

Causaliteitsonzekerheid bij een gebrek aan *informed consent*



UNIVERSITEIT VAN AMSTERDAM

J.M. Potjer

Masterscriptie Gezondheidsrecht

Scriptiebegeleider: mr. dr. R.P. Wijne

28 juni 2021

Abstract

Op grond van art. 7:448 BW is de arts verplicht om de patiënt in te lichten over de risico's die zijn verbonden aan de voorgestelde behandeling. Wanneer de arts dit nalaat en deze risico's verwezenlijken zich, ziet de patiënt zich geconfronteerd met onvoorziene schade. De arts is enkel aansprakelijk voor deze schade indien de patiënt kan aantonen dat hij van de behandeling had afgezien wanneer hij wel goed was geïnformeerd door de arts. Het bewijs hiervoor is voor de patiënt zeer lastig te leveren. In de praktijk wordt een schending van de informatieplicht door de arts daarom slechts zelden civielrechtelijk gesanctioneerd. Dit is met het oog op het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt onwenselijk. Om die reden is in dit onderzoek onderzocht in hoeverre binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht tegemoet kan worden gekomen aan patiënten bij het aantonen van het bestaan van een causaal verband tussen een schending van de informatieplicht, als bedoeld in art. 7:448 BW, en de geleden schade.

Er is aandacht besteed aan een zestal (bewijsrechtelijke) constructies, te weten de keuze van de rechter voor een subjectieve of een objectieve benadering van de beoordeling van het causaal verband, de verzwaarde stelplicht, de omkeringsregel, het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid, de leer van het verlies van een kans en de vergoeding van integriteitsschade. Deze constructies zijn aan de hand van literatuur en jurisprudentie volgens een vaste structuur onderzocht. Allereerst is iedere constructie in algemene zin beschreven. Vervolgens is bezien of de constructie reeds is of wordt gebruikt ter verlichting van de bewijsnood van de patiënt. Tot slot is beoordeeld, mede in het licht van de literatuur daaromtrent, in hoeverre de constructie kwalificeert als geschikt middel om de patiënt tegemoet te komen in diens bewijsnood.

Geconcludeerd is dat met name de leer van het verlies van een kans en de vergoeding van integriteitsschade kwalificeren als middelen die door de patiënt gebruikt kunnen worden ter verlichting van diens bewijsnood. Daarnaast is gebleken dat deze constructies slechts in zeer beperkte mate worden aangewend door zowel de patiënt als de rechter. Het onderzoek sluit daarom af met de aanbeveling dat zowel de patiënt als de rechter zich bewuster wordt van de mogelijkheden die bestaan om te komen tot een (gedeeltelijke) schadevergoeding na een schending van de informatieplicht door de arts.

INHOUDSOPGAVE

I. INLEIDING

§ 1.1 Zelfbeschikkingsrecht en informed consent

§ 1.2 Sanctionering schending informatieplicht middels het aansprakelijkheidsrecht

§ 1.3 Probleemstelling en methode

II. NEDERLANDS BEWIJSRECHT

§ 2.1 Stelplicht en bewijslast

§ 2.2 Vrije bewijsleer

§ 2.2.1 Bewijs door alle middelen

§ 2.2.2 Vrije bewijswaardering

§ 2.3 Vereiste mate van zekerheid

III. TEGEMOETKOMINGEN IN DE BEWIJSNOOD VAN DE PATIENT IN HET NEDERLANDSE AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

§ 3.1 Objectieve of subjectieve benadering bij de beoordeling van het causaal verband

§ 3.1.1 Preferabele benadering

§ 3.1.2 Toepassing lagere rechtspraak

§ 3.1.3 Conclusie

§ 3.2 Verzwaarde stelplicht

§ 3.2.1 Algemene opmerkingen

§ 3.2.2 Discussie in literatuur

§ 3.2.3 Toepassing in de rechtspraak

§ 3.2.4 Conclusie

§ 3.3 Omkeringsregel

§ 3.3.1 Algemene opmerkingen

§ 3.3.2 Toepassing omkeringsregel bij schending van de informatieplicht

§ 3.3.3 Discussie

§ 3.3.4 Conclusie

§ 3.4 Proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans

§ 3.4.1 Inleiding

§ 3.4.2 Algemene opmerkingen proportionele aansprakelijkheid

§ 3.4.3 Algemene opmerkingen verlies van een kans

§ 3.4.4 Onderlinge verhouding van de leerstukken

§ 3.4.5 Toepasbaarheid proportionele aansprakelijkheid

§ 3.4.6 Toepasbaarheid leer van de kansschade

§ 3.4.7 Belgisch recht

§ 3.4.8 Conclusie

§ 3.5 Vergoeding integriteitsschade

§ 3.5.1 Algemene opmerkingen

§ 3.5.2 Ontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad

§ 3.5.3 Toepasbaarheid op schending van de informatieplicht

§ 3.5.4 Het EBI-arrest

§ 3.5.5 Conclusie

IV. AFSLUITENDE OPMERKINGEN

§ 4.1 Conclusie

§ 4.2 Aanbevelingen

I. INLEIDING

§ 1.1 Zelfbeschikkingsrecht en informed consent

Het zelfbeschikkingsrecht wordt zowel op nationaal als internationaal niveau beschouwd als een van de belangrijkste pijlers onder het stelsel der grondrechten.¹ Kort gezegd ziet het zelfbeschikkingsrecht op de eenieder toekomende mogelijkheid tot het inrichten van diens leven op een wijze die hem of haar goeddunkt.² Hoewel het zelfbeschikkingsrecht niet letterlijk is terug te vinden in een Nederlandse wet, wordt het recht middels verscheidene wetsbepalingen wel degelijk juridisch gewaarborgd.³ Zo beschermt art. 10 van de Grondwet (Gw) het recht op eerbiediging van de persoonlijke levenssfeer en art. 11 Gw het recht op onaantastbaarheid van het lichaam. Ook de internationale rechtsorde bevat bepalingen die hun grondslag vinden in de algemene notie van het zelfbeschikkingsrecht. Daarbij kan worden gedacht aan art. 8 van het Europees Verdrag van de Rechten van de Mens (EVRM), waarin het recht op eerbiediging van het privé-leven is neergelegd.

Het recht op zelfbeschikking speelt een grote rol binnen de gezondheidszorg. Op grond van art. 7:450 Burgerlijk Wetboek (BW) kan een hulpverlener enkel verrichtingen uitvoeren in het kader van een medische behandeling indien de patiënt daar toestemming voor heeft gegeven. Daarnaast verplicht art. 7:448 BW de hulpverlener tot het geven van alle informatie die de patiënt nodig heeft om tot een geïnformeerde keuze te komen over het al dan niet ondergaan van een medische behandeling. De genoemde artikelen tezamen worden ook wel het principe van *informed consent* genoemd,⁴ en hebben tot doel de patiënt in staat te stellen zijn zelfbeschikkingsrecht uit te oefenen.⁵ Gesteld kan worden dat *informed consent* aan de basis staat van de rechten van de patiënt die zijn neergelegd in Boek 7, titel 7, afdeling 5, van het Burgerlijk Wetboek.⁶

Illustratief voor het belang dat gehecht wordt aan *informed consent* is de meest recente wijziging van art. 7:448 BW. Aan lid 1 van dit artikel is toegevoegd dat de patiënt dient te

¹ Leenen e.a. 2020, p. 56.

² Hendriks e.a. 2013, p. 19.

³ Hendriks e.a. 2013, p. 36.

⁴ Wijne 2013, p. 141.

⁵ HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, r.o. 3.5.3.

⁶ Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/418; Leenen e.a. 2020, p. 113.

worden ingelicht op een wijze die ‘past bij zijn bevattingsvermogen’.⁷ Daarnaast is een bepaling (lid 3) toegevoegd op grond waarvan de hulpverlener verplicht is zich op de hoogte stellen van de situatie en behoeften van de patiënt.⁸ Deze wijzigingen zijn gemaakt in het kader van de door overheid gewenste verschuiving van een beslissingsmodel waarin het advies van de hulpverlener leidend is, naar een model dat de nadruk legt op de wensen van de patiënt.⁹ Dit laatste wordt ook wel ‘shared decisionmaking’ genoemd.¹⁰ Met de hierboven beschreven wetswijzigingen wordt het *informed consent* principe nog steviger verankerd in het domein van de gezondheidszorg.

§ 1.2 Sanctionering schending informatieplicht middels het aansprakelijkheidsrecht

Nu is vastgesteld dat veel waarde wordt gehecht aan de informatieplicht van de arts als bedoeld in art. 7:448 BW en het daarmee samenhangende toestemmingsvereiste van art. 7:450 BW, rijst de vraag in hoeverre deze rechten van de patiënt daadwerkelijk gewaarborgd zijn. Indien deze rechten geschonden worden, kan de patiënt een schadevergoeding vorderen bij de civiele rechter op grond van art. 6:74 BW of art. 6:162 BW.¹¹ In lijn met de hoofdregel van art. 150 Rv, dient de patiënt in beide gevallen aan te tonen dat de hulpverlener een fout heeft gemaakt, dat hij schade heeft geleden en dat een causaal verband bestaat tussen de fout van de hulpverlener en de geleden schade.¹²

De Hoge Raad heeft in 2001 een belangrijk arrest gewezen waarin onder meer duidelijk wordt wat de hierboven beschreven eisen in de praktijk betekenen voor een patiënt die een hulpverlener aansprakelijk wil stellen wegens het niet voldoen aan het vereiste van *informed consent*.¹³ Eiseres in deze zaak leed aan kifoscoliose, een ernstige aandoening aan de wervelkolom, als gevolg waarvan zij een verminderde longfunctie had. Gedaagde, een orthopedisch chirurg, adviseerde eiseres een operatieve behandeling aan de wervelkolom te ondergaan. Eiseres stemde hiermee in en onderging de door verweerder voorgestelde behandeling. Na afloop van de operatie werd duidelijk dat eiseres een totale dwarslaesie heeft opgelopen. Gedaagde was bekend met het aan de behandeling verbonden risico op

⁷ *Stb.* 2019, 224, p. 1.

⁸ *Stb.* 2019, 224, p. 2.

⁹ *Kamerstukken II* 2017/18, 34994, nr. 3, p. 3.

¹⁰ Leenen e.a. 2020, p. 116.

¹¹ *Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2018/450.

¹² *Asser/Sieburgh 6-IV* 2019/35.

¹³ HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963.

ruggenmergbeschadiging, maar had verzuimd eiseres hierover in te lichten. Vast staat dat gedaagde hiermee zijn informatieplicht heeft geschonden en aldus een fout heeft gemaakt.¹⁴ Tevens staat vast dat eiseres schade heeft geleden.¹⁵ De aansprakelijkstelling van verweerder loopt echter spaak op het vereiste causaal verband tussen de fout en de geleden schade. Hiervoor dient eiseres namelijk te bewijzen dat zij had afgezien van de voorgestelde behandeling of een andere behandeling had gekozen indien zij wel op de juiste wijze was geïnformeerd. De Hoge Raad achtte eiseres niet geslaagd in dit bewijs.¹⁶

Het feit dat een patiënt bij een vermeende schending van de informatieplicht moet aantonen dat hij had afgezien van de behandeling of voor een andere behandeling had gekozen indien hij wel goed was geïnformeerd, past volkomen in het systeem der wet. Als de patiënt immers hoe dan ook de behandeling had doorgezet, ook wanneer hij wel op de juiste wijze was ingelicht, ontbreekt het causaal verband tussen de schending van de informatieplicht van de hulpverlener en de geleden schade. Toch maakt dit vereiste dat een schending van de informatieplicht zelden leidt tot een aansprakelijkstelling van de hulpverlener. De patiënt moet namelijk bewijzen wat hij in een puur hypothetische situatie - waarin hij wel goed was ingelicht - had gedaan.¹⁷ Dit is logischerwijs een zeer lastige exercitie, eens te meer nu het afzien van een behandeling dikwijls gezondheidsschade met zich brengt en het dus onaannemelijk is dat een patiënt, ware hij goed ingelicht, de behandeling niet had doorgezet. Bovenstaande omstandigheden kunnen tot gevolg hebben dat een patiënt wiens recht op informatie is geschonden en die wel degelijk voor een andere behandeling had gekozen of van de behandeling had afgezien indien dit recht gerespecteerd was, dit niet kan aantonen en dientengevolge ten onrechte met lege handen komt te staan.

§ 1.3 Probleemstelling en methode

Geconcludeerd moet worden dat patiënten die schade hebben geleden als gevolg van een schending van de informatieplicht in de zin van art. 7:448 BW en deze schade willen verhalen op de hulpverlener, in bewijsnood verkeren. Een dergelijke aansprakelijkstelling slaagt dan ook maar zelden.¹⁸ Dit is, gelet op het eerder besproken belang dat gehecht wordt aan het

¹⁴ HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, r.o. 3.1.

¹⁵HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, r.o. 3.1.

¹⁶ HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, r.o. 3.5.5.

¹⁷ Hendrix & Akkermans, *TvGR* 2007/7, p. 501.

¹⁸ De Ridder 2009, p. 67 .

zelfbeschikkingsrecht en het daaruit voortvloeiende principe van *informed consent*, een onwenselijke constatering. Om die reden dient gezocht te worden naar mogelijkheden om deze patiënten tegemoet te komen in hun bewijsnood. De hoofdvraag van dit onderzoek luidt dan ook:

Op welke wijze, en in hoeverre, kan binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht tegemoetgekomen worden aan patiënten bij het aantonen van het bestaan van een causaal verband tussen een schending van de informatieplicht als bedoeld in art. 7:448 BW en de geleden schade?

Ter beantwoording van deze vraag wordt eerst in het tweede hoofdstuk het juridisch kader geschetst dat van toepassing is op de aansprakelijkheid van een hulpverlener wegens schending van de informatieplicht. Meer specifiek wordt kort ingegaan op het Nederlandse bewijsrecht.

In het derde hoofdstuk wordt vervolgens een zestal (bewijsrechtelijke) constructies besproken die binnen het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht gebruikt kan worden om de bewijsnood van benadeelden te verlichten, zijnde de keuze van de rechter voor een subjectieve of een objectieve benadering van de beoordeling van het causaal verband, de verzwaarde stelplecht, de omkeringsregel, het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid, de leer van het verlies van een kans en de vergoeding van integriteitsschade. Aan de hand van literatuur en jurisprudentie wordt volgens een vaste structuur onderzocht in hoeverre deze constructies kunnen worden toegepast om tegemoet te komen in de bewijsnood van de patiënt bij de aansprakelijkstelling van de arts wegens schending van de informatieplicht. Hiertoe wordt iedere constructie allereerst in algemene zin beschreven. Vervolgens wordt bezien of de constructie reeds is of wordt gebruikt ter verlichting van de bewijsnood van de patiënt. Tot slot wordt beoordeeld, mede in het licht van de literatuur daaromtrent, in hoeverre de constructie kwalificeert als geschikt middel om de patiënt tegemoet te komen in diens bewijsnood.

II. NEDERLANDS BEWIJSRECHT

Aangezien in dit onderzoek een aantal bewijsrechtelijke constructies onderzocht wordt die in de bewijsnood van de patiënt tegemoet kan komen, zijn enkele algemene opmerkingen over het Nederlandse bewijsrecht op zijn plaats. In dat kader wordt kort ingegaan op de stelplicht en bewijslast (§2.1), de vrije bewijsleer (§2.2), en de vereiste mate van waarschijnlijkheid (§2.3). Dit ter duiding van de in het vervolg van het onderzoek te behandelen constructies.

§ 2.1 Stelplicht en bewijslast

Zoals in de inleiding reeds kort benoemd is de hoofdregel van het Nederlandse bewijsrecht neergelegd in art. 150 Wetboek Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Dit artikel luidt als volgt:

‘De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.’

Uit deze bepaling vloeit impliciet de stelplicht voort.¹⁹ De stelplicht houdt in dat iedereen die een civiele procedure begint en zich aldus beroept op bepaalde rechtsgevolgen, de feiten die aan deze rechtsgevolgen ten grondslag liggen, moet stellen. Indien de wederpartij deze feiten voldoende betwist, komt op de eisende partij tevens de bewijslast te rusten. Dit betekent dat het aan eiser is om bewijs te leveren voor het door hem gestelde.²⁰ De partij op wie de stelplicht en bewijslast rust, draagt doorgaans ook het bewijsrisico.²¹ Het bewijsrisico wordt van belang wanneer het voor de rechter niet duidelijk is geworden of de gestelde feiten zich daadwerkelijk hebben voorgedaan. In een dergelijk geval is sprake van een *non liquet*. De rechter kan dan op grond van art. 26 Rv niet weigeren een beslissing te nemen. De rechter zal daarom de feiten die aan een vordering ten grondslag liggen als niet bewezen bestempelen en de vordering dientengevolge afwijzen. De nadelige gevolgen van een *non liquet* komen dus voor rekening van de partij die het bewijsrisico draagt.²²

¹⁹ Giesen 2001, p. 10

²⁰ Pitlo/Hidma & Rutgers 2014, nr. 33.

²¹ Asser *Procesrecht/Asser* 3 2017/272.

²² Asser *Procesrecht/Asser* 3 2017/283.

§ 2.2 Vrije bewijsleer

§ 2.2.1 Bewijs door alle middelen

In art. 152 Rv is de vrije bewijsleer neergelegd. De inhoud van dit leerstuk is tweeledig.²³ Allereerst dicteert de vrije bewijsleer, blijkens art. 152 lid 1 Rv, dat levering van bewijs kan geschieden door alle middelen. Het staat de partij op wie de bewijslast rust dus vrij om te bepalen welke middelen hij gebruikt om zijn stelling te bewijzen. De wetgever heeft voor dit open systeem gekozen om te voorkomen dat bewijsmiddelen die in de toekomst, ten gevolge van technologische ontwikkelingen, beschikbaar worden, pas in het geding kunnen worden gebracht als zij zijn opgenomen in de wet.²⁴ In de praktijk wordt met name een beroep gedaan op schriftelijke documenten en verklaringen van getuigen en van deskundigen, alsmede op beeldmateriaal in de vorm van foto's of video's.²⁵

§2.2.2 Vrije bewijswaardering

Het tweede kenmerkende aspect van de vrije bewijsleer ziet op de waardering van de rechter van het geleverde bewijs. Op grond van art. 152 lid 2 Rv is de waardering van het bewijs aan het oordeel van de rechter overgelaten. Dit betekent dat de rechter steeds, met inachtneming van de omstandigheden van het geval, vrij is om te bepalen of hij de (betwiste) stellingen van de partij op wie de bewijslast rust, bewezen acht, of dat de wederpartij in het leveren van tegenbewijs geslaagd is.²⁶ Deze benadering heeft tot doel de rechter zoveel mogelijk in staat te stellen de materiële waarheid te achterhalen.²⁷ De vrijheid van de rechter in zijn waardering van het bewijs kan, gelet op de tenzij-formule van art. 152 lid 2 Rv, slechts beknot worden door wettelijke bepalingen die voorschrijven op welke wijze bepaalde bewijsmiddelen gewaardeerd dienen te worden.²⁸ Zo schrijft art. 157 Rv bijvoorbeeld voor dat authentieke akten dwingend bewijs opleveren. Op grond van art. 151 Rv is de rechter verplicht om de inhoud van een dwingend bewijsmiddel als waar aan te nemen.

²³ De Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid (BPP nr. XI) 2011/2.4.5.*

²⁴ Rutgers, Flach & Boon, *Parl. Gesch. Bewijsrecht* 1988, p. 50.

²⁵ *Asser Procesrecht/Asser 3 2017/152.*

²⁶ Rutgers, Flach & Boon, *Parl. Gesch. Bewijsrecht* 1988, p. 59

²⁷ Rutgers, Flach & Boon, *Parl. Gesch. Bewijsrecht* 1988, p. 59

²⁸ *Asser Procesrecht/Asser 3 2017/257*

§2.3 Vereiste mate van zekerheid

In het verlengde van de hierboven beschreven vrije bewijsleer kent het civiele recht geen vastomlijnde maatstaf aan de hand waarvan de rechter kan bepalen of hij de betwiste stellingen van partijen bewezen acht. Vast staat in ieder geval dat niet vereist is dat de rechter overtuigd moet zijn dat de stellingen op de waarheid berusten. Dit is anders in het strafrecht, waar de rechter op grond van art. 338 Wetboek van Strafvordering overtuigd moet zijn geraakt dat de verdachte het ten laste gelegde feit heeft begaan. In het civiele recht wordt in het algemeen aangenomen dat de rechter een redelijke mate van zekerheid moet hebben over het bestaan van de gestelde feiten. Ook wordt wel gesproken van het vereiste dat de te bewijzen feiten in voldoende mate zijn komen vast te staan.²⁹

Giesen stelt dat op basis van deze maatstaf ongeveer 75 procent zekerheid vereist is over de te bewijzen feiten.³⁰ Hoewel de subjectiviteit van de bewijswaarderingsmaatstaf daarmee niet wordt weggelaten, 75 procent zekerheid betekent immers niet voor iedere rechter hetzelfde, is het verbinden van een percentage aan de maatstaf niettemin waardevol ter indicatie. Wanneer de rechter dus voor 75 procent zeker is dat de gestelde feiten zich daadwerkelijk hebben voorgedaan, kan hij overgaan tot een bewezenverklaring van de desbetreffende stelling. Daarmee bestaat een kans van 25 procent dat stellingen ten onrechte voor waar worden aangenomen. Dit wordt als een acceptabel risico gezien. Indien de rechter namelijk iedere vordering zou afwijzen bij de minste twijfel over de te bewijzen feiten, zou voorbij worden geschoten aan het doel van het civiele recht, zijnde rechtvaardige conflictbeëindiging.³¹

²⁹ De Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid* (BPP nr. XI) 2011/5.4.

³⁰ Giesen 2001, p. 59.

³¹ *Asser Procesrecht/Asser 3* 2017/264.

III. TEGEMOETKOMINGEN IN DE BEWIJSNOOD VAN DE PATIENT IN HET NEDERLANDSE AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

In dit hoofdstuk wordt een zestal mogelijkheden tot tegemoetkoming in de bewijsnood van benadeelden besproken. Aan bod komen achtereenvolgens de keuze van de rechter voor een objectieve of subjectieve beoordeling van het causaal verband (§ 3.1), de verzwaarde stelplicht (§3.2), de omkeringsregel (§3.3), het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid en de leer van de verloren kans (§3.4) en vergoeding van integriteitsschade (§3.5). Hierbij staat telkens de vraag centraal in hoeverre een tegemoetkoming zich leent voor zaken waarin patiënten hun arts aansprakelijk stellen voor de schade die zij geleden hebben door een schending van de informatieplicht van de arts.

§ 3.1 Objectieve of subjectieve benadering bij de beoordeling van het causaal verband

§3.1.1 Algemene opmerkingen

Uit hetgeen besproken in paragraaf 2.1 volgt dat het aan de patiënt is om te stellen en, indien door de arts betwist, te bewijzen dat een causaal verband bestaat tussen de schending van de informatieplicht van de hulpverlener en de door de patiënt geleden schade. Zoals in paragraaf 1.2 gesteld, dient de patiënt in het kader van het aantonen van een causaal verband te bewijzen dat hij, wanneer hij wel op de juiste wijze was ingelicht, voor een andere behandeling had gekozen of van de behandeling had afgezien. In het reeds aangehaalde arrest uit 2001 heeft de Hoge Raad aandacht besteed aan de wijze waarop de rechter kan beoordelen of de patiënt van de behandeling zou hebben afgezien:

‘Uit hetgeen hiervoor in 3.5.4 is overwogen vloeit voort dat [eiseres] ingevolge de hoofdregel van art. 177 Rv. moest stellen en, zo nodig, bewijzen dat zij, indien zij op duidelijke wijze was ingelicht over het risico van dwarslaesie of andere vormen van ruggenmergbeschadiging verbonden aan de voorgestelde behandeling, als redelijk handelende patiënt in de gegeven omstandigheden niet gekozen zou hebben voor deze behandeling, te weten het vierdelige behandelplan, en/of dat zij om redenen van persoonlijke aard niet voor deze behandeling zou hebben gekozen.’³²

³² HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, r.o. 3.5.5.

Uit deze overweging kunnen drie maatstaven gedistilleerd worden die de rechter kan aanleggen bij de beoordeling van het causaal verband tussen de schending van de informatieplicht en de geleden schade. Allereerst kan de rechter opteren voor een objectieve benadering. Hierbij is leidend wat een redelijk handelend patiënt in een vergelijkbare situatie had gedaan. Daarnaast kan de rechter kiezen om het bestaan van een causaal verband te beoordelen aan de hand van de vraag wat de patiënt in kwestie, in het licht van diens persoonlijke omstandigheden, gedaan zou hebben indien hij wel goed was ingelicht. Dit kwalificeert als een subjectieve benadering. Tot slot staat het de rechter vrij om, blijkens de keuze van de Hoge Raad voor de zinsnede ‘en/of’, te kiezen voor een combinatie van de objectieve en de subjectieve benadering. Overigens noemt de Hoge Raad in het vervolg van het arrest enkele factoren die meegewogen dienen te worden bij de beoordeling van een causaal verband. Dit betreft de vraag hoe groot het risico was op de inmiddels opgetreden complicatie, hoe de situatie zich zou hebben ontwikkeld als was afgezien van de behandeling en of er andere, minder risicovolle, behandelingen voor toepassing in aanmerking kwamen.³³ Deze factoren zijn met name van belang indien wordt geopteerd voor een objectieve benadering. Of de Hoge Raad daarmee ook zijn voorkeur voor deze benadering uitspreekt, is niet duidelijk.

De keuze van de rechter voor een objectieve of subjectieve benadering kan van invloed zijn op de kans van slagen van de aansprakelijkstelling van de arts wegens schending van de informatieplicht. Ruw genomen kan gesteld worden dat hoe subjectiever de rechter het causaal verband tussen de schending van de informatieplicht en de geleden schade toetst, hoe groter de kans op een geslaagde aansprakelijkstelling van de arts is. Hoe meer gewicht immers wordt toegekend aan de persoonlijke omstandigheden van de patiënt, hoe beter de patiënt aannemelijk kan maken dat hij van de behandeling had afgezien indien hij goed was ingelicht, zelfs als een redelijk handelend patiënt dit hoogstwaarschijnlijk niet had gedaan. Door te kiezen voor een subjectieve benadering kan de rechter dus tegemoetkomen aan de patiënt. In het vervolg wordt, aan de hand van de literatuur, onderzocht of de subjectieve benadering ook de preferabele optie is. Vervolgens wordt bezien welke benadering in de lagere rechtspraak wordt toegepast. In de conclusie wordt tot slot antwoord gegeven op de vraag in hoeverre met de keuze voor een objectieve of subjectieve benadering, mede in het licht van de lagere rechtspraak, daadwerkelijk tegemoet kan worden gekomen aan de patiënt.

³³ HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, r.o. 3.5.5.

§3.1.2 Preferabele benadering

In de literatuur wordt al geruime tijd aandacht besteed aan de vraag welke van de hierboven beschreven maatstaven de rechter dient aan te leggen bij de beoordeling van het causaal verband.³⁴ Een subjectieve benadering heeft als voorname voordeel dat hiermee het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt optimaal wordt gewaarborgd. De essentie van het zelfbeschikkingsrecht is immers dat het de patiënt vrij staat om bepalen welke keuzes aangaande zijn medische behandeling hij maakt, óók, of zelfs juist, als een redelijk handelend patiënt deze keuzes wellicht niet gemaakt zou hebben.³⁵ Daarbij kan ter illustratie gedacht worden aan een patiënt die vanwege religieuze overtuigingen bloedtransfusie weigert. Een redelijk handelend patiënt zou deze keuze, gezien de duidelijke gezondheidsvoordelen, nooit maken. Dit neemt niet weg dat het eenieder, uit hoofde van diens zelfbeschikkingsrecht, volkomen vrij staat om vanwege persoonlijke omstandigheden, in dit geval in de vorm van geloofsovertuigingen, tot een dergelijke afwijkende keuze te komen.³⁶ Hoe meer de persoonlijke omstandigheden worden meegewogen in de beoordeling van het causaal verband, zoals bij de subjectieve benadering het geval is, hoe meer het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt dus in acht wordt genomen.

Toepassing van louter de subjectieve benadering stuit echter op de nodige bezwaren. Deze bezwaren vinden hoofdzakelijk hun oorsprong in het feit dat bij de subjectieve benadering de getuigenis van de patiënt het belangrijkste bewijsmiddel vormt.³⁷ De betrouwbaarheid van deze getuigenis is bij voorbaat discutabel, aangezien de patiënt zich ervan bewust is dat hij enkel kans maakt op een schadevergoeding indien hij zich op het standpunt stelt dat hij van de behandeling had afgezien als hij goed was geïnformeerd. Dit maakt dat niet kan worden uitgesloten dat de getuigenis van de patiënt is ingegeven door eigenbelang in plaats van te berusten op de waarheid, in welk geval het recht op informatie door de patiënt misbruikt wordt.³⁸ Daar komt bij dat de getuigenis van de patiënt ziet op een puur hypothetische situatie. De patiënt kan niet met zekerheid zeggen welke keuze hij gemaakt had indien hij wel goed

³⁴ Zie bijv. Stolker 1988, p. 68.

³⁵ Hendrix & Akkermans, *TvGR* 2007/7, p. 501.

³⁶ Leenen e.a. 2020, p. 131.

³⁷ Tavernier *MvV* 2010/5, p. 141.

³⁸ Overigens heeft de wetgever, mede in het licht van de twijfelachtige betrouwbaarheid, de vrije waardering van bewijs in de vorm van partijgetuigenissen ingeperkt. Op grond van art. 164 lid 2 Rv kan een partijgetuigenis slechts bewijs in het voordeel van die partij opleveren indien de verklaring strekt ter aanvulling op onvolledig bewijs.

was ingelicht, hij is immers nooit daadwerkelijk met die keuze geconfronteerd.³⁹ Tot slot wijst Stolker nog op het enigszins paradoxale gevaar dat het recht van de patiënt op informatie onder druk komt te staan als uitsluitend de subjectieve benadering wordt toegepast. Hoe subjectiever het causaal verband wordt vastgesteld, hoe minder mogelijkheden de arts heeft het bestaan van een causaal verband te betwisten. De arts kan zich dan enkel nog verweren met de stelling dat voor het risico dat zich heeft verwezenlijkt überhaupt geen informatieplicht bestond. Hij zal daarom telkens het bestaan van de informatieplicht ter zake van het ingetreden risico ten overstaan van de rechter ter discussie stellen. Dit kan tot gevolg hebben dat het recht op informatie onnodig wordt uitgehold.⁴⁰

Toepassing van een objectieve benadering van de beoordeling van het causaal verband kent de hierboven beschreven bezwaren niet. Door uit te gaan van een redelijk handelend patiënt kan worden losgekomen van een lastig te beoordelen getuigenis van de patiënt en krijgt de rechter meer handvatten in diens beoordeling van het causaal verband. Toch kan ook het nodige worden tegengeworpen aan toepassing van de objectieve benadering. Zoals eerder beschreven, doet een objectieve benadering geen recht aan het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Daarnaast merkt Tavernier op dat indien een redelijk handelende patiënt niet gekozen had voor een behandeling als hij correct was ingelicht, beargumenteerd kan worden dat de arts deze behandeling überhaupt niet had mogen voorstellen. In het merendeel van de gevallen is de fout van de arts echter niet gelegen in de keuze voor de behandeling, maar enkel in de voorlichting daaromtrent. Toepassing van louter de objectieve benadering biedt in deze gevallen geen soelaas en leidt tot een onterechte afwijzing van de vorderingen van de patiënt.⁴¹

Geconcludeerd moet worden dat zowel de bezwaren tegen een objectieve benadering als de bezwaren tegen een subjectieve benadering van dien aard zijn dat afzonderlijke toepassing van de benaderingen onwenselijk is. Daarnaast valt op dat de bezwaren van de subjectieve benadering worden ondervangen door toepassing van de objectieve benadering en *vice versa*. Een combinatie van de beide benaderingen lijkt dientengevolge de preferabele optie. In de literatuur wordt deze opvatting in ieder geval breed gedragen. Zo pleit Stolker voor het tot uitgangspunt nemen van de subjectieve benadering met enige mate van objectivering om

³⁹ Hendrix & Akkermans, *TvGR* 2007/7, p. 501.

⁴⁰ Stolker 1988, p. 70.

⁴¹ Tavernier *MvV* 2010/5, p. 140.

misbruik van het recht op informatie door patiënten te voorkomen.⁴² Ook Barendrecht en Van den Akker zijn deze mening toegedaan.⁴³ Akkermans en Hendrix stellen dat de subjectieve benadering het meeste strookt met de norm die de informatieplicht beoogt te beschermen, namelijk het maken van een autonome keuze ten aanzien van de behandelwijze. Wel zal de patiënt zijn stelling dat hij had afgezien van de voorgestelde behandeling moeten staven met concrete feiten. Dit om te voorkomen dat deze stellingname enkel is gebaseerd op wijsheid achteraf en slechts voortkomt uit een verlangen naar vergoeding van de geleden schade.⁴⁴

Ik sluit mij aan bij de hierboven beschreven opvatting dat de nadruk dient te liggen op de subjectieve benadering. Daarbij zij ook gewezen op de overweging van de Hoge Raad waaruit blijkt dat de informatieplicht van de arts ertoe strekt de patiënt in staat te stellen op de door hem gewenste wijze gebruik te maken van zijn zelfbeschikkingsrecht.⁴⁵ Aangezien de subjectieve benadering het meeste recht doet aan het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, dient deze benadering als uitgangspunt te worden genomen bij de beoordeling van het causaal verband. Wel is noodzakelijk, om misbruik van zijn recht op informatie te voorkomen, dat de patiënt zijn stelling dat hij wegens persoonlijke omstandigheden van de behandeling had afgezien in enige mate onderbouwt, bijvoorbeeld door middel van getuigenverklaringen of schriftelijke stukken. Op die wijze wordt de subjectieve benadering voorzien van een objectieve toets. Wanneer de patiënt zijn stelling dat hij had afgezien van de behandeling wegens persoonlijke omstandigheden op geen enkele wijze kan onderbouwen, kan worden teruggevallen op de objectieve benadering.

§ 3.1.3 Toepassing in lagere rechtspraak

Nu is gebleken dat in de literatuur consensus bestaat over de meeste wenselijke benadering van de beoordeling van een causaal verband, rijst de vraag in hoeverre in de lagere rechtspraak wordt gekozen voor de in de literatuur bepleite benadering. In algemene zin kan gesteld worden dat de lagere rechter in de praktijk kiest voor een tegenovergestelde benadering. In plaats van een subjectieve toets met enige mate van objectivering, wordt in de rechtspraak de objectieve benadering als uitgangspunt genomen, waarbij wel ruimte wordt

⁴² Stolker 1988, p. 70

⁴³ Barendrecht & Van den Akker 1999, p. 187.

⁴⁴ Hendrix & Akkermans, *TvGR* 2007/7, p. 502.

⁴⁵ HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, r.o. 3.5.3.

geboden, indien van belang en door de patiënt gesteld, aan de persoonlijke omstandigheden van de patiënt.⁴⁶

Met toepassing van deze gecombineerde benadering zijn er vier mogelijke uitkomsten te ontwaren. Allereerst kan de vordering van de patiënt worden toegewezen door toepassing van de objectieve benadering zonder dat wordt ingegaan op de persoonlijke omstandigheden van de patiënt.⁴⁷ Daarnaast kan de vordering worden afgewezen omdat de patiënt niet kan aantonen dat een redelijk handelend patiënt van de behandeling had afgezien en hij ook geen persoonlijke omstandigheden heeft aangevoerd die deze keuze aannemelijk maken.⁴⁸ Voorts kan het voorkomen dat de patiënt wel degelijk persoonlijke omstandigheden heeft aangevoerd, maar dat de rechter niet voldoende bewezen acht dat deze zouden hebben geleid tot het afzien van de behandeling.⁴⁹ Tot slot bestaat de mogelijkheid dat de vordering van de patiënt wordt toegewezen na een geslaagd beroep op zijn persoonlijke omstandigheden.

Een, overigens zeldzaam, voorbeeld van deze laatste mogelijkheid is een zaak waarin een patiënt haar gynaecoloog aansprakelijk stelde.⁵⁰ Tijdens de bevalling bleek dat sprake was van een stuitligging. Geconfronteerd met ernstige complicaties besloot de gynaecoloog tot het doorzetten van de vaginale bevalling middels extractie. Hij stelde de patiënt echter niet op de hoogte van de risico's die met deze ingreep gemoeid zijn.⁵¹ Na de bevalling wordt bij het kind van de patiënt ernstige hersenschade geconstateerd. De patiënt stelde zich op het standpunt dat zij had gekozen voor een keizersnee als zij wel goed was ingelicht en er dus een causaal verband bestaat tussen de schending van de informatieplicht en de geleden schade. Ter onderbouwing hiervan voerde de patiënt aan dat zij op het moment dat duidelijk werd dat sprake was van een stuitligging, direct bij de gynaecoloog aangaf dat zij een keizersnee wenste. Reden hiervoor was dat zij meer pijn ervoer dan bij eerdere bevallingen, die overigens ook al moeizaam waren, en zij bang was dat het mis zou gaan. Daar komt bij dat

⁴⁶ Zie bijv. Rb. Maastricht 13 december 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BO7650, onder 3; Rb. Rotterdam 16 maart 2011, ECLI:NL:RBROT:2011:BQ7053, r.o. 4.6; Rb. Zwolle-Lelystad 14 juli 2010, r.o. 4.6; Rb. Maastricht 28 januari 2004, ECLI:NL:RBMAA:2004:AO2581, r.o. 3.10; Rb. Zeeland-West-Brabant 15 augustus 2018, ECLI:NL:RBZWB:2018:4940, 2.24.

⁴⁷ Zie bijv. Rb. Rotterdam 24 november 2011, ECLI:NL:RBROT:2010:BO7879, r.o. 4.19; Rb. Maastricht 13 december 2010, ECLI:NL:RBMAA:2010:BO7650.

⁴⁸ Zie bijv. Rb. Amsterdam 7 december 2011, ECLI:NL:RBAMS:2011:BV1236, r.o. 4.8.; Rb. Midden-Nederland 18 september 2013, ECLI:NL:RBMNE:2013:3761, r.o. 4.19.

⁴⁹ Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 3 februari 2009, ECLI:NL:GHSHE:2009:BH8603, r.o. 4.7; Rb. Rotterdam 30 september 2020, ECLI:NL:RBROT:2020:9245, r.o. 4.15.

⁵⁰ Rb. Den Haag 24 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14479.

⁵¹ Rb. Den Haag 24 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14479, r.o. 4.16.

haar dochter recentelijk succesvol was bevallen met behulp van een keizersnee en ook zij daarom wenste dat een keizersnee werd uitgevoerd bij haar moeder.⁵² Aangezien de operatie zich al in een vergevorderd stadium bevond en de inschatting was dat de patiënt probleemloos kon bevallen én de gynaecoloog zeer veel ervaring had met extracties, is het onwaarschijnlijk dat een redelijk handelend patiënt voor een keizersnee had gekozen. De rechtbank hechtte echter meer waarde aan de vraag wat de patiënt in kwestie zou hebben gedaan en oordeelde dat sprake is van een causaal verband tussen de schending van de informatieplicht door de gynaecoloog en de geleden schade.⁵³ De persoonlijke omstandigheden van de patiënt waren dus doorslaggevend in deze zaak. Van groot belang was overigens wel dat de gynaecoloog de persoonlijke omstandigheden van de patiënt niet had betwist en de rechter deze dus als vaststaand kon aannemen.

§ 3.2.3 Conclusie

Op het eerste gezicht lijkt de benadering die in de praktijk door de rechter wordt gekozen, in vergelijking met de in de literatuur bepleite optie, ongunstig voor de patiënt. Bij nadere beschouwing betreft het echter slechts een nuanceverschil. Het feit dat de rechter de objectieve benadering als uitgangspunt neemt, neemt niet weg dat de patiënt ook met een beroep op diens persoonlijke omstandigheden kan aantonen dat hij van de behandeling had afgezien. Er bestaat geen onwil bij de rechter om de persoonlijke omstandigheden van de patiënt mee te wegen in zijn beoordeling van het causaal verband. Concluderend kan gesteld worden dat de problemen van de patiënt bij de aansprakelijkstelling van diens arts wegens een schending van de informatieplicht slechts in beperkte mate gelegen zijn in de maatstaf die de Nederlandse rechter aanlegt bij de beoordeling van het causaal verband. Ook wanneer de rechter de persoonlijke omstandigheden van de patiënt meeweegt in zijn beslissing, blijft namelijk vereist dat de rechter een redelijke mate van zekerheid heeft gekregen over de vraag of de patiënt had afgezien van de behandeling indien hij goed was ingelicht. Dit blijkt een vaak onoverkomelijk struikelblok in zaken waarin de patiënt zich op het standpunt stelt dat hij van de behandeling had afgezien wegens persoonlijke omstandigheden. De oplossing hiervoor moet gezocht worden in een van de in het vervolg van dit hoofdstuk te behandelen maatregelen die de bewijsnood van de patiënt kunnen verlichten.

⁵² Rb. Den Haag 24 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14479, r.o. 4.36.

⁵³ Rb. Den Haag 24 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14479, r.o. 4.38.

§ 3.2 Verzwaarde stelplicht/betwistplicht

§ 3.2.1 Algemene opmerkingen

De verzwaarde stelplicht is in 1957 in het aansprakelijkheidsrecht geïntroduceerd⁵⁴ en werd in 1987 voor het eerst door de Hoge Raad toegepast in een zaak waarin de aansprakelijkheid van een hulpverlener aan de orde was.⁵⁵ Het betrof in deze zaak een patiënt die zich na een operatie geconfronteerd zag met schade en van mening was dat het aan de arts was om te bewijzen dat hij tijdens de operatie geen kunstfout had begaan. De Hoge Raad zag echter geen reden om af te wijken van de eerder besproken bewijsrechtelijke hoofdregel die is neergelegd in art. 150 Rv en was van oordeel dat de bewijslast op de patiënt blijft rusten. Wel is de Hoge Raad van oordeel:

‘dat van de arts kan worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt ten einde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen.’⁵⁶

Deze overweging geeft de kern van de verzwaarde stelplicht goed weer. Het leerstuk ziet op de eisen die worden gesteld aan de betwisting van de arts van de stellingen van de patiënt. De arts moet de stellingen van de eiser gedetailleerder en uitvoeriger betwisten dan een gedaagde in een reguliere aansprakelijkheidsprocedure. De gebruikte terminologie voor het leerstuk is in dat licht gezien tamelijk verwarrend. De arts heeft immers geen stelplicht maar een betwistplicht. Ik sluit mij daarom aan bij de in de literatuur geuite opvatting dat de term ‘verzwaarde betwistplicht’ de beoogde lading beter dekt.⁵⁷ Van belang is ook om op te merken dat verzwaarde betwistplicht een verlichting en niet een verschuiving van de bewijslast behelst. De bewijslast en daarmee ook het bewijsrisico blijft dus op de patiënt rusten.⁵⁸

In een tamelijk groot aantal later gewezen arresten heeft de Hoge Raad het leerstuk uitgewerkt. Zo heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de arts in het kader van het voldoen aan de verzwaarde betwistplicht zijn handswijze zo duidelijk en gedetailleerd mogelijk moet

⁵⁴ HR 29 november 1957, *NJ* 1958/31.

⁵⁵ HR 20 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0058 (Timmer/Deutman).

⁵⁶ HR 20 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0058 (Timmer/Deutman), r.o. 3.4.

⁵⁷ Zie bijvoorbeeld Pajmans *NTBR* 2016/2, p. 7; Lewin *PP* 2007/3, p. 82.

⁵⁸ Asser *Procesrecht/Asser* 3 2017/306.

toelichten. Daarbij kan hij geen beroep doen op ervaringsregels. Een betwisting die neerkomt op ‘ik doe dit altijd zo dus ik zal het in dit geval ook zo gedaan hebben’ is dientengevolge niet voldoende.⁵⁹ Niet vereist is echter dat de arts zijn betwisting staaft met bewijs. Dit zou immers impliceren dat de bewijslast op de arts is komen te rusten.⁶⁰ Op grond van de verzwaarde betwistplicht is de arts tevens gehouden om alle gegevens die hij ter beschikking heeft, of kan hebben, in het geding te brengen. In de praktijk betreffen dit met name operatieverslagen en het medische dossier.⁶¹ Tot slot verdient opmerking dat het feit dat het doel van de verzwaarde betwistplicht het verschaffen van aanknopingspunten voor de bewijslevering van de patiënt is, niet met zich brengt dat het voor risico van de arts komt als blijkt dat deze aanknopingspunten te summier zijn voor een geslaagde bewijslevering. Daarbij is wel vereist dat de arts zich bij het opstellen van de operatieverslagen en medisch dossier heeft gehouden aan de professionele standaard.⁶²

Indien de arts niet voldoet aan de verzwaarde betwistplicht staat het de rechter vrij een keuze te maken uit drie sancties, te weten omkering van de bewijslast, de stellingen van de patiënt als vaststaand aannemen of de stellingen van de patiënt voorshands bewezen achten.⁶³ Daarbij heeft te gelden dat het als vaststaand aannemen van de stellingen van de patiënt de zwaarste sanctie is. Anders dan bij de andere twee sancties kan de arts in een dergelijk geval namelijk geen tegenbewijs meer leveren. Het voorshands bewezen achten van de stellingen van de patiënt kwalificeert als de lichtste sanctie. De arts hoeft dan enkel het vermoeden van de rechter te ontzenuwen middels het leveren van tegenbewijs.⁶⁴ Bij omkering van de bewijslast tot slot moet de arts bewijs van het tegendeel leveren. Hij draagt dan tevens het bewijsrisico, dus als hij niet slaagt in dit bewijs worden de stellingen van de patiënten voor waar aangenomen.

§ 3.2.2 *Discussie in de literatuur*

In de literatuur staat men in het algemeen positief tegenover de figuur van de verzwaarde betwistplicht. Zo ziet Giesen het leerstuk als een effectief instrument om meer informatie

⁵⁹ HR 18 februari 1994, ECLI:NL:HR:1994:ZC1269 (Schepers/De Bruijn), r.o. 3.3.

⁶⁰ HR 20 april 2004, ECLI:NL:HR:2007:BA1093, r.o. 3.4.2.

⁶¹ HR 7 september 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZC3657.

⁶² HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3587.

⁶³ HR 15 december 2006, ECLI:NL:HR:2006:AZ1083 (NNEK/Mourik).

⁶⁴ Pajmans *NTBR* 2016/2, p. 7.

boven tafel te krijgen.⁶⁵ Hammerstein is van mening dat toepassing van de verzwaarde betwistplicht een wenselijke manifestatie is van de procesrechtelijke norm dat partijen rekening dienen te houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij.⁶⁶ Tjong Tjin Tai vroeg zich af of de verzwaarde betwistplicht nog wel toegevoegde waarde had nu in 2002 de in art. 21 Rv neergelegde waarheidsplicht is ingevoerd. Op grond van dit artikel zijn partijen gehouden de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Uit de wet kan echter niet worden opgemaakt wat de gevolgen zijn van niet-naleving van art. 21 Rv, waardoor de lagere rechter terughoudend is met sanctionering hiervan. Mede gelet op het duidelijke sanctiestelsel van de verzwaarde betwistplicht komt Tjong Tjin Tai tot de conclusie dat de constructie wel degelijk zijn bestaansrecht behoudt. Hij stelt dat de verzwaarde betwistplicht ‘zekerheid voor partijen, een richtsnoer voor de rechter, en een heldere afbakening met de bewijslastverdeling’ biedt.⁶⁷ Tot slot kan de verzwaarde betwistplicht volgens Alt ten dienste zijn van een effectieve ongelijkheidscompensatie en dwingt het de arts tot een deugdelijke dossiervoering.⁶⁸

Met name Beekhof is kritisch op de verzwaarde betwistplicht.⁶⁹ Zijn kritiek, die wordt onderschreven door Kottenhagen en Watson⁷⁰, spitst zich toe op het feit dat, zoals blijkt uit het *Filshieclip*-arrest, de arts een onvolledig dossier kan ‘herstellen’ met een verklaring ter zitting over zijn handelswijze. Het is voor de patiënt vervolgens nagenoeg onmogelijk om te bewijzen dat de verklaring van de arts niet op de waarheid berust. De verklaring van de arts is daarmee slechts een voortzetting van een ten gevolge van een onvolledig medisch dossier ontstane, ongefundeerde welles-nietesdiscussie die vrijwel altijd in het nadeel van de patiënt beslecht zal worden. Door genoeg te nemen met een verklaring ter herstel van een onvolledig medisch dossier, doet de Hoge Raad volgens Beekhof geen recht aan de ratio van de verzwaarde betwistplicht. Ter nuancering van dit standpunt verdient opmerking dat niet zomaar iedere verklaring een onvolledig dossier kan herstellen. De rechter kan een verklaring immers ongeloofwaardig of tegenstrijdig achten, als gevolg waarvan het medisch dossier

⁶⁵ Giesen 2001, p. 45.

⁶⁶ Hammerstein *TvP* 1989, p. 1604

⁶⁷ De Bock, Klomp & Schaafsma-Beversluis, *Voor Daan Asser* 2020/27.5.

⁶⁸ Alt 2009, p. 60

⁶⁹ Beekhof *TvGR* 2016/7, p. 436.

⁷⁰ Kottenhagen & Watson, *TGMA* 2018/2, p. 6.

gebrekking blijft en de arts aldus niet voldoet aan diens verzwaarde betwistplicht, met alle bewijsrechtelijke gevolgen van dien.⁷¹

§ 3.2.3 Toepassing lagere rechtspraak

Analyse van een groot aantal uitspraken waarin de patiënt zijn arts aansprakelijk stelt wegens schending van de informatieplicht wijst uit dat de verzwaarde betwistplicht slechts in zeer beperkte mate een rol speelt in dergelijke zaken.⁷² Een voorbeeld van een zaak waarin de verzwaarde betwistplicht wel een rol van betekenis speelde, betrof een patiënt die stelde dat zij ten onrechte niet was geïnformeerd over de risico's die verbonden zijn aan een borstvergroting. Volgens de rechtbank rust op de arts in het kader van de betwisting van de deze stelling een verzwaarde stelplicht, op grond waarvan de arts concreet moet maken dat de patiënt wel degelijk goed geïnformeerd is. De arts voldoet aan zijn verzwaarde stelplicht door concreet aan te voeren welke informatie hij voorafgaand aan de operatie aan de patiënt gegeven heeft.⁷³ In een andere zaak waar een schending van de informatieplicht aan de orde was en de verzwaarde stelplicht werd toegepast, stelde de arts dat hij zich niet meer herinnerde of hij de patiënt had ingelicht over de risico's van de behandeling. Daarmee voldeed hij volgens het hof niet aan zijn verzwaarde stelplicht, waardoor de stelling van de patiënt als vaststaand wordt aangenomen.⁷⁴ Overigens is het aannemelijk dat ook zonder toepassing van de verzwaarde stelplicht de betwisting van de arts als onvoldoende was beschouwd en de stelling van patiënt op grond van art. 149 Rv als vaststaand was aangenomen.

Zoals gezegd zijn de hierboven beschreven zaken eerder uitzondering dan regel. In het overgrote deel van de zaken waarin de patiënt zich beroept op een schending van de informatieplicht door de arts wordt de verzwaarde betwistplicht niet toegepast.⁷⁵ Dit is, gelet op de eerder beschreven omvangrijke jurisprudentie van Hoge Raad over het leerstuk, opvallend te noemen, eens te meer nu het een nuttig instrument kan zijn om de patiënt

⁷¹ Wijne 2013, p. 239.

⁷² Zie voor een overzicht van de geanalyseerde rechtspraak De Ridder *TvGR* 2006/3, p. 222; De Ridder *TvGR* 2008/2, p. 121; De Ridder *TvGR* 2010/3, p. 198-199; De Ridder *TvGR* 2011/8, p. 683-685; De Ridder *TvGR* 2013/6, p. 550-551; De Ridder *TvGR* 2015/6, p. 420-422; De Ridder *TvGR* 2017/6, p. 422-424; De Ridder *TvGR* 2019/6, p. 495-497.

⁷³ Rb. Noord-Holland 29 oktober 2015, ECLI:NL:RBNHO:2015:11082, r.o. 4.7.

⁷⁴ Hof 's-Hertogenbosch 17 mei 2005, ECLI:NL:GHSHE:2005:AT9895, r.o. 4.8.

⁷⁵ Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 11 december 2018, ECLI:NL:GHSHE:2018:5182; Rb. Gelderland 20 september 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:6858; Rb. Den Haag 24 oktober 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:14479

tegenoet te komen bij het aantonen van een schending van de informatieplicht. De arts beschikt immers hoogstwaarschijnlijk over aantekeningen en documenten, bijvoorbeeld in de vorm van het medisch dossier, waaruit kan blijken wanneer, op welke wijze en door wie de patiënt geïnformeerd is. Als de arts verplicht is om deze stukken, in het kader van zijn verzwaarde betwistplicht, te overleggen, kan de patiënt zijn bewijslevering hierop richten.⁷⁶

Nu de nadruk in dit onderzoek ligt op de bewijsproblemen van de patiënt bij het aantonen van het causaal verband tussen de schending van de informatieplicht en de geleden schade, verdient tot slot opmerking dat mij geen zaken bekend zijn waarin de verzwaarde betwistplicht wordt toegepast bij de beoordeling van een causaal verband. Ook dit roept vraagtekens op, nu ook bij het aantonen van een causaal verband de verzwaarde betwistplicht toepassing kan vinden.⁷⁷ In het vervolg wordt gezien in hoeverre de rechter, door toepassing van de verzwaarde betwistplicht achterwege te laten, een kans laat liggen om de patiënt tegemoet te komen in zijn bewijsnood.

§ 3.2.4 Conclusie

In de voorgaande paragraaf is gebleken dat de verzwaarde betwistplicht de patiënt ten dienste kan zijn bij het aantonen van een schending van de informatieplicht van de arts. Nu de rechter bij de beoordeling van de vraag of de informatieplicht geschonden slechts sporadisch de verzwaarde betwistplicht toepast, kan geconcludeerd worden dat de bewijspositie van de patiënt op dit punt aanzienlijk verbeterd kan worden.

Minder duidelijk is of de verzwaarde betwistplicht de patiënt ook tegemoet kan komen bij het aantonen van een causaal verband tussen de geleden schade en de schending van de informatieplicht. Giesen stelt dat dit niet het geval is.⁷⁸ Daar ben ik het slechts ten dele mee eens. Ter onderbouwing hiervan zij gewezen op de ratio van de verzwaarde betwistplicht. De constructie is bedoeld om informatie die in het domein van de arts ligt te openbaren aan de patiënt, zodat hij diens bewijslevering hierop kan richten.⁷⁹ Zoals in paragraaf 3.1 beschreven dient een patiënt aan te tonen dat hij ofwel als redelijk handelend patiënt, ofwel wegens

⁷⁶ Asser *TvGR* 1991/2, p. 4.

⁷⁷ Giesen *TVP* 2016/2, p. 37; Wijne 2013, p. 489; Concl. M.H. Wissink, ECLI:NL:PHR:2010:BO1799, bij HR 24 december 2012, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, r.o. 3.61.

⁷⁸ Giesen 2001, p. 502.

⁷⁹ Pajmans *NTBR* 2016/2, p. 6.

persoonlijke omstandigheden van de behandeling had afgezien als hij wel goed was ingelicht. Inherent aan een beroep op de persoonlijke omstandigheden is dat de informatie die nodig is ter onderbouwing in het domein van de patiënt ligt. Wat dat betreft biedt de verzwaarde betwistplicht dus geen uitkomst. Dat ligt enigszins anders wanneer de patiënt zich op het standpunt stelt dat een redelijk handelend patiënt van de behandeling had afgezien. Daarvoor kan hij wel informatie nodig hebben waarover de arts beschikt. De arts heeft immers meer medische kennis dan de patiënt en kan dus beter toelichten waarom de patiënt, bijvoorbeeld in het licht van de risico's van het afzien van de behandeling, ook voor de behandeling had gekozen als hij wel goed was ingelicht. De patiënt kan vervolgens zijn bewijslevering toespitsen op deze toelichting. Daar komt bij dat het medisch dossier gegevens kan bevatten die de patiënt nodig heeft om zijn stelling dat hij, als redelijk handelend patiënt, van de behandeling had afgezien te onderbouwen, bijvoorbeeld als hieruit blijkt dat hij een aandoening heeft die aanleiding zou zijn geweest om van de behandeling af te zien.

Geconcludeerd kan worden dat enige ruimte bestaat om de patiënt middels toepassing van de verzwaarde betwistplicht (meer) tegemoet te komen bij de aansprakelijkstelling van diens arts wegens schending van de informatieplicht. Dit geldt met name voor het aantonen van de normschending, maar in mindere mate ook voor het aantonen van het causaal verband. Opmerking verdient daarbij dat het enkel die gevallen betreft waarin de patiënt tracht aan te tonen dat een redelijk handelend patiënt van de behandeling had afgezien. Bij een beroep op de persoonlijke omstandigheden biedt de verzwaarde betwistplicht geen uitkomst. Tot slot zij andermaal benadrukt dat het nog steeds aan de patiënt is om een causaal verband te bewijzen. De verzwaarde betwistplicht kan slechts aanknopingspunten bieden voor deze bewijslevering.

§ 3.3 Omkeringsregel

§ 3.3.1 Algemene opmerkingen

De Hoge Raad heeft de omkeringsregel voor het eerst geïntroduceerd in de jaren 60 en 70 in verkeersaansprakelijkheidszaken.⁸⁰ In de jaren die volgde, is zowel de toepassing als de reikwijdte van de regel almaar uitgebreid.⁸¹ Dit leidde tot veel onduidelijkheid omtrent het

⁸⁰ Akkermans 2002, p. 7.

⁸¹ Stein e.a., *Compendium Burgerlijk procesrecht* 2018/7.2.4; Verheij, *Onrechtmatige daad (Mon. Pr. nr. 4)* 2019/19.

gebruik van de constructie.⁸² Mede daarom heeft de Hoge Raad in 2002 een duidelijke beschrijving van de omkeringsregel geformuleerd die vandaag de dag nog min of meer in dezelfde vorm gelding heeft:

‘Op grond van een bijzondere, uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende regel, dient een uitzondering te worden gemaakt op de hoofdregel van art. 150 Rv. (art. 177 oud) in die voege dat het bestaan van causaal verband (in de zin van: *conditio sine qua non*-verband) tussen de onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen tenzij degene die wordt aangesproken, bewijst — waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is: aannemelijk maakt — dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan.’⁸³

De regel is volgens de Hoge Raad van toepassing indien sprake is van:

‘een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade, en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt.’⁸⁴

De verwijzing van de Hoge Raad naar de tenzij-formule van art. 150 Rv in combinatie met de naamgeving van de constructie wekt wellicht de indruk de regel een omkering van de bewijslast en daarmee het bewijsrisico behelst. Dit is echter niet het geval. De omkeringsregel is een *species* van het bewijsvermoeden, meer specifiek van het jurisprudentieel bewijsvermoeden.⁸⁵ Dit betekent dat dat de rechter, wanneer hij de omkeringsregel toepast, de stelling van de patiënt dat sprake is van een causaal verband voorshands bewezen acht. Het is dan aan de arts om tegenbewijs te leveren. Dit bewijs behoeft geen bewijs van het tegendeel te zijn, vereist is slechts dat het vermoeden door dit bewijs wordt ontzenuwd.⁸⁶ De bewijslast, en daarmee het bewijsrisico, blijft rusten op de patiënt. Er wordt in feite ingegrepen in de bewijsleveringslast, de arts wordt verplicht bewijs te leveren. Als hij in dit bewijs slaagt en het vermoeden ontzenuwt, zal dit een *non liquet* tot gevolg hebben waardoor de stellingen van

⁸² Verheij, *Onrechtmatige daad* (Mon. Pr. nr. 4) 2019/19.

⁸³ HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7345, r.o. 3.5.3.

⁸⁴ HR 29 november 2002, ECLI:NL:HR:2002:AE7345, r.o. 3.5.3.

⁸⁵ Asser *Procesrecht*/Asser 3 2017/302.

⁸⁶ Giesen 2001, p. 65

de patiënt als onvoldoende bewezen worden beschouwd. Indien de arts niet slaagt in het leveren van tegenbewijs acht de rechter de stellingen van patiënt voldoende bewezen en zal hij hoogstwaarschijnlijk overgaan tot toewijzing van de vordering van de patiënt.⁸⁷

§ 3.3.2 Toepassing omkeringsregel bij schending van de informatieplicht

De omkeringsregel kan een flinke steun in de rug van de patiënt vormen bij het aantonen van een causaal verband tussen een schending van de informatieplicht en de geleden schade. De vraag rijst daarom of de regel op deze zaken van toepassing is. De Hoge Raad heeft zich in de reeds eerder aangehaalde arresten uit 2001 onder meer over deze vraag gebogen. Eiseres in deze zaak was niet geïnformeerd over het risico op een dwarslaesie en stelde zich op het standpunt dat de omkeringsregel van toepassing was nu dit risico zich verwezenlijkt had. De Hoge Raad gaat hier echter niet in mee en voert daartoe het volgende aan. De informatieplicht van de arts strekt ertoe de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij toestemming zal geven voor de voorgestelde handeling. Het gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden is derhalve volgens de Hoge Raad niet het oplopen van gezondheidsschade, maar dat de patiënt niet op de door hem gewenste wijze gebruik kan maken van zijn zelfbeschikkingsrecht. De dwarslaesie van eiseres is dus geen verwezenlijking van het gevaar waartegen de informatieplicht bescherming beoogt te bieden, waardoor de Hoge Raad tot de conclusie komt dat de omkeringsregel niet van toepassing is.⁸⁸

§ 3.3.3 Discussie

De zogenaamde *informed consent*-arresten zijn met de nodige kritiek ontvangen. Zo is Kaandorp in diens noot onder het arrest met name kritisch op het feit dat de formulering van de omkeringsregel met het arrest te gecompliceerd is geworden, zowel voor de praktijk als de rechtspraak.⁸⁹ Vranken richt zijn kritiek in zijn noot vooral op het antwoord van de Hoge Raad op de vraag wat de strekking is van de informatieplicht. Volgens de Hoge Raad is dat het beschermen tegen het risico dat de patiënt niet op de gewenste wijze gebruik kan maken van diens zelfbeschikkingsrecht, en niet tegen de aan de behandeling verbonden risico's. Vranken meent dat het maar zeer de vraag is of dit onderscheid wel zo scherp gemaakt moet worden. Het zelfbeschikkingsrecht is hier immers gericht op de keuze van de patiënt om zich wel of niet bloot te stellen aan de met een behandeling verbonden risico's die zich in dit geval

⁸⁷ Giesen 2001, p. 68

⁸⁸ HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, r.o. 3.5.4.

⁸⁹ Kaandorp *TVP* 2002/1, p. 23.

verwezenlijkt hebben.⁹⁰ Ook Giesen en Maes spitsen hun kritiek met name toe op het oordeel van de Hoge Raad dat de informatieplicht van de arts niet strekt ter bescherming tegen de risico's van een behandeling. Volgens de auteurs moet de informatieplicht de patiënt in staat stellen zichzelf te beschermen tegen de risico's van de behandeling. Indien de patiënt op basis van alle relevante informatie een risicoafweging kan maken, kunnen grote (gezondheids)risico's vermeden worden. In dat licht bezien strekt de informatieplicht wel degelijk ter bescherming tegen de aan de behandeling verbonden risico's. Dit maakt het oordeel van de Hoge Raad over de (on)toepasselijkheid van de omkeringsregel volgens de auteurs onhoudbaar.⁹¹ Tot slot sluit Kroes zich aan bij hetgeen Giesen en Maes betogen.⁹²

Ondanks zijn kritiek op de arresten is Vranken het wel eens met de uitkomst, zijnde de niet toepasselijkheid van de omkeringsregel in zaken waarin de schending van de informatieplicht van de arts aan de orde is. Zijns inziens zou toepassing van de omkeringsregel in dergelijke zaken de arts te kwetsbaar maken voor aanspraken van de patiënt. Ter onderbouwing van dit standpunt schetst Vranken een, zoals ik in de volgende paragraaf overigens betoog vertekend, beeld van een weerloze arts die op geen enkele wijze de beweringen van de patiënt kan weerleggen. Dit heeft volgens Vranken tot gevolg dat toepassing van de omkeringsregel zal leiden tot een forse toename van procedures en schikkingen, waardoor de toegankelijkheid van medische zorg in het geding komt wegens de onverzekerbaarheid van de medische praktijkuitoefening.⁹³ Akkermans is eveneens kritisch op de arresten, maar volgt Vranken in zijn goedkeuring voor de uiteindelijke uitkomst van het geschil. Volgens Akkermans strekt de informatieplicht wel degelijk primair ter bescherming van het zelfbeschikkingsrecht. Schade ten gevolge van een behandeling ziet hij als een eventueel vervolggebeuren van een schending van het zelfbeschikkingsrecht. De informatieplicht beschermt niet tegen het *specifieke* gevaar op gezondheidsschade. Het nauwe verband tussen het beschermingsdoel van de geschonden norm en gevaar dat zich heeft verwezenlijkt, dat volgens Akkermans vereist is voor toepassing van de omkeringsregel, is daarmee niet aanwezig. Akkermans kan zich daarom vinden in de uitkomst van de *informed consent*-arresten.⁹⁴

⁹⁰ J.B.M Vranken, annotatie bij HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, onder 5.

⁹¹ Giesen & Maes, *NTBR* 2014/27, p. 5.

⁹² Kroes, *PP* 2007/6, p. 163.

⁹³ J.B.M Vranken, annotatie bij HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, onder 11.

⁹⁴ Akkermans 2002, p. 105.

Ik deel de door Giesen & Maes en Kroes geuite kritiek op de *informed consent*-arresten. Daarbij zij ter aanvulling gewezen op de ratio die ten grondslag ligt aan de omkeringsregel. Hoewel de Hoge Raad zich niet expliciet heeft uitgelaten over de gedachte achter de constructie, is algemeen aanvaard dat de omkeringsregel strekt ter waarborging van de effectiviteit van bepaalde normen.⁹⁵ De omkeringsregel moet met andere woorden voorkomen dat een norm illusoir wordt omdat een causaal verband tussen de normschending en de schade nagenoeg niet te bewijzen is. Naar mijn idee is de informatieplicht een schoolvoorbeeld van een dergelijke norm. Zonder toepassing van de omkeringsregel is het immers zeer problematisch om een causaal verband vast te stellen tussen een schending van de informatieplicht en geleden schade. Dit pleit, in het licht van de ratio van de constructie, vóór toepassing van de omkeringsregel bij schending van de informatieplicht.

Tegen de hierboven beschreven opvatting kan worden gesteld dat de arts door toepassing van de omkeringsregel disproportioneel wordt benadeeld. Als een patiënt immers niet in staat is om de aanwezigheid van een causaal aan te tonen, hoe kan dan van de arts verwacht worden dat hij de afwezigheid van een causaal verband aantoont?⁹⁶ Hierbij zijn echter enkele kanttekeningen te plaatsen. Allereerst is toepassing van de omkeringsregel pas aan de orde wanneer de schending van informatieplicht vaststaat. Schending van een zorgvuldigheidsnorm rechtvaardigt mijns inziens een ietwat nadeligere bewijspositie.⁹⁷ Daar komt bij dat het een misvatting is dat toepassing van de omkeringsregel de arts in dezelfde benarde bewijspositie doet verkeren als de patiënt. Zoals beschreven in paragraaf 2.3, moet het bewijs van de patiënt de rechter een redelijke mate van zekerheid verschaffen over het bestaan van een causaal verband. De arts hoeft bij toepassing van de omkeringsregel het vermoeden van de aanwezigheid van een causaal verband slechts middels het leveren van tegenbewijs te ontzenuwen. Als de arts voldoende twijfel zaait bij de rechter omtrent het bestaan van causaal verband is hij geslaagd in zijn tegenbewijs.⁹⁸ Dit is een aanmerkelijk lichtere bewijswaarderingsmaatstaf dan de ‘redelijke mate van zekerheid’ die de patiënt dient te bewerkstelligen.

⁹⁵ Akkermans, 2002 p. 1; Giesen, *RMThemis* 2004/2, p. 93; Van Dijk *TVP* 2003/1, p. 10; Akkermans & Van Dijk *AV&S* 2012/17.

⁹⁶ Zoals Vranken betoogt in J.B.M Vranken, annotatie bij HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AD3963, onder 11.

⁹⁷ Zie in die zin ook Giesen & Maes, *NTBR* 2014/27, p. 5.

⁹⁸ De Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid (BPP nr. XI)* 2011/5.6.5

§ 3.3.4 Conclusie

Wat er ook van de hierboven beschreven en door mij onderschreven kritiek op de *informed consent*-arresten zij, feit blijft dat de omkeringsregel niet van toepassing is in gevallen waarin de arts zijn informatieplicht geschonden heeft. Dit is vanuit het perspectief van de patiënt gezien logischerwijs een spijtige constatering. Toch is de omkeringsregel mijns inziens niet de meest aangewezen constructie om tegemoet te komen in de bewijsnood van de patiënt bij de aansprakelijkstelling van de arts wegens een schending van de informatieplicht. Zoals namelijk is gebleken in dit onderzoek, is het causaal verband tussen een schending van de informatieplicht en eventuele schade nu eenmaal altijd omgeven met onzekerheid. Gelet op het alles of niets-karakter van de omkeringsregel, in die zin dat ofwel de patiënt geen enkele schadevergoeding ontvangt, ofwel de arts de volledige schade van de patiënt moet vergoeden, is de omkeringsregel dientengevolge niet de optimale constructie om de bewijsnood van de patiënt te verlichten. De in het vervolg van dit onderzoek te behandelen leerstukken, zijnde proportionele aansprakelijkheid, de leer van het verlies van een kans en vergoeding van integriteitsschade, kennen dit bezwaar niet of in mindere mate en verdienen daarom naar mijn mening de voorkeur.

§ 3.4 Proportionele aansprakelijkheid en verlies van een kans

§ 3.4.1 Inleiding

In deze paragraaf worden, anders dan in de voorgaande paragrafen, twee leerstukken behandeld, te weten de leer van de proportionele aansprakelijkheid en die van een verlies van een kans, ook wel het kansschadeleerstuk genoemd. Deze leerstukken zijn dermate vergelijkbaar dat een gezamenlijke behandeling gerechtvaardigd is. Wegens de gezamenlijke behandeling heeft deze paragraaf een ietwat andere opzet dan de voorgaande paragrafen. Allereerst worden de beide leerstukken afzonderlijk beschreven. Vervolgens wordt aandacht besteed aan de vraag hoe de twee leerstukken zich tot elkaar verhouden. Tot slot wordt bezien of de leerstukken gebruikt kunnen worden ter verlichting van de bewijsnood van de patiënt bij het aantonen van een causaal verband tussen de schending van de informatieplicht en de geleden schade en, als dit het geval is, welk leerstuk zich hier het beste voor leent.

§ 3.4.2 Algemene opmerkingen proportionele aansprakelijkheid

Het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid is nog tamelijk jong. De Hoge Raad heeft het leerstuk in 2006, in het bekende *Nefalit/Karamus*-arrest, definitief bevestigd.⁹⁹ In deze zaak stelde een werknemer, Karamus, diens werkgever, Nefalit, aansprakelijk wegens schending van de zorgplicht van de werkgever die is neergelegd in art. 7:658 BW. De schending was gelegen in het feit dat Nefalit onvoldoende maatregelen had genomen om te voorkomen dat haar werknemers werden blootgesteld aan asbest. Volgens Karamus was de langdurige asbestblootstelling de oorzaak van de inmiddels bij hem vastgestelde longkanker. Nefalit erkende weliswaar dat sprake was van ‘enige asbestblootstelling’ maar betwist dat dit longkanker heeft veroorzaakt bij Karamus. Ter onderbouwing van deze stelling wees Nefalit op het feit dat Karamus 28 jaar lang heeft gerookt. Volgens Nefalit moet hierin de oorzaak van de ziekte van Karamus gezocht worden. Deskundigen konden geen uitsluitel geven over de vraag wat de ziekte van Karamus veroorzaakt had en dus was sprake van een onzeker causaal verband.¹⁰⁰

De Hoge Raad stelt vervolgens vast dat niet kan worden gesteld dat de kans zeer groot, ofwel zeer klein, is dat de schade van Karamus is veroorzaakt door de normschending van Nefalit. Gelet op de strekking van de norm en de aard van de normschending is het daarom in strijd met de redelijkheid en billijkheid dat de onzekerheid over het causaal verband volledig voor risico komt van Karamus. De Hoge Raad acht het echter ook onaanvaardbaar dat de schade volledig wordt afgewenteld op Nefalit, nu een niet verwaarloosbare kans bestaat dat de schade (mede) is veroorzaakt door een omstandigheid die voor rekening komt van Karamus. Om die reden overweegt de Hoge Raad:

‘Mede gelet op de aan de artikelen 6:99 en 6:101 BW ten grondslag liggende uitgangspunten moet daarom worden aangenomen dat, indien een werknemer schade heeft geleden die, gelet op de hiervoor bedoelde kanspercentages, zowel kan zijn veroorzaakt door een toerekenbare tekortkoming van zijn werkgever in de nakoming van zijn verplichting de werknemer in de uitoefening van diens werkzaamheden voldoende te beschermen tegen een voor de gezondheid gevaarlijke stof, als door een aan de werknemer zelf toe te rekenen omstandigheid als hiervoor bedoeld, als door een combinatie daarvan, zonder dat met voldoende zekerheid is vast te stellen in welke mate de schade van de werknemer door deze omstandigheden of één daarvan is ontstaan, de rechter de werkgever tot

⁹⁹ HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092.

¹⁰⁰ HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, r.o. 3.2.

vergoeding van de gehele schade van de werknemer mag veroordelen, met vermindering van de vergoedingsplicht van de werkgever in evenredigheid met de, op een gemotiveerde schatting berustende, mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen.¹⁰¹

Met deze overweging aanvaardt de Hoge Raad de leer van de proportionele aansprakelijkheid. In het in 2010 gewezen *Fortis/Bourgonje*-arrest wordt voorts door de Hoge Raad een en ander verduidelijkt over de toepassing van het leerstuk.¹⁰² Zo is het leerstuk volgens de Hoge Raad niet enkel van toepassing in gevallen die vergelijkbaar zijn met de situatie die aan de orde was in het *Nefalit/Karamus*-arrest. Ook in andere gevallen kan het leerstuk worden toegepast. Daarnaast is toepassing van proportionele aansprakelijkheid niet beperkt tot gevallen waarin het aantonen van een causaal verband in het algemeen een probleem is. Ook in gevallen waarin de onzekerheid het gevolg is van de aan de orde zijnde specifieke omstandigheden kan een beroep worden gedaan op de leer van de proportionele aansprakelijkheid. Nu het leerstuk met zich brengt dat de kans bestaat dat een partij wordt veroordeeld tot vergoeding van schade die hij wellicht niet veroorzaakt heeft, dient de regel volgens de Hoge Raad wel met grote terughoudendheid te worden toegepast. In het licht van deze terughoudendheid moet de rechter telkens motiveren dat de strekking van de norm en de aard van zowel de normschending als de geleden schade toepassing van de regel rechtvaardigen.¹⁰³

§ 3.4.3 Algemene opmerkingen verlies van een kans

Het leerstuk dat ziet op de theorie van het verlies van een kans werd door de Hoge Raad geïntroduceerd in 1997, in het *Baijings/Mr. H*-arrest.¹⁰⁴ Het betrof in deze zaak een geschil tussen een advocaat, de heer H., en diens cliënt, de heer Baijings. Baijings was met zijn werkgever verwickeld in een rechtszaak over vergoeding van door hem geleden schade en wenste hoger beroep in te stellen toen hij het niet eens was met het vonnis van de rechtbank. H. verzuimde dit echter binnen de wettelijke termijn te doen. Baijings stelde H. aansprakelijk voor de schade die hij ten gevolge van deze fout van H. had geleden. Volgens Baijings was zijn vordering op diens werkgever in hoger beroep namelijk wel toegewezen. De geleden

¹⁰¹ HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, r.o. 3.13.

¹⁰² HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799.

¹⁰³ HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, r.o. 3.8.

¹⁰⁴ HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905.

schade ziet dus op het mislopen van de schadevergoeding. De Hoge Raad formuleert vervolgens de leer van het verlies van een kans op de volgende wijze:

‘Het gaat in een geding als het onderhavige om de vraag of, en zo ja in welke mate, de cliënt van een advocaat schade heeft geleden als gevolg van het feit dat deze laatste heeft verzuimd hoger beroep in te stellen tegen een vonnis waarbij die cliënt in het ongelijk was gesteld. Voor het antwoord op deze vraag moet in beginsel worden beoordeeld hoe de appelrechter had behoren te beslissen, althans moet het te dier zake toewijsbare bedrag worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de appellant in hoger beroep, zo dit ware ingesteld, zou hebben gehad.¹⁰⁵

Het leerstuk geeft de rechter dus kort gezegd de mogelijkheid om een schadevergoeding toe te kennen door een inschatting te maken van de kans op een beter resultaat indien de fout niet was gemaakt. Hij kent met andere woorden een waarde toe aan de verloren gegane kans, die vervolgens voor vergoeding in aanmerking komt.¹⁰⁶

§ 3.4.4 Onderlinge verhouding van de leerstukken

De Hoge Raad heeft in het *Deloitte/H&H*-arrest uit 2012 uiteengezet hoe de leerstukken zich tot elkaar verhouden en in welke gevallen zij moeten worden toegepast.¹⁰⁷ Het betrof in deze zaak een geschil tussen de heer H. en diens belastingadviseur. Volgens H. had zijn belastingadviseur foutief geadviseerd over zijn belasting, waardoor hij meer belasting moest betalen dan noodzakelijk. Vast stond dat het advies van de belastingadviseur onvolledig was, maar omdat niet met zekerheid gezegd kon worden of een volledig advies daadwerkelijk had geleid tot een lagere belastingdruk, beriep H. zich op het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid. Volgens de Hoge Raad dient op dit feitencomplex echter de leer van de vergoeding van kansschade te worden toegepast. Ter onderbouwing van dit standpunt benadrukt de Hoge Raad dat het hier gaat om twee afzonderlijke leerstukken en zet hij uiteen in welke situaties de beide leerstukken kunnen worden toegepast. Allereerst aangaande het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid:

‘Deze rechtsregel van de proportionele aansprakelijkheid is derhalve geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over het condicio-sine-qua-non-verband

¹⁰⁵ HR 24 oktober 1997, ECLI:NL:HR:1997:AM1905, r.o. 5.2.

¹⁰⁶ Wijne 2013, p. 458.

¹⁰⁷ HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491.

tussen enerzijds de normschending en anderzijds de (op zichzelf vaststaande of vast te stellen) schade, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat de schade kan zijn veroorzaakt hetzij door de aansprakelijkheid scheppende gebeurtenis, hetzij door een voor risico van de benadeelde komende omstandigheid, hetzij door een combinatie van beide oorzaken.¹⁰⁸

Wat betreft het leerstuk van een verlies van een kans overwoog de Hoge Raad:

‘Deze leer van de kansschade is derhalve geëigend om een oplossing te bieden voor sommige situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een op zichzelf vaststaande tekortkoming of onrechtmatige daad schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de tekortkoming of onrechtmatige daad achterwege zou zijn gebleven, de kans op succes zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd.’¹⁰⁹

§ 3.4.5 Toepasbaarheid proportionele aansprakelijkheid

Zoals in de voorgaande paragraaf beschreven kan het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid worden toegepast indien onzekerheid bestaat over het causaal verband. Deze onzekerheid dient gelegen te zijn in het feit dat de schade zowel door de normschending als door een omstandigheid die voor risico komt van de benadeelde veroorzaakt kan zijn. In het licht van deze beschrijving kan beargumenteerd worden dat het leerstuk ook kan worden toegepast bij het aantonen van een causaal verband tussen een schending van de informatieplicht en de geleden schade. In dergelijke gevallen is immers ook sprake van onzekerheid omtrent het causaal verband. Daarnaast kan de schade zowel het gevolg zijn van de fout van de arts als van een omstandigheid die voor rekening komt van de patiënt. De onzekerheid omtrent het causaal verband ziet namelijk op de vraag wat de patiënt had besloten indien hij wel goed was ingelicht. Als hij van de behandeling had afgezien dan is de schade het gevolg van de schending van de informatieplicht. Indien de patiënt echter gekozen had voor voortzetting van de behandeling dan is de geleden schade het gevolg van een omstandigheid die voor rekening komt van de patiënt. Overigens kan ook betoogd worden dat het hier geen alternatieve oorzaken betreft, maar samenwerkende oorzaken. De fout van de arts kan op zichzelf immers niet leiden tot aansprakelijkheid, daarvoor is ook vereist dat gezondheidsschade is ontstaan. Om die reden zet Tjong Tjin Tai vraagtekens bij de

¹⁰⁸ HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, 3.5.3.

¹⁰⁹ HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, r.o. 3.5.3.

toepasselijkheid van het leerstuk op zaken waarin een schending van de informatieplicht van de arts aan de orde is.¹¹⁰

Indien wordt aangenomen dat de *informed consent*-problematiek zich leent voor toepassing van proportionele aansprakelijkheid, verdient opmerking dat het leerstuk, zoals is gebleken in paragraaf 3.4.1, met grote terughoudendheid dient te worden toegepast. In dat kader is vereist dat de strekking van de geschonden norm en de aard van zowel de normschending als de schade toepassing van het leerstuk rechtvaardigen. De vraag die aldus voorligt is of een schending van de informatieplicht en de daaruit voortvloeiende schade deze terughoudendheidstoets doorstaat. In het *Fortis/Bourgonje*-arrest kunnen enkele aanknopingspunten gevonden worden ter beantwoording van deze vraag. Het betrof in dit arrest ook een schending van een informatieplicht, in die zin dat een vermogensbeheer had verzuimd zijn cliënt te waarschuwen voor een waardedaling van diens aandelen.¹¹¹ Omdat niet met zekerheid gezegd kon worden of de cliënt een dergelijk advies zou hebben opgevolgd, paste het hof het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid toe. De vermogensbeheerder stelde zich in cassatie op het standpunt dat het hof het leerstuk ten onrechte had toegepast.¹¹²

De Hoge Raad ging hierin mee en overwoog dat de aard van de geschonden norm een waarschuwingsplicht is en dat de strekking van de norm het voorkomen van vermogensschade is. Daar komt bij dat de kans dat de cliënt het advies zou hebben opgevolgd niet bijzonder groot was. Toepassing van de proportionele aansprakelijkheid in dit geval is daarom volgens de Hoge Raad in strijd met de vereiste terughoudendheid dienaangaande. Deze uitkomst laat de deur naar toepassing van het leerstuk bij een schending van de informatieplicht door de arts slechts op een kier staan. Ook Wijne is van oordeel dat toepassing van het leerstuk in dergelijke gevallen niet voor de hand ligt. Zij wijst ter onderbouwing van dit standpunt op de grote kans dat de patiënt de behandeling had doorgezet indien hij wel goed was ingelicht en het feit dat de strekking van de norm is dat de patiënt in staat wordt gesteld een goed geïnformeerde keuze te maken.¹¹³

¹¹⁰ T.F.E. Tjong Tjin Tai, annotatie bij HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, onder 3.

¹¹¹ HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, r.o. 3.2.3.

¹¹² HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, 3.7.

¹¹³ Wijne 2013, p. 457.

Giesen & Maes menen echter dat proportionele aansprakelijkheid wel degelijk een uitkomst kan bieden bij een schending van de informatieplicht door de arts. Daarbij wijzen ze op een na het *Fortis/Bourgonje*-arrest gewezen uitspraak van het Hof Arnhem-Leeuwarden waarin het leerstuk werd toegepast in een zaak waar het een verzuimde informatieplicht met vermogensschade als gevolg betrof.¹¹⁴ Voorts zij gewezen op het feit dat de schade ten gevolge van een schending van de informatieplicht door de arts, anders dan in het *Fortis/Bourgonje*-arrest het geval was, kwalificeert als letselschade en niet als vermogensschade. Dit pleit voor toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid, hetgeen door Tjong Tjin Tai wordt onderschreven.¹¹⁵ Concluderend kan gesteld worden dat, hoewel niet kan worden uitgesloten dat het leerstuk kan worden toegepast bij een schending van de informatieplicht door de arts, het niet aannemelijk is dat het leerstuk in alle gevallen uitkomst zal bieden. De leer van de kansschade kan derhalve wellicht een geschikter instrument vormen.

§ 3.4.6 Toepasbaarheid leer van de kansschade

Zoals eerder gebleken kan de leer van de kansschade worden toegepast in situaties waarin onzekerheid bestaat over de vraag of een normschending schade heeft veroorzaakt, omdat niet kan worden vastgesteld of de schade zich zou hebben voorgedaan wanneer er geen normschending zou hebben plaatsgevonden. Bij een schending van de informatieplicht door de arts is sprake van een hierboven beschreven situatie. Er kan immers niet met zekerheid gezegd worden wat de patiënt had besloten wanneer hij wel op de juiste wijze was ingelicht. Hem is echter wel de kans ontnomen op een beter behandelingsresultaat, nu hij niet een geïnformeerde beslissing heeft kunnen nemen over het al dan niet afzien van de schadeveroorzakende behandeling. Verscheidene auteurs dragen derhalve de leer van de kansschade aan als oplossing voor het bewijsprobleem waarmee patiënten zich geconfronteerd zien bij het aantonen van een causaal verband tussen een schending van de informatieplicht en de geleden schade.¹¹⁶

In vergelijking met het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid pleiten twee argumenten voor toepassing van de leer van de kansschade in plaats van het eerstgenoemde

¹¹⁴ Giesen & Maes, *NTBR* 2014/27, p. 6.

¹¹⁵ T.F.E. Tjong Tjin Tai, annotatie bij HR 24 december 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, randnummer 3.

¹¹⁶ Hendrix & Akkermans, *TvGR* 2007/7, p. 510; Kroes, *PP* 2007/6, p. 165; Tavernier *MvV* 2010/5, p. 142; zie ook Engelhard, *AV&S* 2019/37, p. 6.

leerstuk. Allereerst kan het kansschadeleerstuk worden toegepast zonder de terughoudendheid die wel vereist is bij het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid. Zoals in de voorgaande paragraaf gebleken, is het nu juist deze vereiste terughoudendheid die in de weg staat aan toepassing van proportionele aansprakelijkheid bij een schending van de informatieplicht van de arts. Daarnaast is voor toepassing van de leer van de kansschade slechts vereist dat kans op een beter behandelingsresultaat, dus de kans dat de patiënt van de behandeling had afgezien, niet nihil of verwaarloosbaar klein is. Daarbij kan worden uitgegaan van een kans van 10% of hoger.¹¹⁷

Voor toepassing van de leer van de kansschade is echter vereist dat een *conditio sine qua non*-verband bestaat tussen de normschending en het verlies van een kans.¹¹⁸ In het in 2012 gewezen arrest heeft de Hoge Raad overwogen wat dit vereiste in de praktijk behelst als het leerstuk wordt toegepast bij een schending van een informatieplicht:

‘Zijn oordeel moet aldus worden verstaan, dat het eerst op grond van de hiervoor in 3.3 onder (b) weergegeven overwegingen voldoende aannemelijk heeft geoordeeld dat H., indien B. hem had geadviseerd over de mogelijkheid van de ruilarresten, dat advies zou hebben opgevolgd en zich intensief zou hebben ingespannen zich overeenkomstig de voorwaarden van de ruilarresten in een ander kantoor in te kopen. Aldus heeft het hof het *conditio-sine-qua-non*-verband vastgesteld tussen de tekortkoming van B. en het verlies van de kans van H. op een fiscaal gunstiger situatie.’¹¹⁹

Deze overweging van de Hoge Raad lijkt een streep te halen door de toepassing van de leer der kansschade bij een schending van de informatieplicht door de arts. Het is immers juist de onzekerheid die bestaat over de vraag wat de patiënt had besloten indien hij goed was geïnformeerd, die de kern vormt van het bewijsprobleem waar in dit onderzoek een oplossing voor wordt gezocht. Als voor toepassing van de leer van de kansschade vereist is dat de patiënt aantoont dat hij de waarschuwing van de arts voor mogelijke bijwerkingen van de behandeling had opgevolgd, biedt het leerstuk dus geen uitkomst voor het eerdergenoemde bewijsprobleem.

¹¹⁷ Wijne 2013, p. 469; HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, r.o. 3.8.

¹¹⁸ Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen 2* (Mon. BW nr. B35) 2017/67.2.

¹¹⁹ HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, r.o. 3.6.

Mijns inziens moet echter een scherp onderscheid gemaakt worden tussen het feitencomplex van het *Deloitte/H&H*-arrest en de situatie waarin een patiënt gezondheidsschade heeft geleden, waarvoor hij niet door arts was gewaarschuwd, ten gevolge van een behandeling. In het eerste geval is namelijk sprake van een dubbele onzekerheid. Het staat in de eerste plaats niet vast dat de benadeelde het advies van de vermogensbeheerder had opgevolgd. Daar komt bij dat ook geen zekerheid bestaat over de vraag of de benadeelde zich daadwerkelijk in een betere positie had bevonden indien hij het advies had opgevolgd. Deze laatste onzekerheid vormt de verloren gegane kans op een beter resultaat die voor vergoeding in aanmerking komt. In dat licht bezien is goed te volgen dat is vereist dat is komen vast te staan dat het advies zou zijn opgevolgd. Dit ligt echter anders bij een schending van de informatieplicht van de arts. In een dergelijk geval is slechts sprake van één onzekerheid, namelijk de vraag of de patiënt van de behandeling had afgezien. Als deze vraag bevestigend kan worden beantwoord, dan staat vast dat de patiënt geen schade zou hebben geleden. De kans die aldus voor vergoeding in aanmerking komt, is de kans dat de patiënt van de behandeling zou hebben afgezien. Evenals bij situaties waarin de advocaat verzuimt hoger beroep in te stellen¹²⁰, is het *conditio sine qua non*-verband met de verloren kans dus zonder meer gegeven met de normschending van de arts. Dit wordt ook bevestigd in de enige mij bekende uitspraak waarin een vergoeding voor het verlies van een kans op een beter behandelingsresultaat wegens een schending van de informatieplicht is aangenomen.¹²¹

§ 3.4.7 Belgisch recht

In het kader van de beoordeling van de toepasbaarheid van het kansschadeleerstuk bij *informed consent*-zaken, is een kijkje over de grens wellicht waardevol. Meer specifiek verdient het Belgische recht de aandacht. In dat rechtstelsel wordt vanzelfsprekend ook geworsteld met de causaliteitsonzekerheid tussen de geleden schade van de patiënt en de schending van de informatieplicht door de arts. Evenals in Nederland wordt in België causaliteitsonzekerheid in algemene zin opgelost door toepassing van het kansschadeleerstuk. Waar men in Nederland, zoals hierboven is gebleken, echter (zeer) terughoudend is met de toepassing van het leerstuk bij een schending van de informatieplicht door de arts, staat men in België positief tegenover vergoeding van kansschade in dergelijke zaken.¹²² De Belgische

¹²⁰ HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, r.o. 3.5.3

¹²¹ Rb. Rotterdam 24 november 2015, ECLI:NL:RBROT:2015:8640, r.o. 4.12.

¹²² Vansweevelt & Glover-Thomas 2020, p. 144; Verjans, *Tgz* 2019/1, p. 33.

rechter past het leerstuk dan ook met enige regelmaat toe in zaken waarin een schending van informatieplicht van de arts centraal staat.¹²³

§ 3.4.8 Conclusie

Zowel het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid als de leer van het verlies van een kans kunnen een uitkomst bieden voor de causaliteitsonzekerheid bij de schending van de informatieplicht van de arts. Daarbij zij opgemerkt dat, onder andere gelet op het Belgische recht, het laatstgenoemde leerstuk hiervoor de meest geschikte kandidaat is. In dat licht bezien is het verwonderlijk dat patiënten zich nauwelijks beroepen op deze constructie. Patiënten die hun arts aansprakelijk willen stellen voor een dergelijke normschending laten daarmee een in potentie effectief instrument onbenut. Reden hiervoor kan wellicht zijn dat toepassing van het leerstuk enkel kan resulteren in een gedeeltelijke schadevergoeding. Zoals eerder gebleken is een volledige schadevergoeding wegens de grote onzekerheid omtrent het causaal verband echter slechts in uitzonderlijke gevallen haalbaar. De leer van het verlies van een kans vormt derhalve een goede middenweg en biedt een alternatief voor het alles of niets-karakter van een reguliere aansprakelijkstelling.

§ 3.5 Vergoeding van integriteitsschade

§ 3.5.1 Algemene opmerkingen

In de laatste paragraaf van dit hoofdstuk wordt ingegaan op de vraag of de schending van de informatieplicht *an sich* aanleiding kan zijn om de arts te veroordelen tot het betalen van een schadevergoeding. Wanneer een patiënt de kans ontnomen wordt om een geïnformeerde beslissing te nemen over het ondergaan van een medische behandeling, vormt dit namelijk een inbreuk op de het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Beargumenteerd kan worden dat deze inbreuk schade veroorzaakt, in de vorm van integriteitsschade, die voor vergoeding in aanmerking komt.¹²⁴ Indien dit het geval is, hoeft de patiënt enkel aan te tonen dat de arts zijn informatieplicht heeft geschonden. Het bewijsprobleem dat is gemoeid met de stelling dat de patiënt van de behandeling zou hebben afgezien van de behandeling als hij wel goed was ingelicht, wordt aldus omzeild.

¹²³ Hof van Cassatie 21 april 2016, ECLI:BE:CASS:2016:ARR.20160421.8.

¹²⁴ Giesen 2014, p. 65.

Op grond van art. 6:95 BW komt zowel vermogensschade als ander nadeel in aanmerking voor vergoeding. In art. 6:106 BW staat beschreven in welke gevallen de gelaedeerde recht heeft op een vergoeding van ‘ander nadeel’. Blijkens sub b van dit artikel is dit onder meer wanneer de benadeelde lichamenlijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in de persoon is aangetast. Algemeen aanvaard is dat geestelijk letsel onder deze laatste categorie wordt geschaad.¹²⁵ Daarnaast kan gesteld worden dat deze categorie mogelijk de grondslag vormt voor de hierboven beschreven vergoeding van integriteitsschade. In de volgende paragraaf wordt ingegaan op enkele arresten van de Hoge Raad die deze stelling onderbouwen.

§ 3.5.2 Ontwikkeling in de rechtspraak van de Hoge Raad

HR Oosterparkrellen

In een drietal arresten van de Hoge Raad zijn aanknopingspunten te vinden voor de mogelijkheid tot het vergoeden van integriteitsschade. Het eerste arrest dat hierbij van belang is, is het *Oosterparkrellen*-arrest.¹²⁶ In deze zaak stelde een echtpaar de gemeente Groningen aansprakelijk omdat de politie had nagelaten te reageren op hulpverzoeken van het echtpaar toen hun huis meerdere malen werd belaagd door een grote groep rellende jongeren. Het echtpaar vorderde onder meer vergoeding van immateriële schade nu zij in hun persoon waren aangetast. De Hoge Raad overwoog:

‘Op grond van de aard en de ernst van deze nalatigheid, die naar het kennelijke oordeel van de rechtbank leidde tot een zeer ernstige inbreuk op de integriteit van hun persoon en de veiligheid van hun woning, heeft zij kunnen oordelen dat van aantasting van de persoon van X. en zijn echtgenote sprake is geweest. Het oordeel van de rechtbank geeft dus niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting en het is toereikend gemotiveerd.’¹²⁷

Later in het arrest stelt de Hoge Raad dat, nu is vastgesteld dat het echtpaar in hun persoon is aangetast, niet vereist is dat ook sprake is van psychisch letsel. De schending van de persoonlijke integriteit is dus als zodanig reeds reden om over te gaan op toekenning van een schadevergoeding.¹²⁸

¹²⁵ *Asser/Sieburgh* 6-II 2017/143.

¹²⁶ HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721.

¹²⁷ HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, r.o. 3.11.

¹²⁸ HR 9 juli 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO7721, r.o. 3.13.

HR Baby Kelly

Ook in het bekende *Baby Kelly*-arrest werd een aantasting van de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1 sub BW aangenomen.¹²⁹ Het ging in deze zaak om fout van een verloskundige als gevolg waarvan zij niet op tijd had vastgesteld dat het kind zwaar gehandicapt ter wereld zou komen. Daarmee had zij de ouders de kans ontnomen te opteren voor een abortus. In het kader van de vraag of de ouders van het kind hiermee in hun persoon waren aangetast overwoog de Hoge Raad:

‘Wanneer aan de moeder de uitoefening van haar keuzerecht wordt onthouden door een fout van een verloskundige en zij daarmee, zoals in de onderhavige zaak, niet ervoor heeft kunnen kiezen de geboorte van een zwaar gehandicapt kind te voorkomen, wordt een ernstige inbreuk gemaakt op haar zelfbeschikkingsrecht (...) Een zo ingrijpende aantasting als in dit geding aan de orde van een zo fundamenteel recht moet worden aangemerkt als een aantasting in de persoon in de zin van art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld.’¹³⁰

HR Blauw oog

Tot slot formuleerde de Hoge Raad in het *Blauw oog*-arrest een algemene regel voor het vergoeden van schade wegens aantasting in de persoon als geen sprake is van geestelijk letsel.¹³¹ Eiser in deze zaak was tijdens een uit de hand gelopen ruzie meerdere malen in zijn gezicht geslagen. Hij vorderde een vergoeding voor de lichamelijke schade alsook voor de aantasting in zijn persoon, in de vorm van angstgevoelens. De Hoge Raad overweegt:

‘Weliswaar is niet in alle gevallen uitgesloten dat een uitzondering op dit uitgangspunt wordt aanvaard in verband met de bijzondere ernst van de normschending en de gevolgen daarvan voor het slachtoffer, maar in het onderhavige geval heeft het hof kennelijk en niet onbegrijpelijk geoordeeld dat daartoe onvoldoende is gesteld.’¹³²

Of schade ten gevolge van een aantasting in de persoon voor vergoeding in aanmerking komt, is dus afhankelijk van de ernst van de normschending en de gevolgen van die normschending.

¹²⁹ HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213.

¹³⁰ HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AR5213, r.o. 4.8.

¹³¹ HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519.

¹³² HR 29 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW1519, r.o. 3.5.

Conclusie

De hierboven behandelde arresten bieden aanknopingspunten voor een vergoeding van integriteitsschade wegens een schending van de informatieplicht. Dit geldt met name voor het *Baby Kelly*-arrest. Het betrof hier immers ook een schending van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Voorts blijkt uit het *Oosterparkrellen*-arrest dat de enkele normschending voldoende is voor een veroordeling tot schadevergoeding. In het vervolg wordt aan de hand van literatuur en lagere rechtspraak onderzocht in hoeverre het leerstuk zich leent voor toepassing bij een schending van de informatieplicht van de arts.

§ 3.5.3 Toepasbaarheid op schending van de informatieplicht

Vergoeding van integriteitsschade na een schending van de informatieplicht van de arts is in de lagere rechtspraak voor zover mij bekend in drie gevallen toegewezen. De primeur was voor het hof Amsterdam in 1998. Een patiënt bij wie bloedtransfusies waren toegediend, was niet ingelicht over de mogelijke complicaties die zich hierbij konden voordoen. Toen deze complicaties, in de vorm van slokdarmspataderen, zich manifesteerden, stelde de patiënt de arts aansprakelijk. Volgens het hof was de patiënt door de schending van de informatieplicht in diens zelfbeschikkingsrecht en daarmee ook in zijn persoon aangetast. Daarbij was ook van belang dat het leed van de patiënt verergerd was nu de complicaties voor hem als donderslag bij heldere hemel ontstonden.¹³³ In 2006 boog het hof Arnhem zich over een zaak waarin een arts had verzuimd de patiënt in te lichten over een mogelijk beenlengteverschil ten gevolge van een heupoperatie. Het hof was van oordeel dat de patiënt hiermee was aangetast in zijn zelfbeschikkingsrecht en veroordeelde de arts tot vergoeding van de integriteitsschade.¹³⁴ De Hoge Raad heeft dit arrest overigens gecasseerd, maar liet daarbij de overwegingen van het hof omtrent de integriteitsschade in stand.¹³⁵ Tot slot heeft het hof Arnhem-Leeuwarden in een tamelijk recent gewezen arrest de arts veroordeeld tot vergoeding van integriteitsschade. In deze zaak had de arts nagelaten om de ouders van een met afwijkingen geboren zoon te informeren over de risico's van medicijngebruik tijdens de zwangerschap. Volgens het hof levert dit een dermate ernstige inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht van de ouders op, dat zij in hun persoon zijn aangetast.¹³⁶

¹³³ Hof Amsterdam 19 februari 1998, TvGR 1998/48.

¹³⁴ Hof Arnhem 25 april 2006, ECLI:NL:GHARN:2006:BM5194, r.o. 4.4.3.

¹³⁵ HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4882.

¹³⁶ Hof Arnhem-Leeuwarden, 23 januari 2018, ECLI:NL:GHARL:2018:695, r.o. 2.9.

Vergoeding van integriteitsschade wegens een schending van de informatieplicht werd door de rechtbank Zeeland-West-Brabant afgewezen. In deze zaak had een patiënt een operatieve ingreep aan zijn prostaat ondergaan, waarna bleek dat hij geen uitwendige zaadlozingen meer heeft maar inwendige. Hij was door zijn arts niet gewaarschuwd voor deze complicatie en vorderde integriteitsschade. De rechtbank nam in overweging dat de patiënt niet onvruchtbaar was geworden en de overige functies van het geslachtsorgaan gelijk zijn gebleven. Daarnaast was geen sprake van een schok die is vergroot door het achterblijven van de informatie. De schending van de informatieplicht leverde daarom volgens de rechtbank geen ernstige schending van de persoonlijke levenssfeer van de patiënt op, als gevolg waarvan de vordering werd afgewezen.¹³⁷ Giard is in zijn noot onder dit vonnis overigens kritisch op deze uitkomst. Hij meent dat als eenmaal vaststaat dat een fundamenteel recht, zijnde het zelfbeschikkingsrecht, geschonden is, de ernst van inbreuk niet meer ter zake zou moeten doen voor de vraag of moet worden overgegaan tot vergoeding van integriteitsschade.

In de literatuur is de algemene tendens dat vergoeding van integriteitsschade een goede oplossing biedt voor het bewijsprobleem van de patiënt bij de aansprakelijkstelling van de arts wegens een schending van de informatieplicht.¹³⁸ Giesen voert als voorname argument voor deze stelling aan dat door toepassing van het leerstuk het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt daadwerkelijk geëffectueerd kan worden.¹³⁹ Ook Hartlief wijst op het feit dat het leerstuk daadwerkelijke betekenis geeft aan de informatieplicht van de arts.¹⁴⁰ Daarnaast ziet hij vergoeding van integriteitsschade als een zuiverdere oplossing dan de mogelijke bewijsrechtelijke tegemoetkomingen die eerder in dit onderzoek aan bod zijn gekomen.¹⁴¹ Tot slot pleit Verheul voor vergoeding van integriteitsschade in navolging van recente EHRM-jurisprudentie daaromtrent.¹⁴²

In 2019 heeft de Hoge Raad echter een arrest gewezen, het *EBI*-arrest, dat volgens verscheidene auteurs een bom legt onder toepassing van het leerstuk bij een schending van de

¹³⁷ Rb. Zeeland-West-Brabant, ECLI:NL:RBZWB:2017:851, JA 2017/64 m.nt. R.W.M. Giard, r.o. 3.7.9.

¹³⁸ Zie naast de hierna genoemde auteurs ook Wijne 2013, p. 430; Hendrix & Akkermans, *TvGR* 2007/7, p. 512; Tavernier *MvV* 2010/5, p. 142.

¹³⁹ Giesen 2014, p. 66.

¹⁴⁰ Concl. T. Hartlief, ECLI:NL:PHR:2018:1295, bij HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, r.o. 4.23.

¹⁴¹ Hartlief *AV&S* 2008/34, p. 3.

¹⁴² Overheul *TVP* 2016/1, p. 9.

informatieplicht van de arts. In het vervolg wordt nader ingegaan op dit arrest. Daarbij wordt betoogd dat deze bom minder explosief is dan in eerste instantie gedacht.

§ 3.5.4 *Het EBI-arrest*

In het hierboven beschreven arrest stelde een gedetineerde de Staat aansprakelijk omdat hij een jaar lang onterecht aan een verzwaard detentieregime was onderworpen. Hij vordert schade in de vorm van ander nadeel, nu hij is aangetast in zijn persoon. De Hoge Raad overweegt:

‘Daarnaast kunnen de aard en de ernst van de normschending en van de gevolgen daarvan voor de benadeelde, meebrengen dat van de in art. 6:106 lid 1, onder b, BW bedoelde aantasting in zijn persoon op andere wijze sprake is (...) In beginsel zal degene die zich hierop beroept de aantasting in zijn persoon met concrete gegevens moeten onderbouwen. In voorkomend geval kunnen de aard en de ernst van de normschending meebrengen dat de in dit verband relevante nadelige gevolgen daarvan voor de benadeelde zo voor de hand liggen, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen.¹⁴³ (...) Van een aantasting in de persoon op andere wijze als bedoeld in art. 6:106 lid 1, onder b, BW, is niet reeds sprake bij de enkele schending van een fundamenteel recht.’¹⁴⁴

De Hoge Raad wijst de vordering vervolgens af omdat eiser niet voldoende heeft aangetoond wat de nadelige gevolgen waren van de normschending, nu het verschil met het detentieregime waarin hij eigenlijk geplaatst had moeten worden gering is.

Nu de Hoge Raad heeft gesteld dat de enkele schending van een fundamenteel recht niet voldoende is om een aantasting van de persoon aan te nemen, maar dat ook vereist is dat sprake is van nadelige gevolgen, vraagt Verheij zich af of vergoeding van integriteitsschade bij een schending van de informatieplicht van de arts nog wel tot de mogelijkheden behoort.¹⁴⁵ Wijne beantwoordt deze vraag in grote mate ontkennend, maar sluit de toepassing van het leerstuk niet categorisch uit.¹⁴⁶ Engelhard gaat verder en meent dat met de hierboven genoemde overweging van de Hoge Raad het concept van integriteitsschade haar betekenis is verloren.¹⁴⁷

¹⁴³ HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, r.o. 4.2.1

¹⁴⁴ HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, r.o. 4.2.2

¹⁴⁵ Verheij *NJB* 2020/763, p. 4.

¹⁴⁶ R.P. Wijne, in: *GS Onrechtmatige daad* VI.3.9.4.3.

¹⁴⁷ Engelhard, *AV&S* 2019/37, p. 6.

Anders dan de hierboven genoemde auteurs ben ik, met Lindenbergh,¹⁴⁸ van mening dat de eerder beschreven ontwikkeling van het leerstuk van integriteitsschade goed kan worden ingepast in het door de Hoge Raad in het *EBI*-arrest geformuleerde criterium voor een aantasting in de persoon. Mijns inziens moeten de overwegingen van de Hoge Raad zo gelezen worden dat, indien het risico waarvoor niet gewaarschuwd is door de arts zich niet verwezenlijkt en de patiënt dus geen gezondheidsschade heeft geleden, geen sprake is van nadelige gevolgen en een schadevergoeding dus dient uit te blijven. Dit onderzoek ziet echter op de gevallen waarin dit risico zich wel heeft verwezenlijkt en de patiënt zich dus geconfronteerd ziet met gezondheidsschade. Naar mijn idee kwalificeert deze schade als een voldoende nadelig gevolg om over te gaan op vergoeding van integriteitsschade.¹⁴⁹ Indien de gezondheidsschade niet kwalificeert als een nadelig gevolg, kan beargumenteerd worden dat het feit dat de patiënt gezondheidsschade heeft geleden, maakt dat sprake is van een ernstige normschending.¹⁵⁰ In een dergelijk geval liggen, in de woorden van de Hoge Raad, de nadelige gevolgen zo voor de hand, dat een aantasting in de persoon kan worden aangenomen.¹⁵¹

Ter verdere onderbouwing van dit standpunt zij tot slot gewezen op het feit dat de Hoge Raad in het *Blauwe oog*-arrest ook al had gesteld dat de gevolgen van de normschending moeten worden meegewogen bij het oordeel dat sprake is van een aantasting in de persoon. Dit vereiste heeft het hof Arnhem-Leeuwarden in het reeds aangehaalde arrest er niet van weerhouden de arts te veroordelen tot de vergoeding van integriteitsschade wegens de schending van de informatieplicht.

§ 3.5.5 Conclusie

Concluderend kan gesteld worden dat, gelet op de jurisprudentie van zowel de Hoge Raad als de lagere rechters en de literatuur, vergoeding van integriteitsschade bij een schending van de informatieplicht van de arts een juridisch houdbare en wenselijke oplossing vormt voor het in dit onderzoek centraal staande bewijsprobleem. Voor toepassing van dit leerstuk is vereist dat

¹⁴⁸ Lindenbergh *NTBR* 2019/20, p. 7.

¹⁴⁹ Vgl. Hendrix in haar noot onder HR 23 april 2010, ECLI:NL:HR:2010:BL4882, JA 2010/97, randnummer 27, die als uitgangspunt voor vergoeding van integriteitsschade de verwezenlijking van het risico neemt.

¹⁵⁰ Zie S.D. Lindenbergh, annotatie bij HR 15 maart 2019, ECLI:NL:HR:2019:376, randnummer 13, die stelt dat de ernst van de normschending gelegen is in de feitelijke primaire gevolgen die eruit voortvloeien.

¹⁵¹ Zie ook Lindenbergh *NTBR* 2019/20 p. 4.

sprake is van een ernstige normschending en/of nadelige gevolgen. Wanneer het risico waarvoor de patiënt ten onrechte niet is gewaarschuwd door de arts zich heeft verwezenlijkt, kan aangenomen worden dat aan deze eisen is voldaan.

IV. AFLSLUITENDE OPMERKINGEN

§ 4.1 Conclusie

In dit onderzoek is gezocht naar een oplossing voor het bewijsprobleem dat ontstaat wanneer de patiënt zijn arts aansprakelijk wil stellen voor de schade die hij heeft geleden ten gevolge van een schending van de informatieplicht van de arts. Dit bewijsprobleem ziet op het aantonen van een causaal verband. In dat kader moet de patiënt namelijk aantonen dat hij, indien hij wel goed was geïnformeerd van de behandeling had afgezien. Aangezien dit een hypothetische situatie betreft en het afzien van een behandeling dikwijls ook tot gezondheidsschade zou hebben geleid, is het voor een patiënt die daadwerkelijk van de behandeling had afgezien indien hij goed was ingelicht, zeer problematisch om dit aan te tonen.

Ter beantwoording van de hoofdvraag van dit onderzoek is allereerst het juridisch kader geschetst dat van toepassing is op de aansprakelijkheid van de arts. Daarbij is met name aandacht besteed aan het Nederlandse bewijsrecht, aangezien de constructies ter verlichting van de bewijsnood van de patiënt die in dit onderzoek aan bod komen, hoofdzakelijk bewijsrechtelijk van aard zijn. Vervolgens is een zestal constructies behandeld die de patiënt in diens bewijsnood tegemoet zou kunnen komen. Hiertoe is iedere constructie allereerst in algemene zin beschreven. Vervolgens is bezien of de constructie reeds is of wordt gebruikt ter verlichting van de bewijsnood van de patiënt. Tot slot is beoordeeld, mede in het licht van de literatuur daaromtrent, in hoeverre de constructie kwalificeert als geschikt middel om de patiënt tegemoet te komen in diens bewijsnood.

Gebleken is dat noch de keuze van de rechter voor de te hanteren maatstaf bij de beoordeling van het causaal verband, noch de omkeringsregel, uitkomst kunnen bieden voor het hierboven beschreven bewijsprobleem. Hetzelfde geldt in mindere mate voor het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid. Toepassing van dit leerstuk bij een schending van de informatieplicht is weliswaar niet uitgesloten, maar ligt niet in de rede.

De verzwaarde stelplicht, de leer van het verlies van een kans en vergoeding van integriteitsschade kunnen echter wel uitkomst bieden. Eerstgenoemde constructie kan van waarde zijn bij het aantonen van een causaal verband. Daarbij zij wel opgemerkt dat het bewijsrisico op de patiënt blijft rusten, een *non liquet* komt dus nog steeds voor risico van de

patiënt. Bij de leer van het verlies van een kans wordt een waarde toegekend aan de kans dat de patiënt van de behandeling had afgezien. Als deze kans bijvoorbeeld op 50 procent wordt ingeschat door de rechter, komt 50 procent van de geleden schade voor vergoeding in aanmerking. Tot slot kan gesteld worden dat een schending van de informatieplicht een aantasting in de persoon van de patiënt kan opleveren. De patiënt heeft daarom recht op vergoeding van integriteitsschade. Deze vergoeding ziet dus niet op een vergoeding van de geleden gezondheidsschade, waardoor het een lager bedrag zal betreffen.

§ 4.2 Aanbeveling

In het kader van dit onderzoek is uitvoerig jurisprudentie-onderzoek gedaan. Uit dit onderzoek is gebleken dat patiënten tamelijk frequent hun arts aansprakelijk stellen wegens een schending van de informatieplicht. Dit heeft door de jaren heen geresulteerd in uitgebreide *informed consent*-rechtspraak. Bij de analyse van deze rechtspraak valt op dat slechts in zeer beperkte mate gebruikt wordt gemaakt van de mogelijkheden die het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht biedt om tegemoet te komen aan de bewijsnood waarin de patiënt in dit soort zaken verkeert. Zo wordt nauwelijks een beroep gedaan op de verzwaarde stelplicht, is het kansschadeleerstuk slechts een keer van toepassing verklaard en zijn de zaken waarin de vergoeding van integriteitsschade aan de orde was op een hand te tellen. Reden hiervoor is wellicht dat de schadevergoeding die middels de genoemde instrumenten kan worden verkregen beduidend lager is dan de daadwerkelijk geleden gezondheidsschade. In de grote meerderheid van de gevallen bestaat echter dermate veel onzekerheid over het causaal verband tussen de schending van de informatieplicht, dat vergoeding van alle geleden schade onbillijk is. Daartegenover staat dat de arts die zijn informatieplicht heeft geschonden en daarmee het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt met voeten treedt, hiervoor in enige mate aansprakelijk moet kunnen worden gehouden. Het verdient daarom aanbeveling dat zowel de patiënt als de rechter zich bewuster wordt van de mogelijkheden die bestaan om te komen tot een gedeeltelijke schadevergoeding na een schending van de informatieplicht door de arts. Hiermee kan recht worden gedaan aan het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt, zonder buiten de grenzen van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht te treden.

LITERATUURLIJST

Akkermans 2002

A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband* (oratie VU), Den Haag: Boom juridisch 2002.

Akkermans & Van Dijk AV&S 2012/17

A.J. Akkermans & C.H. van Dijk 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', *AV&S* 2012/17.

Alt 2009

H.J.W. Alt, *Ongelijkheidscompensatie bij stelplicht en bewijslast in het civiele arbeidsrecht en ambtenarenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Wolters Kluwer 2009.

Asser TvGR 1991/2

W.D.H. Asser, 'Stelplicht en bewijslastverdeling en medische aansprakelijkheid in het Nederlandse recht', *TvGR* 1991/2.

Asser Procesrecht/Asser 3 2017

W.D.H. Asser, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 3. Bewijs*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Beekhof TvGR 2016/7

A. Beekhof, 'De verzwaarde betwistplicht: gebrekkige verslaglegging en een rechtsvergelijkend perspectief' *TvGR* 2016/7, p. 431-440.

Barendrecht & Van den Akker 1999

J.M. Barendrecht & E.J.A.M. van den Akker, *Informatieplichten van dienstverleners*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

De Bock, Tussen waarheid en onzekerheid (BPP nr. XI) 2011

R.H. de Bock, *Tussen waarheid en onzekerheid: over het vaststellen van feiten in de civiele procedure (Burgerlijk Proces & Praktijk nr. XI)* (diss. Tilburg), Deventer: Kluwer 2011.

De Bock, Klomp & Schaafsma-Beversluis, *Voor Daan Asser 2020/27.5.*

R.H. de Bock, R.J.Q. Klomp & E.L. Schaafsma-Beversluis (red.), *Voor Daan Asser. Procesrechtelijke desiderata ter gelegenheid van zijn 75ste verjaardag, (Asser-bundel)*, Deventer: Wolters Kluwer 2020.

Van Dijk *TVP 2003/1*

C.H. van Dijk, 'De omkeringsregel, meer dan een vermoeden van causaal verband', *TVP 2003/1*, p. 7-15.

Engelhard, *AV&S 2019/37*

E.F.D. Engelhard, 'Ruimer baan voor smartengeld bij 'persoonsaantastingen op andere wijze' zonder dat sprake is van geestelijk letsel', *AV&S 2019/37*.

Giesen 2001

I. Giesen, *Bewijs en Aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.

Giesen, *RMThemis 2004/2*

I. Giesen, 'A.J. Akkermans, De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband', *RMThemis 2004/2*, p. 91-94.

Giesen 2014

I. Giesen, 'Herstel als er (juridisch) geen schade is: integriteitsschade', in E.C. Huijsmans en M. van der Weij (red.), *Schade en herstel*, Oisterwijk: Wolf Legal Publishers 2014

Giesen *TVP 2016/2*

I. Giesen, Aansprakelijkheid van de (letselschade)advocaat voor informatieverzuimen: het bewijs van de zorgplichtschending en de (ontbrekende) eigen schuld van de cliënt', *TVP 2016/2*, p. 35-45.

Giesen & Maes, *NTBR 2014/27*

I. Giesen & K. Maes, 'Omgaan met bewijsnood bij de vaststelling van het causaal verband in geval van verzuimde informatieplichten', *NTBR* 2014/27.

Hammerstein TvP 1989, p. 1604

A. Hammerstein, 'Te goeder trouw procederen', *TvP* 1989, p. 1595-1613.

Hartlief AV&S 2008/34

T. Hartlief, 'Handhaving met smartengeld', *AV&S* 2008/34.

Hendriks e.a. 2013

A.C. Hendriks, R.D. Friele, J. Legemaate & G.A.M. Widdershoven, *Thematische Wetsevaluatie Zelfbeschikking in de zorg*, Den Haag: ZonMw 2013.

Hendrix & Akkermans, TvGR 2007/7

L.G.J. Hendrix & A.J. Akkermans, 'Causaliteitonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van Chester v. Afshar', *TvGR* 2007, nr. 7, p. 498-515.

Pitlo/Hidma & Rutgers 2014

T.R. Hidma en G.R. Rutgers, *Bewijs. (Nederlands burgerlijk recht. Pitlo. dl. 7)*, Arnhem: Gouda Quint 2014.

Kaandorp TVP 2002/1

D.T.G.J. Kaandorp, 'noot bij de arresten HR 23 november 2001, NJ 2002/386, 387 (Informed consent)', *TVP* 2002/1. p. 18-24.

Kottenhagen & Watson, TGMA 2018/2

R.J.P. Kottenhagen & K.G. Watson, 'Informed consent en medische aansprakelijkheid: naar een nieuwe benadering', *TGMA* 2018/2, p. 4-15.

Kroes, PP 2007/6

L.M. Kroes, 'Bewijslastverdeling en informed consent', *PP* 2007/6, p. 160-167.

Leenen e.a. 2020

H.J.J. Leenen, J.K.M. Geever, J. Legemaate, M.C. Ploem, M.F. van der Mersch, E. Plomp, V.E.T. Dörenberg & E.J.C. de Jong, *Handboek Gezondheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2020.

Lewin *PP* 2007/3

G.C.C. Lewin, 'Hoe zwaar weegt de verzwaarde stelplicht', *PP* 2007/3, p. 82-84.

Lindenbergh *NTBR* 2019/20

S.D. Lindenbergh, 'Smartengeld wegens spanning, frustratie, ergernis en (ander) onbehagen?', *NTBR* 2019/20.

Overheul *TVP* 2016/1

A.M. Overheul, 'Vergoeding van integriteitsschade mede vanuit mensenrechtelijk perspectief', *TVP* 2016/1.

Pajmans *NTBR* 2016/2, p. 7

B.M. Pajmans, 'De verzwaarde stelplicht revisited', *NTBR* 2016/2

De Ridder 2009

M.J.J. de Ridder, 'Bewijslastverdeling in het medisch aansprakelijkheidsrecht', in: T. Hartlief en W.R. Kastelein (red.), *Medische aansprakelijkheid*, Den Haag: Sdu uitgevers 2009.

De Ridder *TvGR* 2006/3

M.J.J. De Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGR* 2006/3, p. 216-228.

De Ridder *TvGR* 2008/2

M.J.J. De Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGR* 2008/2, p. 114-127.

De Ridder *TvGR* 2010/3

M.J.J. De Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGR* 2010/3, p. 187-209.

De Ridder *TvGR* 2011/8,

M.J.J. De Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGR* 2011/8, p. 675-693.

De Ridder TvGR 2013/6,

M.J.J. De Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGR* 2013/6, p. 543-564.

De Ridder TvGR 2015/6

M.J.J. De Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGR* 2015/6, p. 410-431.

De Ridder TvGR 2017/6

M.J.J. De Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGR* 2017/6, p. 411-438.

De Ridder TvGR 2019/6

M.J.J. De Ridder, 'Kroniek rechtspraak civiel recht', *TvGR* 2019/6, p. 483-517.

Rutgers, Flach & Boon, *Parl. Gesch. Bewijsrecht* 1988

G.R. Rutgers, R.J.C. Flach & G.J. Boon (red.), *Parlementaire Geschiedenis van de nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken*, Deventer: Kluwer 1988.

Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen 2 (Mon. BW nr. B35)* 2017

C.J.M. Klaassen, *Schadevergoeding: algemeen, deel 2 (Monografieën BW, nr. B35)*, Deventer: Kluwer 2017.

***Asser/Sieburgh 6-IV* 2019**

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel IV. De verbintenis uit de wet.*, Deventer: Wolters Kluwer 2019.

***Asser/Sieburgh 6-II* 2017**

C.H. Sieburgh, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 6. Verbintenissenrecht. Deel II. De verbintenis in het algemeen, tweede gedeelte*, Deventer: Wolters Kluwer 2017.

Stein e.a., *Compendium Burgerlijk procesrecht* 2018

P.A. Stein e.a., *Compendium van het Burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Stolker 1988

C.J.J.M Stolker, *Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1988.

Tavernier, *MvV* 2010/5

P.C.J. de Tavernier, 'Over het bewijs van causaal verband met betrekking tot de geïnformeerde toestemming bij medische behandelingen', *MvV* 2010/5, p. 139-146.

Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV 2018/418

T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. 7. Bijzondere overeenkomsten. Deel IV. Opdracht, incl. de geneeskundige behandelingsovereenkomst en de reisovereenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2018.

Vansweevelt & Glover-Thomas 2020

T. Vansweevelt & N. Glover-Thomas, *Informed Consent and Health: A Global Analysis*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited 2020.

Verheij, *Onrechtmatige daad (Mon. Pr. nr. 4)* 2019

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad (Monografieën Privaatrecht nr. 4)*, Deventer: Wolters Kluwer 2019

Verheij *NJB* 2020/763

A.J. Verheij, 'EBI-arrest: een nieuwe koers', *NJB* 2020/763.

Verjans, *Tgz* 2019/1

E. Verjans, 'Het recht op informatie en toestemming van de patiën herbekeken', *Tgz* 2019/1.

Wijne 2013

R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade* (diss. Erasmus), Den Haag: Boom juridisch 2013.

Wijne, in: *GS Onrechtmatige daad* VI.3.9.4.3.

R.P. Wijne, 'Bewijs van afwezigheid van informed consent en vergoeding integriteitsschade?', in: C.J.J.M. Stolker (red.), *Groene Serie Onrechtmatige daad*, Deventer: Wolters Kluwer.