



VU Research Portal

Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatte revoluties

Smeehuijzen, J.L.; Akkermans, A.J.

published in

Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid
2013

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)

Smeehuijzen, J. L., & Akkermans, A. J. (2013). Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatte revoluties. In *Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid* (pp. 13-88). (Preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht). SDU.

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

Deel 1

Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatte revoluties

Prof. mr. dr. J.L. Smeehuijzen en prof. mr. dr. A.J. Akkermans*

* Lodewijk Smeehuijzen en Arno Akkermans zijn beiden hoogleraar privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam en verbonden aan het Amsterdam Centre for Comprehensive Law (ACCL). Dit preadvies berust mede op een onderzoek naar de opvang en schadeafwikkeling na medische incidenten dat de preadviseurs samen met anderen hebben verricht: J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst. *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen* (2013). De preadviseurs zijn schatplichtig aan hun mede-onderzoekers bij dat onderzoek.

1 Inleiding

De afgelopen jaren bestaat toenemende aandacht voor patiënten die in de gezondheidszorg onbedoelde schade oplopen. In de media is er voortdurend aandacht voor casuïstiek van uiteenlopende aard, met als terugkerend thema dat in diverse opzichten inadequaat wordt gereageerd.¹ Het onderwerp staat ook politiek op de agenda, met als recente voorbeelden de aankondiging van de SP van een initiatiefwetsvoorstel Compensatiefonds Medische Fouten² en de Initiatiefnota Patiëntveiligheid van de VVD.³ Verschillende onderzoeken suggereren dat er problemen zijn rond de afwikkeling van schadeclaims. Aanleiding genoeg dus voor een preadvies over compensatie na medische fouten. Het preadvies is als volgt opgebouwd.

In het eerste deel trachten wij, in paragraaf 2, nader te analyseren waarom het medisch aansprakelijkheidsrecht⁴ moeizamer lijkt te functioneren dan ander terreinen van het aansprakelijkheidsrecht. Die analyse is nodig om te kunnen bedenken waar mogelijkheden tot verbetering liggen. Opmerking verdient dat het inzicht dat het medisch aansprakelijkheidsrecht eigenlijk onvoldoende functioneert, niet van vandaag of gisteren is. In dat besef zijn de afgelopen jaren al belangrijke initiatieven tot verbetering genomen. In paragraaf 3 zullen wij op die ontwikkelingen ingaan. De conclusie zal zijn dat deze ontwikkelingen zeer betekenisvol zijn, maar dat zij verdere ondersteuning, aanvullende maatregelen en vervolgstappen nodig hebben om betekenisvoller verbeteringen te realiseren. In paragraaf 4 worden suggesties tot nadere verbetering gedaan.

Aldus staat in het eerste deel van dit preadvies het bestaande stelsel centraal. Er zijn echter in de loop der tijd ook stemmen opgegaan om het bestaande stelsel te verlaten en over te stappen naar een ander systeem. Om die kwestie gaat het in het tweede deel. Het Nederlandse systeem voor vergoeding van door medische fouten geleden schade is gebaseerd op het algemene aansprakelijkheidsrecht. In het buitenland bestaan voor compensatie van medische schade wel *no-fault* systemen of combinaties daarvan met het traditionele aansprakelijkheidsrecht.⁵ In

1 Zo bijvoorbeeld Tros Radar 1 oktober 2012.

2 Zie www.sp.nl/nieuwsberichten/12511/120828-leijten_lanceert_wetsvoorstel_compensatiefonds_medische_fouten.html

3 Initiatiefnota van de leden Anne Mulder en Michiel van Veen over Patiëntveiligheid, Handelingen II 2012/13, 33 497 nr. 2.

4 De termen ‘medisch aansprakelijkheidsrecht’ of ‘medische aansprakelijkheid’ zijn taalkundig wat onbeholpen, maar worden korthedshalve toch gebruikt.

5 Zie R.M.P.P. Cascão, *Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005; Rui Cascão & Ruud Hendrickx, ‘Shifts in the Compensation of Medical Adverse Events’, in: Willem H. van Boom & Michael Faure (red.), *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, Wenen: Springer 2007, p. 113-142; Jos Dute, Michael Faure & Helmut Koziol (red.), *No-fault Compensation in the Health Care Sector*, Wenen: Springer 2004, p. 444-484 (Dute).

Nederland is in termen van een systeemwijziging tot nu toe met name gepleit voor invoering van een *no-fault*compensatiesysteem, onder andere van de zijde van de KNMG.⁶ Heel dichtbij, in België, is onlangs een tweesporensysteem geïntroduceerd. Hieraan is het preadvies gewijd van onze mede-preadviseur Vansweevelt. In paragraaf 5 bespreken wij in hoeverre het ook in Nederland beter zou kunnen gaan in een *no-fault*stelsel, waarbij wij onder meer onderscheid maken tussen de claimbeoordeling, de positie van de patiënt, en de relatie zorgverlener-patiënt. Onze conclusie zal zijn dat op het eerste en het laatste punt te veel van een *no-fault*stelsel pleegt te worden verwacht, maar dat op het punt van de positie van de patiënt in het Belgische tweesporensysteem veel elementen zitten die inspiratie kunnen opleveren voor Nederland. Dat geldt ook voor het nieuwe Duitse *Patientenrechtengesetz*, dat eveneens in paragraaf 5 aan de orde komt. Daarvoor gaan wij nog in op een andere aanpassing die wel wordt voorgesteld, namelijk de verlichting van de bewijslast met betrekking tot de tekortkoming.

Tot slot van deze inleiding het volgende. Het preadvies heeft tot onderwerp schadevergoeding na een medische fout. Het ligt dus voor de hand in te gaan op (processuele aspecten van) het schadevergoedingsrecht. Dat zullen wij ook doen. Het punt is evenwel dat een belangrijke oorzaak van de ‘slechte naam’ van het medische aansprakelijkheidsrecht buiten het schadevergoedingsrecht is gelegen. Verschillende onderzoeken suggereren dat wanneer de opvang en bejegening van een patiënt na een medische fout niet naar behoren verloopt, dit een soepele en in goede sfeer verloopende claimbeoordeling en schadeafwikkeling bij voorbaat onmogelijk maakt. Ook kan de patiënt geneigd zijn om het aansprakelijkheidsrecht aan te wenden om doelen te bereiken ter verwezenlijking waarvan het niet gemaakt is. Het aansprakelijkheidsrecht kan het dan, om zo te zeggen, nooit goed doen. Wij zullen zowel op die onderzoeken over de beweegredenen van patiënten, als op die buiten het aansprakelijkheidsrecht gelegen noodzakelijke maatregelen ingaan. Die kwesties zijn voor het medische aansprakelijkheidsrecht van wezenlijk belang, maar zijn meer praktisch en empirisch georiënteerd dan men in juridische geschriften traditioneel gewend is.

2 Het moeizame functioneren van het medisch aansprakelijkheidsrecht

2.1 Aanwijzingen voor problemen met het medisch aansprakelijkheidsrecht

In de inleiding werd opgemerkt dat het medisch aansprakelijkheidsrecht moeizaam functioneert. Het volgende ter toelichting. De Commissie Lemstra II schrijft in haar rapport uit 2010: *“De commissie is tijdens haar onderzoek gestuit op verschillende problemen rond de behandeling van schadeclaims, die voortvloeien uit het vigerende*

6 KNMG Kwaliteitsmanifest 2004, onder 7, *Het aansprakelijkheidsstelsel*.

systeem van de aansprakelijkheidsverzekering. Daarmee zijn deze problemen vermoedelijk niet uniek voor afhandeling van de zaak Jansen [naar aanleiding van het disfunctioneren van Jansen werd de Commissie Lemstra ingesteld], maar gelden meer in het algemeen."⁷ De Commissie wijst er op dat voor patiënten onduidelijk is wat zij van het ziekenhuis mogen verwachten, dat schadeafwikkeling een onoverzichtelijke, langdurig traject is, dat de beoordelaar van de claim belang heeft bij een lage schadelast, dat de behandeling door de verzekeraar als onaangenaam wordt ervaren, dat er onzekerheid is over de kosten en dat de patiënt bovendien een aanzienlijk financieel risico draagt. Eerder, in 2008, oordeelde Stichting de Ombudsman negatief over afhandeling van medische letselschadezaken.⁸ Problemen werden onder andere geconstateerd op het gebied van bewijslastverdeling, onvoldoende communicatie na een incident, onvolledige dossiers, belangenbehartigers die te weinig zicht geven op het verloop van de zaak, een lange strijd over aansprakelijkheid buiten het gezichtsveld van de patiënt en medisch adviseurs die niet objectief oordelen.

Zelf hebben wij recent patiënten in empirisch onderzoek gevraagd naar hun ervaringen met het schadeafwikkelingsproces.⁹ Men tekent dan citaten op als de volgende:

(gemiste diagnose waardoor amputatie van lichaamsdeel noodzakelijk was): *Ach, daar word je ziek van. Bij alle narigheid die je al hebt, daar wordt je echt ziek van, ja.*

Deelnemers ervaren het proces als emotioneel belastend, mede als gevolg van het feit dat het hen steeds opnieuw confronteert met het gebeurde.

(geopereerd aan heupdysplasie, achteraf bleek dat patiënt dit niet had): *Ja, en zo'n claim is ook zwaar hoor. Mijn god, mijn god. Dan komt er weer zo'n rapport binnen, ik heb er net ook weer een binnen gekregen. Dat ligt daar nog. Ik heb zoiets van, oh nee, nog niet. Even niet lezen [...] Iedere keer komt er zo'n rapport binnen en dan moet je dat lezen en dan komt heel die toestand weer terug.*

7 Tweede externe onderzoekscommissie MST ('Commissie Lemstra II'), Heel de patiënt, *Het handelen van de beroepsmatig betrokkenen na het vertrek van een disfunctionerende medisch specialist*, 2010, p. 57.

8 Stichting De Ombudsman, *Over leven in de medische letselschadepraktijk*, Hilversum, Stichting De Ombudsman, 2008.

9 J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst. *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen* (2013).

Ook de administratieve last die ermee gepaard gaat werd als belastend ervaren.

(technische fout tijdens oogoperatie, blind aan één oog): *Ja. Wat ik zei, ondanks dat de advocaat veel doet, komt er weer een brief van die advocaat. Nou, dan moet ik hem openmaken, daar heb ik al moeite mee. Dan: 'Ja, het spijt me, maar wilt u dit en dit en dit nog op een rij zetten. Kunt u nog facturen vinden van dit en kunt aantonen dat'.*

Het meest genoemd werd echter de traagheid van het afwikkelingsproces.

(gemiste diagnose waardoor amputatie van lichaamsdeel noodzakelijk was): *Of het met de postduif moet. Echt, ik vind het schandalig, ik vind het echt schandalig. Dat het zo moet, dat het zo gaat. Het kan wel anders, maar het gaat zo. Het kan makkelijk een beetje tempo achter gezet worden. Het moet allemaal maanden duren. Het is dik anderhalf jaar geleden en wat zijn we opgeschoten? Nog helemaal niks. Maar ze denken zeker van, ze geven het wel op.*

Men zou het succes van het medisch aansprakelijkheidsrecht ook kunnen afmeten aan de mate waarin het zijn doel bereikt. Het medisch aansprakelijkheidsrecht beoogt primair volledige schadevergoeding van de patiënt na een medische fout. Van belang is dus te bezien in hoeverre patiënten inderdaad de door hen geleden schade vergoed krijgen. Legemaate constateerde in 2011, door vergelijking van de NIVEL-cijfers¹⁰ over onbedoelde schade in Nederlandse ziekenhuizen met de jaarlijks uitgekeerde schadevergoeding: *"Het heeft er dus alle schijn van dat het huidige systeem ertoe leidt dat een onbekend, maar naar mag worden aangenomen substantieel aantal patiënten niet krijgt waar hij recht op heeft."*¹¹

In het licht van het voorgaande lijkt nauwelijks voor discussie vatbaar dat het functioneren van het medisch aansprakelijkheidsrecht bepaald voor verbetering vatbaar is.

10 Vastgesteld is door het NIVEL dat circa 8% van de in 2008 in het ziekenhuis opgenomen patiënten te maken heeft gekregen met zorggerelateerde schade. In 2,9% van de gevallen (37% van de gevallen van zorggerelateerde schade) wordt deze schade vermijdbaar geacht. Bij extrapolatie van deze percentages naar heel Nederland, hebben ongeveer 104.000 patiënten te maken gekregen met zorggerelateerde schade en ongeveer 38.6000 patiënten met potentieel vermijdbare schade, inclusief naar schatting 1960 gevallen waarbij de potentieel vermijdbare schade heeft bijgedragen aan het overlijden.

11 J. Legemaate, *Wikken en wegen, Gezondheidsrecht in beweging*, oratie UvA, Amsterdam University Press 2011, p. 14.

2.2 *Waardoor het medisch aansprakelijkheidsrecht zo moeizaam functioneert*

2.2.1 *Inleiding*

Voor de problemen van het medisch aansprakelijkheidsrecht zijn in de kern vier oorzaken aan te wijzen. In de eerste plaats is het door de complexiteit van het medisch handelen moeilijk aansprakelijkheid vastgesteld te krijgen. Ten tweede ervaren claimanten de procedure als erg bezwaarlijk. Ten derde zijn er factoren buiten het aansprakelijkheidsrecht, namelijk de opvang en bejegening van de patiënt direct na het incident, die een sterk negatieve invloed op het verloop van de schadeafwikkeling kunnen hebben. Een vierde factor is het functioneren van de eigen belangenbehartiger en de aansprakelijkheidsverzekeraar. Over deze factoren meer in het bijzonder het navolgende.

2.2.2 *De hindernissen van het medisch aansprakelijkheidsrecht*

Grof gezegd verloopt het debat over schadevergoeding in twee stappen: eerst wordt vastgesteld of er een grondslag voor aansprakelijkheid is. Als die er inderdaad is, rijst de vraag welke schade voor vergoeding in aanmerking komt. Beide vragen moeten in het ‘oordeel’ van de claimant worden beantwoord. Dit schema geldt voor het aansprakelijkheidsrecht in het algemeen en dus ook voor medische aansprakelijkheid. Het punt in medische zaken is dat het voor de patiënt moeilijker is die twee hindernissen te nemen dan in andere aansprakelijkheidszaken.

Bij beoordeling van de vraag naar de grondslag gaat het er over het algemeen om of de zorgverlener heeft gehandeld zoals ‘van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot’ verwacht mocht worden. Dat is niet de enig mogelijke grondslag voor aansprakelijkheid – er kan bijvoorbeeld ook aansprakelijkheid bestaan voor falende apparatuur – maar het is in de praktijk wel veruit de belangrijkste. Het is om verschillende redenen lastig aan te tonen dat niet aan die maatstaf is voldaan. Ten eerste is het zo dat medisch handelen zich moeilijker laat beoordelen dan, bijvoorbeeld, verkeersgedrag, omdat bij de beoordeling van medische zaken een grotere *margin of reasonable disagreement* bestaat. Of bij een verkeersongeval de aangesproken partij een verkeersregel heeft geschonden, is in mindere mate aan discussie onderhevig dan de vraag of de arts in strijd met de medisch professionele standaard heeft gehandeld. Dat komt doordat op zichzelf veelal de regel minder eenduidig is – de normen die in het verkeer gelden zijn duidelijker dan de normen die voor medisch handelen gelden – maar ook doordat de toepassing van die regel sterk afhankelijk is van de omstandigheden van het geval – van de omstandigheden van deze ingreep bij deze patiënt met deze voorgeschiedenis. Het komt dan aan op waardering van de omstandigheden, en over die waardering kan men van mening verschillen.

Lukt het de patiënt aan te tonen dat er een grondslag is voor aansprakelijkheid, dan volgt de vraag in hoeverre zijn schade voor vergoeding in aanmerking komt.

Het gaat daarbij in de praktijk met name om de feitelijke vraag of de medische fout de door de patiënt gevorderde schade heeft veroorzaakt – de kwestie van het *condicio sine qua non*-verband tussen fout en schade. Het bestaan van deze eis is op zichzelf makkelijk te rechtvaardigen: schade die zonder de medische fout ook zou zijn ontstaan, behoeft niet door degene die de fout maakt, te worden vergoed. De eis van *conditio sine qua non*-verband tussen daad en schade wordt daarom op alle terreinen van het aansprakelijkheidsrecht gesteld. Maar ook hier kent het medische domein bijzonder problemen. De vereiste *wegdenkoefening* – ‘hoe zou de toestand van de patiënt geweest zijn zonder de medische fout?’ – is vaak moeilijker uit te voeren dan in andere gevallen. Dat heeft te maken met het karakter van medisch handelen. Met medisch handelen wordt beoogd een verbetering in de gezondheid van de patiënt te bewerkstelligen. Betwijfelbaar is soms in hoeverre een geslaagde handeling daar inderdaad in geslaagd zou zijn. ‘Was bij een juiste diagnose de patiënt te genezen geweest?’; ‘Was bij tijdig ingrijpen van de gynaecoloog het hersenletsel geringer geweest?’ Een ander punt is dat het om mensen gaat die veelal al iets mankeren, zodat, wanneer na een medische fout een verslechtering in de gezondheidstoestand intreedt, de vraag rijst of die verslechtering niet ook zou zijn ingetreden als de fout niet was gemaakt.

Dat op het medisch domein zowel het vaststellen van de grondslag als het causaal verband zo lastig is, komt procesrechtelijk ‘voor rekening’ van de patiënt; hij moet in beginsel de feiten stellen en bewijzen op basis waarvan kan worden geoordeeld dat er een grondslag is voor aansprakelijkheid en dat causaal verband bestaat tussen fout en schade. Dat is in een aantal opzichten bezwarend.

Door de complexiteit van de vragen naar grondslag en causaal verband, kan de patiënt zich over de vraag of hij een vordering heeft, geen oordeel vormen zonder medisch adviseur. Die kost om een voorlopig oordeel te krijgen, inclusief het opvragen van medische informatie, meestal niet onder de € 1.500.¹² De patiënt draagt voor dat bedrag risico, omdat hij die kosten alleen vergoed krijgt als de grondslag voor aansprakelijkheid komt vast te staan.¹³ Het is bovendien zo dat het verkrijgen van de medische informatie waarop de patiënt zich wil baseren zekere tijd vergt – voor toezending door de zorgverlener wordt een termijn van zes weken als redelijk gezien – en niet altijd probleemloos verloopt.

Los van de kosten van dat initiële advies geldt dat wanneer de patiënt een procedure begint en hij deze verliest, hij een deel van de kosten van de wederpartij moet dragen. Dat risico kan mensen ervan weerhouden een vordering in te stel-

12 Onvermogenen kunnen van de Raad voor Rechtsbijstand wel een vergoeding voor juridische bijstand krijgen, maar niet voor medische bijstand, al is er wel een lening beschikbaar voor inschakeling van een medisch expert.

13 En als deze kosten vervolgens als ‘redelijk’ in omvang ex artikel 6:96 BW worden gezien. Hierover bestaat regelmatig verschil van mening.

len – en ertoe aanzetten genoeg te nemen met minder dan waartoe men meent gerechtigd te zijn. Ook komt de eigen advocaat, zolang de grondslag van de aansprakelijkheid niet vast staat, voor rekening van de patiënt.

Dat het medisch oordeel zowel bij grondslag als causaal verband zo belangrijk is, brengt met zich dat in het debat de medisch deskundige een centrale rol speelt. Als na het initiële advies van zijn eigen medisch adviseur de patiënt zijn vordering door wil zetten, zullen over het algemeen partijen gezamenlijk een deskundige benoemen (het oordeel van partijdeskundigen wordt door de wederpartij gewantrouwd). Die gemeenschappelijke keuze kan moeizaam verlopen. Als over de persoon van de deskundige overeenstemming is bereikt, kan nog een debat over de vraagstelling volgen. En vervolgens geeft veelal het concept-rapport dat de deskundige schrijft aanleiding tot nader verschil van mening. De discussies over persoon van de deskundige, de vraagstelling, en het rapport van de deskundige, kunnen de afwikkeling tot een langdurige kwestie maken – met een moeilijk voorspelbare uitkomst.

Concluderend: in kwesties als verkeers- en werkgeversaansprakelijkheid moet de benadeelde over, zeg, drie hindernissen heen springen om zijn schade vergoed te krijgen. In medische zaken zijn dat er zes, en zijn die hindernissen bovendien aanzienlijk hoger dan op andere terreinen. Bedoeld is hier niet te zeggen of dat goed of verkeerd is; het is eenvoudig het gevolg van de grotere feitelijke complexiteit van het medisch domein.

2.2.3 *De ‘menselijke dimensie’ van het medisch aansprakelijkheidsrecht; de letselschadeafwikkeling is belastend*

De voorgaande moeilijkheden bij de verwezenlijking van het recht op schadevergoeding treffen elke eisende partij. Ook voor een niet-natuurlijke persoon, denk bijvoorbeeld aan de ziektekostenverzekeraar van de patiënt die regres zou willen nemen, is bezwarend dat het zo lastig is aannemelijk te maken hoe de situatie geweest zou zijn zonder medische fout. Maar voor een patiënt lijkt het debat over schadevergoeding in het bijzonder belastend.

Het gaat bij de afwikkeling van letselschade om een strijd tussen ongelijkwaardige partijen. De particulier is kwetsbaar, zowel in emotionele als in financiële zin. Waar de schaderegelaar van de verzekeraar in dienstverband op kantoor tijden het dossier behandelt, moet de benadeelde, bij wijze van onbetaalde en belastende bijbaan een juridische strijd met wezenlijk financieel risico beginnen, zowel wat kosten als wat opbrengst betreft – terwijl hij gegeven zijn medische beslommeringen toch al niet op zijn best is en eigenlijk al zijn aandacht op zijn herstel moet richten. Dit resulteert in een belasting die het niveau van de ‘alledaagse ergernis’ ruim overstijgt.

Hiervoor werd al een aantal citaten gegeven van patiënten over hun ervaring met de schadeafwikkeling. De schadeafwikkelingsprocedure werd door de meeste deelnemers als (zeer) belastend ervaren. Sommige deelnemers stellen dat dit ook invloed heeft op hun gezondheid.¹⁴

Deze citaten passen in de lijn van eerder onderzoek verricht in opdracht van het WODC naar de behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht.¹⁵ Op basis van internationale literatuur en interviews met claimanten wordt geconcludeerd: “*Het hier beschreven onderzoek bevestigt de uitkomst van eerdere onderzoeken op dit terrein, namelijk dat veel slachtoffers het letselschadeproces als psychisch belastend ervaren en dat ze van mening zijn dat het proces hun gezondheid en welzijn negatief heeft beïnvloed.*” De psychiater Van Tilburg spreekt over: “*een destructieve neerwaartse miscommunicatiespiraal tussen het slachtoffer en allerlei instanties [...] die een nieuw trauma voor de reeds getroffen betekent.*”¹⁶ Terwijl het (proces-)recht beoogt te herstellen, richt het in feite juist extra schade aan. Men spreekt ook wel van ‘secundaire victimisatie’.¹⁷

Soms zal die ‘secundaire victimisatie’, denkend in termen van ons schadevergoedingsrecht, te kwalificeren zijn als psychisch letsel en soms zelfs leiden tot lichamelijk letsel (als de psychische nood het herstel vertraagt). Veelal zal geen werkelijk psychisch en/of lichamelijk letsel ontstaan, maar zal toch het welzijn van het slachtoffer aanzienlijk te lijden hebben. Dat de procedure tot schadevergoeding voor de patiënt – in meer of minder mate – schadelijk kan zijn, mag het schadevergoedingsrecht zich bepaald aantrekken, omdat het doel van het schadevergoedingsrecht nu juist is de benadeelde terug te brengen in de situatie zonder de fout.¹⁸

14 J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst. *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen* (2013).

15 R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht*. Deel I Terreinverkenning, Den Haag: WODC, 2007, waarover ook A.J. Akkermans en K.A.P.C. van Wees, ‘Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief’, *TVP* 2007 (4), p. 103-118

16 W. van Tilburg, ‘Affectieschade, shockschade en compensatie: De visie van een psychiater’, *VR* 2004, p. 12.

17 R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht*. Deel I Terreinverkenning, Den Haag: WODC, 2007, p. 61 e.v.

18 A.J. Akkermans en K.A.P.C. van Wees, ‘Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief’, *TVP*, 2007 (4), p. 103-118.

Overigens verdient hier opmerking dat uit (met name internationaal) onderzoek blijkt dat een medische fout niet alleen ingrijpende emotionele en psychische gevolgen kan hebben voor de patiënt, maar ook voor de zorgverlener die de fout heeft begaan.¹⁹ Illustratief in dit verband zijn de verhalen van Nederlandse artsen over hun persoonlijke ervaringen met fouten.²¹ In dit verband wordt ook wel gesproken van de zorgverlener als tweede slachtoffer.²¹ Het gaat daarbij om negatieve emoties zoals angst voor toekomstige fouten, slapeloosheid, verminderd zelfvertrouwen, schuldgevoelens en depressiviteit. Een deel van artsen kampt met langdurige psychische gevolgen die vergelijkbaar zijn met een post traumatische stress stoornis (PTSS), zoals herbelevingen van het incident, nachtmerries en ontwijkingsgedrag.²²

In termen van het veroorzaken van psychologische druk mag het aansprakelijkheidsrecht geacht worden plaats te nemen achter met name het straf-, maar ook het tuchtrecht, omdat in die laatstgenoemde procedures het oordeel over het functioneren van de arts centraal staat, terwijl die kwestie in het aansprakelijkheidsrecht weliswaar aan de orde komt, maar niet het speerpunt van de procedure vormt. Aansprakelijkheid zonder verwijt aan de arts is heel goed denkbaar.²³ Dat doet er niet aan af dat na een incident de zorg voor de arts belangrijke aandacht verdient – onder andere in het kader van de nader te bespreken²⁴ *open disclosure*.

2.2.4 *Verder kijken dan financiële compensatie: waar gaat het de patiënt om na een medische fout?*

In het voorgaande stond centraal wat de bijzondere moeilijkheden van het aansprakelijkheidsrecht zijn en waarom schadeafwikkeling zo belastend is. Die focus

19 Zo rapporteert Wu e.a. 'Do house officers learn from their mistakes?', *Qual Saf Healthcare* 2003, 12, p. 221 e.v. dat na een *adverse event* 81% van de artsen compassie voelt met de patiënt, 79% woede jegens zichzelf voelt, 72% schuldgevoelens kent en 60% zich tekort voelt schieten.

20 A. Van Bon en H. Molendijk, *Als het migaat; over openheid na een incidente*, Centrum Patientveiligheid Isala, Zwolle, 2009 en Kwaliteitsinstituut voor de gezondheidszorg CBO, *Dit nooit meer, artsen vertellen over hun incidenten*, Utrecht, 2009.

21 A.W. Wu, 'Medical error: the second victim' *BMJ* 2000, 320, p. 726-727. Ook kan nog gewezen worden op een recent grootschalig vragenlijst onderzoek onder een grote groep specialisten. 46% van de bevroegde specialisten gaf te kennen wel eens wakker te liggen van een gemaakte medische fout. VvAA trendonderzoek 2011, *Medische fouten*, p. 13.

22 R. Sirriyeh e.a., 'Coping with Medical Error: A Systematic Review of Papers to Assess the Effects of Involvement in Medical Errors on Healthcare Professionals' Psychological Well-Being.' *Qual Saf Health Care* (2010) met nadere verwijzingen.

23 Zie hierover nader par. 5.

24 Zie par. 4.2.2.

op financiële compensatie – daarover gaat traditioneel het schadevergoedingsrecht – moet niet doen vergeten dat de patiënt na een medische fout aan veel meer behoefte heeft dan zijn schade vergoed te krijgen. Het is bij het denken over het aansprakelijkheidsrecht van belang daar bij stil te staan, omdat de mate waarin in die andere behoeften wordt voorzien, grote invloed kan hebben op de schadeafwikkeling. Dit verdient nadruk, omdat het impliceert dat we het voor het bevredigend functioneren van het medisch aansprakelijkheidsrecht voor een belangrijk deel juist buiten het terrein van het medisch aansprakelijkheidsrecht moeten zoeken.

Uit de een groeiende hoeveelheid (internationale) literatuur ontstaat een vrij duidelijk beeld van de behoeften van de patiënt. Zich baserend op een tiental eerdere studies stellen O'Connor e.a.²⁵: *The information desired following a patient safety incident includes: an explanation of what happened, how and why it happened; the implications for their health and how future incidents and errors will be prevented. Apologies are important to patients and are a necessary part of the resolution process following an adverse event. Patients indicate that they want to know that a healthcare professional and their institution regret what happened to them.*

Men zou deze behoeften als volgt kunnen opsommen:

1. informatie en goede communicatie. Dat wil zeggen openheid over de fout, wat is er gebeurd, hoe is het gebeurd, en voor zover nog niet alles bekend is, wanneer is die duidelijkheid er wel, hoe wordt het uitgezocht;²⁶
2. erkenning van de fout, het nemen van verantwoordelijkheid daarvoor, het maken van excuses;
3. duidelijkheid over de gevolgen voor de gezondheid van de patiënt, de mogelijkheden voor herstelbehandelingen;
4. maatregelen ter voorkoming van vergelijkbare fouten in de toekomst;
5. vergoeding van eventuele financiële schade.

Informatieverstrekking en goede communicatie spelen een centrale rol. Patiënten die een goede communicatie met hun zorgverlener ervaren, ervaren ook minder emotionele gevolgen.²⁷ Patiënten hebben informatie nodig om met de fout om te kunnen gaan en willen weten dat de zorgverlener en de zorginstelling betreuren

25 O'Connor e.a., 'Disclosure of Patiënt Safety Incidents: A Comprehensive Review', *Int J Qual Health Care* 22, no. 5 (2010), p. 371 e.v.

26 Zie bijvoorbeeld C.W. Duclos e.a., 'Patient Perspectives of Patient-Provider Communication after Adverse Events', *Int J Qual Health Care* 17, no. 6 (2005), p. 479 e.v.

27 K.M. Mazor e.a., 'Understanding Patients' Perceptions of Medical Errors', *Journal of Communication in Healthcare*, no. 1 (2009), p. 34 e.v.

wat er is gebeurd en medeleven toont. Als er openheid van zaken wordt gegeven en een excuus wordt aangeboden, dan vermindert dat de emotionele en mogelijk zelfs de fysieke impact van het incident.²⁸ Dat laatste niet alleen omdat de psychische gesteldheid van de patiënt ook invloed heeft op zijn fysieke herstel, maar ook omdat openheid tijdige en adequate herstelbehandelingen mogelijk maakt. In dat verband is van belang dat openheid de door de fout beschadigde vertrouwensrelatie tussen arts en zorgverlener kan helpen herstellen.²⁹

Iedema e.a. hebben op basis van 100 interviews de ervaringen van 100 Australische patiënten en hun familie met *open disclosure* gesprekken in kaart gebracht.³⁰ Zij komen op basis van deze gesprekken tot een aantal beginselen voor *effective incident disclosure*. Het gaat daarbij zaken als een zorgvuldige voorbereiding, het feit dat disclosure gesprekken een dialoog met de patiënt moeten zijn (en geen monoloog van de arts), dat de patiënt een vast aanspreekpunt moet worden geboden en dat het contact tussen zorginstelling en patiënt in beginsel dient voort te duren totdat de hij aangeeft daar geen behoefte meer aan te hebben.

Het belang van tegemoetkoming in de behoeften van de patiënt na een incident, blijkt als men beziet wat eigenlijk de motieven van patiënten zijn om een vordering in te stellen. Vraagt men patiënten hier naar, dan blijkt voor patiënten lang niet altijd compensatie voor geleden schade voorop te staan. Voor sommigen geldt dat er min of meer een financiële noodzaak bestaat om een claim in te stellen, bijvoorbeeld omdat ze niet langer in staat waren een inkomen te verwerven.

(zenuwbeschadiging tijdens operatie): *Ons eigen inkomen staat stil. Dat staat helemaal stop. Wij kunnen niets meer genereren. Nee.*

(gemiste diagnose van beschadigde rugwervels): *Het gaat er mij wel om dat ik hier wil blijven wonen en dat ik vind dat hun daar medeschuldig aan zijn.*

Ook wenst men niet zelf financieel te boeten voor de gevolgen van een fout waarvoor een ander verantwoordelijk is.

28 O'Connor e.a., 'Disclosure of Patiënt Safety Incidents: A Comprehensive Review', *Int J Qual Health Care* 22, no. 5 (2010), p. 371 e.v.

29 Zie o.a. L.A. Helmchen e.a., 'How Does Routine Disclosure of Medical Error Affect Patients' Propensity to Sue and Their Assessment of Provider Quality?: Evidence from Survey Data', *Med Care* (2010) met nadere verwijzingen.

30 R. Iedema e.a., 'Patients' and family members' views on how clinicians enact and how they should enact incident disclosure: the '100 patient stories' qualitative study', *British Medical Journal* 2011, p. 343 e.v.

(nabestaande van overledene na gemiste diagnose van kanker): *Er is geen enkel moment echt rancune geweest, van [naam overledene] helemaal niet. Kijk, maar dat is ook weer mijn zakelijke redenering, het ziekenhuis heeft iets fout gedaan, dat hebben ze erkend, oké. Er zijn mogelijkheden om daar iets tegenover te stellen, het ziekenhuis is ervoor verzekerd. Oké, dan moet het ook aangesproken worden. Dat was dan mijn zakelijke benadering.*

(operatiefout tijdens darmoperatie): *Ja, inderdaad, toch ook qua studie en wat voor kosten het allemaal met zich mee heeft gebracht, dat wil ik toch wel een beetje vergoed zien. Dat maakt het niet goed, maar het is misschien wel een beetje verzachtend of zo.*

Maar bij sommige deelnemers stonden andere motieven dan compensatie voorop, zoals erkenning van de fout, het voorkomen dat het een ander overkomt en het ter verantwoording roepen van de arts.

(onbehandelde complicatie met verlamd lichaamsdeel tot gevolg): *Ja, het was meer mijn gekrenkte eigenwaarde. Van, ik heb verdomme gelijk, hij heeft iets fout gedaan en ik vind dat hij fout heeft gedaan, er is mij onrecht aangedaan. Dat was mijn inzet en dat wilde ik recht gezet krijgen en dat erkend krijgen.*

(gemiste diagnose waardoor amputatie van lichaamsdeel noodzakelijk was): *Gewoon dat ze de fout toegeven. Dat hij zijn fout toegeeft, dat hij nalatig is geweest. Dat is het enige, dat is het enige. Dat hij anders had moeten handelen in die zes weken.*

(gemiste diagnose van beschadigde rugwervels): *Ja, wat is mijn motivatie om dit te doen? Als wij te hard rijden over de weg of als wij iets verkeerd doen, dan kunnen we ook gelijk schuld bekennen en dan worden we er ook op aangesproken. En het lijkt wel of hun oppermachtig zijn. Oké, ik weet, het zijn ook gewoon mensen en die doen ook hun best, maar die mogen ook weleens op de vingers getikt worden, toch?*

(gemiste diagnose en experimentele herstelbehandeling met ongewenst resultaat): *Ik had zoiets van ja, je kunt het wel laten zitten, omdat het zo lang duurt, maar ik vind gewoon, ze moeten aangepakt worden. En zeker artsen die hun patiënten niet voldoende informeren en dan in het ongeluk storten en dan ook nog denken dat ze hiermee weggkomen.*

Gevraagd of men door een andere reactie van de arts of andere mensen binnen het ziekenhuis, van het instellen van een claim zouden hebben afgezien, geeft een aanzienlijk deel van de respondenten aan dat dit het geval is.

(verkeerde diagnose met als gevolg verwijdering van gezond orgaan): *Gewoon een nette brief met excuses dat het zo gelopen is enzovoort.*

(gemiste diagnose heupfractuur na verkeersongeluk): *Excuses en mevrouw, heeft u onkosten gehad. Ja, dan waren ze er met een paar honderd euro vanaf geweest. Nu heb ik, ik heb er zoveel weet van gehad, van de onmacht en van niet goed, het gevoel dat er niet naar mij geluisterd werd, dat ik nu ook schadevergoeding heb gevraagd voor emotionele schade. Dat had allemaal naar mijn idee, daar was ik in eerste instantie niet op uit. Maar door de niet echt medewerking, laat ik het zo zeggen.*

(gemiste diagnose van een heupfractuur): *Na dat gesprek met [arts] is eigenlijk pas die claim, die beslissing genomen om een claim in te dienen.*

(operatiefout tijdens heupoperatie): *Als hij was gekomen en zei, ik heb een fout gemaakt en ja, ik kan het verder niet goedmaken, maar u wordt verder goed behandeld enzovoorts, enzovoorts. Maar nogmaals, er is helemaal geen menselijkheid voor de dag gekomen. Zijn hoofdzaak was er alsjeblijft geen strafzaak van maken. Want anders ben ik mijn baan kwijt. Daar ging het bij hem hoofdzakelijk over en niet over de patiënt.*

Ook ander onderzoek biedt aanwijzingen voor het feit dat een adequate reactie van de zorgverlener (onnodige) juridisering kan voorkomen. Zo komt bijvoorbeeld uit een Engelse studie onder 227 patiënten en hun naasten naar voren dat voor veel eisers compensatie niet de enige of primaire motivatie is om dokters aan te klagen.³¹ Als hoofdredenen voor het nemen van juridische stappen komen naar voren (in volgorde van belangrijkheid):

- 1) zorgen over de betrachte zorgvuldigheid. Zowel patiënten als naasten willen soortgelijke ongevallen in de toekomst voorkomen;
- 2) behoefte aan een verklaring/informatie. Hoe is het ongeval gebeurd en waarom;
- 3) compensatie voor materiële en immateriële schade;
- 4) verantwoordelijk stellen ('accountability') van de organisatie of werknemers.

31 C. Vincent e.a., 'Why do people sue doctors? A study of patients and relatives taking legal actions', *The Lancet*, 343 (1994), p. 1609 e.v.; M. Bismark, e.a., 'Accountability Sought by Patients Following Adverse Events from Medical Care: The New Zealand Experience', *CMAJ* 175, no. 8 (2006), p. 889 e.v. en R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel I Terreinverkenning*, Den Haag: WODC, 2007.

Een aanzienlijk deel van de ondervraagden (41%) verklaarde bovendien dat maatregelen genomen hadden kunnen worden waardoor zij van het nemen van juridische stappen zouden hebben afgezien. De maatregelen die daarbij het meest genoemd werden waren (in volgorde van frequentie) het geven van een (bevredigender) verklaring en maken van verontschuldiging, ³² het nemen van maatregelen om de fout recht te zetten, het betalen van compensatie, een correcte bejegening en het toegeven van fouten. ³³

Deze resultaten overziend wordt duidelijk dat het aansprakelijkheidsrecht voor patiënten meer betekent dan enkel de mogelijkheid hun schade vergoed te krijgen. Dat heeft voor de kans op het bevredigend functioneren van het aansprakelijkheidsrecht belangrijke consequenties. Het kan er ten eerste toe leiden dat patiënten op basis van min of meer oneigenlijke motieven ageren. Het aansprakelijkheidsrecht is niet gemaakt, bijvoorbeeld, om de dokter ter verantwoording te roepen. Ten tweede kan de aan de claim voorafgaande gang van zaken invloed hebben op de 'sfeer' van het processuele debat. Als, bijvoorbeeld, de arts na een fout excuses heeft gemaakt en de patiënt zich correct bejegend voelt, kan het uiteraard toch zo zijn dat hij toch een procedure tot schadevergoeding wil voeren. Maar de extra spanning die op die procedure kan komen te staan als de patiënt zich in een eerder stadium door de arts onheus bejegend had gevoeld, ontbreekt. Voor de wijze waarop de patiënt het schadevergoedingsdebat ervaart, is dus van belang dat direct na het incident correcte opvang en bejegening heeft plaats gevonden.

Het voorgaande zou niet passen in een paragraaf over het moeizame functioneren van het aansprakelijkheidsrecht, als het met de opvang en bejegening na een medische fout in Nederland min of meer ideaal gesteld was. Zo ver zijn we waar-

32 Vermeldenswaard in dit verband is ook de reactie van de gedupeerden van fouten die zijn gemaakt bij operaties in het hartcentrum van het Radboudziekenhuis in Nijmegen. Van de 78 geregistreerde gedupeerden dienen er 29 een schadeclaim in. 'De rest neemt genoegen met uitleg en excuses.' (Het Parool van 25 november 2006).

33 C. Vincent e.a., 'Why do people sue doctors? A study of patients and relatives taking legal actions', *The Lancet*, 343 (1994), p. 1612. Buitenlandse studies laten zien dat het betrachten van openheid en het maken van excuses claims kan helpen voorkomen en tot de geneigdheid tot schikken verhogen (J.K. Robbennolt, 'Apologies and Medical Error', *Clin Orthop Relat Res* 467 (2009), no. 2, p. 376-82). Ook zijn er duidelijke aanwijzingen dat openheid en excuses een gunstig effect hebben op het fysieke herstel van de patiënt die het slachtoffer wordt van een medische fout (A. Allan, & D. Mc Killop, 'The health implications of apologizing after an adverse event', *International Journal for Quality in Health Care* 2010, p. 1-6).

schijnlijk nog niet.³⁴ Dat na een medisch incident openheid wordt betracht, is nog maar betrekkelijk kort de norm. Er is reden te veronderstellen dat die norm in de praktijk nog onvoldoende wordt nageleefd. Het proces van wat in het buitenland *open disclosure* wordt genoemd, is een kunst apart – daarover straks nader – waarvoor in Nederland nog te weinig aandacht heeft bestaan.

Te vrezen is dus dat in veel gevallen een gebrekkig verlopen voorfase een zware wissel trekt op het succesvol verloop van de schadeafwikkeling. Willen wij de schadeafwikkeling verbeteren, dan moeten wij ook nadenken over verbeteringen in de fase daarvoor.

2.2.5 *Het functioneren van de belangenbehartiger en verzekeraar*

Het functioneren van de belangenbehartiger van de patiënt en van de verzekeraar is in letselschadezaken van grote betekenis en kan dus, als dat onvoldoende is, een sterke negatieve invloed hebben op de schadeafwikkeling. Men kan over deze twee actoren het volgende zeggen.

Wat betreft de belangenbehartiger is er ten eerste eenvoudig het niveau waarop hij de zaak behandelt. Medische zaken zijn als gezegd complex en hun behandeling vereist specialistische kennis. Men kan weinig tot niets zonder samenwerking met een medisch adviseur. Die is nodig om de zaken zo scherp te stellen dat de aansprakelijkheidsverzekeraar van de zorgverlener en eventueel de rechter zich een oordeel over de claim kan vormen. In de praktijk lijken niet alle belangenbehartigers die samenwerking even makkelijk te vinden. Het gevolg is dat de vordering onvoldoende wordt gesubstantieerd. Het is niet de verantwoordelijkheid van de verzekeraar vervolgens voor die substantiëring zorg te dragen. Zijn, bij gebreke van deugdelijke onderbouwing, gerechtvaardigde (herhaalde) verzoek om nadere informatie kan door de patiënt als trainerend verzekeraarshandelen worden beschouwd, terwijl veeleer het tekortschieten van zijn eigen belangenbehartiger de oorzaak is.

34 Zo ook J.J.M. van Dijk e.a., *Leemten in de slachtofferhulpverlening: resultaten van een verkennend, kwalitatief onderzoek onder verschillende categorieën gedupeerden van ingrijpende gebeurtenissen*, Intervict, Tilburg 2009, p. 70 e.v., dat een nogal ontluisterend beeld schetst: de opvang schiet ernstig tekort, men is zich in de medische wereld onvoldoende bewust van het fenomeen *victim blaming* en medische arrogantie, voor slachtoffers is er nauwelijks medische informatie. Intussen moet evenwel worden vastgesteld, en wordt ook door de auteurs van het onderzoek zelf vastgesteld, dat uit het onderzoek, gegeven de achtergrond van de respondenten en de gehanteerde narratieve onderzoeksmethode, geen harde conclusies mogen worden getrokken.

Voorts zagen wij dat de patiënt veelal andere motieven voor het instellen van een claim heeft dan louter financiële. Daarin schuilt het gevaar van (deels) oneigenlijk gebruik van het aansprakelijkheidsrecht. De belangenbehartiger heeft tot taak een realistisch beeld te schetsen van wat het aansprakelijkheidsrecht te bieden heeft, en een realistische inschatting te geven van de te verwachten schadevergoeding. Laat hij dat na, dan is het risico dat de patiënt teleurgesteld en gefrustreerd raakt groot.

Vervolgens is er het handelen van de verzekeraar. In 2008 was Stichting De Ombudsman kritisch³⁵ en de Commissie Lemstra II schreef in 2010 dat bejegening door de aansprakelijkheidsverzekeraar als agressief en/of achterdochtig wordt ervaren. Patiënten die wij interviewden uitten vergelijkbare kritiek:

(onbehandelde complicatie met verlamd lichaamsdeel tot gevolg): *Trainers, Traineren, Traineren. Ik denk dat ze weten dat wij dit particulier bekostigen en ze willen je gewoon, ja zo voelt dat, ze willen je gewoon kapot maken. Ze willen gewoon dat je op een gegeven moment opgeeft.*

(gemiste diagnose van beschadigde rugwervels): *Alleen wat zo stom is, toen in het begin zat ik er echt bovenop en nu ben ik al zo van. Gek, hè? Dan las ik echt alles en zat ik er echt diep in. Nu weet ik amper nog waar het zit. Dus dat is ook wel een hele slimme tactiek van hun, om er zolang over te doen. Heeft u het gevoel dat het bijna bewust gedaan wordt? Ja, tuurlijk.*

(geopereerd aan heupdysplasie, achteraf bleek dat patiënt dit niet had): *Ik heb een hele mooie brief van de directeur van de [ziekenhuis], waar hij zijn oprechte excuses aanbiedt en ook zegt van nou, we zullen zorgen dat in ieder geval financieel we de zaak voor u goed afhandelen. Maar ja, dan komen die gehuide advocaten om de hoek kijken. Dan wordt het wel een ander verhaal, hè.*

(technische fout tijdens oogoperatie, blind aan één oog): *Dat is een onderdeel van een proces, wat die verzekeraar ook gewoon weet, want ik ben niet anders dan anderen. Dus als het maar lang genoeg duurt, dan zeggen ze op den duur wel van, maakt me niet uit wat ik krijg, als ik het maar achter me heb. Dan accepteer je misschien iets wat te laag is.*

Deze bedenkingen lijken voor zich te spreken, maar de volgende kanttkening is van belang. Denkbaar is dat een deel van de negatieve beeldvorming komt doordat, tot op zekere hoogte, de problemen van het medisch aansprakelijkheidsrecht culminereren op het bordje van de verzekeraar. Neem een casus waarin alle hier-

35 Stichting De Ombudsman, *Over leven in de medische letselschadepraktijk*, Hilversum, Stichting De Ombudsman, 2008.

voor genoemde moeilijkheden zich voordoen: het is een ingewikkelde medische ingreep, niet evident is dat sprake is van een medische fout, de patiënt had belangrijke pre-existentïes, hij voelt zich door de arts en het ziekenhuis onheus bejegend en zijn advocaat slaagt er niet in met behulp van een medisch adviseur de zaak scherp over het voetlicht te brengen. De verzekeraar komt in beeld en weigert (gedeeltelijk) uitkering. Men kan zich voorstellen dat geen verwijtbaar handelen aan de zijde van de verzekeraar nodig is om de patiënt over die verzekeraar toch uitgesproken negatief te doen oordelen. Dat er gevallen zijn (een substantieel aantal?) waarin de verzekeraar het niet goed *kan* doen, is niet op voorhand uit te sluiten.

De enige manier om op dit punt wijzer te worden, is door gedurende een aantal jaren op dossierniveau analyses uit te voeren, waarbij de rol van alle spelers in het proces zorgvuldig in beeld worden gebracht. Dat is des te interessanter, nu de verzekeraars de laatste tijd meer dan voorheen, althans voor de buitenwereld beter kenbaar dan voorheen, bezig zijn kwaliteitsverbeteringen tot stand te brengen. De GOMA, waarover straks nader, is van die ontwikkeling een belangrijke exponent.

2.2.6 *Conclusie*

Doordat vragen van grondslag van aansprakelijkheid en causaliteit zo complex zijn en het uitblijven van eenduidige antwoorden voor rekening van de patiënt komt – krijgt hij het bewijs niet rond dan wordt de vordering afgewezen –, is het in het medisch domein veel lastiger schade vergoed te krijgen dan in andere domeinen. Die moeilijkheid vertaalt zich ook in de duur en zwaarte van de procedure. Met name de noodzakelijke betrokkenheid van medisch deskundigen staat aan snelle afwikkeling in de weg.

Los van het resultaat, ervaren patiënten de schadeafwikkeling als zodanig veelal als emotioneel erg belastend; het gaat veelal om een welbeschouwd onaanvaardbare welzijnsinbreuk. Dat moet het schadevergoedingsrecht zich aantrekken, omdat dat beoogt de patiënt goed, in plaats van kwaad te doen.

Nemen wij nog wat meer afstand, dan doemt een nieuwe complicatie op. De focus op financiële compensatie dreigt te doen vergeten dat het de patiënt na een medische fout om veel meer gaat dan schadevergoeding. Voor veel patiënten blijken zijn behoeften niet uitsluitend op dat terrein en zelfs niet primair op dat terrein te liggen. De patiënt wil openheid, erkenning, eventueel excuses en maatregelen tot voorkoming van vergelijkbare incidenten in de toekomst. Als de patiënt in die behoeften niet tegemoet wordt gekomen, kan dat oneigenlijk gebruik van het aansprakelijkheidsrecht tot gevolg hebben, of de procedure dieper conflictueus maken dan nodig is – met alle negatieve gevolgen van dien.

Tot slot is er het optreden van belangenbehartigers en verzekeraars, dat, als het onder het vereiste niveau ligt, verder problematiseert.

3 Ontwikkelingen met (deels al gerealiseerde) potentie tot verbetering

3.1 *Inleiding*

De scherpte waarmee de problemen van het medisch aansprakelijkheidsrecht kunnen worden geformuleerd is de afgelopen jaren toegenomen, maar op zichzelf is niet nieuw het inzicht dat het medisch aansprakelijkheidsrecht tekort schiet. Het denken over verbeteringen heeft de afgelopen jaren in vier belangrijke ontwikkelingen geresulteerd.

3.2 *Vier ontwikkelingen*

Geen twijfel meer: de arts moet open zijn na een medische fout

In de eerste plaats heeft lange tijd als obstakel voor adequate schadeafwikkeling gefungeerd de opvatting dat het een zorgverlener jegens zijn aansprakelijkheidsverzekeraar niet zou zijn toegestaan tegenover de patiënt open te zijn over een medische fout. Polisvoorwaarden werden aldus geïnterpreteerd dat de zorgverlener door de fout te erkennen de positie van zijn verzekeraar zou ondergraven, hetgeen verlies van dekking tot gevolg zou hebben. Inmiddels is die opvatting verlaten: de arts-patiëntrelatie, denk met name aan het vertrouwensaspect van die relatie, vordert dat de arts tegen de patiënt open is over een voor die patiënt belangrijk gegeven als waarom de medische handeling niet het verwachte resultaat heeft opgeleverd. Als dat geldt binnen de arts-patiënt relatie, kan het belang van de verzekeraar aan die verplichting tot openheid nooit afdoen. De verzekeringsrelatie zou de arts dan dwingen tot wanprestatie in zijn geneeskundige behandelingsovereenkomst met de patiënt. Dat is welbeschouwd onbestaanbaar. Inmiddels laten in de praktijk polisvoorwaarden voor de hiervoor genoemde uitleg geen ruimte meer en is bovendien in de wet opgenomen dat een verbod op erkenning van feiten nimmer gevolg heeft (artikel 7:953 BW).

Zo breed als inmiddels gedragen wordt dat de arts open moet zijn, zo kort geleden is het dat hierover sterke twijfel bestond. De kentering ligt in de totstandkoming van de KNMG-richtlijn "Omgaan met incidenten, fouten en klachten, wat mag van artsen worden verwacht" (2007). In die richtlijn staat met zoveel woorden dat van de arts verwacht mag worden dat hij fouten en complicaties uit zichzelf met de patiënt bespreekt en hij daarover open en eerlijk is.³⁶ Het denken over

36 Zo inmiddels ook het voorstel Wet Cliëntenrechten Zorg (artikel 21): 'De cliënt heeft er jegens de zorgaanbieder recht op dat deze van de aard en toedracht van incidenten bij de zorgverlening die merkbare gevolgen hebben of kunnen hebben voor de cliënt, onverwijld mededeling doet aan de cliënt en



de verplichting van de zorgverlener na een medisch incident heeft zich nadien voortgezet. De zorgverlener is niet alleen gehouden tot openheid, hij is er in bredere zin verantwoordelijk voor dat de patiënt in de periode na het incident in zijn gerechtvaardigde behoeften tegemoet wordt gekomen.

De GOMA

Het veranderde inzicht in de verplichting van de arts na een incident heeft aan de basis gestaan van de tweede belangrijke ontwikkeling in de afwikkeling van medische letselschade. In 2010 is de gedragscode "Openheid medische incidenten; betere afwikkeling medische aansprakelijkheid" (GOMA) tot stand gekomen.³⁷ Die code kent een deel A en een deel B. Deel A richt zich tot de zorgaanbieder en geeft aanbevelingen voor een adequate reactie van de zorgaanbieder op incidenten die tot schade hebben geleid of kunnen leiden. Om een paar voorbeelden te noemen (deel A kent in totaal negen aanbevelingen):

Aanbeveling 5: "De zorgaanbieder onderzoekt hoe het incident heeft kunnen ontstaan en onderneemt de activiteiten die nodig zijn om te voorkomen dat het incident zich nog eens voordoet (of op zijn minst om de kans daarop te verkleinen)."

Aanbeveling 8: "Indien uit het onderzoek naar de toedracht van het incident blijkt dat er sprake is geweest van een fout dan erkent de zorgaanbieder deze fout en biedt hij de patiënt verontschuldiging aan."

Aanbeveling 9: "Als de patiënt naar aanleiding van een incident een klacht of claim wil indienen, informeert de zorgaanbieder hem schriftelijk over de verschillende mogelijkheden daartoe en over de daarvoor geldende criteria en procedures."

Deel B van de GOMA richt zich tot de partijen bij de schadeafwikkeling. Een aantal aanbevelingen volgt hieronder (deel B kent in totaal tien aanbevelingen):

Aanbeveling 11: "Wanneer de patiënt zelf rechtstreeks de zorgaanbieder aansprakelijk stelt, informeert de zorgaanbieder de patiënt in grote lijnen over het verdere verloop en de te verwachten procedure. Tevens meldt de zorgaanbieder of hij de behandeling van de schadeclaim overdraagt aan zijn verzekeraar."

er melding van maakt in het dossier'. Zie ook het Kwaliteitskader van medisch specialisten, deel III aanbeveling 8 (2010): 'Openheid over incidenten is essentieel. Zowel in het ziekenhuis, als tussen medisch specialisten als in relatie tot de patiënt. De patiënt heeft recht op eerlijke en tijdige informatie over de aard en de toedracht van incidenten met voor hem merkbare gevolgen. De medisch specialist informeert meteen de patiënt over de aard en de toedracht van incidenten met voor de patiënt merkbare gevolgen en legt dit vast in het medisch dossier van die patiënt.'

37 Zie over de GOMA uitvoerig Chr. H. van Dijk en J.P.M. Simons, 'GOMA: Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid', *TVP* 2010, nummer 3, p. 65 e.v.

Aanbeveling 12: *“De belangenbehartiger draagt zorg voor een goed gemotiveerde en onderbouwde aansprakelijkstelling en omschrijft zo mogelijk de medische en feitelijke gevolgen van de fout.”*

Aanbeveling 15: *“De aansprakelijkheidsverzekeraar neemt in beginsel binnen drie maanden nadat hij de aansprakelijkstelling heeft ontvangen een onderbouwd standpunt in over de aansprakelijkheid. Mocht deze termijn niet haalbaar blijken, dan meldt hij dit onder opgave van redenen en geeft hij aan wanneer de patiënt alsnog een reactie kan verwachten.”*

Aanbeveling 16: *“De verzekeraar geeft schriftelijk en gemotiveerd aan wat hij erkent, wat hij afwijst en wat naar zijn mening nog nader onderzoek verdient. Hij laat, indien aan de orde, ook zijn standpunt weten over vergoeding van de gemaakte en te maken kosten van buitengerechtelijke rechtsbijstand en eventueel deskundigenonderzoek.”*

Onder andere onder de vlag van de GOMA dragen medische verzekeraars inmiddels uit dat openheid de norm is. Zo worden cursussen over open communicatie aangeboden en is er een illustratieve film gemaakt.

Het voorstel “Wet Cliëntenrechten Zorg”

De derde ontwikkeling is de totstandkoming van het voorstel “Wet Cliëntenrechten Zorg” (Wcz). Het wetsvoorstel heeft betrekking op een veelheid aan onderwerpen. Voor de schadeafwikkeling is het volgende van belang.

Onder de vigerende Wet klachtrecht cliënten zorgsector is een instelling gehouden een regeling te treffen voor de behandeling van klachten. Deze regeling dient er (onder meer) in te voorzien dat de klachten door een klachtencommissie worden behandeld. Die verplichte klachtencommissie is tamelijk formeel van opzet en moet een met redenen omkleed oordeel over de klacht geven. Die formele opzet is gebleken niet gelukkig te zijn. Klagers zijn over het algemeen tevreden over klachtenopvang en -bemiddeling, maar minder over de behandeling van hun klachten door de bedoelde klachtencommissie.³⁸

Dat heeft de wetgever er in de Wcz toe gebracht de klachtencommissie niet langer verplicht te stellen en te bepalen dat: *“de klager desgewenst gratis met informatie, advies en bemiddeling wordt ondersteund door een daartoe door de zorgaanbieder aangewezen geschikte persoon met wie de klager op eenvoudige wijze in contact kan treden en die niet handelt dan met toestemming van de klager”* (artikel 28 lid 2 sub b Wcz). In

38 Zie o.a. H.D. Friele, C.D. Ruiters, F. Van Wijnen & J. Legemaate, *Evaluatie Wet klachtrecht cliënten zorgsector*, Den Haag, ZorgOnderzoek Nederland 1999 en Roland D Friele et al, ‘Complaints handling in hospitals: an empirical study of discrepancies between patients’ expectations and their experiences’, *BMC Health Services Research* 2008, 8:199.

die “geschikte persoon” is de thans al in de grote meerderheid van de instellingen functionerende klachtenfunctionaris te herkennen^{39,40} Waar onder huidig recht de klachtencommissie het ‘eerste loket’ is, zou dat onder de Wcz de klachtenfunctionaris zijn. Legt de patiënt zich niet neer bij het oordeel van de klachtenfunctionaris, dan is er de mogelijkheid tot externe toetsing bij de krachtens de Wcz in te stellen geschilleninstantie.

Ten aanzien van de geschilleninstantie(-procedure) bepaalt artikel 29 lid 2 sub c Wcz dat deze bevoegd moet zijn om over een geschil bij wege van bindend advies een uitspraak te doen, alsmede een vergoeding van geleden schade toe te kennen tot € 25.000.⁴¹ Boven deze grens blijft de ‘gewone’ civiele rechtsgang de standaard.⁴² De geschilleninstantie oordeelt dus zowel over bejegeningssklachten als over vorderingen tot schadevergoeding. Opvallend is dat de wetgever de inrichting en (procedurele) werking van de geschilleninstantie geheel open laat. Het is dus aan ‘de sector’ daar verder vorm aan te geven – dat is een belangrijk punt waarop wij hierna uitvoeriger terugkomen.

Op belangrijke onderdelen van de in de Wcz voorgenomen herinrichting van het klachtrecht is, naar ons oordeel terecht, kritisch gereageerd. De kritiek richt zich er met name op dat, nu de klachtencommissies niet langer verplicht zouden zijn, instellingen hun klachtencommissies veelal zullen opheffen en patiënten daardoor, als de informele klachtenopvang geen soelaas heeft geboden, terecht moeten bij de op grotere afstand staande geschilleninstantie. Dat lijkt voor de patiënt geen vooruitgang. De geschilleninstantie heeft bovendien de dubbeltaak te oordelen over klachten en geschillen (denk hierbij met name aan vorderingen tot schadevergoeding – waarover straks nader), hetgeen op voorhand geen gelukkige combinatie lijkt; het gaat om twee verschillende typen ‘conflict’ die om een

39 Men kan er ook (delen van de taakinvulling van) de ‘klachtenbemiddelaar’ en ‘vertrouwenspersoon’ in herkennen. Zie over het onderscheid het ‘Beroepsprofiel klachtenopvang en –bemiddeling zorgsector’ 2007, p. 3.

40 De wetgever overweegt (*Kamerstukken II 2010/11, 32 402, nr. 3, p. 54*): ‘De afgelopen jaren is klachttopvang en bemiddeling, zoals opgenomen in de Klachtenrichtlijn Gezondheidszorg, effectief gebleken. Een van de wettelijke eisen met betrekking tot de klachtenregeling is daarom de aanwezigheid van goede en kosteloze ondersteuning, advisering en voorlichting door een klachtenfunctionaris of een vertrouwenspersoon aan cliënten die niet tevreden zijn over de zorgverlening.’

41 Artikel 90 bepaalt echter dat tot een nader bij KB te bepalen tijdstip dit bedrag tot €10.000, – wordt verlaagd. Zie voor toelichting MvT p. 165.

42 *Kamerstukken II 2010/11, 32 402, nr. 6, p.59*.

eigen procedure en een eigen beoordelingsklimaat vragen. Betoogd is dat niet langer voldaan wordt aan de uitgangspunten van adequaat klachtrecht.⁴³

Dat mag wat het klachtrecht betreft zo zijn, voor de problematiek van schadevergoeding na een medische fout bevat de Wcz twee veelbelovende elementen – het gaat ons om de hoofdlijnen, op punten van uitwerking kan men twijfelen –, te weten de verplichte klachtenfunctionaris en de geschilleninstantie die oordeelt over vorderingen tot € 25.000. Op die twee elementen zullen wij hierna terugkomen.

Andere belangrijke ontwikkelingen

Doordat de medische gegevens en het beheer van die gegevens zich in het ‘domein’ van de zorgverlener bevinden, kan de patiënt nadere bewijsmoeilijkheden onderkennen. Al in de jaren tachtig heeft de Hoge Raad dit probleem verlicht door introductie van wat de ‘verzwaarde stelplicht’ wordt genoemd.⁴⁴ Dit betekent dat van de arts wordt verlangd dat hij voldoende gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt teneinde de patiënt aanknopingspunten voor bewijslevering te verschaffen. Voorts zijn er instrumenten als ‘de omkeringsregel’ en ‘proportionele aansprakelijkheid’ die de patiënt in zijn bewijspositie tegemoet komen.⁴⁵

Ook op het terrein van letselschade in algemene zin zijn er belangrijke ontwikkelingen geweest. In 2010 is de zogenaamde deelgeschillenregeling tot stand gekomen.⁴⁶ Die geeft partijen de bevoegdheid een specifiek probleem dat aan de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst in de weg staat aan de rechter voor te leggen. Met name als de aansprakelijkheid vast staat, is dat instrument voor de patiënt aantrekkelijk, omdat dan in beginsel de kosten niet voor zijn rekening komen.⁴⁷ Eerder, in 2005, zag de gespecialiseerde ‘letselschadekamer’ van de

43 Zie in deze zin W.R. Kastelein, ‘Klachten- en geschillenbehandeling in de Wcz: van de drup in de regen oftewel het kind en het badwater’, *TvGR* 2010, nr. 8, p. 622. Kastelein wijst er ook op dat bij een op afstand staande geschillencommissie de kwaliteitsbewaking die bij de klachtenbehandeling van belang is te zeer op afstand komt te staan. Evenzeer kritisch is Legemaate, ‘Goed omgaan met klachten van patiënten’, *Tijdschrift Conflicthanting*, 2010, nr. 4, p. 10 e.v., die opmerkt dat het wetsvoorstel miskent dat informele conflictoplossing enerzijds en een met waarborgen omklede klachtenbehandeling anderzijds niet los van elkaar kunnen worden gezien.

44 HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 500. Het betreft een voor de praktijk belangrijk leerstuk dat herhaaldelijk tot nadere rechtspraak aanleiding heeft gegeven. Zie bijvoorbeeld 20 april 2007, LJN: BA1093 met nadere verwijzingen in de Conclusie A-G.

45 Zie nader over bewijs(lastverdeling) par. 5.6 van dit preadvies.

46 Artt. 1019w – 1019 cc Rv.

47 Uitvoerig, met nadere verwijzingen: G. de Groot, ‘De deelgeschilprocedure in de rechtspraktijk, goede start, behouden vlucht, veilige landing’, *TVP* 2011, nr. 2, p. 41 e.v.

Rechtbank Den Haag het licht. Het streven is daar – in beginsel – gecompliceerde letselschadezaken binnen één jaar na aanbrengen door het rechtbank-traject te helpen.⁴⁸

3.3 *Verbetering? Ja. Voldoende verbetering? Waarschijnlijk niet.*

Tot zover ontwikkelingen die het in zich hebben de afwikkeling van medische fouten of letselschade meer in het algemeen te verbeteren. Is redelijkerwijze gerechtvaardigd de verwachting dat deze ontwikkelingen de problematiek van schadeafwikkeling tot onder een aanvaardbaar niveau terugbrengen? Eigenlijk niet.

Het eerste punt, het besef dat openheid niet verboden is maar juist de norm, is noodzakelijk, maar niet voldoende. Tegenover gewijzigd inzicht onder een tamelijk kleine groep mensen die met het onderwerp bezig is, staat een jarenlange traditie van terughoudendheid. Het is niet realistisch te verwachten dat een ‘nieuwe norm’ die praktijk als vanzelf ombuigt.⁴⁹ Voor de inbedding van een nieuwe norm zijn praktische maatregelen nodig. Daar komt bij dat, los van de traditie, er ook realistische barrières aan naleving van de norm in de weg staan – over die barrières straks meer.

De GOMA markeert een belangrijke wijziging in de betrokkenheid van medische verzekeraars bij de oplossing van de problemen. De GOMA lijkt verbeteringen teweeg te kunnen brengen. Bijvoorbeeld de termijnen die in de GOMA genoemd worden, zijn in de praktijk niet zonder gevolg. Tegelijkertijd zijn er beperkingen. Aan de diepere problemen voor de patiënt met het aansprakelijkheidsrecht verandert de GOMA niets – dat kan ook niet, want hij is geschreven voor toepassing binnen de geldende kaders. Het gaat bovendien grotendeels om zeer open normen, op de schending waarvan geen sanctie staat. Voorts bestaat ook de GOMA voor een belangrijke deel uit normstelling, waarvan, en dat geldt met name voor deel A van de GOMA, naleving in de praktijk nog geen gegeven is. Onder artsen, bijvoorbeeld, blijkt vooralsnog de bekendheid van de GOMA nogal betrekkelijk te zijn, terwijl deel A van de GOMA zich in belangrijke mate tot hen richt.

48 Zie R.A. Dozy en J. M. Willink, ‘Lessen uit ‘letsels’ – een kijkje in de keuken van de rechter’, *TVP* 2007, nr. 4, p. 125 e.v.

49 VvAA trendonderzoek 2011, *Medische fouten*, p. 10 rapporteert dat ruim een vijfde van de zorgverleners aangeeft een eigen fout te hebben verzwegen. Elders wordt wel verondersteld dat men minder tot openheid geneigd is. Zie bijvoorbeeld G.E. Linthorst e.a., ‘What contributes to internists’ willingness to disclose medical errors?’, *The Netherlands Journal of Medicine*, 2010, Vol. 70, No 5. p. 247, dat spreekt van ‘the current conviction that most errors are not reported’.

De Wcz, ten derde, is nog maar een wetsontwerp. Onduidelijk is of de Wcz uiteindelijk wet wordt. Op belangrijke onderdelen bestaat serieuze kritiek. Daar komt bij dat wezenlijke punten in de Wcz worden opengehouden. Te denken valt hierbij onder andere aan de inrichting en de werking van de Geschilleninstantie die moet oordelen over claims tot € 25.000. Veel staat of valt met de vormgeving van die Geschilleninstantie. Zo bezien belichaamt de Wcz met name potentieel tot verbetering – althans op het terrein van schadevergoeding.

Het meest tastbaar zijn wellicht vooralsnog de invloed van de deelgeschillenregeling en de 'letselschadekamer' en bijzondere bewijsrechtelijke regels waardoor de bewijspositie van de patiënt wordt verlicht.

Concluderend: gewijzigde opvattingen over openheid na een medisch incident, de GOMA, de Wcz en, met name, de deelgeschillenregeling hebben belangrijk en deels al gerealiseerd potentieel tot verbetering. Het is intussen nodig na te denken over nadere vervolg- en uitvoeringsstappen om de afwikkeling van schade door een medische fout op een hoger niveau te brengen.

4 Suggesties tot verdere verbetering

4.1 Inleiding

De praktijk laat zich in twee terreinen opsplitsen: er is ten eerste de fase kort na het incident⁵⁰, waarin de patiënt zich nog in de instelling bevindt of kort geleden heeft bevonden. Het gaat in die periode om opvang en bejegening van de patiënt door de zorgverlener en de instelling. Vervolgens is er, vaak aanzienlijk later, het schadevergoedingstraject. Op die twee terreinen zullen dus de veranderingen tot verlichting van de hiervoor geschetste problemen gezocht moeten worden. In het navolgende wordt die tweedeling van de praktijk – opvang en bejegening (par. 4.2) en schadeafwikkeling (par. 4.3) gevolgd.

50 Hier, in het kader van opvang en bejegening, wordt bewust niet gesproken van fout, maar van incident. Met incident wordt bedoeld: medisch handelen met onbedoelde schade tot gevolg. Incident is dus breder dan fout, want ook een complicatie (een complicatie is niet een fout) kan onbedoelde schade tot gevolg hebben. Die veralgemenisering van terminologie is noodzakelijk, omdat een van de centrale problemen bij opvang en bejegening is, dat men aanvankelijk veelal niet weet of nu wel of niet sprake is van een fout. Het is dus onmogelijk opvang en bejegening direct toe te spitsen op medische fouten.

4.2 *Suggesties tot verbetering van opvang en bejegening na het incident*

4.2.1 *Inleiding*

Omdat tekortschietende opvang en bejegening direct na het incident de schadeafwikkeling bezwaren, is het voor het functioneren van het medisch aansprakelijkheidsrecht van belang daar verbeteringen te realiseren. Dat heeft tot doel te voorkomen dat patiënt op oneigenlijke gronden een vordering instelt en/of de procedure als meer belastend ervaart dan nodig is.

Maatregelen tot verbetering van opvang en bejegening na een incident zijn aldus weliswaar van wezenlijke betekenis voor schadeafwikkeling, maar zij zijn op zichzelf grotendeels van praktische en organisatorische aard. Wij zullen ons daarom in dit preadvies beperken tot de drie maatregelen met de meest uitgesproken juridische dimensie: (i) stimulering van *open disclosure*, (ii) bemiddeling op meerdere niveaus en (iii) een prospectieve second opinion.

4.2.2 *Open disclosure*

In paragraaf 2.4 stonden de behoeften van de patiënt centraal. Gegeven die behoeften is er vrij grote eenstemmigheid over de wijze waarop de hulpverlener na het incident moet reageren. Hij moet:

- (i) informatie verschaffen over het incident (de plicht tot informatiever-schaffing kan een verplichting tot het doen van onderzoek impliceren);
- (ii) verantwoordelijkheid nemen voor wat er is gebeurd;
- (iii) medeleven tonen (als duidelijk is dat sprake is van een fout excuses maken);
- (iv) voor zover mogelijk, schetsen welke maatregelen in de toekomst genomen zullen worden ter voorkoming van vergelijkbare incidenten.

Deze punten zijn in Nederland (niet langer) omstreden. Ze zijn ook allemaal meer of minder expliciet in de GOMA terug te vinden.

Wat binnen de Nederlandse verhoudingen nog weinig aandacht heeft gehad, is hoe navolging van deze verplichtingen in de praktijk kan worden gestimuleerd. Het formuleren van normen en het veranderen van de praktijk zijn twee verschillende dingen. Er moet, zoals dat wordt genoemd, een effectieve *operational strategy* zijn.

Hierover bestaat vrij uitvoerige internationale literatuur. Open communicatie na een medisch incident wordt in Engelstalige publicaties *open disclosure* genoemd. *Open disclosure* is geen eenmalige aangelegenheid, maar een proces waarvoor de instelling verantwoordelijkheid neemt. Intensiteit en duur van dat proces hangen af van de ernst van het incident. De betrokkenen begrijpen en overzien alle aspecten en implicaties van een medisch incident zelden in een enkele bijeenkomst. Men moet, met name bij ernstige incidenten, uitgaan van een aantal contactmomenten. De verantwoordelijk arts zal over het algemeen wel bij de eerste bijeen-

komst aanwezig moeten zijn, maar niet per se ook bij latere contactmomenten. Bijvoorbeeld het in kennis stellen van de resultaten van het onderzoek naar het incident kan ook door anderen gebeuren. De instelling voert regie over het proces, bewaakt de voortgang, en verliest de patiënt niet voortijdig uit het oog. *Open disclosure* is maatwerk.⁵¹

Algemeen erkend wordt dat het opzetten en uitvoeren van een open disclosure specifieke kennis en ervaring vereist. Zoals het in een recent Amerikaans onderzoek werd gezegd: “Disclosure is not amateur hour. It requires a certain level of expertise.”⁵² Beslissingen als welke informatie wanneer wordt gegeven, hoeveel bijeenkomsten er zijn, wie daarbij aanwezig zijn, wat de juiste toon is van het gesprek; het zijn wezenlijke, maar lang niet altijd evidente kwesties. *Open disclosure* is meer dan ‘gewoon open zijn’.

Op zichzelf staan over het algemeen artsen positief tegenover *open disclosure*⁵³. Er is vrij uitvoerig studie gedaan naar de factoren die in de praktijk aan *open disclosure* in de weg staan.⁵⁴ Naar de kern genomen worden genoemd:

- (i) dat de cultuur binnen ziekenhuizen aan openheid in de weg staat doordat die cultuur voor artsen onvoldoende ‘veilig’ is – denk aan angst voor schade aan carrière;

51 In dat licht lijkt ook aanbeveling drie van de GOMA, die de arts verplicht het incident binnen 24 uur te bespreken, te absoluut geformuleerd. Een termijn van 24 zal in veel zaken redelijk zijn, maar er zijn omstandigheden denkbaar waaronder dat overhaast is – en denkbaar is ook dat het niet snel genoeg is. Zie in vergelijkbare zin W. R. Kastelijn, ‘Een arts is geen rechercheur’, *Medisch Contact* 25 februari 2011, nr. 8, p. 492.

52 Sigall K. Bell e.a., ‘Disclosure, Apology, and Offer Programs: Stakeholders’ Views of Barriers to and Strategies for Broad Implementation’, *The Milbank Quarterly*, Vol. 90, No. 4, 2012, p. 69.

53 Zie bijvoorbeeld G.E. Linthorst et al., ‘What contributes to internists’ willingness to disclose medical errors?’, *The Netherlands Journal of Medicine*, 2010, Vol. 70, No 5. p. 247: ‘It is interesting to note that the respondents’ attitudes towards disclosure were generally positive: they reported more reasons supporting the disclosure a medical error, and far less downsides of such disclosures.’ Over de discrepantie tussen die positieve houding en openheid in de praktijk: ‘The positive responses suggest that many internists would be willing to report any mistake, though often severe errors and less often near misses. This is in contrast with the current conviction that most errors are not reported. It may be explained by the fact that, as our study confirmed, negative motives have a stronger impact on the willingness to report an error than personal or patient driven motives.’

54 L.C. Kaldjian e.a., ‘An Empirically Derived Taxonomy of Factors Affecting Physicians’ Willingness to Disclose Medical Errors.’ *J Gen Intern Med* 21, no. 9 (2006), p. 942-8 met nadere verwijzingen.

- (ii) dat zorgverleners na een mogelijk verwijtbaar incident niet goed weten hoe zij openheid moeten betrachten; ‘gewoon open zijn’ is niet zo eenvoudig als het lijkt (zie hiervoor);
- (iii) dat het voor artsen, zoals voor ieder mens, psychologisch moeilijk is eigen fouten onder ogen te zien en hierover te spreken.⁵⁵

Anders dan vaak wordt gedacht, speelt angst voor de juridische gevolgen van openheid geen wezenlijke rol.⁵⁶

Het lijkt een illusie dat de genoemde beletselen allemaal kunnen worden weggenomen. Met name het laatste punt is heel moeilijk te bestrijden. Maar ten aanzien van in het bijzonder de eerste twee beletselen – de ‘cultuur’ en ‘moeilijke communicatie’ – laten zich weldegelijk maatregelen tot verbetering denken.

Drie belangrijk bevindingen van onderzoek naar *open disclosure* zijn de volgende: het is erg lastig zorgverleners in open disclosure te trainen. Van belang is met name *just-in-time-training*: direct na het incident moet er iemand zijn die kennis en ervaring heeft op het terrein van *incident disclosure*, met wie de zorgverlener van gedachten kan wisselen. Deze persoon, de zogenaamde *disclosure coach*, moet aan de instelling verbonden zijn, omdat de praktijk leert dat anders zorgverleners niet geneigd zijn zich op hem te verlaten. Voorts is het in bredere zin noodzakelijk dat binnen de instelling een cultuur van openheid wordt gestimuleerd. Ten derde is het van belang dat ook voor de betrokken zorgverlener opvang bestaat. De juiste reactie van de instelling, (eventuele) leidinggevend en collega’s, en de mogelijkheid met betrouwbare collega’s te kunnen praten blijken behulpzaam te zijn bij de emotionele verwerking van een incident.⁵⁷

Over het uitvoeren van een goede *open disclosure* is veel meer te zeggen dan het bestek van dit preadvies toestaat. Wij zijn in gelukkige omstandigheid dat de voorlopers op dit gebied kortgeleden een handboek⁵⁸ hebben uitgebracht. Daarnaast zij van harte verwezen; wie nadenkt over openheid na medische incidenten, en met name over effectieve strategieën binnen organisaties om die openheid te stimuleren, doet zichzelf tekort door dit boek niet te lezen.

55 G.E. Linthorst et al., What contributes to internists’ willingness to disclose medical errors?, *The Netherlands Journal of Medicine*, 2010, Vol. 70, No 5. p. 242-248.

56 G.E. Linthorst et al., What contributes to internists’ willingness to disclose medical errors?, *The Netherlands Journal of Medicine*, 2010, Vol. 70, No 5. p. 245. Zie ook par. 5 van dit preadvies.

57 Sven E.A. Staender en Tanja Manser, ‘Taking care of patients, relatives and staff after critical incidents and accidents’, *European Journal of Anaesthesiology*, 29 (2012), p. 305; E. Pierluissi e.a., ‘Discussion of medical errors in morbidity and mortality conferences’, *JAMA* 2003, 290, p. 2838 e.v.

58 R.D. Truog et al., *Talking with Patients and Families about Medical Error: A Guide for Education and Practice*, John Hopkins University Press, 2011.

Thans meer in het bijzonder over drie juridische aspecten van *open disclosure* het volgende.

Open disclosure; invulling van de medisch professionele standaard

Ontwikkelingen op het terrein van *open disclosure* zijn niet vrijblijvend. Het gaat om invulling van de medisch professionele standaard: wat mag de patiënt redelijkerwijze van de zorgverlener verwachten na een medisch incident? Onderdelen van open disclosure lenen zich moeilijk of helemaal niet voor (civiel- of tucht)-rechterlijke toetsing. De toon die de arts aanslaat in zijn gesprek met de patiënt bijvoorbeeld – op zichzelf heel belangrijk – is daarvoor veelal te subtiel. En of een zorgverlener rechtens kan worden gedwongen tot het maken van excuses is vooralsnog een open vraag. Dergelijke dwang zou op gespannen voet staan met het wezen van excuses en met de persoonlijke vrijheid – al wordt over het eerste wel anders gedacht, is het tweede mogelijk minder problematisch bij excuses te maken in de professionele rol van zorgverlener, en zijn minder vergaande modaliteiten denkbaar dan regelrechte dwang om het maken van excuses te stimuleren.⁵⁹ Andere onderdelen van open disclosure lenen zich zonder meer wel voor rechterlijke beoordeling. De verplichting, bijvoorbeeld, van tijdige en volledige verschaffing van inlichtingen kan weldegelijk beoordeeld worden, net als het ter kennis stellen aan de patiënt van onderzoeksresultaten.

Toegeven fout en excuses vormen geen erkenning van aansprakelijkheid

Onderdeel van *open disclosure* vormen excuses – als daar aanleiding toe bestaat uiteraard. Vanuit de zorgverlener (of de instelling) zou de vrees kunnen bestaan dat die excuses later worden beschouwd als een erkenning van aansprakelijkheid. Daar wordt in het algemeen tegenover gesteld, terecht, dat de arts zich niet uitlaat over aansprakelijkheid als hij zegt dat hij iets fout heeft gedaan en hem dat spijt. Dit is strikt juridisch beschouwd juist, maar voor niet-juristen is dat onderscheid soms kunstmatig. Vanuit lekenperspectief is niet onlogisch de redenering dat in de excuses van de zorgverlener in juridische zin een erkenning van aansprakelijkheid besloten ligt.

In dit verband gaf de Rechtbank Den Haag op 25 oktober 2012⁶⁰ een belangrijke beschikking. De Raad van Bestuur had in een brief aan de patiënt excuses gemaakt en erkend dat onzorgvuldig was gehandeld. De rechtbank overwoog:

“Evenmin houdt de brief van de Raad van Bestuur van het ziekenhuis een erkenning van aansprakelijkheid in. In die brief wordt slechts erkend dat onzorgvuldig door de betrokken artsen is gehandeld. Het maken van verontschuldiging door een ziekenhuis wordt door patiënten als heel belangrijk ervaren en dient strikt te

59 Zie A.J. Akkermans e.a., ‘Excuses in het privaatrecht’, *WPNR* 6772 (2009) p. 778-784.

60 LJN: BY2540

worden gescheiden van het erkennen van aansprakelijkheid, omdat ziekenhuizen anders deze voor patiënten zo belangrijke verontschuldigen achterwege zullen laten. De strekking van de brief van de Raad van Bestuur is duidelijk gericht op het maken van verontschuldigen en niet het erkennen van aansprakelijkheid."

Dit is wat ons betreft een gelukkige uitspraak die, ter bevordering van open communicatie, brede bekendheid verdient in de praktijk van het medisch aansprakelijkheidsrecht.

Te bedenken valt dat – wij gaan hier in paragraaf 5.4 nog uitvoerig op in – de vraag of er aansprakelijkheid is, beantwoord wordt aan de hand van het *objectieve* criterium of de zorg van een goed hulpverlener in acht is genomen.⁶¹ De professionele standaard van de zorgverlener houdt in dat hij openheid moet betrachten over incidenten, en als sprake is van een fout, die openlijk met de patiënt moet bespreken en excuses of een spijtbetuiging moet uitspreken. Hij dient zich niet uit te laten over een eventueel recht op schadevergoeding,⁶² en zelfs als hij dat wel zou doen dan is zijn (*subjectieve*) oordeel niet maatgevend. Wij lijken het in Nederland voor het medische aansprakelijkheidsrecht dus te kunnen stellen zonder de bijzondere 'Apology Protection Laws' die men in een aantal buitenlandse heeft geïntroduceerd ter bevordering van openheid en excuses na een medische fout. Het is aardig om te zien dat in Nederland zonder veel ophef een oplossing wordt gevonden waarvoor in andere jurisdicties zwaar geschut van stal wordt gehaald.

De verhouding tussen 'veilig melden' en open disclosure

Zoals bekend bestaan binnen de gezondheidszorg systemen voor 'veilig melden'. Een dergelijk systeem houdt in dat artsen en andere hulpverleners incidenten en (bijna-) fouten melden en bespreken. Daarbij geniet de melder een zekere mate van bescherming; het uitgangspunt is dat er tegen hem of haar geen individuele maatregelen worden getroffen. Voorts wordt informatie afgeschermd: informatie en verklaringen die door een melder zijn ingebracht in een veilig-meldensysteem mogen niet gebruikt worden in een tegen de melder gerichte disciplinaire of juridische procedure, tenzij de melder daarmee instemt. Nu zou men zich kunnen afvragen hoe zich deze systemen verhouden tot *open disclosure*, dat immers open communicatie impliceert. Over dit onderwerp is in de loop der tijd al veel gezegd⁶³, maar omdat hiervoor openheid zo nadrukkelijk voorop werd gesteld, toch nog het volgende.

61 Vgl. artikel 7:453 BW.

62 KNMG richtlijn 'Omgaan met incidenten, fouten en klachten: wat mag van artsen worden verwacht?' 2007; GOMA Beginsel 8.

63 Zie bijvoorbeeld het onderzoek van J. Legemaate, *Veilig incident melden*, Bohn Stafleu van Loghum, december 2006 en Legemaate e.a., 'Veilig melden van incidenten in de gezondheidszorg: voorbeelden van buitenlandse wetgeving', *Tijdschrift voor veiligheid*, nr. 1 (2009), p. 20 e.v.

De bescherming van de melder en de afscherming van informatie is vanuit het perspectief van de patiëntveiligheid goed te begrijpen. Als men van (bijna) incidenten wil leren, is het belangrijk dat zo veel mogelijk gemeld wordt. Bovendien zullen succesvolle meldsystemen ook bijdragen aan een cultuur waarin over fouten wordt gesproken, zodat ook open communicatie hierover met de patiënt eerder zal plaatsvinden. Negatieve gevolgen van melding voor de melder zullen aan de meldingsbereidheid sterk afdoen, en verminderen dus de effectiviteit van die systemen.

Vanuit het perspectief van de patiënt is evenwel moeilijk te begrijpen dat over zijn zaak zekere informatie beschikbaar is – denk aan de resultaten van een onderzoek naar het incident –, maar hij die informatie, die bijvoorbeeld voor de onderbouwing van zijn vordering van belang kan zijn, niet krijgt. ‘Veilig melden’ heeft voor de patiënt een ironisch klank, in die zin dat hem in het belang van de zorgverlener iets wordt ontzegd, terwijl het incident niet de zorgverlener maar de patiënt schade heeft berokkend.

In essentie is dit een klassieke tegenstelling van het algemene en het individuele belang. Het lijkt zo te zijn dat het algemene belang (meldingsbereidheid, resulterend in grotere patiëntveiligheid en opener cultuur ten aanzien van fouten) eenvoudig onverenigbaar is met het individuele belang van de patiënt (toegang tot voor hem relevante informatie). Zoals zo vaak, spreekt een appèl op het individuele belang sneller tot de verbeelding dan een beroep op het (abstractere) algemene belang. Toch is begrijpelijk, gegeven de betekenis die veilig melden voor de kwaliteit van de zorg heeft, dat het algemene belang prevaleert.

Wat hier nadruk verdient – het wordt wel eens over het hoofd gezien – is dat de melding in het veilig meldensysteem niet afdoet aan de verplichting tot openheid jegens de patiënt. Als de zorgverlener wel meldt, maar zijn patiënt onvoldoende informatie geeft, schiet hij jegens de patiënt toch tekort. In zoverre is er dus ook geen sprake van een conflict tussen beide circuits; zij bestaan naast elkaar.⁶⁴

Wat evenwel kan voorkomen, is dat naar aanleiding van de melding een onderzoek heeft plaatsgevonden dat de patiënt niet ter beschikking wordt gesteld, hoewel hem dat relevante inzichten zou kunnen verschaffen. Uit de rechtspraak kan worden afgeleid dat de patiënt dat rapport alleen dan toch ter beschikking moet worden gesteld, als niet voldaan is aan de wettelijke dossierplicht.⁶⁵

64 Bedacht zij dat in veilig meldsystemen ook bijna-incidenten worden gemeld; van een bijna-incident hoeft de patient niet op de hoogte te worden gesteld.

65 Zie Rechtbank Zwolle (voorzieningenrechter) 20 december 2007, *TvGR* 2008, 12; Gerechtshof Leeuwarden 9 december 2008, *TvGR* 2009, 12; Rechtbank Arnhem 8 juli 2009, *TvGR* 2009, 32.

In de literatuur zijn zorgen geuit over het effect van die uitspraak in termen van beeldvorming bij zorgverleners: op zichzelf doet de rechtspraak niet af aan het veilige karakter van het melden, maar de aanvaarding van een uitzondering zou toch zo zeer aan het gevoel van veiligheid bij potentiële melders kunnen afdoen, dat zij voortaan in mindere mate melden. Om die reden is er voor gepleit de ‘veiligheid’ van het melden wettelijk te regelen.⁶⁶ Zou de Wcz wet worden, dan wordt aan die wens tegemoet gekomen (zij het dat op de ‘veiligheid’ van het melden wel een inbreuk wordt gemaakt door de mogelijkheid van strafrechtelijk gebruik). Artikel 11 lid 2 Wcz bepaalt: *“Gegevens in het register, bedoeld in artikel 10, tweede lid, die afkomstig zijn uit een interne melding van incidenten en bijna-incidenten, behoudens die met betrekking tot een calamiteit of seksueel misbruik [...], kunnen niet in een civielrechtelijke, strafrechtelijke, bestuursrechtelijke of tuchtrechtelijke procedure als bewijs worden gebruikt, noch kan een disciplinaire maatregel, een bestuurlijke sanctie of een bestuurlijke maatregel daarop worden gebaseerd. (...) In afwijking van de eerste volzin kunnen de gegevens voor het strafrechtelijk bewijs worden gebruikt indien zij redelijkerwijs niet op een andere manier kunnen worden verkregen.”*⁶⁷

Een voor het aansprakelijkheidsrecht belangrijke constatering is dat in de geciteerde bepaling calamiteiten (incidenten die tot de dood of een ernstig schadelijk gevolg voor de patiënt hebben geleid; artikel 12 lid 2 Wcz) zijn uitgezonderd; daar geldt de bescherming die het artikel biedt dus niet. Calamiteiten moeten, net als nu (artikel 4a KZI), bij de Inspectie worden gemeld (artikel 12 Wcz).

4.2.3 Bemiddeling op verschillende niveaus

Het streven is na een mogelijk verwijtbaar medisch incident de *open disclosure* optimaal te laten verlopen, onder andere ter voorkoming van een nodeloos conflict tussen de patiënt en/of het ziekenhuis. Naarmate de *open disclosure* beter verloopt, is de kans op conflictueuze verhoudingen, en dus op ‘oneigenlijk gebruik’ van het aansprakelijkheidsrecht, kleiner. Maar er zullen gevallen zijn waarin die conflictueuze verhoudingen toch ontstaan.

In die gevallen is het belangrijk te bezien of vormen van bemiddeling aan het herstel van de verhoudingen zouden kunnen bijdragen. Het is om die reden dat wij eerder de verplichtstelling van de klachtenfunctionaris onder de Wcz veelbelovend hebben genoemd.⁶⁸

66 Zie, onder veel meer, Harry Molendijk, Johan Legemaate en Ian Leistikov, ‘Veilig melden moet in de wet’, *Medisch Contact*, 8 februari 2008, 63 nr. 6 met verwijzingen.

67 Zie voor bedenkingen bij deze bepaling J. Legemaate, ‘De Wcz en kwaliteit van zorg’, *TvGR* 2010, nr. 8, p. 601-602.

68 Kanttekening verdient dat artikel 28 sub g Wcz bepaalt dat de zorgaanbieder schriftelijke moet oordelen over de klacht. Het lijkt erg ongelukkig die verplichting ook aan te nemen als succesvolle bemiddeling heeft plaatsgevonden, omdat de aard van de bemiddeling zich daar tegen verzet.

In geval van een (dreigend) conflict treedt de klachtenfunctionaris op als bemiddelaar. Die rol is de klachtenfunctionaris in het bestaande beroepsprofiel⁶⁹ nadrukkelijk opgedragen. Hij heeft die rol over het algemeen in de huidige praktijk ook al.

In twee opzichten kan men wat die bemiddelende taak van de klachtenfunctionaris verder doordenken. Ten eerste is het zo dat traditioneel de klachtenfunctionaris wordt benaderd op initiatief van de patiënt. Voor de kans van slagen van de bemiddeling zou het goed kunnen zijn als de klachtenfunctionaris eerder betrokken raakt. Hij kan dan ook een andere belangrijke rol, namelijk de bevordering van de communicatie met de patiënt, beter vervullen. Op de wijze en het moment van betrokken raken van de klachtenfunctionaris zijn vele varianten denkbaar, waar wij in het kader van dit preadvies niet verder op in kunnen gaan.

Een andere vraag is of binnen een instelling de klachtenfunctionaris de enige bemiddelingsmodaliteit zou moeten zijn. Er zitten beperkingen aan de bemiddelingsrol van de klachtenfunctionaris. Ten eerste meet de klachtenfunctionaris zich geen medisch inhoudelijk oordeel aan. Wat de zorgverlener aan de patiënt over het incident vertelt, is voor de klachtenfunctionaris een gegeven. Hij kan in communicatieve zin veel betekenen, maar over het algemeen ontbeert de klachtenfunctionaris de kennis om te oordelen over de medisch inhoudelijke kant van de zaak. Ten tweede is denkbaar dat de patiënt in het functioneren van de klachtenfunctionaris onvoldoende vertrouwen heeft omdat deze is verbonden aan de instelling. Bij gebrek aan vertrouwen kan de klachtenfunctionaris moeilijk functioneren.

Onder deze omstandigheden rijst de vraag of, en, zo ja, welke alternatieve voorzieningen geboden moeten worden. Er zijn ziekenhuizen die op dit terrein initiatieven ontplooiën en gebruik maken van 'externe bemiddelaars'. Over de verschillende modellen is veel te zeggen; volstaan wordt met het volgende.

Het kan zich voordoen dat patiënt twijfelt over het medisch handelen van de zorgverlener. Als er sprake is van een sluimerend of zelfs al verhardend verschil van mening over het eigen oordeel van de zorgverlener, lijkt veelbelovend de optie een ervaren arts, bijvoorbeeld een emeritus hoogleraar, te laten bemiddelen om te bezien of partijen tot elkaar kunnen worden gebracht. Bij gebreke van de mogelijkheid van bemiddeling in deze fase, is het alternatief voor de patiënt het starten van een klacht-, een tucht-, of een civiele procedure. De arts kan zich daardoor, met name als dat rauwelijks gebeurt, gedwongen voelen sterk verdedigende stellingen te betrekken, met alle negatieve gevolgen voor de (behandel)relatie van dien. Bemiddeling heeft de potentie die verharding af te wenden.

69 Van 'Klacht naar kracht, klachtenopvang en -bemiddeling in de zorgsector, Beroepsprofiel', September 2007; onder c bij 'Resultaatgebieden en kernactiviteiten'.

Het doel van de bemiddeling kan uiteen lopen. De bemiddeling kan er toe leiden dat alle geschilpunten tussen partijen zijn opgelost. Maar vereist voor het succes van de bemiddeling is dat niet. Het is op zichzelf denkbaar dat onder leiding van de bemiddelaar partijen tot de conclusie komen dat zij van mening verschillen over de vraag of van verwijtbaarheid aan de zijde van de zorgverlener sprake is, maar toch de relatie op persoonlijk niveau wordt hersteld. Zo lijkt een gezamenlijk reconstructie van de medische gang van zaken rondom het incident voor de patiënt op zichzelf al heel zinvol te kunnen zijn – adequate informatie is een belangrijke behoefte van patiënten. Succesvolle bemiddeling sluit, bijvoorbeeld, een vordering tot schadevergoeding niet uit. Er zijn meer varianten op de uitkomst van een bemiddeling denkbaar.

Waar het, in relatie tot het aansprakelijkheidsrecht, bij bemiddeling steeds om zal gaan, is ten eerste te voorkomen dat de patiënt uit oneigenlijk overwegingen een vordering tot schadevergoeding instelt, en ten tweede om, als de patiënt naar te hopen valt op basis van goede gronden toch ageert, te zorgen de procedure nietodeloos wordt verzuurd door vermijdbare rancune en andere negatieve gevoelens.

Ter voorkoming van misverstanden zij opgemerkt dat men uiteraard een balans moet zien te vinden tussen de ernst van het incident en de kosten van bemiddeling. Zwaardere gevallen rechtvaardigen uiteraard een zwaardere inzet van externe bemiddeling dan de lichtere.

4.2.4 *Toegang tot een retrospectieve second opinion*

Over het algemeen is het voor de patiënt niet mogelijk de verklaringen van de zorgverlener over de medisch-technische kant van het incident te beoordelen. In het huidige bestel zijn er mogelijkheden dat oordeel te verkrijgen, maar die mogelijkheden hebben dan meteen ook een conflictueuze kleur. De patiënt kan zich tot de tuchtrechter wenden met een tuchtklacht. Of hij kan zich tot een advocaat wenden, met de vraag of hij 'een zaak' heeft. Ook de klachtencommissie kan een optie zijn. Toegang tot een deskundige vanuit een meer neutrale agenda is er eigenlijk niet.

Dat is ongelukkig, omdat aan de behoefte van de patiënt aan een oordeel geen conflictueuze tendentie ten grondslag hoeft te liggen. Bijvoorbeeld: een kind heeft neurologisch geboorteletsel, met levenslange beperkingen tot gevolg. De gynaecoloog meent dat sprake is van een complicatie. Vanwege de grote gevolgen voor de toekomst van hun kind, willen de ouders de beslissing over vervolgstappen weloverwogen nemen. Hun eigen oordeelsvermogen biedt voor een weloverwogen beslissing geen basis. Zij kunnen er daarom behoefte aan hebben dat iemand met een objectieve medische blik naar de zaak kijkt.

In de geneeskunde is de prospectieve second opinion over het te voeren behandelbeleid de laatste jaren ingeburgerd geraakt. De second opinion wordt over het algemeen gedekt onder de ziektekostenverzekering. In het vervolg op die ontwikkeling ligt het voor de hand de patiënt na een mogelijk verwijtbaar medisch incident ook de mogelijkheid van een retrospectieve second opinion te geven. In die retrospectieve second opinion spreekt een andere arts een oordeel uit over het handelen van de zorgverlener. Praktisch gesproken zullen retrospectieve en prospectieve second opinion regelmatig kunnen worden gecombineerd.

De daartoe aan te zoeken arts kan eenzijdig door de patiënt worden gekozen, maar ook in overleg tussen de patiënt en de zorgverlener. De second opinion strekt er uitsluitend toe de patiënt in staat te stellen een geïnformeerde beslissing te nemen omtrent zijn vervolgstappen. De second opinion heeft geen bijzondere status in een eventuele procedure tot schadevergoeding. De kosten van deze second opinion behoren gedekt te worden door de reguliere ziektekostenverzekering, vanwege het grote belang voor het welzijn en daarmee de gezondheid van de patiënt van een niet conflictueuze vorm van raadpleging van een deskundige.⁷⁰

4.3 *Suggesties tot verbetering van de procedure tot schadevergoeding na een medische fout*

Thans richten wij het vizier op het meer traditioneel juridische terrein, te weten verbetering van de schadevergoedingsprocedure als zodanig. De volgende maatregelen laten zich denken.

4.3.1 *Ziekenhuizen moeten schades tot een hoger bedrag dan nu gebruikelijk is zelf afwikkelen.*

In de literatuur is bepleit⁷¹ geringere claims niet meer door de aansprakelijkheidsverzekeraar van het ziekenhuis te laten behandelen, maar door het ziekenhuis

70 Noemenswaardig in dit verband is dat krachtens de recente Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, Bundesrat Drucksache 7/13, 11.01.2013 (artikel 2) de ziektekostenverzekeraar gehouden is tot ondersteuning van de patiënt bij de verwezenlijking van zijn recht op schadevergoeding:

‘Die Krankenkassen sind zukünftig gehalten, ihre Versicherten bei der Verfolgung von Schadensersatzansprüchen aus Behandlungsfehlern zu unterstützen’; zie de *Begründung* bij het *Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten*, Bundestag Drucksache 17/10488, 15.08.2012, p. 12. Zie ook p. 32 r.k. bovenaan.

71 Tweede externe onderzoekscommissie MST (‘Commissie Lemstra II’), *Heel de patiënt, Het handelen van de beroepsmatig betrokkenen na het vertrek van een disfunctionerende medisch specialist*, 2010, p. 64.

zelf – in combinatie eventueel met verhoging van het eigen risico. Dat lijkt in de praktijk ook in toenemende mate te gebeuren. Die ontwikkeling biedt bepaalde voordelen.

Ten eerste heeft voor een patiënt het debat over schadevergoeding vaak een morele dimensie, zodat het voor hem onbevredigend is te maken te krijgen met de partij die het niet ‘gedaan’ heeft. Het gevoel tegen een abstracte, gezichtsloze tegenstander te moeten vechten, zou bij afhandeling door het ziekenhuis kunnen afnemen. In termen van procedurele rechtvaardigheid heeft die benadering daarom sterke kaarten. Het is bovendien zo dat het incident voor de patiënt meer omvattend is dan alleen de financiële kant. Wanneer de financiële kant en andere aspecten tussen dezelfde gesprekspartners worden besproken, lijkt de kans op een alles omvattende oplossing te worden vergroot.

Voorstelbaar is voorts dat het ziekenhuis eerder dan de verzekeraar de behoefte zal hebben wat binnen zijn muren is gebeurd ‘recht te zetten’. Mogelijk zal het ziekenhuis meer naar billijkheid oordelen en alle omstandigheden van het afwegen, terwijl een verzekeraar eerder strikt juridisch zal beoordelen, bijvoorbeeld, of de patiënt voldoende stelt om zijn claim in rechte gehonoreerd te zien. Het ziekenhuis lijkt ook eerder in de positie om samen met de patiënt aan tafel te gaan zitten om te bezien wat nu eigenlijk zijn schade is en zal wellicht grotere waarde hechten aan bewaking van de goede verhoudingen. Voor ziekenhuizen kan ook in termen van imagovorming belangrijk worden gevonden te laten zien dat wanneer er iets mis gaat, zij zich inspanssen voor uitbetaling van een billijke schadevergoeding.

‘Afdoening door het ziekenhuis’ betekent overigens niet per definitie dat het ziekenhuis met betrekking tot het betreffende evenement zelf risicodragend is. Het kan zo zijn dat het ziekenhuis de feitelijke afwikkeling doet, terwijl uiteindelijk de rekening bij de verzekeraar terecht komt. Dat hangt af van het arrangement dat het ziekenhuis en de verzekeraar hebben getroffen. Het kan ook zo zijn dat het ziekenhuis het ‘gezicht’ van de afwikkeling is, terwijl de verzekeraar op de achtergrond meekijkt en eventueel adviseert.

Meer in het algemeen verdient opmerking dat ‘schadeafwikkeling door de instelling zelf’ niet betekent dat men alles zelf, met eigen mensen, doet. Schadeafwikkeling kent zoals wij zagen in de kern twee stappen, te weten vaststelling van aansprakelijkheid en vaststelling van de omvang van de schadevergoeding. Het is goed denkbaar dat ziekenhuizen onderdelen van die twee stappen uitbesteden. Zo kan het ziekenhuis er ter vaststelling van de aansprakelijkheid voor kiezen het oordeel over de vraag of een fout is gemaakt voor te leggen aan een, eventueel in overleg met de patiënt, aan te zoeken onafhankelijke externe deskundige. In het kader van de vaststelling van de hoogte van de schadevergoeding, kan het ziekenhuis een partij inschakelen die de schade berekent. Dit laatste ligt met name

voor de hand bij meer complexe schadeposten. In het algemeen zullen dat doorlopende schades zijn, zoals verlies van verdienvermogen, huishoudelijke hulp en verlies van zelfwerkzaamheid aan en rond de woning. Waar het om gaat, is dat het ziekenhuis de afwikkeling als geheel voor de patiënt zichtbaar aan zich houdt, en de verantwoordelijkheid daarvoor niet uit handen geeft.

Zaakskenmerken zullen sterk bepalend zijn voor de wijze waarop de instelling de claim behandelt. De inrichting van de procedure kan bijvoorbeeld naar gelang de complexiteit van de zaak verschillen. Soms kan men er mee volstaan een vrij eenvoudige vraag aan een medische generalist te stellen. Bij complexe incidenten kan het nodig zijn meerdere, eventueel externe specialisten te raadplegen.

De volgende kanttekening moet worden gemaakt. Afdoening van schade door het ziekenhuis zelf is om de genoemde redenen in potentie beter dan afdoening door de verzekeraar. Bedacht moet worden dat de vraag of zich dat potentieel realiseert, grotendeels afhangt van de wijze waarop ziekenhuizen aan die afwikkeling invulling geven. Het vanuit een oogpunt van procedurele rechtvaardigheid aantrekkelijke gegeven, bijvoorbeeld, dat de patiënt de instelling zelf en niet de anonieme verzekeraar tegenover zich heeft, zal alleen het beoogde effect hebben als de instelling zich ook inderdaad presenteert en gedraagt als verantwoordelijke partij.

Bedacht zij, los daarvan, dat er vele gevallen zullen zijn waarin ook ziekenhuis en patiënt op enig moment tegenover elkaar kunnen komen te staan. Het is een illusie te denken dat het enkele feit dat het ziekenhuis en niet de verzekeraar hier de vordering 'afwijst', de patiënt die afwijzing gunstiger zal doen waarderen. Afdoening door het ziekenhuis is dus geen panacee voor alle kwalen.

Tot slot zij opgemerkt dat het voor kleinere ziekenhuizen economisch moeilijk kan zijn de expertise voor het zelf afdoen van claims in huis te hebben. Regionale samenwerking zou hier uitkomst kunnen bieden.

4.3.2 *Geschillenbeslechting over vorderingen tot schadevergoeding wegens medische fouten moet plaatsvinden door een college waarin de vereiste medische deskundigheid is geïntegreerd.*

4.3.2.1 *Geïntegreerde deskundigheid*

De deskundige is in de huidige praktijk de achilleshiel van de procedure tot vergoeding van schade bij medische fouten. Het kost tijd en debat een deskundige te vinden, het kost tijd en debat een deskundige met voor beide partijen aanvaardbare vragen op pad te sturen en vervolgens verloopt de communicatie over het rapport van de deskundige omslachtig doordat over dat advies noch door partijen noch door de rechter rechtstreeks met de deskundige van gedachten gewisseld kan worden.

Dat probleem zou voor een belangrijk deel zijn opgelost als de deskundige niet extern gepositioneerd is, maar onderdeel uitmaakt van het college dat over de vordering oordeelt. Discussie over de te benoemen deskundige is er niet, het format van in overleg met/tussen partijen overeen te komen vragen vervalt en de rechter kan direct met 'zijn deskundige' overleggen. Als partijen een eigen deskundige hebben, kan ter zitting bovendien een werkelijk debat over de medische kant van de zaak plaatsvinden; bij gebreke van een medicus in het college is dat thans niet goed te doen.

Wij zien dus in het model van de geïntegreerde deskundige belangrijke voordelen.⁷² In Duitsland functioneert het model van een ervaren rechter die in samenspraak met een medicus oordeelt naar het lijkt met succes.

De Wcz sluit op het voorgaande goed aan.⁷³ De Wcz legt ziekenhuizen de verplichting op ter beoordelingen van vorderingen tot € 25.000 aansluiting te zoeken bij een geschilleninstantie. Van een dergelijke geschilleninstantie zou een deskundige deel uitmaken.

Naar ons oordeel zou de figuur van de geïntegreerde deskundige ook in de procedure voor de burgerlijke rechter moeten worden geïntroduceerd. Onbekend is het fenomeen daar niet; bijvoorbeeld van de Ondernemingskamer en de Onteigningskamer maken vakdeskundigen onderdeel uit. Nadere studie is vereist naar de vraag hoe die wijziging voor het onderhavige onderwerp binnen het burgerlijk procesrecht kan worden ingepast.

4.3.2.2 *Wijze van organisatie: tuchtcolleges inspiratiebron*

Het ligt voor de hand bij het denken over integratie van medische deskundigheid inspiratie te putten uit het functioneren van medische tuchtcolleges, omdat die integratie daar de standaard is.

Een tuchtcollege bestaat uit vijf leden: twee juristen en drie leden met hetzelfde beroep als de aangeklaagde zorgverlener. Bij minder complexe zaken bestaat het college uit drie personen: een jurist en twee beroepsbeoefenaren. Omdat het bij tuchtzaken alleen gaat om de beoordeling van het medisch handelen terwijl bij de vordering tot schadevergoeding vervolgens ook nog de vertaalslag naar de civiel-

72 In haar binnenkort te verschijnen proefschrift over medische aansprakelijkheid zal Rolinka Wijne die geïntegreerde deskundigheid eveneens voorstaan, onder andere op basis van nadere rechtsvergelijking. Ook betreft zij in haar betoog algemene literatuur over de bezwaren tegen betrokkenheid van externe deskundigen.

73 Zo meent ook de Tweede externe onderzoekscommissie MST ('Commissie Lemstra II'), *Heel de patiënt, Het handelen van de beroepsmatig betrokkenen na het vertrek van een disfunctionerende medisch specialist*, 2010, p. 64.

rechtelijke kwalificatie van dat handelen gemaakt moet worden – gevolgd ook nog door beoordeling van de schadevergoeding -, is de ‘juridische component’ in schadevergoedingszaken veel zwaarder. Het ligt voor de hand dit in de samenstelling van het college tot uitdrukking te brengen.

Tuchtcolleges hebben vaste leden-beroepsbeoefenaren vanuit een groot aantal disciplines. Afhankelijk van de aan de orde zijnde discipline worden leden-beroepsbeoefenaren voor de zitting geselecteerd. Het kan voorkomen dat specifieke kennis vereist is die niet onder de leden-beroepsbeoefenaren vertegenwoordigd is. In dat geval wordt een externe beroepsbeoefenaar aangezocht.

Dit model lijkt ook voor de Geschilleninstantie en de in letselschadezaken gespecialiseerde ‘letselschadekamer’ van de rechtbank in beginsel toepasbaar.

4.3.2.3 *Uitwerking Geschilleninstantie*

Inleiding

De wetgever bepaalt in de Wcz niet meer dan dat de instelling verplicht is zich aan te sluiten bij een geschilleninstantie die oordeelt over vorderingen tot € 25.000. Die geschilleninstantie wordt niet door de overheid in het leven geroepen en/of gefinancierd en er worden in de Wcz ook geen nadere eisen aan zijn inrichting en functioneren gesteld. De verantwoordelijkheid voor de geschilleninstantie wordt geheel ondergebracht bij de branche zelf.

Bij het in het leven roepen van een geschilleninstantie rijst echter een aantal fundamentele vragen. Een voor de hand liggende gedachte lijkt te zijn de bestaande Geschillencommissie Ziekenhuizen (die oordeelt over vorderingen tot € 5.000) eenvoudig ‘op te schalen’. Men moet daarbij evenwel bedenken dat op het ogenblik deze commissie op jaarbasis minder dan 50 zaken behandelt en zich dit wat betreft belasting en procedurele druk niet laat vergelijken met de situatie waarin straks over vorderingen tot € 25.000 geoordeeld moet worden. De redelijke verwachting is dat het aantal zaken vele malen hoger zal liggen, nu de verklaring voor het geringe aantal zaken dat thans aan de Geschillencommissie wordt voorgelegd – ‘het belang is te gering om er een zaak van te maken’ – bij vervijfvoudiging van de competentiegrens geen opgeld meer doet. Vermeldenswaard in dit verband is dat het gemiddeld uitgekeerde bedrag in medische aansprakelijkheidszaken minder dan € 19.000 bedraagt.⁷⁴

74 Op de vraag wat het gemiddelde bedrag is dat slachtoffers van medische letselschade krijgen uitgekeerd, antwoordde de Minister (TK vergaderjaar 2010-2011, aanhangsel, p. 2, nr. 1371): ‘Op grond van gegevens van MediRisk over de afgelopen jaren blijkt dat gemiddeld een bedrag van €19 197 aan schadevergoeding aan de patiënt is uitgekeerd. In dit bedrag zijn de kosten inbegrepen van buitengerechtelijke bijstand van een door de patiënt ingeschakelde belangenbehartiger. Bij Centramed bedraagt het gemiddelde bedrag dat is uitgekeerd voor de zaken die in de periode 2006 tot en met 2010 zijn afgewikkeld €14 793 per patiënt.’

Dat betekent dat de door de wetgever beoogde geschilleninstantie door de branche min of meer van de grond af aan opgebouwd moet worden. Hierna wordt een aantal wezenlijke punten besproken die wij voor het goede functioneren van een geschilleninstantie wezenlijk achten.

1. *Regionale organisatie*

Het is uit een oogpunt van patiëntvriendelijkheid niet verdedigbaar een geschilleninstantie te hebben met in Nederland slechts een zittingsplaats. Patiënten zouden dan, net als de andere betrokkenen, te veel moeten reizen. Er zullen dus verschillende zittingsplaatsen moeten zijn.

Dat er meerdere zittingsplaatsen zijn, impliceert niet dat op zichzelf de geschilleninstantie regionaal georganiseerd is. Een nationale instantie kan verschillende zittingsplaatsen hebben. Maar decentrale organisatie is wel mogelijk.

Decentrale organisatie is naar ons oordeel inderdaad te prefereren boven centrale landelijke organisatie: het is beter verschillende regionale commissies in het leven te roepen. Geschilleninstanties zullen medewerkers moeten hebben. Er is een grens aan hun mobiliteit. Geschilleninstanties zullen bovendien een zeker netwerk in hun geografische omgeving moeten hebben en ontwikkelen, om de vereiste deskundigen aan boord te kunnen krijgen. Bedacht zij dat bijvoorbeeld ook tuchtcolleges, rechtbanken en toetsingscommissies regionaal georganiseerd zijn. Men zou bij de verdeling inspiratie kunnen putten uit de verdeling in arrondissementen van de burgerlijke rechter.

Het lijkt dus onontkoombaar de geschilleninstantie, niet alleen wat zittingsplaatsen, maar ook wat institutionele vormgeving betreft, regionaal te organiseren.

2. *Werving van deskundigen*

Voor het goede functioneren van de geschilleninstanties is van doorslaggevend belang of men medisch deskundigen bereid vindt in de commissies zitting te nemen. De wetgever heeft in de Wcz de verantwoordelijkheid voor het in het leven roepen van een geschilleninstantie ondergebracht bij de branche. Het ligt in het verlengde van die verantwoordelijkheidstoedeling ook de verantwoordelijkheid voor de beschikbaarheid van deskundigen voor rekening van de branche te brengen.

Bij het uitvoering geven aan die verantwoordelijkheid lijken de verschillende wetenschappelijke verenigingen een belangrijke rol te kunnen spelen. Als inderdaad gewerkt zou worden, zoals hiervoor gesuggereerd, met een lijst van deskundigen van verschillende disciplines die afhankelijk van de voorliggende medische kwestie 'bij oproep' beschikbaar zijn, zou aan de verschillende wetenschappelijke verenigingen en het verzoek kunnen worden gedaan iemand af te vaardigen.

Voor de aanvaardbaarheid van het oordeel van de geschilleninstantie zal van wezenlijk belang zijn het gezag van de medicus die in het college zitting heeft. Het wervingsbeleid van de geschilleninstanties moet dus een hoog ambitieniveau hebben.

3. *Werving van juristen; de voorzitter is een ervaren rechter*

In de geschilleninstanties zullen juristen een belangrijke taak hebben. Bij vorderingen tot € 25.000 kunnen ingewikkelde juridische en procedurele kwesties spelen.

Min of meer onontkoombaar lijkt daarom de juridische leiding te stellen in handen van rechter met ervaring op het terrein van medische aansprakelijkheid. Men moet de medische aansprakelijkheid in theorie en praktijk kennen, en bovendien een geoefende 'beslissers' zijn in termen van het oordelen over vorderingen. Het is lastig te bedenken wie anders dan een meer senior rechter aan dat profiel zou voldoen. Denkbaar is dat de branche op dit punt samenwerking zoekt met de rechterlijke macht.

4. *Rechtspreken 'als goede mannen naar billijkheid' en niet 'naar de regelen des rechts'*

Een klassiek verschil tussen overheidsrechtspraak en alternatieve geschillenbeslechting is dat de overheidsrechter recht spreekt naar de 'regelen des rechts' en men alternatieve geschillenbeslechters kan opdragen te oordelen als 'goede mannen naar billijkheid'. Het verschil zou er in medische aansprakelijkheidszaken met name in kunnen schuilen dat de schade niet tot in het diepste detail onderwerp van debat hoeft te zijn – zoals de concrete schadeberekening van het gemene schadevergoedingsrecht in beginsel wel vergt⁷⁵ – en volstaan kan worden met een schatting. Juist de noodzaak van iedere geringe uitgave verantwoording te moeten afleggen draagt voor patiënten sterk bij aan de 'nuisance value' van een vordering tot schadevergoeding.

5. *Mogelijkheid tot hoger beroep*

Uitgangspunt van rechtspraak is dat er twee instanties zijn. In hoger beroep is het debat verder uitgekristalliseerd, zodat men beter tot de kern komt. Men kan in hoger beroep ook fouten die in eerste aanleg zijn gemaakt herstellen. Bovendien komt het het gezag van een oordeel ten goede als in twee instanties naar de zaak is gekeken. Voorts bevordert het hoger beroep de rechtseenheid.

Die argumenten gaan ook op ten aanzien van het oordeel van de geschilleninstantie. Het enige tegenargument is dat door de mogelijkheid van hoger beroep

75 Met dien verstande dat daar, onder andere door middel van richtlijnen van de Letselschaderraad, standaardisering wordt nagestreefd. Die standaardisering heeft wel grenzen.

een procedure veel langer kan duren. De lange duur van procedures over aansprakelijkheid bij medische fouten is een van de factoren die die procedures voor patiënten zo bezwaarlijk maken. Hoewel dit een serieus te nemen argument is, kan het niet opwegen tegen de voornoemde voordelen van het hoger beroep. Daarom moet de mogelijkheid bestaan van het oordeel van de geschilleninstantie in hoger beroep te komen.

6. *Afwijzing door ziekenhuis is een vereiste voor ontvankelijkheid bij Geschilleninstantie*

Voor ontvankelijkheid bij de geschilleninstantie is vereist dat de vordering van de patiënt door het ziekenhuis is afgewezen. De Wcz stelt een termijn van zes weken voor het nemen van een beslissing, maar het probleem is dat de Wcz onduidelijk is over de toepasselijkheid van de 6 weken termijn op de onderhavige beslissing.

Als het gaat over schadevergoeding is 6 weken zonder meer te kort. Alleen al het verzamelen van alle (medische) informatie duurt vaak minimaal 6 weken. Het verdient overweging voor een alternatieve termijn aansluiting te zoeken bij de termijn van de GOMA. Beginsel 15 luidt: "De aansprakelijkheidsverzekeraar neemt in beginsel binnen drie maanden nadat hij de aansprakelijkstelling heeft ontvangen een onderbouwd standpunt in over de aansprakelijkheid. Mocht deze termijn niet haalbaar blijken, dan meldt hij dit onder opgave van redenen en geeft hij aan wanneer de patiënt alsnog een reactie kan verwachten."

Dit is slechts een voorlopige gedachtegang over hoe de regeling zou kunnen luiden. Over de precieze regeling van dit onderwerp is nadere gedachtevorming nodig. Dat zou moeten gebeuren in samenspraak met de praktijk.

7. *Vrijwel gratis toegankelijk*

Op het ogenblik vormen de kosten van een civiele procedure een belangrijk bezwaar om een vordering in te stellen. Het zou niet verstandig zijn toegang tot de geschilleninstantie geheel gratis te maken, omdat dan geen drempel tegen lichtvaardig claimgedrag zou bestaan. Maar een serieus offer moet van de patiënt niet gevraagd worden, omdat hem dat de facto in de uitoefening van zijn recht op beoordeling van zijn vordering belemmert.

4.3.2.4 *Tuchtcolleges, Geschilleninstanties en 'letselschadekamers'; een breder perspectief*

In het voorgaande werden los van elkaar verschillende bestaande of nog in het leven te roepen instanties besproken. Vergelikt men (i) de bestaande tuchtcolleges, (ii) de geschilleninstanties zoals die er volgens ons uit zouden moeten gaan zien en (iii) de met een deskundige verrijkte 'letselschadekamers', dan tonen zich opvallende gelijkenissen. Voor allemaal geldt dat een rechter een centrale rol speelt en dat medici van het college deel uitmaken. Alle drie zijn regionaal georganiseerd. Voorts lijkt het door tuchtcolleges gehanteerde model van een vaste kring van vertegenwoordigers van verschillende medische disciplines met, wan-

neer men door dat net heen valt, de mogelijkheid bijzondere expertise in te roepen, ook voor geschilleninstantie en met een deskundige te verrijken letselschadekamers aantrekkelijk.

Die constatering werpt de vraag op of het niet voor de hand ligt bepaalde personele unies aan te gaan. Het lijkt weinig efficiënt dat alle drie de instanties hun eigen lijst met te benaderen deskundigen hebben. Het lijkt ook weinig efficiënt dat de verschillende geschilleninstanties in iedere regio op ad hoc-basis contacten met rechtbanken zoeken om te zien of rechters bereid kunnen worden gevonden de geschilleninstantie voor te zitten. Ook lijken er op het terrein van kennisontwikkeling gemeenschappelijke belangen te liggen. Er zijn meer voorbeelden.

In het verlengde van die vergelijking op het gebied van samenstelling, is het zinvol de inhoudelijke verhouding van de drie besproken instanties goed te bedenken. Het verschil tussen de geschilleninstantie en de letselschadekamer zou in de kern zijn dat de geschilleninstantie oordeelt over vorderingen tot € 25.000 en de letselschadekamer over grotere bedragen. Als men de geschilleninstantie procedureel minder zwaar uitrust dan de letselschadekamer en bovendien laat 'oordeelen als goede mannen naar billijkheid' in plaats van 'naar de regelen des rechts', is een plausibele materiële en procedurele onderscheiding gegeven. De positie van de tuchtrechter is minder evident. In theorie lijkt de rol van de tuchtrechter bij medische claims vatbaar voor nadere optimalisering, in die zin dat het thans vaak voorkomt dat patiënten een oordeel van de tuchtrechter vragen om vervolgens op basis daarvan, als men daar gelijk krijgt, de civiele vordering tot schadevergoeding op te baseren. De vraag rijst of die beslissing over schadevergoeding niet in een moeite door genomen zou kunnen worden.

Anders gezegd: het besef dat, wil op het terrein van medische aansprakelijkheid werkelijk vooruitgang geboekt worden, medische deskundigheid in het oordelende college geïntegreerd moet worden, leidt tot vrij fundamentele vragen op het terrein van personele en functionele verhoudingen tussen de verschillende rechtsprekende – overheidsrechtspraak of anderszins – instanties. Beantwoording van deze vragen gaat het terrein van dit preadvies te buiten. Het lijkt noodzakelijk dat hierover doorgedacht wordt in dialoog tussen onder andere vertegenwoordigers van de rechterlijke macht, tuchtcolleges, zorgverleners en academici.

4.3.3 *Met name in zaken waarin de aansprakelijkheid vast staat, moet worden gepoogd het geschil door middel van een passende vorm van conflictoplossing op te lossen*

Belangrijke bezwaren van de civiele procedure zijn dat hij lang duurt, kostbaar is een sterk juridiserend en polariserend werkt. Dat zijn ernstige punten.

Er zijn vormen van alternatieve geschillenbeslechting die het in zich lijken te hebben het op deze punten beter te doen. Er is bijvoorbeeld in met name de Engelsta-

lige literatuur bepleit dat (vormen van) mediation in medische aansprakelijkheidszaken vruchtbaar zouden kunnen zijn⁷⁶, omdat voor de menselijke verhoudingen in mediation meer aandacht bestaat. Dat is belangrijk, omdat patiënten incidenten in de praktijk vooral als een persoonlijke aangelegenheid ervaren. Als op de automatische piloot wordt doorgeschakeld naar discussies over schadevergoeding en juridisering kunnen de achterliggende behoeftes en belangen al snel uit het zicht raken. Het directe contact tussen partijen dat aan mediation eigen is, geeft meer ruimte om aandacht te geven aan die behoeftes en belangen.

Op het eerste gezicht lijkt voor mediation nog het meeste ruimte te bestaan als de grondslag van aansprakelijkheid vaststaat, maar partijen verdeeld zijn over kwesties van causaal verband en omvang van de schadevergoeding. Mediation lijkt in het algemeen minder voor de hand liggend als de aansprakelijkheidsvraag nog niet is beantwoord, tenzij de schade zo beperkt van omvang is dat gehele of gedeeltelijke vergoeding kan opwegen tegen de kosten van een volledige procedure, of er andere aspecten zijn dan schadevergoeding die zo dringend zijn dat zij mediation rechtvaardigen.

Tot nu toe worden mediation en andere vormen van ADR nog betrekkelijk weinig toegepast bij medische aansprakelijkheidszaken.⁷⁷ Bevraagt men partijen in het veld, dan blijkt breed gedeeld te worden de opvatting dat mediation eigenlijk veel vaker zou moeten plaatsvinden in medische zaken. Een nadeel dat men op voorhand zou kunnen zien, namelijk dat een van de partijen zich in het kader van een mediation onvoldoende inspant om tot een oplossing te komen, blijkt in praktijk geen werkelijk probleem te zijn.

5 De meerwaarde van aanpassingen en systeemwijzigingen

5.1 *Zou het beter gaan in een no-faultsysteem?*

Zoals het voorgaande laat zien, kunnen veel van de knelpunten die patiënten ervaren binnen het huidige compensatiesysteem worden aangepakt. De mogelijkheden hiertoe zijn omvattend en realistisch, de zorgsector zelf kan het voortouw nemen en de regie houden. Al met al lijkt een drastische verbetering binnen handbereik te liggen. In welke mate en in welk tempo die zal worden gerealiseerd, is de vraag.

76 Chris Stern et al., 'Interest-Based Mediation of Medical Malpractice Lawsuits: A Route to Improved Patient Safety?', *Journal of Health Politics, Policy and Law* 2010, 35(5), p. 797 e.v.; Tony Bogdanoski, 'Medical negligence dispute resolution: A role for facilitative mediation and principled negotiation?', *ADRJ* (2009) 20, p. 77 e.v. met verwijzingen.

77 J. van de Laar, Ervaringen van een mediator in letselschadezaken, *VR* 2010 nr. 5, p. 133 ev.

seerd lijkt vooral een kwestie van prioriteiten. In Nederland en elders is veel gedachtenvorming over verbetering van de afwikkeling van medische fouten in de sleutel gezet van de mogelijkheid tot wijziging van het compensatiesysteem van het aansprakelijkheidsrecht naar een *no-fault*systeem, of naar een combinatie van beide. Ook de KNMG heeft hiervoor gepleit.⁷⁸ In België is vorig jaar met de Wet Medische Ongevallen een *no-fault*vergoedingssysteem geïntroduceerd dat samen met het bestaande aansprakelijkheidsrecht een tweesporensysteem vormt.⁷⁹ In augustus 2012 heeft het SP Tweede Kamerlid Leijten aangekondigd te komen met een wetsvoorstel voor een Compensatiefonds Medische Fouten.⁸⁰ Een ander veelgehoord pleidooi betreft de omkering van de bewijslast met betrekking tot de fout, onlangs nog bepleit door de Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie (NPCF).⁸¹ Dit alles maakt het logisch om hier de vraag onder ogen te zien in hoeverre de gesignaleerde knelpunten beter zouden kunnen worden aangepakt in het kader van een aanpassing of wijziging van het huidige compensatiesysteem.

Vooropgesteld zij dat introductie van een *no-fault*systeem realiter alleen denkbaar is op basis van wetgeving. De huidige Minister van VWS heeft bij herhaling aangegeven niet aan het bestaande compensatiesysteem te willen tornen.⁸² Die politieke realiteit maakt deze mogelijkheid voorsnog van een andere orde dat de hierboven beschreven verbetermogelijkheden, die samenvallen met of aansluiten bij wat het Ministerie voorstaat, en sowieso grotendeels door de zorgsector zelf kunnen worden doorgevoerd. Ook voor omkering van de bewijslast met betrekking tot de fout zou wetgeving nodig zijn, want de Hoge Raad wil niet verder gaan dan de huidige tegemoetkoming,⁸³ die zoals bekend neerkomt op een verzwaarde motiveringsplicht voor de zorgverlener van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt.⁸⁴

78 KNMG Kwaliteitsmanifest 2004, onder 7, Het aansprakelijkheidsstelsel.

79 Wet betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg van 31 maart 2012, Belgisch Staatsblad 1 juli 2002. Zie hierover het preadvies van onze mede-preadviseur Vansweevelt, alsmede I. Boone en S. Lierman (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia, 2011; E. de Kezel, Vergoeding van medische schade in België: het nieuwe tweesporensysteem, *TVP* 2009 (4) p. 139-150.

80 Zie www.sp.nl/nieuwsberichten/12511/120828-leijten_lanceert_wetsvoorstel_compensatiefonds_medische_fouten.html

81 Zie www.zorgvisie.nl/Kwaliteit/Nieuws/2012/9/Sterkere-positie-patient-nodig-bij-medische-fout-ZVS014795W/.

82 Zie bijv. de antwoorden van de Minister van VWS op de vragen van het SP kamerlid Leijten, *Handelingen II* 2010/11, Aanhangsel 1371.

83 Zie bijv. HR 20 april 2007, LJN BA1093, *RvdW* 2007, 423.

84 Vaste rechtspraak, zie o.a. HR 20 nov. 1987 (Timmer/Deutman), *NJ* 1988, 500; HR 18 feb. 1994, *NJ* 1994, 368; HR 7 sept. 2001, *NJ* 2001, 615.

In 2002 is een onderzoek van Dute, Faure en Koziol gepubliceerd dat in opdracht van ZonMw is verricht naar *no-fault*compensatiesystemen.⁸⁵ Het onderzoeksrapport bevat onder meer een rechtsvergelijkende analyse van het medische aansprakelijkheidsrecht in twaalf landen,⁸⁶ waaronder een studie van de *no-fault*stelsels van Nieuw Zeeland, Noorwegen, Zweden, Finland en Denemarken.⁸⁷ In dat rapport wordt op verschillende plaatsen geconstateerd dat men van een *no-fault*-systeem te veel pleegt te verwachten als het gaat om de ambitie om alle medische schade op eenvoudige wijze te vergoeden, onder andere omdat de criteria voor het bestaan van een aanspraak noodzakelijkerwijs een beoordeling van het medisch handelen blijven inhouden. Hoe dan ook is steeds een deskundigenoordeel nodig. Wel zou een *no-fault*systeem een positief effect hebben op de relatie zorgverlener-patiënt. In het navolgende zullen wij de mogelijke meerwaarde van een *no-fault*systeem bespreken vanuit het perspectief van de behoeften van patiënten.

5.2. *Claimbeoordeling in een no-faultsysteem*

De knelpunten bij de claimbeoordeling bij medische aansprakelijkheid zijn zoals gezegd onder meer gelegen in de lange duur van het traject, in de eerste plaats wat betreft de vraag of er wel een fout werd gemaakt. Dat leidt nogal eens tot langdurige onzekerheid over de afloop en – als gevolg daarvan – tot aanzienlijke financiële risico's voor de patiënt, hetgeen een hoge drempel opwerpt. In combinatie met de sociale en emotionele belasting vereist dit veel doorzettingsvermogen, dat niet altijd wordt opgebracht.

Bij een *no-fault*systeem wordt wel gedacht dat langdurige discussies en de noodzaak van een deskundigenoordeel eenvoudig uit het systeem kunnen worden gehaald door schade te vergoeden ongeacht of er sprake is van een fout. Zo bijvoorbeeld het SP Kamerlid Leijten: "Het moet voor de schadevergoeding niet uitmaken of je door een verwijtbare fout, een medische misser, of een complicatie, schade oploopt. De patiënt wordt een dure rechtsgang uit handen genomen en financieel gecompenseerd. Omdat dit snel gebeurt kan iemand zich weer gaan richten op het leven."⁸⁸ Dit is een misverstand dat mogelijk in de hand wordt

85 J.C.J. Dute, M.G. Faure, H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Den Haag: ZonMw 2002. Zie voorts B.A. Koch (ed), *Medical liability in Europe. A comparison of selected jurisdictions*. Verlin/Boston: De Gruyter, 2011.

86 B.A. Koch en H. Koziol, hoofdstuk 3. Vergelijkend rapport. *No-fault Compensatie in de gezondheidssector*, in: Dute, Faure en Koziol (2002), p. 91-111.

87 Zie in het bijzonder J.C.J. Dute, hoofdstuk 7. *No-fault compensatiesystemen nader beschouwd*, in: Dute, Faure en Koziol (2002), p. 177-201.

88 www.sp.nl/nieuwsberichten/12511/120828-leijten_lanceert_wetsvoorstel_compensatiefonds_medische_fouten.html

gewerkt door het begrip ‘*no-fault*’ als zodanig. In werkelijkheid moet elk compensatiesysteem noodzakelijkerwijs criteria bevatten voor beantwoording van de vraag of een aanspraak bestaat. En die criteria houden noodzakelijkerwijs een bepaalde beoordeling van het medisch handelen in. Het onderzoeksrapport van Dute, Faure en Koziol laat zien dat *no-fault*systemen in andere landen criteria hanteren die geheel of grotendeels samenvallen met de vraag of de gezondheidsuitkomst waarvoor compensatie wordt gezocht al of niet *vermijdbaar* was. De beoordeling daarvan verschilt maar weinig met die in het aansprakelijkheidsrecht, waar de bepalende vraag is of die uitkomst ook had *moeten* worden vermeden. Ook in een *no-fault*stelsel is bijna steeds – en dat is vanuit patiënten ervaringen gezien een kernpunt – het oordeel van deskundigen vereist.

Vanwege de hardnekkigheid van dit misverstand gaan wij wat nader op deze kwestie in. Het meest eenvoudige criterium dat in aanmerking lijkt te komen voor de vraag of een aanspraak bestaat in een *no-fault*stelsel sluit aan bij de hierboven weergegeven gedachtegang van SP kamerlid Leijten, en lijkt te zijn dat ‘schade als gevolg van de gezondheidszorg’ wordt vergoed. Aldus ook de formulering die wordt gebezigd in de Belgische Wet Medische Ongevallen.⁸⁹ Zoals we zullen zien blijft het daar ook in België niet bij, en wordt dit uitgewerkt in zorgvuldig opgestelde criteria die een deskundigenoordeel zeker onvermijdelijk maken. Maar zelfs als men het hier wel bij zou willen laten is een deskundig oordeel onvermijdelijk. Wanneer is schade ‘het gevolg van de gezondheidszorg’ en niet van de achterliggende gezondheidstoestand van de patiënt? De beantwoording van die vraag veronderstelt de beoordeling in individuele gevallen van de ziekte-toestand van de patiënt en de normaal te verwachten ontwikkeling daarvan, een ontwikkeling waarvan wij weten dat die vaak onzeker is en slechts uit valt te drukken in waarschijnlijkheden. Langs de achterdeur van de causaliteit komt onvermijdelijk het type beoordeling terug dat men er met het foutvereiste via de voordeur uit wilde zetten.

Regelmatig valt het daarbij te hanteren beoordelingscriterium inhoudelijk gezien zelfs volledig samen met het criterium van de foutaansprakelijkheid. Bijvoorbeeld wanneer de gestelde schade het gevolg is van een nalaten om de toestand van de patiënt te voorkomen of te verbeteren in een fase waarin het medisch mogelijk was om dat te doen, zoals bij een gemiste diagnose. Bij een nalaten om te behandelen kan men immers alleen tot de conclusie komen dat de gestelde schade ‘het gevolg is van de gezondheidszorg’ – en niet van het natuurlijk verloop van ziekte of aandoening – op basis van het oordeel dat wel degelijk had moeten worden behandeld en dat dat ten onrechte niet is gebeurd. Een dergelijk oordeel valt noodzakelijkerwijs samen met het oordeel dat niet is gehandeld conform de toe-

89 Wet betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg van 31 maart 2012, *Belgisch Staatsblad* 1 juli 2002.

passelijke professionele standaard, en daarmee zijn wij volledig terug bij af. Dit speelt niet alleen bij nalaten om überhaupt te behandelen maar ook bij het nalaten om adequaat te handelen. Dat kan niet worden vastgesteld zonder een oordeel over wat adequaat zou zijn geweest. Het zal duidelijk zijn dat het hier bepaald niet om uitzonderingsgevallen gaat. Zo zijn diagnosefouten in een recent onderzoek van de VvAA in de eerstelijnszorg de meest genoemde fout, en in de tweedelijnszorg de op een na meest genoemde fout.⁹⁰

Ook als de gezondheidstoestand die aanleiding gaf tot de claim zonder twijfel (mede) het gevolg is van de behandeling, zoals bij een ‘complicatie’, resteert de vraag in hoeverre de patiënt zonder behandeling beter af zou zijn geweest. Gezien het natuurlijke verloop van de ziekte of aandoening die aanleiding was voor de behandeling zal ook hier veelal een deskundigenoordeel nodig zijn. Op zich is het juist dat een *no-fault* systeem het mogelijk maakt de beoordeling eenvoudiger te maken door verruiming van de criteria. Zo kan in theorie bijvoorbeeld worden bepaald dat het vergelijkingspunt niet is de situatie zonder behandeling, maar de situatie die zou hebben bestaan bij een geslaagde behandeling – dus zonder complicatie. Een ruimer criterium dus dan ‘schade als gevolg van de gezondheidszorg’, dat neer zou komen op ‘schade wegens het niet volledig slagen van de gezondheidszorg’. Dat zou de beoordeling van causaal verband en schade zeker eenvoudiger maken. Wij willen deze theoretische voordelen niet bagatelliseren. Maar te bedenken valt dat hoe ruimer men de criteria maakt, hoe meer men allerlei andere problemen naar zich toehaalt, zoals de rechtvaardiging van compensatie voor complicaties jegens patiënten met dezelfde aandoening die geen behandeling hebben ondergaan (mogelijk juist wegens het risico van die complicatie), of meer algemeen, de rechtvaardiging van deze vergoeding in het licht van de vele risico’s van het leven (de meeste medische behandelingen hebben nu eenmaal geen gegarandeerd succes), de vraag hoeveel extra dit gaat kosten en of de daarmee gepaard gaande middelenallocatie wel voldoende aansluit bij de werkelijke maatschappelijke prioriteiten (heeft vergoeding voor echte fouten niet gewoon de hoogste prioriteit?).

Het ongemak dat hier ontstaat houdt verband met de omstandigheid dat, voor zover men ook vergoeding wil toekennen voor gezondheidsschade die is ontstaan bij lege artis medisch handelen, men het terrein van het aansprakelijkheidsrecht verlaat om dat van de sociale zekerheid te betreden. Dat roept tal van extra vraagstukken op die wij hier slechts kunnen aanstippen.⁹¹ Zoals de vraag naar de betekenis van het gelijkheidsbeginsel, die veel facetten kent, niet alleen wat betreft de relatie tussen patiënten onderling en tot de andere risico’s van het leven, maar bijvoorbeeld ook tussen categorieën letselschade. Waarom bij medische behandeling wel compensatie voor ‘pech’ zonder fout, en bij verkeersongevallen en werk-

90 VvAA trendonderzoek 2011, *Medische fouten*.

91 Zie T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer: Kluwer, 1997.

geversaansprakelijkheid niet? En hoe moet het met de hoogte van de schadevergoeding (foutaansprakelijkheid pleegt volledige schadevergoeding te rechtvaardigen, sociale zekerheid berust op solidariteit die zijn grenzen pleegt te kennen hetgeen onder andere tot uitdrukking komt in een beperkt niveau van compensatie)⁹² en met de financiering (bij foutaansprakelijkheid ligt premiebetaling voor de hand door degenen die – op populatieniveau – de fouten maken, bij sociale zekerheid ligt premiebetaling voor de hand door degenen die – op populatieniveau – gerechtigd zijn tot de uitkeringen).

Voor dit moment zij geconstateerd dat, anders dan wel wordt veronderstelt, een *no-fault*stelsel realiter niet of nauwelijks makkelijkere hanteerbare criteria voor de claimbeoordeling oplevert. In theorie kan verruiming ten opzichte van foutaansprakelijkheid van het criterium voor het bestaan van een aanspraak de beoordeling wel vereenvoudigen, maar hoe dan ook slechts in beperkte mate, en hoe ruimer, hoe minder realistisch het stelsel zou zijn en hoe meer het andersoortige bezwaren zou oproepen. Daarbij zij nog te bedenken dat ook in een *no-fault*stelsel de omvang van de schadevergoeding zal moeten worden vastgesteld, hetgeen eveneens kan noodzaken tot tijdrovende en belastende deskundigenoordelen.

Deze ontvruisterende realiteit maakt het begrijpelijk dat de bestaande *no-fault*systemen in de praktijk expliciet of impliciet aansluiting zoeken bij de criteria voor foutaansprakelijkheid, en daar eventueel een bepaalde, nader afgebakende aanvulling op geven.⁹³ Zo definieert de Belgische Wet Medische Ongevallen in artikel 2, 6° ‘schade als gevolg van gezondheidszorg’ als schade die haar oorzaak vindt in een verstrekking van gezondheidszorg en die voortvloeit uit: a) ofwel een feit dat aanleiding geeft tot de aansprakelijkheid van een zorgverlener; b) ofwel een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid. In de laatste categorie zit dus een uitbreiding. Deze wordt in artikel 2, 7° gedefinieerd als:

“medisch ongeval zonder aansprakelijkheid”: een ongeval dat verband houdt met een verstrekking van gezondheidszorg dat geen aanleiding geeft tot de aansprakelijkheid van een zorgverlener, dat niet voortvloeit uit de toestand van de patiënt en dat voor de patiënt abnormale schade met zich meebrengt. De schade is abnormaal wanneer ze zich niet had moeten voordoen rekening houdend met de huidige stand van de wetenschap, de toestand van de patiënt en zijn objectief voorspelbare evolutie. Het therapeutisch falen en een verkeerde diagnose zonder fout zijn geen medisch ongeval zonder aansprakelijkheid.⁹⁴

92 Of tot het stellen van eisen aan de ernst van de schade, zoals in de Belgische Wet Medische Ongevallen.

93 Zie voor een overzicht van de stelsels van Nieuw Zeeland en de Scandinavische landen Dute, Faure en Koziol (2002) p. 148 e.v.

94 Wet betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg van 31 maart 2012, Belgisch Staatsblad 1 juli 2002, artikel 2, 7°.

Voor een uitleg van deze definitie zij verwezen naar het preadvies van onze medepreadviseur Vansweevelt.⁹⁵ Het zal duidelijk zijn dat ook de toets aan deze definitie slechts kan worden uitgevoerd door deskundigen. Daarmee is geenszins gezegd dat de Belgische regeling op het punt van de beoordeling geen verbetering voor patiënten zou inhouden. Integendeel, die verbetering lijkt aanzienlijk. Maar zij is vooral gelegen in de beschikbaarstelling van een kosteloos deskundigenoordeel in het kader van een hopelijk voortvarende, niet-adverseriële en eveneens kosteloze procedure. Een dergelijke voorziening kan echter even goed worden gerealiseerd in een stelsel dat werkt met een fout als criterium.⁹⁶ Het voorgaande zal duidelijk gemaakt hebben dat de beoordeling dan niet, of hooguit in een zeer beperkt aantal gevallen, wezenlijk ingewikkelder is. Zoals hierboven beschreven biedt de door de Wet cliëntenrechten zorg voorgeschreven geschilleninstantie de gelegenheid bij uitstek om deze essentiële voorziening te creëren. Veel knelpunten bij de claimbeoordeling kunnen daarmee worden aangepakt. Aan de oplossing van het prominente knelpunt van de ingewikkeldheid van de beoordeling voegt een andere compensatiegrondslag als zodanig niets toe. Verruiming van het criterium voor aanspraken kan dat in theorie wel, maar hoe dan ook slechts in beperkte mate, en hoe ruimer, hoe minder realistisch en hoe meer andersoortige bezwaren worden opgeroepen.

5.3 *Versterking van de positie van de patiënt in een tweesporensysteem*

De beoordeling als zodanig moge er in een *no-faultsysteem* dus niet of nauwelijks eenvoudiger op worden, de positie van de patiënt kan met behulp van een *no-faultsysteem* wel op andere manieren worden versterkt. Zo kan in het Belgische tweesporensysteem het 'Fonds voor de medische ongevallen' niet alleen deskundigenadvies inwinnen⁹⁷ en een advies geven over de aansprakelijkheid,⁹⁸ maar verzamelt het ook zelf de medische informatie,⁹⁹ kan het de zorgverlener of diens verzekeraar verzoeken een voorstel te doen tot vergoeding van de patiënt,¹⁰⁰ een

95 Zie voorts S. Lierman, Vergoedingsvoorwaarden van het Fonds voor Medische ongevallen, in: I. Boone en S. Lierman (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia, 2011, p. 39-60.

96 Vgl. de Oostenrijkse praktijk van de zogenaamde *Schiedstellen* (door de professionele artsorganisaties opgerichte arbitragecommissies) aangevuld met een *Patientenanwalt* (een ombudsman-achtige vertegenwoordiger van patiënten die onder andere de taak heeft om patiënten gratis bij te staan bij het uitzetten van hun klachten tegen zorgaanbieders. Zie Dute, Faure en Koziol (2002) p. 98.

97 Artikel 17.

98 Artikel 21.

99 Artikel 15 en 16.

100 Artikel 22.

bemiddeling organiseren,¹⁰¹ een advies geven over de toereikendheid van een vergoedingsvoorstel van de zorgverlener of de verzekeraar,¹⁰² en in plaats van de verzekeraar een uitkering doen wanneer de verzekeraar na een advies van het Fonds een ‘kennelijk ontoereikend’ voorstel doet,¹⁰³ of, bij schade van een bepaalde ernst,¹⁰⁴ aansprakelijkheid betwist.¹⁰⁵ In de laatste twee gevallen gaat het Fonds zich dan op de verzekeraar verhalen. Een ‘kennelijk ontoereikend’ vergoedingsvoorstel van de verzekeraar leidt van rechtswege tot een ‘boete’ van 15% van de toegekende schadevergoeding, te voldoen door de verzekeraar aan het Fonds.¹⁰⁶ Wij verwijzen voor dit alles naar het preadvies van onze mede-preadviseur Vansweevelt.

Dit soort faciliteiten kunnen uiteraard een enorme verbetering betekenen van de positie van de patiënt. Voor een deel zijn zij eveneens denkbaar in het kader van de door de Wet cliëntenrechten zorg voorgeschreven geschilleninstantie (informatie verzamelen, adviseren, bemiddelen, verzoeken doen – al passen informatie verzamelen en verzoeken doen niet zonder meer in het concept van een geschilleninstantie), maar voor een belangrijk deel zijn zij dat niet (voorschieten, verhalen, boetes). Voor de laatste soort faciliteiten zijn eigen financiële middelen nodig (en voor boetes wetgeving), die in het Belgische model worden gefinancierd door de overheid. Of een dergelijk financieel arrangement ook in Nederland tot de mogelijkheden behoort is uiteraard een kwestie van politieke prioriteiten.

In dat verband valt te bedenken dat sinds 1 januari 2011 voor een soortgelijk arrangement een precedent bestaat in de vorm van de voorschotregeling bij een door de strafrechter opgelegde schadevergoedingsmaatregel¹⁰⁷ ter vergoeding

101 Artikel 8 § 1, 5°. Het gaat hier om een in het Belgische Gerechtelijk Wetboek vastgelegde vrijwillige bemiddelingsprocedure (artikelen 1724 – 1733 Ger. W.).

102 Artikel 8 § 1, 6°.

103 Artikel 4, 4° en 31

104 Artikel 5. De in dit artikel gegeven criteria gelden ook voor de mogelijkheid van een no-fault uitkering. Zij luiden als volgt: ‘De schade is ernstig genoeg indien aan één van de volgende voorwaarden is voldaan: 1° de patiënt is getroffen door een blijvende invaliditeit van 25 % of meer; 2° de patiënt is getroffen door een tijdelijke arbeidsongeschiktheid gedurende minstens zes opeenvolgende maanden of zes niet opeenvolgende maanden over een periode van twaalf maanden; 3° de schade verstoort bijzonder zwaar, ook economisch, de levensomstandigheden van de patiënt; 4° de patiënt is overleden.’

105 Artikelen 4, 3° en 32.

106 Artikel 31. Het gaat hier om ontoereikendheid die reeds blijkt bij een marginale toets. Wanneer de zaak is voorgelegd aan de rechter is de extra 15% alleen verschuldigd wanneer de rechter bevestigd dat het voorstel van de verzekeraar kennelijk ontoereikend was.

107 Artikel 36f lid 1 Sr.

van de schade van slachtoffers van gewelds- en zedenmisdrijven, ingevoerd door de Wet ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces.¹⁰⁸ Het Centraal Justitieel Incassobureau (CJIB) neemt het slachtoffer de incasso van de schadevergoedingsvordering uit handen,¹⁰⁹ en indien de vordering na acht maanden niet of niet volledig is voldaan, keert de Staat het resterende bedrag aan het slachtoffer uit.¹¹⁰ Het CJIB gaat dan verder met de incasso.¹¹¹ Ook hier dus een uit publieke middelen gefinancierd voorschot op een door een private partij verschuldigd geoordeelde schadevergoeding, ingevoerd ter versterking van de positie van slachtoffers. De tegenwerping ligt voor de hand dat men nu eenmaal een hogere politieke prioriteit toekent aan de vergoeding van schade geleden door gewelds- en zedenmisdrijven, dan aan de vergoeding van schade door medische fouten. Maar onder druk wordt alles vloeibaar, en weinig is zo moeilijk voorspelbaar als de politiek. Uiteraard zou ook hier de vraag gesteld worden waarom een dergelijke faciliteit in het leven ware te roepen voor de slachtoffers van medische fouten, en niet tevens voor de slachtoffers van andere categorieën letselschade zoals verkeers- en arbeidsongevallen, waar de schadeafwikkeling eveneens problematisch is. Mogelijk kunnen de verhoudingsgewijs grotere problemen bij medische fouten hiervoor een legitimatie zijn, of het argument dat het zorgsysteem niet werkelijk 'af' is zonder een minder belastende en anti-therapeutische afwikkeling van schade door fouten die op metaniveau nu eenmaal onvermijdbaar zijn. En wat te denken van het argument dat het een niet uitsluit dat het in een later stadium ook nog van het ander komt?

Op het punt van de versterking van de positie van de patiënt zitten veel elementen in het Belgische tweesporensysteem die inspiratie kunnen opleveren voor Nederland. Het meest controversiële onderdeel, de uitbreiding van de vergoedingsgrondslag tot 'medische ongevallen' zonder fout, is daarvoor niet eens nodig. De Minister van VWS hoeft dus niet af te stappen van haar voornemen om niet te tornen aan het bestaande compensatiesysteem. Maar linksom (overheidsbudget) of rechtsom (zorgstelsel) zal ook beperkte navolging altijd een zekere hoeveelheid geld gaan kosten.

108 Wet van 17 december 2009 tot wijziging van het Wetboek van Strafvordering, het Wetboek van Strafrecht en de Wet schadefonds geweldsmisdrijven ter versterking van de positie van het slachtoffer in het strafrecht, *Stb.* 2010, 1, in werking getreden per 1 januari 2011.

109 Artikel 572 lid 1 Sv.

110 Artikel 36f lid 6 Sr.

111 Zie hierover onder meer A.H. Sas, Strafrecht voor civilisten: de verbetering van de mogelijkheid om schade via het strafrecht te verhalen, *TVP* 2010 (3) p. 80-87.

5.4 *Het effect van een no-faultsysteem op de relatie zorgverlener-patiënt*

Zoals gezegd heeft de KNMG gepleit voor een *no-faultsysteem*, onder andere omdat dit als voordeel zou hebben dat de arts-patiënt relatie niet langer wordt belast door een discussie over verwijtbaarheid en schuld.¹¹² Ook in het rapport van Dute, Faure en Koziol wordt ervan uitgegaan dat een *no-faultsysteem* een positief effect heeft op de relatie hulpverlener-patiënt.¹¹³ Dit zou blijken uit ervaringen in het buitenland. Dute schrijft hierover:

“De veronderstelling van het positieve effect op de hulpverlener-patiëntrelatie wordt uitdrukkelijk bevestigd door de ervaringen die zijn opgedaan in de landen met een NFCS. In Denemarken en Zweden is gebleken dat de hulpverlener veelal op eigen initiatief de patiënt adviseert een schadevergoedingsclaim in te dienen. In Denemarken komt het voor dat ziekenhuizen de uitvoeringsinstantie van de patiëntenverzekering eerder van het ongeval op de hoogte hebben gesteld dan dat de patiënt zijn claim heeft ingediend. Vanuit Zweden wordt gemeld dat in 60-80% van de gevallen de arts, verpleegkundige of maatschappelijk werker de patiënt heeft geholpen om een letselschaderapport op te stellen.”¹¹⁴

Dute baseert zich hier op een Deense¹¹⁵ en een Zweedse¹¹⁶ bijdrage aan het *World Congress on Medical Law* in 2000 in Helsinki. Het lijkt inderdaad dat in Denemarken en Zweden de patiënt bij een schadeclaim door zijn zorgverleners beter wordt bijgestaan dan bij ons momenteel het geval is, maar deze enkele observatie rechtvaardigt nog niet de conclusie dat het *no-fault* karakter van de betreffende systemen daarvoor een causale factor is, laat staan een noodzakelijke voorwaarde. Daar spreekt in elk geval tegen dat, zoals hiervoor uiteengezet, ook in een *no-faultsysteem* het handelen van de arts per saldo centraal staat in de beoordeling. Ook in Denemarken en Zweden is dit ondubbelzinnig het geval.¹¹⁷ In beide landen is de centrale vraag of de schade vermijdbaar was, waarvan sprake is als een ervaren specialist onder de gegeven omstandigheden anders zou hebben gehandeld of het letsel had kunnen worden voorkomen wanneer een andere

112 KNMG Kwaliteitsmanifest 2004, p. 17.

113 Dute, Faure en Koziol (2002), p. 231.

114 Dute, Faure en Koziol (2002), p. 198.

115 M. Erichsen, *The Danish Patient Insurance System*, *Book of Proceedings 13th World Congress on Medical Law, Helsinki*, 2000, p. 292-301(292).

116 C. Espersson, *The Swedish Patient Insurance – a pragmatic solution*, *Book of Proceedings 13th World Congress on Medical Law, Helsinki*, 2000, p. 302-311 (303-304).

117 Zie J.C.J. Dute, Hoofdstuk 5. Een rechtsvergelijkende analyse van no-fault compensatiesystemen, in: Dute, Faure en Koziol (2000), p. 141-160.

behandelingsmethode was gekozen. Wel kent men daarbovenop nog beperkte uitbreidingen, zoals (in Denemarken) voor zeldzame en ernstige complicaties.¹¹⁸

In een rechtsvergelijkende studie van *no-fault*arrangementen met betrekking tot geboorteschade toont Van Boom zich sceptisch over het argument dat *no-fault* meer openheid zou bewerkstelligen:

“Het beeld van artsen die in een *no-fault*omgeving vrijelijk erkennen dat bepaalde schade vermeden had kunnen worden en die meehelpen met het invullen van formulieren om compensatie te verkrijgen, is denk ik te rooskleurig. Het lijkt mij onwaarschijnlijk dat een alternatief arrangement *op zichzelf* een betere en open communicatie over mogelijke fouten op de ziekenhuiswerkvloer kan bewerkstelligen. Daar is meer voor nodig, en dat meerdere kan mogelijk ook binnen het bestaande aansprakelijkheids-systeem worden bereikt.”¹¹⁸

Van Boom baseert zijn scepsis onder andere op literatuur waar uit blijkt dat ook bij *no-fault*systemen wel terughoudendheid wordt gerapporteerd van artsen om mee te werken. Hij vraagt zich af of deze kwestie niet meer met cultuur te maken heeft dan met de juridische context.¹²⁰

Wij houden het er vooralsnog op dat voor een positief effect van een *no-fault*stelsel op de arts-patiënt relatie nog geen empirisch bewijs bestaat. Op het eerste gezicht lijkt het uiteraard wel een redelijke *aanname* dat het de arts-patiënt relatie ten goede zou komen wanneer artsen niet bang hoeven te zijn dat ontevreden patiënten claims tegen hen indienen. Maar bij nader inzien zou de introductie van een *no-fault*stelsel in ons land dat risico in werkelijkheid niet wegnemen. In de eerste plaats blijft altijd de mogelijkheid openstaan van een klacht bij de klachtencommissie, een gang naar de tuchtrechter, en eventueel zelfs het verzoek om een strafrechtelijke vervolging. Een schadevergoedingsclaim is immers maar één van de manieren waarop een patiënt zijn onvrede met een zorgverlener kan ventileren. Veel patiënten zijn zich het onderscheid tussen deze verschillende routes niet of nauwelijks bewust. Daarnaast lijkt het gehoopte effect impliciet te veronderstellen dat introductie van een *no-fault*stelsel gepaard zou gaan met immuniteit van de zorgverlener voor aansprakelijkheid, want anders resteert er naast de mogelijkheid van een *no-fault*uitkering altijd nog de dreiging van het aansprake-

118 Dute, Faure en Koziol (2000) p. 149 e.v.

119 W.H. van Boom, Compensatie voor geboorteschade – van aansprakelijkheid naar ‘no fault’?, *AV&S* 2006 (1) p. 8-24.

120 T.a.p. voetnoot 134.

lijkheidsrecht.¹²¹ Geen van de Europese *no-fault*stelsels kent immuniteit, alleen het Nieuw Zeelandse stelsel snijdt de weg naar het aansprakelijkheidsrecht af. Dat heeft te maken met bepaalde nadelen van immuniteit, zoals het wegvallen van de aanvullende preventieve werking die aan aansprakelijkheid wordt toegedacht, het risico op strijd met artikel 6 EVRM, en de verergering van de hierboven aangestipte vraagstukken zoals de verhouding tot het gelijkheidsbeginsel en bepaalde vragen van legitimiteit.¹²² Ook Dute constateert dat het bij introductie van een *no-fault*stelsel de voorkeur zou verdienen om het stelsel van het aansprakelijkheidsrecht in tact te laten.¹²³ En bij een tweesporensysteem zoals het Belgische blijft het aansprakelijkheidsstelsel uiteraard in volle omvang bestaan.

In werkelijkheid betekent introductie van een *no-fault*stelsel dus geenszins dat de arts met de patiënt over incidenten en fouten kan communiceren zonder zorgen over de mogelijkheid dat de patiënt juridische stappen gaat zetten. Dat behoort in een ontwikkeld land gewoon niet tot de mogelijkheden. Als Doornroosje nog steeds daarvan droomt, wordt het hoog tijd dat een prins haar wakker kust. Zorgverleners kunnen beter inzetten op de openheid, de eerlijkheid, en de fatsoenlijke bejegening waar patiënten om vragen. Voor de aanname dat dát juridisering tegengaat, bestaat wél een bepaalde evidence base.¹²⁴

Voorts valt te bedenken dat het beeld dat bij foutaansprakelijkheid een claim tegen de arts wordt ingesteld, terwijl in een *no-fault*stelsel geclaimd wordt bij de uitvoeringsorganisatie van dat systeem, grotendeels een kwestie van perceptie is. In geen van beide gevallen is de arts werkelijk de geadresseerde. Zoals gezegd houdt de professionele standaard van de zorgverlener in dat hij openheid moet betrachten over incidenten, en als sprake is van een fout, moet hij die openlijk met de patiënt bespreken en excuses of een spijtbetuiging uitspreken. Hij dient zich niet uit te laten over een eventueel recht op schadevergoeding,¹²⁵ en zelfs als hij dat wel zou doen dan is zijn oordeel niet maatgevend.¹²⁶ Dat oordeel is aan zijn aansprakelijkheidsverzekeraar of, indien de zorginstelling bepaalde claims

121 Bijvoorbeeld omdat de patiënt een meer volledige schadevergoeding wil dan het no-fault systeem hem biedt, denk bijvoorbeeld aan smartengeld dat in de meeste no fault systemen is uitgesloten.

122 Zie Dute, Faure en Koziol (2002) p. 199 e.v.

123 Dute, Faure en Koziol (2002) p. 201..

124 Zie par. 2.2.4. Dit effect is overigens ook wel gerelativeerd, zie D.M. Studdert, M.M. Mello, A.A. Gawande, T.A. Brennan, Y.C. Wang, Disclosure Of Medical Injury To Patients: An Improbable Risk Management Strategy, *Health Affairs*, 26, no. 1 (2007): 215-226. De data waarop dat artikel is gebaseerd zijn mogelijk wel tamelijk specifiek voor de bijzondere 'malpractice environment' in de VS.

125 KNMG richtlijn 'Omgaan met incidenten, fouten en klachten: wat mag van artsen worden verwacht?' 2007; GOMA Beginsel 8.

126 Zie par. 4.2.2.

zelf afhandelt, aan de voor de beoordeling daarvan aangewezen functionarissen. Net als in een *no-fault* systeem ligt de beoordeling dus bij een andere instantie dan de zorgverlener zelf. De brief waarmee de patiënt zijn claim instelt, gaat ook feitelijk naar een ander. En bij de beantwoording van de vraag of een aanspraak bestaat, staat weliswaar het handelen van de zorgverlener(s) centraal, maar zoals we hebben gezien is dat in een *no-fault* systeem niet werkelijk anders.

Ook het beeld dat de arts bij foutaansprakelijkheid meer zou worden blootgesteld aan verwijten is grotendeels een kwestie van perceptie. Het is een wijdverbreid misverstand dat het bepalende criterium bij foutaansprakelijkheid, anders dan in een *no-fault* systeem, de vraag zou zijn of de zorgverlener een *verwijft* kan worden gemaakt. Het veelvuldig gebruik van het misleidende begrippenpaar ‘vermijdbaar of verwijtbaar’ is hiervan een sprekend voorbeeld. Ongelukkig genoeg is het taalgebruik bij medische aansprakelijkheid doorspekt van begrippen als verwijtbaarheid en schuld. Dit misverstand kan wellicht mede verklaren dat de KNMG als voordeel van een *no-fault* systeem aanvoert:

“De arts-patiënt relatie wordt in het geval van ongewenste gevolgen van medische interventies niet langer belast door een discussie over verwijtbaarheid en schuld.”¹²⁷

Anders dan dit lijkt te veronderstellen, en anders dan de perceptie bij veel individuele zorgverleners, spelen de subjectieve elementen verwijt en schuld ook in de huidige beoordeling niet of nauwelijks een rol. Dute wijst er terecht op dat het begrip ‘fout’ een objectieve kant heeft (het afwijken van een bepaalde norm) en een subjectieve kant (de verwijtbaarheid van de dader), dat in het medische aansprakelijkheidsrecht de beoordelingsnorm verregaand wordt geobjectiveerd, en er in dat opzicht dus geen wezenlijk verschil is met een *no-fault* systeem.¹²⁸ De compensatiegrondslag in het Nederlandse medische aansprakelijkheidsrecht is de vraag of sprake is van een tekortkoming (of van een onrechtmatige daad, maar dat maakt voor de beoordeling niet uit). De norm waaraan dit wordt getoetst is gecodificeerd 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’. In de rechtspraak is deze wettelijke norm geconcretiseerd tot de bekende vergelijkingsmaatstaf: ‘de zorg die een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in dezelfde omstandigheden zou hebben betracht.’ Dit komt neer op een gemengd medische/juridische toets,¹²⁹ waarin het gaat om de objectieve vraag of de zorg

127 KNMG Kwaliteitsmanifest 2004, p. 17.

128 Dute, Faure en Koziol (2002) p. 181.

129 Zie A.J. Akkermans, L.G.J. Hendrix en A.J. Van, De vraagstelling voor expertises in medische aansprakelijkheidszaken, *TVP* 2009 (3) p. 83-99.

afweek van een redelijk niveau, waarbij de eigen professionele standaard van de betrokken zorgverleners het vertrekpunt is. De subjectieve kant van het begrip 'fout', de vraag of de dader een verwijt kan worden gemaakt, speelt bij deze beoordeling geen, of hooguit een zeer ondergeschikte rol. Juridisch gaat het om de vraag of de tekortkoming (of onrechtmatige daad) aan de zorgverlener kan worden toegerekend, hetgeen normaal gesproken steeds het geval zal zijn. Verwijt doet er in het medische aansprakelijkheidsrecht eigenlijk niet toe. Dat is overigens in alle Europese landen zo.¹³⁰

Kortom, de discussies bij aansprakelijkheid gaan niet over verwijtbaarheid en schuld, maar over de objectieve vraag of werd gehandeld conform de professionele standaard. Zoals wij zagen is dat ook in een *no-fault*stelsel het geval. De ironie wil dat aan kwesties van schuld en verwijt in het tuchtrecht eigenlijk een grotere betekenis toekomt dan in het aansprakelijkheidsrecht. Een chirurg die onder invloed een perfecte operatie verricht handelt zeker tuchtrechtelijk verwijtbaar, maar zijn handelen biedt geen grond voor schadevergoeding, reeds niet omdat geen schade werd veroorzaakt. Een tuchtprocedure richt zich ook, anders dan een schadevergoedingsclaim, nadrukkelijk wél tegen de arts persoonlijk. Maar niemand suggereert om het tuchtrecht af te schaffen omdat dit bij incidenten de arts-patiënt zou belasten met discussies over verwijtbaarheid en schuld.

Empirisch onderzoek suggereert voorts dat de angst voor juridische gevolgen veel minder reden is voor problemen met het betrachten van openheid bij fouten en incidenten dan wel wordt verondersteld. Uit een recent vragenlijstonderzoek onder internisten in Nederlandse ziekenhuizen van Linthorst en anderen¹³¹ bleek een positieve grondhouding ten opzichte van openheid. Juridische overwegingen werden zelden gezien als een belangrijke barrière. De uitkomsten van dit onderzoek suggereren dat de meeste barrières individueel en persoonlijk van aard zijn. In een onderzoek van Gallagher en anderen¹³² werden de houdingen en ervaringen met openheid over fouten vergeleken van artsen in de VS en in Canada, landen met een zeer verschillende '*malpractice environment*', wat onder andere tot uitdrukking komt in het feit dat artsen in de VS vier maal zo vaak aansprakelijk worden gesteld als in Canada, met onder meer stijgende premies en problemen met verzekeraarbaarheid als gevolg. De onderzoekers vonden tussen beide landen geen verschil in opvattingen en praktijk met betrekking tot openheid, en conclu-

130 Dute, Faure en Koziol (2002) p. 95.

131 G.E. Linthorst et al., What contributes to internists' willingness to disclose medical errors?, *The Netherlands Journal of Medicine*, 2010, Vol. 70, No 5. p. 242-248.

132 T.H. Gallagher et al., US and Canadian Physicians' Attitudes and Experiences Regarding Disclosing Errors to Patients, *Arch Intern Med* 2006, Vol 166, p. 1605-1611.

deren dat de *malpractice environment* daarvoor geen belangrijke determinant lijkt te zijn.

Met dit alles zij nadrukkelijk niet gezegd dat de angst voor de gevolgen voor de relatie met de patiënt als zodanig, *dus los van een eventuele rol van het aansprakelijkheidssysteem daarin*, geen belangrijke belemmerende factor voor openheid zou zijn. Dat lijkt wel degelijk het geval. Uit een recent onderzoek van de VvAA blijkt dat een meerderheid van de zorgverleners vindt dat zij in alle openheid kan praten over medische fouten. Toch geeft ruim een vijfde van de zorgverleners aan een eigen fout te hebben verzwegen. De voornaamste reden daarvoor is angst voor de gevolgen voor de relatie met de patiënt (28% in de eerstelijnszorg en 34% in de tweedelijnszorg), gevolgd door de motieven dat de gevolgen verwaarloosbaar klein waren (26% respectievelijk 27%), en angst voor de gevolgen voor de patiënt (26% respectievelijk 19%).¹³³

Zoals deze cijfers illustreren, bestaat er wel degelijk een belangrijke spanning tussen de noodzaak van openheid over incidenten en fouten, en de menselijkerwijs volstrekt begrijpelijke angst voor de reactie daarop van de patiënt. Het verminderen en zo goed mogelijk managen van die spanning is essentieel, want onderzoek wijst steevast uit dat het vaak de opstelling van de arts is die leidt tot juridische stappen,¹³⁴ waardoor het risico bestaat dat de reacties over en weer resulteren in een neerwaartse spiraal. Het lijkt echter de vraag of de introductie van een *no-fault* systeem deze spanning werkelijk zou kunnen verminderen. Objectief lijken voor een dergelijk positief effect in elk geval onvoldoende redenen te bestaan. Maar perceptie is bij dit soort interactie natuurlijk ook heel belangrijk. Introductie van een *no-fault* systeem zou wel een belangrijke *symbolische* betekenis kunnen hebben, als een soort van belichaming van de boodschap dat fouten nu eenmaal kunnen worden gemaakt, en het het beste is om de reactie daarop niet onnodig in de sfeer van verwijten te trekken. En daarmee zou de introductie van een *no-fault* stelsel toch nog een positief effect op de relatie zorgverlener-patiënt kunnen hebben, zij het in beperkt mate. Wel blijft de vraag of dat positieve effect niet op een efficiëntere wijze zou kunnen worden bereikt door zorgverleners en patiënten ervan te doordringen dat het ook in het huidige vergoedingstelsel niet gaat om verwijtbaarheid en schuld. En een tweesporensysteem zoals het Belgische lijkt vanwege de blijvende nadruk op het aansprakelijkheidssysteem in elk geval ongeschikt om de bedoelde symbolische boodschap te verkondigen.

133 VvAA trendonderzoek 2011, *Medische fouten*.

134 Dat speelt misschien nog het zuiverste in het klacht- en tuchtrecht. Zie daarover Y. Alhafaji, B. Frederiks en J. Legemaate, *Ervaringen van klagers en aangeklaagde artsen met het tuchtrecht*, *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement* 2009 (3) p. 18-42.

5.5 *No-faultsysteem en preventie*

Volledigheidshalve zij hier nog vermeld dat er in de literatuur ook druk gespeculeerd is over de effecten van een *no-fault*compensatiesysteem op de patiëntveiligheid en schadepreventie. De KNMG verwacht van een *no-faultsysteem* een positief effect:

“De discussie over de negatieve invloed van juridische ontwikkelingen op het kwaliteitsbeleid valt weg. In het algemeen biedt een NFCS naar verwachting betere perspectieven op het gebied van kwaliteitsbeleid, schadepreventie en het omgaan met klachten en fouten.”¹³⁵

De KNMG heeft hier onder andere het oog op de in paragraaf 4.2.2 besproken spanning tussen ‘veilig melden’ en de mogelijkheid dat een patiënt in het kader van een juridische procedure toch inzage krijgt in een ‘veilige’ MIP melding. Dat is zonder meer een lastige problematiek. Maar wij menen dat ook hier teveel van een *no-fault*compensatiesysteem wordt verwacht. Zoals gezegd is het beoordelingscriterium in een *no-faultsysteem* nauwelijks anders dan thans. Het is de vraag of bij die beoordeling wel minder vaak behoefte zal bestaan aan de informatie in de MIP melding. Ook het tuchtrecht zal gewoon blijven bestaan. De botsing tussen ‘veilig melden’ en het inzagerecht van de patiënt wordt als zodanig ook niet in het leven geroepen door het compensatiesysteem, maar door de hedendaagse opvattingen over de privacy en zelfbeschikking, zoals onder andere belichaamd in de Wet bescherming persoonsgegevens. Daar verandert een *no-fault*compensatiesysteem niets aan. Zoals gesignaleerd in paragraaf 4.2.2 beoogt artikel 11 lid 2 van de Wcz hiervoor wél een oplossing te bieden.¹³⁶

5.6 *Tegemoetkoming in de bewijslast met betrekking tot de tekortkoming*

Met enige regelmaat duikt op het terrein van de medische aansprakelijkheid het pleidooi op voor enige vorm van bewijslastverlichting met betrekking tot de fout. Zo luidt een van de aanbevelingen in het rapport van de Stichting De Ombudsman over medische fouten dat er “een tegemoetkoming [moet] plaatsvinden in de bewijslast waarmee de betrokkene zich geconfronteerd ziet”.¹³⁷ De NPCF heeft onlangs nog gepleit voor omkering van de bewijslast in die zin dat “de zieken-

135 KNMG Kwaliteitsmanifest 2004, p. 17.

136 Voor het overige wordt hier met betrekking tot het onderwerp *no-fault* systeem en preventie kortheidshalve verwezen naar de beschouwingen over dit onderwerp in het meermaals genoemde rapport van Dute, Faure en Koziol (2002), onder meer p. 194-198 (Dute) en p. 230-231 (Dute en Faure).

137 Stichting De Ombudsman, *Over leven in de medische letselschadepraktijk*, Hilversum: Stichting De Ombudsman, 2009, op p. 59.

huizen [moeten] aantonen dat zij geen fout hebben gemaakt.”¹³⁸ De bewijslastverdeling bij (medische) aansprakelijkheid is een bijzonder complex onderwerp waarover veel meer valt te zeggen dan op deze plaats mogelijk en wenselijk is. Wij bespreken dit onderwerp hier uitsluitend vanuit het perspectief van de vraag in hoeverre een verlichting of omkering van de bewijslast met betrekking tot de fout zou kunnen bijdragen aan de oplossing van de hiervoor gesignaleerde knelpunten. In het bijzonder gaat het dan over het knelpunt dat de beoordeling of er een fout werd gemaakt veelal gepaard gaat met langdurige discussies en de noodzaak van een of meer deskundigenoordelen, hetgeen van de patiënt een aanzienlijke investering vergt in tijd, geld en doorzettingsvermogen, die niet altijd wordt opgebracht. Is een verlichting van de bewijspositie van de patiënt met betrekking tot de fout een adequaat middel om die procedure minder lang, duur en belastend te maken?

Op het eerste gezicht lijkt dat zeker het geval te kunnen zijn. Als niet de patiënt, maar de zorgverlener bewijs moet leveren dan staat de patiënt bij de discussie over de aansprakelijkheid op een voorsprong en lijkt het niet langer zijn probleem dat dure deskundigenoordelen nodig zijn, maar het probleem van de zorgaanbieder. De patiënt kan volstaan met een gemotiveerde aansprakelijkstelling en het is dan aan de zorgverlener om eventueel een deskundigenoordeel te organiseren. Maar dit voordeel blijft wel beperkt tot de financiële kant van de zaak. Of de procedure hierdoor minder lang en minder emotioneel belastend wordt, lijkt maar zeer de vraag. Het lijkt zacht gezegd niet aannemelijk dat bij een andere bewijslastverdeling minder vaak een deskundigenoordeel nodig zou zijn en, in verband daarmee, dat de procedures wezenlijk minder tijd zouden gaan kosten.

Hier komt bij dat het niet realistisch lijkt om de bewijslast met betrekking tot de fout ‘zo maar’ om te keren, dat wil zeggen, zonder dat aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Als een patiënt werkelijk niet meer zou hoeven doen dan enkel te stellen dat een fout is gemaakt en dat hij daardoor schade heeft geleden, om te maken dat de zorgverlener op straffe van aansprakelijkheid tegenbewijs moet leveren, zou dat betekenen dat elke ontevreden patiënt de zorgverlener op eenvoudige wijze op aanzienlijke kosten zou kunnen jagen. ‘Bewijs’ betekent op dit rechtsgebied immers veelal onderzoek door onafhankelijke deskundigen. Anders dan in het huidige systeem het geval is, zouden die kosten ook niet aan het eind van de rit voor rekening kunnen worden gebracht van de partij die in het ongelijk wordt gesteld. De enige grondslag voor een plicht van een in het ongelijk gestelde patiënt om bij te dragen aan door de zorgverlener gemaakte deskundigenkosten zou een onrechtmatige daad (of tekortkoming) van de patiënt zijn, erin bestaande dat hij ten onrechte een claim indiende. De drempel voor een dergelijk

138 Zie www.zorgvisie.nl/Kwaliteit/Nieuws/2012/9/Sterkere-positie-patient-nodig-bij-medische-fout-ZVS014795W/

oordeel ligt terecht bijzonder hoog, en komt neer op misbruik van recht. In de praktijk zal deze mogelijkheid geen rol van betekenis spelen. In het huidige systeem is het weliswaar de patiënt die de kosten van de bewijsvoering moet investeren,¹³⁹ maar als hij gelijk krijgt kan hij die kosten in beginsel volledig voor rekening van de in het ongelijk gestelde zorgaanbieder brengen. Dit is weliswaar anders bij een procedure voor de rechter, omdat daar steeds een (beperkte) kostenverdeling mogelijk is,¹⁴⁰ maar dat betreft slechts een kleine minderheid van alle zaken.

De kwestie van de kostenallocatie voor deskundigenonderzoek in het kader van (achteraf gezien) onterechte claims moet niet worden onderschat. Momenteel wordt ongeveer 40% van de ingediende claims toegewezen.¹⁴¹ Voor wie zou menen dat dit lage percentage geheel of gedeeltelijk is te wijten aan ten onrechte bestaande drempels in het Nederlandse aansprakelijkheidssysteem: in het patiëntvriendelijkere Franse tweesporensysteem bedraagt het 35%.¹⁴² Ook in België is de verwachting dat de kosten van deskundigenonderzoek een aanzienlijk deel van het budget van het Fonds Medische Ongevallen zal uitmaken.¹⁴³ Of een drempelloze omkering van de bewijslast tot een verstandige allocatie van schaarse financiële middelen zou leiden, valt te betwijfelen. Het is weliswaar wel degelijk wenselijk om de financiële drempels in het huidige systeem te verlagen, maar dan kan dat naar onze mening veel beter in het kader van de door de Wcz voorgeschreven geschilleninstantie, en de wijze waarop beoordeling door deskundigen in die procedure wordt georganiseerd en gefinancierd, en/of door inspanningen van de

139 Voor de volledigheid zij eraan herinnerd dat dit geen groot probleem hoeft te zijn wanneer dekking bestaat onder een rechtsbijstandverzekering. Voorts bestaat nog de mogelijkheid van een tegemoetkoming voor de helft van de kosten van een deskundigenbericht in het geval voorzien in Beginsel 18 van de GOMA: 'Als bij een goed onderbouwde aansprakelijkstelling en een goed gemotiveerde afwijzing daarvan een verschil van inzicht op het medische gebied blijft bestaan, zal in gezamenlijk overleg een deskundigenonderzoek worden gevraagd om in medisch opzicht de duidelijkheid te verschaffen die nodig is voor een juridisch oordeel over de bestreden behandeling. De kosten van dit deskundigenonderzoek komen in beginsel voor rekening van beide partijen.'

140 'Beperkt' in de zin dat die kostenveroordeling nooit de werkelijk gemaakte kosten dekt.

141 Aldus althans de cijfers van de twee grootste medische aansprakelijkheidsverzekeraars MediRisk en Centramed. Zie de antwoorden van de Minister van VWS op de vragen van het SP Kamerlid Leijten, Handelingen II 2010/11, Aanhangsel 1371.

142 Aldus de cijfers genoemd tijdens de Belgische parlementaire behandeling van de Wet Medische Ongevallen, verlag Burgeon, Parl. St. Kamer, 2009-2010, 2240/006, 89. Zie het preadvies van onze mede-preadviseur Vansweevelt.

143 Zie het preadvies van onze mede-preadviseur Vansweevelt.

zorgverzekeraars zoals voorgeschreven in het nieuwe Duitse *Patientenrechtengesetz* (waarover zo dadelijk meer in paragraaf 5.7). Inspanningen om claimende patiënten ten koste van schaarse publieke middelen financieel te ontlasten kunnen in die kaders veel beter worden gericht en gedoseerd.

Een drempelloze omkering van bewijslast met betrekking tot het bestaan van een aansprakelijkheidsgrond kennen wij in het Nederlandse recht ook niet. Voor de hand ligt een vergelijking met artikel 7:658 BW, dat de aansprakelijkheid regelt van de werkgever voor tekortschieten in zijn verplichting om te zorgen voor zo veilig mogelijke werkomstandigheden. Lid 2 van dit artikel houdt een omkering van de bewijslast in, die maakt dat de werkgever moet bewijzen dat hij niet in zijn veiligheidsverplichting is tekortgeschoten.¹⁴⁴ Dit geldt echter pas voor zover het gaat om schade die de werknemer heeft geleden “in de uitoefening van zijn werkzaamheden”. Het bewijs dáárvan ligt in beginsel op de werknemer.¹⁴⁵ De werkgever is pas aan zet als voldoende vaststaat dat de schade ten minste door het werk kwam.¹⁴⁶ Pas dan is het aan hem om te bewijzen dat hij niet is tekortgeschoten.

Bij medische aansprakelijkheid zou een soortgelijke drempel erin kunnen bestaan dat moet vaststaan dat de schade het gevolg is van de medische behandeling. Pas dan zou het vervolgens aan de zorgverlener zijn om te bewijzen dat geen fout werd gemaakt. Een dergelijk voorstel is onlangs nog gedaan door Wijne, die als drempel heeft voorgesteld de voorwaarde dat de schade is geleden “tijdens de geneeskundige behandeling”.¹⁴⁷ Een dergelijke drempel brengt echter een soortgelijke problematiek mee als hiervoor is beschreven met betrekking tot het criterium voor het bestaan van een aanspraak in een *no-fault* systeem. Wanneer is schade ‘het gevolg van de behandeling’ of opgelopen ‘tijdens de geneeskundige behandeling’, en niet het gevolg van de achterliggende gezondheidstoestand van de patiënt? Ook hier zou zich wreken dat fout en causaal verband in praktische zin onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Het leveren van dit preliminaire causaliteitsbewijs zou in de praktijk regelmatig even veeleisend en kostbaar zijn als het bewijs dat een fout werd gemaakt. Bij schade die veroorzaakt zou zijn

144 Artikel 7:658 lid 2 BW: De werkgever is jegens de werknemer aansprakelijk voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoon dat hij de in lid 1 genoemde verplichtingen is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

145 HR 26 jan. 2001 (Weststrate/De Schelde) LJN AA9666, NJ 2001, 597.

146 Dit is genuanceerd bij multicausale beroepsziekten, zie HR 17 nov. 2000 (Unilever/Dikmans), LJN AA8369, NJ 2001, 596 en HR 23 juni 2006 (Havermans/Luyckx), LJN AW6166, NJ 2006, 354.

147 R.P. Wijne, ‘De Wet cliëntenrechten zorg: een zorg minder in het aansprakelijkheidsrecht?’, *Verkeersrecht* 2011 (4) p. 104-110 (op p. 109 r.k.).

door het nalaten om adequaat te behandelen zou het er volledig mee samenvallen. Bij een nalaten om adequaat te behandelen kan men immers alleen tot de conclusie komen dat de gestelde schade ‘het gevolg is van de behandeling’ – en niet van het natuurlijk verloop van ziekte of aandoening – op basis van het oordeel dat anders had moeten worden behandeld dan is gebeurd. Een dergelijk oordeel valt noodzakelijkerwijs samen met het oordeel dat niet is gehandeld conform de toepasselijke professionele standaard, en daarmee zou nog steeds de fout moeten worden bewezen. Mutatis mutandis speelt hier hetzelfde mechanisme als bij claimbeoordeling in een *no-fault* systeem.

Op de hier bij wijze van voorbeeld gegeven drempels zijn uiteraard nog meer varianten denkbaar, maar de problematiek verandert daarmee niet. Waar het om gaat is maatvoering in de hoogte van de drempel die moet worden genomen om de zorgverlener aan de beurt te laten zijn met het bewijs, en daarvoor is een algemeen geldende bewijslastomkering eigenlijk een te grof middel. Om de procedure minder lang, duur en belastend te maken, lijkt schadevergoeding ‘zonder bewijs’ bijna net zo’n inadequaat middel als schadevergoeding ‘zonder fout’.

Dat wil niet zeggen dat er geen verbeteringen gerealiseerd kunnen worden door de patiënt tegemoet te komen in zijn bewijslast, maar dat zou dan moeten gebeuren op een meer gedetailleerd niveau. Dat is bijvoorbeeld ook de strekking van de aanbeveling van de Stichting De Ombudsman voor een tegemoetkoming in de bewijslast. Die ziet namelijk op het geval dat wel in het algemeen vaststaat dat een bepaald kwaliteitsgebrek (bijvoorbeeld te weinig ervaring in een bepaalde ingreep) tot schade kan leiden, maar dat in het voorliggende, individuele geval niet kan worden bewezen dat dit daadwerkelijk de oorzaak van de schade is.¹⁴⁸ Het nieuwe Duitse *Patientenrechtengesetz* kent een dergelijke bepaling, waarover zo dadelijk meer. Zoals bekend houdt de rechtspraak van de Hoge Raad reeds een bepaalde algemene tegemoetkoming in, die neerkomt op een verzwaarde motiveringsplicht voor de zorgverlener van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt.¹⁴⁹ Men spreekt in dit verband vaak van een verzwaarde stelplicht. Die pleegt in de rechtspraak op grond van de omstandigheden van het geval, bijvoorbeeld wanneer het medisch dossier op het cruciale punt niet voldoet aan de daaraan te stellen eisen, ook te kunnen leiden tot een verlichting of verschuiving van de bewijslast.¹⁵⁰ Voor een dergelijk resultaat staan de rechter ook andere technieken beschikbaar, zoals het aannemen van een rechterlijk vermoeden. Ook combi-

148 Stichting De Ombudsman, *Over leven in de medische letselschadepraktijk*, Hilversum: Stichting De Ombudsman, 2008, op p. 59.

149 Vaste rechtspraak, zie o.a. HR 20 nov. 1987 (Timmer/Deutman), *NJ* 1988, 500; HR 18 feb. 1994, *NJ* 1994, 368; HR 7 sept. 2001, *NJ* 2001, 615.

150 Zie onder meer M.F. Hartman en R.P. Wijne, *Medische aansprakelijkheid*, in: *Handboek Personenschade*, Deventer: Kluwer (losbladige uitgave), par. 5, p. 2040-33 e.v.

naties van het niet voldoen aan de verzwaarde stelplicht en het rechterlijk vermoeden komen voor. Overigens kent ons recht ook op het punt van de bewijslastproblematiek omtrent het causaal verband de nodige tegemoetkomingen. Zowel de zogenoemde omkeringsregel¹⁵¹ als het leerstuk van de proportionele aansprakelijkheid¹⁵² kunnen onder omstandigheden toepassing vinden. Men kan heel goed menen dat de rechtspraak op het punt van de verlichting van de bewijslast van de patiënt verder zou moeten gaan dan thans het geval is.¹⁵³ Maar dat is zodanig een kwestie van maatwerk naar gelang de omstandigheden van het geval, dat een *algehele* bewijslastomkering een te grof middel is. Wij kunnen ons een goed werkende wetgevende interventie met een algehele bewijslastomkering heel moeilijk voorstellen.

5.7 *Het nieuwe Duitse Patientenrechtengesetz*

Een voorbeeld van een meer afgemeten benadering ter verlichting van de bewijspositie van de patiënt is te vinden in het onlangs in Duitsland aangenomen *Patientenrechtengesetz*.¹⁵⁴ Het doel van deze wet is vergelijkbaar met dat van de Nederlandse WGBO en Wcz: het overzichtelijk bijeenbrengen en verder uitwerken van patiëntenrechten uit verschillende regelingen en deels uit tot dusver ongecodificeerde jurisprudentie. Op het gebied van het medische aansprakelijkheidsrecht gaat het grotendeels om codificatie van reeds langer bestaande jurisprudentie. Daartoe wordt een nieuwe *Untertitel* over het *Behandlungsvertrag* toegevoegd aan het BGB, bestaande uit de paragrafen 630a tot en met 630h. Voor ons onderwerp is § 630h het meest interessant, die handelt over de *Beweislast bei Haftung für Behandlungs- und Aufklärungsfehler*. Absatz 1 begint met een bewijsvermoeden van een fout bij de verwezenlijking van een behandelingsrisico dat voor de zorgverlener volledig beheersbaar was: (1) *Ein Fehler des Behandelnden wird vermutet, wenn sich ein allgemeines Behandlungsrisiko verwirklicht hat, das für den Behandelnden voll beherrschbar war und das zur Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit des Patienten geführt hat. Absatz 2* legt de bewijslast over het voldaan zijn aan het vereiste van informed consent op de zorgverlener: (2) *Der Behandelnde hat zu beweisen, dass er eine Einwilligung gemäß § 630d eingeholt und entsprechend den Anforderungen des § 630e aufgeklärt hat. Deze bewijslastomkering strekt zich echter niet uit tot het causaal verband: Genügt die Aufklärung nicht den Anforderungen des § 630e, kann der Behandelnde sich darauf berufen, dass der Patient auch im Fall einer*

151 HR 7 december 2007, LJN BB3670, NJ 2007,644 en recentelijk HR 23 nov. 2012, LJN BX7264, NJ 2012, 669

152 Zie HR 14 dec. 2012, LJN BX8349.

153 Zo voert Wijne aan dat de patiënt het risico draagt dat hij het bewijs niet rond krijgt en dat zijn vordering tot schadevergoeding wordt afgewezen 'zelfs in voor de hand liggende gevallen' (Wijne 2011 p. 107).

154 Gesetz zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten, Bundesrat Drucksache 7/13, 11.01.2013.

ordnungsgemäßen Aufklärung in die Maßnahme eingewilligt hätte. Absatz 3 bepaalt dat het niet opnemen in het patiëntendossier van medisch geboden belangrijke maatregelen en hun uitkomst, of het niet bewaren van dat dossier, tot het vermoeden leidt dat de betreffende maatregel niet werd genomen: (3) Hat der Behandelnde eine medizinisch gebotene wesentliche Maßnahme und ihr Ergebnis entgegen § 630f Absatz 1 oder Absatz 2 nicht in der Patientenakte aufgezeichnet oder hat er die Patientenakte entgegen § 630f Absatz 3 nicht aufbewahrt, wird vermutet, dass er diese Maßnahme nicht getroffen hat. Absatz 4 houdt de bepaling in dat wanneer de zorgverlener onvoldoende bekwaamheid voor de betreffende behandeling bezat, vermoed wordt dat dit gebrek tot de schade heeft geleid: (4) War ein Behandelnder für die von ihm vorgenommene Behandlung nicht befähigt, wird vermutet, dass die mangelnde Befähigung für den Eintritt der Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit ursächlich war. Absatz 5 codificeert de reeds lang in de jurisprudentie gehanteerde bewijslastomkering met betrekking tot het causaal verband in het geval van een zware fout in behandeling of in het verrichten van diagnostiek: (5) Liegt ein grober Behandlungsfehler vor und ist dieser grundsätzlich geeignet, eine Verletzung des Lebens, des Körpers oder der Gesundheit der tatsächlich eingetretenen Art herbeizuführen, wird vermutet, dass der Behandlungsfehler für diese Verletzung ursächlich war. Dies gilt auch dann, wenn es der Behandelnde unterlassen hat, einen medizinisch gebotenen Befund rechtzeitig zu erheben oder zu sichern, soweit der Befund mit hinreichender Wahrscheinlichkeit ein Ergebnis erbracht hätte, das Anlass zu weiteren Maßnahmen gegeben hätte, und wenn das Unterlassen solcher Maßnahmen grob fehlerhaft gewesen wäre.“

Het valt buiten het bestek van dit preadvies om deze Duitse bepalingen langs de lat van de Nederlandse rechtspraak te leggen, om te analyseren in hoeverre zij voor de Nederlandse situatie een verbetering zouden inhouden. Dat lijkt op het eerste gezicht zeker het geval te kunnen zijn. Het punt dat wij hier willen maken is dat de kwestie van de bewijslastverlichting een afgewogen regeling vereist, waarvoor het nieuwe Duitse *Patientengesetz* een inspiratiebron kan zijn.

Dat geldt zeker voor een andere verbetering in het *Patientengesetz*, en dat is de opname van de verplichting van de *Krankenkassen* om hun verzekerden bij het vermoeden van een medische fout te ondersteunen bij het maken van een aanspraak op schadevergoeding. Daartoe wordt § 66 van Boek 5 van het *Sozialgesetzbuch* aangepast, dat het besluit tot die ondersteuning overliet aan de *Krankenkassen* zelf. Van deze mogelijkheid werd tot dusver op uiteenlopende wijze gebruik gemaakt, maar voortaan is die ondersteuning dus verplicht. De ‘memorie van toelichting’ geeft aan dat hiermee specifiek wordt bedoeld op ondersteuning ter verlichting van de bewijsvoering door de patiënt, waaronder het laten verrichten van medisch deskundigenonderzoek.¹⁵⁵

155 Zie de *Begründung* bij het *Entwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechte von Patientinnen und Patienten*, Bundestag Drucksache 17/10488, 15.08.2012, Zu Nummer 2 (§ 66), p. 32.

Zoals hiervoor meermaals aan de orde kwam, kan het knelpunt van de lange, dure en belastende procedure een heel eind worden aangepakt in het kader van de door de Wcz voorgeschreven geschilleninstantie. Mogelijk kan het sleutelen aan de bewijslast hier nog op aanvaardbare wijze het een en ander aan toevoegen. Dat vraagt om een zorgvuldige studie op zich. Maar wat zeker een enorme verbetering van de positie van de patiënt zou inhouden is wanneer ook in Nederland de ziektekostenverzekeraars hun verzekeren in geval van een mogelijke medische fout zouden ondersteunen bij het verhaal van hun schade, met name door het organiseren van medische deskundigenberichten. Zij hebben daarbij ook een eigen belang met het oog op de mogelijkheid van regres op de aansprakelijkheidsverzekeraar. Activering van de ziektekostenverzekeraars ten behoeve van hun verzekeren na incidenten lijkt ons ook voor Nederland een absolute aanrader.

6 Conclusies

Het medische aansprakelijkheidsrecht schiet tekort. De oorzaken daarvan liggen zowel op het terrein van de claimbeoordeling als zodanig, als in de 'voorfase' van de opvang en bejegening van patiënten na incidenten. Zowel de vraag naar de grondslag van aansprakelijkheid als die naar het causaal verband zijn aanzienlijk complexer dan op andere terreinen van het aansprakelijkheidsrecht, en leiden vaak tot langdurige discussies en de noodzaak van een of meer deskundigenoordelen. Deze problemen komen procesrechtelijk voor rekening van de patiënt, en brengen langdurige onzekerheid over de afloop en aanzienlijke financiële risico's mee. Dit levert een hoge financiële drempel op, die in combinatie met de sociale en emotionele belasting veel doorzettingsvermogen vereist, dat niet altijd wordt opgebracht. Verbetering van de procedurele aspecten van de claimbeoordeling is echter onvoldoende. Voor het aanpakken van de knelpunten die patiënten ervaren is nodig dat verder wordt gekeken dan de juridische neus traditioneel lang is. Het compensatiesysteem kan alleen bevredigend gaan functioneren als ook in de opvang en bejegening beter tegemoet wordt gekomen aan de vele andere behoeften van patiënten dan financiële compensatie. Het zijn vooral de zorgaanbieders die hierin verantwoordelijkheid moeten nemen.

Het denken over en uitvoeren van verbeteringen is eigenlijk nog maar net begonnen. Belangrijke ontwikkelingen zijn de definitieve doorbraak van de plicht tot openheid over incidenten in de professionele standaard van zorgverleners (open disclosure), de totstandkoming en implementatie van de Gedragscode openheid medische incidenten; beter afwikkeling medische aansprakelijkheid (GOMA) en de Wet deelgeschilprocedure. De Wet cliëntenrechten zorg (Wcz) biedt met de in artikel 29 voorgeschreven geschilleninstantie de gelegenheid bij uitstek om een voortvarende, niet-adverseriële en betaalbare procedure in het leven te roepen, in welk kader ook de centrale knelpunt van de advisering door deskundigen kan worden aangepakt.

Om de benodigde verbeteringen te realiseren zijn verdere ondersteuning, aanvullende maatregelen en vervolgstappen nodig. Daartoe behoort onder meer een serieuze operational strategy van zorgaanbieders met betrekking tot open disclosure, het in het leven roepen en uitbouwen van bemiddelende mechanismen op verschillende niveaus, en de toegang voor patiënten tot een retrospectieve second opinion zonder conflictueuze kleur. De doordachte inrichting van de hiervoor bedoelde geschilleninstantie is een project met een groot verbeterpotentieel, maar veronderstelt wel dat de zorgsector bereid is om gericht in de opbouw daarvan te investeren, zowel financieel als door feitelijke participatie in verschillende opzichten. In dit kader is een herbezinning aan te bevelen over de personele en functionele verhoudingen tussen deze geschilleninstantie, de tuchtrechtspraak en de civiele overheidsrechtspraak.

Al met al bestaan er veelomvattende mogelijkheden tot het aanpakken van de knelpunten in het huidige compensatiesysteem, waarbij de zorgsector zelf het voortouw kan nemen en de regie kan houden. Een wijziging of aanpassing van het medische aansprakelijkheidsrecht is daarvoor niet nodig. Van een *no-fault* systeem pleegt in het algemeen te veel te worden verwacht, althans op het punt van vereenvoudiging van de claimbeoordeling en de relatie zorgverlener-patiënt. *No-fault* systemen plegen wel een aanzienlijke verbetering te brengen op het kernpunt van procedurele belemmeringen, maar dergelijke verbeteringen kunnen even goed worden gecreëerd in het bestaande stelsel dat werkt met een fout als criterium, zoals met de hiervoor bedoelde geschilleninstantie.

Dat neemt niet weg dat het Belgische tweesporen systeem faciliteiten in het leven roept die een enorme verbetering betekenen van de positie van de patiënt, zoals het voor de patiënt verzamelen van informatie, het kunnen verzoeken om een vergoedingsvoorstel, het kunnen organiseren van bemiddeling, het kunnen adviseren over de toereikendheid van een vergoedingsvoorstel, het kunnen voorschieten van schadevergoeding, het verhalen van voorgeschoten schadevergoeding en een boetesysteem voor kennelijk ontoereikende vergoedingsvoorstellen. Voor een deel zijn dit soort faciliteiten eveneens denkbaar in het kader van de hiervoor bedoelde geschilleninstantie, maar voor een belangrijk deel zijn zij dat niet. Voor dat laatste deel zijn wetgeving en eigen financiële middelen nodig. Er zitten hoe dan ook veel elementen in het Belgische tweesporensysteem die inspiratie kunnen opleveren voor Nederland. Het meest controversiële onderdeel, de uitbreiding van de vergoedingsgrondslag tot 'medische ongevallen' zonder fout, is daarvoor niet eens nodig. Het bestaande compensatiesysteem kan gewoon worden gehandhaafd.

Ook in het nieuwe Duitse *Patientenrechtengesetz* zitten elementen die uitnodigen tot navolging. Dat geldt in het bijzonder voor de ondersteuning door zorgverzekeraars van hun verzekerden na incidenten, maar mogelijk ook voor het genuanceerde Duitse systeem van tegemoetkoming van de patiënt in de bewijsvoering.

Dat laatste onderwerp vraagt echter om een zorgvuldige aanpak, te beginnen met een nadere studie.

De opportuniteit van wetgeving in Belgische of Duitse richting lijkt eigenlijk vooral een politieke kwestie. Op basis van de huidige wetgeving – althans, inclusief de geschilleninstantie van de Wcz – ligt al zo ontzettend veel ter verbetering gereed, dat de zorgsector zijn capaciteit tot ontwikkeling en verbeteren reeds meer dan volledig kan besteden. Verdergaande wetgeving zou daar zeker aan kunnen toevoegen, maar de mogelijkheid daartoe zou in geen geval reden mogen zijn tot aarzelen of afwachten. Het belang van patiënten én zorgverleners vraagt dat concrete actie wordt ondernomen, en wel nu. De mogelijkheden hiertoe zijn omvattend en realistisch. De praktijk zal dan wel leren hoe noodzakelijk nadere wetgeving is. De komende tijd zou in elk geval moeten worden gebruikt voor nadere analyse van de problematische afwikkeling van medische letselschade. De praktische ervaring met de huidige verbetermogelijkheden en de kennis uit dergelijk nader onderzoek zou ons ook in staat stellen om een eventueel ‘nieuw systeem’ beter te ontwerpen.

Literatuur

Akkermans e.a. (2009)

A.J. Akkermans e.a., 'Excuses in het privaatrecht', *WPNR* 6772 (2009) p. 778-784.

Akkermans, Hendrix en Van (2009)

A.J. Akkermans, L.G.J. Hendrix en A.J. Van, 'De vraagstelling voor expertises in medische aansprakelijkheidszaken', *TVP* 2009 (3) p. 83-99.

Akkermans en van Wees (2007)

A.J. Akkermans en K.A.P.C. van Wees, 'Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief', *TVP* 2007 (4), p. 103-118.

Alhafaji, Frederiks en Legemaate (2009)

Y. Alhafaji, B. Frederiks en J. Legemaate, 'Ervaringen van klagers en aangeklaagde artsen met het tuchtrecht', *Nederlands-Vlaams tijdschrift voor Mediation en conflictmanagement* 2009 (3) p. 18-42.

Allan en Mc Killop (2010)

A. Allan, & D. Mc Killop, 'The health implications of apologizing after an adverse event', *International Journal for Quality in Health Care* 2010, p. 1-6.

Bismark, e.a. (2006)

M. Bismark, e.a., 'Accountability Sought by Patients Following Adverse Events from Medical Care: The New Zealand Experience.' *CMAJ* 175, (2006) no. 8, p. 889 e.v.

Bogdanoski (2009)

Tony Bogdanoski, 'Medical negligence dispute resolution: A role for facilitative mediation and principled negotiation?', *ADRJ*, (2009) 20 p. 77.

Van Bon en Molendijk (2009)

A. van Bon en H. Molendijk, *Als het misgaat; over openheid na een incidente*, Centrum Patientveiligheid Isala, Zwolle, 2009.

Van Boom (2006)

W.H. van Boom, 'Compensatie voor geboorteschade – van aansprakelijkheid naar 'no fault'?', *AV&S* 2006 (1) p. 8-24.

Cascão (2005)

R.M.P.P. Cascão, *Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform* (diss. Tilburg), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2005.

Cascão en Hendrickx (2007)

Rui Cascão & Ruud Hendrickx, 'Shifts in the Compensation of Medical Adverse Events', in: Willem H. van Boom & Michael Faure (red.), *Shifts in Compensation between Private and Public Systems*, Wenen: Springer 2007, p. 113-142.

CBO (2009)

CBO, *Dit nooit meer, artsen vertellen over hun incidenten*, Utrecht, 2009.

Commissie Lemstra II (2010)

Tweede externe onderzoekscommissie MST ('Commissie Lemstra II'), *Heel de patiënt, Het handelen van de beroepsmatig betrokkenen na het vertrek van een disfunctionerende medisch specialist*, 2010, p. 57.

Van Dijk e.a (2009)

J.J.M. van Dijk e.a., *Leemten in de slachtofferhulpverlening: resultaten van een verkennend, kwalitatief onderzoek onder verschillende categorieën gedupeerden van ingrijpende gebeurtenissen*, Intervict, Tilburg 2009, p. 70 e.v.

Van Dijk en Simons (2010)

Chr. H. van Dijk en J.P.M. Simons, 'GOMA: Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid', *TVP* 2010, nummer 3, p. 65 e.v.

Dozy en Willink (2007)

R.A. Dozy en J. M. Willink, 'Lessen uit 'letsels' – een kijkje in de keuken van de rechter', *TVP* 2007, nr. 4, p. 125 e.v.

Duclos e.a. (2005)

C.W. Duclos e.a., 'Patient Perspectives of Patient-Provider Communication after Adverse Events', *Int J Qual Health Care* 17, no. 6 (2005), p. 479 e.v.

Dute, Faure en Koziol (2002)

J.C.J. Dute, M.G. Faure, H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, Den Haag: ZonMw 2002.

Dute, Faure en Koziol (2004)

Jos Dute, Michael Faure & Helmut Koziol (red.), *No-fault Compensation in the Health Care Sector*, Wenen: Springer 2004, p. 444-484.

Erichsen (2000)

M. Erichsen, 'The Danish Patient Insurance System', *Book of Proceedings 13th World Congress on Medical Law*, Helsinki, 2000, p. 292-301(292).

Espersson (2000)

C. Espersson, 'The Swedish Patient Insurance – a pragmatic solution', *Book of Proceedings 13th World Congress on Medical Law*, Helsinki, 2000, p. 302-311 (303-304).

Friele e.a. (2008)

Roland D. Friele et al, 'Complaints handling in hospitals: an empirical study of discrepancies between patients' expectations and their experiences', *BMC Health Services Research* 2008, 8:199.

Friele, Ruiters, Van Wijnen en Legemaate (1999)

H.D. Friele, C.D. Ruiters, F. Van Wijnen & J. Legemaate, *Evaluatie Wet klachtrecht cliënten zorgsector*, Den Haag, ZorgOnderzoek Nederland 1999.

Gallagher e.a. (2006)

T.H. Gallagher et al., 'US and Canadian Physicians' Attitudes and Experiences Regarding Disclosing Errors to Patients', *Arch Intern Med* 2006, Vol 166, p. 1605-1611.

De Groot (2011)

G. de Groot, 'De deelgeschilprocedure in de rechtspraak, goede start, behouden vlucht, veilige landing', *TVP* 2011, nr. 2, p. 41 e.v.

Hartlief (1997)

T. Hartlief, *Ieder draagt zijn eigen schade*, Deventer: Kluwer, 1997.

Hartman en Wijne (2005)

M.F. Hartman en R.P. Wijne, 'Medische aansprakelijkheid', in: *Handboek Persoonsschade*, Deventer: Kluwer (losbladige uitgave), par. 5, p. 2040-33 e.v.

Helmchen e.a. (2010)

L.A. Helmchen e.a., 'How Does Routine Disclosure of Medical Error Affect Patients' Propensity to Sue and Their Assessment of Provider Quality?: Evidence from Survey Data.' *Med Care* (2010).

Huver e.a. (2007)

R.M.E. Huver e.a., *Slachtoffers en aansprakelijkheid. Een onderzoek naar behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrekking tot het civiele aansprakelijkheidsrecht. Deel I Terreinverkenning*, Den Haag: WODC, 2007.

Iedema e.a. (2011)

R. Iedema e.a., 'Patients' and family members' views on how clinicians enact and how they should enact incident disclosure: the '100 patient stories' qualitative study'. *British Medical Journal* 2011, p. 343 e.v.

Kaldjian e.a (2006)

L.C. Kaldjian e.a., 'An Empirically Derived Taxonomy of Factors Affecting Physicians' Willingness to Disclose Medical Errors.' *J Gen Intern Med* 21, no. 9 (2006).

Kastelein (2010)

W.R. Kastelein, 'Klachten- en geschillenbehandeling in de Wcz: van de drup in de regen oftewel het kind en het badwater', *TvGR* 2010, nr. 8, p. 622.

Kastelijn (2011)

W.R. Kastelijn, 'Een arts is geen onderzoeker', *Medisch Contact* 25 februari 2011, nr. 8, p. 492.

De Kezel (2009)

E. de Kezel, Vergoeding van medische schade in België: het nieuwe tweesporensysteem, *TVP* 2009 (4) p. 139-150.

KNMG (2004)

KNMG Kwaliteitsmanifest 2004, onder 7, Het aansprakelijkheidssysteem.

KNMG (2007)

KNMG richtlijn 'Omgaan met incidenten, fouten en klachten: wat mag van artsen worden verwacht?' 2007; GOMA Beginsel 8.

Koch (2011)

B.A. Koch (ed), *Medical liability in Europe. A comparison of selected jurisdictions*, Verlin/Boston: De Gruyter, 2011.

Van de Laar (2010)

Mr. J. van de Laar, Ervaringen van een mediator in letselschadezaken, *VR* 2010 nr. 5, p. 133 e.v.

Legemaate (2006)

J. Legemaate, *Veilig incident melden*, Bohn Stafleu van Loghum, december 2006.

Legemaate (2009)

Legemaate e.a., 'Veilig melden van incidenten in de gezondheidszorg: voorbeelden van buitenlandse wetgeving', *Tijdschrift voor veiligheid* 2009, nr. 1.

Legemaate (2010)

J. Legemaate, 'Goed omgaan met klachten van patiënten', *Tijdschrift Conflicthantering*, nr. 4 (2010), p. 10 e.v.

Legemaate (2011)

J. Legemaate, *Wikken en wegen, Gezondheidsrecht in beweging*, oratie UvA, Amsterdam University Press 2011, p. 14.

Lierman (2011)

S. Lierman, 'Vergoedingsvoorwaarden van het Fonds voor Medische ongevallen', in: I. Boone en S. Lierman (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia, 2011, p. 39-60.

Linthorst e.a (2010)

G.E. Linthorst e.a., 'What contributes to internists' willingness to disclose medical errors?', *The Netherlands Journal of Medicine*, 2010, Vol. 70, No 5. p. 247.

Mazor e.a. (2009)

K.M. Mazor e.a., 'Understanding Patients' Perceptions of Medical Errors', *Journal of Communication in Healthcare*, no. 1 (2009), p. 34 e.v.

Molendijk, Legemaate en Leistikov (2008)

Harry Molendijk, Johan Legemaate en Ian Leistikov, 'Veilig melden moet in de wet', *Medisch Contact*, 8 februari 2008, 63 nr. 6.

O'Connor e.a. (2010)

O'Connor e.a., 'Disclosure of Patient Safety Incidents: A Comprehensive Review', *Int J Qual Health Care* 22, no. 5 (2010), p. 371 e.v.

Pierluissi e.a. (2003)

E. Pierluissi e.a., 'Discussion of medical errors in morbidity and mortality conferences', *JAMA* 2003, 290, p. 2838 e.v.

Robbennolt (2009)

J.K. Robbennolt, 'Apologies and Medical Error', *Clin Orthop Relat Res* 467 (2009), no. 2, p. 376-82).

Sas (2010)

A.H. Sas, 'Strafrecht voor civilisten: de verbetering van de mogelijkheid om schade via het strafrecht te verhalen', *TVP* 2010 (3) p. 80-87.

Sigall K. Bell e.a., 'Disclosure, Apology, and Offer Programs: Stakeholders' Views of Barriers to and Strategies for Broad Implementation', *The Milbank Quarterly*, Vol. 90, No. 4, 2012, p. 69.

Sirriyeh e.a. (2010)

R. Sirriyeh e.a., 'Coping with Medical Error: A Systematic Review of Papers to Assess the Effects of Involvement in Medical Errors on Healthcare Professionals' Psychological Well-Being.' *Qual Saf Health Care* (2010)

Smeehuijzen e. a. (2013)

J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst. *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen* (2013)

Staender en Manser (2012)

Sven E.A. Staender en Tanja Manser, 'Taking care of patients, relatives and staff after critical incidents and accidents', *European Journal of Anaesthesiology*, 29 (2012).

Stern e.a. (2010)

Chris Stern et al., 'Interest-Based Mediation of Medical Malpractice Lawsuits: A Route to Improved Patient Safety?', *Journal of Health Politics, Policy and Law* 2010, 35(5), p. 797 e.v.

Stichting De Ombudsman (2008)

Stichting De Ombudsman, *Over leven in de medische letselschadepraktijk*, Hilversum, Stichting De Ombudsman, 2008.

Studdert, Mello, Gawande, Brennan, en Wang (2007)

D.M. Studdert, M.M. Mello, A.A. Gawande, T.A. Brennan, Y.C. Wang, 'Disclosure Of Medical Injury To Patients: An Improbable Risk Management Strategy', *Health Affairs* 26, no. 1 (2007): 215-226.

Truog e.a. (2011)

R.D. Truog e.a., *Talking with Patients and Families about Medical Error: A Guide for Education and Practice*, John Hopkins University Press, 2011.

Vansweevelt, Boone en Lierman (2011)

Vansweevelt, alsmede I. Boone en S. Lierman (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen-Cambridge: Intersentia, 2011.

Vincent e.a. (1994)

C. Vincent e.a., 'Why do people sue doctors? A study of patients and relatives taking legal actions', *The Lancet*, 343 (1994), p. 1609 e.v.

VvAA, *Wat geldt in de zorg? VvAA Trendonderzoek onder zorgaanbieders*, 3e editie, oktober 2011, *Medische fouten. Zorgverleners alert op medische fouten*.

Wijne (2011)

R.P. Wijne, 'De Wet cliëntenrechten zorg: een zorg minder in het aansprakelijkheidsrecht?', *Verkeersrecht* 2011 (4) p. 104-110.

Wu (2000)

A.W. Wu, 'Medical error: the second victim' *BMJ* 2000, 320, p. 726-727.

Wu e.a. (2003)

Wu e.a. 'Do house officers learn from their mistakes?', *Qual Saf Healthcare* 2003, 12, p. 221