

Nieuwsbrief GZR Updates - Nummer 24, 2018

Nummer 24, 2018

Redactie: mr. dr. R.P. Wijne, mr. L. Beij, mr. drs. R.M. Bertens, mr. J.W. Bosman, mr. M. Christe, mr. A.C. de Die, mr. M.A. Goldschmidt, mr. J.F. Groen, mr. N.A.D. Groot, mr. I.W. Hanemaaijer, mr. M.M. Hofstee, mr. A. Jagt, mr. J.M. Janson, mr. drs. C. van der Kolk, mr. X.R. van der Kruk-Ras, mr. I.J. de Laat, mr. E. Lam, mr. M. Martin, mr. A.M. De Nijs, mr. C. Pluijgers, mr. T.R. Riemersma, mr. A. Rube, mr. D. Schuurman, mr. S. Snelder, mr. C. Velink, mr. C.W.M. Verberne, mr. H.B.M. Vrieling, mr. J.M. de Vries, mr. D. van der Wal en mr. K.S. Waldron.

INHOUDSOPGAVE

Hof

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:5182](#) 11-12-2018

patiënte/plastisch chirurg

[Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, ECLI:NL:GHARL:2018:10336](#) 27-11-2018

patiënt/Radboudumc

[Gerechtshof 's-Hertogenbosch, ECLI:NL:GHSHE:2018:4335](#) 23-10-2018

X/Y

Rechtbank

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:10862](#) 11-12-2018

X/Y

[Rechtbank Noord-Holland, ECLI:NL:RBNHO:2018:10456](#) 05-12-2018

de Goudse/Medisch Centrum Alkmaar

[Rechtbank Midden-Nederland, ECLI:NL:RBMNE:2018:5461](#) 07-11-2018

patiëntje/huisarts-uroloog

Tuchtcolleges

[Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg, ECLI:NL:TGCTG:2018:329](#) 13-12-2018

X/Y

[Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam, ECLI:NL:TGZRAMS:2018:144](#) 12-12-2018

X/Y

Uitspraken zonder ECLI

[Geschillencommissie Huisartsen](#) 14-05-2018

X/Y

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

- onbekend -

Merck Sharp & Dohme B.V./Menzis, Anderzorg

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

[Geschillencommissie ziekenhuizen](#) 06-09-2018

X/Stichting Flevoziekenhuis

Bij deze uitspraak ontbreekt de ECLI

Annotatie

[Dat de Hoge Raad in 2019 arrest moge wijzen.](#)

mr. dr. R.P. Wijne

RECHTSPRAAK

X/Y

Klager stelt dat er sprake is van een gemiste diagnose: de vinger van klager was niet gekneusd, maar gebroken.

Feiten

Op 11 juli 2017 vond een consult plaats bij verweerder omdat klager zijn rechter wijsvinger had bezeerd. Verweerder stelde geen lokale zwelling vast. Er was sprake van pijnlijke buiging en strekking van de vinger, maar niet van asdrukpijn. Op 26 juli 2017 heeft een telefonisch consult plaatsgevonden met verweerder. Klager was op vakantie en had zijn wijsvinger opnieuw bezeerd. Klager gaf aan dat de vinger gezwollen en pijnlijk was en dat er sprake was van scheefstand. Verweerder heeft klager geadviseerd ter plaatse een huisarts of ziekenhuis te consulteren.

Op 3 augustus heeft er opnieuw een consult plaatsgevonden bij verweerder. In het journaal wordt vermeld het steeds beter ging met dat de vinger, dat er geen sprake is van asdrukpijn en dat de hand steeds beter gebruikt kan worden. Verweerder concludeerde samen met klager dat de klachten duidelijk waren afgenomen en dat verder beleid en controle niet nodig waren.

Op 15 augustus kwam klager op consult bij de waarnemend huisarts in verband met afwezigheid van verweerder. Klager is door de waarnemend arts naar het ziekenhuis verwezen waar op basis van een röntgenfoto op 16 augustus een circa drie weken oude breuk werd geconstateerd. Er werd geen gips geplaatst gezien het goede functioneren en het feit dat er weinig klachten waren.

Klager stelt dat hij door foutief handelen van verweerder niet tijdig is behandeld. Bij een tijdige behandeling had de vinger opnieuw gebroken kunnen worden of had er geopereerd kunnen worden waardoor het letsel behoorlijk beperkt en grotendeels genezen had kunnen worden. Door foutief handelen is de juiste diagnose twaalf dagen te laat gesteld.

Verweerder stelt dat het delay niet automatisch leidt tot aansprakelijkheid. Verweerder betwist een causaal verband tussen het handelen en de geschetste klachten en beperking. Door klager is onvoldoende aannemelijk gemaakt dat bij een eerdere aanvang van de

behandeling er sprake zou zijn van een beter resultaat. Daarnaast is er geen bewijs geleverd van de omvang van de gestelde schade.

Klager stelt dat zijn vinger door de blijvende schade nooit meer zo goed kan functioneren als voorheen of zou hebben gedaan bij tijdige behandeling. Daarnaast wil klager in de toekomst een eigen bedrijf starten en geeft hij aan dat hij in zijn werkzaamheden minder productief zou kunnen zijn door de minder goed functionerende vinger. Klager eist een schadevergoeding van € 25.000.

Oordeel

De Geschillencommissie Huisartsen (de commissie) geeft aan dat het missen van een juiste diagnose niet doorslaggevend hoeft te zijn voor het slagen van de klacht. De klacht is gegrond als komt vast te staan dat de manier waarop verweerder tot de onjuiste diagnose komt in strijd is met de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwame beroepsgenoot mag worden verwacht. Bij de beoordeling daarvan wordt rekening gehouden met de stand van de wetenschap ten tijde van het door klager klachtwaardig geachte handelen en met hetgeen toen in de beroepsgroep ter zake als norm was aanvaard.

In het journaal van 3 augustus 2017 is vermeld dat er geen sprake was van asdrukpijn, hetgeen erop wijst dat verweerder klager adequaat heeft onderzocht en een fractuur heeft willen uitsluiten. Verweerder heeft met het verrichte onderzoek voldaan aan hetgeen van verweerder verwacht had mogen worden.

Het journaal van zorgaanbieders is voor de commissie een belangrijk oriëntatiepunt bij de beoordeling van het handelen van de zorgaanbieder. Als de inhoud niet wordt weerlegd of niet aannemelijk wordt gemaakt dat deze onjuist is, gaat de commissie uit van de inhoud van het journaal. Nu hierin is vastgelegd dat 'het steeds beter gaat' en 'kan hand steeds beter gebruiken', dat er geen sprake was van asdrukpijn is de Commissie van oordeel dat verweerder adequaat heeft gehandeld tijdens het consult van 3 augustus 2017.

Daarnaast staat niet vast dat het missen van de fractuur het beloop ongunstig heeft beïnvloed. Tijdens het consult was immers al sprake van een tien dagen oude fractuur. Indien op 3 augustus 2017 een fractuur zou zijn vastgesteld, staat niet vast dat de behandeling anders zou zijn geweest dan nu het geval was.

De commissie oordeelt dat de klacht van klager ongegrond is en komt dan ook niet toe aan beoordeling van de gevorderde schade.

mr. M.J. Vels

Instantie: Geschillencommissie Huisartsen

Datum uitspraak: 14-05-2018

Zaaknummer: 2017/84/HAZ

RECHTSPRAAK

X/Y

Klager is voorzitter van de VvE van het gebouw waar verweerster haar praktijk heeft. Als verweerster haar praktijk wil verbouwen, krijgt zij geen toestemming van de VvE. Zij zet klager vervolgens (daarom) als patiënt uit haar praktijk. Klager verwijt haar dat daar geen gewichtige redenen voor zijn en dat dit dus niet had gemogen. Het RTG Amsterdam oordeelt dat er weliswaar een gewichtige reden was (belangenverstremming), echter dat verweerster de zorgvuldigheidseisen bij een opzegging niet heeft nageleefd. Zij krijgt een waarschuwing.

Feiten

De praktijk van verweerster (tandarts) is gevestigd in een gebouw dat eigendom is van de leden van de Vereniging van Eigenaren (VvE). Klager is van 2004-2018 patiënt bij verweerster geweest en is voorzitter van het bestuur van de VvE. Op 22 januari 2018 heeft verweerster een e-mail gestuurd naar klager om te vragen of zij toestemming kon verkrijgen voor de verbouwing van haar tandartspraktijk (om te kunnen voldoen aan de vernieuwde richtlijnen). Deze toestemming moet door het bestuur van de VvE worden gegeven. Klager en verweerster hebben daarna heen en weer gemaïld. Op de Algemene Ledenvergadering (ALV) op 31 mei 2018, waarbij klager als voorzitter optrad, is het verbouwingsverzoek weggestemd, omdat daarvoor een steunmuur zou moeten worden weggehaald.

Op 25 juni 2018 heeft verweerster vervolgens per e-mail de behandelrelatie met klager opgezegd. Als redenen geeft zij op dat er een vertrouwensbreuk harerzijds is ontstaan 'gezien de recente ontwikkelingen omtrent mijn verbouwing en uw rol daarin in het geheel, met name tijdens de behandeling van mijn agendapunt in de ALV'.

De klacht luidt dat verweerster de behandelingsovereenkomst met klager heeft opgezegd zonder dat daar zwaarwegende redenen aan ten grondslag liggen, wat maakt dat het besluit onprofessioneel, disproportioneel en onnodig is.

Oordeel

Voor een behandelingsovereenkomst op grond van artikel 7:460 BW, zoals hier het geval, geldt dat deze niet kan worden opgezegd behoudens gewichtige redenen. Daarnaast gelden er zorgvuldigheidseisen, die zijn opgesteld door de KNMG en de KNMT. Zo dient de behandelend arts eerst te waarschuwen voordat hij tot beëindiging kan overgaan, dient hij een redelijke termijn voor de beëindiging in acht te nemen en dient hij te helpen bij het zoeken naar een andere arts.

Een vertrouwensbreuk kan een dergelijke gewichtige reden opleveren. Weliswaar mag verweerster zich als professional niet laten beïnvloeden door een zakelijk geschil, maar er stond wel veel voor haar op het spel. Zij wilde haar praktijk uitbreiden, terwijl klager als voorzitter de belangen van de VvE behartigde. Deze belangenverstrengeling zorgde ervoor dat verweerster zich niet langer in staat achtte om op basis van wederzijds vertrouwen de zorg te leveren aan klager op de manier die zij voorstond. Dit is op zichzelf een gewichtige reden.

Het RTG Amsterdam oordeelt echter dat verweerster bij de opzegging niet heeft voldaan aan de zorgvuldigheidsregels. Zij heeft nagelaten om, voordat zij de behandelingsovereenkomst opzegde, met klager te overleggen over de problemen die zij ervoer. Ook heeft zij niet onderzocht of deze waren te verhelpen en heeft zij klager niet gewaarschuwd dat opzegging dreigde. De klacht is gegrond. Verweerster krijg een waarschuwing.

mr. M.T. Schagen

Instantie: Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg Amsterdam

Datum uitspraak: 12-12-2018

ECLI: ECLI:NL:TGZRAMS:2018:144

Zaaknummer: 2018/267T

Wetsartikelen: 47 lid 1 Wet BIG en 7:460 BW

RECHTSPRAAK

X/Y

Een (tweede) last tot inbewaringstelling, terwijl een eerder afgegeven – en nog van kracht zijnde – machtiging tot voortzetting van een eerdere inbewaringstelling nog niet is geëxpireerd, is niet mogelijk, omdat de Wet Bopz niet de mogelijkheid kent van twee gelijktijdig geldende maatregelen.

Feiten

Ten behoeve van een patiënt wordt een last tot inbewaringstelling afgegeven door de burgemeester. Daarop verleent de rechtbank een machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling, geldend tot en met 7 december 2018.

Op 6 december 2018 – dus gedurende de looptijd van de eerdere machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling en zonder dat deze tussentijds was opgeheven – geeft de burgemeester opnieuw een last tot inbewaringstelling van dezelfde patiënt. De officier verzoekt de rechtbank wederom om een machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling.

Oordeel

De burgemeester was niet bevoegd om die tweede last tot inbewaringstelling af te geven. Niet alleen werd op dat moment het gevaar al afgewend door de eerdere – nog van kracht zijnde – machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling, maar de Wet Bopz kent ook niet de mogelijkheid van dubbele, dat wil zeggen gelijktijdig geldende, maatregelen.

De officier had, wanneer aansluitend op de eerste machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling verdere gedwongen opname noodzakelijk was, vóór afloop van de machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling (dus vóór 7 december 2018) een aansluitende voorlopige machtiging moeten vragen.

De conclusie is dat de tweede last tot inbewaringstelling van de burgemeester geen wettelijke

grondslag kent en dus onrechtmatig is. Daarmee kent ook het verzoek om een machtiging tot voortzetting van de inbewaringstelling geen wettelijke grondslag en dus moet de officier niet-ontvankelijk worden verklaard in zijn verzoek, hetgeen de rechtbank dan ook doet.

mr. J.M. van Luyck

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 11-12-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:10862

Zaaknummer:

Advocaten: A. Spel

Wetsartikelen: 20 Wet Bopz

RECHTSPRAAK

patiënte/plastisch chirurg

Een vrouw stelt haar plastisch chirurg aansprakelijk na (onder meer) een hals-/facelift. Vervolg op GZR 2018-0380, waarin het hof een comparitie gelastte omdat het zich onvoldoende voorgelicht achtte over het informed consent aangaande de hals-/facelift en de plaats van de incisie, het causaal verband tussen eventueel ontbrekend informed consent en de gestelde schade, alsmede de schadeposten zelf. Tijdens de comparitie onderbouwt de vrouw het causaal verband onvoldoende en het hof wijst haar vorderingen af.

Feiten

Voor een uitgebreidere opsomming van de feiten van de zaak verwijs ik naar GZR 2018-0380. Kort gezegd gaat het om in 2005 door de plastisch chirurg bij de vrouw uitgevoerde plastisch-chirurgische ingrepen met nabehandelingen in 2006 en 2007 waarover de vrouw ontevreden is. De vrouw schakelde twee deskundigen in: een plastisch chirurg en een hoogleraar Esthetische Plastische Chirurgie. Beide deskundigen concluderen dat er lege artis is gehandeld; hun enige punt van kritiek betreft het plaatsen van de incisie in de hals zonder voorafgaand overleg met de vrouw over de locatie daarvan. In het tussenarrest oordeelde het hof al dat niet is komen vast te staan dat de (na)behandeling niet lege artis is uitgevoerd. Daarmee is de zaak teruggebracht tot de kwesties van informed consent op het punt van de hals-/facelift en de plaats van de incisie in de hals, het causaal verband tussen eventueel ontbrekend informed consent en de gestelde schade en de schadeposten zelf, aldus het hof. Omdat het hof zich op deze punten onvoldoende voorgelicht achtte, heeft het een comparitie van partijen gelast. Deze heeft inmiddels plaatsgevonden, waarbij partijen vragen van het hof hebben beantwoord en hun stellingen nader hebben toegelicht.

Oordeel

Het hof bespreekt de twee stellingen van de vrouw:

(1) In strijd met de met de vrouw gemaakte afspraak omtrent de plaats van de incisie in de hals heeft de plastisch chirurg de incisie lager geplaatst, waardoor deze meer zichtbaar is.

(2) De vrouw had de hals-/facelift niet laten uitvoeren als de plastisch chirurg haar niet had gezegd dat dat nodig was om asymmetrie in het gezicht te voorkomen.

Ten aanzien van de eerste stelling wijzigt de vrouw tijdens de comparitie van standpunt. Het gaat haar niet zozeer om de plaats van de incisie, als wel om het feit dat zij als gevolg van de (na)behandeling verschillende klachten heeft. Dit gewijzigde standpunt komt volgens het hof neer op het opnieuw ter discussie stellen van de uitvoering van de behandeling (wel of niet lege artis) en op dat punt heeft het hof al beslist, en stuit daarom af op de leer van de bindende eindbeslissing. Omstandigheden die een uitzondering op die leer zouden rechtvaardigen zijn gesteld noch gebleken, ondanks de herhaalde toelichting van de vrouw ter comparitie dat volgens haar de bij haar uitgevoerde operatie een experimentele was. Ook dat komt weer neer op een betwisting van een lege artis uitvoering en het hof acht het onvoldoende om de conclusies van de beide deskundigen terzijde te stellen.

Ten aanzien van de tweede stelling bespreekt het hof met de vrouw een tweetal in het geding gebrachte brieven. Uit die brieven komen sterke aanwijzingen naar voren dat de vrouw reeds vóór het eerste consult aan de plastisch chirurg die zij in deze procedure aansprakelijk houdt voornemens was om een hals-/facelift te laten uitvoeren. Aan de enkele, niet onderbouwde stelling van de vrouw dat een van de brieven gemanipuleerd is, gaat het hof voorbij. De plastisch chirurg betwist voorts dat zij een hals-/facelift heeft geadviseerd ter voorkoming van asymmetrie. Tevens betrof het volgens de plastisch chirurg een operatie die niet medisch geïndiceerd was.

Of de plastisch chirurg de informatie omtrent de plaats van de incisie op voorhand aan de vrouw had moeten verstrekken kan in het midden blijven, evenals het antwoord op de vraag of de plastisch chirurg wel of niet heeft gezegd dat de hals-/facelift nodig was om asymmetrie te voorkomen. De vrouw heeft namelijk onvoldoende onderbouwd dat zij van de behandeling had afgezien als zij op voorhand de plaats van de incisie had geweten, en dat zij de hals-/facelift niet had laten uitvoeren als de plastisch chirurg haar niet had gezegd dat dat nodig was, zo oordeelt het hof.

De vorderingen van de vrouw stranden daarom: een niet lege artis handelen door de plastisch chirurg is niet komen vast te staan en het vereiste causale verband tussen het volgens de vrouw ontbrekende informed consent en de door de vrouw gestelde schade ontbreekt.

mr. dr. R.P. Wijne

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 11-12-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:5182

Zaaknummer: 200.200.448_01

Rechters: C.E.L.M. der Smeenk-van Weijden, M.A. Wabeke en P.J. van Eekeren

Advocaten: T.J.C. Bueters en mr. C.W.M. Verberne

Wetsartikelen: 6:74 BW en 6:162 BW

RECHTSPRAAK

patiëntje/huisarts-uroloog

Bij een thans 19-jarige man is in 2001, op 2-jarige leeftijd, een besnijdenis verricht die niet goed is verlopen, waardoor een deel van de penis moest worden geamputeerd. In dit deelgeschil verzoekt de man om zijn immateriële schade definitief te begroten, ook al volgen er nog operaties. De rechtbank bespreekt uitgebreid de pijn en het ongemak, de uiterlijke en functionele beperkingen, de sociale en emotionele gevolgen en de aard van de aansprakelijkheid en economische omstandigheden. De rechtbank begroot de schade naar de normen van nu, niet naar die van 2001, weegt mee dat een verhoging van het smartengeldniveau in Nederland wenselijk is en begroot de immateriële schade op € 110.000. Het in 2002 betaalde voorschot wordt door de rechtbank naar de huidige tijd geïndexeerd alvorens het van het hoofdbedrag wordt afgetrokken.

Feiten

In 2001 wordt bij de man – hij is dan twee jaar oud – een besnijdenis verricht. De ingreep verloopt niet goed, waardoor een deel van zijn penis moet worden geamputeerd. De besnijdenis is uitgevoerd door een huisarts onder verantwoordelijkheid van een uroloog. De huisarts heeft in verband met de fout van het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG) in 2004 een waarschuwing gekregen. Het ziekenhuis heeft aansprakelijkheid voor de fout erkend.

Tot op heden – in de periode 2002-2014 – heeft de man dertien (operatieve) ingrepen ondergaan. De penisreconstructie is echter nog niet afgerond en er zullen nog één of meerdere operaties volgen.

Op verzoek van het ziekenhuis is in 2017 een tweetal voorlopige deskundigenberichten uitgebracht, door een kinderuroloog en een psychiater.

Partijen houden regelmatig contact over de schaderegeling en zijn overeengekomen de schade pas definitief te begroten en af te wikkelen na de laatste medische ingreep. Over het smartengeld verschillen zij echter van mening, zowel over de omvang als over het tijdstip van begroting (2001 of nu). De man verzoekt de rechtbank om een bedrag van € 125.000, het ziekenhuis acht de immateriële schade vergoed met het reeds betaalde bedrag van € 35.450. Hoewel de man nog niet is uitbehandeld, verzoekt de man de rechtbank het smartengeld definitief vast te stellen, waarmee het ziekenhuis instemt.

Oordeel

De rechtbank begint met een uitgebreide overweging over hoe het smartengeld dient te worden begroot: *'Immateriële schadevergoeding vormt een naar billijkheid vast te stellen vergoeding... Bij de begroting daarvan moet de rechtbank rekening houden met alle omstandigheden van het geval, waarbij voor de omvang van de smartengeldvergoeding in het bijzonder bepalend zijn de aard, ernst en duur van het letsel, de pijn, de intensiteit van het verdriet en de gederfde levensvreugde en de gevolgen daarvan voor de betrokkene. De rechtbank moet de zwaarte van het verdriet, de ernst van de pijn en het gemis aan levensvreugde afleiden uit min of meer objectieve factoren en concrete aanwijzingen, zoals de aard van het letsel en de (meer subjectief te duiden) gevolgen daarvan voor de concrete benadeelde. De rechtbank houdt daarnaast rekening met de ernst van de inbreuk op het rechtsgevoel van de benadeelde, de aard van de aan de aansprakelijke partij verweten gedraging (de mate van verwijtbaarheid) en de economische omstandigheden van beide partijen. Tevens dient bij de begroting – zo mogelijk – te worden gelet op de bedragen die door Nederlandse rechters in (enigszins) vergelijkbare gevallen zijn toegekend, daaronder begrepen de maximaal toegekende bedragen, rekening houdend met een eventueel opgetreden geldontwaarding. Ook mag gekeken worden naar bedragen die buitenlandse rechters toekennen, maar de ontwikkelingen in andere landen met betrekking tot de toegekende bedragen kunnen niet beslissend zijn voor de in Nederland toe te kennen bedragen.'*

Vervolgens gaat de rechtbank aan de slag. Als uitgangspunt neemt de rechtbank de voorlopig deskundigenberichten, de onbetwiste in het verzoekschrift gestelde klachten en beperkingen, het ter zitting verklaarde en de aan de rechtbank getoonde foto's. Tot (hypothetisch) uitgangspunt neemt de rechtbank tevens dat er geen verbetering meer zal optreden in de medische situatie van de man.

In de beschikking worden uitgelicht (i) de pijn en het ongemak, (ii) de uiterlijke en functionele beperkingen en (iii) de sociale en emotionele gevolgen. Dat ligt er niet om. Omdat het in hoge mate feitelijk is, benoem ik in deze samenvatting alleen de naar mijn mening meer algemene aspecten die de rechtbank meeweegt:

- Intimiteit en het hebben van een relatie zijn naar het oordeel van de rechtbank belangrijke levensbehoeften.
- De rechtbank gaat ervan uit dat er wel nog mogelijkheden zijn tot voortplanting, hoewel mogelijk niet op natuurlijke wijze.
- De rechtbank houdt rekening met de zeer jonge leeftijd van de man, de dagelijkse confrontatie ermee, en dat voor de rest van zijn leven.
- In de cultuur van de ouders speelt een intacte mannelijkheid een veel grotere rol dan in het Westen, zoals de psychiater rapporteerde.

Ook besteedt de rechtbank aandacht aan de aard van de aansprakelijkheid: het gaat in dit geval om aansprakelijkheid voor medisch handelen dat niet in overeenstemming was met de daarvoor geldende professionele standaard en waarvoor de behandelend huisarts is gewaarschuwd door het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg. De beschikking vermeldt niet of en hoe dit meeweegt.

Wat volgens de rechtbank wel meeweegt is dat de schade kan worden afgewenteld op de verzekeraar van het ziekenhuis.

Dan vervolgt de rechtbank met de concrete begroting.

Allereerst gaat de rechtbank in op de vraag naar de normen van welk moment het smartengeld moet worden begroot: naar de normen van destijds of naar die van nu. Omdat de mislukte besnijdenis heeft plaatsgevonden in 2001 ligt het in beginsel voor de hand het smartengeld te begroten naar de normen van destijds, aldus de rechtbank. Echter, de omvang van de immateriële schade was op dat moment op geen enkele manier in te schatten, omdat het toen ongewis was hoe één en ander zich bij de man fysiek en emotioneel zou gaan ontwikkelen. Omdat hierover nu meer duidelijkheid is verkregen, kan daar bij de begroting van het smartengeld rekening mee worden gehouden, aldus de rechtbank. Het is inmiddels bekend wat in de tussenliggende periode op dit vlak heeft plaatsgevonden en wat de toekomst betreft zijn partijen het erover eens dat ervan mag worden uitgegaan dat geen verbetering in de situatie optreedt. Onder deze omstandigheden ligt het dan meer voor de hand om het smartengeld naar de huidige normen te begroten, zo nog steeds de rechtbank.

Daarna komt de rechtbank toe aan het argument van de man dat er in Nederland al ruim tien jaar sprake is van stagnering en zelfs achteruitgang van de toegewezen smartengeldbedragen, en dat nu daadwerkelijk werk gemaakt moet worden van het fundamenteel ophogen van het smartengeldniveau. De rechtbank overweegt hierover als volgt:

'De rechtbank is met deze discussie in de literatuur bekend. De rechtbank zal bij de begroting van dit bedrag in aanmerking nemen dat het smartengeldniveau in Nederland de afgelopen decennia (ook ten opzichte van de ons omringende landen) is gestagneerd. De rechtbank deelt de algemene opinie – zoals die ook in de literatuur veelvuldig naar voren komt – dat een verhoging van het smartengeldniveau in Nederland wenselijk is.'

De Smartengeldgids 2018 levert geen vergelijkbare gevallen op en ook de tussen partijen gevoerde discussie over in het buitenland in vergelijkbare gevallen toegekende bedragen biedt de rechtbank geen handvat. Gelet op alle specifieke omstandigheden van dit concrete geval – door de rechtbank geïdentificeerd als uitzonderlijk – en uitgaande van de (hypothetische) situatie dat er geen verbetering meer optreedt, begroot de rechtbank de immateriële schade dan op € 110.000.

De rechtbank is vervolgens consequent bij de berekening van het in mindering te brengen reeds betaalde voorschot op het smartengeld. Een voorschot is betaald in 2002 en dat bedrag zal dan ook naar de normen van nu moeten worden geïndexeerd. Aan de hand van de Smartengeldgids 2018 voert de rechtbank die berekening zelf uit.

Tot slot begroot de rechtbank de kosten van het deelgeschil. Vermeldenswaardig daarover is dat aan de man griffierechten in rekening zijn gebracht van € 1565. Aan de man is weliswaar een toevoeging verleend op grond waarvan een griffierecht van € 78 zou zijn gerekend, maar omdat hij van die toevoegingsaanvraag geen mededeling heeft gedaan bij het indienen van het verzoekschrift, is het hogere griffierecht vastgesteld. Dit hoeft volgens de rechtbank niet voor rekening van het ziekenhuis te komen: het ziekenhuis wordt veroordeeld € 78 aan de man te betalen.

mr. dr. R.P. Wijne

Instantie: Rechtbank Midden-Nederland

Datum uitspraak: 07-11-2018

ECLI: ECLI:NL:RBMNE:2018:5461

Zaaknummer: C/16/453302 /HARK 18-18

Advocaten: M.J. de Witte en D. Zwartjens

Wetsartikelen: 6:106 BW

ANNOTATIE

Dat de Hoge Raad in 2019 arrest moge wijzen.

mr. dr. R.P. Wijne

Wat ik wenste voor 2018...

Eind 2017 schreef ik een annotatie bij twee uitspraken. De ene uitspraak was afkomstig van de Rechtbank Oost-Brabant en de andere van de Rechtbank Limburg.[1] In beide kwesties speelde de vraag of het desbetreffende ziekenhuis de tekortkoming die was ontstaan door het gebruik van een ongeschikte medische hulpzaak bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst, toegerekend moest krijgen. Bedoelde toerekening is er een *krachtens de wet*. In artikel 6:77 BW (in samenhang gelezen met art. 6:74 BW en 6:75 BW) is als hoofdregel bepaald dat als bij de uitvoering van een verbintenis gebruik wordt gemaakt van een zaak die daartoe ongeschikt is, de tekortkoming die daardoor ontstaat de schuldenaar wordt toegerekend. Schuld, zoals het ongeschikt maken van een zaak door hem niet te onderhouden of door een zaak te gebruiken waarvan kenbaar is dat zij gebrekkig is, is voor toerekening krachtens de wet niet vereist.

Datzelfde artikel kent echter een uitzonderingsgrond die wordt ingeleid met ‘tenzij’. Toerekening vindt plaats, *tenzij dit*, gelet op inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval, *onredelijk* zou zijn. Dat toerekening onredelijk is, is een rechtsoordeel dat kan volgen op door de schuldenaar aan te voeren feiten en omstandigheden.

De Rechtbank Oost-Brabant kwam tot het oordeel dat toerekening van de tekortkoming aan het ziekenhuis krachtens de wet niet aan de orde kon zijn; de borstprothese was weliswaar ongeschikt en gebruikt bij de behandeling van de patiënt, maar toerekening was volgens de rechtbank onredelijk; de uitzondering deed zich dus voor. De rechtbank baseerde haar oordeel met name op de omstandigheid dat met de PIP-borstprothesen doelbewust gefraudeerd was. Dat de producent inmiddels failliet is en de patiënt op de producent dus geen verhaal kan halen, is niet een omstandigheid die dat oordeel anders zou kunnen maken, aldus de rechtbank. Opmerkelijk is overigens wel dat enkele overwegingen in het vonnis van de

rechtbank lijken te suggereren dat het aan de patiënt is om feiten en omstandigheden aan te dragen voor het oordeel dat toerekening redelijk is, terwijl de rechtbank begint met de overweging dat ‘de stelplicht en de bewijslast dat toerekening onredelijk is, op degene rust die zich op die uitzondering beroept, in dit geval JBZ’, het ziekenhuis dus. Dit laatste is overigens ook niet zuiver. Of de toerekening onredelijk is, is, zoals gezegd, een rechtsoordeel; de feiten en omstandigheden die tot dat oordeel nopen, moeten worden gesteld en, bij betwisting, worden bewezen.

De Rechtbank Limburg kwam daarentegen tot het oordeel dat de tekortkoming juist wel krachtens de wet aan de hulpverlener toegerekend kon worden. De rechtbank achtte voor haar oordeel doorslaggevend dat het ziekenhuis had gekozen voor een bepaalde soort en een bepaald merk V-lockdraad, waarop de patiënt geen enkele invloed had gehad. Voorts was van belang dat het ziekenhuis geacht moest worden bekend te zijn met de producent van de ongeschikte zaak en – beter dan de patiënt – in staat moest worden geacht om de gebruikte zaak te onderzoeken en jegens de producent te onderbouwen dat het een gebrekkig product betrof. Tot slot hechtte de rechtbank waarde aan het feit dat het ziekenhuis zich tegen aansprakelijkheid had kunnen verzekeren en, gelet op de bemoeienis van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar in deze zaak, zich ook daadwerkelijk van een aansprakelijkheidsverzekering had voorzien.

Twee uitkomsten dus die lijnrecht tegenover elkaar staan. En dit zijn nog maar twee uitspraken.

In het in 2015 van mijn hand verschenen artikel ‘Aansprakelijkheid van de hulpverlener voor medische hulpzaken met “een niet te onderkennen gebrek” wees ik eveneens op uiteenlopende oordelen van rechters in het kader van artikel 6:77 BW.[2] Ik begon dat artikel met de volgende samenvatting: ‘In 2014 overwoog het Gerechtshof ’s-Hertogenbosch in de PIP-borstprothese kwestie dat het redelijk zou zijn om de tekortkoming door het gebruik van de borstprothese krachtens artikel 6:77 BW aan de hulpverlener toe te rekenen.[3] In 2015 overwoog de Rechtbank Rotterdam in de MOM-heupprothese kwestie dat toerekening van de tekortkoming krachtens artikel 6:77 BW aan de hulpverlener onredelijk zou zijn.[4] De (verschillen tussen) beide uitspraken staan niet op zichzelf; al tijden toont de jurisprudentie een beeld van niet zonder meer te begrijpen tegengestelde oordelen. Het beeld roept dan ook de vraag op of de verschillen te verklaren én te rechtvaardigen zijn. Zou het bovendien niet mogelijk zijn eenduidigheid te creëren door inzicht te krijgen (of te geven) in de (voor het ene of het andere oordeel) doorslaggevende elementen? Deze vragen staan in het onderhavige artikel centraal. Beantwoording van de vragen vindt plaats door een analyse van artikel 6:77 BW en van de regels van consumentenkoop, kwalitatieve aansprakelijkheid en productaansprakelijkheid. Een analyse van het Duitse en Belgische recht dient ter vergelijking: moet Nederland het anders zien of doen?’

In het artikel gaf ik de analyse weer van tot dan toe gepubliceerde uitspraken en de dragende overwegingen voor de toepassing van de hoofdregel van artikel 6:77 BW dan wel de toepassing van de uitzondering van dat artikel. Ik concludeerde toen dat de verschillen in de oordelen verklaard konden worden door een verschillende – en soms onjuiste – visie op de rol van het ‘niet te onderkennen gebrek’ in het kader van de toerekening. Zo zou enkel *subjectieve* onbekendheid mijns inziens nooit aan toerekening in de weg mogen staan, hoewel dat soms wel het geval bleek te zijn. In geval van *objectieve* onbekendheid bij de groep van deskundige gebruikers, de hulpverleners, kan dat anders zijn, maar zou het oordeel van de (on)redelijkheid van de toerekening af moeten hangen van een weging van factoren, gezichtspunten. Factoren als genoemd in de rechtsgeleerde doctrine (keuzevrijheid (bij wie ligt die vrijheid?), de rechtszekerheid (hoe wordt deze gediend?), de vergroting van de activiteiten door het gebruik van een zaak (wie zijn activiteiten kan vergroten moet ook het risico dragen), de eenvoud van het verhaal van de risicodrager vanwege een verzekering of een contract met een leverancier of producent, de draagkracht van de schuldenaar en de omvang van de schade in relatie tot de contraprestatie van de schuldeiser en de deskundigheid van partijen) komen hiervoor in aanmerking, aldus *naast* het gegeven dat de hulpverlener het gebrek redelijkerwijs niet kon kennen. Ik betoogde dat waarde gehecht zou mogen worden aan de omstandigheid dat de hulpverlener ter uitvoering van de behandeling (doorgaans) voor de desbetreffende zaak heeft gekozen en de omstandigheid dat hij (doorgaans) verzekerd is tegen het risico van schade veroorzaakt door een gebrekkige zaak. Het feit dat de producent in het geheel geen verhaal biedt, zou eveneens een factor van belang kunnen zijn, maar geeft ook wat bedenkingen als insolventie van de producent in het geding is; insolventie van de één is doorgaans immers geen reden om aansprakelijkheid van een ander aan te nemen.

Ook in mijn proefschrift ‘Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade’ (2013) beschreef ik de vonnissen en arresten op dit terrein en betoogde ik dat een zorgvuldige weging van de gebruikelijke gezichtspunten ertoe zou moeten leiden dat in de meeste gevallen geoordeeld zou moeten worden dat toerekening van de tekortkoming aan de orde is en mitsdien doorgaans ‘gewoon’ de hoofdregel van artikel 6:77 BW van toepassing is.[5]

In de tweede druk van het gelijknamige handboek (2017) klaagde ik zelfs een beetje over het feit dat er inmiddels ook drie uitspraken waren waar bij de beoordeling van de toerekening van de tekortkoming krachtens de wet grote of zelfs doorslaggevende betekenis werd toegekend aan de omstandigheid dat de medische hulpzaak (de bekende PIP-borstprothese) een CE-keurmerk had.[6] Het betreft de uitspraken van de Rechtbank Amsterdam en de Rechtbank Limburg.[7] Het CE-keurmerk was aldus voor de rechter reden geweest om te oordelen dat toerekening van de tekortkoming onredelijk was, ook al waren er andere factoren die voor toerekening pleitten. Ik merkte op dat opmerkelijk te vinden gezien de toen en thans

nog bestaande problemen rondom de certificering en de aantoonbare zwakheden in de conformiteitsbeoordelingen die tot afgifte van het CE-keurmerk moeten leiden. Bovendien geeft de aanwezigheid van een CE-keurmerk bij onbekendheid met het gebrek in de hulpzaak geen aanvullend argument voor toerekening of de onredelijkheid daarvan, nu het in feite een onderbouwing is voor de onbekendheid met het gebrek. Onbekendheid met het gebrek is echter steeds uitgangspunt bij de toepassing van artikel 6:77 BW. Opnieuw wees ik op de gebruikelijke weging van factoren en het feit dat de hoofdregel van artikel 6:77 BW ook in medische zaken de hoofdregel is. Een uitzondering is mogelijk als de omstandigheden daartoe nopen, maar stelselmatig in medische zaken van de hoofdregel afwijken. Dit zou betekenen dat artikel 6:77 BW in deze kwesties van geen betekenis is, iets wat mijns inziens nimmer de bedoeling van de wetgever is geweest.

In verband met dit laatste en vanwege de onduidelijke, wisselende en mijns inziens soms juridisch onzuivere oordelen, sloot ik de annotatie eind 2017 dan ook af met de wens '*dat 2018 helderheid moge bieden*'.

Wat ik toen nog niet wist...

Wat ik toen nog niet wist, was dat de wens om duidelijkheid te verkrijgen inmiddels breder gedragen werd. Begin 2018 wees het Gerechtshof Den Haag een tussenarrest in een MOM-heupprothese kwestie. In dat tussenarrest formuleerde het hof, mede met het oog op het belang voor de rechtspraak, enkele prejudiciële vragen teneinde deze voor te leggen aan de Hoge Raad. Deze vragen gingen over verschillende aspecten van toerekening bij de toepassing van artikel 6:77 BW.[8] 'Helaas' voor diezelfde rechtspraak eindigde deze zaak naar verluidt met een schikking.

Wat ik eind 2017 ook nog niet wist, was dat mr. J.T. Hiemstra op 4 oktober 2018 aan de Rijksuniversiteit Groningen haar proefschrift 'De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken' zou verdedigen. Een door mij geschreven recensie van haar proefschrift wordt in januari 2019 in het *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* gepubliceerd. In het proefschrift staat de vraag centraal of, en in hoeverre, op de hulpverlener een vergoedingsplicht rust ter zake van door de patiënt geleden schade die het gevolg is van het gebruik van ongeschikte medische hulpzaken. Ter beantwoording van die vraag analyseerde Hiemstra niet alleen uitspraken van rechters op het terrein van de medische aansprakelijkheid, maar ook daarbuiten. Hiemstra beschreef voorts het Duitse, het Franse en het Engelse recht en voerde naast een rechtsvergelijkende analyse tevens een rechtseconomische analyse uit.

Wat haar conclusie ten aanzien van de aansprakelijkheid van de Nederlandse hulpverlener betreft, is het interessant te lezen dat zij van mening is dat een inspanningsverplichting an

sich niet met zich zou mogen brengen dat toerekening van de tekortkoming door het gebruik van een ongeschikte zaak onredelijk wordt geacht. Interessant om te lezen is ook dat Hiemstra concludeert dat veel rechters ter beoordeling van de toerekening op grond van artikel 6:77 BW elementen betrekken die neerkomen op een verwijtbaarheidstoets in plaats van een redelijkheidstoets. Wat haar betreft dient de waarde van deze jurisprudentie dan ook gerelativeerd te worden. Tot slot meent ook Hiemstra dat de CE-markering niet in de weg staat aan aansprakelijkheid. Afrondend concludeert Hiemstra dat een hulpverlener in beginsel aansprakelijk is voor een tekortkoming die ontstaat door het gebruik van een ongeschikte hulpzaak en dat een hulpverlener in die zin niet anders behandeld zou mogen worden dan andere schuldenaren. Het fundament daarbij is dat een schuldenaar nu eenmaal aansprakelijk mag worden geacht – ook als hem geen verwijt treft – omdat het redelijker wordt geacht de schade bij hem te leggen dan bij degene die de schade heeft geleden. De rechtsvergelijkende en rechtseconomische analyse geven steun aan deze conclusie. De toelichting op artikel 6:77 BW bij zijn totstandkoming destijds moet volgens Hiemstra als niet langer in overeenstemming met de verkeersopvattingen worden bestempeld. Slechts in enkele bijzondere gevallen zou afwijking van de hoofdregel rechtvaardig zijn.

En wat ik eind 2017 ook nog niet wist, was dat het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden op 27 november 2018 arrest zou wijzen in de kwestie over de in 1992 bij een patiënt geïmplanteerde Miragelplombe, een oculair implantaat; een arrest waarbij de raadsheren er blijk van geven de essentie van artikel 6:77 BW te begrijpen.[9]

Zo wordt duidelijk de hoofdregel weergegeven: wanneer bij de uitvoering van de verbintenis gebruik wordt gemaakt van een ongeschikte (hulp)zaak wordt de daardoor ontstane tekortkoming aan de schuldenaar, de hulpverlener, toegerekend. Vastgesteld moet dus worden dat de zaak ongeschikt is en gebruikt bij de behandelingsovereenkomst. Dat laatste stond niet ter discussie en dat de zaak ongeschikt is (dit moet de patiënt stellen en, bij betwisting, bewijzen), volgde volgens het hof (en eerder ook volgens de rechtbank) uit de omstandigheid dat de Miragelplombe door zijn samenstelling/eigenschappen kan zwellen (met mogelijke bijwerkingen, zoals oogbewegingsbeperking en sterke scleraverdunning) en kan fragmenteren bij verwijdering ervan. Aldus is het Radboudumc in beginsel ook daadwerkelijk ingevolge de hoofdregel van artikel 6:77 BW aansprakelijk, aldus het hof.

Ook wordt duidelijk overwogen dat op de hoofdregel een uitzondering mogelijk is, als toerekening, gelet op inhoud en strekking van de rechtshandeling waaruit de verbintenis voortspuit, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden van het geval, *onredelijk* zou zijn. Op die uitzondering moet dan een beroep zijn gedaan door de hulpverlener en in dit geval was dat ook zo; het Radboudumc had feiten en omstandigheden aangevoerd ter onderbouwing van zijn visie dat toerekening onredelijk zou zijn. Maar zonder

succes. Anders dan de rechtbank in het eindvonnis had geoordeeld, oordeelde het hof dat het niet onredelijk is dat deze tekortkoming aan het Radboudumc wordt toegerekend.

Het hof overwoog daartoe (vervolgens) op duidelijke en mijns inziens juiste wijze dat de medische behandelingsovereenkomst weliswaar als een inspanningsverbintenis kan worden gekwalificeerd, maar dat dit onverlet laat dat bij gebruikmaking van een hulpzaak ter uitvoering van deze inspanningsverbintenis de hulpzaak niet gebrekkig mag zijn. Artikel 6:77 BW is geschreven voor elke verbintenis en is daarmee niet beperkt tot resultaatsverbintenissen.

Dit sluit aan bij de opvatting van diverse gezaghebbende auteurs dat het menselijk lichaam niet altijd een factor is die van invloed is op de geschiktheid van de zaak en dat daarom ook een inspanningsverplichting er niet aan in de weg hoeft te staan dat de hulpverlener heeft in te staan voor de deugdelijkheid van medische hulpzaken.[10] Er is namelijk een onderscheid te maken tussen de uitvoering van de geneeskundige behandeling, waarvan wellicht het resultaat onzeker is, en de aanwending van zaken die weliswaar ter volbrenging van de geneeskundige behandeling dienen, maar op zich geen onzekerheid met zich brengen.[11]

Het hof overwoog daartoe tevens – en wederom mijns inziens terecht – dat enkel ‘onwetendheid’ over een (toekomstig) gebrek van de hulpzaak niet voldoende is om een uitzondering op de hoofdregel van aansprakelijkheid in artikel 6:77 BW te rechtvaardigen. Ik benadruk nogmaals dat artikel 6:77 BW juist geschreven is voor die situaties waarin het aan kennis aangaande een gebrek ontbreekt en dat bij objectieve onbekendheid met het gebrek een weging van factoren zal moeten plaatsvinden teneinde te beoordelen of toerekening onredelijk zou zijn. De hiervoor door mij genoemde factoren zijn de keuzevrijheid (bij wie ligt die vrijheid?), de rechtszekerheid (hoe wordt deze gediend?), de vergroting van de activiteiten door het gebruik van een zaak (wie zijn activiteiten kan vergroten moet ook het risico dragen), de eenvoud van het verhaal van de risicodragers vanwege een verzekering of een contract met een leverancier of producent, de draagkracht van de schuldenaar en de omvang van de schade in relatie tot de contraprestatie van de schuldeiser en de deskundigheid van partijen.

Ook het hof oordeelde dat ‘daarvoor’ (voor toepassing van de uitzondering dus) nog andere feiten en omstandigheden aangedragen moeten worden. De feiten en omstandigheden die het hof, mede in onderlinge samenhang bezien, in zijn oordeel betrok betreffen de verzekeringsaspecten, de omvang en aard van de schade en de draagkracht van de gelaedeerde/schuldenaar, naast het feit dat de (oog)artsen zelf hadden gekozen voor de Miragelplombe en de patiënt daarin geen enkele zeggenschap had gehad, wel letselschade heeft opgelopen en zijn schade niet meer kan verhalen op de producent. De patiënt heeft voor zijn schade bovendien geen dekkende verzekering (behoudens een

arbeidsongeschiktheidsverzekering).

Een mooi en duidelijk arrest, kortom, waarin het hof standpunt neemt en (daarmee) zelfs de weg vrijmaakt voor een oordeel van de Hoge Raad...

Wat ik nu weet en daarmee wens voor 2019...

Gezien de stand van zaken eind 2017 en terugkijkend op 2018 met een hoogtepunt aan het einde van het jaar kan ik dan ook alleen maar zeggen: 'En zo kwam het toch nog goed'.

Mijn wens voor 2019 is een schot voor open doel, maar gemeend: 'dat de Hoge Raad in 2019 een weloverwogen en zorgvuldig arrest moge wijzen dat aansluit bij de huidige verkeersopvattingen en dat de praktijk een handvat biedt'.

mr. dr. R.P. Wijne

Noten

[1] Rechtbank Oost-Brabant 22 november 2017, *GZR* 2017-0431 en Rechtbank Limburg 17 november 2016, *GZR* 2017-0382.

[2] R.P. Wijne, 'Aansprakelijkheid van de hulpverlener voor medische hulpzaken met "een niet te onderkennen gebrek"', *L&S* 2015, nr. 4.

[3] Gerechtshof 's-Hertogenbosch 25 november 2014, *JA* 2015, 7, m.nt. J.P.M. Simons.

[4] Rechtbank Rotterdam 19 augustus 2015, *ECLI:NL:RBROT:2015:6179*.

[5] R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2013.

[6] R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2017.

[7] Rechtbank Amsterdam 20 januari 2016, *GZR* 2016-0035, m.nt. R.P. Wijne; Rechtbank Amsterdam 24 mei 2017, *GZR* 2017-0231 en Rechtbank Limburg 31 mei 2017, *GZR* 2017-0229, m.nt. C.G. Versteeg. Zie in 2018 in dezelfde zin Rechtbank Gelderland 14 mei 2018, *GZR* 2018-0330.

[8] Gerechtshof Den Haag 13 februari 2018, *ECLI:NL:GHDHA:2018:166*.

[9] Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 november 2018, *GZR* 2018-0488.

[10] Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/456 en de daar genoemde literatuur; S.C.J.J. Kortmann in: *Aansprakelijkheid voor medische fouten*, Lelystad: Koninklijke Vermande 1991, p. 25-28; R.M. Schoonenberg, 'De aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen; stand van zaken', *TvGR* 1987 (maart/april), p. 81-92; E.H. Hondius, 'Produktenaansprakelijkheid in het ziekenhuis', *TvGR* 1990, nr. 7, p. 422 en A.J. Van, 'De aansprakelijkheid voor gebrekkige medische hulpmiddelen – Implanon revisited', *TVP* 2011, nr. 2, p. 44-49. Vergelijk de bewaarnemer die heeft in te staan voor de goede werking van de koelruimte: HR 28 november 1997, *NJ* 1998/168. Zie voorts voor voorbeelden in medische kwesties Gerechtshof Arnhem 27 juni 2000, *VR* 2002, 112; Rechtbank Arnhem 28 juli 2010, ECLI:NL:RBARN:2010:BN3376 en Rechtbank Breda 3 januari 2011, ECLI:NL:RBBRE:2011:BO9631.

[11] Zie in vergelijkbare zin in België: T. Vansweevelt, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis* (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu, derde druk, 1997, p. 637 en T. Vansweevelt en F. Dewallens, *Handboek gezondheidsrecht. Volume I. Zorgverleners: Statuut en aansprakelijkheid*, Antwerpen: Intersentia 2014, p. 1490-1492. In België kent men zelfs een veiligheids-resultaats-verbintenis als het gaat om gebrekkige zaken.

RECHTSPRAAK

X/Y

Een gezondheidszorgpsycholoog krijgt een waarschuwing opgelegd door het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg vanwege het niet ondernemen van actie jegens klagers met betrekking tot een eenzijdige beëindiging van een pleegcontract door het gezinshuis waar het (weekend)pleegkind van klagers verbleef. Het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg verwerpt het beroep van klagers en laat de beslissing in stand.

Feiten

Klagers zijn vanaf eind 2014 de weekend- en vakantiepleegouders geweest van G, het pleegkind. Daartoe hadden zij een overeenkomst met het gezinshuis waar G verbleef. Verweerster, gz-psycholoog, was vanaf eind mei 2016 de behandelcoördinator van G. In het contract was opgenomen dat tussentijdse eenzijdige opzegging door het gezinshuis mogelijk was, mits hierover overleg was gevoerd met klagers. Voor de komst van verweerster was in januari 2016, tijdens de eerste evaluatiebespreking, besloten de plaatsing te beëindigen. Afsproken werd dat een nadere afspraak zou worden gepland met de pleegzorgbegeleider van klagers. Dit gesprek heeft niet plaatsgevonden en pas in december 2016 heeft verweerster contact gehad met klagers over de beëindiging. Later hebben verweerster en haar collega's erkend dat de communicatie beter had gekund en is afgesproken een onafhankelijk psychodiagnostisch onderzoek uit te laten voeren bij G. Conclusie van dit onderzoek was dat het gezin van klagers geen geschikt pleeggezin meer was voor G.

Klacht

Klagers verwijten verweerster dat zij klagers niet heeft gesproken voorafgaand aan de beëindiging van de plaatsing van G en dat er geen onafhankelijk onderzoek is gedaan bij G.

Oordeel RTG

Het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (RTG) is van oordeel dat het op de weg

van verweerster (die sinds mei 2016 behandelcoördinator was) had gelegen om te controleren of de afspraken die waren gemaakt in januari 2016 door de voormalig behandelcoördinator, waren nagekomen. Het RTG is van oordeel dat verweerster op dit punt onvoldoende actie heeft ondernomen. Het RTG refereert daarbij aan de zorgvuldigheid die een gezondheidszorgpsycholoog in acht dient te nemen en aan het Pleegcontract. Wat betreft het onderzoek is het RTG van oordeel dat niet kan worden vastgesteld dat dit onderzoek onvoldoende onafhankelijk is geweest. Het RTG heeft aan verweerster de maatregel van een waarschuwing opgelegd. Klagers hebben beroep ingesteld tegen de beslissing ten aanzien van het laatste klachtonderdeel.

Oordeel CTG

Het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG) heeft het beroep verworpen, maar wel opgemerkt dat het bij beantwoording van de vraag of sprake is van een onafhankelijk onderzoek niet gaat om de onafhankelijkheid van de instelling waar het onderzoek is uitgevoerd, maar om de onafhankelijkheid van de individuele beroepsbeoefenaar die het onderzoek heeft verricht.

mr. drs. C. van der Kolk

Instantie: Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg

Datum uitspraak: 13-12-2018

ECLI: ECLI:NL:TGCTG:2018:329

Zaaknummer: c2018.203

RECHTSPRAAK

X/Y

Het Gerechtshof 's-Hertogenbosch oordeelt dat de behandeling van appellante niet voldoet aan de stand van de wetenschap en de praktijk. Indien er geen wetenschappelijk bewijs is dat een bepaalde behandeling aantoonbaar werkzaam is, komt deze behandeling in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking. Ook niet als er al andere conservatieve behandelmethoden zijn toegepast die de geneeskundige klachten van de verzekerde niet hebben verholpen.

Feiten

In eerste aanleg heeft de kantonrechter geoordeeld dat appellante onvoldoende heeft aangetoond dat de gewenste ‘niet-conservatieve’ behandelmethodes zou moeten worden vergoed door de zorgverzekeraar.

Het gaat bij deze behandelmethodes om de bestrijding van lymfoedeem, door het maken van een verbinding tussen het gestuwde lymfesysteem en het adersysteem.

Er is geen wetenschappelijk bewijs dat aantoont dat de technieken reeds geschikt zijn voor reguliere zorg.

Tegen deze uitspraak is door appellant hoger beroep ingesteld, waarbij zij als bewijs een verklaring van de behandelend arts en een aantal ‘wetenschappelijke’ artikelen inbrengt.

Oordeel

Het hof stelt voorop dat indien een verzekerde stelt dat bepaalde zorg vergoed moet worden omdat deze noodzakelijk is, als uitgangspunt dient de gelden hetgeen door de Hoge Raad is geoordeeld in het arrest van 19 december 2014 (ECLI:NL:HR:2014:3679). Het komt er – kort samengevat – op neer dat de beperking van de dekking tot het verzekerd pakket verband houdt met de betaalbaarheid van het zorgstelsel. Het doel van de wetgever is dat het verzekerde pakket betrekking heeft op de *'noodzakelijke zorg, getoetst aan aantoonbare werking,*

kosteneffectiviteit en noodzaak van collectieve financiering'. Daarbij dient onder andere te worden bepaald of een behandeling voldoet aan de 'stand van de wetenschap en de praktijk'.

Door appellante wordt in het onderhavige geval (terecht) niet bestreden dat in dat kader bij de beoordeling van de vraag of de verzochte zorg noodzakelijk is, allereerst dient te worden gekeken naar de laatste versie van de Richtlijn Lymfoedeem die is vastgesteld door de Nederlandse Vereniging voor Dermatologie en Venereologie. Uit deze richtlijn volgt dat er, ondanks dat meer dan dertig jaar lymfo-veneuze reconstructies worden toegepast, geen robuust bewijs is voor de effectiviteit van de behandeling.

Appellante doet een beroep op een literatuuroverzicht met artikelen die afkomstig zijn van de behandelend arts. Daarnaast beroept zij zich op een verklaring van deze arts. Het hof overweegt dat op grond van deze literatuur en de verklaring niet kan worden vastgesteld dat van hetgeen in de Richtlijn beschreven staat dient te worden afgeweken.

Uit de rechtspraak van de Hoge Raad volgt dat zich bijzondere omstandigheden kunnen voordoen, die bij hoge uitzondering kunnen maken dat de gewenste behandeling toch dient te worden vergoed. Naar het oordeel van het hof is in het onderhavige geval geen sprake van dergelijke bijzondere omstandigheden. Het feit dat er eerder andere behandelingen toegepast zijn, neemt niet weg dat er nog andere conservatieve behandelingen mogelijk zijn. Bovendien vloeit niet uit de richtlijn voort dat indien conservatieve behandelingen zijn uitgeput, overgegaan moet worden tot de door appellant gewenste chirurgische behandeling.

Op grond van het voorgaande bekrachtigt het hof het vonnis van de kantonrechter. Appellante wordt veroordeeld in de proceskosten.

mr. B. Wallage

Instantie: Gerechtshof 's-Hertogenbosch

Datum uitspraak: 23-10-2018

ECLI: ECLI:NL:GHSHE:2018:4335

Zaaknummer: 200.215.745_01

Advocaten: A.H.M. de Jonge en A.A.H. Zegers

Wetsartikelen: 11 Zvw

RECHTSPRAAK

Merck Sharp & Dohme B.V./Menzis, Anderzorg

De Rechtbank Gelderland heeft geoordeeld dat het door Menzis gehanteerde preferentiebeleid niet onrechtmatig is jegens Merck Sharp & Dohme (hierna: 'MSD'). De stelling van MSD dat haar geneesmiddel (een combiproduct) niet uitwisselbaar is met het preferente geneesmiddel wordt door de rechtbank niet gevolgd. Onvoldoende is komen vast te staan dat het combiproduct een groter voordeel oplevert voor de gezondheid. Het feit dat de kosten twintigmaal hoger zijn dan het gebruik van twee losse monoprodukten, maakt het aanvaardbaar dat Menzis het combiproduct 'Atozet' niet vergoedt.

Feiten

MSD is een farmaceutisch bedrijf dat onder andere het geneesmiddel Atozet in de handel brengt. Atozet is een combinatieproduct dat de werkzame stoffen ezetimibe en atorvastatine bevat in één tablet. De werking van ezetimibe en atorvastatine is vermindering van cholesterol en andere vetten in het bloed. De werkzame stoffen zijn beide ook als monoprodukt te verkrijgen.

Menzis voert een preferentiebeleid voor het monoprodukt atorvastatine en heeft per brief aan MSD bekendgemaakt ook een preferentiebeleid te gaan voeren voor het monoprodukt ezetimibe en MSD in de gelegenheid gesteld een (prijs)aanbod te doen om zo mee te dingen naar de aanwijzing van het preferent product. MSD heeft geen prijsaanbod gedaan voor het monoprodukt ezetimibe.

Op 14 juni 2018 heeft Menzis aan apothekers bericht dat vanwege het prijsverschil slechts de losse tabletten die de werkzame stoffen ezetimibe en atorvastatine bevatten, worden vergoed. Het combiproduct Atozet wordt niet langer vergoed.

Oordeel

Bij kort geding vordert MSD dat Menzis de uitsluiting van de vergoeding van Atozet zal staken en gestaakt zal houden.

Niet in geschil is dat de werkzaamheid van twee monoproducten hetzelfde is als één combiproduct Atozet, maar MSD voert aan dat er geen sprake is van uitwisselbaarheid vanwege het gebruiksgemak van Atozet en een betere therapietrouw.

In artikel 2.8 Besluit zorgverzekering (Bzv) is bepaald dat farmaceutische zorg ter handstelling omvat van bij de ministeriële regeling aangewezen geregistreerde geneesmiddelen voor zover die zijn aangewezen door de zorgverzekeraar. Zowel ezetimibe, atorvastatine als Atozet is in de ministeriële regeling opgenomen. Uit artikel 2.8 lid 3 Bzv volgt dat van alle werkzame stoffen die voorkomen in de ministeriële regeling aangewezen geneesmiddelen ten minste één geneesmiddel voor de verzekerde beschikbaar moet zijn.

Voor de stelling van MSD dat daaruit volgt dat er geen geneesmiddel is dat net zoals Atozet een combinatieproduct is van de twee werkzame stoffen ezetimibe en atorvastatine en dat Menzis derhalve Atozet niet mag uitsluiten valt onvoldoende steun te vinden in de bewoordingen van artikel 2.8 Bzv, aldus de rechtbank.

De definitie van het begrip 'onderlinge uitwisselbaarheid' is door de wetgever geconcretiseerd in artikel 2.8 Bzv en is gefixeerd op de werkzame stof die in het geneesmiddel voorkomt, wat niet onbegrijpelijk is, omdat het effect van het geneesmiddel op het lichaam door de werkzame stof wordt bepaald. Er bestaat geen aanknopingspunt voor de gedachte dat een combiproduct als niet uitwisselbaar moet worden beschouwd met twee monoproducten die dezelfde werkzame stoffen apart bezitten. Er bestaat ook geen aanknopingspunt om te oordelen dat de wetgever aan andere elementen dan de werkzame stof voor de toepassing van artikel 2.8 lid 3 Bzv betekenis heeft willen toekennen.

De rechtbank oordeelt gezien het voorgaande dat Menzis niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens MSD door vergoeding van het combiproduct uit te sluiten. Menzis heeft onbetwist aangevoerd dat de kosten van het gebruik van Atozet *twintigmaal* zo hoog zijn als de kosten voor het gebruik van ezetimibe en atorvastatine afzonderlijk. MSD heeft onvoldoende aannemelijk gemaakt dat het gebruik van Atozet qua effect op de gezondheid wezenlijk voordelen heeft boven het gebruik van ezetimibe en atorvastatine afzonderlijk. Dat MSD kosten hoeft te maken om een handelsvergunning te verkrijgen betekent niet dat Menzis gehouden is het combiproduct van MSD te vergoeden.

De conclusie van de rechtbank is dat Menzis niet onrechtmatig heeft gehandeld jegens MSD en dat de gevraagde voorzieningen derhalve niet toewijsbaar zijn. MSD wordt als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten veroordeeld.

mr. B. Wallage

Datum uitspraak:

Zaaknummer:

RECHTSPRAAK

X/Stichting Flevoziekenhuis

Circumcisie bij de zoon van cliënt wordt niet door de ziektekostenverzekering vergoed. Cliënt vordert terugbetaling van de operatiekosten bij het ziekenhuis omdat hij veronderstelde dat een andere operatie zou worden verricht, een verwijdingsplastiek. Deze ingreep wordt wel vergoed. Het ziekenhuis voert aan dat met cliënt de circumcisie is besproken. Ook zou cliënt bekend zijn met het niet vergoeden van de kosten daarvan. De Geschillencommissie Ziekenhuizen oordeelt dat het ziekenhuis toerekenbaar is tekortgeschoten in zijn informatieplicht. Het ziekenhuis had cliënt over de tarieven van deze behandeling moeten informeren. De operatiekosten dienen voor rekening van het ziekenhuis te komen.

Feiten

Cliënt treedt op als wettelijk vertegenwoordiger van zijn zoon, geboren in 2010. De zoon heeft sinds 2012 last van een te strakke voorhuid. In 2014 is bij cliënt aangegeven dat een circumcisie ter behandeling hiervan niet door de verzekeraar wordt vergoed. In 2016 is gekozen voor een operatie met een verwijdingsplastiek die wel wordt vergoed. Cliënt ging ervan uit dat deze operatie zou gaan plaatsvinden, in plaats daarvan is een circumcisie uitgevoerd. Dit werd duidelijk nadat de verzekeraar had laten weten de kosten van de uitgevoerde operatie niet te vergoeden. Cliënt voert aan dat hij en zijn partner niet door de arts tijdens een gesprek voorafgaand aan de operatie over de kosten zijn geïnformeerd. Had cliënt dat geweten dan was hij op zoek gegaan naar een goedkopere oplossing en had hij een ander ziekenhuis kunnen benaderen. Cliënt wenst dat het bedrag van € 1700 wordt kwijtgescholden, dit bedrag heeft hij bij de Geschillencommissie Ziekenhuizen (hierna: de commissie) in depot gestort.

Het ziekenhuis voert ten eerste aan dat de interne klachtenprocedure niet is gevolgd, te weten het vragen van een oordeel van het ziekenhuis via de klachtenonderzoekscommissie.

Het ziekenhuis geeft vervolgens aan dat in 2012 door cliënt van een circumcisie is afgezien omdat eerst nog naar een andere oplossing zou worden gezocht. In 2014 volgt een nieuwe verwijzing van de huisarts waarin is opgenomen dat de moeder nu wel een circumcisie wil. Tijdens het consult in 2016 is vastgesteld dat een medische indicatie hiervoor aanwezig is en wordt cliënt aangeraden contact op te nemen met de verzekering over de vergoeding van deze ingreep. Volgens het ziekenhuis kon er derhalve niet van worden uitgegaan dat een verwijdingsplastiek zou worden uitgevoerd. De circumcisie is met de familie besproken en vervolgens uitgevoerd.

Uit de mailwisseling tussen partijen blijkt dat cliënt in 2014 bekend was met het niet vergoeden van de behandeling. Ook heeft de huisarts in 2016 niet op de brief van het ziekenhuis gereageerd dat een circumcisie zou worden uitgevoerd. De ouders hadden een aanvullende verzekering kunnen afsluiten. Bij een operatie in een ander ziekenhuis zouden er ook kosten aan verbonden zijn, een kwijtschelding is daarom niet aan de orde.

Oordeel

De Geschillencommissie Ziekenhuizen (de commissie) gaat eerst in op het argument van het ziekenhuis dat de interne klachtenprocedure niet is gevolgd, omdat deze ertoe zou kunnen leiden dat de klacht van cliënt niet-ontvankelijk wordt geacht. De commissie vermeldt dat cliënt zijn klacht heeft geuit bij brief van 30 oktober 2017; hierop is schriftelijk door het ziekenhuis gereageerd. Hierop heeft cliënt weer schriftelijk gereageerd, met opnieuw een schriftelijke reactie van het ziekenhuis. Pas in het verweerschrift van 28 juni 2018 heeft het ziekenhuis vermeld dat eerst de interne klachtenprocedure doorlopen had moeten worden. De commissie stelt dat uit de schriftelijke stukken niet blijkt dat cliënt tussen 30 oktober 2017 en 28 juni 2018 op de klachtenprocedure is geweest. Het ziekenhuis had cliënt hierop tijdig moeten wijzen. De omstandigheid dat cliënt informatie hierover op de site van het ziekenhuis had moeten vinden, wordt onvoldoende geacht om anders te oordelen. De klacht wordt ontvankelijk verklaard.

De commissie geeft aan dat zij de vraag dient te beantwoorden of het ziekenhuis toerekenbaar tekort is geschoten bij de totstandkoming van de behandelingsovereenkomst ten aanzien van de zoon. Gewezen wordt op de richtsnoer Informatieverstrekking Zorgaanbieders van de NZa. Deze verplicht tot het tijdig en zorgvuldig informeren door zorgaanbieders van hun patiënten over de prestatie die geleverd gaat worden en het daarbij horende tarief. Daarnaast dient sprake te zijn van 'informed consent', waarvoor is vereist dat de arts de patiënt adequaat informeert over de inhoud en risico's van de behandeling en dat eventuele andere behandelmethoden worden besproken.

De commissie geeft aan dat uit de stukken en het besprokene tijdens de zitting onvoldoende blijkt dat cliënt heeft ingestemd met de uitgevoerde circumcisie. In het medisch dossier is bij uit te voeren beleid genoteerd 'Uitleg over circumcisie of verwijdingsplastiek. Gaat met verzekeraar overleggen' en bij bevindingen '(...) circumcisie/verwijdingsplastiek medisch noodzakelijk' en op het preoperatieve formulier staat bij soort operatie 'verwijdingsplastiek'. Hieruit blijkt niet, althans onvoldoende, dat door cliënt is ingestemd met circumcisie. De commissie acht niet uitgesloten dat er onvoldoende duidelijkheid bij cliënt was over de uit te voeren operatie. Vanwege afwezigheid van de arts tijdens de zitting heeft de commissie dit niet verder kunnen navragen. De aantekeningen van de arts en zijn verklaring in het kader van klachtbemiddeling bieden onvoldoende duidelijkheid.

De commissie wijst op artikel 38 Wmg dat zegt dat zorgaanbieders de patiënt tijdig en zorgvuldig dienen te informeren over het tarief en op artikel 4 beleidsregel TH/BR-012 dat zorgaanbieders verplicht tijdig voorlichting te geven over tarieven wanneer deze rechtstreeks met de consument worden verrekend en/of wanneer de consument daarom vraagt. In deze situatie moest cliënt zelf betalen, het was aan het ziekenhuis cliënt daarover informatie te verstrekken. Cliënt heeft weliswaar een eigen verantwoordelijkheid om zijn verzekeraar te raadplegen. Tevens heeft cliënt een eigen onderzoeksplicht naar de kosten. Echter, nu de arts de circumcisie medisch geïndiceerd achtte en wist dat naar de vergoeding geïnformeerd zou worden, had hij ten minste bij de ouders kunnen verifiëren of zij instemden met het tarief dat het ziekenhuis hanteert. Vanwege de onduidelijkheid in het dossier moet het ervoor worden gehouden dat een misverstand tussen arts en ouders over de toe te passen ingreep mogelijk was.

De commissie oordeelt dat het ziekenhuis toerekenbaar is tekortgeschoten in zijn informatieplicht; de klacht wordt gegrond verklaard. De commissie acht het verder aannemelijk dat als cliënt een juiste voorstelling van zaken had gehad, hij zich verder had kunnen oriënteren op de kosteloze verwijdingsplastiek of op tarieven die andere zorginstellingen hanteren voor een circumcisie. Deze keuzemogelijkheid is cliënt onthouden.

De commissie acht het redelijk dat de kosten van € 1700 voor rekening van het ziekenhuis komen; cliënt is dit bedrag niet verschuldigd. Het depotbedrag moet aan hem worden uitbetaald.

Daarnaast dient het ziekenhuis het door cliënt betaalde klachtengeld van € 127,50 te vergoeden.

mr. D.F.A. Kikken

Instantie: Geschillencommissie ziekenhuizen

Datum uitspraak: 06-09-2018

Zaaknummer: 116318

RECHTSPRAAK

de Goudse/Medisch Centrum Alkmaar

Een huisarts handelt niet volgens de regelen der kunst waardoor een vrouw ernstige darmschade oploopt. De verzekeraar van de huisarts, de Goudse, vergoedt de schade van de vrouw en probeert (een deel van) de schade te verhalen op het ziekenhuis. De rechtbank oordeelt echter dat de tijd die is gespendeerd in het ziekenhuis aan diagnostiek en counseling voorafgaand aan de operatie in overeenstemming is met de professionele zorgvuldigheid en bekwaamheid, nog daargelaten dat het onaannemelijk wordt geacht dat de darmschade het gevolg is van die in het ziekenhuis doorgebrachte uren.

Feiten

11 juli 2010: een vrouw meldt zich bij de huisartsenpost in Schagen met pijnklachten in de linkerlies, -zij en -heup.

12 juli 2010: de vrouw bezoekt het spreekuur van haar eigen huisarts.

15 juli 2010: de vrouw gaat op vervolgconsult bij haar eigen huisarts, de pijnklachten zijn dan vrijwel verdwenen.

19 juli 2010: de vrouw meldt zich in de ochtend met zeer heftige pijn in de buik bij haar eigen huisarts, die haar medicijnen voorschrijft.

19 juli 2010: omdat de medicijnen niet helpen, bezoekt de vrouw 's avonds de huisartsenpost in Den Helder.

20 juli 2010: de eigen huisarts bezoekt de vrouw thuis, de klachten zijn dan nog onverminderd heftig.

21 juli 2010: om 08.00 uur belt de echtgenoot van de vrouw naar de huisarts, die na een spoedvisite de vrouw doorverwijst naar het ziekenhuis.

21 juli 2010: om 12.26 uur komt de vrouw aan op de afdeling Spoedeisende Hulp, waar bloed wordt geprikt, een buikoverzichtsfoto en een echo wordt gemaakt. Omdat de diagnose onduidelijk blijft, wordt ook een CT-scan gemaakt.

21 juli 2010: om 15.30 uur is de uitslag van de CT-scan bekend: acute mesenteriale ischemie (potentieel dodelijke doorbloedingsstoornis van de darmen). De darmschade wordt irreversibel geacht en omdat de toestand van de vrouw kritiek is en de operatie riskant, wordt niet meteen geopereerd, maar worden de vrouw en haar familie door het ziekenhuis over de stand van zaken geïnformeerd.

21 juli 2010: om 17.55 uur wordt de vrouw geopereerd.

De verzekeraar van de eigen huisarts van de vrouw, de Goudse, schakelt twee deskundigen in: een vaatchirurg en een huisarts-universitair hoofddocent. Op grond van de bevindingen van de vaatchirurg erkent de Goudse aansprakelijkheid en de Goudse vergoedt de schade van de vrouw van in totaal € 440.000. De vaatchirurg concludeert in zijn rapport tevens dat het ziekenhuis verwijtbaar onzorgvuldig heeft gehandeld, waardoor een reële kans op een betere uitkomst verloren is gegaan. De Goudse vordert een verklaring voor recht dat ook het ziekenhuis hoofdelijk aansprakelijk is, alsmede veroordeling tot betaling van het aandeel in de schade evenredig met de mate waarin de aan het ziekenhuis toe te rekenen omstandigheden aan de schade hebben bijgedragen.

Oordeel

De rechtbank stelt voorop dat de norm waaraan in deze zaak moet worden getoetst de maatstaf ex artikel 7:453 BW is: heeft de hulpverlener (in dit geval de SEH-arts) de zorg van een goed hulpverlener in acht genomen en aldus gehandeld in overeenstemming met de verantwoordelijkheid die voortvloeit uit de voor hem geldende professionele standaard? Daarna omschrijft de rechtbank de vraag die voorligt: had het ziekenhuis eerder dan het heeft gedaan de diagnose AMI moeten stellen en eerder moeten opereren?

De vordering van de Goudse steunt hoofdzakelijk op het rapport van de vaatchirurg, maar de rechtbank kent aan dat rapport weinig gewicht toe. De redenen daarvoor zijn de volgende.

- Het ziekenhuis is bij de totstandkoming ervan niet betrokken geweest.
- De vaatchirurg is geen gespecialiseerd darmchirurg.
- De deskundige opinie is onvoldoende beargumenteerd.
- Het rapport is strijdig met het rapport van de huisarts-universitair hoofddocent.

- De beoordeling lijkt te zijn gedaan op basis van kennis van het beloop naderhand.

De rechtbank is van oordeel dat het ziekenhuis ten opzichte van de vrouw heeft gehandeld in overeenstemming met de hiervoor genoemde maatstaf, zowel voor wat betreft de fase die aan de diagnostiek is besteed (de vrouw kwam zonder medische informatie het ziekenhuis binnen, wat in deze procedure komt vast te staan) als voor wat betreft de tijd die na de CT-scan is gespendeerd aan de communicatie met de vrouw en haar familie. De rechtbank tekent daarbij aan dat de vraag of achteraf bezien een andere handelwijze wellicht de voorkeur had verdiend bij de beoordeling geen rol kan spelen, omdat doorslaggevend is of het gevolgde beleid uit een oogpunt van professionele zorgvuldigheid en bekwaamheid (op zijn minst) verdedigbaar was.

Ten overvloede overweegt de rechtbank nog dat, ook al zou worden uitgegaan van een onacceptabele vertraging in het ziekenhuis tussen binnenkomst en operatie, daarmee het oorzakelijk verband tussen die vertraging en de ontstane schade nog geenszins gegeven zou zijn. Op basis van het feitencomplex, onder andere de inschatting van het ziekenhuis dat op het moment van de uitslag van de CT-scan de darmschade reeds irreversibel was, welke inschatting impliciet wordt onderschreven in het rapport van de vaatchirurg, oordeelt de rechtbank het onaannemelijk dat juist de voor de operatie in het ziekenhuis doorgebrachte uren de schade van de vrouw zouden hebben veroorzaakt of daaraan in min of meer substantiële mate zouden hebben bijgedragen.

De vorderingen van de Goudse worden afgewezen.

mr. dr. R.P. Wijne

Instantie: Rechtbank Noord-Holland

Datum uitspraak: 05-12-2018

ECLI: ECLI:NL:RBNHO:2018:10456

Zaaknummer: C/15/260728 / HA ZA 17-449

Rechters: A.C. Haverkate, J.S. Reid en B. Liefing-Voogd

Advocaten: M. van der Bent en M.J.J. de Ridder

Wetsartikelen: 7:453 BW

RECHTSPRAAK

patiënt/Radboudumc

In verband met een netvliesloslating wordt een man in juli 1992 geopereerd. Bij die operatie wordt een Miragelplombe gebruikt. Uit wetenschappelijk onderzoek nadien blijkt dat dit type plombe bij sommige patiënten na verloop van tijd zwelt en fragmenteert bij verwijdering. Dat gebeurt ook bij de man en in 2006 heeft hij wederom een netvliesloslating. De man stelt het ziekenhuis aansprakelijk, onder meer omdat volgens hem sprake is van een tekortkoming door het gebruik van een ongeschikte hulpzaak ex artikel 6:77 BW. Dat de plombe ongeschikt is, vindt zowel de Rechtbank Arnhem als het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden. Maar waar de rechtbank toerekening van de tekortkoming aan het Radboudumc onredelijk achtte, oordeelt het hof dat toerekening niet onredelijk is, ook al was het Radboudumc destijds niet bekend met de ongeschiktheid van de plombe. Dat het gaat om een inspanningsverbintenis maakt dat niet anders. Ook de overige omstandigheden van het geval nopen niet tot een ander oordeel.

Feiten

Een man wordt op 6 juli 1992 geopereerd aan zijn rechteroog, waarbij ter hoogte van de netvliesscheur een Miragelplombe op de oogrok wordt gehecht. De man houdt klachten. In de loop van 2003 nemen deze klachten toe en komt hij weer onder behandeling van de oogartsen van het Radboudumc. In 2005 meldt de man zich met acute klachten bij de spoedarts van het Radboudumc. Een hechting aangebracht bij de operatie van 1992 was uit het oog gekomen. Na verwijdering daarvan wordt met de man de mogelijkheid van operatieve verwijdering van de plombe besproken. In 2006 breekt de plombe door het oogbindvlies. De man wordt gelaserd en een deel van de plombe wordt verwijderd. Tijdens een controle in september 2006 wordt een recidief netvliesloslating geconstateerd, waarop de man de volgende dag wordt

geopereerd en het netvlies wordt gedicht. In juni 2007 wordt het oog van de man gelaserd.

De man stelt in september 2007 het ziekenhuis aansprakelijk. Bij gebruik van een andere plombe zou zijn oogheelkundige conditie beter zijn geweest dan nu het geval is, is zijn stelling. De inleidende dagvaarding dateert van juli 2009. De rechtbank wijst in november 2012 de vorderingen van de man af.

Intermezzo

Het gaat hier om een langlopende, uitvoerig in rechte behandelde en juridisch veelzijdige zaak. In deze samenvatting concentreer ik mij op wat volgens mij de hoofdzaak is: behoort de tekortkoming door het gebruik van een ongeschikte medische hulpzaak – in casu de Miragelplombe – bij de uitvoering van een geneeskundige behandelingsovereenkomst het Radboudumc te worden toegerekend (hoofdregel art. 6:77 BW) of is dit onredelijk (uitzondering art. 6:77 BW), zoals het Radboudumc betoogde?

Voorafgaand aan dit arrest gelastte het hof in een tussenarrest (ECLI:NL:GHARL:2017:8577) een nadere schriftelijke toelichting door de eerder mondeling gehoorde partijdeskundige die binnen het Radboud UMC onderzoek deed naar de Miragelplombe en er een wetenschappelijk artikel over publiceerde: Crama. Naast deze partijdeskundige werd in de rechtbankfase een onafhankelijk deskundige benoemd, over de persoon waarvan partijen het eens waren: Hooymans. De door partijen voorgestelde vragen heeft de rechtbank met partijen langsgelopen en daarna geformuleerd. Hooymans heeft in het – volgens het hof goed leesbare, uitvoerige en onderbouwde – eindrapport gereageerd op de opmerkingen en vragen van partijen over het conceptrapport. Bij de beoordeling van de grieven maakt het hof gebruik van de antwoorden van deze twee deskundigen.

Oordeel

Onbekend met eigenschappen

De gronden waarop de man de aansprakelijkheid van het ziekenhuis baseert, vallen uiteen in een tekortkoming door het gebruik van een ongeschikte hulpzaak enerzijds (art. 6:77 BW) en het niet handelen als een redelijk handelend en vakbekwaam oogarts in verband met het onjuiste behandelbeleid en schending van de informatie- en dossierplicht anderzijds. Bij de beoordeling van beide grondslagen staat centraal in hoeverre het ziekenhuis in 1992 bekend was of had kunnen zijn met de eigenschappen van de Miragelplombe zoals die zich bij de man hebben gemanifesteerd. Hooymans oordeelde dat op 6 juli 1992 – de dag van de operatie – er geen enkel vermoeden bestond van de nu bekende lange termijn-complicaties van de Miragelplombe. Het hof volgt Hooymans in haar deskundige opinie en maakt haar conclusies

tot de zijne. Dat betekent dat wordt uitgegaan van de juistheid van het deskundigenbericht en van het feit dat de medische oogheekundige wereld niet bekend was en kon zijn met de eigenschappen van de Miragelplombe zoals die zich bij de man hebben gemanifesteerd.

Plombe ongeschikt?

In deze zaak is de Miragelplombe gebruikt als hulpzaak in het kader van de uitvoering van een medische behandelingsovereenkomst. Niet in geschil is dat de Miragelplombe als (hulp)zaak in de zin van artikel 6:77 BW moet worden aangemerkt. Na de inhoud van de artikelen 6:74 en 6:77 BW aangehaald te hebben, en geconcludeerd te hebben dat artikel 6:77 BW een risicoaansprakelijkheid betreft, onderzoekt het hof allereerst of de Miragelplombe ongeschikt is. Het hof stelt daarbij voorop dat, hoewel de geneeskundige behandelingsovereenkomst in beginsel als een inspanningsverbintenis wordt gekwalificeerd, dit niet eraan in de weg staat dat de gebruikte hulpzaak ter uitvoering van die verbintenis als gebrekkig kan worden gekwalificeerd als deze niet geschikt is (gebleken) voor het doel waarvoor hij is of werd gebruikt. Hooymans beschrijft in haar deskundigenrapport de late complicaties van de Miragelplombe 'in de vorm van zwelling en fragmentatie'. Naar het oordeel van het hof is de Miragelplombe door zijn samenstelling/eigenschappen, waardoor deze late complicaties van zwelling (met mogelijke bijwerkingen, zoals oogbewegingsbeperking en sterke scleraverdunning) en van fragmenteren bij verwijdering zijn opgekomen, ongeschikt gebleken. Vaststaat dat deze complicaties zich bij de man hebben voorgedaan. Het hof sluit zich aan bij de overwegingen van de rechtbank op dit punt: de Miragelplombe is ongeschikt voor het beoogde doel.

Hoofdregel: toerekening tekortkoming

Volgens de hoofdregel van artikel 6:77 BW leidt het gebruik van een gebrekkige medische hulpzaak tot een tekortkoming bij de uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst. Na dit vastgesteld te hebben, vervolgt het hof met de beoordeling van de vraag of de uitzondering op de hoofdregel van toepassing is, ofwel of – gezien de (aangevoerde) feiten en omstandigheden – toerekening van deze tekortkoming gelet op inhoud en strekking van de geneeskundige behandelingsovereenkomst, de verkeersopvattingen en de overige omstandigheden van deze zaak, onredelijk is.

Inhoud en strekking van de geneeskundige behandelingsovereenkomst

De medische behandelingsovereenkomst kan weliswaar als een inspanningsverbintenis worden gekwalificeerd, in die zin dat de arts zijn best moet doen om, zoals hier, de operatie als een redelijk bekwaam en redelijk handelend oogarts uit te voeren, doch dit laat onverlet dat bij gebruikmaking van een hulpzaak ter uitvoering van deze inspanningsverbintenis (hier: de

oogoperatie) deze hulpzaak (hier: de Miragelplombe) niet gebrekkig mag zijn. Artikel 6:77 BW is geschreven voor elke verbintenis en is daarmee niet beperkt tot resultaatsverbintenissen, aldus het hof.

De verkeersopvattingen

In de parlementaire geschiedenis is bij de totstandkoming van artikel 6:77 BW aandacht besteed aan de toerekening van ongeschikte medische hulpzaken aan het ziekenhuis bij de uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst:

‘Ten aanzien van de overeengekomen geneeskundige behandeling zal in het algemeen niet een bepaald resultaat zijn toegezegd. Niettemin zal van het ziekenhuis, van de behandelende geneesheer en van de hem assisterende personen een grote mate van zorgvuldigheid kunnen worden geëist ten aanzien van de geschiktheid van de apparatuur en de geneesmiddelen die voor de voorgenomen behandeling aangewend zullen moeten worden. Daarmee zijn immers zwaarwegende belangen betreffende leven en gezondheid van de patiënt gemoeid. Is een zodanige zorg in acht genomen, maar blijkt de zaak te falen, omdat zij door de producent daarvan in het verkeer is gebracht met een ook voor deskundige gebruikers niet te onderkennen gebrek, dan ligt naar de mening van de ondergetekende in de eerste plaats een aansprakelijkheid van deze producent voor de hand. Hij meent daarom dat het nieuwe wetboek in deze soortgelijke gevallen de mogelijkheid moet openlaten een vordering te dezer zake tegen de arts of het ziekenhuis af te wijzen. (...)’ (Parl. Gesch. Boek 6, MvA II, p. 271-272).

Naar deze parlementaire geschiedenis wordt ook kort verwezen in de Memorie van Toelichting bij het wetsvoorstel inzake de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (*Kamerstukken II 1989/90, 21561, 3, p. 43-44*): *‘Deze opvatting komt ons juist voor.’*

Over de vraag of toerekening naar verkeersopvattingen redelijk zou zijn, wordt in de literatuur en rechtspraak verschillend gedacht, al tekent zich wel een meerderheid af voor toerekening bij gebruik van een gebrekkige hulpzaak in het kader van de uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst.

In Asser 7-IV* Opdracht, nr. 456 (2014s) betoogt Tjong Tjin Tai hierover het volgende:

‘Art. 6:77 BW sluit aansprakelijkheid slechts uit indien het aansprakelijk houden onredelijk zou zijn. Er is onvoldoende grond om aan te nemen dat aansprakelijkheid voor hulpzaken bij medische hulpverleners als regel onredelijk is; zij verkeren niet zonder meer in een positie die afwijkt van andere opdrachtnemers of schuldenaren. Het standpunt van de wetgever gesteld dat het ziekenhuis als regel niet aansprakelijk is voor gebrekkige hulpzaken (Parl. Gesch. Boek 6, p. 271-272), dient

dan ook in zijn algemeenheid als achterhaald te worden beschouwd. Evenzo Sluyters, De aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, nr. 34, Deventer 1984, p. 42, Wijshoff-Vogelzang, Arts-patiënt, diss. Nijmegen 1985, hoofdstukken 23 en 25 en Kortmann, in: Aansprakelijkheid voor medische fouten, Lelystad 1991, p. 25 e.v.'

Het hof verwijst ook naar de opinies van J.T. Hiemstra, 'Ongeschikte zaken en gebrekkige producten enz', AV&S 2014/18 en R.P. Wijne in Personenschade 2040.2, waarin laatstgenoemde ook wijst op de kritiek die 'meer dan eens' in de literatuur wordt geuit op de rechtspraak en dat een uitspraak van de Hoge Raad inmiddels wenselijk lijkt.

Tot slot maakt het hof melding van het op 4 oktober 2018 verdedigde proefschrift (RUG) van J.T. Hiemstra, *De aansprakelijkheid voor ongeschikte medische hulpzaken*, waarin zij constateert dat er binnen de literatuur discussie en binnen de rechtspraak onenigheid bestaat over de vraag of toerekening bij gebruikmaking van medische hulpzaken (on)redelijk is. Zij concludeert met behulp van rechtsvergelijking met het Duitse, Franse en Engelse recht en een rechtseconomische analyse dat het risico dat voortvloeit uit het gebruik van een ongeschikte medische hulpzaak in beginsel voor rekening van de hulpverlener dient te komen. Deze onduidelijkheid omtrent wel of niet toerekenen in het licht van de parlementaire geschiedenis en de andersluidende opvattingen in de literatuur is ook gesignaleerd in het arrest van het Gerechtshof Den Haag 13 februari 2018, (ECLI:NL:GHDHA:2018:166, GZR 2018-0167) waarin dat hof heeft overwogen voornemens te zijn om hierover prejudiciële vragen te stellen aan de Hoge Raad (en deze ook formuleerde in het arrest). Na ambtshalve navraag heeft dit hof (Arnhem-Leeuwarden) vernomen dat die zaak is ingetrokken.

De overige omstandigheden van het geval

Het hof beoordeelt in dit verband een aantal gezichtspunten: het verzekeringsaspect, de omvang en aard van de schade en de draagkracht van de gelaedeerde/schuldenaar. Het hof overweegt dan dat het Radboudumc, zoals bijna ieder ziekenhuis in Nederland, een aansprakelijkheidsverzekering heeft en dat gesteld noch gebleken is dat de verzekeraar de schade door een gebrek in gebruikte (medische) hulpzaken niet zou dekken. De stelling van het Radboudumc dat bij toerekening nog vele andere claims zijn te verwachten, legt onvoldoende gewicht in de schaal om deze tekortkoming niet toe te rekenen. Als hiervan al sprake zou zijn, dan betekent dat dat ook de belangen van deze patiënten meewegen om de mogelijkheid open te houden om hun schade te verhalen als er daadwerkelijk schade is geleden als gevolg van het gebruik van de Miragelplombe. Dat het Radboudumc toentertijd niet wist dat de Miragelplombe in de toekomst gebrekkig zou blijken, ligt in het domein/de risicosfeer van het Radboudumc, nu de (oog)artsen zelf hebben gekozen voor deze plombe en

de man daarin geen enkele zeggenschap heeft gehad, wel letselschade heeft opgelopen en zijn schade niet meer kan verhalen op de producent. De man heeft voor zijn schade bovendien geen dekkende verzekering (behoudens een arbeidsongeschiktheidsverzekering).

Conclusie

In het licht van deze feiten en omstandigheden, mede in onderlinge samenhang bezien, is het hof van oordeel dat toerekening aan het Radboudumc, gelet op inhoud en strekking, de in het verkeer geldende opvattingen en de overige omstandigheden niet onredelijk is.

De man heeft gevorderd het Radboudumc te veroordelen tot schadevergoeding met verwijzing naar de schadestaat. Vilein merkt het hof op dat partijen nog nauwelijks enig debat hebben gevoerd over welke schade van de man in causaal verband staat met het gebruik van de gebrekkige hulpzaak. Maar het hof oordeelt het wel aannemelijk dat de man enige schade heeft geleden, zodat verwijzing naar de schadestaat (ex art. 612 Rv) kan plaatsvinden. Het hof vernietigt het eindvonnis van de rechtbank, doet opnieuw recht en veroordeelt het Radboudumc tot vergoeding van de schade die is opgetreden als gevolg van de voor de operatie van 6 juli 1992 gebruikte Miragelplombe.

NB

In deze zaak is zowel oud als nieuw recht van toepassing. Partijen zijn het erover eens dat het nieuwe recht in overeenstemming is met het ongeschreven oude recht, en omwille van de eenvoud wordt (al in de rechtbankfase) van nieuw recht uitgegaan.

Voor de liefhebber de overige onderwerpen waarover het hof oordeelde:

twee conclusieregel en goede procesorde;
de deskundigenbenoeming, de totstandkoming en inhoud van het rapport van Hooymans;
fair trial;
redelijk handelend en vakbekwaam oogarts;

informatieplicht en toestemmingsvereiste in 1992;
informatieplicht in 1996/1997;
informatieplicht in 2003, 2005 en 2006;
het gevoerde expectatieve beleid;
dossierplicht: opnemen merknaam Miragelplombe in medisch dossier;

causaal verband;
verkeerde bewijslastverdeling;
proceskostenveroordeling;
feitenweergave.

Naar mijn mening is hier in ieder geval opmerkenswaardig de overweging van de rechtbank, die het hof tot de zijne maakt, dat medisch-inhoudelijke overwegingen bepalend zijn voor de wijze waarop door de hulpverlener invulling moet worden gegeven aan de informatieplicht. Van andersoortige belangen, zoals de juridische verhaalspositie van een patiënt ten opzichte van een producent, hoeft de arts/het ziekenhuis zich niets aan te trekken.

mr. dr. R.P. Wijne

Zie ook: ECLI:NL:RBARN:2012:BY6606 (eerste_aanleg, eindvonnis)
en ECLI:NL:GHARL:2017:8577 (tussenarrest)

Instantie: Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden

Datum uitspraak: 27-11-2018

ECLI: ECLI:NL:GHARL:2018:10336

Zaaknummer: 200.136.030

Rechters: R.A. Dozy, S.M. Evers en I. Brand

Advocaten: Z.J. Rittersma en H. Lebbing

Wetsartikelen: 6:77 BW