

Aansprakelijkheid op basis van wanprestatie en onrechtmatige daad in de medische en psychiatrische sector

‘Maakt het bij samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad enig verschil op welke grondslag de aansprakelijkstelling geschiedt in de medische en psychiatrische sector?’

Doctoraalscriptie: F.A.M. Hermans

Studentnummer: 741671

Begeleidster: Mr. dr. E. J. van Beukering

Universiteit van Tilburg

19 april 2007, 16.00-17.00 uur, DZ-5

Voorwoord.

Deze scriptie vormt de afsluiting van mijn studie Nederlands recht aan de Rechten Faculteit van de Universiteit van Tilburg. Ik ben in het studiejaar 2000-2001 begonnen. Ondanks een volledige baan heb ik veel plezier aan deze deeltijdstudie beleefd. De colleges vond ik meestal erg interessant en van hoge kwaliteit. De studie heeft ook tot de nodige goede contacten met medestudenten geleid. Alles overziende kan ik op een prettige studieperiode terugkijken.

Via deze weg wil ik in de eerste plaats mijn promotor, Mr. dr. E.J.M. van Beukering bedanken voor de goede begeleiding. Tevens bedank ik Mr. L.R. van Harinxma voor zijn bereidheid zitting te nemen in de examencommissie.

Een woord van dank gaat ook naar Désirée Kools en Floor van Tilburg voor hun support tijdens het schrijven van de scriptie.

Last but not least gaat mijn dank uit naar mijn gezin. Zonder hun steun zou ik het niet hebben gered.

Frans Hermans

Berkel Enschtot, april 2007

Inhoudsopgave.

HOOFDSTUK 1 INLEIDING EN PROBLEEMSTELLING.....	1
1.1. Inleiding.....	1
1.1.1. Samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad.....	1
1.1.2. Relatie wanprestatie en onrechtmatige daad.....	3
1.2. Probleemstelling en nadere afbakening	4
1.3. Opzet scriptie.....	4
HOOFDSTUK 2. RECHTSONTWIKKELING TEN AANZIEN VAN DE GRONDSLAG EN DOEL VAN HET AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT EN DE ROL DAARIN VAN WANPRESTATIE EN ONRECHTMATIGE DAAD...	6
2.1. Inleiding.....	6
2.2. Grondslag en doel van het aansprakelijkheidsrecht.....	6
2.3. Historische ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht.....	8
2.4. Voorzienbaarheid in relatie tot de leer van de toerekening naar redelijkheid	9
2.4.1. Rechtsliteratuur.....	9
2.4.2. Rechtspraak.....	12
2.5. Schending van veiligheidsnormen als grondslag voor aansprakelijkheid op basis van onrechtmatige daad en wanprestatie in de medische en psychiatrische sector.....	13
2.6. Conclusie.....	17
HOOFDSTUK 3. SAMENLOOP VAN WANPRESTATIE EN ONRECHTMATIGE DAAD JEGENS DERDEN	
3.1. Inleiding.....	19
3.2. Geneeskundige behandelingsovereenkomst.....	20
3.3. Schuld- en risicoaansprakelijkheid.....	20
3.4. Wanneer en wegens welke derden is samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad mogelijk?.....	21
3.5. De grondslag van aansprakelijkheid bij wanprestatie van partijen jegens derden.....	23
3.6. Waar liggen de grenzen (van de toerekening) van aansprakelijkheid van partijen ten aanzien van derden in de medische en psychiatrische sector?..	23
3.7. Verweermiddelen van partijen aan derden.....	24
3.8. Rechtspraak.....	24
3.9. Conclusie.....	27
HOOFDSTUK 4 BEWIJSLAST VAN WANPRESTATIE EN ONRECHTMATIGE DAAD (ART. 150 Rv).....	29
4.1. Inleiding.....	29
4.2. Mate van keuzevrijheid ten aanzien van de aansprakelijkheidsgrondslag...	29
4.3. Bewijslast (art. 150 Rv).....	30
4.3.1 Hoofdregel.....	30
4.3.1.1 Rechtsliteratuur.....	31
4.3.1.2 Rechtspraak.....	31
4.3.1.3 Conclusie ten aanzien van de hoofdregel van art. 150 Rv.....	33
4.3.2. Uitzonderingen op de hoofdregel van art. 150 Rv.....	34

4.3.2.1 Een bijzondere regel van geschreven en ongeschreven rechtsregels de ‘Omkeringsregel’.....	35
4.3.2.2 Bewijslastverdeling op basis van redelijkheid en billijkheid.....	38
4.3.2.3 Conclusie ten aanzien van de uitzonderingen op de hoofdregel van art. 150 Rv.....	38
4.4 Algemene conclusie ten aanzien van de bewijslast bij wanprestatie en onrechtmatige daad.....	39
HOOFDSTUK 5 DE OMVANG VAN DE AANSPRAKELIJKHEID BIJ WANPRESTATIE EN ONRECHTMATIGE DAAD (ART. 6:98 BW).....	41
5.1. Inleiding.....	41
5.2. Rechtsliteratuur.....	41
5.2.1. Mate van toerekening.....	41
5.2.2. Mogelijke verschillen in de mate van toerekening.....	43
5.3. Rechtspraak.....	44
5.4. Conclusie.....	56
HOOFDSTUK 6 CONCLUSIE.....	59
6.1 Rechtsliteratuur.....	59
6.2 Rechtspraak.....	60
6.3 Eigen visie.....	63
6.4. Slotconclusie.....	65
LITERATUURLIJST.....	67
JURISPRUDENTIE.....	70

Hoofdstuk 1

Inleiding en probleemstelling

1.1 Inleiding

Op 18 maart 2005 wordt het ziekenhuis (LUMC) door de Hoge Raad (hierna HR) veroordeeld tot het betalen van schadevergoeding aan de gehandicapte baby Kelly en aan haar ouders. De moeder had voordat ze van Kelly zwanger raakte in 1986 een miskraam gehad en in 1987 een curettage ondergaan. Ter begeleiding van een nieuwe zwangerschap in 1993 was ze onder behandeling bij een verloskundige, die in dienst was van het LUMC. In 1994 is ze bevallen van dochter Kelly, die zowel fysiek als geestelijk zeer ernstig gehandicapt was als gevolg van een chromosomale afwijking. In het eerste gesprek dat de moeder met de verloskundige voerde is aan de orde geweest dat een neef van de vader van Kelly als gevolg van chromosomale afwijkingen gehandicapt is. De moeder heeft in bedoeld gesprek gevraagd of zij in aanmerking kwam voor een vruchtwateronderzoek. De verloskundige heeft besloten dat dit onderzoek of een verwijzing niet nodig was. De ouders hebben zowel voor zichzelf als voor Kelly vorderingen ingesteld omdat er abortus zou zijn gepleegd indien bij het onderzoek de chromosomale afwijking van de vrucht aan het licht was gekomen.

Aan deze vorderingen hebben zij ondermeer ten grondslag gelegd dat:

- de verloskundige, hoewel daarom wel verzocht, een vruchtwaterpunctie niet nodig heeft geacht ondanks twee spontane abortussen en de chromosomale afwijking van de neef;
- deze opstelling onder deze omstandigheden een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van haar verplichtingen uit de geneeskundige behandelingsovereenkomst oplevert en deze handelwijze onrechtmatig is tegenover de moeder;
- deze handelwijze bovendien onrechtmatig is tegenover de vader en Kelly.

Wij zien hier dat ten aanzien van de moeder - door een beroepsfout - sprake is van wanprestatie (art. 6:74 BW) op grond van de met het ziekenhuis gesloten geneeskundige behandelingsovereenkomst. De HR geeft aan dat het partij zijn van Kelly bij de behandelingsovereenkomst niet voor de hand ligt door te stellen: 'Bij gebreke van aanwijzingen voor het tegendeel brengt de aard van de onderhavige overeenkomst in beginsel mee dat de aanstaande moeder deze uitsluitend voor zichzelf sluit'. De HR laat hiermee in feite in het midden of Kelly contractpartij is of niet.

De HR geeft vervolgens aan dat de behandelaar, in casu de verloskundige, op grond van de in art. 7:453 BW omschreven primair jegens de moeder bestaande zorgplicht ook jegens het nog ongeboren kind ertoe gehouden is het in de gegeven omstandigheden vereiste

vruchtwateronderzoek te doen. En indien daartoe aanleiding is een klinisch geneticus te consulteren. De moeder dient op deze wijze in staat te worden gesteld een goed geïnformeerde keuze te maken ten aanzien van de vraag of zij mede met het oog op de belangen van haar nog ongeboren kind wel of geen abortus wenst. Door in deze zorgplicht jegens de moeder tekort te schieten, handelt de verloskundige tevens in strijd met hetgeen jegens de ongeborene volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. De verloskundige is derhalve tegenover Kelly aansprakelijk op grond van een onrechtmatige daad (art. 6:162 lid 2 BW). De vader is geen partij bij de behandelingsovereenkomst maar de belangen van de vader zijn ten nauwste betrokken bij de beslissing tot wel of geen abortus, aangezien door de geboorte van een kind een familierechtelijke betrekking van het kind met de ouders ontstaat. (art. 1:197 BW). De vader wordt beschouwd als een ‘derde’, die nauw betrokken is bij de behandelingsovereenkomst. De verloskundige had derhalve ook een maatschappelijke zorgplicht (art. 6:162 lid 2 BW) ten aanzien van hem. De HR oordeelt dat de vader derhalve een vorderingsrecht heeft op basis van onrechtmatige daad.

1

De hierboven besproken casus is die van het arrest *Wrongful life* (hierna Kelly-arrest). Ik heb het Kelly-arrest kort geschetst omdat het een goed voorbeeld is van een situatie waarin een handeling die wanprestatie oplevert tevens als een onrechtmatige daad wordt beschouwd waarop art. 6:162 BW van toepassing is. In het onderhavige geval doet deze samenloop zich voor ten aanzien van de vader en Kelly.

De mogelijke verschillende rechtsgevolgen bij aansprakelijkstelling op grond van wanprestatie of op grond van onrechtmatige daad, waarbij sprake is van samenloop, zullen in deze scriptie nader aan de orde komen en vormen tevens de aanleiding van de in dit hoofdstuk geformuleerde probleemstelling.

1.1.1 Samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad

Er zijn verschillende definities² van samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad die in feite op hetzelfde neerkomen. Ik sluit mij aan bij de definitie/omschrijving van Hijma en Olthof³, die tevens een antwoord geven op de vraag jegens wie van deze samenloop sprake kan zijn.

¹ HR 18 maart 2005, JOL 2005,162 (Wrongful life).

² Asser/Hartkamp 2006 (4-III), nr. 9 p. 12; Hartkamp 2005, nr. 30, p. 24.

³ Hijma-Olthof 2005, p. 269.

Onder samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad versta ik:

Een wanprestatie opleverende gedraging, waarin tevens een onrechtmatige daad is gelegen:

- a. Jegens de wederpartij, maar alleen als het gedrag los van de schending der verbintenis als onrechtmatige daad is aan te merken.

Dit zal bijvoorbeeld het geval zijn bij onvoorzichtige beschadiging van een zaak die men voor de ander houdt of bij letsel door een medische fout.

- b. Jegens een derde. (bijvoorbeeld bij het in de handel brengen van een door zijn gebrekkigheid gevaarlijke zaak).

Pleegt een contractant wanprestatie door vervaardiging en in de handel brengen van een ondeugdelijk product dan bestaat voor derden soms de gelegenheid de producent aan te spreken uit onrechtmatige daad.

1.1.2 Relatie wanprestatie en onrechtmatige daad

Door menig juridisch schrijver⁴ wordt gesteld dat tussen een toerekenbare tekortkoming van een verbintenis en een onrechtmatige daad geen wezenlijk onderscheid bestaat. Een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis is een species van het genus onrechtmatige daad. Voorts wordt in afdeling 6.1.10 BW de schadevergoeding voor beide grondslagen uniform geregeld, met dien verstande dat dit gebeurt aan de hand van open normen die ruimte laten voor differentiatie naar gelang van ondermeer de aansprakelijkheidsgrond en soort schade.

Bij beroepsaansprakelijkheid, vooral in de medische en psychiatrische sector, speelt slachtofferbescherming een steeds grotere rol en is er steeds vaker sprake van samenloop tussen wanprestatie en onrechtmatige daad. Daardoor kan ik mij voorstellen dat het ten aanzien van de bewijslast en omvang van de schadevergoeding, mede gelet op de aard van de aansprakelijkheid en van de schade (bijvoorbeeld schuldaansprakelijkheid of risicoaansprakelijkheid respectievelijk vermogensschade of letselschade), alleszins uit maakt op welke grondslag de aansprakelijkstelling geschiedt.

In het navolgende zal ik hierop nader ingaan.

⁴ Asser/Hartkamp 2006 (4- III), nr. 8, p. 11.

1.2 Probleemstelling en nadere afbakening

Als aansprakelijkstelling op basis van twee grondslagen mogelijk is zal de schuldeiser uiteraard de voorkeur geven aan de aansprakelijkstellingsgrondslag die voor hem, in zijn specifieke geval, het meest gunstig is.

In deze scriptie wordt getracht een antwoord te vinden op de volgende probleemstelling:

‘Maakt het bij samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad enig verschil op welke grondslag de aansprakelijkstelling geschiedt in de medische en psychiatrische sector?’

Aangezien er bij wanprestatie en onrechtmatige daad meerdere rechtsvorderingen mogelijk zijn, zal ik mij in deze scriptie in hoofdzaak beperken tot recht op respectievelijk de verplichting tot schadevergoeding.

1.3 Opzet scriptie

Wanprestatie en onrechtmatige daad zijn twee grondslagen voor aansprakelijkheid waaruit een verplichting tot schadevergoeding kan voortvloeien. Om een antwoord te kunnen geven op voornoemde probleemstelling is het wenselijk inzicht te krijgen in het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen en meer specifiek de aansprakelijkstelling op grond van wanprestatie en onrechtmatige daad.

In hoofdstuk 2 zal ik nader ingaan op de rechtsontwikkeling ten aanzien van de grondslag, doel en functie(s) van het aansprakelijkheidsrecht en meer specifiek de rol daarin van wanprestatie en onrechtmatige daad in de medische en psychiatrische sector.

Op grond van de eerder vermelde definitie kan van samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad sprake zijn bij een contractuele relatie en bij een buitencontractuele relatie.

De vraag die ten aanzien van de buitencontractuele relatie opkomt is hoe derden bij een wanprestatie van partijen betrokken kunnen zijn/worden. Betekent die betrokkenheid dat zowel contractpartijen als derden een keuze kunnen maken tussen beide vorderingsrechten?

Is de schuldeiser vrij om tussen beiden te kiezen? In hoofdstuk 3 zal ik trachten hierop een antwoord te geven.

De mogelijke verschillen in rechtsgevolgen tussen wanprestatie en onrechtmatige daad zullen zich in eerste instantie voordoen bij de bewijslast van het causaal verband tussen de gedraging en de opgelopen schade. In hoofdstuk 4 zal ik aan de hand van de rechtsliteratuur en rechtspraak nader

onderzoeken of bedoelde bewijslast in de medische en psychiatrische sector tot verschillen leidt. Het vaststellen van causaal verband of te wel het condicio sine qua non-verband (artikelen 6:74 BW en 6:162 BW) betreft de fase van het vestigen van aansprakelijkheid.

In hoofdstuk 5 staat de toerekening van de aansprakelijkheid in de medische en psychiatrische sector centraal. Mede gelet op het feit dat afdeling 6.1.10 BW de schadevergoeding, deels door middel van open normen, voor beide vorderingsrechten uniform regelt, zal ik nagaan of er mogelijke verschillen zijn in de toerekening van aansprakelijkheid (art. 6:98 BW) en als gevolg daarvan de omvang van de schadevergoeding. De bevindingen ten aanzien van de bewijslast in hoofdstuk 4 worden daarbij meegenomen.

Tenslotte zal hoofdstuk 6 de conclusie bevatten waarin een antwoord wordt gegeven op de genoemde probleemstelling.

Het uitgangspunt is om ten aanzien van de schadevergoeding in de medische en psychiatrische sector een algemene lijn te ontdekken en een algemene conclusie te trekken.

Hoofdstuk 2

Rechtsontwikkeling ten aanzien van de grondslag en doel van het aansprakelijkheidsrecht en de rol daarin van wanprestatie en onrechtmatige daad

2.1 Inleiding

In dit hoofdstuk geef ik een kort overzicht van de algemene ontwikkelingen in de rechtsliteratuur en in de rechtspraak ten aanzien van het aansprakelijkheidsrecht. Deze ontwikkelingen zullen met name betrekking hebben op de verschillende aansprakelijkheidsleren door de jaren heen.

Vervolgens behandel ik wanneer en in hoeverre deze van toepassing zijn bij aansprakelijkheid op basis van wanprestatie en onrechtmatige daad in de medische en psychiatrische sector.

2.2 Grondslag en doel van het aansprakelijkheidsrecht

De grondslag voor het aansprakelijkheidsrecht is gelegen in de bescherming van de status quo of te wel handhaving van de bestaande rechtsposities. Er bestaan verschillende soorten van aansprakelijkheid zoals aansprakelijkheid voor het eigen onrechtmatig handelen (onrechtmatige daad, art. 6:162 BW) respectievelijk een toerekenbare tekortkoming in de nakoming van een verbintenis (wanprestatie, art. 6:74 BW), aansprakelijkheid voor fouten van anderen en aansprakelijkheid voor bepaalde zaken. Gelet op de rechtsvraag zal ik mij in deze scriptie beperken tot wanprestatie en onrechtmatige daad.

Er is in de huidige literatuur nogal wat discussie over het doel van het aansprakelijkheidsrecht. Het aansprakelijkheidsrecht kent diverse doelstellingen:

- vergoeding van schade;
- preventie van schade;
- slachtofferbescherming;
- spreiding van schade;
- kostenallocatie;
- afnemen van onrechtmatig genoten winst;
- genoegdoening.

De primaire doelstelling van het aansprakelijkheidsrecht is geleden schade te herstellen en dreigende schade te voorkomen.⁵ Dit betekent dat de eerste twee van de eerder genoemde doelstellingen in de rechtsliteratuur als meest belangrijk worden aangemerkt, terwijl

⁵ Spier in: J. Spier e.a. 2006, p. 7.

slachtofferbescherming een steeds prominentere plaats inneemt, waarbij de nadruk ligt op verkeers- en veiligheidsregels. Op voornoemde 3 doelstellingen zal ik nader ingaan.

Vergoeding van schade. Vergoeding van alle schade is niet het uitgangspunt, doch alleen het vergoeden van schade waarvoor aansprakelijkheid bestaat, met als primaire doelstelling de schade te herstellen. Het aansprakelijkheidsrecht dient daarbij de gevallen te inventariseren waarin schade vergoed wordt.⁶

Preventie van schade. De aansprakelijkheidsregels op grond van vigerende jurisprudentie en formele wetgeving maken het mogelijk je zo zorgvuldig te gedragen dat aan anderen geen schade wordt toegebracht, bijvoorbeeld verkeers- en veiligheidsregels. De hieruit resulterende wetenschap aanzienlijke schadevergoeding te moeten betalen indien aan derden schade wordt toegebracht kan het gedrag van mensen zodanig beïnvloeden dat ze zullen proberen schade te voorkomen.

Slachtofferbescherming. Bijvoorbeeld het beschermen van de werknemer tegen gevaar ter voorkoming van letselschade (art. 7:658 BW), of het beschermen van niet gemotoriseerden tegen letselschade (art. 185 WWV), of het beschermen van de patiënt op basis van goed hulpverlenerschap (art. 7:453 BW).

Zoals aangegeven wordt het aansprakelijkheidsrecht beheerst door meerdere doelstellingen, waarbij door de meeste schrijvers wordt aanvaard dat minstens sprake is van vergoeding van schade met als primaire doelstelling de schade te herstellen en preventie van schade.

Anderen⁷, waaronder Asser/Hartkamp en Verheij, zijn hierin nog explicieter door te stellen dat het doel respectievelijk de functie van het aansprakelijkheidsrecht niet is het vergoeden van schade of andere subdoelen maar slechts het onderscheiden van de gevallen waarin schade vergoed moet worden en inherent hieraan te bepalen in welke gevallen geen recht hierop bestaat.

Tot omstreeks 1980 gold als uitgangspunt voor het aansprakelijkheidsrecht het adagium 'ieder draagt zijn eigen schade'⁸, tenzij er een goede reden was om de schade af te wentelen. De belangrijkste mogelijkheden waardoor schade kan worden afgewenteld zijn wanprestatie en onrechtmatige daad. Bij wanprestatie is dit wegens het niet vervullen van een contractuele

⁶ Sieburgh 2000, p. 9.

⁷ Verheij 2005, p. 16; Asser/Hartkamp 2005 (4-III), nr. 12, p. 16.

⁸ Hartlief 1997, p. 11; Asser-Hartkamp 2006 (4-III), nr. 13 p. 17.

verplichting en bij onrechtmatige daad wegens overtreding van een gedragsnorm. Alhoewel een groot gedeelte van de schade soms niet verhaalbaar is, bijvoorbeeld omdat er geen partij of derde is om aansprakelijk te stellen of men is zelf geen partij, wordt dit beginsel van aansprakelijkheid, gelet op het grote aantal uitzonderingen bij bijvoorbeeld letselschade, delictuele beroepsaansprakelijkheid enz., thans betwist.⁹ Een voorbeeld waarbij het voor de eiser niet mogelijk was zijn schade op een ander af te wentelen is het Versluis-arrest.¹⁰ In dit arrest oordeelde het Hof dat er geen causaal verband was tussen de gedragingen van de verweerders en de schade die vader Versluis had geleden.

De rechtvaardiging tot bijstelling van voornoemd uitgangpunt kan mijns inziens ook worden afgeleid uit het beginsel van het schadevergoedingsrecht dat uitgaat van een volledige vergoeding van de door het slachtoffer geleden schade¹¹ (in afdeling 6.1.10 BW staan de nodige uitzonderingen) en de ontwikkelingen in de rechtsliteratuur en rechtspraak. Op deze ontwikkelingen zal ik thans nader ingaan.

2.3 Historische ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht

Vanaf eind jaren twintig in de vorige eeuw tot 1970 was de heersende causaliteitsleer de leer van het ‘redelijkerwijze te verwachten gevolg’ van de gebeurtenis (adequatieleer). In deze opvatting wordt als zelfstandige voorwaarde voor het toerekenen van aansprakelijkheid de eis gesteld dat het veroorzaakte gevolg te voorzien is. Hierin waren twee stromingen te onderscheiden. De ene stroming ging uit van het gevolg dat op grond van de ervaring van een normaal mens is te voorzien (redelijkerwijze *te verwachten*). De andere stroming ging uit van het gevolg dat door een redelijk handelend mens is te voorzien (*redelijkerwijze te verwachten*). De rechters konden hiermee alle kanten uit, hetgeen het geloof in een betrouwbare rechtspraak, waarbij sprake is van voldoende rechtseenheid en rechtszekerheid, niet ten goede kwam.

In 1970 werd deze leer, in navolging op de Amsterdamse oratie uit 1962 van Köster en de dissertatie uit 1965 van Van Schellen, voor het eerst door de HR in het Waterwingebied-arrest¹² in het kader van de onrechtmatige daad vervangen door de leer van de toerekening naar redelijkheid (TNR), die thans nog steeds van toepassing is en welke is neergelegd in art. 6:98 BW. Sinds het arrest AGO/NCB¹³ geldt deze leer ook voor wanprestatie.

⁹ Spier 1999, p. 2 e.v.; Asser/Hartkamp 2006 (4-III), nr. 13, p. 17.

¹⁰ HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 (Versluis).

¹¹ Hartlief in: J. Spier e.a. 2006, p. 212.

¹² HR 20 maart 1970, NJ 251 (Waterwingebied) in: Van Dunné 2001, p.347

¹³ HR 13 november 1987, NJ 1988, 210 (AGO/NCB)

De rechter dient hierbij te motiveren waarom het redelijk is de schade aan de dader toe te rekenen en aan welke factoren hij betekenis heeft toegekend, waarbij aansluiting dient te zijn bij de in de maatschappij levende opvattingen.

Als richtsnoer daarbij dienen onder meer de in art. 6:98 BW genoemde factoren ‘de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade’. De aard van de aansprakelijkheid kan betrekking hebben op contractuele of buiten contractuele aansprakelijkheid (wanprestatie of onrechtmatige daad) schuld- of risicoaansprakelijkheid, aansprakelijkheid op grond van verkeersongevallen, beroepsfouten enz.. Bij de aard van de schade kan men denken aan personenschade als verzamelbegrip voor letsel- of overlijdensschade, voorzienbare of nauwelijks te verwachten schade enz.. In het kader van de medische beroepsaansprakelijkheid is voornamelijk sprake van personenschade, waarbij meestal sprake is van vermogensschade waaronder ziektekosten, inkomensverlies, maar ook immateriële schade.

Met het oog op mijn onderzoek is het in dit verband relevant te weten of in het kader van de causaliteit op grond van de leer van de toerekening naar redelijkheid de voorzienbaarheid van de adequatieleer helemaal is verlaten. Daarnaast wil ik aan de hand van de rechtsliteratuur en rechtspraak onderzoeken of er in de medische en psychiatrische sector een bepaalde structuur of ontwikkeling is te ontdekken in het vestigen van aansprakelijkheid (artikelen 6:74 BW en 6:162 BW) en het toerekenen van aansprakelijkheid (art. 6:98 BW).

2.4 Voorzienbaarheid in relatie tot de leer van de toerekening naar redelijkheid

2.4.1 Rechtsliteratuur

De rechtsvraag die hierbij opkomt is de volgende:

Wat is in de leer van de toerekening naar redelijkheid het gewicht of de mate van toerekening van het voorzienbaarheids criterium bij onrechtmatige daad en wanprestatie?

Voor de beantwoording van deze vraag verwijs ik naar enkele gezaghebbende schrijvers, waaronder: Asser, Hartkamp, Hartlief, Brunner en Krans.

Volgens Asser/Hartkamp¹⁴ is er geen reden om met betrekking tot de aansprakelijkheid voor wanprestatie en met betrekking tot overige aansprakelijkheden waarop afdeling 6.1.10 BW van toepassing is anders te oordelen dan voor de gevolgen van onrechtmatige daad.

¹⁴ Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 429, p. 357-358 en nr. 435a, p. 369.

Met betrekking tot de onrechtmatige daad merkt Asser/Hartkamp¹⁵ op dat mede op grond van de rechtspraak (geciteerd in de conclusie sub 5 voor het arrest HR 25 september 1992, NJ 1992, 751, Dierenarts) blijkt dat de voorzienbaarheid van de schade vooral een rol speelt bij zuivere vermogensschade en waar het gaat om schending van andere normen dan verkeers- en veiligheidsnormen.

Voor wat betreft wanprestatie merkt Asser/Hartkamp het navolgende op:

‘Onder de vigeur van art. 6:98 BW is ook wat betreft de omvang van de te vergoeden schade in beginsel het tijdstip van de wanprestatie beslissend, al laat de bepaling, die immers verwijst naar de aard van de aansprakelijkheid, ruimte om rekening te houden met omstandigheden ten tijde van het sluiten van de overeenkomst, met name met hetgeen partijen aan contractuele risico’s hebben verdisconteerd’.¹⁶

Vervolgens gaat Asser/Hartkamp¹⁷ nog een stap verder en concludeert dat bij de beoordeling van de voorzienbaarheid van de schade als gezichtspunt bij de redelijke toerekening, rekening moet worden gehouden met de feitelijke omstandigheden, de algemene kennis en ervaring, die de aansprakelijk gestelde persoon op het moment waarop de wanprestatie of onrechtmatige daad plaatsvond kende en/of bezat of, gemeten naar de maatstaf van een gemiddeld ontwikkeld mens onder vergelijkbare omstandigheden, had behoren te kennen en/of te bezitten. Het tijdstip van voorzienbaarheid van de schade wordt door Asser/Hartkamp vastgesteld op het tijdstip van de wanprestatie.

T. Hartlief¹⁸ gaat in het kader van de leer van de toerekening naar redelijkheid uit van de causaliteitsregels (multi-factor benadering) van C.H.J. Brunner. In deze leer zijn de in art. 6:98 BW genoemde factoren niet limitatief, hetgeen overigens ook uit de wettekst blijkt door het woordje ‘mede’. Bij de toerekening dienen alle omstandigheden van het geval te worden betrokken. Brunner heeft uit de rechtspraak van de HR enige causaliteitsregels/deelregels gedistilleerd, waarvan het voorzienbaarheids criterium slechts één van de factoren is.

De deelregels van Brunner¹⁹ zijn slechts richtinggevend en hebben betrekking op het navolgende:

1. Naarmate het gevolg naar ervaringsregels waarschijnlijker is, is toerekening eerder gerechtvaardigd;

¹⁵ Asser/Hartkamp 2004 (4-1), nr. 435, p. 369.

¹⁶ Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 435a, p. 370.

¹⁷ Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 436, p. 371-372.

¹⁸ Hartlief in: J. Spier e.a 2006, p. 243.

¹⁹ Hartlief in: J. Spier e.a. 2006, p. 243.

2. Naarmate het gevolg minder verwijderd is van de onrechtmatige daad, is toerekening eerder gerechtvaardigd;
3. Bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen die met het oog op de voorkoming van ongevallen zijn opgesteld, is een ruime toerekening van overlijdens- en letselschade gerechtvaardigd;
4. Naarmate de schuld aan het schadeveroorzakend gebeuren groter is, is een ruimere toerekening gerechtvaardigd;
5. Schade door dood en verwonding wordt eerder toegerekend dan zaakschade, zaakschade eerder dan schade die bestaat in extra kosten en uitgaven en schade door vermogensverlies eerder dan derving van winst;
6. Bij schade toegebracht tijdens bedrijfsuitoefening is toerekening wellicht eerder gerechtvaardigd dan wanneer de aansprakelijke persoon een beroepsbeoefenaar of een particulier is.

In dit verband verwijzen zowel Asser/Hartkamp²⁰ als Hartlief²¹ tevens naar de dissertatie van Krans, die het voorzienbaarheids criterium in de leer van de toerekening naar redelijkheid bij wanprestatie de belangrijkste rol toedicht en ook het tijdstip van de voorzienbaarheid bij wanprestatie naar voren haalt. Dit betekent dat volgens Krans de voorzienbaarheid van de schade beoordeeld moet worden naar het moment van het sluiten van de overeenkomst. 'Partijen denken bij het sluiten van de overeenkomst na over de toekomst en moeten bij het aangaan van de overeenkomst geacht worden in staat te zijn voorzienbare risico's te onderkennen'.²² Reden waarom bij wanprestatie voorzienbaarheid, naast andere factoren, voorop behoort te staan. De rol van de voorzienbaarheid is volgens Krans in de contractuele context groter dan daarbuiten. Hij maakt in dit verband onderscheid tussen contractuele hoofdverplichtingen en protectionormen zijnde nevenverplichtingen van de schuldenaar die ertoe strekken te voorkomen dat hij, los van de eigenlijke prestatie, aan het overige vermogen van de schuldeiser schade toebrengt, welke eerder onvoorzienbaar zijn dan voorzienbaar.

In de rechtsliteratuur zijn de visies nogal verdeeld, wellicht dat de rechtspraak hierover eenduidiger is.

²⁰ Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 435a, p. 370.

²¹ Hartlief in: J. Spier e.a. 2006, p.242.

²² Krans 1999, p. 136-137.

2.4.2 Rechtspraak

Met betrekking tot de rol van het voorzienbaarheids criterium is het Versluis-arrest²³ van belang. De 21-jarige Mia Versluis was na een operatie ten gevolge van een decerebratie niet meer uit de narcose ontwaakt en lag tot haar dood, vijf jaar later, in coma. Haar vader stelde dat het ziekenhuis hem na de mislukte operatie aan zijn lot had overgelaten en dat ook de informatie van het ziekenhuis onvoldoende was geweest. Ten gevolge hiervan was hij geestelijk ingestort en arbeidsongeschikt geraakt. Voor zijn schade stelde hij de anaesthesist en het ziekenhuis aansprakelijk wegens onrechtmatige daad. De HR maakte bij zijn beslissing in cassatie een onderscheid tussen deze aansprakelijkheidsgrond en die waarvan sprake is bij overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen. De HR oordeelde dat bij de overtreding van met name veiligheidsnormen, die in de regel strekken ter voorkoming van verkeers- of arbeidsongevallen, rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, *hoe deze zich in het concrete geval ook mogen voordoen*. Dit kan niet worden aangenomen ten aanzien van de niet-naleving van de zorgvuldigheidsnormen, in strijd waarmee verweerders (Ziekenzorg en X de weduwe van de anaesthesist) in 's hof veronderstelling jegens Versluis hebben gehandeld. Met andere woorden, de instorting van Versluis had geen betrekking op schending van veiligheidsnormen door het ziekenhuis. Er was sprake van een zo uitzonderlijke vorm van schade en van een zo ver verwijderd verband met de gedragingen van de verweerders dat deze schade aan hen niet als een gevolg van deze gedragingen kon worden toegerekend, dus geen causaliteit. Daarentegen kende de HR bij verkeers- en veiligheidsnormen een ruime aansprakelijkheid toe. Uit het Versluis-arrest volgt dat bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen voorzienbaarheid van de schade slechts een geringe rol speelt bij het aannemen van causaal verband. Dat de voorzienbaarheid van de schade wel een rol speelt buiten het terrein van de verkeers- en veiligheidsnormen blijkt onder andere uit de arresten Van Hees-Esbeek en het Steengasstellers. In het arrest Van Hees-Esbeek²⁴, was sprake van leidingschade bij graafwerkzaamheden met gevolgschade ten aanzien van een derde in casu een fabriek die hierdoor stil kwam te liggen. De HR oordeelde hierin dat voorzienbaarheid geldt als één van de factoren van toerekening: 'Van belang kan zijn of de schade het redelijkerwijs te verwachten gevolg was van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, maar dat mede moet worden gelet op de andere omstandigheden van het geval'. In het Steengasstellers-arrest²⁵ oordeelde de HR dat de rol van de voorzienbaarheid pas kan worden vastgesteld na het bepalen van de geschonden norm: 'Het hangt

²³ HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 (Versluis)

²⁴ HR 1 juli 1977, NJ 1978, 84 (Van Hees-Esbeek)

²⁵ HR 25 maart 1983, NJ 1984, 629 (Steengasstellers).

mede van de aard van de gedraging en van de daardoor geschonden normen af, welke betekenis moet worden gehecht en welke eisen moeten worden gesteld aan de voorzienbaarheid van de resulterende schade voor de vraag of en in hoeverre deze als door die gedraging veroorzaakt, ten laste van de onrechtmatige daad mag worden gebracht'. Ook de concrete gedraging blijkt dus een toerekeningsfactor.

Evaluerend kan worden gesteld dat bij wanprestatie in de rechtsliteratuur over het tijdstip van de voorzienbaarheid van schade geen eenduidig standpunt bestaat. Ook de Parlementaire Geschiedenis geeft ten aanzien van het tijdstip van de voorzienbaarheid van de schade geen uitsluitel.²⁶

Voorts blijkt uit onderzoek van de rechtsliteratuur en rechtspraak dat in de leer van de toerekening naar redelijkheid, voorzienbaarheid van de schade slechts één van de factoren van toerekening is, tenzij sprake is van schending van verkeers- en veiligheidsnormen. In dat geval speelt het voorzienbaarheids criterium, zowel bij wanprestatie als onrechtmatige daad, nauwelijks een rol van betekenis.

In de medische en psychiatrische sector worden vaak veiligheidsnormen geschonden.

Aan de hand van diverse arresten zal ik nader onderzoeken of, zoals voorheen vermeld, voorzienbaarheid bij schending van veiligheidsnormen slechts een geringe rol speelt ten aanzien van de toerekening van de schade. Tevens zal ik nader onderzoeken welke ontwikkelingen er zijn met betrekking tot de aansprakelijkheid van schade in de medische en psychiatrische sector.

2.5 Schending van veiligheidsnormen als grondslag voor aansprakelijkheid op basis van onrechtmatige daad en wanprestatie in de medische en psychiatrische sector

De HR oordeelde in het Versluis-arrest dat veiligheidsnormen in de regel strekken ter voorkoming van verkeers- en arbeidsongevallen.

Bij mij komt hierbij de volgende rechtsvraag op:

Wat is de strekking van veiligheidsnormen en in hoeverre is deze ook van toepassing op de medische en psychiatrische sector?

Voor de beantwoording van deze vraag heb ik aansluiting gezocht bij de arresten Ziekenhuis De Heel²⁷ en Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum²⁸.

²⁶ MvA II, PG Bk 6, p. 345.

²⁷ HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 (Ziekenhuis De Heel).

²⁸ 16 juni 2000, NJ 2000, 584 (Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum).

In het arrest Ziekenhuis De Heel gaat het om onvoldoende veiligheidsmaatregelen, waardoor een patiënt die na een operatie in de uitslaapkamer uit bed valt letsel oploopt. In dit arrest oordeelde de HR dat het ziekenhuis tekort is geschoten in het nemen van veiligheidsmaatregelen en zij derhalve een veiligheidsnorm heeft geschonden. Veiligheidsnormen als waarvan hier sprake is, strekken naar hun aard ter voorkoming van ongevallen en daaruit voortvloeiend letsel. Tevens geeft de HR in dit arrest aan dat dit ook geldt voor normen in het kader van de medische behandeling, hetgeen meebrengt dat ook in de medische sfeer schade als gevolg van letsel dat buiten de normale lijn der verwachtingen ligt aan de overtreder kan worden toegerekend.

De aansprakelijkheid is hier dus gebaseerd op handelen in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm.

Zoals reeds gememoreerd betreft het in dit geval een tekortschieten ten aanzien van de veiligheid van de patiënt en een schending van een ongeschreven veiligheidsnorm om het risico van uit bed vallen te vermijden. Nu dit risico zich heeft verwezenlijkt is causaal verband tussen de verweten gedraging in casu een nalaten en de schade in beginsel gegeven.

In dit verband verwijs ik tevens naar het Jumbo III-arrest²⁹, waarin de kraamverzorgster zich niet heeft gehouden aan het veiligheidsvoorschrift van de stichting om uitsluitend gebruik te maken van zogenaamde Jordan veiligheidskruiken.

De HR oordeelde in dit arrest dat wanneer het veiligheidsvoorschrift wordt overtreden en het gevaar waartegen het de betrokken baby beoogt te beschermen zich verwezenlijkt, moet worden aangenomen dat daarmee in beginsel aansprakelijkheid voor de schadelijke gevolgen op basis van onrechtmatige daad is gegeven.

Het arrest Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum betrof een geval van brandstichting door een man die onder psychiatrische behandeling was en met verlof mocht van het dienstdoende verplegend personeel. Er gold in dit geval een ongeschreven beleidsregel dat in dergelijke situaties eerst overlegd moest worden met de dienstdoende psychiater/arts. De omstandigheden waaronder dit gebeurde hingen van toevalligheden aan elkaar. Niettemin wordt door de HR causaal verband aangenomen en het psychiatrisch centrum aansprakelijk gesteld voor de door een derde geleden schade. Van toepassing is hier de causaliteitsregel bij schending van verkeers- en veiligheidsnormen te weten: ‘indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van de schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen die gedraging en de schade in beginsel is gegeven’. Doordat het verplegend personeel de patiënt heeft laten gaan, is

²⁹ HR 1 oktober 1993, NJ 195, 182 (Jumbo-III).

niet gehandeld met de zorgvuldigheid die van redelijk handelend verplegend personeel mocht worden verwacht. Hierdoor is een verhoogd gevaar/risico voor enigerlei schade aan derden in het leven geroepen, dat zich heeft verwezenlijkt.

Uit het vorenstaande kan worden geconcludeerd dat de HR de lijn van het Versluis-arrest ten aanzien van schending van verkeers- en veiligheidsnormen en specifiek ten aanzien zorgvuldigheidsnormen in de zin van veiligheidsnormen heeft doorgetrokken in onder meer de arresten Ziekenhuis De Heel, Jumbo III en Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum.

Dit betekent dat bij schending van veiligheidsnormen in de medische en psychiatrische sector ten aanzien van personenschade en vermogensschade aan de andere partij en derden rekening moet worden gehouden met een zeer ruime toerekening.

Dat hieraan door de HR grenzen zijn gesteld blijkt uit het Bloedprik-arrest.³⁰ Bij een bloedprik valt de patiënte flauw en beschadigt daarbij haar gebit. De HR oordeelde dat niet iedere mogelijkheid van flauwvallen van patiënten, hoe gering ook, een ziekenhuis verplicht tot het nemen van maatregelen, nodig om daarin te voorzien, ongeacht de kosten of andere bezwaren verbonden aan zulke maatregelen. Zou dit wel het geval zijn dan zou de ziekenzorg maatschappelijk gesproken niet meer te betalen zijn.

De in vorengenoemde jurisprudentie geschetste aansprakelijkheid gaat uit van maatschappelijke onzorgvuldigheid. De verwijtbaarheid van de handeling wordt afgemeten aan normen van zorgvuldigheid bij gevaarsituaties, waarbij de vraag centraal staat of degene die de gevaarsituatie schept maatregelen moet treffen teneinde het ingetreden gevaar te voorkomen. De HR heeft in het Kelderluikarrest³¹ algemene (gevaarzettings)criteriã³² geformuleerd op grond waarvan wordt getoetst of ten aanzien van een anders persoon of goed te vergen zorgvuldigheid vereist dat bepaalde veiligheidsmaatregelen worden getroffen. Welke maatregelen bij gevaarzetting, dus bij het scheppen (en/of laten voortbestaan) van gevaar, voor een anders persoon of goed moeten worden genomen hangt ondermeer af van:

- a. De mate van waarschijnlijkheid dat anderen niet de vereiste oplettendheid en voorzichtigheid in acht nemen;
- b. De grootte van de kans dat daaruit ongevallen ontstaan;
- c. De ernst van de mogelijke gevolgen;

³⁰ HR 6 november 1981, NJ 1982, 567 (Bloedprik)

³¹ HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (Kelderluik)

³² Zie ook Asser/Hartkamp 2006 (4-III), nr.45 p. 60; Hijma en Olthof, 2005, p. 268; Van Maanen in: J. Spier e.a. 2006, p. 47.

d. De mate van bezwaarlijkheid van de te nemen veiligheidsmaatregelen.

Gevaarzetting respectievelijk onzorgvuldig gedrag speelt zich dus, zoals eerder gememoreerd, grotendeels af binnen de reikwijdte/aansprakelijkheid van art. 6:162 lid 2 BW te weten een doen of nalaten in strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt.

Hiervan was naast het eerder geschetste arrest Ziekenhuis De Heel ook sprake in het Jumbo I-arrest³³. Door een lekkende warmwaterkruik werd bij een pasgeboren baby letsel veroorzaakt doordat de dop onvoldoende afsloot. De fabrikant had nagelaten de nodige voorzorgsmaatregelen te nemen door middel van een goede gebruiksaanwijzing, die er niet bij zat.

Bij veiligheidsnormen gaat het zowel om ongeschreven als geschreven normen. Een goed voorbeeld van geschreven veiligheidsnormen is het Trombose-arrest³⁴.

De HR liet zich in dit arrest uit over het gevolg dat het schenden van een protocol heeft met betrekking tot het vaststellen van aansprakelijkheid.

Het ging in dit geval om trombose aan het been als gevolg van het niet toepassen van een intern protocol. Het protocol was opgesteld om het risico van trombose tegen te gaan. Door het niet toepassen van het protocol was het ziekenhuis aansprakelijk voor de geleden schade. De HR oordeelde dat van een ziekenhuis en de aan haar verbonden artsen mag worden verwacht dat zij zich houden aan door henzelf opgestelde voorschriften met betrekking tot verantwoord medisch handelen. Afwijking van die voorschriften is slechts aanvaardbaar indien dat in het belang van een goede patiëntenzorg wenselijk is. Het betreft hier dus een ruime toepassing van het causaal verband.

Dat het niet afwijken (=nalaten) van een protocol voor medische behandeling tot aansprakelijkheid op grond van wanprestatie kan leiden volgt uit het arrest HR 1 april 2005, RvdW 2005, 50.

Het betrof in dit arrest een beroepsfout van een arts. Het ging om het overeenkomstig het protocol toedienen van antibioticum Augmentin bij een keizersnede. De betrokken artsen en het verplegend personeel waren bekend met de overgevoeligheid voor dit medicijn. Na toediening ervan heeft de vrouw een allergische reactie gekregen en is in coma geraakt. Het hof heeft het ziekenhuis aansprakelijk geoordeeld omdat het in het ziekenhuis opgestelde protocol geen waarschuwing

³³ HR 2 februari 1973, NJ 315 (Jumbo-I).

³⁴ HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (Trombose).

bevatte voor toediening van dit medicijn bij overgevoeligheid. In deze omstandigheden voldeed het protocol niet aan de eisen die daaraan redelijkerwijs mochten worden gesteld.

In dit arrest oordeelde de HR dat een protocol voor medische behandeling een richtlijn geeft, die in beginsel in acht moet worden genomen, maar waarvan soms kan en in bepaalde gevallen ook moet worden afgeweken, waarbij als maatstaf heeft te gelden dat aan de patiënt de zorg behoort te worden verleend die in de omstandigheden van het geval van een redelijk bekwaam arts mag worden verlangd. Deze maatstaf brengt enerzijds mee dat een afwijking van het protocol door een arts moet kunnen worden beargumenteerd, maar anderzijds dat het volgen van het protocol niet zonder meer betekent dat de arts juist heeft gehandeld.

Voorts oordeelde de HR: 'Niet valt zondermeer in te zien op grond waarvan de overeenkomst die een patiënt heeft gesloten met een stichting die een ziekenhuis in stand houdt, zou meebrengen, dat deze stichting aansprakelijk is voor de onjuistheid of onvolledigheid van protocollen opgesteld door aan het ziekenhuis verbonden medische specialisten'. De HR vernietigde het arrest van het Hof te Amsterdam en verwees het geding naar het Hof te 's-Gravenhage ter verdere behandeling en beslissing.

Een geval van wanprestatie en onrechtmatige daad is het arrest van de Rechtbank te Maastricht (1979)³⁵, inzake de slechts gedeeltelijke sterilisatie van een vrouw. Het betreft hier aansprakelijkheid van de gynaecoloog, die nalaat aan de vrouw mede te delen dat hij alleen de linker eileider heeft gesteriliseerd en dat zij er niet van kon uitgaan dat zij onvruchtbaar was. De rechtbank oordeelt dat het nalaten van die informatie maakt dat de gynaecoloog zowel op grond van een contract als ook zonder contractuele band, dus buitencontractueel, aansprakelijk is voor de daardoor veroorzaakte schade. In dit geval was er een overeenkomst tussen partijen gesloten. Het nalaten van het verschaffen van deze informatie leverde voor de gedaagde een verwijtbare fout op.

2.6 Conclusie

Lange tijd was de heersende leer voor aansprakelijkheid op basis van wanprestatie en onrechtmatige daad de adequatieleer ook genoemd de leer van het redelijkerwijze te verwachten gevolg, waarin de factor voorzienbaarheid voor de toerekening van de schade een grote rol speelde. Vanaf 1970 is deze leer vervangen door de leer van de toerekening naar redelijkheid (TNR), welke is neergelegd in art. 6:98 BW. Deze leer is van toepassing bij onrechtmatige daad en wanprestatie.

³⁵ Rechtbank Maastricht, 22 november 1979, NJ 1980 ,655 (Sterilisatie)

Volgens veel auteurs is in de leer van de toerekening naar redelijkheid de factor voorzienbaarheid één van de vele toerekeningsfactoren. Door C.J.H. Brunner zijn, op basis van de bestaande jurisprudentie, meerdere causaliteitsregels/-factoren gedistilleerd die in hun onderling verband dienen te worden beoordeeld en slechts richtinggevend zijn. De causaliteitscriteria neergelegd in art. 6:98 BW, de aard van de aansprakelijkheid en de aard van de schade, zijn niet limitatief, hetgeen blijkt uit het woordje ‘mede’ in de tekst van dit artikel. Ook op grond van de rechtspraak blijkt dat ten aanzien van wanprestatie en onrechtmatige daad voorzienbaarheid vooral een rol speelt bij zuivere vermogensschade en waar het gaat om schending van andere normen dan verkeers- en veiligheidsnormen. Bij wanprestatie is er met betrekking tot de omvang van de aansprakelijkheid nog volop discussie over het beoordelingsmoment van de voorzienbaarheid van de schade. Ook de Parlementaire Geschiedenis geeft hierover geen uitsluitel.

In de medische en psychiatrische sector gaat het in beginsel (dit geldt voor zowel de onrechtmatige daad als wanprestatie) over schending van zorgvuldigheidsnormen in de zin van veiligheidsnormen, waarbij sprake is van geschreven en ongeschreven veiligheidsnormen. Ten aanzien van de causaliteitsvraag speelt bij schending van veiligheidsnormen de risico-/gevaarzettingsgedachte een belangrijke rol. Deze houdt in dat indien door een als onrechtmatige daad en/of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ter zake van het ontstaan van schade in het leven is geroepen en dit risico zich vervolgens verwezenlijkt, daarmee het causaal verband tussen de gedraging en de aldus ontstane schade in beginsel is gegeven, tenzij de aangesprokene aantoont dat er geen sprake is van causaal verband. Met andere woorden, aldus staat het *condicio sine qua non*-verband (het vestigen van de aansprakelijkheid) bij wanprestatie en/of onrechtmatige daad vast. Voorbeelden zijn het Trombose-arrest en het arrest Ziekenhuis De Heel. Met behulp van de leer van de toerekening naar redelijkheid wordt vervolgens de omvang van de aansprakelijkheid nader ingevuld. Daarbij speelt de factor voorzienbaarheid bij inbreuk op geschreven en ongeschreven veiligheidsnormen nauwelijks een rol.

Refererend naar ondermeer de arresten Versluis, Trombose, Ziekenhuis De Heel, Jumbo-III en Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum is bij schending van veiligheidsnormen sprake van een zeer ruime toerekening van de aansprakelijkheid in de medische en psychiatrische sector. Dit geldt zowel bij de onrechtmatige daad als wanprestatie, waarbij partijen en derden zijn betrokken.

Hoofdstuk 3

Samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad jegens derden

3.1 Inleiding

In jurisprudentie-gevallen waarin de HR zich uitspreekt over de mogelijkheid van samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad gaat het meestal om een contractpartij die aangeeft dat de schadetoebrengende gedraging van de wederpartij tevens een onrechtmatige daad oplevert. Zoals reeds in hoofdstuk1 gedefinieerd kan samenloop ook betrekking hebben op de relatie met derden. In de hoofdstukken 1 en 2 heb ik reeds verwezen naar jurisprudentie in de medische en psychiatrische sector waarbij sprake is van samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad waarbij ook derden betrokken zijn, waaronder de arresten Kelly, St. Willibrord Psychiatrisch Centrum en 't Ruige Veld/Univé. Op laatstgenoemd arrest zal ik later in dit hoofdstuk nader terugkomen.

Het feit dat behalve tussen partijen ook samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad kan plaatsvinden tussen partijen en derden roept diverse deelvragen op waaronder:

- Kan bij iedere willekeurige derde sprake zijn van samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad?
- Op welke grondslag is die samenloop van aansprakelijkheid gebaseerd?
- Waar liggen de grenzen (van de toerekening) van aansprakelijkheid ten aanzien van derden in de medische en psychiatrische sector?

Beantwoording van deze deelvragen is relevant omdat in de contractuele sfeer de zorgplicht van partijen ten aanzien van derden onderdeel is van het vraagstuk van de reikwijdte van de zorgvuldigheidsnorm en aansprakelijkheid in het algemeen.

Alvorens nader in te gaan op vorengenoemde deelvragen, definieer ik eerst de begrippen 'partij' en 'derden'.

Partij in de zin van het beginsel van de relativiteit van de contractwerking zijn degenen die zich over en weer tot nakoming van een overeenkomst hebben verbonden.³⁶

³⁶ Du Perron 1999, p. 37.

Derden zijn degenen die niet persoonlijk of krachtens vertegenwoordiging de overeenkomst zijn aangegaan.³⁷

3.2 Geneeskundige behandelingsovereenkomst

De grondslag voor de wettelijke contractuele aansprakelijkheid in de medische en psychiatrische sector (met rechten en plichten van partijen) is neergelegd in afdeling 5 van boek 7 BW (art. 446 e.v.), te weten: ‘De overeenkomst inzake geneeskundige behandeling’ (hierna de behandelingsovereenkomst).

De behandelingsovereenkomst houdt over het algemeen een inspanningsverbintenis in en geen resultaatsverbintenis.

De inspanning moet in objectieve zin worden verstaan. Dit betekent dat de medische professionele standaard moet worden gevolgd. Bij de inspanningsverbintenis dient de hulpverlener zich voldoende in te spannen om een bepaald resultaat van de behandeling te bereiken. De maatstaf die bij de beoordeling van de uitvoering van een behandelingsovereenkomst wordt gehanteerd, is de zorgvuldigheid van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsbeoefenaar.

Een resultaatsverbintenis kan een vrij eenvoudige ingreep zijn zoals het vullen van een kies, waarbij het overeengekomen resultaat in redelijkheid ook mag worden verwacht. Op grond van art. 7:453 BW jo art. 7:463 BW wordt ten aanzien van de hulpverlener in casu het ziekenhuis ter bescherming van de patiënt zeer snel aansprakelijkheid aanvaard. Dit betekent dat de hulpverlener zonnodig de nodige maatregelen moet nemen om mogelijke schade te voorkomen.

3.3 Schuld- en risicoaansprakelijkheid

Voor wat betreft de aansprakelijkheid kan ook in de medische en psychiatrische sector onderscheid worden gemaakt tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid. Bij risicoaansprakelijkheid valt in principe de ‘verwijtbaarheid’ van de handeling, die wordt gemeten aan normen van zorgvuldigheid, weg en moet de behandelaar bij schade in ieder geval schadevergoeding betalen ongeacht de zorg die aan de behandeling is besteed.

In de medische en psychiatrische rechtspraak blijkt schuldaansprakelijkheid vaak zodanig te zijn geobjectiveerd dat bijna sprake is van risicoaansprakelijkheid. Ik zal in hoofdstuk 4 hierop nader terugkomen.

In dit verband verwijs ik volledigheidshalve naar het standpunt van de HR in het eerder aangehaalde ‘Kelderluik-arrest’ met betrekking tot normen van zorgvuldigheid bij gevaarsituaties.

³⁷ Asser/Hartkamp 2005 (4-II) nr. 380-382; Du Perron 1999, p. 46; Cahen 2004, p. 1.

Bij een mogelijk dreigend gevaar als gevolg van een handeling rust op de handelende persoon de verplichting tot het treffen van maatregelen: een onderzoeksplicht, een verplichting om in overleg te treden met degene die mogelijk schade toegebracht kan worden en een verplichting om maatregelen te nemen om die schade te voorkomen.

In de medische en psychiatrische sector speelt bij veiligheidsnormen het aspect voorzienbaarheid nauwelijks een rol. Dit betekent dat zeer onwaarschijnlijke schadetoebrenging de zorgplicht tot het nemen van maatregelen niet wegneemt. Ter onderbouwing van dit standpunt verwijs ik naar het Versluis-arrest, waarin wordt gesteld dat bij het overtreden van verkeers- en veiligheidsnormen rekening moet worden gehouden met de mogelijkheid van ernstige gevolgen, ‘hoe deze zich ook in het concrete geval mogen voordoen’. Van Dunné noemt deze vergaande aansprakelijkheid in zijn boek *Verbintenissenrecht deel 2 ‘pseudo-risicoaansprakelijkheid’*.³⁸

In het kader van de leer van de toerekening naar redelijkheid is de mogelijkheid van schade als gevolg van de (gevaarlijke) handeling essentieel en niet de voorzienbaarheid. Het is mogelijk dat een gedraging of handeling wordt afgekeurd ook al was de ingetreden schade niet te voorzien, omdat de gedraging in het algemeen gevaarlijk was.³⁹ Bij inbreuk op zorgvuldigheidsnormen in de medische en psychiatrische sector die meestal betrekking hebben op veiligheidsnormen, wordt ruime causaliteit aangenomen, zonder dat is komen vast te staan hoe het gevaar en daarmee de schade zich concreet heeft verwezenlijkt.

3.4 Wanneer en jegens welke derden is samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad mogelijk?

Als er ook ten aanzien van derden sprake kan zijn van samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad dan is het, zoals eerder vermeld, voor de reikwijdte van de zorgvuldigheidsnorm en de toerekening van de aansprakelijkheid van belang te weten welke derden hiervoor in aanmerking komen zonder het beginsel van de relativiteit van de contractwerking onderuit te halen. Du Perron geeft in zijn boek *‘Overeenkomst en derden’* aan dat slechts onder omstandigheden hiervan sprake kan zijn.⁴⁰ Het recht beschermt niet iedere derde die schade lijdt als gevolg van wanprestatie van een partij. Dit geldt slechts voor derden die zeer nauw bij de overeenkomst zijn betrokken, zodanig dat partijen bij het uitvoeren van de overeenkomst met hun belangen rekening dienen te houden.

³⁸ Van Dunné 2001 (deel 2), p. 406.

³⁹ Van Manen en Stutterheim 1998, p. 37.

⁴⁰ Du Perron 1999, p. 84 en p. 283.

Wanneer is hiervan sprake?

Niet iedere wanprestatie is onrechtmatig jegens derden. Hiervan is slechts sprake 'onder omstandigheden'. Er is sprake van zorgplicht van partijen naar betrokken derden als partijen het mogelijke nadeel van de derden redelijkerwijs in hun calculatie hadden moeten betrekken.⁴¹ Met andere woorden een partij is jegens een derde gehouden tot een behoorlijke uitvoering van haar overeenkomst omdat het belang van die derde bij deze overeenkomst is betrokken, waarbij alle omstandigheden van het geval⁴² worden beoordeeld, waaronder:

1. De aard van het met de overeenkomst verbonden belang

Aantasting van absoluutrechtelijke belangen waaronder persoonlijke belangen vragen eerder om bedoelde zorgplicht dan belangen waarvan de aantasting zuivere vermogensschade veroorzaakt.

2. De omvang van de schade

In het Kelderluik-arrest noemt de HR de ernst van de gevolgen als één van de relevante criteria bij het toepassen van de zorgvuldigheidsnorm.

3. De ernst van de wanprestatie

Doelbewust iemand schade berokkenen is eerder onrechtmatig dan door nalatigheid iemand schade toebrengen.

4. Voorzienbaarheid

Op een partij kan een zorgplicht rusten ten aanzien van belangen van derden indien zij kan voorzien dat deze door haar wanprestatie zouden kunnen worden geschaad.

Zoals reeds eerder aangegeven geldt het aspect voorzienbaarheid in het kader van de leer van de toerekening naar redelijkheid in beginsel niet voor verkeers- en veiligheidsnormen.

5. De partij heeft over haar prestatie bij een derde vertrouwen gewekt

Als een partij tegenover een derde vertrouwen heeft gewekt zal hij dit niet mogen beschamen.

6. De hoedanigheid van de partij en de derde

De hoedanigheid van de partij kan meebrengen dat zij bij de uitvoering van haar overeenkomst, meer dan gewone partijen, zorg in acht dient te nemen voor de bij die overeenkomst betrokken

⁴¹ Du Perron 1999, p. 272.

⁴² Du Perron 1999, p. 283.

belangen van derden. Een aanwijzing voor een zorgplicht is dat de partij krachtens de wet ten aanzien van bepaalde prestaties een monopoliepositie heeft of dat de partij een bepaalde spilpositie in het maatschappelijk verkeer heeft, of dat de rol van een partij in een bepaalde sector van de maatschappij met zich meebrengt dat op haar jegens derden in die sector een bijzondere zorgplicht rust. Dit geldt, behalve voor notarissen, advocaten, banken, vooral voor ziekenhuizen en psychiatrische zorgcentra. Hiervoor verwijs ik ondermeer naar de behandelingsovereenkomst. Van een professionele partij mag ten aanzien van een derde meer worden verwacht (bijvoorbeeld nader onderzoek) dan van particulieren. Indien deze extra inspanning gericht op een optimale invulling van hun zorgplicht achterwege blijft kan het ertoe leiden dat ten aanzien van de professionele partij sneller aansprakelijkheid wordt aangenomen dan van een particulier. Dit geldt overigens ook omgekeerd. Van een professionele derde mag men een grotere zorgplicht verwachten om schade te voorkomen dan van een particulier. Doet een professionele derde dit niet, dan kan dit ertoe leiden dat deze derde minder snel in aanmerking komt voor schadevergoeding dan een particulier, waaraan minder strenge zorgplichteisen worden gesteld.

3.5 De grondslag van aansprakelijkheid bij wanprestatie van partijen jegens derden.

Derden staan in beginsel buiten de overeenkomst. Dit neemt niet weg dat (met name zoals voorheen geschetst in het kader van de beroepsaansprakelijkheid⁴³) rekening moet worden gehouden met de belangen van derden. Gebeurt dit niet of niet voldoende dan kan de derde slechts op grond van onrechtmatige daad de wanpresteerder(s) aansprakelijk stellen (Kelly-arrest).

3.6 Waar liggen de grenzen (van de toerekening) van aansprakelijkheid van partijen ten aanzien van derden in de medische en psychiatrische sector?

In het overeenkomstenrecht geldt dat partijen vanaf het moment dat ze in onderhandelingen treden tot en met de nakoming van de overeenkomst met elkaar in een bijzondere door redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding staan, die meebrengt dat ze oog moeten hebben voor elkaars gerechtvaardigde belangen. Deze verhouding is in de rechtspraak doorgetrokken naar derden.⁴⁴ Op grond van de leer van de toerekening naar redelijkheid is men in de medische en psychiatrische sector vrij snel aansprakelijk en deze aansprakelijkheid gaat in beginsel zeer ver. Indien door het gedrag van partijen een bepaald risico voor derden ontstaat en dit risico verwezenlijkt zich dan is het causaal verband tussen die gedraging en schade gegeven en is men in beginsel reeds

⁴³ Asser-Hartkamp 2006 (4-III), nr. 51c, p. 69.

⁴⁴ HR 24 september 2004, RvdW 2004, 108 (Vleesmeesters/Alog); HR 18 maart 2005 RvdW 2005, 42 (Kelly)

aansprakelijk voor de door de derden geleden schade. Hiervoor verwijs ik ondermeer naar de arresten Versluis⁴⁵ en Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum⁴⁶. In de in dit hoofdstuk nog te behandelen rechtspraak zal ik aan de hand van de arresten Kelly en 't Ruige Veld/Univé nader ingaan op de reikwijdte van de zorgvuldigheidnorm en de toerekening van aansprakelijkheid van partijen jegens derden.

3.7 Verweermiddelen van partijen aan derden

De relativiteit van de contractwerking staat in beginsel in de weg dat contractuele verweermiddelen tegen een buitencontractuele vordering van een derde doorwerken. In onder meer de arresten Atiba (1946)⁴⁷, Moffenkit (1966)⁴⁸ en Gegaste uien (1968)⁴⁹ heeft de HR uitzonderingen hierop aanvaard. Daarbij moet worden gedacht aan het op gedragingen van de derde terug te voeren vertrouwen van degene die zich op het beding beroept dat hij dit beding zal kunnen invoeren terzake van hem door zijn wederpartij toevertrouwde goederen en voorts aan de aard van de overeenkomst en van het betreffende beding in verband met de bijzondere relatie waarin de derde staat tot degene die zich op het beding beroept. In recente arresten, zoals de arresten Securicor (1979)⁵⁰, Citronas (1987)⁵¹, De Luifel/Van der Linden (1994)⁵² en CPS/OPS (2000)⁵³ is dit standpunt nogmaals bevestigd.

In de medische en psychiatrische sector zijn op grond van art. 7:463 BW van de behandelingsovereenkomst géén exoneratiebedingen mogelijk. Ik laat die daarom in deze scriptie verder buiten beschouwing.

3.8 Rechtspraak

Uit de rechtspraak van de laatste jaren blijkt dat derden toch dicht bij de contractpartijen staan dan vorengeschetste definities wellicht doen vermoeden en er in het kader van de overeenkomst ten aanzien van derden ook rechten en plichten kunnen ontstaan. Met andere woorden er kan sprake zijn van doorwerking ten aanzien van derden zonder dat terzake iets in de overeenkomst is geregeld. Dit kan expliciet op grond van de wet waaronder in de wet vastgelegde

⁴⁵ HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 (Versluis).

⁴⁶ HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 (Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum).

⁴⁷ HR 3 mei 1946, NJ 1946, 323 (Atiba, Staat/Degens).

⁴⁸ HR 25 maart 1966, NJ 1966, 279 (Moffenkit).

⁴⁹ HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249 (Gegaste Uien).

⁵⁰ HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 (Securicor.)

⁵¹ HR 20 juni 1986, NJ 1987, 35 (Citronas).

⁵² Hof Amsterdam, 30 juni 1994, NJ 1995, 158 (De Luifel/Van der Linden).

⁵³ HR 21 januari 2000, NJ 2000, 553 (CPS/OPS).

veiligheidsnormen, maar ook op grond van ongeschreven recht (in het arrest Ziekenhuis De Heel werd de lijn van het Versluis-arrest naar schending van ongeschreven veiligheidsnormen doorgetrokken) op basis van redelijkheid en billijkheid⁵⁴ of omdat in het onderhavige geval de derdenwerking past in het stelsel van de wet en dus aansluit bij de in de wet geregelde gevallen.⁵⁵

Voor wat betreft de medische sector is het in hoofdstuk 1 aangehaalde Kelly-arrest⁵⁶ een goed voorbeeld van maatschappelijke zorgplicht respectievelijk maatschappelijke onzorgvuldigheid ten aanzien van derden. Relevant hierbij zijn met name: de aard van het geschonden belangen waaronder het aantasten van een fundamenteel recht, de hoedanigheid van de onzorgvuldig handelende partij in casu een ziekenhuis, alsmede de ernst en omvang van de schade.

De HR oordeelde met betrekking tot het vorderingsrecht (vermogensvordering) van de vader in zijn hoedanigheid van betrokken derde het navolgende: ‘Weliswaar komt een beslissing tot afbreking van een zwangerschap in laatste instantie aan de moeder alleen toe (in samenspraak met haar arts), maar de belangen van de vader zijn daarbij ten nauwste betrokken. Door de geboorte van een kind ontstaat immers een familierechtelijke betrekking tot zijn ouders (art. 1:197 BW) enz.’. De HR eindigt met te stellen dat de fout van de verloskundige tegenover de moeder tevens strijdig is met hetgeen de verloskundige volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer jegens de vader betaamde en mitsdien onrechtmatig jegens deze is. De rechter bepaalde dat op grond van het ongeschreven recht in casu op grond van een inbreuk op de maatschappelijke zorgvuldigheid het ziekenhuis ten aanzien van de vader een onrechtmatige daad heeft gepleegd. Relevant hierbij is de nauwe familierechtelijke betrokkenheid van de vader met de aard van de schade te weten de schade voortvloeiend uit de geboorte van een ernstig gehandicapt kind dat niet geboren zou zijn als de fout niet was gemaakt. Hieruit blijkt de nauwe betrokkenheid van de vader met de wanprestatie van het ziekenhuis. Ten aanzien van de vordering van de vader tot vergoeding van zijn immateriële schade overwoog de HR dat hem de mogelijkheid is ontnomen samen met de moeder te kiezen voor het voorkomen van de geboorte van een ernstig gehandicapt kind, waardoor ook voor hem geldt dat sprake is van aantasting van zijn zelfbeschikkingsrecht, dat moet worden aangemerkt als 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.

⁵⁴ Asser/Hartkamp 2006 (4-III), nr. 21, p.29.

⁵⁵ Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 47, p. 39.

⁵⁶ HR 18 maart 2005, JOL 2005, 162 (Kelly).

Een arrest waarbij de vereiste zorgplicht door de psychiatrische inrichting niet is nagekomen en de patiënt schade heeft toegebracht aan een derde, is het arrest 't Ruige Veld/Univé.⁵⁷

Wendelien is een psychisch gestoorde minderjarige van 13 jaar, die in het kinder- en jeugdpsychiatrisch ziekenhuis 't Ruige Veld wegens chaotisch gedrag is opgenomen.

Zij is uit het ziekenhuis ontsnapt en heeft schade door middel van brandstichting aan derden toegebracht. Ontsnapt een kind van 13 jaar uit een psychiatrische inrichting en brengt het schade toe aan derden, dan zijn de ouders in beginsel aansprakelijk. Wanneer de inrichting onvoldoende maatregelen heeft genomen om de ontsnapping te verhinderen, kan zij in plaats van de ouders voor de door derden geleden schade aansprakelijk zijn op grond van art. 6:162 BW (inbreuk op de maatschappelijke zorgvuldigheid). Dit is ook het geval in het onderhavige arrest.

De HR oordeelde ten aanzien van de zorgplicht van het ziekenhuis/inrichting het navolgende: 'De gedachte van de stichting als exploitante van een kinder- en jeugdpsychiatrisch ziekenhuis dat zij slechts aansprakelijk zou kunnen zijn voor de schade ten gevolge van de brandstichting indien zij daarmee rekening had moeten houden is onjuist. De stichting miskent aldus dat, nu met het oog op de verhoogde kans op het door Wendelien toebrengen van schade aan derden voorzorgsmaatregelen geboden en mogelijk waren, het achterwege blijven van deze maatregelen de stichting aansprakelijk maakt voor de daaruit vloeiende schade, onverschillig de wijze waarop Wendelien deze schade heeft toegebracht'.

In het onderhavige arrest speelt de hoedanigheid van de partij in casu de stichting/het psychiatrisch ziekenhuis met betrekking tot de reikwijdte van de zorgvuldigheidsnorm en de toerekening van de aansprakelijkheid een belangrijke rol.

Daarentegen speelt de voorzienbaarheid van de schade geen rol. Het ziekenhuis was niet pas verplicht tot het nemen van voorzorgsmaatregelen vanaf het tijdstip waarop ze ernstig met de mogelijkheid van brandstichting door Evelien rekening had moeten houden en is voor alle schade '..., van welke aard dan ook...' aansprakelijk.

Overigens stelt de HR dat hier het recht van voor 1 januari 1992 toepasselijk is. Ook in het huidige recht zouden de ouders ingevolge de 'Tijdelijke regeling verhaalsrechten' (art. 6:197 lid 2 BW) niet op grond van art. 6:169 lid 1 BW door de gesubrogeerde verzekeraar kunnen worden aangesproken. Aangenomen dat naar huidig recht de ouders op grond van art. 6:169 lid 1 BW

⁵⁷ HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118 ('t Ruige Veld/Univé).

aansprakelijk zijn en de inrichting aansprakelijk is wegens onvoldoende toezicht op grond van art. 6:162 BW dan kunnen de ouders in beginsel de schade op de toezichthouder verhalen.⁵⁸

Dit arrest en ondermeer de arresten Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum, Ziekenhuis De Heel, Versluis en Trombose, bevestigen de tendens in de medische en psychiatrische rechtspraak dat schuld van de dader, in de zin van verwijtbaarheid in gevaarsituaties, in beginsel is verlaten en sprake is van een objectivering van het schuldbegrip waardoor een verzwaring van aansprakelijkheid wordt aanvaard, die aanleunt tegen risicoaansprakelijkheid.⁵⁹

Dit betekent dat in gevallen van wanprestatie van een ziekenhuis of psychiatrische inrichting, derden die als gevolg van deze wanprestatie schade hebben geleden al snel de schade op basis van onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) aan de wanpresteerder kunnen toerekenen. Gelet op het feit dat derden geen deel uitmaken van de overeenkomst zal de aansprakelijkstelling uitsluitend op basis van onrechtmatige daad kunnen geschieden.

3.9 Conclusie

De wettelijke grondslag voor de contractuele aansprakelijkheid in de medische en psychiatrische sector is vastgelegd in de ‘Overeenkomst inzake geneeskundige behandeling’ (art. 7:446 BW e.v.). Er kan sprake zijn van doorwerking ten aanzien van derden zonder dat terzake iets in de behandelingsovereenkomst is geregeld. Dit kan expliciet op grond van de wet, waaronder in de wet vastgelegde veiligheidsnormen, maar ook op grond van ongeschreven recht (in het arrest Ziekenhuis De Heel werd de lijn van het Versluis-arrest naar schending van ongeschreven veiligheidsnormen doorgetrokken) op basis van redelijkheid en billijkheid of omdat bedoelde doorwerking past in het stelsel van de wet en dus aansluit bij de in de wet geregelde gevallen.⁶⁰ In de rechtsliteratuur en rechtspraak is met name na 1965 algemeen aanvaard dat redelijkheid en billijkheid⁶¹ uitzonderingen op het beginsel van de relativiteit van de contractwerking kunnen rechtvaardigen. Op grond hiervan als op grond van normen van maatschappelijke zorgvuldigheid (art. 6:162 BW) kunnen tussen partijen en derden verbintenissen ontstaan.

Niet iedere wanprestatie is onrechtmatig jegens derden. Hiervan is slechts sprake ‘onder omstandigheden’. Er is sprake van zorgplicht van partijen naar betrokken derden als partijen het

⁵⁸ Asser/Hartkamp 2006 (4-III), nr. 137 p. 160.

⁵⁹ Van Manen en Stutterheim 1998, p. 38 e.v.

⁶⁰ Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr. 47, p. 39.

⁶¹ Asser/Hartkamp 2006 (4-III), nr. 21, p. 29.

mogelijke nadeel van de derden redelijkerwijs in haar calculatie hadden moeten betrekken.⁶² Een partij is jegens een derde gehouden tot een behoorlijke uitvoering van haar overeenkomst wanneer het belang van die derde bij deze overeenkomst is betrokken, waarbij alle omstandigheden van het geval worden beoordeeld.

Uit recente rechtspraak in de medische en psychiatrische sector is een tendens zichtbaar dat indien een derde betrokken is bij een behandelingsovereenkomst en deze als gevolg van wanprestatie van de hulpverlener schade lijdt, de hulpverlener op grond van onrechtmatige daad door de betrokken derde aansprakelijk kan worden gesteld, waarbij de toerekeningsfactor voorzienbaarheid nauwelijks een rol speelt. In beginsel wordt aansprakelijkheid ruim toegerekend.

Voorbeelden hiervan zijn, in navolging van het Versluis-arrest, de arresten Kelly, 't Ruige Veld/Univé en Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum.

De aansprakelijkstelling van derden ten aanzien van wanpresterende contractpartij(en) kan alleen op basis van onrechtmatige daad. Er is dus geen uitwisseling mogelijk van wanprestatie en onrechtmatige daad.

⁶² Du Perron 1999, p. 272.

Hoofdstuk 4

Bewijslast van wanprestatie en onrechtmatige daad (art. 150 Rv)

4.1 Inleiding

In hoofdstuk 3 heb ik reeds aangegeven dat de grondslag voor de contractuele aansprakelijkheid in de medische en psychiatrische sector in beginsel is neergelegd in de behandelingsovereenkomst (art. 7:446 BW e.v.). Indien sprake is van schade op grond van de behandelingsovereenkomst (wanprestatie) of op grond van een onrechtmatige daad dient de daaruit volgende verbintenis tot schadevergoeding te worden afgewikkeld conform het bepaalde in afdeling 6.1.10 BW. Hierop zal ik in hoofdstuk 5 nader terugkomen.

Voordat de omvang van de schadevergoeding kan worden vastgesteld dient echter eerst de vraag te worden beantwoord of de aangesprokene aansprakelijk is.

In feite zijn er twee stadia van causaal verband. Het eerste stadium betreft het vestigen van causaliteit op grond van de artikelen 6:74 BW en 6:162 BW en het tweede stadium betreft het vaststellen van de omvang van de schadevergoedingsverbintenis danwel de toerekenbaarheid van de schade op grond van art. 6:98 BW.

In dit hoofdstuk beperk ik mij tot het vestigen van aansprakelijkheid waarvoor *condicio sine qua non*-verband is vereist en zal ik aan de hand van de rechtsliteratuur en rechtspraak nader onderzoeken of op grond van wanprestatie en onrechtmatige daad ten aanzien van de bewijslast van het *condicio sine qua non*-verband verschillen bestaan, welke van invloed kunnen zijn op de keuze van de aansprakelijkheidsgrondslag.

4.2 Mate van keuzevrijheid ten aanzien van de aansprakelijkheidsgrondslag

Alvorens nader in te gaan op de bewijslast(verdeling) zal ik eerst de volgende onderzoeksvraag beantwoorden:

Is men vrij in de keuze van de aansprakelijkheidsgrondslag?

Op grond van de rechtsliteratuur⁶³ en de rechtspraak (Trombose-arrest)⁶⁴ is men bij contractuele samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad in beginsel vrij in de keuze van de aansprakelijkstellingsgrondslag. Dit wordt ondermeer bevestigd door het feit dat het gevolg van de normschending, de verbintenis tot schadevergoeding, voor wanprestatie en onrechtmatige daad op

⁶³ Asser/Hartkamp 2006 (4-III), nr. 9, p. 12; Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr.406-407, p. 324; Van Manen en Stutterheim 1998, p. 17; Nieuwenhuis 1982, p. 10-11.

⁶⁴ HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (Trombose).

uniformwijze in afdeling 6.1.10 BW is geregeld. De mate van keuzevrijheid zal mede afhangen van de inhoud van de tussen partijen gesloten overeenkomst en de wettelijke beperkingen.⁶⁵ Bijvoorbeeld bij de vervoersovereenkomst (die in boek 8 BW is geregeld) geldt dat de wettelijk geregelde contractuele aansprakelijkheid prevaleert boven de buitencontractuele aansprakelijkheid. Voor de behandelingsovereenkomst geldt deze wettelijke beperking niet.

4.3 Bewijslast (art. 150 Rv)

4.3.1 Hoofdregel

De volgende rechtsvraag is hier aan de orde:

Maakt het voor de bewijslast van de patiënt verschil of de aansprakelijkstelling is gebaseerd op wanprestatie of onrechtmatige daad?

Ten aanzien van de aansprakelijkstelling uit *wanprestatie* wordt meestal onderscheid gemaakt in het niet nakomen van een resultaatsverbintenis danwel een inspanningsverbintenis.

Bij de resultaatsverbintenis is het in beginsel volgens het huidige bewijsrecht voldoende dat de patiënt stelt dat het overeengekomen resultaat is uitgebleven en is het aan de gedaagde om te bewijzen dat het uitblijven van bedoeld positief resultaat niet aan hem is toe te rekenen. Een schoolvoorbeeld van een resultaatsverplichting is het Lijn 10-arrest.⁶⁶ De HR oordeelde dat op de tramvervoerder de last rustte te bewijzen dat het letsel van de passagier voortkwam uit een oorzaak die hem niet was toe te rekenen.

Bij de inspanningsverbintenis zal de patiënt, indien sprake is van wanprestatie, op grond van de hoofdregel van art. 150 Rv moeten bewijzen dat de gedaagde arts of ziekenhuis zich niet voldoende heeft ingespannen.

Met betrekking tot de *onrechtmatige daad* geldt als algemene regel, dat de eisende partij op grond van art. 150 Rv feiten en omstandigheden moet stellen en indien nodig bewijzen waaruit voortvloeit dat de gedaagde onrechtmatig heeft gehandeld en schuld heeft. Hieruit kan worden geconcludeerd dat indien sprake is van een inspanningsverbintenis het voor de bewijslast geen verschil uitmaakt of de aansprakelijkstelling geschiedt op basis van wanprestatie of onrechtmatige daad. Dit is zoals voorheen geschetst anders bij een resultaatsverbintenis.

Uit de behandelingsovereenkomst tussen arts en patiënt zal meestal een inspanningsverbintenis voortvloeien. Dit heeft tot gevolg dat de patiënt op grond van de hoofdregel van art. 150 Rv zal moeten stellen en bij betwisting van de wederpartij zonodig zal moeten bewijzen of aannemelijk

⁶⁵ Asser/Hartkamp 2006 (4-III), nr. 9, p. 12-13.

⁶⁶ HR 26 februari 1971, NJ 270 (Lijn 10) in: Van Dunné 2004 (deel 1), p. 737.

maken dat de arts in de behandeling is tekortgeschoten en minder heeft gepresteerd dan het niveau van een goed hulpverlener (art. 7:453 BW).

4.3.1.1 Rechtsliteratuur

Over de bewijslastverdeling is in de rechtsliteratuur nogal verschil van mening.

Met name Schoordijk en Pitlo⁶⁷ hebben kritiek geleverd op het onderscheid tussen een inspannings- en resultaatsverbintenis. Dit leidt in de praktijk tot problemen omdat een dergelijk onderscheid zelden op een concrete rechtsverhouding van toepassing kan worden verklaard. Pitlo geeft als voorbeeld dat de chirurg gehouden is op tijd in de operatiekamer te verschijnen, kundig personeel ter beschikking te hebben enz., hetgeen inhoudt dat hier sprake is van een resultaatsverbintenis. Voorts is de chirurg gehouden zich in te spannen de operatie te laten slagen, hetgeen een inspanningsverbintenis betekent. Er is dus vaak sprake van een gemengde rechtsverhouding. Reden waarom volgens beiden het toewijzen van de bewijslast naar redelijkheid en billijkheid een veel handzamer instrument is.⁶⁸ In dit verband verwijs ik tevens naar punt 4 van de ‘conclusie’ van Advocaat Generaal (hierna A-G) mr. Biegman-Hartogh in het Heupoperatie-arrest⁶⁹. De A-G merkt hierin op dat op grond van redelijkheid en billijkheid de rechter afwijkt van de hoofdregel van art. 150 Rv (oud art. 177) in het geval dat de gedaagde partij veel beter dan de eisende in staat is de voor de beslissing van het geschil relevante feiten te bewijzen. Dit doet zich met name voor als een patiënt een ziekenhuis of een arts aanspreekt wegens een gestelde onjuiste behandeling. Het ziekenhuis respectievelijk arts kan in het algemeen gemakkelijker dan de patiënt de hand leggen op bewijsmateriaal dat de rechter voor zijn oordeel nodig heeft.

Vragen over bewijslast en bewijslastverdeling zullen zich slechts voordoen als de toedracht van het medisch handelen nog niet vaststaat. Is dat wel het geval dan is het aan de rechter om te oordelen of uit die vaststaande feiten volgt dat de arts een toerekenbare fout heeft gemaakt.

4.3.1.2 Rechtspraak

Een voorbeeld van een arrest waarvan de tussen partijen gesloten overeenkomst een inspanningskarakter heeft is het Kraamzuster-arrest⁷⁰, dat veel lijkt op het Jumbo-arrest.

⁶⁷ Van Dunné 2004 (deel 1), p. 734.

⁶⁸ Wijshoff-Vogelzang 1985, p. 33.

⁶⁹ HR 20 november 1987; NJ 1988/500 (Heupoperatie).

⁷⁰ HR 7 mei 1976, NJ 1977, 63 (Kraamzuster).

Haasnoot (de vader) sluit een overeenkomst met de Stichting Kraamcentrum Noordwijk. De kraamzuster plaatst bij de 5 dagen oude baby een kruik met heet water die even later gaat lekken met ernstige letselschade tot gevolg.

De HR overweegt:

‘dat, bij een overeenkomst als de onderhavige in beginsel slechts dan van wanprestatie sprake is indien de door het kraamcentrum beschikbaar gestelde kraamverzorgster in haar zorg te kort is geschoten.....

dat, het de rechter die over de feiten oordeelt uiteraard vrijstaat uit de omstandigheden van het geval een vermoeden van schuld aan de zijde van de kraamverzorgster af te leiden enz.

dat, weliswaar uit de overeenkomst of de omstandigheden van het geval een verdergaande aansprakelijkheid van het kraamcentrum kan voortvloeien, maar dat door Haasnoot geen feiten zijn gesteld welke tot het aannemen van een dergelijke vergaande aansprakelijkheid aanleiding zou kunnen geven.’

In de visie van de HR betreft het hier dus een inspanningsverbintenis, tegelijkertijd wordt erop gewezen dat de bewijslast omgekeerd kan worden op grond van een vermoeden van schuld, gezien de omstandigheden. De rechter ontheft hiermee de patiënt van zijn bewijslast. Het hof had daartoe geen aanleiding gehad. De HR opent in de laatste overweging, uitgaande van de zorgplicht, de mogelijkheid van een verdergaande aansprakelijkheid. Daartoe zijn door de eiser echter geen feiten gesteld. Uit het vorenstaande arrest blijkt dat de bewijslast bij (vermeende) wanprestatie en/of onrechtmatige daad op grond van de hoofdregel in art. 150 Rv bij de eisende partij blijft tenzij.... Een ander arrest waaraan een inspanningsverbintenis ten grondslag ligt is het Heupoperatie-arrest.⁷¹ Tijdens de operatie aan de rechterheup is een zenuw door de hitte van uithardend botcement zo ernstig beschadigd dat alle spieren van het rechteronderbeen en de voet onherstelbaar verlamd zijn geraakt. De patiënte heeft de vordering gebaseerd op wanprestatie en/of onrechtmatige daad. Ook hier is de hoofdregel van art. 150 Rv van toepassing.

In onderdeel 3.4 overweegt de HR dat van de arts kan worden verlangd dat hij voldoende gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stelling van de patiënt teneinde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen (ingevolge de behandelingsovereenkomst heeft de arts een informatieplicht en de patiënt een inzagerecht ten aanzien van zijn dossier). Het schenden van die verplichting die gelijk staat met een stelplicht van gedaagde, kan de consequentie hebben dat de bewijslast omgekeerd wordt.

⁷¹ HR 20 november 1987; NJ 1988/500 (Heupoperatie).

4.3.1.3 Conclusie ten aanzien van de hoofdregel van art. 150 Rv

Evaluerend kan met betrekking tot de hoofdregel van art. 150 Rv over de bewijslast bij beroepsaansprakelijkheid in de medische en psychiatrische sfeer op grond van de rechtsliteratuur en de vaste rechtspraak het navolgende worden gesteld:

Indien sprake is van kennelijke fouten of vergissingen die de voorbereiding of de logistiek van de uitvoering van werkzaamheden betreffen of formele of procedurele eisen die daaraan gesteld worden, is sprake van de schending van een resultaatsverbintenis door de beroepsbeoefenaar in casu de arts die zijn diensten heeft aangeboden. Medische fouten liggen vaak in de logistieke sfeer, doordat de arts niet of te laat bij de patiënt is verschenen. Van een resultaatsverbintenis kan tevens sprake zijn bij verrichtingen waarbij van de arts redelijkerwijs een goed resultaat mag worden verwacht.⁷² Dit is het geval bij eenvoudige routinematige ingrepen of in gevallen waarin sprake is van specialisme, waarbij het uitblijven van een goed resultaat kan worden toegeschreven aan een verwijtbare beroepsfout van de behandelende arts of chirurg.

Bij een resultaatsverbintenis kan de benadeelde volstaan met te stellen dat het overeengekomen resultaat niet is gehaald. Het is dan aan de behandelend arts/de gedaagde om te bewijzen dat het uitblijven van bedoeld positief resultaat niet aan hem is toe te rekenen.

Er is in dat geval omkering van bewijslast. De arts is dan aansprakelijk indien hij zich niet op overmacht kan beroepen.

Uit de behandelingsovereenkomst vloeit meestal een inspanningsverbintenis voort. Maatgevend voor de prestatie van de arts is niet het bereiken van een bepaald omschreven resultaat, maar het op de juiste wijze en in voldoende mate aanwenden van kennis en bekwaamheid waarover de arts behoort te beschikken.

Bij een inspanningsverbintenis (bij wanprestatie en onrechtmatige daad) is in beginsel de hoofdregel van art. 150 Rv van toepassing.

Wanneer sprake is van een kunstfout (wanprestatie en/of onrechtmatige daad) bij de uitvoering van de werkzaamheden dient allereerst de feitelijke toedracht te worden vastgesteld. In de vaste rechtspraak is de medewerkingsplicht in casu de aanvullende stelplicht van de gedaagde arts om feitelijke informatie te geven die het de patiënt mogelijk kan maken zijn bewijs rond te krijgen een zeer belangrijk element bij de bewijslastverdeling (Heupoperatie-arrest).⁷³ Het schenden van die

⁷² Van Dunné 2001(deel 2), p. 768.

⁷³ Van Dunné 2001, p. 767.

verplichting die gelijk staat met een stelplicht van de gedaagde, kan de consequentie hebben dat de bewijslast wordt omgekeerd (Buikoperatie-arrest⁷⁴), waarop ik later in dit hoofdstuk nader zal terugkomen) of zelfs aan verder bewijs geen behoefte meer bestaat en de stelling van de eiser aanvaard wordt.

Dit was het geval in het arrest Ziekenhuis De Heel.⁷⁵ De patiënt die na een operatie onder narcose in de zogenaamde uitslaapzaal uit bed is gevallen en daardoor letsel had opgelopen moest stellen en bewijzen dat het ziekenhuis in haar zorg te kort was geschoten. De motivering van de betwisting van de stellingen van de patiënt door het ziekenhuis achtte de HR onvoldoende.

Overigens wordt door het stellen van eisen aan de motivering van een betwisting de bewijslast niet omgekeerd.

De HR accepteerde, op grond van art. 152 Rv (oud art. 179) wordt dit niet onmogelijk gemaakt, een deskundigenrapport als bewijs. Voor een aparte bewijsopdracht aan ziekenhuis De Heel was in de gegeven omstandigheden geen plaats.

Uit de jurisprudentie van de laatste decennia komt naar voren dat de HR het onderscheid tussen inspannings- en resultaatsverplichting steeds meer is gaan nuanceren gebaseerd op de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid.

4.3.2 Uitzonderingen op de hoofdregel van art. 150 Rv.

Zoals reeds eerder geschetst dient volgens de normale regels van het bewijsrecht (art. 150 Rv) het causaal verband door de eisende partij te worden gesteld en bij betwisting door de aangesproken persoon door hem te worden bewezen tenzij uit een bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Deze uitzonderingen op de normale regels van bewijsrecht zijn terug te voeren op rechtspraak van de HR in het kader van schending van verkeers- en veiligheidsnormen.

Aangezien veiligheidsnormen mede van toepassing zijn op de medische en psychiatrische sector (Versluis-arrest) stond met name de medische aansprakelijkheid model voor de ontwikkeling dat bij schending van veiligheidsnormen al snel aansprakelijkheid wordt aangenomen en causaal verband in de zin van de artikelen 6:74 BW en 6:162 BW in beginsel is gegeven indien door een tekortkoming of een onrechtmatige gedraging het risico van het ontstaan van schade in het leven is

⁷⁴ HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Buikoperatie).

⁷⁵ HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 (Ziekenhuis De Heel).

geroepen dat zich vervolgens verwezenlijkt. Hierbij ligt primair het accent op vestiging van aansprakelijkheid en niet op de omvang van de aansprakelijkheid.⁷⁶

4.3.2.1 Een bijzondere regel van geschreven en ongeschreven rechtsregels de

‘Omkeringsregel’.⁷⁷

Bij de omkeringsregel gaat het niet alleen om de omkering van de bewijslast, maar om een regel volgens welke bepaalde daarin aangeduide, vaststaande dan wel aannemelijk gemaakte feiten een vermoeden van condicio sine qua non-verband opleveren, dat door tegenbewijs kan worden ontkracht.

Met de ‘omkeringsregel’ wordt bedoeld op de uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende bewijsregel, dat indien door een onrechtmatige gedraging of tekortkoming het risico van het ontstaan van schade in het leven is geroepen of aanmerkelijk is verhoogd en dat risico zich vervolgens verwezenlijkt, in beginsel causaal verband tussen de gedraging en de schade is gegeven, tenzij de aangesprokene aannemelijk maakt dat de schade ook zonder die gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan.

Voor het eerst in het arrest *Dicky Trading II*⁷⁸ heeft de HR geoordeeld dat deze visie van toepassing kan zijn op het gehele terrein van aansprakelijkheid uit wanprestatie en onrechtmatige daad. Dus ook buiten het terrein van de schending van verkeers- en veiligheidsnormen. De gedaagde dient te stellen en bewijzen dat er geen causaal verband bestond tussen de gedraging en de schade.⁷⁹ In de daaropvolgende arresten leek de omkeringsregel een zeer royaal toepassingsbereik te krijgen.

Een voorbeeld hiervan in de psychiatrische sfeer is het arrest *Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum*.⁸⁰ In dit arrest is, door de patiënt naar zijn hotel te laten vertrekken zonder dat de verpleegkundigen de dienstdoende psychiater hadden geraadpleegd, sprake van een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging omdat door het overtreden van deze veiligheidsmaatregel een verhoogd risico/gevaar van het ontstaan van schade in het leven is geroepen, dat zich heeft verwezenlijkt. Bij schending van veiligheidsmaatregelen geldt dus niet, zoals eerder geschetst, de hoofdregel van art. 150 Rv dat de gelaedeerde het causaal verband tussen de gedraging en de schade moet stellen en bewijzen, maar wordt vermoed dat de schade

⁷⁶ Asser/Hartkamp 2004 (4-I), nr 436b, p. 376; Hartlief in: J. Spier e.a. 2006, p. 237.

⁷⁷ Giesen 2000, p. 100.

⁷⁸ HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 (*Dicky Trading II*).

⁷⁹ Giesen 2000, p. 101.

⁸⁰ HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 (*Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum*).

veroorzaakt is door de schending van deze veiligheidsnorm. Het causaal verband is dan in beginsel gegeven. Het verweer van het ziekenhuis dat causaal verband tussen dit handelen van de verpleegkundigen en de brand ontbreekt heeft het hof verworpen en is door de HR bevestigd.

De HR heeft in twee arresten van 29 november 2002 (NJ 2004, 304 en 305, respectievelijk nalaten van veiligheidsmaatregelen bij lossen ondeugdelijke tankcontainer TFS/NS en weigering gemeentelijke uitbreidingsvergunning en bedrijfsschade Kastelijn/Achtkarspelen) de reikwijdte van de omkeringsregel beperkt door te overwegen dat het moet gaan om overtreding van een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek risico/gevaar en dat de eiser bij betwisting aannemelijk moet maken dat in het concrete geval zich dat specifieke risico/gevaar heeft verwezenlijkt.

In het arrest van 19 maart 2004, NJ 2004, 307 heeft de HR aan deze inperking verdere toepassing gegeven door nader aan te geven bij welk soort zorgvuldigheidswaarden de omkeringsregel wel/niet van toepassing is.

Het ging in deze zaak om een arts die onvoldoende aandacht had gegeven aan een patiënt die na het innemen van twee tabletten Seresta 50 mg niet meer wakker werd en de volgende ochtend overleed. Op de patiënt was geen post mortem onderzoek verricht zodat de doodsoorzaak niet vaststond. Onder deze omstandigheden had het hof volgens het oordeel van de HR de omkeringsregel terecht niet toegepast. Niet kon worden vastgesteld dat de algemene zorgplicht die de arts had verzaakt de patiënt beoogde te beschermen tegen een specifiek gevaar dat zich vervolgens had verwezenlijkt.

De HR heeft dus in deze zaak beslist dat toepassing van de omkeringsregel niet aan de orde is bij schending van algemene zorgvuldigheidswaarden als die van art. 7:453 BW (handelen als goed hulpverlener conform de professionele standaard). Deze norm is niet specifiek genoeg.⁸¹

De HR laat wel uitdrukkelijk de mogelijkheid open dat de omkeringsregel wel kan worden toegepast indien een arts of ziekenhuispersoneel een protocol waarin gedragsregels zijn neergelegd niet heeft nageleefd, omdat dergelijke protocollen naar hun aard de patiënt juist wel beogen te beschermen tegen een specifiek risico. Een goed voorbeeld waarin de regel met succes is toegepast is het reeds eerder in deze scriptie aangehaalde Trombose-arrest.⁸²

In de procedure werd het ziekenhuis verweten dat het bij een operatie had nagelaten, wat volgens intern voorschrift had moeten, een anti-stollingsmiddel toe te dienen. Onzeker is daarbij of de trombose waarmee de patiënt werd geconfronteerd zou zijn uitgebleven bij toediening van het

⁸¹ Hartlief in: J. Spier e.a. 2006, p. 240.

⁸² HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (Trombose).

middel. Het hof oordeelde in de woorden van de HR dat: ‘Nu het risico van het ontstaan van de schade in het leven is geroepen door het niet toepassen van het voorschrift standaard anti-stollingsmiddelen toe te dienen en nu dit risico (het optreden van trombose) zich heeft verwezenlijkt, het causaal verband tussen de verweten gedraging en de opgelopen schade in beginsel is gegeven’.⁸³

Voorbeelden waarbij de omkeringsregel door de HR niet van toepassing werd verklaard omdat niet aan bedoeld verband werd voldaan is het ‘Polsoperatie-arrest met zenuwbeschadiging en het Dwarslaesie-arrest’.⁸⁴ Het betreft hier de op de arts rustende verplichting op grond van de behandelingsovereenkomst zijn patiënt voor de behandeling in te lichten over de risico’s van de voorgestelde behandeling. Deze informatieplicht strekt er niet toe de patiënt te beschermen tegen deze risico’s, doch om de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij toestemming voor deze behandeling zal geven. Het optreden van de schade doordat bedoelde risico’s optreden, kan dan ook niet worden aangemerkt als verwezenlijking van het risico dat door het tekortschieten van de arts in de nakoming van zijn informatieplicht in het leven is geroepen. De ‘omkeringsregel’ is dan ook niet van toepassing, zodat niet met het tekortschieten van de arts het causaal verband tussen dit tekortschieten en de ontstane schade in beginsel is gegeven. De patiënt moet derhalve ingevolge de hoofdregel art. 150 Rv stellen en bewijzen dat hij, mits voldoende ingelicht, als redelijk handelend patiënt en/of om redenen van persoonlijke aard niet voor deze behandeling zou hebben gekozen. De arts dient de patiënt voldoende gegevens te verschaffen ter motivering van de betwisting van de stelling van de patiënt teneinde hem aanknopingspunten voor bewijslevering te verschaffen. De verplichting van de arts om de patiënt voldoende informatie te verschaffen kan gezien worden tegen de achtergrond van hetgeen de HR heeft overwogen in rechtsoverweging 3.4 van het ‘Heupoperatie-arrest’⁸⁵ te weten:

‘Van een arts die door een patiënt wordt beticht van een kunstfout, kan worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van de betwisting van de stellingen van die patiënt teneinde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen’.

In het ‘Buikoperatie-arrest’ gaat de HR nog een stap verder en legt de stelplicht en bewijslast van de beweerdte kunstfout bij de arts.⁸⁶ Na een buikoperatie met complicaties krijgt de patiënte op de

⁸³ Hartlief in: J. Spier e.a.2006, p. 238

⁸⁴ HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387(Zenuwbeschadiging aan de pols en Dwarslaesie) in: J.Spier e.a. 2006, p. 239

⁸⁵ HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 (Heupoperatie)

⁸⁶ HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Buikoperatie)

vijftiende dag na de operatie een nabloeding als gevolg van een coïtus. Volgens een deskundigenrapport dient de patiënt door de behandelende arts te worden gewaarschuwd dat gedurende 3 maanden na de operatie hiervan geen sprake mag zijn. De behandelende arts stelt dat hij de patiënte bij het ontslaggesprek heeft geadviseerd zes weken geen samenleving te hebben. De patiënte betwist dit. De HR bevestigt in dit arrest het oordeel van het hof dat het de betwisting van de arts onvoldoende geadstrueerd heeft geacht en daarom de arts dient te bewijzen dat hij de patiënte heeft geadviseerd om gedurende zes weken geen samenleving te hebben.

4.3.2.2 Bewijslastverdeling op basis van redelijkheid en billijkheid

Deze tweede uitzondering op de hoofdregel ziet op objectief recht dat niet in één regel is neergelegd. Het gaat daarbij om uitzonderingen gebaseerd op de bijzondere omstandigheden van het geval. Een voorbeeld is het arrest Ziekenhuis De Heel. De benadeelde moest conform de hoofdregel bewijzen dat het ziekenhuis, door geen beschermhekken te plaatsen, onzorgvuldig had gehandeld. De HR bepaalde dat het ziekenhuis een aanvullende stelplicht had. De HR overwoog in rechtsoverweging 2.3.3 van dit arrest: ‘In een geval als het onderhavige, waarin het ziekenhuis wordt verweten onzorgvuldig te hebben gehandeld, kan van het ziekenhuis worden verlangd dat het voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt ten einde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen’. Hier heeft de HR geen omkering van de bewijslast toegepast.

In dit verband verwijs ik tevens naar het eerder aangehaalde onder rechtsoverweging 3.4 van het Heupoperatie-arrest respectievelijk punt 4 van de ‘conclusie’ van A-G mr. Biegman-Hartogh in het Heupoperatie-arrest. In dit arrest merkt de A-G op dat op grond van redelijkheid en billijkheid de rechter afwijkt van de hoofdregel in art. 150 Rv (oud art. 177 Rv) in het geval dat de gedaagde partij veel beter dan de eisende in staat is de voor de beslissing van het geschil relevante feiten te bewijzen. Dit doet zich met name voor als een patiënt een ziekenhuis of een arts aanspreekt wegens een gestelde onjuiste behandeling. Het ziekenhuis respectievelijk arts kan in het algemeen gemakkelijker dan de patiënt de hand leggen op bewijsmateriaal dat de rechter voor zijn oordeel nodig heeft.

4.3.2.3 Conclusie ten aanzien van de uitzonderingen op de hoofdregel van art. 150 Rv.

Evaluerend kan worden gesteld dat het causaal verband in de zin van het *condicio sine qua non*-verband op grond van art. 150 Rv in beginsel door de eiser moet worden bewezen. Hierop zijn uitzonderingen mogelijk. Deze kunnen op rechtsregels van geschreven en ongeschreven recht (de omkeringsregel is hiervan een voorbeeld) of op de redelijkheid en billijkheid berusten.

De omkeringsregel is slechts van toepassing als sprake is van overtreding van een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek risico/gevaar en dat de eiser bij betwisting aannemelijk moet maken dat in het concrete geval zich dat specifieke risico/gevaar heeft verwezenlijkt. Het moet dus in eerste instantie duidelijk zijn welk specifiek gevaar of risico de aangesproken partij in het leven heeft geroepen en in tweede instantie moet dat gevaar of risico zich hebben verwezenlijkt.⁸⁷

De gedaagde behoeft bij de omkeringsregel geen sluitend bewijs van het ontbreken van causaal verband te leveren. Hij dient dit ontbreken slechts aannemelijk te maken.

Indien sprake is van inbreuk op algemene zorgvuldigheidsnormen is de omkeringsregel niet van toepassing. De rechter kan tevens van de hoofdregel afwijken indien uit de redelijkheid en billijkheid een andere bewijslastverdeling voortvloeit.⁸⁸

Bij wanprestatie en/of onrechtmatige daad kunnen beide uitzonderingen op de hoofdregel van art. 150 Rv van toepassing zijn, respectievelijk de omkeringsregel en de bewijslastverdeling op basis van redelijkheid en billijkheid. De rechtspraak maakt terzake bij een inspanningsverbintenis geen verschil. Bij een resultaatsverbintenis ligt de bewijslast, indien het overeengekomen resultaat niet wordt gehaald, bij de gedaagde. Deze situatie kan zich alleen bij wanprestatie voordoen.

4.4 Algemene conclusie ten aanzien van de bewijslast bij wanprestatie en onrechtmatige daad.

Ten aanzien van de hoofdregel van art. 150 Rv geldt dat de bewijslast bij de eisende partij ligt. Indien sprake is van een inspanningsverbintenis maakt het geen verschil voor de bewijslast of de aansprakelijkstelling is gebaseerd op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad.

Dat is niet het geval bij de resultaatsverbintenis. Bij een resultaatsverbintenis ligt de bewijslast, indien de eiser stelt dat het overeengekomen resultaat niet is/wordt gehaald, dat het uitblijven van het resultaat hem niet is toe te rekenen op grond van overmacht, bij de gedaagde. Lukt dat bewijs niet of is er geen sprake van overmacht, dan levert dit uitblijven van het resultaat altijd wanprestatie op.

Ten aanzien van de beide uitzonderingen op de hoofdregel van art. 150 Rv geldt het navolgende: Bij wanprestatie en/of onrechtmatige daad kunnen beide uitzonderingen op de hoofdregel van art. 150 Rv van toepassing zijn, respectievelijk de omkeringsregel en de bewijslastverdeling op basis van redelijkheid en billijkheid.

⁸⁷ Hartlief in: J. Spier e.a. 2006, p. 238.

⁸⁸ Giesen 2000, p. 99.

De omkeringsregel is slechts van toepassing indien de overtreden norm strekt tot het voorkomen van een specifiek risico/gevaar en de eiser dient bij betwisting aannemelijk te maken dat in het concrete geval zich dat specifieke risico/gevaar heeft voorgedaan.

De bewijslastverdeling op basis van redelijkheid en billijkheid wordt door de rechter bepaald op basis van de bijzondere omstandigheden van het geval.

Hoofdstuk 5

De omvang van de aansprakelijkheid bij wanprestatie en onrechtmatige daad (art. 6:98 BW)

5.1 Inleiding

Een wettelijke verplichting tot schadevergoeding bestaat slechts als de schade is veroorzaakt door een omstandigheid die ten grondslag ligt aan de aansprakelijkheid. Bijvoorbeeld een tekortkoming in de nakoming van een verbintenis of een onrechtmatige daad. Het naast elkaar bestaan van een aansprakelijkheidsgrond en schade is voor het aannemen van aansprakelijkheid niet voldoende. Noodzakelijk is dat de grond voor aansprakelijkheid en de schade met elkaar in causaal verband staan.

Zoals in hoofdstuk 4 reeds is aangegeven bestaat het causaal verband uit twee stadia:

1. Het vaststellen van de aansprakelijkheid door vast te stellen dat er een *condicio sine qua non*-verband bestaat tussen de gedraging of gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust en de schade. Art. 6:74 BW (wanprestatie) en art. 6:162 BW (onrechtmatige daad). Dit verband c.q. aansprakelijkheid ontbreekt als de schade ook zou zijn ingetreden indien de gebeurtenis niet had plaatsgevonden.
2. De omvang van de aansprakelijkheid. Dit stadium heeft betrekking op de vraag welke schadeposten en welke schadeomvang aan de veroorzaker kunnen worden toegerekend. Deze maatstaf is te vinden in art. 6:98 BW en wordt in het onderhavige hoofdstuk nader uitgewerkt.

5.2 Rechtsliteratuur⁸⁹

5.2.1 Mate van toerekening

Voor vergoeding komt slechts in aanmerking de schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend (art. 6:98 BW).

De maatstaf voor toerekening is gebaseerd op de leer van de toerekening naar redelijkheid, waarbij de HR in het bijzonder het oog had op de onrechtmatige schending van verkeers- en veiligheidsnormen (Versluis-arrest). In hoeverre de schade kan worden toegerekend aan de partij die voor de gedraging/gebeurtenis aansprakelijk is wordt bepaald aan de hand van onder meer de

⁸⁹Asser-Hartkamp 2004 (4-I), nrs. 424- 441b, p. 351-392; Hartkamp 2005, nr. 284, p. 278; Hartlief in J. Spier e.a. 2006, nr. 217, p. 242.

in art. 6:98 BW genoemde redelijkheidsbeginselen te weten: de aard van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust en de aard van de schade. Deze beginselen zijn niet limitatief.

Wat betreft de aard van de aansprakelijkheid kan men denken aan het onderscheid tussen schuld- en risicoaansprakelijkheid, maar ook aan wanprestatie en onrechtmatige daad, aansprakelijkheid op grond van onzorgvuldig gedrag, beroepsfouten enz..⁹⁰ Bij de aard van de schade kan men denken aan personenschade (letsel- en overlijdensschade), zaakschade en zuivere vermogensschade.

Zoals ik reeds in hoofdstuk 2 heb aangegeven, heeft Brunner uit de rechtspraak van de HR meerdere causaliteitsregels geïnventariseerd die als richtsnoer kunnen gelden voor de toerekening van de schade.⁹¹ Deze beginselen kunnen in combinatie met elkaar worden gebruikt.

Volgens Hartlief bieden deze deelregels niet erg veel houvast.⁹² Als men bijvoorbeeld stelt dat letselschade eerder voor toerekening in aanmerking komt dan zaakschade en bij schuldaansprakelijkheid een ruimere toerekening gerechtvaardigd is dan bij risicoaansprakelijkheid, dan is niet duidelijk wat de vage termen als 'eerder' en 'ruimer' toerekenen feitelijk betekenen. Menig schrijver stelt dat bij risicoaansprakelijkheid in beginsel een nauw verband tussen de gebeurtenis en schade is vereist, althans nauwer dan bij schuldaansprakelijkheid. Of dat het geval is hangt volgens Hartlief af van de strekking van de betrokken risicoaansprakelijkheid. Dit kan per situatie verschillen. Bijvoorbeeld letselschade bij risicoaansprakelijkheid in verband met gevaarlijke stoffen (art. 6:175 BW). De verwachting is dat in een dergelijk geval sprake zal zijn van een ruime toerekening. Een voorbeeld hiervan is het arrest Dorpshuis Kamerik⁹³ waarin de HR bepaalde dat bij het verrichten van mogelijke gevaarlijke handelingen, bij het nalaten van het treffen van voorzieningen en voorzorgsmaatregelen, de voorzienbaarheid van de gevolgen niet meer getoetst hoeft te worden.⁹⁴ Die gevolgen mogen buiten de lijn der normale verwachtingen liggen. Dit was geheel in de lijn van hetgeen de HR oordeelde ten aanzien van het reeds in deze scriptie besproken Versluis-arrest ten aanzien van het overtreden van verkeers- en veiligheidsnormen, die in de regel strekken ter voorkoming van verkeers- en arbeidsongevallen.

Uit het vorenstaande kan worden geconcludeerd dat overeenkomstig het bepaalde in art. 6:98 BW de mate van toerekening van de schade mede afhangt van de aard van de aansprakelijkheid (bv.

⁹⁰ Asser-Hartkamp 2004 (4-I), nr. 433 p.365.

⁹¹ Hartlief in: J. Spier e.a. 2006, p. 243; Asser-Hartkamp 2004 (4-I), nr. 434, p. 366.

⁹² Hartlief in: J. Spier e.a. 2006, p. 243.

⁹³ HR 8 januari 1982, NJ 614. (Dorpshuis Kamerik)

⁹⁴ Van Dunné 2004 (deel 2), p. 179.

risico- of schuldaansprakelijkheid) en de aard van de schade (bv. letselschade). De toerekeningsregels van Brunner zijn daarbij slechts richtinggevend.

Het feit dat met name in de medische en psychiatrische sector ontwikkelingen in de rechtspraak hebben plaatsgevonden die tot een eigen causaliteitsregime hebben geleid, waarvoor dus specifieke toerekeningsfactoren gelden (een ruime toerekening bij schending van veiligheidsnormen, óók bij risico-aansprakelijkheid, in plaats van een beperkte toerekening), doet mijns inziens niets af van het feit dat de toerekeningsregels van Brunner op andere terreinen waar een dergelijk specifiek causaliteitsregime niet geldt hun waarde hebben, waarbij gekeken wordt naar alle omstandigheden van het geval. Ik ben derhalve van mening dat het standpunt van Hartlief te ongenueanceerd is.

5.2.2 Mogelijke verschillen in de mate van toerekening

Menig schrijver is van mening dat, alhoewel afdeling 6.1.10 BW (art. 6:95 BW e.v.) de schadevergoeding voor wanprestatie en onrechtmatige daad uniform regelt, differentiatie naar gelang de aansprakelijkheidsgrondslag mogelijk is. Met name de open normen in afdeling 6.1.10 BW zouden in beginsel ruimte bieden voor verschillen in de omvang van de schadevergoeding. In de (onderzochte) rechtsliteratuur zijn deze mogelijke verschillen niet nader uitgewerkt en heb ik deze niet kunnen vaststellen. Mijns inziens is het toepassen van deze normen een kwestie van interpretatie van de rechter. Hij is degene die aangeeft hoe een bepaalde norm in het concrete geval moet worden toegepast. Verschillen kunnen ook ontstaan doordat de wet de contractuele aansprakelijkheid verder kan beperken dan de buitencontractuele aansprakelijkheid enz..⁹⁵

Hartkamp memoreert in dit verband dat bij het vaststellen van de schadevergoeding terzake van wanprestatie de voorzienbaarheid van de schade in het kader van art. 6:98 BW een andere rol zal kunnen spelen dan bij die uit onrechtmatige daad.⁹⁶ Of het vorenstaande het geval is en of er op andere gronden verschillen in de omvang van de schadevergoeding bij wanprestatie en onrechtmatige daad in de medische en psychiatrische sector mogelijk zijn, zal ik (in het kader van de probleemstelling) aan de hand van de hierna volgende rechtspraak nader onderzoeken.

Ten aanzien van de mogelijke wettelijke beperking van de contractuele aansprakelijkheid merk ik met betrekking tot de medische en psychiatrische sector op dat art. 7: 463 BW van de behandelingsovereenkomst beperking van de aansprakelijkheid van de hulpverlener of ziekenhuis, zoals bedoeld in art. 7:462 BW, uitsluit.

⁹⁵ Asser-Hartkamp 2006 (4-III), nr. 9, p. 12; Hartkamp 2005, nr. 282, p. 274.

⁹⁶ Hartkamp 2005, nr. 282, p. 274-275.

5.3 Rechtspraak

Ten aanzien van de causaliteitsvraag bij schending van veiligheidsnormen oordeelde de HR ondermeer in het arrest Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum en het Trombose-arrest het navolgende:

‘Indien door een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging een risico ten aanzien van het ontstaan van schade in het leven wordt geroepen en dit risico verwezenlijkt zich vervolgens, wordt in beginsel causaliteit tussen de onrechtmatige gedraging en de schade aangenomen, tenzij de aangesprokene aantoont dat de schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.’

Hieruit volgt dat bij schending van veiligheidsnormen niet eerst dient te worden aangetoond dat de schade als gevolg van een fout is ingetreden alvorens aansprakelijkheid wordt aangenomen. Dit betekent tevens dat in de leer van de toerekening naar redelijkheid bij schending van veiligheidsnormen in de medische en psychiatrische sector het toerekeningsbeginsel voorzienbaarheid nauwelijks een rol speelt.

Zoals uit hoofdstuk 4 blijkt heeft eerder bedoeld vermoeden van causaliteit betrekking op het *condicio sine qua non*-verband en strekt dit vermoeden zich niet zonder meer uit tot de omvang van de schade die in beginsel door de benadeelde moet worden aangetoond of aannemelijk gemaakt.

Voorts blijkt uit de rechtspraak van de HR dat de betrokken veiligheidsnorm niet geschreven hoeft te zijn.

Voor wat betreft de beantwoording van de vraag of onrechtmatig is gehandeld en welke schade naar redelijkheid moet worden toegerekend, kent met name het arrest Ziekenhuis de Heel betekenis toe aan geschreven en ongeschreven veiligheidsnormen.⁹⁷ De aard van de aansprakelijkheid is in dit arrest gebaseerd op verwijtbaar onzorgvuldig handelen door bepaalde veiligheidsnormen niet in acht te nemen, waardoor het ziekenhuis tekort is geschoten in de zorg voor de veiligheid van zijn patiënten. Het ziekenhuis is in verband hiermee aansprakelijk gesteld op basis van onrechtmatige daad.

Voor wat betreft de aard van de schade overwoog het hof ten aanzien van het door de patiënt Körper opgelopen letsel dat deze schade niet zo uitzonderlijk van aard is dat deze in het onderhavige geval niet in redelijkheid aan het ziekenhuis kon worden toegerekend.

⁹⁷ HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 (Ziekenhuis De Heel)

In rechtsoverweging 2.4.1 oordeelde de HR dat het ziekenhuis tekort is geschoten in het nemen van maatregelen in het belang van de veiligheid van Korver en zij derhalve een veiligheidsnorm heeft geschonden, hetgeen meebrengt dat ook letsel dat buiten de normale lijn van de verwachtingen ligt aan de overtreder van die norm kan worden toegerekend. De aard van de aansprakelijkheid die bestaat uit het schenden van een zorgvuldigheidnorm in de vorm van een veiligheidsnorm, die mede strekt ter voorkoming van de geleden schade, kan dus meebrengen dat de schade zeer ruim moet worden toegerekend.⁹⁸

In dit verband verwijs ik tevens naar het Trombose-arrest dat voor wat betreft de wijze van vaststelling van causaliteit en de mate van toerekening van de geleden schade te vergelijken is met het arrest Ziekenhuis De Heel. Het hof is in het Trombose-arrest van oordeel dat het ‘anti-stollingsvoorschrift’ het karakter heeft van een veiligheidsnorm. Uitgangspunt is dat alle uit de schending van die norm voortvloeiende schade, dus ook schade die buiten de normale lijn van de verwachtingen ligt, voor vergoeding in aanmerking komt. De HR oordeelt terzake het navolgende: ‘Nu het overtreden voorschrift diende om het risico op het post-operatief optreden van trombose tegen te gaan (althans te verkleinen), en H. aanspraak op naleving van het protocolvoorschrift mocht maken, geeft het oordeel van het hof, erop neerkomende dat, nu het risico van het ontstaan van de schade in het leven is geroepen door het niet toepassen van het voorschrift standaard anti-stollingsmiddelen toe te dienen en nu dit risico (het optreden van trombose) zich heeft verwezenlijkt, het causaal verband tussen de verweten gedraging en de opgelopen schade in beginsel is gegeven, niet blijkt van een onjuiste rechtsopvatting. In het midden kan daarbij blijven of in het onderhavige geval sprake is geweest van een echte veiligheidsnorm’.

De HR verwerpt het beroep en bevestigt hiermee het oordeel van het hof.

In de conclusie onderschrijft A-G mr. De Vries-Lentsch-Kotense onder punt 12 het oordeel van het hof dat in het onderhavige geval de geschonden norm, die ten doel strekt om het risico van schade aan de lichamelijke integriteit te voorkomen, kan worden gekwalificeerd als een veiligheidsnorm, althans als een daarmee op één lijn te stellen norm van zodanige aard dat er grond bestaat om in het kader van de toerekening van de schade ervan uit te gaan, zoals het hof ook deed, dat in beginsel alle uit de schending van de norm voortvloeiende schade, derhalve ook de schade die zich in de causale keten bevindt op grotere afstand dan het schade veroorzakende feit, voor vergoeding in aanmerking komt.

⁹⁸ Asser-Hartkamp 2004 (4-I), nr. 434, p. 366 en nr. 434a, p. 368.

Het vorenstaande houdt in dat bij schending van veiligheidsnormen in beginsel een zeer ruime toerekening van letsel- en overlijdensschade gerechtvaardigd is. Dat wil zeggen, ook indien de schade is ontstaan op een wijze die buiten de lijn der normale verwachtingen ligt. Deze ruime toerekening is gebaseerd op het feit dat verkeers- en veiligheidsnormen zijn opgesteld ter voorkoming van ongevallen en derhalve strekken ter bescherming van leven en gezondheid. Dit bleek in de medische sector voor het eerst uit het Versluis-arrest.

Aan bedoelde ruime toerekening zijn in de rechtspraak een tweetal beperkingen te vinden en wel bijzondere omstandigheden en de reeds bestaande bijzondere lichamelijke en geestelijke gesteldheid van de gelaedeerde, waarmee rekening kan worden gehouden bij de begroting van de (toekomstige) schade. In geval van bijzondere omstandigheden laat de HR ruimte voor een minder ruime toerekening. Hieronder wordt niet begrepen lichamelijke of geestelijke gesteldheid of een fout van een arts, maar bijvoorbeeld een onvoldoende bijdrage aan het herstelproces van de patiënt. De rechter zal daarbij afhankelijk zijn van deskundigen, die al snel zullen oordelen dat bedoelde onvoldoende medewerking is toe te schrijven aan de persoonlijkheidsstructuur van de patiënt als gevolg van de gebeurtenis (predispositie), hetgeen niet tot vermindering van de schadevergoeding zal leiden.

Evaluerend kan worden gesteld dat bij de beoordeling van de causaliteitsvraag de HR onderscheid maakt tussen schending van verkeers- of veiligheidsnormen en andere normen. Waarbij andere normen minder ruim worden toegerekend.⁹⁹

De aard van de schade heeft invloed op de omvang van de toerekening. Letsel- en overlijdensschade wordt eerder toegerekend als zaakschade.

In de rechtspraak is een ontwikkeling te zien die een steeds ruimere toerekening (art. 6:98 BW) van de schade in de medische en psychiatrische sector mogelijk maakt en inherent daaraan een toename van de omvang van de schadevergoeding. Deze ontwikkeling zal ik in navolging van de eerder genoemde arresten nader toelichten aan de hand van de arresten *Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum*¹⁰⁰, *Wrongful Birth*¹⁰¹, *Baby Joost*¹⁰² en *Kelly*¹⁰³.

⁹⁹ Hartlief in: J. Spier e.a. 2006, p. 246.

¹⁰⁰ HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 (*Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum*).

¹⁰¹ HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 (*Wrongful birth*).

¹⁰² HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 (*Baby Joost*).

¹⁰³ HR 18 maart 2005, JOL 2005, 162 (*Kelly*).

1. Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum

In dit arrest is, door een psychisch verwarde en dronken patiënt naar zijn hotel te laten vertrekken, zonder dat de verpleegkundigen de dienstdoende psychiater hadden geraadpleegd, sprake van een als onrechtmatige daad jegens de gelaedeerde aan te merken gedraging omdat door het overtreden van deze veiligheidsmaatregel een verhoogd risico/gevaar van het ontstaan van schade in het leven is geroepen, dat zich heeft verwezenlijkt in de vorm van brandstichting. Het causaal verband in de zin van *condicio sine qua non*-verband is hiermee in beginsel gegeven. Deze benadering is ook van toepassing op een als wanprestatie aan te merken gedraging.

Bij de beoordeling van de vraag of de onderhavige schade van de gelaedeerde door het ziekenhuis moet worden vergoed geldt als uitgangspunt dat voor vergoeding alleen in aanmerking komt de schade die in zodanig verband staat met de fout van de verpleging, dat deze schade aan het ziekenhuis, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van die fout kan worden toegerekend.

Het hof, hetgeen door de HR wordt bevestigd, neemt bij de mate van toerekening in aanmerking dat het hier gaat om schending van een veiligheidsnorm door een professionele instelling die de gelaedeerde, zijnde een onderverzekerde particulier, ernstig heeft benadeeld. Niet relevant is wat er mogelijk was gebeurd als de verpleging haar zorgvuldigheidsplicht (overleg met de dienstdoende psychiater) wel was nagekomen. Relevant is welke ingetreden gebeurtenis aan het ziekenhuis als gevolg van het niet nakomen van die verplichting kan worden toegerekend. Het hof oordeelt in dit verband dat de samenloop van toevalligheden, zoals het feit dat de taxichauffeur zich het lot van de patiënt niet aantrok en dat de zoon van de gelaedeerde de patiënt (zonder zich van zijn identiteit te vergewissen) binnenliet en er een aansteker op de tafel lag, niet zodanig onwaarschijnlijk is, dat zij de toerekening van de schade aan het ziekenhuis belet. De HR bevestigt het oordeel van het hof dat alle door de gelaedeerde als gevolg van de fout geleden schade door het ziekenhuis moet worden vergoed.

Alhoewel er slechts sprake is van zaakschade en géén letselschade gaat de HR op grond van het feit dat hier sprake is van inbreuk op een veiligheidsnorm (die erop is gericht ongevallen te voorkomen) uit van een zeer ruime toerekening van de door de gelaedeerde geleden schade als gevolg van de door het ziekenhuis gepleegde onrechtmatige daad. In geval van een als wanprestatie aan te merken gedraging zou, bij inbreuk op een veiligheidsnorm, de mate van toerekening van de schade hetzelfde zijn. Zowel bij wanprestatie als onrechtmatige daad is het uitgangspunt dat bij schending van veiligheidsnormen ook schade moet worden vergoed die buiten de normale lijn der verwachtingen ligt (Versluis-arrest).

2. Wrongful birth

In dit arrest gaat het om een beroepsfout van de arts die aldus op een hem toe te rekenen wijze is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verbintenis uit de behandelingsovereenkomst (wanprestatie). In 1984 werd door de arts bij de vrouw een spiraaltje geplaatst om zwangerschap te voorkomen. Bij een operatie in 1986 heeft de arts het spiraaltje verwijderd. Vervolgens heeft de arts de vrouw niet op de hoogte gesteld van het feit dat niet opnieuw een spiraaltje was geplaatst. De vrouw werd zwanger en het kind is in mei 1987 geboren.

De verlangde schadevergoeding bestaat uit onder meer de kosten voor de babyuitzet, de opvoeding van het kind gedurende haar minderjarigheid dus tot haar achttiende levensjaar, inkomensderving als gevolg van de zwangerschap en geboorte van het kind. Hierin is tevens begrepen een vergoeding wegens inkomensderving gedurende de periode dat de vrouw besluit niet te werken en voor het kind te zorgen.

De rechtsvraag die hier speelt is de volgende:

Komen de kosten voor verzorging en opvoeding volledig voor vergoeding in aanmerking indien een vrouw tegen haar wil in als gevolg van een beroepsfout van een arts zwanger raakt?

In het oog dient te worden gehouden dat het hier gaat om schending van een zorgvuldigheidnorm door een arts, die aldus op een hem toe te rekenen wijze is tekortgeschoten in de nakoming van zijn verbintenis uit de behandelingsovereenkomst met de vrouw.

Het hof oordeelt dat de kosten voor verzorging en opvoeding voortvloeiend uit de natuurlijke en door de wet erkende plicht van de ouders om hun kinderen te verzorgen en op te voeden in beginsel niet voor vergoeding in aanmerking komen.

Het hof oordeelt dat deze kosten slechts in bijzondere omstandigheden voor vergoeding in aanmerking komen, bijvoorbeeld het ten gevolge ervan ontstaan van ernstige financiële moeilijkheden of een aanmerkelijke verlaging van haar levensstandaard.

De HR overweegt dat in verband met art. 6:74 BW, art. 6:96 BW en art. 6:98 BW, in onderlinge samenhang gelezen, dit met zich meebrengt dat de arts aansprakelijk is voor alle vermogensschade die in zodanig verband met de fout staat dat zij hem naar de maatstaf van art. 6:98 BW als een gevolg van die fout kan worden toegerekend. Voor een dergelijke toerekening is in beginsel voldoende dat door de desbetreffende fout een risico is geschapen, dat zich vervolgens heeft verwezenlijkt.

Dat geval heeft zich hier voor gedaan, nu de door de arts niet meegedeelde afwezigheid van het spiraaltje heeft geleid tot een doorkruising van de gezinsplanning.

Het vaststellen van de aansprakelijkheid is dus bij schending van zorgvuldigheidsnormen, niet zijnde veiligheidsnormen hetzelfde als bij schending van veiligheidsnormen. Op grond van het feit dat in het onderhavige geval sprake is van wanprestatie en in het vorengeschetste geval sprake is van een onrechtmatige daad kan worden geconcludeerd dat het vaststellen van het condicio sine qua non-verband tussen de gedraging en de schade bij wanprestatie en onrechtmatige daad hetzelfde is.

De HR acht op grond van de rechtsoverwegingen 3.7 t/m 3.10 de kosten voor verzorging en opvoeding in beginsel wel toewijsbaar. Met toepassing van de regels van het recht op schadevergoeding komt de HR tot de conclusie dat de aansprakelijkheid van de arts past in het stelsel van de wet en dat de wet zelf geen grondslag biedt om vergoeding van dergelijke schade in beginsel af te wijzen.

De HR overweegt tevens dat de schadevergoedingsmaatstaf als bedoeld in art. 6:98 BW voor wat betreft de hoogte van de kosten van verzorging en opvoeding de mogelijkheid niet uitsluit om kosten (die de gemiddelde kosten van verzorging en opvoeding van een kind te boven gaan) niet toe te rekenen aan de arts maar aan de ouders zelf.

In het onderhavige geval speelde dat niet, aangezien voor de begroting ervan aansluiting is gezocht bij de gegevens van het NIBUD. Bovendien geeft art. 6:109 BW de rechter de mogelijkheid de verplichting tot schadevergoeding te matigen voor zover de arts zijn aansprakelijkheid niet door een verzekering heeft gedekt.

Voorts heeft het hof beslist dat de inkomstenderving in verband met de keuze van de vrouw om het kind de eerste levensjaren zelf op te voeden voor rekening van de vrouw dient te komen. De HR overweegt dat het hof terzake blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting. De keuze om niet te werken kan in de gegeven omstandigheden als redelijk worden beschouwd. Bij de beoordeling van de redelijkheid van die keuze kunnen onder meer de specifieke gezinsomstandigheden (de bijzondere omstandigheden van het concrete geval) een rol spelen, zoals het aantal en leeftijd van de andere kinderen, een chronisch zieke echtgenoot die niet voor de kinderen kan zorgen, de financiële middelen van het gezin enz..

De door de vrouw gevorderde vergoeding voor immateriële schade wordt niet gehonoreerd. De HR en het hof erkennen dat bedoelde omstandigheden hebben kunnen leiden tot meer of minder psychisch onbehagen maar beslist niet tot geestelijk letsel dat grond geeft voor vergoeding van immateriële schade. De HR vernietigt het vonnis van het Hof te Leeuwarden en verwijst het geding naar het Hof te Arnhem ter verdere behandeling en beslissing.

Op grond van het onderhavige arrest concludeer ik dat de HR bij schending van een zorgvuldigheidsnorm, niet zijnde een veiligheidsnorm, per concreet geval, waarbij alle omstandigheden in acht worden genomen, genuanceerd op basis van redelijkheid en billijkheid oordeelt over de hoogte van de toe te rekenen schade. Bij schending van veiligheidsnormen wordt daarentegen in navolging van het Versluis-arrest eerder en zeer ruim toegerekend.

Met A-G mr. Vranken ben ik van mening dat de toewijsbaarheid van de gevorderde vermogensschade met betrekking tot de kosten van verzorging en opvoeding van het kind en de inkomstenderving van de moeder ruim is.¹⁰⁴

De arresten Baby Joost en Kelly

In de arresten Baby Joost en Kelly hebben de betrokken artsen wanprestatie gepleegd door een zorgvuldigheidsnorm, niet zijnde een veiligheidsnorm, te schenden. Deze arresten heb ik gekozen om ondermeer de ontwikkelingen ten aanzien van de rechtspositie en het recht op schadevergoeding van derden, die geen partij zijn bij de behandelingsovereenkomst, nader aan te geven. Bij de behandeling van het Kelly-arrest maak ik tevens een vergelijking met het arrest *Wrongful birth* om bij schending van zorgvuldigheidsnormen, niet zijnde veiligheidsnormen, zowel bij wanprestatie als onrechtmatige daad, de ontwikkelingen ten aanzien van het toekennen van vermogensschade te laten zien.

Tevens zal ik aan de hand van het Kelly-arrest nader aangeven welke invloed voorzienbaarheid van de schade heeft op de mate van toerekening van de schade.

Dit onderzoek zal meer inzicht geven in de omvang van de aansprakelijkheid als gevolg van het schenden van zorgvuldigheidsnormen in de medische sector, zowel bij wanprestatie als onrechtmatige daad.

3. Arrest Baby Joost

In dit arrest gaat het om een medische fout waardoor de fysieke en psychische ontwikkeling van Joost is blijven steken op dat van een baby. Joost is, toen hij enkele maanden oud was, aan een liesbreuk geopereerd. Als gevolg van ernstige fouten is een hersenbeschadiging opgetreden. Ten aanzien van de door de ouders voor zichzelf gevorderde materiële en immateriële schadevergoeding gaat het in cassatie om de vraag wie partij is bij de behandelingsovereenkomst

¹⁰⁴ Van Dunné 2004, p. 908

wanneer ouders een minderjarig kind door een arts laten behandelen. De grondslag van de vordering is dat jegens hen wanprestatie is gepleegd c.q. onrechtmatig is gehandeld.

De HR oordeelt dat het hof, dat de schadevergoedingvordering heeft afgewezen, terecht ervan is uitgegaan dat ingeval partijen zich bij het aangaan van de medische behandelingsovereenkomst niet expliciet erover hebben uitgesproken of de ouders voor zichzelf dan wel in hun hoedanigheid van wettelijke vertegenwoordigers van hun kind, dan wel in beide hoedanigheden tegelijk optraden, de wederpartij ervan mocht uitgaan dat de ouders de overeenkomst als wettelijke vertegenwoordigers van hun kind uitsluitend in de naam van het kind sloten. Geen onjuiste rechtsopvatting geeft hof 's oordeel dat onvoldoende is gesteld om de conclusie te rechtvaardigen dat de ouders mede voor zich zelf contracteerden.

Het eigen belang van de ouders bij een correcte nakoming van de behandelingsovereenkomst is niet voldoende om de ouders partij bij de overeenkomst te maken.

In dit verband merk ik volledigheidshalve op dat ook al waren de ouders partij bij de behandelingsovereenkomst geweest ze op basis van wanprestatie geen immateriële schade hadden kunnen eisen omdat art. 6:106 BW en art. 6:107 BW dit, met uitzondering van verplaatste schade, uitsluiten. De wetgever heeft toekenning van immateriële schade aan anderen dan de gewonde in beginsel uitgesloten.

Of het nu vermogensschade of immateriële schade betreft, er moet in ieder geval voldaan zijn aan het relativiteitsvereiste. Is hiervan geen sprake, zoals ten aanzien van de ouders van Joost, dan zal aansprakelijkstelling op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad elk causaal verband missen en niet kunnen worden gehonoreerd. Voor wat betreft de vordering van immateriële schade biedt in het onderhavige geval art. 6:106 lid 1, aanhef en onder b, BW 'aantasting in de persoon' mogelijk uitkomst. Tot de aantastingen in de persoon behoren onder meer inbreuken op de persoonlijke levenssfeer. De erkenning in de rechtspraak dat een inbreuk op het door art. 8 EVRM beschermde recht op privacy een aantasting in de persoon kan opleveren heeft de ouders aanleiding gegeven de vraag aan de orde te stellen of een inbreuk op het eveneens door art. 8 EVRM beschermde recht op eerbiediging van het gezinsleven dan niet evenzeer beschouwd kan worden als een aantasting in de persoon van de ouders. Dit betekende dus een vordering van de ouders wegens onrechtmatige daad jegens de ouders door aantasting van art. 8 EVRM. Onderzocht moest worden (a) of de fout van de artsen en het ziekenhuis een inbreuk is op het recht op eerbiediging van het gezinsleven van de ouders en zo ja, (b) of deze inbreuk een aantasting in de persoon van de ouders oplevert. Volgens het hof strekt het recht op eerbiediging van het gezinsleven van de ouders niet ter bescherming van het door de ouders gestelde en volgens hen geschonden belang te weten de integriteit van het gezinsleven. De ouders kunnen volgens de HR

ook na deze fouten hun zoon opvoeden en persoonlijke betrekkingen onderhouden. Door vraag a ontkennend te beantwoorden komt men niet meer toe aan vraag b.

Ondanks het feit dat de ouders als derden zeer nauw bij de behandelingsovereenkomst betrokken waren bood de wet op grond van de artikelen 6:74 BW, 6:162 BW, 6:106 BW, 6:107 BW en 8 EVRM geen mogelijkheid om aan de vordering tot schadevergoeding van de ouders tegemoet te komen. De vordering van de ouders tot materiële en immateriële schadevergoeding werd door de HR afgewezen. De door Joost op grond van wanprestatie geleden schade is tegen finale kwijting afgekocht.

4. Kelly-arrest

Naar aanleiding van de arresten *Wrongful birth* en *Baby Joost* werd uitgekeken naar de uitspraak van de HR ten aanzien van deze zaak.

Voor wat betreft de causaliteitsproblematiek zijn met name de rechtsoverwegingen 4.1 t/m 4.10 ten aanzien van de ouders en 4.11 t/m 4.18 ten aanzien van Kelly relevant.

De HR stemt in rechtsoverweging 4.1 in met het oordeel van het hof dat de verloskundige een beroepsfout heeft gemaakt en dus met betrekking tot de moeder in het kader van de behandelingsovereenkomst aansprakelijk is op basis van wanprestatie. In rechtsoverweging 4.2 oordeelt de HR dat de beroepsfout van de verloskundige tegenover de moeder tevens strijdig is met hetgeen de verloskundige volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer jegens de vader betaamde, en mitsdien onrechtmatig jegens deze (art. 6:162 lid 2 BW). De HR oordeelt in rechtsoverweging 4.4 ten aanzien van de ouders dat de nalatigheid van de verloskundige bestaat uit het niet verrichten van een in de gegeven omstandigheden noodzakelijke prenatale diagnostiek. Nader onderzoek zou de chromosomale afwijking van de vrucht hebben aangetoond, naar aanleiding waarvan de moeder in overleg met de vader tot afbreking van de zwangerschap zou hebben besloten. Voor wat betreft het vaststellen van de aansprakelijkheid staat de door de verloskundige gemaakte fout daarmee in het door de artikelen 6:74 BW (met betrekking tot de vordering van de moeder) en 6:162 BW (met betrekking tot de vordering van de vader) vereiste *condicio sine qua non*-verband tot de schade die de ouders lijden door de geboorte van hun gehandicapte kind.

Voorts blijkt uit rechtsoverweging 4.13 dat de aansprakelijkstellingsgrondslag van Kelly hetzelfde is als van de vader. In rechtsoverweging 4.13 oordelen het hof en de HR dat als de behandelaar in de nakoming van zijn verplichting in casu zijn zorgplicht jegens de vrouw tekortschiet hij tevens in strijd handelt met hetgeen jegens de ongeboorene volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 lid 2 BW).

In dit verband merk ik ten aanzien van de aansprakelijkstelling van de verloskundige in relatie tot de ouders en Kelly nog het navolgende op:

Conform het gestelde in rechtsoverweging 4.1 is het handelen van de verloskundige beoordeeld naar de maatstaf van een redelijk bekwaam en redelijk handelend verloskundige ten tijde van dat handelen. Deskundigen hebben vastgesteld dat in de omstandigheden van het geval op grond van voornoemde maatstaf een vruchtwateronderzoek van de verloskundige had mogen worden verlangd. De maatstaf heeft dus geen betrekking op de persoonlijke kenmerken van de verloskundige, welke in het kader van 'schuld' (art. 6:162 lid 3 BW) aan de orde komen.

Met betrekking tot de relativiteitsvraag oordeelden het hof en de HR in de rechtsoverwegingen 4.4 en 4.13 dat de norm van een zorgvuldig genetisch onderzoek strekte tot bescherming van de schade zoals Kelly die heeft geleden (het vereiste *condicio sine qua non*-verband wordt aanwezig geacht). Deze schade schulde in het gehandicapte 'zijn' van Kelly. Bij een zorgvuldig onderzoek hadden de ouders tot abortus kunnen besluiten hetgeen bij een zwaar gehandicapt kind maatschappelijk wordt geaccepteerd. De door de ouders en Kelly geleden 'schade' was dan voorkomen. Dit impliceert mijns inziens dat het hof en de HR bij het toerekenen van de onrechtmatige daad jegens de vader en Kelly aan de verloskundige, door de erkenning van het belang van Kelly om niet geboren te worden, grote waarde hechtten aan de maatschappelijke opvatting ten aanzien van abortus bij een zwaar gehandicapt kind.

Voor wat betreft de toerekening van de schade op basis van art. 6:98 BW overweegt de HR het volgende:

'De omstandigheid dat de door de verloskundige gemaakte beroepsfout de schade van de ouders niet direct maar indirect heeft veroorzaakt, omdat tot die geboorte mede hebben bijgedragen het uitblijven van nader onderzoek en het uitblijven van de beslissing tot afbreken van de zwangerschap, staat niet in de weg aan de toerekening van de schade in de zin van art. 6:98 BW aan het LUMC en de verloskundige. De toerekening wordt gerechtvaardigd door de aard van de onderhavige aansprakelijkheid, die immers is gebaseerd op schending van een zorgvuldigheidsnorm welke mede strekt ter voorkoming van schade als de onderhavige en de aard van de schade, dat wil zeggen schade voortvloeiend uit de geboorte van een ernstig gehandicapt kind dat niet geboren zou zijn als de fout niet zou zijn gemaakt. Bedoelde zorgvuldigheidsnorm beoogde juist deze schade te voorkomen.'

Ten aanzien van de toerekening van de schade van de ouders en Kelly op basis van art. 6:98 BW oordeelde het hof, hetgeen door de HR werd bevestigd, dat deze daarom gerechtvaardigd is omdat deze valt aan te merken als een alleszins *voorzienbaar* gevolg van de beroepsfout. Indien een

genetisch onderzoek had plaatsgevonden had op tijd abortus plaats kunnen vinden en had de schade door de geboorte van een gehandicapt kind voorkomen kunnen worden.

Het vorenstaande bevestigt mijn visie op grond van de onderzochte rechtsliteratuur en rechtspraak dat bij schending van zorgvuldigheidsnormen, niet zijnde veiligheidsnormen, voorzienbaarheid van de schade mede bepalend is voor de mate van toerekening van de schade op grond van art. 6:98 BW, waarbij alle omstandigheden van het geval worden beoordeeld.

De HR en het hof oordelen in rechtsoverweging 4.6 en in rechtsoverweging 4.18 dat de door de ouders respectievelijk Kelly gevorderde materiële schade in beginsel voor vergoeding in aanmerking komt.

Uit het vorenstaande concludeer ik dat in de onderhavige zaak de mate van toerekening van de materiële schade niet wordt beïnvloed door de keuze van de aansprakelijkstellingsgrondslag. De omvang van de schadevergoeding is ten aanzien van de vordering van de moeder op grond van wanprestatie en de vader en Kelly op grond van onrechtmatige daad hetzelfde.

Met betrekking tot de vordering van de ouders ten aanzien van de kosten van opvoeding en verzorging van Kelly oordelen het hof en de HR in rechtsoverweging 4.6 dat de fout van de verloskundige heeft geleid tot de geboorte van Kelly en daarmee het recht van de ouders hun leven naar eigen inzicht in te richten is doorkruist. De ouders moeten zoveel mogelijk, in de vorm van schadevergoeding, in de positie worden gebracht waarin zij zonder de fout zouden zijn geweest, dus in de positie waarin zij geen kosten voor opvoeding en verzorging van Kelly hadden hoeven maken.

Dit uitgangspunt is vergelijkbaar met het arrest *Wrongful birth*. In dit arrest hadden de ouders zeer uitdrukkelijk het besluit genomen niet meer kinderen te willen en heeft de moeder zich derhalve tot de arts gewend voor een spiraaltje. Deze heeft zich jegens haar verbonden voor het (opnieuw) plaatsen van een spiraaltje zorg te dragen voor het voorkomen van zwangerschap. De afwezigheid van het spiraaltje en de hernieuwde zwangerschap was een doorkruising van de gezinsplanning. De HR overwoog ook in dit geval dat alle daaraan verbonden kosten terzake van verzorging en opvoeding tot haar 18^e jaar als vermogensschade diende te worden beschouwd. De HR maakte ter motivering van zijn oordeel in rechtsoverweging 4.6 van het onderhavige arrest de navolgende vergelijking:

‘Ouders die omdat zij hun gezin compleet achten, een behandelingsovereenkomst met een arts hebben gesloten ter voorkoming van verdere zwangerschappen, hebben in beginsel recht op vergoeding van de volledige kosten voor verzorging en opvoeding van een kind dat door een fout van een arts, niettemin wordt geboren. Er is onvoldoende aanleiding de ouders die hun kind voor

een ernstig gehandicapt leven hadden willen behoeden, welke bedoeling niet is verwezenlijkt door een fout van, in dit geval, de door de moeder ingeschakelde verloskundige, anders te behandelen dan de ouders in het zojuist bedoelde geval.’

Er is in beide gevallen sprake van een (zeer) ruime toerekening van de kosten voor opvoeding en verzorging. Aangezien de rechter op grond van art. 6:97 BW de schade begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is, kan aldus worden verklaard dat de schadevergoeding bij een zwaar gehandicapt kind (alle kosten van verzorging en opvoeding, ook na het 21^e jaar) ruimer is dan bij de geboorte van een gezond kind als bij het arrest *Wrongful birth* (tot het 18^e jaar). Dit neemt niet weg dat ten aanzien van *Kelly* de hoogte van de schadevergoeding niet uitsluitend mag worden vastgesteld aan de hand van de aard en de ernst van de handicaps. De rechter moet alle terzake dienende omstandigheden op het moment van zijn beoordeling meewegen.

Voor wat betreft de vordering van immateriële schade van de vader als nauw betrokken derde bij de behandelingsovereenkomst merk ik het volgende op.

Het hof wijst de vordering van de vader tot vergoeding van immateriële schade (art. 6:106 BW) af. Het hof kwalificeert de schade van de vader als affectieschade (zelf leiden om wat een ander te dragen heeft). Volgens het hof komt deze schade niet op basis van art. 6:106 BW voor vergoeding in aanmerking. De HR denkt daar anders over. De HR overweegt in rechtsoverweging 4.9: ‘Voor de vordering van de vergoeding van zijn immateriële schade geldt in wezen hetzelfde, voor zover deze erop berust dat hem de mogelijkheid is ontnomen samen met de moeder te kiezen voor het voorkomen van de geboorte van een ernstig gehandicapt kind. Ook wat hem betreft moet een zo ingrijpende aantasting, als in dit geding aan de orde, van een zo fundamenteel recht 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.’

Het accent ligt hier dus voor de vader en de moeder op inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht in casu inbreuk op een fundamenteel persoonlijkheidsrecht, zonder dat nodig is dat geestelijk letsel is vastgesteld.

Met het vorenstaande wordt bevestigd dat bij schending van zorgvuldigheidsnormen, niet zijnde veiligheidsnormen, een ontwikkeling is vast te stellen die een steeds ruimere toerekening van de schade in de medische en psychiatrische sector mogelijk maakt.

5.4 Conclusie

Op grond van de rechtsliteratuur en rechtspraak, met verwijzing naar onder meer de arresten Ziekenhuis De Heel, Trombose, Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum en Wrongful birth, kan worden geconcludeerd dat bij schending van veiligheidsnormen en zorgvuldigheidsnormen, niet zijnde veiligheidsnormen, het vaststellen van aansprakelijkheid zowel bij wanprestatie (art. 6:74 BW) als onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) hetzelfde is. In alle gevallen geldt dat indien door een gedraging of gebeurtenis een risico of gevaar ontstaat en dit risico of gevaar zich vervolgens verwezenlijkt, in beginsel het *condicio sine qua non*-verband is gegeven.

Voor wat betreft de toerekening van aansprakelijkheid (art. 6:98 BW) zijn er tussen de schending van veiligheidsnormen en zorgvuldigheidsnormen, niet zijnde veiligheidsnormen, nuanceverschillen.

Voorts wijst nader onderzoek van de rechtsliteratuur en rechtspraak uit dat in de medische en psychiatrische sector in het kader van de leer van de toerekening naar redelijkheid het toerekeningsbeginsel 'voorzienbaarheid' bij aantasting van geschreven en ongeschreven veiligheidsnormen, zowel bij wanprestatie als onrechtmatige daad, gering van invloed is. Bij schending van veiligheidsnormen komt ook schade die buiten de normale lijn van de verwachtingen ligt voor vergoeding in aanmerking.

Bij schending van zorgvuldigheidsnormen, niet zijnde veiligheidsnormen, is voorzienbaarheid van de schade één van de factoren die de mate van toerekening van de schade bepalen (Kelly-arrest). Daarbij geldt niet het criterium dat ook schade buiten de normale lijn van de verwachtingen voor vergoeding in aanmerking komt. Op grond van de arresten Wrongful birth en Kelly blijkt dat ook bij schending van zorgvuldigheidsnormen, niet zijnde veiligheidsnormen, een steeds ruimere schadevergoeding mogelijk is. In dit verband kan op grond van het Kelly-arrest worden vastgesteld dat bij schending van zorgvuldigheidsnormen, niet zijnde veiligheidsnormen, met letselschade (in het Kelly-arrest ging het om een ernstig gehandicapt kind) in beginsel zeer ruim wordt toegerekend, waarbij de hoogte van de schadevergoeding niet alleen wordt bepaald door de aard en de ernst van de handicaps. De rechter dient alle terzake dienende omstandigheden op het moment van zijn beoordeling mee te wegen. Dit kan tot een matiging van de schadevergoeding leiden hetgeen bij schending van veiligheidsnormen in beginsel niet aan de orde is.

Voor wat betreft de toerekening van immateriële schade kan worden vastgesteld dat er mede naar aanleiding van de arresten Baby Joost en Kelly toekenning van immateriële schade aan nauw aan de benadeelde betrokken 'derden' op grond van art. 6:106 BW mogelijk is geworden, waarbij het

accent ligt op 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.

Mogelijke exoneratiebedingen worden op grond van art. 7:463 BW van de behandelingsovereenkomst uitgesloten en kunnen derhalve bij wanprestatie niet van invloed zijn op de schadeafwikkeling op grond van afdeling 6.1.10 BW. Dit kan uiteraard wel het geval kan zijn in andere sectoren waar een dergelijke wettelijke beperking niet geldt, waardoor er bij samenloop verschil in de omvang van de schadevergoeding kan ontstaan bij aansprakelijkstelling op basis van wanprestatie en onrechtmatige daad.

Op grond van de rechtsoverwegingen 4.2 jo. 4.4 en 4.13 van het Kelly-arrest stel ik ten aanzien van de vorderingen van de moeder (wanprestatie), de vader en Kelly (onrechtmatige daad) vast dat de toerekening van de door de ouders en Kelly geleden materiële schade, zowel bij wanprestatie als onrechtmatige daad, niet van elkaar afwijkt. Er wordt bij beide aansprakelijkheidsgrondslagen ten aanzien van de omvang van de materiële schadevergoeding geen verschil gemaakt. Dit rechtvaardigt mijns inziens de conclusie dat indien er ten aanzien van de moeder, de vader en Kelly sprake zou zijn geweest van een contractuele samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad de aansprakelijkheidsgrondslag in het onderhavige geval geen invloed zou hebben gehad op de omvang van de schadevergoeding. Uitwisseling van beide aansprakelijkheidsgrondslagen zou alsdan niet tot verschil in de omvang van de schadevergoeding hebben geleid.

Voorts concludeer ik op grond van de rechtsoverwegingen 4.1 t/m 4.4 en 4.13 dat het onrechtmatig handelen van de verloskundige jegens de vader en Kelly is toegerekend op grond van de verkeersopvatting (art. 6:162 lid 3 BW), waarbij de HR grote waarde hechtte aan de maatschappelijke opvatting ten aanzien van abortus.

Of bij contractuele samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad de aansprakelijkheidsgrondslag bij zorgvuldigheidnormen, niet zijnde veiligheidsnormen, van invloed is op de omvang van de schadevergoeding dient naar de omstandigheden van het geval te worden beoordeeld waarbij in beginsel, conform het Kelly-arrest, het handelen van de laedens wordt beoordeeld op het moment van de wanprestatie en onrechtmatige daad. Dit neemt niet weg dat de rechter bij de beoordeling van de schadevergoeding ook rekening kan houden met de mate van voorzienbaarheid van de schade op het moment van het sluiten van de behandelingsovereenkomst, hetgeen tot verschil bij wanprestatie en onrechtmatige daad kan leiden. Dit zal uiteraard ook het geval kunnen zijn op grond van de interpretatie van de open normen van afdeling 6.1.10 BW door de rechter.

Bij schending van veiligheidsnormen zal de uitwisseling van de aansprakelijkheidsgrondslag in beginsel niet tot verschillen in de omvang van de schadevergoeding leiden.

Hoofdstuk 6

Conclusie

De probleemstelling van deze scriptie luidt:

‘Maakt het bij samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad enig verschil op welke grondslag de aansprakelijkstelling geschiedt in de medische en psychiatrische sector?’

Uit het gepleegde literatuur- en rechtspraakonderzoek kan de voorlopige conclusie worden getrokken dat op deze probleemstelling geen eenduidig antwoord mogelijk is.

Samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad kan betrekking hebben op een contractuele en een buitencontractuele relatie. In de buitencontractuele relatie kan alleen sprake zijn van aansprakelijkstelling door een derde op basis van onrechtmatige daad. Er is dus geen uitwisseling van aansprakelijkstelling op basis van wanprestatie en onrechtmatige daad mogelijk.

Voor wat betreft de contractuele samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad kan met het oog op de probleemstelling het navolgende worden geconcludeerd met betrekking tot:

6.1. Rechtsliteratuur

In de rechtsliteratuur wordt ten aanzien van het vaststellen van de aansprakelijkheid (de bewijslast van het *condicio sine qua non*-verband), behoudens bij een resultaatsverbintenis, geen verschil gemaakt tussen wanprestatie en onrechtmatige daad. Meestal is sprake van een inspanningsverbintenis en geldt in beginsel de hoofdregel van art. 150 Rv (wie stelt moet bewijzen). Vragen over de bewijslastverdeling zullen zich slechts voordoen als de toedracht van het medisch handelen nog niet vaststaat.

In de rechtsliteratuur wordt ten aanzien van de toerekening van aansprakelijkheid met name aan de aard van de aansprakelijkheid (bijvoorbeeld wanprestatie of onrechtmatige daad, veiligheidsnormen of zorgvuldigheidsnormen niet zijnde veiligheidsnormen) verschillende betekenis toegekend, waarbij de aard en kwalificatie (specifiek of algemeen geformuleerd) van de geschonden norm een grote rol spelen. Over de aard van de schade is minder discussie. De auteurs zijn het erover eens dat letselschade in beginsel ruimer moet worden toegerekend dan zaakschade en zaakschade ruimer dan gederfde winst. Veel aanhangers van de leer van de toerekening naar redelijkheid, zijn van oordeel dat de voorzienbaarheid van de schade één van de factoren is waarmee rekening moet worden gehouden bij de beslissing of de schade naar redelijkheid als gevolg van de aansprakelijkheid scheppende omstandigheid kan worden toegerekend. Als voorzienbaarheid bij de toerekening van de schade wordt betrokken, zal bij de beslissing of de

schade het redelijkerwijze te verwachten gevolg is van de wanprestatie of onrechtmatige daad, rekening gehouden moeten worden met de kennis en de ervaring die de aansprakelijk gestelde persoon ten tijde van het plegen van de wanprestatie of de onrechtmatige daad bezat of, naar de maatstaf van een gemiddeld ontwikkeld mens onder vergelijkbare omstandigheden, had behoren te bezitten. In de medische en psychiatrische sector is dat de professionele standaard genoemd in art. 7:453 BW van de behandelingsovereenkomst.

Dit betekent dat de rechter ten aanzien van de voorzienbaarheid van de schade bij een zeer ervaren arts rekening behoort te houden met de extra kennis en ervaring boven de professionele standaard op grond van art. 7:453 BW, zijnde de kennis en ervaring van een gemiddeld bekwaam handelend arts. Bij een onervaren arts dient te worden uitgegaan van bedoelde standaard. Het vorenstaande betekent overigens dat in de leer van de toerekening naar redelijkheid het moment van de wanprestatie en/of onrechtmatige daad beslissend is.

Anderen zijn van oordeel dat voorzienbaarheid van de schade in het kader van deze leer nauwelijks een rol speelt als het gaat om de schending van verkeers- en veiligheidsnormen.

6.2. Rechtspraak

Uit de rechtspraak komt met betrekking tot het vaststellen van de aansprakelijkheid naar voren dat de HR het onderscheid tussen inspannings- en resultaatsverbintenis steeds meer is gaan nuanceren gebaseerd op de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid. In beginsel geldt de hoofdregel van art. 150 Rv. Met name het Versluis-arrest stond in de medische en psychiatrische sector model voor de ontwikkeling dat bij schending van veiligheidsnormen al snel aansprakelijkheid wordt aangenomen en causaal verband in de zin van de artikelen 6:74 BW en 6:162 BW in beginsel is gegeven indien door een tekortkoming of een onrechtmatige gedraging het risico van het ontstaan van schade in het leven is geroepen dat zich vervolgens verwezenlijkt, tenzij de aangesprokene aannemelijk maakt dat de schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.

Voor het eerst in het arrest Dicky Trading II heeft de HR geoordeeld dat deze visie van toepassing kan zijn op het gehele terrein van aansprakelijkheid uit wanprestatie en onrechtmatige daad. Deze uitzondering op de hoofdregel ook wel genoemd de ‘omkeringsregel’ is op grond van recente rechtspraak van toepassing indien het gaat om het schenden van een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek risico of gevaar. De eiser moet bij betwisting aannemelijk maken dat het specifieke risico of gevaar zich heeft verwezenlijkt. De tweede uitzondering op de hoofdregel is dat de rechter op basis van redelijkheid en billijkheid de bewijslast tussen de eiser en gedaagde kan verdelen.

In hoeverre de factor voorzienbaarheid in de medische en psychiatrische sector een rol speelt bij de toerekening van de aansprakelijkheid in de zin van art. 6:98 BW, hangt vooral af van de aard van de door de veroorzaker geschonden norm. Uit de onderzochte rechtspraak blijkt dat indien sprake is van schending van een veiligheidsnorm met letselschade in beginsel alle schade, ook die buiten de normale lijn der verwachtingen ligt, door de veroorzaker moet worden vergoed en de factor voorzienbaarheid slechts een geringe rol van betekenis speelt. In dit verband verwijs ik ondermeer naar het in hoofdstuk 5 behandelde Trombose-arrest en het arrest Ziekenhuis De Heel.

In de conclusie van het arrest Ziekenhuis De Heel onderschrijft A-G mr. Hartkamp onder punt 9 mijn bevindingen op grond van de onderzochte rechtspraak, dat ingeval van overtreding van een veiligheidsnorm in het kader van art. 6:98 BW een ruimere toerekening plaatsvindt van de schade dan bij overtreding van andere normen. Op grond van de rechtspraak is een ruime toerekening ook op haar plaats indien het om letselschade gaat. In dergelijke gevallen wordt ook letsel dat buiten de normale lijn der verwachtingen ligt in beginsel aan de overtreder van een veiligheidsnorm toegerekend. De aard van de veiligheidsnorm en de aard van de schade bepalen dus de mate van toerekening. Dit geldt zowel bij vorderingen op grond van onrechtmatige daad als op grond van wanprestatie in het kader van de behandelingsovereenkomst.

Uit het Kelly-arrest blijkt dat voorzienbaarheid bij schending van zorgvuldigheidsnormen, niet zijnde veiligheidsnormen, één van de factoren is die de mate van toerekening van de schade bepalen. Tevens kan op grond van dit arrest worden geconcludeerd dat uitwisseling van wanprestatie en onrechtmatige daad in deze zaak geen invloed zou hebben gehad op de omvang van de schadevergoeding indien ten aanzien van de moeder, de vader en Kelly sprake zou zijn geweest van een contractuele samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad.

Voorts is aan de hand van de arresten *Wrongful birth* en *Kelly* bij schending van een zorgvuldigheidsnorm, niet zijnde een veiligheidsnorm, een ontwikkeling vast te stellen die leidt tot een steeds ruimere toerekening van de schade op grond van art. 6:98 BW. De HR hanteert daarbij het uitgangpunt dat de slachtoffers economisch in dezelfde situatie moeten worden gebracht als voor de schending van de zorgvuldigheidsnorm. Dit geldt zowel bij wanprestatie als onrechtmatige daad. Of bij contractuele samenloop uitwisseling mogelijk is zonder dat dit van invloed is op de omvang van de schadevergoeding hangt af van de omstandigheden van het concrete geval.

In het arrest *Wrongful birth* was er nog geen ruimte voor vergoeding van immateriële schade, terwijl deze vervolgens in het *Kelly*-arrest wel is toegewezen. Het *Kelly*-arrest laat duidelijk zien dat de reikwijdte van de zorgvuldigheidsnorm (zorgplicht) en aansprakelijkheid niet beperkt blijft

tot de contractuele relatie in casu de behandelingsovereenkomst maar zich ook uitstrekt tot de nauw betrokken derden te weten de vader en Kelly. Dit betekent dat met name in gezinsverband de schadevergoeding zich niet alleen hoeft te beperken tot een vordering op basis van wanprestatie door de benadeelde partij, maar een vordering van de nauw betrokken derden op basis van onrechtmatige daad jegens de laedens tevens mogelijk is. Dit bevestigt dat in de rechtspraak ten aanzien van schending van zorgvuldigheidsnormen, niet zijnde veiligheidsnormen, een ontwikkeling is vast te stellen, die een steeds ruimere toerekening van de schade in de medische en psychiatrische sector mogelijk maakt.

Op grond van het vorengeschetste kan worden vastgesteld dat:

- indien de overtreden norm een veiligheidsnorm betreft en de aard van de schade betrekking heeft op letselschade ook schade die buiten de normale lijn der verwachtingen ligt in beginsel, zowel bij wanprestatie als onrechtmatige daad, aan de gedaagde kan worden toegerekend. Dit betekent dat voorzienbaarheid bij schending van veiligheidsnormen een geringe rol speelt. Bij samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad is uitwisseling van beide rechtsvorderingen mogelijk is, waarbij de omvang van de schadevergoeding in beginsel gelijk blijft.
- indien sprake is van een zorgvuldigheidsnorm, niet zijnde een veiligheidsnorm, toerekening van schade buiten de normale lijn der verwachtingen in beginsel niet van toepassing is. De factor voorzienbaarheid is alsdan één van de factoren die de mate van toerekening op grond van art. 6:98 BW bepalen. De mate van voorzienbaarheid van de schade kan leiden tot een lagere vergoeding dan bij schending van een veiligheidsnorm het geval zou zijn. Mede naar aanleiding van de arresten *Wrongful birth* en *Kelly* is er wel een ontwikkeling in de rechtspraak vast te stellen die bij schending van zorgvuldigheidsnormen, niet zijnde veiligheidsnormen, een steeds ruimere toekenning van de schade mogelijk maakt. Dit geldt bij wanprestatie en onrechtmatige daad.

Gelet op het feit dat afdeling 6.1.10 BW de schadevergoeding op grond van wanprestatie en onrechtmatige daad uniform regelt, in de onderzochte jurisprudentie het beoordelingstijdstip van de voorzienbaarheid van de schade het moment is waarop de wanprestatie en onrechtmatige daad plaatsvindt en art. 7:463 BW exoneratiebedingen uitsluit, zal bij samenloop het verschil in omvang van de schadevergoeding bij aansprakelijkstelling op grond van wanprestatie of onrechtmatige daad marginaal zijn. Deze conclusie wordt ondersteund door de uitkomst van het *Kelly*-arrest.

Indien in het Kelly-arrest sprake zou zijn geweest van contractuele samenloop ten aanzien van de ouders en Kelly zou er zowel bij wanprestatie als bij onrechtmatige daad geen verschil in de omvang van de materiële schadevergoeding zijn geweest.

In hoeverre de uitwisseling van beide rechtsvorderingen bij schending van zorgvuldigheidsnormen bezwaarlijk kan zijn zal ik onder punt 3 nader toelichten.

6.3. Eigen visie

Mijns inziens is de kans zeer groot dat bij een contractuele samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad de aansprakelijkstelling op basis van *wanprestatie* tot bewijslastproblemen zal leiden. Mijn visie wordt ondermeer ingegeven door het feit dat art. 7:453 BW van de behandelingsovereenkomst slechts een algemene zorgvuldigheidsnorm bevat en alsdan de omkeringsregel niet van toepassing is.

Art. 7:453 BW bepaalt dat de hulpverlener bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht neemt en daarbij handelt in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiend uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard.

Ik acht de kans groot dat op grond van deze algemeen geformuleerde zorgvuldigheidsnorm de gedaagde arts zal betwisten dat er causaal verband is tussen de beroepsfout en de geleden schaden. Dit is uiteraard ook het geval indien de patiënt/geleedeerde uit bewijslastoverwegingen een specifieke norm formuleert die volgens hem verband houdt met de geleden schade, vooral wanneer bij letselschade onduidelijkheid bestaat omtrent de toedracht van de schade. De gedaagde arts zal alsdan betwisten dat deze specifieke norm strekt tot bescherming van de schade die door de patiënt is geleden. Ik ben van mening dat in gevallen waarin in het kader van de behandelingsovereenkomst het causaal verband tussen de gedraging en de schade door de wederpartij ernstig wordt betwist en er tevens sprake is van een niet verwijtbaar onrechtmatig handelen van de gedaagde, het verstandiger kan zijn om uit bewijslastoverwegingen de aansprakelijkstelling te baseren op *onrechtmatige daad*.

Door te stellen dat de gedraging strijdig is met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer jegens de eiser betaamde (art. 6:162 lid 2 BW) en daarmee onrechtmatig en de toerekening van zijn onrechtmatig handelen te baseren op de verkeersopvattingen (art. 6:162 lid 3 BW) kan het in veel gevallen, waarin sprake is van een dergelijke opvatting, deze aansprakelijkheidsgrondslag eerder tot succes leiden, vooral wanneer de gedraging van de arts (dader) risicovol was en er hoge zorgplichteisen aan de arts mochten worden gesteld. Een weinig

risicovolle alledaagse handeling zal minder snel krachtens de verkeersopvattingen zijn toe te rekenen.

Uit de onderzochte rechtsliteratuur en rechtspraak, waaronder het Kelly-arrest, blijkt dat bij de toerekening krachtens de verkeersopvattingen de hoedanigheid en de gedraging van de gedaagde een belangrijke rol spelen, vooral wanneer de gedraging valt onder de professie van de aangesprokene, zoals bij notarissen en artsen. Tevens blijkt uit de rechtspraak dat de HR grote waarde hecht aan de maatschappelijke opvatting dat de geschonden norm de gelaedeerde had behoren te beschermen tegen de schade die is geleden. Ik denk daarbij onder meer aan het niet informeren van de patiënt bij een mislukte sterilisatie, terwijl de arts een informatieplicht heeft. In geval van een dergelijke beroepsfout of een fout bij een eenvoudige operatie zal op grond van de maatschappelijke opvatting bij een ervaren arts eerder sprake zijn van een onrechtmatig handelen respectievelijk een onrechtmatige daad dan bij een minder ervaren arts en de kans op toerekening op grond van de maatschappelijke opvatting groter zijn.

Aangezien de beoordeling van het handelen van de arts geschiedt naar de maatstaf van een redelijk bekwaam en redelijk handelend arts (art. 7:453 BW) en de ervaring en kennis van een ervaren arts boven die van deze professionele standaard zal leiden tot een grotere *voorzienbaarheid* van de schade, mag in beginsel worden aangenomen dat bij een ervaren arts de toerekening van de schade op grond van art. 6:98 BW ruimer zal zijn dan bij een onervaren of minder ervaren arts. De maatstaf heeft dus geen betrekking op de persoonlijke kenmerken van de arts, welke in het kader van “schuld” aan de orde komen.

Gelet op het vorenstaande kan, indien naast schending van de in art. 7:453 BW geformuleerde algemene zorgvuldigheidsnorm tevens sprake is van niet verwijtbaar onrechtmatig handelen, aansprakelijkstelling op basis van onrechtmatige daad de voorkeur verdienen.

Ter ondersteuning van mijn visie verwijs ik naar de causaliteitsproblematiek van het Kelly-arrest in hoofdstuk 5.

In dit arrest oordeelden het hof en de HR dat de behandelaar (verloskundige) op grond van art. 7:453 BW de zorgplicht had de in de gegeven omstandigheden vereiste prenatale diagnostiek te doen. Indien de behandelaar in de nakoming van bedoelde zorgplicht jegens de vrouw tekortschiet, handelt hij tevens in strijd met hetgeen hem jegens de vader en de ongeborene, in casu Kelly, volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamde en mitsdien onrechtmatig jegens hen. Het handelen van de verloskundige is door het hof en de HR beoordeeld

naar de maatstaf van een redelijk bekwaam en redelijk handelend verloskundige ten tijde van dat handelen. Op deze grond mocht een zorgvuldig onderzoek van de verloskundige worden verwacht. De aansprakelijkheid van de verloskundige krachtens onrechtmatige daad (art. 6:162 BW) is in de rechtsoverwegingen 4.4 en 4.13 ten aanzien van de vader respectievelijk Kelly vastgesteld.

Door te stellen dat bij een zorgvuldig onderzoek de ouders tot abortus hadden kunnen besluiten waardoor de door Kelly geleden ‘schade’ was voorkomen, hechtte de HR blijkbaar grote waarde aan de maatschappelijke opvatting ten aanzien van abortus bij een zwaar gehandicapt kind. Het onrechtmatig handelen wordt alsdan snel toegerekend.

Gelet op het vorenstaande kan worden gesteld dat indien bij een contractuele samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad sprake is van schending van een algemeen geformuleerde zorgvuldigheidsnorm en tevens sprake is van een niet verwijtbaar onrechtmatig handelen, aansprakelijkstelling op basis van onrechtmatige daad met toerekening op grond van de verkeersopvattingen (art. 6:162 lid 3 BW), de voorkeur kan verdienen.

6.4. Slotconclusie

Op grond van het in dit hoofdstuk gestelde kom ik ten aanzien van de probleemstelling tot de volgende slotconclusie.

Indien bij samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad in de medische en psychiatrische sector sprake is van:

1. Een buitencontractuele relatie, dan is aansprakelijkstelling alleen mogelijk op basis van onrechtmatige daad.
2. Een contractuele relatie, dan kunnen zich de volgende mogelijkheden voordoen:
 - indien sprake is van schending van veiligheidsnormen zal de aansprakelijkheidsgrondslag nauwelijks invloed hebben op de bewijslast van het condicio sine qua non-verband en de omvang van de schadevergoeding;
 - indien sprake is van schending van zorgvuldigheidsnormen, niet zijnde veiligheidsnormen, zal de uitwisseling van de aansprakelijkheidsgrondslag niet tot extra bewijslastproblemen leiden. Deze uitwisseling kan wel van invloed zijn op de omvang van de schadevergoeding. De meest adequate aansprakelijkheidsgrondslag zal alsdan per concreet geval, op grond van de bijzondere omstandigheden van het geval, dienen te worden beoordeeld;
 - indien sprake is van een algemeen geformuleerde zorgvuldigheidsnorm en tevens sprake is van een niet verwijtbaar onrechtmatig handelen kan, wegens mogelijke bewijslastproblemen, de aansprakelijkstelling op basis van onrechtmatige daad

(toerekening op grond van de verkeersopvatting, art. 6:162 lid 3 BW) de voorkeur verdienen.

Literatuurlijst

Boeken

Asser/Hartkamp 2004 (4-I)

A.S Hartkamp, Mr. C. Asser's, *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel I. De verbintenis in het algemeen*, Deventer: Kluwer 2004.

Asser/Hartkamp 2005 (4-II)

A.S Hartkamp, Mr. C. Asser's, *Handleiding tot de beoefening van het Nederland burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel II. Algemene leer der overeenkomsten*, Deventer: Kluwer 2005.

Asser/Hartkamp 2006 (4-III)

A.S Hartkamp, Mr. C. Asser's, *Handleiding tot de beoefening van het Nederland burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel III. De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2006.

Cahen 2004

J.L.P. Cahen, *Overeenkomst en derden*, Deventer: Kluwer 2004.

Van Dunné 2004

J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht. Deel 1. Contractenrecht*, Deventer: Kluwer 2004.

Van Dunné 2001

J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht. Deel 2. Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen*, Deventer: Kluwer 2001.

J.M. van Dunné, *Verbintenissenrecht, deel 2, Onrechtmatige daad. Overige verbintenissen*, Deventer: Kluwer 2004

Giesen 2000

I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid* (diss. Tilburg), Boom Juridische uitgevers 2000.

Hartlief 1997

T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer: Kluwer 1997.

Hartkamp 2005

A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht voor de rechtspraak*, Deventer: Kluwer 2005.

Hijma & Olthof 2005

J. Hijma & M.M. Olthof, *Compendium van het Nederlands vermogensrecht*, Deventer: Kluwer 2005.

Krans 1999

H.B. Krans, *Schadevergoeding bij wanprestatie* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1999

Van Manen & Stutterheim 1998

N.F. van Manen & R.H. Stutterheim, *Wie draagt de schade?*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1998.

Nieuwenhuis 1982

J.H. Nieuwenhuis, *Anders en Eender. Beschouwingen over samenloop van wanprestatie en onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 1982.

Du Perron 1999

C.E. du Perron, *Overeenkomst en derden* (diss. Amsterdam UvA), Deventer: Kluwer 1999.

Sieburgh 2000

C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), 2000.

Spier 1999

J. Spier, *Een nieuwe dageraad voor het aansprakelijkheidsrecht ?* (oratie Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999.

Spier e.a. 2006

J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en Schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2006.

Sterk 1994

C.H.W.M. Sterk, *Verhoogd gevaar in het aansprakelijkheidsrecht* (diss.Tilburg), Deventer: Kluwer 1994.

Verheij 2005

A.J. Verheij, *Onrechtmatige daad*, Deventer: Kluwer 2005.

Wijshoff-Vogelzang 1985

R.L.M. Wijshoff-Vogelzang, *Arts-Patiënt, Enige juridische aspecten van hun relatie*, Deventer: Kluwer 1985.

Tijdschriften

Hartlief 2005

T. Hartlief, 'Hollandse toestanden: de Hoge Raad over wrongful life', *NTBR* 2005-6, p. 238

Jurisprudentie

Hoge Raad

HR 3 mei 1946, NJ 1946, 323 (Atiba, Staat/Degens)

HR 5 november 1965, NJ 1966, 136 (Kelderluik)

HR 25 maart 1966, NJ 1966, 279 (Moffenkit)

HR 7 maart 1969, NJ 1969, 249 (Gegaste Uien)

HR 20 maart 1970, NJ 251 (Waterwingebied)

HR 2 februari 1973, NJ 315 (Jumbo-I)

HR 26 februari 1971, NJ 270 (Lijn 10)

HR 7 mei 1976, NJ 1977, 63 (Kraamzuster)

HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 (Wrongful birth)

HR 1 juli 1977, NJ 1978, 84 (Van Hees-Esbeek)

HR 12 januari 1979, NJ 1979, 362 (Securicor)

HR 2 november 1979, NJ 1980, 77 (Versluis)

HR 6 november 1981, NJ 1982, 567 (Bloedprik)

HR 8 januari 1982, NJ 614 (Dorpshuis Kamerik)

HR 25 maart 1983, NJ 1984, 629 (Steengasstellers)

HR 20 juni 1986, NJ 1987, 35 (Citronas)

HR 13 november 1987, NJ 1988, 210 (AGO/NCB)

HR 20 november 1987, NJ 1988, 500 (Heupoperatie)

HR 8 juli 1992, NJ 1992, 714 (Aidsbesmetting)

HR 1 oktober 1993, NJ 195, 182 (Jumbo-III)

HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 (Buikoperatie)

HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175 (Ziekenhuis De Heel)

HR 12 mei 1995, NJ 1996, 118 ('t Ruige Veld/Univé).

HR 26 januari 1996, NJ 1996, 607 (Dicky Trading II)

HR 21 januari 2000, NJ 2000, 553 (CPS/OPS)

HR 16 juni 2000, NJ 2000, 584 (Sint Willibrord Psychiatrisch Centrum)

HR 17 november 2000, NJ 2001, 215 (Druijff/Bouw)

HR 8 september 2000, NJ 2000, 734 (Baby Joost)

HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 (Trombose)

HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387(Zenuwbeschadiging aan de pols en Dwarslaesie)

HR 24 september 2004, RvdW 2004, 108 (Vleesmeesters/Alog)

HR 18 maart 2005, JOL 2005, 162 (Wrongful life) (RvdW 2005, 42)

Hof

Hof Amsterdam, 30 juni 1994, NJ 1995, 158 (De Luifel/Van der Linden)

Rechtbank

Rechtbank Maastricht, 22 november 1979, NJ 1980, 655 (Sterilisatie)