

*Rotterdam Institute of Private Law
Accepted Paper Series*

***Noot bij Gerechtshof
's-Hertogenbosch 20 juli 2010
LJN: BN2030***

R W M Giard

*Published in
Letsel & Schade 2010 nr.3 p. 27-33*

Waarom werd dit arrest gepubliceerd?

In het Pretto-arrest van het EHRM stellen de rechters dat het openbaar maken van beslissingen gedragen wordt door het volgende beginsel: 'to ensure scrutiny of the judiciary by the public with a view to safeguarding the right to a fair trial'.¹ Zo wordt buitenstaanders de gelegenheid gegeven om van het vonnis kennis te nemen en dit met een kritische blik te kunnen bezien.

Van de 1,7 miljoen rechterlijke beslissingen die jaarlijks in Nederland worden uitgesproken wordt maar een zeer klein deel gepubliceerd op de website rechtspraak.nl. Die uitspraken zijn geselecteerd omdat zij:²

- aandacht hebben getrokken in de publiciteit;
- van belang zijn voor het openbare leven;
- uitwerking kunnen hebben op de toepassing van wetten en regelingen;
- interesse van belangengroepen kunnen hebben;
- interesse van indirect belanghebbenden kunnen hebben (bewoners in wijk, dorp, stad of regio waar de kwestie speelt);
- interesse van de vakpers kunnen hebben, bijvoorbeeld doordat in die zaken:
 - a) voor het eerst een standpunt over een bepaald onderwerp wordt ingenomen;
 - b) voorgaande casuïstiek wordt samengevoegd tot één jurisprudentielijn, waaronder mede begrepen uitspraken waarin een motivering is opgenomen die tot voorbeeld kan dienen;
 - c) een bestaande jurisprudentielijn wordt verlaten;
 - d) een bestaande jurisprudentielijn wordt genuanceerd;
 - e) een bestaande jurisprudentielijn analoog wordt toegepast op andere gevallen;
 - f) de jurisprudentielijn tot andere gebieden of categorieën wordt uitgebreid;
 - g) het antwoord op een rechtsvraag op andere wijze wordt geformuleerd of gemotiveerd en omgekeerd bijzonderheden voorkomen in verband met de aard van de procedure, hetzij een bijzonder dictum heeft.

Bovenvermeld arrest van het 's-Hertogenbosche Hof zou voor huisartsen en deskundigen op het gebied van medische aansprakelijkheid wellicht interessant kunnen zijn. Maar als ik, geïnspireerd door het citaat uit het Pretto-arrest, nu eens zowel als aansprakelijkheidsjurist maar ook als arts eens over dit arrest wil reflecteren, lukt me dat dan aan de hand van deze tekst praktisch dan ook? Anders gesteld: aan welke voorwaarden wat betreft vorm en inhoud dient een gepubliceerde uitspraak te voldoen om kennis te nemen van de kwestie en de manier waarop die juridisch tegemoet werd getreden? Bij die vraag zal ik in deze annotatie stilstaan in relatie tot vragen die door dit arrest worden opgeroepen.

De casus

Het feitencomplex van deze casus wordt aan de lezer als een puzzel voorgeschoteld, nergens staat een duidelijke synopsis. De vraag is trouwens ook of alle puzzelstukjes wel in de tekst voorhanden zijn. Er wordt in het arrest verwezen naar eerdere vonnissen van de rechtbank en naar tussenarresten van het hof, maar die zijn niet via de rechtspraaksite opvraagbaar.

¹ EHRM 8 december 1983, Serie A. no 71.

² <http://www.rechtspraak.nl/Uitspraken/Selectiecriteria/>

Reconstruerend blijkt het te gaan om een 32 jaar oude allochtone vrouw die na een zwangerschap een knobbel in een van haar borsten bemerkt en daarom haar huisarts raadpleegt. Die stuurt patiënte door naar een radiodiagnostische afdeling alwaar een mammografie en een echografie worden gemaakt met als conclusie dat het een goedaardige tumor betreft, een adenofibroom. In rov. 12.2.2. wordt op een rommelige wijze de in het deskundigenbericht te volgen diagnostische controlebeleid weergegeven. Het was kennelijk de bedoeling om na enkele maanden patiënte opnieuw te controleren, maar op de uitnodiging daartoe reageerde zij niet en tijdens een later consult vanwege een probleem met haar kind werd zij door haar huisarts niet meer hieraan herinnerd. Er wordt in het arrest voorts gesproken over borstkanker, want de geraadpleegde deskundige huisarts meldt iets over de kans op borstkanker bij een vrouw van deze leeftijd. Het is dus aannemelijk dat in een latere fase (waarschijnlijk meer dan een jaar later) de tumor in tegenstelling tot eerdere berichten toch kwaadaardig bleek. De diagnose borstkanker werd dus in eerste instantie bij het radiodiagnostisch onderzoek gemist en door de communicatieproblemen werden de vervolgonderzoeken die de uiteindelijke juiste diagnose opleverden onnodig vertraagd. Het geschil gaat klaarblijkelijk vooral over de vraag wie verantwoordelijk is voor de falende contacten: is dat de huisarts of patiënte?

Probleemdefinitie

Het civiele recht schept steeds een eigen werkelijkheid die voortvloeit uit het in art. 149 Rv gestelde: "Tenzij uit de wet anders voortvloeit, mag de rechter slechts die feiten of rechten aan zijn beslissing ten grondslag leggen, die in het geding aan hem ter kennis zijn gekomen of zijn gesteld". Wat zijn de kwesties waarom het hierboven beschreven verhaal van deze vrouw draait en kregen die elk ook hun welverdiende juridische aandacht? Het juist aanpakken van een geschil start met het herkennen, definiëren en presenteren van de kwesties. Er blijkt in de eerste plaats sprake van een falende diagnostiek want de tumor wordt aanvankelijk als goedaardig geduid, terwijl die later kwaadaardig blijkt te zijn. Dat roept de normatieve vraag op hoe juist het diagnostische beleid bij deze vrouw is geweest. Het tweede vraagstuk is waarom de uiteindelijke diagnose werd vertraagd, blijkbaar door falende communicatie tussen huisarts en patiënte. Waardoor kwam dat en wie kan ervoor verantwoordelijk worden gehouden? Een derde en daarmee samenhangende vraag is welke schade de vrouw daarvan ondervond: is hier sprake van verlies van kans op een beter behandelingsresultaat? De laatste vraag is juridisch het meest van belang want zonder aanwijsbare schade geen schadevergoeding.³ Ik zal nu die eerste twee vragen becommentariëren.

Diagnostisch beleid bij een knobbel in de borst

Diagnostiek heeft steeds twee samenhangende maar essentieel verschillende doeleinden: een ziekte aantonen of een ziekte uitsluiten. Bij een vrouw met een knobbel in een van haar borsten is, gezien de kans – hoe klein ook – op een kwaadaardige tumor, het vooral zaak een kwaadaardige tumor met zoveel mogelijk zekerheid uit te sluiten.

³ Zie R.W.M. Giard, 'Medische aansprakelijkheid zoals het (niet) moet', *NTBR* 2009, nr. 31.

Gebleken is dat met een z.g. drieslagdiagnostiek ('triple diagnosis'), een combinatie van klinische beoordeling (voelen), radiodiagnostisch onderzoek (mammografie in combinatie met echografie) en microscopisch onderzoek van cel- of weefselmateriaal (pathologie) de kans op het missen van een kwaadaardige tumor minder dan 1% is; die benadering is dus voor het doel van uitsluiten van borstkanker het meest geëigend.

Bij onze patiënte werd geen drieslagdiagnostiek verricht maar uitsluitend röntgenonderzoek bedreven, er werd geen materiaal uit de knobbel voor microscopisch onderzoek genomen. Bij alleen een radiodiagnostische benadering wordt als 'veiligheidsklep' tegen het missen van kanker vaak het (echografische) onderzoek na tenminste 6 maanden herhaald om te zien of er wel of geen veranderingen van de afwijking zijn opgetreden. Op geleide van die bevindingen kan dan besloten worden het onderzoek uit te breiden met cel- of weefseldiagnostiek. Het uitsluitend verrichten van radiodiagnostisch onderzoek is dus onvoldoende geschikt voor het uitsluiten van borstkanker. In de richtlijn van de huisartsen staat dat een vrouw zich 3-6 maanden na de mammografie door de huisarts moet laten controleren.

Bij deze verhandeling over het aantonen dan wel voldoende zeker uitsluiten van borstkanker doemt ook een politiek getinte vraag met uiteindelijke een juridische dimensie op: is die diagnostiek geschikt voor de eerstelijnszorg of moet je dat liever aan een gespecialiseerde groep in een ziekenhuis ('mammacare') overlaten? De ervaring met borstkanker van de doorsnee huisarts is erg klein: die ziet gemiddeld circa 10 keer per jaar een vrouw met een borstknobbel en bij één daarvan blijkt dit borstkanker te zijn.⁴ Op mammapoli's, een al lang bestaand instituut, is daarentegen ruime ervaring met honderden vrouwen die daar per jaar komen voor het protocollair laten beoordelen en eventueel vervolgen van hun afwijking.

Deskundigenonderzoek

Hiervoor werd een hoogleraar huisartsengeneeskunde benoemd. De aan hem gestelde vragen worden niet expliciet vermeld, er wordt korthedshalve verwezen naar een (elektronisch ontoegankelijk) tussenarrest. Uit de korte weergave in het arrest (rov. 12.2.2) blijkt dat de deskundige enkele naar zijn mening relevante kansschattingen weergeeft. Wat is de betekenis daarvan? Juristen worden tijdens hun studie niet structureel onderwezen in het juist omgaan met kansrekening. Dat maakt het beoordelen van dergelijke getalsmatige argumenten lastig – zeker ook door de rechter.⁵ Allereerst wordt gesteld dat de mogelijkheid van borstkanker bij deze 32-jarige vrouw zeer laag is. Op zich klopt dat want volgens de landelijke kankerregistratie werd in 2008 de diagnose borstkanker bij 179 vrouwen in de leeftijdscategorie van 30 – 34 jaar gesteld.⁶ De absolute kans voor een vrouw om op die leeftijd borstkanker te krijgen is dus zeer laag. Het is te berekenen dat de gemiddelde huisarts maar eens in de 47 jaar een vrouw uit die leeftijdsgroep met borstkanker te zien krijgt.⁷ Maar dit is echter niet de kans waarin we geïnteresseerd zijn, we willen weten hoe groot de kans op borstkanker is bij een vrouw die zich meldt met een knobbel in haar borst. Het 'bezit' van zo'n knobbel impliceert dat de waarschijnlijkheid al veel hoger moet liggen,

⁴ T. Wiersma et al., 'Beknpte weergave van de standaard "Diagnostiek van mammacarcinoom (tweede herziening)" van het Nederlands Huisartsen Genootschap', *Ned Tijdschr Geneesk.* 2009;153:A154.

⁵ Zie W.H. van Boom & M.J. Borgers (red.), *De rekenende rechter. Van 'Iudex Non Calculat' naar actieve cijferaar?* Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.

⁶ http://www.ikcnet.nl/page.php?id=2902&nav_id=114.

⁷ Er zijn circa 8500 fulltime huisartsenwerkplaatsen in ons land.

maar dergelijke getallen zijn nauwelijks beschikbaar. Kunnen we de kwestie ook anders – eenvoudiger – benaderen? Het feit dat een vrouw een knobbel in een van haar borsten heeft, betekent simpelweg dat de door haar geconsulteerde hulpverlener bepaald moet worden of die afwijking hetzij goedaardig is, hetzij kwaadaardig. De kans dat de afwijking uiteindelijk goedaardig zal blijken te zijn is bij een 32-jarige natuurlijk veel groter dan de kans op kanker maar de laatstgenoemde waarschijnlijkheid is beslist geen 0%, maar kan in de orde zijn van 1 à 3% – dus beslist niet verwaarloosbaar klein.⁸ Ik stelde hierboven al dat, gezien het belang van tijdige behandeling van kanker, er bij deze 32-jarige vrouw een kwaadaardig gezwel met zo veel mogelijkheid zekerheid uitgesloten had moeten worden. Dat is hier niet gebeurd.⁹

Daar komt het feit nog bovenop dat een controle bij de huisarts en/of hernieuwd radiodiagnostisch onderzoek door communicatieproblemen niet tijdig hebben plaatsgevonden. Had de huisarts hier actiever moeten zijn? Is de boodschap, gezien de taalproblemen, niet goed overgekomen? En als ze wel naar de huisarts was gegaan, zou het dan wel tot een goede diagnose zijn gekomen?¹⁰ Maar is dit eigenlijk wel het hoofdprobleem of stuiten we hier in tweede instantie op omdat primair de diagnostiek had gefaald? De argumentatie in rov. 12.2.3. dat het in de huisartsengeneeskunde beslist geen regel is komt even defensief als gekunsteld over. Huisartsen staan toch dicht bij hun patiënten? Deze alinea in het arrest besluit met de zin “De professionele beoordeling van een en ander is, nogmaals, gerelateerd aan het risico dat de patiënt gaat lopen”. Die hoedanigheid werd verkeerd gepresenteerd en daardoor onjuist geïnterpreteerd.

Het arrest

Zoals al aangegeven vind ik dit arrest te summier. De casus wordt niet adequaat weergegeven, de aangevoerde grieven wat betreft principaal en incidenteel appel slecht terloops genoemd en bij de behandeling daarvan drukt het hof zich lapidair uit. Ook de motivatie is erg beknopt en men volgt daarbij vooral – klakkeloos? – de opinie van de deskundige. Zeker zonder de mogelijkheid de eerdere beslissingen in deze zaak te kunnen raadplegen, kan men eigenlijk geen goed beeld van deze casus krijgen. Met name de vraag of de wijze van diagnostiek wel voldoende normatieve aandacht heeft gekregen, is op grond van dit document niet goed te beantwoorden.

Conclusies

Als ik deze gepubliceerde uitspraak vanuit het al genoemde oogpunt van ‘scrutiny of the judiciary by the public’ bestudeer, rijzen er verschillende vragen. We hebben hier te maken met een jonge vrouw bij wie de diagnose borstkanker door falende diagnostiek en door falende communicatie bleek te zijn vertraagd. Haar boosheid daarover is beslist invoelbaar en zij vindt vast dat het anders kunnen en moeten gaan. Heeft haar advocaat deze zaak juist aangepakt en een goede probleemomschrijving gehanteerd? Heeft het rechtssysteem haar klacht vervolgens billijk behandeld? Werden er aan de deskundige de juiste vragen voorgelegd en heeft hij deze, gelet op de juridische context, juist behandeld?

⁸ A.S. Majid et al., ‘Missed breast carcinoma: pitfalls and pearls’, Radiographics 2003;23(4):881-95.

⁹ Een vergelijkbare casus waar slechts echografisch onderzoek was uitgevoerd bij een zwangere vrouw met een knobbel is te vinden in een vonnis van de rechtbank Rotterdam 15 februari 2010, LJN BL7560.

¹⁰ Zie hierover bijvoorbeeld Gemeensch. Hof van Justitie v.d. Ned. Antillen en Aruba, 25 november 2008 LJN BG7925.

We ontmoeten hier de dimensie van kwaliteitsborging van juridische dienstverlening. Elke stap in deze civiele keten is bepalend voor het eindresultaat en het realiseren van het doel van een 'fair trial'. In mijn visie dient ieder vonnis of arrest er blijk van te geven welke rechtsvragen er werden ingebracht, hoe het probleem vervolgens is aangepakt, op welke wijze het deskundigenrapport werd beoordeeld en hoe er door de rechters uiteindelijk gemotiveerd werd beslist. Rechters en artsen moeten adequaat een hen voorgeschoteld vraagstuk oplossen: en dat is steeds een door een mens ervaren probleem. Het is redelijk om te verlangen dat de gevonden oplossing voor het probleem helder en gemotiveerd wordt gecommuniceerd, niet alleen naar betrokkenen maar ook naar de 'buitenwereld'.

Om een kritische reflectie mogelijk te maken, dient iedere uitspraak dus aan minimumnormen qua vorm en inhoud te voldoen. Het onderhavige arrest scoort in mijn ogen op deze punten onvoldoende, zeker wanneer het van betekenis wordt geacht om op de website van rechtspraak.nl te worden gepubliceerd (zie de aan het begin opgesomde argumenten om dat te doen). Daarbij speelt ook dat eerdere uitspraken in deze zaak niet online kunnen worden geraadpleegd en er dus niet de noodzakelijke aanvullende informatie beschikbaar is. Als de juridische gemeenschap zich vaker wil en moet verantwoorden dan zal er meer aandacht dienen zijn voor het mogelijk maken van die toetsing, zowel in- als extern. De wijze waarop beslissingen digitaal beschikbaar worden gemaakt, speelt daarbij ook een rol en maakt dan deel uit van die bredere beleidsdiscussie.¹¹ Er valt nog veel te doen – en te verbeteren!

Raimond Giard is werkzaam als universitair hoofddocent aansprakelijkheidsrecht, afd. privaatrecht Erasmus School of Law, Erasmus Universiteit Rotterdam en als klinisch patholoog en klinisch epidemioloog bij het Maasstad Ziekenhuis te Rotterdam. Hij maakt deel uit van de redactie van L&S.

¹¹ Zie daarover M. van Opijnen, 'Rechtspraak en digitale rechtsbronnen: nieuwe kansen, nieuwe plichten', *Rechtstreeks* 2010, nr.