

Medische aansprakelijkheid

144

Hoge Raad
15 juni 2007, nr. C06/031HR, LJN BA3587
(mrs. Beukenhorst, Van Buchem-Spapens,
Hammerstein, Streefkerk, Asser)
(concl. A-G Spier)
Noot K. van der Meer

**Medische fout. Bewijslast en bewijsrisico.
Verzwaarde stelplicht arts.**

[Rv art. 150]

Na een door de gynaecoloog uitgevoerde operatie heeft patiënte last van een aandoening aan de elleboogzenuw. Zij spreekt de gynaecoloog, de anesthesioloog en het ziekenhuis aan tot schadevergoeding en stelt dat de aandoening moet zijn veroorzaakt door druk op de elleboogzenuw tijdens de operatie. De rechtbank heeft de vordering toegewezen. Het hof heeft deze echter afgewezen. Volgens het hof moet worden nagegaan of er voldoende aanwijzingen zijn dat er tijdens of na de operatie een medische fout is gemaakt die de aandoening kan hebben veroorzaakt. Uit de deskundigenrapporten volgt dat daarvoor onvoldoende grond bestaat. In cassatie wordt geklaagd over 's hofs oordeel omtrent de bewijslast en diens oordeel dat de verslaglegging in het medisch dossier niet onder de maat was. De Hoge Raad oordeelt dat de gedachtegang van het hof juist is. Het bewijsrisico ter zake van de medische fout als oorzaak van de zenuwaandoening rustte op patiënte. Op de artsen en het ziekenhuis rustte een verzwaarde stelplicht, waardoor het bewijsrisico van patiënte werd verlicht. Geen rechtsregel verplichtte het hof om in de omstandigheden van dit geval bij voorbaat een vermoeden van een medische fout aan te nemen alvorens te onderzoeken of er voldoende aanwijzingen voor een medische fout waren. Met zijn oordeel dat het opnemen van mededelingen over de positionering van patiënte tijdens de operatie in het medisch dossier ten tijde van de operatie niet tot de professionele standaard binnen de beroepsgroep hoorde, heeft het hof tot

uitdrukking gebracht dat zulks destijds niet in strijd was met hetgeen op dit punt van een redelijk bekwaam en redelijk handelend behandelaar mocht worden gevergd. Daarmee heeft het hof de juiste maatstaf aangelegd, hetgeen in beginsel ook voldoende is voor het antwoord op de vraag of is voldaan aan de verplichting om patiënte aanknopingspunten te verschaffen voor eventuele bewijsoverlevering.

[Eiseres] te [woonplaats],
eiseres tot cassatie,
advocaat: mr. J. van Duijvendijk-Brand,
tegen

1. [verweerder 1] te [woonplaats],
2. [verweerder 2] te [woonplaats],
3. Stichting Ziekenhuis Amstelveen te Amstelveen,
verweerders in cassatie,
advocaat: mr. E. van Staden ten Brink.

**Conclusie Advocaat-Generaal
(mr. Spier)**

1. Feiten

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de volgende, door de Rechtbank in rov. 1 onder a-e van haar vonnis van 28 juni 2000 vastgestelde en door het Hof in rov. 4.1.1-4.1.2 van zijn in cassatie bestreden arrest samengevatte feiten.

1.2. [Eiseres] is op 29 juni 1995 onder volledige anesthesie geopereerd in het Ziekenhuis Amstelveen (SZA) wegens een buitenbaarmoederlijke zwangerschap. Bij de operatie waren [verweerder 1 en verweerder 2] betrokken als gynaecoloog respectievelijk anesthesioloog.

1.3. Op 5 juli 1995 is [eiseres] uit het ziekenhuis ontslagen.

1.4. Op 10 juli 1995 heeft [eiseres] haar huisarts [betrokkene 1] geraadpleegd in verband met klachten aan de linkerhand (gevoelloosheid, tintelingen). De huisarts heeft haar, toen fysiotherapie geen uitkomst bood, verwezen naar [betrokkene 2], neuroloog bij SZA.

1.5. [Betrokkene 2] heeft in of rond oktober 1995 vastgesteld dat sprake was van een lichte neuropathie van de nervus ulnaris in de linkerarm.

1.6. Op 17 oktober 1996 heeft [betrokkene 3], plastisch chirurg bij het VU-ziekenhuis, een neurolyse van de nervus ulnaris proximaal van

NOOT

1. Inleiding

De bewijslastverdeling in medische zaken mag zich de laatste tijd in de belangstelling van de Hoge Raad verheugen. Waar in HR 20 april 2007, «JA» 2007/89 de discussie zich met name toespitste op de vraag of het ziekenhuis aan zijn verzwaarde stelplicht had voldaan, komt in bovenstaande uitspraak ook het bewijsrisico aan de orde. Het arrest is op zichzelf niet baanbrekend, maar vormt wel een mooie aanleiding om in algemenere zin iets te zeggen over het bewijs in medische aansprakelijkheidskwesties. Dat zal ik doen aan de hand van de verschillende in deze zaak gevolgde redeneringen over de bewijslastverdeling.

2. Procedure

Eiseres is geopereerd vanwege een buitenbaar-moederlijke zwangerschap. Zij stelt dat tijdens de operatie druk op de elleboogzenuw is uitgeoefend, die heeft geleid tot blijvende gevoelloosheid en tintelingen in de linkerarm (neuropathie van de nervus ulnaris) en dat deze complicatie eenvoudig te vermijden was. De rechtbank neemt een verlichte stelplicht van eiseres aan en acht het door eiseres gestelde (kort gezegd) voorshands bewezen.

De opererende gynaecoloog, de bij de operatie betrokken anesthesioloog en het ziekenhuis (hierna: verweerders) mogen tegenbewijs leveren, in welk verband een deskundigenbericht wordt bevolen. Uitgaande van het bewijsoordeel van de rechtbank is de vraagstelling toegesneden op het aanwijzen van andere, plausibele oorzaken voor het bij eiseres vastgestelde letsel. De rechtbank oordeelt dat per saldo niet ontzenuwd is dat de aandoening tijdens de operatie is ontstaan en concludeert tot aansprakelijkheid van verweerders.

Op basis van hetzelfde deskundigenrapport oordeelt het hof anders, namelijk dat er onvoldoende grond is om aan te nemen dat tijdens de operatie sprake is geweest van vermijdbare druk op de onderarm die het zenuwletsel van eiseres kan verklaren. Bij de Hoge Raad beklagt eiseres zich er onder meer over dat ook het hof, gelijk de rechtbank, had moeten uitgaan van een vermoeden van een medische fout door verweerders. De Hoge Raad volgt haar hierin niet en bevestigt wat in

het algemeen over de bewijslastverdeling bij medische aansprakelijkheid wordt aangeno-men.¹ De bewijslast ter zake van een medische fout als oorzaak van letsel, rust op de patiënt. Op de artsen en het ziekenhuis rust een verzwaarde stelplicht, waardoor het bewijsrisico van de patiënt wordt verlicht. Het hof heeft de omvang van het bewijsrisico van eiseres niet miskend.

3. Bewijslast en bewijsrisico

Art. 150 Rv geeft de hoofdregel van bewijslastverdeling: de partij die zich op rechtsgevolgen van door haar gestelde feiten of rechten beroept, draagt de bewijslast van die feiten of rechten. Het onderhavige arrest laat goed zien hoe toepassing van deze regel, die rechtbank en hof beide tot uitgangspunt namen, tot verschillende uitkomsten kan leiden.

Uit de bewijslast vloeit een bewijsrisico voort.² De partij die met het bewijs wordt belast, loopt het risico dat feiten die zij aan haar vordering ten grondslag heeft gelegd niet komen vast te staan, als gevolg waarvan de procedure mogelijk wordt verloren. Met name wanneer, zoals hier, onduidelijk is wat de oorzaak van het gepretendeerde letsel is (en daarmee of er sprake is van een tekortkoming van de arts), levert het hebben van de bewijslast een aanzienlijk procesrisico op.

In zaken als deze is het dus in beginsel de patiënt die een medische fout moet bewijzen. Dit is lastig voor hem, omdat de feiten zich hebben afgespeeld in het domein van de artsen en het ziekenhuis. De patiënt beschikt niet over medische kennis en de gegevens met betrekking tot de behandeling of ingreep. Zijn bewijslast kan echter op verschillende manieren worden verlicht.³

1. Zie I. Giesen, *Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 97-98.
2. I. Giesen, *Bewijs en aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001, p. 12-13 ziet dit als één, waarbij hij er de voorkeur aan geeft om van bewijsrisico in plaats van bewijslast te spreken.
3. De bewijslastomkering blijft buiten beschouwing. Deze speelde in de onderhavige uitspraak geen rol van betekenis.

4. Stelplicht

Voordat op een partij de bewijslast kan komen te rusten, moeten er feiten worden gesteld die leiden tot het door elk van partijen ingeroepen rechtsgevolg.⁴ De patiënt wordt in dit stadium al geconfronteerd met een gebrek aan informatie. Voor de rechtbank was dat hier aanleiding om voldoende te achten dat de patiënt stelt dat hij vóór de ingreep de relevante, met het letsel samenhangende klachten niet had, dat deze klachten zich terstond of kort na de ingreep hebben geopenbaard, dat ten aanzien van het letsel een voldoende duidelijke diagnose is gesteld en dat, naar algemeen medisch inzicht, een verkeerde handeling voor, tijdens of na de ingreep als een plausibele oorzaak voor het intreden van het gediagnosticeerde letsel heeft te gelden. Eiseres wil dit oordeel als een uit de redelijkheid en billijkheid voortvloeiende (vuist)regel van bewijslastverdeling ingang laten vinden, maar vindt de deur bij de Hoge Raad gesloten. Uit diens overwegingen volgt dat een rechter in het concrete geval bij toepassing van art. 150 Rv tot een soortgelijke als door de rechtbank aangenomen verlichte stelplicht van patiënt kan komen, maar deze mag niet als algemene regel gelden. Wel algemeen geaccepteerd is de verzwaarde stelplicht van de arts. Het is vaste rechtspraak dat van de arts die wordt verweten een kunstfout te hebben gemaakt, kan worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van patiënt teneinde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen.⁵ Hij mag derhalve niet volstaan met een loutere betwisting van de stellingen van de patiënt. Door de inlichtingenplicht van de arts wordt de bewijslast verlicht, niet omgekeerd. De bewijslast rust nog steeds op de patiënt, alleen moet de arts hem helpen bij zijn bewijslevering.

5. Verzwaarde stelplicht van de arts

Wanneer heeft de arts aan zijn verzwaarde stelplicht voldaan? Dat is afhankelijk van alle bijzonderheden van het gegeven geval. Met name het tussen partijen gevoerde debat is daarbij van belang.⁶ De Hoge Raad heeft eerder geoordeeld dat de arts zo nauwkeurig mogelijk zijn lezing moet geven van wat tijdens de medische behandeling is voorgevallen en de gegevens moet verschaffen waarover hij als arts de beschikking heeft of kan hebben. Met het ter beschikking stellen van een verslag dat onvolledig is, kan evenwel ook aan voormelde verplichting zijn voldaan.⁷

Recent is een begrenzing aangebracht: de verplichting om de patiënt voldoende aanknopingspunten te verschaffen voor eventuele bewijslevering impliceert niet dat de arts bewijs dient te leveren van die feiten die hij aanvoert ter betwisting van de stellingen van de patiënt. In deze fase kan het ontbreken van bepaalde gegevens in de verslaglegging worden geheeld door een verklaring van de arts zelf.⁸

Ook in het onderhavige arrest doet zich de vraag voor of verweerders aan hun verzwaarde stelplicht hebben voldaan. Het hof oordeelde van wel, omdat het opnemen van mededelingen over de positionering van eiseres tijdens en na de operatie ten tijde van de operatie niet tot de professionele standaard binnen de beroepsgroep behoorde. Daarbij woog mee dat verweerders in hun verweer hebben beschreven wat de gang van zaken bij de operatie is geweest. Met dit oordeel heeft het hof tot uitdrukking gebracht dat dit destijds niet in strijd was met hetgeen op dit punt van een redelijk bekwaam en redelijk handelend behandelaar mocht worden gevergd. Dit is in de ogen van de Hoge Raad de juiste maatstaf. De norm zelf is niet nieuw. Bij beroepsaansprakelijkheid van artsen wordt immers aan dezelfde maatstaf getoetst, maar bij mijn weten is dit de eerste keer dat in het kader van

4. G.J. Visser, 'Stellen en bewijzen: de drie stadia en enkele van hun consequenties', TCR 1997/4, p. 73-77. Bewijslevering (en daarmee de verdeling van de bewijslast) komt pas aan de orde wanneer er voldoende gespecificeerd is gesteld en voldoende gemotiveerd is betwist.
5. HR 20 november 1987, NJ 1988, 500, m.nt. WLH en nadien herhaald in onder meer HR 18 februari 1994, NJ 1994, 368 en HR 7 september 2001, NJ 2001, 615.

6. Conclusie A-G Bakels voor HR 7 juni 2002, LJN AE3784 (cassatieberoep met toepassing van art. 81 RO verworpen).

7. HR 7 september 2001, NJ 2001, 615.

8. HR 20 april 2007, «JA» 2007/89 en over dat arrest A. Gerritsen-Bosselaar, 'Medische aansprakelijkheid en bewijslastverdeling', *PIV-Bulletin* juni 2007, p. 1-4.

de verzwaarde stelplicht de norm van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot wordt toegepast. Wat zijn de gevolgen als de arts niet aan zijn verzwaarde motiveringsplicht voldoet? De rechter kan (i) de bewijslast (ten gunste van patiënt) omkeren of (ii) de stellingen van patiënt (als onvoldoende betwist) op grond van art. 149 lid 1 Rv als vaststaand aannemen.⁹ De Hoge Raad laat het in beginsel over aan het beleid van de rechter die over de feiten oordeelt, welke weg hij in de gegeven omstandigheden volgt. In de regel zal het meer voor de hand liggen om de tweede methode toe te passen of om stellingen voorshands bewezen te achten behoudens tegenbewijs door de partij op wie de verzwaarde stelplicht rust.¹⁰

6. "Voorshands" bewijsoordeel

De rechter kan een in bewijsnood verkerende patiënt dus ook de helpende hand reiken door een voorshands bewijsoordeel uit te spreken. Hij stelt dan op basis van een volledige waardering van het op dat moment aanwezige bewijsmateriaal een feit vast, maar die vaststelling kan nog worden ontkracht door afdoende geleverd tegenbewijs. "Voorshands" betekent dus niet dat het om een voorlopige indruk van het bewijsmateriaal gaat.¹¹ Het is aan de feitenrechter om voorshands een feit bewezen te achten.

Aan het tegenbewijs worden minder hoge eisen gesteld dan aan het bewijs dat de partij op wie de bewijslast rust, moet leveren. Het slaagt wanneer laatstgenoemd bewijs erdoor wordt ontzenuwd.¹² De artsen dienen voldoende twijfel te zaaien over de juistheid van de voorshandse aanname dat een medische fout is gemaakt.¹³

De rechtbank kwam in de onderhavige zaak tot een voorshands bewijsoordeel, maar het hof wilde zover niet gaan en hoefde dit ook niet van de Hoge Raad. Enigszins opmerkelijk is dat

de Hoge Raad spreekt van een vermoeden. Enerzijds staat door de opkomst van de figuur van het voorshands bewijsoordeel het rechterlijk vermoeden in de literatuur ter discussie.¹⁴ Anderzijds kunnen zij niet geheel worden gelijkgeschakeld. Een rechterlijk vermoeden komt voort uit een redenering waarbij uit een vaststaand feit wordt afgeleid dat een ander feit ook bewezen is. Een voorshands bewijsoordeel hoeft niet door dergelijk indirect bewijs te worden bereikt. Het kan ook worden gebaseerd op een beoordeling van direct bewijs.¹⁵

Het is goed om bij alle hiervoor besproken technieken voor ogen te houden dat geen omkering van de bewijslast plaatsvindt. Dat betekent onder meer dat in het kader van art. 164 lid 2 Rv beperkte bewijskracht toekomt aan de getuigenverklaring van de partij met bewijslast, in casu de patiënt. De beperking geldt immers voor feiten waarvoor een partij het bewijsrisico draagt. Slechts bij een bewijslastomkering verschuift de beperkte bewijskracht naar de artsen.¹⁶

7. Rol van het deskundigenrapport

In medische zaken zal een rechter bij gebrek aan kennis zich moeten laten voorlichten door deskundigen, wiens conclusies hij vaak zal overnemen. Het deskundigenrapport drukt een duidelijk stempel op de hier gepubliceerde uitspraak. De rechtbank had aan de deskundigen gevraagd of de bij eiseres opgetreden zenuwaandoening door een andere oorzaak dan de gestelde uitgeoefende druk in de anesthesieperiode kon zijn ontstaan. Deze vraagstelling paste in de benadering van de rechtbank, die immers al voorshands had aangenomen dat het uitoefenen van druk de oorzaak was. Door enkel het (tegen)bewijs van andere oorzaken kon dit uitgangspunt worden ontzenuwd.¹⁷

9. Giesen 1999, p. 22-23.

10. HR 15 december 2006, NJ 2007, 203, m.nt. prof. mr. M.R. Mok.

11. W.D.H. Asser, *Bewijslastverdeling*, Deventer: Kluwer 2004, p. 105.

12. HR 2 mei 2003, NJ 2003, 468.

13. Giesen 1999, p. 5.

14. Asser 2004, p. 105 en Visser TCR 1997/4, p. 76-77. Volgens hen moet de term vermoeden worden vermeden.

15. Giesen 2001, p. 68-69. Hij wijst er ook op dat bij het vermoeden ruimere mogelijkheden bestaan tot het leveren van tegenbewijs. Een scherp onderscheid is evenwel niet altijd te maken, aldus Asser 2004, p. 105.

16. Visser TCR 1997/4, p. 76.

17. Op de wijze waarop de rechtbank met de bevindingen van de deskundigen omgaat, valt ook nog wel wat

Het hof daarentegen verlangde dat bewezen werd dat er voldoende aanwijzingen waren dat er een medische fout is gemaakt die het letsel kan hebben veroorzaakt. Op basis van hetzelfde deskundigenrapport, dat dus slechts gericht was op alternatieve oorzaken, concludeerde het hof dat een medische fout onvoldoende bewezen was. Deze conclusie is niet heel vreemd, nu de deskundigen niet over (de waarschijnlijkheid van) de door eiseres gestelde oorzaak hoefden te oordelen, terwijl goed mogelijk is dat deze wel een aannemelijke oorzaak van het letsel is.¹⁸ De bevindingen van de deskundigen waren dan ook feitelijk ongeschikt voor het door het hof verrichte onderzoek.

Ook de A-G ziet het gevaar van interpretatie van deskundigenberichten onder ogen. De oplossing kan echter niet door de cassatierichter worden geboden. Wel was denkbaar geweest dat het hof een comparitie had gelast om de deskundigen (nadere) vragen te stellen. De meest gereede partij had daarop in feitelijke aanleg tijdig en beargumenteerd moeten aandringen.¹⁹ Wellicht dat eiseres hier een kans heeft laten liggen.²⁰

8. Afsluiting

Bovenstaand arrest van de Hoge Raad laat weer zien dat de feitenrechter bij het bewijs een grote beoordelingsvrijheid toekomt, zeker op het vlak van de waardering daarvan. Zolang in feitelijke instanties op begrijpelijke en voldoende gemotiveerde wijze een beslissing wordt genomen, valt daar in cassatie weinig tegen te beginnen. Uit het feit dat rechtbank en hof, beide met toepassing van de hoofdregel van art. 150 Rv, tot verschillende uitkomsten

kwamen, blijkt wel dat deze zaak een dubbeltje op zijn kant was. Het verschil moet wel zijn gemaakt door het gebruik van het deskundigenrapport. De bevindingen van de deskundigen waren afgestemd op het bewijsoordeel van de rechtbank en leenden zich niet of nauwelijks voor de benadering van het hof. Dat het hof zijn beslissing daar wel op baseerde, heeft voor eiseres nadelig uitgepakt. Verder is voor haar zuur dat uit de jurisprudentie meerdere gevallen bekend zijn waarin het niet slecht afloopt voor patiënten die na een operatie nervus ulnaris letsel hebben opgelopen. Nogal eens wordt het vermoeden aangenomen dat het zenuwletsel is veroorzaakt door een onjuiste ligging van de arm of wordt aan het ziekenhuis en/of de arts opgedragen om te bewijzen dat het letsel niet aan onzorgvuldigheid van die kant is te wijten.²¹ Algemene regels die patiënten in hun bewijsnood te hulp schieten, mogen echter niet te snel worden aangenomen. A-G Spierbezieet dit, verrassend, in het licht van de "in zéér sterke mate bedreigende gevolgen van klimaatverandering". De samenleving mag volgens hem voor een grote uitdaging staan dan het vergoeden van schade waarvan niet voldoende aannemelijk is dat deze door derden is berokkend, maar eiseres had vast liever gezien dat de A-G zich haar lot, en niet dat van de samenleving in haar geheel, had aangetrokken.

mw.-mr. K. van der Meer
juridisch medewerker bij Stadermann Luiten
Advocaten

af te dingen. Ondanks de conclusie van deskundige Knapé dat door de artsen de vereiste zorg is betracht, neemt de rechtbank aansprakelijkheid aan.

18. Zie bijvoorbeeld HR 15 mei 1992, VR 1993, 99, waarin de Hoge Raad in navolging van de deskundigen het vermoeden aannam dat het letsel aan de nervus ulnaris door een onjuiste ligging van de arm was veroorzaakt.
19. Conclusie A-G onder 4.38.2.
20. Daarmee wil ik niet de indruk wekken dat er niet goed zou zijn geprocedeerd. Integendeel zelfs, de A-G maakt eiseres complimenten over haar juridisch ampel onderbouwde uiteenzetting die met vuur en overtuiging is gebracht.

21. Zie de jurisprudentie vermeld in F. Hartman, 'Medische aansprakelijkheid', *Handboek Personenschade*, Kluwer (september 2005), 2040-52 t/m 2040-54-60 en A.M. Vogelzang, 'Medische aansprakelijkheid: een kwestie van kennis en durf', *Letzel & Schade* 2003/4, p. 7.