

ANNOTATIE

Noot August Van bij GZR Updates.nl 2020-0320.

mr. dr. A.J. Van

*Annotatie bij Rechtbank Amsterdam, 29-10-2020,
ECLI:NL:RBAMS:2020:5297 (PS-2020-0855, GZR-2020-0320)*

Inleiding

1. De geboorte van een dood kind is een intens trieste en aangrijpende gebeurtenis. De verwerking van het daardoor ontstane verdriet is een moeilijk en langdurig proces, helemaal als bij de ouders de gedachte leeft dat het overlijden van hun kindje mogelijk het gevolg is van een medische fout. Het starten van een gerechtelijke procedure om daarover duidelijkheid te verkrijgen is een begrijpelijke stap, maar niet geheel zonder risico. Want wat als je na de procedure blijft zitten met het gevoel dat de rechter een fout heeft gemaakt? Dat is volgens mij hoe de ouders die deze procedure startten zich moeten hebben gevoeld na het lezen van bovenstaande uitspraak. Maar heeft de rechter in deze zaak het inderdaad fout gedaan?

2. De moeder in deze casus is ruim 38 weken zwanger als zij op 5 oktober 2015 haar kind niet goed meer voelt bewegen. Zij consulteert haar verloskundige. Die stelt haar gerust en instrueert haar contact op te nemen als zij de foetus helemaal niet meer voelt. Op de avond van 5 oktober 2015 voelt de moeder het kindje nog éénmaal schoppen in haar buik. In de dagen daarna neemt de moeder tweemaal telefonisch contact op met de verloskundige omdat zij last heeft van harde buiken en pijn in de buik. Ook is sprake van vaginaal bloedverlies en groen vochtverlies. De verloskundige ziet daarin geen aanleiding de moeder door te verwijzen naar een gynaecoloog. Op 7 oktober wordt de moeder door haar vader opgehaald en vertrekt zij met hem naar Engeland. Daar wordt op 9 oktober een intra uterine vruchtdood (IUVD) geconstateerd. Een dag later bevalt de moeder van een levenloos kind. Obductieonderzoek levert geen afwijkingen en geen verklaring op voor het overlijden van het kindje.

3. Ruim een half jaar later stellen de ouders de verloskundigenpraktijk aansprakelijk. Zij verwijten de verloskundige dat zij bij het consult van 5 oktober 2015 de moeder niet ter controle heeft doorgestuurd naar het ziekenhuis. De verzekeraar van de verloskundigenpraktijk erkent aansprakelijkheid voor de gevolgen van dit verzuim. Ter vaststelling daarvan wordt op gemeenschappelijk verzoek aan gynaecoloog dr. J.J. Duvekot gevraagd een deskundigenrapport uit te brengen. Zijn initiële reactie is dat het 'puur speculeren' is om in dit individuele geval percentages te noemen over de kans op overleven van het kindje als de moeder wel direct zou zijn ingestuurd naar een ziekenhuis. Een alinea later geeft Duvekot echter toch een aantal percentages die afkomstig zijn uit een Ierse studie waarin 275 moeders zijn gevolgd die in de tweede helft van hun zwangerschap klaagden over verminderde foetale bewegingen en in verband daarmee waren doorverwezen naar het ziekenhuis. Uit deze studie bleek dat in 1,4% van de gevallen bij aankomst in het ziekenhuis reeds sprake was van een intra uteriene vruchtdood. In alle andere gevallen werd een CTG vervaardigd. In 7,2% van de gevallen waarin een CTG was gemaakt, was de uitkomst 'non-reassuring'. Bij de helft daarvan werd om die reden een sectio caesarea (keizersnede) verricht. In antwoord op (eenzijdig namens de ouders gestelde) aanvullende vragen geeft Duvekot aan dat vrijwel al deze gevallen bij het uitblijven van een keizersnede ook in een intra uteriene vruchtdood zouden zijn geëindigd.

4. Naar aanleiding van deze bevindingen stellen de ouders zich op het standpunt dat er een kans van 61% bestaat dat hun kindje nog zou hebben geleefd als de moeder op 5 oktober 2015 zou zijn doorverwezen naar het ziekenhuis. Daaraan ligt als redenering ten grondslag dat er zonder medische fout een kans is van 1,4% dat het kindje bij aankomst in het ziekenhuis reeds zou zijn overleden.[1] Door de medische fout is een doorverwijzing en in vervolg daarop een keizersnede achterwege gebleven, waardoor de kans op een IUVD stijgt tot 3,6%. De kans dat het kindje in de onderhavige casus nog zou hebben geleefd, bedraagt dan: 3,6 minus 1,4 gedeeld door 3,6 maal 100 is 61%.

5. De verloskundigenpraktijk bestrijdt dat in deze casus voor de bepaling van de omvang van de aansprakelijkheid moet worden aangeknoopt bij de leer van de proportionele aansprakelijkheid. Om de zaak minnelijk te regelen, biedt de verloskundigenpraktijk vergoedingen aan van € 17.500 voor de ouders en € 15.000 voor de buitengerechtelijke kosten. De ouders wijzen dit voorstel af en starten een deelgeschilprocedure. Daarin stellen zij zich primair op het standpunt dat de omkeringsregel van toepassing is en dat de verloskundigenpraktijk 100% aansprakelijk is voor het overlijden van hun kindje. Subsidiair doen zij een beroep op het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid, wat, zoals gezegd, zou moeten uitmonden in een aansprakelijkheid van 61%. Daarnaast vordert vader nog een vergoeding wegens shockschade. Hierna zal ik op deze vorderingen ingaan.

De omkeringsregel

6. Voor toepassing van de omkeringsregel is volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad vereist dat een gedraging heeft plaatsgevonden die in strijd is 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.[2]

7. Ter onderbouwing van hun beroep op de omkeringsregel wijzen de ouders op de NVOG/KNOV-richtlijn 'Verminderde kindsbewegingen tijdens zwangerschap'. Het doel van deze richtlijn is 'het terugdringen van perinatale sterfte, en in het bijzonder de sterfte tijdens de zwangerschap'. Als achtergrond van de daarin opgenomen aanbevelingen wordt in de richtlijn aangegeven:

'Het voelen van kindsbewegingen is al vroeg in de zwangerschap een levensteken van het ongeboren kind voor de aanstaande moeder. Als de moeder later in de zwangerschap een afname van kindsbewegingen ervaart kan dat een signaal zijn dat de conditie van het ongeboren kind minder goed wordt. Bij perinatale audits, uitgevoerd in Nederland, is herhaaldelijk gebleken dat perinatale sterfte, en dan vooral foetale sterfte, vooraf gegaan werd door een periode van afname van de kindsbewegingen. Het bleek bovendien dat niet altijd adequaat werd gereageerd op dit signaal. Soms wachtte de zwangere vrouw te lang met contact opnemen, soms reageerde de verloskundige of gynaecoloog onvoldoende alert.'

8. De verloskundigenpraktijk verweert zich tegen toepassing van de omkeringsregel. Volgens de verloskundigenpraktijk heeft elke verloskundige controle feitelijk tot doel perinatale sterfte te voorkomen. De in de richtlijn vervatte aanbevelingen geven daarmee volgens de verloskundigenpraktijk uitdrukking aan een algemene zorgvuldigheidsnorm. De richtlijn ziet niet op het voorkomen van een specifieke doodsoorzaak. Van een veiligheidsnorm is derhalve geen sprake. De deelgeschilrechter volgt de verloskundigenpraktijk in dit betoog en voegt daaraan toe dat de obductie niet heeft opgehelderd wat de oorzaak is geweest van de IUVD. Dit staat volgens de deelgeschilrechter, die in dat verband verwijst naar het *Seresta*-arrest,[3] een beroep op de omkeringsregel in de weg.

9. Op dit oordeel valt wellicht het een en ander af te dingen. In zijn conclusie bij het *CTG*-arrest[4] merkte A-G Spier op dat 'met enig knutselwerk en creativiteit' altijd wel een specifieke norm valt te construeren. Hier lijkt het omgekeerde het geval te zijn geweest. De verloskundige heeft de moeder ten onrechte niet doorverwezen naar het ziekenhuis. Als dat wel zou zijn gebeurd, zouden volgens Duvet in ieder geval een *CTG* en een echo zijn

vervaardigd. Een CTG is een hartfilmpje dat wordt gebruikt om de hartslag van de foetus registreren. Tijdens de zwangerschap wordt dit ingezet om het welzijn van de baby te kunnen vaststellen. In de onderhavige casus bestaan aanwijzingen dat het rondom en na 5 oktober niet goed ging met het ongeborn kindje. Op 6 oktober was sprake van vaginaal bloedverlies en op 7 oktober verloor de moeder groen vocht. Duvekot spreekt in dit verband van ‘alarmsignalen’. De verloskundige heeft deze volgens hem ten onrechte genegeerd. Tegen deze achtergrond, die enigszins doet denken aan de situatie in het al genoemde CTG-arrest, valt moeilijk te begrijpen dat de deelgeschilrechter als geschonden norm uitging van een tekortkoming in de uitvoering van de verloskundige controle in algemene zin. Er is niet veel vindingsrijkheid (of zo men wil: knutselwerk en creativiteit) nodig om hier tot een andersluidende conclusie te komen.

10. Toepassing van de omkeringsregel is daarmee nog niet vanzelfsprekend. Zoals de deelgeschilrechter opmerkt, heeft de Hoge Raad in het *Seresta*-arrest beslist dat voor toepassing daarvan noodzakelijk is dat de doodsoorzaak komt vast te staan. In meer recente arresten lijkt de Hoge Raad deze voorwaarde te hebben gerelativeerd. Ik verwijs in dat verband naar HR 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BG1890. Daarin oordeelde de Hoge Raad dat degene die zich beroept op de omkeringsregel over de toedracht van een ongeval feiten moet stellen en zo nodig aannemelijk maken waaruit volgt dat een bepaald, uit de geschonden norm voortvloeiend gevaar zich heeft verwezenlijkt, zonder dat nodig is dat ook de precieze toedracht van het ongeval aannemelijk wordt gemaakt. ‘Dat is nu juist de onzekerheid waartegen de omkeringsregel beschermt’, aldus de Hoge Raad. In dezelfde lijn is het arrest HR 23 november 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7264. Daarin verwierp de Hoge Raad de stelling dat de omkeringsregel slechts is bedoeld om ‘een laatste restje causaliteitsonzekerheid’ te overbruggen. Of de ouders hiermee de toepassing van de omkeringsregel hadden kunnen afdwingen, blijft een lastige vraag. De praktische relevantie daarvan is echter gering. Bij toepassing van de omkeringsregel dient de aangesproken partij immers in de gelegenheid te worden gesteld tot het leveren van tegenbewijs. In de praktijk worden daaraan geen al te zware eisen gesteld, waardoor zich al snel een situatie kan voordoen waarin proportionele aansprakelijkheid voor de hand ligt.[5]

Proportionele aansprakelijkheid

11. Het zwaartepunt van deze zaak komt daardoor te liggen bij de vraag of het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid hier mag worden toegepast en zo ja, in de door de ouders bepleite vorm. De deelgeschilrechter oordeelt daarover als volgt:

‘De in het kader van proportionele aansprakelijkheid gebruikelijke formule [...] is in dit geval ongeschikt, omdat die uitgaat van een toenemende kans op gezondheidsschade door de fout, terwijl

het hier gaat om een afgenomen kans op (ontdekking van een risicovolle situatie en) voorkoming van gezondheidsschade door de fout.'

Om die reden moet de aansprakelijkheid hier volgens de deelgeschilrechter worden bepaald aan de hand van het leerstuk van de kansschade. Zij doet dat met gebruikmaking van een vrij ongebruikelijke formule:

de kans dat ingrijpen noodzakelijk was en succesvol zou zijn geweest

gedeeld door

de kans dat door het achterwege gebleven handelen niet is onderzocht of ingrijpen nodig was

x 100

In dit geval komt deze berekening uit op: $3,6 / 100 \times 100 = 3,6\%$.

12. De door de deelgeschilrechter gevolgde redenering bevat een helaas vaker voorkomende denkfout.[6] In deze casus gaat het in de kern om het bepalen van de kans dat de IUVD is veroorzaakt door het verzuim van de verloskundige om de moeder door te verwijzen naar het ziekenhuis (waar bij haar een CTG zou zijn afgenomen). De statistische gegevens leren dat dit verzuim de kans op een IUVD met 3,6% doet toenemen. Vaststaat dat hier een IUVD is opgetreden. Het kindje past daardoor in het cohort van gevallen waarvan vaststaat dat zij door dit verzuim zijn overleden. Er is echter een mogelijkheid dat het kindje behoort tot een ander cohort: de gevallen waarvan vaststaat dat zij ook zonder de doorverwijzing reeds voor de geboorte zouden zijn overleden. De verhouding tussen de grootte van deze beide cohorten is bepalend voor de grootte van de kans dat het kindje in deze casus is overleden als gevolg van de medische fout. Dat vergt een beoordeling volgens het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid, waarbij wordt uitgegaan van achteraf kansen. De deelgeschilrechter heeft het leerstuk van de kansschade toegepast. Daarbij is zij bovendien uitgegaan van vooraf kansen. Daardoor doet zij de ouders tekort, zoals hierna zal blijken.

13. De bepaling van de proportionele aansprakelijkheid in deze casus is niet eenvoudig. Duidelijk is dat bij het uitblijven van een doorverwijzing de kans op een IUVD 3,6% bedraagt. Minder duidelijk is echter hoe groot die kans is als de moeder wel zou zijn doorverwezen. De ouders hebben die kans, in navolging van Duvekot, gesteld op 1,4%. Het is de vraag of dat juist is. Uit de studie waaraan Duvekot zijn gegevens heeft ontleend, blijkt dat dit percentage het aantal gevallen weergeeft waarin op het moment van aankomst in het ziekenhuis ('on presentation') reeds sprake was van een IUVD.[7] In het onderhavige geval waren de kindbewegingen op 6 oktober nog voldoende.[8] Dat betekent dat dit percentage zeer

waarschijnlijk niet van toepassing is op deze casus, iets wat ook de deelgeschilrechter zich lijkt te realiseren:[9]

‘De rechtbank merkt hierbij op dat de berekening van Duvekot zoals weergegeven aan het slot van 2.12. niet wordt gevolgd. Uit de onder 2.11. aan het slot aangehaalde onderzoeksgegevens blijkt dat alleen als het kind nog in leven is, vervolgonderzoek heeft plaatsgevonden, zodat de daarna genoemde percentages betrekking hebben op onderzoek naar de toestand van nog levende kinderen en van die onderzoeken leidt 3,6% tot ingrijpen. Het percentage reeds overleden kinderen speelt daarom geen rol’ (onderstreping AJV).

14. In de door Duvekot aangehaalde studie is weinig informatie te vinden over het verdere verloop van de onderzochte zwangerschappen. Opgemerkt wordt dat in 55% van de gevallen waarin het CTG ‘non-reassuring’ was, de bevalling terstond werd ingeleid.[10] In 26,5% van de gevallen volgde een opname in het ziekenhuis om de toestand van het ongeboren kind te bewaken. Daardoor verminderde voor die gevallen de kans op een IUVD in aanzienlijke mate, omdat dit de mogelijkheid bood direct in te grijpen mochten zich onregelmatigheden voordoen in de hartslag van de foetus. De Ierse studie laat dat ook zien: in geen van de gevallen waarin een CTG werd uitgevoerd, was naderhand nog sprake van een IUVD. Dit betekent dat aanleiding bestaat om voor de kans op gezondheidsschade in de hypothetische situatie zonder medische fout uit te gaan van de voor alle zwangere vrouwen geldende kans op een IUVD. Die kans bedraagt volgens de Ierse studie 0,29%.[11] De proportionele aansprakelijkheid bedraagt dan 3,6 minus 0,29 gedeeld door 3,6 maal 100 is 92%. Dit is een ‘zeer grote kans’ in de zin van het arrest *Nefalit/Karamus*[12] die een volledige toerekening van de aansprakelijkheid aan het ziekenhuis rechtvaardigt.

Shockschade

15. De vordering van de vader wegens shockschade kan volgens de deelgeschilrechter niet worden toegewezen, hoe invoelbaar het intense leed van de vader in haar ogen ook is. Zij overweegt dat de Hoge Raad in het *Taxibus*-arrest een aantal voorwaarden heeft geformuleerd voor het toewijzen van een shockschadevordering. Een daarvan is dat een verkeers- of veiligheidsnorm is overtreden. In het onderhavige geval is daarvan geen sprake, aldus de deelgeschilrechter, en reeds daarom moet deze vordering volgens haar worden afgewezen. Tegen dat oordeel valt wel iets in te brengen. In de literatuur is niet zonder reden bepleit deze voorwaarde te ecarteren; van alle door de Hoge Raad genoemde vereisten lijkt dit inderdaad de minst zwaarwegende.[13] Belangrijker is echter dat in de onderhavige casus goed te bepleiten valt dat juist wél een veiligheidsnorm is geschonden (zie daarvoor de argumenten hierboven genoemd in alinea nummer 9). De deelgeschilrechter is op dit punt kennelijk ook niet helemaal zeker van haar zaak, want in aanvulling op haar eerste afwijzingsgrond merkt zij

op dat de vader het optreden van de IUVD niet heeft waargenomen. Daardoor is in haar ogen niet voldaan aan het zogenoemde confrontatievereiste. Feitelijk opgevat valt op die conclusie niets af te dingen; de vader heeft zijn ongeboren kind niet zien overlijden. Dat kan ook niet, want dat vond plaats in de baarmoeder. Het confrontatievereiste moet in mijn ogen echter niet zo beperkt worden opgevat. Daaraan is ook voldaan als sprake is geweest van een ‘directe confrontatie met de ernstige gevolgen’, aldus de Hoge Raad in het *Taxibus*-arrest. In dat verband is relevant dat de vader aanwezig was op het moment waarop in het Engelse ziekenhuis werd vastgesteld dat zijn ongeboren kind was overleden. Ook zat hij ernaast toen de bevalling plaatsvond. Een directere confrontatie is onder deze omstandigheden niet goed denkbaar. Of dat voldoende zou zijn geweest voor toewijzing, is onzeker. In een sterk vergelijkbare zaak wees de rechtbank Maastricht de vordering van vader eveneens af.[14] Rechters lijken terughoudend als het gaat om toekenning van shockschade in medische zaken.[15]

Kosten deelgeschil

16. Voor de advocaat van de ouders zit het venijn in de staart. De deelgeschilrechter begroot de kosten van het deelgeschil op € 5.019,80. Het feit dat hier een aansprakelijkheid van 3,6% is vastgesteld, moet volgens haar echter als eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW worden verdisconteerd in de mate waarin de buitengerechtelijke kosten voor vergoeding in aanmerking komen. Zij beroept zich daarbij op het arrest *Van der Slot/Manege Bergemo*. [16] Dit resulteert dan in een vergoeding voor de advocaat van de ouders van € 180,71.

17. In mijn ogen is dit een ongelukkige beslissing. In de eerste plaats is discutabel of het hier gaat om eigen schuld in de zin van artikel 6:101 BW. Er is hier bijvoorbeeld geen sprake van ‘eigen gedrag van de benadeelde’, waardoor de schadeomvang groter is dan zonder dat gedrag het geval zou zijn geweest. Verder valt aan te voeren dat tussen de medische fout en de noodzaak om dit deelgeschil te voeren een volledig causaal verband bestaat. Op basis daarvan wees de rechtbank Den Haag eerder in een soortgelijke situatie de kosten van buitengerechtelijke bijstand volledig toe.[17] Een specifiek op de deelgeschilprocedure toegesneden argument is dat gedeeltelijke vergoeding van de buitengerechtelijke kosten zich slecht verhoudt met de grondgedachte achter de invoering van dit type procedure, te weten: het verlagen van (vooral financiële) drempels voor slachtoffers van letselschade. Tot slot kent artikel 6:101 BW nog zoiets als een tweede billijkheidscorrectie, waarmee kan worden voorkomen dat strikte toepassing van dat artikel leidt tot onbillijke uitkomsten.[18] Ik vermoed dat niemand het de deelgeschilrechter in de onderhavige procedure kwalijk zou hebben genomen als zij in deze zaak van die bevoegdheid gebruik zou hebben gemaakt.

mr. A.J. Van

[1] De oplettende lezer zal wellicht opmerken dat dit niet juist is omdat het percentage van 1,4% betrekking heeft op *alle* doorverwezen vrouwen, terwijl het percentage van 7,2% betrekking heeft op de groep vrouwen bij wie na doorverwijzing een CTG is vervaardigd. Dat is een kleinere groep, omdat in de gevallen waarin de foetus bij aankomst reeds was overleden (1,4% van het totaal) geen CTG is vervaardigd. De deelgeschilrechter lijkt dat ook te hebben opgemerkt, zie de slotalinea van rechtsoverweging 5.13. Ik kom daar later in deze annotatie nog op terug.

[2] Zie recent HR 10 januari 2020, ECLI:NL:HR:2020:27.

[3] HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299.

[4] HR 7 december 2007, ECLI:NL:HR:2007:BB3670.

[5] Zie bijvoorbeeld hof Arnhem 2 september 2012, ECLI:NL:GHARN:2012:BX8853.

[6] Zie daarover A.J. Van & R.P. Wijne, “Lies, damned lied and statistics”. De berekening van het verlies van een kans bij medische aansprakelijkheid’, *TVP* 2012(1), p. 16-24.

[7] C.M. McCarthy et al., ‘Perinatal outcomes of reduced fetal movements: a cohort study’, *BMC Pregnancy and Childbirth* (2016) 16:169.

[8] Zie r.o. 2.9.

[9] R.o. 5.13, laatste alinea.

[10] McCarthy et al., p. 3: ‘Of the 276 CTGs performed, 20 (7,2%) fulfilled criteria to classify the CTG as having “non-reassuring” features, of which 11 (55%) women were delivered on this presentation.’

[11] McCarthy et al., p. 4: ‘The stillbirth rate of this group of women presenting with RFM over 28 weeks’ gestation was 14.5 per 1000 [dit is het percentage van 1,4% (afgerond) dat het aantal vrouwen weergeeft bij wie bij binnenkomst in het ziekenhuis reeds sprake was van een IUVD, AJV], which is significantly higher than the institutional corrected stillbirth rate (of women over 28 weeks’ gestation) of 2.9 per 1000 in 2013.’

[12] HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:BO1799.

[13] Zie W.E. Noordhoorn Boelen, ‘Schending van een verkeers- of veiligheidsnorm; wel of niet een vereiste voor toekenning van shockschade?’, *TVP* 2012(4), p. 130-136.

[14] Rb. Maastricht 22 maart 2006, ECLI:NL:RBMAA:2012:AV7273. Een verschil met de

onderhavige zaak is dat de vader in deze zaak niet aanwezig was toen het levenloze kind ter wereld kwam, maar pas kort daarna.

[15] R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, Boom Juridische uitgevers, Den Haag 2017, par. 7.3.4.

[16] HR 21 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7624.

[17] Rb. Den Haag 12 juli 2000, VR 2001/20.

[18] Zie hierover (niet met instemming): A.L.M. Keirse & J. Biezenaar, 'Eigen schuld en BGK in (deel)geschil; wie kent de tweede billijkheidscorrectie?', *TVP* 2018(1), p. 1-15.