



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Over het bewijs van causaal verband met betrekking tot de geïnformeerde toestemming bij medische behandelingen

Tavernier, P.C.J. De

Citation

Tavernier, P. C. J. D. (2010). Over het bewijs van causaal verband met betrekking tot de geïnformeerde toestemming bij medische behandelingen. *Maandblad Voor Vermogensrecht*, (5), 139-146. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/16448>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License:

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/16448>

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

Over het bewijs van causaal verband met betrekking tot de geïnformeerde toestemming bij medische behandelingen

Dr. P. C. J. de Tavernier *

1 Inleiding

Het beginsel van geïnformeerde instemming, beter bekend onder de Engelse benaming *informed consent*, vormt een van de belangrijkste patiëntenrechten uit de Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO). Met ingang van 1 april 1995 is de geneeskundige behandelingsovereenkomst geregeld in afdeling 7.7.5 van het Burgerlijk Wetboek (BW). Het beginsel van *informed consent*¹ bevat, zoals uit de term blijkt, een dubbele component: een informatieverplichting van de arts en een toestemmingsrecht voor de patiënt.² De informatieverplichting van de arts ligt vervat in art. 7:448 lid 1 BW, op grond waarvan de arts de patiënt op duidelijke wijze en desgevraagd schriftelijk moet inlichten over het voorgenomen onderzoek en de voorgestelde behandeling en over de ontwikkelingen omtrent het onderzoek, de behandeling en de gezondheidstoestand van de patiënt. Het toestemmingsrecht van de patiënt ligt verankerd in art. 7:450 lid 1 BW. Dit wetsartikel bepaalt dat voor verrichtingen ter uitvoering van een behandelingsovereenkomst de toestemming van de patiënt is vereist.³ Het vereiste van geïnformeerde toestemming is een

toepassing van het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt⁴ en zijn recht op lichamelijke (of fysieke) integriteit.⁵

Inzake *informed consent* vormt de causaliteitsproblematiek een netelig probleem, een bron van hoofdbrekerij voor menig jurist wordt wel gezegd.⁶ De problematiek kan als volgt worden samengevat: wanneer de arts de patiënt niet adequaat heeft ingelicht en het verzwegen medisch risico zich voordoet, moet de patiënt het causaal verband aantonen tussen het informatieverzuim en de schade. Naar Nederlands recht is het de patiënt die moet aantonen dat hij de ingreep zou hebben geweigerd of voor een alternatieve behandeling zou hebben gekozen, indien hem alle relevante informatie zou zijn meegegeeld.⁷ Faalt de patiënt in het leveren van dat bewijs, dan is de arts niet aansprakelijk, ook al kan deze laatste niet bewijzen dat de patiënt met kennis van zaken heeft gehandeld.⁸ Voor een patiënt is het geen eenvoudige taak om aan te tonen dat hij bij correcte informatie een medisch geïndiceerde ingreep zou hebben geweigerd.⁹ Daarmee wordt niet tegemoetgekomen aan het dubbele recht van de patiënt op autonomie en lichamelijke integriteit.

* Dr. P.C.J. de Tavernier is docent privaatrecht aan de Rijksuniversiteit Leiden.

1. In de wettekst komt het *informed consent*-vereiste niet als dusdanig tot uiting; wel wordt het in de memorie van toelichting (p. 12) genoemd: zie B. Sluijters en M.C.I.H. Biesart, *De geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Deventer: Kluwer 2005, p. 38.
2. S. Tack en T. Balthazar, *Patiëntenrechten. Informed consent in de zorgsector: recente evoluties*, Cahiers Antwerpen Brussel Gent 2007, afl. 5-6, p. 2; M.J.J. de Ridder, *Causaal verband bij informed consent*, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 2000, p. 353.
3. In talrijke landen heeft het beginsel van geïnformeerde toestemming een wettelijke verankering gekregen. Zo kreeg het recht op geïnformeerde toestemming in België een wettelijke rechtsgrond sinds de wet van 22 januari 2002 betreffende de rechten van de patiënt (Belgisch Staatsblad, 26 september 2002).

4. L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans, *Causaliteitsonzekerheid bij informed consent. Beschouwingen naar aanleiding van Chester v. Afshar*, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 2007, p. 498; I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 35 en de verwijzingen aldaar. Zie over het zelfbeschikkingsrecht uitvoerig B.C. van Beers, *Persoon en lichaam in het recht. Menselijke waardigheid en zelfbeschikking in het tijdperk van de biotechnologie*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, 775 p.
5. C.J.J.M. Stolker, *Aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, Deventer: Kluwer 1988, p. 39.
6. L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans 2007, p. 498.
7. M.J.J. de Ridder 2000, p. 253; T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Geneeskundige behandelingsovereenkomst*, in: Asser/Tjong Tjin Tai 7-IV* 2009, nr. 453.
8. S. Tack en T. Balthazar 2007, p. 82 en de verwijzing naar rechtspraak aldaar.
9. Vgl. Cass. 16 december 2004, Rechtskundig Weekblad 2004-2005, 1553: 'Dat de rechter weliswaar vermag te oordelen dat een negatief bewijs niet met dezelfde striktheid als het bewijs van een bevestigend feit behoeft te worden geleverd, maar niet vermag de eisende partij van dit bewijs te ontslaan en de tegenpartij het bewijs van het tegengestelde positieve bewijs op te leggen' (mijn cursivering, P.C.J. de T.).

De opbouw van mijn bijdrage is als volgt. In de eerste plaats onderzoek ik de maatstaf die bij de beoordeling van causaal verband tussen het informatieverzuim van de arts en de door de patiënt geleden schade wordt gehanteerd (par. 2). Vervolgens ga ik dieper in op de huidige stand van het recht met betrekking tot de bewijslastverdeling inzake *informed consent*. Is het de patiënt die moet bewijzen dat hij een andere keuze zou hebben gemaakt of is het aan de arts om aan te tonen dat de patiënt toch met de behandeling zou hebben ingestemd (par. 3)?¹⁰ In paragraaf 4 attendeer ik op een aantal alternatieve oplossingen. Mijn artikel is rechtsvergelijkend van aard. Zowel in het Belgische, Franse als Duitse recht vond ik interessante aanknopingspunten ter verbetering van de rechtspositie van de patiënt in het raam van *informed consent*-kwesities.

2 De maatstaf bij de beoordeling van causaal verband tussen het informatieverzuim en de schade

Bij de beoordeling van de vraag of de patiënt in de tussenkomst zou hebben ingestemd indien hij behoorlijk was geïnformeerd, kunnen twee maatstaven worden aangelegd. Men zou kunnen nagaan welke beslissing een redelijk handelend patiënt genomen zou hebben (objectieve maatstaf) of men zou kunnen onderzoeken welke beslissing de patiënt in kwestie genomen zou hebben (subjectieve maatstaf).¹¹

Volgens de objectieve maatstaf moet worden onderzocht of een redelijk handelend patiënt na zorgvuldige informatie de ingreep al dan niet zou hebben geweigerd.¹² Een toepassing van deze tekst vinden we in een arrest van het hof van beroep te Antwerpen, waarin werd geoordeeld dat een redelijke persoon geplaatst in dezelfde omstandigheden als de patiënt, niet zou hebben ingestemd met een ribresectie (het verwijderen van een rib) indien hij vooraf behoorlijk was ingelicht over de grote kans op een volledig *plexus brachialis*-letsel,¹³ mede gelet op zijn preoperatieve arbeidsongeschiktheid van 30%. Ook op het niveau van de rechtbanken werd de objectieve maatstaf reeds toegepast.¹⁴

De toepassing van het objectieve criterium wekt geen verbazing, aangezien de rechter op die manier het bewijs voor causaal verband immers gemakkelijker kan beoordelen. Hij

hoeft dan namelijk niet na te gaan wat de *individuele* patiënt zou hebben besloten. Een bezwaar tegen deze zienswijze ligt hierin dat de objectieve test niet voldoende tegemoetkomt aan het recht van elke patiënt om zelf over zijn fysieke integriteit te beslissen, afgezien van de vraag of de patiënt een redelijke of onredelijke beslissing neemt. In werkelijkheid zou de objectieve noodzaak van de ingreep worden verward met de noodzakelijk subjectieve toestemming van de patiënt.¹⁵ Bovendien dekt de objectieve benadering ook maar een klein aantal gevallen. Als de risico's van een behandeling zodanig zijn dat een redelijk patiënt daarvoor geen toestemming zou geven, doet de vraag zich voor waarom deze arts eigenlijk voor deze behandeling zou mogen kiezen. Met andere woorden: de objectieve maatstaf bestrijkt alleen betrekkelijk bijzondere gevallen, terwijl het merendeel van de gevallen aan de hand van de subjectieve maatstaf moet worden beslist.

Bij de subjectieve test wordt vertrokken van de vraag of *deze specifieke patiënt* met de ingreep zou hebben ingestemd als hij adequaat zou zijn geïnformeerd.¹⁶ Onder meer de leeftijd van de patiënt, zijn economisch-financiële situatie en zijn filosofische of religieuze overtuiging kunnen een rol spelen bij de beoordeling van het oorzakelijk verband tussen het informatieverzuim en de door de patiënt geleden schade. Zo oordeelde het hof van beroep te Antwerpen in een zaak waarbij de gynaecoloog een patiënte niet had gewaarschuwd over de noodzaak van bijkomende anticonceptiemaatregelen na een sterilisatie dat, gelet op het feit dat een van haar kinderen epilepsie en leerstoornissen had, naar redelijkheid niet kon worden getwijfeld dat de vrouw andere vormen van anticonceptie zou hebben aangewend indien zij over dit vruchtbaarheidsrisico degelijk geïnformeerd was geweest.¹⁷

Met de subjectieve test wordt het meest recht gedaan aan het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Dit is ook de mening die Hendrix en Akkermans zijn toegegaan:

'Het subjectieve criterium strookt naar onze mening ook het meest met de norm die de informatieplicht beoogt te beschermen. Grondslag voor het geven van informatie aan de patiënt vormt immers het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt; de patiënt moet in staat worden gesteld zelf een autonome keuze te maken ten aanzien van de behandelwij-

10. M.J.J. de Ridder 2000, p. 353.

11. Voor een bepreking van de objectieven en de subjectieve theorie, zie o.m. S. Tack en N. Balthazar 2007, p. 82-83; L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans 2007, p. 501; C.J.J.M. Stolker 1988, p. 68-71; M. van Quickenborne, Oorzakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade, in *Recht en Praktijk*, nr. 47, Mechelen: Kluwer 2007, p. 49-50, randnr. 57; M.J.J. de Ridder, Bewijslastverdeling in het medische aansprakelijkheidsrecht, in T. Hartlief en W.R. Kastelijn (eds.), *Medische aansprakelijkheid: actuele en toekomstige ontwikkelingen*, Den Haag: Sdu uitgevers 2009, p. 89-90.

12. C.J.J.M. Stolker 1988, p. 68.

13. De *plexus brachialis* (letterlijk: vlechtwerk van de arm) is een knooppunt van zenuwvezels die de arm innervieren. De *plexus* loopt door de nek, de oksel en vervolgens in de arm.

14. Zie voor Nederland Rb. Utrecht 25 juni 1997, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 1999, p. 195, r.o. 2.12; Rb. Zwolle 15 december 1999, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2000, p. 256, r.o. 4.2. Zie voor België bijv. Rb. Nijvel 5 september 1995, *Revue régionale de droit* 1995, 298, beknopt besproken door M. van Quickenborne 2007, p. 50, voetnoot nr. 116.

15. T. Vansweevelt en B. Weyts, *Handboek Buitencontractueel Aansprakelijkheidsrecht*, Antwerpen: Intersentia 2009, p. 809, randnr. 1280; J.-L. Fagnart, *Petite navigation dans les méandres de la causalité*, *Revue générale des assurances et des responsabilités* 2006, nr. 14080, randnr. 54.

16. Zie in rechtsvergelijkend perspectief bijv. M. Stauch, *The Law of Medical Negligence in England and Germany. A Comparative Analysis*, Oxford: Hart Publishing 2008, p. 113 e.v.

17. Antwerpen 8 september 2003, T. Gez./Rev. Dr. Santé 2004-05, 389. Zie over dit arrest S. Tack en T. Balthazar 2007, p. 83.

ze, hoe die keuze ook luidt en hoe afwijkend die in de ogen van anderen wellicht ook is.¹⁸

Tegen de subjectieve maatstaf kan echter worden aangevoerd dat zij grotendeels steunt op de betrouwbaarheid van de getuigenis van de patiënt. De patiënt zal vaak de neiging hebben om achteraf, als er schade is opgetreden, in ieder geval te stellen dat hij een andere keuze zou hebben gemaakt. Zo wordt opgemerkt dat:

‘het in informed consent-zaken per definitie een hypothetische situatie betreft. Een situatie waarin ook de benadeelde zelf nooit heeft verkeerd. De benadeelde zal dan ook slechts met wijsheid achteraf iets kunnen zeggen over de vermoedelijke keuze die hij zou hebben gemaakt als hij op voorhand bekend was geweest met het niet-meegedeelde risico. Hij is nooit daadwerkelijk geconfronteerd geweest met die keuze.’¹⁹

Omdat zowel aan de objectieve als de subjectieve maatstaf nadelen kleven, kan worden geopteerd voor een combinatie van beide criteria.²⁰ Steun hiervoor kan worden gevonden in de (hierna te bespreken) *informed consent*-arresten van 23 november 2001, die de Hoge Raad heeft gewezen in het raam van de bewijslastomkering.²¹ Hij oordeelde dat de benadeelde

‘3.5.6. (...) ingevolge de hoofdregel van art. 177 Rv (oud) moest stellen en, zo nodig, bewijzen dat zij, indien zij op duidelijke wijze was ingelicht over het aan de voorgestelde behandeling verbonden risico van behandeling van een zenuw, als redelijk handelende patiënt in de gegeven omstandigheden niet gekozen zou hebben voor deze behandeling en/of dat zij om redenen van persoonlijke aard niet voor deze behandeling zou hebben gekozen.’

Het lijkt erop dat de Hoge Raad in eerste instantie voor het objectieve criterium kiest, maar dat een benadeelde, indien hij de geobjectiveerde toets niet passeert, aannemelijk mag maken dat hij of zij om redenen van persoonlijke aard en in afwijking van een redelijk handelend patiënt toch anders zou hebben

beslist. Door de uitdrukkelijke toevoeging van het woord ‘of’ mag bovendien worden aangenomen dat het slagen voor die subjectieve toets op zichzelf voldoende kan zijn voor de aanneme dat geen toestemming zou zijn gegeven indien de patiënt adequaat was geïnformeerd.²²

Ook in de literatuur wordt voor een tussenoplossing in de vorm van een combinatie van de objectieve en subjectieve maatstaf een lans gebroken. Zo stellen Vansweevelt en Weyts voor dat in beginsel de subjectieve test moet gelden, aangezien de schade en het causaal verband *in concreto* moeten worden beoordeeld: zou deze benadeelde zonder de fout dezelfde beslissing hebben genomen en dus ook de schade hebben geleden? Hiermee wordt ook het meest recht gedaan aan het zelfbeschikkingsrecht van de patiënt. Die persoonlijke wil kan in een geschrift zijn vastgelegd, aan derden zijn meegedeeld of uit het beroepsleven of de persoonlijkheid worden afgeleid. In gevallen waarin de persoonlijke wil moeilijk is aan te tonen, kan dan een beroep worden gedaan op de zogenoemde gesubjectieerde objectieve test, waarbij wordt onderzocht of een redelijke persoon geplaatst in dezelfde omstandigheden als de patiënt de ingreep al dan niet zou hebben geweigerd. Deze objectieve aanvulling op de subjectieve maatstaf maakt het mogelijk rekening te houden met specifieke omstandigheden eigen aan de patiënt. Ook in de rechtspraak treft men toepassing aan van deze leer.²³

3 De bewijslast met betrekking tot het causaal verband tussen het informatieverzuim en de schade

3.1 De hoofdregel

De hoofdregel voor bewijslastverdeling ligt vervat in art. 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv):

‘De partij die zich beroept op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten, draagt de bewijslast van die feiten of rechten, tenzij uit enige bijzondere regel of uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit.’²⁴

Het is dus de patiënt die moet aantonen dat hij niet in de tussenkomenst zou hebben toegestemd (of een alternatieve behandelingswijze zou hebben gekozen) indien hij vooraf op de hoogte was van bepaalde essentiële informatie en risico's. Als de patiënt in deze bewijsslevering faalt, is de arts niet aansprakelijk, ook al kan deze laatste niet bewijzen dat de patiënt met kennis van zaken heeft toegestemd. Het negatieve bewijs met betrekking tot het oorzakelijk verband tussen de schending van het *informed consent*-vereiste door de arts en de door patiënt geleden schade blijkt vaak een lastige hindernis. Veel vorderingen stranden wegens het ontbreken van dat bewijs.²⁵ Toch is het huidige stelsel van bewijslastverdeling niet per se

18. L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans 2007, p. 501. Zie in dezelfde zin: S. Tack en T. Balthazar 2007, p. 83: ‘Het dient vastgesteld dat het subjectief criterium aanleunt bij de filosofie van de Wet Patiëntenrechten en de specifieke bepalingen over de informatieverplichting van de beroepsbeoefenaar. Volgens artikel 8 § 2 Wet Patiëntenrechten is de beroepsbeoefenaar immers verplicht alle “voor de patiënt relevant geachte verduidelijkingen” mee te delen. De Wet Patiëntenrechten stelt het subjectieve criterium bij de bepaling van de te verstrekken informatie dus duidelijk voorop.’

19. L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans 2007, p. 501.

20. T.F.E. Tjong Tjin Tai 2009, nr. 453, p. 323.

21. W.R. Kastelij, Aansprakelijkheid voor fouten van ziekenhuispersoneel, in C.J.M. Klaassen e.a. (red.), Aansprakelijkheid in beroep, bedrijf of ambt, Deventer: Kluwer 2003, p. 59. Zie over de *informed consent*-arresten o.m. A.J. Akkermans, De ‘omkeringsregel’ bij het bewijs van causaal verband. Uitwerking van de rede uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit te Amsterdam op vrijdag 5 oktober 2001, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002, p. 95 e.v.

22. Ibid.

23. Antwerpen 20 september 1999, T. Gez./Rev. Dr. Santé 2000-01, 364.

24. H.J. Snijders, R.B. Gerretsen en A.S. Rueb, Burgerlijk Procesrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 158-159, nr. 8.3.3.

25. M.J.J. de Ridder 2009, p. 67.

slachtofferonvriendelijk: door de bewijslast niet bij de arts te leggen, wordt bijvoorbeeld vermeden dat een té groot belang wordt gehecht aan het gebruik van onpersoonlijke toestemmingsformulieren die het mondeling gesprek dreigen te vervangen.²⁶

3.2 Regels ter verlichting van de bewijsleveringslast van de patiënt

3.2.1 Het rechterlijk vermoeden

Door middel van het aannemen van een vermoeden kan de bewijslast van een partij worden verlicht. Snijders formuleert deze vorm van bewijslastverlichting als volgt:

‘Van een vermoeden spreekt men als uit een vaststaand feit een ander, niet-vaststaand feit, wordt afgeleid. Een vermoeden kan als regel ontzenuwd worden door het leveren van een tegenbewijs door degene ten nadele van wie dit vermoeden werkt (...). In een dergelijk geval kan worden gezegd dat de bewijslast in de zin van de “last om bewijsmateriaal naar voren te brengen” dan bij de wederpartij berust, maar de bewijslast in de gebruikelijke zin van het bewijsrisico rust nog steeds bij de partij die zich op het rechtsgevolg beroept. Wordt het vermoeden immers ontzenuwd door een tegenbewijs dat de wederpartij aandraagt, dan treedt het beoogde rechtsgevolg (bijvoorbeeld een verplichting tot schadevergoeding) niet in.’²⁷

In geval van informatieverzuim zou de rechter dus van de juistheid van de stelling van de patiënt kunnen uitgaan, bijvoorbeeld op basis van de ervaringsregel dat iemand met een medische behandeling niet zou hebben ingestemd als hij van bepaalde risico’s daarvan op de hoogte zou zijn geweest.²⁸

Een oplossing van algemene strekking, zo voert Giesen terecht aan,²⁹ is daarmee echter veelal niet gegeven, omdat de aanwezigheid van een vermoeden uit de aard van de zaak slechts per individueel geval kan worden beoordeeld,³⁰ nog afgezien van de vraag in hoeverre dit soort vermoedens op zich al kan worden aanvaard. Elke patiënt is immers anders. De ene patiënt neemt bijvoorbeeld wel bepaalde risico’s op de koop toe, terwijl een ander dat onder die omstandigheden niet zou doen. En ook al gaat de rechter voorlopig uit van de juistheid van de stelling van de eiser dat hij niet zou hebben ingestemd met de medische ingreep als hij volledige en juiste informatie zou hebben ontvangen van de arts, dan zal de patiënt nog niet erg geholpen zijn, omdat de arts vrij gemakkelijk het vereiste tegenbewijs kan leveren. De arts behoeft immers niet het tegendeel te bewijzen. Hij moet slechts het vermoeden ont-

krachten, dat wil zeggen voldoende twijfel zaaien over het vermoeden dat de patiënt een andere keuze zou hebben gemaakt. Dit kan in de praktijk tegenvallen. De arts is immers op dit punt afhankelijk van de patiënt. Immers, de patiënt kent zijn eigen voorkeuren, de arts kent die van de patiënt niet.³¹ Wel kan mogelijk van het bestaan van causaal verband worden uitgegaan in die situaties waarin de patiënt specifieke vragen stelde en de benodigde informatie toch niet of op onvoldoende wijze werd gegeven. Met het specifiek vragen naar juist deze informatie kan gezegd worden dat de patiënt zijn keuze liet afhangen van deze informatie.³²

De zogenoemde ‘omkeringsregel’ vormt een bijzondere variant van de constructie van het rechterlijk vermoeden.³³ Met deze regel heeft de Hoge Raad het ad hoc-karakter van het rechterlijk vermoeden vervangen door een regel met een algemeen karakter.³⁴ Door in te grijpen in de bewijslast heeft de Hoge Raad de bewijspositie van de patiënt die volgens de hoofdregel van art. 150 Rv het bewijsrisico draagt, verlicht door het verplaatsen van de bewijslast ten aanzien van het causaal verband.³⁵ De Hoge Raad heeft echter geoordeeld dat de omkeringsregel niet op het bewijs van causaal verband wegens het ontbreken van *informed consent* ziet.³⁶ Dit besliste hij in de zogenoemde *informed consent*-arresten, beide gewezen op 23 november 2001, waarvan ik hier alleen het eerste kort bespreek.³⁷ Het arrest ging over een patiënte die wegens een peesschede-ontsteking eerst aan haar linkerpols en tweeënhalve maand later aan haar rechterpols werd geopereerd. De eerste operatie verliep probleemloos, maar bij de tweede operatie trad een zenuwbeschadiging op. Patiënte hield daaraan een pijnlijk blijvende rechterpols over die haar zeer hinderde bij haar dagelijkse bezigheden en waardoor zij haar werk moest opgeven. Het stond in casu vast dat de arts de patiënte niet had ingelicht over de risico’s van een complicatie (een zenuwbeschadiging) die zich bij een polsoperatie zou kunnen voordoen. De operatie werd verder goed uitgevoerd, maar de complicatie deed zich wel voor. Voor de vraag of hier schadevergoeding voor eiseres mogelijk was, was van belang of er causaal verband bestond tussen het niet-informereren door de arts en de schade. Zou de patiënte hebben ingestemd met de operatie, indien zij had geweten van de risico’s? De patiënte bepleitte in cassatie toepassing van de ‘omkeringsregel’ ten aanzien van het bewijs van dat oorzakelijk verband. De Hoge Raad besliste echter dat de toepassing van de regel hier niet mogelijk was. De Hoge Raad overwoog:

31. Dit is trouwens een argument dat pleit voor de huidige verdeling van de bewijslast van causaal verband. De patiënt kent immers zijn eigen voorkeuren en kan dus beter dan de arts beoordelen of er gegevens zijn, zoals brieven, dagboeken, e-mails, of getuigenverklaringen van vrienden, collega’s enzovoort, waaruit die voorkeuren blijken.

32. I. Giesen 1999, p. 62-63.

33. H.J. Snijders, R.B. Gerretsen en A.S. Rueb 2010, p. 160, nr. 8.3.6.

34. H.W.B. thoe Schwartzenberg, *Civiel bewijsrecht voor de rechtspraktijk*, Antwerpen: Maklu 2009, p. 97.

35. H.W.B. thoe Schwartzenberg 2009, p. 97.

36. Zie hierover M.J.J. de Ridder 2009, p. 90.

37. HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 m.nt. JMBV (Ingenhut/St. Gezondheidszorg Oostelijk Zuid-Limburg).

26. C.C.M. Nadorp-van der Borg, Het recht van de patiënt op informatie in het Duitse civiele recht. Een voorbeeld?, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1995, p. 8.

27. H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen en G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Kluwer 2007, nr. 214.

28. I. Giesen 1999, p. 62.

29. I. Giesen 1999, p. 62.

30. Tenzij men zou uitgaan van de zuiver objectieve maatstaf van de redelijk handelende patiënt.

‘3.5.3 Het gaat hier om een geval van het tekortschieten door een arts in de nakoming van de op hem rustende verplichting zijn patiënt vóór een medische behandeling op duidelijke wijze in te lichten over de risico’s van de voorgestelde behandeling. Deze verplichting strekt ertoe de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor deze behandeling zal geven. Deze verplichting vindt zijn grondslag in de door art. 10 van de Grondwet gewaarborgde eerbiediging en bescherming van de persoonlijke levenssfeer en de door art. 11 van de Grondwet gewaarborgde onaantastbaarheid van het menselijk lichaam. Deze informatieplicht en het daarmee nauw verband houdende vereiste van toestemming door de patiënt hebben in de op 1 april 1995 in werking getreden regeling van de overeenkomst inzake geneeskundige behandeling een wettelijke basis gekregen in de art. 7:448 en 450 BW.

3.5.4 Deze op de arts rustende verplichting de patiënt op duidelijke wijze in te lichten over de risico’s verbonden aan de voorgestelde behandeling strekt derhalve niet ertoe de patiënt te beschermen tegen deze risico’s, maar zij strekt ertoe, zoals hiervoor in 3.5.3 is overwogen, de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de voorgestelde behandeling zal geven. Het tekortschieten in de nakoming van deze verplichting roept het risico in het leven dat de patiënt niet op de door hem gewenste wijze van zijn zelfbeschikkingrecht gebruik kan maken, het risico derhalve dat hij een keuze maakt die hij mogelijk niet gemaakt zou hebben als hij goed geïnformeerd was.

3.5.5 Uit het in 3.5.3 en 3.5.4 overwogene volgt dat hetgeen zich heeft voorgedaan in het onderhavige geval – een zenuwbeschadiging na de operatie van 20 juni 1991 – niet kan worden aangemerkt als verwezenlijking van het risico dat door het tekortschieten door [betrokkene A] in de nakoming van zijn informatieplicht in het leven is geroepen. Er is dan ook geen aanleiding om in het onderhavige geval “de omkeringsregel” van toepassing te achten en aan te nemen dat met het tekortschieten van [betrokkene A] het causaal verband tussen dit tekortschieten en de ontstane schade in beginsel is gegeven. Onderdeel 1a faalt derhalve.’

Aangezien de Hoge Raad heeft overwogen dat de informatieplicht van de arts er niet toe strekt de patiënt te beschermen tegen het risico van het ontstaan van schade door een operatie, maar wel tot doel heeft de patiënt in staat te stellen weloverwogen een keuze te maken over het wel of niet ondergaan van de operatie, zal de ‘omkeringsregel’ de patiënt in gevallen van informatieverzuim niet baten.³⁸ In de literatuur is de vraag gerezen of het onderscheid dat de Hoge Raad maakt tussen het risico dat de patiënt niet weloverwogen een keuze kan maken over het wel of niet ondergaan van de operatie en het

risico dat de patiënt lijdt door complicaties als gevolg van de operatie, wel terecht is. Vranken verwoordt het aldus:

‘Ik vind dit een scherpzinnig onderscheid, aanvankelijk ook inzichtelijk, maar allengs heb ik steeds meer twijfel gekregen of het wel houdbaar is. Mijn gedachtegang is deze: waarop is de weloverwogen keuze die patiënten op basis van de informatieplicht van de arts volgens de Hoge Raad moeten kunnen maken, gericht? M.i. op niets anders dan op het deugdelijk geïnformeerd kunnen beslissen of zij het risico van een operatie verantwoord achten, met andere woorden of ze zich, door te kiezen voor een operatie, willen blootstellen aan de door de arts geschatte kans op mislukken ervan en de mogelijke gebreken die daarvan het gevolg zijn. Alleen wanneer men het “kunnen maken van een weloverwogen keuze” als een waarde in zichzelf beschouwt en loskoppelt van datgene waarop de keuze betrekking heeft, is het onderscheid dat de Hoge Raad maakt, houdbaar.’³⁹

Kan men bovendien niet zeggen dat de informatieplicht er wél toe strekt om schade ten gevolge van de operatie te voorkomen en de omkeringsregel dus kan worden toegepast op gevallen waar *informed consent* ontbreekt? Het begrip ‘risico’ wordt dan opgevat als het risico van schade door een ingreep die de patiënt niet zou hebben ondergaan als hij juist en volledig zou zijn ingelicht.⁴⁰

3.2.2 Omkering van de bewijslast

Men zou de stelling kunnen verdedigen dat het bewijsrisico ten aanzien van het causaal verband tussen het informatieverzuim van de arts en de door de patiënt geleden schade op de arts behoort te rusten.⁴¹ Het is immers de arts die zijn informatieplicht heeft geschonden. Die informatieverplichting is nu juist in de wet opgenomen om, samen met het toestemingsvereiste, de rechtspositie van de patiënt te verbeteren. Als de patiënt telkens moet bewijzen dat hij, indien hij (voldoende) zou zijn ingelicht door de arts, met de medische behandeling niet zou hebben ingestemd, komt er van die verbetering van zijn rechtspositie niet veel terecht. Daarom moet er van de hoofdregel van de bewijsrisicoverdeling worden afgeweken indien verwezenlijking van een materiële rechtelijke norm niet mogelijk is, doordat het procesrecht daaraan in de

38. Zie hierover A. Pinna, *The obligations to inform and to advise. A contribution to the development of European contract law*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2003, p. 142, randnr. 250.

39. J.B.M. Vranken, *Geen omkeringsregel bij niet-nakoming informatieplicht door een arts* (noot onder HR 23 november 2001), NJ 2002, 387, onder 5.

40. L.M. Kroes 2007, p. 4; I. Giesen, *Bewijslastverdeling, de informatieplicht van de arts en het recht op zelfbeschikking: communicerende vaten!*, Ars Aequi (45) 1996, p. 539.

41. Zie bijv. C.J.J.M. Stolker 1988, p. 68-71 en W.D.H. Asser, *Stelplicht en bewijslastverdeling en medische aansprakelijkheid in het Nederlandse recht*, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1991, p. 62-76, in het bijzonder par. 4.7. Anders: C.C.M. Nadorp-van der Borg 1995, p. 12-13.

weg staat.⁴² Aanhangers van deze stelling pleiten ervoor om de Duitse rechtspraak inzake de bewijslastverdeling bij informatieverzuim door de arts over te nemen in het Nederlandse recht.

In Duitsland is het rekening houden met en het verdisconteren van de bewijsproblemen waarmee de patiënt te maken heeft met betrekking tot het informatieverzuim en de door hem geleden schade, het verst doorgevoerd. In beginsel moet de patiënt er enkel het bewijs leveren van de lichamelijke en de gezondheidsschade. Het is aan de arts om aan te tonen dat de patiënt had toegestemd in de medische ingreep. Omdat deze toestemming alleen betekenis heeft indien de patiënt ook voldoende werd geïnformeerd, wordt veelal geoordeeld dat de bewijslast met betrekking tot deze informatieverlening ook op de arts rust.⁴³ Deze bewijsregel geldt evenwel enkel ingeval er sprake is van een zogenoemde *Selbstbestimmungsaufklärung*, dat wil zeggen voor gevallen waarbij informatie wordt verstrekt om de patiënten hun zelfbeschikkingsrecht te laten uitoefenen door op een geïnformeerde wijze al dan niet toe te stemmen in de voorgestelde medische behandeling.⁴⁴ In geval van *Selbstbestimmungsaufklärung* is het aan de arts om aan te tonen dat het causale verband ontbrak indien de arts van oordeel is dat de patiënt de behandeling evengoed zou hebben ondergaan als hij wel ingelicht was geweest. Teneinde de arts tegemoet te komen bij het leveren van dat (lastige) bewijs, wordt de patiënt een aanvullende stelplicht opgelegd, in die zin dat hij gemotiveerd dient te stellen dat hij in een *Entscheidungskonflikt* zou zijn geraakt als hij volledig en juist zou zijn geïnformeerd.⁴⁵ Als er geen sprake is van van de voornoemde *Selbstbestimmungsaufklärung*, maar sprake is van een zogenoemde *therapeutische Aufklärung*, waarbij de informatieverlening veeleer is ingegeven door de veiligheidsidee om de patiënt te beschermen tegen medische risico's van de geplande behandeling, rust het bewijsrisico voor de fout, de schade en het oorzakelijk verband op de patiënt.⁴⁶

Evenals in Duitsland geldt in Frankrijk, sinds het arrest van het *Cour de Cassation* van 25 februari 1997, de regel dat de arts, bij een mogelijk informatieverzuim, dient te bewijzen dat hij de benodigde informatie heeft verstrekt.⁴⁷ Het Franse *Cour*

de Cassation besliste dat het hof van beroep de burgerlijke bewijsregels, met name art. 1315 *Code civil*, had geschonden door de bewijslast bij de patiënt te leggen '(...) alors que le médecin est tenu d'une obligation particulière d'information vis-à-vis de son patient et qu'il lui incombe de prouver qu'il a exécuté cette obligation'. In een arrest van 14 oktober 1997 verduidelijkte het Franse Hof van Cassatie dat de arts de naleving van zijn informatieplicht kan bewijzen met alle middelen van recht, waardoor een schriftelijk bewijs strikt genomen niet is vereist.⁴⁸ De Franse wetgever heeft deze regel nadien uitdrukkelijk bevestigd.⁴⁹ Ten aanzien van het causaal verband blijft de bewijslast echter op de patiënt rusten. Een deel van de Franse rechtsleer stelt voor om het probleem van het oorzakelijk verband te omzeilen door als schade te zien de loutere miskenning van de wil van de patiënt, in het feit dat hem de mogelijkheid van een keuze werd ontnomen.⁵⁰

De idee om de bewijslast naar de arts te verschuiven, leek in de Belgische rechtspraak (wel) gehoor te krijgen.⁵¹ In een arrest van 16 december 2004 bevestigde het Hof van Cassatie echter de regel dat de bewijslast in burgerlijke zaken op de patiënt rust.⁵² Om aan de bewijsnood van de patiënt tegemoet te komen, zoekt een deel van de Belgische rechtsleer heil in de zogenoemde theorie van de risicoverschuiving, waarin de toestemming van de patiënt fungeert als scharnier om de risico's van de uit te voeren behandeling op de patiënt dan wel op de arts te leggen. Door in te stemmen met de voorgestelde medische ingreep aanvaardt de patiënt de risico's die de arts hem meedeelt. De verzwegen (relevante) risico's heeft de patiënt niet kunnen aanvaarden en dus blijven ze voor rekening van de arts. De arts en de patiënt sluiten met andere woorden een overeenkomst over de risicoverdeling, die losstaat van elke fout. Aangezien de bewijslast contractueel werd vastgelegd, is niet alleen de causaliteitsproblematiek van de baan,⁵³ maar worden ook prikkels gecreëerd tot adequate nakoming van de informatieplicht.⁵⁴

Tegen deze theorie is echter kritiek geformuleerd. In de eerste plaats is betwist dat er een juridische grondslag is voor

42. I. Giesen, De aantrekkingskracht van Loreley. Over de opkomst en ondergang (?) van de omkeringsregel, in: T. Hartlief en S.D. Lindenberg, Tien pennestreken over personenschade: bijdragen ter gelegenheid van het twintigste symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2009, Den Haag: Sdu Uitgevers 2009, p. 5; I. Giesen, Bewijs en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 248.

43. D. Giesen en K. Kloth, noot onder BGH 27 november 1990, Juristenzeitung 1991, p. 785. Zie daarover S. Lierman, Het pleit beslecht: de patiënt draagt de bewijslast van de informatiemiskenning door de arts, (noot onder Hof van Cassatie 16 december 2004), T. Gez./Rev. Dr. Santé 2004-2005, p. 305-306, randnr. 10.

44. S. Lierman 2004-2005, p. 305-306.

45. I. Giesen 1999, p. 137 en 141.

46. S. Lierman, Voorzorg, preventie en aansprakelijkheid, Antwerpen: Intersentia 2004, p. 343, randnr. 571.

47. I. Giesen 1999, p. 136; S. Lierman 2004-2005, p. 304.

48. Cass. fr. 14 oktober 1997, JCP 1997, II, nr. 22942 m.nt. P. Sargos; zie ook: Cass. fr. 17 februari 1998, JCP 1998, IV, nr. 1811; Cass. fr. 27 mei 1998, JCP 1998, IV, nr. 2626.

49. Article L1111-2, zevende lid Code de la santé publique: 'En cas de litige, il appartient au professionnel ou à l'établissement de santé d'apporter la preuve que l'information a été délivrée à l'intéressé dans les conditions prévues au présent article. Cette preuve peut être apportée par tout moyen.'

50. T. Vansweevelt en B. Weyts 2009, p. 808, randnr. 1278, met verwijzing naar S. Hoquet-Berg, Les sanctions du défaut d'information en matière médicale, Gazette du Palais 9-10 septembre 1998, p. 16, nrs. 18-19 en M. Fabre-Magnan, Avortement et responsabilité médicale, Revue trimestrielle de droit civil 2001, 312-313, nr. 29. Zie ook A.J. Akkermans, Informed Consent and the Requirement of Causation, Chester v. Afshar, 14 October 2004, European Review of Private Law 2007, p. 433-442.

51. Luik 30 april 1998, T. Gez./Rev. Dr. Santé 1998-99, p. 139 m.nt. T. Vansweevelt; Antwerpen 22 juni 1998, Rechtskundig Weekblad 1998-1999 m.nt. H. Nys en T. Gez./Rev. Dr. Santé 1998-99, 144 met noot.

52. Cass. 16 december 2004, T. Gez./Rev. Dr. Santé 2004-05, p. 299 m.nt. S. Lierman.

53. T. Vansweevelt en B. Weyts 2009, p. 808-809, nr. 1279.

54. L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans 2007, p. 510.

de regel dat een arts in beginsel de behandelingsrisico's moet dragen. In het Belgische aansprakelijkheidsrecht geldt immers juist de omgekeerde regel, namelijk dat de schadelijder in principe de geleden schade zelf moet dragen, tenzij hij, althans in beginsel, kan aantonen dat de schade door de fout van een derde werd veroorzaakt. In de tweede plaats wordt gewezen op het fictieve karakter van de overeenkomst omtrent de risicoverdeling. Arts en patiënt sluiten enkel een overeenkomst om medische verzorging te verlenen tegen een bepaalde prijs. Een risicoverdelingsovereenkomst zou niet conform de bedoeling van partijen zijn. Tegen deze achtergrond heeft het Hof van Cassatie de theorie van de risicoverschuiving in het hiervoor vermelde arrest van 12 mei 2006 uiteindelijk verworpen.⁵⁵

Hiervoor heb ik aangegeven dat in de literatuur stemmen zijn opgegaan om het aan de arts te laten om aan te tonen dat het causale verband ontbreekt indien de arts van oordeel is dat de patiënt de behandeling evengoed zou hebben ondergaan als hij wel ingelicht was. Tegen de invoering van de Duitse regeling kunnen echter de nodige bezwaren worden geformuleerd. Sommige auteurs⁵⁶ zijn van mening dat de patiënt al voldoende tegemoet wordt gekomen met de aanvullende stelplicht van de arts. Bovendien wordt aangevoerd dat, indien op de arts het bewijsrisico rust, de arts de procedure vaak zal verliezen, omdat het erg moeilijk te bewijzen is dat de patiënt een andere keuze zou hebben gemaakt indien hij (voldoende en juiste) informatie zou hebben verkregen van de arts. Dit zou gevolgen hebben voor de verzekering van artsen. Zo zou een opwaartse druk op de verzekeringspremies ontstaan. Ook zouden verzekeraars wellicht bepaalde risico's gaan uitsluiten of helemaal geen dekking meer bieden voor medische aansprakelijkheid, waardoor de arts zijn beroep niet meer (naar behoren) zal kunnen uitoefenen.⁵⁷ Ten slotte wordt gewezen op het gevaar van misbruik door patiënten.⁵⁸

3.2.3 Tussenbesluit

Hoewel er in een concrete casus aanleiding kan zijn voor toepassing van het rechterlijk vermoeden, lijkt de patiënt zich niet te kunnen beroepen op een algemene regel ter bewijslastverlichting. De vraag is echter hoe erg dat is. Dat de bewijslast bij de patiënt rust, is niet zonder meer onbillijk, omdat de vraag wat de patiënt zou hebben gedaan indien hij wel goed zou zijn geïnformeerd, immers volledig in diens domein ligt. Wel is er voor te pleiten dat (in een concrete casus) niet al te zware eisen mogen worden gesteld aan het bewijs ten aanzien

van de hypothetische situatie dat de patiënt wel adequaat door de arts over de risico's was geïnformeerd.⁵⁹

4 Alternatieven

Indien is bewezen dat de arts zijn informatieplicht heeft geschonden en dat er schade is opgetreden als gevolg van de medische ingreep, zal, indien de behandelingsfout niet kan worden aangetoond, causaal verband tussen de schending van de informatieplicht en de schade moeten worden aangetoond om de arts aansprakelijk te stellen voor deze schade. Vertrekend vanuit de bewijsnood waarmee de patiënt in een dergelijk geval wordt geconfronteerd, heb ik in rechtsvergelijkend perspectief enkele instrumenten en regels besproken die deze bewijsnood enigszins zouden kunnen verlichten. Ik besluit mijn bijdrage met het attenderen op enkele alternatieve benaderingen voor het probleem van de onzekerheid omtrent het oorzakelijk verband tussen het informatieverzuim en de geleden schade.

Het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid is een vaak genoemd alternatief.⁶⁰ Met deze theorie worden causaliteitsproblemen vermeden door uit te gaan van een ander schadebegrip. Er wordt geen vergoeding toegekend voor de definitieve schade, maar voor de kansschade.⁶¹ De schade is dan het verlies van de kans die de patiënt had om de definitieve schade te voorkomen.⁶² De arts heeft door het informatieverzuim de patiënt de kans ontnomen van de behandeling af te zien of alternatieven te overwegen.⁶³ De rechter hoeft zich daarbij niet meer te buigen over het causaal verband tussen het informatieverzuim en de definitieve schade, want het causaal verband tussen de schending van de informatieplicht en de kansschade staat vast.⁶⁴ Deze theorie is al meermalen toegepast in zaken van medische aansprakelijkheid, maar voor zover bekend door de Nederlandse rechter nog niet toegepast ten aanzien van het causaliteitsprobleem bij *informed consent*. Wel heeft de Geschillencommissie Ziekenhuizen reeds in een aantal uitspraken voor een dergelijke oplossing gekozen.⁶⁵ Het gevaar van de toepassing van proportionele aansprakelijkheid is wel dat de rechter dit leerstuk te snel toepast, omdat hij dit gemakkelijker vindt dan geheel aan te nemen of geheel af te wijzen dat de patiënt niet voor de behandeling (of voor een alternatieve behandeling) zou hebben gekozen. Door een goed onderzoek kan wellicht duidelijkheid ontstaan omtrent de vraag of de patiënt een andere keuze zou hebben gemaakt en

55. Cass. 12 mei 2006, Pasicrisie 2006, I, 1112, met concl. P. de Koster en T. Gez./Rev. Dr. Santé 2008-09, 115, m.nt. J.L. Fagnart.

56. Zie bijv. L.M. Kroes 2007, p. 6.

57. C.J.J.M. Stolker, Nederlandse toestanden? Medische aansprakelijkheid en de Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst, Verkeersrecht 1996, p. 7. Hierbij zij aangestipt dat de aansprakelijkheid op grond van art. 7:463 BW niet kan worden beperkt of uitgesloten.

58. C.C.M. Nadorp-van der Borg 1995, p. 10.

59. Daarbij kan mogelijk worden aangesloten bij de jurisprudentie over de niet al te zware eisen die mogen worden gesteld aan het letselschadeslachtoffer ten aanzien van de hypothetische ontwikkeling van de inkomenssituatie zonder ongeval (vgl. HR 15 mei 1998, NJ 1998, 624).

60. L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans 2007, p. 509-510. Zie ook A.J. Akkermans 2002, p. 108-109; M.J.J. de Ridder 2009, p. 84.

61. HR 31 maart 2006, RvdW 2006, 328 (Nefalit/Karamus), onder meer besproken door K.J.O. Jansen in Tijdschrift voor Privaatrecht 2008, p. 823 e.v., nr. 71.

62. L.M. Kroes 2007, p. 6.

63. L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans 2007, p. 510; L.M. Kroes 2007, p. 6-7.

64. A.J. Akkermans 1997, p. 107-108.

65. Zie bijv. Geschillencommissie Ziekenhuizen 23 april 1997, Tijdschrift voor Gezondheidsrecht 1999, p. 386.

dan hoeft er van proportionele aansprakelijkheid geen gebruik worden gemaakt.

Een tweede alternatief vormt art. 6:106 lid 1 sub b BW.⁶⁶ Op grond van dit artikel heeft een benadeelde recht op immateriële schadevergoeding indien hij lichamelijk letsel heeft opgelopen, in zijn eer of goede naam is geschaad of op andere wijze in zijn persoon is aangetast. Wanneer een patiënt kan aantonen dat hij van de medische ingreep zou hebben afgezien of voor een alternatieve behandeling zou hebben gekozen indien hij vooraf over het ingetreden risico zou zijn geïnformeerd, ligt toekening van smartengeld – naast vergoeding van materiële schade – voor de hand wegens het oplopen van lichamelijk letsel. In dat geval rijst geen causaliteitsprobleem, omdat kan worden aangenomen dat het informatieverzuim van de arts het letsel heeft veroorzaakt. Deze oplossing werd in enkele (recente) artikelen uitvoerig besproken.⁶⁷ Ik beperk me tot de situatie waarbij de patiënt schade lijdt, maar er niet in slaagt het oorzakelijk verband tussen het ingetreden risico en het informatieverzuim in hoofde van de arts te bewijzen. In dat geval kan de patiënt uit die bewijsnood worden geholpen door de inbreuk op de individuele zelfbeschikking als zodanig als een ‘aantasting van de persoon’ te kwalificeren.⁶⁸ Schending van dat recht geeft dan een zelfstandige aanspraak op een naar billijkheid vast te stellen schadevergoeding.⁶⁹ De hoogte van een eventuele immateriële schadevergoeding kan afhankelijk worden gesteld van de aard en mate van de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht.⁷⁰ Deze benadering is naar huidig recht niet uitgesloten. De Hoge Raad heeft al eerder te kennen gegeven dat een ernstige inbreuk op fundamentele rechten van de mens, ook bij het ontbreken van psychisch letsel, als een ‘aantasting van de persoon’ kan gelden.⁷¹

5 Besluit

De plicht van de arts tot het geven van informatie aan de patiënt is stevig verankerd in de interne en internationale regelgeving. Centraal staat daarbij de gedachte dat een patiënt, die niet (voldoende) geïnformeerd is over de aard en de implicaties van een voorgenomen behandeling, niet is uitgerust om zijn zelfbeschikkingsrecht en zijn recht op lichamelijke integriteit op adequate wijze uit te oefenen. Wanneer de arts de patiënt niet (voldoende) heeft ingelicht en het verzwegen medisch risico doet zich voor, is het aan de patiënt om het cau-

saal verband aan te tonen tussen het informatieverzuim en de schade. Het is de patiënt die moet aantonen dat hij de behandeling zou hebben geweigerd, of voor een alternatieve behandeling zou hebben gekozen, indien hem alle relevante informatie zou zijn meegedeeld. Het is voor de patiënt geen sinecure om dit bewijs te leveren.

In mijn artikel drong zich in de eerste plaats de vraag op naar de maatstaf die kan worden aangelegd bij de vraag of de patiënt in de tussenkomst zou hebben ingestemd indien hij behoorlijk was geïnformeerd: dient het objectieve (wat zou een redelijk handelende patiënt hebben gedaan) criterium dan wel het subjectieve (wat zou deze patiënt feitelijk hebben gedaan) criterium te worden gehanteerd? Principieel geniet een subjectieve maatstaf de voorkeur, met dien verstande dat ook bij die keuze het aanbrengen van enige objectivering op zijn plaats is.

In de tweede plaats ben ik uitvoerig ingegaan op de problematiek van de bewijslast met betrekking tot het causaal verband tussen het informatieverzuim en de schade. Ik onderzocht met name de regels die de bewijsnood van de patiënt enigszins verlichten. Ik heb ook (mogelijke) kritiek geformuleerd tegen de *informed consent*-arresten die de Hoge Raad in 2001 heeft gewezen, waarin de toepassing van de zogenoemde ‘omkeringsregel’ van de hand werd gewezen. Tevens ben ik nagegaan of het geen aanbeveling verdient om het bewijsrisico ten aanzien van het causaal verband tussen het informatieverzuim van de arts en de door de patiënt geleden schade op de arts te leggen. Hiervoor kunnen, zo bleek, zowel argumenten pro als contra worden geuit.

Ten slotte heb ik, onder meer ter voorkoming van causaliteitsproblemen, enkele alternatieven aangereikt. Zo heb ik geattendeerd op het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid. Ook art. 6:106 lid 1 sub b BW biedt perspectieven voor de in bewijsnood verkerende patiënt.

66. De Hoge Raad biedt aanknopingspunten voor de gedachte dat dit ook een weg is die bij *informed consent* zou kunnen worden bewandeld: HR 18 maart 2005, NJ 2006, 606 (Baby Kelly/wrongful life). Zie L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans 2007, p. 512.

67. Zie bijv. B.C. van Beers 2009, p. 133 e.v.; L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans 2007, p. 511-513.

68. Zie bijv. A.J. Verheij, Vergoeding van immateriële schade wegens aantasting van de persoon, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2002, p. 512; zie ook I. Giessen 1999, p. 82, in het bijzonder voetnoot nr. 524.

69. L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans 2007, p. 512; vgl. Chester v. Afshar [2004] 4 All. ER 58, § 34.

70. L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans 2007, p. 512.

71. In die zin L.G.J. Hendrix en A.J. Akkermans 2007, p. 512, met verwijzing naar het Oosterparkrellen-arrest van de Hoge Raad van 14 juli 2004 (NJ 2005, 391).