

VU Research Portal

De vraagstelling voor expertises in medische aansprakelijkheidszaken

Akkermans, A.J.; Hendrix, L.G.J.; Van, A.J.

published in

Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade
2009

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

document license

CC BY-NC

[Link to publication in VU Research Portal](#)

citation for published version (APA)

Akkermans, A. J., Hendrix, L. G. J., & Van, A. J. (2009). De vraagstelling voor expertises in medische aansprakelijkheidszaken. *Tijdschrift voor Vergoeding Personenschade*, 2009(3), 89-99.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

E-mail address:

vuresearchportal.ub@vu.nl

De vraagstelling voor expertises in medische aansprakelijkheidszaken

*Prof. mr. A.J. Akkermans, mevrouw mr. L.G.J. Hendrix en
mr. A.J. Van**

1. Inleiding

Zoals bekend heeft de Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging van de Vrije Universiteit in samenwerking met de Interdisciplinaire Werkgroep Medische Deskundigen (IWMD)¹ een studiemodel ontwikkeld voor de vraagstelling bij medische expertises over het causaal verband bij ongevallen.² Dit model is bekend geworden als 'de IWMD-vraagstelling' en heeft ruime navolging gekregen in de praktijk. Daardoor levert de vraagstelling aan de deskundige veel minder problemen op dan voorheen.³ Onlangs zag het concept van een nieuwe versie (maart 2009) het licht.⁴ Ook dit concept heeft al zijn weg naar de praktijk gevonden.⁵ Zoals haar benaming aangeeft, ziet deze vraagstelling op de situatie waarin vaststaat dat de benadeelde een ongeval is overkomen, maar waar ter discussie staat wat daarvan de gevolgen zijn.

Bij medische aansprakelijkheidszaken pleegt een andere kwestie voorop te staan, namelijk de vraag of de arts, of een andere medische beroepsbeoefenaar, een 'fout' heeft gemaakt bij de behan-

deling van een patiënt.⁶ Indien daarover discussie ontstaat, kan die in de regel niet zonder de inschakeling van een medisch deskundige worden beslecht. Deze expertises geven echter veelvuldig aanleiding tot verschil van inzicht tussen de betrokken partijen en tot moeizame en kostbare gerechtelijke geschillen. Een veelvoorkomend geschilpunt betreft de vraagstelling die aan de deskundige moet worden voorgelegd.

Deze kwestie heeft aan actualiteit gewonnen doordat in de literatuur bepaalde vraagstellingen aan de kaak zijn gesteld waardoor de dokter als het ware zou worden uitgenodigd om op de stoel van de rechter te gaan zitten.⁷ Al of niet in verband daarmee laten zich in de lagere rechtspraak inmiddels bepaalde ontwikkelingen in de gebruikte formuleringen ontwaren.⁸

Teneinde te bezien of de praktijk gebaat zou kunnen zijn met de ontwikkeling van iets soortgelijks als de IWMD-vraagstelling over causaal verband, heeft de Projectgroep een subgroep van de IWMD bijeengeroepen waarin over de vraagstelling bij medische aansprakelijkheid is gesproken.⁹ Een belangrijke voorvraag was of het überhaupt wel doenlijk is om een algemene vragenlijst te ontwikkelen in zaken waarin het meestal aankomt op voor de behandeling en het vakgebied van de aansprakelijk gestelde arts toegespitste vragen.

In deze bijdrage wordt het naar aanleiding van deze IWMD-bijeenkomsten ontwikkelde gedachtegoed over de vraagstelling in medische aansprakelijkheidszaken besproken. Van de ont-

* Prof. mr. A.J. Akkermans is hoogleraar privaatrecht en is verbonden aan het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht (IGER) van VU en VU medisch centrum en lid van de Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging. Mevrouw mr. L.G.J. Hendrix is docent/onderzoeker en is verbonden aan het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht (IGER) van VU en VU medisch centrum en lid van de Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging. Mr. A.J. Van is onderzoeker bij de afdeling privaatrecht van de Vrije Universiteit Amsterdam en is verbonden aan het Interfacultair samenwerkingsverband Gezondheid en Recht (IGER) van VU en VU medisch centrum en lid van de Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging.

1 Zie over deze samenwerking A.J. Akkermans, M.H. Elferink en A.J. Van, Verbetering van het medische traject. De activiteiten van de Projectgroep medische deskundigen in de rechtspleging en de IWMD, TVP 2005 p. 116-121.
2 A.J. Akkermans, Verbeterde vraagstelling voor medische expertises. Een inventarisatie van knelpunten, verbeteringen en mogelijke verdere aanpak, TVP 2003, p. 69-80.
3 Aldus de uitkomst van het onderzoek van W.C.T. Weterings, De (kosten van) afwikkeling van letselschadeclaims op macroniveau, in: De kosten van het geschil, Inleiding LSA symposium 2008, Den Haag: Sdu Uitgevers 2008, p. 133-157 (op p. 142-143).
4 A.J. Van, A.J. Akkermans & A. Wilken, Nieuwe versie IWMD vraagstelling causaal verband bij ongeval, TVP 2009, p. 33-40. De vraagstelling is te vinden op <www.rechten.vu.nl/iwmd> onder Projecten > Vraagstellingen > Vraagstelling causaal verband bij ongeval (versie maart 2009) CONCEPT.
5 Zie Rb. Arnhem 13 mei 2009, LJN BI6841.

6 De causaliteitsvraag speelt uiteraard ook, maar de daarvoor aangewezen vraagstelling wijkt in principe niet af van die bij ongevallen. Een praktisch verschil is wel dat veel vaker daadwerkelijk rekening zal moeten worden gehouden met pre-existente klachten. Dergelijke klachten zullen immers aanleiding zijn geweest voor de medische behandeling waarbij het (mogelijk) mis is gegaan.
7 B.P. Dekker & M. Hartman, 'Dan gaat de rechter op de stoel van de dokter zitten'. Over de vraagstelling en de rol van de deskundige in medische aansprakelijkheidszaken, L&S 2006/4, p. 6-10.
8 Zie voor de beschrijving van deze rechtspraak par. 5.
9 Deze subgroep kwam bijeen op 12 december 2007 en 18 maart 2008. Deelnemers waren M.F. Hartman, F. Bijl, R. Westerweel, J.A.M. Strens-Meulemeester, H. van der Meer, B.P.M. Blankers, A.E. Teeuwissen-van der Valk, M.A. Goslings, M. Ruinard, M.J.J. de Ridder, J.H. Schumacher, J. Cremers, E.L.F.B. Raaymakers en G. de Keizer. Vanuit de Projectgroep namen deel A.J. Akkermans, J. Legemaate, A.J. Van, G. de Groot, L.G.J. Hendrix, E.M. Deen en E.M. Hoogveen.

wikkeling van een echt 'studiemodel', zoals met betrekking tot het causaal verband, is het tot dusver niet gekomen. Daarbij speelt inderdaad een rol dat de vraagstelling bij dit soort expertises vergaand moet worden toegespitst op de specifieke omstandigheden van het geval. Maar ook bleken de verschillende inzichten tussen deelnemers aan de bijeenkomsten, met name tussen de 'halende' en de 'betalende' kant, bij dit onderwerp moeilijker overbrugbaar – al waren er ook aspecten waarover wel degelijk consensus kon worden bereikt. Op de achtergrond speelt ook een rol dat de ontwikkelingen in de rechtspraak nog niet lijken te zijn uitgekristalliseerd.

Niettemin zal aan het eind van deze bijdrage een aantal suggesties worden gedaan voor vragen die van nut zouden kunnen zijn bij een expertise over een beweerdelijke medische beroepsfout. Het zij benadrukt dat het hier slechts suggesties betreft en niet meer dan dat: de betreffende formuleringen zijn nog niet uitgerijpt. Tezamen genomen constitueren zij ook bij lange na geen volledige vraagstelling.

2. Achtergrond van de problematiek

Het centrale probleem bij de vraagstelling in medische aansprakelijkheidszaken heeft te maken met de omstandigheid dat zowel medici als juristen zich een oordeel moeten vormen over het gewraakte medisch handelen, terwijl er een praktisch gesproken niet altijd makkelijk aanwijsbaar, maar niettemin essentieel verschil bestaat in het toetsingskader dat zij daarbij hanteren. Er bestaat ook nog geen vaste traditie in de wijze waarop dat verschil tot uitdrukking wordt gebracht.

Schematisch voorgesteld vergt de beslechting van een geschil over medische aansprakelijkheid dat eerst wordt vastgesteld wat er is gebeurd (de feiten), en dat vervolgens wordt beoordeeld door de vastgestelde gebeurtenissen een rechtsregel (de norm) is geschonden. Voor die beoordeling plegen de juristen behoefte te hebben aan de bijstand van een medisch deskundige, die de gebeurtenissen vanuit medisch perspectief beschrijft en opheldert, en tevens analyseert of de aangesproken hulpverlener volgens de opvattingen binnen het vakgebied correct heeft gehandeld. Hier bestaat een spanningsveld: is het juridisch oordeel in feite gegeven met het oordeel van de deskundige, of hebben de juristen nog een eigen taak om een juridisch oordeel te geven na het oordeel van de deskundige? Het laatste is het uitgangspunt, het eerste per saldo nogal eens de werkelijkheid.

Het uitgangspunt dat het eindoordeel aan de juristen is, dient serieus te worden genomen. Op dit punt worden bijvoorbeeld ook eisen gesteld aan de motivering door de rechter. Een recent voorbeeld is de uitspraak van het Hof Amsterdam van 24 maart 2009.¹⁰ In eerste instantie had de rechtbank overwogen dat het rapport van de medisch deskundige tot uitgangspunt dient bij de beoordeling van de zaak, en dat de deskundige blijkens dat rapport niet had vastgesteld dat de arts onzorgvuldig had gehandeld. De vorderingen van de patiënt werden afgewezen.¹¹ De

rechtbank maakte het oordeel van de deskundige dus een op een tot het hare en gaf daarmee minst genomen de indruk van een lijdelijke opstelling. In hoger beroep, aangespannen door het slachtoffer van de beweerdelijke medische fout, oordeelde het hof:

'4.3 het is aan de deskundige om de relevante feiten te presenteren en gemotiveerd aan te geven of is gehandeld in overeenstemming met de binnen de beroepsgroep geldende normen, waaronder de zorgvuldigheidsnormen. De deskundige zal de rechter derhalve kunnen voorlichten omtrent de vraag of en in hoeverre het medisch handelen volgens de inzichten van de beroepsgroep juist en zorgvuldig is geweest. Daarmee is echter nog niet gezegd dat het handelen ook in civielrechtelijke zin (voldoende) zorgvuldig is. Het oordeel daarover is aan de rechter. In dit geval is dat niet anders.'

De rechter dient dus blijkt te geven van een zelfstandig oordeel. En ook buitengerechtelijk heeft te gelden dat nadat de medische expertise is uitgebracht, er nog plaats behoort te zijn voor een juridisch debat over de conclusies die aan de uitkomst van de expertise moeten worden verbonden. Dat veronderstelt uiteraard wel dat de juristen over voldoende feitelijke informatie beschikken om dat zelfstandige normatieve oordeel op te kunnen baseren. Vaak is diezelfde medische expertise voor die feiten een zeer belangrijkste kenbron. Om dat zelfstandige oordeel van de juristen meer te laten zijn dan een vrome wens, komt het er dus wel op aan om de expertiserend arts voldoende uit te vragen.

Daarmee zijn we uitgekomen bij een eerste aspect van de vraagstelling voor expertises in medische aansprakelijkheidszaken. Het oordeel van de expertiserend arts of volgens de opvattingen van de beroepsgroep een norm is geschonden, is niet meer dan een middel tot een doel. Het doel van de expertise is om de juristen voldoende bouwstenen te geven voor hun eigen oordeel over de vraag of al of niet een beroepsfout moet worden aangenomen. Tot het aanleveren van die bouwstenen moet de expertiserend arts door de vraagstelling voldoende worden uitgenodigd. Maar dat dan weer wel zodanig toegespitst dat expertise en beantwoording niet uitvoeriger worden dan nodig. Het is allemaal al kostbaar en tijdrovend genoeg.

3. Ruimte voor rechtsontwikkeling

Dat het eindoordeel aan de juristen toekomt, is meer dan een totstandkomingsvereiste. Dat oordeel kan ook daadwerkelijk anders luiden dan het oordeel van de expertiserend arts. Dit niet alleen in het geval dat er meerdere expertises zijn uitgebracht met tegenstrijdige uitkomsten en er knopen moeten worden doorgemaakt. Het komt voor dat de rechter op grond van de rapportage van de expertiserend arts tot een andere conclusie komt dan die arts zelf,¹² maar ook dat de rechter uitdrukkelijk een andere norm hanteert dan tot dan toe binnen de beroepsgroep gebruikelijk is. Het gaat dan in de regel om een strengere norm.

10 Hof Amsterdam 24 maart 2009 (rolnr. C07/01414).

11 Rb. Amsterdam 29 augustus 2007 (351370/HA ZA 06-3031).

12 Zie bijv. Rb. Den Haag 17 maart 1999, Nieuwsbrief Personenschade, 2000, nr. 9 en Rb. Roermond 22 februari 2001, Nieuwsbrief Personenschade, 2001, nr., 6, beide kort besproken door Dekker en Hartman (2006), p. 9.

Het omgekeerde – een minder strenge norm – kan in theorie ook, maar daarvan zijn ons geen voorbeelden bekend.

Dat de rechter tot een strengere norm komt dan tot op dat moment binnen de betreffende maatschappelijke sector gangbaar is, is op zichzelf een bekend verschijnsel.¹³ Een van de manieren om dit verschil tot uitdrukking te brengen, is het gebruik van het begrippenpaar ‘state of the industry’ – wat dan staat voor hetgeen binnen het betreffende domein gebruikelijk is – versus ‘state of the art’ – wat dan staat voor het gezien de stand van wetenschap en techniek maximaal haalbare. Een voorbeeld is de productenaansprakelijkheid, waarbij in de rechtspraak is bepaald dat niet de stand van de wetenschappelijke en technische kennis in een specifieke sector (‘state of the industry’) beslissend is, maar het meest geavanceerde niveau van die kennis (‘state of the art’) op het tijdstip van het in het verkeer brengen van het product.¹⁴ Dat ‘iedereen het nu eenmaal zo doet’, is dus niet altijd een afdoende argument. Soms komt door rechtspraak tot uitdrukking dat van een sector meer wordt verwacht. De betreffende, strengere norm pleegt dan vervolgens door die sector te worden geïncorporeerd. Een kwestie van (rechts)ontwikkeling.

Een mooi voorbeeld van een strengere juridische norm in het medische aansprakelijkheidsrecht biedt het hiervoor genoemde arrest van het Hof Amsterdam.¹⁵ Die zaak betrof een inmiddels 79-jarige man die in 1999 een totale knieprothese moest krijgen. Een dergelijke prothese bestaat uit twee delen, een dijbeen- en scheenbeendeel. Tijdens de operatie bleek dat voor het dijbeen deel een prothesemaat H vereist was. Die maat was op dat moment in het ziekenhuis echter niet beschikbaar, reden waarom een maat G is gebruikt. Na de operatie kampte betrokkene met blijvende klachten aan de knie. Buiten rechte had een orthopedisch chirurg op gezamenlijk verzoek van partijen een onderzoek verricht, waarbij hij niet kon vaststellen dat de aangesproken chirurg ‘medisch onzorgvuldig’ had gehandeld. Niettemin zag het hof op basis van de namens betrokkene aangevoerde stellingen aanleiding de deskundige nadere vragen te stellen. Immers, aldus het hof:

‘een medisch gezien “fair result” (rapport van de deskundige bij het antwoord op vraag 4a) zal in civielrechtelijke zin zonder meer voldoende behoeven te zijn indien een redelijk bekwaam en redelijk handelend orthopedisch chirurg een “good result” had kunnen behalen’.¹⁶

Een ander, klassiek voorbeeld is dat van de patiënt die na een operatie in de uitslaapkamer uit een ziekenhuisbed viel en ten gevolge daarvan blind raakte aan één oog. Hoewel het destijds – in 1978 – misschien nog niet gangbaar was onrusthebben of

onrustbanden bij een uitslaapbed te plaatsen, oordeelde het hof, en de Hoge Raad liet dit oordeel in stand, dat het niet treffen van dergelijke maatregelen in de gegeven omstandigheden toch als onvoldoende zorgvuldig moest worden gekwalificeerd.¹⁷

4. Het juridische criterium en de vraagstelling aan de expertiserend arts

De juridische norm waaraan het handelen van de arts wordt getoetst, is gecodificeerd in artikel 7:453 Burgerlijk Wetboek (BW): ‘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’. In de rechtspraak is deze wettelijke norm geconcretiseerd tot de bekende vergelijkingsmaatstaf: ‘de zorg die een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot¹⁸ in dezelfde omstandigheden zou hebben betracht’.¹⁹

Over de vraag of het een goed idee is om deze laatste bewoordingen aan de expertiserend arts voor te leggen, is een controverse ontstaan. Van de kant van de belangenbehartigers van slachtoffers is aangevoerd dat daarmee de deskundige in feite wordt gevraagd om een juridisch oordeel te vellen.²⁰ Zij pleiten voor een zo feitelijk mogelijke formulering van de vraagstelling. Aan de kant van de verzekeraars en hun belangenbehartigers valt te beluisteren dat de beoordeling door de juristen niet kan plaatsvinden zonder de deskundige ook om een normatief oordeel te vragen vanuit zijn kennis van het betreffende vakgebied. Niet valt in te zien waarom die normatieve vraag niet gesteld zou kunnen worden met behulp van de formulering ‘redelijk

17 HR 13 januari 1995, NJ 1997, 175; zie ook HR 6 november 1981, NJ 1982, 567 (Bloedprik-arrest) en Rb. Arnhem 3 oktober 2002, LJN AE9458, waarin een val uit een ziekenhuisbed niet onrechtmatig werd bevonden.

18 Rb. Amsterdam 16 december 1999, Nieuwsbrief Personenschade, februari 2000, p. 10-12: ‘de deskundige dient volgens de rechtbank bij de beantwoording van de vragen uit te gaan van de norm van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot onder vergelijkbare omstandigheden.’ De rechtbank verworpt het door de patiënt voorgestelde criterium van een ‘goed vakgenoot’. Hof Den Bosch 8 april 2004, Nieuwsbrief Personenschade, mei 2004, p. 6-8: een verzoek (schrift) tot benoeming van een deskundige van een ander specialisme dan het specialisme van de aangesproken arts, levert niet zonder meer misbruik van procesrecht op. Ook een dergelijk verzoek kan derhalve worden gehonoreerd. Hof Den Bosch 30 mei 2006, Nieuwsbrief Personenschade, oktober 2006, p. 7-9: ‘4.8.1. De grief slaagt. De verwijten van patiënt betreffen de chirurg/traumatoloog. De te benoemen deskundige dient derhalve vragen te beantwoorden die betrekking hebben op diens handelen. Het hof is van oordeel dat een chirurg/traumatoloog daartoe beter in staat is dan een ander medisch specialist, nu het criterium hier immers dient te zijn hoe een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot zou hebben gehandeld en niet hoe een – meer c.q. anders gespecialiseerd – orthopedisch chirurg dat zou hebben gedaan.’

19 HR 9 november 1990, NJ 1991, 26 (Speeckaert/Gradener). Zie ook: Rb. Utrecht 10 november 1999, Nieuwsbrief Personenschade, februari 2000, p. 10-12: ‘de woorden “redelijk bekwaam en redelijk handelend arts onder gelijke omstandigheden”, verwijzen naar de medisch professionele standaard, derhalve naar normen die aangeven hoe een bepaalde medische behandeling behoort te worden uitgevoerd. De rechtbank volgt patiënt niet in zijn betoog dat “goed hulpverlenerschap” genoemd in artikel 7:453 BW hogere medische normen stelt dan de medisch professionele standaard.’

20 Dekker & Hartman 2006.

13 C.C. van Dam, Aansprakelijkheidsrecht, Den Haag: Boom Juridische uitgeverij 2000, nr. 803, 913 en 1513.

14 HvJ EG 29 mei 1997, NJ 1998, 522; G. Howells, Comparative product liability, Dartmouth: Aldershot 1993, p. 39 en 215-216.

15 Hof Amsterdam 24 maart 2009 (rolnr. C07/01414).

16 Rov. 4.3, laatste zin.

bekwaam en redelijk handelend', aldus geluiden aan de 'betalende kant'.

De Projectgroep heeft gekeken naar de huidige praktijk van deskundigenberichten in medische aansprakelijkheidszaken en daarvoor een flink aantal buiten rechte gebruikte vragenlijsten onder de loep genomen. Het spreekt voor zich dat de meeste vragen erg specifiek en op de concrete casus toegesneden waren, maar daarnaast was opvallend dat de vraag naar de 'redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot' in vrijwel geen enkele vragenlijst ontbrak.

Een kleine selectie:

- Heeft de betrokken specialist naar uw oordeel gehandeld zoals van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot mag worden verwacht, of is er op enig moment sprake geweest van verwijtbaar, onzorgvuldig, onkundig dan wel nalatig handelen?
- Bent u van mening dat een redelijk vakbekwaam en zorgvuldig werkend orthopedisch chirurg onder deze omstandigheden gehandeld zou hebben zoals de collega orthopedisch chirurg heeft gedaan?
- Heeft de betrokken specialist naar uw oordeel bij zijn preoperatieve beleid, bij de ingreep en bij het postoperatieve beleid onzorgvuldig gehandeld, in die zin dat hij niet heeft gehandeld zoals van een redelijk bekwaam vakgenoot onder dezelfde omstandigheden verwacht mag worden?
- Het is in de eerste plaats van belang om te oordelen of er daadwerkelijk sprake kan zijn van wanprestatie/verwijtbaar onzorgvuldig handelen. Hiervoor dient te worden beoordeeld in hoeverre de oogarts heeft gehandeld overeenkomstig de vigerende richtlijnen en zoals dat door een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot eveneens zou zijn gebeurd
- Is deze operatie *lege artis* uitgevoerd, hetgeen wil zeggen dat het handelen van dr. Y niet onder het niveau van een redelijk bekwaam vakgenoot is gebleven?

Reeds op deze plaats zij opgemerkt dat het gebruik van het criterium 'redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot' in de vraagstelling in elk geval het nadeel heeft dat er minst genomen de *indruk* mee wordt gewekt dat van de medicus hetzelfde oordeel wordt gevraagd als wat de juristen aan het eind van de rit hebben te vellen. Dat wil niet zeggen dat het enkele gebruik van deze bewoordingen dit ook *daadwerkelijk* impliceert. Ook als de expertiserend arts zijn oordeel over precies deze vraag heeft gegeven, staat het partijen en de rechter vrij om dat oordeel vervolgens nog langs de eigen, juridische meetlat te leggen. Onder één en dezelfde formulering kan men best twee verschillende dingen verstaan. Om met Shakespeares Juliet te spreken: 'What's in a name? That which we call a rose, by any other name would smell as sweet.'²¹ De rauwe werkelijkheid van medische aansprakelijkheidszaken leent zich echter slecht voor de uitoefening van dichtertelijke vrijheden, en als het ergens op een nauw-

keurige formulering aankomt, is het wel bij de vraagstelling aan de deskundige. Daarom verdient het naar onze mening de voorkeur om het onderscheid tussen het oordeel van de expertiserend arts en het juridische eindoordeel tot uitdrukking te laten komen door de bewoordingen 'redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot' voor dat laatste te reserveren en gebruik ervan in de vraagstelling aan de arts zo veel mogelijk te vermijden. In die vraagstelling ware bij voorkeur tot uitdrukking te brengen dat het toetsingskader van de arts zich beperkt tot het perspectief van de eigen beroepsgroep. Zoals we zullen zien in paragraaf 5 lijkt dit ook aan te sluiten bij recente ontwikkelingen in de rechtspraak.

Zoals gezegd wordt door belangenbehartigers van slachtoffers bepleit om de deskundige zo veel mogelijk feitelijk geformuleerde vragen voor te leggen. Er zou dan bijvoorbeeld wel mogen worden gevraagd naar een beschrijving van de voor de arts in kwestie geldende professionele standaard, maar de normatieve vraag of de arts in overeenstemming met die professionele standaard heeft gehandeld, zou moeten worden vermeden.

Zuivere voorbeelden van een dergelijke aanpak troffen we in de door ons bestudeerde vraagstellingen niet aan. Wel werd in sommige vraagstellingen, hoewel een stuk minder talrijk, een alternatieve formulering gehanteerd, die weliswaar abstraheerde van 'de redelijk bekwaam en redelijk handelend hulpverlener', maar die niettemin een onmiskenbaar normatief element in zich droeg. Bijvoorbeeld:

- Acht u de ingestelde behandeling ten aanzien van mevrouw X adequaat en correct?
- Is er door dr. X gehandeld en behandeld zoals van goede vakgenoten onder gelijke omstandigheden verwacht mag worden?
- Wat is uw oordeel ten aanzien van het handelen van dr. X?
- Acht u het door dr. X gevoerde beleid en zijn handelwijze voldoende zorgvuldig?

Dat lijkt aan te sluiten bij hetgeen van de kant van de verzekeraars is aangevoerd, namelijk dat de beoordeling door de juristen niet kan plaatsvinden zonder de deskundige ook om een normatief oordeel te vragen vanuit zijn kennis van het betreffende vakgebied. Dat zou bijvoorbeeld vorm kunnen worden gegeven door te vragen naar 'de professionele standaard' (al is gebruik van dat begrip niet noodzakelijk, zie nader in par. 9), maar, zoals hiervoor opgemerkt, dan liefst wel expliciet vanuit het perspectief van de eigen beroepsgroep. Dat kan door middel van formuleringen zoals 'de gangbare inzichten binnen uw vakgebied', 'de opvattingen binnen de beroepsgroep' of bewoordingen van vergelijkbare strekking.

In de paragrafen 7 tot en met 10 van deze bijdrage gaan wij nader op de verschillende mogelijkheden in. Maar eerst kijken we naar de stand van zaken in de rechtspraak, en naar wat er te leren valt

21 William Shakespeare, *Romeo and Juliet*, Act II, Scene ii, 1-2.

van de Richtlijn Medisch Specialistische Rapportage (RMSR).²²

5. Vraagstellingen in de rechtspraak

Het beeld dat de rechtspraak laat zien, is wisselend. In het verleden heeft een aantal lagere instanties zich uitgesproken voor een zo feitelijk mogelijke vraagstelling, maar in meer recente uitspraken lijkt er toenemende steun te bestaan voor toelating van een normatief oordeel door de geraadpleegde deskundige. Daarbij lijkt het accent wel te zijn verschoven; daar waar aanvankelijk de vraag naar de ‘redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot’ regelmatig in een gerechtelijke vraagstelling opdook, lijkt die vraag in de meest recente uitspraken definitief naar de achtergrond te zijn verdrongen en plaats te hebben gemaakt voor formuleringen die beogen een beperkter toetsingskader tot uitdrukking te brengen.

Ter illustratie van deze ontwikkeling kan op de volgende uitspraken worden gewezen. Op 9 maart 2006 oordeelde het Hof Amsterdam dat de vraag of de arts in kwestie had gehandeld zoals van een redelijk handelend en redelijk bekwaam oogarts onder gelijke omstandigheden mocht worden verwacht, niet acceptabel was omdat die vraag té algemeen werd bevonden en er bovendien een oordeel van de deskundige mee werd gevraagd dat aan het hof was voorbehouden.²³ Ook de Rechtbank Zutphen bood slechts ruimte voor een feitelijke, (in beginsel) niet-juridische vraagstelling.²⁴

‘4.5 Voorts is van belang dat de door X voorgelegde vraagstelling van feitelijke aard is en ziet op een vaktechnisch oordeel over het handelen van gerequesteerden, daar waar de door Y voorgestelde vraagstelling van juridischer aard is. Het is evenwel niet aan de in dezen aan te zoeken deskundige om een juridisch oordeel over handelen van gerequesteerden te geven.’²⁵

22 Zie <knmg.artsennet.nl/diensten/KNMG-publicaties> onder 2008: Richtlijn medisch specialistische rapportage in bestuurs- en civielrechtelijk verband.

23 Hof Amsterdam 9 maart 2006, rolnr. 1973/03 (niet gepubliceerd). Zie ook: Rb. Amsterdam 29 juni 1999, Nieuwsbrief Personenschade, september 1999: ‘De aan de deskundigen te stellen vragen dienen feitelijk te worden geformuleerd, zodat de antwoorden daarop de rechtbank in staat stellen te bepalen of is gehandeld in overeenstemming met de voor het ziekenhuis geldende professionele standaard’; Rb. Haarlem 27 mei 2003, Nieuwsbrief Personenschade, juni 2003, p. 2-4; Hof Den Bosch 8 april 2004, Nieuwsbrief Personenschade, mei 2004, p. 7-8: ‘Het hof merkt op dat de overweging van de rechtbank met betrekking tot de maatstaf die gehanteerd dient te worden ter beoordeling van het handelen van een arts, te weten de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in gelijke omstandigheden mag worden verwacht, weliswaar juist is, maar de maatstaf betreft die de rechter in een eventuele bodemprocedure dient te hanteren bij de beoordeling van de aansprakelijkheid van de cardiologen voor het medisch handelen. Het hof is dan ook van oordeel dat deze maatstaf niet zonder meer gehanteerd kan worden in een verzoek als het onderhavige (...)’.

24 Rb. Zutphen 27 oktober 2006 en 23 november 2006, L&S 2006, 259.

25 Rb. Zutphen 23 november 2006, L&S 2006, 259.

Echter, nog geen halfjaar later, op 24 augustus 2006,²⁶ was er van het Hof Amsterdam een ander geluid te horen, bijna tegengesteld aan dat van het arrest van 9 maart 2006. Het hof oordeelde toen:

‘3.3 Niet valt in te zien waarom de formulering van de hiervoor bedoelde drie vragen [kunt u aangeven of een redelijk bekwaam en redelijk handelend gynaecoloog in juni 2002 tot een (...) had kunnen komen?] zou duiden op een juridisch oordeel. In de eerste vraag is immers tot uitdrukking gebracht wat (bij de beantwoording van deze vraag, maar ook bij de beide andere “normatieve vragen”) voor de deskundige het toetsingskader moet zijn: “de gangbare inzichten binnen de beroepsgroep op dat moment”. Met betrekking tot die gangbare inzichten binnen de beroepsgroep beschikt de deskundige nu juist over expertise, zodat hij de rechter daarover kan voorlichten. Bovendien zijn die inzichten weliswaar voor de juridische beoordeling van het medische handelen van groot belang, reden waarom er ook naar is gevraagd, maar vallen zij met die juridische beoordeling zeker niet samen. Ook heeft de rechter steeds de vrijheid zijn oordeel in de plaats van dat van de deskundige te stellen.’

Mogelijk naar aanleiding van voornoemd arrest van het Hof Amsterdam oordeelden verschillende rechtbanken later in vergelijkbare zin, zij het dat de vraag naar de redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot werd vervangen door een toets aan de professionele standaard.²⁷ De beschikking van de Rechtbank Arnhem van 30 oktober 2008 bevat bijvoorbeeld de volgende passage:

‘2.6 Hoewel verzoekster terecht aanvoert dat het aan de rechter is, en niet aan de deskundige, te beoordelen of de arts heeft gehandeld volgens de norm van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot in gelijke omstandigheden, leidt dit nog niet tot de conclusie dat de vraagstelling in een medische beroepsaansprakelijkheidszaak geen normatief element zou mogen bevatten (NJ 1991, 1) Voor de beoordeling van een dergelijke vordering kan immers van belang zijn wat de gebruiken in de beroepsgroep op het moment van het betreffende handelen waren en waarom. Verzoekster erkent dit ook (...). Het onderscheid tussen gebruiken in een beroepsgroep en de in een beroepsgroep geldende normen zal echter niet altijd even goed te maken zijn. Over die gebruiken en de redenen daarvan zal de rechter in het algemeen voorlichting door een deskundige behoeven. Dit wordt ook aangeduid als “de professionele standaard”. Aan de andere kant kan worden nagegeven dat het van belang is dat de deskundige eerst en vooral zijn aandacht geeft aan de – feitelijke – onderbouwing waarop hij een eventuele

26 Hof Amsterdam 24 augustus 2006, rekestnr. 741/06 (niet gepubliceerd).

27 Rb. Arnhem 30 oktober 2008, 172358/HA RK 08-1999, gepubliceerd op het PIV Kennisnet; Rb. Amsterdam 25 september 2008, LJV BH2346; Rb. Rotterdam 30 juli 2008, LJV BD9572. Rb. Amsterdam 6 maart 2008, Nieuwsbrief Personenschade, april 2008, p. 9-11. Rb. Arnhem 12 december 2007, LJV BC0644.

beoordeling baseert, zoals daar zijn: wat zijn de klachten, hoe hebben die zich ontwikkeld, valt daarvan een oorzaak aan te wijzen, en zo ja, welke dan, wat waren de mogelijke behandelmethoden, welke behandelwijze was te prefereren enzovoorts. Het is daarom wenselijk dat de aan de deskundige te stellen vragen concreet en ter zaken dienend zijn (NJ 2004, 584). Daarom zal verzoekster worden gevolgd in haar vraagstelling, maar zal daarin conform de wens van verzoekster een vraag worden toegevoegd naar de professionele standaard.’

Uit een beschikking van de Rechtbank Amsterdam van 7 mei 2009:²⁸

‘5.3 Naar het oordeel van de rechter is het antwoord op de vraag, zoals door het ziekenhuis voorgestaan, of de behandelend arts heeft gehandeld met de zorgvuldigheid die van een redelijk handelend en redelijk bekwaam arts onder gelijke omstandigheden verwacht mocht worden, voorbehouden aan de rechter. Voorlichting door een deskundige is wel noodzakelijk om deze vraag te kunnen beantwoorden. De deskundige dient daarom te beoordelen of dr. X heeft gehandeld volgens de professionele standaard binnen de beroepsgroep ten tijde van de verrichte onderzoeken en de op dat moment binnen de beroepsgroep heersende opvattingen en gebruiken. Anders dan het ziekenhuis meent leidt de vraagstelling van verzoekers niet slechts tot een abstracte beschrijving van de professionele standaard nu de vraagstelling ertoe noopt de omstandigheden van het onderhavige geval in aanmerking te nemen.’

En, nog recenter, uit een arrest van het Hof Leeuwarden van 25 juni 2009:²⁹

‘9. Voor zover appellante in verband met de bepleite doorbreking van het appelverbod en met verwijzing naar haar eerder weergegeven bedoeling om haar proceskansen te kunnen beoordelen, naar voren heeft willen brengen dat de rechtbank niet bevoegd was om naast de feitelijke vragen aan de deskundige ook diens oordeel te vragen over de medische standaard die destijds gold en of aan die standaard is voldaan, faalt de klacht. Een dergelijke aanvulling is geen afwijzing van een punt dat verzoekster aan het oordeel van de deskundige heeft willen voorleggen. Ook overigens zou het hof dit bezwaar verwerpen. De rechtbank mocht deze aanvulling in haar beschikking opnemen en behoorde dat zelfs te doen, omdat het geschil zonder de wetenschap daarvan door de rechter niet tot een oplossing kan worden gebracht. Anders dan appellante stelt, wordt daarmee de juridische vraag of [geïntimeerde 1] en/of [geïntimeerde 2] aansprakelijk kan worden geacht voor hetgeen er bij de keizersnede zou zijn misgegaan, niet zonder meer ter beantwoording aan de deskundige overgelaten. Partijen kunnen bovendien in een

eventueel nog volgende procedure hun commentaar leveren op de bevindingen van de deskundige en in dat kader ook over de juridische gevolgen die aan die bevindingen in samenhang met de overige gegevens in het dossier zouden moeten worden verbonden.’

Uit deze jurisprudentie kan de voorlopige conclusie worden getrokken dat in rechte de vraag naar de ‘redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot’ aan populariteit heeft ingeboet. Behalve om feitelijke informatie wordt de expertiserend arts ook om een oordeel gevraagd, maar voor het te hanteren criterium worden andere bewoordingen gebruikt. Er wordt steeds een verschil in toetsingskader aangenomen tussen medici en juristen, maar de manier waarop dit verschil onder woorden wordt gebracht, loopt uiteen. Het Hof Amsterdam gebruikt het begrippenpaar ‘gangbare inzichten binnen de beroepsgroep op dat moment’ versus ‘de juridische beoordeling’. De Rechtbank Arnhem duidt het toetsingskader van de expertiserend arts aan als ‘de gebruiken in een beroepsgroep en de redenen daarvan’, wat volgens haar ook zou kunnen worden aangeduid als ‘de professionele standaard’, en gaat ervan uit dat dit een ander toetsingskader oplevert dan ‘de in een beroepsgroep geldende normen’. Met dat laatste, zo begrijpen wij de rechtbank, wordt dan het juridische toetsingskader bedoeld.³⁰ De Rechtbank Amsterdam duidt het toetsingskader van de expertiserend arts aan als ‘de professionele standaard binnen de beroepsgroep ten tijde van [het gewraakte medisch handelen] en de op dat moment binnen de beroepsgroep heersende opvattingen en gebruiken’. In contrast daarmee wordt het juridische toetsingskader dan aangeduid met het bekende criterium van de ‘redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot’.

6. De Richtlijn Medisch Specialistische Rapportage

De Richtlijn Medisch Specialistische Rapportage (RMSR) van de Werkgroep Medisch Specialistische Rapportage en de KNMG³¹ is een belangrijke bron van normen voor artsen die als deskundige optreden in een civielrechtelijke of bestuursrechtelijke procedure. Hoofdstuk 8 van de RMSR is gewijd aan de specifieke aspecten van het deskundigenbericht bij medische beroepsaansprakelijkheid.

Ten aanzien van de reikwijdte van de oordeelsvorming door een expertiserend arts in een medische aansprakelijkheidszaak bevat de RMSR onder meer de volgende relevante passages:

‘De expert beschikt aantoonbaar over actuele kennis en vaardigheden om te kunnen beoordelen of het medisch handelen

28 Rb. Amsterdam 7 mei 2009, rekestnr. 411386/HA RK 08-744 (niet gepubliceerd).

29 Hof Leeuwarden 25 juni 2009, LJN BJ0390.

30 Over de vraag of deze interpretatie juist is, is wel enige twijfel op zijn plaats. Men kan deze woorden immers ook zo opvatten dat ‘de in een beroepsgroep geldende normen’ juist niet gelijk zijn aan het juridische toetsingskader, want beperkt tot het perspectief van de beroepsgroep.

31 Richtlijn Medisch Specialistische Rapportage in bestuursrechtelijk en civielrechtelijk verband van de Werkgroep Medisch Specialistische Rapportage (WMSR), in samenwerking met de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering van de Geneeskunst, Utrecht, 31 januari 2008. Zie: <knmg.artsenet.nl/diensten/KNMG-publicaties> onder 2008.

van de aansprakelijk gestelde arts al of niet adequaat is geweest, en om te kunnen vaststellen hoe de gezondheids-toestand van betrokkene zou zijn geweest, als wel adequaat was gehandeld.’

En verder:

‘De expert moet beschikken over kennis die het mogelijk maakt te beoordelen of het handelen van de aansprakelijk gestelde arts in overeenstemming is geweest met de normen, die daarvoor golden ten tijde van dat handelen. De expert moet kunnen voorkomen dat hij zijn oordeel baseert op kennis die de aansprakelijk gestelde arts op het moment van diens handelen niet kon hebben.’

Als voorbeeld van een vraag waarmee de expertiserend arts geconfronteerd zou kunnen worden, geeft de RMSR:³² ‘Is er medisch onzorgvuldig gehandeld? Zo ja, waarin is de medische onzorgvuldigheid gelegen?’ Hieraan wordt de meer algemene opmerking toegevoegd dat de expertiserend arts zich ervan dient te vergewissen dat hem voldoende gegevens ter beschikking zijn gesteld om dergelijke vragen op verantwoorde wijze in zijn rapport te beantwoorden. Als dit niet het geval is, zal de expertiserend arts al het mogelijke moeten doen om de noodzakelijke gegevens alsnog ter beschikking te krijgen, hetzij via een verzoek aan de opdrachtgevers, hetzij door deze gegevens met machtiging van de onderzochte zelf op te vragen.

Ook zal de deskundige, volgens de RMSR, zijn oordeel over het handelen van de aangesproken arts inhoudelijk moeten onderbouwen door te verwijzen naar actuele of destijds vigerende richtlijnen, protocollen of wetenschappelijk en professioneel inzicht, naar de professionele standaard dus.³³ In overeenstemming met de criteria van ‘evidence-based medicine’ moet de expert daarbij ook aangeven wat de bewijskracht is van de door hem bij zijn oordeel betrokken criteria.³⁴ Deze laatste eis zagen wij nog nergens opgenomen in de door ons bestudeerde vraagstellingen, maar leent zich daar uitstekend voor.

Het wel gehoorde bezwaar dat een expertiserend arts niet snel geneigd zal zijn het handelen van een aangesproken collega-arts, tevens vakgenoot, als ondermaats te beoordelen, tracht de RMSR te ondervangen door te verlangen dat de expertiserend arts op generlei wijze in een persoonlijke dan wel zakelijke relatie mag staan tot de aansprakelijk gestelde arts. Hij mag volgens de RMSR geen vriend, goede kennis, opleider of ex-assistent van de

aansprakelijk gestelde arts zijn, of met hem samenwerken of hebben samengewerkt in enig beroepsmatig of persoonlijk verband.³⁵

Kortom, de RMSR gaat ervan uit dat de deskundige om een normatief standpunt wordt gevraagd over het te beoordelen medisch handelen. Dat staat er overigens niet aan in de weg dat de deskundige alleen feitelijke vragen worden gesteld. Waar volgens de RMSR de deskundige het ‘meerdere’ (zich normatief uitlaten over het handelen van de aansprakelijk gestelde arts) is geoorloofd, valt niet in te zien waarom het ‘mindere’ (zich beperken tot een beschrijving van de gang van zaken en de professionele standaard) niet zou mogen. Het door de deskundige te hanteren toetsingskader wordt in de RMSR omschreven als ‘het medisch handelen’, waarbij hij heeft te beoordelen of dit ‘adequaat’ is geweest, respectievelijk of het handelen van de aansprakelijk gestelde arts ‘in overeenstemming is geweest met de normen, die daarvoor golden ten tijde van dat handelen’. Een eventueel onderscheid met het toetsingskader van de juristen komt in de RMSR niet expliciet aan de orde. Dat neemt niet weg dat de tekst van de RMSR prima te verenigen is met de opvatting dat de taak van de deskundige is beperkt tot een oordeel vanuit het perspectief van de eigen beroepsgroep, op basis waarvan partijen en de rechter hun meer algemene juridisch-normatieve eindoordeel kunnen vullen.

7. Uitsluitend ‘feitelijke’ vragen stellen?

Zoals gezegd was de kwestie van de vraagstelling in medische aansprakelijkheidszaken onderwerp van bespreking op twee bijeenkomsten van een speciaal voor dit onderwerp geformeerde subgroep van de IWMD.³⁶ In de literatuur was door belangenbehartigers van slachtoffers gepleit voor een zo feitelijk mogelijke formulering van de vraagstelling. Aangevoerd was dat wanneer een expertiserend arts om een normatief oordeel wordt gevraagd, hij aan bepaalde omstandigheden van het geval wel eens een ander gewicht zou kunnen toekennen dan vanuit juridisch oogpunt geboden zou zijn. In de woorden van Dekker en Hartman:

‘De ervaring heeft ons geleerd dat medische deskundigen, wanneer zij een vraag met een normatief karakter krijgen voorgelegd, voor juristen niet terzake doende, althans voor de civielrechtelijke beoordeling irrelevante omstandigheden laten meespelen bij de beantwoording van de vragen. Ervaring, staat van dienst, onderscheidingen en houding ten opzichte van de patiënt spelen voor de deskundige niet zelden een belangrijke rol. Een weinig ervaren arts-assistent zal bij de deskundige al snel op clementie kunnen rekenen, terwijl dat gebrek aan ervaring in juridische zin niet aan toerekening (van de onrechtmatige daad aan de dader) in de weg staat. Een arts die al dertig jaar foutloos praktiserende is, zal van de medisch deskundige het voordeel van de twijfel krijgen, terwijl het voor iedereen zonneklaar is dat de automobilist die gedurende een dergelijke periode schadevrij rijdt

32 RMSR, p. 22.

33 In het algemeen geldt volgens art. 2.1.3 van de RMSR al de eis dat zijn constatering aantoonbaar op feiten berusten, zodat een ander op basis daarvan tot dezelfde constatering kan komen (‘repliceerbaarheid’) dan wel die constatering kan verwerpen (‘falsificeerbaarheid’). Daarnaast geldt volgens art. 2.2.10 de aanbeveling dat in het rapport van de deskundige een beschouwing wordt opgenomen waarin de gronden en argumenten worden uiteengezet die geleid hebben tot de conclusies. Feiten, bevindingen en overwegingen worden in hun onderlinge samenhang bezien. De conclusies moeten altijd uit deze beschouwing zijn af te leiden en een argumentatie is ondubbelzinnig en volgt op logische wijze uit het voorafgaande.

34 RMSR, p. 23.

35 RMSR, p. 21.

36 Voor de samenstelling van deze subgroep zie noot 9.

maar de dag daarna schuld heeft aan een aanrijding, niet aan aansprakelijkheid zal ontkomen. Als de arts in kwestie zich empatisch heeft opgesteld ten opzichte van de patiënt, menen sommige deskundigen dat hij daarmee redelijk en bekwaam heeft gehandeld.³⁷

De vraag in hoeverre het hier bedoelde fenomeen zich inderdaad voordoet en tot problemen bij de juridische eindbeoordeling leidt, is geen inzet geweest van de discussies binnen de IWMD. De insteek van de besprekingen was als volgt. Met betrekking tot het streven om zo feitelijk mogelijke vragen te stellen, is een aantal vingeroefeningen verricht met formuleringen die door de Projectgroep werden voorgesteld en binnen de IWMD werden besproken. In essentie kwamen deze varianten er steeds op neer dat de arts werd gevraagd een beschrijving te geven van: (1) de aandoening van de patiënt en het beloop daarvan, (2) de gewraakte behandeling, en (3) de professionele standaard (aangeduid in uiteenlopende bewoordingen) met betrekking tot die behandeling. In de meest vergaande variant werd de arts dan niet eens gevraagd om (2) en (3) met elkaar te vergelijken, omdat dat tot een normatief oordeel zou nopen. De veronderstelling is dan dat de juristen dat op grond van de aangeleverde informatie zelf zouden kunnen doen.

Tegen een 'zuiver feitelijke' vraagstelling werd onder meer aangevoerd dat reeds bij het antwoord op vraag 3 (de professionele standaard) een 'normatief' element onvermijdelijk is, en dat dat antwoord zich eigenlijk niet laat geven zonder de concrete omstandigheden van het geval (vragen 1 en 2) daarin te betrekken. Met name door de artsen werd aangegeven dat de professionele standaard als bruikbaar toetsingsinstrument door juristen nog wel eens wordt overschat. Het is geen statisch gegeven dat voor elke medische handeling pasklaar op de plank ligt. In werkelijkheid bestaat er veelal een zekere bandbreedte, gevormd door verschillende mogelijke opvattingen over de eisen waaraan een behandeling zou moeten voldoen. Eventuele nadere concretisering van de professionele standaard met betrekking tot een bepaalde behandeling is onmogelijk zonder daar de feiten bij te betrekken, en zal ook niet bij iedere deskundige tot dezelfde uitkomst leiden. Mede bepalend is welke redeneringen daarbij worden gevolgd en welke maatstaven worden aangelegd. Er zouden bijvoorbeeld factoren een rol kunnen spelen zoals de aard, omvang of locatie van het betreffende ziekenhuis waarin de aangesproken arts werkzaam is. Reeds in de beschrijving van de professionele standaard (vraag 3) zit dus een normatief element, en die beschrijving is eigenlijk niet goed mogelijk zonder daar toch de concrete omstandigheden van het geval (vragen 1 en 2) in te betrekken.

Deze bezwaren zijn goed navolgbaar. Voor juristen is het concept van de 'vage norm' maar al te bekend. Ook de juridische vraag wat bijvoorbeeld de zorgvuldigheidsnorm in een bepaalde context precies inhoudt, is vaak slechts bij benadering te beantwoorden. Het benodigde scherpere inzicht wordt slechts ver-

cregen door nader redeneren, wat plaatsvindt door het toetsen aan die vage norm van het concreet te beoordelen handelen in de concrete situatie waarin het plaatsvond. *Jus in causa positum*. Alleen door confrontatie met de feiten kristalliseert de norm uit. Waarom zou dat voor medici anders zijn? Bij zijn antwoord op de vraag wat de professionele standaard inhoudt (vraag 3), zal de expertiserend arts dus tóch bewust of onbewust de concrete omstandigheden van het geval (vragen 1 en 2) betrekken, of hij daar nu om gevraagd wordt of niet. Dan is het beter dat hij dat expliciet doet, dan impliciet, en daarom is het beter om hem er ook expliciet om te vragen. Overigens bestaat met betrekking tot de 'vaagheid' van de professionele standaard de mogelijkheid om daaraan in de vraagstelling expliciet aandacht te besteden. Zie hierover nader in paragraaf 10.

Een ander bezwaar tegen een 'feitelijke' vraagstelling is dat zij de expertiserend arts minder volledig uitvraagt. Wanneer men de expertiserend arts wél een (expliciet en gemotiveerd) oordeel vraagt over de verhouding tussen de behandeling (vraag 2) en de professionele standaard (vraag 3), levert dat in het algemeen meer en beter toegespitste informatie op voor de te nemen beslissing. Wat de expertiserend arts van de gewraakte behandeling vindt en waarom, is een bouwsteen voor het juridisch oordeel die men niet zou moeten willen missen. Dit bezwaar werd ook meer principieel ingestoken: is het, voor zover überhaupt mogelijk, niet gewoon onwenselijk dat de rechter uiteindelijk eenzijdig – dat wil zeggen: zonder te beschikken over normatieve overwegingen vanuit het betreffende vakgebied – het eindoordeel velt en daarmee de inhoud van de professionele standaard nader vaststelt? Sommigen gaven aan dat even onwenselijk te vinden als het vragen van een juridisch oordeel aan een medicus.

Door de deelnemers aan de discussies werd het bij uitzondering wel voorstelbaar geacht om te volstaan met zuiver feitelijke vragen, bijvoorbeeld wanneer voor beide partijen duidelijk is op welk gedeelte van het handelen van de arts gefocust moet worden. Maar de meeste medische aansprakelijkheidszaken zijn daarvoor waarschijnlijk toch te gecompliceerd van aard.

Om vorenstaande redenen werd tijdens de discussies in de IWMD al snel de conclusie getrokken dat een normatieve vraag aan de expertiserend arts zo niet onvermijdelijk, dan toch in elk geval te verkiezen is boven een zuiver feitelijke vraagstelling – al hield een enkeling vast aan zijn voorkeur voor dat laatste. Het komt er dan wel op aan de vraagstelling zodanig vorm te geven dat de expertiserend arts effectief wordt uitgenodigd om inzicht te geven in de overwegingen en omstandigheden die hij in zijn oordeel heeft betrokken, en het gewicht dat hij daaraan heeft toegekend. Dat geeft de juristen dan de ruimte om de redenering van de expertiserend arts en het oordeel waartoe hij op grond daarvan is gekomen, vanuit het eigen, juridische perspectief te evalueren. Voor zover de expertiserend arts aan bepaalde overwegingen of omstandigheden een ander gewicht heeft toege-

37 Dekker & Hartman 2006, p. 9.

kend dan vanuit juridisch oogpunt is geboden, kan dit dan bij deze juridische oordeelsvorming worden rechtgezet.³⁸

8. Vormgeving van de vraag om een normatief oordeel

Met het oog op het vorenstaande verdient het de voorkeur om de normatieve vraag aan de expertiserend arts zodanig vorm te geven dat voor alle betrokkenen duidelijk is dat het aan de arts gevraagde oordeel niet samenvalt met het door de juristen te vellen eindoordeel. Zoals uiteengezet in paragraaf 4 is het vanuit dat perspectief beter om de bewoordingen 'redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot' niet in de vraagstelling aan de arts op te nemen. Bij voorkeur ware tot uitdrukking te brengen dat het toetsingskader van de arts zich beperkt tot het perspectief van de eigen beroepsgroep. Zoals gezegd kan dat door de vraag naar de professionele standaard (waarbij gebruik van dat begrip niet per se noodzakelijk is) expliciet vanuit het perspectief van de eigen beroepsgroep te stellen.

Dat kan bijvoorbeeld door formuleringen zoals de volgende:

Kunt u aangeven wat op [datum behandeling] de gangbare inzichten binnen uw vakgebied waren ten aanzien van de behandeling van de aandoening van betrokkene? Voldeed die behandeling daaraan?

Of mét gebruik van het begrip 'professionele standaard':

Is de behandeling van betrokkene geweest zoals die, gezien de toenmalige opvattingen binnen de beroepsgroep van de professionele standaard met betrekking tot deze behandeling, moest zijn?

Het belangrijkste is uiteraard dat de expertiserend arts wordt uitgenodigd om voldoende gedetailleerd inzicht te geven in de overwegingen en omstandigheden die hij in zijn oordeel heeft betrokken. Aan het grote belang hiervan lijkt onvoldoende recht te worden gedaan door de eenvoudige toevoegingen die wel in de praktijk worden aangetroffen, zoals: 'Zo ja, op grond waarvan komt u tot die conclusie? Zo nee, waarom niet?'

Een aanpak die meer recht doet aan het belang van deze kwestie, is om expliciet aan de expertiserend arts uit te leggen dat het van hem gevraagde oordeel geen eindoordeel is, en dat gronden waarop hij tot zijn oordeel komt, minstens even belangrijk zijn als dat oordeel zelf. Dat kan bijvoorbeeld door in of bij de vragen een toelichting op te nemen, zoals de volgende:

Het doel van deze vraag is om een zo goed mogelijk inzicht te krijgen in de opvattingen binnen uw vakgebied. Het eindoordeel, de vraag of de zorg van een goed hulpverlener (in de zin van artikel 7:453 van het Burgerlijk Wetboek) in acht is genomen, is een juridisch oordeel dat is voorbehouden aan de rechter. U wordt gevraagd om voor dit eindoordeel de bouwstenen te geven die op uw vakgebied zijn gelegen. Hiervoor is noodzakelijk dat u uw oordeel zo inzichtelijk mogelijk motiveert. U wordt verzocht de overwegingen en omstandigheden die u in uw oordeel hebt betrokken en het gewicht dat u daaraan heeft toegekend, zo volledig mogelijk weer te geven. De redeneringen die aan uw oordeel ten grondslag liggen, moeten voor medische leken zo goed mogelijk zijn te volgen. Voor zover u in uw antwoord termen betreft die een waardeoordeel inhouden (zoals '(on)redelijk', '(on)zorgvuldig' of '(niet) verwijtbaar'), is het zaak steeds goed aan te geven op welke overwegingen die oordelen zijn gebaseerd.

Een aanvullende optie is om in de vraagstelling of in de toelichting daarbij gericht te verwijzen naar een aantal passages in de RMSR.³⁹ Relevante passages zijn onder meer:

Aanbeveling 2.2.10 RMSR:

Er wordt een beschouwing opgenomen waarin de gronden en argumenten worden uiteengezet die geleid hebben tot de conclusies. Feiten, bevindingen en overwegingen worden in hun onderlinge samenhang bezien. De conclusies zijn altijd uit deze beschouwing af te leiden. Een argumentatie is ondubbelzinnigen volgt op logische wijze uit het voorafgaande.

Aanbeveling 2.2.13 RMSR:

De vragen worden volledig, begrijpelijk en vooral eenduidig beantwoord. Bij de beantwoording van de vragen komen niet plotseling aspecten naar voren, die in de voorafgaande tekst niet terug te vinden zijn. Als een expert een vraag niet gefundeerd kan beantwoorden, dan ziet hij van beantwoording af en vermeldt hij de reden daarvoor.

Aanbeveling 2.2.14 RMSR:

Als de expert om een inschatting wordt gevraagd en hij zich competent acht deze inschatting te maken, dan zorgt hij ervoor dat duidelijk wordt op welke wijze deze inschatting tot stand is gekomen. Hij geeft aan wat daar-

38 Zie over de juridische oordeelsvorming na het uitbrengen van een deskundigenbericht in meer algemene zin G. de Groot, Het deskundigenadvies in de civiele procedure, diss. VU 2008, Serie Recht en Praktijk nr. 165, Deventer: Kluwer, 2008, in het bijzonder p. 473.

39 Dit wordt ook gedaan in de nieuwe versie van de IWMD-vraagstelling 'Causaal verband bij ongeval', zie <www.rechten.vu.nl/iwmd> onder Projecten > Vraagstellingen > Vraagstelling causaal verband bij ongeval (versie maart 2009) CONCEPT.

bij heeft meegewogen en wat van doorslaggevende betekenis is geweest.

Uit hoofdstuk 6 RMSR, het deel over 'Het rapport': Naast de algemene criteria voor expertiserapporten geldt voor rapporten in het kader van medische beroepsaansprakelijkheid, dat de beoordeling van het medisch handelen van de aansprakelijk gestelde arts inhoudelijk wordt onderbouwd met verwijzing naar actuele of destijds vigerende richtlijnen en protocollen of wetenschappelijk en professioneel inzicht. Daarbij geeft de expert antwoord op de vaak zeer specifieke vragen die uit het overleg tussen partijen kunnen zijn voortgevloeid, voor zover hij dat kan verantwoorden. In overeenstemming met de criteria van 'evidence-based medicine' geeft de expert daarbij aan wat de bewijskracht is van de criteria voor zijn oordeel.

9. Het begrip 'professionele standaard'

Zoals hiervoor aan de orde kwam, wordt de expertiserend arts gevraagd om een beschrijving te geven van de professionele standaard, en verdient het de voorkeur hem ook om zijn oordeel te vragen of de gewraakte behandeling aan die professionele standaard heeft voldaan. In hoeverre het opportuun is om daarbij het begrip 'professionele standaard' daadwerkelijk in de vraagstelling te gebruiken, is voor de Projectgroep een open vraag. In de rechtspraak lijkt een tendens te bestaan om bij dit begrip aan te haken.⁴⁰ Bij buitengerechtelijke expertises lijkt het tot dusver niet vaak te worden gebruikt.

Het begrip 'professionele standaard' maakt deel uit van de wettelijke definitie in artikel 7:453 BW: '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'. De 'professionele standaard' zou kunnen worden gedefinieerd als het geheel van kennis, regels en normen waaraan een medische beroepsbeoefenaar is gehouden, blijkend uit de opleiding(seisen), inzichten uit de praktijk, wetenschappelijke literatuur op het vakgebied, protocollen, gedragsregels, vaardigheden, wettelijke bepalingen en jurisprudentie.⁴¹

Een van de ideeën achter het gebruik van het begrip 'professionele standaard' in de vraagstelling zou kunnen zijn dat de deskundige daarmee opmerkelijk wordt gemaakt op normen die weliswaar gelden voor de eigen beroepsgroep, maar hun oor-

sprong daarbuiten vinden. De gedachte is dan dat enkel vragen naar 'de gangbare inzichten binnen uw vakgebied' zou kunnen uitnodigen tot een nauwere blik dan gebruik van het meer objectief klinkende 'professionele standaard'. De achtergrond hiervan is dat de oorsprong van 'het geheel van kennis, regels en normen' waaruit een professionele standaard bestaat, nogal uiteenlopend is. Er zijn uiteraard zuiver technisch-medische aangelegenheden, zoals de wijze van uitvoeren van een bepaalde operatieve ingreep die de beste resultaten geeft. Maar ook algemeen maatschappelijke opvattingen vinden in de professionele standaard hun weerslag, zoals kwesties van bejegening en bijvoorbeeld in de vraag welke voorlichting moet worden gegeven in het kader van 'informed consent'. Daarbij spelen algemene opvattingen over zelfbeschikkingsrecht en de dokter-patiëntrelatie een prominente rol. De professionele standaard is ook geen statisch geheel, maar voortdurend in ontwikkeling. Naast voortschrijdend inzicht op het vakgebied, dragen ook maatschappelijke ontwikkelingen, financiële afwegingen, wetgeving en (tucht)rechtspraak daaraan hun steentje bij. Op het punt van de oorsprong van de 'kennis, regels en normen' waaruit een professionele standaard bestaat, is sprake van een ingewikkeld amalgaam.

Kenmerkend voor deze materie is het bezwaar dat sommige deelnemers aan de IWMD-bijeenkomsten opperden tegen het opnemen van 'wettelijke bepalingen en jurisprudentie' in vorenstaande definitie van de professionele standaard. Dat zou voor een expertiserend arts nogal veel gevraagd zijn. Daarop valt onder meer af te dingen dat de normen uit 'wettelijke bepalingen en jurisprudentie' plegen te worden geïncorporeerd in dichter bij de beroepsgroep liggende bronnen, zoals opleiding, protocollen en gedragsregels. Voorts had een enkeling een voorkeur voor gebruik van het begrip 'medisch-professionele standaard', waartegen anderen inbrachten dat deze term te beperkt is omdat de 'professionele standaard' méér omvat dan enkel de 'medisch-professionele standaard'. Al met al werd noch over het gebruik van het begrip 'professionele standaard' in de vraagstelling, noch over de precieze definitie daarvan volledige consensus bereikt.

10. Expliciet vragen naar de bandbreedte voor adequaat medisch handelen

Zoals reeds meermaals aan de orde kwam, is de professionele standaard geen statisch gegeven dat voor elke medische handeling pasklaar op de plank ligt. In werkelijkheid bestaat er veelal een zekere bandbreedte, gevormd door verschillende mogelijke opvattingen over de eisen waaraan de behandeling zou moeten voldoen. In paragraaf 7 maakten wij de vergelijking met het voor juristen bekende concept van de 'vage norm', die pas door confrontatie met de te beoordelen feiten nader uitkristalliseert. Het is aannemelijk dat zich bij de expertiserend arts een vergelijkbare gedachtegang voltrekt, wanneer hij het antwoord zoekt op de vraag of de gewraakte medische behandeling voldeed aan de destijds geldende professionele standaard.

Om dat gedachteproces voor de juristen maximaal inzichtelijk en navolgbaar te maken, zou de deskundige kunnen worden gevraagd om eerst de betreffende bandbreedte te beschrijven, en

⁴⁰ Zie de laatste drie in par. 5 geciteerde uitspraken (Rb. Arnhem 30 oktober 2008, 17323S8/HA RK 08-1999, gepubliceerd op het PIV Kennisnet, Rb. Amsterdam 7 mei 2009, rekestnr. 411386/HA RK 08-744, niet gepubliceerd, en Hof Leeuwarden 25 juni 2009, LJN BJ0390 (dat spreekt over 'medische standaard')).

⁴¹ J. Legemaate, De zorg van een goed hulpverlener, in relatie tot de professionele standaard, in: J. Legemaate (red.), De WGBO: van tekst naar toepassing, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 1988, p. 14-25 (in het bijzonder p. 17).

pas dan gemotiveerd zijn oordeel daartegen af te zetten. Dit met het doel hem zo veel mogelijk bouwstenen te laten aanleveren voor het juridische eindoordeel over de vraag of al of niet een beroepsfout moet worden aangenomen.

In de discussies binnen de IWMD heeft een aantal varianten van een vraag naar 'uiteenlopende opvattingen, gebruiken of scholen' binnen het betreffende vakgebied de revue gepasseerd. Daartegen werd door niemand bezwaar gemaakt. Een dergelijke vraag zou als volgt kunnen worden geformuleerd:

Indien er over het onderwerp van deze expertise/het te beoordelen handelen op uw vakgebied uiteenlopende opvattingen, gebruiken of 'scholen' bestaan, wilt u dan uiteenzetten in welke opzichten dat het geval is? Wat is uw eigen opvatting?

Een alternatief voor (of aanvulling op) deze vraag zou kunnen zijn om te informeren naar een eventuele bandbreedte in de professionele standaard, of deze nu samenhangt met 'uitlopende opvattingen, gebruiken of scholen' binnen het vakgebied of niet.

Indien op [datum behandeling] niet in alle opzichten helemaal duidelijk was wat de professionele standaard ter zake precies inhield, zou u dan in aanloop naar uw antwoord op de vorige vraag [of de behandeling voldeed aan de toenmalige opvattingen binnen de beroepsgroep] eerst de bandbreedte kunnen aangeven waarbinnen in elk geval wél duidelijk was dat het te beoordelen handelen behoorde te blijven?

Of een dergelijke vraag inderdaad het gewenste resultaat zal opleveren, zou in de praktijk moeten worden getoetst. Zij vergt in elk geval het nodige van de expertiserend arts – al is dat ook precies de bedoeling. Toch lijkt het maar de vraag of zij onder alle omstandigheden even opportuun zal zijn.

11. Conclusies

Het onderzoek van de Projectgroep en de discussies binnen de IWMD hebben tot bepaalde inzichten geleid over de vraagstelling voor expertises in medische aansprakelijkheidszaken, al is het van de ontwikkeling van een echt 'studiemodel' tot dusver niet gekomen. Zo dit al niet onvermijdelijk moet worden geacht, dan verdient het in elk geval de voorkeur om aan de expertiserend arts, naast vragen van feitelijke aard, ook de normatieve vraag te stellen of het gewraakte medisch handelen voldeed aan de daarvoor geldende maatstaven. Nadat de expertiserend arts zijn oordeel heeft gegeven, hebben de juristen uitdrukkelijk nog een eigen taak om een juridisch oordeel te geven. Door de expertiserend arts in de vraagstelling effectief uit te nodigen om inzicht te geven in de omstandigheden die hij in zijn oordeel heeft

betrokken, en het gewicht dat hij daaraan heeft toegekend, krijgen de juristen de ruimte om het oordeel van de expertiserend arts en de redenering waarop dat berust, vanuit het eigen, juridische perspectief te evalueren. Voor zover de expertiserend arts aan bepaalde overwegingen of omstandigheden een ander gewicht heeft toegekend dan vanuit juridisch oogpunt is geboden, kan dat bij deze juridische oordeelsvorming worden rechtgezet. Het gebruik van de woorden 'redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot' in de vraagstelling is niet principieel verkeerd, maar om het onderscheid tussen het oordeel van de expertiserend arts en het juridische eindoordeel tot uitdrukking te laten komen, is het beter om deze woorden niet in de vraagstelling op te nemen. Het verdient de voorkeur om tot uitdrukking te brengen dat het toetsingskader van de arts beperkt is tot het perspectief van de eigen beroepsgroep. Dat kan door het gebruik van formuleringen zoals 'de gangbare inzichten binnen uw vakgebied', 'de opvattingen binnen de beroepsgroep' of bewoordingen van vergelijkbare strekking. Een open vraag is nog in hoeverre het opportuun is om in de vraagstelling gebruik te maken van het begrip 'professionele standaard'. Overigens is die professionele standaard geen statisch gegeven dat voor elke medische handeling pasklaar op de plank ligt. In werkelijkheid bestaat er veelal een zekere bandbreedte, gevormd door verschillende mogelijke opvattingen over de eisen waaraan de behandeling zou moeten voldoen. Dit kan worden vergeleken met het voor juristen bekende concept van de 'vage norm', die pas door confrontatie met de te beoordelen feiten nader uitkristalliseert. Het is aannemelijk dat zich bij de expertiserend arts een vergelijkbare gedachtegang voltrekt, wanneer hij het antwoord zoekt op de vraag of de gewraakte medische behandeling voldeed aan de destijds geldende professionele standaard. Om dat gedachteproces voor de juristen maximaal inzichtelijk en navolgbaar te maken, zou de deskundige kunnen worden gevraagd eerst de betreffende bandbreedte te beschrijven, en pas dan gemotiveerd zijn oordeel daartegen af te zetten.