

## Behandelingsovereenkomst en medische aansprakelijkheid

136

Hoge Raad  
29 september 2006, nr. C05/247HR, LJN AY5693  
(mrs. De Savorin Loman, Kop, Van Oven, Van Schendel, Numann)  
(concl. A-G Spier)  
Noot R.W.M. Giard

**Aansprakelijkheid wegens het niet-verstrekken van behoorlijke informatie voorafgaande aan een neurochirurgische ingreep vanwege een nekhernia.**

[BW art. 6:74, 6:162]

*Een man wordt door zijn huisarts naar een neuroloog verwezen vanwege aanhoudende pijnklachten van de nek en rechter arm. Er wordt bij radio-diagnostisch onderzoek een nekhernia geconstateerd met bovendien degeneratieve afwijkingen van de halswervels. Aangezien deze afwijkingen als verklaring van de klachten werden beschouwd, volgde een neurochirurgische behandeling van de nekhernia en de door degeneratie veroorzaakte werveluitstulping. De operatie verliep ongecompliceerd en de patiënt bleek daarna klachtenvrij. Na enkele dagen volgde weliswaar een terugval, maar hij werd korte tijd later in goede conditie ontslagen.*

*Vrij spoedig na de operatie ontwikkelt deze patiënt een scala aan pijnklachten die bij hernieuwd neurologisch onderzoek niet aan de ingreep kunnen worden toegeschreven. Hij verliest zijn baan, heeft zware pijnstillers nodig en kan zich alleen nog in een elektrische rolstoel voortbewegen. Deze patiënt stelt de neurochirurg aansprakelijk voor voormelde gevolgen aangezien hij niet de behandeling heeft ondergaan van een redelijk handelend neurochirurg.*

*Aanvankelijk ligt bij behandeling in eerste aanleg*

*het accent op schade door onzorgvuldig handelen, maar gaandeweg wordt de nadruk gelegd op het tekortschieten van de neurochirurg wat betreft de informatieplicht jegens de patiënt. De rechtbank concludeert dat gedaagde aangaande die plicht daadwerkelijk in gebreke was gebleven en wijst de vordering tot schadevergoeding toe. Het ziekenhuis tekent hiertegen echter beroep aan en het hof vernietigt vervolgens het vonnis: er ontbreekt causaliteit tussen de schade en de ingreep. Daarop vraagt eiser om een beoordeling door de Hoge Raad maar deze laat het arrest intact. De post-operatieve klachten van deze patiënt vinden niet hun oorzaak in de ingreep zelf en dus is de kwestie over het wel of niet verstrekken van adequate informatie irrelevant.*

A te B,  
eiser tot cassatie,  
advocaat: mr. P. Garretsen,  
tegen  
de stichting *Stichting Gezondheidszorg Oostelijk Zuid-Limburg*, h.o.d.n. *Ziekenhuis De Wever en Gregorius*, te Heerlen,  
verweerster in cassatie,  
advocaten: mrs. R.S. Meijer en E.M. Tjon-En-Fa.

### Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Spier)

#### 1. Inleiding/inzet van de procedure

De inzet van deze procedure is de vraag of de Stichting aansprakelijk is wegens het niet vóór de operatie van A geven van behoorlijke informatie op grond waarvan hij kon afwegen of hij de operatie al dan niet wenste te ondergaan en/of wegens beweerdelijk onzorgvuldig handelen na afloop van de operatie.

#### 2. Feiten

2.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de navolgende feiten, ontleend aan rov. 4.2.1–4.2.12 van het in cassatie bestreden arrest van het Hof 's-Hertogenbosch.

2.2. In januari 1993 wendt A zich tot zijn huisarts met klachten aan zijn nek en rechterarm. In april 1993 wendt hij zich wederom tot zijn huisarts omdat de klachten in de rechteronderarm aanhouden, heviger worden en zich inmiddels ook pijn heeft ontwikkeld aan rechterhand en -vingers, gepaard gaande met tintelingen. De huisarts laat röntgenfoto's maken.

Naar aanleiding van de uitslag verwijst de huisarts A naar de neuroloog.

2.3.1. A wordt voor onderzoek opgenomen in het Maaslandziekenhuis te Geleen op de afdeling van neuroloog [betrokkene 1], wegens plaatsgebrek op de afdeling van [betrokkene 2], A's neuroloog. Op 12 mei 1993 wordt A door [betrokkene 1] onderzocht; [betrokkene 1] deelt A op 14 mei 1993 mee dat sprake is van artrose.<sup>2</sup> Er wordt een afspraak gemaakt voor een consult bij neurochirurg [betrokkene 3].

2.3.2. Dat consult vindt plaats op 17 mei 1993. [Betrokkene 3] deelt A mee dat hij een zuivere nekhernia<sup>3</sup> heeft die goed te opereren is en dat A voor de operatie nog uitgebreid daarover zal worden geïnformeerd.

2.4. Op 27 mei 1993 wordt A voor de operatie opgenomen in het De Wever Ziekenhuis te Heerlen; op 28 mei 1993 wordt de operatie door [betrokkene 3] uitgevoerd.

2.5. Bij brief van 8 juni 1993 bericht [betrokkene 2] de huisarts over het onderzoek op 4 mei 1993 en deelt daarin onder "conclusie" mee: "verdenking op cervicale hernia. Echter radiologisch onderzoek kon dit niet aantonen. Binnenkort zie ik patiënt ter revisie."

2.6. Bij brief van 1 juli 1993 schrijft [betrokkene 2] aan de huisarts dat in zijn brief: "van 8 juni 1993 een fout is geslopen in die zin dat het gecombineerde OMG/CT scan onderzoek duidelijke degeneratieve veranderingen C6–C7 laat zien in het kader van discopathie<sup>4</sup> en posterior lippling met de verdenking op een hernia op dit niveau. Verwijzing naar Heerlen voor operatie vond plaats. Preoperatief bleek met name de degeneratieve afwijkingen in causale relatie met de klachten te bestaan."

2.7. Op 17 juni 1993 bericht [betrokkene 3] de huisarts van A over de uitgevoerde operatie:

"Patiënt werd op 28.05.1993 geopereerd. Op klassieke wijze wordt een disectomie verricht op het niveau C6&C en vervolgens een partiële cerporectomie aan de achterzijde van C6 en C7. Het postoperatieve verloop was rustig. Patiënt was klachtenvrij. Het herstel verliep vlot. Klassiek is wat ook bij deze man voorkomt dat enkele dagen na de operatie hij toch een terugval had. Al met al is hij in goede conditie ontslagen. (04.06.93) Wij zien hem ter zijner tijd ter controle."

2.8. Enige tijd na de operatie heeft A toch weer pijn gekregen aan zijn nek en rechterarm. De huisarts schrijft op 16 juni 1993 een halskraag voor tegen de pijn; [betrokkene 3] schrijft op 15 juli 1993 een recept tegen de pijn voor.

2.9. In de periode september–december 1993 heeft A in verband met genoemde postoperatieve klachten [betrokkene 3] en [betrokkene 2] geconsulteerd, waarvan [betrokkene 2] verslag heeft gedaan aan A's huisarts. [Betrokkene 2] schrijft onder meer dat sprake is van "cervicobrachialgie<sup>5</sup> rechts zonder duidelijke oorzaak" en dat hij "nog geen duidelijke diagnose kan stellen".

2.10. Op 18 januari 1994 is A op verzoek van zijn huisarts onderzocht door [betrokkene 4], neurochirurg in het AZM. [Betrokkene 4] schrijft op 24 januari 1994 aan A's huisarts:

"Ik denk dat een hernieuwde ingreep weinig verbetering brengt. Sommige klachten zijn terug te voeren tot de wortel C7 maar de andere klachten wijzen meer op spondylarthrosis.<sup>6</sup> De wortel is door de operatie vrijgelegd maar helaas is hierop geen duidelijke verbetering opgetreden. Ik denk niet dat een hernieuwde ingreep de zo gewenste verbetering wel zal brengen. (...)

Patiënt wijt ook veel klachten aan wat moeilijke werkomstandigheden. Ongetwijfeld zal ook een rol spelen, het feit dat hij thuis met 2 gehandicapte kinderen zit. Al met al denk ik dat patiënt toch wat last zal blijven houden m.a.w. dat er ook een acceptatie zal moeten plaatsvinden. 1 jaar na de operatie is meestal een eindtoestand bereikt. Het kan daarbij nog wel wat

2. Chronische, degeneratieve, niet door ontsteking veroorzaakte gewrichtsaandoening (m.n. bij mensen op gevorderde leeftijd), gewrichtsslijtage; ontleend aan Van Dale.
3. Hernia is een aandoening waarbij de tussenwervelschijf uitstulpt. Hierbij kunnen zenuwen bekneld raken, waarbij ernstige pijn kan ontstaan, of zelfs uitval van de functie van de zenuw, resulterend in spierfunctieverlies; ontleend aan [www.wikipedia.nl](http://www.wikipedia.nl).
4. Uitpuiling of uitstulping van een tussenwervelschijf in de wervelkolom als gevolg van slijtage, zonder druk op de zenuwbaan; ontleend aan <http://www.nizw.nl/Thesaurus/discopathie.htm>.

5. Een beschrijving van een symptomencomplex van pijnklachten in de nek met uitstraling in een arm; ontleend aan [www.pijn.com/medici/diagnose2.htm](http://www.pijn.com/medici/diagnose2.htm).
6. Artrose van de gewrichten tussen de wervels; ontleend aan <http://www.ruginfo.be>.

verbeteren maar indrukwekkende veranderingen verwacht ik niet.”

2.11. Op 20 juni 1994 worden er op verzoek van [betrokkene 4] door de afdeling Radiodiagnostiek van AZM van A standaardopnamen van de cervicale wervelkolom gemaakt, aangevuld met opnamen na toediening van gadolinium. In het verslag van de radiologen staat onder conclusie:

“Normaal post-operatief beeld met hernia operatie op niveau C 6–7. Geen aanwijzingen voor compressie van het myelum<sup>7</sup> dan wel uittredende wortels.”

2.12. Op 28 juni 1994 heeft [betrokkene 4] een gesprek met A. In de brief aan de huisarts van 1 juli 1994 schrijft [betrokkene 4]:

“Op 28 juni 1994 zag ik op de neurochirurgische polikliniek, uw patiënt A. (...) Zoals u weet is onlangs bij patiënt een MRI onderzoek gedaan in verband met zijn nek en armproblematiek. Dit laat de bekende vernauwing zien op het niveau C6–C7, wat terug te voeren is op de doorgemaakte operatie. Myelumcompressie wordt niet gevonden. De wortels treden vrij uit. Gezien de bevinding heeft een neurochirurgische ingreep geen zin. Ik heb dit patiënt verteld. Patiënt zelf zit met het feit dat hij toch de indruk heeft dat hij achteruit gaat.

Ik heb hem geadviseerd dan toch contact op te nemen met de neuroloog voor verdere neurologische controle. Op dit moment heb ik voor de eventuele achteruitgang geen duidelijke neurochirurgische verklaring.”

2.13. Er heeft zich bij A na de operatie in 1993 een scala aan klachten ontwikkeld.<sup>8</sup> A raakt dientengevolge zijn baan kwijt, heeft niet aflattende pijnen van zodanige aard dat hij voor pijnstilling is aangewezen op opiaten; sprake is van een zodanig functieverlies dat hij inmiddels is aangewezen op een elektrische rolstoel.

2.14. Op 22 maart 1995 heeft de raadsman van A [betrokkene 3] aansprakelijk gesteld voor bedoelde gevolgen “nu het zich laat aanzien dat de behandeling die cliënt heeft ondergaan niet die is van een redelijk handelend neurochirurg.”

2.15. Volledigheidshalve vermeld ik nog enkele bevindingen van het rapport van [betrokkene 5] (geschreven op verzoek van beide par-

tijen), met de kanttekening dat het Hof zijn rapport om processuele redenen terzijde heeft geschoven:

a. sprake is geweest van “een aaneenschakeling van onnodig verwarring stichten bij een nieuwsgierige en ook wel argwanende patiënt, omzorgvuldige voorlichting, niet gewezen op mogelijke risico’s, geen aandacht voor de angsten en grote zorgen bij A, die daardoor totaal paranoid wordt, getuige ook zijn wantrouwen tegen bijna alle medici die hij in de loop der tijd consulteerde. En met wie hij wilde discussieren maar wat niet lukte (...)” (blz. 8);

b. de vraag is of “het wegnemen van alle osteo-phyten aan de dorsale zijde van de corpora C6 en C7 noodzakelijk was” (blz. 9); de ingreep was te groot (blz. 10);

c. zowel pre- als post-operatief is “toch wel sprake van onzorgvuldigheid” (blz. 9).

2.16. Bij pleitaantekeningen in prima heeft de Stichting een rapport van [betrokkene 6] in geding gebracht. Volgens ZHG moeten “uit humane overwegingen voorafgaand aan de operatie niet ongevraagd alle ooit zich voordoende complicaties en narigheden” worden vermeld. Hij tekent daarbij aan dat hij een klachtenpatroon zoals zich dat bij A heeft ontwikkeld nooit eerder heeft gezien en dat hij er ook geen verklaring voor heeft (blz. 6 en 7).

### 3. Procesverloop

3.1.1. Op 1 april 1997 heeft A de Stichting gedagvaard voor de Rechtbank Maastricht. Hij heeft een verklaring voor recht gevorderd dat de Stichting aansprakelijk is voor de gevolgen van de onder 2.4 genoemde operatie, met veroordeling tot betaling van schadevergoeding, nader op te maken bij staat, zulks met de gebruikelijke nevenvorderingen.

3.1.2. Aan zijn vordering, voor zover gebaseerd op (non) informed consent, heeft A ten grondslag gelegd a) dat hij “een type is die graag vantevoren op de hoogte wordt gesteld” en b) dat hij slechts toestemming voor de “zuivere hernia operatie” heeft gegeven; er is evenwel teveel wervel weggehaald<sup>9</sup> (inl. dagv. onder 9 en 10). Bij pleidooi in prima heeft hij erop gewezen dat de afweging, bij behoorlijke voor-

7. Ruggenmerg.

8. Prod. 16 cvr.

9. A doet hier klaarblijkelijk op de bevindingen van [betrokkene 5], blz. 2, 5, 7 van zijn bij cve overgelegde rapport.

lichting, zou zijn geweest “te leren leven met zijn misschien enkele malen per jaar terugkerende klachten en het risico op de huidige toestand waarin hij verkeert” (blz. 7).

3.2. De Stichting heeft de vordering bestreden.

3.3.1. In haar tussenvonnis van 25 maart 1999 oordeelt de Rechtbank dat de Stichting en A zijn overeengekomen dat het door [betrokkene 5] uit te brengen advies bindend zou zijn. Vervolgens komt de Rechtbank op grond van dat advies tot de conclusie dat de Stichting onzorgvuldig jegens A heeft gehandeld omdat er voorafgaand aan de ingreep onvoldoende overleg heeft plaatsgevonden tussen [betrokkene 3] en A, in die zin dat A onvoldoende is geïnformeerd over de uit te voeren ingreep, eventueel daaraan verbonden risico's en de mogelijkheden van alternatieve behandeling. De Rechtbank acht de Stichting dan ook aansprakelijk voor zover A dientengevolge schade lijdt (rov. 4.4–4.9).

3.3.2. Voor de vraag of er sprake is van causaal verband tussen het onzorgvuldig handelen en A's schade dient, naar het oordeel van de Rechtbank, een deskundige te worden benoemd.

3.4. Bij vonnis van 30 augustus 2001 wordt Prof. dr. C.J.J. Avezaat tot deskundige benoemd; in het vonnis worden vier vragen geformuleerd.

3.5.1. In haar eindvonnis van 27 augustus 2003 wordt ingegaan op de vraag of de schade redelijkerwijs aan de Stichting moet worden toegerekend, waarbij de Rechtbank er op grond van het bindend advies van [betrokkene 5]s vanuit gaat dat de uitgevoerde ingreep te groot is (rov. 2.4). [betrokkene 5]s, noch ook Prof. Avezaat, wijten de huidige klachten aan de operatie of de wijze waarop deze is uitgevoerd. Zij hebben geen andere verklaring voor de klachten dan dat deze waarschijnlijk voortkomen uit een psychosomatische fixatie. De Rechtbank neemt deze conclusie over (rov. 2.5). Zij acht aannemelijk dat sprake was van gebrekkige informatie voor de operatie in combinatie met een zich na de operatie voordoende problematiek die postoperatief niet goed werd opgevangen. Daarmee is, aldus de Rechtbank, de tekortkoming van de Stichting gegeven (rov. 2.6).

3.5.2. De Rechtbank spreekt de gevorderde verklaring voor recht uit en veroordeelt de Stichting tot betaling van alle geleden en nog te lijden schade.

3.6. De Stichting heeft hoger beroep ingesteld

tegen – onder meer – de hiervoor vermelde vonnissen onder aanvoering van negentien grieven. Zij heeft bestreden dat A, voorafgaand aan de operatie, op de daaraan verbonden risico's moest worden gewezen (mvg onder 30).

3.7. A heeft de grieven bestreden.

3.8.1. In zijn arrest van 17 mei 2005 overweegt het Hof dat de grieven ertoe strekken het geschil in volle omvang aan zijn oordeel voor te leggen.

3.8.2. Volgens het Hof heeft de Rechtbank terecht aangenomen dat [betrokkene 5] een bindend advies zou uitbrengen. Aldus wordt de rechtsverhouding tussen partijen in beginsel bepaald door zijn bevindingen en conclusies (rov. 4.5). Omdat [betrokkene 5] bij de totstandkoming van het bindend advies het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden, laat het Hof het advies buiten beschouwing; het gestelde onrechtmatig handelen kan er dan ook niet op worden gebaseerd (rov. 4.6 en 4.7).

3.8.3. Vervolgens oordeelt het Hof – mede op basis van een reactie van [betrokkene 3] op het rapport van [betrokkene 5] – dat A voorafgaande aan de operatie niet, althans onvoldoende door [betrokkene 3] is geïnformeerd. [Betrokkene 3] is daarmee jegens A toerekenbaar tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichting om A te informeren. De Stichting is aansprakelijk voor de daardoor geleden schade (rov. 4.8).

3.8.4. Onder verwijzing naar HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387 overweegt het Hof echter dat causaal verband tussen het ontbreken van “informed consent” en de na de operatie opgetreden schade niet is komen vast te staan zodat het niet geven van deze informatie irrelevant is. Naar 's Hof's oordeel strekt de informatieverplichting niet ertoe de patiënt tegen de eventuele aan de voorgestelde behandeling verbonden risico's te beschermen. Verwezenlijken de risico's zich, dan moet de patiënt stellen en bewijzen dat hij, zou hij voldoende zijn ingelicht, als redelijk handelend patiënt en/of om persoonlijke redenen niet voor de behandeling zou hebben gekozen. Ook moet er voldoende causaal verband bestaan. Komt vast te staan dat de klachten niet het gevolg zijn van de operatie dan kan de vordering niet worden toegewezen (rov. 4.9–4.11).

3.8.5. Hierna behandelt het Hof de vraag of de gestelde onheuse bejegening van A door [be-

trokkene 3] – zoals weergegeven in rov. 4.12 – kan leiden tot aansprakelijkheid van de Stichting. Het Hof laat in het midden óf [betrokkene 3] A heeft bejegend zoals door A gesteld, omdat – ook als dit zou zijn bewezen – de gestelde uitlatingen niet als onrechtmatig (maar slechts als minder tactvol) kunnen worden aangemerkt (rov. 4.13).

3.8.6. Maar zelfs als men zou aannemen dat [betrokkene 3] onrechtmatig jegens A heeft gehandeld, zou de door A geleden schade, volgens het Hof, van een zo uitzonderlijke vorm zijn en in een zo ver verwijderd verband met deze bejegening staan, dat zij niet aan de Stichting kan worden toegerekend (rov. 4.14, met verdere uitwerking in rov. 4.15).

3.8.7. Op grond van dit een en ander heeft het Hof – kort gezegd – A's vorderingen afgewezen.

3.9. A heeft tijdig beroep in cassatie ingesteld. De Stichting heeft geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Beide partijen hebben hun standpunten schriftelijke toegelicht.

#### 4. Inleiding

4.1. Zoals reeds vermeld in voetnoot 1 mag op grond van de beschikbare medische rapportage(s) worden aangenomen dat het herstel van A gebaat is met een zo snel mogelijke afwikkeling van deze zaak. Dat is trouwens, als aansprakelijkheid en causaal verband zouden worden aangenomen, ook in het belang van de Stichting. Het beperkt immers de schade.

4.2. Uit uitlatingen van A's advocaat bij de mondelinge behandeling ten Hove blijkt dat de schade een bedrag gelegen tussen € 250.000 en € 300.000 zou belopen (p.v. 10 januari 2005 blz. 3).

4.3. M.i. is 's Hofs arrest, in elk geval op één punt, niet tegen toetsing in cassatie bestand. Dat zou nopen tot vernietiging en verwijzing en daarmee tot een verlenging van A's lijdensweg en tot vergroting van de schade. Daarbij valt nog te bedenken dat het thans slechts gaat om een schadestaatprocedure.

4.4. Bij deze stand van zaken heb ik mij de vraag gesteld of Uw Raad niet bij hoge uitzondering een (schikkings)comparitie zou willen gelasten. Eens te meer omdat beide partijen ten Hove hebben verklaard dat een schikking bespreekbaar is (p.v. blz. 3). M.i. zijn voldoende gegevens voorhanden om de kans op een vergelijk aanwezig te achten. Wellicht zouden zij

zich daarover in het kader van een eventuele zogenaamde Borgers-brief kunnen uitlaten.

#### 5. Bespreking van de middelen

##### Afhandeling van middel I

5.1. Het eerste middel richt zich tegen de feitelijke vaststellingen, vervat rov. 4.2.2 en 4.2.3 van 's Hofs arrest. Onderdeel 1.1 bevat geen klacht. Wél wordt in het onderdeel de kern aangegeven van de klacht die in de daaropvolgende onderdelen wordt uitgewerkt: het Hof zou een aantal feiten en omstandigheden ten onrechte niet als vaststaand hebben aangemerkt. Dat de steller dit bedoelt, blijkt genoegzaam uit de door hem genoemde rov. die alle de door het Hof vastgestelde feiten betreffen.

5.2. Het middel stuit in zijn geheel af op de omstandigheid dat het aan de feitenrechter is te beoordelen welke feiten al dan niet vaststaan.<sup>10</sup> Ten overvloede ga ik nog kort op de resterende klachten in.

5.3. Onderdeel 1.2 klaagt erover dat zonder nadere redengeving niet begrijpelijk is waarom het Hof in rov. 4.2.2 niet als vaststaand aanneemt dat volgens neuroloog [betrokkene 1] sprake is van artrose en dat A – nog steeds volgens [betrokkene 1] – niet operabel is. De omstandigheid dat, volgens [betrokkene 1], de aandoening van A niet operabel is, dient ter adstructie van de stelling van A dat onder de behandelend artsen onenigheid bestond over de vraag of A's klachten wel met een operatie zouden kunnen worden verholpen. Indien dat niet het geval zou zijn, zou de schade ("ongevalsgevolgen") die A leed na de operatie eerder aan de Stichting kunnen worden toegerekend, zo begrijp ik het onderdeel.<sup>11</sup>

5.4. Als ik het goed zie, dan is het onderdeel geplaatst in de sleutel van de toerekening op de voet van art. 6:98 BW.<sup>12</sup> Nu het Hof heeft geoordeeld dat het causaal verband – waarbij het Hof het oog heeft op de *condicio sine qua non* – ontbreekt (rov. 4.9-4.11), kwam het aan de door het onderdeel bedoelde toerekening (die ziet op de omvang van de aan de laedens

10. Asser-Veegens-Korthals-Altes-Groen, Cassatie nr 103 blz. 235.

11. De s.t. is niet verhelderend.

12. Ook mrs Meijer en Tjon-En-Fa lezen de klacht aldus: s.t. onder 15.

toe te rekenen schade) niet toe.<sup>13</sup> De klacht loopt daarop stuk, wat er verder ook van zij.

5.5. Onderdeel 1.3 verwijt het Hof te hebben miskend dat “door en via deze [betrokkene 1] ten behoeve van A een afspraak is gemaakt met neurochirurg [betrokkene 3].” Het betreft een essentiële stelling, aldus A, “nu toch [betrokkene 1] daartoe enkel adviseerde om absoluut zeker te zijn.”

5.6. Het onderdeel ontbeert feitelijke grondslag nu het Hof in rov. 4.2.2 wel degelijk heeft vastgesteld dat A wordt doorverwezen naar [betrokkene 3].

5.7. Voor zover het onderdeel bedoelt te betogen dat het essentiële element daarin is gelegen dat [betrokkene 1] A door verwees “teneinde absoluut zeker te zijn”, gaat het m.i. niet om een essentiële stelling. In elk geval maakt het onderdeel onvoldoende duidelijk waarom en in welk opzicht het wél om een essentiële stelling zou gaan. Voor zover het onderdeel al feitelijke grondslag heeft, faalt het.

5.8. Onderdeel 1.4 postuleert een rechtsklacht (“ten onrechte”) tegen het weglaten van hetgeen [betrokkene 3] tijdens “het (tienminuten)gesprek” zou hebben gezegd. Het zou gaan om een essentiële stelling “omdat A zich daarop expliciet heeft beroepen”.

5.9. Het onderdeel faalt om drie zelfstandige redenen. Het miskent dat een rechtsklacht niet geëigend is om op te komen tegen een feitelijk oordeel. Het ziet er ook aan voorbij dat (uiteraard zou ik zeggen) niet iedere stelling die een partij betreft wezenlijk is en dat de rechter niet op elke stelling behoefte in te gaan.<sup>14</sup> Voor het overige loopt het onderdeel vast in art. 407 lid 2 Rv. omdat – zelfs niet globaal – wordt aangegeven waarom de stelling essentieel zou zijn.

5.10. Onderdeel 1.5 bevat geen (begrijpelijke) klacht.

#### *Beoordeling van het tweede middel*

5.11. Het tweede middel komt met een reeks klachten op rov. 4.6 waarin het Hof oordeelt dat [betrokkene 5] bij de totstandkoming van zijn bindend advies het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden:

“4.6. Het hof kan zich echter niet verenigen met het oordeel van de rechtbank (...), inhoudende dat het feit dat [betrokkene 5] de tijdens het onderzoek gebleken visie van A niet ter beoordeling heeft voorgelegd aan [betrokkene 3] niet met zich brengt dat de door hem gevolgde procedure niet zou voldoen aan de eisen van een eerlijke procedure zoals bedoeld in artikel 6 EVRM. [betrokkene 5] heeft zijn conclusies en bevindingen met betrekking tot het onzorgvuldig handelen van de Stichting jegens A mede gebaseerd op hetgeen aan hem door A was medegedeeld omtrent hetgeen [betrokkene 3] aan A voor en na de operatie zou hebben gezegd. Gelet daarop had [betrokkene 5] wel degelijk [betrokkene 3] in de gelegenheid moeten stellen daarop te reageren. Door dat niet te doen en daarmee, zoals de Stichting terecht opmerkt, de door A gepresenteerde feiten in het rapport voor waar aan te nemen, heeft [betrokkene 5] het beginsel van hoor en wederhoor geschonden. Dit beginsel is zo essentieel dat het naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar is om een partij die bij de totstandkoming van het advies niet is gehoord aan dat advies te binden. Het hof zal het advies dan ook, zoals gevorderd, buiten beschouwing laten.”

5.12. Het lijkt goed eerst onder ogen te zien of A belang heeft bij deze klachtenreeks.

5.13.1. Uit rov. 4.6 blijkt dat [betrokkene 5] ingaat op hetgeen [betrokkene 3] voorafgaand en na de operatie zou hebben gezegd. Zoals al vermeld onder 2.15 sub c is ZHG tot de slotsom gekomen dat [betrokkene 3]s handelwijze vóór en na de operatie onzorgvuldig was.

5.13.2. Het Hof heeft – ten dele onder verwijzing naar het rapport van [betrokkene 5] – aangenomen dat de gang van zaken vóór de operatie de toets der kritiek niet kon doorstaan (rov. 4.8). In zoverre mist A ieder belang bij zijn klachten.

5.14.1. Ten aanzien van de handelwijze ná de operatie heeft het Hof evenwel aangenomen dat niet onrechtmatig is gehandeld. Het is daarbij veronderstellenderwijs uitgegaan van de juistheid van de door A aan [betrokkene 3] toegeschreven opmerkingen (rov. 4.12 en 4.13).

5.14.2. In rov. 4.5 neemt het Hof – in cassatie door de Stichting niet bestreden – aan dat het rapport van [betrokkene 5] een bindend advies was.

5.14.3. [betrokkene 5] komt – eveneens op ba-

13. Zie nader Schadevergoeding (Boonekamp) art. 98 aant. 3.

14. Zie nader Asser-Veegens-Korthals Altes-Groen, Cassatie nr 122.

sis van de door het Hof veronderstellenderwijs aangenomen mededelingen van [betrokkene 3] – tot de slotsom dat “toch wel sprake [is] van onzorgvuldigheid (...) in de wijze van omgang met deze patiënt, pré en postoperatief” (rapport blz. 9; cursivering toegevoegd).

5.14.4. De vraag rijst of het Hof, als van de bindende kracht van [betrokkene 5]s oordeel zou moeten worden uitgegaan, uit de onder 5.14.3 geciteerde passage had moeten concluderen dat [betrokkene 3] toerekenbaar tekort was geschoten/onrechtmatig had gehandeld. Anders gezegd: of het Hof de vrijheid miste een oordeel te vellen als neergeslagen in rov. 4.13. Ik waag dat te betwijfelen, al erken ik dat het antwoord mede afhangt van de uitleg van de overeenkomst waarbij partijen ZHG opdracht gaven tot het uitbrengen van een bindend advies. Omdat op dit punt twijfel mogelijk is, kan niet op voorhand worden gezegd dat het middel ook belang mist voor de post-operatieve mededelingen van [betrokkene 3].

5.15. De onderdelen 2.2–2.6 (onderdeel 2.1 bevat geen klacht) stellen de rol van hoor en wederhoor in de bindend advies procedure aan de orde. In dit verband zou van belang kunnen zijn of het onderhavige advies kan worden aangemerkt als een zuiver of een onzuiver bindend advies. Aan het beginsel van hoor en wederhoor worden namelijk andere eisen gesteld, al naar gelang het een zuiver of een onzuiver advies betreft.

5.16. Over dit onderwerp heeft mijn ambtgenote Wesseling-van Gent aandacht geschonken in haar conclusies voor HR 20 mei 2005, RvdW 2005, 76 en HR 24 maart 2006, RvdW 2006, 311; in beide conclusies wordt een uitgebreid overzicht gegeven van de literatuur en rechtspraak. Zij schrijft over het onderscheid tussen beide soorten bindend advies in laatstgenoemde conclusie:

“2.20. (...) Bij het zogeheten zuiver bindend advies is tussen partijen geen geschil, maar spreken zij af de vaststelling van hen onbepaalde of slechts gedeeltelijk bepaalde rechtsverhouding over te laten aan een derde, aan wiens oordeel zij zich bij voorbaat binden. Bedoelde derde spreekt geen recht, maar scheidt nieuwe feiten in de rechtsverhouding tussen partijen. Het bindend advies heeft tussen hen de kracht van een overeenkomst.

In het tweede type – het oneigenlijke of onzuiver bindend advies – geven partijen een derde

opdracht een bindende beslissing te nemen in een rechtsgeschil. Het onzuivere bindend advies is aldus naar zijn wezen niet te onderscheiden van geschillenbeslechting door arbitrage.”

5.17. Uit de vraagstelling van het adviesverzoek in de onderhavige zaak<sup>15</sup> kan m.i. niet zonder meer worden opgemaakt of het een verzoek een zuiver, dan wel een onzuiver bindend advies betrof. Gezien echter de context (het adviesverzoek werd gedaan nadat A de Stichting aansprakelijk had gesteld en de Stichting aansprakelijkheid had ontkend) ligt het meest in de rede om aan te nemen dat het hier een onzuiver bindend advies betreft. Ook het Hof is daar in rov. 4.5 kennelijk van uit gegaan.

5.18. Vervolgens rijst de vraag of dit onderscheid in casu praktische gevolgen heeft. Ik sluit mij graag aan bij de door A-G Wesseling-van Gent in laatstgenoemde conclusie<sup>16</sup> verwoorde opvatting:

“2.22. In par. 2.20 van mijn conclusie vóór HR 20 mei 2005, RvdW 2005, 76, heb ik uiteengezet dat m.i. het verschil in aard van beide typen bindend advies meebrengt dat aan een onzuiver bindend advies als rechtspraak andere eisen moeten worden gesteld dan aan een zuiver bindend advies als contract. Naarmate het bindend advies meer het karakter van rechtspraak heeft, dienen m.i. de regels van behoorlijke rechtspraak strenger te worden nageleefd. Dit brengt mee dat het onderscheid tussen het zuivere en onzuivere bindend advies van (doorslaggevend) belang kan zijn. Art. 7:900 BW maakt het onderscheid evenwel niet.”

5.19. In HR 24 maart 2006, RvdW 2006, 311 overwoog Uw Raad met betrekking tot hoor en wederhoor:

“3.4.4. (...) Het Hof heeft (...) geoordeeld dat het in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet onaanvaardbaar is [...] c.s. aan het bindend advies gebonden te achten, hoewel daaraan het (...) gebrek kleefte dat partijen niet in de gelegenheid zijn gesteld hun standpunt kenbaar te maken. Dit oordeel, waarbij het hof de aard van het bindend advies en het mogelijk uit de schending van het beginsel van hoor en wederhoor voor [...] c.s. voortvloeiende nadeel heeft betrokken, en waarbij het hof in aanmerking heeft

15. Cve prod. 1.

16. Voor HR 24 maart 2006, RvdW 2006, 311.

genomen dat [...] c.s. geen reële inhoudelijke bezwaren tegen de taxatie hebben ingebracht, geeft niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.”

5.20. De onderhavige zaak verschilt in enkele opzichten van de in het zojuist geciteerde arrest beslechte geval. Het betreft, als gezegd, thans m.i. een “onzuiver bindend advies”, waarbij [betrokkene 3] blijkens diens brief kritisch is over het rapport dat bovendien nadelig voor hem en de Stichting uitpakte.

5.21.1. Ik keer terug naar het tweede middel. De onderdelen 2.2–2.6 verwijten het Hof dat het ten onrechte, althans op onvoldoende gemotiveerde gronden, heeft geoordeeld dat het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden bij de totstandkoming van het bindend advies. De onderdelen wijzen erop dat de Stichting, althans [betrokkene 3], voldoende gelegenheid heeft gehad op het (concept-)rapport te reageren, nu (i) [betrokkene 3] op 16 december 1996 jens de directeur van de Stichting op het (concept)rapport heeft gereageerd; (ii) namens hem door “de verzekeringsarts van NN” op 27 april 1997 “op dat rapport” is gereageerd; (iii) [betrokkene 5] bij brief van 30 mei 1997 “op dat verzoek” heeft gereageerd; (iv) [betrokkene 3] – blijkens [betrokkene 5]s rapport – tweemaal telefonisch contact heeft gehad met [betrokkene 5]; (v) [betrokkene 3] eenmaal (op 22 juli 1996) schriftelijk heeft geantwoord op vragen van [betrokkene 5].

5.21.2. Voor zover de onderdelen meer of andere klachten behelzen, zijn deze onbegrijpelijk.

5.22. Het Hof heeft in rov. 4.5 geoordeeld dat de bindend advies-overeenkomst is gesloten tussen A en de Stichting en dat het rapport van 1 augustus 1996 het bindend advies betreft en niet slechts een concept. Deze oordelen worden in cassatie niet bestreden.

5.23. De onder 5.21.1 sub i, ii en iii vermelde klachten stuiten op af op het onder 5.22 vermelde nu het telkens gaat om posterieure schrijfsels.

5.24.1. Onder 5.21.1 sub iv) gaat het om telefonisch contact met [betrokkene 3]; uit het rapport van [betrokkene 5] valt in het geheel niet op te maken waarop deze contacten betrekking hadden, terwijl minstgenomen weinig plausibel is dat [betrokkene 3] telefonisch over [betrokkene 5]s concept is geraadpleegd.

5.24.2. Hetzelfde geldt in essentie voor de on-

der 5.21.1 sub v) vermelde kwestie. A heeft dat in feitelijke aanleg ook niet gesteld, laat staan dat op een dergelijke uitlating beroep wordt gedaan. Het beroep – in onderdeel 2.2 in fine – op de mva snijdt geen hout omdat daar niets nuttigs wordt betoogd.

5.25.1. De onderdelen 2.7 en 2.8 nemen tot uitgangspunt dat het beginsel van hoor en wederhoor niet in acht is genomen. Zij strekken – naast een herhaling van zetten – ten betege dat zulks niet noodzakelijk was gezien de opdracht die aan [betrokkene 5] was verstrekt. Volgens het onderdeel heeft het Hof miskend dat [betrokkene 5] zelfstandig zijn onderzoek mocht doen.

5.25.2. De onderdelen zien over het hoofd dat het oordeel of in een concreet geval het beginsel van hoor en wederhoor in acht moet worden genomen afhankelijk is van de specifieke omstandigheden van het gegeven geval en derhalve van feitelijke aard is.<sup>17</sup> Voor zover de onderdelen tot uitgangspunt nemen dat het beginsel van hoor en wederhoor niet zou gelden indien hierover in de opdracht aan de bindend adviseur niets staat vermeld, berusten zij op een onjuiste rechtsopvatting.<sup>18</sup>

5.25.3. A doet geen beroep op in feitelijke aanleg betrokken stellingen waaruit het Hof had moeten afleiden dat (naar A’s mening) de aan [betrokkene 5] verstrekte opdracht inhield dat hij niet gehouden was om zowel de visie van A als die van [betrokkene 3] te vragen op voor zijn bevindingen essentiële punten. Zonder nadere toelichting – die evenwel ontbreekt – ligt allerminst voor de hand dat de opdracht aldus luidde (of zelfs maar dat [betrokkene 5] dat zo heeft mogen begrijpen).

5.26.1. De onderdelen 2.9 en 2.10 verwijten het Hof dat het in rov. 4.6 op onjuiste, althans onbegrijpelijke, gronden heeft geoordeeld alsof de Stichting zou hebben gevorderd het bindend advies van [betrokkene 5] buiten beschouwing te laten.

5.26.2. Kennelijk richt het onderdeel zich tegen de laatste zin van rov. 4.6 waarin het Hof overwoog dat advies, zoals gevorderd, buiten beschouwing te laten. Deze (zelfstandige/reconventionele) vordering zou de Stichting

17. Vgl. HR 20 mei 2005, RvdW 2005, 76 rov. 3.8.

18. Vgl. A-G Wesseling-van Gent voor HR 20 mei 2005, RvdW 2005, 76 onder 2.37–2.41.



blijkens het petitum in hoger beroep niet hebben ingesteld. Daarom heeft het Hof ten onrechte, althans op onbegrijpelijke gronden, grief V geslaagd geacht, zo betogen de onderdelen.

5.27. Rov. 4.6 en 4.7 haken in op de – het kan de steller van het onderdeel worden toegegeven – weinig gelukkig geformuleerde uiteenzetting in de mvg. Daarin wordt immers een en andermaal gerept van “onverbindendheid”. Het Hof heeft dat klaarblijkelijk gelezen als een beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid. De mvg biedt daarvoor ook wel enige steun; zie – andermaal weinig zuiver geformuleerd – onder 19 tweede alinea, 20 en 21. Deze lezing is voorbehouden aan het Hof als feitenrechter; zij wordt in cassatie (dan ook) niet bestreden.

5.28. Bij deze stand van zaken missen de klachten feitelijke grondslag.

5.29. Onderdeel 2.11 betoogt dat het Hof in rov. 4.7 ten onrechte heeft geoordeeld dat het gestelde onzorgvuldig handelen van de Stichting niet op het bindend advies van [betrokkene 5] gebaseerd kan worden. Volgens het onderdeel komt aan het rapport komt ten minste vrije bewijskracht toe, aangezien het rapport met instemming en medeweten namens de Stichting is opgemaakt en becommentarieerd. Bovendien heeft het rapport te gelden als een niet betwiste partij-verklaring van de Stichting, aldus het onderdeel.

5.30.1. Dat het rapport na het uittrengen ervan is becommentarieerd, doet in dit verband uiteraard niet ter zake.

5.30.2. Voor zover het onderdeel bedoelt te zeggen dat de Stichting de onvolkomenheid dat niet om de visie van [betrokkene 3] is gevraagd, heeft aanvaard, voldoet het niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. omdat niet wordt onthuld waar een dergelijke – onaannemelijke – stelling zou zijn betrokken.

5.30.3. Waarom van een niet betwiste partij-verklaring sprake zou zijn, vermag ik niet in te zien.

5.31. De klacht dat het rapport in elk geval niet ten volle van tafel had mogen worden geveegd, faalt reeds omdat zij voortbouwt op de hiervoor gesignaleerde ondeugdelijke uitgangspunten.

5.32.1. Zij faalt ook omdat het Hof aanzien van de pre-operatieve fase tot hetzelfde oordeel is gekomen als [betrokkene 5]; zie onder 5.13.

5.32.2. Met betrekking tot de post-operatieve handelwijze van [betrokkene 3] ligt dat anders, waarbij aantekening verdient dat het Hof veronderstellenderwijs van dezelfde feiten is uitgegaan als deze deskundige (zie onder 5.14). Het Hof heeft deze evenwel anders geoordeeld. De “bewijskracht” waarvan het onderdeel spreekt, ziet evenwel klaarblijkelijk niet op deze waardering maar op het al dan niet vaststaan van de daaraan ten grondslag liggende feiten. In dat opzicht zit er evenwel slechts een irrelevant verschil tussen de bevindingen van [betrokkene 5] en die van het Hof: de eerste is zonder meer uitgegaan van bepaalde uitlatingen van [betrokkene 3], het Hof “slechts” veronderstellenderwijs.

#### *Behandeling van het derde middel*

5.33. Het derde middel is het piéce de résistance van het cassatieberoep. Het richt zich tegen rov. 4.9–4.11, waarin wordt overwogen:

“4.9. Thans moet worden beoordeeld of de schade van A (zie 4.2.11.) is veroorzaakt door voormelde toerekenbare tekortkoming. De verplichting van de arts de patiënt voorafgaande aan een medische behandeling te informeren over de eventuele risico’s van de voorgestelde behandeling, strekt immers niet ertoe de patiënt tegen deze risico’s te beschermen doch om de patiënt in te staan te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de behandeling zal geven. Ingeval bedoelde risico’s zich vervolgens verwezenlijken, dient de patiënt te stellen en te bewijzen dat hij indien hij voldoende was ingelicht, als redelijk handelende patiënt en/of om redenen van persoonlijke aard niet voor deze behandeling zou hebben gekozen (HR 23 november 2001, NJ 2002/386 en 387). Daarnaast dient vast te staan, dat er causaal verband bestaat tussen de vanwege het ziekenhuis uitgevoerde, door A naar hij stelt bij een juiste voorlichting door hem afgewezen, operatie zelf en de klachten die de grondslag vormen van de door A gevorderde schadevergoeding. Indien komt vast te staan dat de klachten niet het gevolg zijn van deze operatie, kan de vordering in ieder geval niet op die grond worden toegewezen en behoeft niet nader onderzocht of A, indien goed geïnformeerd, de operatie zou hebben geweigerd.

4.10. Ter beantwoording van de vraag of er, kort gezegd, causaal verband bestaat tussen de

uitgevoerde ingreep en de huidige klachten/toestand van A is door de rechtbank bij vonnis van 30 augustus 2001 prof. Avezaat als deskundige benoemd. Deze schrijft in zijn rapport (p. 9):

“Ten slotte moet in het kader van de vraagstelling de vraag nog beantwoord worden of de huidige situatie kan worden verklaard door de operatie aan de halswervelkolom. Ook deze vraag moet ontkennend worden beantwoord. Er zijn geen aanwijzingen, dat de operatie niet volgens de regelen der kunst is uitgevoerd. Volgens het operatieverslag hebben zich geen bijzonderheden voorgedaan. Het recidiveren van de klachten en de uitbreiding van het klachtenpatroon hebben zich, na een min of meer klachtenvrij interval, later voorgedaan. Een operatie van pijnklachten heeft niet voor 100% van de gevallen een gunstig resultaat. Bij een hernia van de lage rug is het succespercentage in grote series gemiddeld ruim 85%. Het uitblijven van succes van de onderhavige operatie zou hoogstens kunnen hebben geleid tot het uitblijven van een effect op de klachten van betrokkene. Een verergering van de klachten, zeker in de mate waarin deze zich bij patiënt heeft voorgedaan, kan niet aan de operatie worden toegeschreven. Het röntgenonderzoek dat na de operatie is verricht laat een uitgesproken goed resultaat zien van de decompressie van de wortel. De klachten kunnen uit deze foto's niet worden verklaard.”

Het hof neemt deze conclusie van de deskundige over en maakt die tot de zijne. Ten overvloede voegt het hof toe dat deze conclusie van prof. Avezaat overeenstemt met de resultaten van het onderzoek zoals dat na de operatie bij A door neuroloog [betrokkene 2] en neurochirurg [betrokkene 4] is verricht (zie 4.2.8. t/m 4.2.10.).

4.11. Dit betekent dat niet is komen vast te staan dat de klachten van A hun oorzaak vinden in de door [betrokkene 3] op 28 mei 1993 uitgevoerde operatie zelf. Derhalve leidt het feit dat [betrokkene 3] voorafgaande aan de operatie A niet dan wel onvoldoende heeft geïnformeerd niet tot een verplichting tot vergoeding van de door A gestelde schade. De schade van A is immers niet door de operatie ontstaan zodat het niet geven van informatie irrelevant is. Om die reden behoeft thans niet meer te worden beoordeeld of A, ingeval hij volledig zou zijn geïnformeerd, van de operatie zou hebben afgezien.”

5.34. Het middel behelst een reeks klachten, waarvan de meeste zich richten tegen met zoveel woorden aangeduide afzonderlijke volzinnen van rov. 4.9. Dat is in zoverre begrijpelijk dat rov. 4.9 inderdaad de juridische kern van 's Hofs gedachtegang vormt. Aan het begin van het middel is te lezen dat “het navolgende” “in onderling verband en samenhang dient te worden gelezen en beschouwd”.

5.35.1. Ik heb mij de vraag gesteld of het middel, in zijn geheel gelezen, de volgende klacht postuleert: ten onrechte heeft het Hof beslissend geacht dat geen casuaal verband (kenmerk: een *condicio sine qua non*-verband) bestaat tussen de operatie en A's klachten. Aansprakelijkheid kan immers mede bestaan wanneer A, indien op de juiste wijze geïnformeerd omtrent de noodzaak van en de risico's verbonden aan de operatie, zoals deze heeft plaatsgevonden, er als redelijk handelend patiënt, of om persoonlijke redenen, voor zou hebben gekozen om zich niet te laten opereren. In dat laatste geval zouden de huidige klachten immers niet zijn ontstaan. In elk geval heeft het Hof niets vastgesteld waaruit valt af te leiden dat de klachten waaraan A thans lijdt ook, de operatie weggedacht, zouden zijn opgetreden.

5.35.2. In de stellingen van A ligt voldoende besloten<sup>19</sup> – en daarom zal in elk geval veronderstellenderwijs moeten worden aangenomen – dat en waarom hij zich niet zou hebben laten opereren wanneer hem voorafgaand aan de operatie was meegedeeld dat er een reële kans bestond dat de klachten ook zonder medische ingreep zouden verdwijnen en dat een operatieve ingreep op dat moment niet aanstonds voor de hand lag, ook al niet omdat een “meer conservatieve behandeling” toen de voorkeur verdiende. Zulks mede tegen de achtergrond van de omstandigheid dat a) zijn klachten geenszins ernstig (in elk geval zeer wel dragelijk) waren en b) aan de operatie risico's waren verbonden.

5.36. Ik wil niet verhelelen dat de onder 5.35 samengevatte klacht niet met zoveel woorden in de klachtenwolk valt te lezen. Dat wordt nog versterkt door de omstandigheid dat het middel een en andermaal de invalshoek van de toerekening van art. 6:98 BW kiest, terwijl het Hof

19. Zie ook de uitvoerige en gedocumenteerde s.t. van mr Garretsen onder 4.1 met nadere vindplaatsen.

niet daarop maar op het *condicio sine qua non*-verband het oog heeft. Het komt mij evenwel voor dat – ook voor de Stichting<sup>20</sup> – voldoende duidelijk is wat de steller van het middel tot uitdrukking probeert te brengen.<sup>21</sup> Voor een (al te) letterlijke lezing leent deze zaak zich ook minder goed nu het Hof – in cassatie niet bestreden – heeft vastgesteld dat A voorafgaand aan de operatie in elk geval onvoldoende is voorgelicht, terwijl m.i. boven redelijke verheven is dat, zonder de operatie, de onderhavige klachten zich niet zouden hebben ontwikkeld. In elk geval heeft het Hof niets vastgesteld waaruit valt af te leiden dat de klachten hoe dan ook zouden zijn opgetreden.

5.37.1. De onder 5.35 weergegeven kernklacht slaagt. Als de (meer dan theoretische) mogelijkheid bestaat dat de klachten niet zouden zijn opgetreden zonder de operatie, die achterwege was gebleven wanneer A deze niet had gewild wanneer hij behoorlijk was voorgelicht, dan spreekt voor zich dat de Stichting aansprakelijk kan zijn.

5.37.2. Of aansprakelijkheid daadwerkelijk bestaat, hangt in essentie af van de vraag welke keuze A, als redelijk handelend patiënt of om persoonlijke redenen, zou hebben gemaakt bij behoorlijke voorlichting voorafgaand aan de operatie. In dat verband spelen onder meer de volgende factoren een rol: de grootte van de kans op verwezenlijking van de inmiddels opgetreden complicatie; hoe de situatie zich zou hebben ontwikkeld wanneer van behandeling zou zijn afgezien; de vraag of minder risicovolle behandelmethoden in aanmerking kwamen en de kans op succes daarvan.<sup>22</sup> Factoren die (in elk geval ten dele) ook door het middel aan de orde worden gesteld.<sup>23</sup>

5.38. Het middel bevat nog enkele aanvullende klachten waarop nog afzonderlijk moet worden ingegaan.

5.39. Onderdeel 3.2 verwijt het Hof te hebben miskend dat de informatieplicht van de arts er mede toe strekt de patiënt tegen risico's van de behandeling te beschermen, omdat de patiënt dan beter in staat zal zijn om te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de behandeling zal geven. Nu A door [betrokkene 3] onvoldoende is geïnformeerd, had de Stichting gemotiveerd moeten stellen en zo nodig bewijzen dat A daardoor geen nadeel heeft ondervonden, zo voegt onderdeel 3.3 toe.

5.40. Deze klachten stuiten af op de eerdere "informed consent" arresten<sup>24</sup> waarin Uw Raad in andere zin heeft beslist. Arresten waarop het Hof zich terecht heeft beroepen.

5.41. Deze arresten hebben geen onverdeeld gunstig onthaal gekregen.<sup>25</sup>

5.42. Ik veroorloof mij nog een korte rechtsvergelijkende excursie.

5.43. In Anglo-saxische wereld kan steun worden gevonden voor de door de hier besproken klachten bepleite benadering. In navolging van het Australische High Court<sup>26</sup> is deze weg bewandeld door de Engelse House of Lords in *Chester v. Afshar*.<sup>27</sup> Het betrof een operatie die was uitgevoerd naar de regels der kunst, maar zonder informed consent.<sup>28</sup> Lord Hope of Craighead kan in zijn majority opinion slechts komen tot vaststelling van causaal verband tussen schending van de informatieplicht en de schade door een beroep op policy grounds:<sup>29</sup> "86. I start with the proposition that the law which imposed the duty to warn on the doctor

20. Ik heb er uiteraard goede nota van genomen dat de klachten in de s.t. van mrs Meijer en Tjon-En-Fa – volstrekt begrijpelijk nu zij optreden voor de Stichting – eng worden geïnterpreteerd. Hun lezing is zeker (goed) mogelijk, maar niet dwingend; zij gaan – allicht om dezelfde reden – evenmin in op de be-gintournure van de klacht(en) waarin wordt aangegeven dat ze in onderlinge samenhang moeten worden gelezen.

21. Vgl. ook s.t. van mr Garretsen blz. 25 onder o en blz. 26 onder r.

22. HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 rov. 3.5.6 en NJ 2002, 387 JBMV rov. 3.5.5.

23. Vgl. nog Vranken onder HR 23 november 2001, NJ

2002, 387 sub 13.

24. HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387 JBMV.

25. Kritisch bijvoorbeeld: S. Slabbers, TvG 3/2002 blz. 203/4; D.T.G.J. Kaandorp, TVP 2002 blz. 24; I. Giesen, in W.R. Kastelein (red.), *Medische aansprakelijkheid* blz. 21 e.v. Positief is A.J. Akkermans, *Causaaliteit*, LSA-bundel 2003 blz. 15/16.

26. *Chappel v. Hart* (1998) 195 CLR 232.

27. House of Lords 14 oktober 2004, Session 2003-04 [2004] UKHL 41 (Lord Bingham of Cornhill en Lord Hoffman dissenting).

28. Complicatie was dat de patiënt had verklaard dat zij, indien ze voldoende was geïnformeerd, mogelijk op een later tijdstip toch voor de gevolgd behandeling zou hebben gekozen.

29. Zie par. 85.

has at its heart the right of the patient to make an informed choice as to whether, and if so when and by whom, to be operated on. (...) The duty is owed as much to the patient who, if warned, would find the decision difficult as to the patient who would find it simple and could give a clear answer to the doctor one way or the other immediately.

87. To leave the patient who would find the decision difficult without a remedy, as the normal approach to causation would indicate, would render the duty useless in the cases where it may be needed most. This would discriminate against those who cannot honestly say that they would have declined the operation once and for all if they had been warned. I would find that result unacceptable. The function of the law is to enable rights to be vindicated and to provide remedies when duties have been breached. Unless this is done the duty is a hollow one, stripped of all practical force and devoid of all content. It will have lost its ability to protect the patient and thus to fulfil the only purpose which brought it into existence. On policy grounds therefore I would hold that the test of causation is satisfied in this case. The injury was intimately involved with the duty to warn. The duty was owed by the doctor who performed the surgery that Miss Chester consented to. It was the product of the very risk that she should have been warned about when she gave her consent. So I would hold that it can be regarded as having been caused, in the legal sense, by the breach of that duty.”<sup>30</sup>

5.54.1. Volgens Von Bar zou omkering van de bewijslast in dit soort zaken de meer gangbare opvatting zijn in Europa:

“Hier ist es heute weithin europäischer Standard, daß der Arzt konkret beweisen muß, daß der Patient auch bei korrekter Aufklärung das Operationsrisiko gelaufen wäre.”<sup>31</sup>

5.54.2. Zijn stelling berust, met alle respect,

30. Aantekening verdient dat het Engelse recht op het stuk van causaal verband op wezenlijke punten verschilt van het onze. Alleen al daarom past voorzichtigheid bij het toekennen van te grote betekenis aan Engelse uitspraken, hoe gezaghebbend en belangwekkend ook. Vgl. de rechtsvergelijkende conclusies van Haazen en mij in J. Spier (red.), *Causation* blz. 127 e.v.
31. Christian von Bar, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht II*, München 1999, blz. 496-7.

evenwel niet op een erg indrukwekkende basis. Hij verwijst – in die volgorde – naar een uitspraak van een rechter in Luik en Bilbao en van de Oostenrijkse en Franse cassatierechter.

5.55. In Duitsland moet de arts (net als in Frankrijk,<sup>32</sup> maar anders dan in Nederland) bewijzen aan zijn informatieplicht te hebben voldaan.<sup>33</sup> Indien een arts heeft geopereerd zonder dat sprake is van informed consent, dan is de patiënt aangetast in zijn zelfbeschikkingsrecht dat onderdeel vormt van het algemeen persoonlijkheidsrecht.

5.56. De aantasting van het zelfbeschikkingsrecht is in Duitsland echter niet voldoende om schadeplichtigheid van de arts aan te nemen.<sup>34</sup> Zij ontstaat eerst indien vaststaat dat (i) de patiënt, indien hij voldoende was ingelicht, niet voor deze behandeling zou hebben gekozen en (ii) de schade niet ook zou zijn ontstaan zonder de gevolgde behandeling.

5.57.1. In de bewijsvoering wordt de patiënt in aanzienlijke mate tegemoetgetreden. Ten aanzien van het eerste punt overwoog het BGH recentelijk:

“Nach der ständigen Rechtsprechung des erkennenden Senats ist in den Fällen, in denen der Patient aus einem Aufklärungsversäumnis des Arztes Ersatzansprüche ableitet, die Behauptungs- und Beweislast auf beide Prozessparteien verteilt. Die Behauptungs- und Beweislast dafür, dass sich der Patient auch bei ordnungsgemäßer Aufklärung zu der tatsächlich durchgeführten Behandlung ent-

32. Cass.Civ.I, 25 februari 1997, D. 1997 I. R. 81: “Celui qui est légalement ou contractuellement tenu d’une obligation particulière d’information doit rapporter la preuve de l’exécution de cette obligation.”
33. In Duitsland geldt het (omstreden) uitgangspunt dat de operatie van een arts in beginsel onrechtmatig is. Informed consent vervult de rol van rechtvaardigingsgrond. Hieruit vloeit voort dat in Duitsland de bewijslast m.b.t. informed consent op de arts rust. Vgl. A. Spickhoff, *Das System der Arzthaftung im reformierten Schuldrecht*, NJW 2001, blz. 2530–2537, i.h.b. blz. 2534.
34. Zie MünchKomm-BGB/Oetker, 2003, par. 249, Rn. 216: “Es ist nicht die Aufgabe des Schadensersatzrechts, das betroffene immaterielle Persönlichkeitsrecht durch Zubilligung von Schadenersatzansprüchen zu schützen. Es besteht kein Anlass, die Ausgleichsfunktion des Schadensersatzrechts beim rechtmäßigen Alternativverhalten zugunsten eines Sanktionsdenkens aufzugeben.”

schlossen hätte, trifft nicht den Patienten, sondern den Arzt. Der Arzt ist jedoch erst dann beweisbelastet, wenn der Patient zur Überzeugung des Trichters plausibel macht, daß er – wären ihm rechtzeitig die Risiken der Behandlung verdeutlicht worden – vor einem echten Entscheidungskonflikt gestanden hätte.”<sup>35</sup>

5.57.2. Slaagt de arts niet in dit bewijs, dan wordt de schade vermoed een gevolg te zijn van de schending van de informatieplicht, behoudens door de arts te leveren bewijs dat de schade ook zou zijn ontstaan zonder de gevolgde behandeling.<sup>36</sup>

5.58. Keren we terug naar Nederland en de onder 5.40 vermelde arresten van Uw Raad. De in de literatuur daarop geuite kritiek snijdt m.i. geen hout. De wel gehoorde stelling dat in dit soort gevallen de omkeringsregel of omkering van de bewijslast steeds de panacee is, spant het paard achter de wagen.

5.59. In de eerste en belangrijkste plaats: deze benadering scheert zonder goede grond alle gevallen over een kam, ongeacht de vraag of (ten minste enigszins) aannemelijk is dat de patiënt toestemming voor de ingreep zou hebben gegeven wanneer hij behoorlijk was voorgelicht. Het zou artsen blootstellen aan uit de lucht gegrepen – en veelal moeilijk te beoordelen – stellingen van patiënten dat zij “natuurlijk” geen toestemming zouden hebben gegeven. Het zou, met redelijke waarschijnlijkheid, de geest uit de

fles doen geraken met alle te verwachten financiële gevolgen vandien. Daarbij valt te bedenken dat de kosten van de gezondheidszorg – en dus ook van aansprakelijkheid – grosso modo door de hele samenleving worden gedragen.<sup>37</sup>

5.60. Een ongenueanceerde benadering als zo-even gewraakt, is ook niet nodig. Ons recht biedt voldoende mogelijkheden voor meer op maat gesneden oplossingen, zoals bewijsvermoedens of op de concrete omstandigheden van het geval geënte omkering van de bewijslast.<sup>38</sup> Er is geen goede grond te veronderstellen dat Uw Raad dergelijke mogelijkheden de pas af heeft willen snijden in de onder 5.40 genoemde arresten. Dat ligt, waar het toepassing van art. 150 Rv. betreft, ook daarom niet voor de hand omdat het gaat om een algemene bepaling.

5.61. De hier voorgestane benadering staat ook niet ver af van de in Duitsland gevolgde, zoals onder 5.57 beschreven.

5.62. Onderdeel 3.7 trekt ten strijde tegen rov. 4.10. Daarin neemt het Hof een in deze rov. geciteerde passage uit het rapport van Prof. Avezaat over waarin ZHG tot de slotsom komt dat er geen causaal verband bestaat tussen de operatie en de klachten waaraan A (thans) lijdt. Het Hof stipt daarbij nog aan dat de bevindingen van Prof. Avezaat worden ondersteund door andere deskundigen.

5.63. Het onderdeel strekt ten betoge dat Prof. Avezaat “slechts een voorlopig of voorwaardelijk oordeel zijnerzijds” heeft gegeven hetgeen het Hof zou hebben miskend.

5.64.1. Mrs Meijer en Tjon-En-Fa wijzen er terecht op (s.t. onder 49) dat de klacht niet aan geeft waar A in feitelijke aanleg een betoog heeft ontwikkeld als in het onderdeel verwoord.

5.64.2. Maar zelfs als juist zou zijn dat op 's Hofs oordeel iets valt af te dingen in het licht van het geciteerde stuk, blijft overeind dat het Hof zich daarop niet, buiten het debat van par-

35. BGH 15 maart 2005, NJW 2005, 1718, rov. II.2.b. Zie ook BGH 1 februari 2005, VI ZR 174/03.

36. Vgl. BGH 15 maart 2005, NJW 2005, 1718, rov. II.3.bb. Het BGH overwoog dat aan de vraag of de schade “auch nach einer [alternativen] Behandlung möglicherweise nicht anders gewesen wäre, ersichtlich die Annahme eines hypothetischen Kausalverlaufs im Falle des rechtmäßigen Alternativverhaltens zu Grunde [liegt], für den die Behandlungsseite beweispflichtig ist. Diese kann zwar geltend machen, der gleiche Gesundheitsschaden wäre auch nach einer [alternativen Behandlung] entstanden, wenn [diese Behandlung] gewählt worden wäre. Nur dann aber, wenn dieser Verlauf feststünde, könnte die Haftung des [Arztes] für die Folgen seiner rechtswidrigen Vorgehensweise verneint werden. Dieses Beweisrisiko geht nämlich zu Lasten des [Arztes], der dementsprechend nicht nur die Möglichkeit eines solchen Verlaufs, sondern auch beweisen müsste, dass derselbe Misserfolg auch nach Wahl einer solchen anderen Behandlungsmethode eingetreten wäre.”

37. In vergelijkbare zin Vranken onder HR 23 november 2001, NJ 2002, 387 onder 11.

38. Andermaal vind ik steun bij Vranken, t.a.p. onder 9. A-G De Vries Lentsch-Kostense had in haar conclusie voor HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 onder 9 “in beginsel” gepleit voor omkering van de bewijslast. Dat gaat mij, als gezegd, wat ver. Wél onderschrijf ik haar opvatting dat hier geen plaats is voor medische en perzische wetten.

tijen om, mocht baseren.<sup>39</sup>

5.65. De klacht loopt trouwens hoe dan ook spaak in 's Hof's aan het slot van rov. 4.10 gegeven en niet bestreden obiter dictum dat zijn oordeel kan dragen.

5.66. Onderdeel 3.8 (3.9 berust op een typefout)<sup>40</sup> komt op tegen rov. 4.11. Daarin heeft het Hof geoordeeld dat de klachten niet hun oorzaak vinden "in de door [betrokkene 3] (...) uitgevoerde operatie zelf".

5.67. Het onderdeel voert aan dat de omstandigheid dat [betrokkene 3] tekort is geschoten in zijn aan de operatie voorafgaande informatieplicht tot aansprakelijkheid van de Stichting leidt. "Met gelet op art. 150 Rv." moet de schade geacht worden in verband te staan met dit onvoldoende informeren.

5.68. De kern van deze klacht heb ik hiervoor besproken. Daarbij gaf ik aan dat art. 150 Rv. in voorkomende gevallen inderdaad een basis kan bieden om de bewijsnood van de patiënt te lenigen. Of daar ook in casu grond voor bestaat, zal na verwijzing moeten worden beoordeeld (als Uw Raad het bestreden arrest ten minste zou vernietigen).

#### *Afdoening van het vierde en vijfde middel*

5.69. Het vierde middel heeft betrekking op de gestelde onheuse bejegening van A door [betrokkene 3] en het causaal verband met A's klachten. Het Hof oordeelde hieromtrent als volgt:

"4.12. In de stellingen van A (in hoger beroep) ligt voorts besloten – en dat is ook door de Stichting zo opgevat (...) – dat hij door [betrokkene 3] na de operatie onheus is bejegend en dat (mede) daardoor de klachten zijn veroorzaakt. Volgens A (...) zou [betrokkene 3] hem kort na de operatie hebben medegedeeld:

'Ik heb de 6e en 7e halswervel flink onder handen genomen. Bloedlink!! Dit heb ik nog nooit op deze manier geopereerd. U moet zich voorstellen er lopen twee grote bloedvaten door het ruggemergkanaal. U had blind kunnen zijn; U heeft verschrikkelijk hard bot, ik heb me toch moeten boren en beitelen!'

En bij een volgend bezoek zou [betrokkene 3] tegen A hebben gezegd: 'U moet in de toekomst erg voorzichtig zijn, want bij het minste of ge-

ringste kunt u uw nek breken!' (...). Door de Stichting wordt betwist dat [betrokkene 3] voormelde uitlatingen heeft gedaan.

4.13. A zou een en ander op grond van artikel 150 Rv moeten bewijzen, maar het hof komt aan een bewijsopdracht niet toe. Want ook ingeval veronderstellenderwijze wordt aangenomen dat [betrokkene 3] voormelde uitlatingen heeft gedaan, zijn dergelijk uitlatingen – al dan niet in verband met de bejegening vóór de operatie – niet onrechtmatig jegens A. Weliswaar zijn dergelijke opmerkingen van een arts jegens zijn patiënt minder tactvol, maar daarmee nog niet onrechtmatig, dat wil zeggen niet in strijd met de zorgvuldigheid die in het maatschappelijk verkeer betaamt.

4.14. Maar zelfs indien het hof met A zou aannemen dat [betrokkene 3] aldus onrechtmatig jegens hem heeft gehandeld en als bovendien zou worden aangenomen dat de gestelde bejegening de schade van A heeft veroorzaakt, is deze schade van een zo uitzonderlijke vorm en staat in een zo ver verwijderd verband met deze bejegening dat deze schade niet daaraan kan worden toegerekend, nu het hier gaat om schending van een zorgvuldigheidsnorm (HR 2 november 1979, NJ 1980/77). Het gaat immers om schade bestaande uit het verlies van een baan, het hebben van niet aflatende pijnen van zodanige aard dat A voor pijnstilling is aangewezen op opiaten, en een zodanig functieverlies dat hij is aangewezen op een elektrische rolstoel. Deze schade ligt zozeer buiten de lijn der normale verwachtingen dat deze niet als een gevolg van de gebeurtenis – de gestelde bejegening vóór en na de operatie – kan worden toegerekend (artikel 6:98 BW).

4.15. Het hof acht het van belang in dit verband te verwijzen naar het rapport van Avezaat, meer in het bijzonder naar p. 15 sub 4 van diens rapport. Nadat prof. Avezaat tot de conclusie is gekomen dat de huidige situatie van A niet is te duiden als een gevolg van de operationele ingreep noch als onderdeel van een natuurlijk verloop, geeft hij aan dat hij mede met het oog op het belang van de betrokkene de behoefte heeft in te gaan op de vraag waardoor de huidige situatie van A dan wel kan worden verklaard. Prof. Avezaat zegt geen afdoende antwoord op die vraag te hebben, maar volgens hem zou er sprake kunnen zijn van een zogenaamd chronisch, benigne pijnsyndroom. Het principe van het mechanisme van een chro-

39. HR 31 maart 2006, NJ 2006, 233.

40. S.t. mr Garretsen blz. 26 onder s.

nisch pijnsyndroom houdt in, zo begrijpt het hof, dat een oorspronkelijk zogenaamde nociceptieve pijn, dat wil zeggen pijn die ontstaat door prikkeling van nociceptoren wanneer sprake is van weefselbeschadiging, onder bepaalde (psychologische) omstandigheden kan overgaan in een chronische pijnvorm, die een probleem op zichzelf gaat vormen. Dit doet, aldus Avezaat, geen afbreuk aan het werkelijkheidsgehalte van de pijnbeleving. Prof. Avezaat doet A daarop de behandelingssuggestie een streep te zetten onder het verleden en te kiezen voor een nieuwe aanpak. Deze dient volgens prof. Avezaat in te houden dat eerst door lichamen neurologisch onderzoek objectieveerbare neurologische aandoeningen worden uitgesloten en dat vervolgens gekozen wordt voor een multidisciplinaire aanpak in het kader waarvan een beroep zou kunnen worden gedaan op disciplines als psychologie, eventueel psychiatrie, verschillende vormen van fysiotherapie en revalidatie.”

5.70. Onderdeel 4.1 bevat geen klacht; het volstaat ermee aan te geven dat rov. 4.12–4.16 onder vuur worden genomen.

5.71. Zoals blijkt uit de onder 5.69 geciteerde rov. gaat het Hof voor twee ankers liggen. Daarbij gaat het er veronderstellenderwijs vanuit dat [betrokkene 3] de gewraakte uitlatingen zou hebben gedaan. Ook in cassatie zal van die veronderstelling moeten worden uitgegaan.

5.72. 's Hofs oordeel komt erop neer dat 1) [betrokkene 3]s uitlatingen niet onrechtmatig zijn en 2) hoe dan ook niet voor toerekening op de voet van art. 6:98 BW in aanmerking komen. Het middel kan slechts slagen als beide oordelen met vrucht worden bestreden.

5.73. De door het middel vertolkte klachten zijn tamelijk duister; de s.t. van mr Garretsen biedt geen verduidelijking.

5.74. Naar ik begrijp, probeert onderdeel 4.3 een klacht te vertolken die op het volgende neerkomt:

a. het Hof miskent dat [betrokkene 3]s opmerkingen mede condicio qua non zijn van de schade;

b. de schade staat niet in zo ver verwijderd verband met “deze bejegening” want zij maakt deel uit van de toerekening;

c. de schade ligt in de lijn der verwachtingen gelet op de ontbrekende operatie-noodzaak en de aan de operatie verbonden risico's.

5.75. De onder 5.74 sub a verwoorde klacht

ontbeert feitelijke grondslag. Het Hof is er met zoveel woorden (veronderstellenderwijs) vanuit gegaan dat sprake is van een condicio sine qua non-verband; zie rov. 4.14 eerste volzin. Naar zijn oordeel kan de schade evenwel niet aan de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust worden toegerekend. Het gaat bij dat laatste om de omvang van de toerekening (als bedoeld in art. 6:98 BW), als de condicio sine qua non-hobbel eenmaal is genomen.

5.76. De onder 5.74 sub b genoemde mededeling is mij niet duidelijk. Zij voldoet niet aan de aan een middel te stellen eisen en kan daarom niet als klacht worden aangemerkt.

5.77. De onder 5.74 sub c kort weergegeven klacht faalt omdat a) niet wordt aangegeven waar een dergelijk betoog in de gedingstukken in feitelijke aanleg steun zou vinden en b) het gestelde op zijn minst onaannemelijk is. Zowel de medische rapportages die zich in het dossier bevinden<sup>41</sup> als ervaringsregels leren dat dit soort operaties (gelukkig maar) niet leiden tot kwalen als die waaraan A lijdt. Van een normaal te verwachten gevolg is dan ook geen sprake.

5.78. Een klacht inhoudend dat in een geval als het onderhavige ook (ver) buiten het normale verwachtingspatroon liggende schade op de voet van art. 6:98 BW kan worden toegerekend, kan met geen mogelijkheid in het middel worden gelezen. Daarop ga ik dan ook niet in.

5.79. Nu één van de twee dragende poten van 's Hofs redenering stand houdt, missen de overige klachten belang. De vraag of [betrokkene 3]s uitlatingen – waarvan veronderstellenderwijs moet worden uitgegaan – onrechtmatig zijn en of de klacht van onderdeel 4.2 waarin deze kwestie op vrij verrassende wijze wordt aangeroerd zou kunnen slagen, behoeft daarmee geen bespreking meer.

5.80. Volgens middel V brengt gegrondbevinding van één of meer klachten mee “dat 's hofs arrest anders moet worden ingericht en beschouwd”. Mrs Meijer en Tjon-En-Fa noemen deze klacht hoffelijk een “bezemklacht” (s.t. blz. 16 onder G). Ik kan er slot noch goede zin aan toekennen.

41. Zie bijvoorbeeld onder 2.16.

*Conclusie*

Deze conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest.

**Hoge Raad***1. Het geding in feitelijke instanties*

Eiser tot cassatie – verder te noemen: A – heeft bij exploit van 1 april 1997 verweerster in cassatie – verder te noemen: de Stichting – gedagvaard voor de rechtbank te Maastricht en gevorderd bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad, voor zover de wet zulks toelaat, ook ten aanzien van de proceskosten:

1. te verklaren voor recht dat de Stichting aansprakelijk is voor de gevolgen van de op hem op 28 mei 1993 uitgevoerde operatie;
2. de Stichting deswege te veroordelen om aan A te voldoen alle geleden en nog te lijden schade, subsidiair een in goede justitie te bepalen percentage hiervan, naar aanleiding van vernoemde onjuiste operatie, die schade op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, met de wettelijke rente over alle uit te keren bedragen vanaf 1 mei 1995 tot aan de dag der algehele voldoening, met veroordeling van de Stichting in de kosten van dit geding.

De Stichting heeft de vorderingen bestreden.

De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 25 maart 1999 de zaak naar de rol verwezen om partijen in de gelegenheid te stellen zich bij akte uit te laten omtrent een voorgenomen deskundigenonderzoek en bij tussenvonnis van 2 november 2000 een verhoor van een deskundige bevelen, een deskundige benoemd en vier vragen geformuleerd. Vervolgens heeft de rechtbank bij tussenvonnis van 3 mei 2001 wederom de zaak naar de rol verwezen teneinde partijen in de gelegenheid te stellen zich bij akte uit te laten over de identiteit van de te benoemen deskundige op het vakgebied van de neurochirurgie en bij tussenvonnis van 30 augustus 2001 een nieuwe deskundige benoemd en vier vragen geformuleerd. Na deskundigenbericht heeft de rechtbank bij eindvonnis van 27 augustus 2003 de gevorderde verklaring voor recht uitgesproken en de Stichting veroordeeld tot vergoeding van alle geleden en nog te lijden schade, haar in de proceskosten veroordeeld en dit vonnis met betrekking tot de schadestaat en de kostenveroordeling uitvoerbaar bij voorraad verklaard.

Tegen de vijf gewezen vonnissen heeft de Stichting bij het gerechtshof te 's-Hertogenbosch hoger beroep ingesteld.

ting bij het gerechtshof te 's-Hertogenbosch hoger beroep ingesteld.

Bij arrest van 17 mei 2005 heeft het hof:

- de Stichting niet-ontvankelijk verklaard in het hoger beroep tegen de vonnissen van 3 mei 2001 en 30 augustus 2001;
- het vonnis van 25 maart 1999 bekrachtigd met uitzondering van een tweetal door de rechtbank onder 2 vastgestelde feiten, waarover in de grieven I en II terecht is geklaagd;
- het vonnis van 2 november 2000 vernietigd, voor zover daarin het beroep van de Stichting op schending van het beginsel van hoor en wederhoor is verworpen;
- het vonnis van 27 augustus 2003 vernietigd en, opnieuw rechtdoende, de vordering van A afgewezen, en
- A veroordeeld in de proceskosten van de eerste aanleg en het hoger beroep.  
(...; red.)

*2. Het geding in cassatie*

(...; red.)

*3. Beoordeling van de middelen*

3.1. In cassatie kan worden uitgegaan van hetgeen is vermeld in rov. 4.2.1–4.2.12 van het bestreden arrest. Samengevat gaat het om het volgende.

i. In januari 1993 heeft A zich tot zijn huisarts gewend met klachten aan zijn nek en rechterarm. In april 1993 heeft hij zich opnieuw tot zijn huisarts gewend omdat de klachten in de rechteronderarm aanhielden, heviger werden en zich inmiddels ook pijn had ontwikkeld aan rechterhand en -vingers, gepaard gaande met tintelingen. Nadat de huisarts röntgenfoto's had laten maken is A naar de neuroloog verwezen.

ii. A werd voor onderzoek opgenomen in het Maaslandziekenhuis te Geleen op de afdeling van de neuroloog [betrokkene 1], wegens plaatsgebrek op de afdeling van [betrokkene 2], A's neuroloog. Op 12 mei 1993 werd A door [betrokkene 1] onderzocht; [betrokkene 1] deelde A op 14 mei 1993 mee dat sprake was van artrose. Er werd een afspraak gemaakt voor een consult bij de neurochirurg [betrokkene 3].

iii. [Betrokkene 3] deelde bij dat consult op 17 mei 1993 aan A mee dat hij een zuivere nek-hernia had die goed te opereren was en dat A voor de operatie nog uitgebreid daarover zou worden geïnformeerd.



iv. Op 27 mei 1993 is A voor de operatie opgenomen in het De Wever Ziekenhuis te Heerlen en op 28 mei 1993 is de operatie door [betrokkene 3] uitgevoerd.

v. Op 17 juni 1993 berichtte [betrokkene 3] de huisarts van A over de uitgevoerde operatie: “Patiënt werd op 28.05.1993 geopereerd. Op klassieke wijze wordt een disectomie verricht op het niveau C6&C7 en vervolgens een partiële corporectomie aan de achterzijde van C6 en C7. Het postoperatieve verloop was rustig. Patiënt was klachtenvrij. Het herstel verliep vlot. Klassiek is wat ook bij deze man voorkomt dat enkele dagen na de operatie hij toch een terugval had. Al met al is hij in goede conditie ontslagen. (04.06.93) Wij zien hem ter zijner tijd ter controle.”

vi. Enige tijd na de operatie heeft A toch weer pijn gekregen aan zijn nek en rechterarm. De huisarts schreef op 16 juni 1993 een halskraag voor tegen de pijn en [betrokkene 3] schreef op 15 juli 1993 een recept tegen de pijn voor.

vii. In de periode september–december 1993 heeft A in verband met genoemde postoperatieve klachten [betrokkene 3] en [betrokkene 2] geconsulteerd, waarvan [betrokkene 2] verslag heeft gedaan aan A's huisarts. [Betrokkene 2] schreef onder meer dat sprake was van “cervicobrachialgie rechts zonder duidelijke oorzaak” en dat hij “nog geen duidelijke diagnose kan stellen”.

viii. Op 18 januari 1994 is A op verzoek van zijn huisarts onderzocht door [betrokkene 4], neurochirurg in het AZM. [Betrokkene 4] schreef op 24 januari 1994 aan A's huisarts:

“Ik denk dat een hernieuwde ingreep weinig verbetering brengt. Sommige klachten zijn terug te voeren tot de wortel C7 maar de andere klachten wijzen meer op spondylarthrosis. De wortel is door de operatie vrijgelegd maar helaas is hierop geen duidelijke verbetering opgetreden. Ik denk niet dat een hernieuwde ingreep de zo gewenste verbetering wel zal brengen. (...) Patiënt wijt ook veel klachten aan wat moeilijke werkomstandigheden. Ongetwijfeld zal ook een rol spelen, het feit dat hij thuis met 2 gehandicapte kinderen zit. Al met al denk ik dat patiënt toch wat last zal blijven houden m.a.w. dat er ook een acceptatie zal moeten plaatsvinden. 1 jaar na de operatie is meestal een eindtoestand bereikt. Het kan daarbij nog wel wat verbeteren maar indrukwekkende veranderingen verwacht ik niet.”

ix. Op 20 juni 1994 werden op verzoek van [betrokkene 4] door de afdeling Radiodiagnostiek van AZM van A standaardopnamen van de cervicale wervelkolom gemaakt, aangevuld met opnamen na toediening van gadolinium. In het verslag van de radiologen is onder conclusie vermeld:

“Normaal post-operatief beeld met hernia operatie op niveau C 6–7. Geen aanwijzingen voor compressie van het myelum dan wel uitgetreden wortels.”

x. In een brief van 1 juli 1994 schreef [betrokkene 4] na een gesprek met A aan de huisarts:

“Op 28 juni 1994 zag ik op de neurochirurgische polikliniek, uw patiënt A. (...) Zoals u weet is onlangs bij patiënt een MRI onderzoek gedaan in verband met zijn nek en armproblematiek. Dit laat de bekende versmalling zien op het niveau C6–C7, wat terug te voeren is op de doorgemaakte operatie. Myelumcompressie wordt niet gevonden. De wortels treden vrij uit. Gezien de bevinding heeft een neurochirurgische ingreep geen zin. Ik heb dit patiënt verteld. Patiënt zelf zit met het feit dat hij toch de indruk heeft dat hij achteruit gaat. Ik heb hem geadviseerd dan toch contact op te nemen met de neuroloog voor verdere neurologische controle. Op dit moment heb ik voor de eventuele achteruitgang geen duidelijke neurochirurgische verklaring.”

xi. Bij A heeft zich na de operatie in 1993 een scala aan klachten ontwikkeld, ten gevolge waarvan A zijn baan is kwijtgeraakt; hij heeft niet aflatende pijnen van zodanige aard dat hij voor pijnstilling is aangewezen op opiaten; sprake is van een zodanig functieverlies dat hij inmiddels is aangewezen op een elektrische rolstoel.

3.2. De rechtbank heeft de hiervoor in 1 vermelde vorderingen van A toegewezen, maar het hof heeft die vorderingen alsnog afgewezen.

3.3. Het hof heeft – in cassatie niet bestreden – in rov. 4.8 geoordeeld dat in hoger beroep ervan moet worden uitgegaan dat A voorafgaand aan de operatie niet althans onvoldoende door [betrokkene 3] is geïnformeerd, waarmee vaststaat dat [betrokkene 3] jegens A toerekenbaar is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verplichting A te informeren, en dat de Stichting voor de dientengevolge geleden schade aansprakelijk is. Het hof heeft vervolgens in rov. 4.9 beoordeeld of de schade van A is veroorzaakt door die toerekenbare tekortkoming.

's Hofs overwegingen dienaangaande in rov. 4.9–4.11 houden het volgende in.

a. Het hof heeft, verwijzende naar de arresten van de Hoge Raad van 23 november 2001, nrs C99/259 en C00/069, NJ 2002, 386 en 387, overwogen dat de verplichting van de arts de patiënt voorafgaande aan een medische behandeling te informeren over de eventuele risico's van de voorgestelde behandeling niet ertoe strekt de patiënt tegen deze risico's te beschermen doch om de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de behandeling zal geven; ingeval de bedoelde risico's zich vervolgens verwezenlijken, dient de patiënt te stellen en te bewijzen dat hij, indien hij voldoende was ingelicht, als redelijk handelende patiënt en/of om redenen van persoonlijke aard niet voor deze behandeling zou hebben gekozen.

b. Voorts overwoog het hof

“Daarnaast dient vast te staan, dat er causaal verband bestaat tussen de vanwege het ziekenhuis uitgevoerde, door A naar hij stelt bij een juiste voorlichting door hem afgewezen, operatie zelf en de klachten die de grondslag vormen van de door A gevorderde schadevergoeding. Indien komt vast te staan dat de klachten niet het gevolg zijn van de operatie, kan de vordering in ieder geval niet op die grond worden toegewezen en behoeft niet nader onderzocht of A, indien goed geïnformeerd, de operatie zou hebben geweigerd.”

c. Het hof heeft vervolgens (in rov. 4.10) met overneming van de conclusie van de door de rechtbank benoemde deskundige prof. Avezaat de vraag of de huidige situatie kan worden verklaard door de operatie aan de halswervelkolom ontkenkend beantwoord. Uit het deskundigenrapport, waarin is gesteld dat er geen aanwijzingen zijn dat de operatie niet volgens de regels der kunst is uitgevoerd, haalde het hof onder meer het volgende aan:

“Het uitblijven van succes van de onderhavige operatie zou hoogstens kunnen hebben geleid tot het uitblijven van een effect op de klachten van betrokkene. Een verergering van de klachten, zeker in de mate waarin deze zij bij patiënt heeft voorgedaan, kan niet aan de operatie worden toegeschreven. Het röntgenonderzoek dat na de operatie is verricht laat een uitgesproken goed resultaat zien van de decompressie van de wortel. De klachten kunnen uit deze foto's niet worden verklaard.”

d. Het hof voegde hieraan ten overvloede toe dat deze conclusie van prof. Avezaat overeenstemt met de resultaten van het onderzoek zoals dat na de operatie bij A door neuroloog [betrokkene 2] en neurochirurg [betrokkene 4] is verricht.

e. Hieruit heeft het hof afgeleid (in rov. 4.11) dat niet is komen vast te staan dat de klachten van A hun oorzaak vinden in de operatie zelf, zodat het feit dat A voorafgaande aan de operatie niet dan wel onvoldoende is geïnformeerd niet leidt tot een verplichting tot vergoeding van de door A gestelde schade. De schade is immers niet door de operatie ontstaan zodat het niet geven van de informatie irrelevant is en niet meer behoeft te worden beoordeeld of A, ingeval hij volledig zou zijn geïnformeerd, van de operatie zou hebben afgezien.

3.4.1. Middel III komt met rechts- en motiveringsklachten op tegen de hiervoor samengevatte oordelen van het hof in rov. 4.9–4.11.

3.4.2. De onderdelen 3.2 en 3.3 (onderdeel 3.1 bevat slechts een inleiding) zijn gebaseerd op een andere rechtsopvatting dan in de door het hof genoemde arresten van de Hoge Raad van 23 november 2001 als juist is aanvaard. De onderdelen falen daarom.

3.4.3. Onderdeel 3.4 keert zich tegen het hiervoor in 3.3 onder b weergegeven oordeel van het hof. Volgens het onderdeel heeft het hof miskend “dat elke operatie als zodanig een (beroeps-)risico in zich houdt zodat in en met een feitelijk uitgevoerde operatie dat (beroeps-)risico als zodanig reeds is gegeven indien zich na het uitvoeren van die operatie klachten voordoen die zich voordat de operatie werd uitgevoerd niet of niet in die omvang of verschijningsvorm voordeden, en dat in die of zodanige situatie alleen nog aan de orde is (of: kan zijn) de toerekening van alle of alleen bepaalde gevolgen, en zulks weer vanuit deze specifieke (medische) achtergrond bezien of deze gevolgen in algemene zin dan wel alleen specifieke gevolgen redelijkerwijs of logisch zijn te verwachten gelet op de beschikbare en ook hier aanwezige medische voorkennis en informatie”. Deze klacht is volgens het onderdeel nader uitgewerkt en toegelicht door vermelding in 3.4.1–3.4.5 van een aantal uitgangspunten van feitelijke aard.

3.4.4. Voorzover deze klacht voortbouwt op de onderdelen 3.2 en 3.3 stuit zij af op hetgeen hiervoor in 3.4.2 is overwogen.

Voorzover bedoeld wordt te betogen dat alle klachten die zich na een operatie voordoen en die zich vóór de operatie niet of niet in dezelfde mate voordeden, ongeacht of de postoperatieve klachten in causaal verband (in de zin van sine qua non verband) staan tot de uitgevoerde operatie, moeten worden toegerekend aan de behandelend arts die verzuimd heeft de patiënt voldoende over de operatie te informeren, berust de klacht op een onjuiste rechtsopvatting. Voor het overige miskent de klacht dat het hof, zoals hiervoor in 3.3 onder c en d is vermeld, heeft geoordeeld dat de huidige klachten niet aan de – volgens de regelen der kunst uitgevoerde – operatie kunnen worden toegeschreven en dat het uitblijven van succes van de onderhavige operatie hoogstens zou hebben kunnen leiden tot het uitblijven van een effect op de klachten van betrokkene, maar niet tot een verergering van de klachten zoals deze zich bij A heeft voorgedaan. De vermelde uitgangspunten van feitelijke aard maken het voorgaande niet anders.

3.5. De in de overige onderdelen van middel III en de in de middelen I, II, IV en V aangevoerde klachten kunnen niet tot cassatie leiden. Zulks behoeft, gezien artikel 81 RO, geen nadere motivering nu de klachten niet nopen tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling.

#### 4. Beslissing

De Hoge Raad:  
verwerpt het beroep;  
veroordeelt A in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van de Stichting begroot op € 362,34 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris.

#### NOOT

##### 1. Inleiding

Twee jaar na de operatie van deze patiënt, in 1995, werd aan Boek 7 van het BW de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling toegevoegd. In de art. 7:452 en 7:450 werden respectievelijk de informatieplicht van de hulpverlener en het toestemmingsvereiste van de patiënt gecodificeerd. In de Angelsaksische literatuur zijn deze twee zaken samengebonden in de term *informed consent*. De fundering ervan is primair ethisch: het respecteren en realise-

ren van de autonomie van de patiënt. De praktische juridische uitwerking in de medische aansprakelijkheid is echter problematisch en heeft zowel vanuit het juridische als het medische kamp tot sceptische commentaren geleid.<sup>42</sup>

Aangezien letselschadeadvocaten hun vordering op meerdere gronden willen baseren, wordt in toenemende mate bij medische aansprakelijkheid de hulpverlener niet alleen schending van diens zorgplicht maar ook tekortschieten wat betreft de informatieplicht jegens de patiënt verweten. Dit arrest van de HR – en zeker ook de gehanteerde argumentatie in de voorafgaande uitspraken van rechtbank en hof – biedt de gelegenheid stil te staan bij verschillende vraagstukken rond dit speciale onderdeel van de medische aansprakelijkheid. Na bespreking van het procesverloop zal ik deze casus plaatsen in de bredere context van problematiek rond *informed consent*: de praktijk van informatieoverdracht, de begrenzing van de rechtsplicht en het vraagstuk van de causale relatie.

##### 2. Procesverloop

Nadat de procedure in 1997 van start ging, werden eerst diverse tussenvonnissen gewezen en deed de rechtbank in 2003 uitspraak.<sup>43</sup> De huidige klachten van de patiënt werden niet verklaard als gevolg van de operatie en er waren evenmin argumenten om te veronderstellen dat de ingreep niet volgens de regelen der kunst was uitgevoerd (r.o. 2.3.7). De deskundigen – er moest een tweede deskundige worden benoemd nadat de eerste plots was overleden – oordeelden echter dat er sprake was van gebrekkige informatie voor de operatie in combinatie met zich na de operatie voordoende klachten die niet goed werden opgevangen. De rechtbank oordeelde dat daarmee de tekortkoming van gedaagde is gegeven en het ziekenhuis werd aansprakelijk

42. M.A. Jones, 'Informed consent and other fairy stories', *Medical Law Review* 1999 vol. 7. p.103–134 en R. Lemaire, 'Informed consent – a contemporary myth?', *The Journal of Bone and Joint Surgery* 2006 vol. 88-B p. 2–7.
43. Rb. Maastricht; tussenvonnissen op 25 maart 1999, 2 november 2000, 3 mei 2001, 30 augustus 2001 (niet op [rechtspraak.nl](http://rechtspraak.nl) gepubliceerd), eindvonnis: 27 augustus 2003 LJN AI1613.

gesteld voor de gevolgen van de in 1993 uitgevoerde operatie.

In hoger beroep behandelt het hof systematisch de verschillende grieven met als belangrijkste de vragen rond informed consent, de postoperatieve bejegening en het causale verband met de klachten.<sup>44</sup> Wat betreft het causaal verband tussen onzorgvuldig informeren en de operatie stelt het hof dat de schade bij deze patiënt niet door de operatie is ontstaan en dat daarom de vraag of er wel adequate informatie voorafgaande aan de ingreep werd verstrekt irrelevant is (r.o. 4.9–4.11). Het hof oordeelt vervolgens (r.o. 4.14): “Deze schade ligt zozeer buiten de lijn der normale verwachtingen dat deze niet als een gevolg van de gebeurtenis – de gestelde bejegening vóór en na de operatie – kan worden toegerekend (art. 6:98 BW).”

De Hoge Raad volgt niet de conclusie van A-G Spier maar stelt (r.o. 3.4.4): “Voorzover bedoeld wordt te betogen dat alle klachten die zich na een operatie voordoen en die zich vóór de operatie niet of niet in dezelfde mate voordeden, ongeacht of de postoperatieve klachten in causaal verband (in de zin van sine qua non verband) staan tot de uitgevoerde operatie, moeten worden toegerekend aan de behandelend arts die verzuimd heeft de patiënt voldoende over de operatie te informeren, berust de klacht op een onjuiste rechtsopvatting.” Het beroep, ingesteld door de patiënt, wordt verworpen.

### 3. Goede bedoelingen, praktische problemen

De ethische imperatief voor de geïnformeerde toestemming werd hierboven al aangegeven. De juridische normstelling daarvan in art. 7:450 en 7:452 BW heeft echter geleid tot veel onduidelijkheden.<sup>45</sup> Hoe verhoudt zich de aansprakelijkstelling voor tekortschieten in de zorg (art. 7:453 BW) tot het tekortschieten wat betreft informatieplicht van de hulpverlener (art. 7:448 jo. 7:450 BW)? Wat is het begrenzing van de regel betreffende de geïnformeerde toestemming? Deze kwesties komen we tegen in de beslissingen van de verschillende gerecht-

telijke instanties die over deze casuspositie hebben geoordeeld.

De situatie, waarin genoemde rechtsvragen spelen, is steeds die waarbij de medische interventie niet het verwachte resultaat heeft opgeleverd: de patiënt is daardoor teleurgesteld. Is dat nu door een behandelfout van de hulpverlener? Slaagt de eiser erin dit te bewijzen, al dan niet met leniging van de bewijsnood door het te hulp roepen van de omkeringsregel, dan is praktisch gesproken de zaak klaar. Is het niet toe te schrijven aan een behandelfout, dan rijst de vraag of de arts de patiënt wel voldoende duidelijk heeft gemaakt welke mogelijke risico's er aan de ingreep verbonden zijn en welke opties er bestaan (kiezen tussen verschillende behandel-mogelijkheden, wel of niet behandelen) alvorens deze interventie uit te voeren. De omkeringsregel staat hierbij buiten spel.<sup>46</sup> We hebben te maken met één aanleiding, de nare afloop, maar met juridisch gezien twee verschillende vraagstukken die herleid kunnen worden tot de achtereenvolgende fasen van de overeenkomst: de totstandkoming en de uitvoering ervan. De informed consent vindt immers zijn oorsprong in het leerstuk van de dwaling: werd er een juiste voorstelling van zaken gegeven? Zo niet, zou zonder de dwaling de overeenkomst niet of eventueel met een andere inhoud zijn gesloten? Wat betreft de uitvoering komt de vraag naar voren of er sprake is van wanprestatie en/of onrechtmatige daad.

Deze twee verschillende juridische vragen vereisen werkprocestoetsing op twee verschillende momenten: vóór en tijdens de uitvoering van de interventie. Het praktische probleem is dat *ad hoc* en *post hoc* die twee onderscheidende werkprocessen met kennis van de afloop moeten worden beoordeeld. De rechtsregels betreffende informed consent vormen een maximerende streefnorm, maar de vraag is of het juridische ideaal en de realiteit van informatieoverdracht wel voldoende dicht bij elkaar liggen en of dit een bruikbare norm biedt

### 4. De psychologische dimensie

Bij de beoordeling van het medisch handelen dienen tevens niet-juridische factoren te wor-

44. Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 2005, LJN AT9895.

45. R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen. Juridische theorie en medische praktijk*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005, p. 127–149.

46. HR 23 november 2001, NJ 2002/387, m.nt. JBMV.

den betrokken, vooral de psychologische aspecten. In de onderhavige casus lopen enerzijds het naar behoren informeren vóór de ingreep en anderzijds de bejegening van de patiënt en de opvang van diens klachten door elkaar.

De klachten, aldus beide deskundigen, kunnen niet uit de operatie verklaard worden en alle twee spreken ze van een psychosomatische fixatie van deze patiënt als oorzaak. Het hof betreft die psychologische duiding ook in zijn oordeel (r.o. 4.2.13). Eenzijdig kijken naar het handelen van de arts is te beperkt. De kwaliteit van communicatie wordt niet alleen door de arts, maar ook door de patiënt bepaald. Ook bij informatieoverdracht geldt een dergelijke interactie.

Onderzoek naar de praktijk van informatieoverdracht in een behandelingsituatie heeft duidelijk gemaakt hoe moeilijk het is om relevante informatie bij de patiënt te doen "landen": ze blijken vaak er zich maar weinig van te kunnen herinneren.<sup>47</sup> Zowel het duidelijk maken van de mogelijke gevaren als de interpretatie van die gemelde risico's door de patiënt blijken eveneens problematisch.<sup>48</sup> Het eindresultaat van de informatieoverdracht wordt derhalve bepaald én door factoren aan de kant van de arts én door factoren aan de kant van de patiënt. Er is dus sprake van risicomangement en dat betekent, willen arts en patiënt samen de juiste beslissingen nemen, dat de informatie zo volledig mogelijk, dus bijna encyclopedisch, van aard zal dienen te zijn. Welke patiënt kan alle factoren bevatten? Dat doet de vraag rijzen naar een realistische afbakening van de informatieplicht.

##### 5. De begrenzing van de informatieplicht

De toename van het aantal claims waarbij de vraag van informed consent een rol speelt, doet artsen zich – soms vertwijfeld – afvragen hoe volledig ze wel niet moeten zijn. De open rechtsnorm van art. 7:452 BW gaat ervan uit wat de redelijk bekwame patiënt voor een afgewogen beslissing zou moeten weten. Informed consent-vraagstukken komen in alle

Westerse rechtsgebieden voor. Aan de hand van een arrest van het Australische hoogerechtshof<sup>49</sup> zijn bijvoorbeeld de volgende voor het geven van informatie relevante factoren te noemen:<sup>50</sup>

- De aard en frequentie van de uitkomsten: vaak voorkomende maar vooral ook ernstige effecten dienen te worden genoemd;
- De aard van de interventie: complexe ingrepen vragen meer uitleg dan eenvoudige;
- De informatiebehoefte van de patiënt: de patiënt maakt zelf kenbaar hoever de informatieverstrekking moet gaan. Art. 7:449 BW geeft aan dat indien een patiënt dit niet wenst, informatieverschaffing achterwege kan blijven;
- Het temperament en de gezondheidstoestand van de patiënt: de risicoperceptie door de patiënt wordt beïnvloed door diens angstgevoelens en de kans op nog meer ongewenste effecten. Angstige en/of zieke patiënten ervaren risico's als meer bedreigend;
- De medische context: is er wel een reële keuzemogelijkheid voor de patiënt (bij een electieve ingreep) of is de tijdsdruk zo groot dat onmiddellijk tot actie moet worden overgegaan.

De rechter zal dus een dergelijke waaier van factoren moeten hanteren om aansprakelijkheid op grond van informatieverzuim vast te kunnen stellen. In dit geval hoefde de Hoge Raad een dergelijke afweging niet te maken. In de toekomst zal ons hoogste rechtscollege zich ongetwijfeld moeten buigen over een informed consent rechtsvraag en worden uitgenodigd om een Kelderluikarrest-achtige opsomming van criteria te formuleren.<sup>51</sup>

##### 6. Schade en causaliteitsvraag

Voor het geldend maken van de aansprakelijkheid wegens het niet nakomen van de informed consentplicht zijn de volgende factoren relevant:<sup>52</sup> niet-naleving van de informatieplicht, schade, causaal verband tussen ge-

47. Zie Lemaire (noot 1), p. 3.

48. Zie het daaraan speciaal gewijde themanummer van de *British Medical Journal* in 2003, vol. 327, aflevering 7417.

49. Rogers v. Whitaker (1992) 175 CLR 479.

50. L. Skene & R. Smallwood, 'Informed consent: lessons from Australia', *British Medical Journal* 2002 vol. 324, p. 39–41.

51. HR 5 november 1965, NJ 1966, 136. Hierbij wordt een waaier van gezichtspunten opgesomd voor beoordeling van aansprakelijkheid.

52. Zie J.M. Barendrecht & J.M. Van den Akker, *Infor-*

schonden informatieplicht en schade en ten slotte eventuele eigen schuld van de patiënt. Een causaal verband wordt verondersteld indien bij adequate informatieverschaffing de patiënt anders zou hebben gekozen dan thans het geval was. Indien een redelijk bekwame patiënt in de positie van de eiser bij toereikende informatieverschaffing het risico geaccepteerd zou hebben, is er geen sprake van een causaal verband.

Is het denkbaar dat, bij de inmiddels bekende ongewenste afloop, er op nuchtere wijze nog kan worden vastgesteld hoe de patiënt zou hebben beslist indien volledig geïnformeerd? De voorgestelde "objectieve" toets aan de hand van het gedachte-experiment met een redelijk bekwame patiënt in de positie van de eiser valt gemakkelijk ten prooi aan *hindsight bias*. Er wordt medisch-juridische creativiteit gevraagd voor de oplossing van dit vraagstuk. Bij deze kwestie is er nog een ander probleem dat om aandacht vraagt. De patiënt heeft veelal ernstige klachten, waarvoor hulp wordt gezocht. Indien behandeling op grond van de beschikbare informatie wordt geweigerd, zijn de gezondheidsproblemen nog niet verdwenen. Is de weigering tot behandeling definitief of zou, bij voortduren of zelfs verergeren van de klachten, uiteindelijk toch tot operatie zijn besloten? Ook die vraag is relevant bij beoordeling van de causaliteitskwestie.

#### 7. Conclusies

Het leerstuk van de informed consent heeft zijn weerslag op de medische praktijk. Zowel aan medische als aan juridische zijde moet dit concept echter meer inhoudelijk en praktisch ontwikkeld worden. Systematisch onderzoek van claims in het buitenland heeft laten zien dat toewijzing uitsluitend op basis van informatieverzuim weinig frequent voorkomt. Voor ons land beschikken we nog niet over dergelijke informatie.

De stellige opvattingen van gezondheidsjuristen omtrent de informed consent staan in contrast met uitkomsten van medisch en cognitief-psychologisch onderzoek. De vooruitgang van de geneeskunde betekent meer mogelijkheden voor diagnostiek en behandeling,

maar daardoor ook meer complexiteit van het medisch bedrijf en tegelijk ook meer onzekerheden voor de patiënt. Meer gezondheidswetgeving en het vaker juridisch ter verantwoording worden geroepen geeft hulpverleners in juridisch opzicht gevoelens van onzekerheid. Dat legt bij de juristen de verantwoordelijkheid te zorgen voor een coherent, onderbouwd en transparant maar vooral ook praktisch werkzaam systeem.<sup>53</sup>

dr. R.W.M. Giard  
arts en jurist, afd. Privaatrecht EUR en Medisch Centrum Rijnmond-Zuid, Rotterdam

## 137

Gerechtshof Arnhem  
23 mei 2006, nr. 2004/977, LJN AY5110  
(mrs. Makkink, Steeg, Dozy)  
Noot J. Rijken

### Schadebeperkingsverplichting. Omvang schade medische fout.

[BW art. 6:101]

*Bij appellante zijn ten onrechte enkele lymfeklieren uit haar linkeroksel verwijderd ten gevolge waarvan neurinoomvorming (zenuwgezwell) is ontstaan. Het ziekenhuis heeft de aansprakelijkheid hiervoor erkend. Het geschil gaat nu nog over de omvang van de schade. Ten aanzien hiervan stelt het ziekenhuis onder meer dat appellante op straffe van verlies of beperking van schadevergoeding is gehouden tot schadebeperkende medische behandelingen en dat er nog geen medische eindsituatie is ingetreden. Het hof leidt uit de rapporten van de medisch deskundigen af dat er kennelijk verschil van mening bestaat over de medische eindtoestand van appellante en de mogelijkheden voor herstel en het daarvan te verwachten resultaat. Het hof neemt in aanmerking dat iedere operatieve ingreep een inbreuk op de lichamelijke integriteit betekent en dat iedere operatie in meer of mindere*

*matieplichten van dienstverleners*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, hoofdstuk 11.

53. S. Green, 'Coherence of medical negligence cases. A game of doctors and purses', *Medical Law Review* 2006 vol. 14, p. 1-21.