

# Bewijsrecht

## in medische aansprakelijkheidszaken

Mr. dr. F. Sobczak<sup>1</sup>



### Faro Sobczak

Geboren in 1985 te Geleen.

Mr. dr. Sobczak heeft rechten gestudeerd aan de Maastricht University waar hij in 2007 afstudeerde in de richting Privaatrecht. Na zijn studie is hij gepromoveerd in het Gezondheidsrecht. Sinds 2013 werkt Sobczak bij Beer advocaten te Amsterdam. Daarnaast is hij lid bij de Werkgroep Artsen en Advocaten en is hij aspirant-lid bij de Vereniging van Letselschade Advocaten.

De gezondheidszorg neemt in onze samenleving een belangrijke plaats in. Zij raakt eenieder en dient belangen die ons grootste goed zijn. Wanneer niet *lege artis* wordt gehandeld door hulpverleners kan dat grote gevolgen hebben voor consumenten van zorg. Méér dan bij andere vormen van dienstverlening krijgen gemaakte fouten in deze sector dan ook aandacht in de media en in de politiek. Dat geldt ook voor de juridisch aspecten van gemaakte medische fouten. Zowel ontwikkelingen binnen de gezondheidszorg (meer specialisering, teambehandeling, robotgeneeskunde en telegeneeskunde) als binnen het recht (nieuwe wetgeving, baanbrekende arresten van de Hoge Raad) maken medische aansprakelijkheid tot een interessant rechtsgebied, dat als 'proeftuin' soms ook de toon blijkt te zetten voor de rechtsontwikkeling in het algemene civielrechtelijke aansprakelijkheidsrecht. Daarnaast is een aan te moedigen ontwikkeling gaande in het curriculum voor studenten Geneeskunde. Vrouwe Justitia en Hippocrates komen nader tot elkaar nu toekomstige hulpverleners steeds meer gestimuleerd worden om

kennis te vergaren van juridische regelgeving in hun werkveld.

In deze bijdrage wordt kort stilgestaan bij een aantal bewijsrechtelijke aspecten in medische aansprakelijkheidszaken, waarbij opgemerkt moet worden dat medische aansprakelijkheidszaken niet zelden buitengerechtelijk, in overleg en onderhandeling met de schadeveroorzakende partij en diens aansprakelijkheidsverzekeraar, worden afgehandeld. Allereerst zal worden ingegaan op verschillende gevallen van medische aansprakelijkheid en de geldende toetsingsnorm om tekortschietend handelen of nalaten vast te stellen. Vervolgens wordt de positie van het slachtoffer (patient) en de rol van de deskundige besproken. Tot slot komen enkele bewijsrechtelijke regels aan de orde, die tot doel hebben om de zwakkere positie van het slachtoffer in een aansprakelijkheidsprocedure enigszins te versterken.

## Medische aansprakelijkheid en de geldende juridische toetsingsnorm

Medische aansprakelijkheid is een veelomvattend begrip. Medische fouten zijn immers van alle tijden. De ontwikkeling van medische wetenschap, het gebruik van innoverende medische hulpmiddelen en de organisatie van zorg (grotere en complexere instellingen, medebehandeling en ketenzorg) heeft eraan bijgedragen dat medische fouten en de aansprakelijkheid voor deze fouten een belangrijke plaats is gaan innemen in de berichtgeving over de gezondheidszorg. In deze dienstverlenende sector kunnen door verschillende hulpverleners verschillende fouten worden gemaakt. Naast medisch technische fouten kunnen tekortkomingen ontstaan in de informatieoverdracht tussen de bij de behandeling betrokken hulpverleners, maar ook in de communicatie tussen hulpverleners en diens patiënten. Daarnaast moet niet vergeten worden dat producenten van medicijnen en medische hulpmiddelen in specifieke zaken als aansprakelijke partij zijn te beschouwen. Niet zelden ontstaat er in deze tak van het recht onenigheid over de aansprakelijke partij, aangezien de oorzaak van de fout in de meeste gevallen onderwerp van discussie is.<sup>2</sup>

De norm waaraan het handelen of nalaten van hulpverleners civielrechtelijk wordt getoetst om een tekortkoming aan te tonen is vastgesteld in het arrest *Speeckaert/Gradener*<sup>3</sup>, waarin de Hoge Raad heeft bepaald dat bij het beoordelen van het handelen van de arts de maatstaf is: de zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot in gelijke omstandigheden mag worden verwacht. Deze norm is een uitwerking van het begrip goed hulpverlenerschap als omschreven in art. 7:453 BW. Deze relatief 'vage' toetsingsnorm wordt nader ingevuld door de zogenaamde professionele standaard, waarmee wordt verwezen naar regels van zelfregulering: niet bindende door de beroeps-groepen zelf in het leven geroepen voorschriften, zoals gedragsregels, beroeps-codes, standaarden, protocollen en richtlijnen.

Het is daarom allereerst noodzakelijk om na te gaan of de betreffende hulpverlener zich aan de geldende protocollen heeft gehouden, hetgeen overigens niet betekent dat - indien de hulpverlener het geldende protocol heeft toegepast - hij of zij niet aansprakelijk kan zijn voor de daardoor ontstane schade. De Hoge Raad heeft immers in het arrest *X. en Sint Lucas Andreas*

*Ziekenhuis/ZAO*<sup>4</sup> bepaald dat een protocol voor een medische behandeling een richtlijn geeft die in beginsel in acht genomen moet worden, maar waarvan soms *kan* en in bepaalde gevallen *moet* worden afgeweken, waarbij als maatstaf heeft te gelden dat aan de patiënt de zorg behoort te worden verleend die in de omstandigheden van het geval van een redelijk bekwaam arts mag worden verlangd. Hulpverleners kunnen zich dus niet zonder nadere motivering achter het geldende protocol verschuilen.

## De positie van het slachtoffer en de rol van de deskundige

De praktijk leert dat in medische aansprakelijkheidszaken waarin een procedure moet worden gevoerd, naast het materiele recht, het procesrecht en daarbinnen vooral het bewijsrecht een beslissend karakter heeft. Patiënten bevinden zich, waar het hun verhouding tot de tegenpartij (arts en/of ziekenhuis) betreft, namelijk in een afhankelijke, zwakkere positie. De oorzaak hiervan is gelegen in het feit dat patiënten in begin-

**“De praktijk leert dat in medische aansprakelijkheidszaken waarin een procedure moet worden gevoerd, naast het materiële recht, het procesrecht en daarbinnen vooral het bewijsrecht een beslissend karakter heeft.”**

sel een kennisachterstand hebben en daarnaast niet altijd direct de mogelijkheid hebben om te beschikken over het bewijsmateriaal dat voor de procedure van belang kan zijn. Het startpunt van een medische aansprakelijkheidszaak betreft immers het opvragen van medische gegevens. Deze medische gegevens worden

doorgeleid aan de medisch adviseur die vervolgens de advocaat informeert over de medische aspecten ten aanzien van het handelen en/of nalaten van de hulpverlener. Daarbij is het lastig te verifiëren of alle informatie die nodig is om aansprakelijkheid vast te stellen wel wordt meegezonden. De rechter heeft - met een aantal belangrijke uitspraken die hierna op hoofdlijnen worden besproken - getracht deze zwakkere positie van de patiënt, mede op grond van het *equality of arms* beginsel, enigszins te versterken.

Echter, niet uit het oog verloren moet worden dat deze achterstand in kennis zich niet alleen bij het slachtoffer, maar ook bij de rechter manifesteert. Kenmerkend voor medische aansprakelijkheidszaken is dan ook dat medisch deskundigen een belangrijke rol vervullen binnen het medische aansprakelijkheidsrecht en de juridische uitkomst in belangrijke mate mede bepalen. Dit neemt niet weg dat te allen tijde voorkomen moet worden dat de deskundige in het kader van zijn opdracht op de plaats van de rechter gaat zitten. De deskundige dient alleen aangezocht te worden om meer informatie



te verstrekken en inzichten te bieden ten aanzien van de handelswijze van de aangesproken hulpverlener en de daaruit voortvloeiende gevolgen voor het betreffende slachtoffer. Dit betekent dat aan de deskundige geen normatieve vragen moeten worden voorgelegd en de deskundige zich dus nimmer dient uit te laten over de hiervoor beschreven juridische toetsingsnorm.<sup>5</sup> Aan de hand van het door de deskundige opgestelde deskundigenrapport en de daaruit voortvloeiende inzichten ligt het op de weg van de rechter om vast te stellen of de aangesproken hulpverlener als een 'redelijk handelend' en 'redelijk bekwaam' hulpverlener heeft gehandeld en in hoeverre dit handelen of nalaten heeft geleid tot de in het concrete geval aanwijsbare medische gevolgen. Indien wordt vastgesteld dat de hulpverlener niet als een goed hulpverlener heeft gehandeld en hem deze gedraging kan worden toegerekend, dan is de hulpverlener aansprakelijk voor de materiële en immateriële schade die de patiënt hierdoor heeft geleden, lijdt en in de toekomst nog zal lijden.

#### Versterking van de positie van het slachtoffer middels bewijsrecht

Zoals eerder opgemerkt verkeert het slachtoffer in medische aansprakelijkheidszaken in een zwakkere positie ten opzichte van de (mogelijke) schadeveroorzaker. De hoofdregel in het bewijsrecht, zoals omschreven in art. 150 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, geldt ook in medische aansprakelijkheidszaken:

*“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.”*

De hoofdregel luidt dus dat de het slachtoffer de bewijslast draagt van de tekortkoming alsook van het causale verband tussen de schade en de (toerekenbare) tekortkoming. De jurisprudentie op dit gebied heeft een belangrijke ontwikkeling doorgemaakt ten aanzien van de versterking van de juridische positie van het slachtoffer in medische aansprakelijkheidszaken. Dit geldt zowel voor het bewijs van het tekortschietend handelen van de hulpverlener alsook voor het bewijs van causaal verband.

In 1987 is door de Hoge Raad in het arrest *Timmer/Deutman*<sup>6</sup> bepaald dat op de hulpverlener een zogenaamde 'verzwaarde stelplicht' rust. Dit betekent dat van een hulpverlener kan worden verlangd dat hij voldoende gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de tekortkoming. De verzwaarde stelplicht heeft tot doel het slachtoffer aanknopingspunten te verschaffen voor eventuele bewijslevering, omdat anders het bewijsrisico voor het slachtoffer onevenredig hoog zou worden. Vervolgens ging de Hoge Raad in 1994 een stap verder in het arrest *Schepers/De Bruijn*<sup>7</sup>, waar-

**“De jurisprudentie op dit gebied heeft een belangrijke ontwikkeling doorgemaakt ten aanzien van de versterking van de juridische positie van het slachtoffer in medische aansprakelijkheidszaken.”**

in werd bepaald dat indien de hulpverlener niet of onvoldoende aan zijn verzwaarde stelplicht voldoet, de bewijslast van het tekortschietend handelen van de hulpverlener ver-

schuift naar de hulpverlener. Dit betekent dat dan de hulpverlener de bewijslast draagt van zijn niet-tekortschietend handelen. Daarnaast is, zo blijkt uit het arrest *De Heel/Korver*<sup>8</sup>, toepassing van art. 149 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering<sup>9</sup> ook mogelijk in medische aansprakelijkheidszaken in gevallen waarin het slachtoffer feiten of rechten stelt die vervolgens door de hulpverlener niet of onvoldoende worden betwist. Het gevolg van toepassing van dit laatste artikel is dat de niet of onvoldoende door de hulpverlener betwiste feiten of rechten door de rechter als vaststaand worden beschouwd. In zekere zin is dit te beschouwen als een verstrekkender gevolg dan de verschuiving van de bewijslast ten aanzien van het bewijs van tekortschietend handelen.

Naast de hiervoor besproken procesrechtelijke instrumenten ten aanzien van het bewijs van het tekortschietend handelen van de hulpverlener heeft de jurisprudentie eveneens een soms wisselende maar overwegend méér slachtoffer vriendelijke koers gegaan ten aanzien van het bewijs van het causaal verband tussen dit tekortschietend handelen en de schade die het slachtoffer hierdoor lijdt. In beginsel rust op het slachtoffer de bewijslast van het causaal verband, tenzij - zo luidt art. 150 Rv - uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere verdeling van de bewijslast voortvloeit. Hiermee wordt onder andere bedoeld op de zogenaamde 'omkeringsregel', waaraan in de juridische literatuur veel aandacht is geschonken, omdat de Hoge Raad op dit punt onvoldoende duidelijkheid heeft geschept.<sup>10</sup>

Voor toepassing van de omkeringsregel is vereist dat vast komt te staan dat sprake is geweest van een gedra-

ging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van de schade, en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt. Het gevolg van toepassing van de omkeringsregel is dat het causaal verband tussen het tekortschietend handelen van de hulpverlener en de schade in beginsel is gegeven en dat het aan de hulpverlener is om te stellen en te bewijzen dat die schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.

De Hoge Raad heeft de omkeringsregel voor het eerst in een medische aansprakelijkheidszaak toegepast in het arrest *MCL/In 't Hout*<sup>11</sup>, waarin een patiënt een knieoperatie onderging in het Medisch Centrum Leeuwarden. In het ziekenhuis gold ten tijde van de operatie een protocol dat stelde dat bij een dergelijke ingreep een anti-stollingsmiddel moest worden toegediend, hetgeen bij deze patiënt niet gebeurde. Het gevolg hiervan was dat kort na de operatie aan het geopereerde been trombose werd vastgesteld, dat uiteindelijk leidde tot 75% arbeidsongeschiktheid. De Hoge Raad oordeelde dat de omkeringsregel kon worden toegepast, omdat de geschonden norm (protocol) beoogde te beschermen tegen een specifiek risico (trombose) en dat dit specifieke risico zich vervolgens had verwezenlijkt. Het was nu aan de hulpverlener om aan te tonen dat de trombose ook zou zijn ontstaan indien het protocol wél zou zijn gevolgd en het anti-stollingsmiddel wél zou zijn toegediend. Het moge duidelijk zijn dat de hulpverlener aan deze zware bewijslast niet kon voldoen.

Eveneens vond de Hoge Raad aanleiding voor toepassing van de omkeringsregel in zijn arrest van 7 december 2007<sup>12</sup>, waarin een gynaecoloog werd gedagvaard omdat hij te laat een spoedkeizersnede had uitgevoerd. De baby werd ernstig lichamelijk en geestelijk gehandicapt geboren en is volledig hulpbehoevend. De vraag die rees was of de baby gezond, dan wel met minder beperkingen, ter wereld zou zijn gekomen indien de keizersnede eerder zou hebben plaatsgevonden. Het Gerechtshof zag geen grond voor toepassing van de omkeringsregel, hetgeen impliceerde dat het slachtoffer aan deze zware bewijslast zou moeten voldoen om schadevergoeding te ontvangen. De Hoge Raad was echter een andere mening toegedaan. Zonder al te diep op de feiten in te gaan komt het erop neer dat de Hoge Raad oordeelde dat het slachtoffer voldoende aannemelijk heeft gemaakt dat de door de gynaecoloog geschonden norm (het zo spoedig mogelijk uitvoeren van de onder de gegeven omstandigheden meest geïndiceerde ingreep) er specifiek toe strekte zoveel mo-

gelijk te voorkomen dat het gevaar dat het ongeboren kind hersenletsel oploopt, zich zou verwezenlijken en dat dit gevaar zich in deze casus ook feitelijk heeft verwezenlijkt.

### Afsluiting

In medische aansprakelijkheidzaken neemt het bewijsrecht een belangrijke plaats in. Alhoewel er op het gebied van de versterking van de rechtspositie van patiënten nog veel te winnen valt, heeft de Hoge Raad in het verleden een aantal belangrijke uitgangspunten geformuleerd. De verzwaarde stelplicht, de verschuiving van de bewijslast ten aanzien van het tekortschietend handelen van de hulpverlener en de toepassing van de 'omkeringsregel' voor het bewijs van causaal verband zijn te kwalificeren als welkome instrumenten die er toe leiden dat slachtoffers en hulpverleners - in juridisch opzicht - meer en meer als gelijke partijen zijn te beschouwen. ■

### Eindnoten

1 Faro Sobczak is advocaat bij Beer advocaten in Amsterdam. Beer advocaten behartigt alleen de belangen van slachtoffers in letselschadezaken, waaronder ook medische aansprakelijkheidszaken.

2 Denk hierbij bijvoorbeeld aan de aansprakelijkheid voor het ongewenst zwanger raken na plaatsing van het anticonceptiestaafe Implanon. In deze zaak werd door de slachtoffers een procedure aanhangig gemaakt, waarbij zowel de producent (Organon) en huisartsen (degene die het staafe plaatsten in de bovenarm) werden gedagvaard. Ik verwijs hiervoor naar Gerechtshof Amsterdam 24 januari 2008, LJN: BC 9815, *GJ* 2008/66 (Implanon).

3 Hoge Raad 9 november 1990, *NJ* 1991, 26.

4 Hoge Raad 1 april 2005, *NJ* 2006, 377.

5 Zie hierover uitvoeriger: M. Hartman & B.P. Dekker, De rolverdeling tussen rechter en medische deskundige; Reactie op kroniek medische aansprakelijkheid, *Aansprakelijkheid Verzekering & Schade*, april 2008, p. 91-92.

6 Hoge Raad 20 november 1987, *NJ* 1988, 500.

7 Hoge Raad 18 februari 1994, *NJ* 1994, 368.

8 Hoge Raad 13 januari 1995, *NJ* 1997, 175.

9 "Tenzij uit de wet anders voortvloeit, mag de rechter slechts die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag leggen, die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld en die overeenkomstig de voorschriften van deze afdeling zijn komen vast te staan. Feiten of rechten die door de ene partij zijn gesteld en door de wederpartij niet of onvoldoende zijn betwist, moet de rechter als vaststaand beschouwen, behoudens zijn bevoegdheid bewijs te verlangen, zo vaak aanvaarding van de stellingen zou leiden tot een rechtsgevolg dat niet ter vrije bepaling van partijen staat."

10 Zie bijvoorbeeld: A.J. Akkermans, De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband, Boom Juridische Uitgevers, 2002; I. Giesen, Bewijs en aansprakelijkheid: Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de bewijslast, de bewijsvoeringslast, het bewijsrisico en de bewijsrisico-omkering in het aansprakelijkheidsrecht, Boom Juridische Uitgevers, 2001.

11 Hoge Raad 2 maart 2001, *NJ* 2001, 649.

12 Hoge Raad 7 december 2007, *NJ* 2007, 644.