

ANNOTATIE

# **Gerechtshof 's-Hertogenbosch 26 augustus 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:2964**

***mr. dr. R.P. Wijne***

*Annotatie bij Gerechtshof 's-Hertogenbosch, 26-08-2014,  
ECLI:NL:GHSHE:2014:2964 (GZR-2014-0369)*

Het onderhavige tussenarrest deed bij mij de vraag rijzen welk feitencomplex aan de zaak ten grondslag ligt en waarom in deze zaak maar liefst vier vonnissen en zes tussenarresten zijn geweest, terwijl het einde van de procedure nog lang niet in zicht is. Alle reden om tot een nadere analyse van de kwestie over te gaan, zo meende ik, waarbij ik wil beginnen met een uiteenzetting van de relevante feiten. Daarna ga ik in op de beoordeling in eerste instantie en op de beoordeling in hoger beroep.

## **Feiten**

Bij lezing van het eerste tussenvonnis (Rb. Maastricht 22 maart 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AV7273) en het derde tussenarrest (Hof 's-Hertogenbosch 19 juni 2012, ECLI:NL:GHSHE:2012:BW8927) blijkt het te gaan om een vrouw die, bij een zwangerschap van ruim negen maanden, op 26 mei 2001 spontaan in partu geraakte. In verband met dalende harttonen van de nog ongeboren baby werd zij door haar verloskundige naar het Academisch Ziekenhuis Maastricht (AZM) verwezen voor een keizersnede. Zij werd om 13.30 uur opgenomen en onder behandeling gesteld van een assistent-gynaecoloog. Deze assistent stond onder supervisie van een andere gynaecoloog. De assistent heeft de vrouw laten bewaken door een in obstetrie gespecialiseerd verpleegkundige. Vanaf 16.45 uur bleek sprake van een blijvende vertraging van de foetale hartreactie en een verhoogde druk van de baarmoeder. Een spoed-keizersnede kon de vrouw en de baby niet meer baten en om 16.55

uur werd de intra uterine dood van de baby vastgesteld. De vrouw is vervolgens om 23.20 uur op natuurlijke wijze bevallen van een levenloze zoon.

Na een aansprakelijkstelling van het AZM bij brief van 20 februari 2003 heeft de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van het AZM bij brief van 28 augustus 2003 aansprakelijkheid erkend. Er is volgens het AZM sprake geweest van onvoldoende bewaking van de foetus tijdens de baring. Het is aannemelijk dat bij een betere bewaking de overlevingskans van de baby groter was geweest. Ondanks de belofte tot een redelijke schadevergoeding te komen, is een oplossing op korte termijn echter niet binnen handbereik gebleken; de standpunten hebben zich verhard, zo lijkt het. Niet lang erna volgde namelijk een procedure bij de tuchtrechter, die de assistent-gynaecoloog een waarschuwing heeft opgelegd voor de onvoldoende bewaking van de foetus. In hoger beroep is deze uitspraak bekrachtigd. In diezelfde periode – de dagvaarding is van 8 oktober 2004 – is ook een civiele procedure jegens het AZM aanhangig gemaakt. De vrouw en de vader van het kind hebben het AZM aansprakelijk gesteld voor de door hen ten gevolge van de fout van het AZM – gelegen in de onvoldoende bewaking van de foetus tijdens de baring – geleden schade. Deze procedure is het begin van een lange strijd, die inmiddels tien jaar duurt.

### **Beoordeling in eerste instantie**

Wat opvalt bij analyse van de procedure in eerste instantie is dat de vrouw en de vader van het kind zich aanvankelijk op het standpunt hebben gesteld dat hun beider recht op vergoeding van schade gebaseerd moet worden op de grondslag van de onrechtmatige daad en dat de schade die voor vergoeding in aanmerking komt gekenmerkt moet worden als shockschade. Nu is het echter zo dat de begeleiding van de zwangerschap en de bevalling van de vrouw behoort tot ‘handelingen op het gebied van de geneeskunst’ als bedoeld in artikel 7:446 BW en dat er met het oog daarop doorgaans een behandelingsovereenkomst tot stand komt tussen de gynaecoloog en de patiënte (als de arts als zelfstandige op basis van een toelatingsovereenkomst in het ziekenhuis werkzaam is) dan wel tussen het ziekenhuis en de patiënte (als de arts in loondienst is). Er zijn geen aanwijzingen dat dit in het onderhavige geval anders zou zijn. Voor de vader ligt dat anders: hij wordt geen partij bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst (zie ook HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken, *Baby Kelly*).

Partijen hebben zich dit bijtijds gerealiseerd en de grondslag gewijzigd in een tekortkoming in de nakoming van een verplichting uit hoofde van de behandelingsovereenkomst. Terecht heeft de rechtbank vervolgens overwogen dat deze (door het AZM erkende) tekortkoming recht geeft op een vergoeding van daardoor geleden schade. De vrouw heeft in dat verband gesteld dat zij door de, als traumatisch ervaren, bevalling geestelijk letsel heeft opgelopen, dat

gediagnosticeerd kan worden als PTSS. De vader en de vrouw zijn ook na de dramatisch verlopen bevalling door het ziekenhuis niet begeleid; het ziekenhuispersoneel heeft hen na de bevalling laten vertrekken, zij hebben beneden in de hal van het ziekenhuis uren zitten wachten, er bleek geen taxi te zijn besteld en zelf waren zij niet in staat iets te ondernemen. Het geestelijk letsel heeft tot een verhuizing naar Groningen geleid en belemmert de vrouw tot op heden in het doen van haar werk. Dit geeft recht op een vergoeding naar billijkheid nu sprake is van een aantasting in de persoon als bedoeld in artikel 6:106, eerste lid, aanhef en onder b, BW, aldus de vrouw.

Deze stellingname heeft de rechtbank behoefte doen hebben aan een deskundigenbericht teneinde nader voorgelicht te worden over de aard van het geestelijk letsel. Dit heeft geleid tot de benoeming van prof. dr. B.P.M. Gersons (Rb. Maastricht 18 oktober 2006, ECLI:NL:RBMAA:2006:AZO717), die op 7 november 2007 zijn rapport heeft uitgebracht. Gersons heeft onomwonden geconcludeerd dat de klachten van de vrouw onder de noemer PTSS vallen, welke conclusie de rechtbank, ondanks het verweer van het AZM, heeft overgenomen (Rb. Maastricht 17 juni 2009, 96373 - HA ZA 04-1031, niet gepubliceerd). De rechtbank is er bij gebreke van een andere oorzaak tevens van uit gegaan dat de PTSS gelegen is in de medische fout. Een realistische kijk, zo meen ik. In het eindvonnis (Rb. Maastricht 7 april 2010, 96373 - HA ZA 04-1031, niet gepubliceerd) heeft de rechtbank dan ook geoordeeld dat de vrouw recht heeft op een vergoeding ter zake de immateriële schade die het gevolg is van het geestelijk letsel, begroot op € 18.000. De vergoeding van materiële schade is afgewezen: de verhuiskosten omdat zij in redelijkheid niet aan het ziekenhuis kunnen worden toegerekend (art. 6:98 BW) en het verlies arbeidsvermogen omdat dit verlies onvoldoende is onderbouwd, aldus de rechtbank. Terzijde heeft de rechtbank nog overwogen dat van de vrouw inmiddels verwacht mag worden dat zij zich onder behandeling stelt van een arts. Ook dit is wellicht een realistische kijk, hoewel toch ook een punt van aandacht is dat slachtoffers over het algemeen pas echt aan verwerking kunnen toekomen als het juridische steekspel tot een einde is gekomen. Een mening die ook door de deskundige in tweede instantie wordt gedeeld en waar ik later nog op terug kom.

Een punt dat in deze instantie naar mijn mening nog een opmerking behoeft, is de omstandigheid dat het *lichamelijk* letsel van de vrouw in het geheel niet aan de orde is gekomen. Dit is opmerkelijk omdat lichamelijk letsel in de praktijk de belangrijkste oorzaak is voor een vordering tot vergoeding van ander nadeel en omdat de dood van de ongeboren vrucht aangemerkt wordt als lichamelijk letsel van de vrouw die de vrucht droeg. De Rechtbank 's-Hertogenbosch bijvoorbeeld stelde vast dat voor het standpunt van de eiseres in kwestie – dat het veroorzaken van de dood van de kinderen waarvan zij in verwachting was, ingevolge artikel 82a (bedoeld is kennelijk artikel 82) van het Wetboek van Strafrecht gezien

moest worden als zware mishandeling van eiseres zelf – steun gevonden kan worden in artikel 1:2 BW (Rb. 's-Hertogenbosch 16 november 2001, ECLI:NL:RBSHE:2001:AD6137). In diezelfde zin overwoog de Rechtbank Amsterdam. Door de zwangere vrouw niet tijdig op te nemen en niet te onderkennen dat sprake was van een zwangerschapsvergiftiging was de hulpverlener in kwestie tekortgeschoten ten opzichte van de vrouw. Ten aanzien van de gevorderde immateriële schade oordeelde de rechtbank dat de bevalling van de dode vrucht een vorm van lichamenlijk letsel van de moeder was (Rb. Amsterdam, 9 juli 1997, rolnr. H 95.0601 (niet gepubliceerd). Zie ook Rb. Rotterdam 12 december 1986, *NJ* 1988/62; Rb. Arnhem 30 januari 1997, *NJkort* 1997/20 en Rb. Rotterdam 8 februari 2006, ECLI:NL:RBROT:2006:AX2193). Hoewel duidelijk is dat dergelijk lichamenlijk letsel niet zonder meer de gestelde omvang van verlies van arbeidsvermogen met zich brengt en het te berde brengen van dit letsel in dat opzicht dus niet zonder meer van veel extra nut is, zou het mogelijk wel nog van belang hebben kunnen zijn voor de omvang van de vergoeding van immateriële schade.

Een ander punt is de schade van de vader. Het was al opgemerkt, maar de vader is geen partij bij de geneeskundige behandelingsovereenkomst, hetgeen met zich brengt dat hij alleen recht heeft op vergoeding van schade als hij een jegens hem gepleegde onrechtmatige daad kan aantonen. Een onrechtmatige daad kan gelegen zijn in een aantasting van het zelfbeschikkingsrecht van de vader (vergelijk HR 18 maart 2005, *NJ* 2006/606, m.nt. J.B.M. Vranken, *Baby Kelly*) of kan gebaseerd worden op – kort gezegd – de schending van een veiligheidsnorm die tevens strekt tot bescherming van de vader in kwestie en welke schending een hevige shock teweeg heeft gebracht door de confrontatie met de gevolgen van de normschending (HR 22 februari 2002, *NJ* 2002/240, m.nt. J.B.M. Vranken 3, *Taxibus*, en HR 9 oktober 2009, *NJ* 2010/387, m.nt. J.B.M. Vranken, *Kleijnen/Reaal*). Terecht mijns inziens, heeft de rechtbank overwogen dat geen van beide situaties hier aan de orde is.

### **Beoordeling in tweede instantie**

Dat ook de vader dit heeft onderkend, blijkt uit het feit dat in hoger beroep slechts nog de vordering van de vrouw in geschil is. Het maakt het geschil echter niet eenvoudiger: ook in hoger beroep staan opnieuw het geestelijk letsel en de gevolgen daarvan in volle omvang ter discussie –

pogingen van het hof om te schikken ten spijt (Hof 's-Hertogenbosch 19 juni 2012, ECLI:NL:2012:BW8927).

De grieven van de vrouw zijn gericht tegen de afwijzing van de verhuiskosten, de overweging dat zij zich onder behandeling moet stellen, de afwijzing van een deel van de

buitengerechtelijke kosten, de afwijzing van de vordering betreffende het verlies arbeidsvermogen en tegen het passeren van een bewijsaanbod. Ook het AZM heeft zich niet onbetuigd gelaten en grieven ingesteld. De eerste grief komt neer op het standpunt dat het hier gaat om affectieschade die niet voor vergoeding in aanmerking komt. De tweede grief heeft betrekking op een niet gestelde vraag aan de deskundige, de derde op de weerlegging van de bezwaren jegens het deskundigenbericht en de vierde grief ziet op de hoogte van de immateriële schade.

Het hof heeft bij zijn beoordeling vooropgesteld dat het hier niet gaat om vergoeding van schade die het gevolg is van het overlijden van het kind, maar om de eigen – op de tekortkoming gebaseerde – schade van de vrouw. Dit betekent dat een vergoeding voor ‘shockschade’ geen deel uitmaakt van het geschil, maar ook dat affectieschade – schade wegens verdriet om de dood van een ander – niet voor vergoeding in aanmerking kan komen. Wel kan de vrouw een vergoeding toekomen ter zake van schade die het gevolg is van het door de medische fout veroorzaakte geestelijk letsel. Een en ander lijkt in juridische zin juist, maar ik merk wel op dat het onderscheid tussen geestelijk letsel door de medische fout en geestelijk letsel door het overlijden van het kind dat onlosmakelijk verbonden is met de medische fout een ondoenlijke opgave lijkt te zijn. Bevestiging daarvoor vind ik het al eerder aangestipte deskundigenbericht dat hierna aan de orde komt. Ik merk tevens opnieuw op dat het lichamenlijk letsel van de vrouw gelegen in de dood van de ongeboren vrucht naar mijn mening ten onrechte geen deel uitmaakt van de stellingen en/of beoordeling door de rechter.

Hoe dan ook, met voormelde overweging van het hof is het voor het hof van belang geworden om vast te stellen dat het geestelijk letsel van de vrouw het predicaat PTSS kan krijgen en dat het letsel het gevolg is van de medische fout en niet gelegen is in het verdriet om het overlijden van het kind. Tegen die achtergrond is opnieuw het deskundigenbericht van Gersons beoordeeld en is het hof, gezien de met berichten van andere psychiaters onderbouwde verweren van het AZM, tot het besluit gekomen een nieuwe deskundige te benoemen. Deze deskundige – in de persoon van dr. E. Vermetten – is verzocht zich uit te laten over de aard van het letsel, het verband met de medische fout en de mogelijkheden van behandeling en het verrichten van arbeid (Hof 's|Hertogenbosch 9 april 2013, ECLI:NL:GHSHE:2013:1476 en Hof 's-Hertogenbosch 14 januari 2014, ECLI:NL:GHSHE:2014:25, nader voorschot). Op 24 maart 2014 is diens rapport gereedgekomen.

Het daarop volgend arrest van het hof had met enige welwillendheid een eindarrest kunnen zijn. Vermetten meent namelijk, net als Gersons, dat bij de vrouw overduidelijk sprake is van PTSS en dat deze ernstig van aard is. Vermetten schrijft voorts: ‘De psychiatrische stoornis, de PTSS, is een gevolg van de situatie waarin zij geconfronteerd is met doodsangst, en dacht dat

zij veilig was, voorbereid op een keizersnede, vervolgens een andere procedure kreeg aangereikt, maar in deze procedure ervoer dat ze geconfronteerd werd met fysieke ervaringen waarbij zij dacht dat zij dood ging. Zij en haar man zijn daarin alleen gelaten. Daarop volgde de doodgeboorte die de beleving van dood concretiseerde. Het was niet haar eigen dood, maar de dood van haar ongeboren baby die volgde. De beleving van de situatie kenmerkte zich door ontredde, angst, wanhoop en boosheid'. Ook meent hij dat behandeling van PTSS tijdens een procedure als de onderhavige weinig effectief is. Een afdoende behandeling, ofwel een behandeling die beoogt effectief te zijn vindt feitelijk pas plaats na definitieve uitspraak van het juridisch kader, aldus de deskundige. Er is naar zijn zeggen geen sprake van een verstoorde rouwverwerking, waaruit kan worden afgeleid dat PTSS niet het gevolg is van het verdriet om het kind.

Het AZM is echter een andere mening toegedaan en ook het hof heeft zijn twijfels gehouden bij de betekenis van de woorden van de deskundige. Een en ander heeft ertoe geleid dat eind van dit jaar een nieuwe comparitie zal plaatsvinden ter gelegenheid waarvan de deskundige zal worden gehoord.

Het is, zoals ik eerder opmerkte, nog maar de vraag of de deskundige de duidelijkheid kan geven die het hof en partijen verlangen. Terecht denk ik, merkt het hof bij voorbaat op dat het niet uit te sluiten valt dat een onderscheid tussen PTSS door de medische fout en PTSS door verdriet om het verlies van een kind niet valt te maken. Jammer is dat het hof daaraan verder geen conclusies verbindt en er bovendien veel tijd verloren gaat waarin de vrouw kennelijk niet in staat kan worden geacht zich (effectief) te laten behandelen. Dit is des te meer schrijnend nu toch op zich vaststaat dat een medische fout heeft plaatsgevonden en dat bij uitblijven daarvan de dood van het kind zeer waarschijnlijk te voorkomen was geweest. Ook PTSS staat vast en als ik het citaat hierboven van de deskundige zo lees, is deze het gevolg van een traumatische ervaring bij de bevalling. Was het onder deze feiten en omstandigheden niet mogelijk het causaal verband aan te nemen tussen de medische fout en het geestelijk letsel? Of in elk geval een bewijsvermoeden van een verband? Hopelijk komt op de comparitie duidelijkheid voor alle partijen en kan daarna zonder benoeming van nog een reeks deskundigen, de schade buiten rechte vlot worden afgewikkeld. Dat is in ieders belang. Wordt vervolgd.