

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/74156>

Please be advised that this information was generated on 2021-03-06 and may be subject to change.

JBPR 2008/19

Hoge Raad

7 december 2007, C06/253HR; LJN
BB3670.

(Mr. Fleers

Mr. Kop

Mr. Hammerstein

Mr. Van Oven

Mr. Streefkerk

Mr. Numann)

(Concl. A-G Spier)

1. [Eiser 1],

2. [eiseres 2], beiden te [woonplaats],

eisers tot cassatie,

verweerders in het voorwaardelijk

incidentele cassatieberoep,

advocaat: mr. J. Brandt,

tegen

Stichting Medisch Centrum Leeuwarden te
Leeuwarden,

verweerster in cassatie,

eiseres in het voorwaardelijk incidentele

cassatieberoep,

advocaat: mr. R.S. Meijer.

Bewijs causaal verband, Toepasselijkheid

“omkeringsregel”, Specificiteitsvereiste,

Bindende eindbeslissing, Tussentijds

cassatieberoep

[Rv - 150]

» **Samenvatting**

De Hoge Raad oordeelt dat de beslissing van het hof, dat voor de toepassing van de omkeringsregel geen ruimte is omdat de geschonden norm geen bescherming tegen een specifiek gevaar beoogt te bieden, zonder nadere motivering onbegrijpelijk is. De stelling van de eiser, dat de geschonden norm – te laat overgaan tot een keizersnee – specifiek ertoe strekt zoveel mogelijk te voorkomen dat het ongeborn kind als gevolg van zuurstofgebrek hersenschade leidt, vindt steun in de opvatting van de deskundigen.

[beslissing/besluit](#)

» **Uitspraak**

Conclusie Advocaat-Generaal

(mr. Spier)

1. Feiten

1.1. In cassatie kan worden uitgegaan van de feiten zoals vastgesteld door de Rechtbank Leeuwarden in haar vonnis van 26 november 2003 in rov. 2.1-2.9. Ook het Hof Leeuwarden is daarvan blijkens rov. 2 van zijn in cassatie bestreden arrest uitgegaan. Het Hof heeft ze zakelijk weergegeven in rov. 3.1-3.8.

1.2. [Eiseres 2] is op 3 augustus 1994 om 8.42 uur in het ziekenhuis MCL door middel van een keizersnede bevallen van een zoon, [de zoon].

1.3. Daaraan voorafgaande is [eiseres 2] op 2 augustus 1994 om 22.00 uur, na een zwangerschap van 41 weken, opgenomen in het ziekenhuis. Zij is omstreeks 22.50 uur aangesloten op het CTG, dat volgens de verpleegkundige toen geen normaal beeld vertoonde. Deze verpleegkundige heeft daarop de dienstdoende gynaecoloog [betrokkene 1] gewaarschuwd. Deze heeft [eiseres 2] bezocht, waarbij hij constateerde dat het CTG geen ongewone waarden vertoonde.

1.4. Op 3 augustus 1994 omstreeks 2.30 uur constateerde [betrokkene 1] dat het CTG matig was. Hij brak de vliezen, waarbij vers meconiumhoudend vruchtwater afliep. [Betrokkene 1] heeft in het partusverslag vermeld dat om 4.16 uur sprake was van 7 cm ontsluiting en een strak CTG. Om 7.00 uur, bij een ontsluiting van 8 cm, verzocht [betrokkene 1] [eiseres 2] te persen. [Eiseres 2] had echter geen persdrang.

1.5. Na afloop van zijn dienst om 7.00 uur heeft [betrokkene 1] [eiseres 2] (telefonisch) overgedragen aan zijn collega-gynaecoloog [betrokkene 2]. Deze heeft [eiseres 2] om 7.45 uur bezocht en haar gevraagd opnieuw te persen. Omdat er nog steeds geen persdrang was en de baring niet voldoende vorderde, heeft [betrokkene 2] tevergeefs gepoogd een kunstverlossing uit te voeren door middel van een vacuümpomp.

1.6. Tijdens de vacuümextractie noteerde [betrokkene 2] dat sprake was van dik meconiumhoudend vruchtwater en een zeer strak CTG met een waarde van 180/180. Vervolgens heeft [betrokkene 2] een keizersnede uitgevoerd.

1.7. Na de baring kwam de ademhaling van [de zoon] traag op gang. Hij is naar de kinderafdeling overgebracht waar werd vastgesteld dat [de zoon] een te laag zuurstofgehalte in het bloed had en dat vocht in zijn longen zat. Ook was sprake van vochtophoping in de hersenen en van neurologische symptomen als staren, cyanose, bradycardie en convulsies.

1.8. Op 3 augustus 1994 is [de zoon] 's avonds overgebracht naar het Academisch Ziekenhuis Groningen. Daar is de diagnose gesteld status na ernstige perinatale asfyxie (d.w.z. dat er voorafgaand aan en/of tijdens de geboorte sprake is geweest van (ernstig) zuurstoftekort).

1.9. Sinds zijn geboorte is [de zoon] zeer ernstig lichamelijk en geestelijk gehandicapt. Hij is voor zijn verzorging volledig hulpbehoevend en staat vanaf zijn geboorte onder behandeling/controle van verschillende medische specialisten.

1.10. Het Medisch Tuchtcollege Groningen heeft geoordeeld dat [betrokkene 1] is tekortgeschoten; hem is de maatregel van waarschuwing opgelegd.

1.11.1. In opdracht van de aansprakelijkheidsverzekeraar van MCL [AXA] heeft Prof. A.C. Drogendijk de gang van zaken rond de geboorte van [de zoon] beoordeeld. Zijn bevindingen, neergelegd in een notitie van 5 februari 1996, houden onder meer in:

“De ernstige CTG-afwijkingen vanaf vroeg in de ontsluitingsfase, namelijk te geringe variaties, ontbreken van acceleraties, aanwezige deceleraties en dat in combinatie met dik meconium, zijn zo sterke aanwijzingen voor ernstige intra-uteriene asfyxie dat reeds vroeg in de ontsluitingsfase beëindiging van de baring d.m.v. een sectio caesarea aangewezen was. Of zulk vroeg uitvoeren van een sectio caesarea had betekend dat het kind in betere conditie geboren zou zijn, valt bepaald niet met zekerheid te zeggen daar waarschijnlijk reeds bij het begin van de partus een ernstige asfyxie bestond die ook toen al vermoedelijk enige tijd aanwezig was. Dat neemt niet weg dat veel eerder een sectio caesarea had moeten worden uitgevoerd.”

1.11.2. Aan het slot van de bijlage bij de notitie komt Prof. Drogendijk tot de volgende conclusie:

“(…)

Op grond van deze literatuurgegevens moet de vraag hoe groot de kans zou zijn dat [de zoon] ook met enig letsel ter wereld zou zijn gekomen indien reeds in het begin van de baring een sectio caesarea was uitgevoerd, beantwoord worden met: meer dan 50%.”

1.12.1. Op verzoek van [eiser] c.s. heeft Prof. dr. P.E. Treffers zijn visie op de bevalling en de daaraan voorafgaande behandeling gegeven. In zijn rapportage van 30 april 1997 concludeert hij:

“(…)

Ik meen daarom dat in het geval van [de zoon] (...) duidelijke aanwijzingen zijn voor een relatie tussen de cerebrale afwijkingen en het beleid bij de baring. Er was al 8 uur vóór de geboorte sprake van afwijkingen op het CTG die tot maatregelen hadden moeten leiden, in de zin van diagnostiek of van ingrijpen in het baringsproces. Een sectio had hier tenminste 6 uur vóór het uiteindelijke geboortetijdstip kunnen worden geëffectueerd, en dat had naar alle waarschijnlijkheid geleid tot een minder slechte conditie van het kind en tot geen of minder ernstige gevolgen op lange termijn. (...)

1.12.2. [Eiser] c.s. hebben Prof. Treffers onder meer de navolgende vragen gesteld:

“4a. Hoe groot acht u de kans dat [de zoon] eveneens cerebrale schade zou hebben opgelopen indien aan het begin van de ontsluitingsfase een sectio caesarea uitgevoerd zou zijn?

4b. Is het alsdan aannemelijk dat [de zoon] in dezelfde mate beschadigd zou zijn geweest als nu het geval is?”

Hierop heeft Prof. Treffers geantwoord:

“Antwoord a en b: Wanneer aan begin van de ontsluiting een sectio zou zijn uitgevoerd, dus bijvoorbeeld om 1.00 of 2.00 uur zou de kans op cerebrale schade voor [de zoon] aanzienlijk kleiner zijn geweest. Omdat we niet precies weten wanneer de foetale nood die leidde tot het slechte CTG is begonnen blijft hierin een onzekere factor. Echter: het CTG is in de loop van de baring nog verslechterd (bijvoorbeeld de basale hartfrequentie en de deceleraties). Daaruit mogen we afleiden dat een vroegtijdige sectio naar alle waarschijnlijkheid een aanzienlijk beter resultaat zou hebben opgeleverd. Exacte percentages zijn niet te geven. (..) Als er ook bij een vroegtijdige sectio

cerebrale schade zou zijn opgetreden zou die naar alle waarschijnlijkheid veel geringer zijn geweest. Ook hier geen percentage. (...)

2. Procesverloop

2.1.1. Bij exploit van 13 december 2001 hebben [eiser] c.s. MCL gedagvaard voor de Rechtbank Leeuwarden. Zij hebben gevorderd dat voor recht wordt verklaard dat MCL aan [eiser] c.s. pro se en als wettelijk vertegenwoordiger van [de zoon] alle als gevolg van (o.m.) [betrokkene 1]s fout door hen geleden en nog te lijden schade, op te maken bij staat, moet vergoeden.

2.1.2. [Eiser] c.s. hebben, naast de onder 1 genoemde feiten, aan hun vordering ten grondslag gelegd dat de bij MCL werkzame specialisten en/of verpleegkundigen in de vereiste zorg tekort zijn geschoten. Naar hun oordeel bestaat causaal verband tussen de schade en de tekortkoming in welk verband vooral beroep wordt gedaan op bevindingen van Prof. Treffers (incl. dagv. onder 30 met citaat). Voorts wordt beroep gedaan op de zogenaamde omkeringsregel.

2.2.1. MCL heeft vooreerst haar [\[noot:1\]](#) aansprakelijkheid bestreden. Subsidiair betwist MCL dat bij eerder uitgevoerde keizersnede [de zoon] zonder letsel ter wereld zou zijn gekomen. Het causaal verband is onzeker nu asfyxie reeds vóór en in het begin van de baring aanwezig was. In een situatie als deze dient de gemiste kans op een beter behandelingsresultaat door MCL aan [eiser] c.s. te worden vergoed.

2.2.2. Bij pleidooi in prima heeft MCL evenwel aangegeven er de voorkeur aan te geven dat de Rechtbank een deskundige benoemt, “die zich dan in navolging van prof. Drogendijk en prof. Treffers moet uitlaten over het causaal verband”. Deze deskundige zou dan in zijn oordeel kunnen

betrekken dat de jongere zus van [eiseres 2], naar MCL “heeft vernomen”, eveneens is bevallen van een kind met blijvend letsel, terwijl bij haar de bevalling zelf probleemloos is verlopen (pleitnotities mr Meyst-Michels onder 8). [\[noot:2\]](#)

2.3.1. In haar vonnis van 26 november 2003 overweegt de Rechtbank dat MCL voor een fout van [betrokkene 1] kan worden aangesproken (rov. 5). [\[noot:3\]](#)

2.3.2. De Rechtbank overweegt vervolgens in rov. 6.1 dat partijen het er over eens zijn dat [betrokkene 1] te laat is overgegaan tot het uitvoeren van een keizersnede. Het geschil spitst zich toe op de vraag of en zo ja, in hoeverre, causaal verband bestaat tussen het te laat uitvoeren van de keizersnede en het bij [de zoon] opgetreden hersenletsel. Met betrekking tot door [eiser] c.s. gedane beroep op de zogenoemde omkeringsregel overweegt zij:

“6.2.(..) Met de erkenning door MCL van het feit dat [betrokkene 1] te laat is overgegaan tot het uitvoeren van een keizersnede, erkent MCL dat door [betrokkene 1] een kunstfout is gemaakt. MCL heeft evenwel (uitvoerig) gemotiveerd betwist dat het risico van het ontstaan van schade als gevolg van deze fout zich heeft verwezenlijkt. De rechtbank is van oordeel dat [eiser] c.s. in het licht van die gemotiveerde betwisting niet aannemelijk heeft gemaakt dat het gevaar waartegen de norm ‘het zo spoedig mogelijk uitvoeren van de onder de omstandigheden meest geïndiceerde ingreep – bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt. Derhalve ligt het op de weg van [eiser] c.s. te bewijzen dat de bij [de zoon] opgetreden schade het gevolg is van de kunstfout van [betrokkene 1]. In aansluiting hierop wordt overwogen dat de rechtbank geen termen aanwezig acht om op voorhand al de zogenoemde proportionele benadering toe te passen, in die zin dat de gemiste kans op een beter behandelingsresultaat begroot zal moeten

gaan worden. In dit geding gaat het immers primair om de vraag of de schade is veroorzaakt door een reeds vóór of bij het begin van de bevalling aanwezig zuurstoftekort dan wel door het te laat uitvoeren van de keizersnede. Deze vraag ziet op het bestaan van een causaal verband. De proportionele benadering is pas aan de orde indien zou komen vast te staan dat [de zoon] voorafgaand aan of bij het begin van de bevalling een (ernstig) zuurstoftekort had en dat de schade mogelijk (deels) voorkomen had kunnen worden als de keizersnede eerder was uitgevoerd. Indien daarentegen het zuurstoftekort al zo lang bestond dat de schade niet meer voorkomen had kunnen worden met een eerdere keizersnede, ligt dit anders. Eerst moet daarom de vraag worden beantwoord of er überhaupt enige kans op een beter behandelingsresultaat aanwezig was. In de vraagstelling aan de in deze zaak te benoemen deskundige zal dit aspect aan de orde worden gesteld.”

2.3.3. Aan de deskundige kan tevens de vraag worden voorgelegd of een erfelijke afwijking een rol speelt. Bij bevestigende beantwoording van die vraag kan medewerking van de zus van [eiseres 2] worden gevraagd, maar zij kan daartoe niet worden gedwongen. De Rechtbank spreekt er in dit verband haar bevreesdheid over uit dat MCL “kennelijk via communicatielijnen binnen het ziekenhuis” in het bezit van die informatie is gekomen wat de schijn wekt dat dit is gebeurd in strijd met de geheimhoudingsplicht van de behandelaars (rov. 6.4).

2.3.4. De Rechtbank heeft ten slotte bepaald dat hoger beroep tegen het tussenvonnis kan worden ingesteld.

2.4. [Eiser] c.s. hebben hoger beroep ingesteld.

2.5. MCL heeft het beroep bestreden. Zij onderschrijft het oordeel van de Rechtbank

dat [betrokkene 1] een kunstfout heeft gemaakt, daarin gelegen dat hij eerder een keizersnede had moeten uitvoeren (mva onder 33). Zij maakt (andermaal) melding van een aanbod om 50% van de schade te vergoeden (onder 36); immers is sprake van onzeker causaal verband (sub 39).

2.6.1. In zijn arrest van 22 februari 2006 memoreert het Hof dat niet in geschil is dat [betrokkene 1] een kunstfout heeft gemaakt door niet in een eerder stadium een keizersnede uit te voeren.

2.6.2. Hierop behandelt het Hof de grieven II-IV, waarin de bewijslast, de omkeringsregel en de vraag of er überhaupt enige kans op een beter behandelingsresultaat aanwezig was aan de orde worden gesteld (rov. 8).

2.6.4. In rov. 8.2 formuleert het Hof de hoofdregel van art. 150 Rv. op grond waarvan de bewijslast van het causaal verband tussen de kunstfout en de schade bij [eiser] c.s. ligt. Op grond van de redelijkheid en billijkheid kan, volgens het Hof, een uitzondering worden gemaakt op deze hoofdregel in dier voege dat het bestaan van een conditio sine qua non-verband wordt aangenomen, tenzij degene die wordt aangesproken aannemelijk maakt dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan. Hierop wordt overwogen dat hiertoe:

“is vereist dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm strekkende 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” (rov. 8.2).

2.6.5. Deze gedachtegang wordt als volgt uitgewerkt:

“8.3. In de procedure staat vast dat [betrokkene 1] een kunstfout heeft gemaakt door niet tijdig tot een keizersnedeoverlossing over te gaan. De door de rechtbank geconstrueerde norm die daarbij is geschonden – het zo spoedig mogelijk uitvoeren van de onder de omstandigheden meest geïndiceerde ingreep – is geen norm die bescherming tegen een specifiek gevaar beoogt te bieden, doch slechts een nadere invulling van de thans 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. Gelet op het hiervoor aangehaalde arrest [\[noot:4\]](#) is er dus geen ruimte voor toepassing van de omkeringsregel.

8.4. De gebrekkige verslaglegging van de bevalling en het ontbreken van een aantal CTG's maken het voorgaande met anders (vgl. HR 7 mei 2004, *NJ* 2004, 422). Niettegenstaande deze omstandigheden hebben noch Drogendijk noch Treffers zich blijkens hun rapportages immers kennelijk gehinderd gevoeld om hun oordeel omtrent de gang van zaken rond de bevalling van [de zoon] ongeclausuleerd te kunnen weergeven.

8.5. De bewijslast van het causaal verband tussen de medische (kunst)fout van [betrokkene 1] en de schade van [de zoon] berust dan ook bij [eiser] c.s.”

2.6.6. Evenmin is sprake van een bewijsvermoeden:

“De door partijen afzonderlijk ingeschakelde deskundigen Drogendijk en Treffers laten, de één weliswaar meer dan de ander, immers de mogelijkheid open dat [de zoon] ook hersenletsel zou hebben gehad, indien eerder was overgaan tot het uitvoeren van de keizersnede. Drogendijk

stelt zelfs dat zeer aannemelijk is dat [de zoon] al voor het begin van de bevalling hersenletsel had als gevolg van zuurstoftekort.

8.7. Het hof acht geen termen aanwezig voor een voorlopig oordeel dat, behoudens door MCL te leveren tegenbewijs, [eiser] c.s. in het bewijs van causaal verband tussen de fout en de schade zijn geslaagd.

Evenals de rechtbank is het hof van oordeel dat slechts een nader deskundigenonderzoek uitsluitsel kan opleveren over deze bewijsvraag.”

2.6.7. Het Hof bekrachtigt het vonnis van de Rechtbank en verwijst de zaak terug teneinde met inachtneming van zijn arrest te worden beslist.

2.7. In zijn beschikking van 21 juni 2006 heeft het Hof het verlov verleend tussentijds cassatieberoep in te stellen.

2.8. [Eiser] c.s. hebben tijdig beroep in cassatie ingesteld. MCL heeft geconcludeerd tot niet-ontvankelijk verklaring van [eiser] c.s., althans verwerping van het cassatieberoep. MCL heeft tevens een voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep ingesteld. [Eiser] c.s. hebben in het incidenteel cassatieberoep geconcludeerd tot verwerping. Partijen hebben vervolgens hun standpunten schriftelijk toegelicht, waarna nog gere- en geduplicieerd.

3. De ontvankelijkheidsvraag

3.1. MCL heeft aangevoerd dat [eiser] c.s. niet-ontvankelijk zijn nu op grond van art. 399 Rv. geen cassatieberoep openstaat. Immers zou geen sprake zijn van een bindende eindbeslissing (s.t. mrs Meijer en Dempsey onder 3). De beslissingen van het Hof in rov. 8.1-8.6 zouden geen bindende eindbeslissingen zijn. Uit rov. 8.7 zou immers volgen dat het Hof zich niet definitief gebonden acht aan zijn beslissing

omtrent de bewijslastverdeling, waaronder begrepen het al dan niet toepasselijk zijn van de omkeringsregel.

3.2.1. Bij de beoordeling van dit verweer moet voorop worden gesteld dat MCL zelf aanvoert dat het middel voornamelijk inzet op de problematiek van de omkeringsregel (s.t. mrs Meijer en Dempsey onder 4.1.7). [\[noot:5\]](#) Op dat punt is in 's Hof's arrest geen voorbehoud te lezen. In rov. 8.3 oordeelt het Hof immers dat

“er dus geen ruimte voor toepassing van de omkeringsregel” is.

3.2.2. Het vloeit eveneens voort uit rov. 8.5.

3.3.1. MCL kan worden toegegeven dat het Hof in rov. 8.7 (geciteerd onder 2.6.6) rept van een “voorlopig oordeel”. Duidelijk is dat het Hof daarmee niet bedoelt dat later kan worden teruggekomen op het oordeel dat de bewijslast op [eiser] c.s. rust. Het overweegt ' geparafraseerd weergegeven – niet meer of anders dan dat niet kan worden vooruitgelopen op de uitkomst van een door de Rechtbank bevolen ' en ook door het Hof nodig geacht – deskundigenonderzoek. Dat blijkt (voldoende) duidelijk uit de laatste alinea van rov. 8.7.

3.3.2. Ware dit al anders dan geldt dat alleen en uitsluitend voor 's Hof's oordeel in rov. 8.7. Het ziet, gelezen in samenhang met rov. 8.6, slechts op de vraag of sprake is van een bewijsvermoeden. Het heeft evident geen betrekking op de problematiek van de omkeringsregel.

3.3.3. Voor zover het oordeel in rov. 8.7 als niet onherroepelijk zou moeten worden opgevat, mist MCL belang bij niet-ontvankelijkheidsverklaring in zoverre. Immers falen de tegen dat oordeel ingebrachte klachten, zoals hierna zal blijken.

3.4. Dat 's Hofs arrest moet worden verstaan in de zo-even bedoelde zin volgt ook uit het volgende. MCL heeft in appèl niet bestreden en het Hof heeft klaarblijkelijk – zij het stilzwijgend – aangenomen dat het vonnis van de Rechtbank op de in appèl aan de orde gestelde punten voor hoger beroep vatbare beslissingen inhield. Nu het Hof het bestreden vonnis heeft bekrachtigd kan de conclusie bezwaarlijk een andere zijn dan dat ook 's Hofs arrest voor hogere voorziening vatbaar is. Daarop wijst ook het verlotussentijds cassatieberoep in te stellen.

3.5. Ten overvloede teken ik hierbij nog het volgende aan. Het gaat in deze procedure om een buitengewoon tragische gebeurtenis die in 1994 heeft plaatsgevonden en waarover inmiddels al bijna zes jaar wordt geprocedeerd. Door een – in elk geval met wijsheid achteraf – minder gelukkig openstellen van tussentijds hoger beroep en het nalaten incidenteel appèl in te stellen tegen de voorvraag van aansprakelijkheid van MCL is de benadeelde thans, ruim dertien jaar na dato, nog geen stap verder gekomen. [Eiser] c.s. hebben onweersproken aangevoerd dat de betaling van voorschotten al geruime tijd geleden is gestaakt. [de zoon], wiens leven van stonde af aan is verduisterd door talrijke, ernstige en blijvende kwalen moet het vooralsnog zonder vergoeding stellen. Op zich én in het licht van art. 6 EVRM (met name de redelijke termijn) is volstrekt onaanvaardbaar dat het in een zaak als de onderhavige zó lang duurt vooraleer twee niet uitzonderlijk gecompliceerde rechtsvragen definitief worden beantwoord. Deze zaak móet uit menselijk én juridisch oogpunt thans met voortvarendheid tot een einde komen. Nodeloze obstakels moeten daartoe uit de weg worden geruimd.

4. P.s. en/of q.q.?

4.1. De cassatiedagvaarding zwijgt stil over de vraag in welke hoedanigheid (-heden) [eiser] c.s. optreden.

4.2. MCL heeft – het strekt haar tot eer – aangevoerd dat het cassatieberoep van [eiser] c.s. kennelijk niet slechts pro se doch ook q.q. is ingesteld. Voor zover de omissie voor herstel vatbaar is, gaat MCL daarmee akkoord (s.t. onder 2.1.6 en voetnoot 6).

4.3. Uit de repliek onder 1 van [eiser] c.s. valt af te leiden dat de door MCL veronderstelde bedoeling heeft voorgezeten.

4.4. Nu voor MCL kennelijk duidelijk is dat de vorderingen door [eiser] c.s. in beide hoedanigheden zijn ingesteld én dit daadwerkelijk de bedoeling was, moet het ervoor worden gehouden dat het cassatieberoep ook q.q. is ingesteld. [\[noot:6\]](#)

5. Inleiding: een opeenstapeling van misverstanden

5.1. Dit is een tragische zaak. In de eerste plaats en vooral omdat [de zoon] in verband met zijn geboorte zeer ernstig letsel heeft opgelopen. Maar ook omdat de zaak op een verkeerd spoor terecht is gekomen.

5.2. Inzet van de procedure is een verklaring voor recht. Als deze wordt uitgesproken, zal in de schadestaatprocedure moeten worden vastgesteld hoe groot de schade is, tenzij partijen die kwestie alsnog in der minne kunnen regelen.

5.3. Volgens vaste rechtspraak is voor verwijzing naar de schadestaatprocedure voldoende maar tevens noodzakelijk dat de onrechtmatigheid of toerekenbare tekortkoming vaststaat en dat aannemelijk is dat daardoor schade is geleden. [\[noot:7\]](#)

5.4. Dát sprake is van een toerekenbare tekortkoming van [betrokkene 1] staat vast. Nog niet vast staat dat MCL daarvoor aansprakelijk is. Weliswaar heeft de Rechtbank dat aangenomen, maar MCL heeft die vraag niet in incidenteel appèl aan de orde gesteld. In ons wettelijk stelsel was zij daartoe niet gehouden en kan zij dat, des verkiezend, alsnog doen.

5.5. Dat sprake is van schade, is niet voor redelijke betwisting vatbaar gezien de uiterst kommervolle situatie waarin [de zoon] zich bevindt. [\[noot:8\]](#) Over het causaal verband (in de zin van conditio sine qua non) is in drie instanties uitvoerig gedebatteerd. [Eiser] c.s. hebben hun heil gezocht bij de omkeringsregel, terwijl MCL haar ziel en zaligheid heeft verpand aan de proportionele aansprakelijkheid. Rechtbank en Hof hebben noch de ene, noch de andere positie ingenomen, maar hebben geoordeeld dat de bewijslast rust op [eiser] c.s.

5.6. Op zich is het uitgangspunt van Rechtbank en Hof volkomen juist. Maar zij hebben zich m.i. teveel laten meeslepen in een debat dat relevantie mist. Ik licht dat toe.

5.7. Partijen hebben hun standpunten gestoffeerd met verwijzingen naar de door ieder hunner geraadpleegde medicus-hoogleraar. In elk geval van hun eigen deskundige menen ze dat hij het bij het rechte eind heeft. In hun voetspoor ga ook ik daar vanuit.

5.8. De door de Rechtbank geciteerde – onder 1.11 weergegeven – opvatting van Prof. Drogendijk kan niet anders worden begrepen dan aldus dat de niet tijdig uitgevoerde keizersnede in elk geval debet is aan een deel van de schade. Daaraan doet niet af dat hij de kans dat [de zoon] bij een tijdige ingreep “met enig letsel” zou zijn geboren meer dan 50% acht.

5.9. Prof. Treffers, geraadpleegd door [eiser] c.s., gaat eveneens uit van een verband tussen (in elk geval een deel van) de schade en de ontijdige keizersnee; hij spreekt in dat verband van “duidelijke aanwijzingen” (citaat onder 1.12.1) en “een vroegtijdige sectio [zou] naar alle waarschijnlijkheid een aanzienlijk beter resultaat hebben opgeleverd” (citaat onder 1.12.2). Ook hij meent – kort gezegd – dat niet vaststaat dat [de zoon] in dat geval zonder “gebreken” zou zijn geboren.

5.10. In het licht van de onder 5.8 en 5.9 genoemde bevindingen, waarop partijen zich zelf hebben beroepen, staat het conditio sine qua non-verband m.i. boven redelijke twijfel vast. Aan de omkeringsregel komen we dan in het geheel niet toe. Aan door MCL te leveren tegenbewijs evenmin omdat het verband kan worden gelegd op basis van een deskundige op wie zij zich zelf met instemming heeft beroepen.

5.11.1. Bij deze stand van zaken komen we evenmin zonder meer toe aan een proportionele verdeling zoals door MCL een en andermaal met verve bepleit.

5.11.2. Een proportionele benadering zou trouwens ook inhoudelijk geen (volledig) juiste benadering zijn. Zij kan aangewezen zijn wanneer de schade vaststaat maar onzekerheid bestaat over de vraag of deze op een bepaalde oorzaak valt te herleiden. In zo’n situatie kan een met de kans dat dit verband bestaat corresponderend percentage van de schade een passende oplossing zijn. [\[noot:9\]](#)

5.11.3. Op grond van de door partijen zelf geproduceerde rapporten van deskundigen is de onzekerheid in casu niet zozeer gelegen in het causaal verband maar in de omvang van de schade. Onzeker is wat de medische toestand van [de zoon] zou zijn geweest, ware de keizersnee tijdig uitgevoerd. MCL heeft ongetwijfeld gelijk dat daarmee bij de begroting van de schade

rekening moet worden gehouden. Maar dat is thans nog niet aan de orde. Denkbaar is – het kan MCL worden toegegeven – dat ook nog een vorm van proportionaliteit aan de orde komt voorzover ongewis zou zijn óf [de zoon] beter af zou zijn geweest bij een tijdige keizersnede.

5.12.1. Praktisch gesproken is de benadering van MCL intussen vruchtbaarder dan die van [eiser] c.s. Immers is, op basis van de bevindingen van beide hoogleraar-deskundigen, heel aannemelijk dat niet alle schade door de te late ingreep is veroorzaakt. Over het percentage [\[noot:10\]](#) kan, noch wil ik mij uitlaten (dat is thans ook niet aan de orde), maar de door [eiser] c.s. kennelijk bepleite benadering dat ook in de gegeven omstandigheden aanspraak zou bestaan op vergoeding van de volledige schade lijkt me op basis van de thans beschikbare gegevens wel heel erg optimistisch.

5.12.2. Ook de door haar met grote consequentie en volhardendheid bepleite toepassing van de omkeringsregel bewerkstelligt dat resultaat geenszins per se omdat deze regel slechts ziet op het conditio sine qua non-verband; zie onder 6.4.

6. Behandeling van het principale beroep

6.1. Het principale beroep zet vooral in op toepasselijkheid van de omkeringsregel. Maar in de klachten, in onderlinge samenhang gelezen, ligt meer besloten. Het Hof wordt ook verweten over het hoofd te hebben gezien dat het conditio sine qua non-verband (reeds) uit de deskundigenrapporten van beide hoogleraren voortvloeit (zie met name onderdeel 2.2), [\[noot:11\]](#) waaraan niet afdoet dat wellicht niet de hele schade op [betrokkene 1]s kunstfout valt te herleiden (onderdeel 2).

6.2. Deze kernklacht slaagt op de onder 5.7-5.10 genoemde gronden. Zij raakt 's Hofs oordeel in de kern. Al hetgeen het Hof voor het overige overweegt, doet dan niet meer ter zake nu het zijn oordeel niet zelfstandig kan dragen. Daarmee ligt het bestreden arrest voor vernietiging gereed.

6.3. Nu [eiser] c.s. ruim inzetten op de omkeringsregel en een reeks klachten daarom scharniert, lijkt goed ook daarop in te gaan.

6.4. De omkeringsregel, die veel pennen in beweging heeft gebracht, is de vrucht van een nobele gedachte: slachtofferbescherming. [\[noot:12\]](#) In de rechtspraak van de laatste jaren worden met regelmaat drie factoren genoemd:

a de regel ziet slechts op het conditio sine qua non-verband (hierna csqn-verband);

b vereist is dat sprake is van een normschending die ertoe strekt een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade bij een ander te voorkomen als dit gevaar door de normschending in het algemeen aanmerkelijk wordt vergroot;

c degene die zich op de normschending beroept, moet – bij betwisting – aannemelijk maken dat in het concrete geval het specieke gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden zich heeft verwezenlijkt. [\[noot:13\]](#)

6.5.1. De laatste jaren is Uw Raad enigszins terughoudend geweest deze regel in concrete gevallen toe te passen. Met name wordt niet licht (meer) aangenomen dat sprake is van een specifieke normschending. [\[noot:14\]](#)

6.5.2. Dat neemt evenwel niet weg dat de regel allerminst een dode letter is geworden. Zijn heilzame werking doet zich in daarvoor in aanmerking komende gevallen nog steeds gevoelen. Als

voorbeeld kunnen worden genoemd de volgende arresten:

– brand in een kinderkamer als gevolg van een ondeugdelijk geplaatste geiser; [\[noot:15\]](#)

– rijden onder invloed (de regel dat het alcoholpromillage een bepaalde norm niet mag overschijden, strekt specifiek ter voorkoming van verkeersongevallen); [\[noot:16\]](#)

– blootstelling van derden aan asbeststof aan in de nabijheid van werkzaamheden werkzame personen; [\[noot:17\]](#)

– de norm dat een weggebruiker zijn snelheid aan de concrete omstandigheden moet aanpassen, strekt ter voorkoming van een specifiek gevaar, te weten het gevaar dat zich een verkeersongeval voordoet. [\[noot:18\]](#)

6.6.1. Het Hof heeft inspiratie geput uit en MCL heeft zich beroepen op HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 422. [\[noot:19\]](#)

6.6.2. Het is juist dat Uw Raad daarin heeft geoordeeld dat indien een arts een beroepsfout wordt verweten in veel gevallen slechts naar de algemene norm van art. 7:453 BW zal kunnen worden verwezen. Dan is geen plaats voor toepassing van de omkeringsregel. In zoverre is op 's Hofs oordeel weinig af te dingen.

6.6.3. Uw Raad heeft evenwel niet met het zo-even bedoelde oordeel volstaan. Overwogen wordt dat dit niet uitsluit dat zich de situatie voordoet dat wél een norm bestaat die een patiënt tegen een specifiek gevaar beoogt te beschermen. Als voorbeeld wordt genoemd het geval waarin in een protocol gedragsregels zijn neergelegd.

6.7. Het Hof, daarin bijgevalen door MCL, zoekt voor zijn oordeel nader steun in de

door de Rechtbank geformuleerde norm die naar haar mening door [betrokkene 1] zou zijn geschonden:

“het zo spoedig mogelijk uitvoeren van de onder de omstandigheden meest geïndiceerde ingreep” (rov. 6.2 van het betrokken vonnis en rov. 8.3 van 's Hofs arrest).

Deze norm bestempelt het Hof als niet (voldoende) specifiek.

6.8.1. MCL heeft daarenboven aangevoerd dat [eiser] c.s. de onder 6.7 geciteerde norm in appèl niet zouden hebben bestreden (s.t. onder 4.2.8). Die stelling snijdt geen hout. In de mvg wordt – geparafraseerd weergegeven – het volgende te berde gebracht:

a. de norm van de Rechtbank is op zich niet onjuist, maar zij moet en kan in casu nader worden ingevuld. Dat laatste heeft de Rechtbank ten onrechte nagelaten door geen acht te slaan op de concrete omstandigheden van dit geval die de norm nader gestalte geven;

b. vervolgens wordt uiteengezet welke omstandigheden in casu nadere invulling geven aan de norm (mvg onder 34 en 35).

6.8.2. Bovendien hebben [eiser] c.s. gewezen op een door de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie voor patiënten uitgegeven folder waarin is te lezen dat de meest voorkomende redenen voor het uitvoeren van een keizersnee het niet vorderen van de bevalling en/of dreigend zuurstof gebrek van het kind zijn (mvg 35). Dat laatste deed zich in casu voor.

6.9. Laten we eens bezien of er inderdaad, zoals Rechtbank en Hof hebben aangenomen, onvoldoende elementen zijn die de geschonden norm in casu een voldoende specifiek karakter geven.

6.10. Het Medisch Tuchtcollege Groningen heeft geoordeeld dat sprake was van een situatie die vanaf het begin verdacht en op zeker moment zelfs alarmerend was. Desondanks deed [betrokkene 1] niets. Het kan, volgens het college, waar zijn dat [betrokkene 1] de CTG constant in de gaten hield, zoals hij aanvoert, maar de CTG en de bijkomende omstandigheden vroegen om actief handelen, hetgeen [betrokkene 1] heeft nagelaten. Het was volgens het Medisch Tuchtcollege niet verantwoord een zo afwachtend beleid te voeren. [\[noot:20\]](#)

6.11.1. Zowel Prof. Treffers als Prof. Drogendijk oordelen, zakelijk weergegeven, dat eerder tot het uitvoeren van een keizersnede had moeten worden overgegaan om – in ieder geval verdere – gezondheidsschade bij [de zoon] te voorkomen.

6.11.2. In zijn onder 1.11.1 geciteerde rapportage heeft Prof. Drogendijk onder meer opgemerkt:

“De ernstige CTG-afwijking vanaf vroeg in de ontsluitingsfase, namelijk te geringe variaties, ontbreken van acceleraties, aanwezige deceleraties en dat in combinatie met dik meconium, zijn zo sterke aanwijzingen voor ernstige intra-uteriene asfyxie dat reeds vroeg in de ontsluitingsfase beëindiging van de baring d.m.v. een sectio caesarea aangewezen was.”

Uit hetgeen hij verder schrijft blijkt dat een eerdere ingreep geboden was met het oog op een (mogelijk) veel betere geboortecnditie van [de zoon].

6.11.3. Prof. Treffers heeft in zijn onder 1.12.1 geciteerde rapportage opgemerkt:

“Ik meen daarom dat in het geval van [de zoon] duidelijke aanwijzingen zijn voor een relatie tussen de cerebrale afwijkingen en het beleid bij de baring. Er was al 8 uur

vóór de geboorte sprake van afwijkingen op het CTG die tot maatregelen hadden moeten leiden, in de zin van diagnostiek of van ingrijpen in het baringsproces. Een sectio had hier tenminste 6 uur vóór het uiteindelijke geboortetijdstip kunnen worden geëffectueerd, en dat had naar alle waarschijnlijkheid geleid tot een minder slechte conditie van het kind en tot geen of minder ernstige gevolgen op lange termijn.”

6.12.1. Het komt mij voor dat uit de onder 6.10 en 6.11 genoemde gegevens valt af te leiden dat 1) een eerdere ingreep geboden was, 2) met het oog op voorkoming van (verdere) verslechtering van de gezondheid van [de zoon]. Ook duidelijk is welke ingreep in dat verband geboden was: een keizersnee. Dat alles lijkt mij een (ruim) voldoende omschreven norm ter voorkoming van een specifiek gevaar (ernstige schade aan de gezondheid, meer in het bijzonder voorkoming van zuurstofgebrek).

6.12.2. M.i. is de parallel met het protocol-arrest [\[noot:21\]](#) treffend, zij het dat het in casu mogelijk (dat is niet uit de verf gekomen) niet gaat om een geschreven norm. Daaraan doet niet af dat wellicht – daaromtrent is niets concreets gesteld of gebleken – niet steeds duidelijk is op nauwkeurig welk moment een keizersnee moet worden uitgevoerd, zoals MCL in de s.t. onder 4.2.4 doet aanvoeren. Volstrekt duidelijk is [\[noot:22\]](#) dat een eventuele bandbreedte op dit punt smal is. In het oog springt dat [betrokkene 1] ten minste had moeten optreden toen, zoals het Medisch Tuchtcollege heeft geoordeeld, de situatie alarmerend werd (zie onder 6.10).

6.12.3. Ook andere onder 6.5.2 genoemde arresten vertonen voldoende gelijkenis met de onderhavige zaak om ook in casu toepassing van de omkeringsregel te kunnen schragen.

6.12.4. Ik realiseer me dat Uw Raad de omkeringsregel veelal [\[noot:23\]](#) toepast in gevallen waarin sprake is van schending van een (soort) wettelijke norm. Voorkomen moet worden dat de regel een zéér ruime en (daarmee) voor de praktijk onwerkbaar invulling zou krijgen door hem toe te passen op iedere situatie waarin na afloop een norm wordt geconstrueerd die voldoende specifiek is. Met enig knutselwerk en creativiteit is dat vermoedelijk niet zelden mogelijk. Voor dat gevaar behoeft in casu m.i. niet te worden gevreesd omdat de onderhavige situatie wordt gekenmerkt door de bijzondere en geenszins alledaagse omstandigheden dat de norm steun vindt in:

- a. rapportages van door beide partijen in geding gebrachte deskundigen;
- b. een oordeel van een gespecialiseerde tuchtrechter;
- c. een ten behoeve van patiënten uitgegeven folder van de beroepsgroep.

6.13. Kortom: in de specifieke omstandigheden van deze zaak lijkt de omkeringsregel, indien Uw Raad daaraan toe zou komen, inderdaad toepasselijk. Dat brengt mee dat de onderdelen 1.2 en 1.3 slagen.

6.14. De consequentie van zowel de onder 5 verdedigde benadering als het slagen van de zojuist genoemde onderdelen is dat 's Hofs arrest niet in stand kan blijven. Verwijzing naar een ander Hof lijkt mij niet zinvol omdat op de in appèl aangekaarte kwesties niets naders te beslissen valt. Daarom kan de zaak m.i. worden terugverwezen naar de Rechtbank, wier vonnis trouwens ook moet worden vernietigd omdat het eveneens laboreert aan de hiervoor geschetste gebreken.

6.15. Bij deze stand van zaken missen [eiser] c.s. belang bij bespreking van de

overige klachten. Daarover ten overvloede nog een enkel woord.

6.16. Onderdeel 1.1 berust op een verkeerde lezing van 's Hofs arrest en mist dus feitelijke grondslag.

6.17.1. Onderdeel 2 richt zich tegen rov. 8.6. Daarin oordeelt het Hof dat aan de in geding gebrachte stukken niet het vermoeden kan worden ontleend dat de handicaps van [de zoon] volledig het gevolg zijn van de door [betrokkene 1] begane kunstfout.

6.17.2. Voor zover het Hof zou hebben gemeend dat van toepassing van de omkeringsregel slechts sprake kan zijn indien de door het slachtoffer geleden schade volledig het gevolg is van de aan de laedens verweten fout, getuigt het van een verkeerde rechtsopvatting, dan wel is het oordeel onbegrijpelijk en niet voldoende gemotiveerd, aldus de onder 2 verwoorde klacht.

6.18. Het onderdeel berust eveneens op een verkeerde lezing. Na in rov. 8.5 te hebben geconcludeerd dat de bewijslast van het causaal verband tussen de kunstfout en de schade op [eiser] c.s. rust, heeft het Hof in rov. 8.6 beoordeeld of grond bestaat voor het vermoeden dat de handicaps volledig het gevolg zijn van het nalaten van [betrokkene 1] om tijdig een keizersnede uit te voeren. Met de omkeringsregel heeft 's Hofs oordeel niet van doen.

6.19. Hierop stuiten ook de nadere uitwerkingen van de hoofdklacht in de onderdelen 2.1 en 2.2 af.

6.20. Onderdeel 3 veronderstelt dat in 's Hofs oordeel (impliciet) ligt besloten dat MCL is geslaagd in het leveren van bewijs van het ontbreken van causaal verband tussen de normschending door [betrokkene 1] en de door [de zoon] geleden schade.

6.21. Enige aanwijzing voor een dergelijke veronderstelling kan ik in 's Hof's arrest niet vinden; rov. 8.5 wijst (veeleer) in tegengestelde richting. Het onderdeel geeft ook niet aan waarop de daarin geformuleerde veronderstelling is gebaseerd. Het voldoet daarmee niet aan de eisen van art. 407 lid 2 Rv. en mist daarenboven feitelijke grondslag.

6.22. Ook onderdeel 4 zet in op de omkeringsregel. Het Hof zou hebben miskend dat MCL haar aansprakelijkheid heeft erkend voor een deel van de schade. MCL heeft immers toegezegd de helft van de geleden schade te vergoeden en heeft ook daadwerkelijk een aantal voorschotten verstrekt.

6.23. Deze klacht zet de discussie op het verkeerde spoor voort en is daarmee vruchteloos.

6.24. Het betoog van MCL komt er – tot de kern teruggebracht – op neer dat onzeker is óf de te laat uitgevoerde keizersnede schade heeft berokkend. In die benadering is, in elk geval in de visie van MCL, geen sprake van causaal verband, zelfs als men wil aannemen – het onderdeel zwijgt op dat punt stil – dat het hier enkel gaat om het c.s.q.n.-verband. [\[noot:24\]](#) Reeds hierop strandt de klacht, wat er verder ook zij van het standpunt van MCL.

6.25. Ten overvloede: MCL heeft in haar s.t. onder 4.5.2 met juistheid opgemerkt dat het Hof in rov. 8.1 heeft overwogen dat uit het enkele feit dat zij reeds een voorschot onder algemene titel aan [eiser] c.s. heeft uitgekeerd, niet kan worden afgeleid dat zij daarmee – volledige – aansprakelijkheid voor de bij [de zoon] opgetreden schade heeft erkend. Tegen deze overweging is geen klacht gericht.

6.26. Onderdeel 5 is ingesteld onder de voorwaarde dat het oordeel van het Hof dat de omkeringsregel niet van toepassing is,

juist zou zijn. Uit het voorafgaande moge volgen dat deze voorwaarde niet is vervuld.

6.27. Ten overvloede sta ik bij de klacht ten gronde stil. Zij verwijt het Hof in de omstandigheden dat een gedeelte van het partusverslag ontbreekt, dat een groot aantal CTG's is weggegooid, dat tijdens de bevalling onvoldoende onderzoeken zijn uitgevoerd en geen PA-onderzoek heeft plaatsgevonden, geen aanleiding heeft gezien om de bewijslast op grond van de eisen van de redelijkheid en billijkheid om te keren.

6.28. Deze klacht mislukt reeds omdat niet wordt aangegeven waarom de door het Hof gegeven motivering onjuist of onbegrijpelijk zou zijn. Daarbij valt te bedenken dat het Hof, blijkens de verwijzing naar HR 7 mei 2004, *NJ* 2004, 422, heeft onderkend dat op zich mogelijk is op grond van de genoemde omstandigheden af te wijken van de hoofdregel van art. 150 Rv. Maar naar zijn oordeel is daarvoor in casu geen reden omdat – kort gezegd – deskundigen van het niet beschikbaar zijn geen relevante hinder ondervinden.

6.29.1. Dát de motivering in rov. 8.4 ondeugdelijk is, springt m.i. in het oog. Immers meent het Hof, evenals de Rechtbank, dat een deskundigenbericht nodig is. Bij die stand van zaken wordt daarop ontoelaatbaar vooruitgelopen door te oordelen dat de in het onderdeel genoemde gegevens er – kort gezegd – niet toe doen. [\[noot:25\]](#)

6.29.2. In de s.t. van mr Brandt onder 54 (met uitwerking in de volgende nummers) wordt nog aangevoerd dat de deskundigen van het niet voorhanden zijn van de hier bedoelde informatie wel degelijk hinder hebben ondervonden. Wat daarvan zij, een dergelijke klacht is in het onderdeel niet te lezen.

7. Behandeling van het voorwaardelijk incidenteel cassatieberoep

7.1. MCL heeft incidenteel cassatieberoep ingesteld onder de voorwaarde dat 's Hofs tweede tussenarrest (i.h.b. rov. 7.2, 8.1 e.v. en/of 10) aldus gelezen moet(en) worden dat daarin al is beslist dat MCL's primaire verweer – dat zij niet aansprakelijk is nu niet zij maar [betrokkene 1] de behandelingsovereenkomst met [eiser] c.s. heeft gesloten, terwijl er evenmin een andere grond voor aansprakelijkheid is – ook in appèl als definitief verworpen dan wel als door haar prijsgegeven zou moeten worden aangemerkt.

7.2. M.i. is een dergelijke voorwaarde ontoelaatbaar. Zij eet immers van twee walletjes: enerzijds beoogt zij een inhoudelijke beoordeling van een aangeroerd punt te krijgen, maar anderzijds probeert zij een kostenveroordeling te ontlopen wanneer zij dat punt – kort gezegd – zonder goede grond ter sprake brengt. Aldus is m.i. sprake van misbruik van procesrecht. Daarom zou ik er een lans voor willen breken dat MCL niet-ontvankelijk is in haar voorwaardelijke beroep.

7.3. Ten overvloede: de klacht faalt omdat zij berust op een verkeerde lezing. Dat behoeft geen toelichting.

Conclusie

Deze conclusie strekt:

- in het principale beroep

tot vernietiging van het bestreden arrest;

- tot vernietiging van het vonnis van de Rechtbank Leeuwarden van 26 november 2003, doch uitsluitend in zoverre daarin wordt geoordeeld dat de omkeringsregel niet van toepassing is;

- terugverwijzing naar de Rechtbank Leeuwarden voor verdere behandeling en beslissing;
- in het incidentele beroep tot niet-ontvankelijkverklaring van MCL omdat zij misbruik maakt van procesrecht;
- veroordeling van MCL in de kosten, zowel in het principale als in het incidentele beroep.

Hoge Raad

1. Het geding in feitelijke instanties

[Eiser] heeft bij exploit van 13 december 2001 MCL gedagvaard voor de rechtbank te Leeuwarden en gevorderd, kort gezegd, te verklaren voor recht dat MCL zal betalen aan [eiser] pro se en q.q. alle door hen geleden en nog te lijden schade voortvloeiende uit de medische kunstfout tijdens en na de geboorte van [de zoon], op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, met rente en kosten.

MCL heeft de vordering bestreden.

De rechtbank heeft bij tussenvonnis van 26 november 2003 de zaak naar de rol verwezen voor akte aan de zijde van beide partijen houdende uitlating zoals in r.o.v. 6.5. van het vonnis bedoeld en bepaald dat tegen het tussenvonnis hoger beroep kan worden ingesteld.

Tegen dit tussenvonnis heeft [eiser] hoger beroep ingesteld bij het gerechtshof te Leeuwarden.

Na een tussenarrest van 14 september 2005 heeft het hof bij arrest van 22 februari 2006 het tussenvonnis van de rechtbank bekrachtigd en de zaak teruggewezen naar de rechtbank. Bij beschikking van 21 juni 2006 heeft het hof [eiser] verlof verleend tussentijds beroep in cassatie in te stellen.

(...; red.)

2. Het geding in cassatie

(...; red.)

3. Beoordeling van de ontvankelijkheid van het principale beroep

MCL heeft betoogd dat [eiser] niet-ontvankelijk is, nu het middel klaagt over beslissingen waartegen op grond van art. 399 Rv. geen cassatieberoep openstaat. Dit betoog gaat niet op. Het hof heeft uitdrukkelijk en zonder voorbehoud geoordeeld dat er geen ruimte is voor toepassing van de omkeringsregel en dat de bewijslast van het causaal verband tussen de gemaakte medische kunstfout van [betrokkene 1] en de schade van [de zoon] dan ook bij [eiser] berust. Over dit oordeel, dat door het hof kennelijk als een eindbeslissing is aangemerkt, klaagt het middel. [Eiser] is dus ontvankelijk in zijn beroep.

4. Uitgangspunten in cassatie

In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

- i. Eiseres tot cassatie onder nr. 2 (hierna: [eiseres 2]) is op 3 augustus 1994 om 8.42 uur in het ziekenhuis van MCL door middel van een keizersnede bevallen van een zoon, [de zoon].
- ii. Daaraan voorafgaande is [eiseres 2] op 2 augustus 1994 om 22.00 uur, na een zwangerschap van 41 weken, opgenomen in het ziekenhuis. Zij is omstreeks 22.50 uur aangesloten op het CTG, dat volgens de verpleegkundige toen geen normaal beeld vertoonde. Deze verpleegkundige heeft daarop de dienstdoende gynaecoloog [betrokkene 1] gewaarschuwd. Deze heeft [eiseres 2] bezocht, waarbij hij constateerde dat het CTG geen ongewone waarden vertoonde.

iii. Op 3 augustus 1994 omstreeks 2.30 uur constateerde [betrokkene 1] dat het CTG matig was. Hij brak de vliezen, waarbij vers meconiumhoudend vruchtwater afliep. [Betrokkene 1] heeft in het partusverslag vermeld dat om 4.16 uur sprake was van 7 cm ontsluiting en een strak CTG. Om 7.00 uur, bij een ontsluiting van 8 cm, verzocht [betrokkene 1] [eiseres 2] te persen. [Eiseres 2] had echter geen persdrang.

iv. Na afloop van zijn dienst om 7.00 uur heeft [betrokkene 1] [eiseres 2] (telefonisch) overgedragen aan zijn collega-gynaecoloog [betrokkene 2]. Deze heeft [eiseres 2] om 7.45 uur bezocht en haar gevraagd opnieuw te persen. Omdat er nog steeds geen persdrang was en de baring niet voldoende vorderde, heeft [betrokkene 2] gepoogd een kunstverlossing uit te voeren door middel van een vacuümpomp, hetgeen mislukte. Tijdens de vacuümextractie noteerde [betrokkene 2] dat sprake was van dik meconiumhoudend vruchtwater en een zeer strak CTG met een waarde van 180/180. Vervolgens heeft [betrokkene 2] een keizersnede uitgevoerd.

v. Na de baring kwam de ademhaling van [de zoon] traag op gang. Hij is naar de kinderafdeling overgebracht waar werd vastgesteld dat hij een te laag zuurstofgehalte in het bloed had en dat er vocht in zijn longen zat. Ook was sprake van vochtophoping in de hersenen en van neurologische symptomen als staren, cyanose, bradycardie en convulsies.

vi. Op 3 augustus 1994 is [de zoon] 's avonds overgebracht naar het Academisch Ziekenhuis Groningen. Daar is de diagnose gesteld status na ernstige perinatale asfyxie, hetgeen inhoudt dat er voorafgaand aan en/of tijdens de geboorte sprake is geweest van (ernstig) zuurstoftekort.

vii. Sinds zijn geboorte is [de zoon] ernstig lichamelijk en geestelijk gehandicapt. Hij is visueel gehandicapt en kan niet zelfstandig staan, zitten, lopen, eten of drinken en is

voor zijn verzorging volledig hulpbehoevend. Hij staat vanaf zijn geboorte onder behandeling/controle van verschillende medische specialisten.

viii. Het Medisch Tuchtcollege te Groningen heeft op een klacht van [eiser] c.s. bij beslissing van 6 februari 1997 geoordeeld dat [betrokkene 1] is tekortgeschoten en hem is de maatregel van een waarschuwing opgelegd.

ix. In opdracht van de aansprakelijkheidsverzekeraar van MCL heeft Prof. A.C. Drogendijk de gang van zaken rond de geboorte van [de zoon] beoordeeld. Zijn bevindingen, neergelegd in een notitie van 5 februari 1996, houden onder meer in:

“De ernstige CTG-afwijkingen vanaf vroeg in de ontsluitingsfase, namelijk te geringe variaties, ontbreken van acceleraties, aanwezige deceleraties en dat in combinatie met dik meconium, zijn zo sterke aanwijzingen voor ernstige intra-uteriene asfyxie dat reeds vroeg in de ontsluitingsfase beëindiging van de baring d.m.v. een sectio caesarea aangewezen was. Of zulk vroeg uitvoeren van een sectio caesarea had betekend dat het kind in betere conditie geboren zou zijn, valt bepaald niet met zekerheid te zeggen daar waarschijnlijk reeds bij het begin van de partus een ernstige asfyxie bestond die ook toen al vermoedelijk enige tijd aanwezig was. Dat neemt niet weg dat veel eerder een sectio caesarea had moeten worden uitgevoerd.”

Aan het slot van de bijlage bij de notitie komt Drogendijk tot de volgende conclusie:

“Op grond van deze literatuurgegevens moet de vraag hoe groot de kans zou zijn dat [de zoon] ook met enig letsel ter wereld zou zijn gekomen indien reeds in het begin van de baring een sectio caesarea was

uitgevoerd, beantwoord worden met: meer dan 50%.”

x. Op verzoek van [eiser] heeft Prof. dr. P.E. Treffers zijn visie op de bevalling en de daaraan voorafgaande behandeling gegeven. In zijn rapport van 30 april 1997 concludeert hij:

“Ik meen daarom dat in het geval van [de zoon] (...) duidelijke aanwijzingen zijn voor een relatie tussen de cerebrale afwijkingen en het beleid bij de baring. Er was al 8 uur vóór de geboorte sprake van afwijkingen op het CTG die tot maatregelen hadden moeten leiden, in de zin van diagnostiek of van ingrijpen in het baringsproces. Een sectio had hier tenminste 6 uur vóór het uiteindelijke geboortetijdstip kunnen worden geëffectueerd, en dat had naar alle waarschijnlijkheid geleid tot een minder slechte conditie van het kind en tot geen of minder ernstige gevolgen op lange termijn.”

xi. [Eiser] heeft onder meer de navolgende vragen aan Treffers gesteld:

“4a. Hoe groot acht u de kans dat [de zoon] eveneens cerebrale schade zou hebben opgelopen indien aan het begin van de ontsluitingsfase een sectio caesarea uitgevoerd zou zijn?”

4b. Is het alsdan aannemelijk dat [de zoon] in dezelfde mate beschadigd zou zijn geweest als nu het geval is?”

Hierop heeft Treffers geantwoord:

“Antwoord a en b: Wanneer aan begin van de ontsluiting een sectio zou zijn uitgevoerd, dus bijvoorbeeld om 1.00 of 2.00 uur zou de kans op cerebrale schade voor [de zoon] aanzienlijk kleiner zijn geweest. Omdat we niet precies weten wanneer de foetale nood die leidde tot het slechte CTG is begonnen blijft hierin een onzekere factor. Echter: het CTG is in de

loop van de baring nog verslechterd (bijvoorbeeld de basale hartfrequentie en de deceleraties). Daaruit mogen we afleiden dat een vroegtijdige sectio naar alle waarschijnlijkheid een aanzienlijk beter resultaat zou hebben opgeleverd. Exacte percentages zijn niet te geven. Als er ook bij een vroegtijdige sectio cerebrale schade zou zijn opgetreden zou die naar alle waarschijnlijkheid veel geringer zijn geweest. Ook hier geen percentage.’’

xii. MCL heeft op grond van de bevindingen van Drogendijk en Treffers erkend dat [betrokkene 1] eerder tot een keizersnede had moeten overgaan.

5. Beoordeling van het middel in het principale beroep

5.1. In beide feitelijke instanties heeft het geschil zich toegespitst op de vraag in hoeverre de invaliditeit van [de zoon] het gevolg is van het nalaten van [betrokkene 1] tijdig een keizersnede uit te voeren. [Eiser] heeft met betrekking tot het bewijs van zijn stelling dat de fout van [betrokkene 1] heeft geleid tot het hersenletsel van [de zoon], betoogd dat de omkeringsregel moet worden toegepast, nu vaststaat dat sprake is van een beroepsfout van [betrokkene 1], waardoor het risico van het ontstaan van schade in het leven is geroepen, terwijl dit risico zich ook heeft verwezenlijkt. De rechtbank heeft dit betoog verworpen en geoordeeld dat het op de weg van [eiser] ligt om te bewijzen dat de bij [de zoon] opgetreden schade het gevolg is van de kunstfout van [betrokkene 1] en dat [eiser] alleen aan de op hem rustende bewijslast zou kunnen voldoen door middel van een deskundigenonderzoek naar de vraag of [de zoon] bij een vroegtijdige keizersnede zonder, althans met minder ernstig, hersenletsel zou zijn geboren.

5.2. Het hof heeft de door [eiser] hiertegen gerichte grieven verworpen op grond van de navolgende redengeving:

‘‘8.2. Uitgangspunt is dat volgens de hoofdregel van art. 150 Rv de bewijslast van het causaal verband tussen de door [betrokkene 1] gemaakte kunstfout en de schade bij [de zoon] op [eiser] c.s. rust. Op grond van de redelijkheid en de billijkheid kan een uitzondering op deze hoofdregel worden gemaakt in dier voege dat het bestaan van conditio sine qua non-verband tussen de onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen, tenzij degene die wordt aangesproken aannemelijk maakt dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging of tekortkoming zou zijn ontstaan. Voor het aanvaarden van deze uitzondering – de zogenoemde omkeringsregel – is vereist dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm strekkende 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 (HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307).

8.3. In de procedure staat vast dat [betrokkene 1] een kunstfout heeft gemaakt door niet tijdig tot een keizersnede over te gaan. De door de rechtbank geconstrueerde norm die daarbij is geschonden – het zo spoedig mogelijk uitvoeren van de onder de omstandigheden meest geïndiceerde ingreep – is geen norm die bescherming tegen een specifiek gevaar beoogt te bieden, doch slechts een nadere invulling van de thans 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. Gelet op het hiervoor aangehaalde arrest is er dus geen ruimte voor toepassing van de omkeringsregel.

(...)

8.5. De bewijslast van het causaal verband tussen de gemaakte medische (kunst)fout van [betrokkene 1] en de schade van [de zoon] berust dan ook bij [eiser] c.s.’’

5.3. Onderdeel 1.3 klaagt dat het oordeel van het hof dat de geschonden norm – die kennelijk inhoudt dat een gynaecoloog in een situatie als de onderhavige, met inachtneming van de zorg van een goed gynaecoloog en handelend in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor gynaecologen geldende professionele standaard, zo spoedig mogelijk tot een keizersnede dient over te gaan – niet een norm is die bescherming tegen een specifiek gevaar beoogt te bieden, in het licht van de gedingstukken (waaronder de overgelegde deskundigenverklaringen) onbegrijpelijk en onvoldoende gemotiveerd is.

5.4. De klacht is gegrond. [Eiser] heeft in zijn memorie van grieven (nrs. 32-35), onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 19 maart 2004, nr. C02/331, *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 ongeboren 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 hiervoor in 4.1 onder (x) en (xi) genoemde, door [eiser] geraadpleegde deskundige terwijl ook de hiervoor in 4.1 onder (ix) 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 hiervoor in 5.2 vermelde 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.

5.5. De overige klachten van het middel behoeven geen behandeling.

6. Beoordeling van het middel in het incidentele beroep

De in het middel voorgestelde klacht kan niet tot cassatie leiden bij gebreke van feitelijke grondslag, nu het hof in het arrest waarvan beroep geen oordeel heeft gegeven met betrekking tot het (door de rechtbank verworpen) primaire verweer van MCL dat zij niet aansprakelijk kan worden gehouden voor door beweerdelijk onjuist medisch handelen veroorzaakt letsel van [de zoon].

7. Beslissing

De Hoge Raad:

in het principale beroep:

vernietigt het arrest van het gerechtshof te Leeuwarden van 22 februari 2006;

verwijst het geding naar het gerechtshof te Arnhem ter verdere behandeling en beslissing;

veroordeelt MCL in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 462,05 aan verschotten en € 2.600,= voor salaris;

in het incidentele beroep:

verwerpt het beroep;

veroordeelt MCL in de kosten van het geding in cassatie, tot op deze uitspraak aan de zijde van [eiser] begroot op € 68,07 aan verschotten en € 2.200,= voor salaris.

» Noot

1. Dit arrest is in het bijzonder interessant vanwege de toepassing van de zogenoemde omkeringsregel in het kader van het bewijs van het causaal verband. Daarop concentreert zich dan ook deze annotatie. Vranken voorspelde destijds in zijn noot onder het arrest Oude Monnik Motors (HR 19 januari 2001, NJ 2001, 525) dat er nog hectoliters drukinkt nodig zouden zijn om de betekenis en de reikwijdte van de omkeringsregel in al zijn aspecten en technische details te bepalen. Nadat deze in de rechtspraak ontwikkelde regel enige tijd inderdaad veel pennen in beweging heeft gebracht, lijkt met name de wetenschap vlotter op dit “speeltje” te zijn uitgekeken dan blijkbaar door Vranken verwacht. Sinds de Hoge Raad in diverse arresten duidelijk heeft gemaakt dat de omkeringsregel geen oplossing biedt voor iedere vorm van bewijsnood en de toepassingsvoorwaarden voor deze regel gaandeweg heeft aangescherpt, is deze regel volgens sommige schrijvers zelfs weer grotendeels “passé” of althans zijn we weer “terug bij af” en is de omkeringsregel weer vooral of zelfs slechts bruikbaar als er een verkeers- of veiligheidsnorm is geschonden (o.a. T. Hartlief, AA 2003, p. 298 en AV&S 2004, p. 238 onder 7 alsmede I. Giesen, NJB 2006, p. 521. Zie ook Mon. BW B35 (Klaassen), nr. 51). Wat hiervan ook zij, dit laat onverlet dat op deze regel in de praktijk nog steeds veelvuldig een beroep wordt gedaan in geval van causaliteitsonzekerheid en ook de laatste jaren over het al dan niet toepasselijk zijn van de omkeringsregel bij herhaling tot en met de Hoge Raad is geprocedeerd. Zie sinds de door mij in «JBPr» 2005/19 besproken arresten van 24 september 2004 en 17 december 2004 (resp. Stad Rotterdam/Groene Land; NJ 2005, 466, m.nt. DA en Hertel/Van der Lugt; NJ 2006, 147, m.nt. CJHB): HR 8 april 2005, NJ 2005, 284 (Aydin/Wintherthur), HR 25 november 2005, NJ 2007, 141, m.nt. CJHB

(Skeelerongeval), HR 7 april 2006, NJ 2006, 244 (Der Bildtpollen Aanwas/Miedema), HR 23 juni 2006, NJ 2006, 354 (Havermans/Luyckx), HR 13 oktober 2006, NJ 2006, 942 (Vie d’Or), HR 26 januari 2007, LJN AZ2589 (Dispasa Europe c.s./KPMG; 81 R.O.-zaak), HR 2 februari 2007, NJ 2007, 92 (Juresta/X c.s.), HR 31 juli 2007, RvdW 2007, 705 (X/Fortis) alsmede bovenstaand arrest van 7 december 2007 (ouders/Stichting Medisch Centrum Leeuwarden). Een beknopte bespreking van de ontwikkelingen in de rechtspraak van de Hoge Raad tot medio 2006 is o.a. te vinden in Mon. BW B35 (Klaassen), nr. 48-52 (Deventer 2007).

2. De meeste rechtspraak betreft met name het specificiteitsvereiste. Ter herinnering: de omkeringsregel houdt in dat het bestaan van causaal verband (in de zin van *condicio sine qua non*-verband) tussen een onrechtmatige gedraging of tekortkoming en het ontstaan van schade in beginsel wordt aangenomen, ofwel: vermoed wordt aanwezig te zijn. De aansprakelijk gestelde partij kan aan dit vermoeden ontkomen door voldoende aannemelijk te maken dat de schade ook zonder de desbetreffende onrechtmatige gedraging of tekortkoming zou zijn geleden. Voor toepassing van de omkeringsregel is vereist dat sprake is 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. Het is met name dit specificiteitsvereiste dat regelmatig aan een succesvol beroep op de omkeringsregel in de weg heeft gestaan.

3. Alvorens nader in te gaan op het arrest ouders/Stichting Medisch Centrum Leeuwarden worden enkele uit de rechtspraak van de Hoge Raad te trekken

lessen betreffende het specificiteitsvereiste vermeld ter illustratie hiervan (nader Mon. BW B35 (Klaassen), nr. 50). In Stad Rotterdam/Groene Land (HR 24 september 2004, «JBPr» 2005/7; NJ 2005, 466, m.nt. DA) ging het om schending van de uit art. 5 Wegenverkeerswet 1994 in samenhang met art. 19 RVV voortvloeiende – op zichzelf ongeschreven – norm dat een weggebruiker zijn snelheid dient aan te passen aan de concrete omstandigheden. Deze norm strekt ter voorkoming van een specifiek gevaar, aldus de Hoge Raad, te weten het gevaar dat zich een verkeersongeval voordoet. Uitgaande van toerekenbaar onrechtmatig handelen van de automobilist heeft het hof naar het oordeel van de Hoge Raad dan ook terecht de omkeringsregel toegepast wat betreft het causaal verband tussen diens normschending en de plaatsgevonden aanrijding met een bromfietser (en de daaruit voortvloeiende schade). Ook ten aanzien van de alcoholnorm van art. 8 lid 2 aanhef en onder b Wegenverkeerswet 1994 is aangenomen dat deze specifiek strekt ter voorkoming van verkeersongevallen (HR 8 april 2005, NJ 2005, 284; Aydin/Wintherthur). In HR 25 november 2005 werd aangenomen dat de norm dat een sportschool beginnende skeelers dringend moet adviseren om een valhelm te dragen, strekt ter voorkoming van hoofdletsel en de omkeringsregel derhalve terecht is toegepast nu deze norm was geschonden en een skeeler was overleden tengevolge van hoofdletsel (NJ 2007, 141, m.nt. CJHB; Skeelerongeval). Het feit dat de geschonden norm een ruimer beschermingsdoel heeft dan voorkoming van het risico dat zich in het desbetreffende geval heeft verwezenlijkt, behoeft niet aan de vervulling van het specificiteitsvereiste in de weg te staan als het verwezenlijkte risico maar mede onder het beschermingsdoel valt: in HR 31 juli 2007, RvdW 2007, 705 (X/Fortis) werd geoordeeld dat de GAVO-voorschriften waaraan de installatie van een geiser moet voldoen weliswaar ook beogen de

zuurstofhuishouding te waarborgen, maar mede de strekking hebben brand te voorkomen. Het hof heeft derhalve de omkeringsregel kunnen toepassen wat betreft het causaal verband tussen schending van (o.a) deze voorschriften en de brand die is ontstaan (vergelijk op dit punt ook het arrest ouders/Stichting Medisch Centrum Leeuwarden; zie hierna, onder 5). Daarentegen werd in het arrest Grondwateronttrekking Provincie Fryslân (HR 7 mei 2004, NJ 2004, 422, m.nt. DA) geoordeeld dat de omkeringsregel niet van toepassing was ten aanzien van de schade door onderzetting van panden gelegen in de nabijheid van bemalingsbronnen en de door de Provincie geschonden norm ten aanzien van het monitoren en archiveren van grondwateronttrekkingen omdat deze norm er slechts toe strekte onduidelijkheid over de vraag óf grondwateronttrekking tot schade heeft geleid te voorkomen, maar niet strekte tot voorkoming van schade. In de Vie D'Or-zaak werd geoordeeld dat de omkeringsregel niet van toepassing was omdat de door de accountants van Vie D'Or geschonden norm niet strekte ter voorkoming van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade door deconfiture van de verzekeraar (HR 13 oktober 2006, NJ 2006, 942). Ook in de procedure van het incassobureau Juresta tegen haar advocaat werd geoordeeld dat er geen sprake was van schending van een norm die specifiek strekte ter bescherming tegen schade (HR 2 februari 2007, NJ 2007, 92). Juresta verweet haar advocaat haar niet te hebben geïnformeerd over het risico verbonden aan het executeren van een niet-onherroepelijk vonnis. De Hoge Raad oordeelt dat deze informatieplicht er niet toe strekt de cliënt te beschermen tegen het hieraan verbonden risico, maar de strekking heeft de cliënt in staat te stellen goed geïnformeerd te beslissen of hij tot executie wenst over te gaan. Vgl. in deze trant ook de zogenaamde Informed Consent-arresten, betreffende de schending van zijn informatieplicht door een arts en de verwezenlijking van een niet

medegedeeld risico (HR 23 november 2001, NJ 2002, 386 en 387).

4. Het bovenstaande arrest van 7 december 2007 betreft een verklaring voor recht dat het Medisch Centrum Leeuwarden (“MCL”) schadelijkt is, gevorderd door de ouders van een jongen die vanaf zijn geboorte ernstig lichamelijk en geestelijk gehandicapt is. Dit is volgens de stellingen van de ouders te wijten aan het feit dat de gynaecoloog heeft nagelaten tijdig tot een keizersnee over te gaan. Dat dit als een kunstfout van de gynaecoloog heeft te gelden, staat in de procedure vast. Punt van geschil is of deze kunstfout de oorzaak is van het letsel van het kind. Rechtbank en hof hebben vastgehouden aan de uit art. 150 Rv voortvloeiende hoofdregel, dat de aanwezigheid van het causaal verband door de ouders moet worden bewezen, en hebben het beroep op de omkeringsregel verworpen. Het hof overweegt dat de door de rechtbank geconstrueerde norm die is geschonden – het zo spoedig mogelijk uitvoeren van de onder de omstandigheden meest geïndiceerde ingreep – geen norm is die bescherming beoogt te bieden tegen een specifiek gevaar, doch slechts een nadere invulling is van de in art. 7:453 BW neergelegde algemene norm dat een 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 voortvloeiend uit de voor artsen geldende professionele standaard. Gelet op het Slapende echtgenoot-arrest (HR 19 maart 2004, «JBPr» 2004/24, m.nt. Klaassen, NJ 2004, 307, m.nt. DA) is er volgens het hof “dus” geen ruimte voor toepassing van de omkeringsregel. Het hof voegt hier nog aan toe dat de gebrekkige vastlegging van de bevalling en het ontbreken van een aantal CTG’s dit niet anders maken, daarbij verwijzend naar het onder punt 2 gememoreerde arrest Grondwateronttrekking Provincie Fryslân. In cassatie speelt deze laatste toevoeging

geen rol meer en gaat het om het daaraan voorafgaande argument. In het Slapende echtgenoot-arrest heeft de Hoge Raad overwogen dat de omkeringsregel tegenover een arts die een fout heeft gemaakt niet kan worden ingeroepen indien de arts “slechts” wordt verweten de algemene norm zoals neergelegd in art. 7:453 BW te hebben geschonden, maar hiervoor vereist is dat een beroep kan worden gedaan op een norm die tegen een specifiek gevaar beschermt. Dit is volgens de Hoge Raad het geval als het gaat om in een protocol neergelegde gedragsregels en het gaat om verwezenlijking van het gevaar waartegen deze gedragsregels beogen te beschermen, zoals in het Trombose-arrest (HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649). In mijn noot geplaatst onder «JBPr» 2004/24 heb ik mij kritisch uitgelaten over de door de Hoge Raad aldus aangebrachte algemene beperking, waarnaar zij verwezen. Thans maakt de Hoge Raad in elk geval duidelijk dat deze beperking niet aldus dient te worden gelezen dat schending van een specifieke geschreven norm vereist zou zijn. De Hoge Raad oordeelt immers dat terecht wordt geklaagd over het oordeel van het hof dat de geschonden norm onvoldoende specifiek zou strekken ter bescherming van het gevaar dat zich heeft gerealiseerd, terwijl van een geschreven norm geen sprake lijkt te zijn, althans wordt daarnaar in de stukken waarop de Hoge Raad zijn oordeel baseert niet verwezen.

5. De Hoge Raad verwijst bij zijn oordeel, dat niet begrijpelijk is dat het hof de geschonden norm onvoldoende specifiek heeft gevonden voor toepassing van de omkeringsregel, naar de verklaringen van de enerzijds vanwege MCL en anderzijds vanwege de vader geraadpleegde deskundigen, die steun bieden voor de stelling van de ouders dat een keizersnee in het onderhavige geval in een eerder stadium van de bevalling geïndiceerd was vanwege het gevaar van hersenschade door zuurstofgebrek. Het feit dat een keizersnee

niet slechts geïndiceerd is als het erom gaat hersenschade tengevolge van zuurstofgebrek te voorkomen of te beperken staat hieraan volgens de Hoge Raad niet in de weg.

6. Interessant is tot slot de conclusie van A-G Spier, in het bijzonder ook daar waar hij (onder 5.5-5.10) opmerkt dat de ouders hun heil hebben gezocht bij de omkeringsregel, MCL haar ziel en zaligheid heeft verpand aan de proportionele aansprakelijkheid, maar, gelet op de voormelde deskundigenrapporten, naar zijn oordeel buiten redelijke twijfel vaststaat dat het *condicio sine qua non*-verband is gegeven. Met andere woorden: er wordt gedebatteerd en geprocedeerd over de toepasselijkheid van de omkeringsregel als tegemoetkoming aan het door de ouders in beginsel te leveren causaliteits- c.q. *condicio sine qua non*-bewijs, maar dit bewijs zou, zo stelt Spier, eenvoudigweg al geleverd kunnen worden geacht. Ik laat het oordeel hierover in het onderhavige geval in het midden, maar benadruk het door Spier geschetste gevaar, dat partijen zich in het kader van het causaliteitsdebat concentreren op de toepasselijkheid van uitzonderingen maar de heersende leer ten aanzien van de hoofdregel over het hoofd dreigen te zien. Op dit gevaar is overigens reeds jaren geleden door Peeperkorn gewezen. In het kader van zijn beschouwing over de proportionele aansprakelijkheid merkte hij op: “mijn rechterlijke ervaring is dat naarmate juridische theorieën interessanter en geleerder worden – en de leer van de proportionele aansprakelijkheid oefent een eigen fascinatie uit –, minder aandacht wordt besteed aan de feiten. Wat opvalt (...) is dat de mogelijkheden van de heersende leer niet worden gebruikt” (in: *Proportionele aansprakelijkheid*, red. A. Akkermans e.a., Den Haag 2000, p. 79). Van belang is in dit verband dat voor het aannemen van *condicio sine qua non*-verband niet is vereist dat volledige zekerheid bestaat dat de desbetreffende schade zonder de fout geheel of

gedeeltelijk achterwege zou zijn gebleven, maar hiervoor voldoende is dat dit met een “redelijke mate van waarschijnlijkheid” het geval is (nader Mon. BW B35 (Klaassen), nr. 20).

7. Tot slot wijs ik op de door Spier als doemscenario geschetste mogelijke gang van zaken die het gevolg zou kunnen zijn van het toestaan van tussentijds appel (en het vervolgens instellen van tussentijdse cassatie) in deze zaak, te weten dat deze zaak na zes jaar procederen wordt verwezen naar het hof en vervolgens op een ander punt wederom tot appel en cassatie leidt. Dit terwijl vaststaat dat er een fout is gemaakt, er ten behoeve van het kind de nodige kosten zullen moeten worden gemaakt en de verzekeraar van MCL blijkbaar al geruime tijd het betalen van voorschotten heeft gestaakt. Voer voor hen die terughoudendheid ten aanzien van het toestaan van tussentijds appel bepleiten!

CJMK

» Voetnoten

[\[1\]](#)

Ik duid MCL in vrouwelijke vorm aan omdat het gaat om een stichting

[\[2\]](#)

In elk geval AXA (de WA-verzekeraar van MCL) gaat nog veel verder in haar wensen inzicht in medische gegevens te krijgen dan werd gevreesd in mijn conclusie van 27 augustus 2007 in de zaak Fortis/X (R 06/129). Axa meent, naar uit de onderhavige procedure blijkt, ook recht te hebben op de medische dossiers van derden, hetgeen MCL in verband brengt met, jawel, de exhibitieplicht (pleitnotities mr Meyst-Michels in prima onder 9 en 10)! N.a.v. grief V gaat MCL nog een stap verder. Erkennend dat de gegevens over de familie van [eiseres 2] afkomstig zijn van

haar ziekenhuis (mva onder 66) meent zij [eiser] c.s. verwijten te kunnen maken over niet-meewerken aan waarheidsvinding (mva onder 66 e.v.). Wordt de wereld hier niet op zijn kop gezet? Eens temeer nu MCL blijkbaar niet zwaar tilt aan het niet meer voorhanden zijn van medische gegevens die zich in haar dossier zouden moeten bevinden (mva onder 17, 18 en 20). Ik signaleer nog dat de beweringen van MCL tegenstrijdig zijn; onder 17 ziet zij heil in het horen van [betrokkene 1] als getuige als tegenwicht tegen het ontbreken van deze laatste gegevens, terwijl zij onder 57 opmerkt dat [betrokkene 1] reeds in de tuchtprocedure (ruim tien jaar geleden) aanvoerde zich “het gehele verloop van de bevalling niet meer exact” te kunnen herinneren, wat op zich goed voorstelbaar is. Wat dan het nut is van het andermaal onder 64 aangeboden getuigenbewijs door [betrokkene 1] is duister

[3]

De Rechtbank staat ook stil bij het (m.i.) niet heldere standpunt van MCL over het al dan niet bereid zijn 50% van de schade te vergoeden; zie eveneens rov. 4 i.f

[4]

D.i. HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307

[5]

Voornamelijk, want het middel is er niet toe beperkt

[6]

HR 22 oktober 2004, NJ 2006, 202 H.J. Snijders

[7]

O.m. HR 23 september 1988, NJ 1989, 743 JHN en JCS rov. 3.6

[8]

Ik laat hier verder rusten dat schade en causaal verband in elkaar overlopen en dat er zonder causaal verband rechtens geen schade is

[9]

Zie onder meer HR 24 oktober 1997, NJ 1998, 257 PAS en HR 19 januari 2007, NJ 2007, 63. Zie ook HR 31 maart 2006, RvdW 2006, 328; JAR 2006, 100. Zie in het kader van medische aansprakelijkheid bijv. Chris van Dijk, in Arno Akkermans e.a. (red.), Proportionele aansprakelijkheid blz. 32 e.v

[10]

Kortheidshalve zal ik verder spreken van proportionaliteit; de onder 5.11 genoemde schadekwestie is daaronder begrepen

[11]

Bij de uitwerking van die klacht komen [eiser] c.s. weer op het spoor van de omkeringsregel terecht, maar aan het begin van het onderdeel wordt duidelijk een klacht als in de tekst verwoord gepostuleerd

[12]

Dat is stellig niet de enige reden; zie nader T. Hartlief, AA 2003 blz. 302; Chr.H. van Dijk, TVP 2003 blz. 9 e.v. Dat neemt niet weg dat zeker niet allereerste enthousiast op de regel is gereageerd, zij het dan ook vooral omdat deze niet gemakkelijk toepasbaar zou zijn. Sterk afwijzend is bijvoorbeeld Lindenbergh, WPNR 04/6580 blz. 433 e.v

[13]

HR 29 november 2002, NJ 2004, 304 rov. 3.5.3 en NJ 2004, 305 DA rov. 3.6. Zie, ook voor verdere gegevens, nader Schadevergoeding art. 98 (Boonekamp) aant. 13.4; Verbintenissen uit de wet en

schadevergoeding (Hartlief) nr 215 en A.J. Akkermans, De “omkeringsregel” bij het bewijs van causaal verband

[\[14\]](#)

Zie bijvoorbeeld HR 7 april 2006, NJ 2006, 244 en HR 7 mei 2004, NJ 2004, 422 DA

[\[15\]](#)

HR 13 juli 2007 (C06/096), thans nog niet gepubliceerd; LJN nr BA4200

[\[16\]](#)

HR 8 april 2005, NJ 2005, 284

[\[17\]](#)

HR 17 december 2004, NJ 2006, 147; JBPr 2005, 19 C.J.M. Klaassen

[\[18\]](#)

HR 28 september 2004, NJ 2005, 466

[\[19\]](#)

Het arrest is geannoteerd door het huidige lid van Uw Raad Asser

[\[20\]](#)

Prod. 3 bij cve

[\[21\]](#)

HR 2 maart 2001, NJ 2001, 649 F.C.B. van Wijmen

[\[22\]](#)

De onder 6.10 en 6.11 geciteerde stukken laten geen andere lezing toe

[\[23\]](#)

Niet steeds; zie bijvoorbeeld HR 17 december 2004, NJ 2006, 147

[\[24\]](#)

Zie over deze problematiek, ook vanuit rechtsvergelijkend oogpunt, nader A.J. Akkermans, Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband blz. 168 e.v. Zie voorts Ton Hartlief, in: Arno Akkermans e.a. (red.), Proportionele aansprakelijkheid blz. 19 e.v., Asser-Hartkamp I (2004) nr 436e en de belangrijke rede van Michael Faure, (G)een schijn van kans

[\[25\]](#)

De bewering in de dupliek onder 7 dat “evident onjuist” is dat de ontbrekende informatie van belang is, verrast wel een beetje. Niet alleen op zich, maar vooral ook omdat MCL in deze procedure is uitgevaren tegen [eiser] c.s. over het niet beschikbaar zijn van gegevens van derden van het bestaan waarvan MCL nauwelijks op ordelijke wijze op de hoogte kán zijn geraakt. Anders dan zij laatstelijk bij dupliek onder 2 wil doen geloven, heeft MCL geen plausibele verklaring gegeven voor het feit dat zij op de hoogte is van de medische situatie van familieleden van [eiseres 2]. MCL erkent bij mva onder 66 dat de informatie afkomstig van haar medici en volstaat in dat verband met de vermelding dat “intercollegiale uitwisseling binnen de maatschap gynaecologie in het MCL niet (..) ongebruikelijk” is. Wat daarvan ook zij, een verklaring, laat staan rechtvaardiging, voor afgifte van deze gegevens aan MCL, haar advocaat en/of verzekeraar wordt niet gegeven. Zij valt ook niet gemakkelijk te bedenken