

vrijwel zeker niet anders zijn gelopen. Op dezelfde gronden als thans het geval is, zou het hof immers hebben kunnen concluderen dat door de rechtbank in eerste instantie geen essentiële vormen zijn verzuimd of ten onrechte buiten toepassing zijn gelaten, waarmee het – in beginsel ontvankelijke – beroep van verzoekster alsnog ongegrond zou worden verklaard. Maar één ding lijkt helder: zodra een appelland, ondanks een appelverbod, in hoger beroep aanvoert dat in eerste aanleg essentiële vormen zijn verzuimd, dan staat de deur van het hof voor hem open!

L.G.J. Hendrix
docent/onderzoeker Vrije Universiteit Amsterdam

4

Rechtbank Amsterdam
14 juli 2010, nr. 421663/HA ZA 09-750, LJN
BO3288
(mr. Aalders)
Noot L.C. Dufour

Letzelschade. Medische fout. Onzeker causaal verband. Proportionele aansprakelijkheid.

[BW lid 6:98]

Een man heeft aan een hersenstaminfarct forse beperkingen overgehouden. Voor deze schade houdt hij het ziekenhuis waar hij voor het infarct is behandeld aansprakelijk omdat het ziekenhuis de TIA die aan het infarct voorafging te laat heeft ontdekt. Het ziekenhuis erkent dat zij de TIA drie dagen eerder had kunnen ontdekken, maar het ziekenhuis betwist dat er causaal verband kan worden aangenomen tussen deze fout en het optreden van het infarct als gevolg waarvan de man schade heeft geleden. Op gemeenschappelijk verzoek wordt een neuroloog de vraag voorgelegd hoe de gezondheidssituatie van de man zou zijn geweest als de TIA eerder was ontdekt. De neuroloog concludeert op basis van onjuist doorberekende kansverhogingen gevonden in een studie die niet goed aansluit bij het geval van de man en het ziekenhuis, dat de kans dat de man bij eerdere toediening van de medicijnen een hersenstaminfarct zou hebben gekregen 1,7% kleiner is. De rechtbank verbetert de gemaakte rekenfouten niet en de vordering van man wordt afgewezen.

[A] te [woonplaats],
eiser,
advocaat: mr. A.J. Van,
tegen
de stichting *Stichting Sint Lucas Andreas Ziekenhuis* te Amsterdam,
gedaagde,
advocaat: mr. M.J.J. de Ridder.

1. *De procedure*
(...; red.)

2. *De feiten*

2.1. Op 5 juni 2007 is [A], geboren op 19 mei 1964, per ambulance vervoerd naar het ziekenhuis in verband met klachten over duizeligheid en instabiliteit bij het staan en is daar op de afdeling spoedeisende hulp onderzocht. Na een neurologisch onderzoek werden geen afwijkingen gevonden en werd [A] naar huis gezonden.

2.2. Op 6 juni 2007 heeft [A] zich wederom, na verwijzing door zijn huisarts, op de spoedeisende hulp van het ziekenhuis gemeld met klachten van tintelingen van zijn hele lichaam en onduidelijke spraak. Nadat er geen aanwijzingen waren gevonden voor een neurologische oorzaak voor de klachten is [A] (wederom) naar huis gezonden.

2.3. Op 7 juni 2007 heeft [A] zich opnieuw, onder meer met spraakproblemen, op de spoedeisende hulp van het ziekenhuis gemeld. Op de op die dag gemaakte CT-scan van de hersenen werden door het ziekenhuis geen duidelijke ischaemische afwijkingen gevonden en de verschijnselen werden als meest waarschijnlijk functioneel geduid. [A] is diezelfde dag weer naar huis gekeerd.

2.4. Op 8 juni 2007 is [A] thuis gevallen en heeft hij 4,5 uur op de grond gelegen.

2.5. Op 9 juni 2007 heeft [A] zich, na een verkramptingsaanval en tintelingen over zijn hele lichaam, opnieuw tot het ziekenhuis gewend, alwaar na een neurologisch onderzoek een hemibeeld, mogelijk op basis van een ischaemisch substraat werd geconstateerd. [A] is daarop opgenomen op de afdeling ambulatorium. In het medisch dossier van [A] staat het volgende – voor zover van belang – vermeld:

“(...)

– vooralsnog géén Ascal, morgen herbeoordelen.
(...)”

2.6. Op 10 juni 2007 werd het neurologisch onderzoek herhaald en de CT-Scan liet een hypodens beeld zien in de rechter pons waarna door het

ziekenhuis werd geconcludeerd dat sprake was van een hersenstaminfarct (hierna: herseninfarct). Om 14.00 uur is [A] overgeplaatst naar de zogenoemde "Stroke Unit" waar hij met preventieve medicatie werd behandeld.

2.7. Op 21 juni 2007 werd opnieuw een MRI-onderzoek bij [A] verricht waarin een onderbreking in het basilaris traject werd geconstateerd, passend bij een arteria basilaris trombose.

2.8. Bij brief van 22 juni 2007 heeft de (toenmalige) advocaat van [A], mr. M.G. van der Vliet-Blokziel, het ziekenhuis aansprakelijk gesteld voor het te laat onderkennen van een cerebrovasculair accident (CVA).

2.9. Tot 26 juni 2007 is [A] in het ziekenhuis verbleven waarna hij is overgeplaatst naar het revalidatiecentrum Amsterdam waar hij tot 14 november 2007 is gebleven.

2.10. Bij brief van 20 september 2007 heeft de beroepsaansprakelijkheidverzekeraar van het ziekenhuis, MediRisk, het volgende aan de (toenmalige) advocaat van [A] gemeld:

"(...)

Onze medisch adviseur meent dat niet zozeer op 5 en 6 juni, doch wel op 7 juni 2007 verwijtbaar onzorgvuldig is gehandeld. Toen uw cliënt voor de derde keer op de eerste hulp kwam, had een doorbloedingsstoornis c.q. CVA/TIA in de differentiaaldiagnose opgenomen kunnen worden. Dan had opname op de afdeling neurologie voor de hand gelegen en had medicatie (...) eerder opgestart kunnen worden. Ook had bij het stellen van de diagnose basilaristrombose had eerder opname op de Stroke Unit kunnen plaatsvinden. Hiervoor erkennen wij aansprakelijkheid.

Overigens merkte onze medisch adviseur ook nog op, dat de diagnose basilaristrombose zeker in het begin moeilijk te stellen kan zijn, met name omdat zich wisselende voorbijgaande neurologische klachten en verschijnselen kunnen voordoen. Het is maar de vraag hoeveel eerder de diagnose was gesteld indien op 7 juni 2007 een doorbloedingsstoornis in de differentiaaldiagnose was opgenomen.

Het is aldus de vraag hoe het verloop zou zijn geweest indien adequaat was gehandeld. Wij zijn bereid om deze vraag voor te leggen aan een onafhankelijk deskundige. (...)"

2.11. Op gemeenschappelijk verzoek van partijen heeft Prof. Dr. [B] (hierna: [B]), neuroloog in het Universitair Medisch Centrum Utrecht, [A] onderzocht en ter zake op 10 juni 2008 gerappor-

teerd (hierna: het rapport). Hij heeft zich – onder meer – uitgelaten over de vraag hoe de gezondheidssituatie van [A] zou zijn geweest indien wel op 7 juni 2007 een doorbloedingsstoornis dan wel een CVA/TIA in de differentiaaldiagnose zou zijn opgenomen. Het rapport luidt, voor zover van belang:

"(...)

Conclusie

Prodromale verschijnselen gedurende vier dagen gevolg door een hemiparese aan de linkerzijde op basis van een hersenstaminfarct dat zeer waarschijnlijk is veroorzaakt door een locale trombose in de arteria basilaris.

Beantwoording van de vragen (...)

(...)

1e. De diagnose op neurologisch gebied luidt hersenstaminfarct aan de rechterkant op basis van een locale trombose in de arteria basilaris.

1f. De op dit moment aangegeven klachten en beperkingen die betrokkene vermeldt zijn goed te verklaren op basis van de bevindingen bij neurologisch onderzoek.

2. Betrokkene heeft thans een hemiparese links met een hypertone component. Hij is hierdoor fors beperkt in de activiteiten van het dagelijkse leven.(...)

4. Indien bij betrokkene eerder zou zijn gedacht aan (voorbijgaande) neurologische uitvalsverschijnselen veroorzaakt door ischemie in de hersenstam zou er eerder met medicamenteuze profylaxie zijn begonnen in de vorm van trombocyt-naggregatieremmers en een statine. Hierdoor was de kans kleiner geworden dat er uiteindelijk een blijvend uitval zou zijn ontstaan.(...). Indien er geen infarct in de hersenstam zou zijn ontstaan zou betrokkene geen uitvalsverschijnselen in de vorm van functieverlies van de linker lichaams-helft hebben gekregen.(...)

5. Er is een reële kans dat ook bij zorgvuldig handelen de vastgestelde restverschijnselen bij betrokkene zouden zijn opgetreden. Uit de recent gepubliceerde EXPRESS studie blijkt dat de kans dat er een herseninfarct optreedt na een TIA binnen 90 dagen 10,3 procent is wanneer de profylactische medicatie na een mediane duur van 20 dagen wordt voorgeschreven, terwijl deze kans 2,1 procent is wanneer de profylactische medicatie na een mediane duur van 1 dag wordt voorgeschreven. (...). Op basis van deze gegevens zou, overigens geheel arbitrair, kunnen worden beredeneerd dat het 19 dagen eerder voorschrijven van profy-

lactische medicatie de kans, dat er binnen 90 dagen een herseninfarct optreedt, vermindert met 8,2 procent. Voor de situatie van betrokkene zou vervolgens kunnen worden beredeneerd dat de kans, dat hij een herseninfarct zou hebben gekregen binnen 90 dagen na het optreden van de eerste verschijnselen, $4/19 \times 8,2\% = 1,7\%$ kleiner zou zijn geweest, indien de profylactische medicatie vier dagen eerder zou zijn voorgeschreven. In zijn brief van d.d. 06-05-2008 geeft collega [C] aan dat bij deze berekening geen rekening is gehouden met het feit dat de winst van profylactische behandeling in de eerste periode aanmerkelijk effectiever is dan op de 10e-19e dag. Het juist dat het risico op een herseninfarct in de vroege fase na een TIA groter is dan in een latere fase. Helaas ken ik geen literatuur waarin het risico op een herseninfarct bij na het voorschrijven van adequate prophylaxe na 1 dag is vergeleken met het risico bij het voorschrijven na 4 dagen. Ik ben daarom uitgegaan van bestaande gegevens en heb mij niet gewaagd aan een berekening waarin ik het risico verschil tussen dag 1 en dag 4 na een TIA schat op basis van aannames. (...)"

3. *Het geschil*

3.1. [A] vordert bij vonnis, uitvoerbaar bij voorraad,

1. een verklaring voor recht dat het ziekenhuis is gehouden om aan [A] 100%, dan wel een door de rechtbank te bepalen percentage, van de door hem geleden schade, zowel materieel en immaterieel, te vergoeden die hij heeft geleden en in de toekomst zal lijden als gevolg van het bij hem opgetreden herseninfarct,

2. het ziekenhuis te veroordelen om aan [A] te vergoeden alle door hem als gevolg van de medische fout van 7 juni 2007 geleden en te lijden schade, zowel materieel als immaterieel, nader op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet, vermeerderd met de wettelijke rente over die schade vanaf de dag der opeisbaarheid, subsidiair vanaf de dag waarop [A] de schade heeft geleden of zal lijden, maar in ieder geval vanaf het moment van dagvaarding, tot aan het moment waarop de schade geheel zal zijn voldaan, met veroordeling van het ziekenhuis in de kosten van deze procedure.

3.2. [A] stelt daartoe dat hij als gevolg van het herseninfarct dat bij hem op 9 juni 2007 is vastgesteld een hemiparese aan zijn linkerzijde heeft opgelopen waardoor hij materiële en immateriële

schade lijdt. Het antwoord op de vraag in welke mate het ziekenhuis aansprakelijk is voor de gevolgen van het nalaten op 7 juni 2007, waarvoor het ziekenhuis aansprakelijkheid heeft erkend, dient volgens [A] langs de weg van de proportionele aansprakelijkheid te worden vastgesteld. De mate van aansprakelijkheid wordt dan afhankelijk gesteld van het door de medische fout veroorzaakte verlies van de kans op een beter behandelingsresultaat, waarbij het kansverlies dient te worden bepaald door een vergelijking van de kans op een herseninfarct in de situatie na de medische fout en de hypothetische situatie zonder medische fout. De kans op een herseninfarct in de situatie na de medische fout is te stellen op 100% omdat deze kans zich heeft gerealiseerd, aldus [A]. Ten aanzien van de situatie zonder medische fout stelt [A] dat uit het rapport van [B] blijkt dat in het algemeen de kans op een herseninfarct 2,1% bedraagt als een dag na een TIA, wordt gestart met profylactische medicatie. Hieruit volgt, volgens [A], dat er dan een kans van 97,9% (100% minus 2,1%) is dat het herseninfarct niet zou zijn opgetreden als binnen één dag na het ontstaan van de TIA wel zou zijn gestart met profylactische medicatie. In het specifieke geval van [A] zou de kans op het niet intreden van het herseninfarct 98,3% zijn (100% minus 1,7%). [A] stelt dan ook dat het ziekenhuis voor 100% aansprakelijk is voor de door [A] geleden materiële en immateriële schade, aldus – steeds – [A].

3.3. Het ziekenhuis betwist de vordering van [A] en bestrijdt – kort gezegd – dat er een causaal verband kan worden aangenomen tussen de fout waarvoor aansprakelijkheid is erkend, te weten het niet meenemen van de diagnose CVA/TIA in de differentiaal diagnose, en het optreden van het herseninfarct als gevolg waarvan [A] schade heeft geleden.

Allereerst betwist het ziekenhuis het uitgangspunt dat in het geval de mogelijkheid van een CVA/TIA wel zou zijn meegenomen in de differentiaal diagnose, meteen zou zijn aangevangen met de bedoelde medicatie. Subsidiair betwist hij de conclusie die [A] meent te kunnen trekken uit het rapport van [B]. Volgens het ziekenhuis volgt hieruit dat de kans op een hersenstaminfarct met 1,7% zou zijn verminderd indien direct na de TIA met de medicatie zou zijn begonnen. Er zijn echter volgens het ziekenhuis diverse omstandigheden die maken dat de onderhavige situatie niet vergelijkbaar is met de situatie waarop het onderzoek

ziet dat [B] aanhaalt in zijn rapport. Het percentage zou daarom naar beneden moeten worden bijgesteld. Ook indien uitgegaan zou moeten worden van 1,7% is geen sprake van een rechtens relevant kansverlies, aldus het ziekenhuis.

3.4. Op de stellingen van partijen wordt hierna, voor zover van belang, nader ingegaan.

4. De beoordeling

4.1. Voorop wordt gesteld dat het ziekenhuis aansprakelijkheid heeft erkend voor het niet opnemen van de diagnose CVA/TIA in de differentiaaldiagnose op 7 juni 2007. Op basis hiervan moet worden aangenomen dat hier sprake is van een medische fout van het ziekenhuis die – door het achterwege laten van een nader onderzoek als bedoeld – op aan haar toe te rekenen wijze onrechtmatig heeft gehandeld jegens [A].

4.2. Partijen zijn verdeeld over de vraag of de door [A] geleden schade die hij heeft opgelopen als gevolg van het herseninfarct in causaal verband met deze fout staat. Volgens [A] dient dit causaal verband te worden beoordeeld aan de hand van de leer van een kansverlies. De rechtbank is met het ziekenhuis van oordeel dat eerst moet komen vast te staan dat het ziekenhuis, ingeval hij op 7 juni 2007 de mogelijkheid van een CVA/TIA had overwogen, begonnen zou zijn, althans had moeten zijn, met de medicatie, alvorens toe te komen aan de vraag of het achterwege blijven daarvan heeft geleid tot een kansverlies.

De rechtbank laat die voorafgaande vraag evenwel uit doelmatigheidsoverwegingen in het midden, gelet op hetgeen hierna wordt overwogen. In het navolgende zal derhalve vooralsnog worden uitgegaan van de aanname dat het ziekenhuis bij juist handelen op 7 juni 2007 zou zijn begonnen met de medicatie.

4.3. [A] grondt zijn vordering op de stelling dat het achterwege blijven van die medicatietoediening ertoe heeft geleid dat hem een grotere kans op een beter behandelingsresultaat is ontnomen. Om de mate van de aansprakelijkheid van het ziekenhuis op die grond te beoordelen, dient een vergelijking te worden gemaakt tussen de kans op het ontstaan van een herseninfarct indien een medische fout is gemaakt, te weten de daadwerkelijke situatie waarin te laat is gestart met het geven van medicatie, en de kans daarop zonder medische fout, zijnde de hypothetische situatie waarin meteen zou zijn gestart met medicatie.

[A] heeft ter onderbouwing van zijn stellingen verwezen naar het rapport van [B]. Ook de rechtbank zal bij haar beoordeling het rapport van [B] tot uitgangspunt nemen omdat het rapport op gezamenlijk verzoek van partijen is verricht en geen van partijen de conclusie van [B] inhoudelijk betwist. Het geschil tussen partijen ziet slechts op de uitleg die ieder van partijen aan deze conclusie geeft. Het ziekenhuis voert in dit verband wel aan dat de EXPRESS-studie waarop [B] zijn conclusie heeft gebaseerd niet representatief is omdat deze uitgaat van de situatie waarin na 20 dagen medicatie wordt gegeven en [A] reeds na vijf dagen met medicatie werd behandeld en er al meer dan twee dagen waren verstreken sinds zijn eerste klachten op 5 juni 2007 gaat de rechtbank voorbij. De rechtbank onderkent dat de situatie van [A] niet één op één past op de uitgangspunten van de EXPRESS-studie, maar deze studie kan voor het onderhavige geval wel als leidraad dienen. Daarbij is gesteld noch gebleken dat partijen van andere uitgangspunten willen uitgaan, zeker gezien de inhoud van de door partijen genomen akten waaruit de rechtbank begrijpt dat partijen geen behoefte hebben aan een nader onderzoek door [B] of een andere deskundige.

4.4. Naar het oordeel van [A] volgt uit het rapport en de daarin geciteerde EXPRESS-studie, dat de kans op een herseninfarct binnen 90 dagen na een doorgemaakte TIA 2,1% is ingeval daags na de TIA met medicatie wordt begonnen. [A] zet dit percentage af tegen de situatie die zich daadwerkelijk heeft voorgedaan, te weten het optreden van een herseninfarct. Hij stelt dat die kans op 100% moet worden gesteld, zodat het kansverlies 98,9% is. Nu dit bijna 100% is wordt het ontstaan van het herseninfarct door [A] volledig aan het handelen van het ziekenhuis toegerekend.

4.5. De rechtbank volgt [A] niet in deze redenering. Ingeval van vaststelling van de mate van aansprakelijkheid volgens de leer van het kansverlies, moet de kans op een herseninfarct in de situatie met medische fout worden afgezet tegen de kans op een herseninfarct zonder die medische fout. Het is niet juist om dat laatste percentage op 100% te bepalen enkel omdat het herseninfarct zich daadwerkelijk heeft gemanifesteerd. Immers, de kans op een gebeurtenis wordt niet door het plaatsvinden van die gebeurtenis met terugwerkende kracht 100%.

4.6. Vastgesteld moet derhalve worden hoe groot de kans op een herseninfarct was met en zonder het toedienen van medicatie, direct na het doormaken van de TIA. Nu [A] zich baseert op het rapport van [B] zal de rechtbank beoordelen of het antwoord op deze vraag is terug te vinden in dit rapport.

De rechtbank stelt vast dat in de EXPRESS-studie onderzoek is gedaan naar de situatie enerzijds dat één dag na de TIA is begonnen met medicatie en de situatie anderzijds dat pas na 20 dagen is begonnen met medicatie. Deze studie heeft geleid tot de conclusie dat de kans op een herseninfarct binnen 90 dagen in het eerste geval 2,1% bedraagt en in het tweede geval 10,3%, een verschil derhalve van 8,2%.

Voor de situatie van [A] zou volgens [B] berekend kunnen worden dat de kans dat hij een herseninfarct zou hebben gekregen binnen 90 dagen na het optreden van de eerste verschijnselen $4/19 \times 8,2\% = 1,7\%$ kleiner zou zijn geweest als de profylactische medicatie vier dagen eerder zou zijn voorgeschreven.

4.7. De onderhavige situatie (met medische fout) kan in dit verband gelijk gesteld worden met de situatie dat pas na 20 dagen werd begonnen met medicatie, in die zin dat een herseninfarct optrad enkele dagen na de TIA, zonder dat op dat moment medicatie was toegediend. Als de situatie zonder medische fout gelijk gesteld zou worden met de in de EXPRESS studie beschreven situatie, waarin direct na de TIA begonnen werd met medicatie, dan volgt uit het rapport van [B] dat door de medische fout een kansverlies van 1,7% op een beter behandelresultaat is geleden.

De rechtbank verwerpt het standpunt van [A], en daarmee ook die van medisch adviseur dr. [C] en prof dr. [D], dat uit het rapport volgt dat de kans op het achterwege blijven van een herseninfarct 98,3% zou zijn indien binnen één dag met medicatie zou zijn begonnen en dat dus ook de kans op een beter behandelingsresultaat met 98,3% zou zijn toegenomen. Met het ziekenhuis is de rechtbank van oordeel dat uit het rapport geen andere conclusie kan worden getrokken dan dat met tijdige medicatie de kans op een herseninfarct slechts 1,7% kleiner zou zijn geworden. De rechtbank ziet geen aanleiding op dit punt de berekening van [B] terzijde te schuiven.

4.8. Met het ziekenhuis is de rechtbank bovendien van mening dat de situatie zonder medische fout niet zonder meer gelijkgesteld kan worden met

de situatie als beschreven in de EXPRESS studie. Ten eerste staat tussen partijen vast dat de fout, die het ziekenhuis verweten wordt, plaatsvond op 7 juni 2007. Bij correct handelen zou aldus op zijn vroegst op 7 juni 2007 begonnen zijn met medicatie en derhalve niet binnen één dag na de TIA, maar pas na ongeveer vier dagen. Het herseninfarct vond daags na 7 juni 2007 plaats, zodat het ziekenhuis terecht de vraag stelt of het toedienen van de medicatie op 7 juni 2007 nog enige invloed zou hebben gehad op het ontstaan van het herseninfarct. Het rapport geeft daarop geen antwoord, nu geen literatuur over die situatie bekend is.

Ten tweede is door het ziekenhuis onbetwist gesteld dat [A] behoort tot het hoogst denkbare risicoprofiel (als gevolg van roken, overgewicht, hoog cholesterolgehalte etc.), zodat zijn kans op een herseninfarct (in het algemeen) groter moet worden geschat dan bij de populatie waarop de EXPRESS studies zijn gebaseerd.

Beide omstandigheden leiden tot de conclusie dat het kansverlies in het specifieke geval van [A] naar alle waarschijnlijkheid kleiner moet worden geschat dan het door [B] op basis van de EXPRESS studie berekende kansverlies.

4.9. Uit het vorenstaande volgt dat de kans op het ontstaan van een herseninfarct bij een correct optreden met maximaal 1,7% verminderd zou zijn vergeleken met de kans op het ontstaan van een herseninfarct in de situatie die zich in werkelijkheid heeft voorgedaan, terwijl naar alle waarschijnlijkheid dit kansverlies in het specifieke geval van [A] nog kleiner is.

Naar het oordeel van de rechtbank is dit kansverlies zodanig gering dat dit zich niet laten vertalen in een rechtens relevante mate van gemis aan een kans die zich leent voor vergoeding van schade.

4.10. De gevorderde schadevergoeding, nader op te maken bij staat, is dan ook niet voor toewijzing vatbaar.

4.11. De overige stellingen van partijen behoeven geen behandeling meer.

4.12. [A] zal als de in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten worden veroordeeld. De kosten aan de zijde van het ziekenhuis worden begroot op:

– vast recht € 262,=
 – salaris advocaat € 1.130,= (2,5 punten x tarief € 452,=)
 Totaal € 1.392,=

4.13. De rechter, ten overstaan van wie de comparitie is gehouden, heeft dit vonnis niet kunnen wijzen om organisatorische redenen.

5. De beslissing

De rechtbank

5.1. wijst de vorderingen af,

5.2. veroordeelt [A] in de proceskosten, aan de zijde van het ziekenhuis tot op heden begroot op € 1.392,=.

NOOT

1. Een 46-jarige man is blijvend invalide geworden door een hersenstaminfarct dat is gevolgt op een in de dagen daarvoor opgetreden CVA/TIA.¹ Het infarct is op 10 juni 2007 door het ziekenhuis op een CT-scan ontdekt. In de vijf dagen voor 10 juni had de man zich drie keer eerder bij het ziekenhuis gemeld met neurologische klachten (duizeligheid, tintelingen, spraakproblemen). Telkens had het ziekenhuis hem na onderzoek waarbij het ziekenhuis geen afwijkingen aantroef weer naar huis gestuurd. Tussen de man en het ziekenhuis is een geschil ontstaan omdat de man meent dat het ziekenhuis het CVA/TIA eerder, op de CT-scan die op 7 juni was gemaakt, had moeten ontdekken en op die dag ook had moeten beginnen met het toedienen van medicijnen ter voorkoming van een hersenstaminfarct. Volgens de man zou zich in dat geval geen hersenstaminfarct hebben ontwikkeld, of was de kans op het ontstaan van het hersenstaminfarct in ieder geval aanmerkelijk kleiner geweest. Voor de door hem als gevolg van het hersenstaminfarct en de op 7 juni 2007 gemaakte kunstfout geleden materiële en immateriële schade houdt de man het ziekenhuis aansprakelijk.

2. De verzekeraar van het ziekenhuis heeft erkend dat het ziekenhuis op 7 juni 2007 verwijtbaar onzorgvuldig heeft gehandeld door het CVA/TIA niet in de diagnose op te nemen en hem geen preventieve medicijnen toe te dienen. Dat het verloop van het infarct anders was ge-

weest, als wel op 7 juni was gestart met toediening van medicijnen, betwist de verzekeraar. Op gemeenschappelijk verzoek van de verzekeraar en de man is aan een hoogleraar neurologie te Utrecht (hierna: de deskundige) de vraag voorgelegd hoe de gezondheidssituatie van de man zou zijn geweest als het ziekenhuis op 7 juni wel had onderkend dat zich een CVA/TIA had voorgedaan (r.o. 2.11).

3. De deskundige stelt voorop dat als de man eerder preventieve medicijnen toegediend had gekregen, de kans op blijvende uitval kleiner was geworden. Maar omgekeerd was er ook een reële kans dat bij zorgvuldige behandeling restverschijnselen zouden zijn opgetreden. De vraag is uiteraard hoeveel kleiner de kans op een hersenstaminfarct was geweest bij toediening van de medicijnen op 7 juni (in plaats van op 10 juni). Om deze vraag te beantwoorden haalt de deskundige een studie (de EXPRESS studie) aan waaruit blijkt dat de kans op een hersenstaminfarct binnen 90 dagen na een TIA 10,3% is wanneer de patient na een mediane duur van 20 dagen medicijnen krijgt toegediend. Als de patient na een mediane duur van 1 dag na de TIA medicijnen krijgt toegediend, is de kans op een infarct binnen 90 dagen kleiner, namelijk 2,1%. De deskundige verbindt aan deze percentages de conclusie dat het 19 dagen eerder voorschrijven van medicijnen de kans op een hersenstaminfarct binnen 90 dagen, vermindert met 8,2% (10,3-2,1). In het geval van de man hadden de medicijnen vier dagen eerder (niet op 10 juni maar op 7 juni) kunnen worden voorgeschreven. Voor hem was de kans op het optreden van een hersenstaminfarct dus 1,7% ($4/19 \times 8,2\%$) kleiner geweest, als op 7 juni was gestart met medicatie, aldus de deskundige. De verzekeraar ziet met dit rapport geen aanleiding om (een deel van) de schade van de man te vergoeden, waarna de man deze procedure bij de Rechtbank Amsterdam is gestart.

4. Het geschil spitst zich toe op de uitleg die beide partijen aan de conclusies van de deskundige verbinden. De man stelt dat de kans op een hersenstaminfarct in de situatie met een kunstfout op 100% moet worden gesteld, hij heeft immers een hersenstaminfarct gehad. Uit het rapport van de deskundige blijkt dat de kans op het *niet* optreden van een hersenstaminfarct in de hypothetische situatie dat de man vanaf 7 juni met medicijnen was behandeld 98,3%

1 CVA is de afkorting van cerebrovasculair accident. TIA is de afkorting van transient ischaemic attack.

(100%-1,7%) had bedragen. De man verbindt hieraan de conclusie dat het ziekenhuis volledig aansprakelijk is voor de door hem als gevolg van het hersenstaminfarct geleden schade. De verzekeraar van het ziekenhuis leest het rapport van de deskundige zo dat de kans op een hersenstaminfarct met 1,7% zou zijn verminderd als de man direct na de TIA medicijnen toegediend had gekregen. Een dergelijk laag percentage betekent dat er geen sprake is van een rechtens relevant kansverlies en dus dient de vordering te worden afgewezen, aldus de verzekeraar.

5. De rechtbank volgt de lezing van het ziekenhuis. Toediening van medicatie op 7 juni had de kans op het hersenstaminfarct met 1,7% verkleind, vergeleken met de werkelijke situatie met kunstfout. De rechtbank acht dit kansverlies zo gering dat zij geen ruimte ziet voor toewijzing van (een deel van) de vordering van de man. De rechtbank neemt met deze beslissing de door de deskundige gemaakte rekenfouten over.² Hieronder leg ik uit welke rekenfout de rechtbank hier maakt.

6. In hoeverre is de kans op een hersenstaminfarct bij de man vergroot doordat het ziekenhuis niet op 7 juni maar op 10 juni is gestart met toediening van medicijnen? Dat is de vraag die partijen verdeeld hield. De deskundige heeft zich gebaseerd op cijfers uit een studie die slecht aansloten bij de situatie van de man in juni 2007. Daarnaast heeft de deskundige rekenfouten gemaakt.

7. Uit de door de deskundige aangehaalde studie blijkt – kort gezegd – dat de kans op een infarct 2,1% bedraagt als de patiënt op de dag van de TIA medicijnen krijgt toegediend. Als de patiënt pas 20 dagen na de TIA medicijnen krijgt toegediend, is de kans op een infarct gestegen tot 10,3%. Deze kansverhoging bedraagt geen 8,2% (10,3%-2,1%). Deze kansverhoging moet worden berekend aan de hand van het relatief en attribuutief risico. De kans op het infarct bij de groep die na twintig dagen medicijnen toegediend hebben gekregen, 10,3%, gedeeld door de kans op het infarct bij de groep die binnen 1 dag na hun TIA medicijnen slikten, 2,1%, levert een relatief risico

op van 4,9: $10,3/2,1 = 4,9$. Aan de hand van het relatief risico kan worden berekend wat de kans is dat het infarct bij de groep die pas na 20 dagen medicijnen kreeg toegediend, is veroorzaakt door die latere toediening, het attribuutief risico. Het attribuutief risico wordt als volgt berekend: het relatieve risico min 1 wordt gedeeld door het relatieve risico en vervolgens vermenigvuldigd met 100% ($(RR-1)/RR \times 100\%$). Een relatief risico van 4,9 wil zeggen dat de kans dat het infarct van een betrokkene uit de groep die pas 20 dagen na zijn TIA medicijnen kreeg toegediend, is veroorzaakt door de late toediening van de medicijnen, 79,6% is. Het daags na de TIA starten met medicatie of twintig dagen daarmee wachten, verhoogt de kans op een infarct dus niet met 8,2% zoals de rechtbank in r.o. 4.6 overweegt, maar met 79,6%.³

8. In deze zaak doet zich de moeilijkheid voor dat de man vier dagen na de TIA medicijnen toegediend had gekregen (en niet de twintig dagen waarop de conclusies van de EXPRESS studie zijn gebaseerd). Hoewel de deskundige stelt dat het effect van de medicijnen sterker is als deze vlak na de TIA worden toegediend, gaat hij er in de beantwoording van de aan hem voorgelegde vraag toch van uit dat er sprake is van een gemiddeld effect. Hij deelt het door hem gevonden percentage van 8,2 (de vermindering van de kans op een infarct als op dag 1 na de TIA gestart wordt met medicijnen) door het aantal dagen, 19, en vermenigvuldigt het "dag-effect" met 4 (het aantal dagen tussen 7 en 10 juni). Hierdoor komt hij op een vermindering van de kans op geen infarct van 1,7%. Het door de deskundige berekende percentage van 8,2% kansvermindering bij 19 dagen eerdere start met medicijnen klopt niet en zijn berekening van de gemiddelde afname per dag dat gewacht wordt met toedienen van de medicijnen is niet gebaseerd op het werkelijke afnemende effect van de medicijnen. Kortom, de door hem berekende kansvermindering van 1,7% is beslist niet juist. Welk percentage wel juist is, valt in dit geval, op

² Zie voor een ander voorbeeld van een iudex male calculat het vonnis van de Rechtbank Maastricht van 13 juli 2005, «JA» 2006/44, m.nt. M. Zaadhof.

³ Zie over kansverhogingen bijvoorbeeld Rechtbank Zwolle-Lelystad, 7 juli 2010, LJN BN3349 over de vraag of de hogere incidenties van longkanker bij schilders zijn te verklaren uit de blootstelling aan bepaalde stoffen in de verven waarmee zij werken.

basis van de in het vonnis weergegeven informatie niet te berekenen. Goed denkbaar is dat het vier dagen na een CVA/TIA toedienen van medicijnen in dit specifieke geval niet tot een verhoogde kans op een hersenstaminfarct heeft geleid. Bij de man trad zijn hersenstaminfarct immers ten hoogste vijf dagen na de CVA/TIA op, op 5 juni had hij voor het eerst neurologische klachten ondervonden en op 10 juni deed zich het hersenstaminfarct voor. Bovendien behoorde de man door een verhoogd cholesterolgehalte, overgewicht en rookgedrag tot het hoogste risicoprofiel voor hart- en vaatziekten. De berekening waarop de rechtbank haar conclusie doet steunen, kan die conclusie zoals we hebben gezien niet dragen. Dat is de reden waarom deze uitspraak onder de aandacht wordt gebracht: advocaten, rechters en de door hun geraadpleegde deskundigen moeten – zeker in het geval van beroepsaansprakelijkheidszaken waar het vaak om het verlies van een kans gaat – voldoende kennis van kansberekening en kansverhoging hebben.

L.C. Dufour
WIJ Advocaten

Overheidsaansprakelijkheid

5

Hoge Raad
9 juli 2010, nr. 09/00321, LJN BL3262
(mr. Fleers, mr. Numann, mr. Hammerstein, mr. Van Oven, mr. Bakels)
(Concl. A-G Spier)
Noot I. van der Zalm en S.E. Poutsma onder
«JA» 2011/7.

Vuurwerkcramp Enschede. Onrechtmatige overheidsdaad. Gevaarstelling. Kelderluik-criteria.

[BW art. 6:162]

Op 13 mei 2000 hebben zich ontploffingen voorgedaan op het terrein van S.E. Fireworks. Door de ontploffingen is ook grote schade toegebracht aan het bedrijvencomplex van bierbrouwer X. Deze

schade is door de verzekeraars van X vergoed. Verzekeraars zoeken verhaal bij de Staat. Rechtbank en Hof hebben de vordering van verzekeraar afgewezen. Het hof heeft daartoe overwogen dat a) voor overheidsaansprakelijkheid bepalend is of het risico dat hij kende of behoorde te kennen, gelet op zowel de ernst van de mogelijke effecten als de kans dat deze effecten zouden optreden, zodanig was dat daaruit voor de Staat de rechtsplicht voortvloeide om daartegen maatregelen te nemen; b) er geen rechtsgrond bestaat voor het standpunt van de verzekeraars dat de Staat ten aanzien van de vuurwerkexplosie geen enkel rest-risico mocht laten bestaan; c) dat er onvoldoende feitelijke aanwijzingen zijn dat de Staat ervan op de hoogte was, althans had moeten zijn dat een substantieel deel van het bij S.E. Fireworks aanwezige vuurwerk zich gedroeg als zwaarder geclassificeerd vuurwerk; d) ook als de Staat zou hebben geweten dat de vergunningen bij S.E. Fireworks niet werden nageleefd, leidt dit niet tot het oordeel dat hij onrechtmatig heeft gehandeld. Indien vergunningen niet werden nageleefd kon handhavend en strafechtelijk worden opgetreden. De betrokken staatsorganen konden het bevoegd gezag (lees: de Gemeente) inschakelen zodra een overtreding van de vergunningsvoorschriften werd geconstateerd. De verzekeraars hebben geen concrete, bij S.E. Fireworks geconstateerde, overtreding gesteld waarop geen actie werd ondernomen door het betrokken staatsorgaan en e) dat de Staat op grond van de wetenschap, die hij vóór de vuurwerkcramp had verkregen, niet verplicht was andere maatregelen te nemen dan die welke hij al met het toen bestaande systeem van regelgeving en vergunningen had genomen in verband met massa-explosiegevaar in de omgeving van woningen en bedrijven. De Hoge Raad bekrachtigt dit oordeel.