verstrekt dat de patiënt deze ook daadwerkelijk heeft begrepen. Het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg overwoog in de beslissing van 24 juni 1999 (TvGR 1999/69) dat de plastisch chirurg in zijn voorlichting aan klagster tekort was geschoten, omdat onvoldoende aannemelijk is

geworden dat hij in het (enige) gesprek dat hij met klaagster heeft gehad, heeft onderzocht of zij voldoende inzicht had in de aard van de behandeling en de mogelijke complicaties.

Problemen met betrekking tot de informatieplicht kunnen zich voordoen ingeval meerdere behandelaars bij de hulpverlening zijn betrokken. De informatie zal in dergelijke gevallen niet altijd door een en dezelfde persoon gegeven kunnen worden. Het Medisch Tuchtcollege Amsterdam d.d. 26 juni 1990 (TvGR 1991/4) achtte ernstig verwijtbaar dat de kinderarts in het gegeven geval had nagelaten zelf de ouders te informeren omtrent zijn betrokkenheid bij en zijn verantwoordelijkheid voor de behandeling van hun kind.

De daarvoor door de kinderarts aangevoerde verklaring, namelijk dat het onder de gegeven omstandigheden meer op de weg van de verloskundige had gelegen om klagers omtrent de toestand van hun kind te informeren, achtte het college onvoldoende. Het was zijn taak als verantwoordelijke kinderarts om het door hem te voeren beleid met klagers te bespreken.

Voorts is van belang, dat wanneer de arts heeft toegezegd bepaalde informatie niet te verstrekken, de patiënt erop moet kunnen rekenen dat de arts zich aan deze toezegging zal houden. Het recht op niet-weten is ook

neergelegd in artikel 7:449 BW. Wanneer de patiënt te kennen heeft gegeven geen inlichtingen te willen ontvangen, blijft het verstrekken daarvan achterwege, behoudens voor zover het belang dat de patiënt daarbij heeft niet opweegt tegen het nadeel dat daaruit voor hemzelf of anderen kan voortvloeien.

Over het recht op niet-weten heeft het Medisch Tuchtcollege Amsterdam twee uitspraken gedaan d.d. 14 september 1987 (TvGR 1988/25 en TvGR 1988/26). In beide gevallen ging het om de mededeling van de uitslag van een HIV-test. In het eerste geval werd de arts verweten de patiënt tegen diens uitdrukkelijk daaromtrent gemaakte afspraak in te hebben geïnformeerd over de negatieve uitslag van de aidstest. Het College achtte dat onjuist, hoewel het College het in het algemeen onwenselijk achtte dat artsen met patiënten afspraken maken dat zij gegevens over hun gezondheid niet aan de patiënt zullen mededelen, omdat een dergelijke afspraak in de praktijk tot lastige dilemma's aanleiding kan geven. In het andere geval werden bij bloedonderzoek bij de betrokken patiënt antistoffen tegen het HIV-virus aangetroffen. Ook in dat geval oordeelde het Medisch Tuchtcollege dat wanneer een afspraak is gemaakt dat de patiënt niet zal worden geïnformeerd, de patiënt daarop moet kunnen vertrouwen “tenzij zeer

bijzondere omstandigheden meebrengen dat de arts niet meer aan die afspraak kan worden gehouden.”

Het in artikel 7:450 BW vastgelegde uitgangspunt dat voor verrichtingen ter uitvoering van de behandelingsovereenkomst de toestemming van een patiënt vereist is, is in de tuchtrechtspraak reeds lang aanvaard. Weigert een patiënt toestemming, dan kan in beginsel geen behandeling plaatsvinden. Uiteraard behoudens het geval dat de betrokkene geen toestemming kan geven en het belang van de patiënt vereist dat de behandeling niet wordt uitgesteld. In het “voor WGBO tijdperk” werd de toestemmingseis minder strikt gehanteerd.

Het Centraal Medisch tuchtcollege overwoog in de beslissing van 25 augustus 1988 (TvGR 1988/80) dat geen expliciete gerichte toestemming vereist was voor de uitvoering van een hIV-test door de dermatoloog die een diagnose had gesteld, waarbij bloedonderzoek noodzakelijk was en waaraan de patiënt zijn medewerking had gegeven.

Deze uitspraak is bekritiseerd door Roscam Abbing in een noot onder de beslissing. Zij stelt dat feitelijke medewerking aan afname van het bloed met het oog op het doen verrichten van onderzoek de arts niet ontslaat

van het geven van informatie c.q. Het vragen van toestemming.

In zijn beslissing van 25 juli 1996 (TvGR 1996/65) keerde het Centraal Medisch tuchtcollege op zijn schreden terug. Het College oordeelde de klacht van klager jegens de chirurg een HIV-onderzoek te hebben gedaan zonder zijn toestemming en niet met hem te hebben besproken of hij over de uitkomst daarvan wilde geïnformeerd worden gegrond. Het Centraal College overwoog dat het HIV-onderzoek diende te berusten op toestemming van de klager, onder welke toestemming te deze diende te worden verstaan dat door of onder verantwoordelijkheid van de behandelend arts aan klager voldoende relevante informatie over het onderzoek zou worden verstrekt, waarna klager blijk zou geven van zijn instemming met het verrichten van dat onderzoek.

2.4. Tuchtrechtelijk aansprakelijkheid voor de organisatie van de zorg

De directeur patiëntenzorg, die tevens arts is, heeft een bijzondere tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de zorg binnen de instelling. De tuchtrechter houdt de medisch directeur/directeur patiëntenzorg tuchtrechtelijk verantwoordelijk voor de organisatie van de zorg onverminderd de eigen verantwoordelijkheid van de behandelend arts. ¹⁰

De trend is gezet met de beslissing van het Medisch Tuchtcollege te Zwolle d.d. 3 november 1990 (TvGR 1991/36) waarin het College het een ernstige tekortkoming in de organisatie van het ziekenhuis oordeelde, dat het ziekenhuis geen instructies kende voor arts-assistenten en hoe te handelen ten aanzien van patiënten als de moeder van klager. Het College achtte de directeur patiëntenzorg verantwoordelijk voor het ontbreken van een protocol, waarin de bevoegdheden en verantwoordelijkheden van de arts-assistenten in het algemeen zijn geregeld. In het beoordeelde geval ontbrak ten onrechte in het ziekenhuis een duidelijke functieomschrijving van de arts-assistenten.

In zijn beslissing van 7 mei 1992 (TvGR 1993/60) achtte het Centraal Medisch tuchtcollege de medisch directeur van een ziekenhuis verantwoordelijk voor de wijze van werken op de EHBO. Op de EHBO werd gebruik gemaakt van een systeem van achterwachten, waarbij de dienstdoende specialist oproepbaar was door de arts-assistent. Alleen wanneer de wachtassistent daarom vraagt, of de specialist op basis van de hem verstrekte

gegevens meent dat zijn aanwezigheid noodzakelijk is, wordt de patiënt door de specialist die achterwacht heeft gezien.

Het College constateert, dat de medisch directeur te verwijten valt dat er op de afdeling EHBO niet is zorg gedragen voor een goede gestructureerde bewaking van de werkzaamheden van de arts-assistent en dat die werkzaamheden niet regelmatig zijn geëvalueerd. Slechts omdat in het gegeven geval het tekortschieten in de zorg van de patiënt niet zozeer daarin was gelegen, doch meer in het falen van de chirurgisch assistent zelve, gaat de medisch directeur nog vrijuit.

In zijn beslissing van 7 maart 1996 (TvGR 1996/49) overwoog het Centraal Medisch Tuchtcollege dat de directeur patiëntenzorg ook verantwoordelijk is voor de bevordering van een behoorlijke verslaglegging door de specialisten in het ziekenhuis, náást de eigen verantwoordelijkheid van de arts daarvoor. ¹¹

Voormelde beslissingen dateren alle van vóór de inwerkingtreding van het tuchtrecht van de Wet BIG. Zij blijven echter ook voor het nieuwe tuchtrecht van betekenis. Volgens artikel 47 lid 1 sub b BIG is de arts, tandarts, apotheker enz. Die als zodanig in een register ingeschreven staat, onderworpen aan tuchtrechtspraak ter zake van enig ander dan onder a bedoeld handelen of nalaten in die hoedanigheid in strijd met het belang van een goede uitoefening van individuele gezondheidszorg. Op grond van deze norm kan de directeur patiëntenzorg, die als arts is geregistreerd, voor tekortkomingen in de structuur en het functioneren van de zorgverlening binnen de instelling tuchtrechtelijk aansprakelijk worden gehouden.

Voor dit standpunt is in de Memorie van Toelichting, (TK 19522, nr. 3, p. 74) bevestiging te vinden:

“Voor de goede orde zij voorts opgemerkt dat degene, die zich – vrijwillig – in het register heeft laten inschrijven, niet daadwerkelijk zijn beroep op het gebied van de individuele gezondheidszorg hoeft uit te oefenen. Hij is in dat opzicht geheel vrij, maar hij dient wel te beseffen dat hij in zijn hoedanigheid van ingeschrevene aan

tuchtrechtspraak is onderworpen indien voor de categorie waartoe hij behoort tuchtrecht in het leven is geroepen. Dit laatste is dus ook van belang indien de betrokkene incidenteel (niet beroepsmatig) individuele gezondheidszorg uitoefent, alsmede, indien hij strikt genomen geen gezondheidszorg verleent aan individuele personen, maar door zijn optreden in strijd handelt met het algemeen belang van een goede uitoefening van individuele gezondheidszorg.”

Merkwaardig en onbevredigend blijft natuurlijk dat de directeur-patiëntenzorg-arts, die niet als zodanig is geregistreerd, niet tuchtrechtelijk ter verantwoording kan worden geroepen. ¹²

2.5. Conclusie ten aanzien van de ontwikkelingen in de tuchtrechtelijke jurisprudentie

Uit de jurisprudentie blijkt dat de tuchtrechter de kring van klachtgerechtigden ruim trekt. Hoewel er argumenten zijn voor een beperkte klachtbevoegdheid van de Inspecteur voor de gezondheidszorg wordt deze door de tuchtrechter al snel ontvankelijk geoordeeld. Het

valt op dat het voorschrift van artikel 16 van de Leidraad meldingen IGZ, die dateert van vóór de inwerkingtreding van het tuchtrecht van de Wet BIG, niet strookt met artikel 65 lid 1 sub d Wet BIG. Het voorschrift uit de Leidraad komt in de uitleg van het Centraal College nauwelijks meer betekenis toe.

Artikel 6 EVRM speelt in het tuchtproces een steeds belangrijker rol. Dat geldt niet slechts de openbaarheid van behandeling en uitspraak, maar ook de processuele positie van de aangeklaagde in het tuchtrecht met betrekking tot zijn mogelijkheid tot het voeren van verweer. Hoewel de tuchtrechter voor het verstrekken van medische gegevens in civiele procedures nog steeds uitdrukkelijke toestemming van de patiënt verlangt, wordt in de literatuur wel verdedigd, dat artikel 6 EVRM ook daar uitkomst biedt.

Met betrekking tot informed consent kan worden geconstateerd dat de tuchtrechter steeds strenger wordt. Niet informeren wordt slechts bij hoge uitzondering aanvaard. Wanneer meerdere behandelaars zijn betrokken eist de tuchtrechter dat goede afspraken tussen de bij de behandeling betrokken hulpverleners over informatieverstrekking worden gemaakt.

De eis dat toestemming moet worden gegeven voor onderzoek en behandeling lijkt steeds strikter te worden

gehanteerd. Het beginsel van de zelfbeschikking van de patiënt is bepalend.

Er is een toenemende aandacht voor tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid voor de organisatie van de zorg. De directeur patiëntenzorg, die als arts is geregistreerd, dient zich daarvan terdege bewust te zijn.

- **3. Ontwikkelingen in de civielrechtelijke jurisprudentie**

Naast de onderwerpen stelplicht en bewijslast zijn in de civielrechtelijke jurisprudentie de redelijk bekwame en redelijk handelende beroepsbeoefenaar en de redelijk denkende patiënt steeds duidelijker aanwezig. Deze ontwikkeling zal hierna aan de hand van de jurisprudentie besproken worden. Schematisch gezien kan dit als volgt worden weergegeven: de onderwerpen stelplicht en bewijslast zijn in de civielrechtelijke jurisprudentie de redelijk bekwame en redelijk handelende beroepsbeoefenaar en de redelijk denkende patiënt steeds duidelijker aanwezig. Deze ontwikkeling zal hierna aan de hand van de jurisprudentie besproken worden. Schematisch gezien kan dit als volgt worden weergegeven:

1. stelplicht en bewijslast
2. de redelijk bekwame en redelijk handelend arts
3. de redelijk denkende patiënt

3.1. Stelplicht en bewijslast

De hoofdregel in het Nederlandse procesrecht is dat de partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten en rechten, de bewijslast draagt van die feiten en rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit (art. 177 rv). Door (onder meer) Sluijters is verdedigd dat er op basis van de redelijkheid en billijkheid bij medische fouten in een aantal specifieke situaties de bewijslast op arts/ziekenhuis zou moeten worden gelegd. ¹³

De Hoge Raad heeft echter in zijn standaardarrest timmer/Deutman van 20 november 1987 (NJ 1988,500) beslist dat er in zijn algemeenheid geen aanleiding bestaat om op de vraag of bij een operatie door de chirurg een kunstfout is begaan af te wijken van de hoofdregel van art. 177 Rv. De bewijslast dat een chirurg een fout heeft gemaakt blijft derhalve op de patiënt rusten. Van de arts die door een patiënt wordt beticht van een kunstfout, kan echter wel worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van die patiënt teneinde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te

verschaffen, aldus de Hoge Raad. Dit wordt ook wel de verzwaarde stelplicht genoemd. Dit arrest heeft anno 2001 nog niets van zijn geldingskracht verloren. ¹⁴

Als de arts/het ziekenhuis geen of onvoldoende aantekeningen in het dossier heeft vastgelegd en er ook overigens geen of onvoldoende omstandigheden zijn waaruit in voldoende mate blijkt wat er zich heeft afgespeeld, zal de bewijslast worden omgedraaid ten gunste van de eisende patiënt. Zie bijvoorbeeld de Hoge Raad in het arrest Schepers/de bruijn van 18 februari 1994 (NJ 1994,368) en het Gerechtshof Amsterdam 28 april 1994 (TvGR 1994/61). In die gevallen dat er echter wel voldoende aantekeningen zijn of anderszins uit omstandigheden niet aannemelijk is dat arts of ziekenhuis een fout hebben begaan, blijft de bewijslast op de patiënt rusten. ¹⁵

Een speciale situatie doet zich nog voor in de gevallen dat er sprake is van de schending van een verkeers- of veiligheidsnorm. De Hoge Raad heeft in de zaak van het ziekenhuis De Heel/ Korver op 13 januari 1995 (TvGR

1995/38) beslist dat het feit dat het ziekenhuis tekort is geschoten in het nemen van maatregelen in het belang van de veiligheid van de patiënt meebrengt dat het ziekenhuis een veiligheidsnorm heeft geschonden. Dit brengt met zich mee dat ook letsel dat buiten de normale lijn der verwachtingen ligt aan de overtreder van die norm wordt toegerekend. Het feit dat De Heel niet aan haar stelplicht ter zake kon voldoen bracht met zich dat zelfs voor een bewijsopdracht aan het ziekenhuis geen plaats was. ¹⁶

3.2. De redelijk bekwame en redelijk handelend arts

Volgens artikel 7:453 BW dient de hulpverlener bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen en handelt deze daarbij in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard. Volgens de Memorie van Toelichting wordt daarbij gedacht aan de redelijk bekwame vakgenoot.

Ook de Hoge Raad heeft dit criterium omarmd en wel in zijn arrest van 9 november 1990 (TvGR 1991/18). De Hoge Raad stelt daarin uitdrukkelijk dat de norm waaraan het geneeskundig handelen getoetst moet worden de maatstaf is van de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend specialist mag worden verwacht. Marginale toetsing zoals de specialist had verdedigd is naar de mening van de Hoge Raad niet voldoende en gaat uit van een te beperkte taakopvatting van de rechter in een zaak als de onderhavige. De invulling van deze norm in de praktijk geschiedt in het algemeen door het inwinnen van deskundigen rapportages, waarbij door partijen (terecht) veel belang wordt gehecht aan de aan de deskundige(n) te stellen vragen. Met name over de vraag of de deskundige rechtstreeks aan de norm van de redelijk bekwame en redelijke handelende arts mag toetsen of dat deze toetsing alleen voorbehouden is aan de rechter en de deskundige zich slechts mag laten leiden door medisch geformuleerde toetsingscriteria (zoals: naar uw medisch inzicht), is verschil van opvatting. ¹⁷

De norm als zodanig staat echter niet ter discussie. ¹⁸

Dit blijkt onder meer uit de uitspraak van het Gerechtshof te arnhem, waarin het Hof op 13 april 1999 (TvGR

2000/59) oordeelde dat de maatstaf die moet worden aangelegd is of de arts in kwestie de zorgvuldigheid heeft betracht die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend chirurg mag worden verwacht. Het Hof beantwoordt die vraag bevestigend aan de hand van de ingewonnen deskundigenrapportage waarin de deskundige stelde dat een zeer ervaren pols- en handchirurg complicaties bij een operatie als de onderhavige veel minder vaak tegenkomt. De deskundige kon zich voorstellen dat zo'n ervaren chirurg de onderhavige complicatie had kunnen voorkomen. Het Hof oordeelt dan vervolgens dat – als het kennelijk een ervaren chirurg al kan overkomen dat hij een zenuw kneust – dat dan zeker geldt voor de minder ervaren, redelijk bekwame chirurg. Dat de litigieuze complicatie wellicht in theorie vermeden had kunnen worden doet daaraan, aldus het Hof, niet af.

3.3. De redelijk denkende patiënt

Het spiegelbeeld van de redelijk handelende en redelijk bekwame arts is de redelijk denkende patiënt. Deze komt in de jurisprudentie naar voren als het gaat om de vraag of er een causaal verband is tussen het (vermeend) toerekenbaar tekortschieten van de arts en de ontstane schade. De bewijslast dat er sprake is van een causaal verband rust op grond van art. 177 Rv bij de patiënt. Met

name in die gevallen dat het (vermeend) tekortschieten gelegen is in het geven van onvoldoende informatie, heeft dit tot een schat aan jurisprudentie geleid bij de lagere rechter. ¹⁹

Met name bij sterilisatiezaken wordt de norm van de redelijk handelend patiënt ook wel ingevuld door aan te nemen dat de patiënt los van de gegeven informatie op de hoogte was van de kans dat sterilisatie kan mislukken door aan te nemen dat dit een feit van algemene bekendheid is.

²⁰

Hierna volgt een overzicht van de relevante jurisprudentie:

- De Rechtbank te Utrecht besliste op 26 juli 1995 dat onvolledige informatie over sterilisatiemethoden geen aansprakelijkheid met zich bracht, nu eiseres geen feiten of omstandigheden heeft gesteld op grond waarvan aangenomen zou kunnen worden dat zij als redelijk handelend patiënt, indien zij wel volledig zou zijn geïnformeerd, zou hebben gekozen voor een andere methode(TvGR 1996/12). ²¹

- De Rechtbank te Amsterdam oordeelde op 28 augustus 1996 (TvGR 1998/13) dat op de patiënt de bewijslast van het causaal verband rust conform artikel 177 Rv, maar dat de patiënt niet tot tegenbewijs inzake het causaal verband zou worden toegelaten nu vaststond dat patiënt ernstige klachten had die niet verbeterden door de reeds toegepaste behandelingsmethoden. Bij toepassing van de maatstaf van de redelijke patiënt oordeelde de rechtbank dat een redelijke patiënt niet tot het achterwege laten van de operatie zou hebben besloten.
- De Rechtbank te Utrecht oordeelde op 25 juni 1997 (TvGR 1999/27) dat een orthopedisch chirurg die een patiënt onvoldoende had geïnformeerd over het reële risico van een langdurige nabehandeling en/of complicaties bij een standoperatie desalniettemin niet aansprakelijk was voor de gestelde schade omdat de rechtbank op grond van de door deskundigen geschetste voor- en nadelen van de diverse technieken concludeert dat niet valt in te zien dat een redelijk denkend patiënt niet voor de door de chirurg gebruikte techniek zou hebben gekozen.
- De Geschillencommissie Ziekenhuizen oordeelde op 24 april 1998 (TvGR 1999/15) in een geval dat de

chirurg niet aan zijn informatieplicht had voldaan door voorafgaande aan de heroperatie van een bultje op het voorhoofd van de patiënt (lipoom) geen melding te maken van de mogelijkheid van beschadiging van zenuwtakjes (zijtakjes van de nervus supra-orbitalis) dat de patiënt voldoende aannemelijk had gemaakt dat de nu door hem ondervonden pijnklachten als gevolg van het doorsnijden van de zenuwtakjes niet opwogen tegen de eerder ondervonden last van de zwelling op zijn voorhoofd. De commissie acht het aannemelijk dat de patiënt als hij dit geweten had van de ingreep had afgezien en veroordeelt het ziekenhuis tot schadevergoeding.

- De Rechtbank te Maastricht oordeelde op 26 november 1998 (TvGR 1999/58), dat het antwoord op de vraag of de arts aan zijn informatieplicht heeft voldaan in het midden kan blijven, aangezien de vordering, zelfs indien de arts zijn informatieplicht zou hebben geschonden, naar het oordeel van de rechtbank niet voor toewijzing vatbaar is omdat een redelijk denkend patiënt, lijdende aan een qua aard en ernst identieke aandoening als die waaraan deze patiënt leed, met de operatieve ingreep zou hebben ingestemd, tenzij een alternatieve behandeling mogelijk zou zijn

geweest. De Rechtbank oordeelt dat er geen redelijk alternatief bestond en dat een redelijk denkend patiënt verkerende in de situatie waarin de patiëntverkeerde met die behandeling zou hebben ingestemd, ook als deze zou hebben geweten dat de kans op een blijvend stoma aanzienlijk en de kans op impotentie reëel zou zijn.

De Rechtbank te Zwolle overwoog op 15 december 1999 (TvGR 2000/37) dat de vraag of de chirurg en het ziekenhuis toerekenbaar tekort zijn geschoten respectievelijk onrechtmatig hebben gehandeld moet worden beantwoord aan de hand van hetgeen van een redelijk bekwaam en een redelijk handelend orthopedisch chirurg in 1991 verwacht mocht worden. De Rechtbank overweegt vervolgens dat het eventueel ontbreken van informed consent reeds daarom aan de vordering niet ten grondslag kan worden gelegd, nu het vereiste causaal verband tussen de beweerde niet-nakoming van de informatieverplichting en de gestelde schade ontbreekt. De Rechtbank beoordeelt de vraag of de patiënte van de operatie zou hebben afgezien aan de hand van de objectieve maatstaf van de redelijke patiënt en concludeert vervolgens gegeven de klachten van patiënte, de consultatie vooraf door patiënte van een viertal andere medici en het feit dat gesteld noch gebleken is dat de door de patiënte genoemde alternatieve operatie minder

risico's met zich bracht dan de uitgevoerde operatie, het ervoor moet worden gehouden dat een redelijke patiënt niet tot het achterwege laten van de operatie zou hebben besloten indien deze naar behoren zou zijn geïnformeerd.

- In het al eerder genoemde arrest van het Gerechtshof te Arnhem van 13 april 1999 (TvGR 2000/59) oordeelde het Hof dat patiënte noch in eerste aanleg noch in hoger beroep (voldoende) gemotiveerd had of en op welke gronden zij bij informatie over een mogelijke complicatie van de operatie zou hebben afgezien. Bovendien had patiënte geen bewijsaanbod ten aanzien van het causaal verband gedaan, terwijl op haar naar het oordeel van het Hof die bewijslast wel rustte. Mede gezien de omstandigheid dat bij patiënte een eerder uitgevoerde gelijksoortige operatie aan de andere pols succesvol was verlopen meent het Hof dat zij ook bij informatie over de mogelijke complicatie desondanks niet van de operatie zou hebben afgezien. De vordering wordt vervolgens afgewezen.
- Het Gerechtshof te Arnhem besliste op 27 juli 1999 (TvGR 2000/38) in een zaak tegen orthopedisch chirurgen, dat vaststond dat er voor de operatie door de operateur nauwelijks met patiënte gesproken was, dat eventuele alternatieven noch complicaties van de ingreep met patiënte besproken

waren, en (op geleide van het oordeel van de deskundige) dat de chirurgen gehouden waren om melding te maken van de mogelijkheid van infectie (2 tot 5%), omdat die mogelijkheid door de deskundige niet minimaal werd ingeschat. ²²

Het Hof

gaat er echter vanuit dat de patiënte als redelijk handelend patiënt zou hebben ingestemd met de onderhavige operatie, ook wanneer haar was medegedeeld dat er een kans op infectie van 5% bestond. Oorzakelijk verband tussen de wijze waarop de chirurgen tekort zijn geschoten in hun informatieplicht en de gestelde schade ontbreekt derhalve, aldus het Hof.

3.4. Conclusie ten aanzien van de ontwikkelingen in de civielrechtelijke jurisprudentie: de redelijk bekwame en redelijk handelend arts en de redelijk denkende patiënt

Leek het er begin jaren negentig op dat het toewijzen van een claim met name afhankelijk zou zijn van al dan niet in het dossier gemaakte aantekeningen en derhalve van de daaruit voortvloeiende bewijspositie van partijen, nu blijkt dat dit in grote lijnen wel opgaat voor de

beantwoording van de vraag of arts en/of zieken huis de bewijslast voor een (vermeend) toerekenbaar tekortschieten opgelegd krijgt, maar dat het causaal verband tussen dit tekortschieten en de gestelde schade voor de rechter allerm minst uitgangspunt is. Uitzondering hierop is de situatie dat een veiligheidsnorm geschonden is.

Uit de jurisprudentie van de laatste jaren blijkt, dat de rechter bij een tekortkoming in de geneeskundige behandelingsovereenkomst de bewijslast van het causale verband tussen het tekortschieten en de schade bij de patiënt laat en daarbij het bestaan van een causaal verband tussen de vermeende tekortkoming en de gestelde schade zelfstandig toetst aan de objectieve maatstaf van de redelijk denkende patiënt. Dit geschiedt zowel in die gevallen dat de patiënt niet gesteld heeft van de behandeling te hebben afgezien bij adequate informatie als in die gevallen dat de patiënt dat in de procedure wel gesteld heeft. Het lijkt er derhalve op dat de rechter zich autonoom opstelt en aan de objectieve maatstaf toetst ongeacht wat de patiënt achteraf als mening geeft. Steun voor de subjectieve leer is in de recente jurisprudentie niet te vinden. ²³

Het wachten is op de procedure waarin de patiënt gesteund door een psychiatrisch of psychologische

rapportage gemotiveerd onderbouwd waarom hij of zij in deze zaak van de behandeling zou hebben afgezien.

Het betreft hier anders dan in het geval van de redelijk handelend en redelijk bekwame arts echter geen norm welke door een deskundige(n) kan en moet worden ingevuld, maar een norm die de rechter vooral zelf invult aan de hand van de stellingen van de patiënt en van de concrete omstandigheden van het geval. Daarbij kan een rol spelen of de patiënt dezelfde behandeling al eerder heeft ondergaan, hoe groot de kans op de niet medegedeelde complicatie was, of de patiënt vooraf zelf al eerder elders advies had ingewonnen, of er reële alternatieven waren, hoe de gezondheidstoestand van de patiënt voor de behandeling was etc. Resumerend kan gesteld worden dat arts en patiënt in een civiele procedure soms dichterbij elkaar staan dan ze denken (en misschien ook wel dan ze willen). De lat waarlangs gemeten wordt toont op onderdelen interessante overeenkomsten.

4. Conclusie ten aanzien van de tuchtrechtelijke en civielrechtelijke jurisprudentie

Door de jurisprudentie heen loopt de rode draad van het grote belang van adequate informatie en daarop gebaseerde toestemming in de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Zowel in de tuchtrechtelijke

jurisprudentie als in de civielrechtelijke jurisprudentie komen deze twee vereisten keer op keer terug. De verantwoordelijkheid die het Centraal College in dat verband de directeur patiëntenzorg toedicht gaat ver, maar past in bovenstaande ontwikkeling.

Als over essentiële informatie en toestemming weinig of niets is terug te vinden in het dossier respectievelijk als er geen informatie is gegeven, neemt de rechter behoudens tegenbewijs aan dat arts en ziekenhuis tekort zijn geschoten. In dit opzicht trekken tuchtrechter en civiele rechter één lijn.

Of dit tot civielrechtelijke aansprakelijkheid leidt, hangt echter mede af van de vraag of er een causaal verband is tussen de tekortkoming en de schade. De civiele rechter is terughoudend in het zonder meer aannemen daarvan. De bewijslast daarvan blijft bij de patiënt liggen. Deze zal moeten aantonen dat een redelijk denkend patiënt bij adequate informatie van de behandeling zou hebben afgezien.

Noten

- **1** In dit verband moet ook vermeld worden de Gids Jurisprudentie gezondheidsrecht waarin samenvattingen zijn gepubliceerd van rechterlijke uitspraken in gezondheidsrechtelijke kwesties die in het Tijdschrift

voor gezondheidsrecht en andere tijdschriften zijn gepubliceerd.

- **2** Bijvoorbeeld: Bolt A.T. En Spier J., De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, preadvies NJV 1996, W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle; Vansweevelt Th., *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, diss. Antwerpen maklu 1992; Asser W.D.H., “Stelplicht en bewijslastverdeling en medische aansprakelijkheid in het Nederlandse recht”, *TvGr* 1991/2, pag. 62–76; Stolker C.J.J.M., *Aansprakelijkheid van de arts in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, diss. Leiden 1988; goslings M.A., “Medische aansprakelijkheid: een stand van zaken”, *TvGr* 1995, 4, pag. 196-215; Kastelein W.R., “Informed consent en medische aansprakelijkheid; jurisprudentie 1994–1998”, *TvGr* 1998, 3, pag. 134–146; Akkermans A.J., *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, deventer: Tjeenk Willink 1997; Giessen I., *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Tjeenk Willink 1999; Ridder de M.J.J., “Causaal verband bij informed consent”, *TvGr* 2000, 6, pag. 353–361.
- **3** Bakker J.J.R., “Tuchtrechter onder de Wet BIG”, *TvGr* 2000, nr. 7, p. 422.
- **4** Kastelein W.R., “Tuchtrecht in de Wet BIG; ervaringen 1997–2000”, *TvGr* 2000, nr. 7, p. 433.

- **5** Arrest *Le Compte, Van Leuven en de Meijere*, *TvGr* 1984/22.
- **6** Hanekamp L.A., “Openbaarheid van tuchtrechtspraak voor de gezondheidszorg: oplossing of probleem?” *TvGr*2000, nr. 7, p. 352.
- **7** Zie hiervoor b.v. Centraal Tuchtcollege d.d. 24 augustus 2000, *TvGr* 2000/75, waarin het College overwoog weliswaar begrip te hebben voor de kwetsbare bewijspositie van klaagster, maar, mede gelet op art. 6 EVRM, gehouden is een zwaarder gewicht toe te kennen aan het beginsel dat een tuchtrechtelijke maatregel slechts kan worden opgelegd ter zake van gedragingen, die ten overstaan van het College overtuigend zijn bewezen.
- **8** In dit verband zij opgemerkt dat de tuchtrechtspraak met betrekking tot het verstrekken van medische gegevens ten behoeve van het verweer tegen een civiele claim strenger is. Zie hiervoor Leenen H.J.J., J.K.M. Gevers, *Handboek Gezondheidsrecht, Deel I, Rechten van mensen in de Gezondheidszorg*, vierde druk, p. 229–230.
- **9** Zie J.K.M. Gevers, *De rechter en het medisch handelen*, Deventer: Kluwer, derde druk, p. 169.
- **10** Zie voor dit laatste bijvoorbeeld Centraal Medisch Tuchtcollege d.d. 10 april 1998, *TvGr* 1998/1 en MTC Eindhoven d.d. 2 juni 1997, *TvGr* 1998/2, waarin internisten tuchtrechtelijk aansprakelijk worden

gehouden voor het ontbreken van een behandelingsprotocol en voor gebrekkige organisatie van de zorg.

- **11** Deze uitspraak gaat wel erg ver. De bevordering van een behoorlijke verslaglegging is eerder te brengen onder de verplichting van de zorgaanbieder tot het aanbieden van verantwoorde zorg uit de Kwaliteitswet Zorginstellingen dan onder een tuchtrechtelijke norm voor de directeur patiëntenzorg. De verplichting van de arts vast te leggen hoe de hulpverlening aan een patiënt verloopt, vormt in toenemende mate onderwerp van tuchtrechtelijke beslissingen. Ook wanneer daarover niet wordt geklaagd, wijden Colleges daaraan soms een overweging. Zie b.v. Centraal Tuchtcollege 13 april 2000, *TvGr* 2000/65.
- **12** Zie ook prof. Dr. H.J.J. Leenen, *Handboek gezondheidsrecht, deel II, Gezondheidszorg en recht*, derde druk, p. 262. Terecht merkt Leenen op dat voor de hier aan de orde zijnde problematiek meer op de Kwaliteitswet dan op de tuchtrechtelijke aansprakelijkheid van de medisch directeur zou moeten worden gesteund.
- **13** Sluijters B., De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis, *Preadvies nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking* 1984, 34, pag. 50 e.v.

- **14** Zie bijvoorbeeld Gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 juni 1999, *TvGr* 2000/3.
- **15** Zie Rechtbank Groningen 8 september 1989, *TvGR* 1992/52, Rechtbank Arnhem 25 juni 1992, *TvGR* 1993/12; gerechtshof 's-Hertogenbosch 8 juni 1999, *TvGR* 2000/3.
- **16** Zie ook Hoge Raad 1 oktober 1993, *TvGR* 1994/51; gerechtshof Leeuwarden 2 december 1998, *TvGR* 2000/51, met noot Vermaas (cassatie ingesteld). Uit deze laatste uitspraak zou af te leiden zijn dat ieder protocol in een ziekenhuis als een veiligheidsnorm te beschouwen zou zijn. Hiertegen is protest gerezen.
- **17** Zie Nieuwsbrief Personenschade, februari 2000.
- **18** Zie recent Rechtbank Zwolle 15 december 1999, *TvGr* 2000/37.
- **19** Zie Ridder de M.J.J., “Causaal verband bij informed consent”, *TvGr* 2000, nr. 6, pag. 353–361; kastelein W.R., “Informed Consent en medische aansprakelijkheid; jurisprudentie 1994–1998”, *TvGr* 1998, nr. 3, pag. 134–146.
- **20** Zie Rechtbank Arnhem 26 oktober 1995, *TvGr* 1997/29; Rechtbank 's-Gravenhage 21 september 1994, *TvGr* 1995/12.
- **21** Zo ook Gerechtshof Arnhem 13 april 1999, *TvGR* 2000/2.
- **22** Dit in tegenstelling tot de Rechtbank Arnhem op 25 juni 1985, *TvGR* 1993/12, die besliste dat de arts de

patiënt niet hoeft te informeren omtrent risico's die een ieder bekend zijn zoals een infectierisico bij operatie.

- **23** Zie de Ridder a.w.