

**JA 2018/142, Rechtbank Noord-Holland 01-03-2018,  
ECLI:NL:RBNHO:2018:2702, C/15265510/HA RK 17-194 (met annotatie  
van mr. M.E. Franke en prof. dr. dr. R.W.M. Giard) Adequate vraagstelling  
aan de deskundige, Het mogen horen van de behandelaar bij het voorlo-  
pig deskundigenonderzoek**

## **Samenvatting**

---

Een vrouw (hierna: verzoekster) breekt door een val haar rechterenkel en meldt zich hiermee bij het ziekenhuis. De enkelfractuur moet operatief behandeld worden, waarbij een implantaat met botschroeven wordt aangebracht ter stabilisatie van de gebroken botdelen. Daarna wordt de enkel gegipt. Verzoekster ontwikkelt echter een infectie in het geopereerde gebied, wat aan het zicht onttrokken werd door de gipsspalk en na ontdekking ervan volgt een langdurige en moeizame behandeling. Verzoekster schrijft die problemen toe aan onvoldoende aandacht van de operateur ten tijde van de ingreep voor een huidwond ten gevolge van de val. Omdat er (volgens verzoekster) geen adequaat behandel- en vervolgtraject was toegepast, werd de infectie te laat behandeld en het effect van die behandeling niet naar behoren gecontroleerd. Verzoekster vraagt de rechtbank om een voorlopig deskundigenbericht te bevelen. Dat geschiedt en daarbij worden de aan de deskundige te stellen vragen geformuleerd, waarbij de verwerende partij de nodige bezwaren oppert. Verweerster meent dat als de deskundige verzoekster hoort, de deskundige ook de betrokken behandelaar zal moeten horen. In dat standpunt volgt de rechtbank verweerster niet.

## **Noot**

---

Hoe zorg je ervoor dat een voorlopig deskundigenbericht een objectief en goed gefundeerd oordeel oplevert, dat ook relevant is voor de bepaling van de procespositie van partijen in een eventuele latere civiele procedure? Dat vraagt maar liefst een tweevoudige normering, namelijk juridisch én methodologisch. In deze noot willen wij deze twee invalshoeken achtereenvolgens bespreken om daarna tot een synthese te komen.

### **1. Het juridische perspectief**

In dit juridische deel van de bespreking komt uitsluitend aan de orde hetgeen de rechtbank overweegt in r.o. 2.6. Verweerder (de verzekeraar van ziekenhuis/behandelaar) stelt dat als de deskundige de ene partij hoort, hij ook de andere zal hebben te horen. Dat standpunt verwerpt de rechtbank met de overweging dat het beginsel van hoor en wederhoor dat de deskundige in acht moet nemen (uitsluitend) ziet op de communicatie met en informatieverstrekking *aan* partijen (cursivering MF). Voor medisch onderzoek geldt verder, zo overweegt de rechtbank, het bepaalde onder 11.3 van de Leidraad. Daarin staat dat er één uitzondering is op het vereiste dat beide partijen bij een bijeenkomst aanwezig moeten (kunnen) zijn: als het noodzakelijk is dat een der partijen aan een medisch onderzoek wordt onderworpen door de deskundige, hoeft de andere partij niet in de gelegenheid te worden gesteld het onderzoek bij te wonen. Daaraan voegt de rechtbank toe dat tot de taak van de deskundige behoort "het geven van medisch oordeel, op basis van een medisch dossier en/of patiëntonderzoek. Het horen van betrokkenen in het kader van waarheidsvinding behoort tot de taak van de rechter". Deze overweging (die overigens wel eerder is gehanteerd door de rechter, zie bijv. Rb. Noord-Holland 23 maart 2017, ECLI:NL:RBNHO:2017:2391) verdient enige (kritische) overdenking.

Dat de waarheidsvinding tot de taak van de rechter behoort en dat daartoe partijen zullen (kunnen) worden gehoord door de rechter, zal uiteraard niemand kunnen ontkennen. Maar voor de

waarheidsvinding is noodzakelijk dat allereerst de feiten gevonden worden en dat van het feitenmateriaal een zo compleet mogelijk beeld wordt verkregen. Dat laatste geldt niet alleen voor de rechter, maar ook voor de deskundige aan wie een oordeel wordt gevraagd over een medische behandeling. Uiteraard dient de vergaring van feiten voor de deskundige een ander doel dan voor de rechter. De deskundige moet in medische zaken een goed beeld krijgen van de verrichte behandeling en de vraag beantwoorden of deze in overeenstemming was met de ten tijde van de behandeling geldende medische standaard.

In de 'Leidraad deskundigen in civiele zaken', waarnaar de rechtbank ook verwijst, wordt daartoe al in het begin aan de deskundige voorgehouden: "De belangrijkste regel waarmee u te maken heeft, is het beginsel van hoor en wederhoor" (5.1). Dat wordt nader toegelicht: "Het beginsel van hoor en wederhoor betekent voor u dat u beide partijen gelijkwaardig moet behandelen in hun mogelijkheden om met u te communiceren" (5.2).

Bij deskundigenberichten in medische aansprakelijkheidskwesties is het niet ongebruikelijk dat de betrokken patiënt door de deskundige wordt gehoord en zo nodig onderzocht. Op dat onderzoek ziet het door de rechtbank aangehaalde art. 11.3 van de Leidraad: als de patiënt persoonlijk wordt onderzocht door de deskundige, behoeft de andere betrokken partij daarbij niet aanwezig te zijn. Redenen van privacy zouden zich ook tegen die aanwezigheid verzetten.

Maar als de ene partij door de deskundige wordt *gehoord*, en aldus de kans krijgt zijn visie op (onderdelen van) de medische behandeling te geven, zou dan de andere partij (die de behandeling nota bene heeft uitgevoerd) die kans niet evenzeer moeten krijgen? De rechtbank oordeelt in ontkennende zin (kennelijk volstaat volgens haar informatieverstrekking aan partijen door de deskundige), maar een bevestigende beantwoording, waarbij ook informatie aan de deskundige door partijen wordt verstrekt, zou (zeker in complexe zaken) meer voor de hand liggen, op grond van het volgende. In de Leidraad zelf wordt de deskundige in 5.3.2 onder 27 erop gewezen: "In sommige zaken kunt u geen onderzoek doen zonder beide partijen tussentijds te raadplegen en met hen of andere personen te spreken. Dit doet zich bijvoorbeeld nogal eens voor (...) in beroepsaansprakelijkheidszaken, waarin u vaak het verhaal van beide partijen zult willen horen voordat u uw bevindingen noteert". Met name dat laatste is van groot belang. Partijen zullen door de deskundige weliswaar altijd in de gelegenheid moeten worden gesteld te reageren op de concept-rapportage, maar dan is de oordeelsvorming van de deskundige uiteraard grotendeels gereed.

Als de betrokken behandelaar niet individueel zou kunnen worden gehoord, is wat betreft de informatieverstrekking over zijn handelwijze uitsluitend het medisch dossier beschikbaar. In dat dossier houdt de hulpverlener aantekening van de gegevens omtrent de gezondheid van de patiënt en te diens aanzien uitgevoerde verrichtingen, voor zover dat voor een goede hulpverlening noodzakelijk is (art. 7:454 lid 1 BW). Persoonlijke werkaantekeningen van de hulpverlener behoeven niet in het dossier te worden opgenomen (MvA, TK 1990/91, 21561, nr. 6, p. 61).

Nu zou men kunnen menen dat het medisch dossier voor de deskundige altijd voldoende aanknopingspunten biedt voor zijn oordeel over de gegeven behandeling en het handelen van de betrokken hulpverlener, en dat het daarom niet noodzakelijk is de hulpverlener te horen. Maar de gedachte dat het medisch dossier voor dit doel altijd voldoende gegevens verschaft, is niet juist. In het medisch dossier zal de hulpverlener immers moeten opnemen welke medische handelingen bij de patiënt zijn verricht, maar bijvoorbeeld niet welke handelingen wel zijn overwogen, maar niet werden verricht, en waarom niet. De afwegingen van de arts ter zake kunnen van groot belang zijn voor de beoordeling door de deskundige van de medische ingreep, maar deze afwegingen hoeven niet altijd in het medisch dossier te zijn vermeld.

Bovendien zijn medische dossiers naar hun aard vaak summier. In civiele aansprakelijkheidszaken is het de arts toegestaan een mondelinge toelichting op (een deel van) het dossier te geven – zie recentelijk HR 16 maart 2018, [ECLI:NL:HR:2018:365](#) (het hof had geoordeeld dat het operatieverslag summier was en dat het de arts was toegestaan ter comparitie daarop een aanvullende verklaring te geven. Het tegen dit oordeel gericht cassatiemiddel werd verworpen). Niet in te zien is waarom de betrokken

arts, zo nodig, tegenover de deskundige niet ook uitleg zou mogen geven over de gegeven behandeling. Er is dan niet alleen sprake van informatieverstrekking *aan* partijen (vgl. de hierboven al aangehaalde r.o. 2.6), maar ook *door* partijen.

Een mogelijkheid om zeker te stellen dat de betrokken behandelaar wordt gehoord, is gelegen in het houden van een voorlopig getuigenverhoor. Een probleem daarbij is dat het lastig kan zijn om dan de juiste vragen te stellen, omdat partijen de deskundigheid van de deskundige missen. Een andere mogelijkheid om zeker te stellen dat de visie van de behandelaar over wordt gebracht aan de deskundige zou zijn om het persoonlijk commentaar van de behandelaar steeds volledig op te nemen in het verweerschrift in de voorlopig deskundigenprocedure. Maar dat betekent dat standaard verweer zou moeten worden gevoerd, wat lang niet altijd nodig is. En dus volstrekt onpraktisch.

## 2. Het methodologische perspectief

In dit methodologische deel staat de praktische aanpak van de waarheidsvinding centraal. Deze casuspositie wordt door verzoekster ingekaderd als een kwestie van onvoldoende aandacht van de behandelaar voor een huidwond die geïnfecteerd was en die, afgedekt door een laag gips, zo wordt verondersteld, verder ging etteren – met alle gevolgen van dien. Zij is stellig van mening dat, omdat het fout is gegaan, dit ook betekent dat het fout is gedaan; het gevolg bewijst echter niet de oorzaak.<sup>1</sup> Het kan natuurlijk zo zijn dat er verwijtbaar onzorgvuldig werd gehandeld, maar er zijn ook andere mogelijke verklaringen; wat weten we in bredere zin eigenlijk over dit probleem?

In Nederland breken circa 30.000 mensen per jaar hun enkel en dat letsel moet steeds worden behandeld. Als richtsnoer voor de juiste behandelwijze geldt de richtlijn enkelfracturen.<sup>2</sup> De hierin gerapporteerde complicaties zijn onder meer: het falen van de behandeling, het optreden van diepe en/of oppervlakkige infecties en wondhelingsstoornissen. Deze richtlijn meldt ook dat dit risico op diepe en oppervlakkige infecties voor de operatief behandelde groep 6.6% bedraagt – dus optreedt bij 1 op de 15 patiënten.

Over deze medische enkelkwestie moet de expert nu gaan oordelen, daarbij de instructies volgend van de rechtbank en de al genoemde 'Leidraad deskundigen in civiele zaken'. Waar de laatstgenoemde handleiding echter in alle talen over zwijgt is: wat is het nu precies het doel van dit deskundigenonderzoek? De doelstelling bepaalt immers de vraagstelling en die vraagstelling is weer richtinggevend voor de wijze waarop het onderzoek wordt uitgevoerd.

Als de uitkomst van dit voorlopig deskundigenbericht ex art. 202 Rv de aanleiding kan vormen voor een aansprakelijkheidsprocedure, dan moet de expertise een duidelijke en geobjectiveerde causale verklaring leveren voor de onheilsgebeurtenis; dat is het doel van het onderzoek. Dat antwoord kan alleen maar worden geleverd door het stellen van de *waardoor*-vraag. Die vraag ontbreekt echter bij de opsomming, gegeven onder r.o. 3.1 van deze beschikking.

De kunst van het opstellen van zo'n deskundigenrapportage is om je vooral niet te laten beïnvloeden door de vervelende uitkomst, het gevaar van *outcome bias*. Het lijkt achteraf bezien voor verzoekster allemaal heel duidelijk maar het ex post zo objectief mogelijk beoordelen van beweerdelijke fouten door een chirurg vraagt om een juiste aanpak en een toepasselijk normatief kader.<sup>3</sup> Dat doe je allereerst door het stellen van open vragen. Dus niet, zoals hier geformuleerd: had verweerder op enig moment moeten denken aan een infectie van de rechterenkel van verzoekster? Of: had verweerder op enig moment moeten denken aan een infectie van het osteosynthesemateriaal in de rechterenkel van mevrouw? Dan roep je al gauw, wetend hoe het met haar afgelopen is: ja, natuurlijk had die daaraan moeten denken!

Veel belangrijker nog is de juiste methode van onderzoek en met name is het van belang om de kwestie breder te bezien dan alleen deze ene casus. Als enkelfracturen een veelvoorkomend probleem zijn en een infectieprobleem één op de vijftien patiënten met een enkelfractuur treft, dan moet daar toch iets over bekend zijn in de medisch-wetenschappelijke literatuur? De meeste patiënten breken hun enkel

door een trauma en zullen dus vaak ook huidkwetsuren hebben. Hoe pak je dat dan aan? Zijn infecties onder het gips eigenlijk wel te voorkomen of moet je die noodgedwongen maar voor lief nemen? Hoe kom je die dan op het spoor of is dat juist vanwege dat gips steeds lastig en is het dus een bekend risico? Of was het hier primair een infectie van de operatiewond zelf? Een operatieve ingreep als het aanbrengen van osteosynthesemateriaal brengt immers ook het risico van infectie en secundaire botontsteking (osteomyelitis) met zich mee. Kortom: bij dit soort complicaties willen we weet hebben van de *epidemiologie* (hoe vaak komt dit voor en onder welke omstandigheden?) en van de *etiologie* (waardoor ontstaat dit?). Die opdracht om de juiste vragen te stellen en om te zoeken naar relevante achtergrondinformatie ontbreekt in deze beschikking alsook in de Leidraad.

Aan rechterlijke zijde wordt kennelijk verondersteld dat relevante medische kwalificaties en een reputatie van goed vakmanschap voldoende zijn voor juiste expertise. Fouten maken mag dan menselijk zijn, het onderzoeken daarvan en rapporteren erover is een aparte wetenschap waarin de deskundige gepokt en gemazeld dient te zijn. Als er bij de *disclosure statement* onder punt 3 (vraag 1c) van de beschikking gevraagd wordt naar met name de opleiding en de professionele ervaring van de expert, zal dus ook beoordeeld moeten worden of die expertise inzake calamiteitenonderzoek wel toereikend is.

Dit alles overziende, is het van groot belang dat er een goed begin gemaakt wordt wat betreft het voorlopig deskundigenonderzoek, waarvan de uitkomst voor alle betrokken partijen grote consequenties kan hebben. De rechter als regisseur van dit voorlopig deskundigenonderzoek draagt daarbij een grote verantwoordelijkheid voor de juiste vraagstelling en dient te waken tegen sturende vraagstellingen.

### 3. Conclusies

Het voorlopig deskundigenbericht heeft bij een geschil vooral tot doel om de procespositie van een partij (in elk geval van de verzoekende) i.v.m. een eventuele latere procedure duidelijk te maken. Feitenonderzoek en – breder – waarheidsvinding vormen daarom de spil van het voorlopig deskundigenbericht. Dat onderzoek verdient een goede start en een juiste methode, waarbij de objectieve, neutrale, vraagstelling als sturing van de te volgen aanpak van groot belang is. Dat vraagt om een tweevoudige normering: juridisch én methodologisch.

Qua koers van het onderzoek naar de feiten en omstandigheden van het geval worden er hier door de rechtbank nogal suggestieve vragen geformuleerd en wordt niet voldoende stilgestaan bij de te volgen aanpak van het onderzoek. Door vooraf al de mogelijkheid van de partijen en/of deskundige te beperken in de informatie-uitwisseling, bestaat het gevaar dat essentiële informatie de deskundige pas in een (te) laat stadium bereikt en wordt met name verzuimd de deskundige op te dragen om de problematiek van deze casuspositie ook in een breder kader te plaatsen, waarbij de aandacht van de deskundige wordt gericht op het al dan niet vaker voorkomen van een infectie en/of complicatie in gevallen als deze. Een beter begin van het deskundigenonderzoek ware hier wenselijk geweest.

mr. M.E. Franke, advocaat te Voorburg en prof. dr. dr. R.W.M. Giard, emeritus hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid, Erasmus School of Law, EUR

### Voetnoten

---

1

Zie daarover R.W.M. Giard, 'Het naadje van de causaliteit', *Expertise en Recht* 2018 nr. 3, p. 108-114.

2

Zie [https://richtlijndatabase.nl/richtlijn/enkelfracturen/startpagina\\_enkelfracturen.html](https://richtlijndatabase.nl/richtlijn/enkelfracturen/startpagina_enkelfracturen.html).

3

Zie R.W.M. Giard, "'Dit kwam door een fout van de chirurg". Over het beoordelen van letselschade door een vermeende fout van de operateur', *Letsel & Schade*, 2018 nr. 2, p. 7-16.