

VERGOEDING VAN GEBOORTESCHADE

Is het huidige op aansprakelijkheid gebaseerde systeem aan herziening toe?

Mr. dr. R.J.P. Kottenhagen¹

1 Inleiding

Bestudering van gepubliceerde jurisprudentie leert, dat het aantal vorderingen met betrekking tot schade toegebracht tijdens de zwangerschap en de bevalling aan moeder en/of kind als gevolg van een medische fout - hierna kortweg geboorteschade - de laatste jaren drastisch is toegenomen. Het gaat hier om zowel contractuele als buiten-contractuele aansprakelijkheid van gynaecologen en obstetici (en in deze context in één enkel geval ook tegen een huisarts); hierna ook kortweg artsen. In de periode 1974-1999 (26 jaar) zijn er ruim 20 uitspraken gepubliceerd, maar vanaf 2000 tot heden (ruim 8 jaar) betreft het reeds nu 50 uitspraken.² Daarnaast constateert De Ridder in een door hem verricht onderzoek over de jaren 2006-2007, dat naar schatting de helft van het aantal uitspraken op het gebied van de medische aansprakelijkheid gynaecologen betreft.³

Het toenemende aantal vorderingen tegen gynaecologen en obstetici blijft niet beperkt tot Nederland, maar blijkt ook in het buitenland actueel te zijn. In een aantal landen zou deze ontwikkeling geleid hebben tot onbetaalbare verzekeringspremies, omdat - zoals aanstonds zal blijken - het bij de vergoeding van geboorteschade om zeer hoge bedragen kan gaan. Om die reden wordt geëxperimenteerd met andere vormen van compensatie dan via het aansprakelijkheidsrecht.

En daarmee is de inhoud van deze bijdrage gegeven. Allereerst wordt ingegaan op de vraag om welke ontwikkelingen het in het aansprakelijkheidsrecht nu eigenlijk gaat. En als de aansprakelijkheid vast komt te staan, dan doet zich onmiddellijk een tweede vraag voor: welke schade komt voor vergoeding in aanmerking en hoe wordt de hoogte van de schadevergoeding vastgesteld. Nadat deze problematiek kort in kaart is gebracht, dringt de vraag zich op of een ander systeem van financiering van geboorteschade wenselijk is en hoe een dergelijk systeem er dan uit zou moeten zien. Tenslotte volgen enkele conclusies en aanbevelingen.

¹ Mr. dr. R. (Rob) J.P. Kottenhagen is werkzaam als universitair hoofddocent Burgerlijk Recht bij de Erasmus Universiteit Rotterdam.

² Het onderzoek waarop deze cijfers gebaseerd zijn is verricht door schrijver dezes en wordt gepubliceerd in het boek *Medische Aansprakelijkheid* (red. W. Kastelein en T. Hartlief) in het hoofdstuk 'Medische aansprakelijkheid voor zwangerschap- en geboorteschade', Lelystad: Koninklijke Vermande, tweede helft 2009. Uitgangspunt is 1974, omdat in dat jaar voor het eerst door de rechter uitspraak is gedaan over geboorteschade, in casu een mislukte sterilisatie; zie Rb. Arnhem 28 november 1974 en 26 februari 1976, *Nederlandse Jurisprudentie* (hierna *NJ*) 1977, 281.

³ M.J.J. de Ridder, Kroniek rechtspraak civiel recht, *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* (hierna *TvGR*) 2008, p. 114-1127.

2 Aansprakelijkheid voor geboorteschade; enkele tendensen

Over mogelijke medische aansprakelijkheid voor geboorteschade, kunnen in de afgelopen jaren verschillende ontwikkelingen gesignaleerd worden. Meer in het algemeen wordt wel opgemerkt, dat patiënten steeds mondiger worden en vaker schadevergoeding claimen van artsen of ziekenhuizen naar aanleiding van het optreden van een complicatie tijdens of als gevolg van een medische ingreep.⁴ Men zou hier kunnen spreken van een culturele verschuiving in attitude van de patiënt tot de medische professie. Het wekt dan ook geen verwondering dat ook het aantal procedures betreffende geboorteschade het laatste decennium steeds verder toeneemt. Ook zou het aantal vorderingen stijgen - zo wordt wel gezegd - omdat de verzorgingsstaat steeds minder sociale zekerheidsvoorzieningen kent. Maar naar de juistheid van deze laatste bewering is bij mijn weten nog nooit empirisch onderzoek verricht.

Genoemde constatering bieden echter nog geen verklaring voor het feit waarom nu juist het aantal vorderingen met betrekking tot geboorteschade explosief lijkt toe te nemen. Een afdoende verklaring is moeilijk te geven. De conclusie dat gynaecologen slechter presteren dan collega-specialisten op andere terreinen lijkt mij op voorhand onhoudbaar en kan als onrealistisch terzijde worden geschoven. Maar het is niet ondenkbaar, dat patiënten zich er steeds vaker van bewust zijn dat de gevolgen van geboorteschade zeer verstrekkend en ingrijpend kunnen zijn, zowel op emotioneel als op financieel gebied. Wanneer een foetus of een pasgeborene als gevolg van een kunstfout levenslang ernstig gehandicapt raakt, leidt dit immers tot een enorme schadepost. In de eerste plaats ten aanzien van het kind zelf, maar ook met betrekking tot de ouders die zowel materiële als immateriële schade kunnen lijden als gevolg van die fout. In feite gaat het hier om zo ongeveer de duurste denkbare letselschadecategorie.

Een andere mogelijke verklaring voor het toenemende aantal uitspraken op dit gebied is, dat via bijvoorbeeld een site als *rechtspraak.nl* er nu meer uitspraken toegankelijk worden gemaakt dan in vroeger jaren het geval is geweest. Van een reële stijging is dan dus eigenlijk geen sprake. Maar als dat zo zou zijn, dan zouden er in de oudere gepubliceerde jurisprudentie wel erg veel uitspraken weggelaten zijn en zijn er alleen uitspraken op het gebied van mislukte sterilisatie gepubliceerd. Ook deze verklaring lijkt onwaarschijnlijk.

Een naar ik meen meer plausibele verklaring tenslotte is te vinden in de rechtspraak zelf. Na het eerste *Wrongful birth*-arrest,⁵ is voor het eerst door de Hoge Raad een einde gemaakt aan de discussie over de vraag of dergelijke vorderingen voor vergoeding in aanmerking dienen te komen. Het antwoord luidt bevestigend. Het gaat in deze situaties

⁴ Zie bijvoorbeeld B. Sluijters, Medische aansprakelijkheid, ontwikkelingen in W.R. Kastelein (red.) e.a., *Medische aansprakelijkheid*, Lelystad: Koninklijke Vermande 2003, p. 1-9 op p. 1 en M.G.J. van Dongen en H.M.C. Kramer, 'Informed consent' en medische aansprakelijkheid, *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2004, p. 66-67, op p. 66.

⁵ HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145.

om de vraag of ouders recht hebben op schadevergoeding wanneer door de fout van een arts een niet gewenst kind geboren wordt. Vorderingen op het gebied van mislukte sterilisaties zijn in de lagere rechtspraak weliswaar reeds sinds medio zeventiger jaren toegewezen,⁶ maar een ongewenste zwangerschap kan ook het gevolg zijn van een ander type fout van een arts. Een greep uit de jurisprudentie: een arts laat na om na een medische ingreep een spiraaltje terug te plaatsen en verzuimt eiseres hieromtrent te informeren,⁷ een mislukte abortus,⁸ een gemiste vaststelling van een zwangerschap waardoor abortus niet meer mogelijk is,⁹ een arts laat na te wijzen op de noodzaak van anticonceptie,¹⁰ door een fout van een verloskundige wordt de zwangerschap niet afgebroken en wordt een gehandicapt kind geboren,¹¹ een huisarts laat na een zwangerschaptest uit te voeren¹² en tenslotte het toenemende aantal zaken betreffende het verkeerd inbrengen van het anticonceptiemiddel Implanon (vaak ingebracht door huisartsen).¹³ Ook in deze procedures wordt een arts aansprakelijk gesteld voor de extra kosten die het gezin moet maken als gevolg van de geboorte van een niet gewenst kind. Ongetwijfeld zijn dergelijke fouten ook in het verleden gemaakt, maar het valt op dat in alle genoemde procedures uitspraak is gewezen na het meergenoemde eerste *Wrongful birth*-arrest. Uitspraken met betrekking tot *Wrongful birth* vorderingen vóór het wijzen van dit arrest - uitgezonderd gevallen van mislukte sterilisatie - heb ik in de gepubliceerde jurisprudentie niet kunnen vinden.

Eenzelfde beeld dringt zich op na het wijzen van het *Taxibus*-arrest¹⁴ en het *Baby Kelly*-arrest.¹⁵ In het *Taxibus*-arrest is een vordering tot vergoeding van shockschade (een ernstige vorm van psychische schade, waarbij het meestal gaat om een posttraumatische stresstoornis) toegekend aan een moeder, die na dat haar kind aangereden was door omstanders naar de plaats des onheils is geroepen. Aldaar is zij geconfronteerd met haar zeer zwaar verminkte en reeds overleden dochter. Dit leidde onder meer tot ernstige psychische schade toegebracht aan een niet-direct slachtoffer. Vergoeding van dergelijke schade staat op gespannen voet met het wettelijke systeem (zie art. 6:108 van het Burgerlijk Wetboek (hierna BW) betreffende overlijdensschade), maar desalniettemin is de vordering toegewezen. In het *Baby Kelly*-arrest, is door de Hoge Raad voor het eerst

⁶ Zie over deze problematiek reeds C.J.J.M. Stolker, *Aansprakelijkheid van de arts voor mislukte sterilisaties*, Deventer: Kluwer 1986 en van dezelfde auteur *Aansprakelijkheid van de arts in het bijzonder voor mislukte sterilisaties* (dissertatie Leiden), Deventer: Kluwer 1988 en P.C.M. Habets, 'Schadeclaims naar aanleiding van mislukte sterilisaties: een dossieronderzoek', *TvGR* 1995, p. 266-275.

⁷ HR 21 februari 1997, *NJ* 1999, 145.

⁸ Hof Amsterdam 18 januari 2007, *Nederlandse Jurisprudentie Feitenrechtspraak* (hierna *NJF*) 2007, 224 en Rb. Utrecht 8 augustus 2007, LJN: BB1420. De Landelijke Jurisprudentie Nummers (LJN) zijn terug te vinden op www.rechtspraak.nl.

⁹ Rb. Maastricht 17 september 1997, *Letsel & Schade* (hierna *L&S*) 2000, nr. 2, p. 12-14.

¹⁰ Hof Den Haag 10 juli 2007, LJN: BB2375.

¹¹ HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606 (*Baby Kelly*) en Rb. Utrecht 10 januari 2007, LJN: AZ6197.

¹² Rb. Haarlem 1 september 1998 en 2 november 1999, *L&S* 2000, nr. 2, p. 12-14.

¹³ Rb. Arnhem 11 juni 2003, *NJkort* 2003, 86, Rb. Alkmaar 11 februari 2004, *NJ* 2004, 205, Rb. 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, LJN: AT7353, *NJF* 286, Rb. 's-Hertogenbosch 15 juni 2005, LJN: AT7382, Rb. Alkmaar 24 mei 2006, LJN: AX4831, Hof 's-Hertogenbosch 28 augustus 2007, LJN: BB2385, Hof Amsterdam 24 januari 2008, LJN: BC9815 en Rb. 's-Hertogenbosch 26 maart 2008, LJN: BC7489. Implanon is een staafje ter grootte van een lucifer dat in de bovenarm wordt geplaatst.

¹⁴ HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240.

¹⁵ HR 18 maart 2005, *NJ* 2006, 606.

een *Wrongful life*-vordering toegewezen. Het gaat hier om een namens het kind ingestelde vordering tot vergoeding van alle materiële en immateriële schade die het lijdt en zal lijden, omdat het als gevolg van een fout van een arts zeer ernstig gehandicapt geboren is en omdat het zonder die fout nooit bestaan zou hebben. Het betreft in casu een diagnosefout: als de arts tijdens de zwangerschap op tijd de handicaps zou hebben geconstateerd, zou tot abortus besloten zijn. In deze zaak is niet alleen aan het kind, maar ook aan de moeder en de vader smartengeld toegekend. Daarnaast zijn ook de vorderingen met betrekking tot de geleden en nog te lijden schade in de toekomst aan hen toegewezen.

Opnieuw kan worden geconstateerd dat na het wijzen van deze arresten in de lagere rechtspraak zowel de moeder, maar meer in het bijzonder ook de vader steeds veelvuldiger als eisende partij optreedt. Met een beroep op genoemde arresten wordt dan door de vader meestal een vordering tot vergoeding van immateriële schade - overigens met wisselend succes - ingesteld.

In de bovenstaande gevallen gaat het steeds om *Wrongful life* en *Wrongful birth* vorderingen. Maar ook daarbuiten neemt het aantal uitspraken toe waarin een moeder een vordering instelt op grond van aan haar zelf toegebracht lichamelijk en/of psychisch letsel. In deze laatste categorie kan bijvoorbeeld gedacht worden aan situaties waarin het kind in de perinatale fase komt te overlijden als gevolg van foutief medisch handelen¹⁶ of aan een problematische bevalling met traumatische gevolgen.¹⁷

Naast deze ontwikkelingen kunnen we vaststellen, dat zowel in de wetgeving als in de rechtspraak een tendens is ontstaan om verbetering te brengen in de op zichzelf genomen moeilijke juridische - meer in het bijzonder bewijsrechtelijke - positie van de patiënt als slachtoffer en eiser. In de *Wet op de Geneeskundige Behandelingsovereenkomst* (WGBO 1995, gewijzigd in 2005) is bijvoorbeeld geregeld, dat een arts zijn aansprakelijkheid niet kan uitsluiten of beperken (art. 7:463 BW). Daarnaast heeft een arts geïnformeerde toestemming van de patiënt nodig, alvorens hij tot een ingreep mag overgaan (art. 7:448 jo. art. 7:450 BW) en rust op hem de plicht om een dossier bij te houden (art. 7:454 BW). Tenslotte komt de patiënt in een aanzienlijk gunstiger bewijsrechtelijke positie te verkeren door de invoering van de centrale aansprakelijkheid voor ziekenhuizen (art. 7:462 BW).

Deze wettelijke verplichtingen van de arts gelden natuurlijk ten aanzien van alle vormen van contractuele medische aansprakelijkheid, maar zijn zeker ook in de rechtspraak met betrekking tot geboorteschade van groot belang gebleken. Enkele voorbeelden ter illustratie. In gevallen van sterilisatie rust er op de arts een zware informatieplicht. Het betreft meestal een niet-noodzakelijke medische ingreep en om die reden wordt van de arts verwacht dat hij betrokkenen op bepaalde risico's wijst (bijvoorbeeld het risico dat

¹⁶ Zie bijvoorbeeld Rb. Arnhem 15 maart 2001, *Nemesis* 2002, nr. 1416, Rb. Rotterdam 8 februari 2006, LJN: AX2193, Rb. Maastricht 22 maart 2006, LJN: AV7273, Rb. Maastricht 18 oktober 2006, LJN: AZ0717 en Hof Arnhem 22 mei 2007, LJN: BA5776.

¹⁷ Zie bijvoorbeeld Rb. Zwolle 28 januari 2004, *NJF* 2004, 270 en in dezelfde zaak Hof Arnhem 6 maart 2007, LJN: BA1317.

de sterilisatie mislukt). Gezien de aard van de ingreep, moet aan de informatieverstrekking hogere eisen worden gesteld dan bij een andere medische behandeling (aldus de rechtbank Dordrecht en na de invoering van de WGBO).¹⁸ Het geven van informatie is als zodanig overigens niet voldoende, aldus hof Amsterdam; waar het om gaat is dat de arts ook dient te controleren of de patiënt(e) zich voldoende bewust is van de consequenties.¹⁹

Het is opmerkelijk, dat in het bijzonder in rechtspraak van voor de invoering van de WGBO deze eisen niet gesteld worden. Zo overweegt de rechtbank Leeuwarden, dat van een algemeen ontwikkelde en behoorlijk geschoolde vrouw aangenomen mag worden dat zij weet dat een sterilisatie kan mislukken.²⁰ En de rechtbank 's-Gravenhage achtte het niet geloofwaardig dat de vrouw dit niet zou weten, omdat de bedoelde informatie te vinden is in 'allerhande damesbladen'.²¹ In recente rechtspraak echter, wordt zoals gezegd wel een strenge informatieplicht aangenomen.²²

Eenzelfde ontwikkeling geldt ten aanzien van de dossierplicht met betrekking tot de bewijslastverdeling. Uitgangspunt is dat op de eisende partij de bewijslast rust (art. 150 Rechtsvordering). Wanneer het dossier op orde is wordt deze regel ook gevolgd, maar wanneer dat niet zo is vloeit uit de eisen van redelijkheid en billijkheid een andere bewijslastverdeling voort, aldus de Hoge Raad.²³ Een voorbeeld uit de lagere rechtspraak. Voor de rechtbank Dordrecht wordt een uroloog gedagvaard in verband met een ondeskundig uitgevoerde vasectomie bij eiser, als gevolg waarvan zijn echtgenote zwanger is geworden.²⁴ Volgens eiser is de uroloog in zijn informatieplicht tekortgeschoten en hij zou de ingreep niet nauwkeurig hebben uitgevoerd. De rechtbank overweegt dat in beginsel op eiser de bewijslast rust dat de vasectomie niet vakkundig is uitgevoerd. In casu wordt de bewijslast echter omgekeerd, omdat de arts kennelijk niet over enige documentatie beschikte - zoals een operatieverslag - waaruit zou kunnen worden afgeleid op welke wijze hij de ingreep heeft verricht.

Op grond van bovenstaande voorbeelden - die zeker niet uitputtend zijn - meen ik voorzichtig te kunnen constateren dat het toenemende aantal vorderingen met betrekking tot geboorteschade in ieder geval een tweetal mogelijke verklaringen kent. In de eerste plaats biedt de WGBO het slachtoffer van een medische fout aanzienlijk meer bescherming dan in de periode voor de invoering er van (1995). In de rechtspraak is onder andere met een beroep op deze wet de bescherming van de patiënt in de context van geboorteschade nog verder vorm gegeven. Daarnaast kan gewezen op de jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot *Wrongful birth* en *life* vorderingen en

¹⁸ Rb. Dordrecht 21 juni 1995, *TvGR* 1996/11.

¹⁹ Hof Amsterdam 18 juli 1996, *TvGR* 1998/19.

²⁰ Rb. Leeuwarden 1 maart 1984, *NJ* 1986, 334.

²¹ Rb. 's-Gravenhage 21 september 1994, *NJ* 1995, 296. Zie ook Rb. Arnhem, 26 oktober 1995, *NJ* 1997, 141.

²² Bijvoorbeeld Rb. Arnhem 12 juni 2006, LJN: AY7461 en Hof 's-Gravenhage 20 maart 2007, LJN: AB2389.

²³ Zie bijvoorbeeld HR 20 april 2007, LJN: BA1093. Op dit arrest wordt hieronder nader ingegaan.

²⁴ Rb. Dordrecht 21 juni 1995, *TvGR* 1996/11. In dezelfde zin Hof Amsterdam 30 november 2000, *Verkeersrecht* (hierna *VR*) 2001, 93.

psychische schade (*Taxibus*-arrest) geleden door kind en ouders. Tot het moment van deze uitspraken van de Hoge Raad betreft het zeer controversiële en discutabele vorderingen die vrijwel nooit zijn ingesteld omdat de kans op toewijzing klein was, uitgezonderd de categorie van de mislukte sterilisaties. Na het wijzen van genoemde arresten echter - waarin de Hoge Raad met betrekking tot deze problematiek duidelijk stelling heeft genomen - neemt het aantal procedures gestaag toe. In een aantal daarvan is expliciet een beroep op deze arresten gedaan.

Gezien de gesignaleerde ontwikkelingen kan verwacht worden dat het aantal procedures in de toekomst nog verder zal toenemen. En naarmate de rechtspraak meer houvast biedt, zal - in plaats van een procedure te beginnen - vaker een vaststellingsovereenkomst (waarbij tussen partijen het schadebedrag wordt vastgesteld) gesloten worden. In beide gevallen echter worden artsen geconfronteerd met een toenemend aantal vorderingen met betrekking tot geboorteschade. Maar wat houdt deze schade nu eigenlijk in?

3 De vergoeding van geboorteschade

Op de vraag wat schade is vindt men in het Burgerlijk Wetboek geen antwoord. En ook biedt de wet geen enkel aanknopingspunt voor de berekening van schade. In het wetboek staat niet meer dan dat een slachtoffer het recht heeft op vergoeding van zijn schade wanneer aansprakelijkheid is vastgesteld. Deze schade moet berekend worden op de wijze die het meest in overeenstemming is met de aard ervan. En als dat niet mogelijk is dient de omvang er van te worden geschat (art. 6:97 BW). Waar het gaat om toekomstige schade - en juist deze vorm van schade is in de onderhavige casus zeer nadrukkelijk aan de orde - kan door de rechter de begroting er van geheel of gedeeltelijk worden uitgesteld of na afweging van goede en kwade kansen bij voorbaat geschieden (art. 6:105 BW). Daarnaast is het zo dat er een feitelijk (in deze context medisch) causaal verband dient te bestaan tussen foutief handelen en de daaruit voortkomende schade, maar dat wil nog niet zeggen dat deze schade ook daadwerkelijk voor vergoeding in aanmerking komt. Dat is pas het geval wanneer ook juridisch causaal verband is vastgesteld (art. 6:98 BW). Of dit zo is hangt onder meer af van de aard van de aansprakelijkheid (zo wordt contractuele of schuld- aansprakelijkheid eerder toegerekend dan buiten-contractuele of risico-aansprakelijkheid) en de aard van de schade (zo wordt personenschade eerder toegerekend dan zaak- of zuivere vermogensschade). De nadere invulling van deze artikelen is voorbehouden aan de rechter en kan slechts gekend worden uit de jurisprudentie.

Wanneer er als gevolg van een fout van een arts een niet gewenst en/of gehandicapt kind geboren is, kan door de ouders zelf een vordering tot schadevergoeding ingesteld worden. Zoals hierboven reeds is geconstateerd, gebeurt dit in toenemende mate. Uit de jurisprudentie blijkt, dat voor de volgende schadesoorten vergoeding wordt gevorderd: kosten voor verzorging en opvoeding tot het eenentwintigste levensjaar van het kind, de extra kosten in geval van een gehandicapt kind, kosten van en rond de bevalling, kosten rond de aanpassing of verandering van behuizing, inkomstenderving en gemiste carrière kansen en ten slotte smartengeld in geval van lichamelijke en/of psychische schade. Het

is niet moeilijk voor te stellen dat het hier om zeer hoge bedragen kan gaan. Volgens vaste rechtspraak komen alle genoemde kostensoorten voor vergoeding in aanmerking (zie bijvoorbeeld de eerder genoemde *Wrongful life* en *Wrongful birth* arresten), uitgezonderd kosten rond de aanpassing of verandering van behuizing.²⁵ Bij de vaststelling van de hoogte van de kosten voor verzorging en opvoeding worden de zogenaamde NIBUD-normen²⁶ toegepast.

De begroting van de hier genoemde schade is op zich zelf al buitengewoon lastig, bijvoorbeeld waar het gaat om mogelijk gemiste carrière kansen als een ouder er voor kiest het gehandicapte kind zelf te verzorgen en dus niet meer aan het arbeidsproces deelneemt. Nog moeilijker wordt het echter, wanneer de schade van het kind zelf begroot moet worden in de situatie dat het door een kunstfout voor of tijdens de bevalling lichamelijk en/of psychisch gehandicapt raakt. Tal van onzekere factoren spelen hierbij een rol en mogelijke indicaties ontbreken. Er zijn geen ontwikkelingsverslagen van de kinderopvang, leerlingvolgsystemen ontbreken en datzelfde geldt voor schoolrapporten en schooladviezen. Wellicht kan aansluiting gezocht worden bij de situatie van broers en/of zusters, maar als dat ook niet het geval is blijft alleen de maatschappelijke situatie van de ouders over; bijvoorbeeld het opleidingsniveau en de maatschappelijke positie. Het laat zich kort en goed nauwelijks voorspellen of het kind zal gaan functioneren op MBO-, HBO- of academisch niveau dan wel het minimum loon zal gaan verdienen. Het is dan ook vrijwel onmogelijk om de derving van hypothetische inkomsten in dit soort gevallen te berekenen. Dit betekent dat letselschadeadvocaten in het belang van het kind en de ouders zowel de lichamelijke als de geestelijke ontwikkeling willen afwachten alvorens de eindrekening op te maken. Uit de praktijk zijn mij zaken bekend die om die reden nu reeds meer dan twintig jaar lopen.

Het schadevergoedingstraject is om deze reden zeer lang en voor zowel eisers als voor gedaagde (ik doel hier uiteraard op de arts in kwestie en niet zijn achterliggende verzekeraar) zwaar emotioneel en financieel belastend. Daarnaast gaat het om buitengewoon hoge bedragen. Zowel in de spaarzame (lagere) rechtspraak²⁷ als in de literatuur²⁸ over deze problematiek zijn alternatieven voorgesteld om het schadevergoedingstraject te vereenvoudigen, te uniformeren en te verkorten. Op deze problematiek - waarin op micro-niveau gezocht wordt naar oplossingen - wordt hier niet verder ingegaan. Of en in hoeverre dergelijke oplossingen ook gevolgen hebben op macro-niveau zal nader onderzocht moeten worden.

²⁵ Zie bijvoorbeeld Hof 's-Hertogenbosch 20 maart 1996, *NJkort* 1996, 38, Rb. Arnhem 7 juni 2006, *L&S* 2006, nr. 4, p. 43-51 en Rb. Maastricht 22 maart 2006, LJN: AV7273.

²⁶ Nationaal Instituut voor Budgetvoorlichting en aldus ook de Hoge Raad in het *Wrongful birth*-arrest.

²⁷ Zie bijvoorbeeld Rb. Zutphen 30 mei 1991, *VR* 1992, 150, Rb. Zwolle 23 december 1992, *VR* 1995, 203 en Rb. Amsterdam 23 mei 2001, 17 maart 1994, *VR* 1995, 204.

²⁸ Th. Kremer, 'Normen bij schade van jonge kinderen', *Tijdschrift voor Personenschaden* 2002, p. 125-127, S.C.P. Giesen en R.P.J.L. Tjittes, De rekening van het kind – de begroting van arbeidsvermogensschade en smartengeld bij jonge kinderen met blijvend ernstig letsel, in *Schade: vergoeden of beperken?*, Den Haag: SDU Uitgevers 2004, p. 73-90 en F.M. Janssen, 'De begroting van inkomensschade van baby's en peuters als gevolg van aan hen toegebracht ernstig hersenletsel', *Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht* 2007, p. 99-113.

4 Tussenconclusie

De vraag dringt zich op, of het systeem van het aansprakelijkheidsrecht met betrekking tot geboorteschade als gevolg van het toenemende aantal vorderingen ingesteld tegen gynaecologen en obstetricki nog voldoende adequaat is. En daarnaast geldt, dat zeer hoge bedragen aan schadevergoeding betaald moeten worden wanneer aansprakelijkheid vast komt te staan. Als door deze ontwikkelingen de verzekeringspremies stijgen, kan dat er toe leiden dat een praktijk alleen al van uit dat oogpunt nog nauwelijks te financieren is. Juist om deze reden is in verschillende landen *specifiek met betrekking tot de vergoeding van geboorteschade* gezocht naar alternatieve vergoedingsarrangementen buiten het aansprakelijkheidsrecht om. In vogelvlucht zal op enkele van deze ontwikkelingen worden ingegaan.

5 Andere vormen van compensatie voor geboorteschade

Het gaat op deze plaats uitdrukkelijk niet om de vraag of het medische aansprakelijkheidsrecht *als geheel* vervangen zou dienen te worden door bijvoorbeeld een ‘no-fault’-compensatiesysteem. Dit is een systeem waarin artsen en ziekenhuizen verplicht zijn een verzekering te sluiten die de schade van patiënten dekt, ongeacht de vraag of de schade door een medische fout is veroorzaakt. In bijvoorbeeld Nieuw-Zeeland, Noorwegen, Zweden, Finland en Denemarken zijn dergelijke systemen ingevoerd.²⁹ Deze vraag blijft hier echter buiten beschouwing, temeer omdat door de minister recentelijk is opgemerkt dat hij een dergelijk systeem in ons land niet wenst in te voeren.³⁰ Waar het in deze bijdrage om gaat, is of ten aanzien van medische aansprakelijkheid voor geboorteschade gezocht zou moeten worden naar een ander compensatiesysteem dan via het aansprakelijkheidsrecht.

Een uitvoerige studie naar deze problematiek is verricht door Van Boom en de onderstaande informatie over de Verenigde Staten, Frankrijk, Engeland en Wales is gedeeltelijk hierop gebaseerd.³¹ Aansluitend wordt nog kort ingegaan op recente ontwikkelingen in België.

Allereerst enkele algemene verschillen tussen de kenmerken van het aansprakelijkheidsrecht en die van alternatieve compensatiemodellen. Het aansprakelijkheidsrecht is het domein van de civiele rechter en gaat - zeker waar het gaat om de vergoeding van personenschade - in principe uit van volledige schadevergoeding. Dit betekent, dat zowel de huidige als de toekomstige materiële en immateriële schade vergoed dient te worden. Wanneer het civiele recht echter wordt losgelaten en daarvoor

²⁹ Zie hierover het uitvoerige onderzoek van J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek no-fault compensatiesysteem*, Reeks evaluatie regelgeving: deel 13, Den Haag ZonMw 2002.

³⁰ Zie Tweede Kamer 2007-2008, 31 476 nr. 1, p. 30-31 (Patiënten- en cliëntenrechten) en Tweede Kamer 2008-2009, 31 762, nr. 2 p. 20 (Evaluatie van de Wet collectieve afwikkeling massaschade).

³¹ W.H. van Boom, ‘Compensatie voor geboorteschade – van aansprakelijkheid naar ‘no-fault’?’, *Aansprakelijkheid, Verzekering & Schadevergoeding* 2006, p. 8-24.

in de plaats een ander compensatiemodel wordt gehanteerd, dan ontstaat er een geheel ander beeld. In dergelijke modellen komt immateriële schade (smartengeld) doorgaans niet voor vergoeding in aanmerking. Daarnaast zijn de wel voor vergoeding in aanmerking komende schade-soorten veelal of gestandaardiseerd of gemaximeerd en heeft de procedure een meer bestuursrechtelijk karakter.

De Verenigde Staten

In de Verenigde Staten hebben in tweede helft jaren tachtig zowel medici als hun aansprakelijkheidsverzekeraars in de staten Virginia en Florida zich ingezet om tot een verschuiving te komen van het aansprakelijkheidsrecht naar een alternatief model op het gebied van geboorteschade. Dit was het gevolg van een aanzienlijke stijging van de verzekeringspremies als resultaat van het hoge aantal vorderingen op het terrein van de geboorteschade (aldaar twee tot drie zo hoog als bij andere medische beroepen) en de enorme bedragen die aan schadevergoeding betaald diende te worden. Dit heeft geleid tot de *Virginia Birth-Related Neurological Injury Compensation Program* (1987) en de *Florida Birth-Related Neurological Compensation Act (NICA)* (1988). Deze wettelijke regelingen komen er op neer, dat aanstaande ouders van rechtswege afstand doen van het recht om arts en ziekenhuis aansprakelijk te stellen bij een mogelijke perinatale fout. Dit geldt overigens alleen voor die ziekenhuizen die bij het programma zijn aangesloten (een verplichting hiertoe bestaat niet; aansluiting vindt plaats op vrijwillige basis). Het is opmerkelijk dat beide wetten alleen betrekking hebben op handelingen die tot ernstig neurologisch letsel leiden, maar niet met betrekking tot situaties van misdiagnose van aangeboren afwijkingen. In dergelijke gevallen dient men zich weer tot de civiele rechter te wenden.

De genoemde systemen worden als volgt gefinancierd. Een bij wet vastgestelde heffing wordt omgeslagen over de aangesloten dienstverleners, ziekenhuizen en aansprakelijkheidsverzekeraars. Hieruit worden de volgende kosten vergoed: medische kosten, thuishulp, kosten van aanpassing van het woonhuis en opname in speciale zorginstellingen. Daarnaast krijgt een kind in Virginia een periodieke uitkering toegekend voor inkomensderving tussen 18 en 65 jaar. Smartengeld komt in beide staten echter niet voor vergoeding in aanmerking. De vergoeding van de kosten is niet afhankelijk van de vraag of de betreffende arts een fout heeft gemaakt. Met ander woorden, de oorzaak van de neurologische schade is niet van belang. Dit maakt, dat het systeem in potentie duurder is dan het systeem van het aansprakelijkheidsrecht. Daarnaast lijkt een zwakke plek van het systeem te zitten in de vrijblijvendheid van toetreding tot en terugtrekking uit de programma's. Wanneer belanghebbenden zich terugtrekken uit het programma, bijvoorbeeld omdat de verzekeringsmarkt weer genormaliseerd is, komt dit programma in de financiële problemen. Om deze redenen is het denkbaar dat deze programma's in de toekomst afgebouwd gaan worden.³² In andere staten hebben deze programma's dan ook

³² Zie bijvoorbeeld G. Siegal, M.M. Mello en D.M. Studdert, *Adjudicating Severe Birth Injury in Florida and Virginia, The Experience of a Landmark Experiment in Personal Injury Compensation*, *American Journal of Law & Medicine* 2008, p. 489-533 en R.L. Berkowitz, G. Hankins, R. Waldman, D. Montalto,

geen navolging gevonden.³³ Vooralsnog lijkt er dus geen reden te zijn om een dergelijk compensatiesysteem in ons land te introduceren.

Frankrijk

Ook in Frankrijk heeft de wetgever ingegrepen, maar op geheel andere wijze. In zaken waarin het gaat om diagnostische fouten met als gevolg de geboorte van een gehandicapt kind, kan het kind de arts niet aansprakelijk stellen. Dit is bij wet geregeld,³⁴ nadat door de Cour de cassation in de zogenaamde *Perruche*-zaak een dergelijke vordering aan moeder en kind was toegewezen.³⁵ Het betreft een zaak die gelijk is aan die van *Baby Kelly* in Nederland. Zowel medici als politici vonden de uitspraak te ver gaan. Als ideologisch uitgangspunt geldt: ‘Nul ne peut se prévaloir d’un préjudice du seul fait de sa naissance’ (art. 1-I). In de wet wordt bepaald, dat een gehandicapte alleen schadevergoeding kan vorderen, wanneer de fout van de arts zijn toestand direct heeft veroorzaakt of verergerd, dan wel genezing heeft verhinderd. Een diagnose fout valt hier dus niet onder. Dit betekent, dat in dergelijke gevallen de kosten van onderhoud en de kosten na het eenentwintigste jaar van het kind alleen kunnen worden verhaald op de ‘solidarité nationale’, of wel het sociale zekerheidssysteem.³⁶ Een ander gevolg hiervan is, dat het kind in ieder geval geen vergoeding van immateriële schade meer kan vorderen. Daarnaast geldt dat de ouders zelf alle kosten moeten dragen die niet gedekt worden door het sociale zekerheidssysteem (zij kunnen overigens nog wel immateriële schade vorderen). In zoverre gaan zowel kind als ouders er op achteruit ten opzichte van de mogelijkheden die het aansprakelijkheidssysteem biedt. Als voordeel wordt wel genoemd, dat niet meer gekeken dient te worden naar de oorzaak van de handicap, maar dat verzorging wettelijk wordt gewaarborgd ‘van wieg tot graf’.³⁷

In de wet ‘Anti-Perruche’ is bepaald, dat zij ook van toepassing is op reeds lopende procedures, tenzij over het principe van schadevergoeding al een onherroepelijk besluit is genomen. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens heeft echter geoordeeld, dat dit uitgangspunt in strijd is met art. 1 Eerste Protocol EVRM.³⁸ Meer recent heeft het Cour de cassation in vergelijkbare zin geoordeeld.³⁹

Engeland en Wales

en K. Moore, A Proposed Model for Managing Cases of Neurologically Impaired Infants, *American Journal of Obstetrics & Gynecology* 2009, p. 683-686.

³³ Zie P.J. Barringer, M.D. Studdert, A.B. Kachalia en M.M. Mello, Administrative Compensation of Medical Injuries: A Hardy Perennial Blooms Again, *Journal of Health Politics, Policy and Law* 2008, p. 725-760.

³⁴ Loi ‘Anti-Perruche’ 4 maart 2002, nr. 2002 303.

³⁵ Cc 17 november 2000, *Bull. Ass. Plén.*, no. 9.

³⁶ Wet 30 juni 1975, no. 75 534.

³⁷ Inmiddels is de wet ‘anti-Perruche’ herzien, om effectieve inhoud aan de nationale solidariteit te kunnen geven (Wet 11 februari 2005, no. 2005 102).

³⁸ EHRM 6 oktober 2005, *NJ* 2006, 464 met een instructieve noot over deze problematiek van P.J. Boon. Zie verder over deze uitspraak E. Hondius, Terugwerkende kracht, *Ars Aequi* 2006, p. 173.

³⁹ Cc 8 juli 2008, arrest nr. 796.

In Engeland en Wales kent men de in 1976 ingevoerde *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act*. Op grond van deze wet zijn artsen aansprakelijk voor ‘pre-conception negligence’; het gaat hier om fouten tegenover de moeder met als gevolg beschadiging van de foetus. Maar ook in deze wet worden *Wrongful life* vorderingen als gevolg van onzorgvuldig advies of een verkeerde diagnose uitgesloten. De achterliggende gedachte is de vrees voor defensieve geneeskunst. Het honoreren van dergelijke vorderingen zou kunnen leiden tot onbewuste pressie op medici om eerder tot abortus te besluiten. Vorderingen ingesteld door de ouders blijven echter wel mogelijk. Desalniettemin blijven de kosten daar in verband met vergoeding van geboorteschade zeer hoog. Volgens de *National Health Service Litigation Authority* (NHS) betreft hersenbeschadiging bij pasgeborenen als gevolg van een kunstfout ongeveer 5% van alle aansprakelijkheidsvorderingen op jaarbasis. Maar dit percentage leidt tot ongeveer 60 tot 80% van de totale aansprakelijkheidskosten per jaar.

Om deze reden wordt er voor gepleit om een speciaal fonds in het leven te roepen voor pasgeborenen met een neurologische afwijking.⁴⁰ Het fonds is nadrukkelijk niet bedoeld voor kinderen met een aangeboren afwijking. De te vergoeden kosten bestaan uit zorgkosten, begeleiding- en aanpassingskosten en een vast bedrag van £ 50.000 (€ 72.000) als vergoeding voor immateriële schade. Vooral nog is dit fonds echter nog niet gerealiseerd.⁴¹

België

In België is recentelijk een wetsvoorstel ingediend waardoor een ‘no-fault’-vergoedingssysteem het medische aansprakelijkheidsrecht zou moeten vervangen. Het betreft de *Wet betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg* van 15 mei 2007. Het gaat hier om een patiëntenverzekering die gebaseerd is op een ‘no fault’-systeem. Met betrekking tot geboorteschade kan gewezen worden op de regeling van art. 5 § 2:

‘Niemand kan schadevergoeding vorderen enkel wegens het feit dat hij geboren is. De persoon die als gevolg van het verlenen van gezondheidszorg met een handicap is geboren, kan een schadevergoeding verkrijgen als de zorg de handicap heeft veroorzaakt of verergerd, of als de zorg het niet heeft mogelijk gemaakt om maatregelen te nemen om deze handicap te verminderen. Indien de ouders van een kind dat als gevolg van een zware of opzettelijke fout van de zorgverlener met een handicap is geboren die niet tijdens de zwangerschap werd ontdekt, schade lijden in de zin van deze wet, kunnen zij een vergoeding vorderen voor hun schade. Die schade kan niet de bijzondere kosten omvatten die tijdens het leven van het kind uit deze handicap voortvloeien.’

De overeenkomst met de eerder beschreven regeling in het Franse recht - en alle nadelen van dien - dringt zich op. Inmiddels is de invoering van deze wet echter voor onbepaalde tijd uitgesteld, waardoor ook genoemd artikel niet in werking zal treden (Wet houdende

⁴⁰ *Making Amends – A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS*, Department of Health 2003, p. 120 e.v.

⁴¹ Zie verder over de ontwikkelingen in Engeland T. Douglas, *Medical Injury Compensation Beyond ‘No-Fault’*, *Medical Law Review* 2008, p. 1-28.

Diverse bepalingen van 22 december 2008). Opmerkelijk is dat Minister Klink in september 2007 nog opmerkt dat hij met interesse kennis heeft genomen van het Belgische wetsvoorstel,⁴² maar meer recent heeft verklaard van een invoering van een dergelijk systeem in ons land niets te willen weten (zie noot 30).

6. Van aansprakelijkheidsrecht naar een ‘no-fault’-systeem?

De vraag is aan de orde of het traditionele aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht met betrekking tot geboorteschade als gevolg van een medische fout nog wel toereikend is als compensatiesysteem. Dit gezien het sterk stijgende aantal vorderingen en de zeer hoge bedragen die aan schadevergoeding uitgekeerd dienen te worden. Deze ontwikkelingen zouden immers kunnen leiden tot een zodanige verhoging van verzekeringspremies, dat een artspraktijk op dit specifieke medische terrein - gynaecologie en obstetrie - vrijwel onverzekerbaar wordt. Een vergelijking met de situatie in bijvoorbeeld de Verenigde Staten zoals eerder beschreven dringt zich op.

Hierboven is een aantal alternatieve compensatiesystemen ter zake geboorteschade beschreven, zoals deze in verschillende landen zijn gerealiseerd of in voorbereiding zijn. De daarmee opgedane ervaringen bieden naar ik meen echter weinig steun om vergelijkbare initiatieven in ons land te ondernemen. De in Virginia en Florida ingevoerde ‘no fault’-systemen waarin op vrijwillige basis geparticipeerd kan worden, lijken niet goed doordacht en worden in verband met financiële problemen waarschijnlijk weer afgebouwd. De naar aanleiding van de zaak Perruche in Frankrijk ingevoerde wetgeving wordt sterk gekritiseerd. Het instellen van een *Wrongful life*-vordering is er mee onmogelijk gemaakt. De omvang van de schadevergoedingen in dit soort situaties wordt daarmee natuurlijk aanzienlijk verkleind, maar het slachtoffer in kwestie - het gehandicapte kind - wordt verschillende vormen van schadevergoeding ontnomen. Er is voor het kind geen recht meer op vergoeding van immateriële schade of wel smartengeld en na het verlopen van de ouderlijke en bij wet geregelde verzorgingsplicht is het geheel aangewezen op het sociale zekerheidssysteem. Vaststaat echter, dat daarmee lang niet alle kosten die gemaakt moeten worden ook daadwerkelijk vergoed worden. En voor zover in de toekomst op sociale zekerheidssystemen verder bezuinigd gaat worden, wordt de positie van het kind navenant slechter.

In Engeland bestaat weliswaar een voorstel voor de invoering van een fonds, maar dit voorstel is nog niet ingevoerd. Pas na invoering en op een later moment de evaluatie er van zal vastgesteld kunnen worden of het hier inderdaad om een zinvol alternatief compensatiesysteem gaat. De in België aanhangige wetsvoorstellen lijken tot hetzelfde resultaat te leiden als de zo juist genoemde Franse wetgeving en bieden om die reden weinig soulaas waar het gaat om geboorteschade. Daar komt bij dat het voorstel naar het zich laat aanzien nooit daadwerkelijk kracht van wet zal verkrijgen. Er zou, naar verluid,

⁴² Beantwoording Kamervragen afhandeling schadeclaims van 19 oktober 2007, DMC-K-U-2799628.

sprake zijn van partij-politieke achtergronden en het voorstel is ‘in sneltreinvaart door het parlement geloosd’.⁴³

Uit de bovenstaande bevindingen kan in ieder geval één duidelijke les worden geleerd. Alle genoemde alternatieven zijn onder sterke politieke druk en/of druk van uit de verzekeringswereld en de medische wereld vaak overhaast tot stand gekomen met alle negatieve gevolgen van dien. Zo moet het dus in ieder geval niet.

Uit de hierboven genoemde voorbeelden, komen slachtoffers er in een alternatief compensatiesysteem - in ieder geval waar het gaat om geboorteschade – vooralsnog niet beter van af dan in een systeem gebaseerd op het aansprakelijkheidsrecht. Om die reden lijkt het zinvol om te onderzoeken of verbetering van het huidige systeem niet voldoende soulaas biedt om aan de gesignaleerde problemen tegemoet te komen. Van Boom (zie noot 31) merkt in dit verband bijvoorbeeld op, dat veel van de financiële gevolgen van geboorteschade in ons land opgevangen worden door zorgverzekering, AWBZ, WVG, WAJong etc. Uitbreiding van deze regelingen zou er naar ik meen wellicht toe kunnen leiden dat de hoogte van de te vergoeden schade door de aansprakelijke arts dan wel zijn verzekeraar daalt en daardoor beter verzekeraar wordt. Hoe groter het sociale vangnet, hoe minder behoefte aan het aansprakelijkheidsrecht. Dit bij wijze van voorbeeld van aanpak op macro-niveau. Maar ook op micro-niveau liggen ongetwijfeld mogelijkheden om de kosten terug te dringen, bijvoorbeeld met betrekking tot de afhandeling van de schade. Zo zou er een systeem in het leven geroepen kunnen worden, dat duidelijke regels stelt over de omvang en inhoud van periodieke betalingen. Een wettelijke regeling voor langlopende schadegevallen als hier een de orde ontbreekt vooralsnog. Ook kan op dit terrein gedacht worden aan een onafhankelijk klachteninstituut voor onpartijdige bemiddeling bij geschillen.⁴⁴ Met relatief kleine aanpassingen in het geldende schadevergoedingsrecht is veel maatschappelijke winst te behalen.⁴⁵

Ik kom tot een afronding. Ook als er sprake is van uitdijende aansprakelijkheid en zeer hoge schadevergoedingen met betrekking tot geboorteschade, dan nog dienen overhaaste en drastische beslissingen voorkomen te worden. Onderzocht zal moeten worden of binnen het huidige systeem tot acceptabele oplossingen gekomen kan worden. In de literatuur zijn hiertoe al verschillende suggesties gedaan. De invoering van een alternatief compensatiesysteem op het specifieke terrein van geboorteschade vergt veel en fundamenteel onderzoek. Een aantal van de eerder gesignaleerde ontwikkelingen in het buitenland laat zien hoe het in ieder geval niet moet. Dat is vast een wijze les.

⁴³ Aldus T. Hartlief, Over stelselherzieningen en het geloof in wetten, *Nederlands Juristenblad* 2007, p. 1569-1570 op p. 1570.

⁴⁴ Hierbij kan bijvoorbeeld gedacht worden aan een instelling als Kifid: het Klachteninstituut Financiële Dienstverlening (sinds 1 april 2007).

⁴⁵ Ik verwijs kortheidshalve naar de in noot 28 genoemde publicaties.