

# Annotatie JA 2012/121

2012

Rechtbank Alkmaar

18 april 2012, 110676/HA ZA 09-471, LJN BW7789

*Trefwoorden:* Medische aansprakelijkheid, Deskundigenonderzoek

## Samenvatting

De rechtbank begrijpt een deskundigenrapport niet. Een man heeft herniaklachten en die verergeren. Daarom bezoekt hij op zaterdag de huisartsenpost, maar de dienstdoende arts ziet geen redenen om patint voor verdere analyse en behandeling direct door te verwijzen naar de afdeling neurologie van een ziekenhuis. De klachten nemen de daarop volgende dagen toe, er treden uitvalsverschijnselen op (een veranderd gevoel en vermindering van de kracht van het rechter been). Enkele dagen later volgt wel verwijzing naar het ziekenhuis en daar wordt overgegaan tot een operatieve ingreep. Na die ingreep is de pijn weliswaar verminderd, maar de uitvalsverschijnselen niet. De patint is hier niet tevreden over en stelt via een procedure de huisarts aansprakelijk want als die hem wl onmiddellijk naar het ziekenhuis had verwezen en er dus waarschijnlijk eerder was geopereerd, zouden de restverschijnselen minder zijn geweest.

De rechtbank benoemt een deskundige, een neuroloog, om deze kwestie verder uit te zoeken en formuleert een aantal vragen. Het deskundigenrapport is op n essentieel punt over het mogelijk gunstige effect van eerder operatief ingrijpen echter intern tegenstrijdig. Daarover wil de rechtbank nadere informatie.

## Annotatie

# Aansprakelijkheid

Aansprakelijkheidsrecht gaat eigenlijk steeds over hoe het allemaal beter had kunnen aflopen als er op een cruciaal punt anders was gehandeld of anders was besloten. Dat noemt men contrafeitelijk denken. Wie het slachtoffer is geworden van een ongewenste gebeurtenis reconstrueert immers dat voorval om het te kunnen begrijpen, maar construeert vaak ook – virtueel, dus niet in overeenstemming met de ware feiten – een alternatief scenario hoe het allemaal anders had kunnen lopen. Dat vereist het kiezen van een cruciaal handelings- of beslismoment in de geschiedenis (causale selectie) en het betere alternatief daarvoor, resulterend in een veronderstelde gunstiger afloop. Bij de eiser in een aansprakelijkheidszaak speelt dit type denken een dominante rol, de beantwoording van de causaliteitsvraag is daarmee voor de gelaedeerde een uitgemaakte zaak.

We zien dat ook in de onderhavige casus. De eiser stelt dat hij onnodig lijdt omdat er bij hem niet tijdig operatief werd ingegrepen. Was dat wel gebeurd, dan zouden de klachten minder of zelfs afwezig zijn geweest. Die gedachte kan terecht of irreal zijn en in het laatste geval hebben we dan te maken met een contrafeitelijke denkfout (zie daarover ook *NTBR* 2011, p. 471 e.v.). De formeel-juridische presentatie van deze casuspositie kadert het probleem waarover de rechter moet gaan oordelen dus van meet af aan in als verwijtbaar tekortschieten van de gedaagde huisarts als oorzaak van de lichaamsschade.

Of de juridische marsroute nu loopt via het leerstuk van de onrechtmatige daad of via de wanprestatie, steeds moeten in hun onderlinge samenhang fout, schade en causaal verband worden beoordeeld. Maar voor een zowel feitelijk als juridisch juiste afhandeling moet eerst het probleem duidelijk worden omschreven, de doelstelling van de procedure expliciet gemaakt en de daaraan gerelateerde vraagstelling geformuleerd. Wat laat dit vonnis zien van het gehanteerde argumentatieschema, de conclusies en de ondersteunende redenen daarvan?

## De probleemanalyse

Wat is bij deze casuspositie nu de kwestie? De conclusie van de eiser over hoe het zover kon komen, is dat hij te laat werd geopereerd. De argumenten daarvoor zijn dat de huisarts hem niet tijdig verwees en dat eerder ingrijpen tot minder klachten zou hebben geleid. Daarin liggen enkele impliciete premissen besloten, namelijk (1) dat huisartsen juist dienen te beslissen wanneer een patint moet worden doorverwezen, (2) dat chirurgische interventie de klachten steeds doet verminderen en (3)

dat de timing van de chirurgie van invloed is op het resultaat.

De doelstelling van de procedure is vast te stellen of de huisarts toerekenbaar tekort is geschoten in zijn zorgplicht ex. art 7:453 BW. De rechtsvraag zou dan op de bekende wijze kunnen worden geformuleerd als: handelde deze huisarts zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelende huisarts in de gegeven situatie mocht worden verwacht? Dat is een gesloten vraag die door de rechter uiteindelijk bevestigend of ontkennend moet worden beantwoord. Maar daaraan gaat het o zo belangrijke feitenonderzoek vooraf en dat onderzoek naar de toedracht verlangt een expliciete onderzoeksvraag. Maar die is niet gelijk aan de rechtsvraag. De rechtsvraag behelst waarom we iets gaan onderzoeken, de onderzoekskwestie juist het wat we gaan onderzoeken en hoe we dat gaan doen.

Het onderzoek naar de feiten dient onbevooroordeeld te geschieden en daarom is het nodig om die wat-vraag te gieten in de vorm van een open niet-schuldbeladen vraag: wat is het juiste diagnostische en therapeutische beleid zoals dat door de huisarts bij de omschreven klachten van deze patiënt diende te worden uitgevoerd? We nemen dan als objectieve waarnemers feitelijk plaats in de spreekkamer van de huisarts op het moment dat eiser binnenkomt en zijn verhaal doet. Hoe zou er nu moeten worden gehandeld volgens de stand van de medische wetenschap en gebeurde dat ook?

Het is de huisarts die hier ter verantwoording wordt geroepen, maar er wordt door de rechtbank een neuroloog als deskundige aangewezen. Die moet beoordelen of de huisarts inderdaad eerder had moeten verwijzen en als dat zou zijn gebeurd of de patiënt minder klachten zou hebben gehad. Als het de mogelijk foute beslissing van de huisarts is die centraal staat, moet diens handelen normatief juist worden onderzocht door een deskundig vakgenoot. Door het Nederlands Huisartsengenootschap NHG is de Standaard Lumbosacraal radiculair syndroom (LRS) ontwikkeld, wat te doen bij klachten die op een hernia wijzen? Daarin staat met name vermeld wanneer een huisarts de patiënt naar een neuroloog verwijst bij een vermoeden van een ernstige of zeldzame oorzaak van het LRS. Dat is een bruikbare toetssteen. Immers, we zijn bezig met de eerste stap in het aansprakelijkheidsrecht, namelijk vast te stellen of er in juridische zin fout werd gehandeld.

Verwijzing naar een neuroloog impliceert overigens niet automatisch dat er onmiddellijk een chirurgische interventie zal plaatsvinden, want dat is weer de verantwoordelijkheid van de neurochirurg – maar die kan die verantwoordelijkheid pas nemen als de patiënt door de neuroloog aan hem ter operatie wordt voorgesteld. Tot zover aandacht voor de eerste premisse. Dan komen de volgende twee premissen aan bod en is het de vraag in hoeverre de klachten kunnen worden weggenomen door chirurgisch ingrijpen en hoe belangrijk de timing van de operatie is. Inmiddels zijn we dan juridisch al enkele stappen verder en bezig met de vraagstukken rond schade en causaal verband. Over die kwesties stel je dan weer vragen die

tot het kennisdomein van de neurochirurgie behoren, weer niet aan een neuroloog. Deze casuspositie laat zien dat de keuze voor een neuroloog als deskundige niet logisch is. De discussie draait hier dus om de vraag wie we als expert moeten kiezen. Daarna volgt de kwestie wat we willen weten en vooral hoe we die vragen aan de expert gaan formuleren.

## De vraagstelling aan de deskundige

We kijken terug op een door een patint als ongewenst ervaren gebeurtenis. Die verkeerde afloop is niet per se diagnostisch voor een fout uitgevoerd werkproces. De aandacht dient zich dus op dat handelen te richten maar daarbij mag de ongunstige afloop het oordeel niet vertekenen (outcome bias). De handelwijze is, zoals hierboven al aangegeven, het onderzoek te starten op het moment van de zorgvraag en van moment tot moment te volgen wat er waarom wordt gedaan. Wat in dit verband te denken van de vraag zoals gesteld door de rechtbank aan de deskundige: 'Was naar uw oordeel een verwijzing naar de neuroloog door de huisarts, gelet op de aanwezige klachten bij deze patint, eerder gendiceerd dan 12 november 2002?'. Of de vervolgvraag: 'Hoe groot acht u de kans op volledig herstel dan wel restverschijnselen in de vorm van neurologische schade, indien deze patint op 9 november 2002 direct naar een neuroloog zou zijn verwezen, waarna direct de juiste medische behandeling zou zijn toegepast?'. Hierin zit de uitkomst verwerkt.

Dit is geen juiste formulering want deze verwoording druist in tegen het methodologische principe dat de uitkomst op geen enkele wijze sturend of zelfs bepalend voor het onderzoek mag zijn, er mag beslist geen achteraf bias worden gintroducteerd. In de vraagstelling klinkt immers de onderliggende veronderstelling door dat de huisarts eerder had kunnen c.q. moeten verwijzen maar daarmee wordt ook de bewijslast diens kant op geschoven. De remedie hiertegen is de hierboven al genoemde open onderzoeksvraag: 'wat is het juiste diagnostische en therapeutische beleid zoals dat door de huisarts bij de omschreven klachten van deze patint dient te worden uitgevoerd?'.

De beantwoording van alle bij deze casus inmiddels opgeworpen vragen naar schuld, schade en causaal verband vergt weer kennis die gebaseerd is op de resultaten van klinisch-epidemiologisch onderzoek naar (1) de juiste indicaties voor en de effecten van beschikbare therapeutisch opties en (2) de (on)gunstige gevolgen van afwachten versus direct opereren. Naar mijn stellige overtuiging dient iedere deskundige diens antwoorden te baseren op een gedegen literatuuronderzoek en aan de hand daarvan ook diens conclusies in het rapport te verantwoorden. Maar, afgaand op de tekst van dit vonnis, doet deze deskundige dat niet en dat is onjuist. Procespartijen en vooral ook de rechter moeten kunnen toetsen op grond van welke argumenten de deskundige tot diens standpunt is gekomen. Overigens is het on-

derwerp wanneer en hoe te opereren bij herniaklachten voortdurend in beweging en hier zullen we ons moeten beperken tot de stand van zaken van het moment dat de patint medische hulp zocht.

## Conclusies

Mijn kritiek op de aanpak van deze casus is vooral methodologisch van aard. Als exoneratie: daarbij moet ik me uitsluitend baseren op de hierboven weergegeven vonnistekst. Weer draait het om het door de rechtbank benoemen en instrueren van een deskundig vakgenoot, die de rechter moet adviseren over een vermeende misslag van een huisarts en wat er in mijn ogen daarbij is misgegaan, heb ik hierboven beargumenteerd. Overeenkomstig art. 24 Rv onderzoekt de rechter de zaak op de grondslag van hetgeen partijen aan hun vordering en verweer ten grondslag hebben gelegd en hij/zij is het die ex art. 194 Rv een deskundigenbericht beveelt en de verantwoordelijkheid voor de te stellen vragen uiteindelijk draagt. De rechtbank concludeert in dit vonnis dat er een nader bericht van deze deskundige zal worden gevraagd, maar dan blijft men de verkeerde weg volgen.

Bij iedere casus is een goede probleemanalyse het halve werk, die helpt de doelstelling van de procedure helder te verwoorden en geeft richting aan de (open!) vraagstelling. Alle rechterlijke lijdelijkheid ten spijt dienen uiteindelijk ook de conclusies van de deskundige stevig aan de tand te worden gevoeld. Ook al is de rechter geen dokter, het helder krijgen van de vraagpunten, de onderliggende premissen van de conclusie van eis en kennis van de methodologische principes van vraagstelling en onderzoek moet het mogelijk maken een oordeel te vormen over de waarde van het deskundigenbericht.

Prof.dr.dr. R.W.M. Giard, hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid, Erasmus School of Law en tevens praktiserend medisch-specialist