**De omkeringsregel bij medische aansprakelijkheid revisited – Hof Arnhem-Leeuwarden 8 september 2015 – Toch een uitzonderingsregel …**

Mw. mr. J. Meyst-Michels en mw. mr. P.J. klein Gunnewiek – Van Benthem & Keulen Advocaten en Notariaat N.V.

**Bij arrest van 8 september 20151 heeft het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden zich andermaal uitgelaten over toepassing van de omkeringsregel in een medische aansprakelijkheidskwestie.**

In dit geval ging het om een patiënte die wegens moedervlekken op de schouder en een zwelling op de rechterpols door haar huisarts werd verwezen naar de poli Chirurgie van het Medisch Spectrum Twente (MST).  
In de poliklinische aantekeningen van de chirurg (in opleiding) die de patiënte onderzocht was onder andere genoteerd, dat sprake was van langzaam groeiende zwelling aan de rechterpols, waarvan patiënte wel last heeft, maar waarvoor zij niet per se een operatie wil. Gedacht werd aan een ganglion (slijmcyste) en er werd een echo van de pols gevraagd met het plan dat als sprake was van een ganglion een operatieve excisie geïndiceerd was, waarbij gelet moest worden op de *nervus medianus*. Op de echo werd een afwijking gezien die los lag van de pees. Deze afwijking leek mogelijk uit te gaan van een zenuw en de differentiaal diagnose luidde: georganiseerd hematoom, perifere zenuwtumor (schwannoom/neurofibroom).  
Tijdens de operatie werden de moedervlekken verwijderd en vond exploratie van de pols plaats. Er werd een zwelling vastzittend aan vermoedelijk de *nervus medianus* gezien en deze was niet los te preparen. De operateur volstond met een incisiebiopsie en het materiaal werd naar het laboratorium gestuurd. In het operatieverslag was genoteerd dat geen extirpatie (verwijdering) had plaatsgevonden van de zwelling in de rechterpols en dat het wachten was op de laboratoriumuitslag. Postoperatief had de patiënte uitval en gevoelsstoornissen aan de pols voor de gevolgen waarvan zij het ziekenhuis aansprakelijk stelde. Het ziekenhuis zou de patiënte onvoldoende geïnformeerd hebben over dit risico en de behandeling zelf zou niet *lege artis* zijn geweest, nu was uitgegaan van een verkeerde diagnose. De door partijen benoemde deskundige kwam tot het oordeel dat in het ziekenhuis gehandeld was zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot anno 2008 mocht worden verwacht, terwijl de patiënte – zou zij de kans op kneuzing van de *nervus medianus* dat er mogelijk alleen een biopsie uitgevoerd zou worden. Om kwaadaardigheid uit te sluiten, diende sowieso geopereerd te worden, nu de zwelling langzaam groeide met de kans dat dit op termijn een beknelde zenuw zou geven. Aangezien de patiënte voor haar moedervlekken toch onder het mes moest, zou zij met die andere ingreep hebben ingestemd. Ten aanzien van het onzorgvuldig handelen zelf oordeelde de rechtbank dat (de advocaat van) de patiënte tijdens de comparitie van partijen aangegeven had zich neer te leggen bij het oordeel van de deskundige nu daartegen weinig in te brengen was. De rechtbank vatte dit op als een vermindering van de vordering.

In hoger beroep ging het anders. Het hof kwam wel aan de beoordeling van het medisch handelen toe, omdat geen sprake was geweest van uitdrukkelijk ondubbelzinnige erkenning van aansprakelijkheid door de advocaat van de patiënte tijdens de comparitie van partijen ten overstaan van de rechtbank. Het deskundigenrapport achtte het hof onvoldoende bruikbaar, omdat

- sprake was van een zeer summier overzicht van de feiten;

- de deskundige er ten onrechte van uitging dat de patiënte per se een operatie wilde;

- de deskundige geen melding had gemaakt van onduidelijkheden in het medisch dossier, terwijl daarin wel sprake was van discrepantie; en

- de deskundige ook niet was ingegaan op de omstandigheid dat bij de echo differentiaal diagnostisch was geconcludeerd tot een georganiseerd hematoom of een perifere zenuwtumor.

Omdat geen nadere toelichting was gegeven, gaf het hof aan zich bij de beoordeling niet op de conclusies van de deskundige te zullen baseren. Vervolgens is het hof zelf gaan *“dokteren”.* Uit de (pre)operatieve aantekeningen bleek dat nog steeds uitgegaan werd van een ganglion dat volledig zou worden verwijderd, terwijl differentiaal diagnostisch een perifere zenuwtumor was overwogen. Verwijdering daarvan zou een aanzienlijk risico van zenuwletsel met zich meebrengen en het ziekenhuis had aangegeven dat bij zo’n ingreep andere deskundigheid zou zijn ingeroepen. Aangezien de operateur ten onrechte uitging van een ganglion en getracht heeft de zwelling los te prepareren voordat duidelijk werd van welk soort aandoening sprake was, terwijl de uitslag van de echo daar alle aanleiding toe had gegeven, kwam het hof tot het oordeel dat niet *lege artis* was gehandeld.  
Vervolgens moest nog beoordeeld worden of de kneuzing van de zenuw veroorzaakt was door de poging om de zwelling los te prepareren. Hier paste het hof de omkeringsregel toe. Volgens het hof was sprake van schending van een norm die inhield dat niet wordt getracht om een zwelling van onduidelijke aard los te prepareren wanneer die zwelling mogelijk een zenuwtumor is, waarvoor meer specialistische kennis nodig is. Die norm strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar, namelijk zenuwletsel en dit gevaar heeft zich ook daadwerkelijk verwezenlijkt. Daarom moet volgens het hof worden aangenomen dat het zenuwletsel door het los-prepareren van de zwelling is veroorzaakt.

Bij toepassing van de omkeringsregel wordt het causaal verband in beginsel aangenomen en ligt het op de weg van degene die voor de gedraging wordt aangesproken om te stellen en te bewijzen dat de schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan. In dit arrest gaf het hof het ziekenhuis niet de ruimte tot het leveren van tegenbewijs, omdat het ziekenhuis geen stellingen had aangevoerd die tot een ander oordeel konden leiden. Dit is opmerkelijk, nu aangenomen kan worden dat het ziekenhuis wel het leveren van (tegen)bewijs had aangeboden. Als mogelijk andere oorzaak van de zenuwkneuzing had het ziekenhuis wondvocht of bloed genoemd. Waarom het hof, dat als hoogste feitelijke instantie uitspraak doet, het ziekenhuis niet tot het leveren van tegenbewijs heeft toegelaten, blijkt niet uit het arrest zelf.

**Hoe zat het ook alweer?**

Uitgangspunt bij medische aansprakelijkheid is dat de patiënt (of nabestaande) bewijst dat onzorgvuldig is gehandeld en dat daardoor de gestelde schade is veroorzaakt. Dat causaal verband is dikwijls niet eenvoudig aan te tonen, omdat er aan de gezondheidstoestand van de patiënt voor de behandeling al iets mankeerde, reden waarom deze zich tot een arts had gewend. Beoordeeld zal dan moeten worden of de gezondheidstoestand door het onzorgvuldig handelen negatief is beïnvloed en zo ja, in welke omvang.

Voor het eerst in 2001 is de Hoge Raad2 een patiënt in deze bewijslast tegemoet gekomen door toepassing van de omkeringregel. In het zogenaamde protocollenarrest ging het om de vraag of een patiënt een trombosebeen had gekregen doordat het ziekenhuis hem direct na een operatieve ingreep geen antistolling had toegediend. Door dit niet te doen, hadden de behandelaars in strijd gehandeld met het ziekenhuisprotocol waarin deze toediening was voorgeschreven. De Hoge Raad overwoog dat het voorschrift om bij de betreffende ingreep antistolling toe te dienen, zoals in het ziekenhuisprotocol was opgenomen, diende om het risico van het postoperatief optreden van trombose tegen te gaan, althans te verkleinen. Nu zich bij de patiënt daadwerkelijk een trombosebeen had ontwikkeld en als vaststaand werd aangenomen dat de antistolling niet was toegediend, werd het causaal verband tussen de verweten gedraging (het niet naleven van het protocol-voorschrift om antistolling toe te dienen) en de opgelopen schade (het optreden van trombose) in beginsel aangenomen.  
Het protocollenarrest bleek echter geen voorbode van een nieuwe bewijslastverdeling bij medische aansprakelijkheid.   
  
Drie jaar later maakte de Hoge Raad dat duidelijk.  
Een huisarts werd ‘s avonds bij een patiënt geroepen die na inname van twee slaaptabletten toen al ongeveer achttien uur achtereen sliep. Volgens de echtgenote zou haar man niet aanspreekbaar zijn en zou hij koud, benauwd en blauw zijn. Twee jaar daarvoor was bij hem keelkanker gediagnosticeerd. De huisarts trof de man inderdaad niet aanspreekbaar en in diepe slaap aan, maar bij lichamelijk onderzoek en meting van bloeddruk, pols en temperatuur waren er geen bijzonderheden. Hij adviseerde de echtgenote weer contact op te nemen, als haar man niet binnen een paar uur wakker zou worden of de situatie zou verslechteren. De volgende ochtend vertelde de echtgenote aan de apotheker – bij wie zij incontinentieluiers haalde – dat haar man nog steeds sliep, waarop de apotheker contact heeft opgenomen met de huisarts. De man bleek overleden en de doodsoorzaak kon niet worden vastgesteld. Er vond geen *post mortem*-onderzoek plaats.  
De echtgenote stelde de arts aansprakelijk en eiste schadevergoeding. In de procedure die volgde werd overwogen dat de huisarts inderdaad fout gehandeld had door de patiënt niet te laten opnemen, nu deze al achttien uur sliep en niet wekbaar was geweest. Of het overlijden het gevolg was van dit dokters delay was niet duidelijk en de Hoge Raad verwierp het beroep van de echtgenote op de omke.ringsregel3. De Hoge Raad overwoog daarbij dat, indien een arts een beroepsfout wordt verweten, in vele gevallen als norm die de arts zou hebben geschonden slechts zou kunnen worden aangewezen de in art. 7:453 BW neergelegde algemene norm, dat de arts bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht moet nemen en daarbij moet handelen in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid voortvloeiende uit de voor artsen geldende professionele standaard. In dat geval geldt dat met betrekking tot het bewijs van de stelling – dat de fout tot een bepaalde schade voor de patiënt heeft geleid – in die zin, dat tussen de fout en de schade een *condicio sine qua non-*verband bestaat, in die gevallen geen sprake zal zijn van toepassing van de omkeringsregel. Aldus geldt als uitgangspunt dat indien sprake is van schending van een algemene zorgvuldigheidsnorm, de bewijslast van het causaal verband op de eisende partij blijft rusten.  
Met het obductie-arrest leek toepassing van de omkeringsregel bij medisch onzorgvuldig handelen niet meer aan de orde, nu medisch handelen getoetst wordt aan een algemene zorgvuldigheidsnorm.

Echter, op 7 december 2007 werd het hof door de Hoge Raad4 teruggefloten, toen dit van die algemene zorgvuldigheidsnorm uitging en om die reden geen plaats zag voor de omkeringsregel.  
Het ging hier om een geboorteschade. Bij een bevalling had een gynaecoloog te lang gewacht met het uitvoeren van een keizersnede en dit had hem een tuchtrechtelijke maatregel opgeleverd. Het kind kwam met ernstig hersenletsel ter wereld en de ouders vorderden schadevergoeding. Zowel ouders als ziekenhuis hadden een deskundige geraadpleegd en deze waren tot een verschillend oordeel gekomen. Bij het begin van de baring leek het kind al in de problemen te zijn en rechtbank en hof hadden de ouders bewijs opgedragen dat het hersenletsel veroorzaakt was door het *delay*.  
De Hoge Raad casseerde. De ouders hadden aangegeven dat hier wel degelijk sprake was van een specifieke norm, te weten het tijdig geboren laten worden van een kind dat in nood verkeert. Het ongeboren kind kan immers als gevolg van zuurstofgebrek hersenschade oplopen en juist dat specifieke gevaar heeft zich in dit geval ook gerealiseerd. De Hoge Raad vond voor dit betoog van de ouders steun in de deskundigenrapporten en hij verwees de zaak terug naar een ander hof. Dit andere hof, hof Arnhem, was hetzelfde dat in het hiervoor besproken arrest van 8 september 2015 uitspraak deed. Het overwoog5 in dat geval dat inderdaad sprake was van schending van een specifieke norm, nu de gynaecoloog eerder tot een keizersnede had behoren over te gaan teneinde zoveel mogelijk te voorkomen dat het gevaar, dat het ongeboren kind als gevolg van zuurstof tekort hersenletsel oploopt, zich realiseert.  
Nu is het niet zo, dat dit hof altijd de omkeringsregel toepast. Kort daarvoor had het de omkeringsregel niet toegepast omdat sprake was van schending van de algemene zorgvuldigheidsnorm ex art. 7:453 BW. In die zaak stond vast dat de huisarts een beroepsfout had gemaakt door het achterwege laten van nader onderzoek bij de zoon van eisers. Na de waarschijnlijkheidsdiagnose gastro-enteritis met ondervulling/uitdroging en bijkomende bacteriële infectie had de huisarts een antibioticum voorgeschreven en de ouders geadviseerd om hun zoontje regelmatig vocht te geven. Enkele uren daarna werd het kind dood in zijn bedje aangetroffen. Obductie kon geen duidelijke oorzaak geven voor het overlijden. Hier was echter geen schending geweest van een specifieke norm en daarvoor had het hof ook geen aanknopingspunten kunnen vinden in het deskundigenrapport.

Ook het Hof ‘s-Hertogenbosch heeft zich een paar keren over de omkeringsregel bij medische aansprakelijkheid uitgelaten en daarbij werd het beroep daarop afgewezen omdat sprake was van schending van de algemene zorg.vuldigheidsnorm6.  
Vermelding verdient dat een beroep op de omkeringsregel in medische aansprakelijkheidskwesties in veel gevallen al bij de lagere rechter sneuvelt omdat meestal sprake is van de algemene zorgvuldigheidsnorm.  
In het rijtje van belangrijke uitspraken over de omkeringsregel past natuurlijk ook het arrest van de Hoge Raad van 23 november 20127. Net als in 2007 ging het hier om geboorteschade. Tijdens de bevalling kreeg de moeder wegens pijnklachten epidurale anesthesie. Kort daarvoor zag het CTG8 er goed uit. Ongeveer 1,5 uur later braken de vliezen en bleek sprake te zijn van *meconium* houdend vruchtwater9. Het opnieuw gemaakte CTG was sterk afwijkend en het kind werd door middel van een tangverlossing met fors letsel geboren. Volgens de ingeschakelde deskundigen dient bij epiduraal anesthesie permanente CTG-bewaking plaats te vinden hetgeen niet was gebeurd. De ouders spraken de gynaecoloog aan wegens onzorgvuldig handelen en de rechtbank wees de vordering toe. In hoger beroep overwoog het Hof Amsterdam dat de norm (bij toediening van epiduraal anesthesie dient permanente CTG-bewaking van de foetus plaats te vinden) ertoe strekt om zo tijdig mogelijk te signaleren of bij de foetus asfyxie optreedt hetgeen tot blijvende hersenschade kan leiden. Dat is een specifieke medische gedragsnorm die tegen een specifiek gevaar beoogt te beschermen. Het hof kwam dan ook tot het oordeel dat met toepassing van de omkeringsregel het causaal verband (in de zin van *condicio sine qua non*) tussen het onzorgvuldig handelen van de gynaecoloog en het ontstaan van de schade werd aangenomen tenzij de gynae.coloog10 zou aantonen dat bedoelde schade ook zonder die tekortkoming zou zijn ontstaan. De gynaecoloog slaagde niet in het bewijs en ook het hof wees de vordering toe.  
In cassatie heeft de Hoge Raad nog eens betoogd wat de omkeringsregel precies inhoudt en wanneer deze wordt toegepast. De omkeringsregel strekt ertoe dat in bepaalde gevallen een uitzondering wordt gemaakt op de hoofdregel van art. 150 Rv, in dier voege dat het bestaan van causaal verband (in de zin van *condicio sine qua non*-verband) tussen de onrechtmatige daad of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen, tenzij degene die wordt aangesproken bewijst – waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs voldoende is: aannemelijk maakt – dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan. Voor toepassing van deze regel is vereist dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het (specifieke) gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt. Volgens de Hoge Raad had het hof in dit geval de omkeringsregel terecht toegepast. Ook het verwijt van de gynaecoloog dat het hof onvoldoende oog heeft gehad voor de omstandigheid dat de gynaecoloog wel aannemelijk heeft gemaakt dat de schade door mogelijk andere oorzaken is of kan zijn ontstaan werd door de Hoge Raad verworpen. Het hof had immers de genoemde alternatieven (hypoglycaemieën) niet aannemelijk geacht op basis van de deskundigenrapporten. De deskundigen waren unaniem van oordeel dat in elk geval het meest waarschijnlijk was dat de blijvende hersenschade van het kind was opgetreden als gevolg van het ontstaan/bestaan van foetale asfyxie.

**Conclusie**

Zoals de Hoge Raad in zijn arrest van 23 november 2012 nog eens uiteen heeft gezet, kan de omkeringsregel slechts in bepaalde gevallen worden toegepast en blijft de algemene bewijsregel van art. 150 Rv het uitgangspunt. Schending van de algemeen geformuleerde zorgplicht van art. 7:453 BW11 leidt niet tot toepassing van de omkeringsregel. In veel civiele procedures die betrekking hebben op medische aansprakelijkheid wordt een beroep op de omkeringsregel gedaan en dit beroep strandt dikwijls al bij de lagere rechter. Eerst moet immers aangetoond worden dat sprake is van schending van een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar. Om dit vast te stellen zal in de meeste gevallen deskundigenvoorlichting nodig zijn. Vervolgens moet het specifieke gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen, zich daadwerkelijk hebben verwezenlijkt.  
De omkeringsregel is en blijft dan ook nog steeds een uitzonderingsregel.

1 Hof Arnhem-Leeuwarden 8 september 2015, ECLI:NL:GHARL:2015:6588.

2 HR 2 maart 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB0377, NJ 2001, 649.

3 HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299, NJ 2004, 307 (obductie-arrest).

4 HR 7 december 2007,ECLI:NL:HR:2007:BB3670, NJ 2007, 644.

5 Hof Arnhem 2 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8853.

6 Hof ‘s-Hertogenbosch 6 mei 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:1265 en Hof ‘s-Hertogenbosch 17 maart 2015, ECLI:NL:GHSHE:2015:933. 7 HR 23 november 2002, ECLI:NL:HR:2012:BX7264.

8 Cardiotocografie. Hiermee wordt door middel van een schedelelektrode de hartslag van de foetus gemeten.

9 Dit betekent dat de baby in het vruchtwater heeft gepoept, hetgeen op stress bij de baby wijst.

10 Althans zijn erven, de gynaecoloog was inmiddels overleden.

11 Art. 7:453 BW luidt: *“De hulpverlener moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen en handelt daarbij in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard.”*