

ANNOTATIE

‘De omkeringsregel in medische zaken opnieuw toegepast’.

mr. dr. R.P. Wijne

Annotatie bij Rechtbank Amsterdam, 13-11-2013, ECLI:NL:RBAMS:2013:7837 (GZR-2014-0003)

1. Inleiding

De onderhavige kwestie ziet op de aansprakelijkheid van een tandarts/implantoloog. Gesteld is dat de tandarts is tekortgeschoten in de zorg die hij aan zijn patiënt had moeten verlenen. Ter onderbouwing heeft de patiënt aangevoerd dat de tandarts bij het bepalen van de boordiepte geen veiligheidsmarge tussen het diepste boorpunt en de minimale afstand tussen de kam van de kaak en de canalis (zenuwkanaal onderkaak) in acht heeft genomen. Als gevolg hiervan is de zenuw in de onderkaak beschadigd en heeft hij schade geleden, zo stelt de patiënt. De tekortkoming wordt, in navolging van een deskundigenbericht op dit punt, door de rechtbank aangenomen. Voor aansprakelijkheid is echter ook een *condicio sine qua non*-verband tussen de normschending en de schade vereist (art. 6:74 BW). Om het *condicio sine qua non*-verband vast te stellen, hanteert de rechtbank de in de jurisprudentie ontwikkelde ‘omkeringsregel’. De geschonden norm strekt immers tot het voorkomen van een specifiek gevaar (het ontstaan van schade aan de canalis en de zenuw) en dit gevaar heeft zich bij de patiënt verwezenlijkt.

Niet een heel bijzondere uitspraak, maar wel een goede aanleiding om weer eens even kort stil te staan bij die omkeringsregel en de toepasselijkheid ervan in medische kwesties van aansprakelijkheid.

2. De omkeringsregel

Om de bewijsproblemen op te lossen, kan de patiënt gebruikmaken van een bewijsmiddel, zoals het medisch deskundigenbericht. Daarnaast (of in plaats daarvan) kan de patiënt proberen de last van het bewijs van het *condicio sine qua non*-verband zo veel mogelijk te verlichten door gebruik te maken van ‘regels’ in de bewijsrechtelijke sfeer. Zo een regel is de ‘omkeringsregel’, welke regel in de rechtspraak van de Hoge Raad, in eerste instantie in het kader van verkeers- en arbeidsongevallen, tot stand is gekomen. De ‘omkeringsregel’ strekt ertoe in bepaalde gevallen een uitzondering te maken op de hoofdregel van artikel 150 Rv in dier voege dat het bestaan van een *condicio sine qua non*-verband tussen een onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen (bewijsvermoeden), tenzij degene die wordt aangesproken bewijst – waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs aannemelijk maken voldoende is en een specifiek bewijstaanbod niet nodig is – dat de bedoelde schade ook zonder die onrechtmatige gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan (zie onder meer HR 19 januari 2001, NJ 2001/524; HR 29 november 2002, NJ 2004/304, m.nt. W.D.H. Asser; HR 29 november 2002, NJ 2004/305, m.nt. W.D.H. Asser, HR 19 maart 2004, NJ 2004/307, m.nt. W.D.H. Asser (Seresta-arrest); HR 9 april 2004, NJ 2004/308; HR 8 april 2005, NJ 2005/284; HR 19 december 2008, NJ 2009/28 en HR 23 november 2012, JA 2013, 3, m.nt. J.P.M. Simons). Terzijde merk ik op dat in de literatuur wordt beschreven dat het tegenbewijs kan slagen wanneer het heeft bewerkstelligd dat de rechter zozeer is gaan twijfelen aan de juistheid van hetgeen hij aanvankelijk als vaststaand heeft aangenomen, dat de partij op wie de bewijslast rustte (in dit geval op het slachtoffer) alsnog geconfronteerd wordt met een bewijsopdracht. Het kan echter ook zo zijn dat aan het tegenbewijs hogere eisen worden gesteld dan het enkele ontzenuwen van hetgeen is aangenomen en dat de rechter dit pas geslaagd oordeelt of mag oordelen wanneer het bewijs van het tegendeel is geleverd. In dat verband wordt het tegenbewijs in het kader van de omkeringsregel genoemd. De ‘dader’ dient immers aan te tonen dat de bedoelde schade ook zonder die onrechtmatige gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan. De reden hiervoor is dat de rechtsbescherming moet worden gehandhaafd en niet illusoir mag worden. Het bewijsrisico blijft echter bij het slachtoffer liggen (zie Asser *Procesrecht*/Asser 3 2013/266, 293 en 302).

De omkeringsregel is geconstrueerd op basis van de ervaringsregel dat bepaalde normschendingen doorgaans tot letsel of het overlijden van een persoon leiden. 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. Geen geldend recht is dat het specifieke gevaar aanmerkelijk moet zijn vergroot.

3. De omkeringsregel in medische kwesties

Voor zover van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade kan worden gesproken, is de omkeringsregel ook van toepassing in medische zaken (zie bijvoorbeeld HR 9 januari 1999, NJ 1999/413; HR 19 maart 2004, NJ 2004/307 m.nt. W.D.H. Asser (Seresta-arrest); HR 9 juli 2004, NJ 2005/78 (foetale nood); HR 7 december 2007, NJ 2007/644; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 10 maart 2009, L&S 2009, 112, m.nt. A.J. Van en Gerechtshof 's-Gravenhage 28 april 2009, ECLI:NL:GHSGR:2009:BI4768). De rechtspraak leert dat de patiënt er daarom goed aan doet de norm, waarvan hij meent dat deze geschonden is, zo nauwkeurig mogelijk te omschrijven en de rechter erop te wijzen dat de norm van het goed hulpverlenerschap als bedoeld in artikel 7:453 BW – als zodanig in het concrete geval ingevuld – ertoe strekt bescherming te bieden tegen de schade die zich bij de patiënt in kwestie heeft verwezenlijkt. Een voorbeeld van een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade is een gedragsregel die (ter invulling van de algemene norm van art. 7:453 BW) in een protocol is vastgelegd en welke gedragsregel tot doel heeft bekende schade te voorkomen. Tevens kan uit de feiten en omstandigheden van het individuele geval een norm strekkende tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade worden afgeleid. Ter invulling van de algemene norm van artikel 7:453 BW kan voorts acht worden geslagen op de tuchtrechtspraak, waarbij her en der aanwijzingen worden gevonden voor normen die het doel hebben bepaalde schade te voorkomen.

Een voorbeeld van een gedragsregel strekkende tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade neergelegd in een protocol betreft het 'Protocol I'-arrest (HR 2 maart 2001, NJ 2001/649, m.nt. J.B.M. Vranken). De Hoge Raad oordeelde met betrekking tot de omkeringsregel als volgt: 'Nu het overtreden voorschrift diende om het risico op het postoperatief optreden van trombose tegen te gaan (althans te verkleinen), en, (...) [de patiënt] aanspraak op naleving van het protocolvoorschrift mocht maken, geeft het oordeel van het Hof, erop neerkomende dat – nu het risico van het ontstaan van de schade in het leven is geroepen door het niet toepassen van het voorschrift standaard antistollingsmiddelen toe te dienen en nu dit risico (het optreden van trombose) zich heeft verwezenlijkt – het causaal verband tussen de verweten gedraging en de opgelopen schade in beginsel is gegeven, niet blijk van een onjuiste rechtsopvatting.'

Een voorbeeld van een geval waarin uit de feiten een norm strekkende tot het voorkomen van specifieke schade kon worden afgeleid, betreft de gang van zaken rondom een bevalling (HR 7 december 2007, NJ 2007/644). De patiënte in kwestie beviel na een zwangerschap van 41 weken door middel van een keizersnede van een kind met een te laag zuurstofgehalte in het bloed en vocht in de longen. Ook was sprake van vochtophoping in de hersenen en van

neurologische symptomen als staren, cyanose, bradycardie en convulsies. 's Avonds werd het kind overgebracht naar het Academisch Ziekenhuis Groningen, waar de diagnose 'status na ernstige perinatale asfyxie' werd vastgesteld, hetgeen inhoudt dat er voorafgaand aan en/of tijdens de geboorte sprake is geweest van (ernstig) zuurstoftekort. Het kind bleef blijvend lichamelijk en geestelijk gehandicapt. In beide feitelijke instanties spitste het geschil zich toe op de vraag in hoeverre de invaliditeit van het kind het gevolg was van het nalaten van de gynaecoloog tijdig een keizersnede uit te voeren. De patiënte had met betrekking tot het bewijs van de stelling dat de fout van de gynaecoloog had geleid tot het hersenletsel van het kind betoogd dat de omkeringsregel moest worden toegepast, nu vaststond dat de gynaecoloog een beroepsfout had gemaakt, waardoor het risico van het ontstaan van schade in het leven was geroepen en het risico zich had verwezenlijkt. De rechtbank volgde de patiënte hierin niet. Het hof evenmin en overwoog dat de geschonden norm geen bescherming beoogde te bieden tegen een specifiek gevaar; het ging slechts om een nadere invulling van de 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. De hiertegen gerichte klacht achtte de Hoge Raad gegrond. Hij overwoog daartoe als volgt: 'Eiser heeft in zijn memorie van grieven (...), onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 19 maart 2004, nr. Co2/331, NJ 2004/307, betoogd – kort gezegd – dat de hier aan de orde zijnde norm wel degelijk specifiek ertoe strekt zoveel mogelijk te voorkomen dat het gevaar dat het ongeborn kind als gevolg van zuurstofgebrek hersenschade oploopt, zich realiseert, en dat juist dat specifieke gevaar zich in dit geval heeft gerealiseerd. Dit betoog (aan de juistheid waarvan niet in de weg staat dat een keizersnede niet slechts geïndiceerd is als het erom gaat hersenschade ten gevolge van zuurstofgebrek te voorkomen of te beperken) vindt steun in de opvatting van de (...) deskundige terwijl ook de (...) genoemde notitie erop neerkomt dat reeds in het begin van de baring een keizersnede aangewezen was teneinde schade door zuurstoftekort in de hersenen zoveel mogelijk te voorkomen. In het licht hiervan is het (...) oordeel van het hof dat de geschonden norm niet een norm is die bescherming tegen een specifiek gevaar beoogt te bieden zonder nadere motivering niet begrijpelijk.'

Andere voorbeelden van gevallen waarin door de rechter uit de feiten en omstandigheden een norm ter bescherming van een specifiek gevaar werd afgeleid betreffen het gebruik van een bepaalde druk bij bloedleegtebanden teneinde zenuwletsel te voorkomen, het staken van een tangverlossing en het toedienen van weeënremmende middelen teneinde schedelletsel bij het kind te voorkomen, opname, observatie en regelmatig hartonderzoek bij een zwangere patiënte met toxicose ter voorkoming van de dood van de foetus, het uiterst zorgvuldig prepareren in een door eerdere operaties en chronische ontsteking veranderd oor ter voorkoming van een beschadiging van de nervus facialis, het uitvoeren van onderzoek om uit

te sluiten of te bevestigen dat ter plaatse van de twaalfde thoracale wervel een metastase was teneinde schade aan het ruggenmerg (waardoor verlamming) te voorkomen; het controleren van de bloeddruk bij het gebruik van het geneesmiddel Reductil teneinde hypertensie te voorkomen, het staken van het toedienen van een verdovingsvloeistof op het moment dat er complicaties optreden; het regelmatig verrichten van oogheelkundig onderzoek teneinde bepaalde bijwerkingen te voorkomen, het ter beschikking stellen van een blaasbel ter voorkoming van het niet-tijdig onderkennen van problemen bij patiënten die zelf niet in staat zijn de verpleging te waarschuwen en met de onderhavige uitspraak van de Rechtbank Amsterdam ook het in acht nemen van een veiligheidsmarge tussen het diepste boorpunt en de minimale afstand tussen de kam van de kaak en de canalis ter voorkoming van te diep boren.

4. De omkeringsregel en informed consent

Gezien het belang van de strekking van de norm, verdient de toepasselijkheid van de omkeringsregel ter vaststelling van het condicio sine qua non-verband tussen de schending van de plicht de patiënt op de risico's van een bepaalde behandeling te wijzen en de schade van de patiënt een nadere bespreking. Het is doorgaans niet eenvoudig om aan te tonen dat er een condicio sine qua non-verband bestaat tussen de schending van deze informatieplicht en de schade van de patiënt, omdat de patiënt eerst moet aantonen dat deze, ware hij goed geïnformeerd, geen of een andere behandeling had ondergaan en dat het intreden van de schade om die reden was uitgebleven. De omkeringsregel biedt hiervoor echter geen oplossing. Hoewel wel degelijk sprake is van een norm die een specifiek gevaar beoogt te voorkomen, strekt die norm niet ter voorkoming van het gevaar van (gezondheids)schade, maar strekt zij ertoe de patiënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij al dan niet toestemming voor de voorgestelde behandeling zal geven. Oftewel, het schenden van deze verplichting roept 'slechts' het risico in het leven dat de patiënt niet op de door hem gewenste wijze van zijn zelfbeschikkingsrecht gebruik kan maken, het risico derhalve dat hij een keuze maakt die hij mogelijk niet gemaakt zou hebben als hij goed geïnformeerd was. Omdat doorgaans het zich verwezenlijkte risico (het letsel) in de meeste zaken niet kan worden aangemerkt als verwezenlijking van het risico waartegen de informatieplicht bescherming placht te bieden, kan de in de jurisprudentie ontwikkelde omkeringsregel niet worden gebruikt bij de vaststelling van het condicio sine qua non-verband. Dit is bij een experimentele behandeling niet anders.

De Hoge Raad heeft op dit punt twee belangrijke arresten gewezen: HR 23 november 2001, NJ 2002/386 en HR 23 november 2001, NJ 2002/387, m.nt. J.B.M. Vranken. In beide procedures was gesteld dat het causaal verband tussen de schending van de informatieplicht en de verwezenlijking van het risico dat aan de medische ingreep kleefde als vaststaand moest

worden aangenomen. De patiënten beriepen zich daarbij op de omkeringsregel met de volgende redenering: 1) de artsen zijn toerekenbaar tekortgeschoten door niet deugdelijk te informeren over de risico's van de operatie, 2) de artsen hebben daarmee een risico terzake van schade gecreëerd, namelijk dat de operatie is mislukt en de gebreken zijn ontstaan, 3) nu het risico zich heeft gerealiseerd (mislukken operatie en ontstaan gebreken), is het causaal verband tussen niet-informeren en schade behoudens tegendeelbewijs gegeven. Met deze stelling echter werd de strekking van de informatieplicht miskend en oordeelde de Hoge Raad dat toepassing van de omkeringsregel in deze gevallen geen soelaas bood.

Nu de norm wel bescherming biedt tegen het risico dat de patiënt niet op de door hem gewenste wijze van zijn zelfbeschikkingsrecht gebruik kan maken, is het de vraag of de omkeringsregel wel kan worden toegepast om het *condicio sine qua non*-verband vast te stellen tussen de schending van de plicht de patiënt op risico's te wijzen en de zogeheten 'integriteitsschade'. Mijns inziens is dit niet het geval. Enerzijds blijft overeind de beoordeling of de inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht door de schending van de informatieplicht ernstig genoeg is om van een aantasting in de persoon te mogen spreken en veeleer is het dus de vraag onder welke omstandigheden dat zo is. Anderzijds betekent een aanvaarding van een vergoeding van integriteitsschade bij elke inbreuk op het zelfbeschikkingsrecht dat er geen causaliteitsprobleem is dat nog met behulp van de omkeringsregel zou moeten worden vastgesteld.

Iets anders is de toepasselijkheid van de omkeringsregel ter vaststelling van het *condicio sine qua non*-verband tussen de schending van de plicht de patiënt te wijzen op het nemen van bepaalde (voorzorgs)maatregelen en de schade. De plicht om de patiënt te wijzen op het nemen van voorzorgsmaatregelen kan er immers wel degelijk toe strekken specifieke schade te voorkomen. Een voorbeeld betreft de plicht om de vrouwelijke patiënt te wijzen op 'het verbod' van intravaginaal seksueel contact na een baarmoederingreep teneinde een nabloeding te voorkomen. Een ander voorbeeld betreft de plicht van de producent de patiënt te instrueren het product met het oog op daaraan verbonden gevaren van schade op een bepaalde wijze te gebruiken. Gezien de jurisprudentie van de Hoge Raad zal bij schending van een dergelijke veiligheidsnorm de omkeringsregel van toepassing zijn en hoeft de patiënt niet aan te tonen dat hij, als de instructie was gegeven, de instructie zou hebben nageleefd (vergelijk bijvoorbeeld HR 25 november 2005, NJ 2007/141, m.nt. C.J.H. Brunner (schending van de plicht een deelnemster van een skeeleractiviteit te wijzen op het dragen van een valhelm)). In de literatuur wordt echter wel opgemerkt dat een onderscheid tussen een instructieplicht strekkende tot voorkoming van schade en andere informatieplichten niet altijd even duidelijk is te maken en dat een algemene 'hoofd'regel niet kan worden geformuleerd. Zie uitvoerig A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid,

omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', AV&S 2012, nr. 5, p. 157-177. Zie ook de noot van J.B.M. Vranken bij HR 23 november 2001, NJ 2002/387. Mijns inziens zal het in een concreet geval aan de feitenrechter zijn welke strekking hij aanneemt.

5. De verwezenlijking van het gevaar; een mogelijk probleem in geval van overlijden

Een probleem dat zich bij de toepassing van de omkeringsregel kan voordoen, is de aannemelijkheid van de verwezenlijking van het gevaar waartegen de norm bescherming beoogde te bieden. Zoals opgemerkt, is voor de toepasselijkheid mede vereist dat het gevaar zich heeft verwezenlijkt. Dat zich dat niet altijd even eenvoudig laat vaststellen, blijkt uit de rechtspraak over die gevallen waarin de patiënt na een geneeskundige behandeling is overleden. Is niet vastgesteld of kan niet worden vastgesteld wat de doodsoorzaak is geweest, dan kunnen nabestaanden zich alleen met uitblijvend succes op de omkeringsregel beroepen. Zij kunnen dan immers niet aannemelijk maken dat 'het gevaar zich heeft verwezenlijkt'. Kortom, als gesteld wordt dat de dood het specifieke gevolg is van het handelen of nalaten, welk handelen of nalaten juist beoogd is om die specifieke dood te voorkomen, is wetenschap over de dood onontbeerlijk.

Dit probleem deed zich voor in het 'Seresta-arrest' (HR 19 maart 2004, NJ 2004/307, m.nt. W.D.H. Asser). De zaak zag op het handelen van een huisarts. Ondanks dat de patiënt – deze had een keelcarcinoom – op het moment van het bezoek door de huisarts reeds achttien uren sliep, diende de huisarts het medicijn Seresta toe. De verwachting dat de patiënt binnen een paar uur zou ontwaken werd niet bewaarheid: de patiënt overleed korte tijd later. De nabestaande diende een vordering in en stelde dat de huisarts was tekortgeschoten en dat met toepassing van de omkeringsregel het causaal verband met de schade moest worden vastgesteld. De rechtbank volgde de nabestaande. Het hof oordeelde echter dat door de afwezigheid van een post mortem onderzoek de huisarts in bewijsnood was gebracht, hetgeen voor risico van de nabestaande diende te komen. Om die reden achtte het hof toepassing van de omkeringsregel uitgesloten. De nabestaande ging van het arrest in cassatie, maar zonder succes. In dit geval deed zich – naast het feit dat niet was aangegeven welke tot voorkoming van een specifiek gevaar strekkende norm de arts had geschonden – het probleem voor dat niet aangetoond kon worden dat zich 'het' gevaar had verwezenlijkt. Er had namelijk geen post mortem onderzoek aan het lichaam van de overleden patiënt plaatsgevonden, zodat de doodsoorzaak niet was komen vast te staan.

Hetzelfde probleem was aan de orde in de zaak die de Rechtbank Dordrecht werd voorgelegd (Rechtbank Dordrecht 23 april 2008, ECLI:NL:RBDOR:2008:BD0513). Het geschil had betrekking op de geneeskundige behandeling van een kind. De stelling was dat het kind was

overleden wegens het te laat terugplaatsen naar het ziekenhuis. Er was geen post mortem onderzoek verricht. De rechtbank oordeelde dat het causaal verband niet kon worden vastgesteld nu onmogelijk was vast te stellen waaraan het kind was overleden. Zie voor een vergelijkbare zaak uit de lagere rechtspraak Rechtbank 's-Gravenhage 5 augustus 2013, JA 2013, 151.

6. Slotsom

De omkeringsregel biedt uitkomst in die zaken waarin de normschending bestaat uit een klassieke 'behandelfout'. De patiënt doet er goed aan de norm waarvan hij vermoedt dat deze geschonden is, zo concreet mogelijk te beschrijven. Voorts dient hij te beschrijven tegen de verwezenlijking van welk gevaar de norm bescherming beoogde te bieden. Tot slot is het van groot belang te stellen dat de schade zich ook daadwerkelijk heeft verwezenlijkt. Bij het overlijden van een patiënt brengt dit laatste vereiste met zich dat wellicht een obductie nodig is om de doodsoorzaak vast te stellen.