

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

***Noot bij Hof Amsterdam
22 Juni 2010, LJN BN6933***

R. W. M. Giard

*Published in
JA 2011/1, 1, p. 4-11*

Medische beroepsfout. Causaal verband. Deskundigenbericht.

[BW art. 6:74, 7:453; Kwaliteitswet zorginstellingen art. 3]

Bij een uitzonderlijk lange en forse man moet het rechterkniegewricht wegens ernstige slijtage worden vervangen door een knieprothese. Die zijn er in verschillende maten. Tijdens de operatie blijkt dat de preoperatief geschatte maat van die prothese niet klopt en er moet een grotere maat worden gebruikt maar die is op dat moment niet voorradig. De orthopeed heeft vervolgens de één maat kleinere prothese moeten plaatsen, waarna patiënt is gaan klagen over pijn en instabiliteit van diens rechter knie. De geopereerde stelt het ziekenhuis aansprakelijk voor de geleden schade en in eerste aanleg wordt die eis afgewezen maar daartegen wordt door de gelaedeerde beroep aangetekend. De aangevoerde grieven slagen en het bestreden vonnis wordt vernietigd. In tweede aanleg wordt geconstateerd dat de arts toerekenbaar tekort is geschoten bij de nakoming van de geneeskundige behandelingsovereenkomst en dat er causaal verband bestaat tussen tekortkoming en schade. De vorderingen van appellant worden daarmee alsnog toegewezen. Over de fout in juridische zin lijkt geen twijfel te bestaan. Over de vraag welke schade hiervan het gevolg is en of er causaal verband er tussen fout en schade bestaat, is discussie mogelijk.

NOOT¹

De eiser vordert een verklaring voor recht dat zijn klachten voortvloeien uit het toepassen van de verkeerde maat knieprothese in zijn rechter knie. Het praktische probleem bij deze casus is dat de noodzaak van een grotere maat pas bleek tijdens de operatie toen er al stukken van het bot waren weggezaagd en stoppen van de ingreep geen optie meer was. De orthopedisch chirurg werd daardoor gedwongen de wel beschikbare maar (relatief) te kleine maat toe te passen.

Bij deze zaak dienen zich twee primaire vragen aan, namelijk hoe kon het gebeuren dat een noodzakelijk medisch hulpmiddel niet voorradig was en waren de klachten van de patiënt het gevolg van deze te kleine prothese? Centraal staat vanzelfsprekend de vraag hoe je vanuit juridisch gezichtspunt de verschillende elementen van wanprestatie c.q. onrechtmatige daad objectief kunt onderzoeken zonder je daarbij door de hier zo evidente fout én de ongewenste afloop te laten beïnvloeden.

1. De voorraadproblematiek

Van medische prothesen bestaan er vaak verschillende maten om te kunnen passen bij de specifieke anatomische situatie van de patiënt. Dat impliceert dat de chirurg bij het aanbrengen van zo'n kunststuk steeds de beschikking dient te hebben over het hulpmiddel van de juiste maat en daarmee komen we bij de vraag naar het voorraadbeheer. Wie draagt of dragen de verantwoordelijkheid dat de juiste prothese ook beschikbaar is? Juridisch gesproken kan daarbij onderscheid gemaakt worden tussen algemene en individuele plichten.

De zorginstelling draagt overeenkomstig art. 3 van de Kwaliteitswet zorginstellingen in algemene zin verantwoordelijkheid voor de kwaliteit van de verleende zorg en daarmee heeft de zorgaanbieder de zorgplicht om zowel kwalitatief als kwantitatief de instelling adequaat van personeel en materieel te voorzien.

¹ Met dank aan Siewert Lindenbergh voor diens opmerkingen bij een eerdere versie van deze tekst.

Maar die omschrijving is nog erg globaal: wie is waarvoor nu direct verantwoordelijk? Voor de concrete invulling van deze in algemene zin geformuleerde zorgplicht is de individuele medisch specialist aanspreekbaar. Bij het aangaan van een contractuele relatie met de zorgvrager heeft een arts immers overeenkomstig art. 7:453 BW de plicht bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht te nemen. Hij laadt daarmee een brede verantwoordelijkheid op zich. Wanneer wat betreft het aanbrengen van een knieprothese bekend is dat de schatting van de benodigde maat niet altijd betrouwbaar is, dient om de behandelingsovereenkomst goed te kunnen nakomen het volledig benodigde assortiment voorradig te zijn. Zo komt men nooit voor een verassing te staan en hoeft men dus ook nimmer genoeg te nemen met een minder adequate prothese. Bovendien geschiedt een dergelijke ingreep steeds op indicatie en heeft men de tijd om zich tevoren te vergewissen of alle benodigde artikelen ook daadwerkelijk aanwezig zijn.

In het arrest zien we in gedachten bij rov. 2.12.2 de leden van het hof de wenkbrauwen fronsen bij de opmerking van een van de deskundigen dat de arts onmogelijk kan controleren welke protheses aanwezig zijn. Nogmaals: als de kans reëel is dat men een andere maat nodig heeft, dan dient die eenvoudig klaar te liggen alvorens te beginnen. Een beroep door de arts op overmacht faalt dan. Het gaat hierbij om niets minder dan om het uitvoering geven aan een cultuur van kwaliteitsbevordering en veiligheid zoals verordonneerd in de al eerder genoemde kwaliteitswet.

Het hof heeft bij het bevestigend beantwoorden van de vragen of er hier sprake was van een tekortkoming in de nakoming van de behandelovereenkomst en of die aan de behandelaar daadwerkelijk kon worden toegerekend een heldere argumentatie gehanteerd. Daarmee is echter de aansprakelijkheid nog niet gevestigd want de kwestie van het causale verband tussen de toerekenbare tekortkoming en de schade dienen dan nog te worden beantwoord.

2. De gevolgen

Na de operatie heeft deze patiënt geklaagd over pijn en instabiliteit van de geopereerde knie. Het gewenste resultaat bleef uit, er is dus nadeel voor deze patiënt. Is dat het gevolg van de te kleine kunstnie? De voor de hand liggende conclusie is dat dit wel het gevolg daarvan moet zijn.

We bezien de situatie immers met kennis achteraf en dat kleurt het oordeel van betrokkenen. Eerst de schade. Een eenmaal aangebrachte knieprothese functioneert nooit gegarandeerd zonder problemen.² Ook al werd de juiste maat toegepast, dan kunnen bij tenminste zo'n 5% van de geopereerden de volgende problemen optreden: pijnklachten, stijfheid van de knie en instabiliteit daarvan. Die klachten ontstaan door een samenloop van verschillende factoren. Bijvoorbeeld door de 'lokale' situatie rond het gewricht: de functionele toestand van pezen, spieren, botten en variaties van de anatomische situatie maar ook de bereidheid de revalidatie goed op zich te nemen. Bovendien blijkt de kans op complicaties groter wanneer de geopereerde persoon tegelijk ook andere ziekten heeft.³ Bij deze patiënt bijvoorbeeld bestond een fors overgewicht en waren er problemen met het functioneren van zenuwen en bloedvaten ten gevolge van diens suikerziekte.

² Zie C.A. Deirmengian & J.H. Lonner, 'What's new in adult reconstructive knee surgery?', *The Journal of Bone and Joint Surgery (American)*. 2010;92:2753-2764.

³ M.H. Gonzalez & A.O. Mekhail, 'The failed total knee arthroplasty: evaluation and etiology', *J Am Acad Orthop Surg*. 2004 vol.12(6), p.436-46.

Bij letselschade bestaat het gevaar van de fundamentele attributiefout: de gedraging van de actor als oorzaak van de klachten krijgt alle aandacht, de bijkomende situationele factoren die aan de uitkomst hebben bijgedragen minder of niet, en het is steeds de vraag of die voldoende worden behandeld.⁴ De attributie richt zich bij deze casus voornamelijk op de ondermaatse prothese die werd geplaatst zonder de totale situatie van de patiënt en de postoperatieve problemen in meer algemene zin bij een dergelijke ingreep voldoende in aanmerking te nemen. Immers, als je van zowel de juiste als een te kleine maat prothese precies dezelfde problemen kunt krijgen, hoe weet je dan zoals bij deze casus dat de grootte van de prothese de causale verklaring vormt?

Wat weten we op grond van gepubliceerde ervaringen over de systematisch verzamelde gevolgen van het aanbrengen van een slechts één maat kleinere prothese? Maar weinig. Geconsulteerde orthopeden zijn er echter stellig over dat er daardoor niet gegarandeerd problemen zullen optreden. Maar of er in die situatie net zo vaak of juist vaker problemen optreden is nog niet goed uit de wetenschappelijke literatuur te destilleren. Juridisch is dat ook van belang vanuit het perspectief van proportionele aansprakelijkheid. Juist bij het beoordelen van deze casuspositie zijn empirische studies ter onderbouwing van de conclusies van het deskundigenonderzoek dringend gewenst.

Dan komen we bij de vraag naar causaal verband. Het CSQN-verband verlangt antwoord op de vraag of de ongewenste afloop niet zou zijn opgetreden indien wél de juiste maat prothese was gebruikt. Ook voor deze opgave speelt het gebrek aan empirisch verkregen informatie over verschillen van de complicatiefrequentie bij juiste en onjuiste prothesemaat ons weer parten.

Onderzoek naar het CSQN-verband is steeds een contrafeitelijk gedachte-experiment: we muteren het historisch bekende scenario met één factor en *bedenken* hoe het dan zou zijn gelopen. Bij deze casus ligt het gegeven vast van de overduidelijk bewezen toerekenbare tekortkoming met de onjuiste prothese. Als we die in gedachten muteren: wat dan? Bij theoretische veronderstellingen kan het echter niet blijven, we hebben praktische resultaten van vergelijkend empirisch onderzoek nodig om een dergelijke uitspraak te onderbouwen. De persoonlijke mening van een deskundige is hiervoor beslist niet genoeg. Die moet de uitkomsten bij deze casus beoordelen vanuit de gesystematiseerde kennis over dit probleem.

De causaliteitskwestie kan worden vertoebeld door de met elkaar samenhangende fundamentele attributiefout, de contrafeitelijke denkfout en de hindsight bias.⁵ Deze sociaal- en cognitief-psychologische kwesties verdienen binnen het aansprakelijkheidsrecht meer expliciete aandacht, liefst mag dat ook blijken in de overwegingen.

De hierboven beschreven problematiek benadrukt ook het grote belang van enerzijds een goede vraagstelling door de rechter aan de deskundige en anderzijds een beproefde objectieve methode van onderzoek ontwikkeld door de beroepsgroep. Hoe zou bij deze casus een deskundige bijvoorbeeld zonder voorkennis van de te kleine prothesemaat de functionele toestand van de knie hebben beoordeeld en verklaard?

⁴ Zie I. Giesen, 'Attributie, juridische causaliteit en preventieve werking', in: W.H. van Boom, I. Giesen & A.J. Verheij (red.) *Gedrag en Privaatrecht*. Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2008, p. 181 e.v.

⁵ Zie N.J. Roese 'Counterfactuals, causal attributions, and the hindsight bias: a conceptual integration', *Journal of Experimental Social Psychology* 1996 vol.32, p.197-227 en R.W.M. Giard, 'Na de calamiteit: perceptie en primaire psychologische reacties en hun betekenis voor het aansprakelijkheidsrecht', *Letsel & Schade* 2010 nr. 2, p. 6 – 12.

3. Conclusie

Hoe weten we nu of een dictum juist is of niet? Zolang we niet over een absolute en onafhankelijke ijkmaat beschikken, zijn we vooral aangewezen op het even nauwkeurig als kritisch napluizen van de gehanteerde bewijsgronden. Onderzoek van die onderbouwing heeft - naast een vanzelfsprekende elementair logische - altijd een juridische maar ook een kennistheoretische dimensie. Maar met dat laatste aspect is de jurist van nature niet vertrouwd, wordt er nauwelijks in getraind en er bestaat in de procedure daarvoor ook weinig expliciete aandacht. Op de juiste wijze juridisch argumenteren is bij nadere beschouwing dan ook veel complexer dan het op het eerste gezicht lijkt. De proces- en met name de bewijsregels moeten vanzelfsprekend worden nageleefd maar dat vormt nog geen garantie tegen onjuist argumenteren. Minstens zo belangrijk is de context waarbinnen de argumentatie ontstaat: het formuleren van de vraag of vragen die moeten worden beantwoord, het proces van feiten verzamelen, ordenen, interpreteren en tenslotte het trekken van conclusies. Iedere casuspositie heeft qua ontstaan een historie en een context.

De toerekenbare tekortkoming viel bij onze casus eenvoudig aan te tonen. Voor de schade en het causale verband ligt dat een stuk lastiger. Juist daarbij speelt de epistemologische dimensie een belangrijke, ja vaak beslissende, rol. En die problematiek heeft, afgaande op de tekst van het arrest, niet die kritische benadering gekregen die ze verdient. We kunnen het daarbij immers niet stellen zonder dit individuele geval te plaatsen in een groter verband door dat te spiegelen aan eerdere gesystematiseerde ervaring met deze kwestie aan de hand van verzamelde gegevens. Die verantwoordelijkheid ligt primair bij de deskundigen en daarom dient men vanuit het specialisme orthopedische chirurgie gestructureerd na te denken over hoe bij een deskundigenrapportage een dergelijke kwestie tegemoet dient te worden getreden.

Dr.dr. R.W.M. Giard, arts en jurist
Vakgroep burgerlijk recht Erasmus Universiteit Rotterdam