

## Medisch-juridische missers

Met hun artikel *'Medische aansprakelijkheid: de rol van de dokter als deskundige'* in *NJB* 2003/12/p. 610, scharen R.W.M. Giard en C.J.J.M. Stolker zich in een rij van schrijvers en onderzoekscommissies die zich bezighouden met de rol van de medicus als deskundige in de letselschadep praktijk. De teller van het aantal commissies dat de medisch deskundige tot onderwerp van onderzoek heeft gekozen staat voorlopig op drie.<sup>1</sup> Het aantal artikelen is niet meer op één hand te tellen. De meeste worden door Giard en Stolker genoemd.<sup>2</sup>

Het is niet verwonderlijk dat de positie van de medisch deskundige in het medisch aansprakelijkheidsrecht aandacht trekt. Om te kunnen beoordelen of het ongewenste resultaat van een medische behandeling het gevolg is van een niet vermijdbare complicatie, – die buiten het medisch aansprakelijkheidsrecht een ongelukkige samenloop van omstandigheden genoemd zou worden – of aan een toerekenbare tekortkoming van de arts, is inschakeling van een medisch deskundige veelal onmisbaar. Aan zijn oordeel ontleent de rechter de argumenten om een schadevergoedingsvordering tegen een arts en/of het ziekenhuis te beoordelen. Het medisch deskundigenbericht is dan ook niet zelden van doorslaggevende betekenis voor het resultaat van de procedure. Weliswaar heeft de arts daarin een dienende rol: het is zijn taak om een kennislacune van de juristen aan te vullen. Maar het gewicht van die taak kan nauwelijks worden onderschat en vraagt om een voortdurend kritische houding ten aanzien van de invloed van de medisch

deskundige op de juridische oordeelsvorming. Giard en Stolker plaatsen de nodige kanttekeningen bij de rol van de arts in een medische aansprakelijkheidszaak en verdienen daarom waardering. Het artikel is bovendien geschreven vanuit het gecombineerde perspectief van de arts en jurist, wat een bijdrage levert aan de toenadering van deze zo verschillende disciplines. Ik laat niet onvermeld dat de arts Giard zich ook al op eigen kracht heeft uitgelaten over juridische aspecten van het medisch aansprakelijkheidsrecht.<sup>3</sup>

Minder enthousiast ben ik over de juridische fundering van de stelling van Giard en Stolker in paragraaf 3.1 van hun artikel dat de in een medische aansprakelijkheidszaak ingeschakelde medisch deskundige de professionele standaard kan opdrijven. Mijn bezwaar is tweeledig:

1. Giard en Stolker lijken het normatieve karakter van de zorgvuldigheidstoets van het medisch aansprakelijkheidsrecht te miskennen waar zij stellen: *'De deskundige kan de norm van de redelijk handelende en redelijk bekwame arts door verschillende factoren opdrijven. Alleen al de opdracht binnen een juridische context brengt met zich mee dat de expert geneigd is te formuleren wat er in een dergelijke situatie zou dienen te gebeuren, in plaats van wat er meestal in de praktijk gangbaar is.'*

Giard en Stolker menen toch niet serieus dat de gebruikelijke praktijk het ijkpunt is voor de juridi-

1. Studiekring Deskundigen en Rechtspleging (Universiteit van Leiden), Interdisciplinaire werkgroep Medisch Deskundigen (Vrije Universiteit en Universiteit van Amsterdam) en de Commissie Medisch Deskundigen (Vereniging LSA, inmiddels uitgebreid met PIV, GAV en rechterlijke macht).

2. Vermeldenswaard is ook nog L.W. Louwerse: 'Bewijs door medisch deskundigen: Is het proces wel van partijen?', *TvP* 1999, p. 49-53.

3. Zie R.W.M. Giard, 'De deskundige en de rechter bij aansprakelijkheid voor schade door medische fouten', *TvG* 2001, nr. 4, p. 245-246 en 'De aansprakelijkheid voor vermeende diagnostische fouten bij bevolkingsonderzoek. Het profijt van meer samenwerking tussen artsen en juristen voor samenleving en de rechtspleging', *NJB* 2001, p. 751-757.

4. Zie Th. Vansweevelt, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Maklu 1997, p. 149; 'Het referentietype van de 'zorgvuldige en omzichtige arts van dezelfde categorie, geplaatst in dezelfde externe omstandig-

sche beoordeling van de aansprakelijkheid van de arts? Daarin staat immers centraal of de gevolgde behandeling in de concrete casus beantwoordt aan de normatieve standaard van de redelijk handelende en redelijk bekwaame vakgenoot, niet wat bij een bepaalde medische ingreep gebruikelijk is.<sup>4</sup>

In het medisch aansprakelijkheidsrecht komen de schadelijke gevolgen van een geldende praktijk voor rekening van de arts, als vast komt te staan dat de arts daarmee meer risico's heeft genomen dan onder de gegeven omstandigheden redelijkerwijs verantwoord was. Bij die juridische beoordeling kan de nogal abstracte toetssteen van de redelijk handelende en redelijk bekwaame vakgenoot onder gelijke omstandigheden, aan de hand van de Kelderluikcriteria nader worden geconcretiseerd.<sup>5</sup>

Het is aan de medisch deskundige om voorlichting te geven over de wijze(n) waarop het medisch probleem dat aan het geschil ten grondslag ligt, behandeld wordt én kan worden. Daarbij dient hij inzicht te geven in de gebruikelijke methode en antwoord te geven op de vraag of minder risicovolle behandelmethode voorhanden zijn. Aan de hand van die informatie kan het medisch optreden in de concrete casus aan de juridische zorgvuldigheidsnorm worden getoetst.

Het is overigens de vraag of het altijd mogelijk is om een professionele standaard te formuleren in die gevallen waarin binnen de geneeskunde geen geformaliseerde consensus bestaat. Het lijkt er op dat tien deskundigen van dezelfde discipline dan even zoveel professionele standaarden zullen formuleren. De medisch deskundige zou de juridische oordeelsvorming een grote dienst bewijzen door naast zijn opvatting over de professionele standaard ook de opvattingen van andersdenkenden en de argumenten die zij aan hun professionele standaard ten grondslag leggen te bespreken. De rechter is dan in staat in de concrete casus het optreden van de arts in zo breed mogelijk perspectief te plaatsen en vervolgens te beoordelen of de arts anders had kunnen en moeten handelen dan hij heeft gedaan.

Ik meen dat een hoogleraar, die bij voorkeur met beide benen in de praktijk staat, tot een dergelijke genuanceerde voorlichting over de professionele standaard in staat moet worden geacht, meer dan de arts die in de periferie werkzaam is. Een eerlijke beoordeling is er mee gediend dat de deskundige onder zijn beroepsgenoten in de positie verkeert dat hij een kritisch en gezaghebbend oordeel kan uitspreken. Tegen die achtergrond verdient de hoogleraar de voorkeur. Een hoogleraar beschikt in het algemeen nu eenmaal over meer autoriteit dan een in de periferie werkzame arts. Overigens bevestigen uitzonderingen ook deze regel.

Dat brengt mij op mijn tweede bezwaar tegen het door Giard en Stolker gesignaleerde gevaar van opdrijving van de zorgvuldigheidsnorm.

2. In medisch aansprakelijkheidszaken wordt regelmatig gediscussieerd over de vraag of de casus dient te worden beoordeeld door een hoogleraar of door een arts uit de periferie. De rechtbank Rotterdam heeft in haar beschikking van 6 maart 2001 zich ten faveure van de hoogleraar uitgesproken: *'Voorzover die vrees is gebaseerd op de verwachting dat chirurgen met een academische achtergrond de behandeling op een andere wijze zullen beoordelen dan chirurgen werkzaam in de perifere ziekenhuizen, kan de rechtbank X daarin niet volgen, nu aangenomen moet worden dat de professionele standaarden universeel zijn en van een hoogleraar die te-*

*vens in een chirurgische praktijk werkzaam is verwacht mag worden dat hij bij uitstek kan beoordelen wat de professionele standaard is.'*<sup>6</sup>

Zoals gezegd ben ik dezelfde opvatting toegedaan. De eerlijkheid gebiedt mij wel te zeggen dat ik dit standpunt in de betreffende procedure voor de rechtbank in Rotterdam heb bepleit.

Naar mijn weten heeft ons hoogste rechtscollege zich nooit uitgelaten over dit geschilpunt. Het veraste mij dan ook te lezen dat de Hoge Raad volgens Giard en Stolker in zijn arrest van 9 november 1990<sup>7</sup> heeft besloten dat de medisch deskundige in een medische aansprakelijkheidszaak een in de periferie werkzame arts zou moeten zijn. Ik ken de uitspraak van de Hoge Raad in de zaak Speeckaert/Gradener slechts als het arrest waarin de zorgvuldigheidsmaatstaf voor het medisch handelen voor de eerste maal is geformuleerd.

Giard en Stolker zeggen het zo: *'Omdat duidelijk is dat de keuze van de specialist van invloed is op de te stellen norm, stelde de Hoge Raad (zie noot 21) dan ook dat het om een in de periferie (d.w.z. niet-universitair ziekenhuis) werkzame specialist moet gaan; hoe groot de neiging ook is om die medicus te vragen aan wie voortreffelijkheid in het vak wordt toegeschreven.'*

Nadere bestudering van het arrest leert dat deze stelling onjuist is. In noot 21 van het artikel wordt verwezen naar rechtsoverweging 2.1 van het arrest in de zaak Speeckaert/Gradener. De in de Nederlandse Jurisprudentie gepubliceerde versie van dat arrest blijkt echter geen rechtsoverweging 2.1 te bevatten. Wel wordt in het cassatiemiddel onder 2.1 het oordeel van de drie door rechtbank en hof geraadpleegde hoogleraren over het optreden van de aangesproken arts als niet maatgevend bestreden.

De ervaring leert dat cassatiemiddelen zelden door de Hoge Raad worden gehonoreerd. Zo ook in de zaak Speeckaert/Gradener. In rechtsoverweging 3.7 bespreekt de Hoge Raad het tweede onderdeel van het cassatiemiddel. De Hoge Raad heeft niet veel woorden nodig om dat onderdeel te verwerven: *'Voorzover het onderdeel ervan uitgaat dat het Hof de kennis en kunde van de drie tot deskundigen benoemde hoogleraren maatgevend heeft geoordeeld, mist het feitelijke grondslag.'*

De wens lijkt hier de vader van de gedachte te zijn. Anders dan door Giard en Stolker wordt beweerd heeft de Hoge Raad zich dus *niet* heeft uitgesproken over de vraag welke medicus als deskundige in een medische aansprakelijkheidszaak de voorkeur verdient: de hooggeleerde of de perifere arts. Met die constatering ontvalt de juridische basis aan de stelling van Giard en Stolker dat de medisch deskundige in een medische aansprakelijkheidszaak de zorgvuldigheidsnorm kan opdrijven.

Tot slot merk ik op dat naar mijn ervaring artsen in een medische aansprakelijkheidszaak het optreden van een vakgenoot in de meerderheid van de gevallen genuanceerd en terughoudend beoordelen. Zij blijken niet snel bereid de lat hoog te leggen en daarmee een vakgenoot af te vallen die toch zo zijn best heeft gedaan. Hoe de deskundige de patiënt zelf zou hebben behandeld, gecombineerd met het besef dat hij een dergelijke fout ook had kunnen maken, lijkt in het medisch deskundigenoordeel vaak de leidende gedachte. Die benadering leidt in het algemeen niet tot opdrijving van de professionele standaard. ■

Marco Zwagerman  
(advocaat te Amsterdam)

heden' is een *normatief* criterium. Dit betekent dat de arts niet louter de zorgvuldigheid dient in acht te nemen die *gebruikelijk* is bij artsen behorende tot dezelfde categorie, maar dat hij dié zorgvuldigheid aan de dag moet leggen die van een soortgelijke arts, geplaatst in dezelfde omstandigheden kan worden verwacht. De rechter moet zich m.a.w. afvragen wat een zelfde arts in gelijke omstandigheden *behoorde te doen*' en B. Sluyters, *De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis*, 1984, p. 38-39.

5. Zie bijvoorbeeld Hof Amsterdam 18 december 1997, VR 1998, 169.

6. *Nieuwsbrief Personenschade*, september 2001, p. 10-11.

7. NJ 1991, 26, Speeckaert/Gradener.