

Kansschade. Causaal verband tussen medische fout verloskundigenpraktijk en perinataal overlijden kindje? Leidt gemiste mogelijkheid om overlijden foe...

Rb. Amsterdam 29-10-2020, ECLI:NL:RBAMS:2020:5297

Instantie

Rechtbank Amsterdam

Datum

29 oktober 2020

Magistraten

Mr. P.J. van Eekeren

Zaaknummer

C/13/679634 / HA RK 20-50

JCDI

JCDI:ADS254613:1

Vakgebied(en)

Burgerlijk procesrecht / Bewijs

Verbintenissenrecht / Aansprakelijkheid

Burgerlijk procesrecht / Rechtspleging van onderscheiden aard

Verbintenissenrecht / Schadevergoeding

Brondocumenten

ECLI:NL:RBAMS:2020:5297, Uitspraak, Rechtbank Amsterdam, 29-10-2020

Wetgeving

Art. 6:98 BW; art. 1019aa Rv

Essentie

Kansschade. Shockschade. Deelgeschil. Causaal verband. Omkeringsregel. Aansprakelijkheid van maten van een verloskundigenpraktijk. Begroting kosten.

Causaal verband tussen medische fout verloskundigenpraktijk en perinataal overlijden kindje? Leidt gemiste mogelijkheid om perinataal overlijden te voorkomen tot kansschade of proportionele aansprakelijkheid? Welke kosten dienen vergoed te worden?

Samenvatting

Een zwangere vrouw die haar kind verminderd voelt bewegen, wordt in strijd met een richtlijn niet doorgestuurd naar het ziekenhuis. Ze voelt het kind nog éénmaal schoppen, het kind overlijdt vervolgens perinataal. In dit deelgeschil draait het om de vraag welke gevolgen de fout heeft gehad, waarbij verzocht wordt om een vergoeding wegens shockschade en een beroep wordt gedaan op de omkeringsregel, proportionele aansprakelijkheid en kansschade.

Om in kaart te brengen wat er zou zijn gebeurd als er geen fout was gemaakt, heeft de ingeschakelde onafhankelijke deskundige verwezen naar prognoses bij vrouwen die in de tweede helft van de zwangerschap klagen over verminderde foetale bewegingen. In het ziekenhuis dient dan een CTG en/of echo gemaakt te worden. Blijkens studie is er in 1,4% van de gevallen dan al sprake van een vruchtdood. Bij de nog levende kinderen leidt 3,6% van deze gevallen tot ingrijpen.

Rb.: Er is geen sprake van proportionele aansprakelijkheid, wel van kansschade. Als de moeder was verwezen naar het ziekenhuis en daar werd geconstateerd dat het kindje nog leefde, zouden tests zijn gedaan die in 3,6% van de gevallen zouden hebben geleid tot ingrijpen en voorkomen van het overlijden. Het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid is ongeschikt omdat de fout de schade niet heeft doen ontstaan, maar de kans op voorkoming van schade heeft doen afnemen. Deze kans van 3,6% acht de rechtbank gezien de omstandigheden reëel en rechtens relevant. De maten zijn hoofdelijk aansprakelijk.

Volgens de rechtbank is de omkeringsregel niet van toepassing, omdat er geen veiligheidsnorm is geschonden maar een algemene zorgvuldigheidsnorm. Volgens de rechtbank is geen sprake van shockschade. Er is geen verkeers- of veiligheidsnorm overtreden en er was geen waarneming of directe confrontatie met het ongeval. Nu er 3,6% aansprakelijkheid is vastgesteld, dienen naar analogie van jurisprudentie over verdiscontering van de mate van eigen schuld

Verwant oordeel

Zie ook:

- HR 23 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2987, RAV 2017/36, NJ 2017/133: kansschade, vergelijken met behandeling die zonder normschending feitelijk zou hebben plaatsgevonden;
- HR 21 december 2012, ECLI:NL:HR:2012:BX7491, RAV 2013/30, RCR 2013/16, NJ 2013/237 (*Deloitte/Hassink*): onderscheid proportionele aansprakelijkheid en kansschade;
- HR 24 oktober 2010, ECLI:NL:HR:2010:BO1799, RAV 2011/34, RCR 2011/10, NJ 2011/251 (*Fortis/Bourgonje*): proportionele aansprakelijkheid terughoudend toepassen;
- HR 12 september 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA7624, RAV 2007/47, NJ 2008/241 (*Van der Slot/Bergemo*): buitengerechtigde kosten in beginsel verminderen met percentage eigen schuld;
- HR 31 maart 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU6092, RAR 2006/73, NJ 2011/250 (*Nefalitt/Karamus*): proportionele aansprakelijkheid bij onzekerheid c.s.q.n.-verband normschending en schade;
- HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299, NJ 2004/307 (*Seresta-arrest*): geen toepassing omkeringsregel bij algemene normschending;
- Hof Amsterdam 4 januari 1996, ECLI:NL:GHAMS:1996:AB8629, NJ 1997/213 (*Wever/de Kraker*): kansschade wegens verloren kans op beter behandelingsresultaat;
- C.J.M. Klaassen, 'Kroniek causaliteit in het aansprakelijkheidsrecht', AV&S 2012/19.

Zie anders:

- HR 11 juli 2003, ECLI:NL:HR:2003:AF7423, NJ 2005/50 (*Bravenboer/London*): los van bestaan van schade vergoeding van redelijke kosten ter vaststelling van schade en aansprakelijkheid;
- Hof Arnhem-Leeuwarden 5 augustus 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:6223, RAV 2014/92: volledige vergoeding van in redelijkheid gemaakte advocaatkosten bij 60% proportionele aansprakelijkheid;
- Rb. Den Haag 12 juli 2000, ECLI:NL:RBSGR:2000:AK4345: causaal verband tussen advocaatkosten en fout afzonderlijk onderzoeken;
- Rb. Maastricht 13 juli 2005, ECLI:NL:RBMAA:2005:AV0628: kansschade van 3% te gering om rechtens relevant te zijn;
- A.J. Akkermans en C.H. van Dijk, 'Proportionele aansprakelijkheid, omkeringsregel, bewijslastverlichting en eigen schuld: een inventarisatie van de stand van zaken', AV&S 2012/17.

Wenk

Er is sprake van causaliteitsonzekerheid wanneer er na een normschending onduidelijk is wat er zou zijn gebeurd als de hulpverlener juist zou hebben gehandeld. In dit vonnis behandelt de rechtbank twee verschillende manieren om deze onduidelijkheid te benaderen.

Via de causaliteit: bij proportionele aansprakelijkheid wordt de 'veroorzakingswaarschijnlijkheid' onderzocht. Er wordt gekeken hoe groot de mogelijkheid is dat de (gehele) schade door de normschending is veroorzaakt, dit gedeelte moet worden vergoed door de normschender.

Via het schadebegrip: bij kansschade wordt onderzocht wat de kans op succes was geweest in de situatie zonder normschending. De schade die voortvloeit uit de normschending is de misgelopen kans op een beter resultaat. Volgens de rechtbank is van proportionele aansprakelijkheid geen sprake. Het is niet zo dat zowel de normschending als een andere gebeurtenis de schade veroorzaakt kan hebben, de normschending heeft alleen de kans op een betere behandeling ontnomen. Dit was anders geweest als de normschending zelf ook een extra gevaar voor het kind in het leven had geroepen, in dat geval was de schade (mogelijk) ontstaan door de normschending. In dit geval is slechts de kans om de schade te ontdekken en te voorkomen ontnomen. Deze gemiste kans op succes is kansschade. Volgens studies blijkt er bij 36 van de 1.000 kinderen die conform de richtlijn worden verwezen naar het ziekenhuis een noodzaak tot een keizersnee, waarmee het overlijden kan worden voorkomen. Deze kans van 3,6% op redding van het kind is in deze zaak niet verwezenlijkt, en voor deze schade bestaat aansprakelijkheid.

Nu de aansprakelijkheid voor 3,6% vaststaat, dient dit gedeelte van de kosten van de deelgeschilprocedure te worden vergoed, in lijn met jurisprudentie over de eigen schuld. Volgens de Hoge Raad dienen de advocaatkosten in beginsel verminderd te worden naar rato van het percentage eigen schuld (HR 12 september 2007, RAV 2007/47). In plaats van het reduceren van de advocaatkosten met een percentage, kan ook via de dubbele redelijkheidstoets worden beoordeeld welke kosten gerechtvaardigd zijn. Zo overwogen het Hof Arnhem-Leeuwarden (RAV 2014/92) en de Rechtbank Den Haag (ECLI:NL:RBSGR:2000:AK4345) met betrekking tot proportionele aansprakelijkheid dat moet worden gekeken of er causaal verband is tussen de gemaakte fout en de advocaatkosten, en dat moet worden beoordeeld of deze kosten in redelijkheid

Partij(en)

Beschikking in de zaak van

1. [Verzoekster 1],

2. [Verzoeker 2],

verzoekers, advocaat mr. M.G.F. de Graaff-Bosch te Utrecht,
tegen

1. Maatschap [verweerster], hierna: de verloskundigenpraktijk,

2. ASR Schadeverzekering N.V., te Utrecht,

verweersters, advocaat mr. M.J.J. de Ridder te Utrecht.

Uitspraak

Rechtbank:

1. De procedure

1.1.

Het verloop van de procedure blijkt uit:

- het verzoekschrift, met producties,
- de beschikking van 16 april 2020, waarbij een mondelinge behandeling is gelast,
- het verweerschrift, tevens houdende een zelfstandig tegenverzoek, met producties,
- het proces-verbaal van de mondelinge behandeling van 19 augustus 2020, met de daarin genoemde stukken;
- de brief van mr. de Ridder van 4 september 2020 met een reactie op het proces-verbaal, met één bijlage.

1.2.

De beschikking is vervolgens nader bepaald op 29 oktober 2020.

2. Feiten

2.1.

In 2015 was [verzoekster 1] voor de eerste keer zwanger en onder controle bij de verloskundigenpraktijk. De uitgerekende datum was 17 oktober 2015.

2.2.

Op 5 oktober 2015, in de 38e week van haar zwangerschap, gaf [verzoekster 1] tijdens een controle bij de dienstdoende verloskundige aan dat zij het kindje verminderd voelde bewegen. Er werd toen een hartfrequentie van 150 bpm vastgesteld. [Verzoekster 1] werd gerustgesteld en weer naar huis gestuurd en niet doorwezen naar het ziekenhuis voor nader onderzoek. Op de avond van 5 oktober 2015 voelde [verzoekster 1] het kindje in haar buik nog éénmaal schoppen.

2.3.

Op 6 oktober 2015 belde [verzoekster 1] met de verloskundigenpraktijk omdat zij haar slijmprop had verloren. Zij had slecht geslapen en had last van harde buiken. De verloskundige adviseerde haar te gaan douchen en te gaan slapen en de volgende dag weer telefonisch contact op te nemen.

2.4.

Op 7 oktober 2015 belde [verzoekster 1] wederom met de verloskundigenpraktijk. Zij had weer slecht geslapen en had af en toe pijn in de buik. Afgesproken werd dat zij bij toenemende buikpijn of andere veranderingen contact zou opnemen met de dienstdoende verloskundige.

2.5.

Op 7 oktober 2015 is [verzoekster 1] door haar vader opgehaald en naar Engeland vertrokken, alwaar zij bij haar ouders verbleef.

2.6.

Op 9 oktober 2015 heeft [verzoekster 1] zich in Leicester in het ziekenhuis gemeld alwaar toen een echo werd gemaakt en

een intra uterine vruchtdood (IUVD) werd vastgesteld.

2.7.

Op [geboortedatum] 2015 werd om 9.10 uur het kindje van [verzoekster 1] dood geboren. Het vervolgens verrichte obductieonderzoek leverde geen afwijkingen en geen verklaring voor het ontstaan van een IUVD op.

2.8.

Bij brief van 12 april 2016 heeft de advocaat van verzoekers de verloskundigenpraktijk aansprakelijk gesteld.

2.9.

ASR heeft, in een email van 7 april 2017, voor zover hier relevant, het volgende aan de advocaat van verzoekers geschreven:

“Bij deze stuur ik u de laatste drie adviezen van onze medisch adviseur. Hij is van mening dat onze verzekerde op 5 oktober 2015 verwijtbaar heeft gehandeld door uw cliënte niet ter controle door te sturen naar het ziekenhuis.

Dit op grond van het feit dat er op die datum minder kindbewegingen werden gevoeld.

Daar staat tegenover dat er op die dag erna, 6 oktober, de kindbewegingen wel voldoende waren. Daarnaast is niet komen vast te staan waardoor het kindje is overleden.

Het is daarom niet duidelijk of het handelen van verzekerde op 5 oktober tot het overlijden van het kindje heeft geleid. [...]

2.10.

Op 24 mei 2017 schrijft ASR het volgende aan de advocaat van verzoekers:

“zoals al eerder gezegd wordt de aansprakelijkheid erkend voor het verwijtbaar handelen van verzekerde op 5 oktober 2015. Op die datum had verzekerde uw cliënte feitelijk moeten doorsturen voor nader onderzoek. Dat het niet doorsturen op 5 oktober 2015 heeft geleid dat het overlijden van het kindje is niet komen vast te staan omdat de doodsoorzaak niet duidelijk is geworden. [...]

2.11.

Op gemeenschappelijk verzoek van partijen heeft dr. J.J. Duvekot, gynaecoloog verbonden aan het Erasmus MC, op 19 april 2018 een deskundigenrapport uitgebracht (hierna: het rapport van Duvekot), dat voor zover hier relevant als volgt luidt:

“Het is puur speculeren om in dit individuele geval percentages te noemen over de kans op overleven van de neonat als patiënte wel direct was ingestuurd naar het ziekenhuis en er daar een cardiotocogram (CTG) was gemaakt en/of een echo. Dit percentage hangt er in de eerste plaats van af of de foetus bij aankomst in het ziekenhuis nog had geleefd. Zo ja, dan had er sprake kunnen zijn van een normale foetale conditie ongeacht van wat er later zou gebeuren. Was er sprake van een bedreigde foetale conditie dan zijn de overlevingskansen ook nog afhankelijk van de mate van bedreiging en de logistiek in het ziekenhuis om met spoed een keizersnede te kunnen verrichten.

Het is wel mogelijk om percentages te geven voor de prognose bij patiënten die in de tweede helft van de zwangerschap klagen over verminderde foetale bewegingen. In een Engelse studie werd dit prospectief geëvalueerd (McCarthy CM, Meaney S, O'Donoghue K. Perinatal outcomes of reduced fetal movements: a cohort study. BMC Pregnancy Childbirth 2016; 16:169). In deze studie was er in 1.4 % van de gevallen sprake van een intra-uteriene vruchtdood. Bij alle andere patiënten werd een CTG vervaardigd, waarvan 7.2 % 'non-reassuring' was en bij de helft werd om die reden een sectio caesarea verricht. [...]

2.12.

Op 17 juni 2019 heeft Duvekot, op basis van éézijdig aan hem gestelde vragen door de door verzoekers geraadpleegde adviseur mr. dr. R.P. Wijne het volgende, voor zover hier van belang, aan zijn rapport toegevoegd (hierna: de aanvulling op het rapport van Duvekot):

“In de tweede lijn zou bij verwijzing van betrokkene in ieder geval een CTG en een echo zijn vervaardigd. Als er sprake zou zijn geweest van een normaal CTG en een echo met normaal vruchtwater en een foetus met een adequate groei, zou betrokkene weer terug zijn verwezen naar de 1e lijn. Het blijft natuurlijk speculeren wat de uitslagen van deze twee diagnostische onderzoeken zouden zijn geweest op die bewuste 05-10-2015.

Indien er sprake zou zijn geweest van een afwijkend CTG, zou er zeker actie zijn ondernomen.

Voor een classificatie van het CTG zie bijlage 1. Bij een abnormaal of preterminaal CTG zou er vrijwel zeker een spoed sectio caesarea zijn verricht. Bij een suboptimaal CTG kan er nog wel worden gekozen voor de optie om de baring in te leiden. Toch denk ik dat ook in het laatste geval er vaak voor een sectio caesarea zal worden gekozen.

Indien er bij echoscopisch onderzoek sprake zou zijn geweest van verminderd vruchtwater, had het in de verwachting gelegen dat de baring op korte termijn zou zijn ingeleid. Bij een groeivertraagde foetus zou waarschijnlijk hetzelfde advies zijn gegeven.

Sowieso zou bij een afwijking van het CTG of de echo de controle van de zwangerschap zijn overgenomen in de 2e lijn. [...] Om direct antwoord te geven op bovenstaande vraag is er op basis van deze studies bij 0 – 1,4% van de gevallen al sprake van een intra uteriene vruchtdood. Bij 1,5 – 3,6% van de gevallen is er sprake van een dermate verontrustend CTG dat een spoed sectio caesarea nodig is. Wanneer hier geen aandacht aan wordt besteed moet er worden vanuit gegaan dat vrijwel al deze gevallen ook in een intra-uteriene vruchtdood zouden zijn geëindigd. Ik vind een dergelijke kans op intra-uteriene sterfte groot.”

2.13.

Nadat de rechtbank Midden-Nederland bij beschikking van 17 april 2019 het verzoek van verzoekers tot het houden van een voorlopig deskundigenbericht van Wijne had afgewezen, heeft Wijne, op éénzijdig verzoek van verzoekers, het volgende gerapporteerd op 16 augustus 2019 (hierna: het rapport van Wijne):

“Gegeven de conclusies van dr. J.J. Duvekot en gezien mijn visie op de toepassing van de leren van de proportionele aansprakelijkheid en de verloren kans, meen ik dat deze zaak zich leent voor een toepassing van de leer van de proportionele aansprakelijkheid. Bij juist medisch handelen zou er in 0 - 1,4% van de gevallen sprake zijn van intra-uterien overlijden. Bij onjuist medisch handelen komt daar 2,2% bij en is ook in 1,5 - 3,6% van de gevallen het overlijden van het kind een feit.

De berekening is dan de volgende:

proportionele aansprakelijkheid = (kans op gezondheidsschade in de situatie met fout minus kans op gezondheidsschade in de situatie zonder fout) gedeeld door kans op gezondheidsschade in de situatie met fout maal 100

oftewel:

proportionele aansprakelijkheid is $3,6 - 1,4 : 3,6 \times 100 = 61\%$.”

2.14.

Op 3 september 2019 heeft de advocaat van verweerders het verzoek van de advocaat van verzoekers van 21 augustus 2019 om een (proportionele) aansprakelijkheid te erkennen van 61% afgewezen.

2.15.

De advocaat van verweerders heeft op 5 november 2019 aan de advocaat van verzoekers een voorstel gedaan voor een minnelijke regeling neerkomend op een vergoeding van € 17.500 voor verzoekers, een vergoeding voor buitengerechtelijke kosten van € 15.000 en het afzien van de proceskostenveroordeling in voornoemde beschikking van de rechtbank Midden-Nederland. Dit voorstel is afgewezen.

3. Het verzoek

3.1.

Verzoekers verzoeken bij beschikking, uitvoerbaar bij voorraad:

- I. te bepalen dat de verloskundigenpraktijk en de maten van de maatschap volledig aansprakelijk zijn voor het overlijden van de foetus, dan wel dat zij op basis van proportionele aansprakelijkheid 61% aansprakelijk zijn, dan wel een door de rechtbank in goede justitie te bepalen percentage;
- II. te bepalen dat [verzoeker 2] een vordering wegens shockschade toekomt, zulks zonder korting of vermindering, althans door de rechtbank in goede justitie te bepalen;
- III. de kosten van de procedure te begroten op € 2.434,52, te vermeerderen met het griffierecht van € 83, de nog te maken kosten in verband met de mondelinge behandeling tegen een uurtarief van € 240, te vermeerderen met 21% btw, deze procedurekosten te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na de te wijzen beschikking;
- IV. de verloskundigenpraktijk en de maten en ASR ieder hoofdelijk te veroordelen in de kosten van deze procedure zoals genoemd onder III.

3.2.

Verzoekers gronden hun vordering, kort samengevat, op verwijtbaar medisch handelen van de verloskundigen die in dienst waren van de verloskundigenpraktijk. Verweerders hebben de aansprakelijkheid voor de fout op 5 oktober 2015 erkend. Het overlijden van het kindje is het gevolg geweest van deze fout, volgens verzoekers.

Primair stellen verzoekers dat de verloskundigenpraktijk, met een beroep op de omkeringsregel, 100% aansprakelijk is voor dit overlijden en de dientengevolge geleden schade. Subsidiair komen verzoekers, met een beroep op proportionele aansprakelijkheid, op 61% aansprakelijkheid. Meer subsidiair verzoeken zij de rechtbank een aansprakelijkheidspercentage te bepalen. ASR is op grond van artikel 7:954 van het Burgerlijk Wetboek (BW) gehouden om de letselschade van verzoekers te vergoeden.

De vordering van [verzoeker 2] tot vergoeding van shockschade is gebaseerd op een zelfstandig jegens hem gepleegde

onrechtmatige daad.

3.3.

Verweerders voeren gemotiveerd verweer.

4. Het tegenverzoek

4.1.

Verweerders verzoeken de rechtbank om bij uitvoerbaar bij voorraad te verklaren beschikking voor recht te verklaren dat niet is gebleken dat verzoekers door de fout, waarvoor op 7 april 2017 door ASR aansprakelijkheid is erkend, meer toerekenbare schade is ontstaan dan het bedrag van € 17.500, dat ASR bij herhaling heeft aangeboden.

4.2.

Verweerders hebben tijdens de mondelinge behandeling toegelicht dat dit tegenverzoek subsidiair geldt, te weten in de (primair betwiste) situatie dat volledige causaliteit wordt aangenomen. In dat geval is de schade in de visie van verweerders maximaal € 17.500. Dat bedrag ziet dan op de volledige schade, niet zijnde de shockschade. Shockschade komt helemaal niet voor vergoeding in aanmerking, aldus verweerders.

4.3.

Verzoekers voeren hiertegen gemotiveerd verweer.

5. De beoordeling

Ontvankelijkheid deelgeschil

5.1.

Het verzoek van verzoekers is gegrond op artikel 1019w Rv. Dat artikel biedt de persoon die een ander aansprakelijk houdt voor zijn letselschade de mogelijkheid, ook voordat de zaak ten principale aanhangig is, de rechter te verzoeken te beslissen over een geschil over of in verband met een deel van hetgeen ter zake tussen hen rechtens geldt en waarvan de beëindiging kan bijdragen aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst over de vordering in de hoofdzaak.

5.2.

Verweerders voeren aan dat beslechting van het verzoek van verzoekers partijen niet dichter bij een vaststellingsovereenkomst brengt omdat zij niet alleen over de onderhavige geschilpunten maar (vooral) ook over de schadeomvang van mening verschillen.

5.3.

Dit verweer faalt. Doordat in deze deelgeschilprocedure op bepaalde geschilpunten wordt beslist, kan het vastgelopen buitengerechtelijk onderhandelingstraject tussen partijen mogelijk weer worden vlot getrokken zodat partijen op basis van die beslissing vervolgens verder kunnen onderhandelen over de nog resterende geschilpunten om alsnog te komen tot een schikking. De rechtbank is met verzoekers van oordeel dat het verzoek voldoet aan dit criterium en zich dus leent voor een behandeling in een deelgeschilprocedure.

Kern van het geschil

5.4.

Verweerders hebben erkend (zie 2.9) dat de verloskundigenpraktijk op 5 oktober 2015 verwijtbaar heeft gehandeld door [verzoekster 1] niet door te verwijzen naar het ziekenhuis ter controle op grond van het voelen van verminderde kindbewegingen. Verweerders hebben aansprakelijkheid erkend voor die fout (hierna: de medische fout). In dit deelgeschil staat centraal de vraag of de medische fout in causaal verband staat tot het overlijden van het kindje en de gestelde dientengevolge geleden schade, in welk geval sprake zou zijn van aansprakelijkheid voor die schade. De rechtbank zal bij de beoordeling uitgaan van het in gezamenlijke opdracht van partijen opgestelde rapport van Duvekot. Daarbij wordt rekening gehouden met de omstandigheid dat de aanvulling op het rapport van Duvekot slechts op éézijdig verzoek aan de zijde van verzoekers heeft plaatsgevonden.

5.5.

Buiten de omvang van het geding valt de door verzoekers ter zitting opgeworpen vraag ten aanzien van het wel of niet (tijdig) testen van [verzoekster 1] op zwangerschapsdiabetes en/of het wel of niet telefonisch op 6 oktober 2015 doorgeven door [verzoekster 1] van bloedverlies en/of groen vruchtwater en het wel of niet daarop gegeven (on)juiste advies door de verloskundigen.

De omkeringsregel

5.6.

Primair beroepen verzoekers zich op 100% aansprakelijkheid voor het overlijden van het kindje via toepassing van de omkeringsregel. Volgens verzoekers heeft de verloskundige een specifiek protocol niet nageleefd, dat strekt ter voorkoming van een specifiek gevaar, te weten perinatale sterfte. Het gevaar waarvoor de geschonden norm probeert te beschermen heeft zich vervolgens ook verwezenlijkt. [Verzoekster 1] had op 5 oktober 2015 moeten worden doorverwezen naar het ziekenhuis voor het maken van een echo en een CTG. In de avond van 5 oktober 2015 was het kindje nog in leven. Het causaal verband tussen de medische fout en het overlijden van het kindje dient daarom te worden aangenomen, behoudens door verweerders te leveren tegenbewijs, dat echter niet is geleverd.

5.7.

Verweerders voeren hiertegen aan dat de doodsoorzaak niet is komen vast te staan. In dergelijke gevallen mist de omkeringsregel toepassing, verwijzend naar het Seresta-arrest van de Hoge Raad. In dit geval is de geschonden norm niet specifiek genoeg om met succes een beroep op de omkeringsregel te kunnen doen en betreft het geen veiligheidsnorm maar een algemene zorgvuldigheidsnorm. Elke controle van de verloskundige heeft tot doel om perinatale sterfte te voorkomen. Het blijft een algemene gezondheidsnorm.

5.8.

De rechtbank stelt voorop dat volgens vaste rechtspraak de omkeringsregel ertoe strekt dat in bepaalde gevallen een uitzondering wordt gemaakt op de hoofdregel van artikel 150 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv), in die zin dat het bestaan van causaal verband - in de zin van een conditio sine qua non-verband (hierna: csqn-verband) - tussen een onrechtmatige daad of tekortkoming en het ontstaan van de schade in beginsel wordt aangenomen, behoudens door de aangesprokene te leveren tegenbewijs.

Voor toepassing van de 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 in het concrete geval het specifieke gevaar waartegen de norm beoogt te beschermen zich ook heeft verwezenlijkt.

5.9.

Uit het rapport van Duvekot leidt de rechtbank af dat de verloskundige heeft gehandeld in strijd met de richtlijn van de NVOG/KNOV (verminderde kindbewegingen tijdens zwangerschap) versie 1.0, december 2013, door [verzoekster 1] niet op 5 oktober 2015 door te verwijzen naar het ziekenhuis. Het uiteindelijke doel van de richtlijn is het bevorderen van de gezondheid en het leveren van een bijdrage aan het terugdringen van perinatale sterfte, en in het bijzonder de sterfte tijdens de zwangerschap, aldus de richtlijn.

Het bestaan en niet naleven van deze specifieke richtlijn neemt niet weg dat hier sprake is van schending van een algemene zorgvuldigheidsnorm, die primair strekt ter bevordering van de gezondheid en verder, in zijn algemeenheid, bijdraagt aan het voorkomen van perinatale sterfte. Van een veiligheidsnorm is geen sprake. De richtlijn ziet niet op het voorkomen van een specifieke doodsoorzaak. Relevant in dit verband is dat verweerders ter zitting - onbetwist - hebben toegelicht dat elke controle van de verloskundige feitelijk tot doel heeft om perinatale sterfte te voorkomen. Verder is relevant dat de obductie de oorzaak van de IUVD niet heeft opgehelderd en dat deze ook anderszins niet is komen vast te staan. Om onduidelijke redenen verkeerde het kindje kennelijk in een benarde situatie, welke situatie niet door het handelen van de verloskundige zelf werd veroorzaakt. Zoals de Hoge Raad eerder heeft beslist in het Seresta-arrest (ECLI:NL:HR:2004:AO1299) staat het niet vast staan van de doodsoorzaak aan het toepassen van de omkeringsregel in de weg. Dit betekent dat in het onderhavige geval de omkeringsregel niet kan worden toegepast. Er bestaat – ook overigens – geen grond om volledig csqn-verband vast te stellen tussen de medische fout en het overlijden van het kindje. Het primaire standpunt van verzoekers wordt dus verworpen.

Proportionele aansprakelijkheid/kansschade

5.10.

Subsidiair – uitgaande van onzekerheid omtrent het bestaan van csqn-verband – stellen verzoekers, met toepassing van de leer van de proportionele aansprakelijkheid, dat verweerders aansprakelijk zijn voor 61% van de schade ten gevolge van het overlijden van het kindje. Ter onderbouwing van deze stelling leggen zij het rapport van Wijne over alsmede het aanvullende rapport van Duvekot, met de beantwoorde eenzijdig door Wijne aan hem gestelde vragen. Wijne heeft voor haar berekening de volgende formule gebruikt:

de kans op gezondheidsschade met fout minus de kans op gezondheidsschade zonder fout gedeeld door de kans op gezondheidsschade met fout x 100

Deze berekening komt volgens Wijne uit op: $[3,6 - 1,4] / 3,6 \times 100 = 61\%$

Bij de berekening van het percentage aansprakelijkheid moet gekeken worden naar het aantal gevallen waarin baby's overlijden met en zonder medische fout. Daar is de berekening op gebaseerd en niet op cijfers waarbij het wel goed is gegaan en de zwangere zou zijn terugverwezen naar de eerste lijn, met welke cijfers hier geen rekening hoeft te worden gehouden.

De omstandigheid dat de doodsoorzaak nooit is vastgesteld, staat aan de toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid niet in de weg, aldus steeds verzoekers.

5.11.

Verweerders betwisten dat proportionele aansprakelijkheid kan worden aangenomen en voeren daartoe het volgende aan. Nu de oorzaak van de IUVD niet is komen vast te staan en ook niet bekend is of er wel maatregelen hadden kunnen worden genomen om het optreden daarvan te voorkomen, of althans de kans daarop te verminderen, is er geen grond voor proportionele aansprakelijkheid. Voor zover er al voldoende grond zou zijn voor toepassing van het leerstuk van proportionele aansprakelijkheid geldt dat het gaat om een kans van minder dan 1,5%, of althans een zodanig kleine kans dat deze onvoldoende is om als rechtens relevant te worden aangemerkt. Daarbij wordt opgemerkt dat de berekening van Wijne onjuist is nu zij de verreweg grootste kans van 98%, dat er op een echo/CTG geen afwijkingen zouden zijn gevonden en waarbij de zwangere naar de eerste lijn zou zijn terugverwezen, ten onrechte buiten beschouwing laat. In die gevallen, waarin wordt terugverwezen, geldt vervolgens ook weer de algemene kans op het intreden van een IUVD, die volgens verweerders in hun brief in reactie op het proces-verbaal 4.8/1000 is.

Verweerders voeren tot slot aan dat het leerstuk van de kansschade niet van toepassing is omdat hier niet vaststaat dat de niet-verwijzing op 5 oktober 2015 aan het optreden van de IUVD die op 9 oktober 2015 werd vastgesteld, heeft bijgedragen, terwijl fictieve kansen rechtens niet voldoende zijn om voor vergoeding in aanmerking te komen.

5.12.

De rechtbank stelt het volgende voorop. In de jurisprudentie van de Hoge Raad zijn de volgende twee rechtsregels ontwikkeld die ertoe strekken om in een situatie waarin onzekerheid over de causaliteit bestaat, de gevolgen van deze onzekerheid uit overwegingen van redelijkheid en billijkheid niet geheel voor rekening van de benadeelde te laten, maar deze over de aansprakelijke persoon en de benadeelde te verdelen.

5.12.1.

Het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid benadert de causaliteit via de weg van de veroorzakingswaarschijnlijkheid. Deze leer houdt in dat de rechter in gevallen waarin niet kan worden vastgesteld of de schade is veroorzaakt door een normschending van de aansprakelijk gestelde persoon of van iemand voor wie hij aansprakelijk is, dan wel door een oorzaak die voor risico van de benadeelde zelf komt (of door een combinatie van beide oorzaken) en waarin de kans dat de schade door de normschending is veroorzaakt niet zeer klein of zeer groot is, de aansprakelijk gestelde persoon mag veroordelen tot schadevergoeding in evenredigheid met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door zijn normschending is veroorzaakt. Een terughoudende toepassing is volgens de Hoge Raad geboden, omdat dit leerstuk de mogelijkheid in zich draagt dat iemand aansprakelijk wordt gehouden voor een schade die hij niet, of niet in de door de rechter aangenomen mate, heeft veroorzaakt. De strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending – waaronder de aard van de schade – dienen de toepassing van een proportionele aansprakelijkheid in het concrete geval te rechtvaardigen.

5.12.2.

Het leerstuk van de kansschade ziet op een benadering van de causaliteit vanuit het schadebegrip en strekt tot schadebegroting aan de hand van het verlies van een kans. Toegepast op medische aansprakelijkheid dient de vraag te worden beantwoord of voor de patiënt door de fout van de arts een kans op een beter behandelingsresultaat verloren is gegaan. Daartoe dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de feitelijke situatie na de normschending en hetgeen feitelijk zou zijn gebeurd de normschending weggedacht.

De ondergrens voor de toepassing van dit leerstuk is dat het moet gaan om een reële, dat wil zeggen niet zeer kleine, kans.

5.13.

De rechtbank overweegt als volgt.

Indien in de onderhavige zaak was verwezen naar het ziekenhuis, zou volgens Duvekot in 1,4% van de gevallen zijn geconstateerd dat het kind al was overleden. Het niet doorsturen leidt in die gevallen niet tot gezondheidsschade, immers zou alleen eerder zijn geconstateerd dat de dood was ingetreden. Dit percentage is dus niet relevant voor de berekening van een shadekans.

Indien de moeder van het kindje wegens verminderde beweeglijkheid van het kindje was verwezen naar het ziekenhuis en daar was geconstateerd dat het kindje nog in leven was, zouden tests zijn gedaan die in 3,6% van de gevallen zouden hebben geleid tot het constateren van een zorgelijke situatie die tot een ingrijpen ter voorkoming van de dood zou hebben

geleid. In 96,4% van de gevallen zouden geen maatregelen zijn genomen.

Nu de moeder niet voor onderzoek naar het ziekenhuis is gestuurd is haar de kans ontnomen dat onderzoek te ondergaan. Haar kans om ondanks verminderde beweeglijkheid een levend kind ter wereld te brengen was zonder tests 96,4%. Indien zij de tests zou hebben ondergaan zou in 3,6% van de gevallen een zorgelijke situatie zijn geconstateerd, maar aangenomen kan worden dat dan (in ieder geval in de meeste gevallen) door ingrijpen alsnog een levend kind ter wereld zou zijn gekomen.

De in het kader van proportionele aansprakelijkheid gebruikelijke formule (zoals door Wijne gebruikt) 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. De mate van aansprakelijkheid kan in dit geval - met toepassing van het leerstuk van de kansschade - als volgt worden berekend:

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: $3,6 / 100 \times 100 = 3,6 \%$.

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 plaats heeft gevonden, 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.

5.14.

De rechtbank acht de aldus berekende kans van 3,6% weliswaar klein, maar in de gegeven omstandigheden niet zodanig gering dat deze moet worden gekwalificeerd als een niet reële kans. Voornoemde noodzaak tot terughoudendheid noopt niet toe tot een zodanige kwalificatie, rekening houdend met de strekking van de geschonden norm en de aard van de normschending, waaronder de aard van de schade.

In het onderhavige geval heeft de verloskundigenpraktijk een medische fout gemaakt, zag de geschonden norm op het voorkomen van perinatale sterfte, is het kindje perinataal gestorven en betreft het hier gestelde schade van de ouders van het kindje. Op grond hiervan is de rechtbank van oordeel dat een kans van 3,6% een rechtens relevante omvang heeft.

Tussenconclusie aansprakelijkheid verloskundigenpraktijk

5.15.

Het hiervoor overwogene leidt tot een aansprakelijkheid van 3,6% van de verloskundigenpraktijk voor het overlijden van het kindje. Dat betekent dat het verzoek zoals weergegeven onder 3.1 sub I. in zoverre toewijsbaar is.

Shockschade [verzoeker 2] (verzoek 3.1 sub II)

5.16.

Gegeven voornoemde aansprakelijkheid van 3,6%, komt de rechtbank toe aan de beoordeling van verzoek 3.1 sub II.

5.17.

[Verzoeker 2] stelt dat aan hem een vergoeding wegens shockschade toekomt. Hij grondt deze stelling op een zelfstandig jegens hem gepleegde onrechtmatige daad.

Hiertoe voert hij aan dat hij als vader en echtgenoot steeds nauw betrokken was bij deze zwangerschap, dat het hun eerste kindje was, dat het kindje vlak voor de uitgerekende datum in de buik van [verzoekster 1] is overleden, dat dit overlijden bij haar opname in het ziekenhuis in Engeland werd geconstateerd en aan verzoekers werd meegedeeld waardoor [verzoeker 2] direct met dit overlijden werd geconfronteerd, dat hij bij de bevalling van het overleden kindje is geweest en hij het kindje, een zontje, na de bevalling samen met [verzoekster 1] heeft vastgehouden, dat het kindje de naam [naam minderjarige] heeft gekregen en dat het kindje bij gebrek aan financiële middelen van verzoekers op kosten van de Engelse staat in Engeland is begraven. Het niet serieus nemen van de zorgen van verzoekers, het hen niet in de gelegenheid stellen nader onderzoek te laten doen naar het ongeborn kindje terwijl daar alle redenen toe was, het onverwachte overlijden aan het eind van de zwangerschap, het moeten doormaken van de bevalling wetende dat hun zoon reeds was overleden en daarna de confrontatie met het overleden kindje is voor hem traumatisch geweest, aldus [verzoeker 2]. Verder stelt hij dat hij door zijn huisarts vanwege een verdenking van een post traumatische stress stoornis (PTSS) is verwezen naar het Sinai Centrum te Amstelveen, waar door de behandelend GZ-psycholoog een diagnose PTSS werd gesteld alsmede een depressieve stoornis met psychotische kenmerken. Aldus is voldaan aan de voorwaarden voor een aanspraak op vergoeding van shockschade, weergegeven in het zogenoemde Taxibus arrest van de Hoge Raad van 22 februari 2002 (ECLI:NL:HR:2002:AD5356), aldus [verzoeker 2].

Verweerders hebben deze stelling betwist.

5.18.

De rechtbank stelt voorop dat ingevolge vaste jurisprudentie ten aanzien van het wettelijk systeem in de artikelen 6:106-6:108 BW, ingezet met het Taxibus arrest, voor een shockschadeclaim (samengevat) cumulatief vereist is:

- 1) een overtreding van een verkeers- of veiligheidsnorm;
- 2) waardoor een ernstig ongeval is opgetreden;
- 3) de derde moet het ongeval hebben waargenomen of direct geconfronteerd zijn met de ernstige gevolgen daarvan;
- 4) deze confrontatie dient bij de derde tot een in de psychiatrie erkend ziektebeeld te hebben geleid.

5.19.

In dit geval is geen sprake van schending of opzettelijke overtreding van een verkeersnorm en evenmin, zoals overwogen in 5.9., van een veiligheidsnorm. Aan voorwaarde 1) is dus niet voldaan. Reeds hierom kan de rechtbank aan [verzoeker 2] geen recht op shockschade toekennen, nog daargelaten dat [verzoeker 2] het optreden van de IUVD niet heeft waargenomen. Dat het kindje perinataal was overleden, hebben verzoekers nadien in het ziekenhuis vernomen. In de wetenschap dat het kindje reeds was overleden, heeft vervolgens de bevalling plaatsgevonden. Dit betekent dat aan voorwaarde 3) evenmin is voldaan. De conclusie is dan ook dat, hoe invoelbaar het in 5.17. beschreven intense leed als gevolg van de dood van het kindje ook is, deze droevige persoonlijke omstandigheden niet dragend kunnen zijn voor toewijzing van het verzoek onder 3.1 sub II.

Het tegenverzoek (4.1-4.2)

5.20.

Gezien voornoemde tussenconclusie (5.15) is geen volledige causaliteit aangenomen. Dat betekent dat niet is voldaan aan de door verweerders gestelde voorwaarde voor het tegenverzoek. Aan de beoordeling daarvan wordt dus niet toegekomen.

Kosten deelgeschil (verzoek 3.1. sub IV)

5.21.

Op grond van artikel 1019aa Rv dient in beginsel begroting plaats te vinden van de kosten van de behandeling van het verzoek aan de zijde van de persoon die schade door dood of letsel lijdt. Indien een deelgeschilprocedure volstrekt onnodig of onterecht is ingesteld, komen de kosten daarvan niet voor vergoeding in aanmerking.

5.22.

Anders dan verweerders aanvoeren kan, in het verlengde van het overwogene in 5.1-5.3., niet worden gezegd dat verzoekers niet in redelijkheid hebben kunnen besluiten dit deelgeschil aanhangig te maken. Deze deelgeschilprocedure is dus niet volstrekt onnodig of onterecht is ingesteld. De rechtbank komt dus toe aan begroting van de kosten daarvan.

5.23.

De in dit verband door verweerders opgeworpen - maar niet nader toegelichte - omstandigheid dat verzoekers op basis van een toevoeging procederen, doet daar niet aan af. Op deze toevoeging zal immers een resultaatsbeoordeling plaatsvinden en deze kan, zo merken verzoekers terecht op, met terugwerkende kracht worden ingetrokken, indien (a) de rechtzoekende de kosten van rechtsbijstand kan verhalen op een derde, of (b) op het moment van de definitieve afhandeling van de zaak waarvoor die toevoeging was verleend de rechtzoekende als resultaat van die zaak een vordering met betrekking tot een geldsom ter hoogte van tenminste 50% van het heffingsvrije vermogen heeft. Dat volgt uit artikel 34g van de Wet op de rechtsbijstand. De omstandigheid dat sprake is van een toevoeging maakt dus niet dat begroting achterwege kan blijven. Verzoekers hebben belang bij en daarom recht op een begroting van hun kosten voor dit deelgeschil.

5.24.

Bij het begroten van deze kosten dienen ingevolge artikel 1019aa Rv alle kosten als bedoeld in artikel 6:96 lid 2 BW in aanmerking te worden genomen.

Op grond van artikel 6:96 lid 2 BW dient bij de begroting de dubbele redelijkheidstoets te worden gehanteerd; het dient redelijk te zijn dat de kosten zijn gemaakt en de hoogte van de kosten dient eveneens redelijk te zijn.

5.25.

De advocaat van verzoekers heeft de kosten van dit deelgeschil begroot op € 2.434,52 inclusief btw tot en met het opstellen en indienen van het verzoekschrift, uitgaande van een uurtarief van € 240 exclusief btw, neerkomend op (afgerond) 8,5 uur. Voor de voorbereiding van de zitting en het opstellen van de pleitnota inclusief een reactie op het tegenverzoek komen daar nog 6,5 uur bij plus 2 uur aan reiskosten.

5.26.

Verweerders hebben in algemene zin de hoogte en redelijkheid van het ter zake gevorderde honorarium betwist, daaronder begrepen het gestelde uurtarief.

5.27.

Gelet op de juridische complexiteit van deze zaak acht de rechtbank het besteden van in totaal 17 uur aan het voeren van deze deelgeschilprocedure, inclusief de mondelinge behandeling die twee uur en drie kwartier duurde, redelijk. Ook het uurtarief van € 240, nog te vermeerderen met btw, is redelijk gegeven het specialisme van de onderhavige LSA-advocaat. Aanvullende reiskosten zijn niet gespecificeerd en worden daarom buiten beschouwing gelaten. De voor begroting in aanmerking komende kosten bedragen daarmee € 4.080 exclusief btw, zijnde € 4.936,80 inclusief btw + € 83 aan griffiegeld = € 5.019,80.

5.28.

Verzoekers verzoeken om veroordeling van verweerders in de begrote kosten.

Verweerders hebben aansprakelijkheid voor de medische fout erkend. Zij hebben evenwel, zoals hiervoor omschreven, enige causaliteit tussen de medische fout en de hier gestelde schade weersproken. Zij hebben aldus hun aansprakelijkheid voor deze schade betwist.

5.29.

Ingevolge artikel 1019aa Rv kan de benadeelde de begrote kosten in beginsel volledig vergoed krijgen van de andere partij, als diens aansprakelijkheid tenminste voldoende komt vast te staan (vgl. ECLI:NL:GHARN:2011:BU8395). In dit geval is een aansprakelijkheid van 3,6% vastgesteld. De rechtbank overweegt dat nu sprake is van gedeeltelijke aansprakelijkheid, dit in beginsel in gelijke mate de verplichting tot het vergoeden van de kosten van een deelgeschil ex artikel 6:1019aa Rv vermindert, analoog aan de in het arrest van de Hoge Raad van 21 september 2007 (ECLI:NL:HR:2007:BA7624) verwoorde hoofdregel inzake de verdiscontering van de mate van eigen schuld ex artikel 6:101 BW in de buitengerechtelijke kosten ex artikel 6:96 lid 2 BW, behoudens toepassing van de billijkheidscorrectie ex artikel 6:101 lid 2 BW. De rechtbank ziet – nu partijen hiervoor geen aanknopingspunten hebben verschaft — geen aanleiding om af te wijken van deze hoofdregel.

5.30.

Dit betekent dat de voor vergoeding in aanmerking komende kosten worden begroot op $3,6\% \times € 5.019,80 = € 180,71$. Verweerders zullen worden veroordeeld tot betaling aan verzoekers van dit bedrag, vermeerderd met de gevorderde en niet weersproken wettelijke rente.

(Hoofdelijke) aansprakelijkheid maten (verzoeken 3.1. sub I en IV)

5.31.

De verklaring voor recht terzake aansprakelijkheid van de maten als bedoeld in het verzoek 3.1. sub I en de hoofdelijke aansprakelijkheid als bedoeld in het verzoek sub IV zijn eveneens toewijsbaar.

Onder verwijzing naar het arrest van de Hoge Raad van 15 maart 2013 (ECLI:NL:HR:2013:BY7840) moet de vordering worden geacht tevens te zijn ingesteld jegens de gezamenlijke maten die onder de naam van de verloskundigenpraktijk op voor derden kenbare wijze aan het rechtsverkeer deelnemen.

5.32.

De verzochte hoofdelijke kostenveroordeling van (ook) ASR is als onweersproken toewijsbaar.

6. De beslissing

De rechtbank

6.1.

bepaalt dat de verloskundigenpraktijk en de maten van de maatschap voor 3,6% aansprakelijk zijn voor het overlijden van de foetus,

6.2.

begroot de kosten van het deelgeschil op € 5.019,80 en veroordeelt de verloskundigenpraktijk en de maten en ASR hoofdelijk, des de één betalende de ander zal zijn gekweten, om van dit bedrag € 180,71 aan verzoekers te betalen, te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf veertien dagen na de datum van deze beschikking tot aan de dag van voldoening,

6.3.

verklaart de kostenveroordeling (6.2.) uitvoerbaar bij voorraad,

6.4.

wijst af het meer of anders verzochte.

Deze beschikking is gegeven door mr. P.J. van Eekeren, bijgestaan door mr. C.L. de Rijke, griffier, en in het openbaar uitgesproken op 29 oktober 2020.