

VU Research Portal

Over problemen en oplossingen in het medisch aansprakelijkheidsrecht

Smeehuijzen, J.L.; van Wees, K.A.P.C.; Akkermans, A.J.; Legemaate, J.; van Buschbach, S.; Hulst, J.E.

published in

Nederlands Juristenblad
2013

document version

Publisher's PDF, also known as Version of record

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

citation for published version (APA)

Smeehuijzen, J. L., van Wees, K. A. P. C., Akkermans, A. J., Legemaate, J., van Buschbach, S., & Hulst, J. E. (2013). Over problemen en oplossingen in het medisch aansprakelijkheidsrecht. *Nederlands Juristenblad*, 2013(32), 2180-2186. Article 1966.

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

Over problemen en oplossingen in het medisch aansprakelijkheidsrecht

Lodewijk Smeehuijzen, Kiliaan van Wees, Arno Akkermans, Johan Legemaate, Susanne van Buschbach en Liesbeth Hulst¹

In de gezondheidszorg functioneert ons aansprakelijkheidsrecht moeizaam. Het is voor patiënten moeilijk schade vergoed te krijgen en los van het resultaat wordt het proces als erg bezwarend ervaren. Een belangrijke oorzaak van de problemen is dat een gebrekkige reactie van zorgverlener en instelling op een medisch incident, een zware wissel trekt op het bevredigende verloop van de schadeafwikkeling. De bestaande procedure vergt voorts te veel tijd, is nodeloos polariserend en voor de patiënt financieel riskant. Er valt veel te verbeteren.

1. Inleiding: het medisch aansprakelijkheidsrecht functioneert moeizaam

Er is een aantal redenen om aan te nemen dat het functioneren van het medisch aansprakelijkheidsrecht bepaald voor verbetering vatbaar is.

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 systeem van de aansprakelijkheidsverzekering. Daarmee zijn deze problemen vermoedelijk niet uniek voor afhandeling van de zaak Jansen, maar gelden meer in het algemeen.”² De Commissie wijst er op dat voor patiënten onduidelijk is wat zij van het ziekenhuis mogen verwachten, dat schadeafwikkeling een onoverzichtelijk, 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. 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.

Vraagt men patiënten naar hun ervaringen met het schadeafwikkelingsproces, dan tekent men citaten op als de volgende: “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.”³ En: “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.”⁴

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-cijfers over onbedoelde schade in Nederlandse ziekenhuizen met het aantal schadevergoedingen dat jaarlijks wordt uitgekeerd: “Het heeft er (...) 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.”⁵

Door de complexiteit van het medisch handelen is aansprakelijkheid moeilijk vastgesteld te krijgen

2 Vier oorzaken van de problemen met het medisch aansprakelijkheidsrecht

2.1 De hindernissen van het medisch domein

Voor de problemen op het terrein van de medische aansprakelijkheid is een aantal oorzaken aan te wijzen.

In de eerste plaats is het door de complexiteit van het medisch handelen moeilijk aansprakelijkheid vastgesteld te krijgen. 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. 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 veel 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 veelal van mening verschillen. Die waardering moet bovendien plaatsvinden door deskundigen, en het inwinnen van (vaak meerdere) deskundigenberichten is een notoir knelpunt in medische aansprakelijkheidsprocedures. 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. Ook hier kent het medische domein bijzondere problemen. De vereiste wegdenkoefening – 'hoe zou de toestand van de patiënt geweest zijn zonder de medische fout?' – is moeilijker uit te voeren dan bij, zeg, een bedrijfsongeval.

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 op het medisch domein zowel het vaststellen van de grondslag als het causaal verband zo lastig is, komt procesrechtelijk 'voor rekening' van de patiënt

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. Hij moet die adviseur zelf financieren, in die zin dat hij de kosten alleen vergoed krijgt als de grondslag voor aansprakelijkheid komt vast te staan. Voorts moet de patiënt, wanneer hij een procedure begint en hij deze verliest, een deel van de kosten van de wederpartij dragen. Ook komt de eigen advocaat, zolang de grondslag van de aansprakelijkheid niet vast staat, voor rekening van de patiënt. Deze risico's kunnen mensen ervan weerhouden een vordering in te stellen – of ertoe aanzetten genoeg te nemen met minder dan waartoe men meent gerechtigd te zijn.

Het is dus zo: 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 De 'menselijke dimensie' van het medisch aansprakelijkheidsrecht; de letselschadeafwikkeling is belastend

Een ander punt dat het schadevergoedingsproces in medische zaken bezwaart, is de ongelijkwaardigheid van partijen. De patiënt 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 nogal eens in een belasting die het niveau van de 'alledaagse ergernis' overstijgt.

In onderzoek naar de behoeften, verwachtingen en ervaringen van slachtoffers en hun naasten met betrek-

Auteurs

1. Prof. mr. J.L. Smeehuijzen is hoogleraar privaatrecht aan de VU, dr. mr. K.A.P.C. van Wees is universitair docent privaatrecht aan de VU, prof. mr. A.J. Akkermans is hoogleraar privaatrecht aan de VU, prof. mr. J. Legemaate is hoogleraar gezondheidsrecht aan het AMC/de Universiteit van Amsterdam, drs. S. van Buschbach is psycholoog

en als onderzoeker verbonden aan de VU en mr. drs. J.E. Hulst is naast jurist psycholoog en eveneens als onderzoeker verbonden aan de VU. Dit artikel is gebaseerd op een onderzoeksrapport van de auteurs getiteld *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen* (2013), te vinden via <http://hdl.handle.net/1871/40290>.

Noten

2. Tweede externe onderzoekscommissie MST ('Commissie Lemstra II'), *Heel de patiënt, Het handelen van de beroepsmatig betrokkenen na het vertrek van een disfunctionerende medisch specialist*, p. 57. De onderzoekscommissie is ingesteld naar aanleiding van het disfunctioneren van de neuroloog Jansen in het Medisch Spectrum

Twente.

3. Smeehuijzen e.a., a.w., p. 94.
4. Smeehuijzen e.a., a.w., p. 95.
5. J. Legemaate, *Wikken en wegen, Gezondheidsrecht in beweging*, oratie UvA, Amsterdam University Press 2011, p. 15.



king tot het civiele aansprakelijkheidsrecht, wordt op basis van internationale literatuur en interviews met claimanten 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.”*⁶ 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.”*⁷ Het (proces-)recht kan zo dus extra schade toebrengen. Dat is een treurige

constatering, omdat het doel van het schadevergoedingsrecht nu juist is de patiënt terug te brengen in de situatie zonder de fout.

2.3 Verder kijken dan financiële compensatie: waar gaat het de patiënt om na een medisch fout?

De derde moeilijkheid is dat de schadeafwikkeling in medische zaken veelal wordt belast door een inadequate reactie van de zorgverlener aan het begin van de rit, toen het schadeveroorzakende incident zich voordeed. Het gaat de patiënt na een incident om meer dan schadevergoeding. Wezenlijk zijn goede communicatie, adequate

Het proces van wat in het buitenland *open disclosure* wordt genoemd, is een kunst apart waarvoor in Nederland nog te weinig aandacht bestaat

informatieverschaffing, excuses zo daartoe aanleiding bestaat, duidelijkheid over de gevolgen van het incident voor de patiënt en mededeling van maatregelen die in de toekomst ter voorkoming van de fout genomen zullen worden.⁸

Als de patiënt in deze behoeften niet tegemoet wordt gekomen, bestaat het risico dat hij het aansprakelijkheidsrecht aanwendt op oneigenlijke gronden. Het volgende citaat is exemplarisch voor de uitkomsten van studies op dit terrein: *“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.”*⁹

Dat patiënten van het schadevergoedingsrecht meer verwachten dan enkel de mogelijkheid hun schade vergoed te krijgen, heeft voor de kans op het bevredigend functioneren van het aansprakelijkheidsrecht belangrijke consequenties. Een gebrekkig verlopen voorfase kan een zware wissel trekken op de schadeafwikkeling; het kan er toe leiden dat patiënten op basis van min of meer oneigenlijke motieven ageren, of dat de procedure extra verzuurd raakt. De patiënt, bijvoorbeeld, die van het aansprakelijkheidsrecht verwacht dat het de arts ter verantwoording roept, raakt onherroepelijk teleurgesteld omdat het aansprakelijkheidsrecht daar niet voor is gemaakt. Het schadevergoedingsrecht kán het dan niet goed doen.

Het voorgaande zou niet relevant zijn, als het met de opvang en bejegening na een medische fout in Nederland min of meer ideaal gesteld was. Zo ver zijn we nog (lang) niet. 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 waarvoor in Nederland nog te weinig aandacht bestaat.

2.4 Het functioneren van de belangenbehartiger en verzekeraar

Tot slot kan het functioneren van de belangenbehartiger van de patiënt en van de verzekeraar een sterke negatieve invloed hebben op de schadeafwikkeling.

Wat betreft de belangenbehartiger is er 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 kunnen vormen. In de praktijk lijken niet alle

belangenbehartigers die samenwerking even makkelijk te vinden. 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.

Ten tweede is er het handelen van de verzekeraar. In 2008 was Stichting de Ombudsman zeer kritisch, de Commissie Lemstra II schreef in 2010 dat bejegening door de aansprakelijkheidsverzekeraar als agressief en/of achterdochtig wordt ervaren. Spreekt men patiënten, dan uiten zij vergelijkbare kritiek: *“Traineren, 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.”* En: *“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 er 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.”*¹⁰

Bedacht zij in dit verband overigens wel dat, tot op zekere hoogte, de problemen van het medisch aansprakelijkheidsrecht culminereren op het bordje van de verzekeraar. Neem een casus waarin alle hiervoor 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.

3. Ontwikkelingen met (deels al gerealiseerde) potentie tot verbetering

De scherpte waarmee de problemen van het medisch aansprakelijkheidsrecht kunnen worden geformuleerd is

6. A.J. Akkermans en K.A.P.C. van Wees, 'Het letselschadeproces in therapeutisch perspectief', *TvP* 2007, nr. 4, p. 106.

7. W. van Tilburg, 'Affectieschade, shock-schade en compensatie: De visie van een psychiater', *VR* 2004, p. 12.

8. Zie, onder vele anderen, Robert D.

Truog e.a., *Talking with Patients and Families about Medical Error*, The Johns Hopkins University Press, Baltimore, p. 31 e.v.

9. Smeehuijzen e.a., a.w., p. 93.

10. Smeehuijzen e.a., a.w., p. 96.

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.

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. Nog maar betrekkelijk recent is alle twijfel over de bevoegdheid van de arts tegen zijn patiënt open te zijn over een fout van de baan. 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.

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 medi-

Gewijzigde opvattingen over openheid na een medisch incident, de GOMA, de Wkkgz en de deelgeschillenregeling hebben belangrijk potentieel voor verbetering

sche incidenten; betere afwikkeling medische aansprakelijkheid' (beter bekend als de GOMA) tot stand gekomen. 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. Deel B van de GOMA richt zich tot de partijen bij de schadeafwikkeling.

De derde ontwikkeling is de totstandkoming van wat inmiddels heet het wetsvoorstel 'Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg' (Wkkgz)¹¹. Volgens dit wetsvoorstel, in april 2013 aan de Tweede Kamer voorgelegd, is de instelling gehouden zich aan te sluiten bij een geschilleninstantie. Die is volgens art. 20 lid 1 bevoegd een vergoeding van geleden schade toe te kennen tot € 10.000. Volgens lid 2 kan dit bedrag bij AMvB worden verhoogd tot € 25.000. Boven deze grens blijft de 'gewone' civiele rechtsgang de standaard. Opvallend is dat de wetgever de inrichting en (procedurele) werking van de Geschillencommissie geheel open laat. Het is dus aan 'de sector' daar verder vorm aan te geven.

Ten vierde hebben zich op meer algemeen procesrechtelijk terrein belangrijke ontwikkelingen voorgedaan. In 2010 is de zogenaamde deelgeschillenregeling tot

stand gekomen.¹² 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. Eerder, in 2005, zag de letselschadekamer het licht.¹³ Voorts is in de loop der tijd de patiënt in zijn bewijspositie tegemoet gekomen.¹⁴

Niettegenstaande het belang van deze ontwikkelingen, valt niet te verwachten dat zij de huidige problemen rond de schadeafwikkeling tot een aanvaardbaar niveau terugbrengen. 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 binnen de medische professie een jarenlange traditie van terughoudendheid. Een 'nieuwe norm' buigt de praktijk niet als vanzelf om. Dat kost (veel) tijd. De GOMA, ten tweede, markeert een belangrijke wijziging in de betrokkenheid van medische verzekeraars bij de oplossing van de problemen. Bijvoorbeeld de termijnen die in de GOMA genoemd worden, zijn in de praktijk niet zonder gevolg. Tegelijkertijd zijn er beperkingen. Aan de diepere problemen van het medisch 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. De Wkkgz, ten derde, vertegenwoordigt met name potentie tot verbetering, omdat de inrichting en de werking van de Geschillencommissie die moet oordelen over claims geheel open is gelaten. Veel hangt af van de vormgeving van die Geschillencommissie. Het meest tastbaar, tot slot, is wellicht de invloed van de deelgeschillenregeling en de letselschadekamer.

Concluderend: gewijzigde opvattingen over openheid na een medisch incident, de GOMA, de Wkkgz en, met name, de deelgeschillenregeling hebben belangrijk potentieel voor verbetering en lijken die deels al te hebben gerealiseerd. 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

Gezien de oorzaken van het moeizame functioneren van het medisch aansprakelijkheidsrecht, moeten nadere verbeteringen worden gezocht op twee fronten: in de fase voordat het aansprakelijkheidsrecht in beeld komt, dus bij de opvang en bejegening direct na een incident, en in het medisch aansprakelijkheids(proces)recht zelf.

Wat de voorfase betreft: dat ligt voor een deel buiten het terrein van de jurist, maar niet helemaal. Als gezegd heeft het denken over de verantwoordelijkheid van de zorgverlener na een incident zich de afgelopen jaren sterk ontwikkeld. Die ontwikkeling is niet vrijblijvend. Het gaat om invulling van de medisch professionele standaard. Aangenomen moet worden dat die niet alleen de te verlenen zorg betreft, maar ook wat de patiënt redelijkerwijze van de zorgverlener mag verwachten na een medisch incident. Bepaalde onderdelen van die verplichting lenen zich

De deskundige is in de huidige praktijk de achilleshiel van de procedure tot vergoeding van schade bij medische fouten

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 maken in de professionele hoedanigheid van zorgverlener, en zijn minder vergaande modaliteiten denkbaar dan regelrechte dwang om het maken van excuses te stimuleren.¹⁵ Andere onderdelen lenen zich zonder meer wel voor rechterlijke beoordeling. De verplichting, de tijdigheid en de volledigheid van het verschaffen van inlichtingen kan wel degelijk beoordeeld worden, net als het ter kennis stellen aan de patiënt van onderzoeksresultaten.

Los van mogelijkheden tot verbetering in deze voorfase, zijn er de mogelijkheden tot verbetering van het medisch aansprakelijkheids(proces)recht als zodanig. Hierna worden vier suggesties tot verbetering besproken.

(i) Ziekenhuizen wikkelen schades tot een hoger bedrag dan nu gebruikelijk is zelf af

Het biedt voordelen geringere claims niet meer door de aansprakelijkheidsverzekeraar van het ziekenhuis te laten behandelen, maar door het ziekenhuis zelf.

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 omvat dan alleen de financiële kant. Wanneer de financiële kant en andere aspecten tussen dezelfde gesprekspartners in samenhang kunnen 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 geval 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.

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.

(ii) Medische deskundigheid moet geïntegreerd zijn in oordelend college

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.

De figuur van de geïntegreerde deskundige zou toepassing moeten vinden in de nader te bespreken geschilleninstantie die zal gaan oordelen over vorderingen tot € 25.000. Ook in de procedure voor de burgerlijke rechter verdient hij overweging. Onbekend is het fenomeen daar niet; bijvoorbeeld van de Ondernemingskamer en de Onteigeningskamer maken deskundigen deel uit. Nadere studie is vereist naar de vraag hoe die wijziging voor het onderhavige onderwerp binnen het burgerlijk procesrecht kan worden ingepast.

(iii) Vorderingen tot € 25.000 worden beoordeeld door een geschilleninstantie

De Wkkgz bepaalt dat de instelling verplicht is zich aan te sluiten bij een Geschilleninstantie die oordeelt over vorderingen tot € 10.000. Die Geschilleninstantie wordt niet

11. Derde nota van wijziging, Wet cliëntenrechten zorg, *Kamerstukken II* 2012/13, 32 402, nr. 12.

12. Uitvoerig, met nadere verwijzingen: G. de Groot, 'De deelgeschilprocedure in de rechtspraak, goede start, behouden vlucht, veilige landing', *TvP* 2011, nr. 2, p. 41 e.v.

13. 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.

14. Denk bijvoorbeeld aan de 'omkeringsregel' en 'proportionele aansprakelijkheid'.

15. Zie A.J. Akkermans, E.M. Uijtenbroek, K.A.P.C. van Wees en J.E. Hulst, 'Excuses in het privaatrecht', *WPNR*, 6772 (2009) p. 778-784.

door de overheid in het leven geroepen en/of gefinancierd, en er worden in het wetsvoorstel ook geen nadere eisen aan zijn inrichting en functioneren gesteld. De verantwoordelijkheid voor de Geschilleninstantie wordt geheel ondergebracht bij de branche zelf. Als de geschilleninstantie goed wordt vormgegeven, zou zij een wezenlijke verbetering van de huidige praktijk kunnen betekenen. Zij zou daartoe aan de volgende eisen moeten voldoen.

- *De Geschilleninstantie is bevoegd tot € 25.000.* De mogelijkheid de bevoegdheid bij AMvB van € 10.000 naar € 25.000 te verhogen moet worden benut, omdat anders een te gering deel van de vordering door de commissie beoordeeld kan worden.
- *Regionaal georganiseerd (dus niet een enkele nationale vestiging),* omdat anders patiënten, net als de andere betrokkenen, te veel moeten reizen.
- *Geïntegreerde deskundigheid,* om hiervoor uiteengezette redenen. Bij het werven van deskundigen, kunnen de verschillende wetenschappelijke verenigingen een belangrijke rol spelen.
- *De voorzitter is een ervaren rechter,* omdat bij vorderingen tot € 25.000 ingewikkelde juridische en procedurele kwesties kunnen spelen. Het is lastig te bedenken wie anders dan een rechter hier succesvol kan opereren.
- *Rechtspreken 'als goede mannen naar billijkheid' en niet 'naar de regelen des rechts',* zodat met name de omvang van de schade niet tot in het diepste detail onderwerp van debat hoeft te zijn.
- *Mogelijkheid tot hoger beroep,* omdat dan het debat zich beter kan uitkristalliseren en fouten kunnen worden hersteld.
- *Afwijzing door ziekenhuis is een vereiste voor ontvankelijkheid,* omdat zo de instelling invulling moet geven aan haar verplichting eerst zelf gemotiveerd over de claim te oordelen alvorens het oordeel van een derde in te roepen.
- *Vrijwel gratis toegankelijk.* Op het ogenblik vormen de kosten van een civiele procedure een belangrijk bezwaar om een vordering in te stellen. Voor beoordeling van zijn claim door de geschilleninstantie zou daarom een serieus offer van de patiënt niet gevraagd moeten worden, omdat hem dat *de facto* in de uitoefening van zijn recht op beoordeling van zijn vordering belemmert.

(iv) *Meer gebruik van passende vormen van conflictoplossing* Belangrijke bezwaren van de civiele procedure zijn dat hij lang duurt, kostbaar is en 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. Zo zouden vormen van mediation in medische aansprakelijkheidszaken vruchtbaar kunnen zijn, 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 jurisdisering 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.

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 inspannt om tot een oplossing te komen, blijkt in de praktijk geen werkelijk probleem te zijn.

5. Conclusie

Doordat vragen van grondslag van aansprakelijkheid en causaliteit zo complex zijn en het uitblijven van eenduidige antwoorden voor rekening van de patiënt komt, is het in het medisch domein veel lastiger schade vergoed te krijgen dan in andere domeinen. Los van het resultaat, ervaren patiënten de schadeafwikkeling als zodanig veelal als emotioneel erg belastend. Voorts kan een inadequate reactie van de zorgverlener na een incident de procedure tot schadevergoeding 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. Dit alles leidt er toe dat het medisch aansprakelijkheidsrecht moeizaam functioneert.

Er zijn in de afgelopen jaren belangrijke stappen tot verbetering genomen. Inmiddels is onbetwist dat zorgverleners open moeten communiceren over incidenten. Er is een gedragscode (de GOMA) voor de afwikkeling van medische schades, er is een wetsvoorstel (de Wkkgz) dat voorziet in een veelbelovende geschilleninstantie en er zijn op het terrein van het procesrecht verbeteringen geweest. Maar nadere maatregelen zijn nodig.

Om te voorkomen dat patiënten het aansprakelijkheidsrecht aanwenden uit oneigenlijke overwegingen, moet de kwaliteit van de opvang en bejegening na een medisch incident worden verbeterd. Tucht- of privaatrechtelijke handhaving van de (zich ontwikkelende) professionele standaard op dit punt kan daartoe bijdragen. Voorts verdient het volgende aanbeveling: (i) instellingen wikkelen hun schades tot een hoger bedrag zelf af dan nu gebruikelijk is; (ii) anders dan thans het geval is, vormen medisch deskundigen onderdeel van het oordelend college; (iii) de in de Wkkgz genoemde geschilleninstantie moet er inderdaad komen en moet voorzien in een laagdrempelige, snelle en financieel vrijwel risicoloze afdoening van medische claims en (iv) alternatieve geschilbeslechting moet breder worden toegepast. •