

Instantie: Rechtbank Gelderland, locatie Arnhem. ECLI:NL:GHSHE:2014:2964

Trefwoorden: aansprakelijkheid radiodiagnost, opdracht aan de deskundige, beoordeling deskundigenrapport

JA: 2014/121

Samenvatting

Bij een vrouw met een erfelijk bepaald verhoogd risico op borstkanker blijkt achteraf bij een radiodiagnostisch controleonderzoek borstkanker bij haar te zijn gemist, waardoor de noodzakelijke behandeling werd vertraagd. Op grond van het deskundigenonderzoek stelt de rechtbank vast dat de radioloog niet gehandeld heeft zoals van een redelijk bekwaam en redelijk vakbekwaam radiodiagnost mocht worden verwacht. Nu moet nog vastgesteld worden welke schade hierdoor werd geleden, met name het verlies van kans op een beter behandelresultaat. Daarvoor zal apart een deskundige worden aangezocht en worden de aan deze arts voor te leggen vragen geformuleerd.

Hoewel niet door partijen betwist, blijkt het deskundigenbericht betreffende het verrichte radiodiagnostisch onderzoek bij nadere beschouwing niet naar behoren te zijn uitgevoerd waardoor bij de vastgestelde schuld van de radioloog vraagtekens geplaatst kunnen worden.

Noot

1. De juridische keerzijde van medische innovaties

In 1988 noteerde de jurist Grady al: “medical innovation ‘captures’ what was previously natural risk and transforms it into medical risk”. De razendsnelle ontwikkeling van de genetica heeft het in de afgelopen decennia mogelijk gemaakt erfelijk bepaalde vormen van kanker te ontdekken, met name bij borstkanker. Zo kunnen bij families waarbinnen vaak borstkanker voorkomt op grond van erfelijkheidsonderzoek vrouwen worden geïdentificeerd die een verhoogde kans op het krijgen van deze ziekte hebben. De mate van risicoverhoging hangt weer af van het soort erfelijke afwijking en die bepaalt de maatregelen die worden getroffen ter voorkoming van de ziekte. De meest ingrijpende interventie is het profylactisch operatief wegnemen van al het borstklierweefsel en dat wordt bij een sterk verhoogd ziekterisico toegepast. Bij een lager risico wordt regelmatig radiodiagnostisch onderzoek verricht vanuit de veronderstelling dat dan de tumor tijdig gedetecteerd zal worden. Daarvoor bestaan diverse protocollen.

Overeenkomstig het dictum van Grady zien we dat door deze door de genetica bepaalde innovatie de “natuurlijke” kans om aan borstkanker te overlijden door een profylactische of diagnostische interventie zou kunnen worden afgewend. Inmiddels is duidelijk geworden dat dit risico met genoemde interventies nooit tot 0% kan worden teruggebracht. En als de ziekte zich ondanks de interventie dan toch geopenbaard heeft, zoals in deze casuspositie, draagt de radiodiagnost nu het juridische risico van de medische bemoeienis.

Maar hoe gaat het aansprakelijkheidsrecht nu om met deze nieuwe problematiek? Bij deze casus zien we de toepassing van het aloude rechtsritueel om een deskundige te benoemen en die de foto's nog maar eens te laten herbeoordelen *met* kennis van de afloop – dat is volstrekt fout. Even ritueel is de vraagstelling aan deze deskundig diagnost of diens vakbroeder geoordeeld heeft zoals van een redelijk handelend en vakbekwaam radioloog had mogen worden verwacht. Dat is een rechtsvraag, waarmee je de niet-juridische deskundige opzadelt. De opdracht aan de deskundige hoort juist anders te

zijn, met het stellen open vragen ter plausibele verklaring van de gebeurtenis (zie *Expertise en Recht* 2013, nr. 2, p. 41 e.v.). De vragen aan de deskundige en diens antwoorden als weergegeven onder r.o. 2.1 druisen in tegen de maatstaven die gelden voor een objectief onderzoeken van een vermeende diagnostische fout (zie daarvoor *Ars Aequi* 2013, p. 65 e.v. en *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade* 2014, nr. 1, p. 18 e.v.).

2. Het resultaat is niet bij voorbaat diagnostisch voor de kwaliteit van het werkproces

In een speelgoedbedrijf staat een machine, die zowel witte als zwarte knikkers maakt. Die belanden allemaal in één mand en als die vol is moeten werknemers vervolgens deze knikkers sorteren op kleur. Bij een van de werknemers wordt een zwart exemplaar aangetroffen tussen de witte. Dat er bij het sorteerproces iets fout moet zijn gegaan is evident. Reden voor een berisping of zelfs ontslag van deze falende arbeidskracht? Maar hoe vaak gebeurt zoiets nu bij andere employees en waarom worden er eigenlijk dit soort fouten gemaakt? Is dat alleen maar het gevolg van laksheid? Of zijn dergelijke fouten inherent aan het werkproces – hoe ogenschijnlijk eenvoudig de opdracht ook luidt? Hebben we sowieso ooit een studie gemaakt van de factoren die het succes van sorteren op kleur bepalen?

De radiodiagnost moet dagelijks een mand vol mammografieën (borstfoto's) scheiden in normale en abnormale. Dat is minder eenvoudig dan het zwart/wit sorteren. Tussen de inmiddels afgewerkte stapel als normaal beoordeelde foto's blijkt er achteraf eentje te zitten, waarbij er bij de vrouw later toch kanker werd vastgesteld. Een andere radioloog kijkt nu nog eens aandachtig naar die foto en roept: "tja, ik zie toch iets gek!".

Systematisch onderzoek van duizenden borstfoto's beoordeeld door radiologen laat zien dat bij vrouwen die borstkanker bleken te hebben er bij zo'n 15% de diagnose was gemist op de mammografie. Wie dergelijke "missers" voorlegt aan een collega ziet ook dat het uitmaakt of die naar de foto's kijkt met voorkennis of onbevooroordeeld. In experimentele studies bleek dat als die oorspronkelijk als normaal beoordeelde foto's opnieuw zonder voorinformatie werden beoordeeld, ze grotendeels weer als normaal werden verslagen (zie ook «JA» 2006/37).

En dan het fenomeen hoe en waarom radiologen iets op een röntgenfoto over het hoofd zien? Daar is uitgebreid onderzoek naar gedaan, met name ook bij het soort onderzoeken waar het hier om gaat: het draait hier niet om vrouwen die zich melden met borstklachten ("ik voel een knobbeltje") maar die gescreend worden, hetzij in het kader van bevolkingsonderzoek borstkanker, hetzij vanwege verhoogd borstkankerrisico. Dan zijn er meerdere verklaringen denkbaar voor diagnostische missers – en meestal is dat geen toerekenbaar tekortschieten c.q. laksheid.

Daarnaast bestaan er qua reproduceerbaarheid duidelijke verschillen tussen radiologen die naar dezelfde series mammografieën kijken en hun onderlinge overeenstemming is matig te noemen (*European Journal of Radiology* 2012;81:2184-2188).

Als een deskundig vakgenoot opnieuw naar een mammografie moet kijken binnen een juridische context, hebben we ook te maken met die twee kenmerken van respectievelijk intrinsieke feilbaarheid en waarnemervariatie. De enige verantwoorde methode is die van een blinde herbeoordeling. Dan bevindt de onderhavige mammografie zich tussen het gewone routinewerk en is de beoordelaar niet bewust van de herbeoordeling en niet bevooroordeeld door de uitkomst.

Gelet op de verschillende soorten oorzaken van een beoordelingsfout en daarnaast de variatie van oordelen tussen meerdere radiologen die dezelfde foto's bekijken is het

maar de vraag wat een herbeoordelingsprocedure nu werkelijk toevoegt aan de juridische oordeelsvorming. Bewijst een andere classificatie door de deskundige nu werkelijk het toerekenbaar tekortschieten van de collega? Zolang de wezenlijke oorzaak van de oorspronkelijke misclassificatie niet ondubbelzinnig in die herbeoordelingsprocedure kan worden vastgesteld, kunnen we de tweede opinie beter achterwege laten. Werkprocestoetsing aan de hand van beroepsstandaarden is dan de enige weg.

3. Hindsight bias: goed calamiteitenonderzoek is altijd orthograad, niet retrograad

De term *hindsight bias* komt in dit vonnis voor en de deskundige respondeert met te stellen dat het niet realistisch is te veronderstellen dat zij niet op de hoogte is van een misser. Maar wat zegt haar oordeel dan na die bekentenis? Ze had uit haar vakliteratuur moeten weten dat aan een geïnformeerde herbeoordeling geen juridische betekenis mag worden toegekend.

Het essentiële beslismoment is dat waarop de radiodiagnost na het beoordelen van alle informatie komt tot diens conclusie. Dat is ook waar we het normatieve moment voor de juridische beslisser lokaliseren en zoals hierboven uitgelegd, mag bij die beoordeling de uitkomst daarbij geen rol spelen. Waarom concludeerde de arts op dat moment met die informatie dat er geen afwijkingen waren? Kunnen we dat voldoende objectief vaststellen?

Maar de vierde vraag aan de deskundige gaat uit van een bevinding achteraf, een verdikte huid. Deze vraag staat bol van de *hindsight bias* en is speculatief (“maar stel dat...”). Minstens zo onjuist vanuit het perspectief van wijsheid achteraf is de vijfde vraag. Wetend dat deze vorm van diagnostiek feilbaar is, was er dan geen vangnet denkbaar geweest? Het resultaat achteraf dicteert de vraag. Welk protocol was hier van toepassing en werd dat juist gevolgd? Het hoort in deze situaties juridisch uitsluitend om een werkprocestoetsing te gaan.

Er is in de medische literatuur voortdurend discussie over welke diagnostiek met welke frequentie de beste resultaten biedt voor deze categorie vrouwen met een verhoogd kankerrisico. Welke weg je ook kiest, er zullen altijd misclassificaties voorkomen want absolute veiligheid kan niet gegarandeerd worden. Het beoordelen van een enkele “misser” zoals hier is gebeurd op een methodologisch onverantwoorde manier en zonder verwijzing naar kennis die over deze problematiek bestaat, wijst tegelijk op kennisdeficiënties aan de kant van het recht en de deskundig vakgenoot en diens professie.

Als, zoals Grady zo treffend formuleert, innovaties in de geneeskunde een nieuw soort problematiek opleveren voor aansprakelijkheidsjuristen dan zal binnen de gelederen van de rechtsgeleerdheid ook nagedacht moeten worden hoe deze kwesties passend zowel conceptueel als praktisch tegemoet te treden. Deze casus illustreert hoe dat niet moet.

prof. dr. dr. R.W.M. Giard, arts en jurist, hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid, Erasmus School of Law, EUR Rotterdam