

# Annotatie JA 2016/144

2016

Rechtbank Zeeland-West-Brabant, 22-06-2016, ECLI:NL:RBZWB:2016:3838

*Trefwoorden:* Neurologische geboorteschade, Medische aansprakelijkheid, Deskundigenbericht

## Samenvatting

Na een moeizame bevalling blijkt een pasgeborene ernstig hersenletsel te hebben. De ouders veronderstellen een kunstfout, gemaakt door zowel de verloskundige als de gynaecoloog die de kraamvrouw bij deze bevalling hebben bijgestaan. Eisers vorderen een verklaring voor recht dat het ziekenhuis jegens hen aansprakelijk is. Voor het aanhangig maken van de procedure wordt een voorlopig deskundigenonderzoek gevraagd. De rechtbank benoemt een gynaecoloog, die daarna zijn rapport uitbrengt en daarin meldt dat de hulpverleners voldoende zorgvuldig hebben gehandeld.

In een daarop aanhangig gemaakte bodemprocedure wordt naast dit rapport een contra-expertise aangeboden van een door eisers als partijdeskundige aangezochte gynaecoloog. Deze verschilt van mening en stelt dat gedaagde zorgverleners tijdens de bevalling wel degelijk fouten hebben gemaakt en met name de CTG-registratie onjuist hebben beoordeeld. Door het niet herkennen van de noodsignalen van het kind werd geen kunstverlossing verricht waardoor deze geboorteschade is ontstaan. De rechtbank worstelt vervolgens met de vraag hoe deze twee verschillende rapporten met uiteenlopende opinies te beoordelen en hoe daaruit de juiste conclusies te trekken. En waartoe leidt dit de rechtbank dan?

## Annotatie

# 1 Kwaliteit en innovatie

Momenteel wordt de Nederlandse rechtspraak geconfronteerd met een moderniseringsproject dat de naam draagt 'kwaliteit en innovatie rechtspraak?', kortweg KEI. Procedures moeten sneller en eenvoudiger en bovendien moet de moderne informatietechnologie daarvoor gebruikt gaan worden: er zal gewerkt gaan worden met elektronische dossiers. Wetsvoorstel 34059 over KEI werd op 12 juli 2016 door de Eerste Kamer aangenomen en zal nu worden gecomplementeerd (Stb. 2016, 288). Verondersteld wordt dat hiermee de kwaliteit van rechtspraak verbeterd zal gaan worden: maar welke kwaliteit wordt dan bedoeld, de werkproceskwaliteit (organisatorisch) of de resultaatkwaliteit (inhoudelijk)?

Binnen KEI wordt over de inhoudelijke kwaliteit van rechterlijke beslissingen opvallend weinig gezegd. In haar preadvies voor de NJV heeft De Bock daarover haar zorgen geuit (De Bock, Grip op kwaliteit, Kluwer 2015). Kwaliteit dreigt eerder een mantra te worden dan een te realiseren ambitie. De aandacht is vooral op de organisatorische kwaliteit gericht en dat blijkt onder andere uit het feit de rechter een meer uitgesproken regiefunctie gaat krijgen (zie daarover Den Tonkelaar, TCR 2015, p. 105 e.v.). De rechter zal dan meer middelen krijgen om een vlot verloop van de bodemprocedure mogelijk te maken en met name in een vroeg stadium al met partijen een comparitie houden.

Als ik dit vonnis probeer te analyseren, hoe zit het dan met de inhoudelijke kwaliteit ervan en hoe zou die verbeterd kunnen worden door organisatorische – lees: methodologische – aanpassingen? Daarover gaat mijn commentaar.

# 2 Het effect verklaart niet de oorzaak

Niemand wil na een normale zwangerschap geconfronteerd worden met de komst van een gehandicapt kind. De werking van de fundamentele attributiefout dient zich ook hier weer bij de ouders aan: onze ramspoed moet wel iemands schuld zijn. De verloskundige en de gynaecoloog zijn hier verantwoordelijk voor. Eisers stellen dat die onzorgvuldig hebben gehandeld en leggen die kwestie eerst voor aan een klachtencommissie en vervolgens verzoeken zij een voorlopig deskundigenbericht ex art. 202 lid 1 Rv. Beide procedures hebben voor de eisers een teleurstellend resultaat. De ouders geven echter niet op en vervolgen met een bodemprocedure, nu gesteund door een inmiddels opgestelde contra-expertise van een gynaecoloog, die wl vindt dat de hulpverleners hier onzorgvuldig hebben gehandeld. Het doorslaggevende argument wordt door hem gevonden bij het herbeoordelen

van de continue registraties van zowel de weenactiviteit als de kinderlijke hartactie (= cardiotocografie; CTG). Vooral in de laatste fase van de bevalling zag de partijdeskundige onrustbarende waarschuwende patronen die, indien herkend, aanleiding zouden zijn geweest voor nadere diagnostiek en waarschijnlijk tot het uitvoeren van een kunstverlossing. Dan was naar zijn oordeel de schade in ieder geval minder geweest. De conclusies van beide deskundigen waren overigens steeds gemotiveerd, maar niet eensluidend. De rechter mag ex art. 26 Rv niet weigeren te beslissen, dus zal hij een oordeel moeten vellen, maar op grond waarvan? Art. 24 Rv bepaalt dat de rechter de zaak onderzoekt en beslist op grond van wat partijen over en weer hebben aangedragen. Maar dit wetsartikel vermeldt niet hoe. Dat vraagt het organiseren en uitvoeren van werkprocessen, regie voeren dus. Er ligt een vordering van eisers en die wordt vertaald in een vraag: hebben de hulpverleners de zorg verleend die voldoet aan de geldende professionele standaard? Of in termen van art. 7:453 BW: werd hier de zorg van een goed hulpverlener verstrekt? Dat is hier de gesloten rechtsvraag. Om die vraag te kunnen beantwoorden, is een causale verklaring van de onheilsgebeurtenis nodig: waarom traden er bij dit kind hersenbloedingen op? Dat is een ander type vraag dan de rechtsvraag, namelijk de open onderzoeksvraag, en die is voor de oplossing van dit geschil de sleutelvraag. Uit het optreden van hersenbloedingen blijkt nog niet de oorzaak ervan, het effect verklaart niet de oorzaak; er bestaat een asymmetrische relatie tussen oorzaak en gevolg. Zo zien we hier al een mogelijkheid voor betere regie door direct in het begin van de procedure uitdrukkelijk onderscheid te maken tussen enerzijds de passende rechtsvraag en anderzijds de welgekozen onderzoeksvraag, een innovatie die tot betere inhoudelijke kwaliteit van rechtspraak zal leiden.

### 3 De onderzoeksvraag

Bij deze casuspositie is dus de onderzoeksvraag waarom dit kind deze hersenbeschadigingen ontwikkelde. Maar minstens zo belangrijk is te weten wanneer deze optraden. De indruk wordt namelijk gewekt dat door de lange duur van deze bevalling en het niet op de juiste wijze begeleiden ervan deze neurologische schade tijdens de baring is opgetreden. Een andere mogelijkheid is juist dat ziekte van het kind de oorzaak van deze moeilijke bevalling was en niet het gevolg. Uit onderzoek is namelijk gebleken dat deze omkering, eerder de oorzaak van een moeilijke bevalling dan het gevolg ervan, in de meeste gevallen juist is (zie MacLennan et al., AJOG 2015; doi 10.1016/j.ajog.2015.05.034). De ouders zitten – begrijpelijk – gevangen in een tunnelvisie. Zij zoeken naar alle argumenten om hun gelijk te bevestigen en daarbij is de partijdeskundige hen behulpzaam – bevestigingsbias. De waarheidsvinding, door de rechter begeleid, moet daarom open, breed en diep zijn (zie *Werken aan waarheidsvinding*, BJu 2016). Daarom is het stellen van die open on-

derzoeksvraag zo belangrijk. Daarmee komt een tweede regiefunctie van de rechter aan de orde: het kiezen van en opdracht geven aan een deskundige. De vaak gebruikte standaardvraag heeft deze arts gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend arts in die omstandigheden mocht worden verwacht, of variaties daarop, zijn uit den boze. Want dat is immers de – gesloten – rechtsvraag: die is voor de rechter om te beantwoorden, niet voor de deskundige. Alles draait om de juiste causale verklaring, die moet de deskundige leveren en dat moet de rechter regisseren en controleren. Dat is de volgende inhoudelijke innovatie.

## 4 De CTG-diagnostiek

Bij deze casuspositie draait de discussie om de al of niet herkenbaarheid van een baby in nood aan de hand van de CTG-registratie. De rechtbank vraagt zich in dit vonnis toch ook een beetje vertwijfeld af hoe daarin te kiezen. Hier dient zich een volgende regie-optie aan. Kennelijk levert de herbeoordeling twee vrijwel tegenovergestelde opinies op. Maar hoe is dat te verklaren? Dan komt het erop aan dat de rechter daarover vragen gaat stellen. Nee, die is voorwaar niet medisch opgeleid maar beschikt wel over het vermogen om analytisch te denken. Binnen uiteenlopende vakgebieden worden rechters binnen een procedure regelmatig geconfronteerd met uiteenlopende conclusies van deskundigen. De vraag waarom ze dan van opvatting kunnen verschillen, ligt voor de hand. Bij deze casus dringen zich langs de weg van de logica twee wezenlijke vragen op:

- Hoe is de reproduceerbaarheid van deze CTG-test?
- Is bewezen dat met deze test de neurologische schade afgewend kan worden?

Vooraf de laatste vraag is essentieel, want daar draait het in deze zaak om: de veronderstelling dat deze ellendige afloop te voorkomen zou zijn geweest. Daar wringt het al jaren in de verloskundige wereld, want bij empirisch onderzoek lijken de pretenties van deze monitoring niet te worden waargemaakt (zie ook de noot bij JA 2008/23). Het overgrote deel van bevallingen in ziekenhuizen wordt bewaakt met deze CTG-apparatuur die, voorafgaand aan de introductie zo'n vijftig jaar geleden, niet eerst op diagnostische waarde werd getoetst. Toepassing ervan heeft geleid tot een hausse in keizersneden, maar geen enkel onderzoek heeft getoond dat hierdoor de frequentie van hersenschade is afgenomen (zie recent daarover Nelson en Blair, *New England Journal of Medicine* 2015, doi: 10.1056/NEJMra1505261). Maar deze procedure draait wel om de veronderstelling dat eerdere actie tot minder schade zou hebben geleid. Hier dus weer een potentiele regiefunctie: de rechter als sceptische vragensteller ten dienste van optimale waarheidsvinding, een controlerende activiteit. De deskundigen wordt het vuur na aan de schenen gelegd en

pas na het krijgen van deugdelijke antwoorden kan de rechter zich over deze twee tegenstrijdige rapporten een oordeel vormen.

## **5 Een kei van een rechter is een regisserende rechter die scherpzinnige vragen stelt**

Iedere probleemoplosser ziet zich praktisch steeds weer voor hetzelfde stramien geplaatst: wat is hier het probleem, waarom is het een probleem, wie is de eigenaar van dit probleem en hoe kan dit opgelost worden? Voor diezelfde kernvragen ziet de feitenrechter, een juridisch geschoolde probleemoplosser, zich ook geplaatst. Het stellen en beantwoorden van al deze vragen verlangt een plan van aanpak en dus een praktische regie van de uitvoering.

De ouders van deze pasgeborene zien zich geconfronteerd met een kind met hersenletsel dat daardoor gehandicapt zal blijven, veronderstellen dat dit niet had hoeven gebeuren, leggen de schuld bij degenen die de bevalling medisch hebben begeleid en hebben daarom een procedure tegen hen aangespannen met het doel bevestiging te krijgen van hun stellingen. Centraal in dit vonnis staat de discussie over de beoordeling van de CTG's. Over de mogelijke oorzaken van het hersenletsel, het vermoedelijke moment van optreden daarvan en of dit werkelijk te voorkomen was geweest, daarover wordt niet of nauwelijks gerept. Bij deze casuspositie lijkt het alleen maar te gaan om de vraag of het CTG wel zorgvuldig werd beoordeeld als argument voor onzorgvuldig handelen van gedaagden. Het gevaar van tunnelvisie is daardoor dan levensgroot.

De gebruikelijke volgorde in het aansprakelijkheidsrecht is om eerst vast te stellen of er een normschending was, vervolgens of er schade werd aangericht en ten slotte of er een causaal verband daartussen bestaat. Bij de beantwoording van de rechtsvraag staat de normschending centraal, bij de onderzoeksvraag is het de causaliteit. De vraag is of die traditionele volgorde wel de juiste is. Andere – betere – regie van de procedure?

De beslissing van de rechter dient gebaseerd te zijn op een zo waarheidsgetrouw mogelijke reconstructie en op causale uitleg van de gebeurtenissen. Het probleem dient ?vol? in beeld te komen: partijen zijn verplicht de voor de beslissing van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren (art. 21 Rv). Maar daarvoor zijn zowel regie als toetsing op hun plaats. De rechter mag, volgens de recente wijzigingen in het burgerlijk procesrecht, actiever zijn. De rechter kan in alle gevallen en in elke stand van de procedure partijen of een van hen bevelen bepaalde stellingen toe te lichten of bepaalde, op de zaak betrekking hebbende bescheiden over te leggen (art. 22 lid 1 Rv, nieuw). Met name het nieuwe art. 30k Rv geeft de rechter ruimere mogelijkheden voor regie. Lid 2 van dit artikel

biedt de mogelijkheid (partij)deskundigen te horen en hen dus kritisch te bevragen. Wat mij betreft is n zaak doorslaggevend voor borging van de inhoudelijke kwaliteit: rechter, zorg dat de juiste vragen worden gesteld en dat deze in de juiste volgorde worden afgewerkt. In deze casus werden de juiste vragen niet gesteld. Een kei van een rechter is een analytisch denkende rechter die slim vragenderwijs regisseert en die van partijen deugdelijke antwoorden verlangt; recht als discursieve grootheid.

Met dank aan Siewert Lindenbergh voor zijn nuttige commentaren op een eerdere versie. prof. dr. R.W.M. Giard, arts en jurist, emeritus hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid, Erasmus School of Law, EUR