

zij daarmee niet volledig was geïnformeerd, acht de Commissie verdedigbaar. De commissie vindt de door verweerder getrokken conclusies begrijpelijk en voldoende onderbouwd en oordeelt dat de klacht ongegrond is.

Voor dezelfde patiënte is een paar weken later een tweede SCEN-arts geconsulteerd. Ook tegen hem hebben klagers een klacht ingediend. Zie daarover uitspraak 2015-03 van 2 juni 2015. Ook deze klacht is ongegrond verklaard.

2015/134 Hof's-Hertogenbosch 17 maart 2015 (m.nt. mr. M.H. Erich en mr. A.N.L. de Hoogh)

Aansprakelijkheid wegens gemist caudasyndroom?; tekortkoming; overlegging geluidsopnamen van gesprekken met artsen; causaal verband, verlies van een kans

Hof 's-Hertogenbosch 17 maart 2015 (mrs. J.M. Brandenburg, P.M.A. de Groot-van Dijken en E.F.D. Engelhard), zaaknr. HD 200.142.785/01, ECLI:NL:GHSHE:2015:933

Het Hof overweegt (post alia, red.):

(...)

3. De beoordeling

in principaal en incidenteel hoger beroep

3.1. In dit hoger beroep kan worden uitgegaan van de volgende vaststaande feiten.

3.1.1. [appellante], geboren [geboortedatum] 1959, ondervond vanaf augustus 2001 toenemende pijnklachten aan haar linkerbeen. Op 12 januari 2002 om 11.55 uur heeft zij i.v.m. hevige pijnklachten (lage rugpijn, uitstralend naar de benen) de huisartsenpost bij het azM bezocht. De dienstdoende huisarts, mevrouw [huisarts 1], constateerde ischias aan beide benen. Bij het onderzoek werden geen uitval en geen gevoelsstoornissen geconstateerd. De Lasèqueproef (om wortelprikkeling aan te tonen) was negatief. [appellante] is met pijnstilling naar huis gestuurd en daar in bed in slaap gevallen. Bij het opstaan uit bed aan het eind van die middag voelde zij een knap in de rug en zakte zij met hevige pijn

door haar benen. Haar echtgenoot heeft om 17.15 uur de huisartsenpost bij het azM gebeld en de huisarts [huisarts 2] is om 18 uur bij [appellante] thuis gekomen. [huisarts 2] constateerde een acute hernia met een parese (gedeeltelijke verlamming) links. Bij onderzoek was sprake van een positieve Lasèqueproef. [huisarts 2] vermeldt krachtsvermindering en gevoelsstoornis in het verzorgingsgebied van de wortel S1 links. [appellante] is verwezen naar de neuroloog en per ambulance naar het azM gebracht. Daar is zij op de SEH (spoedeisende eerste hulp) om 18.55 uur gezien door mevrouw [huisarts 3], arts-assistent neurologie.

[huisarts 3] vermeldt op het zgn. formulier Verrichtingen:

VG: RSI handen, slaapklachten v. pijn

Vorig jaar april na lang fietsen pijn li bil, mnd gebleven.

Huisarts ischias, pijn tot in de voet.

Wel bij zitten niet bij liggen. Sinds 2 wkn klachten.

Sinds 2 dgn hevige pijn nu ook in rechter bil

li > re, en krampen in de benen. Vanochtend

HA: bdz ischias: bedrust. Bij het gaan staan hoorde knapje en gevoelsverlies van linkerbeen, iets afgezakt

NO: EHV 15 orientatie goed,

BI: 9a [of ga; hof]

OE: kracht 5/5 sens: Si gebied li

APR 2+/- KPR 2+/- lopen moeizaam

B: / iom [supervisor] korte termijn MRI

MRI-aanvragen < 14 dgn kijken + poli afspraken

1x Dipidolor inject'

Op een apart verpleegkundig overdrachtsformulier staat dat [appellante] om 19.35 uur 250 cc heeft

geplast en de dipidolorinjectie om 20.25 uur heeft gekregen. Daarna is [appellante] per ambulance naar huis gebracht. Bij haar vertrek uit het ziekenhuis heeft [huisarts 3] [appellante] nog gezegd dat zij bij problemen met plassen of ontlasting direct moest waarschuwen; het staat niet vast of [huisarts 3] daarbij gezegd heeft dat [appellante] in dat geval haar huisarts moest bellen, of naar het azM moest komen.

3.1.2. Die nacht is [appellante] om 01.00 uur wakker geworden. Zij voelde geen aandrang maar heeft wel geprobeerd te plassen. Het staat niet vast of dat (een beetje) gelukt is of niet.

3.1.3. Die dag, 13 januari 2002, heeft de echtgenoot van [appellante] om 13.45 uur opnieuw de huisartsenpost bij het azM gebeld. De dienstdoende huisarts heeft [appellante] per ambulance op laten halen om haar door een neuroloog te laten onderzoeken. Op het consultformulier heeft deze huisarts geschreven dat [appellante] niet meer plast en dat er rijbroekuitval is, en dat hij verwijst om caudasyndroom uit te sluiten. [appellante] is vervolgens om 14.25 uur in het azM gezien door mevrouw [arts-assistent], arts-assistent neurologie. [arts-assistent] vermeldt op het formulier Verrichtingen:

'geen pijn in been meer.

*Op 12-01-'02 gezien i.v.m. radicaal syndroom S1 links.
B/ MRI-lwk < 14 d*

A/ sinds vannacht 1.00 niet meer kunnen uitplassen en geen gevoel rijbroekgebied en achterzijde beide benen.

NO - hypaesthesie achterzijde benen + ant hypaesthesie rijbroek.

- links voetheffer + -strekkerparese Li gr 3*
- KPR 0/0 APR 0/-4 Laseque bdz (+) 30°*
- Anusreflex -/- geen willekeurige sfincterspanning.*

MRI-LWK: Grote mediane HNP S1 met iets meer compressie links

B/. icc neurochirurgie: operatie.

Caudasyndroom + m.n. radicaal syndroom L5/S1 links met parese voetheffer + -strekken

Urineretentie 350 cc'

Diezelfde avond rond 20.00 uur is [appellante] in het azM geopereerd door de artsen [arts 1] en [arts

2] en is een grote subligamentaire gesekwestreerde discusprolaps verwijderd.

3.1.4. Uit een brief van de ambulancedienst aan [appellante] van 11 juni 2002 kunnen de volgende tijden van aankomst en vertrek van [appellante] uit het azM op 12 januari 2002 worden afgeleid: aankomst in het azM 18.47 uur, vertrek uit het azM 20.54 uur (na opdracht aan het ambulanceteam om 20.21 uur).

Op het verrichtingen formulier van [huisarts 3] staat als tijd van binnenkomst van [appellante] vermeld 18.55 uur en als tijd van vertrek 21.30 uur.

3.1.5. Na de operatie zijn de pijnen en de parese verdwenen, maar de gevoelsstoornissen zijn blijven bestaan. [appellante] heeft nog tot 23 januari 2002 in het ziekenhuis gelegen en heeft daarna gedurende tien maanden in dagbehandeling gerevalideerd. Als restverschijnselen zijn blijven bestaan: gevoelsstoornissen in het rijbroekgebied (schaamstreek en billen) waardoor zij ook geen seksuele sensaties meer ervaart, mictiestoornissen (plasproblemen) met als gevolg terugkerende blaasontstekingen, en defaecatie (het laten gaan van ontlasting).

3.1.6. Bij brief van 12 augustus 2004 heeft [appellante] het azM aansprakelijk gesteld voor de door haar geleden en te lijden schade door een toerekenbare tekortkoming van het azM op/omstreeks 12 en 13 januari 2002.

3.1.7. Bij brief van 9 november 2004 heeft [huisarts 3] met haar supervisor dr. [supervisor] gereageerd op de verwijten van [appellante]. [huisarts 3] heeft in deze brief haar verslag van 12 januari 2002 toegevoegd en aangevuld.

3.1.8. Bij brief van 26 april 2005 heeft het azM aansprakelijkheid afgewezen.

3.1.9. Op verzoek van (de medisch adviseur Veduma van) het azM heeft prof. dr. [neuroloog], neuroloog, het dossier van [appellante] bestudeerd en op 13 november 2005 een rapport uitgebracht. Zijn conclusie luidt:

'De verslaggeving van coll. [huisarts 3] is onvoldoende geweest en bemoeilijkt de beoordeling van deze casus. Het is echter aannemelijk dat toen mevr. [appellante] zich op 12 januari 's avonds presenteerde op de Eerste Hulp van het AZM, er sprake was van een mono-radicaal syndroom en geen caudasyndroom. De gevolgde behandeling, dwz. terug naar huis met pijnstilling, is adequaat geweest en volgens de richtlijnen en normen van vakbekwame neurologen. Met name was op dat moment een MRI scan niet geïndiceerd. De instructies aan mw. [appellante] lijken echter onvoldoende geweest te zijn – dit is helaas moeilijk te beoordelen wegens het ontbreken van verslaggeving. Het is niet aannemelijk dat de uitkomst anders geweest zou zijn bij een operatie enkele uren eerder.'

3.1.10. Op verzoek van beide partijen heeft dr. [arts-deskundige] het dossier bestudeerd en [appellante] op 15 februari 2008 onderzocht. Op 23 mei 2008 heeft [arts-deskundige] daarvan een rapport met een geneeskundig en een zakelijk onderdeel uitgebracht. De medisch adviseur van [appellante], drs. [medisch adviseur] van De Medicus Intermediair ([vestigingsplaats]) heeft bij brieven van 11 december 2006, 22 april 2008 en 19 december 2008 commentaar gegeven op het dossier van [appellante], het rapport van [arts-deskundige] en de reactie daarop van het azM.

3.1.11. Op verzoek van het azM heeft de rechtbank bij beschikking van 11 november 2009 een voorlopig getuigenverhoor gelast. Op 20 januari 2010 is aan de zijde van azM één getuige, mevr. [huisarts 3], gehoord. Aan de zijde van [appellante] zijn in contra-enquête twee getuigen gehoord, te weten [appellante] en haar echtgenoot.

3.1.12. Bij vonnis in kort geding van voorzieningenrechter van de rechtbank Limburg van 22 april 2014 (zaaknr. C/03/189422/KG/ZA 14-144), uitgesproken in een door de deurwaarder tussen [appellante] en azM aanhangig gemaakt executiegeschil ex art. 438 lid 4 Rv, heeft de voorzieningenrechter uitgesproken dat de deurwaarder niet gerechtigd is om tot (verdere) executie van het vonnis van 4 december 2013 over te gaan, met veroordeling van [appel-

lante] in de kosten van die procedure. Daartoe overwoog de voorzieningenrechter dat het incidentele vonnis van 6 juli 2011 op 15 juli 2011 aan [appellante] is betekend met bevel tot nakoming, dat [appellante] vóór 29 juli 2011 alle relevante opnames had moeten overleggen hetgeen pas op 31 augustus 2011 is geschied, en dat [appellante] aldus van 29 juli 2011 tot 31 augustus 2011 dwangsommen is verschuldigd, die verrekend mogen worden met hetgeen azM aan [appellante] verschuldigd is op grond van het vonnis van 4 december 2013. [appellante] heeft van dit vonnis hoger beroep ingesteld.

3.1.13. Het hof heeft bij beschikking van 15 mei 2014 een verzoek van [appellante] om een voorlopig deskundigenbericht te gelasten, afgewezen.

3.2.1. [appellante] heeft azM op 16 maart 2011 gedagvaard en gevorderd:

- 1 te verklaren voor recht dat het azM volledig dan wel voor een nader vast te stellen percentage aansprakelijk is voor de schade van [appellante] door de gebeurtenissen op 12 en 13 januari 2002, met verwijzing van partijen naar de schadestaat procedure;
- 2 azM te veroordelen tot betaling van een bedrag van € 29.378,66 aan [appellante] ter zake buitengerechtigde kosten;
- 3 azM te veroordelen in de proceskosten met nakosten.

[appellante] voert als grondslag aan, kort weergegeven, dat in het azM bij haar niet tijdig het zgn. caudasyndroom is onderkend en dat jegens haar niet overeenkomstig de professionele standaard is gehandeld. Volgens [appellante] zijn geschonden de norm dat de medische verslaggeving eenduidig, juist en volledig moet zijn, de norm dat het uit te voeren onderzoek adequaat en volledig moet zijn en de norm dat advisering hoe te handelen bij optredende stoornissen juist en eenduidig behoort te zijn. Dit zijn normen die gericht zijn op het voorkomen van een specifiek gevaar, namelijk niet tijdig onderkennen van een caudasyndroom. Nu dit risico zich heeft verwezenlijkt is de omkeringsregel van toepassing, aldus [appellante]. Haar schade bestaat uit een

gemiste kans op volledig herstel als het caudasyndroom wel tijdig zou zijn onderkend.

3.2.2. Op vordering van het azM ex art. 843a Rv heeft de rechtbank in het incidentele vonnis van 6 juli 2011 [appellante] veroordeeld om binnen twee weken na betekening van het vonnis aan het azM ter beschikking te stellen de volledige en onbewerkte bandopnamen van gesprekken op 1 en 29 oktober met (o.a.) dr. [arts 3] en met de heren [X.], [Y.], [Z.] en [A.] van het azM, op straffe van een dwangsom van € 500,- per dag met een maximum van € 25.000,- en met veroordeling van [appellante] in de kosten van het incident.

3.2.3. AzM heeft daarna in de hoofdzaak verweer gevoerd en gesteld dat zij (c.q. [huisarts 3]) niet toerekenbaar is tekort geschoten en dat bovendien het causaal verband tussen een eventuele tekortkoming en de schade van [appellante] niet bestaat. De omkeringsregel is hier volgens het azM niet van toepassing (HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307). Ook tegen (de hoogte van) de buitengerechtelijke kosten heeft het azM verweer gevoerd.

3.2.4. Nadat de rechtbank bij tussenvonnis van 21 september 2011 een comparitie van partijen had gelast, die op 21 december 2011 heeft plaatsgevonden, heeft de rechtbank in het tussenvonnis van 5 september 2012 als volgt geoordeeld.

Op [appellante] rust de bewijslast van haar stelling, maar op het azM rust een verzwaarde stelplicht. Met de (summiere) verslaglegging d.d. 12 januari 2002, aangevuld met de brief van [huisarts 3] van 9 november 2004 en haar verklaring onder ede van 20 januari 2010, heeft azM in principe aan die verzwaarde stelplicht voldaan. De rechtbank oordeelde dat het onderzoek door [huisarts 3] op 12 januari 2002 en de verslaglegging daarvan niet adequaat en volledig waren, dat [huisarts 3] niet heeft gehandeld conform de professionele standaard, dat zij niet de zorg heeft betracht die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam arts mocht worden verwacht, en dat zij mitsdien is tekort geschoten. Wat het causaal verband betreft achtte de rechtbank de geschonden norm onvoldoende specifiek om de

omkeringsregel te kunnen toepassen. Nu niet met zekerheid vastgesteld of uitgesloten kan worden dat op 12 januari 2002 bij het onderzoek door [huisarts 3] al sprake was van een (beginnend) caudasyndroom moet deze onzekerheid voor rekening van het azM komen en kan voldoende causaal verband worden aangenomen tussen de gebrekkige wijze van onderzoek en verslaglegging op 12 januari 2002 en het op 13 januari 2002 geconstateerde volledige caudasyndroom en de gevolgen daarvan voor [appellante], aldus de rechtbank. Nu echter niet is aangetoond dat eerder ingrijpen tot minder schade had geleid achtte de rechtbank het redelijk het azM voor 70% aansprakelijk te houden voor de schade van [appellante]. De rechtbank oordeelde tot slot dat de schade concreet begroot kan worden, en stelde [appellante] in de gelegenheid haar schade alsmede de gevorderde buitengerechtelijke kosten nader te onderbouwen.

3.2.5. [appellante] heeft daarop gevorderd haar schade vast te stellen op een bedrag van € 410.428,-, waarvan € 50.000,- smartengeld, met wettelijke rente vanaf 1 januari 2013, en de buitengerechtelijke kosten op € 32.596,95.

3.2.6. In het eindvonnis van 4 december 2013 heeft de rechtbank geoordeeld dat [appellante] de door haar gestelde schadeposten onvoldoende heeft toegelicht en onderbouwd. Alleen voor buitengerechtelijke kosten heeft de rechtbank uiteindelijk een bedrag van € 16.241,97 met rente toegewezen. AzM is veroordeeld in de proceskosten tot aan het tussenvonnis van 5 september 2012.

3.3.1. [appellante] vordert blijkens de appeldagvaarding in hoger beroep:

– in het incident:

het vonnis van 6 juli 2011 te vernietigen en de vorderingen van azM af te wijzen met veroordeling van azM in de kosten van beide instanties;

– in de hoofdzaak:

de vonnissen van 5 september 2012 en 4 december 2013 te vernietigen; de schade van [appellante] vast te stellen op € 410.428,- en azM te veroordelen tot betaling van dit bedrag, dan wel een zodanige scha-

devergoeding als het hof meent te moeten bepalen, met wettelijke rente vanaf 1 januari 2013; azM te veroordelen tot betaling van € 32.596,95 of een bedrag dat het hof naar billijkheid meent te moeten bepalen, met de wettelijke rente vanaf het te wijzen (lees:) arrest; met veroordeling van azM in de proceskosten met nasalaris en wettelijke rente.

3.3.2. [appellante] heeft in hoger beroep zes grieven aangevoerd tegen het incidentele vonnis van 6 juli 2011, twee grieven tegen het tussenvonnis van 5 september 2012 en acht grieven tegen het eindvonnis van 4 december 2013.

De grieven tegen het incidentele vonnis van 6 juli 2011 houden in, kort weergegeven, dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat aan de criteria voor toepassing van art. 843a Rv is voldaan en dat geen van de weigeringsgronden daaraan in de weg staat, en ten onrechte [appellante] in de kosten heeft veroordeeld. Subsidiair stelt [appellante] dat ten hoogste afgifte van de bandopname waarop [appellante] een beroep heeft gedaan, had kunnen worden toegewezen.

De grieven tegen het tussenvonnis van 5 september 2012 zijn gericht tegen het niet toepassen door de rechtbank van de omkeringsregel en tegen het oordeel van de rechtbank dat het azM voor 70% aansprakelijk is te houden voor de door [appellante] geleden schade. [appellante] doet in dat verband een uitdrukkelijk beroep op de billijkheidscorrectie van art. 6:101 lid 1 BW die er volgens haar toe moet leiden dat het azM volledig aansprakelijk is.

De grieven tegen het eindvonnis van 4 december 2013 zijn gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat [appellante] haar schadeposten, ook de gevorderde immateriële schadevergoeding, onvoldoende heeft toegelicht en onderbouwd, en dat de gevorderde schadevergoeding en een groot deel van de buitengerechtelijke kosten worden afgewezen. [appellante] heeft daarbij onder meer een in haar opdracht door [verzekeringsarts], verzekeringsarts, opgemaakt verzekeringsgeneeskundig rapport d.d. 5 mei 2014 overgelegd.

Tenslotte heeft [appellante] een grief gericht tegen de beslissing omtrent de proceskosten.

3.3.3. Het azM heeft verweer gevoerd tegen de door [appellante] aangevoerde grieven. In principaal appel concludeert het azM tot bekrachtiging van de drie door [appellante] bestreden vonnissen met veroordeling van [appellante] in de kosten van beide instanties.

In incidenteel appel heeft het azM vijf grieven aangevoerd tegen het tussenvonnis van 5 september 2012 en één grief tegen het eindvonnis van 4 december 2013, met conclusie in incidenteel appel de vonnissen van 5 september 2012 en 4 december 2013 te vernietigen en de vorderingen van [appellante] alsnog geheel af te wijzen, met veroordeling van [appellante] in de kosten van beide instanties.

De grieven van het azM tegen het tussenvonnis van 5 september 2012 houden in, kort weergegeven, dat de rechtbank ten onrechte concludeert dat het onderzoek van [huisarts 3] en de verslaglegging daarvan niet adequaat en volledig waren en dat [huisarts 3] geen genoegen had mogen nemen met een antwoord van [appellante] over het plassen, dat ten onrechte is geconcludeerd dat er sprake is van causaal verband tussen dit onderzoek en deze verslaglegging, en het caudasyndroom met alle gevolgen daarvan – in welk verband het azM een beroep doet op de billijkheidscorrectie van art. 6:101 BW –, en dat het azM ten onrechte voor 70% aansprakelijk is gehouden. Met de vijfde grief voert het azM aan dat de rechtbank ten onrechte heeft overwogen dat bij de begroting van de schade de fictieve situatie dat [appellante] geen caudasyndroom zou hebben, moet worden vergeleken met de situatie zoals die zich heeft voorgedaan.

De zesde en laatste incidentele grief is gericht tegen het oordeel in het eindvonnis van 4 december 2013 dat de vordering tot vergoeding van de kosten van medisch adviseurs van [appellante] volledig wordt toegewezen.

Grieven tegen het incidentele vonnis van 6 juli 2011 (art. 843a Rv)

3.4.1. Met de zes grieven van [appellante] tegen het incidentele vonnis maakt [appellante] bezwaar tegen de toewijzing door de rechtbank van de inci-

dentele vordering van het azM ex art. 843a Rv en de daarvoor door de rechtbank bevestigde gronden.

3.4.2. Artikel 843a Rv bepaalt, kort weergegeven, dat degene die daarbij een rechtmatig belang heeft afschrift kan vorderen van bepaalde bescheiden aangaande een rechtsbetrekking waarin hij partij is, van degene die deze bescheiden onder zich heeft. Deze laatste is niet gehouden aan de vordering te voldoen als daarvoor gewichtige redenen zijn en als redelijkerwijs aangenomen kan worden dat een behoorlijke rechtsbedeling ook zonder verschaffing van de gevraagde gegevens is gewaarborgd.

3.4.3. Bij het voorlopig getuigenverhoor op 20 januari 2010 heeft de echtgenoot van [appellante] als getuige op een vraag van de advocaat van het azM bevestigd dat hij een bandopname van een gesprek in oktober 2002 waarover hij als getuige had verklaard, heeft gemaakt, zonder toestemming van de aanwezigen, en dat hij zich er niet over uit laat of hij die opname wil vrijgeven, omdat hij daarover met zijn advocaat wil overleggen. [appellante] heeft vervolgens bij dagvaarding van 16 maart 2011 gesteld dat haar echtgenoot op 1 en 29 oktober 2002 gesprekken heeft gevoerd met dr. [arts 3], toenmalig hoofd van de afdeling neurologie van het azM, en dat haar echtgenoot die gesprekken heeft opgenomen. Als productie 1 bij dagvaarding heeft [appellante] een beperkte transcriptie van deze twee gesprekken overgelegd, en daaronder vermeld: *Hier-naast zijn nog meerdere gesprekken op tape opgenomen, van [appellante] en [echtgenoot appellante] met o.a. dhr. [X.] (klachtcoördinator AZM), [arts 3] (AZM) huisarts [huisarts 4], dhr. [Y.] (AZM), dhr. [Z.] (AZM) en dhr. [A.] (AZM).*

Bij incidentele conclusie van 25 mei 2011 heeft het azM op grond van art. 843a Rv overlegging van alle bandopnamen gevorderd op straffe van een dwangsom van € 500,- per dag.

De rechtbank heeft dat in het incidentele vonnis van 6 juli 2011 toegewezen.

3.4.4. Het is niet in geschil dat het hier gaat om 'bepaalde' bescheiden, en dat azM partij is bij de rechtsbetrekking waar het om gaat. Het hof is van

oordeel dat azM ook een rechtmatig belang bij deze bescheiden had. De bandopnamen betroffen immers gesprekken met de direct betrokkenen bij en kort na het moment waarop volgens [appellante] jgens haar een medische fout was begaan. Daarmee was de inhoud van die gesprekken voor azM relevant voor het bepalen van (de inhoud van) haar verweer. [appellante] zou een onredelijk voordeel genieten als zij wel, maar het azM niet over die gesprekken kon beschikken. Het hof verwerpt het argument dat azM ook door getuigenverhoren van de gesprekspartners aan de door haar verlangde gegevens zou kunnen komen. Getuigenverhoren die vele jaren na de verweten gedragingen gehouden worden, kunnen gesprekken die direct daarna hebben plaatsgevonden niet vervangen; bovendien zou dat een zeer omslachtige, tijdrovende en dure manier zijn om de gegevens die voorhanden zijn in de bandopnamen, alsnog in de procedure te kunnen overleggen. Er is geen sprake van dat het hier om gegevens gaat die voor het azM geheim zouden moeten blijven. Aan dit alles doet niet af dat het azM volgens [appellante] al geruime tijd op de hoogte was van het bestaan van de geluidsbanden; het directe belang voor het azM om ook over die banden te kunnen beschikken, ontstond immers pas toen [appellante] daar in rechte een beroep op had gedaan. De rechtbank heeft mitsdien terecht geoordeeld dat het azM een rechtmatig belang heeft bij inzage in deze bandopnamen en dat er geen gewichtige redenen zijn om de vordering af te wijzen.

3.4.5. Wat het subsidiaire standpunt van [appellante] betreft, dat de rechtbank de toewijzing had moeten beperken tot de (twee) bandopnamen waarop [appellante] bij dagvaarding een beroep had gedaan, overweegt het hof dat het debat tussen partijen zich op het moment van opvorderen van de banden pas in een beginstadium bevond en dat mitsdien zeker niet uitgesloten was dat [appellante] zich in een later stadium nog op de inhoud van andere geluidsbanden zou beroepen. Bovendien vormden de banden in zekere zin één geheel nu het steeds ging om voortgaande gesprekken – deels met dezelfde persoon, dr. [arts 3], of met mensen die

door [appellante] of [arts 3] in de eerste gesprekken genoemd waren – over de gebeurtenissen op 12 en 13 januari 2002.

3.4.6. Tenslotte is ook het dictum van het incidentele vonnis van 6 juli 2011 niet voor meerdere uitleg vatbaar: het gaat om de volledige bandopnamen van de bewuste gesprekken, waarbij de rechtbank deze precies zo heeft omschreven als [appellante] zelf deed onderaan productie 1 bij dagvaarding.

3.4.7. Aan de proceskostenveroordeling van [appellante] staat niet in de weg dat – kennelijk – aan de incidentele vordering niet een onderhands verzoek van het azM tot afgifte is voorafgegaan. Als [appellante] zich de proceskosten van het incident had willen besparen, had zij het azM kunnen laten weten dat zij bereid was de banden af te geven. In plaats daarvan heeft [appellante] echter verweer gevoerd. Nu dat verweer is verworpen is [appellante] terecht in de proceskosten van het incident veroordeeld.

3.4.8. De incidentele vordering van het azM is mitsdien terecht door de rechtbank, op straffe van een dwangsom, toegewezen.

De grieven 1 t/m 6 van [appellante] tegen dit vonnis worden verworpen.

Tekortkoming?

3.5.1. Het hof zal eerst de incidentele grieven 1 en 2 van het azM behandelen.

3.5.2. De rechtbank heeft in het tussenvonnis van 5 september 2012 als tekortkoming van het azM (c.q. [huisarts 3]) vastgesteld, dat het onderzoek van [huisarts 3] en de verslaglegging daarvan (op 12 januari 2012) niet adequaat en volledig waren, dat zij niet heeft gehandeld conform de professionele standaard en daarmee niet de zorg heeft betracht die van een redelijk handelend en redelijk bekwame arts mocht worden verwacht.

3.5.3. Het azM neemt in hoofdzaak en kort weergegeven tot uitgangspunt dat [appellante] moet bewijzen dat zij op 12 januari 2002 al klachten – m.n. mictieklachten – had die noopten tot nader onder-

zoek, en dat van dergelijke klachten op 12 januari 2002 nog geen sprake was.

3.5.4. Het hof overweegt het volgende.

Het hof neemt als vaststaand aan dat de verslaglegging van [huisarts 3] in het Verrichtingen formulier van 12 januari 2002 onvolledig was en te summier is geweest. Dat blijkt uit haar eigen brief van 9 november 2004 aan azM en haar getuigenverklaring van 20 januari 2010, en uit de rapporten van [neuroloog] en [arts-deskundige]. [neuroloog] mist op het verrichtingen formulier van 12 januari 2002 een vermelding of er wel of niet rectaal getoucheerd is en een opmerking over de mictie. Het is volgens hem onduidelijk of een diagnose caudasyndroom is overwogen. Nu de hoeveelheid uitgeplaste urine is vermeld wijst dat er wel op dat een caudasyndroom is overwogen; na mictie had echter een blaasscan of tenminste een nakatheterisatie moeten plaatsvinden om het residu te bepalen; dat is kennelijk niet gebeurd, aldus [neuroloog]. Wat volgens [arts-deskundige] in het bijzonder ontbreekt is dat bij de anamnese geen melding wordt gemaakt van stoornissen in mictie of defaecatie, dat niet uit het formulier kan worden opgemaakt of het rijbroekgebied specifiek is onderzocht en dat niet kan worden gezien of de anale sfincter en de anaalreflex zijn beoordeeld. Na spontane mictie had ook volgens [arts-deskundige] een bladderscan of nakatheterisatie moeten gebeuren om het residu te bepalen. Grief 1 in het incidenteel appel wordt mitsdien verworpen.

3.5.5. [huisarts 3] heeft in haar brief van 9 november 2004 en haar getuigenverklaring van 20 januari 2010 aangevuld dat zij op 12 januari 2002, nadat zij had bedacht dat haar supervisor heel precies was, ook de anusreflex en de anale sfincter heeft beoordeeld (en dat die ongestoord waren), dat [appellante] in haar afwezigheid heeft geplast en dat zij haar gevraagd heeft of zij dat goed had gevoeld en het gevoel had dat ze goed uit had kunnen plassen, wat [appellante] had bevestigd. Zij, [huisarts 3], heeft niet gevraagd onder welke omstandigheden [appellante] had geplast en zij heeft het uitplassen niet gecontroleerd. Zij kon zich niet herinneren of zij ook in het rijbroekgebied heeft onderzocht. Het

opschrijven hiervan is erbij ingeschoten, waarschijnlijk omdat zij dyslectisch is, aldus [huisarts 3]. [appellante] en haar echtgenoot hebben als getuigen stellig ontkend, en [appellante] neemt ook in de procedure dat standpunt in, dat [huisarts 3] het rijbroekgebied, de anusreflex of de anale sfincter heeft onderzocht en zij hebben verklaard dat [appellante] op verzoek van [huisarts 3] heeft geprobeerd te plassen, hetgeen met hulp van een verpleegkundige alleen met moeite, door te drukken op de onderbuik, op een plasstoel is gelukt (250 cc). [huisarts 3] heeft haar volgens [appellante] niet gevraagd hoe het plassen tot stand was gekomen; [appellante] weet niet meer precies of [huisarts 3] hierbij de hele tijd aanwezig is geweest.

3.5.6. Weliswaar kan, in het kader van het voldoen aan de verzwaarde stelplicht van het azM, het verrichtingen formulier (of in het algemeen een medisch dossier) worden aangevuld met nadere (schriftelijke of getuigen-) verklaringen van de arts, zoals hier is gebeurd; in dit geval staat ook niet ter discussie dat het azM aan die verzwaarde stelplicht heeft voldaan. Met die aanvullende verklaringen, resp. bijna drie en acht jaar na dato, staat echter nog niet zonder meer vast dat de onderzoeken en verrichtingen die daarin worden genoemd, ook daadwerkelijk zijn verricht, als – zoals in dit geval – dat uitdrukkelijk en in twee eveneens onder ede afgelegde verklaringen wordt weersproken.

3.5.7. Uitgangspunt is dat op [appellante] het bewijs rust van de door haar gestelde tekortkoming (het onvolledig onderzoek, meer in het bijzonder in het rijbroekgebied, de anale reflex en de anale sfincter). Vervolgens komt aan de orde welke gevolgen verbonden dienen te worden aan het gegeven dat [huisarts 3] ten onrechte heeft nagelaten al haar onderzoeken en verrichtingen op het formulier te noteren, waarbij heeft te gelden dat het gegeven dat [huisarts 3] dyslectisch is of in dat stadium van haar opleiding vooral met timemanagement bezig was een volstrekt onvoldoende rechtvaardiging is voor het achterwege laten van die vermeldingen en in geen geval overmacht oplevert.

3.5.8. Aan het azM kan worden toegegeven dat een medisch dossier niet (in de eerste plaats) bedoeld is om juridisch bewijs te leveren, maar dat daarin aantekening moet worden gehouden van gegevens en verrichtingen voor zover dit voor een goede hulpverlening noodzakelijk is. In dit geval is echter juist die goede hulpverlening aan de orde, nu aan de hand van hetgeen de arts in het medisch dossier noteert, het verdere beleid voor de behandeling wordt uitgezet.

Voorts moge het zo zijn dat de afwezigheid van bepaalde symptomen, mede gelet op het doel waarvoor het medisch dossier wordt bijgehouden, niet in alle gevallen behoeft te worden genoteerd, uit de standpunten van partijen blijkt dat het mogelijk optreden van een caudasyndroom bij klachten over hevige rugpijn, ofschoon vrij zeldzaam, een van de meest gevreesde complicaties betreft die vrijwel altijd tot een operatie leidt. Dat zo zijnde is niet goed voorstelbaar dat de negatieve uitkomst van een specifiek daarop uitgevoerd onderzoek niet in het medisch dossier zou worden vermeld. Dat betekent dat de niet-vermelding van het uitvoeren van een onderzoek naar de anusreflex en van de spanning van de anale sfincter als een contra-indicatie voor het uitvoeren van die onderzoeken kan worden aangemerkt. Daarbij komt dat er twee onder ede afgelegde verklaringen voorhanden zijn waarin wordt gezegd dat genoemde onderzoeken niet hebben plaatsgevonden.

3.5.9. Naar het oordeel van het hof moet er mitsdien van worden uitgegaan:

- dat [huisarts 3] op 12 januari 2002 [appellante] niet in het rijbroekgebied heeft onderzocht;
- dat [huisarts 3] bij [appellante] de anusreflex en de anale sfincter niet heeft onderzocht;
- dat [huisarts 3] niet aan [appellante] heeft gevraagd onder welke omstandigheden het plassen had plaatsgevonden, noch dat [appellante] haar heeft bevestigd dat ze het plassen goed had gevoeld en goed had uitgeplast;
- dat [huisarts 3] niet heeft onderzocht (door een bladderscan of nakatheterisatie) of er nog een residu urine in de blaas aanwezig was.

3.5.10. Alvorens de in r.o. 3.5.9 omschreven gedragingen als een aan het azM toe te rekenen tekortkoming kunnen worden aangemerkt moet uiteraard wel vast staan dat de achterwege gelaten onderzoeken, gelet op de situatie van [appellante] van dat moment, aangewezen waren en door een redelijk handelend en redelijk bekwaam arts niet achterwege gelaten hadden mogen worden.

Naar het **voorlopig** oordeel van het hof is dat het geval. Het hof baseert zich daarbij met name op de rapporten van [neuroloog] en [arts-deskundige] (zie r.o. 3.5.4).

Daarnaast leidt het hof uit het feit dat [huisarts 3] aandacht heeft geschonken aan het plassen, en dat zij stelt – hetgeen [appellante] betwist – dat zij [appellante] in het rijbroekgebied heeft onderzocht, af dat [huisarts 3] zelf kennelijk vond dat het aangegeven was om bij [appellante] op dat moment die onderzoeken te verrichten.

3.5.11. Dat vier artsen geconstateerd zouden hebben dat bij [appellante] pas op 13 januari 2002 mictiestoornissen zijn ontstaan, zoals het azM stelt, is niet juist. Het azM doelt hier kennelijk op de huisarts van de huisartsenpost op 13 januari 2002, die noteerde 'Nu: niet meer plassen', op het verrichtingen formulier van [arts-assistent] op 13 januari 2002 die als anamnese noteerde: 'Sinds vannacht 1.00 uur niet meer kunnen uitplassen....', op het door de arts [arts 2] voor de operatie op 13 januari 2002 ingevulde formulier (bij de anamnese: 'sinds vanochtend mictieklachten'), en op het anesthesieverslag van de anesthesioloog van 13 januari 2002 die eveneens bij de anamnese vermeldt dat er sinds 13 januari 2002 mictieklachten zijn. Al deze vermeldingen betreffen echter geen eigen constatering, maar gaan terug op [appellante] zelf. [appellante] heeft gesteld, en als getuige verklaard, dat zij op 12 januari 2002 – toen zij, volgens haar eigen verklaring, alleen had kunnen plassen door druk uit te oefenen op de onderbuik – nog niet het verband zag tussen mogelijke problemen bij het plassen en haar rugpijn, maar dat [huisarts 3] bij het vertrek van [appellante] uit het ziekenhuis nog had gezegd dat als [appellante] problemen kreeg met plassen of poepen, zij naar haar huisarts

moest gaan. ([huisarts 3] verklaart overigens gezegd te hebben dat [appellante] dan terug moest komen in het azM). Kennelijk heeft [appellante] op 13 januari 2002 aan de diverse artsen alleen melding gemaakt van de plasproblemen die zij, na de waarschuwing van [huisarts 3], bewust die nacht had als relevant geconstateerd.

Voor de duidelijkheid: het hof leidt uit dit alles niet af dat vast staat dat [appellante] op 12 januari 2002 al mictieproblemen had; het hof kan echter evenmin vaststellen dat die problemen er toen nog niet waren.

3.5.12. Het hof heeft er behoefte aan zijn in r.o. 3.5.10 gegeven **voorlopige** oordeel, dat aan het azM ook in dit opzicht een toerekenbare tekortkoming verweten kan worden, te laten toetsen door een medisch deskundige, een neuroloog.

Het hof is voornemens aan deze de vraag voor te leggen, of een redelijke bekwaam en redelijk handelend arts in de gegeven omstandigheden bij [appellante] een onderzoek had moeten doen in het rijbroekgebied, de anusreflex en anale sfincter had moeten onderzoeken, had moeten navragen hoe het plassen tot stand was gekomen, en een controle op het achtergebleven zijn van een residu in de blaas (door nakatheterisatie of een bladderscan) had moeten uitvoeren. De deskundige dient daarbij wat die gegeven omstandigheden betreft, alleen af te gaan op het verrichtingen formulier van [huisarts 3] van 12 januari 2002 en het verpleegkundig verslag van die dag, alsmede op de – niet door het azM bestreden – voorgeschiedenis zoals [arts-deskundige] die heeft beschreven tot aan het moment dat [appellante] op 12 januari 2002 door [huisarts 3] werd onderzocht.

3.5.13. De verdere beoordeling van de incidentele grief 2 wordt aangehouden.

Causaal verband

3.6.1. Hoewel de tekortkoming mitsdien nog niet definitief vaststaat, wil het hof om proceseconomische redenen, omdat het hof ook op dat punt deskundige voorlichting noodzakelijk acht, toch ook al een (eveneens voorlopig) oordeel geven over de cau-

saliteitskwestie. Dat brengt mee dat het hof veronderstellenderwijs van de juistheid van het voorlopig gegeven oordeel omtrent de tekortkoming van het azM uitgaat.

– Omkeringsregel

3.6.2. Met grief 1 tegen het tussenvonniss van 5 september 2012 heeft [appellante] bezwaar gemaakt tegen het oordeel van de rechtbank dat haar beroep op de omkeringsregel niet is gehonoreerd.

3.6.3. Voor toepassing van deze regel is vereist dat sprake is geweest van een gedraging in strijd met een norm die strekt tot het voorkomen van een specifiek gevaar ter zake van het ontstaan van schade en dat degene die zich op schending van deze norm beroept, ook bij betwisting aannemelijk heeft gemaakt dat in het concrete geval het specifieke gevaar waartegen de norm bescherming beoogt te bieden, zich heeft verwezenlijkt (HR 29 november 2002, AE7345).

De rechtbank heeft terecht en op juiste gronden geoordeeld dat in dit geval niet een dergelijke tot voorkoming van een specifiek gevaar strekkende norm is aan te wijzen, die [huisarts 3] zou hebben geschonden. Zoals in vele gevallen is als norm die [huisarts 3] heeft geschonden, slechts aan te wijzen de in art. 7:453 BW neergelegde algemene norm dat de arts bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht moet nemen en daarbij moet handelen in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid voortvloeiende uit de voor artsen geldende professionele standaard. De norm dat volledig onderzoek moet worden verricht en daarvan ook volledig verslag moet worden gedaan is immers een uitvloeisel van deze norm. Er is niet gesteld of gebleken dat er een specifiek protocol bestaat ter voorkoming van een caudasyndroom, voor het onderzoek en de behandeling van klachten waarmee [appellante] op 12 januari 2002 in het azM is gekomen. Dit brengt mee dat met betrekking tot het bewijs van de stelling dat de fout van [huisarts 3] tot een bepaalde schade voor [appellante] heeft geleid, in die zin dat tussen de fout en die schade *conditio sine qua non* verband

bestaat, geen plaats is voor toepassing van de omkeringsregel (vgl. HR 19-3-2004, AO1299).

Het oordeel van de rechtbank is mitsdien juist en grief 1 in principaal appel tegen het tussenvonniss van 5 september 2012 faalt.

– Kansschade

3.7.1. De derde en vierde incidentele grief van het azM zijn gericht tegen het oordeel van de rechtbank dat voldoende causaal verband kan worden aangenomen tussen de gebrekkige wijze van onderzoek en verslaglegging door [huisarts 3] op 12 januari 2002, en het op 13 januari 2002 geconstateerde caudasyndroom met alle gevolgen voor [appellante] van dien, dat eerder ingrijpen een betere kans voor [appellante] had gegeven, en dat dat leidt tot een aansprakelijkheid voor 70%.

Volgens het azM heeft de rechtbank dit causale verband niet (juist) gemotiveerd. Het azM meent bovendien dat het feit dat [appellante] van 's nachts 01.00 uur tot de volgende middag om 13.45 uur heeft gewacht voordat zij met mictieklachten en een doof gevoel in het rijbroekgebied contact opnam met de huisartsenpost, ingevolge art. 6:101 BW tot een neerwaartse bijstelling van de schadevergoedingsplicht van het azM moet leiden.

3.7.2. De gestelde schade bestaat in dit geval uit de omstandigheid dat (volgens [appellante]) aan haar door het onvolledige onderzoek en de gebrekkige verslaglegging door [huisarts 3] op 12 januari 2002, de kans op een beter resultaat is ontnomen. Als het caudasyndroom al op 12 januari 2002 was onderkend zou zij eerder dan pas op 13 januari 2002 om 20.00 uur zijn geopereerd en had zij een betere kans gehad op volledig herstel, althans op minder restverschijnselen dan nu het geval is, aldus [appellante].

3.7.3. Voor gevallen waarin op zichzelf de tekortkoming vast staat, terwijl onzeker is of de tekortkoming heeft geleid tot schade voor de gelaedeerde, maar wel aan de gelaedeerde de kans op een betere uitkomst is onthouden, heeft de Hoge Raad geoordeeld dat de rechter het toewijsbare bedrag aan schadevergoeding moet schatten aan de hand van

de goede en kwade kansen die de gelaedeerde zonder de tekortkoming zou hebben gehad. In dergelijke gevallen moet wel het *condicio sine qua non*-verband aanwezig zijn tussen de tekortkoming (of onrechtmatige daad) en het verlies van de kans op een beter resultaat. Deze benadering kan een oplossing bieden wanneer onzekerheid bestaat of een tekortkoming schade heeft veroorzaakt, en waarin die onzekerheid haar grond vindt in de omstandigheid dat niet kan worden vastgesteld of en in hoeverre in de hypothetische situatie dat de tekortkoming achterwege zou zijn gebleven, de kans op een beter resultaat zich in werkelijkheid ook zou hebben gerealiseerd (HR 21 december 2012, BV0694).

3.7.4. Naar het oordeel van het hof is deze benadering ook in dit geval aangewezen. Het hof gaat uit van de voorlopige veronderstelling dat er *condicio sine qua non*-verband aanwezig tussen de (voorschands aangenomen) tekortkoming en het verlies van de kans op een beter resultaat, nu het hof er bij wijze van veronderstelling van uit gaat dat bij een vollediger onderzoek en verslaglegging door [huisarts 3] op 12 januari 2002, de mogelijkheid bestaat dat toen al een beginnend caudasyndroom was ontdekt, en [appellante] eerder dan op 13 januari 2002 om 20.00 uur daaraan geopereerd had kunnen worden, met de kans op een beter resultaat in de vorm van minder restverschijnselen.

Het hof heeft ook op dit punt behoefte aan deskundige voorlichting door een medisch deskundige, een neuroloog, over de vraag of bij een vollediger onderzoek en verslaglegging daarvan op 12 januari 2002, de kans aanwezig was dat het caudasyndroom toen al was ontdekt, of een operatie op een eerder moment voor [appellante] een kans op een beter resultaat (minder restverschijnselen) had gegeven, en zo ja, of iets te zeggen is over de hoegrootheid van deze kans(en): verwaarloosbaar, redelijk, aanzienlijk, of anders.

3.7.5. Wat de kans op een beter resultaat bij een operatie op een eerder moment betreft, overweegt het hof nog het volgende.

Als – in het voor [appellante] minst ongunstige geval – het caudasyndroom op 12 januari 2002 zich

al aan het ontwikkelen was en bij het onderzoek door [huisarts 3] was ontdekt, mag aangenomen worden dat [appellante] diezelfde avond/nacht geopereerd zou zijn. Op 13 januari 2002 heeft tussen het in gang zetten van nader onderzoek (MRI) in verband met de verdenking van een caudasyndroom, en de operatie 5½ uur gezeten (ongeveer 14.30 uur tot 20.00 uur). Die uren opgeteld bij het uur van binnenkomst van [appellante] de dag ervoor (omstreeks 19 uur) brengt mee dat [appellante] 5½ uur later, omstreeks 00.30 's nachts (op 13 januari 2002) geopereerd had kunnen worden. Het potentiële delay bedraagt derhalve 19½ uur.

De deskundige zal ook gevraagd worden of en in hoeverre dit delay tot een geringere kans op een beter resultaat heeft geleid.

Daarbij is het hof zich ervan bewust dat in het dossier reeds enige aanwijzingen aanwezig zijn (in de rapporten van [neuroloog] en [arts-deskundige] wordt er melding van gemaakt dat er in de medische literatuur onvoldoende aanknopingspunten aanwezig zijn voor de stelling dat een “vroeg” operatie een betere prognose geeft dan een “latere”), terwijl er anderzijds ook gesteld wordt dat een zo snel mogelijke operatieve decompressie bij zenuwletsel van belang is. Het hof acht deze aanwijzingen echter nog onvoldoende concreet toegespitst op de situatie van [appellante].

3.7.6. Tenslotte houdt het hof zijn oordeel over het beroep (art. 6:101 BW) van het azM op de volgens het azM door [appellante] zelf veroorzaakte vertraging aangezien zij op 13 januari 2002 pas om 13.45 uur de huisartsenpost heeft gebeld terwijl zij 's nachts om 01.00 uur al mictieproblemen had, en het oordeel over de door de rechtbank aangenomen 70% aansprakelijkheid, aan.

3.7.7. De incidentele grieven 3 en 4 worden aangehouden, evenals de principale grief 2 tegen het tussenvonnissen van 5 september 2012 en alle grieven tegen het eindvonnissen van 4 december 2013.

3.7.8. De vijfde incidentele grief van het azM slaagt. Het azM voert terecht aan dat de hypothetische situatie waarmee de feitelijke situatie van [appellante]

mee vergeleken moet worden, niet is een situatie dat er géén caudasyndroom zou zijn opgetreden, maar de situatie dat zij (19½ uur) eerder zou zijn geopereerd.

Voorgesteld deskundigenonderzoek

3.8.1. Het hof heeft het voornemen aan de te benoemen deskundige(n) de volgende vragen voor te leggen:

1. Had een redelijke bekwaam en redelijk handelend arts op 12 januari 2002 – tegen de achtergrond van de gegevens als hiervoor weergegeven in r.o. 3.5.12 naar uw oordeel in de gegeven omstandigheden bij [appellante]:
 - onderzoek moeten doen in het rijbroekgebied,
 - de anusreflex en anale sfincter moeten onderzoeken,
 - moeten navragen bij [appellante] hoe het plas-sen tot stand was gekomen (spontaan of door drukken op de onderbuik),
 - een controle moeten uitvoeren op het mogelijk achtergebleven zijn van een residu in de blaas (door nakatheterisatie of een bladderscan)?

Daarbij dient u wat die gegeven omstandigheden betreft, alleen af te gaan op het verrichtingen formulier van [huisarts 3] van 12 januari 2002 en het verpleegkundig verslag van die dag, alsmede op de voorgeschiedenis van [appellante] zoals [arts-deskundige] die in zijn geneeskundig rapport van 23 mei 2008, pag. 1 en 2, heeft beschreven tot aan het moment dat [appellante] op 12 januari 2002 door [huisarts 3] in het azM werd onderzocht.

2. Bestaat naar uw oordeel een kans dat bij een vollediger onderzoek en verslaglegging door [huisarts 3] op 12 januari 2002, toen al een beginnend caudasyndroom was ontdekt?

3. Kunt u aangeven of een operatie op een eerder moment – en wel omstreeks 00.30 uur in de nacht van 12 op 13 januari 2002 in plaats van om 20.00 uur op 13 januari 2002 – voor [appellante] een kans op een beter resultaat, in de zin van minder restverschijnselen, had gegeven? Zo ja, kunt u iets zeggen over de hoegroetheid van die kans (verwaarloosbaar, redelijk, aanzienlijk, of anders)?

4. Kunt u in het algemeen er iets over zeggen hoeveel (procent) van de aan een caudasyndroom geopereerde patiënten restverschijnselen overhouden zoals [appellante] die heeft?

5. Hebt u voor het overige nog opmerkingen die voor het hof van belang kunnen zijn?

3.8.2. Het hof zal de stukken nu eerst in handen van partijen stellen zodat zij zich er over kunnen uitlaten of één of meer deskundigen moeten worden benoemd, en bij voorkeur eensluidend voorstellen kunnen doen voor de persoon of personen van de te benoemen deskundige(n). Partijen kunnen zich tevens uitlaten over de door het hof voorgestelde vragen.

3.8.3. Het voorschot voor de deskundige(n) komt, nu de aansprakelijkheid van het azM niet vast staat en op [appellante] de bewijslast rust, voorshands ten laste van [appellante].

3.9. Iedere verdere beslissing wordt aangehouden.

4. De uitspraak

Het hof:

op het principaal en incidenteel hoger beroep:

bepaalt dat de zaak zal worden opgeroepen op de rol van dinsdag 31 maart 2015 voor akte aan beide zijden om zich uit te laten als in r.o. 3.8.2 aangegeven;

houdt iedere verdere uitspraak aan.

Noot

In het tussenarrest van het Gerechtshof's-Hertogenbosch van 17 maart 2015 stond de vraag centraal of bij het eerste bezoek van patiënte aan de SEH een caudasyndroom is gemist, althans niet tijdig is onderkend en, indien dat het geval is, of en zo ja welke gevolgen dit heeft gehad.

Feiten

Op 12 januari 2012 is appellante met een acute hernia verwezen naar het academisch ziekenhuis Maastricht (hierna: 'het ziekenhuis'). Aldaar is appellante op de SEH gezien door de dienstdoende arts-assistent neurologie. Die constateerde een gevoelsstoornis ter hoogte van wervel S1, afwijkende reflexen en bemoeilijkte looppas. Er werd op korte termijn een MRI aangevraagd. Appellante is vervolgens huiswaarts gezonden.

De volgende dag is appellante om een caudasyndroom (compressie van zenuwwortels) uit te sluiten door de huisarts opnieuw naar het ziekenhuis verwezen. Appellante is in het ziekenhuis onderzocht door een (andere) arts-assistent neurologie. Zij bleek op dat moment al enige tijd niet meer te kunnen plassen en geen gevoel in het rijbroekgebied te hebben. Uit een direct vervaardigde MRI volgde dat sprake was van een caudasyndroom. Een paar uur later is appellante geopereerd en is de compressie verholpen. Na tien maanden te hebben gerevalideerd, heeft appellante restverschijnselen gehouden waaronder gevoelsstoornissen in het rijbroekgebied, mictiestoornissen (plasproblemen) en incontinentie voor ontlasting.

Daarop stelde appellante het ziekenhuis aansprakelijk voor het feit dat een caudasyndroom op 12 januari 2002 niet tijdig zou zijn onderkend. In eerste aanleg achtte de rechtbank het kort en wel redelijk om het ziekenhuis voor 70% aansprakelijk te houden. Beide partijen gingen vervolgens in appel.

In het gewezen tussenarrest passeren onder meer de revue (1) de (vermeende) tekortkoming, de bewijswaardering en de verzwaarde stelplicht, (2) een '843a-vordering', (3) het *condicio sine qua non*-verband en het leerstuk van de kansschade. In het navolgende bespreken wij deze onderwerpen afzonderlijk.

1. Tekortkoming

Het hof moest beoordelen of bij het eerste bezoek van appellante aan het ziekenhuis op 12 januari

2002, op grond van de op dat moment bekende feiten, gericht onderzoek naar de aanwezigheid van een caudasyndroom geïndiceerd was en, zo ja, of de arts-assistent dit onderzoek ook had verricht. Volgens appellante had een en ander bij haar eerste bezoek reeds moeten worden onderzocht en geconstateerd, hetgeen volgens appellante niet was gebeurd. Het ziekenhuis betwistte dit en stelde dat wel degelijk voldoende onderzoek had plaatsgevonden. Gelet op deze betwisting rust volgens de hoofdregel op appellante de bewijslast voor haar stellingen. Evenwel rust op het ziekenhuis een verzwaarde stelplicht om voldoende aanknopingspunten te verschaffen voor de eventuele bewijsoverlevering van appellante.¹ De eerste vraag die voorlag was of het ziekenhuis wel aan deze plicht had voldaan.

1.1 Verzwaarde stelplicht

In eerste aanleg werd geoordeeld dat de dossiervoering van de bij het eerste consult betrokken arts-assistent te summier was. De onderzoeken die zij stelde te hebben uitgevoerd, stonden niet in het medisch dossier vermeld. Niettemin oordeelde de rechtbank dat het ziekenhuis had voldaan aan de verzwaarde stelplicht. Volgens de rechtbank waren de hiaten in het dossier 'gerepareerd' door middel van gedurende de procedure afgelegde aanvullende verklaringen. Het hof oordeelt evenzo en overweegt dat 'niet ter discussie staat dat het ziekenhuis aan de verzwaarde stelplicht heeft voldaan'.² Nu het ziekenhuis volgens zowel de rechtbank als het hof voldoende aanknopingspunten had verschaft, was/is een tegemoetkoming aan appellante in het kader van de bewijslastverdeling niet aan de orde.

Dit oordeel is in lijn met de jurisprudentie dat aanvullende verklaringen van hulpverleners (mogen) worden meegenomen bij de *beoordeling* of door het ziekenhuis aan de verzwaarde stelplicht is voldaan.³ Algemeen wordt aangenomen dat de verzwaarde

1 HR 20 november 1987, NJ 1988/500 (*Timmer/Deutman*).

2 R.o. 3.5.6.

3 Zie o.m. HR 20 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1093, *RvdW* 2007/423 (*Filshieclips*) en HR 15 juni 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA3587, NJ 2007/335.

stelplicht ook met andere middelen dan enkel met het medisch dossier kán worden 'waargemaakt'.

Met het, in het kader van de verzwaarde stelplicht, aanvullen van het medisch dossier met aanvullende verklaringen, staat de juistheid van die verklaringen, zoals ook het hof overweegt, overigens nog (zeker) niet vast. Die verklaringen dienen naar regulier bewijsrecht te worden getoetst en in de bewijswaardering te worden meegenomen.

1.2 Onderzoek naar caudasyndroom

De verklaringen van appellante en het ziekenhuis stonden ten aanzien van de vraag of gericht onderzoek was verricht naar de aanwezigheid een caudasyndroom lijnrecht tegenover elkaar. Tijdens een eerder gehouden voorlopig getuigenverhoor stelde de arts-assistent in haar aanvullende verklaringen dat dit onderzoek wel had plaatsgevonden. Appellante en haar echtgenoot betwistten dit onder ede ten stelligste.

Hoewel het hof, overeenkomstig de heersende leer,⁴ overweegt dat een medisch dossier niet (in de eerste plaats) bedoeld is om juridisch bewijs te leveren, maar dat daarin aantekening moet worden gehouden van gegevens en verrichtingen voor zover dit voor een goede hulpverlening noodzakelijk is, legt het toch in het nadeel van het ziekenhuis uit dat de (uitkomsten van de) gestelde onderzoeken niet in het medisch dossier zijn opgenomen. Het hof overweegt daarbij dat 'hier nu juist die goede hulpverlening aan de orde was, nu aan de hand van hetgeen de arts in het medisch dossier noteert, het verdere beleid voor de behandeling wordt uitgezet'.⁵ Hoewel dat laatste op zich juist is, kan men zich wel afvragen of dat niet in vrijwel alle gevallen zo kan worden gesteld.

Het hof overweegt voorts dat indien daadwerkelijk onderzoek was gedaan naar de aanwezigheid van een caudasyndroom (een vrij zeldzame, maar gevreesde complicatie), het in de rede had gelegen dat de uitkomst hiervan in het dossier zou zijn

genoteerd.⁶ Het niet noteren van de uitkomst ziet het hof als 'contra-indicatie' voor (ofwel een 'argument tegen') de stelling van de arts-assistent dat zij het bedoelde onderzoek wel heeft uitgevoerd. Het hof meent, evenals de rechtbank, dat meer waarde moet worden toegekend aan de verklaringen ingebracht zijdens appellante en passeert de aanvullende verklaringen van de arts-assistent. Vervolgens wordt door het hof als vaststaand aangenomen dat de arts-assistent de relevante onderzoeken niet heeft onderzocht.

1.3 Onderzoek geïndiceerd

Terecht overweegt het hof voorts dat met het voorgaande nog niet vaststaat dat ook sprake is van een 'tekortkoming'. Daarvoor is immers vereist dat bij het eerste bezoek van appellante de niet verrichte onderzoeken op grond van de professionele standaard wel waren aangewezen en niet achterwege gelaten hadden mogen worden. Naar voorlopig oordeel van het hof is dat laatste evenwel het geval en het hof neemt (voorlopig) dan ook een tekortkoming aan. Het hof baseert zich daarbij met name op de in de procedure opgestelde deskundigenrapporten. Ook weegt het hof mee dat de arts-assistent zelf heeft verklaard dat zij de bedoelde onderzoeken wel degelijk heeft uitgevoerd en het 'zelf kennelijk (ook) aangewezen vond die onderzoeken te verrichten'. Het ziekenhuis krijgt hier haar eigen, door het hof niet gevolgde verklaringen aldus (ook nog eens) om de oren.

Het hof is voornemens een deskundige (neuroloog) te benoemen om zijn voorlopig oordeel te toetsen. De deskundige dient daarbij van het hof alleen af te gaan op het verrichtingenformulier van 12 januari 2002 en het verpleegkundig verslag van die dag, alsmede op de voorgeschiedenis zoals beschreven tot 12 januari 2002.⁷

4 Zie ook art. 7:454 lid 1 BW en Hof Amsterdam 10 september 2013, ECLI:NL:GHAMS:2013:2868, GJ 2014/1.

5 R.o. 3.5.8.

6 R.o. 3.5.8.

7 Zie r.o. 3.5.12.

2. Vordering ex artikel 843a Rv

Voorts stonden ook nog (zijdelings) centraal de heimelijke geluidsopnamen die appellante en haar echtgenoot hadden gemaakt van gesprekken die zij in oktober 2002 met de betrokken artsen hadden gevoerd. Bij incidentele conclusie heeft het ziekenhuis op grond van artikel 843a Rv overlegging van de volledige en onbewerkte geluidsopnamen gevorderd. De rechtbank wees deze vordering toe. Daarop ontstond een executiegeschil en ging appellante tegen het incidentele vonnis in appel. Het ziekenhuis zou, aldus appellante, primair geen rechtmatig belang hebben bij deze geluidsopnamen en subsidiair alleen recht hebben op de bandopnamen waarop appellante in de dagvaarding een beroep had gedaan.

Het hof oordeelt – onzes inziens terecht – dat het ziekenhuis wel een rechtmatig belang had bij de overlegging van de volledige bandopnamen. De inhoud van de gesprekken was voor het ziekenhuis immers relevant voor de inkleding van het te voeren verweer en zonder overlegging zou de patiënte een onredelijk voordeel genieten. Met dit oordeel heeft het hof terecht oog voor de equality of arms binnen het kader van een ‘fair trial’, inhoudende dat partijen over gelijke informatie moeten beschikken. Nu ook geen sprake was van gewichtige redenen tegen afgifte, heeft het hof juist geoordeeld dat de incidentele vordering van het ziekenhuis door de rechtbank terecht is toegewezen. Appellante zal de geluidsopnamen aan het ziekenhuis ter beschikking moeten stellen.

Het is overigens naar onze opvatting maar de vraag of deze opnamen van (enige) invloed kunnen zijn op het verdere verloop van de procedure. Het hof geeft immers nadrukkelijk aan dat de deskundige alleen mag afgaan op de gegevens zoals die bekend waren op 12 januari 2002.⁸ De opnamen hebben echter betrekking op, naar wij begrijpen, gesprekken uit oktober 2002. Kennelijk maakt het hof hier zelf de inschatting dat de gemaakte opnamen geen relevante betekenis (kunnen) hebben voor de beoor-

deling van het medisch handelen in januari 2002, alsook voor de beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag. Bij deze ‘inschatting’ van het hof plaatsen wij een kanttekening. Want wat nu als uit de opnamen blijkt dat appellante in deze gesprekken jegens de artsen zou hebben erkend dat de beweerdelijk niet-verrichte onderzoeken en verrichtingen wél zouden zijn verricht? Mag de deskundige in die situatie dergelijke feiten niet bij zijn beoordeling betrekken c.q. laten meewegen? Dat lijkt ons niet juist, nu de deskundige in beginsel de vrijheid heeft om zijn onderzoek in te kleden op de wijze zoals hem dat het beste voorkomt.⁹ Naar onze opvatting zou het ziekenhuis dan ook de mogelijkheid moeten krijgen om de deskundige over de inhoud van de gemaakte opnamen te berichten, zodat aan de deskundige kan worden overgelaten of deze gegevens al dan niet relevant zijn voor zijn beoordeling.

3. Causaal verband

Hoewel de tekortkoming, zoals hiervoor in paragraaf 1.3 besproken, nog niet definitief vaststaat, geeft het hof in het arrest al wel reeds een (voorlopig) oordeel over het al dan niet bestaan van causaal verband tussen de vermeende tekortkoming en (de) schade.

3.1 Omkeringsregel

Van belang is allereerst dat het hof, anders dan appellante meende, geen plaats ziet voor toepassing van de omkeringsregel.¹⁰ Niet voldaan is aan de daarvoor geldende vereisten dat sprake is van (a) een schending van een norm die ziet op voorkoming van een specifiek gevaar en (b) verwezenlijking van

9 Zie onder meer HR 15 juni 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2174, NJ 2001/435, alsook de uitgangspunten die zijn neergelegd in de Leidraad deskundigen in civiele zaken.

10 Welke – kort gezegd – met zich brengt dat een condicio sine qua non-verband tussen een tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen (bewijsvermoeden), tenzij degene die wordt aangesproken bewijst dat de bedoelde schade ook zonder die tekortkoming zou zijn ontstaan.

8 Zie r.o. 3.5.12.

dat specifieke gevaar.¹¹ De vermeende tekortkoming (het nalaten van het doen van volledig(e) onderzoek en verslaglegging) betreft, zoals het hof logischerwijs overweegt, enkel een uitvloeisel van de algemene norm van het goed hulpverlenerschap.¹²

3.2 Causaal verband in eerste aanleg

In eerste aanleg overwoog de rechtbank dat de onzekerheid met betrekking tot het niet met zekerheid kunnen vaststellen of uitsluiten dat op het moment dat appellante op 12 januari 2002 voor het eerst de SEH bezocht al sprake was van een (beginnend) caudasyndroom, voor rekening van het ziekenhuis diende te komen. De motivering van de rechtbank hiervoor was dat deze onzekerheid is gelegen in het onvolledige onderzoek en de onvolledige verslaglegging door het ziekenhuis. De rechtbank nam vervolgens 'plotsklaps' voldoende causaal verband aan tussen de tekortkoming en de volledige schade die het gevolg is van het caudasyndroom. Dat is opmerkelijk. Immers, de vermeende tekortkoming heeft niet het caudasyndroom (een complicatie) veroorzaakt, maar heeft slechts geleid tot een mogelijk delay in de behandeling daarvan.

Omdat uit literatuur en een deskundigenrapport was gebleken dat 'niet wetenschappelijk is aange-toond dat eerder (operatief) ingrijpen tot minder schade leidt', achtte de rechtbank het niet redelijk om het ziekenhuis voor 100% aansprakelijk te stellen. De rechtbank overwoog daarbij (terecht) dat wanneer het caudasyndroom eerder zou zijn onderkend én appellante eerder geopereerd zou zijn, daarmee nog niet zeker zou zijn dat dan ook minder schade (restverschijnselen) zou zijn ontstaan. De rechtbank toverde vervolgens, ogenschijnlijk zonder enige (wetenschappelijke) onderbouwing, een aansprakelijkheidspercentage van 70% uit de hoge hoed en verklaart voor recht dat 70% van de volledige schade voor rekening van het ziekenhuis komt.

Het is ons niet (voldoende) duidelijk of de rechtbank nu een proportionele benadering aanhangt, dan wel

de vergoedingsplicht 'puur' op grond van afdeling 6.1.10 BW op 70% wordt gesteld. Het hof biedt in dit tussenarrest daarentegen wel (de gewenste) duidelijkheid ten aanzien van het causaal verband en zal naar alle waarschijnlijkheid het (ongemotiveerde en discutabele) oordeel van de rechtbank in het eindarrest vernietigen.

3.3 Causaal verband in hoger beroep alsook de kansschade

Het hof plaatst namelijk de onderhavige kwestie nadrukkelijk in het leerstuk van de kansschade: '*Het hof gaat uit van de voorlopige veronderstelling dat er condicio sine qua non-verband aanwezig [is] tussen de (voors-hands aangenomen) tekortkoming en het verlies van de kans op een beter resultaat (...)*'.¹³

Het hof neemt, anders dan de rechtbank, nog niet definitief de aanwezigheid van het csqn-verband aan en laat het voorlopige oordeel nader toetsen door de in te schakelen deskundige. Hier gaat het hof naar onze mening zorgvuldig te werk. Want hoewel de Hoge Raad (tot op heden) niet heeft geoordeeld, anders dan bij proportionele aansprakelijkheid, dat het leerstuk van de kansschade terughoudend moet worden toegepast, heeft hij wel met zoveel woorden te kennen gegeven dat het aannemen van het csqn-verband tussen normschending en het verlies van de kans, moet worden gemotiveerd.¹⁴ Aan een vergoedingsplicht op basis van de kansschade kan dus enkel worden toegekomen als aannemelijk is dat eerder opereren een kans op een beter resultaat had gegeven. Op de appellante rust in dezen de bewijslast.

Ten aanzien van de kansschade heeft het hof ook terecht oog voor het feit dat de schade, in lijn met vaste jurisprudentie, moet worden geschat aan de hand van de goede en kwade kansen die de patiënte zou hebben gehad als de (vermeende) tekortkoming (in casu het achterwege gelaten onderzoek) niet zou hebben plaatsgehad. Vanzelfsprekend kan het hof deze schatting niet zelf maken en is het inschakelen

11 HR 19 januari 2001, ECLI:NL:HR:2001:AA9556, NJ 2001/524.

12 Neergelegd in art. 7:453 BW.

13 R.o. 3.7.4.

14 HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237, m.nt. S.D. Lindenberg, r.o. 3.7.

van een onafhankelijke (medisch) deskundige de juiste beslissing.

Deze deskundige zal nu moeten beoordelen of het achterwege gelaten onderzoek niet voldeed aan de toentertijd geldende professionele standaard en of het (beginnend) caudasyndroom bij vollediger onderzoek op de bewuste dag, 12 januari 2002, had kunnen worden ontdekt. Als deze vragen bevestigend door de deskundige worden beantwoord, dan zal de deskundige ook antwoord moeten geven op de vraag of appellante in dat geval eerder zou zijn geopereerd en, zo ja, of zij door het ontstane delay ook een kans op een beter resultaat heeft verloren en, zo ja, hoe groot die verloren kans (in procenten) is.

4. Vervolg

Hoe deze zaak zich verder zal ontwikkelen, kunnen wij thans niet concreet inschatten. De uitkomsten van het onderzoek van de in te schakelen deskundige zijn daarvoor cruciaal en dienen te worden afgewacht.

Het kan zijn dat uit het onderzoek van de deskundige volgt dat er voor het hof (alsnog) onvoldoende gronden zijn om de aansprakelijkheid van het ziekenhuis aan te kunnen nemen. In dat geval bestaat er voor het ziekenhuis geen vergoedingsplicht.

Mocht blijken dat de aansprakelijkheid wel kan worden aangenomen, dan moet vervolgens worden beoordeeld in hoeverre het ziekenhuis gehouden is (een gedeelte van) de schade van appellante te voldoen. Gelet op de vraagstelling zal de deskundige in het onderzoek moeten aangeven of er iets valt te zeggen over de hoegrootheid van de kans op een beter resultaat als de operatie op een eerder moment had plaatsgehad. Het is terecht dat het hof de deskundige een dergelijk oordeel ontlokt. Als uitgangspunt heeft immers te gelden dat slechts ruimte bestaat voor het vaststellen van de schade aan de hand van een schatting van de goede en kwade kan-

sen die appellante zou hebben gehad wanneer die kans haar niet was ontnomen, indien het gaat om een reële (dat wil zeggen niet zeer kleine) kans op succes.¹⁵

Tot slot kan men zich nog afvragen of het hof aan de deskundige niet ook de vraag had moeten voorleggen of, naast de hoegrootheid van de kans op een beter resultaat, ook iets gezegd kan worden over wat dat betere resultaat dan geweest zou zijn en welke schade appellante hoe dan ook aan het opgetreden caudasyndroom zou hebben overgehouden. Dat is in casu van belang voor de uiteindelijke berekening van de te vergoeden schade. Dit omdat in deze zaak het betere behandelresultaat er (zeer waarschijnlijk) niet uit bestaat dat appellante helemaal geen schade zou hebben geleden. Het betere resultaat bestaat er vermoedelijk uit dat appellante minder restverschijnselen aan het caudasyndroom zou hebben overgehouden. Immers, aangenomen wordt dat het ingetreden caudasyndroom (welk intreden niet verwijtbaar is) hoe dan ook voor restverschijnselen zou hebben gezorgd. Anders dan bij wat wij noemen een 'wel-of-niet-schade' waarbij een kans wordt verloren op het wél of níet intreden van de gehele schade (bijvoorbeeld wel of geen herseninfectie), gaat het hier aldus om het wél of níet intreden van *extra (gezondheids)schade*. Appellante heeft aldus niet een kans verloren op helemaal géén schade, maar een kans op minder schade. In die situatie dient bij de berekening van de te vergoeden schade, de schade die appellante hoe dan ook zou hebben gehad, buiten beschouwing te blijven. Die komt immers niet voor vergoeding in aanmerking. Aan het hof en de advocaat van het ziekenhuis de schone taak om hierop alert te zijn.

mr. M.H. Erich en mr. A.N.L. de Hoogh
Beiden werkzaam als advocaat bij KBS Advocaten N.V. te Utrecht

15 HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, NJ 2013/237, m.nt. S.D. Lindenbergh, r.o. 3.8.