



Universiteit
Leiden
The Netherlands

EHRM 6 juni 2017, Erdinç Kurt e.a. t. Turkije, nr. 50772/11
Hendriks, A.C.

Citation

Hendriks, A. C. (2017). EHRM 6 juni 2017, Erdinç Kurt e.a. t. Turkije, nr. 50772/11. *European Human Rights Cases*, 18(8), 455-459. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/57856>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/57856>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

EHRC 2017/144

Aansprakelijkheid, Vaststellen medische fout, Deskundigenrapport, Schade moet onvoorzienbaar zijn, Recht op integriteit, Adequate rechtsgang

GEGEVENS

Instantie	Europees Hof voor de Rechten van de Mens
Datum uitspraak	06-06-2017
Publicatie	EHRC 2017/144 (Sdu European Human Rights Cases), aflevering 8, 2017
Annotator	prof. mr. A.C. Hendriks
ECLI	ECLI:CE:ECHR:2017:0606JUD005077211
Zaaknummer	50772/11
Rechtsgebied	
Rubriek	Uitspraken EHRM
Rechtshouders	Spano (President) Bianku Karakas Vucinic Griçco Kjölbro Ravarani
Partijen	Erdinç Kurt e.a. tegen Turkije
Regelgeving	EVRM - 8

SAMENVATTING

Klagers, vader, moeder en dochter Kurt, klagen naar aanleiding van twee hoogrisico-operaties die zijn uitgevoerd bij dochter Duru. Daarop was bij haar ernstige neurologische schade ontstaan. Duru, geboren in 2003, werd vanaf 2004 behandeld in het Sami Ulus kinderziekenhuis te Ankara vanwege hartproblemen. De artsen beslisten dat het nodig was Duru te opereren en de vader tekende daarvoor een toestemmingsverklaring. In de verklaring werd gewezen op de potentiële risico's van de ingreep. Na

de operatie besloten de behandelaars van het ziekenhuis dat een vervolgooperatie nodig was. De vader gaf opnieuw schriftelijk toestemming daarvoor.

In 2007 stelden de artsen van een ander kinderziekenhuis vast dat bij Duru sprake was van een ernstige en onbehandelbare psychomotorische stoornis. Zij schatten in dat Duru voor 92 procent gehandicapt was. Duru's ouders dienden daarop een klacht in tegen de behandelend chirurgen. Uit een intern onderzoeksrapport kwam naar voren dat bij Duru sprake was van een ernstige congenitale hartafwijking en dat de chirurgen bij de operatie niet onjuist hadden gehandeld. Duru's ouders werden in de daarop volgende gerechtelijke procedures steeds in het ongelijk gesteld. De rechterlijke instanties baseerden hun uitspraken op een rapport, opgesteld door een deskundigencommissie bestaande uit twee hoogleraren en een cardiovasculair chirurg verbonden aan de Universiteit van Ankara. Deze deskundigencommissie, ingesteld door de rechtbank, concludeerde dat Duru leed aan een ernstige en zeldzame ziekte, dat de ouders voorafgaand aan de twee operaties een toestemmingsformulier hadden ondertekend en dat de artsen geen fouten hadden gemaakt bij de operatie.

Klagers stellen zich bij het Hof op het standpunt dat de Turkse autoriteiten aansprakelijk waren voor de neurologische schade bij hun dochter. Daarnaast menen zij dat hun rechten op een effectief rechtsmiddel en op een effectief proces waren geschonden.

Het Hof besloot de klachten te toetsen aan art. 8 EVRM (recht op privé- en gezinsleven), dat mede het recht op geestelijke en lichamelijke integriteit omvat. Het Hof overweegt in dit verband dat de klachten betrekking hadden op de mogelijkheden van het juridisch systeem om vast te stellen of leden van het medisch behandelteam hebben gehandeld in overeenstemming met de voor hen geldende professionele standaard en om sancties op te leggen in geval van schending van de daarin besloten liggende normen. Het Hof stelt vast dat het nationale recht voor belanghebbenden voorziet in zowel een strafrechtelijke als een civielrechtelijke rechtsgang. Omdat art. 2 EVRM (recht op leven) niet verplicht tot het nemen van strafrechtelijke maatregelen in geval van vermoedens van medische nalatigheid, beperkt het onderzoek van het Hof zich tot de civielrechtelijke rechtsgang. Het Hof constateert dat de nationale rechterlijke instanties zich hadden gebaseerd op het door de deskundigencommissie opgestelde rapport. Klagers hadden daar tegenin gebracht dat dit rapport gebrekkig was. Zij hadden tevergeefs verzocht om een tweede onderzoek te laten uitvoeren naar de gebeurtenissen rond de behandeling van hun dochter. Ook stellen zij dat de deskundigen alleen maar waren gevraagd antwoord te geven op de vraag of de behandelend artsen door hun handelen en nalaten, los van de risico's die inherent zijn verbonden aan de operatie, additionele schade hadden veroorzaakt aan de gezondheid van Duru. Het Hof bepaalt daarop dat artsen slechts aansprakelijkheidstelling voor schade van een operatie kunnen ontlopen indien vaststaat dat zij een operatie uitgevoerd hebben conform de regels van de professionele standaard, zorgvuldig rekening houdend met de daarmee gepaard gaande risico's. Alleen dan kan de ontstane schade worden bestempeld als onvoorzienbaar gevolg van de behandeling, aldus het Hof. Indien dat anders zou zijn, kunnen chirurgen nooit ter verantwoording worden geroepen voor hun handelen, nu immers iedere operatie risico's met zich brengt. Het deskundigenrapport had dit punt niet eens aangestipt; daarin werd in het geheel niet ingegaan op de vraag of de artsen voorafgaand, tijdens en na de operatie wel hadden gehandeld conform de professionele standaard. Hoewel het rapport uiteindelijk concludeerde dat de artsen niet nalatig waren geweest, werd volgens het Hof niet duidelijk waarop die conclusie was gebaseerd. Het rapport verschaft aldus onvoldoende duidelijkheid met betrekking tot relevante zaken aangaande de voorgelegde vraagstelling. Het Hof wijst er in dit verband nog op dat het deskundigenrapport als zodanig niet juridisch bindend is, maar dat het wel beslissende invloed had op de uiteindelijke rechterlijke uitspraken. Het Hof neemt het de Turkse autoriteiten kwalijk dat de gerechtshoven geen gehoor hadden gegeven aan de verzoeken van klagers om een tweede onderzoek uit te laten voeren. Het Hof oordeelt uiteindelijk unaniem dat klagers geen adequaat juridisch antwoord hadden

gekregen dat vereist is op grond van het recht op lichamelijke integriteit van Duru Kurt. Er is derhalve sprake geweest van een schending van art. 8 EVRM.

UITSPRAAK

I. Sur la violation alléguée de l'article 8 de la Convention

35. Les parents tiennent les autorités pour responsables des séquelles neurologiques dont souffre leur fille et estiment que le droit à la vie de celle-ci n'a pas été protégé. Ils soutiennent en outre ne pas avoir disposé de recours effectif pour faire valoir leurs droits, affirmant que la procédure civile n'a pas été effective. Ils invoquent les articles 2, 6 et 13 de la Convention à l'appui de leur grief.

36. Le Gouvernement combat cette thèse.

37. La Cour rappelle qu'elle est maîtresse de la qualification juridique des faits de la cause et qu'elle n'est pas liée par celle attribuée par les parties (*Bouyid c. Belgique* [GC], no 23380/09, § 55, CEDH 2015).

38. En l'espèce, elle rappelle que c'est uniquement dans des circonstances exceptionnelles que des sévices corporels infligés par des agents de l'État peuvent s'analyser en une violation de l'article 2 de la Convention lorsqu'il n'y a pas décès de la victime (*Makaratzis c. Grèce* [GC], no 50385/99, § 51, CEDH 2004-XI). Elle relève que rien n'indique l'existence d'un risque immédiat pour la vie de Duru Kurt (voir *Mozer c. République de Moldova et Russie* [GC], no 11138/10, §§ 169 à 171, CEDH 2016).

39. Dans ces circonstances, la Cour estime qu'il n'y a pas lieu d'examiner séparément, au titre de l'article 2 de la Convention, les faits dont se plaignent les requérants, mais qu'il faut plutôt les étudier sous l'angle de l'article 8 de la Convention, dans le champ duquel entrent notamment les questions liées à l'intégrité morale et physique des individus (voir, parmi beaucoup d'autres, *Trocellier c. France* (déc), no 75725/01, 5 octobre 2006) et dont les dispositions se lisent comme suit:

“1. Toute personne a droit au respect de sa vie privée et familiale, de son domicile et de sa correspondance.

2. Il ne peut y avoir ingérence d'une autorité publique dans l'exercice de ce droit que pour autant que cette ingérence est prévue par la loi et qu'elle constitue une mesure qui, dans une société démocratique, est nécessaire à la sécurité nationale, à la sûreté publique, au bien-être économique du pays, à la défense de l'ordre et à la prévention des infractions pénales, à la protection de la santé ou de la morale, ou à la protection des droits et libertés d'autrui.”

A. Sur la recevabilité

40. Le Gouvernement estime que la requête est manifestement mal fondée.

41. La Cour considère que la requête pose des questions de fait et de droit qui nécessitent un examen au fond de l'affaire. Dès lors, la requête ne saurait être déclarée manifestement mal fondée au sens de l'article 35 § 3 de la Convention. Constatant par ailleurs qu'elle ne se heurte à aucun autre motif d'irrecevabilité, la Cour la déclare recevable.

B. Sur le fond

1. Les thèses des parties

42. Les parents tiennent les autorités pour responsables des séquelles dont souffre leur fille. Selon eux, celles-ci sont le résultat de négligences commises par les médecins dans la pratique de leur art. Les requérants allèguent en outre ne pas avoir disposé de voie de recours permettant de déterminer les éventuelles responsabilités. Ils soutiennent en particulier que la procédure civile qu'ils ont engagée a été inefficace. Ils se plaignent notamment du rapport d'expertise médicale établi par le collège d'experts et reprochent au TGI de ne pas avoir fait droit à leur demande de contre-expertise. Selon eux, les experts se sont limités à une analyse des pièces du dossier médical sans jamais examiner la patiente. Par ailleurs, le rapport d'expertise se contenterait de citer des statistiques pour démontrer l'existence d'un risque mais n'examinerait pas la question de savoir si une négligence avait été commise dans le cas concret soumis à leur avis.

43. Le Gouvernement conteste cette thèse.

44. Il déclare que les rapports médicaux et les décisions des juridictions internes ont exclu toute faute ou négligence dans la survenance du préjudice et que lesdites décisions ne sont pas entachées d'arbitraire. Il indique que, en vertu d'une jurisprudence bien établie, la Cour n'a en principe pas compétence pour connaître des erreurs de fait et de droit prétendument commises par une juridiction interne ou pour substituer sa propre appréciation des éléments de fait ou des lois applicables à celle des juridictions nationales (*García Ruiz c. Espagne* [GC], no 30544/96, § 28, CEDH 1999-I), pas plus qu'il ne lui appartient de remettre en cause les conclusions des expertises ni de se livrer à des conjectures, à partir des renseignements médicaux dont elle dispose, sur le caractère correct des conclusions auxquelles sont parvenus les experts (*Tysiac c. Pologne*, no 410/03, § 119, CEDH 2007-I).

45. S'agissant de l'absence d'examen de la patiente par le collège d'experts, le Gouvernement précise que les experts disposaient de la faculté d'examiner eux-mêmes la patiente ou de demander tout examen ou analyse qu'ils estimaient nécessaires. Il indique que, s'ils ne l'ont pas fait en l'espèce, c'est qu'ils ne l'ont pas estimé utile, faisant ainsi usage du pouvoir discrétionnaire que leur laisseraient le droit national et la Convention.

46. En ce qui concerne la fiabilité des conclusions de ce rapport, le Gouvernement argue que les experts ont procédé à un examen détaillé du dossier médical de l'intéressée et qu'ils se sont fondés sur des recherches et des articles scientifiques.

47. Il ajoute que les juridictions nationales ne se sont pas appuyées uniquement sur ce rapport mais également sur celui que contenait le dossier de la procédure pénale.

48. Il considère que les requérants ont fait usage de leur droit de s'opposer à ce rapport et que, si le tribunal a rejeté la demande de contre-expertise des intéressés, il l'a fait par une décision motivée se fondant sur l'existence de rapports antérieurs. En définitive, à ses yeux, les requérants ont eu la possibilité de contester le rapport susmentionné, non seulement devant le TGI mais aussi devant la Cour de cassation.

49. En outre, le Gouvernement estime que la présente affaire se distingue de l'affaire *Mantovanelli c. France* (18 mars 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-II) pour autant qu'elle concerne le rapport d'expertise judiciaire, étant donné, d'une part, que le collège se composait de trois experts et, d'autre part, que les experts n'ont en l'espèce procédé à aucune audition.

50. Enfin, le Gouvernement indique que les parents ont donné leur consentement aux interventions chirurgicales subies par leur fille.

2. *Appréciation de la Cour*

a) *Principes généraux*

51. La Cour rappelle qu'il est bien établi que, bien que le droit à la santé ne figure pas en tant que tel parmi les droits garantis par la Convention ou ses Protocoles, les Hautes Parties contractantes ont, parallèlement à leurs obligations positives sous l'article 2 de la Convention, une obligation positive sous son article 8, d'une part, de mettre en place une réglementation obligeant les hôpitaux publics et privés à adopter des mesures appropriées pour protéger l'intégrité physique de leurs patients et, d'autre part, à mettre à la disposition des victimes de négligences médicales une procédure apte à leur procurer, le cas échéant, une indemnisation de leur dommage corporel (voir *Jurica c. Croatie*, no 30376/13, § 84, 2 mai 2017 et les références qui y figurent). Elle rappelle également que les principes qui se dégagent de sa jurisprudence relative à l'article 2 de la Convention dans le domaine de la négligence médicale s'appliquent également sous l'angle de l'article 8 lorsqu'il s'agit d'atteintes à l'intégrité physique ne mettant pas en cause le droit à la vie (voir, entre autres, *Vasileva c. Bulgarie*, no 23796/10, § 63, 17 mars 2016, et *Codarcea c. Roumanie*, no 31675/04, § 101, 2 juin 2009).

52. L'État doit non seulement à s'abstenir de provoquer la mort de manière volontaire et irrégulière, mais aussi prendre les mesures nécessaires à la protection de la vie et de l'intégrité physique des personnes relevant de sa juridiction. Ces principes s'appliquent également dans le domaine de la santé publique (voir, par exemple, *Calvelli et Ciglio c. Italie* [GC], no 32967/96, § 48, CEDH 2002-I). En effet, on ne saurait exclure que les actes et omissions des autorités dans le cadre des politiques de santé publique peuvent, dans certaines circonstances, engager leur responsabilité sous l'angle du volet matériel des articles 2 et 8 (*Powell c. Royaume-Uni* (déc.), no 45305/99, CEDH 2000-V).

53. Les obligations positives que ces dispositions font peser sur l'État impliquent la mise en place par lui d'un cadre législatif et réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient privés ou publics, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie et de l'intégrité physique des malades. Cette obligation repose sur la nécessité de préserver ces derniers, autant que faire se peut, des conséquences graves que peuvent avoir à cet égard les interventions médicales (*Codarcea c. Roumanie*, no 31675/04, § 104, 2 juin 2009).

54. Les articles 2 et 8 de la Convention implique également l'obligation d'instaurer un système judiciaire efficace et indépendant permettant d'établir la cause du décès ou des atteintes à l'intégrité physique d'un individu se trouvant sous la responsabilité de professionnels de la santé, qu'ils agissent dans le cadre du secteur public ou qu'ils travaillent dans des structures privées et, le cas échéant, d'obliger ceux-ci à répondre de leurs actes (*Calvelli et Ciglio*, précité, § 49).

55. L'obligation de l'État au regard des article 2 et 8 de la Convention ne peut être satisfaite si les mécanismes de protection prévus en droit interne n'existent qu'en théorie: il faut surtout qu'ils fonctionnent effectivement en pratique (*Šilih c. Slovénie* [GC], no 71463/01, § 195, 9 avril 2009).

56. Par ailleurs, même si la Convention ne garantit pas en soi le droit à l'ouverture de poursuites pénales contre des tiers, la Cour a maintes fois affirmé que le système judiciaire efficace exigé par les articles 2 et 8 de la Convention peut comporter et, dans

certaines circonstances, doit comporter, un mécanisme de répression pénale (*Calvelli et Ciglio*, précité, § 51). Toutefois, si l'atteinte au droit à la vie ou à l'intégrité physique n'est pas volontaire, l'obligation positive découlant de ces dispositions de mettre en place un système judiciaire efficace n'exige pas nécessairement dans tous les cas un recours de nature pénale. Dans le contexte spécifique des négligences médicales, pareille obligation peut être remplie aussi, par exemple, si le système juridique en cause offre aux intéressés un recours devant les juridictions civiles, seul ou conjointement avec un recours devant les juridictions pénales, aux fins d'établir la responsabilité des médecins en cause et, le cas échéant, d'obtenir l'application de toute sanction civile appropriée, tels le versement de dommages-intérêts et la publication de l'arrêt. Des mesures disciplinaires peuvent également être envisagées (*Vo c. France* [GC], no 53924/00, § 90, CEDH 2004-VIII, et *Gray c. Allemagne*, no 49278/09, § 80 à 82, 22 mai 2014).

b) Application de ces principes au cas d'espèce

57. La Cour observe que la requérante Duru Kurt a subi deux interventions chirurgicales, l'une pour soigner une maladie cardiaque congénitale particulièrement grave et la seconde pour remédier à une complication consécutive à la première. Cette seconde opération a entraîné des séquelles neurologiques lourdes. Les parents tiennent les médecins pour responsables du handicap dont est désormais atteinte leur fille et considèrent que les autorités judiciaires ont été inefficaces dans l'établissement des responsabilités.

58. La Cour relève qu'il n'y a pas de controverse entre les parties quant à l'existence d'un cadre législatif et réglementaire imposant aux hôpitaux, qu'ils soient privés ou publics, l'adoption de mesures propres à assurer la protection de la vie des malades. La contestation porte sur la capacité du système judiciaire à vérifier en l'espèce le respect par l'équipe médicale de ses obligations professionnelles et à en sanctionner l'éventuelle méconnaissance.

59. Dès lors, la tâche de la Cour consiste à contrôler l'effectivité des recours dont les requérants ont usé et à déterminer ainsi si le système judiciaire a assuré la mise en œuvre adéquate du cadre législatif et réglementaire conçu pour protéger le droit à l'intégrité physique des patients. Cela implique de vérifier que ledit recours a réellement permis aux requérants de faire examiner leurs allégations et de faire sanctionner toute méconnaissance de la réglementation par les médecins qui aurait éventuellement été constatée.

60. En l'espèce, la Cour note que le système judiciaire interne offrait aux requérants deux recours, l'un de nature civile et l'autre de nature pénale. Elle estime toutefois que, dans les circonstances de la présente affaire, il n'est pas nécessaire de s'attarder sur la procédure pénale, car, comme il a été précédemment souligné, l'obligation procédurale découlant de l'article 2 de la Convention n'exige pas nécessairement de l'État qu'il garantisse des poursuites pénales dans des affaires de négligence médicale (voir dans le même sens (*Delice c. Turquie* (déc.), no 38804/09, § 54, 10 novembre 2015). D'ailleurs, elle observe que les observations des parties portent essentiellement sur le recours en indemnisation.

61. La Cour observe que, à l'issue de la procédure civile, les tribunaux ont rejeté les demandes d'indemnisation des requérants après avoir obtenu un rapport d'expertise concluant à l'absence de faute des médecins.

62. Les requérants ont contesté la pertinence et le caractère suffisant de ce rapport et ont demandé, en vain, l'obtention d'un nouveau rapport d'expertise.

63. Il n'appartient pas à la Cour de remettre en cause les conclusions des expertises en se livrant à des conjectures, à partir des renseignements médicaux dont elle dispose, sur leur caractère correct d'un point de vue scientifique (*Tysiac c. Pologne*, précité, § 119, et *Yardimci c. Turquie*, no 25266/05, § 59, 5 janvier 2010). La Cour estime que l'obligation d'appréciation, par les tribunaux, de rapports d'experts médicaux dans des affaires de négligence médicale alléguée ne peut aller jusqu'à imposer des charges inutiles ou disproportionnées à l'État dans l'exécution de ses obligations positives découlant de l'article 8. L'intensité du travail d'évaluation à laquelle doivent se livrer les tribunaux doit être appréciée au cas par cas, en tenant compte de la nature de la question médicale concernée, de sa complexité et, en particulier, de la question de savoir si le demandeur, alléguant une faute dans le chef des professionnels de la santé, était en mesure de formuler des allégations concrètes et spécifiques de négligence qui nécessitaient une réponse d'experts médicaux chargés de fournir un rapport. Elle rappelle néanmoins qu'elle a déjà jugé qu'une procédure était inefficace au regard des obligations procédurales lorsque la décision à laquelle elle aboutissait était fondée sur des rapports d'expertise érudant ou n'abordant pas de manière satisfaisante la question centrale que les experts devaient trancher et que les arguments, sinon décisifs, du moins principaux des requérants ne recevaient pas de réponse spécifique et explicite (voir *Altug et autres c. Turquie*, no 32086/07, §§ 77-86, 30 juin 2015, où les rapports médicaux insistaient sur l'existence d'un risque mortel en cas d'injection de pénicilline et concluaient à l'absence de faute des médecins sans chercher à déterminer si les intéressés avaient satisfait à leurs obligations professionnelles).

64. En l'espèce, la Cour relève que le rapport obtenu par le TGI énumère, en citant une importante bibliographie, les taux de complications et de décès lors de ou à la suite d'interventions telles que celles qu'avait subies l'enfant en l'espèce. Il conclut à une absence de faute et donc de responsabilité des médecins en raison de l'existence de ces risques très élevés.

65. La Cour constate que la maladie de la requérante Duru Kurt nécessitait des interventions chirurgicales hautement complexes de nature cardiovasculaire. Elle accepte dès lors, dans les circonstances particulières de la présente affaire, que les requérants ne sauraient se voir reprocher d'avoir sollicité une nouvelle expertise devant les juridictions nationales en des termes généraux, en concentrant leurs critiques sur le manque de motivation dans le rapport du 31 juillet 2009 et sur l'absence d'explication concernant la corrélation entre les standards applicables en la matière et le traitement médical concret auquel avait été soumise la patiente.

66. La question à trancher par les experts consistait à déterminer si, indépendamment du risque que présentait l'intervention, les médecins avaient contribué à la réalisation du dommage. En effet, ce n'est que lorsqu'il a été établi que les médecins ont réalisé l'opération selon les règles de l'art, en prenant dûment en compte les risques que présentait celle-ci, que les séquelles peuvent être considérées comme relevant de l'aléa thérapeutique. S'il devait en aller autrement, aucun chirurgien ne serait jamais inquiété étant donné que le risque est inhérent à toute intervention chirurgicale.

67. Or le rapport d'expertise du 31 juillet 2009 n'aborde nullement cette question puisqu'il n'examine pas si et dans quelle mesure les médecins concernés ont ou non agi en adéquation avec les normes de la médecine moderne avant, pendant et après l'opération. Par exemple, il ne précise pas quels actes concrets ont été réalisés par les médecins pendant l'opération et durant le suivi postopératoire au cours duquel l'accident neurologique semble être survenu, ni ne les confronte aux règles et protocoles régissant la matière.

68. Si le rapport précité conclut finalement à l'absence de faute de la part des médecins, il ne précise pas sur quels éléments concrets, en dehors d'éléments bibliographiques attestant l'existence de risques, il fonde cette conclusion, qui relève dès lors de

l'affirmation plus que de la démonstration. Ce rapport est donc insuffisamment motivé au regard de la question sur laquelle il était censé apporter un éclairage technique (voir, *mutatis mutandis*, *Eugenia Lazar c. Roumanie*, no 32146/05, §§ 82 à 85, 16 février 2010).

69. Même si les conclusions d'une expertise ne lient pas le juge, force est d'admettre qu'elles peuvent exercer une influence déterminante sur l'appréciation de ce dernier dans la mesure où elles relèvent d'un domaine technique échappant à sa connaissance.

70. Or, face au caractère insuffisamment motivé du rapport en cause et aux protestations des requérants, le TGI n'a pas estimé utile de faire droit à la demande de contre-expertise des intéressés, considérant ledit rapport comme suffisant. La Cour de cassation a elle aussi rejeté la demande tendant à l'obtention d'un nouveau rapport et à l'appui de laquelle les requérants avaient présenté un certain nombre d'arguments (voir paragraphe 32).

71. À la lumière de ces éléments, la Cour estime les requérants n'ont pas bénéficié d'une réaction judiciaire adéquate respectant les exigences inhérentes à la protection du droit à l'intégrité physique de Duru Kurt.

72. Il y a donc eu violation de l'article 8 de la Convention.

II. Sur l'application de l'article 41 de la Convention

73. Aux termes de l'article 41 de la Convention,

“Si la Cour déclare qu'il y a eu violation de la Convention ou de ses Protocoles, et si le droit interne de la Haute Partie contractante ne permet d'effacer qu'imparfaitement les conséquences de cette violation, la Cour accorde à la partie lésée, s'il y a lieu, une satisfaction équitable.”

74. Les requérants réclament divers montants pour la réparation du préjudice matériel qu'ils auraient subi. Ils s'appuient à cet égard sur un rapport d'expertise établi dans le cadre de la procédure civile pour solliciter:

– 223 981 livres turques (TRY) pour le manque à gagner lié à l'incapacité permanente de l'enfant;

– 234 685 TRY pour les frais d'assistance aux gestes de la vie quotidienne;

– 240 799 TRY au titre des intérêts applicables aux deux montants précédents à partir de la date de l'opération.

75. Le total de ces sommes s'élève à 699 465 TRY, soit 299 483 euros (EUR), d'après le calcul des requérants à la date de dépôt de leurs observations.

76. Au titre du préjudice moral qu'ils allèguent avoir subi, les requérants sollicitent la même somme que celle qu'ils avaient demandée devant le TGI, à savoir 80 000 TRY (soit 34 261 EUR à la date de dépôt de leurs observations). Ils estiment que cette somme doit être assortie d'intérêts moratoires. Selon leurs calculs, ces intérêts atteindraient 17 987 EUR.

77. Quant aux frais et dépens, les requérants demandent 2 390 TRY (soit 1 023 EUR à la date de dépôt des observations). Cette somme correspond aux frais de la procédure engagée devant le TGI et pour laquelle ils présentent un certain nombre de justificatifs.

78. Le Gouvernement conteste ces prétentions, qu'il juge excessives, infondées et contraires à la jurisprudence de la Cour, et considère qu'elles doivent être rejetées dans leur ensemble.

79. La Cour estime que le lien de causalité entre le préjudice matériel subi par les requérants et la violation constatée n'est pas établi et rejette de ce fait les demandes formulées à ce titre. En effet, elle ne saurait spéculer sur ce qu'aurait été l'issue des recours intentés par les requérants en l'absence des insuffisances qu'elle a relevées.

80. Elle considère cependant que les intéressés ont subi un préjudice moral certain et estime raisonnable de leur accorder 7 500 EUR conjointement à ce titre.

81. Quant aux frais et dépens, compte tenu de sa jurisprudence et des documents présentés par les requérants, elle alloue à ces derniers la somme de 1 023 EUR.

82. La Cour juge approprié de calquer le taux des intérêts moratoires sur le taux d'intérêt de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne majoré de trois points de pourcentage.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

1. *Déclare* la requête recevable;

2. *Dit* qu'il y a eu violation de l'article 8 de la Convention;

3. *Dit*

a) que l'État défendeur doit verser aux requérants conjointement, dans les trois mois à compter du jour où l'arrêt sera devenu définitif conformément à l'article 44 § 2 de la Convention, les sommes suivantes, à convertir dans la monnaie de l'État défendeur au taux applicable à la date du règlement:

i) 7 500 EUR (sept mille cinq cents euros), plus tout montant pouvant être dû à titre d'impôt, pour dommage moral;

ii) 1 023 EUR (mille vingt-trois euros), plus tout montant pouvant être dû par les requérants à titre d'impôt, pour frais et dépens;

b) qu'à compter de l'expiration dudit délai et jusqu'au versement, ces montants seront à majorer d'un intérêt simple à un taux égal à celui de la facilité de prêt marginal de la Banque centrale européenne applicable pendant cette période, augmenté de trois points de pourcentage;

4. *Rejette* la demande de satisfaction équitable pour le surplus.

NOOT

1. Het Hof heeft gemeend dat zijn uitspraak in de zaak *Erdoğan Kurt e.a. t. Turkije* van laag belang is. Dat blijkt uit het feit dat het Hof deze uitspraak heeft aangemerkt als 'level 3'. Hieronder zal ik betogen dat niets minder waar is. Het Hof scherpt de regels inzake de bewijslastverdeling bij medische aansprakelijkheidszaken fors aan. Tegelijkertijd maakt het Hof duidelijk dat het tekenen van een verklaring van *informed consent* voor een behandeling niet in de weg staat aan aansprakelijk van de behandelaars. Het is alleen jammer dat de uitspraak wordt ontsierd door onzorgvuldig en soms suggestief taalgebruik – dat bemoeilijkt een precieze duiding van de gevolgen van de uitspraak.

2. De afgelopen jaren heeft het Hof meermaals aangegeven dat op verdragsstaten de positieve verplichting rust om te zorgen voor een adequaat juridisch kader om de aansprakelijkheid van artsen bij medische fouten vast te kunnen stellen. Op grond van dat kader moeten artsen zonedig worden gestraft en kunnen slachtoffers aanspraak maken op genoegdoening, waaronder financiële compensatie voor geleden schade (over dat laatste, zie o.a. *Mehmet en Suna Yigit t. Turkije*, EHRM 17 juli 2007, nr. 52658/99, ECLI:CE:ECHR:2007:0717JUD005265899, en *Oyal t. Turkije*, EHRM 23 maart 2010, nr. 4864/05, ECLI:CE:ECHR:2010:0323JUD000486405, «EHRC» 2010/68 m.nt. Vonk). Ingeval medische fouten hebben geleid tot de (bijna) dood van een patiënt ligt deze verplichting besloten in art. 2 EVRM (zie o.a. *Calvelli en Ciglio t. Italië* EHRM 17 januari 2002 (GK), nr. 32967/96, ECLI:CE:ECHR:2002:0117JUD003296796, «EHRC» 2002/22 m.nt. Van der Velde en *Colak en Tsakiridis t. Duitsland*, EHRM 5 maart 2009, nrs. 77144/01 en 35493/05, ECLI:CE:ECHR:2009:0305JUD007714401, «EHRC» 2009/53 m.nt. Hendriks en *Aydogdu t. Turkije*, EHRM 30 augustus 2016, nr. 40448/06, ECLI:CE:ECHR:2016:0830JUD004044806, «EHRC» 2016/232). In andere gevallen waarin de fouten hebben geleid tot schade volgt die verplichting uit art. 8 EVRM (zie o.a. *Codarcea t. Roemenië*, EHRM 2 juni 2009, nr. 31675/04, ECLI:CE:ECHR:2009:0602JUD003167504, «EHRC» 2009/96 m.nt. Hulst; *Vasileva t. Bulgarije*, EHRM 17 maart 2016, nr. 23796/10, ECLI:CE:ECHR:2016:0317JUD002379610, «EHRC» 2016/127 m.nt. Hendriks en *Ionita t. Roemenië*, EHRM 10 januari 2017, nr. 81270/12, ECLI:CE:ECHR:2017:0110JUD008127012). In de optiek van het Hof ligt die verplichting dan besloten in het recht op bescherming van de geestelijke en lichamelijke integriteit. Zo ook in zaak *Erdoğan Kurt e.a. t. Turkije*, waarin een kind ernstig beperkt was geraakt na twee operaties.

3. Voegt de zaak *Erdoğan Kurt e.a. t. Turkije* dan nog wel iets toe aan de bestaande jurisprudentielijnen? Het Hof overweegt ook hier dat op verdragsstaten, analoog aan art. 2 EVRM, een positieve verplichting rust op grond van art. 8 EVRM om er enerzijds voor te zorgen dat de nationale wet- en regelgeving voorziet in regels die de integriteit van patiënten beschermt en anderzijds slachtoffers van medische fouten de mogelijkheid biedt schadevergoeding te verkrijgen (par. 51). Wat betreft dit laatste, het recht op schadevergoeding, heeft het Hof eerder uitgemaakt dat het uitvoeren van een behandeling zonder *informed consent* reeds een grondslag kan zijn voor het moeten betalen van schadevergoeding (zie o.a. *G.B. en R.B. t. Moldavië*, EHRM 18 december 2012, nr. 16761/09, ECLI:CE:ECHR:2012:1218JUD001676109, «EHRC» 2013/78 m.nt. Emaus en *Csoma t. Roemenië*, EHRM 15 januari 2013, nr. 8759/05, ECLI:CE:ECHR:2013:0115JUD000875905, «EHRC» 2013/81 m.nt. Hendriks). Daarnaast heeft het Hof uitgemaakt dat het niet naleven van wettelijke en professionele verplichtingen kan leiden tot aansprakelijkheid van artsen *Asiye Genç t. Turkije*, EHRM 27 januari 2015, nr. 24109/07, ECLI:CE:ECHR:2015:0127JUD002410907, «EHRC» 2015/80 m.nt. Toebes en *Altug e.a. t. Turkije*, EHRM 30 juni 2015, nr. 32086/07, ECLI:CE:ECHR:2015:0630JUD003208607, «EHRC» 2015/193). Dat laatste betekent tegelijkertijd dat wanneer artsen wel volgens de professionele standaard hebben gehandeld, zij niet snel aansprakelijk worden gesteld voor eventuele schade na een behandeling *Spyra en Kranczkowski t. Polen*, EHRM 25 september 2012, nr. 19764/07, ECLI:CE:ECHR:2012:0925JUD001976407, «EHRC» 2013/26 m.nt. Kastelein).

In de zaak *Erdoğan Kurt e.a. t. Turkije* gaat het Hof evenwel verder dan het al deed in deze twee jurisprudentielijnen. Het Hof formuleert namelijk een nieuwe aansprakelijkheidsnorm. Het bepaalt dat artsen slechts aansprakelijkheid voor schade van een operatie kunnen ontlopen indien vaststaat dat zij een operatie hebben uitgevoerd conform de regels van de professionele standaard, zorgvuldig rekening houdend met de dat daarmee gepaard gaande risico's. Alleen dan kan de ontstane schade worden bestempeld als onvoorzienbare gevolg van de behandeling, aldus het Hof (par. 66).

4. Wat betekent deze nieuwe aansprakelijkheidsnorm? Het Hof suggereert dat iedere vorm van schade na een professioneel uitgevoerde operatie tot aansprakelijkheid van artsen leidt indien die schade onvoorzienbaar was. Dat is nogal wat. Vele vormen van complicaties, dat wil zeggen onbedoelde en ongewenste uitkomsten tijdens of volgend op het handelen van een zorgverlener, zijn in meer of mindere mate voorzienbaar. Is er dan automatisch sprake van aansprakelijkheid indien dergelijke schade zich manifesteert? Ik zou menen van niet. Niet behandelen kan schadelijker zijn voor de patiënt dan een behandeling aanbieden met niet uit te sluiten risico's. Natuurlijk is het van belang dat de patiënt vooraf in staat wordt gesteld een keuze te maken tussen verschillende behandelingsopties, inclusief behandelingen met een meer of minder grote kans op schade. Het belang dat aan deze vorm van keuzevrijheid wordt toegekend blijkt uit het feit dat schending van deze informatieplicht met betrekking tot verschillende behandelingsopties naar Nederlands recht een inbreuk op van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt oplevert (HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB3963, *NJ* 2002/387 m.nt. Vranken en HR 18 maart 2005, ECLI:NL:HR:2005:AB2737, *NJ* 2006/606 m.nt. Vranken). Maar, en alweer volgens Nederlands recht, het ontstaan van schade na niet of onvolledig informeren betekent nog niet dat de schade automatisch het gevolg is van het schenden van de informatieplicht (zie bijv. HR 29 september 2006, ECLI:NL:HR:2006:AY5693). Anders gezegd: de informatieplicht is niet bedoeld ter voorkoming van eventueel optredende schade (relativiteit). Bovendien zijn artsen en andere hulpverleners volgens het Nederlandse recht niet gehouden patiënten over iedere vorm van eventuele schade te informeren (zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 6 oktober 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:3946). Waarover wel of niet moet worden geïnformeerd hangt onder meer samen met de medische noodzaak van de behandeling, het bestaan van bewijs aangaande de effectiviteit daarvan en andere omstandigheden. Of, zoals de tuchtrechter het samenvatte: 'Een arts moet de patiënt informeren over de normale, voorzienbare risico's van de behandeling. Hij hoeft niet op alle mogelijke risico's te wijzen. Welke risico's moeten worden genoemd zal afhangen van de omstandigheden van het geval. ...' (CTG 18 september 2012, ECLI:NL:TGZCTG:2012:YG2340, *Stcr.* 2012/22836).

5. Ik kan niet anders dan concluderen dat het Hof een aantal leerstukken uit het (medisch) aansprakelijkheidsrecht, inclusief de informatieplicht, door elkaar haalt. In het aansprakelijkheidsrecht staat niet de voorzienbaarheid van de schade centraal maar de mate waarin de zorgverlener conform de professionele standaard heeft gehandeld. Het Hof onderschrijft dat uitgangspunt, maar schept vervolgens verwarring door dit te koppelen aan de voorzienbaarheid van schade. Opvallend daarbij is dat het Hof voorbijgaat aan de eis van *informed consent*. Zo gaat het Hof niet nader in op het feit dat de vader tot tweemaal toe een verklaring van een *informed consent* heeft ondertekend. Wat nu als daarin alle mogelijke risico's waren beschreven en de vader bewust voor de betreffende operaties had gekozen? Ook anderszins getuigt de uitspraak van het Hof in de zaak *Erdoğan Kurt e.a. t. Turkije* van onzorgvuldigheden. Het Hof doet het voorkomen dat schade na een operatie automatisch getuigt van schade als gevolg van een medische fout bij een operatie. Los van de omstandigheid dat behandelaars daarmee worden opgezadeld met een wel erg zware bewijslast, zou het op zijn minst nodig zijn hierbij in ogenschouw te nemen in hoeverre die schade meer of minder groot is dan ingeval de behandeling niet zou hebben plaatsgevonden. In dat verband valt moeilijk te begrijpen waarom het Hof als uitgangspunt voor aansprakelijkstelling meent te willen weten of de behandelend artsen hadden bijgedragen aan het ontstaan van

de schade (par. 66). Niet duidelijk in dat verband is bijvoorbeeld wat onder ‘de schade’ moet worden verstaan, in hoeverre er dan een vergelijking moet worden gemaakt tussen de situatie voor en na de behandeling, in hoeverre moet worden gekeken naar de prognose van Duru zonder verder medisch ingrijpen etc.

6. Eindconclusie ten aanzien van de uitspraak in de zaak *Erdinç Kurt e.a. t. Turkije* is derhalve dat het Hof de verantwoordelijkheid van overheden voor de kwaliteit van zorg heeft aangescherpt, door artsen in meer situaties aansprakelijk te stellen voor voorzienbare schade na een operatie. Dat de professionele standaard daarbij als uitgangspunt geldt, is alleszins verdedigbaar. Dat de voorzienbaarheid van de schade evenzeer als criterium geldt, is onbegrijpelijk.

prof. mr. A.C. Hendriks, Hoogleraar gezondheidsrecht, Universiteit Leiden

Copyright 2017 - Sdu - Alle rechten voorbehouden.