

ANNOTATIE

Smartengeldperikelen.

mr. dr. A.J. Van

*Annotatie bij Gerechtshof Den Haag, 22-10-2019,
ECLI:NL:GHDHA:2019:2753 (GZR-2019-0274, PS-2019-1239)*

1. In de medische praktijk komt het helaas voor dat een arts een diagnose mist, waardoor een *delay* ontstaat in de behandeling van de aandoening van de patiënt. Het meest spraakmakende voorbeeld daarvan is misschien wel de zaak van Adrienne Cullen die op 31 december 2018 overleed aan de gevolgen van baarmoederhalskanker. Door een ernstige fout van het ziekenhuis waarin zij werd behandeld, bleef die aandoening gedurende twee jaar onopgemerkt. In die periode daalde haar overlevingskans van 90-95% naar vrijwel nihil. In de buitengerechtelijke onderhandelingen die volgden, werd volgens de media aan haar een smartengeld uitgekeerd van € 350.000.[1] De publiciteit over de omvang van deze vergoeding veroorzaakte een golf van zaken waarin de grenzen van het smartengeld werden gezocht. De procedure waarin het onderhavige arrest is gewezen, biedt daarvan een voorbeeld.

2. Gelet op de feiten in deze procedure is dat niet verrassend; die vertonen ontegenzeggelijk gelijkenis met de zaak-*Cullen*. Ook hier was sprake van een kwaadaardige tumor die door een ernstige medische fout de kans had gekregen zich te ontwikkelen van een goed behandelbare aandoening (overlevingskans 92%) tot een situatie met een nagenoeg infauste prognose (overlevingskans 13%) en een daaropvolgend overlijden. Verschillen tussen de beide gevallen zijn er echter ook. De patiënte in de onderhavige procedure was op het moment waarop de fout werd ontdekt ongeveer tien jaar jonger dan mevrouw Cullen toen de ziekte bij haar werd vastgesteld. Daarnaast was zij moeder van een aantal kinderen, onder wie een inwonende dochter, en had zij kleinkinderen en een partner. Mevrouw Cullen en haar partner waren kinderloos. Verder is er een verschil in de duur van de periode tussen de constatering van de fout en het moment van overlijden; in het onderhavige geval bedroeg die net iets meer dan een jaar, in het geval van mevrouw Cullen ging het om ruim vijf jaar. Tot slot is mogelijk van

belang dat mevrouw Cullen nog in leven was toen de hoogte van haar smartengeld werd bepaald, terwijl de patiënte in deze procedure op het moment waarop die van start ging al geruime tijd was overleden.[2]

3. De inzet van de onderhavige procedure was op zijn zachtst gezegd ambitieus: de nabestaanden verzochten het smartengeld te bepalen op een bedrag van € 500.000. In twee instanties is dat bij lange na niet gelukt; de rechtbank kwam niet verder dan € 200.000 en van het hof moesten de nabestaanden genoegen nemen met ‘slechts’ € 135.000. Interessant is wel om te zien hoe beide rechtscolleges tot hun oordeel zijn gekomen.

4. Uit de overwegingen van de rechtbank blijkt dat dit college gewicht toekende aan het feit dat aan de behandelend arts een *ernstig* verwijt kon worden gemaakt en de omstandigheid dat de daardoor veroorzaakte schade door de verzekering was gedekt. Vooral dat eerste werkte door in de wijze waarop de rechtbank beoordeelde welke gevallen zich het best met de onderhavige casus lieten vergelijken. Het asbestconvenant – op grond waarvan aan slachtoffers van de fatale asbestziekte mesothelioom een smartengeld van circa € 58.989[3] wordt toegekend – vormde volgens de rechtbank geen passend referentiekader, omdat de aard van de aansprakelijkheid daarin te zeer verschilde van die in de onderhavige situatie. Evenmin achtte de rechtbank een vergelijking op zijn plaats met het geval van ‘de gynaecoloog’, beschreven in de *ANWB-Smartengeldgids* onder nummer 682. In die zaak ging het om een patiënte die na een verkeerde beoordeling van haar gezondheidssituatie was overleden aan baarmoederhalskanker; de Rechtbank Leeuwarden had op basis daarvan het smartengeld bepaald op (geïndexeerd) € 101.006. Onderscheidend was volgens de rechtbank dat in die zaak geen sprake was van ‘vergelijkbaar ernstig verwijtbaar (medisch) handelen’. Van een vergelijking met de zaak-*Cullen* wilde de rechtbank tot slot ook niets weten: ‘In dat geval is kennelijk sprake geweest van een minnelijke regeling met een lumpsum bedrag, hetgeen de vergelijking met rechterlijke beslissingen bemoeilijkt; voorts is over de precieze inhoud van de regeling en de omstandigheden van het betreffende geval te weinig concrete informatie beschikbaar om een vergelijking te kunnen maken.’

5. Het best vergelijkbaar – zonder dat overigens nader toe te lichten – was volgens de rechtbank het geval van ‘de aidspatiënt’ (zie *ANWB-Smartengeldgids* nr. 658). Hierin had het Hof Amsterdam in 1991 aan een patiënt die in het ziekenhuis was ingespoten met bloed van een aidspatiënt een smartengeld toegekend van (geïndexeerd) € 229.558. De hoogte van dit bedrag was blijkens de overwegingen van het hof ingegeven door een publicatie van het Molengraaff Instituut, waaruit naar voren kwam dat het smartengeld in de ons omringende landen veelal hoger lag. Van een vergelijking met het buitenland wilde de rechtbank in de onderhavige zaak overigens niet veel weten: ‘Deze omstandigheid is [...] van beperkt gewicht, omdat in de rechtstelsels van andere landen niet steeds hetzelfde onderscheid tussen

vermogensschade en smartengeld wordt gemaakt als in Nederland, sommige landen (zoals de VS) een systeem kennen waarin het smartengeld een punitief element (*punitive damages*) omvat en de relevante details van de daar voorliggende zaken in het algemeen (en ook nu) onvoldoende bekend zijn, zodat de vergelijking met de hoogte van smartengeld in vergelijkbare gevallen in andere landen moeilijk is.’

6. Wel relevant vond de rechtbank de gewijzigde maatschappelijke opvattingen over de hoogte van het smartengeld in Nederland. Mede op basis daarvan bepaalde hij het smartengeld in de onderhavige procedure uiteindelijk op € 200.000.

7. In hoger beroep probeerde de aangesproken arts te weerleggen dat sprake zou zijn geweest van *ernstig* verwijtbaar medisch handelen. Het hof ging daar niet in mee, maar kende aan dat aspect toch minder gewicht toe dan de rechtbank voor wie het aanleiding was geweest de onderhavige zaak niet op een lijn te stellen met die van ‘de gynaecoloog’. Voor het hof was die zaak, vanwege de grotere feitelijke overeenkomsten, hier juist meer richtinggevend voor de hoogte van het smartengeld. Tegen een vergelijking met ‘de aidspatiënt’ pleitte voor het hof dat het in die zaak ging om een patiënt die voorafgaand aan de gemaakte fout gezond was, en dus geen (verhoogde) kans op overlijden had, terwijl de patiënte in de onderhavige procedure voorafgaand aan de gemaakte fouten al bekend was met een kwaadaardige tumor.[4] Evenals de rechtbank wees het hof een vergelijking met de zaak-*Cullen* af. In aanvulling op hetgeen de rechtbank daarover had overwogen, oordeelde het hof ‘dat er geen goed inzicht bestond in de beweegredenen van de desbetreffende partijen om na de tussen hen gevoerde onderhandelingen op een bepaald (zeer hoog) bedrag uit te komen in het kader van een minnelijke regeling.’ Ook was onduidelijk, aldus het hof, in hoeverre dat bedrag geheel uit smartengeld bestond, of dat daarin ook andere schadebedragen waren verdisconteerd.

8. Evenals de rechtbank onderkende het hof dat de maatschappelijke opvattingen over de hoogte van het smartengeld in de loop van de jaren zijn gewijzigd. Voor het hof vormde dat aanleiding het smartengeld in deze procedure hoger vast te stellen dan in de zaak van ‘de gynaecoloog’.[5] In tegenstelling tot hetgeen de rechtbank daarover had geoordeeld, wilde het hof voor de bepaling van het smartengeld geen consequenties toekennen aan het feit dat de aangesproken arts was verzekerd voor de door zijn handelen toegebrachte schade. Die omstandigheid kan volgens het hof pas aan de orde komen bij een eventueel beroep op matiging van schadevergoeding op de voet van artikel 6:109 BW. Aldus kwam het hof uit op een (aanzienlijk lager) smartengeld van € 135.000 en werden de nabestaanden veroordeeld tot terugbetaling van hetgeen zij eerder te veel hadden ontvangen.

9. Het verschil met de schadevergoeding in de zaak-*Cullen* is daarmee groot en de vraag is of dat valt te rechtvaardigen, nu de feiten in die zaak toch sterk overeenkomen met de situatie

van de patiënte in de onderhavige procedure. Aan mevrouw Cullen is destijds in het kader van een minnelijke regeling een schadevergoeding betaald van € 550.000. Een deel daarvan had betrekking op de materiële schade van mevrouw Cullen en de vooraf begrote overlijdensschade van haar echtgenoot. Het restant van circa € 337.000 valt dan onder de categorie ‘ander nadeel’ van artikel 6:95 BW, ofwel immateriële schade. Dat betekent niet dat dit bedrag zonder meer kan worden aangemerkt als smartengeld. Die term is voorbehouden aan de vergoeding die aan een benadeelde met lichamelijk of geestelijk letsel wordt uitgekeerd ter compensatie van geleden pijn en gederfde levensvreugde. Het aantal situaties waarin aanspraak kan worden gemaakt op vergoeding van immateriële schade is echter ruimer dan die waarin smartengeld kan worden gevorderd. Een voorbeeld is de situatie waarin sprake is van schending van een fundamenteel recht, zoals het (zelfbeschikkings)recht van de patiënt om voorafgaand aan een medische behandeling te worden geïnformeerd over de daaraan verbonden risico’s en eventuele behandelalternatieven. Een ander, minder bekend, voorbeeld is de som geld die een aangesprokene, bovenop hetgeen waartoe hij rechtens is gehouden, bereid is aan zijn wederpartij te voldoen ‘om van de zaak af te zijn’. In het Angelsaksische recht staat dit bekend als de ‘nuisance value’ van een zaak. Het bedrag dat in verband daarmee wordt uitgekeerd, vormt geen materiële schade en valt evenmin te kwalificeren als smartengeld; het behoort tot de categorie immateriële schade. Het bedrag van € 337.000 dat aan mevrouw Cullen werd uitgekeerd, vertegenwoordigde onmiskenbaar een zekere ‘nuisance value’. In de weken voorafgaand aan de totstandkoming van de minnelijke regeling was het ziekenhuis waarin de fout was gemaakt namelijk zeer negatief in de publiciteit gekomen.[6] Het was het ziekenhuis daardoor wel iets waard om de zaak van mevrouw Cullen niet verder te laten escaleren. Kort voordat dit alles ging spelen, had het ziekenhuis in het kader van een minnelijke regeling aan mevrouw Cullen een smartengeld aangeboden van € 180.000.[7] Het is niet ondenkbaar dat mevrouw Cullen zonder de later ontstane ‘nuisance value’ van haar zaak in een minnelijke regeling genoegzaam had moeten nemen met een smartengeld in de orde van grootte van € 200.000 tot € 225.000. Zo bezien was het oordeel van de rechtbank in de onderhavige zaak zo gek nog niet.

Noten

[1] Zie *NRC* 20 november 2015, ‘Ziekenhuis betaalt record aan smartengeld’.

[2] Twee maanden voorafgaand aan haar overlijden was aan de patiënte een voorschot op het smartengeld uitgekeerd van € 10.000. Meer dan anderhalf jaar later volgden twee aanvullende betalingen. Op het moment waarop de procedure startte, was € 102.500 aan smartengeld betaald.

[3] Dit bedrag wordt jaarlijks geïndexeerd; dit is het bedrag voor 2019.

[4] Dit argument is niet helemaal juist; uit de omschrijving in de *Smartengeldgids* blijkt dat de 'aidspatiënt' voorafgaand aan de gemaakte fout reeds volledig arbeidsongeschikt was.

[5] Het hof wilde dat overigens niet doen, zoals eerder het Hof Arnhem Leeuwarden (ECLI:NL:GHARL:2014:181), door het smartengeld eerst te begroten en daarna met een bepaald percentage te verhogen; de (gewijzigde) maatschappelijke ontwikkelingen dienden volgens het hof te worden beschouwd in onderlinge samenhang met de overige omstandigheden van het geval.

[6] In een uitzending van *Zembla* werd onthuld dat op de KNO-afdeling van het betreffende ziekenhuis een angstcultuur heerste en dat ernstige calamiteiten voor de Inspectie waren verzwegen.

[7] Zie *NRC* 20 november 2015, 'Ik stierf aan medische nalatigheid'.