JA 2014/35 Rechtbank Oost-Brabant zp 's-Hertogenbosch, 06-12-2013, /01/266431/EX RK 13-121, ECLI:NL:RBOBR:2013:7185
Deelgeschil, Medische aansprakelijkheid, Ontbreken informed consent, Verhouding tuchtrecht/klachtrecht/civiel recht

Publicatie	JA 2014 afl. 2
Publicatiedatum	06 maart 2014
College	Rechtbank Oost-Brabant zp 's-Hertogenbosch
Uitspraakdatum	06 december 2013
Rolnummer	/01/266431/EX RK 13-121 LJN ECLI:NL:RBOBR:2013:7185
Rechter(s)	mr. Adang
Partijen	[Verzoeker] te [woonplaats], verzoeker, advocaat: mr. S.M.M. Teklenburg te Eindhoven, tegen de stichting Stichting Jeroen Bosch Ziekenhuis te 's-Hertogenbosch, verweerster, advocaat: mr. O.L. Nunes te Utrecht. Verzoeker zal hierna "[verzoeker]" en verweerster zal hierna "JBZ" genoemd worden.
Noot	D.M. Gouweloos
Trefwoorden	Deelgeschil, Medische aansprakelijkheid, Ontbreken informed consent, Verhouding tuchtrecht/klachtrecht/civiel recht,
Regelgeving	BW Boek 7 - 448 BW Boek 7 - 450 BW Boek 7 - 453 Wklcz - 2

» Samenvatting

Verzoeker heeft op 17 september 2008 een operatie ondergaan waarbij zijn lymfeklier is verwijderd. Nadien is gebleken dat bij de operatie een zenuw is doorgesneden. Verzoeker heeft een tuchtrechtelijke procedure aangespannen tegen de betrokken artsen. Het Regionaal Tuchtcollege heeft geoordeeld dat de artsen verzoeker hadden moeten wijzen op het risico van een beschadiging van de zenuw. De indicatie liet echter geen andere mogelijkheid dan de ingreep zoals deze is uitgevoerd, aldus het Regionaal Tuchtcollege. Het Centraal Tuchtcollege heeft in hoger beroep geoordeeld dat bij 3-7% van de operatieve ingrepen in het algemeen – dus inclusief gecompliceerde oncologische ingrepen – een beschadiging van de zenuw optreedt. Dit is een niet zodanig hoog risico dat daarvoor gewaarschuwd dient te worden, aldus het Centraal Tuchtcollege. Verzoeker heeft daarop een klacht ingediend bij de Klachtencommissie van het ziekenhuis. Deze oordeelt dat de artsen verzoeker hadden moeten informeren over het risico op letsel van de zenuw (3-8%).

De rechtbank volgt het oordeel van het Centraal Tuchtcollege dat de artsen niet hoefden te waarschuwen voor het risico van zenuwbeschadiging. Het oordeel van de Klachtencommissie is onvoldoende om tot een ander oordeel te komen. Het klachtrecht is bedoeld om een voorziening te scheppen voor cliënten om door hen ervaren gevoelens van onvrede aan de betrokken zorgaanbieder te doen blijken. De uitkomst van de procedure heeft geen bindende kracht. De procedure bij het Centraal Tuchtcollege heeft daartegenover tot doel een handelen of nalaten van een beroepsbeoefenaar in strijd met de zorg die hij bij de uitoefening van zijn professie jegens een cliënt dient te betrachten door een rechterlijk college te doen beoordelen, met de mogelijkheid van het opleggen van maatregelen. Deze procedure is met de nodige waarborgen omkleed. Gelet hierop is de rechtbank van oordeel dat, wil zij het oordeel van het Centraal Tuchtcollege terzijde stellen ten faveure van de Klachtencommissie, het oordeel van laatstgenoemde daarvoor wel voldoende aanknopingspunten moet bieden. Dat is echter niet het geval. De rechtbank wijst het verzoek af.

» Uitspraak
1. De procedure

(...; *red.*)

2. De feiten

2.1. [Verzoeker] is door zijn huisarts op 20 augustus 2008 in verband met aanhoudende vermoeidheidsklachten en opgezette lymfeklieren in de hals verwezen naar de afdeling interne geneeskunde van JBZ. Naar de mening van de huisarts diende een lymfatische maligniteit ernstig overwogen te worden.

2.2. De internist heeft [verzoeker] na onderzoek verwezen naar de afdeling chirurgie voor een halsklierbiopt in verband met lymfadenopathie en een positieve Mantoux-test.

2.3. [Verzoeker] is op 9 september 2008 op consult geweest bij chirurg dr. Terwisscha van Scheltinga. Tijdens het consult heeft Terwisscha van Scheltinga bij [verzoeker] een palpabele lymfeklier in de hals gevonden. Zij heeft contact opgenomen met de internist, waarbij aan de orde is gekomen of een punctie moest worden verricht of dat de lymfeklier verwijderd moest worden.

2.4. Op 17 september 2008 is [verzoeker] in het JBZ geopereerd door arts-assistent in opleiding tot chirurg dr. Van Schaik. Hij heeft de betreffende lymfeklier verwijderd.

2.5. Op 22 december 2008 heeft [verzoeker] zich bij zijn huisarts gemeld met aanhoudende pijnklachten en bewegingsbeperkingen van de linkerarm. De huisarts heeft [verzoeker] doorverwezen naar de afdeling chirurgie van het JBZ. Op 6 januari 2009 is [verzoeker] door chirurg dr. Koning ter controle op de polokliniek gezien. De conclusie van Koning luidt "neurometsis nervus accesorius links, ontstaan bij extirpatie halsklier." Ofwel: de betreffende zenuw is doorgesneden tijdens de operatie.

2.6. [Verzoeker] heeft een tuchtrechtelijke procedure aangespannen tegen Terwisscha van Scheltinga. Het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg te Amsterdam heeft in haar beslissing 9 november 2010 (prod. 3 verweerschrift) onder meer het volgende overwogen.

"Het staat vast dat noch verweerster [Terwisscha van Scheltinga, rb] noch de arts-assistent P.M. van Schaik klager [[verzoeker], rb] heeft gewezen op het risico van beschadiging van de nervus accessorius bij de onderhavige ingreep. Het college is van oordeel dat verweerster klager daarover had moeten informeren ook al gaat het hier om een kleine kans dat dat risico zich daadwerkelijk verwezenlijkt, omdat in dat geval de gevolgen verstrekkend kunnen zijn. Daarbij merkt het college overigens op dat verweerster heeft uiteengezet dat de indicatie geen andere mogelijkheid liet dan de ingreep zoals deze is uitgevoerd in kwestie en klager, ander dan hij stelt, niet voor een punctie in plaats van de onderhavige operatie had kunnen kiezen. Het college deelt dit standpunt van verweerster. In zoverre acht het college derhalve dit klachtonderdeel gegrond."

2.7. Op 8 maart 2012 heeft het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg in hoger beroep onder meer het volgende beslist (prod. 4 verweerschrift).

"Volgens de arts heeft het Regionaal Tuchtcollege ten onrechte overwogen dat zij klager had moeten informeren over het risico van beschadiging van de nervus accessorius sinister en haar ten onrechte de maatregel van waarschuwing opgelegd. Naar het oordeel van het Centraal Tuchtcollege komt het in het proces-verbaal van de mondelinge behandeling ter terechtzitting van het Regionaal Tuchtcollege genoemde percentage van kans op letsel aan de nervus accessorius sinister van 5-10% bij extirpatie van de halslymfklier, van welk percentage het Regionaal Tuchtcollege bij het oordeel dat de arts de klager had moeten waarschuwen kennelijk is uitgegaan, te hoog voor. Ter zitting van het Centraal Tuchtcollege is gebleken dat bij 3 tot 7% van operatieve ingrepen in het algemeen, dus inclusief gecompliceerde oncologische ingrepen, een beschadiging van de nervus accessorius is opgetreden. Het Centraal Tuchtcollege acht beschadiging van de nervus accessorius bij een alleszins verdedigbare indicatie als waarvan hier sprake was, niet een zodanig hoog risico dat daarvoor gewaarschuwd diende te worden."

Het Centraal Tuchtcollege heeft de beslissing van het Regionaal Tuchtcollege op dit punt vernietigd.

2.8. [Verzoeker] heeft daarop een klacht ingediend tegen onder meer Terwisscha van Scheltinga bij de Klachtencommissie Jeroen Bosch Ziekenhuis. De Klachtencommissie oordeelt op het punt van de informatieplicht als volgt (prod. 1 verzoekschrift).

"De klachtencommissie heeft kennis genomen van de aan haar ter beschikking gestelde stukken en stelt vast dat dokter Terwisscha van Scheltinga voorafgaand aan de ingreep heeft erkend dat deze werd verricht in een risicovol gebied; zij heeft dat met de heer [verzoeker] besproken. Zij erkent echter ook dat zij het risico op een letsel aan de nervus accessorius niet expliciet heeft genoemd.

Op grond van de Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (WGBO) is een hulpverlener verplicht om een patiënt duidelijk en desgewenst schriftelijk te informeren. In een nota van de KNMG (...) 'Van Wet naar Praktijk' is deze informatieplicht nader uitgewerkt. Men stelt dat een patiënt informatie behoort te krijgen over de aard en het doel van de behandeling en over de gevolgen en de risico's ervan. In de richtlijn is niet concreet omschreven wat de omvang van de informatieplicht betreffende risico's van een behandeling dient te zijn. Uit de rechtspraak blijkt dat deze wordt bepaald door de ernst en/of frequentie van de risico's en de gevolgen. Als vuistregel houdt men wel aan dat gevolgen en risico's met een mogelijke frequentie van 1% of meer altijd aan de patiënt moeten worden gemeld. Bij lagere percentages is de ernst in relatie tot de frequentie bepalend.

De klachtencommissie heeft uit een door haar verricht literatuuronderzoek afgeleid dat het risico op dit letsel tussen de 3 en 8% ligt. Er zijn zelfs studies die een range aangeven van 3 tot 10%.

Gelet op deze bevindingen en de jurisprudentie is de klachtencommissie van oordeel dat dokter Terwisscha van Scheltinga de heer [verzoeker] voorafgaand aan de ingreep over het risico op letsel van de nervus accessorius had moeten informeren. De klachtencommissie acht de klacht gegrond."

3. Het verzoek en de beoordeling

3.1. [Verzoeker] verzoekt – na ter zitting zijn verzoek te hebben gewijzigd – de rechtbank om voor recht te verklaren dat JBZ aansprakelijk is voor de schade door [verzoeker] geleden en nog te lijden ten gevolge van de operatie op 17 september 2008, waarbij de nervus accessorius sinister is doorgesneden, met begroting van de kosten van de deelgeschilprocedure en veroordeling van JBZ in die kosten.

3.2. Zijdens JBZ is ter zitting aangegeven dat zij er geen bezwaar tegen heeft dat daar waar in het petitum van het verzoekschrift staat "Centramed", dit moet worden gelezen als "JBZ." Gelet hierop behoeft het niet-ontvankelijkheidsverweer van JBZ vanwege de omstandigheid dat niet de juiste procespartij zou zijn aangesproken geen bespreking meer.

3.3. [Verzoeker] legt aan het verzoek ten grondslag dat Terwisscha van Scheltinga niet heeft voldaan aan de op haar rustende informatieplicht. [Verzoeker] stelt dat als hij van tevoren op het risico van blijvende beschadiging van de nervus accessorius sinister was gewezen, hij geen toestemming voor de operatie zou hebben gegeven. Met andere woorden: er was geen sprake van informed consent. [Verzoeker] heeft als gevolg van de operatie schade geleden, waarvoor JBZ aansprakelijk is.

3.4. JBZ voert gemotiveerd verweer, waarop de rechtbank, voor zover van belang, hierna zal ingaan.

3.5. Dat JBZ op grond van het bepaalde in artikel 7:462 BW aansprakelijk is voor eventuele tekortkomingen van Terwisscha van Scheltinga bij de uitvoering van de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling is tussen partijen niet in geschil.

3.6. De rechtbank neemt bij de beoordeling van het onderhavige deelgeschil de volgende maatstaf in acht. Artikel 7:448 BW legt – kort weergegeven – op de "hulpverlener" de plicht om de patiënt op duidelijke wijze in te lichten over de voorgestelde behandeling. Artikel 7:450 BW bepaalt – kort weergegeven – dat voor verrichtingen ter uitvoering van een behandelingsovereenkomst de toestemming van de patiënt vereist is. Een patiënt kan in beginsel slechts toestemming voor een behandeling geven indien hij daarover adequaat is geïnformeerd (de zogenaamde "informed consent"). Bij het verstrekken van informatie dient de

hulpverlener zich te laten leiden door hetgeen de patiënt redelijkerwijs dient te weten ten aanzien van de aard en het doel van de behandeling, de te verwachten gevolgen en de risico's daarvan, over eventuele alternatieven en over de vooruitzichten.

3.7. Vast staat dat [verzoeker] voorafgaand aan de operatie is niet gewezen op het risico van beschadiging van de nervus accessorius. De eerste vraag die voorligt is of dat wel had moeten gebeuren. [Verzoeker] stelt van wel. Volgens hem heeft het Centraal Tuchtcollege ten onrechte geoordeeld dat het risico op letsel zodanig laag was dat het niet noodzakelijk was daarover te informeren. Het Centraal Tuchtcollege is uitgegaan van onjuiste percentages, althans percentages die niet in overeenstemming waren met de percentages genoemd in de medische literatuur op dat punt, aldus [verzoeker]. JBZ voert als verweer aan dat in het onderhavige geval geen plicht bestond om [verzoeker] te informeren over het risico op beschadiging van de nervus accessorius. JBZ verwijst daarbij naar de uitspraak van het Centraal Tuchtcollege.

3.8. De rechtbank overweegt als volgt. Het oordeel van het Centraal Tuchtcollege komt erop neer dat in dit geval op Terwisscha van Scheltinga niet de verplichting rustte om [verzoeker] te wijzen op het risico van beschadiging van de nervus accessorius. Weliswaar dient een tuchtprocedure niet ter vaststelling van civielrechtelijke aansprakelijkheid, maar dit betekent niet dat het tuchtrechtelijke oordeel over het handelen van Terwisscha van Scheltinga zonder betekenis is voor het oordeel van de rechtbank daarover in het kader van de aansprakelijkheidsvraag (HR 12 juli 2002, NJ 2003, 151). Het is aan [verzoeker] om de rechtbank, gegeven het gemotiveerde oordeel van het Centraal Tuchtcollege, voldoende handvatten te verschaffen om daarvan af te kunnen wijken.

3.9. [Verzoeker] stelt dat het Centraal Tuchtcollege uitgaat van een onjuist risicopercentage voor wat betreft beschadiging van de nervus accessorius. De onderbouwing die [verzoeker] daarvoor aanvoert is het oordeel van de Klachtencommissie. Het feit dat de Klachtencommissie de klacht van [verzoeker] gegrond heeft verklaard wil echter nog niet zeggen dat het oordeel van het Centraal Tuchtcollege haar waarde heeft verloren.

3.10. De rechtbank overweegt dat de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (Wkcz) beoogde een eenvoudig toegankelijke voorziening te scheppen voor cliënten om door hen ervaren gevoelens van onvrede aan de betrokken zorgaanbieder te doen blijken en het recht van cliënten op een reactie met betrekking tot hun klachten vast te leggen. De behandeling van klachten ingevolge de Wkcz is gericht op het vinden van een bevredigende en voor alle partijen aanvaardbare oplossing, aldus Kamerstukken II, 1992/93, 23 040, nr. 3, p. 21 (MvT). Het klachtrecht is er – net zo min als de tuchtrechtelijke procedure – niet op gericht om civielrechtelijke aansprakelijkheid vast te stellen. De uitkomst van de klachtprocedure heeft ook geen bindende kracht. Dit staat met zoveel woorden in de Memorie van Antwoord op de Wkcz (Kamerstukken II, 1993/94, 23 040, nr. 5, p. 26), waarin staat:

"Het wetsvoorstel biedt de zorgaanbieder de mogelijkheid om een klachtenregeling te ontwerpen waarin de bepaling is opgenomen dat bevindingen van de klachtenbehandelende commissie of personen bindend zijn. In dat geval laat hij de ingestelde klachtencommissie feitelijk bindend beslissen. De zorgaanbieder kan ook volstaan met een klachteninstantie die hem na onderzoek van de klacht adviseert over het in te nemen standpunt."

3.11. Daartegenover staat dat de procedure bij het Centraal Tuchtcollege tot doel heeft een handelen of nalaten van een beroepsbeoefenaar in strijd met de zorg die hij bij de uitoefening van zijn professie jegens een cliënt dient te betrachten door een rechterlijk college te doen beoordelen, met de mogelijkheid van het opleggen van maatregelen. Die procedure is daarom ook met de nodige (juridische) waarborgen omkleed.

3.12. Gelet op het vorenstaande is de rechtbank van oordeel dat wil zij het oordeel van het Centraal Tuchtcollege terzijde stellen ten faveure van dat van de Klachtencommissie, het oordeel van laatstgenoemde daarvoor wel voldoende aanknopingspunten moet bieden. Dat is echter niet het geval.

3.13. De Klachtencommissie heeft haar oordeel over het risicopercentage slechts in algemene bewoordingen onderbouwd. Zij verwijst naar "door haar verricht literatuuronderzoek", zonder daarover verder uit te weiden. Voorts betwist JBZ het bestaan van de door de Klachtencommissie genoemde – maar niet nader gemotiveerde – vuistregel dat gevolgen en risico's met een percentage van meer dan 1% aan de patiënt meegedeeld moeten worden. Dit is

door [verzoeker] niet (gemotiveerd) weerlegd. [Verzoeker] heeft ook anderszins niet aangetoond dat het door het Centraal Tuchtcollege genoemde percentage onjuist is.

3.14. De slotsom uit het bovenstaande is dat niet vast staat dat Terwisscha van Scheltinga niet aan de informatieplicht heeft voldaan. Nu het gewijzigde verzoek wel daarop is gegrond, moet het verzoek worden afgewezen. Wat partijen overigens over en weer naar voren hebben gebracht behoeft geen bespreking.

3.15. Ook als het verzoek wordt afgewezen dient in beginsel op grond van artikel 1019aa Rv begroting plaats te vinden van de kosten bij de behandeling van het verzoek aan de zijde van de persoon die schade door dood of letsel lijdt. Daarbij dient de dubbele redelijkheidstoets te worden toegepast: het dient redelijk te zijn dat deze kosten zijn gemaakt en de hoogte van deze kosten dient eveneens redelijk te zijn. JBZ heeft geen bezwaar tegen het aantal opgevoerde uren (10,5). JBZ acht echter wel het uurtarief ad € 255,=, exclusief kantoorkosten en BTW, te hoog. JBZ wijst op de eenvoud van de procedure en het feit dat sprake is van hetzelfde feitencomplex als in de tuchtrechtelijke procedures en de klachtprocedure. [Verzoeker] heeft hierop niet anders gereageerd dan dat hij de in rekening gebrachte kosten wel redelijk acht. Het verweer van JBZ slaagt. De rechtbank zal het uurtarief matigen naar € 200,=, exclusief 6% kantoorkosten en BTW.

3.16. Het voorgaande in aanmerking nemend zal de rechtbank de kosten van deze procedure begroten op 10,5 uur x € 200,= + 6% kantoorkosten + 21% btw = € 2.693,46 + € 274,= griffierecht = € 2.967,46. Nu de rechtbank heeft geoordeeld dat geen sprake is van aansprakelijkheid van JBZ zal de verzochte kostenveroordeling worden afgewezen.

4. De beslissing

De rechtbank

4.1. wijst het verzochte af,

4.2. begroot de kosten van deze procedure aan de zijde van [verzoeker] op € 2.967,46.

» Noot
Onderlinge verhouding uitspraak tuchtrechter, klachtencommissie en civiele rechter

Een patiënt die niet tevreden is met de behandeling door een arts, heeft meerdere instrumenten om zijn beklag daarover te doen. Ik bespreek er drie. [noot:1]

In de eerste plaats kan de patiënt een klacht met betrekking tot het handelen van de arts indienen bij de klachtencommissie van het ziekenhuis. Dit recht is vastgelegd in de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (Wkcz). Het doel van deze wet is tweeledig: enerzijds het bieden van een laagdrempelige klachtmogelijkheid, anderzijds de mogelijkheid voor de zorgaanbieders om te leren van klachten en daarmee de kwaliteit van de zorgverlening te verbeteren. De wet verplicht elke zorgaanbieder een klachtenregeling op te stellen. De klachtenregeling moet erin voorzien dat de klachten van cliënten worden behandeld door een klachtencommissie.

De patiënt kan zich voorts op grond van de Wet beroepen individuele gezondheidszorg (BIG) wenden tot de medische tuchtrechter. Het medisch tuchtrecht richt zich uitsluitend op de bewaking van de kwaliteit van de beroepsuitoefening door de individuele hulpverlener. [noot:2] Doel is dat het handelen van de beroepsbeoefenaar in een concrete kwestie naast de maatlat van "redelijk bekwaam" hulpverlener wordt gelegd en beoordeeld. De norm waaraan wordt getoetst vertoont daarmee gelijkenissen met de algemene norm van art. 7:453 BW welke inhoudt dat de hulpverleners "die zorg betrachten die de redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in dezelfde omstandigheden zou hebben betracht". [noot:3] De tuchtrechter kan – anders dan de klachtencommissie – maatregelen treffen tegen een individuele beroepsbeoefenaar.

De patiënt kan bij de tuchtrechter niet terecht om een (financiële) genoegdoening te krijgen. Daarvoor zal hij zich tot de civiele rechter moeten wenden.

Het is de vraag hoe de uitspraken van de tuchtrechter, klachtencommissie en civiele rechter zich onderling verhouden en of de civiele rechter gebonden is aan eerdere uitspraken van tuchtrechter of klachtencommissie.

Voor het klachtrecht is in art. 2 van de Wkcz bepaald dat de civiele rechter niet gebonden is aan de uitspraak van een klachtencommissie. De klachtencommissie is in de regel niet samengesteld voor en de procedure is niet ingericht op het tot stand brengen van een beslissing met zware consequenties. De uitspraak van de klachtencommissie heeft voor een eventueel volgende civiele-, [noot:4] straf-, of tucht- of geschilprocedure [noot:5] geen precedentwerking. De zorgaanbieder kan in zijn klachtenregeling wel vastleggen dat de beslissing voor hem wel bindend is. [noot:6] Overigens behandelt de Eerste Kamer momenteel het voorstel van Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz). Het is de bedoeling dat deze wet de huidige Kwaliteitswet zorginstellingen en de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (Wkcz) gaat vervangen. De Wkkgz beoogt zowel de klachtopvang in de zorg als de afwikkeling van medische schadeclaims te verbeteren. Zorgaanbieders dienen volgens het voorstel binnen zes weken een schriftelijk oordeel over een klacht te geven. Tegen het oordeel van de zorgaanbieder kan de klager in sommige gevallen in hoger beroep bij een geschilleninstantie (en in sommige gevallen kan hij zijn klacht rechtstreeks bij de geschilleninstantie indienen). Naast het doen van een uitspraak (bij wijze van bindend advies) is deze geschilleninstantie volgens dit wetsvoorstel ook bevoegd om een vergoeding toe te kennen tot maximaal € 25.000. Als dit wetsvoorstel wordt aangenomen zal het klachtrecht naar verwachting een belangrijke plek innemen in de afwikkeling van schadeclaims tegen zorgaanbieders. Het wetsvoorstel heeft in de literatuur overigens op veel kritiek kunnen rekenen. [noot:7]

Voor wat betreft het tuchtrecht volgt uit de rechtspraak dat de (lagere) civiele rechter met enige regelmaat bereid blijkt het oordeel van het medisch tuchtcollege mee te wegen in zijn oordeel omtrent de aansprakelijkheid. [noot:8] Bovendien, zo volgt uit het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2002, dient de rechter bij afwijking van het oordeel dat de tuchtrechter heeft gegeven, zijn oordeel zodanig te motiveren dat dit, ook in het licht van de beoordeling door de tuchtrechter, voldoende begrijpelijk is. [noot:9] Opgemerkt dient te worden dat de in het arrest beoordeelde fout nog net onder de vigeur van het oude tuchtrecht werd beoordeeld, waarin het handelen van de arts aanzienlijk strenger werd getoetst. [noot:10] De tuchtnormen waren toen ondermijning van het vertrouwen in de stand der geneeskundigen, ernstige schade veroorzakende nalatigheid of grove onkunde (tegenover de huidige tuchtnorm handelen of nalaten in strijd met de eerder genoemde zorgplicht van de arts dan wel in strijd met het belang van een goede uitoefening van individuele gezondheidszorg). Een schending van de tuchtnormen impliceert daarmee tevens een schending van de civielrechtelijke zorgplicht, waarmee het begrijpelijk is dat een afwijking van het oordeel van de tuchtrechter deugdelijk gemotiveerd dient te worden. Voor de huidige, lichtere tuchtnorm geldt dit niet zonder meer, hoewel de normen nagenoeg gelijkluiden: Het feit dat de normen waaraan getoetst wordt nagenoeg gelijkluidend zijn, brengt niet met zich dat tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen leidt tot civielrechtelijke aansprakelijkheid. Ik verwijs in dit verband naar de Vie d'Or arresten uit 2006 waarin de Hoge Raad overwoog dat in tuchtprocedures andere maatstaven, en bovendien niet de bewijsregels van een civiele procedure worden gehanteerd. Het oordeel van het hof, dat de normen die accountants volgens de tuchtrechter hadden geschonden zo sterk overeenstemden met hun zorgvuldigheidsnorm jegens de polishouders dat zij reeds daarom onrechtmatig hadden gehandeld, werd daarom vernietigd. Aan een tuchtrechtelijke veroordeling kan volgens de Hoge Raad derhalve niet zonder meer de gevolgtrekking worden verbonden dat de betrokkene civielrechtelijk aansprakelijk is.

Uit het Telfoutarrest kan niet worden afgeleid dat tuchtrechtelijk verwijtbaar handelen vanzelfsprekend leidt tot civielrechtelijke aansprakelijkheid. In latere arresten maakt de Hoge Raad consequent een duidelijk onderscheid tussen tuchtrechtelijke en civielrechtelijke procedures. [noot:11] Ik verwijs bijvoorbeeld naar het arrest van 3 juni 2005, [noot:12] waarin werd geoordeeld dat een tuchtrechtelijke procedure geen redelijke maatregel is ter voorkoming of beperking van schade als bedoeld in art. 6:96 lid 2 sub a BW. Eerder had de Hoge Raad al geoordeeld dat de tuchtrechtelijke procedure niet kan worden aangemerkt als een redelijke maatregel ter vaststelling van de aansprakelijkheid als bedoeld in art. 6:96 lid 2 sub b BW. [noot:13] Vranken concludeert in zijn noot onder het arrest uit 2005 dat het evident is "dat de Hoge Raad er veel aan gelegen is te verhinderen dat benadeelden tuchtrechtelijke procedures als voorportaal gaan gebruiken voor civiele procedures".

De tuchtrechter toetst aan andere normen (namelijk die van de BIG) dan de civiele rechter. [noot:14] Onderwerpen als het causale verband en het relativiteitsvereiste zijn in het kader van een tuchtrechtelijke aansprakelijkstelling niet relevant. In een tuchtzaak staat de persoonlijke verwijtbaarheid voorop. In het civiele recht wordt de schuldvraag veelal geobjectiveerd. Dit verschil in benadering kan tot verschillende uitkomsten leiden. De uitspraak van de tuchtrechter

kan bruikbaar zijn in de civiele procedure. De civiele rechter zal echter een zelfstandig oordeel over eventueel betwiste feiten en omstandigheden moeten vormen. [noot:15]

In deze zaak heeft de patiënt alle hiervoor genoemde routes gevolgd: tuchtrechter (en hoger beroep), klachtencommissie en ten slotte de civiele rechter. De civiele rechter heeft doorslaggevende betekenis toegekend aan het oordeel van het Centraal Tuchtcollege dat een risico van 3-7% niet dusdanig hoog is, dat daarvoor gewaarschuwd dient te worden en weegt daarbij mee dat sprake is van een "alleszins verdedigbare indicatie als waarvan hier sprake was".

Gelet op het voorgaande heeft de civiele rechter de vrijheid het oordeel van de tuchtrechter te volgen, en het lijkt mij correct dat – over het algemeen – een oordeel van de tuchtrechter zwaarder dient te wegen dan een aanbeveling van een klachtencommissie. Toch valt er inhoudelijk wel wat af te dingen op het oordeel van de rechter. Ik licht dit hierna toe.

Informed consent

In het civiele recht is de informatieplicht van de hulpverlener neergelegd in art. 7:448 lid 1 en 2 BW. Om te kunnen bepalen of de hulpverlener voldoende en juiste informatie heeft verstrekt, wordt zijn gedrag veelal getoetst aan de maatstaf van "redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot". Bij de bepaling wat een patiënt in concreto redelijkerwijs behoort te weten worden over het algemeen de volgende vier omstandigheden van belang geacht:

a. Gaat het om een noodzakelijke of niet-noodzakelijke behandeling of om een experimentele geneeskundige behandeling;

b. Wat is de frequentie en wat is de aard van de met de behandeling of het onderzoek gepaard gaande risico's;

c. Gaat het om informatie die van algemene bekendheid is;

d. Zijn er relevante omstandigheden aan de zijde van de patiënt.

Doorgaans wordt geen aansprakelijkheid wegens ontbreken van *informed consent* aangenomen, indien sprake is van een zeldzaam risico waarvoor niet is gewaarschuwd, terwijl de behandeling geïndiceerd is en er geen redelijk alternatief voorhanden is. Bedacht moet echter worden dat de enkele omstandigheid dat een medische behandeling uit medisch oogpunt geïndiceerd is en de klachten van de patiënt moeilijk op andere wijze verholpen kunnen worden, niet met zich meebrengt dat ervan kan worden uitgegaan dat de patiënt zonder meer met die handeling instemt en niet volledig geïnformeerd behoeft te worden. Dit is slechts anders wanneer de kans op het risico "verwaarloosbaar klein" is. [noot:16] Percentages van 2-10% worden in de jurisprudentie niet verwaarloosbaar klein geacht. [noot:17] In deze zaak heeft het Regionaal Tuchtcollege vastgesteld dat sprake was van een "alleszins verdedigbare indicatie". Bovendien heeft het Centraal Tuchtcollege geoordeeld dat er geen alternatieve behandeling voor de patiënt voorhanden was. Er was derhalve sprake van een geïndiceerde ingreep, terwijl er geen sprake was van een reëel alternatief. De kans op zenuwbeschadiging is echter – anders dan de tuchtrechter heeft geoordeeld – niet verwaarloosbaar klein (3-8%). Gelet op de hiervoor aangehaalde rechtspraak, zou ik menen dat de arts om die reden melding had moeten maken van het risico en was het goed te begrijpen geweest als de rechtbank dienovereenkomstig had geoordeeld. De normschending staat dan in beginsel vast.

Terzijde merk ik op dat valt te betwijfelen of in een dergelijk geval een motiveringsplicht voor de rechter geldt conform het arrest van de Hoge Raad van 12 juli 2002. [noot:18] Zie in dit verband Uhlenbroek en Mooibroek: [noot:19] "Aansluitend kan men zich afvragen of in situaties, waarbij de civiele rechter de deskundigheid om het handelen te beoordelen niet ontbeert, een motiveringsplicht dient te bestaan om van het tuchtrechtelijk oordeel af te wijken." Het betreft hier immers een juridische weging van medische – door het tuchtcollege vastgestelde en door de rechtbank overgenomen – feiten (te weten een risico van 3-8%, een indicatie voor behandeling en de afwezigheid van redelijke alternatieven).

Dit brengt de patiënt niet zonder meer verder. Hij zal vervolgens immers dienen aan te tonen dat er causaal verband bestaat tussen schending van de informatieplicht en de schade. Met andere woorden: hij dient te bewijzen dat hij zou hebben afgezien van de ingreep indien hij wel zou zijn geïnformeerd over de risico's. [noot:20] Het is zeer de vraag of hij in dit bewijs zal slagen, gezien de (tuchtrechtelijke) vaststelling dat er geen alternatieve behandeling voor hem

voorhanden was. De patiënt wordt in dit geval bewijstechnisch ook niet geholpen. Zoals uit vaste jurisprudentie volgt, bestaat geen ruimte voor toepassing van de zogeheten omkeringsregel in zaken waarin het gaat om schending van de informatieplicht. [noot:21]

Conclusie

Een gunstige uitspraak van de tuchtrechter kan de patiënt helpen in een civiele procedure tegen de arts, maar het hoeft niet. Tuchtrechtelijke aansprakelijkheid leidt niet zonder meer tot civielrechtelijke aansprakelijkheid. Een civiele rechter zal zijn eigen oordeel vormen over de zaak. De uitspraak van de tuchtrechter kan door de civiele rechter echter niet zonder motivering genegeerd worden.

De patiënt is er overigens nog niet indien de rechter het oordeel dat sprake is van een schending van de informatieplicht van de tuchtrechter zou overnemen. De tuchtrechter laat zich niet uit over een eventueel causaal verband tussen schending van de informatieplicht en de schade. In een civiele procedure zal de patiënt dit causaal verband dienen te bewijzen. Hij zal in dit bewijs niet tegemoet worden gekomen door de omkeringsregel. [noot:22] Dit betekent dat in de civiele procedure de patiënt zal moeten bewijzen dat hij niet zou hebben gekozen voor deze behandeling indien hij juist was geïnformeerd.

D.M. Gouweloos, advocaat bij WIJ advocaten te Amsterdam

» Voetnoten

[1]

De mogelijkheden om aangifte te doen bij het Openbaar Ministerie en de Inspectie voor de Gezondheidszorg in te lichten laat ik buiten beschouwing.

[2]

Het gaat daarbij uitsluitend om beroepen genoemd in art. 3 Wet BIG.

[3]

Zie ook HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26.

[4]

Zie voor een voorbeeld Rb. Den Haag 5 maart 2013 «JA» 2013/29, waarin een klacht tegen het ziekenhuis gegrond was verklaard, maar de rechter overwoog dat de tuchtrechtelijke uitspraak voor de civiele procedure geen precedentwerking heeft "en in een dergelijke procedure zal de rechter de kwestie geheel opnieuw op zijn merites dienen te beoordelen". Zie ook Rb. Noord-Nederland 30 augustus 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:5231.

[5]

Zie bijv. Geschillencommissie Ziekenhuizen 20 augustus 2004, «GJ» 2004/26.

[6]

Kamerstukken II 1993/94, 23 040, nr. 5, p. 26 (MvA).

[7]

Zie Dete en Van de Laar, 'Komende klachtewet gezondheidszorg' in *NJB* 2014/82 en Kastelein, 'Klachten- en geschillenbehandeling in de Wcz: van de drup in de regen oftewel het kind en het badwater', in:*Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2010, p. 616-623 en voorts Legemaate, 'Nieuwe wetgeving over het klachtrecht: winst of verlies?' In:*Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2013, p. 449-456.

[8]

Zie voor uitgebreid onderzoek naar hoe feitenrechters omgaan met tuchtrechtelijke uitspraken in de periode van 2002-2012: Uhlenbroek en Mooibroek, 'De betekenis van een tuchtrechtelijk oordeel voor de beroepsaansprakelijkheid overschat?' In: *AV&S* 2013/24.

[9]

HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151, m.nt. Van Wijmen (*Telfout*).

[10]

Zie noot Keus onder het arrest.

[11]

L. Rammeloo, 'Wat is de invloed van tuchtuitspraken op civiele claims' in *Advocatenblad* 22 oktober 2010.

[12]

HR 3 juni 2005, *NJ* 2005, 324.

[13]

HR 10 januari 2003, *NJ* 2003, 537 (*Portielje/Notarissen*).

[14]

Zie Uhlenbroek en Mooibroek, 'De betekenis van een tuchtrechtelijk oordeel voor de beroepsaansprakelijkheid overschat?' In *AV&S* 2013/24. Zij brengen hier enige relativering op aan.

[15]

Groene Serie *Onrechtmatige daad*, regeling Boek 6 BW, aant. 19.1. Zie bijv. Hof Arnhem 6 maart 2007, *TvGR* 2007, 13.

[16]

Er zijn in de rechtspraak ook voorbeelden te vinden waarbij de rechter ter ondersteuning van zijn mening dat de hulpverlener de patiënt op een bepaald punt niet behoefde te informeren van belang achtte dat de behandeling geïndiceerd was en er geen reëel behandelingsalternatief bestond. Zie bijv. Rb. Groningen 24 maart 2000, *TvGR* 2000, 42 en Rb. Alkmaar 3 juli 1997, *TvGR* 1998, 14.

[17]

Hof Arnhem 27 juli 1999, *NJ* 2000, 96; Hof Amsterdam 19 februari 1998, *TvGr* 1998, 48.

[18]

HR 12 juli 2002, *NJ* 2003, 151, m.nt. Van Wijmen (*Telfout*).

[19]

Uhlenbroek en Mooibroek, 'De betekenis van een tuchtrechtelijk oordeel voor de beroepsaansprakelijkheid overschat?' In *AV&S* 2013/24.

[20]

HR 23 november 2002, *NJ* 2002, 384 en 387.

[21]

HR 23 november 2002, *NJ* 2002, 386.

[22]

HR 23 november 2002, *NJ* 2002, 386.