

of partijen aangewezen deskundige of andere medische specialisten, lastige juridische vragen komen te staan. Een analyse.

1. Inleiding

Dokters kunnen helaas niet iedereen beter maken. Er bestaat geen garantie dat mensen (hierna: 'patiënten') na een behandeling² geheel van hun klachten herstellen. Geneeskundige behandelingen zijn daarom meestal juridisch te kwalificeren als inspanningsverplichtingen voor de behandelaar. Daar komt bij dat sommige behandelingen, veelal vanwege de ernst en aard van de medische problematiek, ook niet gericht zijn op genezing, maar op het stabiliseren van de gezondheid of het bestrijden van bepaalde symptomen zonder dat de oorzaak van de klachten kan worden weggenomen.

Al die behandelingen, onafhankelijk van het doel, brengen risico's met zich op bepaalde vormen van materiële en immateriële schade voor de patiënt. Voor kinderen die een geneeskundige behandeling ondergaan is dat niet anders. Ook zij ervaren soms complicaties of erger na een medische interventie.

Als een behandeling bij een kind onverwacht andere gevolgen heeft dan beoogd, is de situatie vaak nog meer emotioneel beladen dan wanneer het een volwassen patiënt treft. Alleen dat al rechtvaardigt aandacht voor de juiste omgang met en juridische aspecten van leed bij kinderen na een behandeling. Maar het enkele feit dat een behandeling niet de gewenste uitkomst heeft, betekent nog niet automatisch dat sprake is geweest van een medische fout, laat staan dat dit voor de patiënt of de nabestaanden leidt tot een aanspraak op schadevergoeding jegens de behandelaar of diens werk-/opdrachtgever³ dan wel de verzekeraar.

Natuurlijk moeten ongewenste uitkomsten van een behandeling, waaronder het veroorzaken van schade bij de patiënt, zoveel mogelijk worden voorkomen. Alleen al daarom hebben artsen en andere zorgverleners, zo vindt onder meer artsenorganisatie KNMG, de dure plicht alles wat 'fout is gegaan' adequaat te onderzoeken. Dit enerzijds om van te leren, opdat de kwaliteit van zorg kan worden verbeterd, en anderzijds om in die gevallen waarin op basis van dat onderzoek blijkt dat sprake is van tekortschietend handelen van de zorgverlener de schade van betrokkene op een adequate manier te vergoeden.⁴ Het is van belang ons bewust te zijn van deze uitgangspunten en doelstellingen en ons bij deze zaken te bedienen van de juiste terminologie. Het te snel gebruikmaken van begrippen als 'schuld' en 'fout' kan in de zorg namelijk onbedoeld tot effect hebben dat niet of minder dan wenselijk is wordt geleerd van zaken die beter kunnen of moeten. Het kan voorts tot gevolg hebben dat artsen en andere zorgverleners zich meer dan nodig is geremd voelen om met de patiënt of – met respect voor de vertrouwelijkheid van medische gegevens jegens anderen⁵ – de vertegenwoordiger(s) of nabestaanden openlijk te spreken over de mogelijke oorzaken van ongewenste uitkomsten van een behandeling.

In het onderstaande zal ik het belang van leren (= kwaliteit) en openheid (= recht op informatie) diverse malen onder de aandacht brengen. Ik realiseer me dat deze belangen niet dezelfde doelen dienen als het toekennen van (volledige⁶) schadevergoeding aan patiënten of nabestaanden die stellen slachtoffer te zijn van gebrekkige zorg. Ik volsta hier met een constatering en

¹ Aart Hendriks is hoogleeraar gezondheidsrecht aan de Universiteit Leiden/LUMC. Met veel dank aan mr. Hilde van der Meer (adviseur

te maken krijgt met een jeugdige patiënt die na behandeling schade ervaart, wil ik gelet op het belang van leren en openheid de relevante terminologie kort toelichten. In het kader van de noodzakelijke afbakening van deze bijdrage ga ik niet nader in op de rechten en plichten van een arts jegens (de nabestaanden van) een jeugdige die na een geneeskundige behandeling is komen te overlijden.

Terminologie

Zoals uit het voorgaande bleek, kunnen bij de behandeling van patiënten altijd onbedoelde en ongewenste gebeurtenissen optreden. Het kan bijvoorbeeld zo zijn dat een patiënt zonder dat de zorgverlener dat van te voren kon weten allergisch blijkt te zijn voor een bepaalde toegediende pijnstillert. We spreken dan niet van een fout, maar van een complicatie. Complicaties zijn inherent aan de zorg en kunnen in de regel niet worden gekwalificeerd als een toerekenbare tekortkoming (fout). We spreken van een incident in geval van een onbedoelde gebeurtenis tijdens het zorgproces die tot schade aan de patiënt heeft geleid of nog kan leiden. Bij een incident, zoals apparatuur die hapert of een assistent die over onjuiste informatie over de patiënt blijkt te beschikken, zijn dingen misgegaan, maar heeft de arts of andere (hoofd)behandelaar het niet noodzakelijkerwijs fout gedaan.⁹ Het verschil tussen fout gegaan en fout gedaan kan niet voldoende worden benadrukt. Ook bij calamiteiten is niet noodzakelijkerwijs sprake van fout gegaan. Calamiteiten zijn niet-beoogde of onverwachtse

incident melden (VIM-systeem) en VIM-commissies¹², waar incidenten door artsen en andere zorgverleners met het oog op het lerend effect veilig dienen te worden gemeld.¹³ Die veiligheid, in de zin van vertrouwelijk, is overigens tot op heden niet goed (wettelijk) geborgd. De in aankomst zijnde Wet kwaliteit, klachten, geschillen zorg (Wkkgz)¹⁴ biedt weliswaar bepaalde waarborgen voor de veiligheid van melders¹⁵ en de vertrouwelijkheid van gemelde gegevens, maar die garanties zijn niet sluitend.

2. Behandeling van minderjarigen: WGBO-normen voor arts

Hierboven sprak ik over 'kinderen', 'jeugdigen' en 'minderjarigen'. De leeftijd en de geestelijke vermogens van een jeugdige zijn juridisch van belang ter bepaling van wie beslist of beslissen over een geneeskundige behandeling en andere zaken die (ook) voor de arts relevant zijn in geval van leed bij een kind na een behandeling.

2.1. Kinderen en vertegenwoordiging¹⁶

Ons recht maakt onderscheid tussen volwassenen en minderjarigen. Minderjarig zijn zij die de leeftijd van 18 jaar nog niet hebben bereikt en evenmin gehuwd of geregistreerd zijn (geweest). Minderjarigen kunnen alleen met toestemming van hun vertegenwoordiger – dat wil zeggen de met gezag beklede ouder(s) of voogd – rechts-

⁷ Voor verdere informatie: J.L. Smeehuijzen, A.J. Akkermans & T. Vansweevelt, *Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid*. Preadvies VGR, Den Haag: Sdu Uitgevers 2013.

⁸ De Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz, kamerstuknr. 32402) beoogt dit juist mogelijk te maken. Zie ook voetnoot 14.

⁹ Al is de arts, al dan niet als hoofdbehandelaar, dan wel de zorginstelling soms wel aansprakelijk voor gebrekkige apparatuur of fouten van hulpverleners.

bevoegd de noodzakelijke toestemming te verlenen mits niet van bezwaren van de andere gezagdragende ouder is gebleken (art. 1:253i lid 1 BW).

De in het BW opgenomen regeling met betrekking tot de overeenkomst inzake de geneeskundige behandeling (WGBO), is eveneens gebaseerd op het uitgangspunt dat ouders dan wel de voogd het kind in rechte vertegenwoordigen en beslissingsbevoegd zijn ten aanzien van hun minderjarige kind. Tegelijkertijd kent de WGBO een aantal afwijkende bepalingen, die deels kunnen worden opgevat als een codificatie van wat in de gezondheidszorg gebruikelijk is met betrekking tot beslissen door en voor minderjarigen.

De WGBO kent de oudere, wilsbekwame minderjarige een zelfstandige rechtspositie toe wat betreft het beslissen over geneeskundige behandelingen, waaronder onderzoek.¹⁷ Als gevolg hiervan zijn minderjarigen vanaf 16 jaar bevoegd om zelfstandig te beslissen over het al dan niet ondergaan van een geneeskundige behandeling,¹⁸ tenzij zij niet in staat zijn tot een redelijke waardering van hun belangen terzake. Mocht dit laatste het geval zijn dan worden zij tot hun 18^e vertegenwoordigd door hun gezagdragende ouders (dan wel voogd)¹⁹ en vanaf hun 18^e door een curator of mentor dan wel een andere in de wet genoemde vertegenwoordiger.²⁰

De WGBO voorziet bij kinderen van 12 tot 16 jaar in een systeem van dubbele toestemming: het kind en diens gezagdragende ouders (of voogd) besluiten gezamenlijk over geneeskundige handelingen,²¹ tenzij de minderjarige niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen terzake. In dat laatste geval besluiten alleen de gezagdragende ouders dan wel de voogd.²² Daar staat tegenover dat een kind van 12 tot 16 jaar zonder toestemming van zijn gezagdragende ouders een behandeling kan ondergaan indien het kind de behandeling wel-

stemming, door één gezagdragende ouder, de WGBO spreekt nadrukkelijk over verplichtingen van de hulpverlener jegens de met gezag beklede ouders (meervoud) van de minderjarige (art. 465 lid 1 en 2 BW). De WGBO voorziet daarentegen niet in de bevoegdheid van één ouder om namens beiden te handelen mits niet is gebleken van bezwaren van de andere gezagdragende ouder (art. 1:253i lid 1 BW). Deze regeling zorgt in de praktijk voor veel problemen, zeker na een echtscheiding waarbij beide ouders het gezag behouden. De tuchtrechter heeft de eis van toestemming van beide gezagdragende ouders daarop voor enkele situaties afgezwakt, als gevolg waarvan de tuchtrechtspraak niet in de pas loopt met de letter van de wet.²³

Bruning wijst er in dit verband op dat boek 1 BW de arts enkele mogelijkheden biedt om uit dit dilemma te geraken.²⁴ Het betreft hier echter strikt geformuleerde uitzonderingen op de regel dat voor iedere behandeling van een kind tot 16 jaar toestemming van beide ouders nodig is. Deze uitzonderingen sluiten aldus niet aan bij de praktijk waarin een minderjarige tot 16 jaar in de regel door één ouder wordt vergezeld bij de arts.

2.2. Kinderen en informed consent

Volgens de WGBO kan een patiënt alleen worden onderworpen aan een geneeskundige behandeling indien sprake is van rechtsgeldige toestemming (art. 7:450 BW) op basis van voorafgaande duidelijke informatie (art. 7:448 BW). Dit wordt kortweg aangeduid met *informed consent*.

Hierboven zagen we wie rechtsgeldige toestemming (*consent*) kunnen geven, of onthouden. Het antwoord op deze vraag is sterk afhankelijk van de leeftijd van de minderjarige, zijn wilsbekwaamheid en de persoon of personen die met wettelijk gezag zijn bekleed.

biedt de hulpverlener voorts de mogelijkheid in geval van nood reeds over te gaan tot behandelen indien de tijd voor het vragen van toestemming van de vertegenwoordiger(s) ontbreekt.²⁷ Dezelfde vertegenwoordigers van patiënten zijn tot slot gebonden aan de eis van een goed vertegenwoordiger.²⁸ Samen met de algemene voor artsen en andere hulpverleners geldende eis van goed hulpverlenerschap²⁹ geeft dit de arts de benodigde ruimte te bepalen hoe te handelen, ook bij tegengestelde opvattingen tussen vertegenwoordigers onderling³⁰ of tussen vertegenwoordigers en de vertegenwoordigde. Hierbij moet nog worden aangetekend dat het in eerste instantie aan de arts is om te bepalen of sprake is van een 'verrichting van niet ingrijpende aard', een 'noodsituatie', 'verzet', 'ernstig nadeel' etc.³¹

De informatieplicht van hulpverleners (*informed*) sluit aan bij de regels met betrekking tot de toestemmingseis, al bevat die plicht enkele bijzonderheden. Allereerst heeft de hulpverlener volgens de WGBO ook een informatieplicht jegens de patiënt die vanwege zijn leeftijd en/of geestelijke vermogens wordt vertegenwoordigd door een ander. Anders gezegd, in die gevallen moet de hulpverlener én de patiënt zelf – bijvoorbeeld het kind van 11 jaar – én de vertegenwoordigers – de gezagdragende ouders of voogd – informeren.

Op de informatieplicht van de arts bestaan twee uitzonderingen, naast de uitzondering dat informatie vanwege het noodkarakter van de ingreep soms niet vooraf kan worden gegeven. Allereerst komt de patiënt het recht op

behandeling gelden er voor de betreffende arts of andere zorgverlener een aantal verplichtingen. Omdat de verantwoordelijkheden, bevoegdheden en plichten van de behandelend arts³⁴ verschillen van die van de eventueel later in te schakelen beoordelend arts, sta ik eerst stil bij het onderscheid tussen behandelen en beoordelen.

3.1. *Scheiding behandeling en controle*

In de Nederlandse gezondheidszorg geldt al meer dan 100 jaar een scheiding tussen behandeling en controle.³⁵ Dit systeem komt er in de kern op neer dat een behandelend arts geen geneeskundige beoordelingen uitvoert bij zijn eigen patiënten, ook niet op hun nadrukkelijke verzoek. Dergelijke beoordelingen, dat wil zeggen het geven van een waardeoordeel over een belang dat is gelegen buiten de directe behandeling of begeleiding van een patiënt, zijn voorbehouden aan een onafhankelijke arts die objectief is en deskundig is om een dergelijke beoordeling uit te voeren. Omdat de onderzoeken en daarmee verband houdende handelingen van laatstgenoemde artsen niet uitsluitend zijn gericht op controle, wordt thans veelal gesproken over de scheiding tussen behandelen en beoordelen, en – in het verlengde hiervan – over beoordelend artsen.

Vanwege deze scheiding is het behandelend artsen niet toegestaan een medische of geneeskundige verklaring op te stellen bevattend een (waarde)oordeel over de gezondheid van hun patiënt.³⁶ Een behandelend arts

²⁵ Art. 7:466 lid 2 BW.

²⁶ Art. 7:465 lid 6 BW.

²⁷ Art. 7:466 lid 1 BW.

²⁸ Art. 7:465 lid 5 BW.

²⁹ Art. 7:453 BW.

³⁰ KNMG-Wegwijzer dubbele toestemming minderjarige (2011).

³¹ A.C. Hendriks, R.D. Friele, J. Legemaate & G.A.M. Widdershoven (red.), *Thematische Wetsevaluatie Zelfbeschikking in de zorg*, Den Haag:

geneeskundige verklaring op te stellen. Patiënten en hun (juridisch) adviseurs hebben daar vaak weinig begrip voor. Het is behandelend artsen daarentegen wel toegestaan (delen uit) het dossier ter beschikking te stellen aan de patiënt, een feitelijke verklaring op te stellen of gerichte vragen met toestemming van de patiënt te beantwoorden.³⁹

3.2. Informatie- en meldplicht behandelend arts na schade

Behandelend artsen zijn gehouden eerlijk en open te zijn jegens de (vertegenwoordiger(s)) van de patiënt over zaken die bij of rond de behandeling zijn gebeurd en waarvan de patiënt mogelijk schade ondervindt of kan gaan ondervinden.⁴⁰

Van de arts wordt verwacht dat hij zowel gevraagd als – in voorkomende gevallen – ongevraagd informatie verstrekt aan de patiënt over de aard, omvang en oorzaak van schade. De aanbevelingen zoals opgenomen in de GOMA-Gedragscode zijn hier leidend.⁴¹ Volgens aanbeveling 3 van deze code is het aan de arts of andere zorgaanbieder om binnen 24 uur na het ontdekken van een incident met (mogelijke) gevolgen voor de patiënt daarover contact op te nemen met de patiënt. Of de patiënt dan zelf reeds heeft gemerkt dat sprake is geweest van een incident is niet relevant; zodra een behandelend arts hier weet van heeft moet hij in actie komen. Ook anderszins legt de GOMA-Gedragscode allerlei plichten op zorgverleners om patiënten informatie te verschaffen, die eventueel ook kan worden gebruikt in een aansprakelijkheidsprocedure tegen de (verzekeraar van de) arts. Fouten erkennen en excuses aanbieden zijn toegestaan; sterker, indien uit onderzoek blijkt dat sprake is geweest van tekortschietend handelen is het aanbieden van excuses

aangaande het medisch dossier⁴³) en ook anderszins onderdeel uitmaakt van de professionele standaard, die de hulpverlener bij al zijn werkzaamheden in acht moet nemen.⁴⁴

Omdat de WGBO ervan uitgaat dat de arts jegens minderjarigen, ongeacht hun leeftijd of geestelijke vermogens, altijd een (zekere) informatieplicht heeft (par. 2.2), geldt deze norm bij het informeren over (mogelijke) schade onverkort. De arts zal daarbij wel rekening moeten houden met het bevattingvermogen van de minderjarige.

Tot dat het kind de leeftijd van 16 jaar heeft bereikt, heeft de arts ook een informatieplicht jegens de gezagdragende ouders of voogd van de minderjarige. Indien de minderjarige 16 jaar of ouder is, geldt de informatieplicht van de arts uitsluitend ten opzichte van de patiënt, tenzij de betrokkene niet tot een redelijke waardering van zijn belangen terzake in staat is. Dan geldt de informatieplicht jegens de vertegenwoordiger(s).

Mag of moet de arts nu ook de gezagdragende ouders of de voogd van een minderjarige van 16-18 jaar en die tot een redelijke waardering van zijn belangen terzake in staat is informeren? Dat mag volgens de systematiek van de WGBO uitsluitend indien de minderjarige daarvoor vooraf uitdrukkelijk en vrijwillig toestemming heeft gegeven. Het is de arts namelijk niet toegestaan om anderen dan de patiënt inlichtingen te geven over de patiënt, inzage te verstrekken in bescheiden over de patiënt dan wel daarvan afschrift te verstrekken zonder toestemming van laatstgenoemde, behoudens wettelijke uitzonderingen.⁴⁵ Dat betekent ook dat indien de arts informatie verstrekt aan een of beide ouders van een minderjarige van 16-18 jaar, zonder dat de betrokkene daarvoor toestemming heeft gegeven, zijn beroepsgeheim schendt.⁴⁶ Nu zal een minderjarige van 16-18 jaar

tegenwoordiger(s)) in alle gevallen recht heeft (hebben) op dezelfde informatie als de gegevens die door zorgaanbieders worden gemeld aan de IGZ in geval van een calamiteit of aan de VIM-commissie in het kader van het VMS-systeem bij een incident. Het antwoord op deze vraag luidt: neen, althans niet altijd. Een patiënt heeft recht op relevante informatie over (ontwikkelingen) rond zijn gezondheidstoestand (art. 7:448 BW). Hieruit vloeit voor een hulpverlener de plicht voort met de patiënt te spreken over gebeurtenissen die tijdens of rond de behandeling zijn 'misgegaan' of fout zijn gedaan, en die gevolgen (kunnen) hebben voor de gezondheid van de patiënt.⁴⁷ Dat de patiënt deze informatie ook kan gebruiken in het kader van een klacht-, tuchtrechtelijke of aansprakelijkheidsprocedure doet niet af aan de plicht van de zorginstelling of de verantwoordelijke zorgverlener om open en eerlijk te spreken met de patiënt over hetgeen is gebeurd en de mogelijke effecten daarvan voor de patiënt.⁴⁸ Dit betekent dat de patiënt altijd recht heeft op informatie over calamiteiten. De patiënt ervaart hiervan immers rechtstreeks nadelige gevolgen. Dit is anders bij incidenten. Daarover hoeft de patiënt enkel te worden geïnformeerd voor zover de patiënt daarvan consequenties ervaart of kan ervaren. Anders gezegd, er bestaat geen informatieplicht ingeval de patiënt van zaken die fout zijn gegaan of gedaan geen gevolgen ervaart of zal ervaren. Vanuit het oogpunt van kwaliteit kan het toch nuttig zijn hiervan te leren. Van daar dat er toch een meldplicht bestaat in het kader van VMS.

3.3. *Voorkomen vervolgschade*

Indien een behandelend arts merkt, of erop wordt gewezen, dat bij een patiënt, casu quo kind, schade is ontstaan na een geneeskundige behandeling, is een goed hulpverlener gehouden alles in het werk te stellen ver-

geldige toestemming kan of kunnen geven is afhankelijk van de leeftijd van het kind, zijn geestelijke vermogens en wie zijn eventuele vertegenwoordiger(s) is/zijn, die dan vervolgens moeten handelen als goed vertegenwoordigers (par. 2.1).

Hieruit volgt dat de behandelend arts wel is gehouden om al hetgene te doen dat nodig is om vervolgschade te voorkomen, maar dat voor daadwerkelijke (be)handelingen rechtsgeldige toestemming nodig is. Ook ter voorkoming van eventuele geschillen over de loop van gebeurtenissen achteraf, doet de behandelend arts er goed aan van alle relevante feiten en omstandigheden (bijv. wanneer en hoe is schade ontdekt? Wat heeft arts gedaan? Welke zorg is aangeboden? Met welke behandeling heeft patiënt ingestemd? Etc.) goed te noteren in het medisch dossier van het kind (par. 3.4).

In theorie doet zich in deze situaties mogelijk een knelpunt voor: de arts kan vervolgschade naar alle waarschijnlijkheid helpen voorkomen, maar de patiënt of diens vertegenwoordiger(s) weigert toestemming, als gevolg waarvan de schade oploopt. De vraag kan zich dan opdringen voor wiens rekening deze vermijdbare vervolgschade komt.

Het antwoord op deze vraag is afhankelijk van de omstandigheden van het geval. Indien vervolgschade op een weinig belastende wijze voor de patiënt en zonder dat de patiënt daarbij meer dan minimale risico's loopt kan worden voorkomen, is het naar mijn mening niet redelijk dat de uiteindelijk aansprakelijk gestelde persoon de vervolgschade in volle omvang moet dragen. Dit is anders indien het voorkomen van vervolgschade wel belastend of risicovol is; in die gevallen zal de aansprakelijk gestelde persoon de vervolgschade misschien alsnog volledig moeten dragen. Of dit zo is, is afhankelijk van de ernst van de belasting en de omvang van de risico's. Vanwege het belang van deze contextuele factoren is goede dossiervoering door de arts van groot

is ontstaan. Bij een eventuele procedure kan het voor de patiënt (en zijn vertegenwoordiger(s)) van groot belang zijn te beschikken over een volledig medisch dossier. Of de arts ook gegevens aangaande zaken die fout zijn gegaan of gedaan in het dossier moet optekenen, is afhankelijk van het antwoord op de vraag of de patiënt hiervan gevolgen ervaart of kan gaan ervaren. Indien dit zo is, dan past het een goed hulpverlener dit met de patiënt te bespreken en dit in het dossier te vermelden. De toekomstige Wkkgz beoogt deze norm te codificeren.⁵³ Indien de patiënt geen gevolgen ervaart of zal ervaren, is er geen reden van incidenten aantekening te maken in het dossier. Immers, deze gegevens raken niet aan de kwaliteit en continuïteit van zorg aan de betreffende patiënt. De arts kan daarom volstaan met het nakomen van de meldplicht in het kader van het VMS. De patiënt heeft op grond van de WGBO het recht op inzage in en het recht op afschrift van het medisch dossier.⁵⁴ Dit recht kan van belang zijn indien een patiënt of de nabestaanden meer wil(len) weten over de omstandigheden waaronder schade is ontstaan. Nakoming van dit recht blijft alleen achterwege indien dit noodzakelijk is in het belang van de persoonlijke levenssfeer van anderen. Ingeval de patiënt vanwege zijn leeftijd en/of geestelijke vermogens wordt vertegenwoordigd door een ander moet de hulpverlener deze verplichting jegens de vertegenwoordiger(s) nakomen, tenzij nakoming onverenigbaar is met het privacybelang van anderen of de eis van het goed vertegenwoordigerschap of goed hulpverlenerschap.

patiënt of wanneer het bepaalde bij of krachtens de wet zich tegen vernietiging verzet.⁵⁶ Vernietiging op verzoek van de ouders blijft voorts achterwege indien dit in strijd is met de eisen van goed hulpverlenerschap of indien het belang van het kind aan vernietiging in de weg staat.⁵⁷

Op grond van de in de WGBO verankerde geheimhoudingsplicht mag een arts, zonder toestemming van de patiënt, geen informatie over schade na een behandeling met anderen delen, tenzij dit moet op grond van de wet. Zoals gezegd mag een behandelend arts evenmin een (schade)beoordeling uitvoeren bij zijn patiënt. Met toestemming van zijn patiënt (of zijn vertegenwoordiger(s)) mag een behandelend arts wel gerichte vragen van een beoordelend arts beantwoorden. Daarnaast is het een behandelend arts toegestaan, op verzoek of met toestemming van de patiënt, feitelijke medische informatie te verstrekken, al dan niet in de vorm van een verklaring. Uit de systematiek van de WGBO volgt dat de behandelend arts bovengenoemde verplichtingen bij een minderjarige van 16-18 jaar, en in staat tot een redelijke waardering van zijn belangen terzake, rechtstreeks nakomt jegens de minderjarige. De gezagdragende ouder hoeft voor gebruikmaking van deze rechten geen toestemming te geven. Gezagdragende ouders hebben evenmin een zelfstandig recht op nakoming van die plichten jegens henzelf als gezagdragenden.

Bij kinderen onder de 16 jaar volgt uit de WGBO dat de arts tot nakoming van deze rechten is gehouden jegens de ouders. Dat geldt ook voor de categorie kinderen in de leeftijdsgroep 12-16 jaar. De WGBO voorziet voor deze categorie in een systeem van dubbele toestemming,

⁵¹ Art. 454 lid 1 BW. Zie ook beginsel 2 van GOMA. Volgens dit laatste beginsel moet de zorgaanbieder het dossier adequaat en tijdig bijhouden en bij een incident met (mogelijke) gevolgen voor de patiënt ook informatie opnemen over aard en toedracht van het incident en (mogelijke) gevolgen voor patiënt.

⁵² Art. 454 lid 3 BW.

eenlopende opvattingen tussen het 12-16 jarige kind en zijn gezagdragende ouder(s) of voogd het volgende:

Wat betreft de uitoefening van het recht op inzage in en afschrift van het dossier zal de arts moet letten op de belangen van het kind, en als goed hulpverlener kritisch moet toetsen of de gezagdragende ouders of voogd als goed vertegenwoordiger handelen;

Wat betreft de uitoefening van het recht op vernietiging zal de arts nauwkeuring moeten kijken hoe een verzoek om vernietiging zich verhoudt tot het belang van bewaring voor de patiënt. Ook in dergelijke situaties zal de arts, als goed hulpverlener, goed moeten kijken naar de belangen van het kind en kritisch moet toetsen of de gezagdragende ouders of voogd handelen als goed vertegenwoordiger.

4. Schade na behandeling bij een minderjarige: verplichtingen beoordeelend arts

Alvorens in te gaan op de plichten van een beoordeelend arts, een enkele opmerking vooraf.

Nadat er aanwijzingen zijn dat er bij een patiënt schade is ontstaan tijdens of aansluitend aan een geneeskundige behandeling, kan worden besloten een beoordeelend arts in te schakelen. De opdracht aan en de benaming van de beoordeelend arts⁵⁸ is mede afhankelijk van wat deze arts moet onderzoeken en wie de 'opdrachtgever' is (de verzekeraar, de rechtbank, betrokken partijen etc.). Veel gestelde vragen aan een beoordeelend arts zijn: onderzoek of sprake is geweest van een medische fout, van causaal verband tussen geneeskundig handelen en schade, van handelen conform de professionele standaard of de omvang van de (toekomstige) schade.⁵⁹

'Het onderzoeken' is daarnaast een handeling op het gebied van de individuele gezondheidszorg, waarop de bepalingen van de Wet BIG van toepassing zijn.⁶³ Dat betekent onder meer dat de beoordeelend arts verplicht is verantwoorde zorg te leveren⁶⁴ en daarvoor ook tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid draagt.⁶⁵ Volgens vaste tuchtrechtspraak brengt dit onder andere met zich dat de beoordeelend arts moet beschikken over de specifieke deskundigheid die nodig is voor het geven van het gevraagde oordeel⁶⁶ en zich in de rapportage ook beperkt tot zijn deskundigheid (zie hierna).⁶⁷

Wat betekent dit alles voor de informatie- en meldplicht van de beoordeelend arts, het blokkeringsrecht van de patiënt, het respecteren van overige patiëntenrechten, het voorkomen van verdere schade en de wijze van rapporteren?

4.1. Informatie- en meldplicht beoordeelend arts na schade

De in de WGBO neergelegde informatieplicht⁶⁸ geldt ook voor beoordeelend artsen. Alvorens een patiënt aan een onderzoek te onderwerpen, dient de arts de patiënt (en in voorkomende gevallen de vertegenwoordiger(s)) informatie te verstrekken 'over het voorgenomen onderzoek' en 'over de ontwikkelingen omtrent het onderzoek' en alle andere relevante zaken. Die informatieplicht geldt bij kinderen tot 16 jaar ook tegenover de gezagdragende ouder(s) of voogd. De beoordeelend arts heeft ten opzichte van minderjarigen van 16-18 jaar alleen een informatieplicht jegens de betrokken minderjarige, tenzij hij niet in staat is tot een redelijke waardering van zijn belangen terzake. In dat geval dient de beoordeelend arts ook de gezagdragende ouders (dan wel voogd) te informeren.

passelijkheid van de normen inzake veilig melden in het kader van het VMS-systeem.

De meldplicht bij calamiteiten geldt, zoals gezegd, alleen voor zorginstellingen en niet voor individuele beroepsbeoefenaren die hun werkzaamheden niet in het kader van een zorginstelling uitoefenen. Bij beoordelend artsen is veelal sprake van laatstgenoemde situatie. Dat betekent dat er voor hen geen meldplicht geldt.

Afhankelijk van de vraag of op de werkzaamheden van een beoordelend arts de regels van een VMS-systeem van toepassing zijn, zijn de normen inzake veilig melden van toepassing. Ook hiervoor geldt dat dit bij beoordelend artsen vaak niet het geval is.

4.2. *Blokkeringsrecht*

Artikel 7:464 BW, inzake het inzage- en blokkeringsrecht, beoogt de patiënt bepaalde rechten toe te kennen inzake de zeggenschap over op hem betrekking hebbende gegevens die zijn verkregen via een keuring waarbij geen sprake was van een geneeskundige behandeling, maar van een beoordelingshandeling. Deze bepaling is in beginsel van groot belang bij beoordelingen ter bepaling van de (oorzaak, omvang van en aansprakelijkheid voor) schade van een patiënt, al haast ik mij hieraan toe te voegen dat over de precieze betekenis van deze bepaling bovenal verwarring bestaat onder rechtsgeleerden.⁶⁹ Uit de formulering van art. 7:464 BW volgt dat de patiënt zich bij een geneeskundige behandeling ter beoordeling van zijn gezondheidstoestand ('keuring') in opdracht van een ander niet met het oog op een reeds tot stand gekomen arbeidsverhouding of burgerrechtelijke verzekering of opleiding waartoe de patiënt reeds is toegelaten, in de gelegenheid moet worden gesteld mee te delen of hij als eerste de uitslag van de keuring en de gevolg-

daaraan toe dat de patiënt zich wel moet realiseren dat de rechter gevolgen kan verbinden die hij geraden acht indien de patiënt gebruik maakt van dit recht.⁷¹ Volgens de Hoge Raad geldt het blokkeringsrecht ook bij een deskundigenbericht, maar niet ten opzichte van de medisch adviseur van een verzekeraar.⁷²

Interessant, maar tegelijkertijd verwarrend, is dat het Centraal Tuchtcollege heeft uitgemaakt dat het blokkeringsrecht niet geldt indien een deskundige op basis van een rechterlijke benoeming een onderzoek verricht en daarvan rapport uitbrengt.⁷³ De regeling inzake het inzage- en blokkeringsrecht, hoewel van belang voor ons onderwerp, is evenwel zo ingewikkeld dat de tuchtrechter het artsen vaak niet al te zwaar aanrekent als zij de betekenis hiervan niet exact kennen.⁷⁴

4.3. *Naleven overige patiëntenrechten*

Bij het uitvoeren van zijn onderzoek en het opstellen van zijn rapportage daarover is de behandelend arts gehouden aan alle patiëntenrechten, zoals opgenomen in de WGBO 'voor zover de aard van de rechtsbetrekking zich daartegen niet verzet'.⁷⁵ Dat betekent dat de in de WGBO neergelegde leeftijdsgrenzen voor het geven van rechtsgeldige toestemming bij minderjarigen ook bij beoordelingshandelingen leidinggevend zijn.

Vanwege het andersoortige doel van een onderzoek ter beoordeling van (de oorzaken of omvang van) schade bij een patiënt of ter beantwoording van de vraag of professioneel is gehandeld, dan onderzoek gericht op diagnostiek en behandeling, geldt voor de beoordelend arts een beperkte bewaarplicht wat betreft de medische gegevens van een patiënt. Deze gegevens mogen slechts worden bewaard 'zolang dat noodzakelijk is in verband met het doel van onderzoek, tenzij het bepaalde bij of krachtens

voor situaties waarin de beoordelend arts in het kader van zijn beoordeling tot de conclusie komt dat de beoordeelde patiënt (nadere) behandeling behoeft? Die behandeling kan verband houden met de schade waarnaar de beoordelend arts onderzoek doet, maar kan ook het gevolg zijn van een zogenaamde 'toevalstreffer'. Een voorbeeld van dat laatste is wanneer een beoordelend arts bij het bestuderen van een foto een verdacht vlekje ontwaart of bij een bloedmonster bemerkt dat het HB-gehalte veel te hoog is, hoewel het onderzoek daarop niet was gericht.

Volgens de systematiek van de WGBO is de beoordelend arts bij het constateren van een oorzaak die vervolgschade kan veroorzaken, onafhankelijk van de mogelijke relatie tussen de oorspronkelijke behandeling waarna schade is ontstaan en de eventuele vervolgschade, verplicht zijn bevindingen te bespreken met de patiënt en/of zijn vertegenwoordiger(s), afhankelijk van de leeftijd van de patiënt en zijn geestelijke vermogens. Behoudens noodsituaties⁷⁸ is het niet aan de beoordelend arts om over te gaan tot behandeling. Anders zou alsnog een vermenging van beoordeling en behandeling ontstaan, hetgeen om eerdergenoemde redenen in Nederland onwenselijk wordt geacht. Van een goed hulpverlener wordt in dergelijke situaties van de beoordelend arts verwacht, dat hij de patiënt niet alleen informeert maar ook actief meewerkt aan informatieoverdracht aan de huisarts of een andere arts bij wie de patiënt onder behandeling staat. Het is niet aan de beoordelend arts om de patiënt te verwijzen naar een specifieke specialist; ook dan zal de beoordelend arts zich als behandelaar opstellen.

Voor de informatieoverdracht aan de huisarts of andere behandelend arts is de toestemming van de patiënt en/of zijn vertegenwoordiger(s) nodig. Ook hier zijn de in de WGBO neergelegde leeftijdsgrenzen voor het geven van rechtsgeldige toestemming richtinggevend.

Op basis van vaste tuchtrechtspraak worden aan een 'medisch advies' of 'rapportage'⁸⁰ de volgende eisen gesteld:

- 1) wordt in het rapport op inzichtelijke en consistente wijze uiteengezet op welke gronden de conclusie van het rapport steunt;
- 2) vinden de in het rapport uiteengezette gronden aantoonbaar voldoende steun in de feiten, omstandigheden en bevindingen vermeld in het rapport;
- 3) kunnen bedoelde gronden de daaruit getrokken conclusie rechtvaardigen;
- 4) beperkt de rapportage zich tot de deskundigheid van de rapporteur; en
- 5) kon de methode van onderzoek teneinde tot beantwoording van de voorgelegde vraagstelling te komen tot het beoogde doel leiden, dan wel heeft de rapporteur daarbij de grenzen van redelijkheid en billijkheid overschreden.⁸¹

Uit deze criteria blijkt dat er zowel eisen worden gesteld aan de deskundigheid van de beoordelend arts (vierde eis); het door deze arts uitgevoerde onderzoek om tot een beoordeling te komen (vijfde eis), als de wijze van rapporteren en het trekken van conclusies (eisen een tot en met drie). Het niet nakomen van deze eisen leidt tot (in ieder geval tucht)rechtelijke aansprakelijkheid van de beoordelend arts.

5. Conclusies

Bovenstaande analyse leert dat er een groot aantal regels van toepassing is op het handelen van artsen na het constateren van schade bij de (minderjarige) patiënt na een geneeskundige behandeling. Daarbij doet niet terzake of de schade is veroorzaakt door een medische fout of anderszins, al is hierboven gewaarschuwd voor het veron-

leeftijd en de wilsbekwaamheid van de patiënt. De regels, met name de zogenaamde patiëntenrechten, zijn bovenal toegespitst op de behandelend arts, en dan analoog van toepassing op de beoordelend arts. Maar er zijn ook regels, zoals over de bewaarplicht voor medische gegevens, het blokkeringsrecht van de patiënt en de eisen die worden gesteld aan een rapportage, die primair gelden voor beoordelend artsen.

Openheid naar de patiënt toe en het vragen van toestemming voor een (nadere) behandeling of beoordelingsonderzoek zijn kernbegrippen. Maar het spreekt voor zich dat de arts ook altijd moet handelen als goed hulpverlener en zich gevraagd en ongevraagd dient in te spannen ter voorkoming van vervolgschade bij de patiënt.

De leeftijd van de patiënt doet bovenal terzake bij het vragen van toestemming. Bij minderjarigen tot 16 jaar en bij oudere minderjarigen die niet in staat zijn tot een redelijke waardering van hun belangen terzake zal een arts (ook) toestemming moeten verkrijgen van de vertegenwoordiger(s) om te mogen behandelen, waaronder beoordelend handelen.

Ingewikkeld wordt het als de wensen van de minderjarige en die van zijn vertegenwoordigers niet overeenkomen. De wetgever legt het lot dan feitelijk in handen van de arts, die als goed hulpverlener moet handelen, en aldus moet bepalen wat het meest in het belang is van het kind en dient te toetsen of de vertegenwoordigers als goed vertegenwoordiger handelen.

Of de arts bij het bepalen van zijn handelwijze ook acht moet slaan op de doelen van partijen bij het (niet) geven

uiteindelijk de wensen van de patiënt of diens vertegenwoordiger(s) moet respecteren, tenzij die niet in het gezondheidsbelang is van de patiënt of anderen, dan wel evident in strijd zijn met de wet.

De wet biedt tot slot allerlei waarborgen voor het medisch beroepsgeheim en de zorgvuldige omgang met medische gegevens. Voorkomen moet worden dat deze garanties worden ondermijnd door derden door de patiënt of zijn vertegenwoordiger(s) te 'verzoeken' om een afschrift van het medisch dossier. Strikt genomen kan een patiënt te allen tijde en zonder opgaaf van redenen verzoeken om zo'n afschrift en dient een arts, behoudens enkele uitzonderingen, daaraan te voldoen. Indien derden deze route gaan misbruiken om het stellen van gerichte vragen uit de weg te gaan, is de vrije toegang tot de gezondheidszorg in gedrang en moet worden gevreesd dat patiënten vaker dan nu gaan verzoeken om vernietiging van (delen van) hun dossier, waardoor de kwaliteit en continuïteit van zorg aan hen in de knel kan komen.

Mijns inziens dienen ook advocaten, die personen bijstaan die stellen slachtoffer te zijn van letselschade, af te zien van het opvragen van het gehele medisch dossier, maar zo nodig gerichte vragen te stellen. Los van de omstandigheid dat kan worden betwijfeld of juristen deze informatie zonder nadere toelichting goed kunnen duiden, kan ook hierdoor de toegang tot de gezondheidszorg in het gedrang komen. Hoe meer afschriften van een dossier is omloop komen, des te problematischer de toegang tot de gezondheidszorg. Ook op advocaten rust in dezen een verantwoordelijkheid.

Postscriptum

De eisen die de tuchtrechter stelt aan een deskundigen rapportage zijn in par. 4.5 van deze bijdrage uiteengezet. Begin 2014 heeft het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (CTG) de criteria aangescherpt. Deze eisen luiden nu als volgt:

1. Het rapport vermeldt de feiten, omstandigheden en bevindingen waarop het berust;