

Samenvatting

Een 69-jarige man ondergaat een operatieve ingreep van de prostaat wegens plasklachten. Na die operatie blijkt dat hij geen uitwendige zaadlozingen meer heeft maar inwendige (een zogenaamde retrograde ejaculatie, dat wil zeggen deze vindt in de blaas plaats). Hij stelt dat hij voor deze frequent voorkomende complicatie niet door zijn behandelaar was gewaarschuwd en dat deze dus zijn wettelijke informatieplicht niet was nagekomen. Er is volgens verzoeker daardoor sprake van een ernstige persoonsaantasting omdat hij niet van zijn zelfbeschikkingsrecht gebruik heeft kunnen maken. Hij verzoekt daarom om bij beschikking voor recht te verklaren dat zijn behandelaar gehouden is de volledige integriteitsschade, die hij heeft geleden en nog zal lijden als gevolg van de prostaatoperatie, aan hem te vergoeden. Hij stelt die schade op € 10.000,=. Hij verzoekt de rechter tevens dat de door hem gemaakte rechtsbijstandskosten door gedaagde zullen worden vergoed.

In een tuchtrechtelijke procedure over deze kwestie, voorafgaand aan deze deelgeschilprocedure, heeft het tuchtcollege geoordeeld dat de uroloog niet heeft voldaan aan de op hem rustende informatieplicht jegens klager over de mogelijkheid van deze complicatie en de behandelaar een waarschuwing opgelegd. Verzoeker voert dit aan ter onderbouwing van zijn verzoeken in deze zaak bij de kantonrechter.

De rechter wijst het al het verzochte af omdat het causaal verband tussen het onvoldoende inlichten en de integriteitsschade ontbreekt.

Annotatie

De hierboven gepubliceerde uitspraak verdient op de volgende punten nader commentaar:

- Hoe staat het met de deelgeschilprocedure?
- De vraag of deze kwestie zich leent voor een deelgeschilprocedure.
- De juridische afhandeling van deze kwestie zelf, met name over het punt van de integriteitsschade.
- De vraag wat de waarde is van een uitspraak van het tuchtcollege in een civiele procedure.

Hoe staat het met de deelgeschilprocedure?

Op 1 juli 2010 ging de nieuwe mogelijkheid tot het voeren van een deelgeschilprocedure van start. In de medische aansprakelijkheid duikt dit type verzoekschriftprocedure regelmatig op.¹ In de praktijk blijken deelgeschilprocedures bijna steeds door gelaedeerden te worden aangespannen maar vrijwel nooit door aansprakelijkheidsverzekeraars.²

We zijn inmiddels bijna zeven jaar verder. Biedt de deelgeschilprocedure inderdaad de verbeteringen die ervan verwacht werden? Daarvoor moeten we niet alleen kwalitatief maar vooral ook systematisch-kwantitatief onderzoek doen. Wat weten we over aantallen, uitkomsten en effecten? Hoe werd er in al die gevallen beschikt? Gingen partijen daarna weer om de tafel zitten, hoe vaak en waarover dan? Of startte een van de partijen daarna toch een bodemprocedure en waarom?

¹ Zie voor een overzicht wat betreft deelgeschillen bij medische aansprakelijkheid M.J.J. de Ridder, *TvGR* 2012(36), p. 4-16

² S.J. de Groot & J.E. van Oers. 2015. 'Vijf jaar deelgeschilprocedure – een evaluatie', *TVP* vol. 18(3):55-63.

Een poging tot zo'n systematisch-kwantitatief onderzoek vond plaats over de periode 1 juli 2010-31 december 2013.³ In die nota worden op p. 7 en 8 een groot aantal essentiële evaluatievragen geformuleerd. In totaal werden er in deze periode 931 deelprocedures gestart. In 353 daarvan (38%) werd geen beschikking gewezen. Bij 309 van dit totaal (33%) werd de eindbeschikking gepubliceerd op rechtspraak.nl en deze konden – voor zover de tekst van de beschikking dat toestond – nader geanalyseerd worden. De overige twee-derde van dit totaal kon dus niet nader onderzocht worden. Zo'n sterke selectie maakt het trekken van conclusies onverantwoord.

Veel van de vragen over de daadwerkelijke voortgang van de onderhandelingen na de beschikking zouden pas kunnen worden beantwoord als nadere gegevens beschikbaar zouden zijn, vooral die uit het dossier van de schadeverzekeraars, en koppeling met eventuele latere procedures.

Noodgedwongen, zo stelde rapporteur Wesselink die hierop later ook promoveerde, bleef het onderzoek daardoor grotendeels kwalitatief en zijn de resultaten daardoor ook deels speculatief. Zo ontbeert deze procedurele praktijk een adequate terugkoppeling van de resultaten op de doelstellingen ervan. Dergelijk systematisch-empirisch onderzoek – liever pro- dan retrospectief doordacht en uitgevoerd – dat noodzakelijk is voor een evenwichtige wetsevaluatie, blijft helaas een ondergeschoven kindje binnen de rechtsgeleerdheid. Dat komt tenminste door een gebrek aan een goede data-infrastructuur.

Leent deze kwestie zich wel voor een deelgeschilprocedure?

Hoe beoordeelt de rechter de ontvankelijkheid van een verzoek tot een deelgeschilprocedure? De rechter moet het verzoek afwijzen voor zover de verzochte beslissing naar zijn oordeel onvoldoende kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst (art. 1019z Rv). Bij eerste evaluaties van deze wet bleek dat na een eerste ruimhartige toepassing van art. 1019z Rv er strengere criteria werden gehanteerd.⁴ Maar gaat het nu dan wél goed? Is het echt een *deelgeschil* of wordt onder dit mom toch de *hele* kwestie in de rechtszaal binnengesmokkeld?

Een systematische toetsing van de juistheid van het toe- of afwijzen van het verzoek bij een serie deelgeschillenprocedures is tot nog toe niet gedaan. Evenmin werd experimenteel onderzocht hoe het zit met de rechtseenheid hierbij: oordelen verschillende rechters op hetzelfde verzoekschrift eensluidend over de vraag of deze kwestie wel geschikt is voor een deelgeschilprocedure? Wat mij betreft een belangrijk punt.

Bij de onderhavige casus schippert de rechter een beetje. Zij start met het oordeel (r.o. 3.3): "In het onderhavige geval is de kantonrechter van oordeel dat het verzoek zich in beginsel niet leent voor een deelgeschilprocedure." Het geschil wordt feitelijk in volle omvang aan haar voorgelegd, maar zij wil de verzoeker toch tegemoet komen: "Een oordeel over de verzochte verklaring voor recht zou namelijk een bijdrage kunnen leveren aan het doorbreken van een impasse in de buitengerechtelijke onderhandelingen." Met dit dictum lijken die verder redelijk kansloos voor de verzoeker en dit deelgeschil is daarmee wel een versneller gebleken en misschien was dat ook tegen lagere kosten.

De smart van het niet goed geïnformeerd zijn over risico's

De tuchtrechter en de kantonrechter zijn eensgezind in hun oordeel dat de uroloog in gebreke was gebleven wat betreft diens informatieplicht jegens klager/verzoeker. Maar welke rechtsgevolgen worden daar vervolgens aan verbonden? Voor de tuchtrechter was dat reden voor het opleggen van een waarschuwing (zie onder). Maar kan de civiele rechter hier een sanctie opleggen?

Er werd hier een fundamenteel recht geschonden waardoor verzoeker de mogelijkheid werd ontnomen om een andere keuze te maken; zijn zelfbeschikkingsrecht werd aangetast. Het is lastig,

³ Zie M. Wesselink, 'Deeltjesversneller in het recht?' WODC-rapport 2014.

⁴ Zie het al genoemde WODC-rapport en E.C. Huijsmans & H.A.W. Vermeulen, 'Tussentijdse evaluatie deelgeschilprocedure', *TVP* 2014, nr. 1, p. 24-30.

zo niet ondoenlijk, voor verzoeker om aan te tonen dat deze anders gekozen zou hebben bij juiste informatieverstrekking, zodat er geen causaal verband bestaat tussen schending van de informatieplicht en de ongemakken die het gevolg zijn van de operatie.

Is er dan een “verkorte” route mogelijk die deze ondoenlijke causaliteitseis omzeilt? Het alternatief zou kunnen zijn om hier smartengeld toe te kennen nu een persoonlijkheidsrecht werd geschonden. Op grond van art. 6:95 BW jo. art. 6:106 lid 1 sub b BW heeft een gelaedeerde recht op een immateriële schadevergoeding. De voorwaarden van het laatstgenoemde artikel geven, naast lichamelijk letsel en aantasting in eer of goede naam, ook de mogelijkheid van aantasting in zijn persoon. Bij het aanwenden van het leerstuk van de integriteitsschade stelt Giesen dan ook dat, wanneer voor deze benadering wordt gekozen, voorkomen wordt dat de (geschonden) materiële norm inhoudsloos blijft, leegloopt, gegeven de bewijsnood bij de eisende patiënt, zodat het zelfbeschikkingsrecht daadwerkelijk geëffectueerd kan worden.⁵ Het Hof Amsterdam oordeelde eerder dat iemands zelfbeschikkingsrecht door het informatieverzuim was geschonden, hetgeen een aantasting van de persoon opleverde.⁶

A-G De Vries Lentsch-Kostense stelde in haar conclusie in 2001 reeds: “De op de arts rustende verplichting de patiënt te wijzen op de risico’s verbonden aan een ingreep, strekt evenwel niet ertoe de patiënt te beschermen tegen het risico van schade door een medische complicatie, doch strekt ertoe de patiënt in de gelegenheid te stellen weloverwogen gebruik te maken van zijn zelfbeschikkingsrecht; zij strekt daarmee als het ware ter bescherming van dat zelfbeschikkingsrecht.” In een vergelijkbare kwestie herhaalde zij dit standpunt.⁷

Ons hoogste rechtsorgaan heeft echter tot nu toe geen rechtsontwikkeling laten zien op het punt van integriteitsschade. In een zaak, aangespannen door een vrouw tegen haar orthopedisch chirurg, waarbij zij stelde na de ingreep een verschil in beenlengte te hebben gekregen waarvoor zij niet was gewaarschuwd, vorderde zij vergoeding van de schade die zij heeft geleden vanwege de inbreuk op haar recht op zelfbeschikking en integriteit.⁸ Hierover werd door de Hoge Raad geen uitspraak gedaan.

In een recent overzichtsartikel over integriteitsschade werd deze problematiek vooral bezien vanuit een mensenrechtelijk perspectief.⁹ Daarbij bleek dat, afwijkend van de Nederlandse jurisprudentie tot nu toe, het EHRM géén nadruk legt op het causaliteitsvereiste, maar wel op de inbreuk van het zelfbeschikkingsrecht als zodanig en de rechtsbeschermende werking die hiervan uitgaat.

In deze casus oordeelt de rechter (r.o. 3.7.8 en 3.7.9) dat er weliswaar sprake is van een causaal verband maar acht zij de gevolgen onvoldoende ernstig en legt zij dus geen sanctie op. Giesen is echter van oordeel dat de ernst van de inbreuk bij integriteitsschade dus niet erg onderscheidend lijkt te kunnen werken, ook niet omdat er sowieso een fundamenteel recht geschonden moet zijn. Wanneer vaststaat dat door informatieverzuim het zelfbeschikkingsrecht werd aangetast, doen andere gezichtspunten niet meer ter zake. Dat meent ook Hendrix in haar noot en dat is ook in lijn met de EHRM-jurisprudentie.

Het leerstuk van integriteitsschade biedt, concluderend, een betere rechtsbescherming tegen falende *informed consent*. Smartengeld is dan gekoppeld aan de inbreuk op een fundamenteel recht

⁵ I. Giesen, 2014. ‘Herstel als er (juridisch) geen schade is: “integriteitsschade”.’ In: *Schade en herstel*, E. C. Huijsmans and E. C. van der Weij (red.). Oisterwijk: Wolf Legal Publishers, p. 43-68.

⁶ Hof Amsterdam 19 februari 1998, *TvGR* 1998/48.

⁷ HR 23 november 2001, ECLI:NL:PHR:2001:AB2737, r.o. 8. en later ECLI:NL:PHR:2001:AB2737.

⁸ HR 24 maart 2010, «JA» 2010/97, m.nt. L. Hendrix.

⁹ A.M. Overheul, ‘Vergoeding van integriteitsschade bezien vanuit mensenrechtelijk perspectief’, *TVP* 2016, nr. 1, p. 1-9.

en staat los van de eventuele schadelijke gevolgen van die inbreuk. Wél smartengeld toekennen zou aldus bij deze casus zeker op zijn plaats geweest zijn.

De betekenis van een tuchtrechtelijke beoordeling voor de civiele rechter

Het komt regelmatig voor dat aan een civielrechtelijke procedure een tuchtrechtelijke voorafgaat. Soms is dat een bewuste strategische keuze. Als de tuchtrechter eenmaal een normschending heeft vastgesteld, zou dat een goede opmaat kunnen zijn voor een civiele procedure. Soms ook wordt de civiele rechter om een oordeel gevraagd, ook al heeft de tuchtrechter de klacht niet ontvankelijk of ongegrond verklaard, omdat de eiser vast van zijn of haar gelijk overtuigd is. Hoe dan ook: aan civiele procedures gaat regelmatig een tuchtfase vooraf, maar hoe vaak dat precies gebeurt, weten we nauwelijks.

Bij medische aansprakelijkheidszaken volgt de civiele rechter in driekwart van de gevallen de tuchtrechter.¹⁰ [noot:10] Tuchtrechtspraak kent de participatie van leden-beroepsgenoten als rechters, dus een uitspraak van een tuchtcollege kan als een soort deskundigenrapport worden gezien en heeft daardoor ook praktische betekenis voor de civiele rechter.

Als het oordeel van de civiele rechter echter afwijkt van dat van het tuchtcollege, moet dat wel verantwoord worden. Zo oordeelde de Hoge Raad in het *Telfout*-arrest dat de civiele rechter diens oordeel zodanig dient te motiveren dat dit, ook in het licht van de beoordeling door de tuchtrechter, voldoende begrijpelijk is. Daarbij moet met name worden gedacht aan een motivering met behulp van verklaringen van een of meer, zo nodig door de rechter te benoemen, deskundigen (ECLI:NL:HR:2002:AE1532, r.o. 3.6.3).

Hanteren de tucht- en de civiele rechter wezenlijk verschillende normen? Wie art. 47 lid 1 sub a wet BIG naast art. 7:453 BW legt, zal in essentie dezelfde soort norm lezen. Het belangrijkste verschil is echter dat de tuchtrechter het handelen beoordeelt los van de eventuele gevolgen. De wettelijke norm luidt immers: enig handelen of nalaten in strijd met de zorg die hij in die hoedanigheid behoort te betrachten ten opzichte van degenen die hij zorg verleent of die in een medische noodsituatie zijn terecht gekomen.

De civiele rechter onderzoekt eerst het handelen en na het vaststellen van een normschending beoordeelt deze vervolgens of er schade is en daarna of er een causaal verband tussen normschending en schade aanwijsbaar is.

Zoals al geconstateerd, waren de tucht- en de civiele rechter hier eenstemmig van mening dat de uroloog diens informatieplicht niet was nagekomen. De tuchtrechter legde daarom een sanctie op, een waarschuwing. De civiele rechter oordeelt echter dat verzoeker er niet in is geslaagd om een causaal verband aannemelijk te maken tussen het onvoldoende inlichten en de opgetreden letselschade en wijst het verzoek daarom af (r.o. 3.7.7). Dat blijkt keer op keer de achilleshiel bij *informed consent*-zaken.

Met dank aan Siewert Lindenbergh voor zijn kritische blik op een conceptversie van deze tekst.

prof. dr. dr. R.W.M. Giard, arts en jurist, emeritus hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid
Erasmus School of Law, EUR

¹⁰ M. Mooibroek & H. Uhlenbroek, 'De invloed van tuchtrecht op aansprakelijkheid,' *Medisch Contact* 2013, 1119-1121.