



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Schadekansen bij medische fouten. Proportionele aansprakelijkheid in de praktijk

Velthoven, B.C.J. van

Citation

Velthoven, B. C. J. van. (2011). Schadekansen bij medische fouten. Proportionele aansprakelijkheid in de praktijk. *Tijdschrift Voor Gezondheidsrecht*, 35(1), 18-37. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/43248>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/43248>

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

Schadekansen bij medische fouten

Proportionele aansprakelijkheid in de praktijk*

Dr. B.C.J. van Velthoven**

1. Inleiding

Random een bevalling blijkt mevrouw D. te kampen te hebben met een verhoogde bloeddruk, die de kans op allerlei complicaties vergroot. Helaas schiet de begeleiding door de gynaecoloog tekort. De bewaking van de bloeddruk is duidelijk minder intensief dan volgens de professionele standaard zou moeten. Daardoor kunnen er periodes van bloeddrukverhoging optreden die ten onrechte niet worden behandeld. Enige uren later krijgt de patiënte een hersenbloeding. In de daaropvolgende rechtszaak schatten de medisch deskundigen via een gedetailleerd rekenmodel dat de kans op een hersenbloeding bij intensieve bewaking 0,00007175 (1 op 13.937) zou zijn geweest, tegenover 0,0000881 (1 op 11.351) bij de feitelijke gang van zaken. Een correct optreden van de gynaecoloog zou de kans op een hersenbloeding dus met zo'n 19% verminderd hebben. Toch vindt het Hof 's-Gravenhage op 28 april 2009 de vermindering van de kans met 0,00001635 "zodanig gering, dat deze zich niet laat vertalen in een rechtens relevante mate van gemis aan kans die zich leent voor vergoeding van schade". De claim van mevrouw D. wordt afgewezen.¹

Deze recente afwijzing roept belangrijke vragen op over de werking en reikwijdte van proportionele aansprakelijkheid. Enerzijds blijkt uit de geciteerde zinsnede dat rechters bij medische fouten bepaald niet afwijzend staan tegenover het toekennen van een schadevergoeding op basis van het verlies van een kans op een beter resultaat. Ook laat de casus zien dat medisch deskundigen inmiddels in staat en bereid zijn om die kans op een beter resultaat tot in detail te bepalen.

Anderzijds geeft de uitspraak aan dat rechters terugdeinzen voor die grotere exactheid, als blijkt dat de absolute schadekansen erg klein zijn. Hier lijkt de transparantie van het deskundigenbericht het slachtoffer ernstig parten te hebben gespeeld. Hadden de deskundigen volstaan met de mededeling dat naar hun beste weten de kans op een beter resultaat, zeg, 20% hoger was geweest bij een adequate behandeling, dan hadden de rechters waarschijnlijk niet geargeld om het slachtoffer een gedeeltelijke schadevergoeding van 20% toe te kennen. De terughoudendheid is ook daarom opmerkelijk, omdat kleine kansen bij 'gewone' aansprakelijkheidszaken eerder regel dan uitzondering zijn en dan toch niet aan toekenning van een schadevergoeding in de weg staan.

Denk bijvoorbeeld aan verkeersongelukken. Nederlandse automobilisten rijden betrekkelijk massaal door rood. Dat is algemeen bekend, zodat voetgangers bij het oversteken op

* Met dank aan Bo Terpstra voor commentaar op een eerdere versie.

** Ben van Velthoven is universitair hoofddocent Rechtseconomie aan de Juridische Faculteit te Leiden.

1 Hof 's-Gravenhage 28 april 2009, LJN BI4768.

hun hoede zijn. De absolute kans dat een voetganger op een oversteekplaats wordt geschept door een door rood rijdende auto, is dan ook buitengewoon klein. Stopt een automobilist wel, dan daalt de absolute kans van buitengewoon klein naar nihil, een zeer geringe afname. Toch zullen weinig juristen aarzelen om de betrokken automobilist aan te spreken als er een voetganger is aangereden. Het is duidelijk dat die voetganger heelhuids de overkant zou hebben bereikt als de automobilist voor het stoplicht was gestopt.

Een en ander is voor mij reden om wat uitgebreider stil te staan bij de wijze waarop proportionele aansprakelijkheid in de Nederlandse rechtspraak rondom medische fouten sinds het begin van de jaren negentig vorm heeft gekregen. Doordat proportionele aansprakelijkheid op dat vlak reeds geruime tijd toepassing vindt, is in de gepubliceerde jurisprudentie een behoorlijk aantal interessante zaken te vinden. In paragraaf 3 beschrijf ik welke ontwikkelingslijnen er in de jurisprudentie zijn te onderkennen. Vervolgens maak ik in paragraaf 4 een aantal kanttekeningen. Er zijn namelijk redenen om (nog) niet geheel tevreden te zijn over wat er is bereikt. Voor een goed begrip bespreek ik daaraan voorafgaande in paragraaf 2 het waarom en hoe van proportionele aansprakelijkheid. Ik sluit af met mijn conclusies in paragraaf 5.

2. Proportionele aansprakelijkheid

Proportionele aansprakelijkheid mag zich in Nederland in een groeiende belangstelling verheugen als oplossing voor gevallen van onzekere causaliteit. Het gaat dan om gevallen waarin er blijvende twijfel bestaat over het *condicio sine qua non* (*csqn*) verband tussen een onrechtmatige daad (de fout) en de opgetreden schade. Enerzijds wordt het niet redelijk gevonden om de benadeelde (het slachtoffer) geheel in de kou te laten staan, omdat er een reële kans is dat de schade door de fout is veroorzaakt. Anderzijds wordt het niet redelijk geacht om degene die de fout gemaakt heeft (de dader) voor het geheel van de schade te laten opdraaien omdat er een reële kans is dat de schade een andere oorzaak heeft. Bij *proportionele aansprakelijkheid* wordt de schade toegerekend aan de dader naar rato van diens bijdrage aan de kans op het ontstaan van de schade.

2.1 Billijke compensatie en preventieve werking

In de juridische literatuur is het principe van proportionele aansprakelijkheid in de afgelopen jaren op tal van plaatsen besproken en welwillend tegemoet getreden.² Het is volgens de meeste auteurs³ uiteindelijk billijker dan een alles-of-niets-oplossing. Weliswaar draagt proportionele aansprakelijkheid in zich dat individuele slachtoffers ten opzichte van de schadevergoeding die recht doet aan de feitelijke veroorzaking van de schade, te veel of te

2 Ik noem slechts M. de Ridder, 'Kansverlies als schadefactor bij medische aansprakelijkheid', *Ars Aequi* 1995, p. 548-554; A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997; I. Giesen & T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht*, Deventer: Kluwer 2008; en Chr.H. van Dijk, 'De proportionele benadering bij medische aansprakelijkheid', in: T. Hartlief & W.R. Kastelein (eindred.), *Medische aansprakelijkheid: actuele en toekomstige ontwikkelingen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 95-122.

3 Zie voor een afwijkende visie J.H. Nieuwenhuis, 'Disproportionele aansprakelijkheid', *RMThemis* 2006, p. 177-178.

weinig krijgen. Maar dat bezwaar wordt niet van doorslaggevend belang geacht. Omdat het nu eenmaal om gevallen gaat waarin de feitelijke veroorzaking blijvend onbekend is, heeft het concept van over- of ondercompensatie slechts theoretische waarde. Proportionele aansprakelijkheid levert in ieder geval op macroniveau de juiste compensatie op.

Het laatste argument is ook van belang in een rechtseconomische benadering van de problematiek, waar niet de billijkheid van de compensatie centraal staat, maar de preventieve werking.⁴ De achterliggende gedachte is dat de dader *ex ante* gedwongen moet worden een afweging te maken tussen de verwachte schade als gevolg van zijn handelen en de kosten van het betrachten van zorg ter voorkoming van schade. De maatschappelijke welvaart is ermee gediend dat er dan en alleen dan meer zorgvuldigheid wordt betracht, als de besparing op de verwachte schade opweegt tegen de meerkosten van zorg en preventie.

In de praktijk zal de schade veelal niet bij de dader zelf, maar bij anderen neerslaan. Zonder de verplichting om schadevergoeding te betalen zou de dader weinig reden hebben om preventieve maatregelen te nemen. Dat ligt anders wanneer de verwachte schade volledig wordt geïnternaliseerd, dat wil zeggen: als de schadevergoeding die de dader naar verwachting moet betalen, in de pas loopt met de verwachte schade als gevolg van zijn handelen. In dat geval vallen zijn persoonlijke belangen samen met de maatschappelijke belangen. De dader wordt gestimuleerd een beslissing te nemen die optimaal bijdraagt aan de maatschappelijke welvaart, anders gezegd: er is sprake van een efficiënte prikkel.

De preventieve werking van proportionele aansprakelijkheid kan nader worden toegelicht. Neem aan, zie tabel 1, dat de schadekans gelijk is aan P_0 , als dader A. zorgvuldig handelt. Die schadekans kan door de werking van natuurlijke krachten of het toeval heel wel groter zijn dan nul. P_1 is de schadekans als A. onvoldoende zorgvuldigheid betracht. Vanzelfsprekend geldt $P_0 < P_1$. Neem verder aan dat de schade, als die optreedt, de omvang S heeft. Neem ten slotte aan dat zorgvuldig handelen door A. kosten van zorg met zich meebrengt, weergegeven door K . Die kosten zijn het gevolg van het feit dat A. bepaalde inspanningen moet leveren of voorzieningen moet treffen, maar het is ook denkbaar dat hij opbrengsten derft.

Tabel 1. *Schadekansen ex ante*

Dader A.	Zorgvuldig	P_0
	Onzorgvuldig	P_1

Tabel 2. *Verwachte kosten van dader A*

Dader A.	Zorgvuldig	K
	Onzorgvuldig	$(P_1 - P_0) \times S$

De economische prikkel voor dader A. onder proportionele aansprakelijkheid wordt zichtbaar gemaakt in tabel 2. Als A. zorgvuldig handelt, heeft hij kosten van zorg, K . Er kan dan nog altijd (met kans P_0) schade ontstaan, maar daarvoor zal A. in rechte niet aansprakelijk zijn.

4 Zie voor een uitvoeriger uiteenzetting o.a. B.C.J. van Velthoven & P.W. van Wijck, 'Proportionele aansprakelijkheid vanuit ex ante perspectief', *AV&S* 2008, p. 130-140.

kelijk worden gehouden. Er is immers geen sprake van een fout zijnerzijds. Neem vervolgens het geval dat A. onzorgvuldig handelt. Er ontstaat dan met kans P_1 schade. Als er schade is, kan het slachtoffer B. een claim indienen, waarna A. in rechte zal worden verplicht een proportioneel deel te vergoeden. De proportie wordt gegeven door het *attributieve risico*, dat wil zeggen: dat deel van de shadekans dat zijn oorsprong vindt in het onzorgvuldig handelen van A. Uitgaande van tabel 1 kan het attributieve risico worden berekend als $(P_1 - P_0)/P_1$. *Ex ante* is de verwachte waarde van de door de A. te betalen schadevergoeding dan gelijk aan P_1 (de kans op schade) $\times (P_1 - P_0)/P_1$ (zijn proportionele aandeel) $\times S$ (de omvang van de schade). Na vereenvoudiging komt dat uit op $(P_1 - P_0) \times S$. Al met al wordt dader A. door proportionele toerekening dus geprikkeld om een afweging te maken tussen de kosten van zorgvuldig gedrag, K, enerzijds en de reductie van de verwachte schade, $(P_1 - P_0) \times S$, anderzijds. Dat levert een efficiënte keuze op.⁵

2.2 Proportionele aansprakelijkheid in de rechtspraak

Het principe van proportionele aansprakelijkheid is niet alleen theoretisch interessant bevonden, het blijkt ook praktisch bruikbaar. In de Nederlandse jurisprudentie vindt het beginsel in toenemende mate toepassing.

Bij *medische fouten* is er met enige regelmaat sprake van causaliteitsonzekerheid. In het algemeen zal een fout een negatief effect hebben op de conditie van de patiënt, maar het hoeft niet. Op het moment dat de arts in beeld komt, is de patiënt immers reeds ziek of gewond. Helaas heeft behandeling dan niet altijd effect. De schade van een foutieve diagnose of behandeling bestaat dan ook vaak hieruit dat de patiënt een *kans op een beter resultaat* misloopt. Sinds de uitspraak van de Rechtbank Amsterdam in de zaak Wever/De Kraker van 15 december 1993⁶ heeft de lagere rechtspraak bij medische fouten de weg van de proportionele aansprakelijkheid ingeslagen door dit verlies van een kans op een beter resultaat als uitgangspunt voor de schadetoerekening te nemen.

Ook *beroepsfouten van advocaten*, in de vorm van een verkeerd advies of een verzuim om tijdig een procedure in te stellen, kunnen cliënten de kans op een beter resultaat ontnemen. Voor dit soort zaken heeft de Hoge Raad in een arrest van 24 oktober 1997 de weg gewezen.⁷ Mr. H. had verzuimd hoger beroep in te stellen tegen een vonnis waarbij zijn cliënt in het ongelijk was gesteld. Volgens de Hoge Raad moet voor het antwoord op de vraag of en in welke mate de cliënt schade heeft geleden “in beginsel worden beoordeeld hoe de appèl-rechter had behoren te beslissen, althans moet het te dier zake toewijsbare bedrag worden

5 Ter illustratie geef ik een cijfervoorbeeld. Stel: $P_0 = 30\%$, $P_1 = 50\%$, $S = 100$. Het attributieve risico is dan $(P_1 - P_0)/P_1 = (50 - 30)/50 = 0,4$, ofwel 40%. Als er bij onzorgvuldig handelen van dader A. schade optreedt, is er een kans van 40% dat de oorzaak bij A. ligt; de overige 60% komt voor rekening van oorzaken (natuurlijke krachten, het toeval) die ook bij zorgvuldig handelen van A. tot schade hadden kunnen leiden. Onder proportionele aansprakelijkheid moet A. bij onzorgvuldig handelen 40% van de schade vergoeden. De verwachte waarde van de door hem te betalen schadevergoeding bedraagt dan 50% (de kans op schade) $\times 40\%$ (zijn proportionele aandeel) $\times 100$ (de omvang van de schade) = 20.

Die verwachte schadevergoeding is gelijk aan de verwachte schade die A. door zorgvuldig gedrag bij het slachtoffer kan uitsparen. A. krijgt de efficiënte prikkel om de kosten van zorg af te wegen tegen de besparing op de verwachte schade. Zijn de kosten van zorg slechts 10, dan kiest A. voor zorgvuldig gedrag. Zouden de kosten van zorg 30 zijn, dan zou hij ervoor kiezen om juist geen zorgmaatregelen te nemen.

6 Rb. Amsterdam 15 december 1993 en Hof Amsterdam 4 januari 1996, NJ 1997, 213.

7 HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 (m.nt. P.A. Stein).

geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de appellant in hoger beroep, zo dit ware ingesteld, zou hebben gehad".⁸

In de derde plaats heeft de Hoge Raad in het arrest Nefalit/Karamus van 31 maart 2006 proportionele aansprakelijkheid aanvaard voor *beroepsziekten*.⁹ In de genoemde zaak lag de causaliteitsonzekerheid hierin dat de schade zowel veroorzaakt kon zijn door onzorgvuldig handelen van de werkgever (asbestblootstelling), als door een omstandigheid voor rekening van de werknemer zelf (roken, natuurlijke aanleg), dan wel een combinatie van beide. Gezien de onzekerheid over de feitelijke oorzaak achtte de Hoge Raad het niet redelijk en billijk om de schade geheel op de ene dan wel de andere partij af te wentelen. De vergoedingsplicht van de werkgever kan in zo'n geval worden verminderd in evenredigheid met de mate waarin de aan de werknemer toe te rekenen omstandigheden tot diens schade hebben bijgedragen.¹⁰

In eerste instantie is dus in de jurisprudentie de basis voor een proportionele schade-toerekening gevonden in een oprekking van het schadebegrip bij beroepsfouten van artsen en advocaten, zodanig dat ook het verlies van een kans daaronder begrepen kon worden. Plezierige bijkomstigheid was dat het csqn-vereiste voor het causale verband tussen fout en schade overeenind kon blijven. In het arrest Nefalit/Karamus daarentegen wordt het csqn-vereiste zelf opgerekt. Het samenstel van omstandigheden is in totaal weliswaar csqn voor de schade. Maar van elke omstandigheid afzonderlijk is onzeker of deze csqn is geweest; de mate waarin elke omstandigheid csqn is geweest kan slechts als een kans worden ingeschat. Die kansinschattingen vormen vervolgens de basis voor de schadetoerekening.

Het ligt voor de hand om aan te nemen dat toepassing van de laatste benadering niet beperkt zal blijven tot beroepsziekten.¹¹ De toekomst zal leren waar de grenzen liggen van proportionele aansprakelijkheid.

3. Proportionele toerekening bij medische fouten

Sinds Wever/De Kraker is het principe van proportionele aansprakelijkheid met enige regelmaat toegepast in de lagere rechtspraak. In de gepubliceerde jurisprudentie heb ik

8 Deze lijn is herbevestigd in twee arresten van 19 januari en 16 februari 2007, NJ 2007, 63 en 256. Meer concrete uitspraken zijn die van het Hof Amsterdam van 10 mei 2001 en 18 januari 2007, NJ 2001, 639 en RAV 2007, 4, en van de Rb. Utrecht van 20 februari 2008, LJN BC4589, NJF 2008, 187, waarin de verloren kans op een gunstige afloop wordt geschat op respectievelijk 50, 0 en 50%.

9 HR 31 maart 2006, LJN AU6092, RvdW 2006, 328. Zie ook Van Velthoven & Van Wijck 2008 (zie noot 4).

10 Deze redenering is ook toegepast door het Hof 's-Hertogenbosch in een zaak waarin een rokende werknemer na blootstelling aan slijpnevelolie last kreeg van longemfyseem (uitspraak 31 juli 2007, LJN BB1552), en door het Hof 's-Gravenhage in een zaak waarin de posttraumatische dystrofie van een werknemer zijn oorzaak vond in een bedrijfsongeval in combinatie met een skeelerongeval buiten werktijd (uitspraak 26 oktober 2007, LJN BB7749). Overigens is mij in de laatste zaak niet duidelijk geworden waarom slechts 20% van de schade is toegerekend aan de werkgever, nadat eerst de kans dat de dystrofie na het skeelerongeval mede het gevolg was van het bedrijfsongeval was becijferd op 50%.

11 Zie Giesen & Tjong Tjin Tai 2008 (zie noot 2), p. 80 e.v. over de mogelijke reikwijdte van het principe. Interessant is dat de voorzieningenrechter van de Rb. Arnhem zich op 23 mei 2006 in een zaak rondom een medische fout (JA 2006, 98) expliciet op het arrest Nefalit/Karamus beroept om tot een proportionele afwikkeling van de schade te kunnen komen, waar hij ook had kunnen volstaan met een verwijzing naar het verlies van een kans op een beter resultaat.

vanaf 1993 ruim twintig uitspraken ter zake kunnen terugvinden.¹² Daarin zijn enkele interessante ontwikkelingen te onderkennen. Om een en ander in perspectief te zetten, geef ik echter eerst een korte samenvatting van Wever/De Kraker.

3.1 *Wever/De Kraker*

Mevrouw Wever wordt met haar drie weken oude baby doorverwezen naar het Emma Kinderziekenhuis. Spontane bloedinkjes wijzen op een tekort aan vitamine K, terwijl er ook signalen zijn van pupilongelijkheid. Kinderarts De Kraker neemt bloed af voor nader onderzoek, dient preventief vitamine K toe, en volstaat met een controleafspraak voor de volgende ochtend. 's Avonds bezoekt mevrouw Wever nogmaals met haar baby het ziekenhuis. De dienstdoende arts-assistent concludeert, na overleg met de kinderarts op de achterwacht, dat het klinisch beeld niet is verslechterd en bevestigt de afspraak voor de volgende ochtend. De volgende dag wordt een grote hersenbloeding geconstateerd.

In een procedure voor de Rechtbank Amsterdam vordert Wever vergoeding van de materiele en immateriële schade. De geraadpleegde deskundigen zijn van mening dat reeds 's middags, toen de uitslag van het bloedonderzoek beschikbaar kwam, de diagnose gesteld had kunnen worden dat er mogelijk sprake was van een hersenbloeding. In ieder geval was naar hun oordeel bij het tweede bezoek 's avonds de waarschijnlijkheid van een hersenbloeding zoveel groter geworden, dat opname voor controle en onderzoek plaats had moeten vinden.

Vervolgens komt de vraag aan de orde in hoeverre, de fout weggedacht, een behandelingsresultaat zonder of met significant minder restverschijnselen zou zijn bereikt. De rechtbank leidt uit het deskundigenbericht af dat de fout de kans op een beter resultaat bij adequaat medisch handelen verloren heeft doen gaan. De verloren kans kan echter niet in een getal worden uitgedrukt. Duidelijk is alleen dan dat deze niet groot is geweest. De deskundigen achten het namelijk zeer aannemelijk dat de hersenbloeding reeds is begonnen voor de eerste verwijzing naar het ziekenhuis. Voorts achten zij de kans buitengewoon groot dat ook bij een vroegere diagnosestelling restverschijnselen zouden zijn overgebleven. Maar de deskundigen gaan niet zover dat ze de kans op een beter resultaat nihil of verwaarloosbaar klein noemen.

- 12 Het betreft Rb. Middelburg 11 maart 1998, NJ 1999, 41; Geschillencommissie Ziekenhuizen 24 maart 1998, VR 1999, 44; Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, NJ 1999, 406, VR 1999, 43; Hof Arnhem 14 december 1999, NJ 2000, 742, VR 2001, 19 (m.nt. A.J. Akkermans); Rb. Zwolle 31 mei 2000, *Njkort* 2000, 89; Rb. Leeuwarden 12 juli 2000, TvGR 2001/13; Rb. 's-Gravenhage 12 juli 2000, TvGR 2001/14, VR 2001, 20; Rb. Roermond 12 oktober 2000, LfN AA7520; Vzr. Rb. Alkmaar 3 oktober 2002, TvGR 2003/23; Hof 's-Gravenhage 10 oktober 2002, NJ 2003, 99, TvGR 2003/41, VR 2003, 155; Rb. Amsterdam 28 mei 2003, NJ 2004, 45, VR 2004, 11; Rb. Middelburg 28 april 2004, LfN AP0788; Rb. Amsterdam 22 december 2004, VR 2005, 104; Rb. Maastricht 13 juli 2005, LfN AV0628, JA 2006, 44 (m.nt. M. Zaadhof); Hof Arnhem 17 januari 2006, LfN AU9962, JA 2006, 37 (m.nt. R.W.M. Giard); Rb. Haarlem 1 maart 2006, LfN AV5277; Vzr. Rb. Arnhem 23 mei 2006, LfN AY0536, JA 2006, 98; Rb. Groningen 14 februari 2007, LfN BA7177, *NJF* 2007, 355; Hof Amsterdam 24 januari 2008, LfN BC9815, JA 2008, 69, *NJF* 2008, 223; Rb. 's-Gravenhage 31 december 2008, LfN BG9127; Hof 's-Gravenhage 28 april 2009, LfN BI4768. Omdat ik geen inzicht heb in de niet-gepubliceerde jurisprudentie, weet ik niet hoeveel relevante zaken buiten beeld zijn gebleven. Ook is onbekend in hoeverre de wel gepubliceerde zaken representatief zijn voor het geheel.

Al met al besluit de rechtbank de schade, bestaande in de verloren gegane kans op een beter behandelingsresultaat, op 25% te begroten. In hoger beroep wordt deze uitspraak door het hof bekrachtigd.

3.2 *Onderbouwing van de kansinschattingen*

De eerste ontwikkeling die ik hier wil signaleren, is dat de inschatting van de verloren kans op een beter resultaat in de loop van de tijd geleidelijk aan meer inhoud krijgt, wat zich vertaalt in beter onderbouwde cijfers. Bij Wever/De Kraker stond de rechter nog voor de weinig benijdenswaardige taak om verbale omschrijvingen als ‘niet groot’, maar tegelijk ‘niet nihil of verwaarloosbaar klein’ te vertalen in een concreet percentage. Het zelfde probleem deed zich voor bij diverse andere zaken.

Vaak echter is meer precieze – statistische – informatie beschikbaar over de effecten van medische handelen. Vanwege de risico’s voor de patiënt én vanwege de vaak hoge kosten van behandeling wordt wereldwijd wetenschappelijk onderzoek gedaan, voordat nieuwe methoden worden ingevoerd. Op grond van die kennis, aangevuld met eigen ervaringen, blijken deskundigen in juridische procedures in toenemende mate bereid en in staat om een meer concrete inschatting te geven van de herstelkans. Neem de zaak waar het ziekenhuis nalaat om het advies van de radioloog door te geven, zodat de enkelbreuk pas een jaar later wordt geconstateerd. De deskundige schat de kans op algeheel herstel van het voetgewricht bij directe behandeling op circa 85%.¹³ Of neem de zaak waar de waarnemend huisarts de wond van een hondenbeet niet correct verzorgt, waarna er een ernstige wondinfectie ontstaat. De deskundige bericht dat de kans op posttraumatische dystrofie, bij een bijtwond 1 à 2%, ten minste is verdubbeld door de infectie.¹⁴

De meest uitgewerkte kansschattingen tot nu toe zijn te vinden bij de in de inleiding genoemde zaak.¹⁵ Rondom de bevalling van mevrouw D. had de gynaecoloog de toestand van zijn patiënte niet stelselmatig gevolgd en symptomen van hypertensie gemist. De vrouw kreeg vervolgens een hersenbloeding. Bijzonder in deze zaak is dat de deskundigen van het gebeuren een rekenmodel hebben gemaakt, als vereenvoudigde representatie van de gang van zaken na de bevalling. Sleutelementen vormden de bloeddruk in de loop van de avond en de consequenties die de bloeddruk kan hebben gehad voor het risico op een hersenbloeding. Het model is gevuld met gegevens uit de wetenschappelijke literatuur over de algemene kans op een hersenbloeding, de invloed van risicofactoren en de effecten van behandeling. Enerzijds is met het rekenmodel de feitelijke gang van zaken doorgerekend, anderzijds een alternatief scenario waarin intensiever zou zijn bewaakt en zou zijn gehandeld volgens het vigerende ziekenhuisprotocol. Voor de analyse is gebruik gemaakt van de zogenoemde Monte Carlo-simulatie. Beide scenario’s zijn doorgerekend voor grote aantallen hypothetische gevallen (100.000 per set). Bij ieder individueel geval is de waarde van de sleutelementen (het verloop van de bloeddruk in de perioden tussen de feitelijke metingen, de mogelijke effecten) getrokken uit kansverdelingen, die zo goed mogelijk recht deden aan wat wel en niet bekend was per variabele. De totale serie van 100.000 gesimuleerde gevallen geeft een goed beeld van de kans op een hersenbloeding in elk van beide scenario’s. Die blijkt bij de feitelijke gang van zaken gemiddeld 0,0000881 ofwel 1 op

13 Geschillencommissie Ziekenhuizen 24 maart 1998, VR 1999, 44.

14 Rb. Maastricht 13 juli 2005, LJN AV0628, JA 2006, 44.

15 Hof ’s-Gravenhage 28 april 2009, LJN BI4768.

11.351 te bedragen, tegen 0,00007175 ofwel 1 op 13.937 in het alternatieve scenario. Het attributieve risico, dat wil zeggen: de kans dat de hersenbloeding door een intensievere bewaking en behandeling volgens het vigerende protocol zou zijn voorkomen, komt daarmee uit op 19%.¹⁶

3.3 *Gedifferentieerde benadering per schadepost*

Een tweede ontwikkeling die gememoreerd dient te worden, is de introductie van een gedifferentieerde benadering per schadepost. In een uitspraak van 12 juli 2000 stelt de Rechtbank 's-Gravenhage vast dat er voor schadetoerekening op basis van een verloren kans alleen plaats is "wanneer er onzekerheid bestaat over het causaal verband, hetgeen voor iedere schadepost afzonderlijk moet worden onderzocht".¹⁷ In bedoelde zaak had een specialist de patiënte niet de definitieve uitslag van een mammapunctie meegedeeld. Zij was ook niet op de hoogte gesteld van het bijbehorende advies om na een half jaar terug te komen voor controle. Daardoor werd de borstkanker eerst later vastgesteld, op een moment dat deze reeds uitgezaaid was. Patiënte onderging alsnog een borstamputatie, maar overleed toch enige tijd later aan de gevolgen van haar ziekte.

De rechtbank oordeelt dat er ten minste drie categorieën schadeposten onderscheiden kunnen worden. De eerste categorie zijn de kosten die in het geheel niet voor vergoeding in aanmerking komen, omdat er geen causaal verband is met de gemaakte fout. Daaronder vallen hier de kosten voortvloeiend uit de borstamputatie (prothesen en aangepaste kleding). Volgens de deskundigen zou een borstamputatie ook aangewezen zijn geweest, als de diagnose eerder was gesteld. De tweede categorie zijn de kosten die volledig voor vergoeding in aanmerking komen. Daaronder vallen hier in beginsel de kosten van rechtsbijstand gericht op het verkrijgen van een schadevergoeding, omdat deze zonder de fout niet gemaakt zouden zijn. De derde categorie ten slotte zijn de kosten die vanwege het onzekere causale verband met de fout voor een nader te bepalen percentage voor vergoeding in aanmerking komen. Daaronder vallen bijvoorbeeld het verlies aan arbeidsvermogen, de behoefte aan huishoudelijke hulp tot aan het overlijden en de kosten van vervoer in verband met de nabestralingen. Bij eerdere behandeling was er een kans geweest (door de rechtbank op 33% geschat) dat het kankergezwel zich nog niet had uitgezaaid, in welk geval er een goede kans op volledige genezing zou zijn geweest. Het missen van die kans is voldoende voor het oordeel dat enige schade geleden is als gevolg van de fout; de omvang kan worden bepaald in de schadestaatprocedure.

Dat ook binnen de laatste categorie nog nader gedifferentieerd kan worden, leert een andere zaak, waarin een patiënt overleden is na een meningitis.¹⁸ Bij tijdige verwijzing zou de overlevingskans 70% zijn geweest, zij het met een flinke kans op neurologische restverschijnselen. Vanwege de gemiste overlevingskans wijst de voorzieningenrechter 70% van de begrafeniskosten voor vergoeding toe. Daarentegen komt van de schade als gevolg van inkomstenderving slechts 60% voor vergoeding in aanmerking. Dat percentage resul-

16 In de uitspraak wordt het attributieve risico uiteindelijk gesteld op 20,3%. Dat cijfer resulteert na enkele kleine aanpassingen in het rekenmodel op basis van de wisseling van argumenten tijdens de juridische procedure. Helaas wordt in de stukken niet vermeld hoe groot de absolute schadekansen zijn na de aanpassingen. De verschillen zijn hoe dan ook gering.

17 Rb. 's-Gravenhage 12 juli 2000, TvGR 2001/14, VR 2001, 20.

18 Rb. Alkmaar 3 oktober 2002, TvGR 2003/23.

teert doordat de rechter de gemiste overlevingskans met 10% corrigeert op grond van de mogelijke restverschijnselen.

3.4 Onvolledige informatie

Een derde ontwikkeling heeft betrekking op het verdisconteren van onvolledige informatie vanwege het optreden van de arts. Soms wordt de beantwoording van de vraag of er al dan niet sprake is geweest van een beroepsfout bemoeilijkt, doordat de arts onvolledig verslag heeft gelegd van zijn bevindingen en handelingen. Verder wordt in diverse zaken de vaststelling van de kans op een beter resultaat belast doordat de arts niet tijdig voldoende onderzoek heeft laten doen, zodat er onduidelijkheid bestaat over de precieze conditie van de patiënt op cruciale momenten tijdens de behandeling. Uit de beschikbare uitspraken blijkt dat in de rechtspraak in beginsel voor de lijn is gekozen dat deze onvolkomenheden voor rekening van de arts worden gebracht. Zo wordt aangenomen dat de arts een fout heeft gemaakt, als er aanwijzingen zijn in die richting en de eigen verslaglegging van de arts niet adequaat is om het tegendeel te bewijzen.¹⁹ Voorts wordt in het algemeen geoordeeld dat onduidelijkheid over de diagnose of over het beschadigende moment of voorval voor rekening van de arts dient te komen.²⁰

Of deze hoofdregel in de praktijk uniform en adequaat wordt toegepast, is een andere kwestie, waar ik in paragraaf 4 op terugkom.

3.5 Ontbreken van *informed consent*

Een geheel andere vorm van onvolledige informatie speelt aan de kant van de patiënt. Bij het ontbreken van *informed consent* kan de patiënt te maken krijgen met de gevolgen van een complicatie, die hij mogelijk niet zou hebben gehad als hij adequaat zou zijn geïnformeerd en zou hebben gekozen voor een andere vorm van behandeling dan wel van behandeling zou hebben afgezien. In beginsel kan dat, net als bij een onjuiste diagnose of behandeling, aanleiding geven tot proportionele aansprakelijkheid vanwege het verlies van een kans op een beter resultaat. Toepassing van proportionele aansprakelijkheid kan ook nog op een andere manier aan de orde komen, namelijk door aan te nemen dat de patiënt door de schending van de informatieplicht een kans op het nemen van een andere beslissing is ontnomen. De grootte van die kans zou dan door de rechter kunnen worden geschat en verdisconteerd in de omvang van de schadevergoeding.²¹

De jurisprudentie biedt een mooi voorbeeld in een uitspraak van de Rechtbank Roermond van 12 oktober 2000.²² De zaak betrof een patiënt die regelmatig last had van epileptische insulten. Vermoed werd dat er sprake was van een vasculair probleem. De behandelend neuroloog zag echter geen aanleiding voor operatief ingrijpen en volgde een afwachtend

19 Vgl. Rb. Groningen 14 februari 2007, LJN BA7177, NJF 2007, 355 en Rb. 's-Gravenhage 31 december 2008, LJN BG9127.

20 Zie bijv. Hof Arnhem 14 december 1999, NJ 2000, 742, VR 2001, 19 en Vزر. Rb. Alkmaar 3 oktober 2002, TvGR 2003/23.

21 L.G.J. Hendrix & A.J. Akkermans, 'Causaliteitonzekerheid bij *informed consent*. Beschouwingen naar aanleiding van *Chester v. Afshar*', TvGR 2007, p. 510. Ik teken wel aan dat het daarbij niet om een kans in objectieve zin gaat, maar om een keuzemogelijkheid van het subject zelf. Anders dan bij de kans op een beter resultaat, is het niet aannemelijk dat de 'kans' op het nemen van de ene dan wel de andere beslissing op een enigszins transparante en controleerbare wijze in een getal uitgedrukt kan worden.

22 Rb. Roermond 12 oktober 2000, LJN AA7520.

beleid. Vervolgens kreeg de patiënt een hersenbloeding. In geschil is later de vraag of de neuroloog de patiënt zodanig heeft geïnformeerd over de risico's en de mogelijke alternatieven, dat er gesproken kan worden van een informed consent om niet operatief in te grijpen. Op grond van het deskundigenbericht komt de rechtbank tot het oordeel dat de neuroloog een beroepsfout heeft gemaakt, omdat (i) hijzelf niet voldoende ervaren was om de risico's te kunnen inschatten en daarvoor een beroep had moeten doen op een neurochirurg en (ii) hij zich er niet voldoende van had vergewist dat de patiënt de volle omvang van de beslissing overzag. Vervolgens acht de rechtbank het aannemelijk dat de patiënt, zo hij volledig en correct zou zijn geïnformeerd over de risico's, gekozen zou hebben voor operatief ingrijpen. Pas dan komt de vraag naar de omvang van de schade aan bod. Volgens informatie van de deskundige zou de kans op herstel bij tijdig adequaat handelen 85% zijn geweest. Op basis van die gemiste kans, maar met een correctie voor de geringe kans dat de patiënt de behandeling achterwege zou hebben gelaten, stelt de rechtbank de neuroloog voor 75% aansprakelijk.²³

De zojuist besproken zaak is overigens niet alleen interessant als illustratie van de toepassing van proportionele toerekening. Vermeldenswaard is ook dat de uitspraak geen stand heeft gehouden in hoger beroep en cassatie.²⁴ Uit een nieuw deskundigenbericht bleek dat als er eerder een neurochirurg zou zijn geconsulteerd, deze waarschijnlijk geen operatie zou hebben geadviseerd. Bovendien waren er destijds, bij het ontbreken van zo'n advies, in de literatuur voldoende argumenten te vinden om een afwachtende houding te rechtvaardigen. Een en ander leidde tot de conclusie dat ook een volledig geïnformeerde patiënt destijds zou hebben gekozen voor een afwachtende houding. Derhalve was er geen causaal verband meer tussen de fout en de schade.

Dat blijkt symptomatisch voor informed consent-zaken. Het lukt de patiënt maar zelden om aan te tonen dat (i) de schade door de behandeling is ontstaan en (ii) hij van de behandeling zou hebben afgezien als hij beter was geïnformeerd. Daardoor komt de vervolgvraag naar de omvang van de schade niet of nauwelijks aan de orde.²⁵

4. Kanttekeningen

De voorgaande schets van de hoofdlijnen in de ontwikkeling heeft laten zien dat het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid zich in de praktijk al behoorlijk begint uit te kristalliseren. In het verlengde van paragraaf 2 mag worden aangenomen dat de billijkheid van de compensatie bij medische fouten is vergroot en de efficiënte werking van de pre-

23 Ook in een uitspraak van de Geschillencommissie Ziekenhuizen van 25 november 1997 (TvGR 1999/55) is er sprake van een vorm van proportionele toerekening bij het ontbreken van informed consent. De gynaecoloog die zijn patiënte onvolledig heeft ingelicht over de risico's van sterilisatie door diathermie moet 2/3 van de schade vergoeden. Onduidelijk blijft echter wat de grondslag van die toerekening is. Immers, de patiënte is er achteraf niet geheel zeker van dat ze van de ingreep had afgezien of had gekozen voor een andere wijze van sterilisatie, als zij van alle risico's op de hoogte was geweest. Verder onderkent de commissie dat de patiënte bij een andere keuze met andere risico's rekening had moeten houden. Een nadere uitwerking van een en ander ontbreekt evenwel.

24 Vgl. HR 20 oktober 2006, LJN AY9312.

25 Hendrix & Akkermans 2007 (zie noot 21), p. 499.

ventieve prikkels is versterkt.²⁶ Dat wil niet zeggen dat er geen ruimte is voor enkele kritische kanttekeningen.

4.1 *Inconsistentie in uitspraken. Van woorden naar cijfers*

In het strafrecht is er van oudsher aandacht voor de (in)consistentie van de straftoemeting. Ongelijke straffen voor gelijke delicten roepen vragen op over rechterlijke willekeur en – erger nog – klassenjustitie. Ook in het civiele recht speelt de vraag naar de consistentie van uitspraken. Zo is het voor de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht, meer nog dan voor de billijkheid van de compensatie, van belang dat gelijke zaken gelijk behandeld worden. Pas als rechterlijke uitspraken voorspelbaar zijn, kan van partijen worden verwacht dat ze hun gedrag erdoor zullen laten beïnvloeden.

Waar empirisch onderzoek naar de consistentie in de straftoemeting al buitengewoon lastig blijkt, zijn de problemen in de civiele rechtspraak door de grote onderlinge verschillen in de specifieke kenmerken van de zaken zeker zo aanzienlijk. Wordt de analyse echter beperkt tot de toepassing van proportionele aansprakelijkheid bij medische fouten, dan blijkt onderlinge vergelijking een stuk eenvoudiger. Bij nadere beschouwing worden er inderdaad verschillende vormen van inconsistentie zichtbaar.

In de eerste plaats is het welhaast onvermijdelijk dat verbale omschrijvingen van de kans op een beter resultaat door verschillende rechters verschillend geïnterpreteerd worden. Op zich zit daar bij diverse uitspraken een behoorlijke lijn in, wanneer een ‘kleine kans’ wordt gewaardeerd op 20%, een kans die ‘niet groot’ is op 25%, en een ‘goede kans die kleiner is dan de kwade kans’ op 33,3%.²⁷ Maar bij enkele andere uitspraken is niet zo gemakkelijk te herkennen waarop de cijfermatige vertaling is gebaseerd. Zo wordt het deskundigenoordeel dat de fout per saldo weinig heeft uitgemaakt voor de ontwikkeling van artrose, maar dat de functie van de elleboog bij een correct uitgevoerde operatie ‘waarschijnlijk’ beter was geweest dan nu, in de ene zaak vertaald in niet meer dan 10% schadetoerekening aan het ziekenhuis. Daar tegenover staat een andere zaak waarin het deskundigenoordeel dat “althans ook theoretisch bij eerder ingrijpen de gevolgen mogelijk meer beperkt had-

26 Er is geen empirisch materiaal beschikbaar om deze veronderstelling te staven. Zie B.C.J. van Velthoven, ‘Empirics of Tort’, in: M. Faure (ed.), *Tort Law and Economics*, Cheltenham/Northampton MA: Edward Elgar 2008, p. 453-498, voor de problemen bij en de resultaten van empirisch onderzoek op het terrein van het aansprakelijkheidsrecht.

27 Zie resp. Rb. Zwolle 31 mei 2000, *Njkort* 2000, 89; Rb. Amsterdam 15 december 1993, *NJ* 1997, 213; Hof Arnhem 14 december 1999, *NJ* 2000, 742, *VR* 2001, 19. In het laatste geval is overigens de formulering van het hof “dat zij de kans dat bij adequate behandeling metastasering had kunnen worden voorkomen, geringer achten dan de kans dat een min of meer restloos herstel tot de mogelijkheden had behoord” behoorlijk mistig. Vermoedelijk wordt bedoeld dat de goede kans kleiner is dan de kwade kans.

den kunnen zijn geweest”, wordt vertaald in een schadevergoeding van 50%.²⁸ De verschillen zijn aanzienlijk, zonder dat duidelijk is waarom.²⁹

4.2 Kleine absolute kansen

In de tweede plaats blijken rechters moeite te hebben met kleine kansen. Soms geven de medisch deskundigen in hun bericht meer dan minimale informatie en wordt duidelijk dat de absolute kansen op complicaties – gelukkig – erg klein zijn. Denk aan de zaak van mevrouw D. uit de inleiding. Of neem de zaak van de hondenbeet, waar de kans op post-traumatische dystrofie normaal 1 à 2% was en toenam tot zo'n 2 à 4% nadat de waarnemend huisarts de wond niet goed had verzorgd. In deze zaken oordeelde de rechter dat de absolute kansen zo klein waren dat schadevergoeding niet aan de orde was.³⁰ Tegelijkertijd was het attributieve risico, dat wil zeggen: de relatieve bijdrage van de medische fout aan de schadekans, allesbehalve verwaarloosbaar. In het geval van mevrouw D. zou de kans op een hersenbloeding bij een adequate begeleiding toch echt 19% lager zijn geweest, in het geval van de hondenbeet zou de kans op posttraumatische dystrofie bij een juiste wondbehandeling liefst 50% lager zijn uitgevallen.

Dergelijke zaken met een klein absoluut risico en een aanzienlijk attributief risico zijn geen zeldzaamheid. Denk aan de patiënt met oorpijn die bleek te kampen met een pneumokokken meningitis. Of de patiënt met een huidaandoening aan zijn voet, die last bleek te hebben van vaatlijden. Of de moedervlek, die de bron bleek van melanoomkanker.³¹ Hoewel geen medicus, durf ik de stelling aan dat de absolute kans op de specifieke kwaal bij de genoemde klachten zeer gering was. De kans op een slechte afloop zou door een correcte diagnose en behandeling hoogstens tot een nog kleiner getal zijn gereduceerd. De absolute kansen spelen in de genoemde zaken echter geen rol, waarschijnlijk omdat de medisch deskundigen er geen aandacht aan besteedden, zodat de discussie zich als vanzelf op de attributieve risico's richtte. Zo komt in de zaak van de meningitis naar voren dat de overlijdenskans 40 tot 70% lager zou zijn geweest bij een tijdige diagnose en behandeling. Omdat er redenen zijn de onzekerheid in het genoemde interval voor rekening van de arts te laten, veroordeelt de rechter de arts in beginsel tot een schadevergoeding van 70%.³² In de zaak van het vaatlijden schat de deskundige de kans op behoud van het been bij eerder ingrijpen 'tussen klein en groot in', wat voor de rechter voldoende is om te besluiten tot een schadevergoeding van 50%. En in de zaak van de moedervlek spreekt de rechter uit dat hij propor-

28 Zie resp. Rb. Middelburg 11 maart 1998, NJ 1999, 41 en Rb. Amsterdam 28 mei 2003, NJ 2004, 45, VR 2004, 11.

29 Ik ga dan nog voorbij aan de zaken zonder houvast voor de rechter. Neem bijvoorbeeld de zaak waarbij een gebroken spaakbeen niet voldoende recht is aangegroeid (Rb. Middelburg 28 april 2004, LJN AP0788). De deskundigen volstaan met de mededeling “dat het niet wiskundig is vast te stellen hoe groot het functieverlies zou zijn geweest, indien de onderarmfractuur was geconsolideerd met een knikstand van 13°; er had dan sprake geweest kunnen zijn van een volledig functieherstel, doch ook van een functieverlies zoals momenteel het geval is”. Het is begrijpelijk dat de rechter die het daarmee moet doen, de kans op een beter herstel naar redelijkheid oordelend op 50% zet.

30 Zie resp. Hof 's-Gravenhage 28 april 2009, LJN B14768 en Rb. Maastricht 13 juli 2005, LJN AV0628, JA 2006, 44.

31 Resp. Vvr. Rb. Alkmaar 3 oktober 2002, TvGR 2003/23; Rb. Amsterdam 22 december 2004, VR 2005, 104; en Rb. 's-Gravenhage 31 december 2008, LJN BG9127.

32 Vanwege de kans op restverschijnselen bijgesteld tot 60%.

tionele toerekening van de schade als uitgangspunt neemt. Er is alleen nog een aanvullend deskundigenbericht nodig om vast te stellen in hoeverre de prognose beter zou zijn geweest als direct behandeling op basis van de diagnose melanoom zou zijn gestart. Daarmee is in ieder geval geïllustreerd dat de rechtspraak inconsistent omgaat met kleine absolute kansen: soms geen schadevergoeding, soms een zeer aanzienlijk percentage, bij overigens vergelijkbare attributieve risico's.

Dat geeft nog geen antwoord op de vraag, wat nu de juiste aanpak is. Vanuit preventief oogpunt kan daar wel het een en ander over worden gezegd. Zoals in paragraaf 2 is berekend, zijn vanuit het oogpunt van maatschappelijke welvaart de extra kosten van zorgvuldig gedrag alleen acceptabel, ofwel efficiënt, als ze een besparing van de verwachte schade opleveren die de kosten meer dan compenseert. In formulevorm: extra zorgvuldigheid is dan en alleen dan efficiënt, als $(P_1 - P_0) \times S > K$. Daarbij staat P_1 voor de absolute schadekans bij onzorgvuldig handelen, P_0 voor de schadekans bij zorgvuldig handelen, S voor de omvang van de schade en K voor de kosten van zorg.

Uit deze formulering blijkt direct dat de absolute grootte van P_1 en P_0 als zodanig weinig zegt. Als kleine kansen namelijk samengaan met een omvangrijke schade, kan de verwachte schade toch aanzienlijk zijn.³³

Maar ook de verwachte schade zegt niet alles. Immers, als de verwachte schade slechts tegen hele hoge kosten kan worden teruggedrongen, is het beter om de schaarse middelen niet daarvoor te gebruiken, maar om ze elders in te zetten.

Wat de rechtspraak kan doen, is van geval tot geval beoordelen of voldaan is aan $(P_1 - P_0) \times S > K$, alvorens onzorgvuldigheid van behandelaars af te straffen met het toerekenen van de schade. Dat vereist echter dat de rechtspraak zich niet alleen buigt over de schadekans en de omvang van de schade, maar zich ook verdiept in de kosten van de gezondheidszorg. Hoewel misschien niet onmogelijk, lijkt dat toch erg veel gevraagd. Alternatief is dat de rechtspraak aan de gezondheidszorg de juiste prikkels geeft om zelf de afweging te maken. En precies dat is wat proportionele aansprakelijkheid doet.³⁴

Zijn kleine kansen op zich dus geen reden om af te zien van aansprakelijkstelling, kleine kansverschillen kunnen dat wel zijn. Bedacht dient te worden dat kansinschattingen in de medische deskundigenberichten omgeven zijn met een niet onaanzienlijke onzekerheids-

33 In die zin ook De Ridder 1995 (zie noot 2), p. 553.

34 Zie verder paragraaf 2. De eerlijkheid gebiedt te zeggen dat proportionele aansprakelijkheid de afweging van $(P_1 - P_0) \times S$ en K weliswaar bij de behandelaar lijkt te leggen, maar dat is ten dele schijn, omdat de rechtspraak nog niet af is van die andere moeilijke vraag, namelijk of de behandelaar al dan niet een fout heeft gemaakt. Vanuit efficiëntieoogpunt moet voor de bepaling van de zorgvuldigheidsnorm toch weer worden teruggegrepen op een afweging van $(P_1 - P_0) \times S$ en K , een afweging die ook zij het ietwat omfloerst is neergelegd in de kelderluikcriteria. Een bepaalde manier van handelen is onvoldoende zorgvuldig, als meer zorg zoveel verwachte schade zou uitsparen dat de extra kosten van zorg meer dan volledig worden gecompenseerd. Ook hier kan de rechtspraak overigens ontkomen aan meer precieze kennis van de kosten van de gezondheidszorg, namelijk door zich te conformeren aan de professionele standaard van wat van een redelijk bekwame en redelijk handelende behandelaar mag worden verwacht. De rationalisatie is in de gezondheidszorg zo ver doorgedrongen, dat het niet onredelijk lijkt om aan te nemen dat een bepaalde behandelingswijze alleen dan in de professionele standaard wordt geïncorporeerd als deze zichzelf heeft bewezen, lees: als de baten de kosten overtreffen. De professionele standaard vormt dan, anders gezegd, een goede benadering van wat onder efficiënte zorg moet worden verstaan.

marge. Dat is inherent aan empirisch onderzoek, wanneer op grond van een beperkt aantal waarnemingen algemenere conclusies worden getrokken die ook van toepassing worden gedacht voor andere, min of meer soortgelijke gevallen. Wanneer voor een bepaalde kans een schatting wordt gegeven, hoort daar in beginsel een betrouwbaarheidsinterval bij.³⁵ Via de schatting laat de deskundige weten wat zijn 'best guess' is; via het betrouwbaarheidsinterval kan hij aangeven dat de 'best guess' geen zekerheid is, maar dat de echte kans wel nagenoeg zeker tussen een bepaalde onder- en bovenwaarde ligt. Voor de rechter is het dan van belang om te bezien of de betrouwbaarheidsintervallen van P_1 en P_0 elkaar overlappen. Zo ja, dan moet worden geconcludeerd dat er (vooralsnog) geen overtuigend bewijs is dat de kansen echt van elkaar verschillen. Anders gezegd: er is dan geen overtuigend bewijs van een causaal verband tussen de fout en de schade.

4.3 Ontbreken informatie door toedoen arts

In de derde plaats is er sprake van een inconsistentie in de rechtspraak bij het verdisconteren van onvolledige informatie vanwege het handelen of nalaten van de arts. Soms is er als gevolg van onvolledig onderzoek naar de conditie van de patiënt of als gevolg van onvolledige verslaglegging onduidelijkheid over de diagnose of over het beschadigende moment of voorval. Die onduidelijkheid moet volgens de hoofdlijn in de jurisprudentie voor rekening van de arts blijven. Het wordt onredelijk geacht om de patiënt te laten opdraaien voor de gevolgen van de onzekerheid waaraan hij zelf part noch deel heeft, en waaraan de arts wel iets had kunnen – en moeten – doen.

In een aantal uitspraken wordt die hoofdregel fraai toegepast. Zo is er de zaak waar een specialist ten onrechte geen onderzoek doet naar de diagnose kraakbeenkanker.³⁶ Enige tijd later overlijdt de patiënt alsnog aan die ziekte. Doordat de arts bij gelegenheid van het eerdere consult geen onderzoek heeft verricht, is onduidelijk of de patiënt de ziekte toen reeds onder de leden had. Daardoor is tevens onduidelijk of zonder de fout adequate behandeling gestart zou zijn, mogelijk uitmondend in een min of meer restloos herstel. Die onduidelijkheid over de conditie van de patiënt ten tijde van het eerdere consult dient volgens het Arnhemse Hof voor rekening van de arts te komen. Het hof neemt daarom als uitgangspunt dat op dat moment de voor de patiënt meest gunstige optie actueel was. In concreto neemt het hof aan dat de kraakbeenkanker inderdaad te diagnosticeren was, zodat direct met de behandeling gestart had kunnen worden.³⁷

Dezelfde benadering is ook in een aantal andere uitspraken te vinden. Steeds wordt de onduidelijkheid als gevolg van het ontbreken van nadere gegevens van de patiënt afgewenteld op de arts, doordat de rechter de voor de herstellkans van de patiënt meest gunstige optie als uitgangspunt neemt.³⁸

Die benadering wordt echter niet in alle zaken consistent toegepast. Neem bijvoorbeeld een uitspraak van de Rechtbank Leeuwarden van 12 juli 2000.³⁹ Tijdens een bevalling volgt

35 Dit is niet de plaats om op de statistische achtergronden in te gaan.

36 Hof Arnhem 14 december 1999, NJ 2000, 742, VR 2001, 19.

37 Het hof onderkent vervolgens dat zelfs bij een directe start van de behandeling de kans op succes bepaald geen 100% zou zijn geweest. De verloren kans op genezing wordt uiteindelijk op 33,3% geschat.

38 Vgl. Vزر. Rb. Alkmaar 3 oktober 2002, TvGR 2003/23; Rb. Amsterdam 22 december 2004, VR 2005, 104; en Rb. 's-Gravenhage 31 december 2008, LJN BG9127.

39 Rb. Leeuwarden 12 juli 2000, TvGR 2001/13.

de gynaecoloog een afwachtend beleid. Hij bewaakt het proces onvoldoende, overziet daardoor aanwijzingen dat er sprake zou kunnen zijn van een zuurstoftekort bij het kind en laat geen aanvullend bloedonderzoek doen. Het kind blijkt later hersenschade te hebben. De deskundigen geven aan dat het letsel verschillende oorzaken kan hebben. Er is een reële kans dat de schade is veroorzaakt doordat de gynaecoloog niet heeft gehandeld conform de professionele standaard. Maar de schade kan ook vóór of na de bevalling zijn ontstaan. Wat de precieze oorzaak is geweest, is niet meer aan te geven, omdat er onduidelijkheid is over de conditie van het kind tijdens de bevalling. Anders dan in het hiervoor besproken geval vertaalt de rechtbank die onduidelijkheid, die toch het directe gevolg is van het tekortschieten van de arts, niet in het volgen van de voor de patiënt meest gunstige optie. De rechtbank stelt weliswaar dat het verzuim van de gynaecoloog niet ten nadele van de patiënt mag komen. Maar het is onredelijk om de schade geheel voor rekening van de gynaecoloog te laten komen, nu eveneens de kans bestaat dat de schade voor of na de bevalling is ontstaan. Afgaand op de subjectieve schatting van de deskundigen dat de hersenschade met een kans van 33 tot 50% is veroorzaakt door het handelen van de gynaecoloog, houdt de rechtbank de gynaecoloog in redelijkheid en billijkheid aansprakelijk voor 40% van de schade.

In een aantal andere uitspraken vinden we een vergelijkbare lijn terug. Enerzijds wordt uitgesproken dat onduidelijkheid als gevolg van onvolledige verslaglegging door de arts of van onvolledig onderzoek naar de conditie van de patiënt, niet voor rekening van de patiënt mag komen. Maar dit gaat niet zover dat de onduidelijkheid dan volledig voor rekening van de arts wordt gebracht. Wikkend en wegend proberen de rechters de kansen te schatten dat de schade wel of niet het gevolg is van de medische fout.⁴⁰

De constatering dat er in de jurisprudentie op verschillende wijzen wordt omgegaan met de toerekening van ontbrekende informatie als gevolg van onvolledige verslaglegging of onvolledig onderzoek door de arts, vertelt ons nog niet welke aanpak de efficiënte is. Om daarachter te komen moet het eenvoudige denkmodel van tabel 1 iets verder worden aangekleed. Zie tabel 3.

Tabel 3. Medische fout, schadekansen

		Relevante conditie aanwezig?	
		Wel (kans P)	Niet (kans 1-P)
Arts	Zorgvuldig	P_0	P_2
	Onzorgvuldig	P_1	P_2

Stel dat er voorafgaande aan nader onderzoek door de arts twee mogelijkheden zijn: de patiënt heeft wel een bepaalde voor diagnose en behandeling relevante conditie (althans symptomen die daarop wijzen), of hij heeft de conditie niet.⁴¹ *Ex ante* is niet bekend of de

40 Vgl. Rb. 's-Gravenhage 12 juli 2000, TvGR 2001/14, VR 2001, 20; Rb. Haarlem 1 maart 2006, LJN AV5277; Rb. Groningen 14 februari 2007, LJN BA7177, NJF 2007, 355.

41 In de eerdergenoemde uitspraken ging het bijvoorbeeld om de vraag of de symptomen van kraakbeenanker wel/niet reeds zodanig zichtbaar waren dat de diagnose gesteld had kunnen worden, respectievelijk om de vraag of de baby wel/niet te kampen had met zuurstoftekort.

relevante conditie aanwezig is. Laten we aannemen dat de kans op de aanwezigheid van de conditie gelijk is aan P . Als de relevante conditie inderdaad aanwezig is, ontdekt een zorgvuldig handelende arts door nader onderzoek wat er aan de hand is, zodat hij passende maatregelen kan nemen. De shadekans bij zorgvuldig handelen van de arts is dus kleiner dan die bij onzorgvuldig handelen, ofwel $P_0 < P_1$. Als de patiënt niet in de relevante conditie verkeert, heeft zorgvuldig handelen van de arts geen meerwaarde. Nader onderzoek levert immers geen bruikbare aanwijzingen voor de diagnose en de behandeling. De shadekans verandert niet en blijft, zeg, P_2 .

Zorgvuldig handelen van de arts is efficiënt als de baten de kosten overtreffen. De kosten van zorg worden (wederom) aangeduid met K . Zorgvuldigheid geeft baten doordat de verwachte schade daalt als gevolg van een lagere kans op schade. Uitgaande van tabel 3 kan de gemiddelde shadekans bij onzorgvuldig handelen worden berekend als $P \times P_1 + (1-P) \times P_2$, en die bij zorgvuldig handelen als $P \times P_0 + (1-P) \times P_2$. Door zorgvuldig handelen wordt de gemiddelde shadekans dus gereduceerd met $P \times (P_1 - P_0)$. Zorgvuldigheid is dan efficiënt zolang $K < P \times (P_1 - P_0) \times S$.

Vervolgens is er de vraag hoe de economische prikkel voor de arts zodanig kan worden ingericht, dat deze inderdaad ex ante voor de efficiënte aanpak kiest, dat wil zeggen: voor zorgvuldig gedrag als $K < P \times (P_1 - P_0) \times S$ en voor het afzien van zorgvuldig gedrag als $K > P \times (P_1 - P_0) \times S$. Analyse wijst uit dat de onzorgvuldig handelende arts in gevallen van schade moet worden aangesproken voor een proportioneel deel van de schade. De proportie wordt gegeven door de mate waarin zorgvuldig handelen van de arts schade had kunnen voorkomen. Daarbij zijn in dit geval twee componenten aan de orde. Enerzijds zou niet elk ziektegeval met nader onderzoek herkend zijn (bijvoorbeeld omdat de ziekte zich pas op een later moment openbaarde, of omdat de test niet perfect was). Anderzijds zou, als de juiste diagnose was gesteld, niet elk ziektegeval tot herstel hebben geleid (omdat de behandeling niet perfect was, of omdat zich complicaties voordeden).⁴²

- 42 Een cijfervoorbeeld kan een en ander illustreren. Neem het geval: $P = 50\%$, $P_0 = 30\%$, $P_1 = 50\%$, $P_2 = 10\%$. De professionele standaard schrijft bijvoorbeeld voor dat de arts bij bepaalde symptomen een test laat doen op de aanwezigheid van kanker. Van elke honderd patiënten die worden getest, wordt bij vijftig de ziekte ontdekt ($P = 50\%$). Die vijftig krijgen de juiste behandeling, maar desondanks overlijden er vijftien ($P_0 = 30\%$). Van de vijftig waarbij de ziekte niet is aangetoond, overlijden er vijf ($P_2 = 10\%$). Mèt test overlijden er in totaal dus twintig. Neem vervolgens dezelfde honderd patiënten zónder test. Van de vijftig die de ziekte aantoonbaar onder de leden hebben maar door het achterwege blijven van de test geen behandeling krijgen, overlijden er 25 ($P_1 = 50\%$). Van de vijftig waarbij de ziekte niet aantoonbaar is, overlijden er vijf ($P_2 = 10\%$). In totaal overlijden er zonder test dus dertig.

Verander nu van gezichtspunt en kijk naar de situatie dat de arts onzorgvuldig heeft gehandeld door de test achterwege te laten. Daardoor zijn dertig van de honderd patiënten overleden. Mèt test zouden er slechts twintig zijn overleden. Mèt testen zou de kans op een beter resultaat dus tien op de dertig, ofwel $1/3$, zijn geweest. Die proportie van $1/3$ geeft de mate waarin zorgvuldig handelen van de arts schade had kunnen voorkomen. Bij proportionele toerekening zou de arts dus $1/3$ van de schade moeten vergoeden.

De kans op een beter resultaat is het product van twee componenten. Zou de arts zijn patiënten wél hebben getest, dan had hij kunnen ontdekken dat er bij 25 van die dertig overlijdensgevallen aantoonbaar sprake was van kanker. Zou hij in die 25 gevallen van aantoonbare kanker de juiste behandeling hebben gegeven, dan had hij het aantal overlijdens in die groep kunnen terugdringen tot vijftien. De eerste component is de kans dat de kanker aantoonbaar aanwezig was, gegeven dat er bij onzorgvuldig handelen van de arts (geen test) iemand overleed. Die kans is in dit voorbeeld $25/30$, ofwel $5/6$. De tweede component is het attributieve risico vanwege het uitblijven van de juiste behandeling, gegeven de aantoonbaarheid van de kanker. Dat attributieve risico is $10/25$, ofwel $2/5$. En inderdaad: $5/6 \times 2/5 = 1/3$.

Voor wie prijs stelt op de exacte berekening (andere lezers kunnen deze alinea overslaan), kunnen beide componenten worden vertaald in de volgende formule voor de proportionele toerekening:

$$[P \times P_1 / (P \times P_1 + (1-P) \times P_2)] \times (P_1 - P_0) / P_1 \quad (1)$$

De eerste component is de kans dat de relevante conditie inderdaad aanwezig was, gegeven dat er bij onzorgvuldig handelen van de arts schade optrad. De tweede component is het attributieve risico vanwege het uitblijven van de juiste behandeling, gegeven de aanwezigheid van de relevante conditie.⁴³

Wat betekent deze conclusie nu, terugkijkend, voor de Nederlandse jurisprudentie? De eerste benadering die hierboven werd besproken, waarbij de rechter de voor de herstelkans van de patiënt meest gunstige optie als uitgangspunt neemt, is in ieder geval niet efficiënt. In termen van tabel 3 zou dat betekenen dat de rechter ervan uitgaat dat de patiënt de relevante conditie had op het moment dat de arts met hem te maken kreeg, en dat de arts bij onzorgvuldig handelen aansprakelijk wordt gehouden voor een proportioneel deel van de schade gelijk aan het attributieve risico $(P_1 - P_0) / P_1$. Omdat geen rekening wordt gehouden met de mogelijkheid dat de schade ook kan zijn ontstaan bij afwezigheid van de relevante conditie, moet de arts dan vanuit efficiëntieoogpunt teveel betalen.⁴⁴ Dat zou hem kunnen aanzetten om teveel zorgvuldigheid te betrachten (defensive medicine).

De tweede benadering die hierboven werd besproken, waarbij de rechter wikkend en wegend de kansen schat dat de schade wel of niet het gevolg is van de medische fout, komt dichterbij de buurt van de efficiënte aanpak. Helaas is in de verschillende uitspraken onvoldoende duidelijk hoe de rechters precies tot de vaststelling van de proportionele aandelen van de behandelaars zijn gekomen. Daardoor is ook onduidelijk in hoeverre de twee genoemde componenten daarin tot uitdrukking komen. Het lijkt erop dat de aandacht met name uitgaat naar de eerste component, de (conditionele) kans op schade. De tweede component wordt ofwel (min of meer impliciet) op 100% gesteld, ofwel er vindt doorverwijzing plaats naar een nader deskundigenbericht en vaststelling in het kader van de schade staat.

43 Dat de formule het gewenste resultaat geeft, kan betrekkelijk eenvoudig worden nagerekend. Bij zorgvuldig handelen kent de arts de conditie van zijn patiënt, zodat hij passende maatregelen kan nemen. Omdat de arts geen fout kan worden aangerekend, blijft eventuele schade voor rekening van de patiënt. De arts draagt alleen de (meer)kosten van zorg, K . Bij onzorgvuldig handelen weet de arts niet wat er precies met zijn patiënt aan de hand is. Als er schade optreedt, met kans $P \times P_1 + (1-P) \times P_2$, kan hij worden aangesproken, omdat hij (mogelijk) niet de juiste behandelwijze heeft gevolgd. Omdat hij onvoldoende onderzoek heeft gedaan, kan hij niet afdoende bewijzen dat hem geen blaam treft. Hij wordt dan aangesproken voor een proportioneel deel van de schade, conform formule (1). De verwachte waarde van de door de arts te betalen schadevergoeding is dan gelijk aan $(P \times P_1 + (1-P) \times P_2)$ (de kans op schade) $\times [P \times P_1 / (P \times P_1 + (1-P) \times P_2)] \times (P_1 - P_0) / P_1$ (zijn proportionele aandeel) $\times S$ (de omvang van de schade). Na vereenvoudiging blijkt dat gelijk aan $P \times (P_1 - P_0) \times S$. Kortom, de arts krijgt door de proportionele toerekening de prikkel om een afweging te maken tussen K enerzijds en $P \times (P_1 - P_0) \times S$ anderzijds. Dat levert precies de efficiënte aanpak op.

44 Dit volgt direct uit formule (1). Als $P < 1$ en $P_2 > 0$, geldt voor de eerste component $[P \times P_1 / (P \times P_1 + (1-P) \times P_2)] < 1$. Dus geldt ook $[P \times P_1 / (P \times P_1 + (1-P) \times P_2)] \times (P_1 - P_0) / P_1 < (P_1 - P_0) / P_1$.

4.4 Onduidelijke en onvolledige verantwoording

Aansluitend op de voorgaande alinea kan worden opgemerkt dat de jurisprudentie niet altijd uitblinkt in de verantwoording van de manier waarop rechters tot hun uiteindelijke oordeel komen. Waar in het deskundigenbericht kansinschattingen slechts verbaal omschreven worden, rust op de rechter de weinig benijdenswaardige taak om deze te vertalen in cijfers. Het is niet anders. Maar nu proportionele toerekening gangbaar is geworden en medisch deskundigen daarop inspelen door meer en meer cijfermatige informatie te geven, zou het voor de voorspelbaarheid van de rechtspraak, en dus voor de preventieve werking, goed zijn als rechters expliciteren hoe ze die informatie gebruiken voor hun eindoordeel. Dat gebeurt echter lang niet altijd.

Zie bijvoorbeeld een uitspraak van de Rechtbank Amsterdam.⁴⁵ Bij doorverwijzing zou er 40 tot 60% kans op ontdekking van het carcinoom zijn geweest, ofwel gemiddeld 50%. Na ontdekking had het carcinoom met een grote kans van 50 tot 90%, ofwel gemiddeld 70%, genezen kunnen worden. Na een periode van tien jaar zou er vervolgens een kans van minder dan 10% op terugkeer van de ziekte zijn geweest. In zijn oordeel rekent de rechter 25% van de schade toe aan de arts. Dat wekt ten minste de suggestie dat de 25% van de rechter het eindresultaat is van een rekensom in de trant van $50\% \times 70\% - 10\%$. In de uitspraak zelf wordt echter niet toegelicht hoe de rechter tot zijn 25% is gekomen, zodat de lezer alleen maar uit de context kan proberen af te leiden hoe de rechter – waarschijnlijk – gerekend heeft.

Een ander voorbeeld is een uitspraak van de Rechtbank Haarlem.⁴⁶ Een patiënt heeft bij een val een wervelfractuur opgelopen. Het ziekenhuis laat na om te onderzoeken of er sprake is van ruggenmergletsel, waardoor de patiënt niet met passende zorg wordt behandeld en een incomplete dwarslaesie ontwikkelt. Gegeven de aard van de wervelfractuur schatten deskundigen de kans op ruggenmergletsel bij binnenkomst in het ziekenhuis op 60 à 70%. Bij juiste behandeling zou de kans op volledig herstel vervolgens 50 à 60% zijn. Op basis van deze cijfers rekent de rechtbank voor dat van de honderd mensen die een vergelijkbare val zouden doormaken, dertig à veertig geen ruggenmergletsel zouden oplopen, en dat van de andere zestig à zeventig er bij een adequate behandeling dertig à veertig volledig zouden herstellen. Kortom, bij juiste behandeling zouden van de honderd mensen er uiteindelijk zo'n zeventig geen neurologisch letsel aan de val overhouden en dertig wel. "Dit alles in overweging nemende is de rechtbank van oordeel dat het ziekenhuis voor 70% aansprakelijk moet worden geacht voor de schade." Dat lijkt erop te wijzen dat de rechtbank de bovenstaande gegevens zo interpreteert dat er door onzorgvuldig handelen een 70%-kans op een beter resultaat verloren is gegaan. Maar dat is alleen juist als bij onzorgvuldige behandeling honderd van de honderd mensen schade aan de val zouden overhouden. Helaas wordt een en ander niet expliciet gemaakt, zodat de lezer ook hier uiteindelijk moet raden wat de rechter – waarschijnlijk – bedoeld heeft.

45 Rb. Amsterdam 28 oktober 1998, NJ 1999, 406, besproken door Van Dijk 2009 (zie noot 2), p. 110.

46 Rb. Haarlem 1 maart 2006, LJN AV5277.

5. Samenvatting en conclusies

De toepassing van proportionele aansprakelijkheid bij causaliteitsonzekerheid rondom medische fouten blijkt al behoorlijk ingeburgerd te zijn in Nederland. In de gepubliceerde jurisprudentie konden sinds 1993 ruim twintig uitspraken ter zake worden teruggevonden. Niet duidelijk is in hoeverre in de niet-gepubliceerde rechtspraak nog sporen van de traditionele alles-of-niets-benadering aangetroffen kunnen worden. Opmerkelijk is dat geen van de opgevoerde uitspraken afkomstig is van ons hoogste rechtscollege. Maar dat is geen probleem, omdat toepassing van proportionele aansprakelijkheid bij medische fouten volledig in lijn is met de arresten van de Hoge Raad ten aanzien van causaliteitsonzekerheid bij beroepsfouten van advocaten en beroepsziekten.

De toepassing van proportionele aansprakelijkheid is ook al behoorlijk uitgekristalliseerd. Medische deskundigen blijken in toenemende mate bereid en in staat om hun schattingen van de kans op een beter resultaat kwantitatief te onderbouwen. Verder past de rechter een gedifferentieerde benadering per schadepost toe, wanneer de aard van de causale verbanden daartoe aanleiding geeft.

Al met al kan, op basis van de theorie, worden aangenomen dat door de toepassing van proportionele aansprakelijkheid de billijkheid van de compensatie bij medische fouten is vergroot en de efficiënte werking van preventieve prikkels is versterkt.

Dat wil niet zeggen dat er geen ruimte is voor kritische kanttekeningen. Nadere analyse wijst uit dat de uitspraken op verschillende punten inconsistenties vertonen. Dat is enerzijds begrijpelijk, omdat de aanpak tamelijk nieuw is en daardoor nog niet de tijd heeft gehad om zich volledig uit te ontwikkelen. Het is anderzijds jammer, omdat het ten koste gaat van de gelijkheid in en voorspelbaarheid van de rechtspraak en daardoor de preventieve werking van het recht aantast.

Zo wekken de uitspraken de indruk dat rechters niet steeds consistent opereren, wanneer ze verbale omschrijvingen van de kans op een beter resultaat moeten omzetten in harde percentages. Er zijn soms aanzienlijke verschillen te constateren, zonder dat uit de uitspraken duidelijk wordt waarom.

Daarop aansluitend kan een tweede kanttekening worden gemaakt. Nu medisch deskundigen hun kansinschattingen meer en meer cijfermatig onderbouwen, zou het voor de voorspelbaarheid van de rechtspraak goed zijn als de rechters expliciteren hoe ze die informatie gebruiken voor hun eindoordeel. Helaas gebeurt dat lang niet altijd, zodat de lezer moet gissen wat de rechter – waarschijnlijk – bedoeld heeft.

In een tweetal zaken hebben rechters aangegeven kleine absolute schadekansen onvoldoende basis te vinden voor het toekennen van een schadevergoeding. Daarbij gingen ze voorbij aan de toch aanzienlijke attributieve risico's van het gedrag van de behandelaars. In een aantal vergelijkbare zaken, waar rechters alleen over een schatting van het attributieve risico konden beschikken, werd echter wel een proportionele schadevergoeding toegekend. Dat is een ongewenste inconsistentie. Vanuit efficiëntieoogpunt geldt dat kleine kansen als zodanig geen reden zijn om af te zien van aansprakelijkstelling. Kleine kansen kunnen bijvoorbeeld samengaan met een omvangrijke schade, zodat de verwachte schade toch aanzienlijk kan zijn. Bovendien hangt het af van de kosten van zorg of preventieve maatregelen de moeite waard zijn. Als de kosten van zorg bescheiden zijn, kan het de

moeite lonen om ook kleine kansen op schade terug te dringen. Het lijkt alleszins acceptabel om aan te nemen dat professionele standaarden in de gezondheidszorg zijn gebaseerd op een serieuze afweging van kosten en baten. Als er een professionele standaard bestaat die ook bij een kleine kans op schade maatregelen van zorg en preventie voorschrijft, zou de rechter er verstandig aan doen om die professionele standaard te volgen als grondslag voor proportionele toerekening. Waar overigens wel meer aandacht voor mag zijn, is de vraag of er een statistisch significant verschil bestaat tussen de kansen op schade bij zorgvuldig en onzorgvuldig gedrag. Schattingen zijn nu eenmaal omgeven met een bepaalde mate van onzekerheid.

Een derde vorm van inconsistentie werd aangetroffen bij het verdisconteren van onvolledige informatie vanwege het handelen of nalaten van de arts. Weliswaar wordt in het algemeen uitgesproken dat onduidelijkheid als gevolg van onvolledige verslaglegging door de arts of van onvolledig onderzoek naar de conditie van de patiënt niet voor rekening van de patiënt mag komen. Maar bij de nadere uitwerking worden er verschillen zichtbaar. Enerzijds zijn er rechters die de onduidelijkheid volledig toerekenen aan de arts, door uit te gaan van de voor de patiënt meest gunstige optie. Anderzijds zijn er rechters die vinden dat de onduidelijkheid niet volledig voor rekening van de arts moet worden gebracht, en die wikkend en wegend de kans proberen te schatten dat schade wel of niet het gevolg is van de medische fout. Vanuit efficiëntieoogpunt blijkt de arts bij de eerste benadering te veel te moeten betalen, wat hem zou kunnen aanzetten tot overdreven voorzichtigheid (defensive medicine). De tweede benadering komt dichterbij de efficiënte aanpak. Ideaal is een proportionele toerekening op basis van de mate waarin zorgvuldig handelen van de arts schade had kunnen voorkomen. Daarbij zijn twee componenten aan de orde. De eerste component is de kans dat een bepaalde voor diagnose en behandeling relevante conditie van de patiënt inderdaad aanwezig was, gegeven dat bij onzorgvuldig handelen van de arts schade optrad. De tweede component is het attributieve risico vanwege het uitblijven van de juiste behandeling, gegeven de aanwezigheid van de relevante conditie.