

Annotatie JA 2014/48

2014

Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden, locatie Leeuwarden

25 februari 2014, ECLI:NL:GHARL:2014:1381

Trefwoorden: Medische aansprakelijkheid, Gecomplieerde botbreuk, Deskundigenonderzoek

Samenvatting

Tijdens een voetbalwedstrijd loopt een van de spelers een ernstige beenbreuk van het rechter onderbeen op. Het gaat daarbij om een zogenaamde open (gecompliceerde) botbreuk, waarbij door de breuk scherp geworden botfragmenten door de huid komen te steken. Dat letsel levert vaak een wondinfectie op, die zich dan vaak verder uitbreidt in het beenweefsel als extra risico en daar moeilijk te behandelen is; dat uitgebreide gevaar verwezenlijkt zich ook bij deze gewonde. De medische behandeling vergt 9 operatieve ingrepen en vraagt uiteindelijk bijna vier jaar tijd.

De gelaedeerde stelt dat de behandeling door de chirurgen verkeerd is geweest en eist dat voor recht wordt verklaard dat zij aansprakelijk zijn voor de geleden en nog te lijden schade. Die vordering wordt door de rechtbank afgewezen, later ook in appel door het hof. Tegelijk klaagt de man ook bij het Regionale Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg maar dat college oordeelt dat hier niet van enige onzorgvuldigheid of van inadequaaf optreden sprake is geweest. Klager gaat vruchteloos tegen deze uitspraak in beroep bij het Centraal Tuchtcollege.

Bij al deze rechtsgangen zijn enkele medische adviseurs, meerdere leden-beroepsgenoten van de tuchtcolleges en tenminste vier deskundigen betrokken geraakt. De grote lijn van het oordeel van vrijwel alle artsen is steeds dat er adequaat door de betrokken chirurgen gehandeld werd. Hoe werd hier de abstracte juridische zorgvuldigheidsnorm voor deze casuspositie door de betrokken artsen geconcretiseerd?

Annotatie

1 Wie kies je als slachtoffer uit om tegen te procederen?

Met deze casus zijn we midden in het leerstuk van de onrechtmatige daad beland. Er heeft immers een gebeurtenis plaatsgevonden waarbij door iemand schade werd opgelopen. Daarvoor wordt er door de gelaedeerde een (rechts)persoon verantwoordelijk gehouden wiens gedrag onrechtmatig was waardoor het schadegevolg ontstond. Die betaalt de schade. In deze situatie kan de gelaedeerde nog zelfs kiezen uit twee 'daders': een speler en een chirurg.

De eiser raakte gewond tijdens een voetbalwedstrijd, maar hoe kwam dat dan en door wie of wat werd dit veroorzaakt? Ontstond deze beenbreuk door een bikkelharde tackle van een tegenspeler? In dat geval zou die toch aansprakelijk gesteld kunnen worden voor de schade? Maar deze juridische route wordt kennelijk niet gekozen. Die is ook lastig, want zoals de deelnemers weten, zijn aan het beoefenen van sporten zoals voetbal of rugby risico's verbonden. Dat maakt dat voor het juridisch oordelen over onrechtmatigheid en gevaarzetting bij letsels opgelopen tijdens sport en spel aan die risicosituatie aangepaste normen moeten gelden (zie o.a. HR 28 juni 1991, NJ 1992, 622 (Natrap)).

De behandeling van dit ernstige sportletsel verloopt moeizaam en resulteert er zelfs in dat de gelaedeerde volledig wordt afgekeurd. Dat catastrofale gebeuren moet iemands schuld zijn – dat is niet alleen een feitelijk maar ook een moreel oordeel. De eiser kent over deze stellingname geen twijfel: de daders, dat zijn de behandelend chirurgen want die hadden anders kunnen en moeten handelen. Hij is duidelijk boos en laat geen (rechts)middel onbeproofd. Er wordt zowel een tuchtrechtelijke als een civielrechtelijke procedure gestart en als die in eerste aanleg niet de gewenste uitspraak opleveren, gaat de eiser bij beide instanties in beroep. Maar ook de appelprocedures stellen hem niet in het gelijk.

Hij zal hierdoor naar alle waarschijnlijkheid een in het recht teleurgesteld mens zijn geworden, terwijl hij al ernstig teleurgesteld was over de kwaliteit van medische zorg. In het arrest wordt de uitspraak van het hof netjes gemotiveerd want ondanks enkele nuances zijn alle betrokken deskundigen van mening dat er door de betrokken chirurgen juist werd gehandeld. Daarmee is juridisch gezien de kous af. De uitspraak vertelt niet of en zo ja hoe begripvol de verschillende rechters zich tegenover de eiser/klager hebben opgesteld. Het onderwerp emoties en rechtspleging verdient echter meer aandacht (zie ook Banes & Blumenthal, 'Emotion and the law?', *Annu. Rev. Law Soc. Sci.* 2012;8:161–181). De vraag is ook of deze kwestie niet alleen juridisch maar ook inhoudelijk op de juiste wijze werd

aangepakt.

2 De juridische norm

Het medisch handelen wordt normatief beoordeeld: werd hier medisch juist en vooral ook zorgvuldig genoeg gehandeld? Het is niet de uitkomst van de behandeling, maar het werkproces zelf dat hier primair getoetst wordt. De norm is civielrechtelijk vastgelegd in art. 7:453 BW en tuchtrechtelijk in art. 47 lid 1 Wet BIG. Bij de toetsing van het medisch handelen gaat het er derhalve niet om of dat handelen beter had gekund, maar om het geven van een antwoord op de vraag of de beroepsbeoefenaar bij het beroepsmatig handelen is gebleven binnen de grenzen van een redelijk bekwame beroepsuitoefening, met inachtnaam van wat op het moment van de onheilsgebeurtenis de stand van de wetenschap was en met hetgeen er toen in de beroepsgroep ter zake als praktijkstandaard voor de behandeling gold. Dit is de juridische leer, het uitgangspunt is een open rechtsnorm en die is abstract; maar nu de concretisering ervan, de vertaalslag naar de voorliggende casus. Meng voor billijke uitspraak feiten en normen op de juiste wijze.

De feiten zijn het moeizaam verlopende behandelings- en genezingsproces van de gecompliceerde botbreuk bij het slachtoffer, de juridische norm is die van een goed hulpverlenerschap, maar hoe moet de (tucht)rechter nu een beslissing nemen of hier nu wel of niet sprake was van goed hulpverlenerschap? Die taak is toegemeten aan de rechter, diens discretionaire bevoegdheid van het vormen van een eigen oordeel. Maar dat vraagt dus een ad-hoc proces van het formuleren van een geconcretiseerde norm voor het helder beoordelen van het medisch handelen. Is die gehanteerde norm nu intuïtief of rationeel van aard en is die ook nog expliciet te maken ten behoeve van de motivering van de uitspraak? Hoe werd in deze casus nu die norm geconcretiseerd? Aan deze praktisch voor het aansprakelijkheidsrecht toch zo belangrijke kwestie is tot nu toe nog maar weinig aandacht besteed (zie K. Abraham, 'The trouble with negligence?', *Vanderbilt Law Review* 2001, Vol. 53, p. 1187 e.v.). De rechter delegeert de kwestie van het normatief beoordelen naar de deskundige beroepsgenoten, maar hoe lossen die deze kwestie dan praktisch op en hoe moet de rechter daar vervolgens weer mee omgaan?

3 De deskundigenrapportage

In de geneeskunde is niets met zekerheid voorspelbaar en dus is de afloop van iedere diagnostische of therapeutische interventie onzeker, ook al wordt die lege artis uitgevoerd. Vrouwe Fortuna is overal. Daarom ook is het logisch de uit-

spraak niet op de ongelukkige afloop te baseren, maar op de beoordeling van de wijze waarop het eraan voorafgaande werkproces werd uitgevoerd. Niet iedereen met een open botbreuk krijgt osteomyelitis (= ontsteking in het botmerg) en niet iedereen met een dergelijke complexe fractuur die adequaat behandeld wordt met een goed wondtoilet en brede antibiotische bescherming wordt gevrijwaard van osteomyelitis.

Hoe te midden van deze onzekerheid als deskundige hier dan over de (on)juistheid van de behandeling te oordelen? Een van de deskundigen noemde het getal dat bij 10-20% van de patinten met een fractuur als bij de eiser een osteomyelitis ontstaat (r.o. 3.12). Het enkele feit dat het risico zich verwezenlijkte (uitkomst) impliceert niet dat er hier dus van onzorgvuldigheid (in het werkproces) sprake was. Want bij de beoordeling van de uitvoering van dat werkproces zijn er twee verschillende vragen te beantwoorden: (1) werden er de goede dingen gedaan? en (2) werden de dingen ook goed gedaan? Voor beantwoording van de eerste vraag zijn protocollen bruikbaar. Bij deze casus werd de eerste vraag door vrijwel alle deskundigen instemmend beantwoord. Maar nu de tweede opgave: werden die dingen ook naar behoren uitgevoerd?

Bekijk nu eens het volgende gedachte-experiment: neem twee groepen van elk 100 patinten in precies dezelfde verwondingssituatie als die van de eiser en zij worden door twee verschillende chirurgen A en B behandeld, die elk in een verschillend ziekenhuis werken. Beide chirurgen hanteren naar hun zeggen het daartoe geldende protocol. Uiteindelijk blijkt dat bij chirurg A 20% van de patinten een osteomyelitis heeft gekregen, terwijl dat bij chirurg B 45% is. Bij chirurg B heb je dus veel meer risico op een wondinfectie. Hoe is dat te verklaren en hoe moet je dat juridisch kwalificeren? Is dat onrechtmatige gevaarzetting?

Het fenomeen van veelal sterk uiteenlopende uitkomsten van behandeling van patinten met dezelfde aandoening is binnen de geneeskunde uitgebreid gedocumenteerd en motiveert het verdere onderzoek hiernaar en vooral ook hoe de kwaliteit van zorg objectief te onderzoeken en te bevorderen. Wanneer we gewapend met deze inzichten kijken naar de deskundigenrapportage bij deze casus, dan zien we dat hier van een marginale toetsing sprake is? er werd alleen gekeken naar de vraag of hier de goede dingen waren gedaan. Maar binnen het gedachte-experiment is het denkbaar dat onze eiser door chirurg B werd behandeld. Hoe moeten we dan de afhandeling van zo'n casus goed aanpakken? Is dat wel praktisch mogelijk? Of lopen we het rad van vrouwe Fortuna ook binnen het recht tegen het lijf?

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