

| 457 | Herbeoordelingen bij medische aansprakelijkheid door één expert of door een panel?

Over nabootsing van de oorspronkelijke beoordelingssituatie

Raimond Giard en Jan Broekman – prof. dr. dr. R.W.M. Giard is arts, jurist en methodoloog, em. hoogleraar methodologie en aansprakelijkheid, Erasmus School of Law, EUR; drs. J.M. Broekman is klinisch patholoog n.p. en voorzitter van de juridische commissie van de Nederlandse Vereniging voor Pathologie.¹

Als bij een medische aansprakelijkheidskwestie het vermoeden bestaat dat er bij het beoordelen van een röntgenfoto, microscopische preparaten, weëenregistratie, een hartfilmpje of wat dies meer zij iets verkeerd is gegaan, dan kan die beoordeling door een deskundige opnieuw worden beschouwd. Als deze beoordeling zonder voorzorgsmaatregelen opnieuw wordt uitgevoerd, wordt geen recht gedaan aan de oorspronkelijke beoordelingssituatie en wordt een opgeschroefde zorgvuldigheidsnorm gecreëerd, omdat er wordt geoordeeld met wijsheid achteraf. Raimond Giard en Jan Broekman bepleiten blinding, evenals een breed en diepgaand onderzoek naar het geval en de context ervan.

1. Inleiding

Bij zorgprocessen wordt er van alles vastgelegd en bewaard. Wanneer een patiënt vanwege zorggerelateerde schade tegen diens behandelaar of het ziekenhuis juridische stappen onderneemt, zal dat gearhiveerde materiaal meestal gelicht en bekeken worden. In het bijzonder kan het, naar gelang het probleem, nodig blijken om registraties zoals hartfilmpjes (ECG's), weëenregistraties (CTG's) of elektrische hersenactiviteit (EEG's) opnieuw door een deskundige te laten beoordelen.² Dat geldt ook voor röntgenfoto's (radiodiagnostiek) of microscopische preparaten (PA-diagnostiek). Daarnaast zijn tegenwoordig digitale fotografische of videoregistraties ruim beschikbaar, die opnieuw kunnen worden bestudeerd.³ Als zo'n mogelijkheid tot herbeoordeling bestaat, rijzen er een aantal fundamentele vragen:

- Waarom is het nodig om een herbeoordeling uit te (laten) voeren?
- Wat is, juridisch gezien, de wezenlijke betekenis daarvan?
- Hoe dient een herbeoordeling te worden uitgevoerd om de objectiviteit ervan zoveel mogelijk te realiseren?
- Hoe moet de rechter dit deskundigenbewijs waarderen?
- Wat is de betekenis van het fenomeen waarnemervariatie hierbij?

- Wat is de toegevoegde waarde als er in plaats van één zich meerdere deskundigen over hetzelfde probleem buigen?
- Hoe moet een herbeoordeling door een panel dan worden georganiseerd?

In dit artikel beantwoorden we deze vragen. Eerst laten we enkele voorbeelden zien van casusposities, waarbij een herbeoordeling speelde (par. 2). Vervolgens komt het vergelijkingstype aan bod, de maatmens, met de vraag of de herbeoordeling juridisch het juiste instrument voor vaststellen van een normschending is. Doel en middel van de herbeoordeling worden besproken (par. 3). Wie opnieuw beoordeelt, mag daarbij niet geleid worden door de uitkomst van de eerste waarneming dus blinding is steeds vereist (par. 4). De herbeoordeling mag nooit op zich staan, maar past in een breder onderzoek en dat vraagt een beproefde werkwijze. Het belang van die juiste aanpak wordt in par. 5 besproken. Dan wordt getoond hoe vermeende fouten bij PA-diagnostiek worden onderzocht door middel van protocollaire herbeoordeling door een panel van pathologen en de ervaringen daarmee gedurende bijna twee decennia getoond (par. 6). Ten slotte formuleren we onze conclusies (par. 7).

1 Zie ook R.W.M. Giard & J.M. Broekman, 'Gemist maligne melanoom, juridisch bezien', *NTvG* 2009 vol. 153, A1237; R.W.M. Giard, 'Wie zijn er betrokken bij en verantwoordelijk voor de deugdelijkheid van een deskundigenrapport?', *Ars Aequi* 2018 nr. 3, p. 216-220. Het onderhavige artikel is breder georiënteerd en gedetailleerder.

2 ECG = electrocardiogram, het registreren van de elektrische hartactiviteit; CTG = cardiocardiografie, een gelijktijdige registratie van weëenactiviteit en hartfrequentie van het kind; EEG = electro-encefalografie, het registreren van de elektrische hersenactiviteit.

3 Wat betreft videoregistraties en de juridische dimensies daarvan zie: F.W. de Graaf et al., 'Een beeld zegt meer dan 1000 woorden. Het standaardiseren van videoregistratie op de operatiekamer', *NTvG* 2017 vol. 161, D498.



2. Enige casuïstiek

Eerst een drietal voorbeelden van vermeende fouten bij diagnostisch onderzoek, waarbij aan deskundigen gevraagd werd om gearhiveerd materiaal opnieuw te beoordelen.

Casus 1

Een man van 56 jaar wordt opgenomen onder verdenking van een longembolie. Op de longfoto wordt afwijking in de rechterlong gezien, een vergrote hilus, dat beeld is suspect voor een tumorproces. De PET-scan is positief, dus daarmee is de kans groot dat het inderdaad om een kwaadaardige tumor gaat. Er wordt nader onderzoek gedaan, waarbij aan de hand van via bronchoscopie verkregen celmateriaal een kwaadaardige tumor wordt gediagnosticeerd: een niet-kleincellig longcarcinoom, waarschijnlijk adenocarcinoom. Omdat er verder geen uitzaaiingen zijn gevonden, worden van deze long de boven- en middenkwab met de tumor chirurgisch verwijderd. Bij PA-onderzoek van het resectiepreparaat kan echter geen tumor worden teruggevonden. Een deskundige beoordeelt opnieuw het celmateriaal en komt tot de conclusie dat de cellen weliswaar licht afwijkend zijn, maar niet diagnostisch voor een kwaadaardig tumorproces. De man dient een schadeclaim in jegens het ziekenhuis, omdat hij onnodig werd geopereerd en nu een verminderde longcapaciteit heeft.⁴

Casus 2

Een pasgeborene blijkt na een moeizame bevalling aan een ernstig hersenletsel te lijden. De ouders, optredend namens dit kind, verwijten de verantwoordelijke verloskundige en gynaecoloog dat die tekortgeschoten zijn in hun zorgplicht jegens de kraamvrouw en haar kind. Met name zou geen acht zijn geslagen op afwijkingen van het hartritme van het kind controleerbaar door middel van de CTG-registratie. Een partijdeskundige, optredend namens de eisers, stelt bij herbeoordeling van deze CTG-registratie vast dat hier sprake is van het optreden van enkele zogenaemde 'verontrustende periodes', die de indicatie hadden moeten vormen voor een met spoed uitgevoerde kunstverlossing, een keizersnede. Dan zou er minder kans op hersenschade zijn geweest. De bij de bevalling betrokken gynaecoloog stelt echter dat hij op het CTG geen verontrustende afwijkingen had geconstateerd.⁵

Casus 3

Na een periode van toenemende klachten bezoekt een vrouw haar huisarts en die denkt aan het syndroom van Cushing, een ziekte die ontstaat door hormoonoverproductie en die het gevolg kan zijn van een afwijking van een of beide bijnieren. Daarom wordt zij naar een internist verwezen. Noch het laboratoriumonderzoek, noch de CT-scan van de bijnieren leveren afwijkingen op en dus zijn er geen harde aanwijzingen voor deze diagnose. Mevrouw houdt in toenemende mate klachten en twee jaar later wordt zij opnieuw onderzocht en er wordt wederom een CT-scan gemaakt die nu wél een vergrote linker bijnier laat zien. Zij wordt doorverwezen naar een academisch medisch centrum en aldaar wordt de twee jaar eerder vervaardigde CT-scan opnieuw bekeken. Nu ziet de radioloog in retrospectie wél een afwijkende linker bijnier. Mevrouw vindt dat ze jaren eerder behandeld had kunnen worden als die diagnose niet was gemist en vordert op grond van toerekenbare tekortkoming in de uitvoering van de geneeskundige behandelingsovereenkomst veroordeling van het ziekenhuis tot betaling van een schadevergoeding. De schadeverzekeraar verzoekt een hoogleraar radiodiagnostiek om de gewraakte foto's opnieuw in de dagelijkse routine te laten beoordelen zonder voorkennis van de afloop om zo een objectieve herbeoordeling te verkrijgen.⁶

3. Juridische argumentatie voor herbeoordeling: normschending?

3.1. De maatmens

Bij een klacht of een schadeclaim wegens zorggerelateerde schade zal juridisch de eerste stap zijn vast te stellen of er sprake is van een normschending door de voor deze schade verantwoordelijk gehouden zorgverlener of het ziekenhuis. De civielrechtelijke norm hiervoor is art. 7:453 BW: daaraan wordt het medisch handelen getoetst, de rechtsregel omtrent goed hulpverlenerschap.⁷ Dit is echter een open (en dus abstracte) rechtsnorm, die altijd voor de onderhavige kwestie nader geconcretiseerd dient te worden.

Zoekend naar het antwoord op de vraag of de zorgverlener hier juist heeft gehandeld, wordt vaak het vergelijkingstype gehanteerd: hoe zou een redelijk bekwaam en redelijk handelend arts, de maatmens, in dezelfde situatie hebben gehandeld?⁸ Uit dit leerstuk vloeit dan voort: laat

4 Deze casus wordt buitengerechtelijk afgehandeld en werd daarom voorgelegd aan de Juridische Commissie van de Nederlandse Vereniging voor Pathologie.

5 Rechtbank Zeeland-West-Brabant 22 juni 2016, JA 2016/144 (m.nt. R.W.M. Giard).

6 Rechtbank Zwolle-Lelystad 7 november 2007 ECLI:NL:RBZLY:2007:BC7015.

7 Artikel 7:453 BW luidt: 'De hulpverlener moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen en handelt daarbij in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard'.

8 Zie over de juridische analyse van de beweerdelijke tekortkoming van de arts of het ziekenhuis: R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2013 par. 4.2.1. (p. 193v.).

de cytologiepreparaten van casus 1 opnieuw beoordelen door een redelijk bekwame patholoog, laat het CTG van casus 2 opnieuw beoordelen door een redelijk bekwame gynaecoloog en de CT-scan van casus 3 door een redelijk bekwame radioloog. Zulke herbeoordelingen zijn steeds het middel om te bepalen of er wel of niet van een normschending sprake zou kunnen zijn. Het resultaat mag overigens nooit het enige argument voor normovertreding zijn maar moet onderdeel uitmaken van een bredere waaier van bevindingen, waarover later meer.

Bij het opnieuw bezien zijn in principe maar twee uitkomsten mogelijk: of er is wél of er is géén overeenstemming met de oorspronkelijke beoordeling. Overeenstemming lijkt de gedaagde vrij te pleiten van een misdiagnose, maar wat nu als het deskundigenoordeel afwijkt van de oorspronkelijk gestelde diagnose? De rechter heeft in een zaak over afwijkingen die wél door de deskundig radioloog op een röntgenfoto werden gezien, terwijl die bij eerste beoordeling als niet afwijkend was geïdentificeerd, geoordeeld dat daarmee de normschending gegeven is.⁹

Welke vooronderstellingen liggen aan deze juridische denk- en werkwijze ten grondslag en zijn die billijk? De primaire aanname is dat de gedaagde zorgverlener een fout moet hebben gemaakt, als meest waarschijnlijke verklaring voor deze onheilsgebeurtenis (attributie). De volgende vooronderstelling is dat die fout vermijdbaar was en daarom juridisch verwijtbaar want als er anders – dus juist – gehandeld was, dan zou het schadegevolg uitgebleven zijn of minder ernstig gebleven (contra-feitelijk denken). Dan de vraag of, als de deskundige wél een andere mening heeft die, gegeven de afloop, ook de juiste zou moeten zijn, daarmee het bewijs van de normschending met voldoende bewijskracht daadwerkelijk geleverd is. Dan lijkt het er op dat verondersteld wordt dat een redelijk bekwaam en redelijk handelend diagnost steeds de juiste diagnose zal stellen. Maar is dat wel zo? Een discrepante uitkomst bij herbeoordeling heeft als mogelijke verklaringen:

- berust op een misser van de eerste beoordelaar;
- berust op een misser van de tweede beoordelaar;
- is inherent aan de beperkingen en het onzekerheidskarakter van het betreffende diagnostische proces;
- heeft te maken met het fenomeen waarnemervariatie;
- ontstond omdat herbeoordelaar bevooroordeeld was omdat die weet had van de afloop en dat heeft diens oordeel beïnvloed en gemakkelijker gemaakt – *hindsight bias*.

De eerste mogelijkheid zou juridisch de normschending duidelijk moeten maken maar dat mag pas worden aangenomen als de overige mogelijke verklaringen zijn uitgesloten. Steeds is het daarom een oordeel *per exclusio-nem*. Enkel de discrepantie vaststellen verklaart dit feit nog niet. De tweede verklaring, de dwalende deskundige, is ook mogelijk maar aan het oordeel van de rechtbankdeskundige wordt kennelijk niet zo snel getwijfeld en toch kan die het bij het verkeerde einde hebben.¹⁰ We zullen nu de laatste drie verklaringen van deze opsomming nader bespreken.

3.2. Diagnostiek als kansspel

Bij een beweerdelijke diagnostische fout zijn drie vragen van belang. Ten eerste: wat weten we over de karakteristieken van deze test, met name hoe nauwkeurig is die test? Ten tweede, de test is onderdeel van het diagnostische proces, hoe past de test in dat geheel? En ten slotte: wat weten we over de oorzaken van misclassificaties?

Kennis van de testkarakteristieken

In de geneeskunde bestaat er geen enkele diagnostische test – en dan in de meest brede zin des woords – die perfect is. Dan moeten we de imperfecties van een test in kaart brengen. De trefkans van een test om een aanwezige ziekte inderdaad te detecteren, heet de *sensitiviteit*. Daarnaast is er de *specificiteit*: de kans op een normale test wanneer de patiënt niet aan ziekte lijdt, waarvan de vals-alarmkans kan worden afgeleid (= 100% – specificiteit). Die zijn allebei zelden 100%. Onzekerheid is dus onophoudelijk troef, je kan een diagnose missen of er is vals alarm en je weet nooit wanneer dat gebeurt! Diagnostiek is eigenlijk een kansspel maar dan vaak wel met een redelijke kans van slagen – maar tegelijk met de mogelijkheid van mislagen.

Bijvoorbeeld de longcytologie, toegepast bij casus 1, heeft een sensitiviteit van 80% en een specificiteit van 93%.¹¹ Anders gesteld: bij degenen die longkanker hebben laat deze cytologietest het bij één op de vijf patiënten afweten en bij de niet-lijdende aan longkanker wordt er bij één op de 14 personen vals alarm geslagen.

Het gebruik van CTG, zoals bij casus 2, voor het opsporen van kinderlijke nood heeft een sensitiviteit van 90%, dus een kans op missen van afwijkingen gebeurt bij één op de tien problematische bevallingen.¹² De specificiteit bedraagt 66%: er is dus een hoge vals-alarmkans van 34%. De sensitiviteit van het CT-onderzoek voor het

9 Zie als voorbeeld van een ‘gemiste’ diagnose borstkanker waarbij door de deskundige wél afwijkingen werden gezien het vonnis van Rechtbank Zwolle-Lelystad 8 september 2004 **ECLI:NL:RBZLY:2004:AQ9892**, r.o. 7.

10 Zie over deze problematiek R.P. Wijne, ‘De gerechtelijk medisch deskundige in aansprakelijkheidszaken; onaantastbaar of toch niet?’, *Verkeersrecht* 2018, p. 254-263.

11 Raiza, D. et al., ‘Efficacy of bronchial wash and brush cytology and its correlation with biopsy in lung lesions’, *Int J Health Res Mod Integr Health Sci* 2014 vol. 3, p. 21-24.

12 A.A. Xavier et al., ‘Cardiotocography in a perinatal armamentarium: boon or bane?’, *International Journal of Reproduction, Contraception, Obstetrics and Gynecology* 2017 vol. 4(6), p. 2000-2004.



ontdekken van bijniertumoren (casus 3) levert in de literatuur wisselende getallen omdat dat gerelateerd moet worden aan de grootte en het soort afwijking, maar ligt ergens in de orde tussen de 50 en 80%, dus 20-50% van de bijniertumoren wordt dus gemist.¹³ Al dergelijke uitkomsten van onderzoek zijn puur descriptief en geven niet aan waardoor de ‘missers’ of het vals alarm werden veroorzaakt. In ieder geval is het duidelijk dat diagnostische misslagen niet uitzonderlijk zijn – integendeel.

Onderzoek diagnostiek in haar totaliteit

Ieder diagnostisch onderzoek is een samengesteld en stapsgewijs proces waarbij meerdere onderzoeken worden toegepast. Bovendien vindt diagnostiek steeds plaats binnen een klinische context en die is uitermate bepalend daarvoor.¹⁴ Bij casus 1 bestaat gereede verdenking op een longtumor op grond van afwijkingen op de longfoto. Daarom wordt er nader onderzoek gedaan en celdiagnostiek van de long verricht. De afwijkende uitslag daarvan samen met de radiologische bevindingen rechtvaardigen de operatieve ingreep.

Een bevalling is vaak een urenlang proces en er moeten gedurende die periode voortdurend verschillende zaken in de gaten worden gehouden. Of het goed gaat met het kind is alleen met indirecte methoden te beoordelen en de diagnostische waarde daarvan is beperkt. Het CTG combineert een registratie van weeënactiviteit en de hartslag van het kind. De interpretatie daarvan is niet eenduidig en we noemden eerder al de sterke waarnemervariatie bij beoordeling van patronen. Daarnaast wordt getwijfeld of het CTG enige bijdrage levert aan het verminderen van de kans op hersenschade en of die diagnostiek wel voldoende wetenschappelijk gegrond is.¹⁵

Bij casus 3 richt alle aandacht zich op het in eerste instantie niet herkennen van de bijnierafwijking op de CT-scan, maar dat is niet eerste en belangrijkste criterium voor het stellen van de diagnose syndroom van Cushing.¹⁶ Bij onderzoek van series patiënten met deze aandoening blijkt het stellen van die diagnose lastig en die wordt vaak pas na langere tijd gesteld, zoals ook bij deze patiënte.¹⁷ Primair is het vaststellen van de hormoonoverproductie van belang, daarna pas het onderzoek naar de oorzaak daarvan. Door de discussie te beperken tot het wel of niet vinden van een bijniertumor wordt dit geschil verkeerd

ingekaderd. Zowel de onderzoekers als degene die het oordeel moet vellen, dienen al deze aspecten – *the full picture* – te onderzoeken en in het oordeel te betrekken.

3.3. Oorzaken van misclassificaties

Diagnostiek is het lastigste onderdeel van de geneeskunde en dat staat centraal bij de drie casusposities.¹⁸ Diagnosefouten staan de laatste tijd sterk in de belangstelling omdat dit probleem frequent voorkomt en foute ziekteclassificaties vaak ernstige consequenties kunnen hebben.¹⁹ Op de vraag waardoor dergelijke fouten gemaakt worden, is geen simpel antwoord te geven.²⁰ Het gaat daarbij in de eerste plaats om menselijke en niet door een meetinstrument gemaakte fouten.

Steeds is er sprake van een door meerdere factoren bepaalde meestal complexe ontstaanswijze, waarbij artsgebonden factoren (onder andere kennis, ervaring, attitude), situationele factoren (onder andere soort medische praktijk, uitrusting, moment van de dag, communicatie, context), de aard van het ziekteproces, de methode van diagnostiek, allerhande patiëntfactoren (onder andere leeftijd, geslacht, conditie, andere ziektes, medicijngebruik), de stand van de medische kennis et cetera een rol spelen.

Wanneer de rechter – die is allereerst werkzaam als geschilbeslechter – oordeelt dat het handelen van een arts als toerekenbaar onzorgvuldig moet worden geïnclassificeerd, is het te hopen dat die uitspraak ook voldoende wetenschappelijk gegrond is. Of creëert het recht een eigen werkelijkheid die een adequate epistemisch verantwoorde onderbouwing node mist? Hier dient zich de kwestie van onwetendheid aan: zijn de betrokkenen zich bewust van wat ze denken te weten, wat ze zouden moeten weten en wat ze kunnen weten? Deze problematiek van het onderschatten van de eigen kennislacunes is recent door Wu & Dunning beschreven.²¹

3.4. Waarnemervariatie

Bij alle drie de voorbeelden berust de test geheel op een menselijke visuele waarnemingen en de interpretatie daarvan bij respectievelijk de cytologische preparaten, de CTG-registratie en de CT-scan. Wanneer twee waarne-

-
- 13 Al deze gepresenteerde getallen zijn redelijk representatief maar het zijn geen standvastige ‘natuurconstanten’, ze kunnen per onderzoek enigszins wisselen.
- 14 P. Croskerry, ‘Context is everything or how could I have been that stupid?’, *Healthcare Quarterly* 2009 vol. 12, e171-176.
- 15 K.B. Nelson et al., ‘Electronic fetal monitoring, cerebral palsy, and caesarean section: assumptions versus evidence’, *BMJ* 2016 vol. 355, i6405.
- 16 Het Cushing syndroom is een aandoening, waarbij er te veel bijnierschorschormonen (cortisol) worden gemaakt, veroorzaakt of door een afwijking in de hypofyse of een afwijking in de bijnier.
- 17 D.C. Aron, ‘Cushing’s syndrome: why is diagnosis so difficult?’, *Reviews in Endocrine & Metabolic Disorders*, 11 (2010), 105-116.
- 18 R.W.M. Giard, ‘Leren van fouten? Achteraf oordelen is te simpel’, *Medisch Contact*, 2108, p. 18-21.
- 19 H. Singh & M.L. Graber, ‘Improving diagnosis in health care – the next imperative’, *N Engl J Med*. 2015 vol. 363(26), p. 2493-2495.
- 20 R.L. Wears, ‘What makes diagnosis hard?’, *Adv Health Sci Educ Theory Pract*. 2009 vol.14 (Suppl 1), p. 19-25.
- 21 K. Wu & D. Dunning, ‘Hypocognition: making sense of the landscape beyond one’s conceptual reach’, *Advances in Experimental Social Psychology* 2018 vol. 22(1), p. 25-35.



mers onafhankelijk van elkaar hetzelfde object onderzoeken, komen die dan ook steeds tot een gelijk oordeel? Dat is het onderzoek naar de interobserver- of waarnemervariatie. Of als dezelfde waarnemer na enige tijd het object opnieuw beoordeelt, komt die dan weer tot dezelfde conclusie? Dat is het onderzoek naar de intraobservervariatie? Volledige overeenstemming blijkt bij beide situaties meestal niet het geval maar de omvang ervan kan per soort onderzoek per onderzoekers wisselen. De mate van overeenstemming wordt getalsmatig uitgedrukt in de *precisie* (= reproduceerbaarheid) van de test.²² Het bestaan van die intra- als interobservervariatie is met name relevant bij herbeoordelingen.

Bij een aanzienlijke waarnemervariatie is het alleen al daardoor mogelijk dat twee waarnemers tot een verschillend oordeel komen. Bij onderzoek van CTG-beoordeling (casus 2) bestaat zowel een hoge intra- als interobservervariatie.²³ Een recente studie naar waarnemervariatie bij rechtbankdeskundigen die CTG's moesten herbeoordelen van kinderen met en zonder neonatale hersenschade liet een matige tot slechte reproduceerbaarheid daarvan zien. De onderzoekers concludeerden dan ook dat met deze eigenschappen de objectiviteit van het deskundigenonderzoek in het gedrang kwam.²⁴

4. Belang van blinding

4.1. Gevaar van wijsheid achteraf

Het begrip 'hindsight bias' werd in 1975 gemunt door de psycholoog Baruch Fischhoff.²⁵ Met kennis van de afloop wordt achteraf de gebeurtenis voorspelbaarder (hind-

sight bias in eigenlijke zin; 'zij zagen het niet aankomen, wij wél!') of een beslissing wordt achteraf als onjuist beoordeeld (outcome bias; 'dat had ie zo niet moeten doen!').²⁶ Dit laatste punt is relevant voor herbeoordelingen. Sindsdien is outcome bias in zeer vele experimenten aangetoond en speelt met name ook in de rechtszaal en belangrijke rol.²⁷ Zeker bij de medische aansprakelijkheid hoede men zich voor wijsheid achteraf.²⁸ De gevraagde deskundige bij casus 3 heeft daarom grote twijfels over het nut van de aan hem gevraagde herbeoordeling. Experimenteel onderzoek heeft overtuigend het effect van outcome bias laten zien op herbeoordeling van onder meer cytologische preparaten, radiodiagnostisch onderzoek en CTG-beoordeling.²⁹ Daaruit valt maar één belangrijke conclusie te trekken: als een deskundige een herbeoordeling uitvoert mét voorkennis van de afloop dan is dat niet minder dan een doodzonde! Dat brengt ons bij de vraag hoe we dan zo'n herbeoordeling wél zouden moeten doen.

4.2. Blinding is beter

Wanneer outcome bias de herbeoordelaar parten speelt, is het dus logisch om de deskundige die informatie over de ongewenste afloop te onthouden – deze daarvoor te blinderen. Het verschil tussen de uitkomsten van geblindeerde of van geïnformeerde herbeoordeling is steeds aanzienlijk.³⁰ Psycholoog Robert Rosenthal, die ook veel werk op het gebied de methodologie van forensisch onderzoek heeft verricht, hanteert daarom als stelregel: 'Any process using a human as a perceptor, rater, or interpreter should be as blind as possible for as long as possible'.³¹ Zo'n blinding bij forensisch onderzoek is binnen

-
- 22 Omdat alleen al door toeval is er overeenstemming tussen twee waarnemers mogelijk en daarom zijn er speciale statistische methoden ontwikkeld om daarvoor te corrigeren; met name de z.g. kappa-statistiek wordt hiervoor gebruikt. Zie daarover J.L. Fleiss, *Statistical methods for rates and proportions*, (2nd edn), New York: John Wiley & Sons 1980 en J. Sim, & C.C. Wright, 'The kappa statistic in reliability studies: use, interpretation, and sample size requirements' *Physical Therapy*, 2005 vol. 85(3), p. 257-268.
- 23 Zie daarover bijvoorbeeld L. Hruban et al., 'Agreement on intrapartum cardiotocogram recordings between expert obstetricians', *Journal of Evaluation in Clinical Practice* 2015 vol. 21, p. 694-702.
- 24 L. Sabiani et al., 'Intra- and interobserver agreement among obstetric experts in court regarding the review of abnormal fetal heart rate tracings and obstetrical management', *American Journal of Obstetrics and Gynecology*, 213 (2015), 856.e1-856.e8.
- 25 B. Fischhoff, 'Hindsight ≠ foresight: The effect of outcome knowledge on judgment under uncertainty', *Journal of Experimental Psychology: Human Perception and Performance* 1975, vol. 104, p. 288-299.
- 26 Voor dit onderscheid tussen hindsight en outcome bias zie J. Baron & J.C. Hershey, 'Outcome bias in decision evaluation', *Journal of Personality and Social Psychology* 1988 vol. 54, p. 569-579. We beperken ons in dit artikel verder tot de outcome bias.
- 27 Zie wat betreft de vestiging van aansprakelijkheid K.A. Kamin & J.J. Rachlinski, 'Ex post ≠ ex ante: determining liability in hindsight ex post ≠ ex ante determining liability in hindsight', *Law and Human Behavior* 1995 vol. 19, p. 89-104, S.J. LaBine & G. LaBine, 'Determinations of negligence and the hindsight bias', *Law and Human Behavior*, 1996 vol. 20, p. 501-516, E.M. Harley, 'Hindsight bias in legal decision making', *Social Cognition* 2007 vol. 25(1), p. 48-63 en Giard, R.W.M., 'In de rechtszaal voert hindsight bias nog te vaak de regie. Wie doet er wat aan?', *Expertise en Recht* 2017 nr. 2, p.49-51.
- 28 K. Henriksen & H. Kaplan, 'Hindsight bias, outcome knowledge and adaptive learning', *Quality & Safety in Health Care* 2003 vol. 12 (Suppl 2), p. ii46-50.
- 29 Voor hindsight bias in de radiologie zie Berlin, L., 'Hindsight bias', *American Journal of Roentology* 2000 vol. 175, p. 597-601; voor hindsight bias bij CTG-beoordeling zie P. Reif et al., 'Does knowledge of fetal outcome influence the interpretation of intrapartum cardiotocography and subsequent clinical management? A multicentre European study', *BJOG: An International Journal of Obstetrics and Gynaecology*, 2016, 2208-2217; voor celdiagnostiek zie W.J. Frable, 'Blinded review of Papanicolaou smears', *Cancer* 2004 vol. 102, p. 133-135.
- 30 Zie daarvoor bijvoorbeeld de studie van S. Hofvind et al., 'Influence of review design on percentages of missed interval breast cancers: retrospective study of interval cancers in a population-based screening program', *Radiology* 2005 vol. 237, p. 437-443.
- 31 Geciteerd in: C.T. Robertson & A.S. Kesselheim, *Blinding as a solution to bias. Strengthening biomedical science, forensic science, and Law*, Amsterdam Elsevier/Academic Press 2016, p. 27.



het strafrecht inmiddels door velen krachtig bepleit en wordt ook al in praktijk gebracht.³²

Hoe organiseer je de gewenste blinding in het civiele recht bij een herbeoordeling? Idealiter zou het hernieuwde onderzoek in de oorspronkelijke diagnostische situatie plaats moeten vinden, want dan zijn de contextuele factoren nagenoeg gelijk. Dat zou theoretisch voornamelijk denkbaar zijn voor radiologische en PA-diagnostiek: de betreffende opnames respectievelijk microscopische preparaten worden opnieuw tussen de routinediagnostiek gestopt met de oorspronkelijke aanvraaggegevens; de beoordelaar weet dan niet dat het om een herbeoordeling gaat. Dat blijkt praktisch echter lastig om uit te voeren. Hoe dan die situatie te benaderen?

Een eerste belangrijke stap wat betreft blinding is het plaatsen van een tussenpersoon tussen de verzoekers van een herbeoordeling en de uitvoerder(s) daarvan.³³ Die intermediair behoort zelf tot het beroep/specialisme als de gedaagde en organiseert en rapporteert de objectiverende herbeoordeling. Die persoon zorgt ervoor welke informatie en welk materiaal er aan de herbeoordelaars worden verschaft.

Bij het opnieuw beoordelen van slechts één object wordt dan met extra aandacht daarnaar gekeken omdat er wel iets bijzonders mee aan de hand moet zijn. Daarom is de tweede belangrijke stap om per casus meerdere soortgelijke onderzoeken te laten herbeoordelen, een set van soortgelijke onderzoeken met de indexcasus daartussen. Wanneer er, zoals bij casus 1, bijvoorbeeld van vijf patiënten longcytologie preparaten opnieuw moeten worden bekeken, wordt dat aandachtseffect al minder.

Een derde actie is om meerdere personen in te schakelen voor een herbeoordeling, een panel. Dat is om juist de eerder besproken fenomenen als waarnemervariatie en/of het onzekerheidskarakter van diagnostiek de kans te geven zich te openbaren. Belangrijk is dat deze beoordelaars geheel zelfstandig hun werk doen en niet met elkaar overleggen. Het is evenmin de bedoeling dat ze ten slotte gezamenlijk tot een oordeel komen. Juist het feit of ze wel of niet tot dezelfde conclusie komen is hier immers van betekenis.

De herbeoordelaars kunnen later op de hoogte gebracht worden waarover het probleem ging en terugkoppelen wat hun onderzoek van de indexcasus heeft opgeleverd en welke conclusies daaraan zijn verbonden.

De laatste stap is dat de resultaten worden gerapporteerd aan de intermediair, die dan de resultaten van de indexcasus eruit haalt, vergelijkt en rapporteert. De tussenpersoon meldt niet alleen de uitkomsten van deze objectiverende herbeoordeling maar onderzoekt de kwestie breder.

Een herbeoordeling zonder die bredere oriëntatie is bevestigend. De klinische context en de achtergrondkennis over de onderhavige problematiek worden erbij betrokken. Hoe wordt zo'n breder onderzoek opgezet?

5. Juiste werkwijze van onderzoek

5.1. De doelstellingen van het onderzoek

Een goede analyse van incidenten of calamiteiten is zowel breed als diepgaand en daarvoor is een beproefd methodologisch kader nodig, dat uit verschillende stappen bestaat.³⁴ De aansprakelijkheidsprocedure kent twee met elkaar samenhangende maar tegelijk verschillende doeleinden, die elk hun eigen aanpak vragen. De doelstelling van de *procedure* is juridisch van aard en relatief simpel: het beantwoorden van de schuldvraag. Dat behelst civielrechtelijk onderzoek naar het trias normschending, schade en het causaal verband tussen deze twee. Bij het tuchtrecht staat de normschending centraal ex art. 47 lid 1 wet BIG. Een klacht of claim mag niet op onjuiste gronden worden toe- of afgewezen, het principe van fair trial. Het realiseren van de juridische doelstelling vraagt een juridisch normatief kader.

De doelstelling van het *deskundigenonderzoek* is het vinden van de juiste causale verklaring voor de onderhavige kwestie en dat is ingewikkelder. Centraal staan vragen, die beginnen met het woordje 'waardoor': waardoor werd hier preoperatief de diagnose longkanker gesteld (casus 1), waardoor ontstond er hersenschade bij dit kind (casus 2) en waardoor was het stellen van de diagnose syndroom van Cushing bij deze mevrouw zo lastig (casus 3)? Dat zijn steeds open vragen en dus wezenlijk anders dan de gesloten schuldvraag. Deze bestudering is ingewikkelder en veelomvattender. Het realiseren van het deskundigenonderzoek vraagt een kentheoretisch (= epistemisch) normatief kader.

Als het deskundigenonderzoek enkel geleid zou worden door de opdracht of de arts in juridische zin fout gehandeld heeft, dan werpt die vraag haar schaduwen vooruit. Dan richt het onderzoek zich alleen op het handelen van die arts en dat wordt dan niet in een breder perspectief geplaatst. Er wordt dan selectief gezocht naar wat er kennelijk fout is gegaan met het gevaar van bevestigingsbias. Als informatiebronnen voor het onderzoek dienen het patiëntendossier en de daaraan gekoppelde archiefstukken van de röntgenfoto's, registraties of microscopische preparaten, zoals vermeld bij de drie casussen in dit verhaal. Daarnaast is ook onderzoek van de al genoemde context

32 Zie bijvoorbeeld A.P.A. Broeders, 'De blinde onderzoeker', *TREMA* 2009, 237-243 en C.T. Robertson & A.S. Kesselheim, *Blinding as a solution to bias*, Amsterdam: Academic Press, 2016.

33 Zie C.T. Robertson, 'Blind expertise', *NYUL Rev.*, 2010 vol. 85, p. 201 e.v.

34 Zie over het belang van methodologie bij het doen van onderzoek: P.J.M. Verschuren, *De probleemstelling voor een onderzoek*, (14e druk) Houten: Het Spectrum, 2011 en P.J.M. Verschuren, *Kernthema's in de methodologie. Op weg naar beter onderzoek*, Amsterdam: Amsterdam University Press, 2017.



waarbinnen het handelen zich afspeelde van groot belang en dat wordt vaak vergeten: het is een belangrijke zo niet de belangrijkste bepalende causale factor.³⁵

Ten slotte is ook achtergrondinformatie broodnodig: wat is er uit eerder onderzoek bekend over dit probleem? Wat weten we over de epidemiologie (onder andere: hoe vaak komt het voor?) en de etiologie (waardoor wordt het veroorzaakt?) van dit soort misslagen? Zijn fouten wel te voorkomen?

Waar die methodologie, met name het epistemische kader, vooral tegen willen beschermen, zijn de verschillende cognitieve valkuilen waarin de onderzoeker kan belanden, met name de bevestigings- en outcome bias.³⁶

5.2. Wie doet dit onderzoek?

Wanneer iemand de maat genomen moet worden, dient de maatstaf realistisch te zijn. De maatmens is een redelijk bekwaam vakgenoot die behulpzaam is bij het invullen en tegelijk ook begrenzen van de professionele standaard.³⁷ Maar wat houden die termen ‘redelijk’ en ‘bekwaam’ in hun combinatie nu in? De aanduiding ‘redelijk’ geeft aan dat de deskundige beschikt over kennis en ervaring die passend is bij de situatie waarin de gedaagde werkzaam is. Voor de in een gewoon ziekenhuis werkzame specialist mag de maatmens bijvoorbeeld geen hoogleraar zijn, noch een pas beginnende specialist. Een specialist op een bepaald vakgebied is evenmin een geschikte maat voor een huisarts.³⁸ In de praktijk lijkt er echter toch zoiets als een *hooglerarenbias* te bestaan: veel deskundigen (zie ook casus 3) worden uit die kring gerekruteerd – en ze blijken dan ook nogal eens met emeritaat te zijn.³⁹

En wat behelst de term ‘bekwaam’? Een recente gedragscode stelt: ‘De deskundige verricht zijn werkzaamheden binnen de grenzen van zijn deskundigheid.’⁴⁰ Met die deskundigheid wordt vanzelfsprekend in de eerste plaats de professionele bekwaamheid bedoeld. Maar dat is niet genoeg want het onderzoeken van incidenten of

calamiteiten vraagt specifieke bekwaamheden waarin de onderzoeker dient te zijn getraind.⁴¹ Dat zal zeker gelden voor de intermediair, die het onderzoek organiseert en het rapport concipieert. Voor degenen die enkel de herbeoordeling uitvoeren, is dit minder relevant. Wat is de juiste wijze van het opnieuw beoordelen?

6. Voorbeeld: panelherbeoordeling bij vermeende fouten in klinische pathologie

6.1. Werkwijze

Bij casus 1 stelt de eiser dat de klinisch-patholoog een fout heeft gemaakt.⁴² Immers, de oorspronkelijk gestelde PA-diagnose, een microscopisch celbeeld passend bij longkanker, wijkt af van de bevindingen van het onderzoek van de operatief verwijderde long, geen kwaadaardige tumor te vinden. De aansprakelijkstelling van de patholoog werd mede gebaseerd op het oordeel van een vakgenoot die, met kennis van de afloop, de preparaten opnieuw onderzocht en tot de conclusie kwam dat er weliswaar afwijkende cellen waren te zien maar niet diagnostisch voor maligniteit. Tegen deze wijze van herbeoordelen werd ernstig bezwaar gemaakt, mede om de hierboven besproken redenen, en er werd om een onderzoek volgens protocol gevraagd. De richtlijn hiervoor was in 1999 opgesteld door de juridische commissie van de Nederlandse Vereniging voor Pathologie (NVVP) en die is gaandeweg aangescherpt.⁴³ In principe wordt steeds een onafhankelijk onderzoek gedaan op verzoek van beide partijen en dat mondt uit in volledige deskundigenrapportage. Deze binnen de NVVP geaccordeerde richtlijn bestaat uit de volgende twaalf stappen:

1. De aansprakelijkheidskwestie, meestal nog in buitengerechtelijke fase, wordt door de gedaagde patholoog aangemeld bij de juridische commissie van de NVVP (hierna: JC).

35 Zie P. Croskerry, ‘Context is everything or how could I have been that stupid?’, *Healthcare Quarterly* 2009 vol. 12, e171-176. Het belang van contextualisatie van de oorzaak beschrijft J. Reiss, ‘Contextualising causation Part II’, *Philosophy Compass* 2013 vol. 8, p. 1076-1090.

36 Voor uitgebreide beschrijving van al deze methodologische aspecten zie R.W.M. Giard, *Werken aan waarheidsvinding. Over het belang van de juiste onderzoeksmethoden in het aansprakelijkheidsrecht*, Den Haag: Boom Juridisch 2016.

37 Formulering ontleend aan HR 9 november 1990, NJ 1991/26 (Speeckaert/Gradener), r.o. 2.1. Zie verder daarover Wijne [noot 8], par. 4.2.1.4., p. 205 e.v.

38 In het Speeckaert/Gradener arrest wordt gesteld (r.o. 2.1): ‘Het gaat er bij de aansprakelijkheid van de orthopedisch chirurg Speeckaert voor zijn medisch handelen om of hij heeft gehandeld met de zorgvuldigheid van een redelijk bekwaam en/of redelijk handelend in de perifere praktijk werkzame orthopedisch chirurg.’

39 Zie R.W.M. Giard, ‘Onder professoren’, *Expertise en Recht* 2011 nr. 5, p. 177-178.

40 Zie artikel 9 van de *Gedragscode voor gerechtelijk deskundigen bij de Afdeling bestuursrechtspraak*, Staatscourant 2018 nr. 6861, 12 februari 2018.

41 Zie voor theorie en praktijk van dit type onderzoek D.D. Woods et al., *Behind human error*, Farnham: Ashgate Publishing Ltd, 2010; F. Mertens et al. (red.), *Methodische aspecten van het onderzoek naar ongevallen*, Delft: Eburon, 2012; S. Dekker, *The field guide to understanding ‘human error’*, Farnham: Ashgate Publishing Ltd, 2014; B. Strauch, *Investigating human error*, New York: CRC Press, 2017 en R.W.M. Giard 2016 [zie noot 36].

42 Klinische pathologie is een medisch specialisme, waarbij de patholoog een diagnose moet stellen door microscopisch onderzoek van preparaten van cel- of weefselmateriaal dat afgenomen werd bij een patiënt.

43 R.W.M. Giard & J.M. Broekman, ‘Naar een objectieve herbeoordelingsprocedure bij een mogelijke diagnostische dwaling’, *NTvG* 2000, vol.144(12), p. 566-571 en R.W.M. Giard, ‘When is the practice of pathology malpractice?’, *Journal of Clinical Pathology* 2010 vol. 63, p. 957-961 en zie voorts: <https://bit.ly/2B35x2A>.

2. Wanneer om een herbeoordelingsprocedure gevraagd wordt, voert de JC die als regel alleen uit als onderdeel van een alomvattend deskundigenonderzoek waar beide partijen tevoren hun goedkeuring dienen te geven.
3. De JC wijst uit haar midden een tussenpersoon aan die de herbeoordelingsprocedure en het bredere onderzoek in gang gaat zetten en verder uitvoert.
4. Die tussenpersoon vraagt de gedaagde patholoog om toezending van alle bescheiden inzake deze kwestie, inclusief de microscopische preparaten die herbeoordeeld moeten gaan worden.
5. Naast deze preparaten van de indexcasus stelt de tussenpersoon een set microscopische preparaten samen met uit het archief gehaalde vergelijkbare diagnostische problemen van tenminste vijf verschillende patiënten. Die set wordt aan de herbeoordelaars aangeleverd met de oorspronkelijke gegevens, zoals bij die casus vermeld waren op het aanvraagformulier voor het onderzoek destijds. Alles is dan geanonimiseerd qua patiënten- en laboratoriumgegevens, dus alleen 'casus 1', 'casus 2' etc.
6. De tussenpersoon benadert tenminste vijf redelijk bewaarde en in de praktijk werkzame pathologen met voldoende ervaring. Die mogen op geen enkele wijze direct of indirect bij het probleem of de gedaagde persoon in kwestie betrokken zijn. Hen wordt verzocht om de set coupes te willen beoordelen zoals gangbaar in de dagelijkse praktijk. Bij al de casussen geven ze hun diagnose, eventueel voorzien van een advies voor gewenste aanvullende diagnostiek (bijvoorbeeld speciale kleuringen). Ze zijn vooraf niet geïnformeerd over de aard van het probleem dat aan de JC is voorgelegd. Door de anonimisering en het verzwijgen door de tussenpersoon van de reden van de herbeoordeling weten ze ook niet om welk soort probleem en om welke casus het in deze set eigenlijk gaat.
7. De beoordeling door de respectievelijke pathologen geschiedt individueel en nooit collectief; er mag ook geen onderling overleg plaatsvinden en er wordt géén consensusdiagnose beoogd.
8. De pathologen zenden hun uitkomsten naar de tussenpersoon; die verzamelt de uitkomsten van de indexcasus en vergelijkt die onderling.
9. De tussenpersoon onderzoekt ondertussen de klinische situatie, waarbinnen deze te beoordelen gebeurtenis voltrok (klinische context), hij beoordeelt de werkwijze waarop de PA-diagnostiek heeft plaatsgevonden, waar mogelijk aan de hand van bestaande protocollen (werkprocestoetsing) en zoekt naar relevante achtergrondinfor-

matie in de wetenschappelijke literatuur over het betreffende probleem (de wetenschappelijke context).

10. De tussenpersoon stelt de conceptrapportage op waarin de feiten worden gemeld met daarbij de uitkomsten van het onderzoek van de procestoetsing, de klinische context, de wetenschappelijke context en de uitkomsttoetsing aan de hand van de herbeoordeling.

11. Deze conceptrapportage wordt besproken binnen de JC en daarna in het kader van hoor en wederhoor aan betrokken partijen voorgelegd.

12. Als de definitieve rapportage klaar is, wordt deze aan beide procespartijen toegezonden en eventueel aan de rechtbank in geval van opdracht voor deskundigenonderzoek door de rechter.

Bij een dergelijke protocollaire herbeoordeling bij een buitengerechtelijke afhandeling werd het celmateriaal van casus 1 eerst gezien door vijf cytologisch analisten, die unaniem tot de zekere diagnose kanker kwamen.⁴⁴ Herbeoordeling vervolgens door vijf pathologen leverde als resultaat dat voor vier van de vijf met zekerheid de diagnose kanker vaststond en één patholoog concludeerde dat het celbeeld zeer verdacht was voor kanker. Dat resultaat staat dus lijnrecht tegenover de herbeoordeling met 'voorkennis' van de werkelijke einddiagnose, waarbij het celbeeld als goedaardig werd geïdentificeerd. Bij dit zo dicht mogelijk nabootsen van de beoordelingssituatie zien we dat er dus geen sprake was van misclassificatie die aan onzorgvuldigheid zou kunnen worden geweten. De fout is hier dus inherent aan de diagnostische methode.

Een dergelijke objectieve benadering is ook mogelijk voor herbeoordelingen van andere objecten. Anders dan een overzichtelijke set coupes bij de pathologie is bij radiodiagnostiek een praktisch probleem dat van sommige onderzoeken, zoals een CT-scan waarbij van één patiënt tientallen seriële opnames worden gemaakt om bijvoorbeeld de borst- en/of buikholte volledig te onderzoeken, er dus vele opnames moeten worden herbeoordeeld en dat dan ook nog eens van andere patiënten.⁴⁵

6.2. Ervaring met objectiverende herbeoordeling

Sinds 2000 wordt het bovenbeschreven NVVP-protocol gehanteerd en is grotendeels toegepast bij de buitengerechtelijke geschilbeslechting maar heeft ook de weg naar de rechtspraak gevonden.⁴⁶ Inmiddels is er ruime

44 Bij celdiagnostiek (= cytologische diagnostiek) wordt het ontvangen diagnostisch materiaal door analisten bewerkt tot microscopische preparaten, die eerst door hen beoordeeld worden en daarna door de patholoog voor de definitieve diagnose.

45 Zie over de specifieke problemen bij herbeoordeling van radiodiagnostiek A.F. Fotenos et al., 'Unbiased review of digital diagnostic images in practice: informatics prototype and pilot study', *Academic Radiology* 2013 vol. 20, p. 238-242 en D.J. Durand et al., 'Expert witness blinding strategies to mitigate bias in radiology malpractice cases: a comprehensive review of the literature', *Journal of the American College of Radiology* 2014 vol. 11, p. 868-873.

46 Zie de deelgeschilprocedure Rechtbank Rotterdam 24 november 2015, **ECLI:NL:RBROT:2015:8640**. In deze beschikking valt goed te lezen hoe de brede beoordeling heeft plaatsgevonden (r.o. 2.6).

ervaring mee opgedaan en de resultaten daarvan worden weergegeven in de tabel.

Tabel: uitkomsten geobjectiveerde herbeoordelingen 2000 – 2017

Uitkomst	Aantal	Procent
1. Unaniem <i>dezelfde</i> diagnose als de oorspronkelijke	21	20%
2. Unaniem <i>andere</i> diagnose als de oorspronkelijke	69	64%
3. Geen unanimititeit verkregen	17	16%
Totaal	107	100%

Deze tabel laat zien dat in bijna twee-derde van de gevallen de gedaagde patholoog in het ongelijk werd gesteld. Was er unanimititeit over de onjuistheid van de eerste diagnose, dan werd in het oordeel de procestoetsing, de contextuele informatie en de achtergrondkennis betrokken, maar dat leverde uiteindelijk meestal een negatief oordeel over het handelen van de betreffende patholoog op.

Wanneer unaniem dezelfde diagnose bij herbeoordeling werd gesteld als bij de eerste, werd door de JC geconcludeerd dat de betreffende patholoog niet toerekenbaar onzorgvuldig was geweest. Bestond er geen unanimititeit, dan maakte dat in ieder geval duidelijk dat redelijk bekwame pathologen in de betreffende diagnostische situatie tot verschillende oordelen konden komen. Die gemengde uitkomst kwam met name bij de beoordeling van kwaadaardige moedervlekken (maligne melanoom) nogal eens voor.⁴⁷

Hoe er over deze gemengde categorie uitslagen uiteindelijk werd beslist, is grotendeels onbekend. Omdat dit zich overwegend buitengerechtelijk afspeelt, is het lastig te overzien hoe de JC-rapportages uiteindelijk werden gewaardeerd en hoe al deze kwesties tot slot door de schadeverzekeraar werden afgehandeld. Daarover worden door die verzekeraars naar buiten toe weinig of geen mededeling gedaan.

7. Conclusies

Het gevaar van het zo maar voor de vuist weg herbeoordelen van registraties, radiodiagnostiek, microscopische preparaten of wat dan ook, zonder dat er voorzorgsmaatregelen genomen worden, is dat dit geen recht doet aan

de oorspronkelijke beoordelingssituatie en daarmee een opgeschroefde zorgvuldigheidsnorm wordt gecreëerd. Immers, als de herbeoordelaar weet heeft waarom er opnieuw geoordeeld moet worden, kijkt deze anders – aandachtiger – en weet bovendien waarnaar er gezocht moet worden. Als die zo tot een andere en achteraf bezien juiste conclusie komt, wordt daarmee de onjuistheid van het oorspronkelijke oordeel aangetoond en kan dat vervolgens ook als fout in juridische zin worden geïnterpreteerd.

De herbeoordelaar moet alle informatie over het waarom van het hernieuwde onderzoek worden onthouden – blindering is het motto. Een probaat middel daarbij is het inschakelen van een tussenpersoon, die het directe contact tussen aanvragers en uitvoerders verhindert.

Een tweede aspect is dat de uitvoering van de hernieuwde beoordeling volgens de juiste methode dient plaats te vinden. Dat vereist dus blindering voor de gegevens die beschikbaar kwamen nadat het eerste onderzoek was uitgevoerd en tegelijk het beoordelen van meerdere soortgelijke gevallen door meerdere herbeoordelaars. Dat maakt zo'n objectiverende herbeoordeling weliswaar tijdrovend maar het is de enige manier om bias zoveel als mogelijk is buiten te sluiten, het realiseren van de eis van een fair trial.

Een objectiverende herbeoordeling mag nooit het enige onderzoek zijn bij een geschil over een beweerdelijke diagnostische fout. Een dergelijke gebeurtenis vraagt om een bredere en diepgaandere verkenning van de feiten en omstandigheden van het geval in samenhang met de empirische kennis die er reeds over het voorkomen en de oorzaken van dit probleem bestaat. De intermediair is ook hier bij voorkeur degene die alles uitvoert, onderzoekt en rapporteert.

Hoe moet de juridische beslisser een afwijkende uitkomst bij een methodisch juist uitgevoerde herbeoordeling nu waarderen? Kan die 'misser' dan alleen maar het gevolg zijn van nalatigheid van de arts, die beter had moeten weten en presteren? Aangezien het missen van diagnoses geen incidenteel maar een structureel probleem is: wanneer is dit het gevolg van een verwijtbare verkeerde mentale instelling en wanneer van domme pech?⁴⁸ Hier ligt een taak voor de medisch-wetenschappelijke verenigingen om daarover meer duidelijkheid te verschaffen want die ontbreekt nog te vaak.⁴⁹

47 Zie R.W.M. Giard & J.M. Broekman, 'Gemist maligne melanoom, juridisch bezien', *NTvG* vol. 153, A1237.

48 Vergelijk in het strafrecht de *mens rea*.

49 R.W.M. Giard, 'Wie zijn er betrokken bij en verantwoordelijk voor de deugdelijkheid van een deskundigenrapport?', *Ars Aequi* 2018 nr. 3, p. 216-220.