

bank is dan ook van oordeel dat de inhoud van die brief niet als een concludente klacht jegens de Bank ter zake haar dienstverlening kan worden aangemerkt. Het had dan ook op de weg van X c.s. gelegen om ervoor te zorgen dat de bezwaren vervolgens binnen afzienbare tijd duidelijk concreet zouden worden aangegeven en benoemd. Echter eerst bij schrijven van 6 december 2007 (productie 24 van de dagvaarding) is daartoe overgegaan.

4.9. Op grond van bovenstaande feiten en omstandigheden in onderling verband en samenhang bezien is de rechtbank van oordeel, dat eerst bij schrijven van 6 december 2007 een beroep op een gebrek in de prestatie als bedoeld in artikel 6:89 BW is gedaan alsmede dat op dat moment de bekwame tijd die ingevolge artikel 6:89 BW aan X c.s. ter beschikking stond, uitgaande van een bekendheid met de gepretendeerde gebrekkige prestaties per september 2002, reeds was verstreken.

4.10. Verder overweegt de rechtbank nog dat geen bijzondere omstandigheden zijn gesteld of anderszins zijn gebleken in verband waarmee van X c.s. niet kon worden gevergd dat zij binnen bekwame tijd als bedoeld in artikel 6:89 BW een beroep op het vermeende gebrek in de prestatie deden. De door X c.s. opgeworpen suggestie dat Santema (waarschijnlijk) heeft gewacht met het entameren van een procedure vanwege financiële problematiek waarmee het bedrijf kampte is daartoe onvoldoende.

4.11. Door niet tijdig te protesteren hebben X c.s. alle rechten en bevoegdheden die aan hen op grond van de gestelde gebrekkigheid van de overeengekomen prestatie ten dienste stonden verloren. Dit betekent dat de vorderingen van X c.s. zullen worden afgewezen.

4.12. Vorenstaande brengt mee dat de overige stellingen van X c.s. en verweren van de Bank geen bespreking meer behoeven.

4.13. X c.s. zullen als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van de Bank worden begroot op:

- vast recht € 4.938,=
 - salaris advocaat € 5.160,= (2 punten x tarief € 2.580,=)
- Totaal € 10.098,=

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt X c.s. in de proceskosten, aan de zijde van de Bank tot op heden begroot op € 10.098,= te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 14 dagen na datum van dit vonnis,

5.3. verklaart dit vonnis voor wat betreft de veroordeling in de proceskosten uitvoerbaar bij voorraad.

Medische aansprakelijkheid

60

Gerechtshof 's-Hertogenbosch

9 februari 2010, nr. HD 200.006.399, LJN BL4904
(mrs. De Groot-van Rijken, Vermeulen, Wabeke)
Noot R.W.M. Giard

Complicatie operatieve ingreep. Medische aansprakelijkheid. Informatieplicht behandelaar.

[BW art. 6:162, 7:448 lid 1, 7:453]

Een 55-jarige man ondergaat wegens chronische ontstekingen van diens neusbijholten een operatieve ingreep, waarbij door de KNO-arts ontstekingspoliepen uit die aangedane bijholten verwijderd zullen worden en ook het neustussenchoot zal worden rechtgezet. Tijdens die verrichting ontstaat een bloedingscomplicatie, waardoor het tegen het operatiegebied aangelegene rechter oog wordt getroffen. Ondanks pogingen die bloeding te stelpen en inspanningen de gevolgen ervan voor het oog te beperken, leidt dit probleem uiteindelijk tot blijvende blindheid van dat oog.

De gelaedeerde stelt zijn behandelaar niet alleen aansprakelijk voor de ontstane schade maar poneert tevens dat de arts jegens hem tekort is geschoten wat betreft diens informatieplicht. De Rechtbank Maastricht wijst beide stellingen van de hand. Hiertegen wordt door de gelaedeerde beroep ingesteld met als grieven (1) dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de wijze waarop de KNO-arts gereageerd heeft op de bloeding niet als onzorgvuldig kan worden gekwalificeerd en (2) dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat de

behandelaar patiënt niet nadrukkelijk op de risico's van blindheid behoefde te wijzen.

Het hof heeft wat betreft de eerste grief nog behoefte aan deskundige voorlichting en wil inzage in het vooralsnog in het dossier ontbrekende operatieverslag. De tweede grief wordt door het hof verworpen, vooral omdat het een uiterst zeldzame complicatie is en er geen reëel alternatief bestond.

[Appellant] te [plaats],
appellant,
advocaat: mr. R.J.H. van den Dungen,
tegen
het rechtspersoonlijkheid bezittende [X] Medisch Centrum te [vestigingsplaats],
geïntimeerde,
advocaat: mr. Ph.C.M. van der Ven.

1. *Het geding in eerste aanleg (zaaknr. 120433/HA ZA 07-553)*
(...; red.)

2. *Het geding in hoger beroep*
(...; red.)

3. *De gronden van het hoger beroep*
(...; red.)

4. *De beoordeling*

4.1. Het gaat in dit hoger beroep om het volgende.

4.1.1. Op 31 januari 2005 heeft [appellant], geboren 4 februari 1950, in het [X] te Brunsum een operatie ondergaan. De operatie, uitgevoerd door [persoon 1] (verder: [persoon 1]), KNO-arts, betrof een septumcorrectie en verwijdering van bijholtepoliepen aan beide zijden in zijn neus. Tijdens de operatie is een orbitabloeding (rechts) ontstaan. [Persoon 1] heeft dat tijdens de operatie (door uitpuiling van het rechteroog) geconstateerd en heeft met spoed [persoon 2], oogarts (verder: [persoon 2]) erbij geroepen. Op 2 februari 2005 is [appellant] in de locatie [locatie 1] van [X] gezien door [persoon 3], oogarts (verder: [persoon 3]), die een ernstige visusstoornis aan het rechteroog constateerde. [Persoon 3] heeft [appellant] doorverwezen naar de neuroloog en de chirurg in de locatie [locatie 2] van [X]. Daar is een MRI-scan gemaakt. Uiteindelijk heeft de complicatie geleid tot blindheid aan het rechteroog van [appellant].

4.1.2. [Appellant] heeft het [X] bij brief van

1 april 2005 aansprakelijk gesteld voor een gebrekkige informatieverschaffing voorafgaand aan de operatie en de (onjuiste behandeling van de) tijdens de ingreep ontstane bloeding, waardoor hij schade heeft geleden.

4.1.3. Bij brief van 13 mei 2005 heeft de verzekeraar van [X], CentraMed, aan [appellant] bericht dat zij de zaak in onderzoek zullen nemen.

4.1.4. Op 6 juni 2005 heeft een schaderegelaar van CentraMed [appellant] bezocht.

Na een brief van de advocaat van [appellant] aan CentraMed in juli 2006 heeft CentraMed bij brief van 10 november 2006 bericht dat er geen sprake is geweest van medisch onzorgvuldig handelen zodat aansprakelijkheid werd afgewezen.

4.1.5. Op verzoek van [appellant] heeft de verzekeringsarts [persoon 4] van MediThemis het dossier van [appellant] bestudeerd. Deze concludeert in een brief van 19 januari 2007 aan de advocaat van [appellant] dat er wat het ontstaan van de bloeding betreft geen sprake van verwijtbaarheid aan de zijde van de KNO arts is, maar dat hij wel kritiek heeft op de genomen therapeutische maatregelen. Naar zijn mening had direct een zgn. epicanthotomie (ontlastende incisie door de weke delen van het oog) moeten plaatsvinden, waardoor de visus van het oog waarschijnlijk behouden was gebleven. Gezien de extreme zeldzaamheid van blindheid na een dergelijke ingreep kan volgens [persoon 4] de KNO-arts niet verweten worden dat hij daarvoor niet heeft gewaarschuwd.

4.1.6. De advocaat van [appellant] heeft het verslag van [persoon 4] bij brief van 25 januari 2007 aan CentraMed gezonden, onder mededeling dat [appellant] erbij blijft dat [X] aansprakelijk is en dat hij rechtsmaatregelen zal treffen, als CentraMed de aansprakelijkheid van [X] niet erkent.

CentraMed heeft daarop bij brief van 8 februari 2007 geantwoord dat dit niet leidt tot een wijziging van hun standpunt.

4.1.7. Een patiëntenfolder van [X], uitgave 1 februari 2004, over "Endoscopische neusbijholten chirurgie" vermeldt onder het kopje "Risico's":

Zoals bij iedere operatie is er een zeker risico verbonden aan de ingreep. De specifieke risico's betreffen letsels aan bloedvaten, zenuwen, de oogkas met de oogspieren en oogzenuw en

de schedelbasis. Indien er tocht complicaties mochten optreden, is herstel bijna altijd mogelijk. Reuk en smaak keren vaak langzaam terug, soms pas na maanden, doch blijven in een aantal gevallen definitief weg.

4.1.8. [Appellant] is eerder in 1969 en 1998 aan zijn neus geopereerd.

Hij ontvangt vanaf 1989 een WAO-uitkering naar 80-100% arbeidsongeschiktheid.

4.2.1. [Appellant] heeft [X] bij exploitatie van 8 juni 2007 gedagvaard en gevorderd te verklaren voor recht dat [X] aansprakelijk is voor de door hem geleden en te lijden schade ten gevolge van de neusoperatie, en een voorschot gevorderd van € 10.000,= althans een door de rechtbank ex aequo et bono te bepalen bedrag als voorschot op de materiële en immateriële schade, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 31 januari 2005 althans de dag der dagvaarding, met veroordeling van [X] in de kosten van de procedure.

4.2.2. [Appellant] heeft zijn vordering in de eerste plaats gebaseerd op een onzorgvuldige behandeling door [persoon 1] van de tijdens de operatie opgetreden complicatie en in de tweede plaats op onvoldoende voorlichting voorafgaand aan de operatie, aangezien hij niet voor het risico van blindheid is gewaarschuwd.

4.2.2. Nadat de rechtbank een comparitie van partijen had gelast, die op 6 november 2007 heeft plaatsgevonden, heeft de rechtbank de vordering van [appellant] bij vonnis van 20 februari 2008 afgewezen en hem in de proceskosten veroordeeld.

De rechtbank heeft daarbij overwogen dat de wijze waarop [persoon 1] op de bloeding heeft gereageerd – volgens [persoon 1]: door het aanbrengen van een sneetje aan de binnenzijde van de rechteroogkas, het afzuigen van bloed en het terugduwen van het bot van de oogkaswand richting zeebeenholte – niet als onzorgvuldig kan worden gekwalificeerd. [Persoon 1] had (aldus heeft hij verklaard ter comparitie) kort tevoren een cursus gevolgd waar deze methode werd aanbevolen. Dat deze methode wetenschappelijk verantwoord was blijkt volgens de rechtbank ook uit twee door [X] aan [appellant] gezonden publicaties over decompressie bij een dergelijke bloeding. Wat betreft de informatieplicht van [X] heeft de rechtbank overwogen dat de rechtsplicht tot informeren toeneemt naarmate de kans op het risico gro-

ter is. Nu de kans op deze complicatie kennelijk zeer gering was, [persoon 1] heeft gesteld dat hij de operatie wel duizend keer zonder deze complicatie heeft uitgevoerd, en in de ook aan [appellant] ter beschikking gestelde folder over risico's wordt gesproken, acht de rechtbank de informatievoorziening in dit geval in overeenstemming met de zeer geringe kans op een complicatie met als gevolg blindheid.

4.3.1. De eerste grief van [appellant] is gericht tegen de afwijzing van de grondslag onzorgvuldig handelen bij het optreden van de bloeding tijdens de operatie, en de tweede grief tegen de afwijzing van de grondslag dat [appellant] tevoren onvoldoende is geïnformeerd.

Onzorgvuldig handelen tijdens de operatie?

4.3.2. [Appellant] onderbouwt zijn stelling met het advies van zijn medisch adviseur [persoon 4] (vgl. r.o. 4.1.5). Hij stelt verder dat in het dossier geen enkele aanwijzing is te vinden dat [persoon 1] de door hem bij de comparitie beschreven methode om het oog te ontlasten, bij de operatie van [appellant] daadwerkelijk heeft toegepast noch dat [persoon 1] dit tijdig en zorgvuldig heeft gedaan. De rechtbank heeft dat, alsmede de wetenschappelijke betrouwbaarheid van de methode en de cursus waar [persoon 1] dat aanbevolen zou hebben gekregen, volgens [appellant] ten onrechte op de enkele verklaring van [persoon 1] aangenomen. [X] heeft niet voldaan aan haar dossierplicht (art. 7:454 BW) en daarmee niet aan haar verzwaarde stelplicht, hetgeen volgens [appellant] consequenties moet hebben.

De rechtbank is bovendien volledig voorbijgegaan aan het verzoek om een deskundigenbericht te gelasten.

4.3.3. [X] stelt zich (in de conclusie van antwoord en de daaraan vrijwel woordelijk gelijke memorie van antwoord) op het standpunt dat er geen sprake is van een verwijtbare tekortkoming. [Persoon 1] heeft zorgvuldig gehandeld zoals door de rechtbank in het vonnis is overgenomen.

4.3.4.1. Het hof overweegt het navolgende.

In beginsel rust op [appellant] de last te bewijzen dat [X] jegens hem onzorgvuldig heeft gehandeld. [X] dient [appellant] feitelijke gegevens te verschaffen die voldoende ter zake dienend en concreet zijn om [appellant]

aanknopingspunten voor die bewijslevering te verschaffen.

In dat verband heeft [appellant] onder meer zijn medisch dossier overgelegd, zoals hij dat naar het hof aanneemt van [X] gekregen zal hebben.

Het is het hof echter opgevallen dat het operatieverslag van 31 januari 2005 bij die stukken ontbreekt. In het medisch dossier bevinden zich van die dag enkele pagina's verslag van (kennelijk) de anesthesist, een verpleegkundig verslag van na de operatie en een bladzijde met "operatiekameractiviteiten" waarop een aantal codes staan vermeld en de tijden van de operatie, maar geen verslag van hetgeen tijdens de operatie is voorgevallen.

4.3.4.2. Zonder dat verslag kan echter geen beoordeling van het handelen van [persoon 1] gegeven worden. Het hof laat thans in het midden bij wie de oorzaak van het ontbreken van dat stuk ligt en gaat ervan uit dat dat stuk zich nog bij [X] bevindt. Het hof verzoekt [X] het volledige operatieverslag bij de eerstvolgende gelegenheid in het geding te brengen. Indien dit verslag in een onleesbaar handschrift geschreven zou zijn verzoekt het hof [X] daarvan een getypte versie bij te voegen.

4.3.4.3. Het hof heeft in elk geval behoefte aan deskundige voorlichting over de vraag of [persoon 1] bij de behandeling van de tijdens de operatie van [appellant] optredende orbita-bloeding heeft gehandeld als een goed hulpverlener, dat wil zeggen of hij die zorg heeft betracht die een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot in dezelfde omstandigheden op dat moment zou hebben betracht.

De aan de deskundige te stellen vragen zal het hof formuleren na ontvangst en bestudering van het volledige operatieverslag.

4.3.4.4. Het hof zal de stukken weer in handen van partijen stellen zodat zij zich erover kunnen uitlaten of met benoeming van één deskundige kan worden volstaan, welke deskundige(n) en met welk specialisme zij benoemd zouden willen zien en welke vragen zij aan de deskundige(n) zouden willen voorleggen.

Het hof verzoekt partijen onderling overleg te plegen en zo mogelijk met een eensluidend voorstel over de perso(o)n(en) van de te benoemen deskundige(n) te komen.

4.3.4.5. De verdere beoordeling van grief 1 wordt aangehouden.

Onvolledige informatie?

4.4.1. [Appellant] stelt dat er met hem nooit over gesproken is dat blindheid een gevolg kon zijn van de operatie. De enige complicatie die hem genoemd is, is een blauw oog, en een wat lacherige opmerking van [persoon 1] over het raken van de hersens. De folder van [X] heeft hij niet ontvangen. Bovendien is uit die folder voor een leek niet duidelijk dat met risico op oogzenuwletsel blindheid aan een oog kan zijn bedoeld; daarbij wordt immers vermeld dat herstel vrijwel altijd mogelijk is. Blindheid is een zodanig zwaar gevolg dat daar uitdrukkelijk op gewezen had moeten worden. Als [appellant] op de hoogte was geweest van het risico van blindheid had hij de operatie nimmer ondergaan; bij de comparitie is namens [appellant] gezegd dat [appellant] dan ernstig zou hebben getwijfeld of hij de operatie zou ondergaan. Het was volgens [appellant] een niet noodzakelijke ingreep.

4.4.2. [X] stelt dat een arts de patiënt over exceptionele risico's niet hoeft te informeren en dat in dit geval [persoon 1] aan [appellant] de patiëntenfolder heeft meegegeven. Er dient bovendien causaal verband te zijn tussen de (gebrekkige) informatie en de gestelde schade, aldus [X].

4.4.3. Het hof overweegt het navolgende.

De informatieplicht van de arts (art. 7:448 lid 1 BW) strekt ertoe de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor een behandeling zal geven. Bij de beantwoording van de vraag of deze patiënt, als hij goed was voorgelicht, van behandeling zou hebben afgezien, is van belang hoe groot het risico was, hoe de situatie zich zou hebben ontwikkeld zonder behandeling, of er redelijkerwijs minder risicovolle behandelingen waren en wat daarvan de kans op succes was (HR 23 november 2001, NJ 2002, 386).

4.4.4. Het hof zal er veronderstellenderwijs van uit gaan dat [appellant] de folder niet heeft ontvangen, en dat [persoon 1] [appellant] niet heeft gezegd dat blindheid aan een oog een complicatie bij de operatie van [appellant] kon zijn.

Dat [persoon 1] dat niet heeft gezegd, staat overigens wel vast.

[Appellant] heeft niet betwist dat een bloeding in de oogkas een uiterst zeldzame complicatie van sinuschirurgie is (o.a. brief van de eigen

medisch adviseur van [appellant], [persoon 4], van 19 januari 2007). [Persoon 4] spreekt hier van een “extreme zeldzaamheid van blindheid”. Evenmin is weersproken dat het incidentierisico van deze complicatie zeer ver beneden 1% ligt (cva sub 17).

[Appellant] heeft evenmin betwist dat [persoon 1] in 2005 al 18 1/2 jaar ervaring had met deze operatie, dat hij deze zo'n duizend keer eerder had uitgevoerd en dat zich daarbij nog nooit een dergelijke complicatie had voorgedaan.

Verder leidt het hof uit het medisch dossier af dat er redelijkerwijs geen alternatief was voor deze operatie. Vanaf 1968 had [appellant] immers al last van recidiverende neusobstructieklachten. In een brief van de huisarts aan de KNO-arts [persoon 5] van 22 juni 1994 is sprake van een “therapieresistente sinusitis”. In een brief van de huisarts van 12 maart 1997 aan [persoon 1] is sprake van een “recidief sinusitis maxillaris” (bovenkaakholte ontsteking). In 2004 kreeg [appellant] opnieuw klachten, waarbij medicatie niet tot verbetering leidde. Uit het “formulier voor poliklinisch pre-operatief onderzoek” dat zich in het medisch dossier bevindt, is opgenomen dat [appellant] een matige gezondheid had, samenhangend met voorhoofdsholte en slechte adem, en dat hij last had van kortademigheid door verkoudheid. Er kan op grond van deze gegevens naar het oordeel van het hof niet gezegd worden dat de ingreep niet noodzakelijk was.

Onder deze omstandigheden is [appellant] naar het oordeel van het hof niet onvoldoende geïnformeerd over de ingreep, ook al zou de uitermate zeldzame complicatie van blindheid niet aan hem genoemd zijn.

Grief 2 wordt mitsdien verworpen.

Schade

4.5.1. [Appellant] stelt dat zijn schade daarin bestaat dat hij beperkingen ondervindt bij dagelijkse activiteiten als werk, huishouding, hobby's en autorijden. Hij heeft depressieve klachten en is onzeker geworden. Hij heeft een jaar lang geen auto durven rijden en heeft toen extra reiskosten gemaakt. Voor zijn andere oog heeft hij een verzekering afgesloten. Hij maakt kosten voor hulp bij huishoudelijke taken. Daarnaast heeft hij buitengerechtelijke kosten gemaakt. Het smartengeld wegens het

verlies van een oog stelt hij op een bedrag van € 22.000,= tot € 26.000,=.

4.5.2. [Appellant] vordert een verklaring voor recht en een voorschot op de schadevergoeding van € 10.000,=.

In het geval dat het hof zou oordelen dat [X] aansprakelijk is, kan de schade naar het oordeel van het hof in deze procedure worden vastgesteld. [Appellant] dient zijn schade in dat geval te onderbouwen met bewijsstukken.

5. De uitspraak

Het hof:

stelt de stukken weer in handen van partijen en bepaalt dat de zaak zal worden opgeroepen ter rolle van dinsdag 9 maart 2010 voor akte aan de zijde van [X] met betrekking tot het bepaalde in r.o. 4.3.4.2 en 4.3.4.4, waarop [appellant] bij antwoordakte zal kunnen reageren.

NOOT¹

1. Juridische problemen oplossen met *Ockhams scheermes*

Juridische beslissers zijn probleemoplossers en de logische eerste fase van dat proces is het identificeren van het probleem, het nauwkeurig omschrijven daarvan en het uitstippelen van een route naar de mogelijke oplossing. Bij medische aansprakelijkheid staat centraal dat we op een zo objectief mogelijke wijze de gebeurtenissen willen verklaren en beoordelen. De best mogelijke wijze om dat doel te bereiken is een rationeel proces dat zich vanzelfsprekend afspeelt binnen een juridische context. Juridisch redeneren en rationeel problemen oplossen dienen dus ineen gevlochten te worden. Wie de bovenstaande casus leest, krijgt de indruk dat het centrale probleem is of de KNO-arts de tijdens de ingreep ontstane complicatie wel juist heeft aangepakt. We zijn altijd geneigd de oorzaak van een calamiteit aan een handelende persoon toe te schrijven, de persoonsattributie, en veronachtzamen daardoor veelal de rol van de omstandigheden, de situ-

1. Met dank aan Siewert Lindenbergh voor diens commentaren op een eerdere versie van dit artikel.

ationele attributie.² Een systematisch onderzoek vraagt dus dat niet alleen het handelen van de actor wordt onderzocht, maar dat ook de typerende omstandigheden van het geval aandacht moeten krijgen. Maar bij zowel het vonnis van de rechtbank als het arrest van het hof komen de situationele factoren niet expliciet aan bod en moet alleen de vraag beantwoord worden of de KNO-arts zich onzorgvuldig heeft gedragen.

De Rechtbank Maastricht werkt in het vonnis twee kwesties uit.³ Ten eerste of de KNO-arts een fout heeft gemaakt tijdens het uitvoeren van de operatie en ten tweede of het ziekenhuis eiser nadrukkelijk op het risico van blindheid had moeten wijzen. Het hof hanteert dezelfde problemen op grond van de gestelde grieven. Aanleiding voor het geding is het optreden van een complicatie tijdens de ingreep met dramatische afloop voor de patiënt: kan dat de behandelaar redelijkerwijs worden toegerekend? De rechtbank stelt dat bij beantwoording van de eerste vraag onderscheid gemaakt kan worden tussen het optreden van de bloeding en de maatregelen die de KNO-arts daarop heeft genomen. Vervolgens richt de aandacht zich uitsluitend op de pogingen die werden ondernomen om de schade van de bloedingscomplicatie te beperken zonder dat dit wordt beaurgumenteed.

De probleemoriënterende fase start met divergent denken om alternatieve verklaringen van wat er met deze patiënt gebeurde te genereren, daarna pas komt het convergente stadium. De aanpak van deze casuspositie is vooral op één punt gericht en heeft daarom veel weg van het toepassen van Ockhams scheermes, het bewust weglaten van alle onnodige ingewikkelheden om bij de eenvoudigste verklaring uit te komen.⁴ Maar is dat in dit geval ook juist? De

rechtbank stelt de vraag of de KNO-arts een fout heeft gemaakt bij het *uitvoeren* van de operatie. Was dat, conform art. 7:453 BW, de zorg van een goed hulpverlener? Complicaties kunnen een kwestie van pech zijn maar ook het gevolg van onzorgvuldig handelen – soms gaan die twee hand in hand.

De gewenste “brede” en dus methodische normatieve beoordeling van de gang van zaken vraagt, zonder daarin de onwelkome afloop te betrekken, beschouwing vanaf het initiële moment van de zorgvraag, het onderzoek, de indicatiestelling voor de operatieve ingreep (ook van belang voor de nog te bespreken kwestie van de informatieverzorging), de praktische voorbereiding daarvan, de uitvoering, de aanpak van de complicatie en de controle op de effectiviteit daarvan. Die logische aanpak om de gebeurtenis in die keten te plaatsen vindt men niet terug, noch bij de rechtbank, noch bij het hof. Het te onderzoeken probleem is echter complexer dan het lijkt, reden genoeg om Ockhams scheermes maar liever niet te hanteren. In het licht van het bovenstaande vraagt het thema van complicaties nog enige nadere beschouwing.

2. Hoe bekwaam is deze chirurg?

Prestaties van artsen – en dus het risico op door hen veroorzaakte schade – worden bepaald door drie k’s: karakter, kennis en kundigheid. Dat laatste aspect, vaardigheid, speelt zeker een belangrijke rol bij de beoordeling van snijdende specialisten, want hun kwaliteit wordt sterk bepaald door hun chirurgisch-technische competenties.⁵ Als gesteld wordt dat de KNO-arts een fout heeft gemaakt bij het uitvoeren van een operatie, dan ligt daaraan de vooronderstelling van vermijdbaarheid – en dus verwijtbaarheid – ten grondslag. Hoe moeten we dat nu beoordelen? De frequentie waarmee een bepaalde complicatie als een wondbloeding of -infectie optreedt, blijkt tussen instellingen en ook individuele zorgverleners sterk te kunnen variëren en daaraan liggen verschillende oorzaken ten grondslag, waaronder verschillen in bekwaamheid van de operateur. Hoe verhoudt zich deze problematiek tot het leer-

2. Zie daarover I. Giesen, ‘Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking’, in: W.H. van Boom e.a. (red.) *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 181-208.
3. Rb. Maastricht 20 februari 2008, nr. 120433/HA ZA 07-553.
4. Genoemd naar William of Ockham (1284-1349), Engels geestelijke en wijsgeer die de maxime poneerde dat men niet meer entiteiten moet aandragen dan strikt noodzakelijk is.

5. R.M. Satava, A.G. Gallagher, C.A. Pellegrini, ‘Surgical competence and surgical proficiency: definitions, taxonomy, and metrics’, *Journal of the American of Surgeons* 2003 vol. 196, p. 933-937.

stuk van onnodige gevaarstelling? Het is voorstelbaar dat de ene operateur slechts zelden met een complicatie te maken krijgt terwijl de ander in dezelfde situatie juist frequent daarmee van doen heeft. Hoe en wanneer trekken we de juridische streep tussen een redelijk en een onzorgvuldig handelend vakgenoot? We zouden dat kunnen doen aan de hand van resultaten van zorg en dan zou er idealiter enige betrouwbare informatie voorhanden dienen te zijn over de frequentie van ongewenste uitkomsten van de specialist. Bij het hof verweert de KNO arts zich door te melden dat hij gedurende ruim 18 jaar meer dan 1000 van deze ingrepen had verricht zonder deze ernstige complicatie (r.o. 4.4.4). Blindheid door een bloeding is inderdaad zeldzaam en daarom is het bijna ondoenlijk daarvoor te normeren wanneer dat nog aanvaardbaar is.

Een andere meer vruchtbare benadering is werkprocestoetsing en daarbij dient onderzocht te worden of er een juiste indicatie bestond voor deze ingreep, of er adequate voorbereiding had plaatsgevonden, onder meer door het gedetailleerd in kaart brengen van de aangedane bijholten met behulp van gedetailleerde radiodiagnostische onderzoeken (een CT- of een MRI-scan), op welke wijze en met welke apparatuur de ingreep werd gedaan, hoe de controle tijdens de ingreep was op eventuele complicaties en hoe er werd opgetreden toen de bloeding werd geconstateerd. Dat is de taak van een deskundig beroepsgenoot en dit staat nog te gebeuren, want de rechtbank volstond met de opinies van verzekeringsartsen. Het is in het belang van KNO-artsen dat hun beroepsvereniging zich inspant om te protocolleren welke informatie er nodig is om objectief en stelselmatig over een individuele kwestie als deze te kunnen oordelen.

3. *Informed consent*

Zowel de rechtbank als het hof maakt weinig woorden vuil aan de kwestie van het toestemmingsvereiste. Deze noodlottige complicatie is zo uitzonderlijk, zo stelt de rechtbank (r.o. 3.6) en later ook het hof (r.o. 4.4), dat niet nadrukkelijk op het risico van blindheid behoefde te worden gewezen. Is het proces van *informed consent* voldoende concreet te normeren?⁶ Is de kans op een complicatie de zwaarst wegende factor? En hoe hoog moet voor de vaststelling van de normschending dat percentage

dan zijn? Kansschattingen hangen onder meer af van de kenmerken van de groep waarbinnen die relatieve frequenties worden vastgesteld. De kans op een complicatie is steeds voorwaardelijk want die hangt van meerdere factoren af, waaronder leeftijd, sekse, medische voorgeschiedenis, medicijngebruik etc. Bij deze patiënt gaat het om de kans op blindheid *gegeven* diens leeftijd, de kwaliteiten van diens operateur, de ziekte-ernst, het eventueel gelijktijdig bestaan van andere ziekten en geneesmiddelengebruik. Zo'n kans is dus nimmer een natuurconstante zoals het vriespunt van water op zeeniveau. De soms opduikende grens van 1% is niet empirisch te verantwoorden en dus heerlijk arbitrair en verdient het daarom niet gebruikt te worden. Onder meer het High Court of Australia⁷ heeft duidelijk gemaakt dat hoe ernstiger het gevolg, des te belangrijker de informatie. Uiterst zeldzame complicaties van een frequent uitgevoerde ingreep zoals blindheid, verlamming of hersenbeschadiging verdienen dus expliciet genoemd te worden. De beroepsgroep van KNO-artsen geeft dat zelf ook aan. In een onderzoek noemt driekwart van ondervraagde specialisten expliciet de kans op blindheid bij het bespreken met hun patiënten over de gevaren van sinusoperaties, ook al is die kans erg klein.⁸

Een belangrijk aspect bij het leerstuk van de *informed consent* is welke keuzevrijheid er bestaat in een gegeven situatie. Het hof vindt dat er redelijkerwijs geen alternatief was. Maar daarover is wel degelijk discussie mogelijk, zeker in aanmerking nemende dat deze patiënt al zeer lang klachten had, dat eerdere ingrepen waren verricht zonder blijvend resultaat en dat de aard van deze ziekte niet levensbedreigend was.

6. R.W.M. Giard, 'Informed consent: van juridische naar medische praktijk – en weer terug!', in: W.H. van Boom e.a. (red.) *Gedrag en privaatrecht. Over gedragspresumpties en gedragseffecten bij privaatrechtelijke leerstukken*. Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2008, p. 103-127.
7. Rogers v. Whitaker (1992) 175 CLR 479 F.C. 92/045.
8. Zie N.K. Chadha et al., 'Consent processes in common nose and throat procedures', *The Journal of Laryngology & Otology* 2003 vol. 117, p. 536-539.

4. Conclusie

De afloop van de ingreep is voor zowel de patiënt als voor de KNO-arts dramatisch. De klacht van de gelaedeerde moet vanzelfsprekend zorgvuldig én systematisch worden onderzocht. In deze procedure wordt het handelen naar mijn mening maar marginaal getoetst. Complicaties van operatief ingrijpen staan vaker op de rol. Het beantwoorden van de juridische vraag wanneer een complicatie van een snijvend specialist wel of niet getuigt van onzorgvuldigheid is minder eenvoudig dan het lijkt. Het voorkomen en voorkómen van ongewenste verwickelingen tijdens en na ingrepen vraagt eerst nader medisch onderzoek, waarvan de resultaten zich ook zullen vertalen in een betere patiëntveiligheid. Dat kan vervolgens een normering opleveren die transparant en juridisch bruikbaar kan zijn.

R.W.M. Giard
 universitair hoofddocent, sectie burgerlijk recht
 Erasmus Universiteit Rotterdam en klinisch patholoog
 Maasstad Ziekenhuis Rotterdam

lijk bekwaam oogarts in dezelfde omstandigheden zou hebben betracht. Het oogziekenhuis heeft ter staving van haar verweer een in gezamenlijk overleg met X ingewonnen advies van een deskundige overgelegd. X tekent bezwaar aan tegen de gebondenheid aan het advies, omdat hij ten tijde van het inwinnen van het advies er niet mee bekend was dat de betreffende deskundige met de oogarts gezamenlijk een artikel heeft gepubliceerd en dat zij samen op dezelfde afdeling hebben gewerkt. De rechtbank acht het bezwaar tegen het advies gegrond wegens de vermeende partijdigheid van de deskundige en oordeelt dat op voorstel van partijen een nieuwe deskundige zal worden benoemd. De kosten voor deze deskundige zullen door X dienen te worden voorgeschoten omdat hij de bewijslast draagt. Hiertoe overweegt de rechtbank onder meer dat het beroep op de omkeringsregel niet opgaat, nu uit de thans beschikbare informatie niet is komen vast te staan dat de oogarts in strijd met een (veiligheids)richtlijn heeft gehandeld. De rechtbank beslist X de mogelijkheid te geven zich uit te laten over een nieuw te benoemen deskundige en houdt iedere verdere beslissing aan.

X te Hilversum,
 eiser,
 advocaat: mr. M.F. Hartman,
 tegen
 de stichting *Stichting Het Oogziekenhuis Rotterdam* te Rotterdam,
 gedaagde,
 advocaat: mr. E.J. Wervelman.

1. *Het verloop van het geding*
 (...; red.)

2. *Het geschil*

X vordert – na wijziging van eis – om, bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad:

“1. de stichting het Oogziekenhuis Rotterdam voornoemd te veroordelen tot betaling van een schadevergoeding aan eiser ten bedrage van € 12.500,= (zegge: twaalfduizend vijfhonderd euro) ter compensatie van de door hem geleden immateriële schade, tot betaling van de daarover verschuldigde wettelijke rente tot 1 oktober 2008 ten bedrage van € 7.278,= (zegge: zeven duizend tweehonderd acht en zeventig euro), te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 1 oktober 2008 tot aan de dag der voldoening, althans van een door de rechtbank in goede justitie te bepalen

61

Rechtbank Rotterdam
 13 januari 2010, nr. 318700/HA ZA 08-2755, LJN
 BL4343
 (mr. Bouwman)

Medische aansprakelijkheid. Onafhankelijke deskundige. Bewijslast eiser. Deskundigenrapport.

[BW art. 6:74]

Tijdens de laserbehandeling van het rechteroog van X stagneert de microkeratoom. De behandelend oogarts besluit de operatie desalniettemin door te zetten. Als gevolg van de operatie houdt X last van een storend beeld aan het rechteroog en stelt hij zowel materiële als immateriële schade te lijden. X stelt het oogziekenhuis aansprakelijk voor zijn schade op de grondslag dat deze toerekenbaar tekort is geschoten in de nakoming van de behandelingsovereenkomst. De vraag die centraal staat is of de oogarts de zorg heeft betracht die een rede-