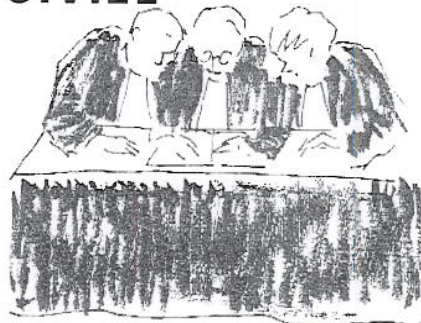


aldus te oordelen en in dit verband niet verder te onderzoeken of de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere bewijslastverdeling meebrachten, heeft het hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Zijn oordeel is evenmin onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd. Volgt verwerping van het beroep (zie noot).

(art. 7:446-468, 6:162 BW, 150 Rv)

CIVIEL



133 HOGE RAAD

(mrs Beukenhorst, Van Buchem-Spapens, Numann, Streefkerk, Asser; A-G Spier),
20 april 2007

Mislukte sterilisatie, bewijslast.

Ondanks sterilisatie raakt eiseres toch zwanger. Tijdens een re-sterilisatie blijkt dat één van de clips de eileider niet omvat. Eiseres vordert op grond daarvan schadevergoeding. Volgens eiseres heeft de gynaecoloog verzuimd om van de sterilisatie een adequaat en separaat verslag te maken, doch heeft volstaan met enkele aantekeningen in de poliklinische status. Op grond daarvan meent eiseres dat de gynaecoloog dient te bewijzen dat zij volgens de regelen der kunst heeft gehandeld.

Hof: *Uitgangspunt is dat de bewijslast met betrekking tot de door eisers gestelde feiten en omstandigheden op hen rust. Voor toepassing van de omkeringsregel met betrekking tot het causaal verband tussen het gestelde tekortschieten in de wijze van verslaglegging en de door eisers geleden schade is geen plaats. Het eventueel geldende voorschift tot verslaglegging betreft immers niet de wijze van uitvoering van de sterilisatie, maar veeleer de controleerbaarheid daarvan.*

HR: *Toegespitst op de controle door de gynaecoloog op de plaatsing van de clips heeft het hof de door het ziekenhuis verschaft gegevens, dienend om eisers aanknopingspunten voor een eventuele bewijslevering te verschaffen en wel in de vorm van de verklaring van de gynaecoloog, kennelijk voldoende ter zake dienend en concreet geoordeeld, omdat in die verklaring verslag werd gedaan van de wijze waarop de gynaecoloog de plaatsing van de clips zou hebben gecontroleerd. Door*

1. X,
2. Y,
eisers tot cassatie,
advocaat: mr J. van Duijvendijk-Brand,

tegen

de Stichting Slotervaartziekenhuis,
verweerster in cassatie,
advocaat: aanvankelijk mr J. Wuisman, thans
mr J. de Bie Leuveling Tjeenk.

Post alia:

3. Beoordeling van het middel

3.1. In cassatie kan van het volgende worden uitgegaan.

(i) Op 9 mei 1996 is bij X in het ziekenhuis een laparoscopische sterilisatie uitgevoerd door de gynaecoloog A, waarbij gebruik is gemaakt van de techniek die bestaat in het aanbrengen van klemmen (Filshieclips) op de 'isthmus' (het smalste deel) van de beide eileiders (tubae).

(ii) Ondanks deze ingreep is X zwanger geraakt. Op 24 augustus 1997 is zij bevallen van een zoon.

(iii) Op 6 april 1998 is een re-sterilisatie uitgevoerd in het Academisch Medisch Centrum (AMC) te Amsterdam. Van deze ingreep is op verzoek van X c.s. een video-opname gemaakt. Uit het van de ingreep opgemaakte operatieverslag blijkt dat ter hoogte van het isthmische (het smalste) deel van de beide eileiders een Filshieclip aanwezig is, dat er links geen problemen bestaan maar rechts een deel van de eileider niet door de clip wordt omvat, en dat bij het inspuiten met de kleurstof methyleenblauw de rechter eileider overloopt van de kleurstof vertoont.

3.2. X c.s. vorderen van het ziekenhuis vergoeding van de materiële en immateriële schade die zij hebben geleden als gevolg van het mislukken van de sterilisatie door A. Zij stellen daartoe kort gezegd dat deze gynaecoloog in strijd met hetgeen waartoe zij als redelijk bekwaam en redelijk handelend gynaecoloog gehouden was, bij de rechter eileider van X de Filshieclip zodanig heeft geplaatst dat die eileider niet of niet volledig door de clip werd omsloten, en dat het ziekenhuis voor deze fout aansprakelijk is.

In dit verband hebben X c.s. gesteld dat het ziekenhuis heeft verzuimd om voldoende feitelijke gegevens te verstrekken ter motivering van zijn betwisting van die stellingen van X c.s. en hun aldus onvoldoende aanknopingspunten verschaft voor hun eventu-

ele bewijslevering. Daarom dient de bewijslast ter zake van de fout van A ten nadele van het ziekenhuis te worden omgekeerd. Voorts stellen X c.s. dat dit laatste ook daarom dient te geschieden, nu A in strijd met art. 7:454 BW en met de toepasselijke richtlijn van de Nederlandse Vereniging voor Obstetrie en Gynaecologie (NVOG) heeft verzuimd om van de sterilisatie een adequaat en separaat verslag te maken. In plaats daarvan heeft deze gynaecoloog volstaan met enkele aantekeningen in de poliklinische status van X, waarin de identificatie van de eileiders niet is vermeld, en evenmin welke methode A heeft toegepast, welk materiaal zij heeft gebruikt, en of zij na plaatsing van de clips heeft gecontroleerd of deze op de juiste plaats waren aangebracht. Nu het gedeelte uit de aantekeningen niet blijkt, moet het ervoor worden gehouden dat die controle niet heeft plaatsgevonden.

3.3. Het hof heeft dienaangaande het volgende, samengevat, overwogen.

Uitgangspunt is dat ingevolge art. 150 Rv de bewijslast met betrekking tot de door X c.s. gestelde feiten en omstandigheden op hen rust (r.o. 4.5).

Het ziekenhuis is wat de verslaglegging van de sterilisatie in de poliklinische status van X betreft niet tekortgeschoten in de verschaffing van aanknopingspunten voor de bewijslevering door X c.s. De constatering door A in de aantekeningen dat X slanke eileiders had, impliceert identificatie van de eileiders. De door A gebezigde methode, te weten het op laparoscopische wijze plaatsen van Filshieclips op de eileiders van X, is niet in geschil. Van welk materiaal de clips zijn is niet in geschil terwijl er in de stellingen van partijen geen aanknopingspunt is te vinden voor de veronderstelling dat er op dit punt een keuze mogelijk was. Hier is niet van belang dat in de aantekeningen (in de poliklinische status) niet is vermeld dat A de plaatsing van de clips heeft gecontroleerd, nu het ziekenhuis heeft gesteld en met de getuigenverklaring van A nader heeft toegelicht dat deze die controle heeft uitgevoerd door het optillen van de eileiders met de tang waarmee de clips waren geplaatst en dat zij daarbij heeft geconstateerd dat de eileiders door de clips werden omsloten (r.o. 4.6).

Niet in geschil is dat het ziekenhuis het volledige poliklinische dossier van X aan X c.s. ter hand heeft gesteld en dat X c.s. ook beschikken over het medisch dossier dat het AMC met betrekking tot de hersterilisatie heeft opgemaakt en waarvan de videoband deel uitmaakt die van de hersterilisatie is gemaakt met het oog op de vraag wat er kan zijn misgegaan bij de door A uitgevoerde sterilisatie. Voorts is het ziekenhuis zowel eigener beweging als in reactie op de argumenten van X c.s. in detail ingegaan op de vraag hoe de sterilisatie van X is uitgevoerd, welke vermijdbare en niet vermijdbare oorzaken ertoe kunnen leiden dat een sterilisatie met behulp

van Filshieclips niet het gewenste gevolg heeft en waarom A en het ziekenhuis in het licht van de omstandigheden hier geen verwijt treft (r.o. 4.7).

Het ziekenhuis is dus niet tekortgeschoten in zijn plicht om X c.s. de genoemde aanknopingspunten te verschaffen. Van enig gevolg voor de bewijslastverdeling op de door X c.s. gestelde grond is dus geen sprake (r.o. 4.8). Voor toepassing van de omkeringsregel met betrekking tot het causaal verband tussen het gestelde tekortschieten van het ziekenhuis in de wijze van verslaglegging van de sterilisatie (aantekeningen in de poliklinische status) en de door X c.s. geleden schade, is geen plaats. Met name ten aanzien van het niet vermelden van de controle van de plaatsing van de Filshieclips geldt, als veronderstellenderwijs ervan wordt uitgegaan dat het ziekenhuis op dit punt in zijn rechtsplicht is tekortgeschoten, dat niet valt in te zien dat de alsdan geschonden norm er specifiek toe strekte X c.s. voor een nieuwe zwangerschap te behoeden. Het eventueel geldende voorschrift tot verslaglegging betreft immers niet de wijze van uitvoering van de sterilisatie maar veeleer de controleerbaarheid daarvan achteraf (r.o. 4.9).

3.4.1. Tegen deze oordelen keert zich onderdeel 1 van het middel.

Onderdeel 1.1 bevat klachten met betrekking tot het oordeel van het hof in r.o. 4.6 tot en met 4.8 dat het ziekenhuis niet is tekortgeschoten in zijn verplichting om voldoende feitelijke gegevens te verschaffen ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van X c.s. teneinde deze aanknopingspunten te verschaffen voor eventuele bewijslevering. De klachten spitsen zich toe op het oordeel in r.o. 4.6 dat niet van belang is dat in de aantekeningen die de gynaecoloog A van de operatie heeft gemaakt in de poliklinische status van X, niet is vermeld dat A de plaatsing van de clips heeft gecontroleerd, nu het ziekenhuis heeft gesteld en met de getuigenverklaring van A nader heeft toegelicht dat deze die controle heeft uitgevoerd door het optillen van de eileiders met de tang waarmee de clips waren geplaatst en dat zij daarbij heeft geconstateerd dat de eileiders door de clips werden omsloten.

Het onderdeel betoogt, kort samengevat, het volgende. Indien het hof heeft geoordeeld dat de gebrekkige verslaglegging op het punt van de bedoelde controle door A kon worden geheeld door een enkele verklaring van de zijde van het ziekenhuis, afkomstig van A zelf, dat deze de bedoelde controle heeft uitgevoerd terwijl daarvan in de verslaglegging geen melding wordt gemaakt, terwijl die controle van groot, zo niet doorslaggevend belang is voor de beantwoording van de aansprakelijkheidsvraag, heeft het hof blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. In dit geval was, in verband met de verplichting van het ziekenhuis om X c.s. aanknopingspunten te verschaffen voor

hun eventuele bewijslevering, meer vereist dan de enkele stelling dat de controle was verricht. Althans rechtvaardigt dit niet dat aan de gebrekkigheid van de verslaglegging geen enkel gevolg meer kan worden verbonden voor de bewijslastverdeling, nu in een dergelijk geval een andere verdeling van de bewijslast uit de eisen van redelijkheid en billijkheid kan voortvloeien. Indien het hof doorslaggevend gewicht heeft toegekend aan de verklaring van A dat zij de bedoelde controle heeft uitgeoefend dan wel die controle van zo gering belang heeft geoordeeld, dat het daarom oordeelde dat uit de eisen van redelijkheid en billijkheid niet voortvloeit dat de bewijslastverdeling op dit punt van de controle wordt omgekeerd, is zijn beslissing onbegrijpelijk. Het door het ziekenhuis geboden aanknopingspunt behelst niet meer dan een blote verklaring van A, aan wie de medische fout en de gebrekkige verslaglegging wordt verweten, dat de controle wél is uitgevoerd, zonder dat daarin een plausibele verklaring wordt gegeven voor het feit dat zij zich die controle zoveel jaar na dato nog kan herinneren, terwijl het hof in r.o. 4.15 zelf maar beperkte bewijskracht aan die verklaring toekent omdat A "enigermate met het ziekenhuis als procespartij vereenzelvigd mag worden". Het grote belang van de controle voor de aansprakelijkheidsvraag blijkt uit de rapporten van diverse deskundigen en als het hof dienaangaande anders heeft geoordeeld, is dat onbegrijpelijk.

3.4.2. De klachten van het onderdeel kunnen niet slagen. De verplichting van het ziekenhuis om X c.s. voldoende feitelijke gegevens te verschaffen ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van X c.s. teneinde deze aanknopingspunten te verschaffen voor eventuele bewijslevering, impliceert niet dat het ziekenhuis bewijs diende te leveren van de feiten die het heeft gesteld ter betwisting van de stellingen van X c.s. Op het ziekenhuis rustte immers (vooralsnog) geen bewijslast ten aanzien van zijn verweer. Het hof heeft dan ook niet de juistheid of geloofwaardigheid beoordeeld van de door het ziekenhuis in dit verband verschaft feitelijke gegevens en de in dat verband overgelegde bewijsmiddelen, zoals de verklaring van A. Het behoefde dat ook niet omdat, anders dan het onderdeel kennelijk tot uitgangspunt neemt, die beoordeling eerst aan de orde zou zijn bij de waardering van het eventueel over en weer geleverde bewijs. Het hof heeft dan ook terecht enkel de vraag beantwoord of de door het ziekenhuis verschaft feitelijke gegevens voldoende terzake dienend en concreet waren om X c.s. aanknopingspunten voor hun eventuele bewijslevering te verschaffen, in die zin dat X c.s. door die gegevens in staat werden gesteld te beoordelen op welk punt zij hun eventuele bewijslevering zouden hebben te richten. Toegespitst op de controle door A op de plaatsing van de Filshieclips, heeft het hof de

door het ziekenhuis verschaft gegevens in de vorm van de verklaring van A kennelijk voldoende terzake dienend en concreet geoordeeld, omdat in die verklaring verslag werd gedaan van de wijze waarop A de plaatsing van de clips zou hebben gecontroleerd. Het heeft in dat licht geoordeeld dat de omstandigheid dat de aantekeningen van A in de poliklinische status van X niets omtrent die controle bevatten, niet van belang was, en daarmee tot uitdrukking gebracht dat die omstandigheid, in het licht van de aanwezigheid van de verklaring van A niet de conclusie wettigt dat het ziekenhuis (op dit punt) niet aan zijn verplichting tot het verschaffen van aanknopingspunten, als eerder bedoeld, heeft voldaan.

Door aldus te oordelen en in dit verband niet verder te onderzoeken of de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere bewijslastverdeling meebrachten, heeft het hof niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Zijn oordeel is evenmin onbegrijpelijk of onvoldoende gemotiveerd.

3.5.1. In onderdeel 1.2 wordt het oordeel van het hof in r.o. 4.9 met betrekking tot de omkering van de bewijslast (hiervoor in 3.3, laatste alinea, weergegeven) bestreden. Het onderdeel verwijt het hof te hebben miskend dat omkering van de bewijslast ook buiten het door het hof behandelde geval van het causaal verband tussen de fout en de schade uit de redelijkheid en billijkheid kan voortvloeien en in dit geval dient voort te vloeien, doordat sprake is van een gebrekkige verslaglegging nu daarin niet is vastgelegd dat controle heeft plaatsgevonden.

3.5.2. Blijkens de door het onderdeel genoemde passages in de gedingstukken van X c.s. (de inleidende dagvaarding onder 9, de conclusie van repliek met name onder 21 tot en met 28 en de memorie van antwoord met name onder 55, waar naar de genoemde passage in de conclusie van repliek wordt verwezen), berust de door het onderdeel op grond van de eisen van redelijkheid en billijkheid bepleite omkering van de bewijslast ten nadele van het ziekenhuis eveneens op het betoog dat, vanwege de gebrekkige verslaglegging door de gynaecoloog A, het ziekenhuis niet had voldaan aan zijn verplichting om voldoende feitelijke gegevens te verschaffen ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van X c.s. teneinde deze aanknopingspunten te verschaffen voor eventuele bewijslevering. Zoals hiervoor is gebleken, heeft het hof dit betoog in r.o. 4.8 verworpen en is dit oordeel tevergeefs door onderdeel 1.1 bestreden, zodat de grondslag aan onderdeel 1.2 is ontvallen. Het onderdeel faalt.
(enz.; red. VR)

Noot

De onderhavige uitspraak bevredigt het rechtsgevoel allerminst. Want de eindconclusie is, dat in een welles-nietes situatie het

woord van de arts kennelijk zwaarder weegt dan dat van de patiënt. Waar ging het in casu om? Na de geboorte van haar vierde kind besloot eiseres zich te laten steriliseren. De sterilisatie vond plaats door middel van een laparoscopische sterilisatie met zogenaamde Filshieclips. Nog geen zeven maanden later merkte eiseres echter dat zij ondanks de sterilisatie zwanger was. Nadat zij was bevallen van haar zoon heeft zij door een andere gynaecoloog een re-sterilisatie laten uitvoeren. Tijdens die ingreep (waarvan een videoverslag is gemaakt) werd geconstateerd dat een deel van haar rechtereileider niet door de Filshieclip was omvat en dat de eileider nog doorgankelijk was. De clip werd in gesloten toestand naast de eileider aangetroffen. Het behoort tot de richtlijnen die gelden voor gynaecologen om bij de sterilisatie-ingreep te controleren of de clip de eileider volledig omvat, door deze na plaatsing van de clip op te tillen en dan de situatie ter plekke te bekijken. Dat moet gebeuren door de buik op te blazen met CO₂. Doet men dit niet goed dan heeft de operateur tijdens de ingreep minder ruimte en minder zicht, met alle risico's van dien. Uit het medisch dossier van mevrouw bleek achteraf dat de buik niet optimaal was opgeblazen. Evenmin bleek of de gynaecoloog vervolgens CO₂ had bijgespoten om beter te kunnen kijken. Tot slot had de gynaecoloog niet genoteerd of zij na plaatsing van de clips de bedoelde controle van de eileiders had uitgevoerd, kortom de verslaglegging verdiende in casu geen schoonheidsprijs!

Het ziekenhuis heeft dit aspect echter proberen aan te zuiveren door die gynaecoloog achteraf in het kader van de procedure (6,5 jaar na datum) te laten verklaren dat zij de bewuste controle wel had uitgevoerd.

Tussen partijen was in dispuut of de clip wellicht na een juiste plaatsing door de gynaecoloog, in een later stadium alsnog van de eileider afgegleden kon zijn. Diverse deskundigen die zowel van de zijde van eisers als van de zijde van gedaagde daarover hun mening gaven, namen daaromtrent volstrekt diametrale standpunten in. De deskundigen aan de zijde van eisers betoogden dat het afglijden van een op juiste wijze gesloten Filshieclip biomechanisch gezien volstrekt onmogelijk is, terwijl de deskundige aan andere zijde juist beweerden dat dit wel degelijk kon gebeuren.

De discussie in de procedure spitste zich zo daarom toe op de vraag of hier sprake was van een operator failure of van een method failure. Binnen die discussie speelde het feit dat de Filshieclip in volledig gesloten toestand naast de eileider werd aangetroffen een belangrijke rol. Het hof kende aan dit feit echter geen doorslaggevende betekenis toe en merkte de gebeurtenis aan als method failure. Eisers hebben zich in dit verband op het standpunt gesteld dat uit de status niet blijkt dat de gynaecoloog na het aanbrengen

van de clips heeft gecontroleerd of de clips goed waren geplaatst. Verder was er geen afzonderlijk operatieverslag. Zij betoogden daarom dat op dit punt de bewijslast dat de controle toch was uitgevoerd op het ziekenhuis zou moeten rusten, in die zin dat er voorshands van moet worden uitgegaan dat een juiste controle niet had plaatsgehad, behoudens tegenbewijs. Het hof schoof dit ter zijde door te stellen dat het ziekenhuis conform bestendige rechtspraak slechts voldoende aanknopingspunten hoefde te bieden om eisers in de gelegenheid te stellen hun stellingen te onderbouwen en te bewijzen. Aan die plicht heeft het ziekenhuis niet-teenstaande de gebrekkige verslaglegging op het punt van de controle voldaan, nu hij heeft gesteld dat die controle wel heeft plaatsgehad, terwijl de behandelend gynaecoloog ter ondersteuning van die stelling in haar getuigenverklaring ten overstaan van de rechtbank, had verklaard dat zij de controle wél had uitgevoerd.

Het hof kende aan die verklaring doorslaggevende betekenis toe, ondanks het feit dat het hier een blote verklaring van maar liefst zes en een half jaar na dato betrof, zonder dat daar ook maar enig aanknopingspunt in werd gegeven voor de beantwoording van de vraag hoe zij zich dit alles zonder adequate verslaglegging en bij een praktijk waar vele sterilisaties per jaar worden uitgevoerd, nog zo concreet wist te herinneren. In cassatie klaagden eisers erover dat het hof kennelijk van mening is dat het mogelijk is een gebrekkige verslaglegging geheel te herstellen door een enkele verklaring, afkomstig van nu juist de arts die de behandeling heeft verricht en die het onderwerp van de procedure uitmaakte: een verklaring die inhoudt dat een bepaalde handeling, waarvan geen melding is gemaakt in de verslaglegging, wel degelijk heeft plaatsgevonden, terwijl het al dan niet plaatsvinden van die betreffende handeling, te weten het controleren van de juiste plaatsing van de Filshieclip, van doorslaggevend belang is voor de beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag. Het is onbegrijpelijk dat een dergelijke blote stelling van de behandelend gynaecoloog mag rechtvaardigen dat aan diens gebrekkige verslaglegging geen enkel vervolg wordt verbonden ten aanzien van de bewijslastverdeling. Immers uit de eisen van redelijkheid en billijkheid kan in geval van gebrekkige verslaglegging betoogd worden dat een omkering van de bewijslastverdeling in de rede ligt (vgl. HR 7 mei 2004, NJ 2004, 422). De Hoge Raad liet het oordeel van het hof op dit punt echter in stand.

Het tweede punt waarover in cassatie werd geklaagd is het feit dat het hof, terwijl sprake was van uiteenlopende deskundigenrapporten simpelweg heeft aangesloten bij één daarvan, die in het voordeel van het ziekenhuis had verklaard dat het mogelijk is dat

een Fishieclip in gesloten toestand van de eileider afglijdt en wel door zwelling van de siliconenlaag in de clip. Aan de andersluidende verklaringen van drie specialisten (waaronder één op hoogleraarniveau) die allen onomwonden verklaarden dat het mechanisch onmogelijk is dat een op juiste wijze gesloten Filshieclip van de eileider afglijdt, is het hof voorbij gegaan met de enkele overweging dat hetgeen zijden eisers aan bewijs of tegenbewijs was aangevoerd van onvoldoende gewicht was geweest om hen in de op hen rustende bewijslast geslaagd te achten.

De klachten die eisers hebben geformuleerd slaagden echter geen van allen. Volgens de Hoge Raad impliceert de verplichting van het ziekenhuis om eisers voldoende feitelijke gegevens te verschaffen ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van eisers, ten einde deze aanknopingspunten te verschaffen voor eventuele bewijslevering, (zoals deze geldt sinds het arrest Timmer/Deutman HR 20 november 1987, NJ 1988, 500) niet dat het ziekenhuis zelf bewijs dient te leveren van de feiten die het heeft gesteld, ter betwisting van de stellingen van eisers. Op het ziekenhuis rustte immers vooralsnog geen bewijslast ten aanzien van zijn verweer. Het hof hoefde daarom ook niet de juistheid of geloofwaardigheid te beoordelen van de door het ziekenhuis in dit verband verschaft feitelijke gegevens, waaronder de verklaring van de behandelend gynaecoloog. Het hof hoefde dat ook niet te doen, omdat die beoordeling pas aan de orde zou zijn bij de waardering van het eventueel over en weer geleverde bewijs. Immers, de bewuste verklaring was wel voldoende ter zake dienend en concreet, omdat in die verklaring verslag werd gedaan van de wijze waarop zij de plaatsing van de clips zou hebben gecontroleerd en dus voldoende feitelijk en concreet waren om eisers aanknopingspunten voor hun eventuele bewijslevering te verschaffen. Het hof heeft door aldus te oordelen en in dit verband niet verder te onderzoeken of de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere bewijslastverdeling meebrachten, niet blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting. Omkering van de bewijslast op dit punt kwam aldus niet aan de orde.

Door omkering van de bewijslast niet aan te durven, werden eisers derhalve in de onmogelijke positie gebracht dat zij moesten bewijzen dat de operateur iets wat zij niet had gedocumenteerd (het niet controleren van de clip na plaatsing op de eileider) ook werkelijk niet had gedaan. Door het halsstarrig weigeren van de operateur haar ommissie toe te geven en het volstrekt ongeloofwaardige betoog dat en op welke wijze zij wel degelijk gecontroleerd had, 6,5 jaar na dato, hetgeen in het licht van de normale praktijkvoering van gynaecologen volstrekt ongeloofwaardig overkomt, is de patiënt in de kou gezet. Korte tijd later komt de Hoge Raad opnieuw

tot een soortelijk oordeel in zijn arrest van 15 juni 2007 (VR 2007, 134, zie elders in dit nummer). Het ging in die zaak om een zenuwletsel dat waarschijnlijk was opgetreden door onjuiste positionering van de linkerarm tijdens een operatie in verband met een buiten baarmoederlijke zwangerschap. Ook daar was van het al dan niet positioneren geen aantekening in het operatieverslag terug te vinden. De Hoge Raad oordeelde dat het van belang was dat het opnemen van aantekeningen omtrent de positionering van de patiënt volgens de deskundige destijds niet tot de professionele standaard binnen de beroepsgroep hoorde. Het ontbreken van enige aantekening op dit punt kon hem daardoor niet worden aangerekend. Bovendien had de betrokken arts in zijn verweer beschreven wat de gang van zaken bij de operatie was geweest. Daarmee had de arts de patiënt voldoende aanknopingspunten verschaft.

Het lijkt erop dat de Hoge Raad afstand begint te nemen van eerdere uitspraken, waarin hij de patiënt welwillender tegemoet trad. Ik doel daarbij met name op het arrest HR 18 februari 1994 (NJ 1994, 368, VR 1994, 150): Na operatieve verwijdering van de baarmoeder gaf een gynaecoloog zijn patiënten altijd te kennen dat zij de eerste zes weken na ontslag uit het ziekenhuis geen gemeenschap mochten hebben. Een patiënte die een dergelijke ingreep had ondergaan stelde echter dat zij dit niet van de gynaecoloog had begrepen. Zij had wel kort na haar ontslag gemeenschap, met alle schadelijke gevolgen van dien, waarvoor zij de gynaecoloog aansprakelijk hield. Volgens de gynaecoloog ging het hier om een dermate stringent advies dat hij dit aan alle patiënten die een uterusextirpatie ondergingen meegaf en dat hij dit nimmer zou vergeten. In de status was van dit advies echter geen aantekening gemaakt. De Hoge Raad overwoog dat de gynaecoloog niet had voldaan aan zijn verplichting voldoende feitelijke gegevens ter motivering van zijn betwisting te verstrekken en kreeg de opdracht te bewijzen dat hij wel aan zijn informatieplicht had voldaan. Het nuanceverschil met de thans besproken uitspraak is echter dat deze gynaecoloog niet bij hoog en bij laag beweerde dat hij de noodzakelijke informatie omtrent het hebben van gemeenschap daadwerkelijk had gegeven, maar dat hij dit wel altijd placht te doen, zodat hij ervan uitging dat hij dat ook bij de onderhavige patiënte had gedaan. Zijn eerlijkheid werd afgestraft, terwijl de gynaecoloog die vele jaren na dato zonder blikken of blozen durft te beweren dat zij zeker weet dat zij een bepaalde handeling ook in het onderhavige geval heeft verricht, wordt beloond.

De patiënt die altijd alleen achteraf kan bezien wat er feitelijk is misgegaan, komt daarmee in een veel moeilijker positie te verkeren. Zaten er in het verleden hiaten in zijn medisch dossier, die de rechter noopten tot

omkering van de bewijslast in het nadeel van het ziekenhuis te komen, thans kan die tekortkoming op eenvoudige wijze gerepareerd worden door de betrokken artsen of verpleegkundigen terzake alsnog (desnoods vele jaren later) een verklaring op te laten stellen. Ik juich deze ontwikkeling bepaald niet toe, omdat daarmee het fundament wordt weggeslagen onder de noodzaak het medisch dossier zorgvuldig bij te houden en de gebeurtenissen ten aanzien van de behandeling van de patiënt nauwkeurig te documenteren. Naar mijn mening zou het medisch dossier altijd de basis moeten zijn van waaruit wordt beoordeeld of door de arts is voldaan is aan de verzwaarde stelplicht. Iedere toelichting achteraf, of die nou in mondelinge of in schriftelijke vorm wordt gegeven moet in het kader van (tegen)bewijslevering worden gezien. Alleen een verklaring onder ede, die op geloofwaardigheid wordt beoordeeld, doet recht aan het beginsel van de verzwaarde stelplicht.

GMvW