RAAD VAN TOEZICHT VERZEKERINGEN

U I T S P R A A K Nr. 2000/11 WA

i n d e k l a c h t nr. 109.99

ingediend door:

hierna te noemen 'klaagster',

tegen:

hierna te noemen 'verzekeraar'.

De Raad van Toezicht Verzekeringen heeft kennis genomen van de schriftelijke klacht, alsmede van het daartegen door verzekeraar gevoerde schriftelijke verweer.

Uit de stukken is, voor zover voor de beoordeling van de klacht van belang, het navolgende gebleken.

Inleiding

Verzekeraar heeft het aansprakelijkheidsrisico verzekerd van een ziekenhuis, waar op 29 september 1994 met een spoedsectio klaagsters dochtertje is geboren, dat ernstig gehandicapt bleek te zijn.

De klacht

In 1994 was klaagster zwanger. In verband met buikklachten in september van datjaar wendde zij zich enkele keren tot het bij verzekeraar verzekerde ziekenhuis alwaar zij al voor controles kwam. Eerder in de zwangerschap had zij ook al ernstige buikklachten gehad. Op 28 september 1994 kreeg zij omstreeks 21.00 uur weer buikklachten. De baarmoeder was bij onderzoek soepel, het CTG was goed. Wel gaf zij over en was de bloeddruk niet te meten. Zij vroeg diverse keren om de gynaecoloog, doch deze werd niet gebeld. Op haar klachten werd niet serieus ingegaan. Pas de dag erop om 7.30 uur werd er een CTG gemaakt en werd geconstateerd dat de conditie van het kind slecht was. Met een spoedsectio werd op 29 september 1994 een dochtertje van 1550 gram geboren (30.6 weken).

Achteraf is gebleken dat er sprake is geweest van een interstitiële zwangerschap, met placenta en foetaal hoofd in de rechter tuba. Bij klaagster werd de rechterhoek van de baarmoeder en een deel van de tuba verwijderd. Haar dochtertje werd in een slechte conditie geboren en bleek een cerebrale beschadiging te hebben. Momenteel is zij spastisch. Zij loopt niet, de motoriek van de arm is gestoord en zij praat niet.

Klaagster heeft het ziekenhuis aansprakelijk gesteld. Vervolgens hebben verzekeraar en klaagsters advocaat besloten om een onafhankelijk deskundige, een hoogleraar in verloskunde, omtrent de kwestie te laten rapporteren. Nadat deze rapport had uitgebracht, deelde verzekeraar op 20 mei 1998 telefonisch aan klaagsters advocaat mee dat hij bereid was de schade te regelen op basis van het feit dat er in de nacht voor de geboorte onjuist gehandeld was. Wel gaf hij aan dat er altijd sprake zou zijn geweest van een

2000/11 WA

premature geboorte en dat het causaal verband daarom een probleem zou zijn. Verzekeraar zou een schaderegelaar inschakelen om te bekijken wat de totale schade zou zijn en voor welk bedrag deze zaak eventueel geregeld zou kunnen worden. De inhoud van het telefoongesprek werd door verzekeraar bij brief van dezelfde dag bevestigd. Hij hield een slag om de arm met betrekking tot het causaal verband. Over het causaal verband schreef de hoogleraar immers: 'Was de diagnose 'slechte foetale conditie' iets eerder gesteld, dan was zij waarschijnlijk in een wat betere conditie geboren en was de uitkomst mogelijk beter geweest. De moeizame en traumatische geboorte was er niet door voorkomen'.

Vervolgens ontving klaagsters advocaat van de door verzekeraar ingeschakelde schaderegelaar kopie van het advies, gedateerd 19 juni 1998, van diens medisch adviseur. Deze stelt in dat advies: 'Wanneer de sectio bijvoorbeeld 12 uur eerder had plaatsgevonden, was de kans groot geweest op een onbeschadigd of vrijwel onbeschadigd kind'.

In een gesprek op 2 juli 1998 met klaagsters advocaat deelde de schade-regelaar mee dat het advies van zijn medisch adviseur duidelijk was en dat over het causaal verband derhalve niet verder gediscussieerd behoefde te worden. Voorts gaf hij aan dat hij klaagsters dochtertje graag wilde zien en dat zijn secretaresse een afspraak daarvoor zou maken. Tot januari 1999 vonden er diverse besprekingen plaats en werd er actie ondernomen om de schade van klaagsters dochtertje te inventariseren en te kanaliseren, zoals overleg met klaagsters werkgever over onbetaald verlof en een zoektocht naar aangepaste huisvesting.

Op 22 januari 1999 deelde de schaderegelaar echter aan klaagsters advocaat mee dat verzekeraar van mening is dat niet de gehele schade voor zijn rekening dient te komen. Voorts deelde hij mee dat hij over deze kwestie met verzekeraar in gesprek was met als doel een duidelijk standpunt te verkrijgen met betrekking tot de toerekenbaarheid. Op 11 februari 1999 deelde de schaderegelaar telefonisch aan de advocaat mee dat hij ervan uit was gegaan dat de kwestie van het causaal verband een gepasseerd station was.

Op 24 februari 1999 schreef de schaderegelaar aan de advocaat dat verzekeraar de mening van de medisch adviseur van de schaderegelaar niet deelde en dat hij opnieuw de hoogleraar wilde benaderen met de vraag of hij zijn inschatting nader zou kunnen preciseren. Bij brief van 18 maart 1999 heeft klaagsters advocaat daartegen bezwaar gemaakt. Vervolgens vond nog enige correspondentie tussen de advocaat en de schaderegelaar plaats.

Bij brief van 4 mei 1999 zond de schaderegelaar aan de advocaat kopie van een aanvullend bericht van 6 april 1999 van de hoogleraar, die buiten klaagsters advocaat om door de medisch adviseur van de schaderegelaar was benaderd. De hoogleraar stelt daarin: 'Indien de sectio ±12 uur eerder had plaatsgevonden, dan was waarschijnlijk de uitkomst voor de baby beter geweest en moeten wij naar mijn mening uitgaan van het statistische risico op een handicap van een veel te vroeg geboren baby (30 weken). Blijkens het nationale POPS-onderzoek is 10% van deze kinderen ernstig gehandicapt en heeft 20%-30% lichtere (o.a. gedrags)afwijkingen. De meeste van deze handicaps ontstaan door de vroeggeboorte; in deze casus was vroeggeboorte niet te vermijden. Dit lijken dus de statistische ondergrensgegevens. Gelet op

de onduidelijke origine van de klachten van (klaagster) lijkt het mij aannemelijk dat pas een sectio zou zijn gedaan bij CTG-afwijkingen; foetale hypoxemie vormt een duidelijke indicatie voor sectio. Een sectio 'op tijd' zou - ook bij adequaat beleid - waarschijnlijk dus uitgevoerd zijn bij herkennen van foetale nood. In een dergelijk geval zou ook de kans op handicaps al groter zijn (en nu wordt het volledig speculeren: 30-50%?). Uiteindelijk heeft bij (klaagsters dochtertje) de foetale nood langer bestaan en was de conditie bij de geboorte slecht'.

Ondanks deze visie van de hoogleraar, waaruit blijkt dat de kans op een handicap bij adequaat beleid niet zodanig groot zou zijn geweest dat er een gedeelte van de schade voor eigen rekening van klaagsters dochtertje zou moeten komen, wil verzekeraar blijkens zijn brief van 1 juni 1999 thans de problematiek van het causaal verband aan een volgende deskundige voorleggen. Bovendien strookt de inhoud van de brief niet met de waarheid en meent verzekeraar de aansprakelijkheid toch weer enigszins ter discussie te moeten stellen.

Klaagster vindt dat:

1. Het in strijd met de goede naam van het verzekeringsbedrijf is om terug te komen op een ingenomen standpunt omtrent het causaal verband. Klaagster mocht begrijpen dat het advies van de medisch adviseur van de door verzekeraar ingeschakelde schaderegelaar dat haar advocaat zonder voorbehoud was toegezonden, de mening van verzekeraar weergaf.
2. Het in strijd met de goede naam van het verzekeringsbedrijf is om gezien het aanvullend bericht van de hoogleraar, die door verzekeraar zelf opnieuw was ingeschakeld, het (juridisch) causaal verband te blijven ontkennen.

<u>Het standpunt van verzekeraar</u>

Klaagster, geboren in 1958, was vanaf 23 september 1994 in het bij verzekeraar verzekerde ziekenhuis opgenomen. Zij bevond zich toen in de 30e week van haar zwangerschap. Op 28 september 1994, omstreeks 21.00 uur, waren er buikklachten. Bij onderzoek bleek de uterus soepel, het CTG was goed. Omdat de klachten aanhielden werd de volgende ochtend om circa 7.00 uur de behandelend gynaecoloog gebeld. Om circa 7.30 uur werd een CTG gemaakt. Het CTG was ernstig gestoord, waarop een spoedsectio werd verricht. De zwangerschap bleek interstitieel. De baby werd in slechte conditie geboren. Er is sprake van een cerebrale beschadiging. Klaagsters dochtertje is ernstig gehandicapt.

In de klacht wordt een weergave van de gebeurtenissen in het ziekenhuis gegeven die niet geheel met verzekeraars informatie overeenstemt. Verzekeraar laat dat thans rusten, omdat dat voor de beoordeling van de klacht niet van belang is. De klacht betreft immers niet de vraag of de verzekerde aansprakelijk is en of de schade toerekenbaar is, maar of aansprakelijkheid en causaliteit als erkend hebben te gelden.

De hoogleraar kwam in zijn rapport tot de slotsom: 'De persisterende negatieve bevindingen hebben blijkbaar bij een aantal medewerkers van (het ziekenhuis) de indruk gewekt dat de klachten niet op het somatische vlak lagen maar meer psychisch bepaald waren. Dit is mogelijk in de hand gewerkt door het feit dat de patiënte uitermate assertief is (mijn observatie) en zeer goed haar klachten kan verwoorden. Dit zou heel wel enige irritatie opgewekt kunnen

2000/11 WA

hebben. Uiteindelijk had zij dus gelijk: er was sprake van een ernstige aandoening. Het niet - meer - serieus nemen van de klachten had tot ernstige complicaties voor patiënte kunnen leiden, bijvoorbeeld indien zij op 23 september niet was opgenomen c.q. op 28 september ontslagen'. Bij zijn antwoord op vraag 6 noteert de hoogleraar: 'De klachten in de vroege ochtend van 29 september (onder andere pijn bij ademen, koud; bloed in de buik?) worden blijkbaar ook niet op hun waarde geschat. Hoewel begrijpelijk - er was tot dusver niets gevonden - is dit ook onzorgvuldig...'. Ook bij zijn beantwoording van vraag 7 gaat de hoogleraar ervan uit dat de ernst van de situatie gedurende de nacht niet is ingeschat. Hij vervolgt: 'Was de diagnose 'slechte foetale conditie' iets eerder gesteld, dan was zij waarschijnlijk in een wat betere conditie geboren en was de uitkomst mogelijk beter geweest. De moeizame en traumatische geboorte was er niet door voorkomen'.

Verzekeraar heeft het rapport van de hoogleraar aan de behandelend arts voorgelegd. De hoogleraar is uitgegaan van de juistheid van de eigen verklaringen van klaagster. De behandelend arts weerspreekt dat de bejegening van klaagster is geweest zoals zij aan de hoogleraar heeft aangegeven. Ook is niet juist dat het CTG op 29 september 1994 om 7.30 uur op verzoek van klaagster werd gemaakt, de behandelend arts adviseerde daartoe zelf. Hij acht het niet waarschijnlijk dat de ingreep veel eerder uitgevoerd had kunnen worden. Voorts plaatst de behandelend arts vraagtekens bij het causaal verband.

Aansprakelijkheid en schadeplichtigheid zijn aan de orde als de verzekerde, dat wil zeggen het verplegend personeel of de betrokken arts, niet heeft gehandeld met de deskundigheid en de zorgvuldigheid die mochten worden verwacht en voor zover de schade daarvan het toerekenbaar gevolg is. Het rapport van de hoogleraar leidt niet tot de conclusie dat een verzekerde aansprakelijk is. De overweging van de hoogleraar dat de klachten niet op hun waarde werden geschat is kennelijk slechts gebaseerd op de eigen verklaring van klaagster, die van de verklaring van de betrokkenen in het ziekenhuis afwijkt. Voorts vindt niet de toets plaats aan het redelijk handelen van de redelijk bekwame beroepsgenoot, in casu primair het verplegend personeel. Ook de vraag van het causaal verband wordt door de hoogleraar niet duidelijk beantwoord, zie het hierboven opgenomen citaat uit het antwoord op vraag 7.

Na de ontvangst van het rapport van de hoogleraar en de kanttekeningen van de behandelend arts is tussen verzekeraar en klaagsters advocaat uitvoerig telefonisch overleg geweest over de aansprakelijkheids- en de toerekenings-vraag. In dit telefoongesprek waren zij het erover eens dat op basis van de toen beschikbare stukken noch kon worden geconcludeerd dat verzekeraar schadevergoedingsplichtig was, noch dat met stelligheid kon worden verdedigd dat geen schadevergoedingsplicht zou bestaan. Besproken is ook dat in geval van een onverhoopte procedure aan beide zijden (dus) een procesrisico zou bestaan. Het telefoongesprek leidde partijen tot de conclusie dat onderzocht moest worden of zij de zaak in der minne konden regelen.

Een minnelijke regeling zou daarbij - op grond van het vorenstaande - niet inhouden dat de schade volledig zou worden vergoed. Ook recent heeft de advocaat bevestigd dat zij er op basis van het telefoongesprek van 20 mei 1998 vanuit ging dat geen volledige schadevergoeding zou plaatsvinden. De

advocaat gaf bij dat gesprek ook aan dat uitgangspunt te accepteren. Vooruitlopend op deze regelingspoging zegde verzekeraar een bedrag van ƒ 25.000,- als voorschotbetaling toe.

In het verlengde van het telefoongesprek van 20 mei 1998 heeft verzekeraar op dezelfde datum schriftelijk medegedeeld dat 'wij een regeling van de schade in der minne voorstaan met als uitgangspunt dat in de nacht van 28 op 29 september 1998 niet optimaal is gehandeld'. Ook deze brief bevat de verklaring dat verzekeraar niet van volledige schadevergoeding uitgaat. Verzekeraar is tot vergoeding in der minne bereid zonder dat de aansprakelijkheid en het causaal verband zijn erkend. De advocaat heeft deze brief ook aldus begrepen.

In de brief van 20 mei 1998 deelde verzekeraar ook mede dat hij een schaderegelaar voor de schaderegeling inschakelde. De advocaat kende daarmee aldus ook de aan de schaderegelaar gegeven opdracht.

De medisch adviseur van de schaderegelaar heeft op 19 juni 1998 over de kwestie gerapporteerd. Hij schrijft ondermeer '... (de hoogleraar) acht sprake van een verwijtbare kunstfout, daar de klachten in de avond en nacht van 28 september 1994 niet werden geduid als passende bij vrij bloed in de buikholte, wat toen nadrukkelijk al wel aan de orde was. Wanneer op basis daarvan in een eerder stadium een CTG-controle was verricht, waarop de foetale conditievermindering zou zijn geconstateerd, zou wellicht in een stadium zijn geopereerd dat (klaagsters dochtertje) betere kansen had gehad. Wanneer wij ervan uitgaan dat (de hoogleraar) hier terecht besluit tot een verwijtbaar traject, is uw vraag ten aanzien van de consequenties als volgt te beantwoorden. Wanneer de sectio bijvoorbeeld 12 uur eerder had plaats-gevonden was de kans groot geweest op een onbeschadigd of vrijwel onbeschadigd kind'.

Deze beoordeling door de medisch adviseur van de schaderegelaar is onzorgvuldig. De hoogleraar schreef niet dat van een verwijtbare kunstfout sprake was, maar hij concludeerde (op niet onbetwist vaststaande gronden) dat de begeleiding niet optimaal is geweest, veronderstellende dat de klachten van klaagster, die mogelijk irritatie heeft opgeroepen, niet serieus werden genomen. Van een 12 uur eerder uitgevoerde sectio kan al helemaal geen sprake zijn, nu (maximaal) negen uur voor het CTG naar aanleiding waarvan tot de spoedsectio werd besloten, een CTG was gemaakt waarover de medisch adviseur schrijft: 'Het CTG is goed'.

De schaderegelaar zond het rapport van zijn medisch adviseur op 26 juni 1998 aan klaagsters advocaat. Vervolgens heeft op 2 juli 1998 een gesprek tussen de schaderegelaar en de advocaat plaatsgevonden.

Verzekeraar ontving voormeld rapport van de medisch adviseur op 3 juli 1998. Op diezelfde datum heeft verzekeraar de schaderegelaar medegedeeld dat het rapport niet deugde en dat regeling op 100%-basis dus (nog steeds) niet aan de orde kon zijn. De schaderegelaar heeft verzekeraar gerapporteerd dat hij een mededeling van die aard dezelfde dag, of uiterlijk de dag daarna, 3 of 4 juli 1998 derhalve, telefonisch aan klaagsters advocaat heeft gedaan. Verzekeraar meent daarvan te mogen uitgaan.

Op 24 februari 1999 stelde de schaderegelaar aan klaagsters advocaat voor dat de hoogleraar naar het causaal verband zou worden gevraagd. De advocaat antwoordde op 10 maart 1999 dat zij de rapportage van de medisch

adviseur van de schaderegelaar beschouwt als de verklaring van verzekeraar die gericht is op erkenning van het volledige causaal verband, waarmee het vertrouwen zou zijn gewekt dat verzekeraar de schade volledig zou voldoen. De advocaat zag geen aanleiding de hoogleraar naar het causaal verband te vragen.

De medisch adviseur van de schaderegelaar verzocht vervolgens de hoogleraar te rapporteren wat er zou zijn gebeurd als de sectio ± 12 uur eerder zou hebben plaatsgevonden. Speculerenderwijs komt de hoogleraar tot het antwoord dat ook bij een sectio ‘op tijd’, dat is bij het herkennen van foetale nood, een kans van 30 à 50% op handicaps had bestaan.

De vraag ligt thans voor of verzekeraar gebonden is aan het oordeel van de medisch adviseur van de schaderegelaar met betrekking tot het bestaan van een ‘verwijtbare kunstfout’ en met betrekking tot het causaal verband tussen de handicaps en die kunstfout.

In de eerste plaats dient er op gewezen te worden dat ook voor klaagsters advocaat, gespecialiseerd op dit terrein, kenbaar is dat het rapport van de hoogleraar niet na hoor en wederhoor tot stand is gekomen. Bij zijn oordeel dat aan de klachten van klaagster niet de juiste aandacht is gegeven ging de hoogleraar alleen af op hetgeen hij daaromtrent van klaagster hoorde. Dat is natuurlijk niet juist. De advocaat is in het telefoongesprek van 20 mei 1998 over de visie van de behandelend arts, waarmee de conclusies van de hoogleraar in een ander licht komen te staan, geïnformeerd. Voorts ontbreekt in het rapport van de hoogleraar een beschrijving van het mogelijke alternatief; wanneer had men na het CTG van de late avond van 29 september 1994 een volgend CTG moeten maken; was de noodzaak tot een sectio dan gebleken; als niet, wanneer had dan het volgende CTG gemaakt moeten worden; als wel, wanneer zou de sectio dan hebben plaatsgevonden, met welke waarschijnlijke gevolgen? De advocaat kende het rapport, kende verzekeraars kanttekeningen daarbij en wist dat hij op basis van dat rapport niet tot de conclusie kon komen dat er sprake was van (volledige) aansprakelijkheid en van volledige toerekening.

Voorts wist de advocaat dat de schaderegelaar slechts opdracht had van verzekeraar om een minnelijke regeling tot stand te brengen en niet om causaal verband en aansprakelijkheid te erkennen. Doch ook als de schaderegelaar wel vertegenwoordigingsbevoegdheid wordt toebedacht, is de conclusie niet anders:

- Waar de schaderegelaar spreekt van een kunstfout is dat steeds onder verwijzing naar het rapport van de hoogleraar gebeurd. Een andere betekenis dan de hoogleraar aan het handelen van de verzekerde gaf kon de advocaat in de betreffende uitingen dan ook niet lezen.
- Het rapport van de medisch adviseur van de schaderegelaar is met betrekking tot het causaal verband kennelijk, in het licht van het de advocaat bekende rapport van de hoogleraar, onjuist. De medisch adviseur gaat er immers vanuit dat de sectio 12 uur eerder had kunnen plaatsvinden, terwijl vast staat dat circa 9 uur eerder een CTG werd gemaakt waarop van een noodzaak tot een sectio niet bleek. Aan een opmerking waaraan de advocaat, in het licht van alle gegevens, in één oogopslag kan zien dat deze niet deugde, kan zij niet de conclusie verbinden dat verzekeraar daarmee terug kwam op een eerder met betrekking tot het causaal verband ingenomen standpunt. Bovendien is de

2000/11 WA

advocaat, naar de schaderegelaar verzekeraar berichtte, op 3 juli 1999 meegedeeld dat het rapport van de medisch adviseur van de schaderegelaar niet verzekeraars visie weergaf.
Ten slotte wil verzekeraar nog benadrukken, dat in deze zaak mede van belang is welke betekenis klaagsters advocaat, als op dit gebied gespecialiseerd advocaat, redelijkerwijs aan het gebeurde, in het bijzonder aan de toezending van het rapport van de medisch adviseur van de schade-regelaar, mocht toekennen. Met het oog hierop heeft verzekeraar deze kwestie voor advies voorgelegd aan een extern advocaat, die evenals klaagsters advocaat lid is van de LSA (Vereniging van letselschade-advocaten) en in de afwikkeling van letselzaken is gespecialiseerd. De advocaat onderschrijft de juistheid van verzekeraars conclusie.

Het commentaar van klaagster
Klaagster heeft, kennis genomen hebbend van het verweer van verzekeraar, haar klacht gehandhaafd en nog nader toegelicht.

Het oordeel van de Raad
1. Partijen verschillen niet erover van mening dat in het telefoongesprek van 20 mei 1998 tussen verzekeraar en klaagsters advocaat en in de brief van diezelfde datum aan de advocaat verzekeraar een duidelijk voorbehoud heeft gemaakt wat betreft het causaal verband tussen de behandeling van klaagster in het bij verzekeraar verzekerde ziekenhuis en de bij klaagsters dochter aanwezige handicap en wat betreft de aansprakelijkheid van het ziekenhuis daarvoor. Uit het enkele feit van het verzenden van het rapport van de medisch adviseur van de door verzekeraar ingeschakelde schaderegelaar kon klaagsters, op dit gebied gespecialiseerde advocaat niet afleiden dat verzekeraar het causaal verband en de aansprakelijkheid nu aanvaardde. Omtrent hetgeen tussen klaagsters advocaat en de schaderegelaar daarna op dit punt is besproken verschillen zij van mening. Het is voor de Raad bij de uitoefening van zijn tuchtrechtelijke taak niet mogelijk de inhoud van hetgeen bij die besprekingen aan de orde is gekomen, waarover tussen de raadsvrouw van klaagster en verzekeraar verschil van mening bestaat, vast te stellen en ook niet om daarover een voor partijen bindende uitspraak te doen. Gelet op de inhoud van door partijen aan de Raad overgelegde stukken kan echter niet worden gezegd dat verzekeraar in redelijkheid niet het standpunt kan innemen dat hij het bestaan van oorzakelijk verband tussen de wijze waarop klaagster is behandeld en de handicap van klaagsters dochter niet heeft erkend en dat de raadsvrouw van klaagster de uitlatingen van de voor verzekeraar optredende schaderegelaar in redelijkheid ook niet als zodanige erkenning kon opvatten.
2. Verzekeraar kon voorts ook na het door de hoogleraar in de verloskunde uitgebrachte aanvullend rapport het standpunt blijven innemen dat het voormelde causaal verband niet is aangetoond, nu uit de conclusie van de hoogleraar niet zonder meer is af te leiden dat dat causaal verband bestaat.
3. Het onder 1 en 2 vermelde voert de Raad tot de slotsom dat verzekeraar ten dezen niet in strijd met de goede naam van het verzekeringsbedrijf heeft gehandeld, zodat de klacht ongegrond moet worden verklaard.

2000/11 WA

De beslissing
De Raad verklaart de klacht ongegrond.

Aldus is beslist op 17 januari 2000 door Mr. H.C. Bitter, Mr. F.H.J. Mijnssen, D.F. Rijkels, arts, Mr. B. Sluijters en Dr. B.C. de Vries, arts, leden van de Raad, in tegenwoordigheid van Mr. S.N.W. Karreman, secretaris.

De Voorzitter:

(Mr. F.H.J. Mijnssen)

De Secretaris:

(Mr. S.N.W. Karreman)