

JA 2014/6

Rechtbank Rotterdam

25 september 2013, C/10/378398/HA ZA 11-1135;

ECLI:NL:RBROT:2013:8715.

(mr. Hofmeijer-Rutten)

[Eiseres] te [woonplaats],
eiseres,
advocaat: mr. G.J.F.M. Linders,
tegen
de stichting Stichting St. Franciscus Gasthuis te
Rotterdam,
gedaagde,
advocaat: mr. E.J.C. de Jong

Partijen zullen hierna [eiseres] en SFG genoemd worden.

Medische aansprakelijkheid, Letselschade,
Verzwaarde stelplicht arts, Smartengeld

[BW Boek 7 - 453]

» Samenvatting

Een vrouw ondergaat een borstverkleinende operatie, waarbij als complicatie een week na de operatie versterf van een van de tepels optreedt, waardoor er aanvullende operatieve behandelingen nodig zijn. Eiseres verwijt het ziekenhuis dat de schade had kunnen worden beperkt als er een betere nazorg was betracht.

Onderzoek door de deskundige maakt duidelijk dat het gaat om een late complicatie, waarvoor geen curatieve behandeling meer mogelijk was geweest. Deze deskundige vraagt tevergeefs om klinische gegevens en ook de rechtbank attendeert het ziekenhuis en de advocaat daarvan op de noodzaak voldoende gegevens aan te leveren. Omdat dit niet is gebeurd, concludeert de rechtbank dat het ziekenhuis niet heeft voldaan aan de verzwaarde stelplicht en daardoor eiseres de mogelijkheden voor haar noodzakelijke bewijslevering heeft onthouden. Alhoewel de schade van patiënte zeer waarschijnlijk niet het gevolg is van onzorgvuldig medisch handelen, wordt het ziekenhuis wel tot het betalen van diverse kosten, schadevergoeding en smartengeld veroordeeld.

[beslissing/besluit](#)

» Uitspraak

1. De procedure

(...; red.)

2. De verdere beoordeling

2.1. Het betreft hier een letselschadezaak (tepelnecrose na borstverkleinende ingreep); [eiseres] verwijt SFG dat de nazorg gebrekkig is geweest.

2.2. Bij tussenvonnissen van 4 juli 2012 is een deskundigenbericht gelast. Dat bericht is ingekomen op 13 mei 2013 en luidt voor zover van belang als volgt:

“(…) Vraag 1)

1. Wat was, in december 2005, de gebruikelijke nazorg na een borstverkleinende operatie als hier aan de orde is? Bestonden er richtlijnen/protocollen/best practices of iets dergelijks op dat punt? Kunt u daarbij met name ingaan op de termijn voor het terugkomen voor controle?

Antwoord 1

In de direct postoperatieve periode krijgt de patiënt een borstverband/verbandBH. In vrijwel alle gevallen wordt een vacuumdrain in het wondgebied achtergelaten. Deze wordt bij een productie van < 20 cc/24 uur (de productie die naar wordt aangenomen, veroorzaakt kan worden door de aanwezigheid van de drain zelf) verwijderd. Na 2

dagen wordt er een wondinspectie gehouden tenzij er een dringende reden bestaat om eerder het verband/verbandBH te verwijderen.

Bijvoorbeeld bij een eventuele a) nabloeding, b) haematoom vorming, c) onzekerheid over de vitaliteit van de tepel/tepelhof d) onbegrepen klachten over pijn of discomfort.

(...). De richtlijn zoals die door de NVPC in 2009 werd gepubliceerd, is

in grote lijnen een neerslag van wat in de daaraan voorafgaande jaren dus in dit geval ook September 2005 als best practice werd gezien. (...)

Vraag 2. Is het mogelijk vast te stellen dat tepelnecrose dreigt, voordat deze daadwerkelijk optreedt? Zo ja, hoe en wanneer? Indien dat mogelijk is, bestonden er in december 2005 medische mogelijkheden om te voorkomen dat zich daadwerkelijk tepelnecrose zou voordoen? Bestond er consensus over de te volgen behandeling? Zo ja,

hoe luidde die consensus? Zo neen, wat waren de door een redelijk bekwaam en redelijk handelend arts/ziekenhuis toe te passen methoden? Wilt u dat toelichten?

Antwoord 2)

Het behoud van de vitaliteit en functie (sensibiliteit) van het tepel/tepelhof complex blijft een belangrijk aandachtspunt in borstreductieoperaties.

Complicaties zoals partiële of volledige tepelnecrose vind je vooral bij

- a. a) vasculaire (doorbloedings) stoornissen
- b) comorbiditeit zoals obesitas, diabetes mellitus
- c) medicatie (m.n.corticosteroiden)
- cl) Infectie

Omdat uit de mij toegestuurde stukken niet gebleken is, dat een andere dan vasculaire oorzaak hier een rol heeft gespeeld zal ik die bespreken. Een vasculaire doorbloedingsstoornis die mogelijk zou kunnen leiden tot tepelhofnecrose is vast te stellen.

Wanneer er sprake is van een verminderde bloed aanvoer (arterieel) waarbij het tepel/tepelhof complex niet roze aankleurt na verplaatsing van het tepel/tepelhof complex op de weefsel steel of verminderde afvoer (veneus) waarbij het tepel/tepelhof complex blauw livide verkleurt.

In principe zijn er 2 fases te onderscheiden

1) Acute: tijdens de operatie blijkt na verplaatsing van het tepel/tepelhof complex de doorbloeding gestoord.

Maatregelen (...)

2) Delayed: het complex verkleurt en necrotiseert in de loop van 3-5 dagen, meestal ten gevolge van veneuze afvoer belemmering door knikken van de vaatsteel, te hoge druk rond de steel, vetnecrose van of rond de tepelsteel, trombose van de vaten.

Maatregelen:

In principe rest de chirurg bij een voortschrijdende necrose (het kwaad is al geschied) alleen een afwachtend beleid. En in tweede instantie necrotomie en na genezing reconstructie. (productie 3)

In het onderhavige geval waren er tijdens de operatie (acute vorm) geen tekenen van een doorbloedingsstoornis.

Ook bij on(t)slag zou er sprake zijn geweest van een normale doorbloeding (al kan een aantekening bij on(t)slag hierover niet worden gereproduceerd zie ook antwoord 7)

Vraag 3. Wat was, voor zover u dat op basis van de stukken en uw onderzoek kunt vaststellen, de situatie van de rechterborst van [eiseres] toen zij zich voor het eerst met klachten meldde op de SEH (op 11 december 2005 dan wel één of enkele dagen daarna)? Acht u waarschijnlijk dat toen al tepelnecrose bestond of dat toen vast te stellen was dat tepelnecrose dreigde? Kunt u dit toelichten?

Antwoord op vraag 3.

Mej [eiseres] stelt dat zij bij haar onslag al opgemerkt heeft dat er een kleurverschil tussen de li en re tepel/tepelhof bestond. (omineus voor een vasculair gecompromitteerde steel).

Mogelijke aantekeningen (bijvoorbeeld in de verpleegkundige rapportage) hieromtrent heb ik niet bij de aan mij toegezonden stukken aangetroffen.

Bij haar bezoek aan de SEH was volgens de eerste hulp arts de tepel/tepelhof zwart en dus necrotisch. In principe treedt bij afsterven van de tepel/tepelhof eerst epidermolysis (blaarvorming) en daarna korstvorming (zwart) op. Dit is het laatste stadium van tepel/tepelhof necrose.

Vraag 4. Ervan uitgaande dat op 18 dan wel 20 december 2005 tepelnecrose bestond, wat waren daarvan in december 2005 de medische behandelmogelijkheden? Bestond er consensus over de te volgen behandeling? Zo ja, hoe luidde die consensus? Zo neen, wat waren de door een redelijk bekwaam en redelijk handelend arts toe te passen methoden?

Antwoord op vraag 4

Ja er bestond en bestaat een consensus over de behandeling van necrotisch weefsel in het algemeen en in dit geval van een necrotische tepel/tepelhof

Bij tepel/tepelhof necrose is het zaak het necrotische weefsel (meestal in een of meerdere etappes) te verwijderen.

Daarna is er sprake van een sanatio per secundam intentionem. (...)

Vraag 5. Is de in dit geval gekozen daadwerkelijke aanpak in overeenstemming met hetgeen destijds van een dergelijke arts had mogen worden verwacht? Zo neen, in welk opzicht niet? Wilt u uitgebreid toelichten op welke andere wijze had moeten worden opgetreden en daarbij ingaan op de vraag of, hoe en in hoeverre eerder had moeten worden ingegrepen?

Antwoord op vraag 5

Als met deze vraag bedoeld wordt of de behandeling vanaf het moment van vaststelling van de necrose (volgens de poliklinische status op 18 dec 2005) juist is geweest moet het antwoord bevestigend zijn.

Ik hecht er aan te verklaren dat het behandelingsvenster van een dreigende tepelnecrose uiterst small is. Alleen in het acute stadium van doorbloedingsstoornis is een conversie naar het terugplaatsen van het tepel/tepelhofcomplex in de vorm van een volle dikte huidtransplantatie mogelijk (productie 3) In alle andere gevallen wordt

volstaan met een expectatief beleid.

Vraag 6. Kunt u aangeven of en in hoeverre de onder 5 bedoelde andere handelwijze tot een andere situatie voor [eiseres] had geleid? Wilt u uitgebreid toelichten of en in hoeverre het verschil had gemaakt als eerder was ingegrepen?

Als u dat niet met zekerheid kunt zeggen, kunt u dan een indicatie geven (bijvoorbeeld in de vorm van een percentage) van een gunstiger afloop, en uw antwoord zo duidelijk mogelijk toelichten?

Antwoord op vraag 6

Met betrekking tot de behandeling vanaf 18 december 2005 was er geen andere optie.

Zoals uit het bovenstaande blijkt is alleen in het acute stadium van doorbloeding stoornis actie mogelijk die tenminste een deel van de functie van het tepel/tepelhof complex kan behouden. De uitbundige doorbloeding van de tepelsteel via de hier gebruikte mediocraniale tepelsteel benadering (productie 5) zorgt er in het algemeen voor

dat ook bij een gering kleurverschil bij het herstel van de normale bloeddruk en het afnemen van de postoperatieve zwelling de doorbloeding in de eerste uren na de operatie normaliseert. Is dat niet het geval dan moet worden gekozen voor het verwijderen van de hechtingen rond de tepelhof of conversie naar een volle dikte huidtransplantaat. In

een aantal gevallen is niet direct duidelijk of de normale doorbloeding zich voldoende herstelt.

De tepel voelt vaak wat kouder aan en de kleur kan afwijken. In die gevallen is het gebruikelijk dat er nauwkeurige monitoring plaats vindt. Dit speelt zich af in de directe (12 uur) postoperatieve periode. Is er twijfel bij ontslag over de vitaliteit van het tepel complex dan is frequente poliklinische controle aangewezen. De afwijkingen als

complicatie van een verminderde doorbloeding kunnen uiteenlopen van een geringe wond dehiscentie tot volledige tepel/tepelhof necrose. In dit expectatieve beleid past begeleiding en uitleg over de consequenties van deze complicatie.

Alleen als in de eerste 12 uur postoperatief duidelijk was geworden dat de doorbloeding zodanig gecompromiteerd was dat operatief ingrijpen zinvol was had eerder ingrijpen invloed gehad op de uiteindelijke uitkomst voor [eiseres].

Vraag 7

Heeft u naar aanleiding van uw bevindingen nog opmerkingen die relevant kunnen zijn voor het verdere verloop van deze zaak.

Antwoord op vraag 7

Gedurende de afgelopen maanden heb ik tevergeefs getracht inzicht te verkrijgen in de klinische periode (van 06-12-2005 tot en met 08-12-2005) Verzoeken om het klinische dossier alsmede het verpleegkundig dossier te kunnen inzien zijn ondanks diverse aanmaningen (productie 4) niet gehonoreerd. Ook heb ik geen antwoord

gekregen op de vraag, waarom een, tijdens de tweede opname, bij [eiseres] gevonden stollingsstoornis (...) niet nader is geanalyseerd.

Ik ben er bij het afronden van mijn werkzaamheden dan ook vanuit gegaan dat de door mij gevraagde stukken niet zijn bewaard, danwel dat zij niet ter beschikking gegeven wilden worden. Dat is te betreuren omdat met name het verpleegkundig dossier mogelijk uitkomst had kunnen brengen over de vraag of en vooral wanneer [eiseres] heeft geklaagd over de afwijkende kleur van de re tepel/tepelhof. De klinische status had mogelijk opheldering kunnen geven over de situatie bij ontslag.

De statusvoering zoals deze aan mij is aangeboden is op z'n zachtst gezegd uiterst summier.(...)"

2.3. De deskundigheid van drs. [X] staat niet ter discussie. De vragen zijn duidelijk en consistent beantwoord en geen van partijen heeft iets aangevoerd dat in de weg zou staan aan het gebruik van het rapport voor de te nemen beslissing. De rechtbank acht het rapport daartoe geschikt en maakt de antwoorden van de deskundige tot de hare.

2.4. Uitgegaan moet dus worden van een vertraagde (delayed) vasculaire doorbloedingsstoornis. [Eiseres] onderschrijft dat ook. Voor een acute doorbloedingsstoornis, dat wil zeggen dat al tijdens de operatie blijkt dat de doorbloeding niet in orde is, ontbreekt elk aanknopingspunt en [eiseres] stelt ook niet dat daarvan sprake is geweest.

Uit het antwoord op vraag 5 in combinatie met het antwoord op vraag 6 blijkt, dat in die situatie niet ter zake doet of [eiseres] op of omstreeks 11 december 2005 nog op de SEH is geweest. Immers, slechts als uiterlijk 12 uur na de operatie was gebleken van een gestoorde doorbloeding had operatief ingrijpen zin gehad. Op 11 december, 4 dagen na de operatie, was het daarvoor al te laat.

2.5. Voor wat betreft de situatie gedurende die 12 uur ontbreken gegevens. [Eiseres] heeft in het algemeen opgemerkt dat zij reeds heel snel kleurverschil tussen beide borsten heeft gezien, maar over de eerste 12 uur geen specifieke en concrete stellingen betrokken (wellicht omdat gedurende in elk geval een groot deel van die tijd de borst verbonden was). SFG heeft daarover ook geen informatie verstrekt. Uit het deskundigenbericht blijkt, dat met name het verpleegkundig dossier op dat punt relevante informatie zou kunnen bevatten.

Mede in aanmerking nemend de jurisprudentie van de Hoge Raad aangaande de verzwaarde stelplicht (vgl. NJ 1988,500) mocht van het ziekenhuis – SFG – worden verlangd dat het aan [eiseres] voldoende aanknopingspunten voor stellingen en bewijs aangaande de kunstfout zou worden verstrekt. Daartoe behoort in elk geval het ter beschikking stellen van het volledige – medische en verpleegkundige – dossier.

Het overleggen van het volledige verpleegkundig dossier is tot aan het deskundigenbericht niet aan de orde geweest. Bij de inleidende stukken (akte d.d. 11 mei 2011) bevindt zich een bladzijde daaruit, waarop onder meer de temperatuur en het vochtverlies uit de drain zijn genoteerd. De deskundige heeft, in het kader van het opstellen van zijn rapport, om het complete dossier gevraagd en dat niet ontvangen. Toen het SFG niet reageerde op het verzoek van de deskundige heeft de rechtbank op zijn verzoek, bij brief van 14 december 2012, aan de advocaat van het SFG (met kopie aan de

advocaat van [eiseres]) gewezen op de wens van de deskundige, de wettelijke verplichtingen van partijen en de eventuele gevolgen van het niet ter beschikking stellen van de gevraagde gegevens. Dit heeft kennelijk niet geleid tot het aanleveren van het verpleegkundig dossier. Ook in de conclusie na deskundigenbericht wordt geen toelichting op dat punt gegeven. Daar wordt slechts ingegaan op een ander aspect, te weten dat van de afsprakenkaart van de SEH. Inhoudelijk wordt (wellicht mede in het kader van het klinisch dossier) nader ingegaan op de toestand van de borst bij ontslag, zij het dat SFG zich daar beperkt tot een weergave van de operateur in een brief van 2010. Op het (niet overleggen van het) verpleegkundig dossier wordt echter in het geheel niet ingegaan. De rechtbank concludeert daaruit dat SFG niet naar behoren heeft meegewerkt aan het onderzoek van de deskundige, door niet alleen het verpleegkundig dossier (en het klinisch dossier) niet ter beschikking te stellen, maar evenmin een reden voor deze weigering te geven.

De deskundige brengt dit punt naar voren, omdat hij van oordeel is dat de dossiervorming van het SFG te kort schiet, maar met name omdat het verpleegkundig (en het klinisch) dossier duidelijkheid hadden kunnen bieden over het moment waarop kleurverschil is opgemerkt. Dat is dus rechtstreeks relevant voor de vraag, of sprake is van een kunstfout bestaande in het niet verlenen van voldoende nazorg in de door de deskundige als cruciaal aangemerkte periode van 12 uur na de ingreep.

[Eiseres] beroept zich in haar conclusie na deskundigenbericht op het niet overleggen en verbindt daaraan ook conclusies (te weten dat haar vordering moet worden toegewezen).

2.7. De rechtbank acht dat beroep gegrond.

Nu SFG, zonder enige toelichting, heeft nagelaten het verpleegkundig dossier over te leggen dient daaraan de consequentie verbonden te worden dat het SFG niet heeft voldaan aan de verzwaarde stelplicht en dusdoende [eiseres] de aanknopingspunten voor bewijslevering die zij nodig had heeft onthouden. [Eiseres] heeft vanaf het begin het standpunt ingenomen dat er al zeer snel sprake was van kleurverschil. De overweging van de rechtbank in ro. 4.3.1 van het tussenvonnis in dat verband is geen bindende eindbeslissing en daarbij is voorts niet betrokken de daarna gebleken omstandigheid dat SFG, zonder toelichting, het verpleegkundig dossier weigert in te brengen.

Dat betekent, dat de conclusie moet zijn dat het SFG niet de van haar te verlangen nazorg heeft geboden en dus wegens deze kunstfout aansprakelijk is voor

de daaruit voor [eiseres] voortgevloeiende schade. Dat de afspraak op de polikliniek op een destijds als adequaat en conform geldende inzichten te beoordelen termijn was gesteld doet daaraan niet af.

2.8. Voor zover SFG [eiseres] medeschuld heeft willen verwijten omdat zij, na het bezoek aan de SEH, niet tijdig opnieuw naar het ziekenhuis van SFG is gekomen (maar een behandeling in het buitenland heeft ondergaan, waarvan de inhoud onduidelijk is) wordt dat verworpen. Uit het deskundigenbericht blijkt, dat na verloop van bedoelde 12 uur de enige mogelijkheid is het verloop van de necrose af te wachten en nadien te bezien wat de mogelijkheden voor reconstructie zijn. Dat is precies wat hier is gebeurd; [eiseres] klaagt niet over de reconstructie, de deskundige maakt daarover geen relevante opmerkingen, zodat niet in te zien valt wat de relevantie van dit element zou kunnen zijn.

2.9. De rechtbank gaat er, met SFG, vanuit dat de eis is gewijzigd in die zin dat [eiseres] thans vordert dat SFG wordt veroordeeld tot betaling van € 31.192,90 als schadevergoeding. Tegen die eisvermeerdering heeft SFG geen bezwaar en deze is ook niet in strijd met de goede procesorde, zodat recht gedaan wordt op de gewijzigde eis.

De opbouw van dit bedrag is als volgt:

Materiële schade € 50,=

Medische kosten € 25,=

Reiskosten € 75,=

Smartengeld € 20.000,=

Buitengerechtelijke kosten, bestaande in kosten wegens opvragen van medische gegevens € 167,70

verrichtingen door de advocaat: € 4.475,20.

Voorts wordt als schadepost genoemd € 1.332,80 in verband met het op verzoek van [eiseres] in een eerder stadium gelaste voorlopig deskundigenbericht.

2.10. Voor wat betreft de gevorderde bedragen wegens materiële schade en de reiskosten is geen verweer gevoerd, zodat deze voor toewijzing gereed liggen.

Voor wat betreft het smartengeld heeft het SFG € 5.000,= als passend aangemerkt. Op dit punt begroot de rechtbank, mede in aanmerking nemend de in andere, min of meer vergelijkbare, gevallen

toegekende bedragen, de schade op een bedrag van € 8.000,=.

Daarbij is meegewogen dat [eiseres] meerdere operaties heeft moeten ondergaan en dat uiteindelijk, kennelijk, wel enige verbetering maar tot dusver nog steeds geen bevredigende reconstructie heeft plaatsgevonden. De (mogelijk blijvende) ontsiering en de pijn waarmee [eiseres] tengevolge van de fout is geconfronteerd staan op zichzelf vast en zijn naar hun aard moeilijk op geld waardeerbaar, maar daarvoor moet het bedrag van € 8.000,= geacht worden een redelijke vergoeding te vormen.

Voor wat betreft de buitengerechtelijke kosten is eveneens een vergoeding verschuldigd. In ieder geval komen de kosten van het opvragen van medische gegevens (die evident kosten in de zin van art. 6:96 BW vormen en waartegen SFG ook geen verweer voert) voor vergoeding in aanmerking.

SFG verweert zich op het punt van de kosten van de advocaat, maar heeft niet, zeker niet gemotiveerd, betwist dat de toevoeging van [eiseres] wordt ingetrokken als voormelde schadevergoeding wordt uitgekeerd. Evenmin is betwist dat de opgegeven (en gespecificeerde) kosten zijn gemaakt. De rechtbank stelt vast, dat het deel van de kosten dat is gemaakt na aanvang van deze procedure, welke kosten worden geacht hun vergoeding te vinden in de proceskostenveroordeling, volgens de advocaat van [eiseres] apart is geadmistreerd en dat SFG dat niet betwist. Van die kosten wordt onder de noemer buitengerechtelijke kosten geen vergoeding gevorderd.

De redelijkheid van het maken van buitengerechtelijke advocaatkosten is niet betwist (en evident). SFG betwist wel dat de hoogte redelijk is, maar dat ziet niet op het aantal bestede uren en evenmin op het uurtarief, doch slechts op de verhouding tot het volgens SFG gerechtvaardigde smartengeld. Die betwisting snijdt geen hout. De rechtbank acht het buitengerechtelijk besteden van iets meer dan 2 dagen (16,28 uur) ook bij een relatief beperkte schade zonder meer redelijk. Toewijsbaar is dus een bedrag van € 4.475,20.

Voorts acht de rechtbank ook de kosten van het voorlopig deskundigenbericht als schadepost toewijsbaar; dat dit bericht werd gevraagd was redelijk, dat het niet de gewenste duidelijkheid gaf doet daaraan niet af.

Per saldo wordt derhalve toegewezen € 14.125,70.

2.11. Tegen de ingangsdag van de rente als in de akte na comparitie gevorderd (de dag van de

operatie) is geen verweer gevoerd, vermoedelijk omdat dit ingangsmoment voor het smartengeld juist is en de andere posten mineur zijn. De rente over de materiële schade, de reiskosten en het smartengeld wordt dan ook vanaf 7 december 2005 toegewezen.

Voor wat betreft de buitengerechtigde kosten, waarvan pas bij akte van 26 juni 2013 vergoeding wordt gevraagd in de wijziging van eis, gaat de rechtbank er vanuit dat bedoeld is rente vanaf die dag te vorderen; zo opgevat is die toewijsbaar.

2.12. SFG wordt, als de in het ongelijk gestelde partij, in de proceskosten veroordeeld. Daartoe rekent de rechtbank ook de kosten van het bericht van de deskundige [X] ad € 1.445,85 (de kosten van het voorlopig deskundigenbericht zijn, zoals uit het voorgaande blijkt, reeds bij de schade meegenomen). Nu de kosten van het rapport van [X], in verband met de toevoeging, in debet zijn gesteld dient het betrokken bedrag aan de griffier te worden betaald.

3. De beslissing

De rechtbank

Veroordeelt SFG tegen behoorlijk bewijs van kwijting aan [eiseres] te betalen € 14.125,70 (veertienduizend éénhonderd vijftig euro en zeventig cent), te vermeerderen met de wettelijke rente vanaf 7 december 2005 over € 8.150,= en vanaf 26 juni 2013 over € 5.975,70;

Veroordeelt SFG in de kosten van deze procedure, tot op heden aan de zijde van [eiseres] begroot op € 71,= aan griffierecht, € 1.536,66 aan andere verschotten, waarvan € 1.445,85 te voldoen aan de griffier van deze rechtbank (rekeningnummer 56.99.90.688, ten name van MvJ Arrondissement Rotterdam [545]), onder vermelding van zaak- en rolnummer) en € 1.737,= aan advocaatsalaris;

Verklaart dit vonnis tot zover uitvoerbaar bij voorraad;

Wijst af het meer of anders gevorderde.

» Noot

Beide casusposities behandelen een complicatie na een heelkundige ingreep en tonen het typische patroon van de afwikkeling van medische aansprakelijkheid, waarbij een belangrijke rol is weggelegd voor de inbreng van een deskundig beroepsgeenoot. Beide geschiedenissen tonen ook dat

de eisers – bijna automatisch – veronderstellen dat deze foute afloop wel het gevolg moet zijn van een verkeerde handelwijze van de chirurg, de fundamentele attributiefout. Beide complicaties, de stembandverlamming en de tepelnecrose, zijn bekende ongewenste problemen van de respectievelijke ingrepen die blijken uit systematische studies van grote groepen voor die aandoeningen geopereerde patiënten. Omdat ze ook bij maximale zorg tijdens de uitvoering van de operatie niet 100% te voorkomen zijn, wijst de verwezenlijking van dergelijke risico's niet per definitie op onzorgvuldigheid. Als dat risico zich dan toch verwezenlijkt, hoe moet je dan vaststellen dat dit door een kunstfout komt? Beide eisers stellen dat de zorgverleners qua zorgvuldigheid jegens hen tekort geschoten zijn terwijl ze beter hadden kunnen doen, het idee van de *culpable control*. De rechtbank en het hof zullen de beweringen van beide eiseressen op juistheid moeten beoordelen: werd hier de kans op het zich realiseren van een ongewenste uitkomst door nonchalance vergroot? Werkprocestoetsing is hier doorslaggevend.

De waaromvraag is hier relevant: waarom trad er bij deze patiëntes de complicatie van respectievelijk heesheid en tepelnecrose op? Er spelen dus eigenlijk twee separate vragen: de vraag naar de fout én de vraag naar de oorzaak. Het vaststellen van de causale verklaring voor de onheilsgebeurtenis zal dus steeds vooraf dienen te gaan aan het beantwoorden van de schuldvraag. Het is daarbij belangrijk om bij het zoeken naar een verklaring juist open vragen te stellen – waarom gebeurde dit? (zie *Expertise en Recht* 2013, nr. 2 p. 41 e.v.)

Wordt er door de deskundigen bij deze casus wel op de juiste wijze naar deze causale verklaring gezocht? Wanneer het gaat om het verklaren van een chirurgische complicatie, welke factoren dienen dan systematisch aandacht te krijgen? Dat zijn de anatomie van het operatiegebied en de daarmee samenhangende potentiële kwetsuren, de juiste technische uitvoering van de operatie (praktijkstandaard), de benodigde kwaliteiten van de chirurg en de zorgvuldigheid van de verleende nazorg.

De schildklier casus

Stembandverlamming is de meest voorkomende reden voor claims na een schildklieroperatie (zie M.C. Singer et al. 2012, 'Thyroidectomy-related malpractice claims', doi: 10.1177/0194599811430898). Schildklieroperaties worden frequent uitgevoerd, maar de kans op dit zenuwletsel is toch relatief laag. In de VS bedraagt de claimfrequentie 5,9 op 10.000 schildklieringrepen. De problematiek van onze

casuspositie is dus allesbehalve uniek en zal daarom ook in dat bredere epidemiologische perspectief moeten worden beoordeeld: wat hebben we geleerd van het onderzoek van groepen geopereerden met deze specifieke complicatie en hoe passen we dat vervolgens hier toe?

Omdat de stembandzenuw dicht tegen de schildklier aanligt, dient deze bundel eerst nauwkeurig te worden geïdentificeerd en vervolgens vrijgeprepareerd. Dat vormt dus een cruciaal onderdeel van de ingreep en vraagt om een specifieke operatietechniek. Als uit wetenschappelijk empirisch onderzoek die juiste dissectietechniek zo belangrijk blijkt, zal ook bij deze casuspositie duidelijk gemaakt moeten worden hoe de chirurg met deze kwestie is omgesprongen en je mag dus verwachten dat dit duidelijk wordt vastgelegd in het operatieverslag.

Hoe onderscheid je hier nu onzorgvuldigheid van pech? Dat kennelijk de zenuw voor een vaatstructuur werd aangezien, is gezien de afloop evident en voor de rechters voldoende verklaring (zie slotzin r.o. 3.4.4) en dit wordt niet als onzorgvuldigheid geduid want “De deskundige heeft aldus met zijn specifieke kennis en kunde van de (vaat)chirurgie de inhoud van het operatieverslag geanalyseerd op een consistente en inzichtelijke wijze. Zijn hiervoor besproken antwoord is gemotiveerd en vloeit logisch voort uit de toelichting die hij heeft gegeven” (r.o. 3.4.5). Maar is dit geen argumentatiefout? Er gaat evident iets mis (de uitkomst) maar volgens de deskundige maakt de chirurg geen fout (het werkproces). De te beantwoorden cruciale vraag is hier: *hoe* kon het gebeuren dat de chirurg de zenuw voor een bloedvat aanzag? Ging hij op de juiste wijze te werk? Daarvoor hebben we dus wederom de geschiedschrijving van de operatie nodig, jawel het operatieverslag! Maar hoe staan de rechtbank en later het hof tegenover het gebruik tijdens een procedure van een dergelijk operatiebeschrijving?

In deze uitspraak overweegt het hof: “Terecht heeft de rechtbank in dit verband overwogen dat een operatieverslag niet wordt bijgehouden om tot bewijs in een juridische procedure te strekken. Een operatieverslag wordt bijgehouden voor zover dit voor een goede hulpverlening aan de patiënt noodzakelijk is” (r.o. 3.4.2). Hoe “terecht” is die overweging? De operatieve (goede) hulpverlening heeft inmiddels plaatsgevonden en er rest alleen nog de nazorg. De argumentatie in de slotzin van r.o. 3.4.2 klopt niet want het hof vindt dat een OK-verslag geen rol bij de bewijslevering mag spelen, terwijl dit het enige document is dat hier opheldering kan geven (overigens: binnen snijdende specialismen wordt geëxperimenteerd met

videoregistraties van operaties om later eventuele fouten te kunnen herkennen; voer voor letselschadeadvocaten).

Als het *handelen* van een chirurg retrospectief moet worden beoordeeld, hoe moet dat dan? Hebben we dan juist geen behoefte aan een voldoende gedetailleerde registratie daarvan in het operatieverslag en maakt dat verslag dan geen onderdeel uit van het dossier? Art. 7:454 lid 1 BW bepaalt immers: “De hulpverlener richt een dossier in met betrekking tot de behandeling van de patiënt. Hij houdt in het dossier aantekening van de gegevens omtrent de gezondheid van de patiënt en de te diens aanzien *uitgevoerde verrichtingen* (curs. RG) en neemt andere stukken, bevattende zodanige gegevens, daarin op, een en ander voor zover dit voor een goede hulpverlening aan hem noodzakelijk is.” Het wettelijke kader van art. 7:454-7:457 BW is bij de omgang met medische informatie in een (bodem)procedure toch belangrijk?

Onbegrijpelijk is dat waar de eis zich richt tegen twee chirurgen van het AMC er een deskundige hoogleraar wordt benoemd uit datzelfde academische centrum en nota bene uit dezelfde heelkundige vakgroep. Er bestaan (nog?) geen rechtsregels wie er als deskundigen mogen optreden, maar rechtsbeginselen en daarmee samenhangende gedragsregels van diverse medische verenigingen geven aan dat er om de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de deskundige zoveel mogelijk te waarborgen geen familierelaties en geen actuele of historische professionele banden mogen bestaan tussen de gedaagde(n) en de deskundige. De stalmeester zal een fout van een van diens stalknechten tegenover de buitenwereld willen vergoelijken.

Het is een tikkeltje merkwaardig dat de ingreep in kwestie hier door een vaat- en niet door een endocrien(=klier)chirurg wordt uitgevoerd. Daarover wordt geen discussie gevoerd – wel over de mee-opererende nog relatief onervaren chirurg in opleiding. In dat licht is het bovendien bijzonder dat er weer een vaatchirurg als deskundige voor beoordeling van het handelen werd gevraagd! Dit deskundigenonderzoek had door een endocrien chirurg zonder enige band met het betreffende academische ziekenhuis moeten worden verricht en de vraag of en hoe er iets met het identificeren van de zenuw was misgegaan, zou precies moeten worden beantwoord.

Uit dit vonnis krijg ik niet de indruk dat deze complicatie werkelijk tot op de bodem is uitgezocht en begrijp ik de onvrede van de gelaedeerde daarover.

De borstoperatiecasus

Nog een complicatie en weer een deskundige die in diens rapportage een onderbouwde causale verklaring voor dit onheil geeft en dit beschouwt als late en redelijkerwijs niet te voorkomen gebeurtenis. De discussie over de al dan niet gebrekkige kwaliteit van de nazorg is daardoor feitelijk minder van belang, want toen de complicatie optrad, viel de tepel al niet meer te redden. Tot zover beschouwd heeft het ziekenhuis eigenlijk de deskundige aan diens kant, maar op het moment dat die expert graag meer informatie uit het dossier zou willen hebben, laat de gedaagde partij ook na herhaaldelijke verzoeken en een waarschuwing van de rechter het afweten.

Dat laat de rechtbank, onder verwijzing naar HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 500 kennelijk geen andere keuze dan het ziekenhuis toch te veroordelen, omdat dit niet aan de verzwaarde stelplicht heeft voldaan, een belangrijk leerstuk binnen de medische aansprakelijkheid. In genoemd arrest stelt de HR immers als regel in r.o. 3.4: “Wel kan van de arts worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt ten einde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen.” Maar is een dergelijke stellingname wel voor deze casus relevant? Deze eiseres veronderstelt een causaal verband tussen het teloorgaan van haar tepel (het schadegevolg) en een kunstfout bij de medische zorg (de onrechtmatigheid). Hier komt weer het al genoemde cruciale belang van een adequate en goed onderbouwde causale verklaring voor de onheilsgebeurtenis om de hoek kijken. Afgaande op de citaten uit het deskundigenrapport in dit vonnis wordt als causale verklaring aangegeven dat het gaat om een zg. delayed-type necrose en daarbij is er door de beschreven ontstaanswijze ervan geen moment voorhanden waar adequaat ingegrepen had kunnen worden om erger te voorkomen. Anders gezegd: dit schadegevolg had menselijkerwijs niet verhinderd kunnen worden en middels de CSQN-toets is er dus geen causaal moment te identificeren waarop ander handelen tot minder of geen schade voor deze cliënte had geleid.

Moet er bij het oordeel nu prioriteit worden toegekend aan de verzwaarde stelplicht, terwijl de uitkomst daarvan zeer waarschijnlijk geen invloed zou hebben gehad op het niet kunnen vestigen van de aansprakelijkheid bij gebrek aan causaal verband? Zoals art. 128 lid 5 Rv stelt: “De conclusie van antwoord vermeldt de bewijsmiddelen waarover gedaagde kan beschikken tot staving van de gronden van zijn verweer, alsmede de getuigen die hij daartoe kan doen horen. De rechter kan gedaagde

bevelen alsnog de ontbrekende gegevens te verstrekken”. Er ligt dus een vereiste van een voldoende gemotiveerde betwisting waarbij in het geval van medische aansprakelijkheid nog hogere eisen worden gesteld en daar ligt het primaat bij het oordeel.

Conclusies

Medische aansprakelijkheid gaat steeds over ondervonden schade door vermeend foutief medisch handelen. Het valt me iedere keer bij de juridische afhandeling van dergelijke casusposities weer op hoe hoofd- en bijzaken kunnen worden verwisseld en slordigheden in het gedrag van procespartijen de aandacht van het kernvraagstuk afleiden. En ook gaat het regelmatig mis bij het kiezen van de juiste deskundigen en het kritisch evalueren van hun rapportage. Deze twee uitspraken zijn daarvan een voorbeeld.

Het goed laten verlopen van achtereenvolgens de waarheidsvinding en het oordelen vragen twee aparte normatieve kaders, die niet los van elkaar kunnen worden gezien: het formeelrechtelijke en het epistemologische. Bij de schildkliercasus ondervindt eiseres mogelijk nadeel van de suboptimale afhandeling van het feitenonderzoek en bij de borstoperatie bezorgt de gedaagde partij zichzelf onnodig nadeel door de bewijsrechtelijke beginselen en regels te veronachtzamen. Twee leerzame gevallen dus!

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