

“Life is about moving on” - hoe verzekeraars herstelgericht schaderegelen

De medische behandeling, die onbedoeld schade veroorzaakt

De impact van een fout – ook op de zorgverlener

Niemand verdwaalt op een rechte weg. En omdat de gezondheidszorg heden ten dage veeleer is te vergelijken met een druk verkeerspunt – met vele in- en uitgaande stromen van patiënten, medische gegevens en navenante klinische structuren – maakt dat illusoir is te denken dat alles in de gezondheidszorg altijd alleen maar goed gaat. Helaas is dat niet het geval. Daardoor lopen patiënten onbedoeld gezondheidsschade op. Niet alleen lijden patiënten als gevolg daarvan in de meer immateriële hoek schade door (extra) pijn en verlies van fysieke en sociale mogelijkheden, ook is vaak sprake van vermogensschade. Te denken valt aan verlies aan verdienvermogen en kosten van (extra) huishoudelijke hulp.

Hoewel het vanzelfsprekend primair de patiënt is, die hiervan de belastende gevolgen ondervindt, blijkt uit onderzoek dat een medische fout ook voor de zorgverlener diep kan ingrijpen.

In oktober 2011 heeft VvAA, een welbekende grote aansprakelijkheidsverzekeraar van (para-)medisch beroepsbeoefenaren in Nederland (deze aansprakelijkheidsverzekeraars worden hierna aangeduid als medisch assuradeurs), de uitkomsten van een onderzoek onder de eigen leden gepubliceerd.¹ Het aantal respondenten bedroeg 901, waarvan ongeveer 60% werkzaam was in de eerstelijnsgezondheidszorg (denk aan huisartsen, fysiotherapeuten en tandartsen). De overige 40% was medisch specialist. Van de eerstelijnszorgverleners geeft 50% aan in het verleden een fout te hebben gemaakt, van de tweedelijnszorgverleners geeft 75% aan wel eens een fout te hebben gemaakt.

Uitgesplitst naar beroepsgroep, is de uitkomst bij de huisartsen het meest in het oog springend: van hen zegt 92% dat hen dat is overkomen. Huisartsen stellen de meeste fouten te maken in de contactfase (39%) en in de diagnostische fase (34%). Bij medisch specialisten is dat beeld juist omgekeerd: zij ervaren dat in de behandelingsfase de meeste medische fouten ontstaan en noemen de diagnostische fase in tweede instantie. Deze variatie is uiteraard te verklaren door het feit dat huisartsen de patiënt plegen te zien zonder dat nog aanvullend laboratorium- of beeldvormend onderzoek is ingezet en er op dat moment differentiaal diagnostisch nog meerdere overwegingen aan de orde zijn terwijl de medisch specialist wel vaak over een diagnose kan beschikken.

Uit het onderzoek komt bovendien naar voren dat zorgverleners, in beide lijnen, zich gemaakte fouten zeer aantrekken. Van de eerstelijnszorgverleners ligt 29% daar wel eens wakker van, bij tweedelijnszorgverleners is dat zelfs 46%. Een kwart van de medisch specialisten (24%) geeft aan in grote tot zeer grote mate bang te zijn om een medische fout te maken, een nog groter deel van de ondervraagden meldt dat de angst voor het maken van fouten de kwaliteit van hun werk negatief beïnvloedt. Zorgverleners,

¹ VvAA trendonderzoek onder zorgaanbieders, ‘Medische fouten, zorgverleners alert op medische fouten’ (oktober 2011).

die een maatregel opgelegd hebben gekregen door het medisch tuchtcollege melden dat dat zowel op hun werk als in hun persoonlijke leven consequenties had. Ook internationaal onderzoek² toont dat medische fouten een aanzienlijke impact op zorgverleners hebben:

'Review findings suggest that there is consistent evidence for the widespread impact of medical error on health professionals. Psychological repercussions may include negative states such as shame, self-doubt, anxiety and guilt.'

Fout gedaan is (nog) niet fout gedaan

Deze korte introductie over de impact van een medische fout, nogmaals: vooral en bovenal op de patiënt maar daarnaast ook op de betrokken zorgverlener, doet vermoeden dat eenvoudig is vast te stellen dat sprake is geweest van een medische fout. In meer juridische terminologie: van een handelen of nalaten in strijd met de zorg, zoals een redelijk bekwaam en redelijk handelend zorgverlener deze heeft te betrachten (artikel 7:453 BW en HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26, *Speeckaert/Gradener*). Maar dat is minder eenvoudig dan het op het eerste gezicht mag lijken.

Het medisch handelen laat zich in veel gevallen moeilijker beoordelen dan, bijvoorbeeld, verkeersgedrag: verkeersnormen zijn doorgaans duidelijker omschreven dan de norm van het voldoen aan de professionele standaard of, zo men wil, de vraag of is gehandeld met de zorg van een redelijk bekwaam en redelijk handelend beroepsgenoot. Bovendien spelen de omstandigheden van het geval een cruciale rol: welke medische informatie was op welk moment over deze patiënt, met deze voorgeschiedenis, bekend en wat is (bijvoorbeeld) met hem³ besproken ter zake de aan de behandeling inherente risico's op het optreden van complicaties? Het is om deze redenen dat de beoordeling van de aansprakelijkheidsvraag in medische zaken zowel buiten als binnen rechte vrijwel altijd op geleide van een deskundigenbericht plaatsvindt.

Met het beslechten van het geschil over de aansprakelijkheidsvraag, doemt ook de vraag naar de causale schade op. De medische behandeling werd ingesteld omdat de patiënt had te kampen met een gezondheidsprobleem. Het is niet eenvoudig vast te stellen dat en in hoeverre is voldaan aan het vereiste *conditio sine qua non*-verband tussen behandeling en schade: dat de toestand van de patiënt na de behandeling is verslechterd wil nog niet in alle gevallen zeggen dat deze toestand als gevolg van de behandeling is verslechterd, of in deze mate.

In de tussentijd draagt de patiënt op de voet van artikel 150 Rv – bevestigd in onder meer HR 20 november 1987, *NJ* 1988, 500 (*Timmer/Deutman*) en HR 15 juni 2007, *NJ* 2007, 335 – de bewijslast van zijn stellingen. Niet alleen die ter zake de gemaakte beroepsfout, maar in beginsel ook die ter zake de schade en causaal verband. De omkeringsregel zal hem slechts in uitzonderingssituaties kunnen helpen. Voor zover

² 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', in: *Quality & Safety in Health Care 2010* (thans *BMJ Quality & Safety*).

³ Hier en hierna steeds: of haar.

sprake is van een handelen in strijd met de algemene norm van artikel 7:453 BW mist de omkeringsregel immers in beginsel toepassing.⁴ Eerst indien de algemene norm zich kan concretiseren, als gevolg waarvan voor de zorgverlener een norm ontstaat die wél beschermt tegen een specifiek gevaar, kan dat anders zijn.⁵

Op de voet van artikel 7:463 BW mag aansprakelijkheid voor handelingen in het kader van een geneeskundige behandelingsovereenkomst overigens niet worden uitgesloten of beperkt, ook niet, zoals gebruikelijk buiten de gezondheidszorg, tot de hoogte van het verzekerde bedrag.⁶ Buiten de geneeskundige behandelingsovereenkomst om is dit in beginsel wel toegestaan maar een exoneratiebeding kan strijdig zijn met de redelijkheid en billijkheid van artikel 6:248 lid 2 BW. Overigens is het afsluiten van een aansprakelijkheidsverzekering in de regel niet verplicht. Een uitzondering hierop is te vinden in artikel 7 van de Wet medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen.

Herstelgericht schaderegelen

De GOMA

De genoemde omstandigheden maken dat het medisch aansprakelijkheidsrecht op momenten difficiël kan functioneren. Met de 'Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid' (GOMA) uit 2010⁷ is de positie van de patiënt op belangrijke punten verbeterd.

Het verdient opmerking dat in de GOMA nadrukkelijk aandacht is besteed aan de fase, die volgt direct op het bekend geraken van een incident terwijl nog geen nadere (juridische) actie is ondernomen. Bijvoorbeeld is bepaald dat de zorgaanbieder⁸ zo snel mogelijk na ontdekken van een incident – maar uiterlijk binnen 24 uur – contact met de patiënt opneemt (aanbeveling 3). Voorts is bepaald dat de zorgaanbieder onderneemt wat nodig is om eventuele negatieve gevolgen van een incident voor de gezondheidssituatie van de patiënt weg te nemen of te beperken (aanbeveling 4).

Deze bepalingen werden niet zonder reden in de GOMA opgenomen. Sterker, het eerste onderdeel (deel A) met 9 concrete aanbevelingen beoogt dat adequaat wordt gereageerd op incidenten juist in deze eerste fase. Dit kan ertoe bijdragen dat misverstanden over

⁴ HR 19 maart 2004, *NJ* 2004, 307 en HR 9 april 2004, *NJ* 2004, 308.

⁵ Zoals dat aan de orde was in het arrest HR 7 december 2007, *NJ* 2007, 644, waarin werd geoordeeld dat een gynaecoloog vanwege meconiumhoudend vruchtwater een keizersnede had moeten verrichten.

⁶ HR 14 april 1950, *NJ* 1951, 17 (*Röntgenstralen*).

⁷ Met de Gedragscode Behandeling Letselschade (GBL) alleen kan in medische zaken onvoldoende uit de voeten gekomen worden. De GBL heeft het oog op de regeling en vaststelling van schadevergoeding, terwijl in medische zaken de aandacht meer uitgaat naar de aansprakelijkheid- en causaliteitsvragen.

⁸ Met 'zorgaanbieder' wordt bedoeld zowel op de verantwoordelijke zorginstelling als op de betrokken individuele beroepsbeoefenaren. Daaronder zijn begrepen individuele beroepsbeoefenaren, die niet aan een zorginstelling verbonden zijn maar hun beroep beoefenen vanuit een eigen en/of gezamenlijke praktijk. Zij kunnen onderling bepalen welke persoon aan een patiënt invulling geeft aan hetgeen deze Gedragscode omschrijft als een verantwoordelijkheid van de zorgaanbieder.

een onnodige klacht worden voorkomen en dat deëscalatie wordt gestimuleerd. Omdat ook voor het geval wel een klacht of aansprakelijkstelling wordt ingediend de behandeling daarvan is gebaat bij duidelijke informatie, zijn in deel B van de GOMA bepalingen opgenomen, die dat moeten bewerkstelligen. Bekende bepaling is de drie maanden termijn uit aanbeveling 15.⁹

Met het beschikbaar komen van een hippe GOMA-app¹⁰ worden zorgverleners via hun smartphone geholpen bij de communicatie rond een medisch incident.

De GOMA kan niet alle knelpunten in het medische aansprakelijkheidsrecht wegnemen. Inhoudelijk blijft de beoordeling van het handelen van de zorgverlener een ingewikkeld procédé. Een voorbeeld. De GOMA kent aanbevelingen over de reden tot het laten verrichten van een medische expertise en zelfs is daarin het nodige bepaald over wie de kosten daarvan draagt (in veel gevallen draagt de medisch assuradeur tenminste een aanzienlijk deel van deze kosten, ook als aansprakelijkheid gemotiveerd wordt betwist), maar de uitkomsten van een dergelijke expertise plaatsen partijen nog wel voor nieuwe dilemma's. Want hoe moet *juridisch* worden aangekeken tegen de beoordeling door de *medisch* deskundige?

Bijzondere moeilijkheid doet zich voor als blijkt dat de deskundige in woordkeuze dan wel strekking meer in de richting van een rechterlijk oordeel beweegt terwijl zijn functie niet meer inhoudt dan het voorlichten van partijen over de medische aspecten van de behandeling. Die voorlichting kan wel inhouden (beter: zal juist moeten inhouden) dat de deskundige zich uitlaat over de vraag of het medisch handelen heeft voldaan aan de destijds geldende professionele standaard – een deskundig oordeel is per definitie ook een normatief oordeel – maar verder kan zijn beoordeling niet gaan.

Complicerende factor is bovendien dat de jurist alle omstandigheden van het geval in aanmerking heeft te nemen, waaronder bijvoorbeeld ook te begrijpen is het verschil in wat van een zorgverlener in een academisch ziekenhuis mag worden verwacht in tegenstelling tot diezelfde zorgverlener in een kleiner, perifeer ziekenhuis. In de academie worden bijvoorbeeld veelvuldig behandelingen gegeven binnen het kader van een clinical trial, met toediening van experimentele medicatie. Dit legt een bijzondere waarschuwingsplicht op de zorgverlener, die verder pleegt te gaan dan de waarschuwing ingeval van een getoetste behandeling.

Klachtmogelijkheden – het civiele traject

De zorgverlener pleegt in veel gevallen direct met de medische fout te worden geconfronteerd. Hij doet de eerste opvang indien het resultaat van de behandeling, in welke zin dan ook, tegenvalt.

⁹ Aanbeveling 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.

¹⁰ De GOMA-app is een initiatief van Centramed.

Uit de aard van de relatie tussen patiënt en zorgverlener (de geneeskundige behandelingsovereenkomst) vloeien een aantal verplichtingen voort. In grote lijnen zijn deze, zoals hiervoor aan de orde kwam, in de GOMA neergelegd. Deze verantwoordelijkheid houdt niet op bij het informeren van de patiënt over wat is gebeurd en hoe de gevolgen van het incident kunnen worden weggenomen, maar voert verder. Besluit de patiënt vervolgstappen te ondernemen, dan blijft de zorgverlener verantwoordelijk voor een zorgvuldige en voortvarende afwikkeling. De zorgverlener of het ziekenhuis heeft, voor zover dat in zijn vermogen ligt, de verantwoordelijkheid erop toe te zien dat een aansprakelijkstelling binnen een redelijke termijn en met inachtneming van de belangen van alle betrokken partijen, juist ook die van de patiënt, wordt afgehandeld. De zorgverlener of het ziekenhuis moet daarbij alles doen wat redelijkerwijs kan worden verwacht om daaraan bij te dragen, waaronder begrepen het passend en met voortvarendheid reageren op verzoeken om reactie van de zijde van de medisch assuradeur.

De medisch assuradeur komt pas in beeld indien de patiënt ervoor kiest het niet te laten zitten bij een meer rond de zorgverlener of het ziekenhuis geconcentreerde klachtbehandeling (overleg met of via de klachtenfunctionaris dan wel een klachtenprocedure bij de klachtencommissie).¹¹ Vaak gaat dat gepaard met een tijdsverloop. Een belangrijke, onaangename consequentie van dit tijdsverloop is dat er een zekere afstand is ontstaan tot de patiënt en diens medische probleem. Bijgevolg is dat er minder mogelijkheden resteren om de situatie van de patiënt vanuit de eigen praktijk of ziekenhuis te ondersteunen. Daarover later in dit artikel meer. Nu eerst komt aan de orde wat de rol van de medisch assuradeur is en hoe zich bij deze assuradeurs de tendens ontwikkelt om schades steeds meer op een minder formalistische wijze en duidelijker gericht op de patiënt te benaderen. Met als doel het schaderegelen steeds meer op herstel gericht te laten zijn.

De rol van de medisch assuradeur

Na aansprakelijkstelling verschuift de rol van verantwoordelijke voor het verdere proces van onderzoek naar het handelen en afdoen van de schade meer van zorgverlener of ziekenhuis naar de medisch assuradeur. En in die rol is met name de laatste jaren een belangrijke verandering opgetreden. Assuradeuren tonen in toenemende mate initiatieven om anders om te gaan met schaderegelen en daarbij ook meer oog te hebben voor de mogelijkheden de patiënt – met zijn opgelopen beperkingen – terug te brengen in de situatie zonder medische fout. Of, zo dat niet (meer) mogelijk is, te trachten te komen tot een goede, nieuwe situatie. De focus verschuift van rekenen naar modelleren. Van schadestaat naar initiatieven om de patiënt werkelijk verder te helpen met het inrichten van het leven in de nieuwe situatie.

¹¹ De Vereniging van klachtenfunctionarissen in Instellingen voor Gezondheidszorg VKIG heeft in de zomer van 2014 een stroomschema met betrekking tot de klachtmogelijkheden opgesteld en op de website gepubliceerd. Aanleiding hiervoor vormde het feit dat bleek dat de door de patiënt gekozen klachtweg vaak onvoldoende genoegdoening gaf (NPCF 2013, NIVEL 2013 en 2009). Informatie over de verschillende klachtmogelijkheden, aangevuld met een stroomschema, kan bijdragen aan de keuze van het meest gewenste klachttraject.

Traditioneel gaat het bij de afdoening van medische aansprakelijkheidszaken om financiële compensatie terwijl de patiënt na een medisch incident vaak juist ook andere behoeften heeft. De mate waarin de verzekeraar daar oog voor heeft en daarin probeert bij te dragen, is van grote waarde voor de afdoening van de kwestie.

De eerste slag is te maken met de eerder besproken communicatie na het incident: uit internationaal onderzoek¹² blijkt dat patiënten, die door de zorgverlener adequaat worden geïnformeerd, in mindere mate emotionele gevolgen van het incident ondervinden. Van cruciaal belang is dan wel dat de zorgverlener zich maximaal inspant om de impact van het incident op patiënt en familie zo volledig mogelijk in beeld te krijgen en dat als vertrekpunt neemt bij zijn reactie.

In lijn met deze onderzoeksbevindingen zetten medisch assuradeuren steeds vaker in op een gesprek. Al langere tijd zijn verzekeraars gewoon een huisbezoek af te leggen, zelfs ook als aansprakelijkheid nog niet is komen vast te staan, maar op dit punt zijn nieuwe ontwikkelingen gaande.

Bijvoorbeeld is inmiddels bij de grote medisch assuradeuren staande praktijk dat er na aansprakelijkstelling (in beginsel altijd) een driegesprek plaatsheeft. De partijen aan tafel zijn de patiënt en zijn eventuele belangenbehartiger, de schaderegelaar van de maatschappij en, indien gewenst, de zorgverlener. Het betreft een oriënterend huisbezoek waarbij het relaas en de ervaringen van de patiënt centraal staan. Op basis van dit gesprek kan een commerciële inschatting van onder meer de voorzieningspost worden gemaakt, maar dat is niet het primaire doel. De assuradeuren geven als belangrijkste redenen voor dit gesprek enerzijds om te vernemen wat de patiënt ertoe heeft bewogen om tot aansprakelijkstelling over te gaan (wat is de klacht achter de klacht) en anderzijds om in kaart te brengen of er op dat moment en ter lediging van de eerste noden reeds behoefte bestaat aan bepaalde voorzieningen.

Met andere woorden, er wordt in een vroeg stadium in kaart gebracht wat de gevolgen van het incident voor de patiënt en zijn gezins- en sociale systeem zijn, er wordt gezien welke emoties op dat moment op de kwestie van invloed zijn en welke noden er spelen. In sommige gevallen heeft de schaderegelaar zelfs voldoende mandaat¹³ om eerste afspraken in het kader van de schaderegeling te maken.

De ervaringen hiermee zijn positief. Patiënten is gevraagd naar een beoordeling hiervan. Onder meer deze ervaringen werden opgetekend¹⁴:

¹² Zie onder meer de onderzoeken, uitgevoerd door de University of Massachusetts Medical School: K.M. Mazor et al. 'Understanding patients' perceptions of medical errors', *Journal of Communication in Healthcare* 2.1 (2009) en 'Disclosure of medical errors: what factors influence how patients respond', *Journal of general internal medicine: official journal of the Society for Research and Education in Primary Care Internal Medicine* 21.7 (2006).

¹³ Het hebben van een voldoende mandaat is wel reeds een vereiste in het kader van de PIV-Procesgang zwaar letsel maar deze is nog niet opgenomen in de Procesgang licht letsel.

¹⁴ VvAA/MediRisk hebben mij voorzien van de uitkomsten van de beoordeling van een pilot met dit driegesprek.

'(...) Ik ben zeer tevreden over hoe u alles heeft verwoord, het was een fijn gesprek, het gaf mij veel vertrouwen over een goede afloop van deze moeilijke periode (...)', en:

'(...) Spreek waardering uit voor de persoonlijke touch en cliëntgerichte organisatie van afhandeling aansprakelijkstelling. Daarbij spreekt op preventie gerichte benadering erg aan.(...)'

De grote medisch assuradeuren hebben voorts in het kader van de goede communicatie nieuw beleid ontwikkeld dat inhoudt dat de patiënt bij ontvangst van een brief van enige importantie – bijvoorbeeld die ter zake het standpunt omtrent aansprakelijkheid – wordt nagebeld. De schadebehandelaar vraagt of de inhoud van de brief wordt begrepen en gaat na of er kwesties zijn, die nog nadere aandacht behoeven. Daarnaast worden communicatietrainingen voor zorgverleners gefaciliteerd.

De informatievoorziening vanuit de medisch assuradeuren is beter en completer. Op de websites is na te lezen wat de patiënt kan verwachten indien aansprakelijk gesteld is of wordt. Het is gebruikelijk dat de patiënt ook een brochure toegezonden krijgt waarin dat nog eens staat uitgewerkt. Bovendien wordt gewerkt met online dossiers, waarin de patiënt na inloggen op zijn persoonlijke pagina kan zien wat de stand van de behandeling van de zaak is.

De assuradeuren ondernemen het nodige om de doorlooptijd van de zaken kort te houden zodat de patiënt zijn schade voortvarend afgewikkeld ziet en zijn leven weer kan oppakken.¹⁵ Bijvoorbeeld door maximum reactietermijnen te stellen alsook het streven om de schadebehandelaars een werkbaar aantal zaken in behandeling te geven. Voorts wordt gestreefd naar zoveel mogelijk persoonlijk contact, in plaats van een papieren behandeling. In het kader van de voortvarende afwikkeling is relevant op te merken dat medisch assuradeuren aangeven dat de snelheid van bijvoorbeeld de eerste standpuntbepaling is gebaat bij een deugdelijk onderbouwde aansprakelijkstelling, liefst gebaseerd op bijgevoegde stukken uit het medisch dossier. De medisch adviseur kan op basis daarvan de werkzaamheden aanvangen en er wordt onnodige vertraging door het eerst moeten opvragen van de medische stukken alsmede discussie over de precieze gronden van de aansprakelijkstelling voorkomen.

Om de voortgang te bewaken wordt in uiterste gevallen Bedrijfsregeling 15 toegepast en de belangenbehartiger gepasseerd.

Herstel gaat voor vergoeding

Algemeen uitgangspunt van het schadevergoedingsrecht is dat herstel gaat voor vergoeding. En als herstel niet (langer) mogelijk is, geldt dat hoe dichter het surrogaatherstel ligt bij het feitelijk herstel, hoe eerder de kosten hiervoor vergoed dienen te worden. Andersom: hoe verder een te nemen maatregel af staat van feitelijk

¹⁵ De lange duur van de afwikkeling werkt herstelbelemmerend, zie W.C.T. Weterings, 'Vergoeding van letselschade en transactiekosten', 1999.

herstel, hoe eerder de kosten van deze maatregel voor rekening van de patiënt zullen moeten blijven.

De initiatieven, die medisch assuradeuren ontplooiën om herstelgericht te schaderegelen, lopen langs twee lijnen.

Ten eerste wordt er vaker gekozen voor een vorm van alternatieve geschilbeslechting.¹⁶ Hoewel mediation vooral toepassing vindt op de overige gebieden van het personenschaderecht (met name in de WAM-zaken), vinden ook de partijen in medische zaken steeds vaker hun weg naar de mediator. In de meeste gevallen is dat als de grondslag van aansprakelijkheid is komen vast te staan en partijen in geschil zijn over schade en causaal verband maar er zijn ook voorbeelden van mediations waarbij partijen nog niet zover waren. Doel van de mediation is dan niet zozeer om op dat punt het geschil te beslechten, maar veeleer om te bezien in hoeverre een regeling zonder meer mogelijk is. Beide partijen worden geacht de kansen en risico's van het eigen standpunt ter zake de aansprakelijkheid te kunnen beoordelen zodat onder omstandigheden mogelijk moet kunnen zijn om over die hete brei heen te stappen en pragmatisch te regelen.

De tweede lijn wordt gevormd door het bieden van ondersteuning door bepaalde voorzieningen in te (laten¹⁷) zetten, met name gericht op het herpakken van (de regie over) het eigen leven. Te denken valt aan patiënten met een niet aangeboren hersenletsel (zoals dat ook in medische aansprakelijkheidszaken kan optreden) die op bijzondere indicatie een casemanager, een gedragstraining of bijvoorbeeld studiebegeleiding kan worden aangeboden. In het artikel van Mirjam Franke staat nader aangeduid welke andere concrete middelen (medisch) assuradeuren plegen in te zetten om in een meer natura vorm ondersteuning te bieden.

Zelfregelende ziekenhuizen

Medisch assuradeuren spreken overigens in toenemende mate met hun verzekerde ziekenhuizen af dat de kleinere schades door de instelling zelf worden behandeld. Concreet komt dat hierop neer dat er claimbehandelaars in de ziekenhuizen aangewezen worden, die – gelijk de assuradeuren – een standpunt innemen omtrent aansprakelijkheid en overgaan tot regeling van de schade. Dit wil overigens niet per definitie zeggen dat de schade (volledig) wordt gedragen door het ziekenhuis: welk bedrag voor eigen rekening komt, is afhankelijk van de polisvoorwaarden en eventuele nadere afspraken op dit punt.

De assuradeur stelt kwaliteitseisen aan de claimbehandelaars in de ziekenhuizen en het is gebruikelijk dat er tussen assuradeur en claimbehandelaar overleg over de lopende

¹⁶ Niettemin blijkt uit internationaal onderzoek dat benadeelden in een rechterlijke procedure even goed herstellen als benadeelden in een buitengerechtelijke afwikkeling. N. Elbers en A.J. Akkermans bespreken dit onderzoek in 'Epidemiologische inzichten in het effect van letselschadeafwikkeling op herstel en de zoektocht naar mogelijkheden voor verbetering', *TvP* 2013, nr. 2, p. 34.

¹⁷ Bij de grote medische assuradeuren gebeurt dat door het inschakelen van expertisebureaus.

kwesties plaatsvindt. Mocht blijken dat de schade toch uitstijgt boven het bedrag ten aanzien waarvan ziekenhuizen zelf mogen regelen, dan kan de zaak eenvoudig worden (terug-)overgedragen aan de assuradeur.

Op dit moment zijn de zelfregelende ziekenhuizen nog niet gebonden aan de bepalingen van de GOMA. Het is de bedoeling dat dit met de aanstaande herziening daarvan, de 'GOMA 2.0', anders wordt.

Aan de methodologie van het zelf regelen kleven een aantal bezwaren. Dat zijn praktische bezwaren als die welke bijvoorbeeld gepaard gaan met de kleinere aantallen (kleiner dan die door de verzekeraars worden afgedaan) en het feit dat er in beginsel geen gebruik wordt gemaakt van een medisch adviseur maar ook, veel fundamentele, de vraag hoe de patiënt omgaat met het feit dat na het onderzoek van de omstandigheden van het incident het ziekenhuis besluit tot afwijzing van aansprakelijkheid. Het kan doen denken aan het fenomeen van de slager en zijn eigen vlees.

Het zou interessant zijn eens in kaart te brengen of de psychologische effecten van een afwijzing door het eigen ziekenhuis anders – ingrijpender – zijn dan dat de patiënt het gevoel kan bekomen dat de assuradeur de kwestie met meer distantie heeft beoordeeld. De gedachte dringt zich op dat de patiënt zich wellicht minder snel zal neerleggen bij een afwijzing door het ziekenhuis maar het is de vraag of deze gedachte juist is.

De ontwikkeling van zelfregelende ziekenhuizen biedt aan de andere kant het voordeel dat de discussie met de direct betrokkenen wordt gevoerd en niet op afstand, met een onbekende schadebehandelaar van een onbekende assuradeur die mogelijk niet altijd even goed op de hoogte is van de lokale afspraken en gebruiken. Het overleg is doorgaans wat minder van juridische toonzetting. Bovendien kan het ziekenhuis, meer dan een assuradeur, met oplossingen in natura komen. Te denken valt aan een verdere begeleiding en ondersteuning van de opgelopen klachten en beperkingen in het eigen ziekenhuis. Het ziekenhuis is per slot bij uitstek bekend met de situatie, zoals die door het incident is ontstaan. Dat biedt de mogelijkheid om los van de financiële compensatie ook via andere wegen een meer passende oplossing voor de patiënt te bieden.

Wat betreft de ruimere mogelijkheden van ziekenhuizen om zelf te bezien in hoeverre de eigen instelling nog een rol kan vervullen in de verdere revalidatie of begeleiding van de patiënt, dient uiteraard wel de kanttekening te worden geplaatst dat dit eerst een reële optie is indien door het incident het vertrouwen van de patiënt in het ziekenhuis nog zodanig is, dat dit een basis kan bieden voor het voortgezette contact.

Afrondend

Medisch assuradeuren zijn zich bewust van de mogelijkheden om het schaderegelingsproces zodanig te (her-)modelleren dat de patiënt – met zijn beperkingen maar ook met zijn resterende mogelijkheden en wensen – (nog) meer centraal komt te staan en de schaderegeling daarop aan te laten sluiten. Dit draagt bij aan zijn herstel, met alle bijkomende voordelen voor patiënt (en, meer subsidiair, de assuradeur) van dien. Om die reden bestaat de laatste tijd uitdrukkelijk aandacht voor de persoonlijke

positie van de patiënt en voor de wijze waarop zijn aansprakelijkstelling wordt behandeld.

De gerichtheid op herstel uit zich onder meer in een adequate communicatie alsmede transparantie en snelheid van handelen. Er kan worden gezocht naar alternatieve vormen van geschilbeslechting en meer in de natura sfeer gelegen oplossingen als het inzetten van een casemanager.

De plicht de schade te beperken

Ter introductie: wettelijk kader

Hoezeer de patiënt ook is getroffen door de gevolgen van een medische fout, van hem wordt verlangd – gelijk dat van iedere benadeelde wordt gevegd – dat hij binnen redelijke grenzen maatregelen neemt ter voorkoming of beperking van (verdere) schade. Deze gehoudenheid wordt binnen ons huidige rechtssysteem beschouwd als een species van het genus 'eigen schuld', waarop de bepaling van artikel 6:101 BW van toepassing is¹⁸:

'Wanneer de schade mede een gevolg is van een omstandigheid die aan de benadeelde kan worden toegerekend, wordt de vergoedingsplicht verminderd door de schade over de benadeelde en de vergoedingsplichtige te verdelen in evenredigheid met de mate waarin de aan ieder toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen, met dien verstande dat een andere verdeling plaatsvindt of de vergoedingsplicht geheel vervalt of in stand blijft, indien de billijkheid dit wegens de uiteenlopende ernst van de gemaakte fouten of andere omstandigheden van het geval eist.'

Het toerekenbaar nalaten door de patiënt om de schade te beperken is zo op één lijn gesteld met de eigen schuld aan het ontstaan van de schade. Beide kunnen aanleiding zijn voor een vermindering van de in beginsel volledige schadevergoedingsplicht van de zorgverlener aan de patiënt, ongeacht op welke grondslag zijn aansprakelijkheid rust. Dit geldt wel uitsluitend voor vorderingen tot vergoeding van schade, niet bijvoorbeeld bij een vordering tot nakoming.

In medische kwesties kunnen ethische overwegingen een belangrijke rol spelen bij de vraag of de schade moet worden beperkt. Precair wordt het met name als het gaat om herstelingsrepen en de vraag of nieuwe levenspatronen kunnen worden opgedrongen.

Aan de andere kant: vanuit praktisch oogpunt is het vaak juist de patiënt die invloed kan uitoefenen op de omvang van de schade. Het is om die reden goed aandacht te besteden aan de medeverantwoordelijkheid, die in rechte van de patiënt gevraagd mag worden. Dat geldt te meer nu patiënten in de afgelopen decennia steeds ruimere mogelijkheden hebben gekregen de schade te verhalen, bijvoorbeeld via de band van de

¹⁸ Toelichting Meijers, *Parlementaire Geschiedenis Boek 6*, p. 350 e.v.

productaansprakelijkheid (risicoaansprakelijkheid voor, bijvoorbeeld, medische hulpmiddelen en geneesmiddelen¹⁹).

Bij de schadebeperkingsplicht draait het om de invloed, die de patiënt heeft op de *omvang* van de schade, aan het *ontstaan* waarvan hij geen (eigen) schuld heeft. En hoewel de wettelijke bepaling vier cumulatieve elementen bevat²⁰, is gebruikelijk de bepaling in een tweetrapsmodule te lezen: de toerekeningsafweging, gevolgd door een eventuele billijkheidscorrectie.

Volgens de huidige (rechts-)opvattingen kan van een op de patiënt rustende *rechtsplicht* tot beperking van de schade uitdrukkelijk geen sprake zijn.²¹ Beperkt de patiënt de schade niet, dan levert dat bijvoorbeeld geen wanprestatie op, met navenante (weder-)verplichtingen. Het is geen afdwingbare verplichting maar een manier om weer te geven dat de schade, die de patiënt ten onrechte niet beperkt geheel of gedeeltelijk voor eigen rekening blijft. Ware dit anders, dan levert dat niet alleen in juridische zin de genoemde complexiteiten op, maar zou de eigen handelingsvrijheid te zeer in het gedrang komen.

Toepassing van artikel 6:101 BW komt slechts aan de orde indien de schade in causaal verband staat zowel met het medisch handelen op grond waarvan aansprakelijkheid is komen vast te staan als met een omstandigheid die aan de patiënt kan worden toegerekend. Als sprake is van doorbreking van het causaal verband door een fout van de patiënt is de schade niet *mede* maar *uitsluitend* een gevolg van een omstandigheid die aan de patiënt moet worden toegerekend. Zijn vordering tot schadevergoeding moet dan worden afgewezen.

Stelplicht en bewijslast rusten volgens artikel 150 Rv op de zorgverlener, die de schadebeperkingsplicht van de patiënt in stelling brengt. Het is aan de schadeveroorzaker om te stellen, en in geval van genoegzame betwisting te bewijzen, dat de patiënt heeft nagelaten om ter beperking van de schade te doen wat onder de omstandigheden redelijkerwijs van hem kon worden gevraagd.²²

Dogmatisch is de figuur van de schadebeperkingsplicht een bijzondere.²³ Aan de zijde van de schadeveroorzaker – in dit geval de zorgverlener – is een omvattend kader voor de beoordeling van de verplichting tot schadevergoeding uitgekristalliseerd. Partijen weten hoe wordt aangekeken tegen de beoordeling van de juridische causaliteit, vragen van toerekening en bewijslastverdeling.²⁴ Anders is dat aan de zijde van de patiënt: er zijn amper beginselen geformuleerd voor toerekening aan de patiënt en de concrete

¹⁹ Bijvoorbeeld Rechtbank Utrecht 5 december 2012, ECLI:NL:RBUTR:2012:BY7842.

²⁰ De vier elementen nog even herhaald: de schade is mede het gevolg van het achterwege laten van maatregelen door de patiënt, dit nalaten is aan hem toe te rekenen gevolgd door vaststelling van de mate waarin dit tot de schade heeft bijgedragen en welke schadedeling de billijkheid in het concrete geval eist.

²¹ Rechtbank Rotterdam 8 september 2010, VR 2011, 64.

²² HR 5 oktober 2001, NJ 2001, 632.

²³ Keirse wijst daarop in 'Schadebeperkingsplicht; Over eigen schuld aan de omvang van de schade' (diss.), 2003.

²⁴ Zie de paragraaf hierboven 'Fout gegaan is (nog) niet fout gedaan'.

invulling van de verplichtingen is casuïstisch. Bovendien is de rechtsgrond van de schadebeperkingsplicht onduidelijk (is het een op de billijkheid gebaseerde regel, betreft het medeschuld of draait het om de verminderde mogelijkheden de schade op de ander af te wentelen omdat men zelf deel heeft aan de omvang daarvan?²⁵).

De redelijkheid is bepalend

Zoveel is wel duidelijk, dat de grenzen van de verplichting de schade te beperken door de redelijkheid worden bepaald.²⁶ In algemene zin valt dus niet te zeggen wat van de patiënt na een medische fout mag worden verwacht. De inkleuring van zijn verplichting is sterk afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval. Daarbij kan niet alleen worden gedacht aan de omstandigheden waarin de patiënt verzeild is geraakt maar ook aan de omstandigheden waaronder de fout heeft kunnen optreden. En, niet onbelangrijk, of tussen partijen sprake is van een overeenkomst. Dat laatste is veelal het geval indien het gaat om de zorgverlener-patiënt relatie. De inhoud en strekking van de geneeskundige behandelingsovereenkomst is, hoe zeer de overeenkomst in de meeste gevallen ook niet uitdrukkelijk als zodanig wordt benoemd en besproken, mede bepalend voor de vraag welke verweren de zorgverlener in dit kader aan de patiënt kan tegenwerpen. Te denken valt aan de informed consent verplichting. Schending daarvan kan er in het algemeen niet eenvoudig toe leiden dat de patiënt wordt aangerekend dat hij zelf onvoldoende onderzoek naar de aan de ingreep inherente risico's heeft gedaan.

Toetssteen is de houding, die een redelijk handelend persoon in dezelfde omstandigheden in zijn eigen belang zou hebben genomen. Let wel, tot die omstandigheden behoort ook (beter: zelfs) de verwachting van een schadeloosstelling ten laste van de schadeveroorzaker.

In de huidige opvattingen dient terughoudendheid te worden betracht bij beantwoording van de vraag wat van de patiënt mag worden gevraagd. De verantwoordelijkheid van de schadeveroorzaker staat in het aansprakelijkheidsrecht traditioneel gezien centraal. De patiënt heeft welbeschouwd geen debet aan het feit dat hij in zijn nieuwe positie is geraakt en om die reden is het niet redelijk de last van het schade beperken in grote mate bij hem te leggen. Bovendien geldt dat als ook de schadeveroorzaker de schade kan beperken, de benadeelde een stap terug kan doen.

Weest u daarbij bedacht op de omstandigheid dat de vergoeding van immateriële schade op een andere wijze wordt aangevlogen dan de vergoeding van materiële schade en dat dat op navenante wijze ook bij de beperking van deze schadeposten aan de orde is.²⁷ De grenzen van de beperking van immateriële schade worden gelegd bij het maximum uit te keren bedrag aan smartengeld.

Herstelbehandeling

²⁵ A.L.M. Keirse, 'Schadebeperkingsplicht; Over eigen schuld aan de omvang van de schade' (diss.), 2003, p. 63 e.v.

²⁶ HR 5 oktober 1979, *NJ* 1980, 43 (*Tauber/Verhey*).

²⁷ Hof Den Bosch 1 april 1998, *NJ* 1999, 260 en Hof Arnhem 30 november 2004, *VR* 2005, 73.

De schadebeperkingsplicht zou kunnen meebrengen dat de patiënt zich moet onderwerpen aan een operatie of een andere medische behandeling.

Gelet op de al eerder aan de orde gestelde overwegingen kan wel worden aangevoeld dat van de patiënt, die na een medische fout de schade kan beperken door het ondergaan van aanvullende behandelingen of operaties, niet te veel kan worden gevraagd. In beginsel heeft de patiënt vanzelfsprekend de gebruikelijke adviezen op te volgen maar zeker als het gaat om een invasieve therapie (waaronder een operatie) zal al snel worden aangenomen dat de grens daar bereikt is.

Ook hier spelen de omstandigheden van het geval een beslissende rol. Hoe invasief is de ingreep, gaat de ingreep gepaard met een (langere) periode van fysieke beperkingen, welke risico's zijn aan de ingreep verbonden en wat is de slagingskans. Voorts moet rekening worden gehouden met de achtergronden en overtuigingen van de patiënt alsmede, bijvoorbeeld, met zijn eventuele angsten voor de behandeling, een denkbaar verloren vertrouwen in de medische stand en met de vraag in hoeverre hij bij het herstel logistiek en emotioneel kan worden ondersteund.

De vraag of van een patiënt – of iedere andere benadeelde met letselschade – mag worden verwacht dat hij aanvullende behandelingen of operaties ondergaat, is herhaaldelijk in de jurisprudentie aan de orde gekomen. Hierin is vooral een bovengrens van wat verwacht mag worden te ontwaren, veeleer dan een ondergrens. Communis opinio is dat veel ruimte wordt gelaten voor individuele keuzes. De toetsing van de keuze af te zien van een behandeling is marginaal.

In aanmerking genomen dat iedere operatieve ingreep een inbreuk op de lichamelijke integriteit van de benadeelde met zich brengt en aan iedere operatie in meer of mindere mate een risico is verbonden, moet aan de patiënt een aanmerkelijke ruimte worden gelaten eigen afwegingen te maken, zonder het recht op schadevergoeding te verspelen. Dit geldt temeer als onzeker is of de ingreep voldoende soelaas zal bieden.²⁸

In HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145 m.nt. CJHB (*Wrongful birth*) is uitgemaakt dat van een patiënte na een mislukte sterilisatie niet kan worden gevergd dat zij ter voorkoming van schade een abortus ondergaat. Rov. 3.5: *'Het Hof heeft tot uitgangspunt genomen dat de zwangerschap van de vrouw en de geboorte van het kind zijn veroorzaakt door tekortschieten van de arts in de nakoming van een op hem rustende verbintenis. Het Hof heeft – op dit punt in cassatie terecht niet bestreden – vervolgens geoordeeld dat niet van de vrouw kon worden gevergd dat zij ter voorkoming van de door haar gestelde schade gebruik zou maken van de mogelijkheid de door haar niet gewenste zwangerschap te doen afbreken of het kind na de geboorte aan een derde af te staan.'*

Ook in de lagere jurisprudentie zijn voorbeelden te vinden van het afzien van (herstel-)ingrepen, zonder dat dit de benadeelde werd aangerekend. De plaatsing van een schaalprothese ter opheffing van de ontsiering van een mishandeld oog vanwege vrees voor mogelijke complicaties en pijn leidde niet tot matiging van de

²⁸ Hof Arnhem 23 mei 2006, GJ 2006, 137 m.nt. J. Rijken en Hof Arnhem 19 december 2006, JA 2007, 72.

schadevergoedingsverplichting.²⁹ Ook in andere gevallen werd het afzien van een ingreep niet aan de benadeelde toegerekend. Bijvoorbeeld ging het om een zoveelste operatie waaraan algemene en meer bijzondere risico's verbonden waren³⁰, de angst voor een operatie³¹ of de hoge leeftijd als factor van belang³². Evenmin kan van een benadeelde worden gevergd dat hij tegen zijn uitdrukkelijke zin (andere) medicijnen moet gebruiken.³³

Maar het gaat niet altijd zo dat de benadeelde geen financiële gevolgen draagt van zijn weigering om een (herstel-)behandeling te ondergaan, of van zijn tussentijds terugtrekking.³⁴ In de meer recente jurisprudentie tekent zich een dergelijk beeld met name af als het gaat om niet-invasieve (para)medische behandelingen. Bijvoorbeeld werd een benadeelde (slachtoffer van een verkeersongeval), nu gesteld noch gebleken was dat hij behept was met een afwijkende persoonlijkheidsstructuur, aangerekend dat hij had geweigerd een psychotherapeutische behandeling te ondergaan.³⁵ Het niet ondergaan van een dergelijke behandeling, terwijl vaststaat dat de schade met het volgen van de behandeling zou kunnen worden beperkt, levert doorgaans schending van de schadebeperkingsplicht op.

In Hof Den Bosch 19 juni 2012, *JA* 2012, 143 werd overwogen dat van een moeder, die kampte met een PTSS na het overlijden van haar kind tijdens de bevalling, mocht worden verwacht dat zij zich onder psychiatrische behandeling stelde.

De patiënt, die aan een psychiatrische behandeling zal willen ontkomen althans aanspraak maakt op volledige schadevergoeding, zal bijzondere omstandigheden moeten stellen op grond waarvan dit toch niet van hem verwacht mag worden.

Ook in gevallen van psychische behandeling is het evenwel niet altijd zo dat de patiënt de therapie moet ondergaan op straffe van een gedeeltelijk verlies van aanspraak op schadevergoeding, getuige de uitspraken Rechtbank Utrecht 21 april 2010, *RAV* 2010, 79 en Rechtbank Rotterdam 8 september 2010, *VR* 2011, 64. In eerstgenoemde uitspraak oordeelde de rechtbank dat de WAM-verzekeraar het standpunt, dat de benadeelde (een predikant) zich onvoldoende had ingezet voor zijn herstel, onvoldoende had onderbouwd nu hij gedurende een periode van jaren (wel) fysieke training had verricht, zich onder behandeling van een neuropsycholoog had gesteld, vanaf een bepaald moment 16 uur per week was gaan werken en niet gebleken was dat hij met psychische begeleiding meer had kunnen werken. In de zaak die speelde bij de Rechtbank Rotterdam werd de benadeelde gevolgd in de begrijpelijkheid van de keuze af te zien van psychologische behandeling omdat de benadeelde daar weinig van verwachtte en bovendien onvoldoende aannemelijk was dat de schade (substantieel) had kunnen worden beperkt.

²⁹ Hof Arnhem 9 maart 1982, *NJ* 1983, 109.

³⁰ Rechtbank Groningen 20 februari 1976, *VR* 1980, 4 en Rechtbank Arnhem 22 juni 1978, *VR* 1978, 117.

³¹ Rechtbank Amsterdam 25 mei 1965, *VR* 1968, 101.

³² Rechtbank Amsterdam 24 oktober 1984, *VR* 1986, 60.

³³ Rechtbank Utrecht 23 februari 2011, *JA* 2011, 100.

³⁴ Zie voor een voorbeeld van een onttrekken aan een verdere behandeling, waarvoor 45% eigen schuld werd aangenomen: Rechtbank Haarlem 2 februari 2011, *JA* 2011, 47.

³⁵ Hof Leeuwarden 21 november 2001, *ECLI:NL:GHLEE:2001:AD7178*.

Indien onvoldoende wordt ondernomen vanwege de psychische gesteldheid van de patiënt, is de vraag in hoeverre de tortfeasor de patiënt nog moet nemen zoals hij is. Is het niet geoorloofd het standpunt te betrekken dat de (extra) schade als gevolg van een bijzondere predispositie bij de patiënt moet rusten?

De Hoge Raad meent van niet en acht de schadeveroorzaker in beginsel aansprakelijk voor alle schade, die uit het door hem toegebrachte letsel voortvloeit, zie HR 4 november 1988, NJ 1989, 751 (*ABP/Van Stuyvenberg*). Maar dit uitgangspunt is zeker niet absoluut: indien komt vast te staan dat de patiënt, met zijn bijzondere predisposities, nalaat alles in het werk te stellen wat redelijkerwijs kan worden gevegd om aan zijn herstelproces bij te dragen dan zal hem wel degelijk eigen schuld te verwijten zijn. Hij kan zich niet ten koste van alles verschuilen achter zijn gecompliceerde persoonlijkheidsstructuur. Hij verspeelt zijn aanspraak op een volledige schadevergoeding en blijft met een deel van de gevolgen zitten. Vergelijk bijvoorbeeld Rechtbank Zutphen 18 juli 2002, ECLI:NL:RBZUT:2002:AE5637. Het ging in deze zaak om een echtpaar dat als gevolg van een verkeersongeval een whiplash had opgelopen en daarvoor intensief fysiotherapeutisch werd behandeld. De ziektekostenverzekeraar stelde een regresvordering tegen de WAM-verzekeraar in. Probleem was dat bij het echtpaar als gevolg van het ongeval een extreme pathologische interactie was ontstaan, ten aanzien waarvan de rechtbank oordeelde dat deze het causaal verband tussen klachten en ongeval niet deed doorbreken. In deze regresactie vormden de bizarre manier waarop de vrouw haar onvermogen tot behandeling demonstreerde en de aggravatatie van de man reden om de helft van de fysiotherapiekosten voor rekening van de echtelieden, en dus ten laste van de zorgverzekeraar, te laten.

In de meeste gevallen zal het echter zo zijn dat een psychisch gedecompenseerde patiënt uit de spreekwoordelijke wind wordt gehouden wat betreft zijn schade in de eerste periode na het medische incident. Het accepteren en ondergaan van een reguliere, algemeen geaccepteerde psychiatrische behandeling ter verdere beperking van de schade is dan veeleer iets wat van hem mag worden verwacht. Net als van een benadeelde zonder deze psychische predispositie mag worden verwacht dat hij bijdraagt aan het herstel. Daarin is hij niet anders dan een ander.

De rol van de zorgverlener c.q. de medisch assuradeur indien behandelopties resteren

In het vorenstaande is aan de orde geweest dat de patiënt veel ruimte toekomt bij zijn afweging om al dan niet herstel- of vervolgbehandelingen te ondergaan. De patiënt kan subjectieve, weloverwogen redenen hebben om af te zien van maatregelen om de schade te beperken en die redenen worden in grote mate gerespecteerd. Beperking van de eigen schade is in beginsel een vrije keuze. Eerst in bijzondere omstandigheden heeft dit gevolgen voor de omvang van zijn vordering.

Aan de andere kant: deze gedeelde verantwoordelijkheid ten aanzien van de (omvang van de) schade maakt dat beide partijen belang hebben bij een vroegtijdig en adequaat overleg over de mogelijkheden de schade te beperken.

Juist nu de rol van de zorgverlener c.q. diens assuradeur in het schaderegelingstraject actiever wordt – er is al gesproken over de zorgaanbieder die de negatieve gevolgen van een incident voor de gezondheidssituatie van de patiënt weg moet nemen dan wel beperken (aanbeveling 4 GOMA) en over het toenemende aantal zelfregelende ziekenhuizen – liggen er kansen om het hersteltraject, in overleg met de patiënt, optimaal in te richten.

Per slot is het de eigen zorgverlener, die voor ieder ander in staat kan worden geacht te beoordelen of er nog therapeutische opties zijn en wat deze inhouden. Hij kan daartoe verwijzen en ingeval van een wachtlijst een bemiddelende rol spelen.

Natuurlijk worden de zwakke schakels gevormd door het eerder in dit artikel genoemde tijdsverloop alsmede de vraag of er nog voldoende vertrouwen en overleg tussen partijen mogelijk is maar zo dit laatste het geval is (of door bemiddeling wordt), biedt een goed overleg voor alle partijen de uitgelezen mogelijkheid de gevolgen van een medisch incident te beperken. Het belang van de patiënt staat daarbij voorop.

Hierbij zij voor alle volledigheid opgemerkt dat de patiënt steeds gerechtigd is tot het ondergaan van een medische behandeling, die in financiële of meer immateriële zin verlichting biedt, ook als dit met aanzienlijke kosten gepaard gaat.³⁶ De plicht tot redelijk handelen kan in dat geval wel meebrengen dat de patiënt gehouden is de plannen op te nemen met de zorgverlener althans diens assuradeur zodat in goed overleg kan worden gekomen tot een plan de campagne. Nog een reden dus om met elkaar in overleg te treden.

Treft de medisch assuradeur een weigerachtige patiënt en slaagt het beroep op de schadebeperkingsplicht dan heeft de patiënt eigen schuld aan de schade. Bij de berekening van de omvang daarvan wordt er vanuit gegaan dat de behandeling wel heeft plaatsgevonden.³⁷

Mislukt de behandeling en neemt het arbeidsongeschiktheidspercentage toe, dan komt de extra schade die hieruit voortvloeit ten laste van de medisch assuradeur.³⁸

Reïntegratieverplichtingen

Indien na een medisch incident de arbeidscapaciteit niet is aangetast, is er vanuit die optiek geen schade. Is de arbeidscapaciteit wel aangetast, dan is er mogelijk sprake van een verlies aan verdienvermogen.

³⁶ In het tweede lid van artikel 6:96 BW is bepaald dat als vermogensschade mede voor vergoeding in aanmerking komen de redelijke kosten ter voorkoming of beperking van schade ('beredderingskosten'), die als gevolg van de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid berust, mochten worden verwacht. Het redelijkheids criterium heeft een dubbele betekenis, te weten enerzijds de redelijkheid van handelen door de behandeling te ondergaan en anderzijds de redelijkheid van de daaraan verbonden kosten. Dit volgt onder meer uit het al eerder genoemde arrest Speeckaert/Gradener (HR 9 november 1990, NJ 1991, 26).

³⁷ Hof Amsterdam 24 januari 1902, W 7715, en Rechtbank Dordrecht 5 maart 1941, NJ 1941, 403.

³⁸ HR 27 januari 1928, NJ 1928, 417, m.nt. P. Scholten.

Indien de patiënt na een medische fout wordt geconfronteerd met een (dreigend) verlies aan verdienvermogen, hoe wordt dan aangekeken tegen de gehoudenheid de schade te beperken? Kan de patiënt worden belast met reïntegratieverplichtingen en kan het aanvaarden van een andere functie of een andere werkomgeving van hem worden gevergd?

Van de patiënt mag in beginsel worden verwacht dat hij zich binnen de grenzen van zijn mogelijkheden optimaal inspant voor genezing, herstel van arbeidsgeschiktheid en het zo veel mogelijk (her-)benutten van de arbeidscapaciteit. De schadebeperkingsplicht kan voorts meebrengen dat hij zich moet laten omscholen of ander werk moet accepteren.

Toepassing van de schadebeperkingsplicht zal evenwel niet snel aan de orde zijn, ook hier vanwege de aan de patiënt toekomende vrijheden. Hoe kunnen de zorgverlener en diens assuradeur toch worden beschermd tegen de vrijheid van de patiënt? Laat andermaal duidelijk zijn dat wil van een schending sprake zijn – en derhalve van eigen schuld – dan moet het gedrag van de patiënt significant afwijken van het inzicht waarvan een normaal voorzichtig en redelijk persoon in dezelfde omstandigheden blijf zou hebben gegeven ter voorkoming of beperking van schade. Toetsingsmaatstaf is niet zozeer wat de patiënt anders had *kunnen* doen maar veeleer wat hij anders had *behoren* te doen om de schade in de hand te houden. En gegeven het feit dat het de zorgverlener is geweest, die de patiënt in deze positie heeft gebracht: de patiënt handelt niet per definitie pas dan redelijk wanneer hij doet wat een voorzichtig persoon zou doen als die door toeval schade lijdt.³⁹ Dit voert dus ook niet zo ver dat de zorgverlener de voor hem financieel meest gunstige optie aan de patiënt kan opleggen.

Ter beperking van verlies aan verdienvermogen moet de patiënt trachten door passende arbeid inkomsten te verwerven, met dien verstande dat ook in dit kader de omstandigheden van het geval beslissend zijn. Als relevante omstandigheden hebben onder meer te gelden leeftijd, opleidingsniveau en arbeidsverleden maar ook zijn sociaal-culturele achtergronden respectievelijk persoonlijkheid (denk aan flexibiliteit). Ook hier vormt de redelijkheid de maatstaf.⁴⁰

In voorkomende gevallen zal een deskundigenbericht (bijvoorbeeld van een arbeidspsycholoog, zie het arrest van de wijkverpleegkundige⁴¹) richting kunnen geven aan de vraag wat van een patiënt in zijn omstandigheden mag worden verwacht en of bijvoorbeeld reëel is aan te nemen dat hij een andere functie of werkring kan aanvaarden.

Er zijn de nodige uitspraken beschikbaar, die richting geven aan de invulling van de verplichting weer productief te zijn en de terugval in inkomen te stuiten. Voorop staat dat de patiënt vrijheden worden gegund bij het reïntegreren. Bijvoorbeeld is overwogen dat niet redelijk is te vergen dat de patiënt (of iedere andere benadeelde) wordt

³⁹ Hof Leeuwarden 9 september 2008, *NJF* 2008, 459.

⁴⁰ Wat in het kader van het benutten van de restverdiencapaciteit van de patiënt mag worden verwacht, volgt uit de conclusie van Wuisman voor het arrest HR 14 december 2007, *RvdW* 2008, 18 (rov. 2.6.1).

⁴¹ HR 14 december 2007, *RvdW* 2008, 18.

omgeschoold in een functie waartegen een bestendige afkeer bestaat⁴², ook is geoordeeld dat enige tijd mag worden genomen voor revalidatie zodat beter zicht bestaat op de vraag of terugkeer in de vroegere functie aan de orde kan zijn.⁴³

Het Boerenzoon-arrest⁴⁴ toont dat rekening wordt gehouden met bijzondere ambities en affiniteiten. In deze kwestie ging het om een jongen, die van jongs af aan een *'zeer sterke affiniteit tot de veeverzorging vertoonde'*. Het hof was van oordeel dat van de jongen *'redelijkerwijs niet gevergd kon worden een ander beroep dan dat van boer te kiezen, ook niet indien daarbij in aanmerking wordt genomen dat hij voor dat beroep door de blijvende lichamelijke gevolgen van het ongeval minder geschikt is'*. Het hof achtte de gedane beroepskeuze niet in strijd met de schadebeperkingsplicht en de beroepskeuze kon evenmin leiden tot matiging van de arbeidsvermogensschade.⁴⁵

Aan de andere kant zijn er grenzen aan de toerekening van uiterst persoonlijke keuzes aan de zorgverlener (of iedere andere schadeveroorzaker). De zorgverlener mag niet de dupe worden van al te economisch onverstandige en ondoordachte keuzes van de patiënt. Vergelijk bijvoorbeeld Rechtbank Dordrecht 18 oktober 2006, JA 2007, 13. Het betreft een WAM-zaak waarbij de benadeelde een whiplash had opgelopen. Een deskundigenonderzoek wees uit dat het slachtoffer volledig arbeidsongeschikt moest worden geacht voor het magazijnwerk, dat zij ten tijde van het ongeluk (1996) deed. In het eerste jaar na het ongeval (1997) werd haar loon volledig doorbetaald. Afgezien van een kortlopende baan als telefonisch verkoopster heeft zij na dat jaar geen andere betaalde baan gehad. Uitgaande van de beperkingen, het opleidingsniveau en het arbeidsverleden constateerde de deskundige vervolgens dat zij wel in staat zou moeten zijn geweest om ander passend werk te verrichten. Aannemelijk was gemaakt dat er destijds voldoende passende arbeid voorhanden was op een arbeidsmarkt waar het aantal vacatures onophoudelijk steeg. Daarop heeft de rechtbank geoordeeld dat zij haar verlies aan verdienvermogen vanaf het jaar 2003 had kunnen en moeten voorkomen. De gevorderde inkomensvergoeding werd haar ontzegd.

Bovendien dienen persoonlijke voorkeuren tot op zekere hoogte te worden bijgesteld en aangepast aan de gewijzigde omstandigheden respectievelijk de mogelijkheden op de actieve markt, zie Hof Amsterdam 2 maart 2000, NJK 2000, 32:

'Interpolis voert terecht aan dat de persoonlijke voorkeuren die geïntimeerde vóór het ongeval had met betrekking tot werktijden, woon-werkafstand, type van werk en dergelijke (...) niet ongewijzigd als uitgangspunt dienen te gelden bij de beantwoording van de vraag welke werkzaamheden geïntimeerde in de door het ongeval ontstane situatie redelijkerwijs zal dienen te aanvaarden. Indien er ten gevolge van het ongeval voortdurende beperkingen van de mogelijkheid tot het aanvaarden van werkzaamheden aanwezig zijn, bestaat voor geïntimeerde in feite een nieuwe situatie. Deze brengt mee dat van haar mag worden verwacht dat zij, uitgaande van de beperkingen die voortvloeien uit de ongevalsgevolgen, haar

⁴² Rechtbank Amsterdam 11 april 1984, VR 1985, 61.

⁴³ Hof Den Bosch 13 februari en 15 oktober 1964, VR 1968, 128.

⁴⁴ Hof Amsterdam 16 maart 1989, L&S 1999, p. 7 e.v.

⁴⁵ Zie ook: Rechtbank Den Bosch 11 oktober 2006, ECLI:NL:RBSHE:2006:AZ0113, over een perfectionistische intellectueel.

persoonlijke voorkeuren tot op zekere hoogte aanpast aan de gewijzigde omstandigheden en aan de mogelijkheden die zich op de arbeidsmarkt voordoen. Hoever dit gaat zal slechts aan de hand van de concrete beperkingen en mogelijkheden kunnen worden bepaald.'

Onder omstandigheden kan een te late aanvraag van een arbeidsongeschiktheidspensioen om het inkomensverlies te stuiten, parten spelen, tenminste indien en voor zover de patiënt tot deze aanvraag in staat moet worden geacht.⁴⁶

Recent⁴⁷ oordeelde de Rechtbank Gelderland, in een geval waarin een biodynamische boer met een whiplash – kennelijk zonder overleg met de schadeveroorzaker – een investering van € 280.000 had gedaan om de arbeidsongeschiktheid terug te brengen (wat gedeeltelijk ook wel was geslaagd) dat:

'In zijn algemeenheid kunnen kosten die met schade beperkende maatregelen gepaard gaan ten laste van Aegon worden gebracht. Anders dan verzoeker aanvoert, is het feit dat het bedrijf verliesgevend is wel degelijk van belang. De hoogte van de te investeren bedragen moet redelijkerwijs worden gerechtvaardigd door de te verwachten schadeomvang, tenzij de kosten in overleg met Aegon zijn gemaakt. Van dit laatste is geen sprake. Dat het antwoord op de vraag over de levensvatbaarheid van de boerderij pas thans beschikbaar is, kan niet ten laste van Aegon worden gebracht. Eventuele onwetendheid hiervan ligt in de risicosfeer van verzoeker.'

Een enkele keer stelt een rechter een grens door te oordelen dat de patiënt, die de slachtofferrol wat al te zeer past, voldoende tijd heeft gehad om een nieuwe rol in het leven te vinden. Die situatie deed zich voor in een WAM-zaak, die aan de Rechtbank Alkmaar werd voorgelegd. De rechtbank oordeelde dat met het vonnis van 9 maart 2011, bijna 10 jaar na datum ongeval, de tijd was gekomen om weer aan het werk te gaan.⁴⁸

Wat betreft sociale werkvoorzieningen heeft de Rechtbank Amsterdam⁴⁹ in 2010 geoordeeld dat dit een niet verplichte voorziening is voor mensen, die door hun handicap niet meer in staat zijn reguliere arbeid te verrichten. Mitsdien kan ook van een patiënt redelijkerwijs niet gevergd worden om het werk in het kader van de WSW voort te zetten.

In uitzonderlijke gevallen kan een gebrek aan motivatie om weer aan het werk te gaan zover leiden dat het volledige verlies aan verdienvermogen voor rekening van de patiënt blijft.⁵⁰

De medisch assuradeur biedt de helpende hand

⁴⁶ Hof Arnhem 8 februari 2011, JA 2011, 61.

⁴⁷ Rechtbank Gelderland 26 februari 2014, ECLI:NL:RBGEL:2014:1324.

⁴⁸ JA 2011, 88.

⁴⁹ Rechtbank Amsterdam 30 juni 2010, VR 2012, 78.

⁵⁰ Rechtbank Rotterdam 4 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW2298.

Het ligt op de weg van de medisch assuradeur om (in een liefst zo vroeg mogelijk stadium) de helpende hand te bieden bij reïntegratie. De medisch assuradeur zal reïntegratiebegeleiding kunnen aanbieden dan wel faciliteren en deze in voorkomende gevallen ook kunnen monitoren.⁵¹ Voor de goede orde: primair is dit een arbeidsrechtelijke verplichting, die rust op de werkgever. In artikel 6:107a lid 3 BW is inmiddels bepaald dat de aansprakelijke partij verplicht is tot vergoeding van de door de werkgever gemaakte redelijke kosten ter nakoming van zijn in artikel 7:658a BW bedoelde verplichtingen. Daarmee is buiten twijfel gesteld dat de aansprakelijke partij verplicht is tot vergoeding van iedere verplicht genomen reïntegratiemaatregel. Sterker: van de werkgever kan meer worden gevergd wanneer de kosten van de reïntegratiemaatregelen verhaalbaar zijn. Dit volgt onder andere uit het arrest Goldsteen/Roeland.⁵² De medisch assuradeur dient met andere woorden te betalen voor een reïntegratietraject waarin van de werkgever meer gevergd kan worden dan wanneer er geen sprake is van een betalende derde.

Een actieve aansturing op reïntegratie met arbeidsdeskundige begeleiding kan (eerst dan) achterwege blijven indien de benadeelde dit uitdrukkelijk van de hand wijst.⁵³ Loopt de reïntegratiebegeleiding niet naar wens terwijl deze omstandigheden (deels) aan de medisch assuradeur te wijten zijn, dan zal het feit dat de resterende verdien capaciteit ook niet volledig wordt ingezet ook (deels) voor rekening van de assuradeur komen.⁵⁴

Hoewel reïntegratie ook in belangrijke mate strekt in het voordeel van de patiënt, namelijk in de sfeer van de kwaliteit van leven, is het in financieel opzicht vooral in het belang van de medisch assuradeur. Blijft reïntegratie uit, dan wordt de schadelast groter.

In het vorenstaande is betoogd dat de patiënt in beginsel de nodige vrijheden toekomt. Arbeid is nog niet zo snel 'passend'. Niettemin is het gerechtvaardigd belang van de assuradeur er vanzelfsprekend bij gebaat als de patiënt zich bij de reïntegratiebegeleiding actief opstelt en, liefst, daarin slaagt. In de zin dat in een min of meer gelijk gehonoreerde functie en met vergelijkbare arbeidsvoorwaarden wordt teruggekeerd, voor zover dat uiteraard gelet op de beperkingen in termen van arbeidsduur mogelijk is.

Zeker nu gelet op het bepaalde in artikel 6:107a BW sprake kan zijn van aanzienlijke kosten, zal de medisch assuradeur niet graag zien dat de patiënt zich aan de verplichtingen onttrekt omdat hij meent dat deze meer van hem verlangen dan in het kader van de schadebeperkingsplicht van hem gevergd kan worden. In dat geval zal de medisch assuradeur opdraaien voor ook het verlies aan verdienvermogen.

⁵¹ Rechtbank Rotterdam 8 september 2010, JA 2010, 147, rov. 4.31.

⁵² HR 13 december 1991, NJ 1992, 441.

⁵³ Rechtbank Rotterdam 4 april 2012, ECLI:NL:RBROT:2012:BW2298 en Rechtbank Zeeland-West-Brabant 26 juni 2013, ECLI:NL:RBZWB:2013:7313.

⁵⁴ Zie Rechtbank Zutphen 4 mei 2011, ECLI:NL:RBZUT:2011:BQ3332, waarin 1/3 werd toegerekend aan ASR.

Het is om deze reden goed – en te rechtvaardigen – dat de medisch assuradeur niet alleen voor het reïntegratietraject betaalt, maar daarin tevens een actieve rol aanneemt⁵⁵, terwijl de zeggenschap omtrent de te nemen reïntegratiemaatregelen in handen van werkgever en patiënt/werknemer blijven. Laat het vooral de werknemer (de patiënt) zijn, die deze maatregelen formuleert zodat daarmee een voldoende commitment kan worden verondersteld.

Bijkomend voordeel van betrokkenheid van de medisch assuradeur is dat deze over het algemeen gericht is op een bestendig resultaat terwijl de werkgever nog wel, door (andere) economische motieven, een snel resultaat verwacht.

Opdam spreekt van een 'luxe' reïntegratietraject indien ook de medisch assuradeur betrokken is, en deze betaalt. Zij wijst erop⁵⁶ dat op deze wijze de mogelijkheid wordt gecreëerd om meer waarde te hechten aan aspecten zoals het milieu waar de patiënt in verkeert, zijn levenswijze en zijn persoonlijkheid. Er wordt rekening gehouden met de persoonlijke omstandigheden van de patiënt. Dit kan eraan bijdragen dat de patiënt zoveel mogelijk wordt teruggebracht in de oude situatie. De kans op succes lijkt groter te zijn indien voldoende rekening wordt gehouden met de wensen en keuzes van juist deze patiënt.

Hiertegenover mag staan dat de patiënt in beginsel gehouden is om deze passende arbeid te verrichten.

Voor het proces is het goed dat partijen elkaar in een vroeg stadium opzoeken en de mogelijkheden gezamenlijk aftasten. Waar een langdurig omscholingstraject door een werkgever bijvoorbeeld niet snel zal worden ingezet vanwege de kosten en het feit dat dit vaak te laat resultaat oplevert, kan in overleg worden gezien of een dergelijk traject nu wel opportuun kan zijn. Het levert de patiënt uitzicht op een passende functie terwijl de medisch assuradeur zich niet gesteld ziet voor het risico van een langlopende schade in de sfeer van het verdienvermogen.

Voorts zijn partijen naar mijn mening gebaat bij duidelijke afspraken over de gang van zaken, ook met betrekking tot tussentijdse gegevensuitwisseling over onder meer de voortgang van de gesprekken en de activiteiten. Dit maakt mogelijk dat beide partijen tussentijds de inspanningen kunnen bijsturen. Bovendien is niet onbelangrijk afspraken te maken over de maximale duur van het traject, bijvoorbeeld gekoppeld aan een incentive voor de patiënt als hij binnen deze tijd erin slaagt te reïntegreren.

Goede afspraken maken voorts dat wordt voorkomen dat privacy-achtige discussies over de medische aspecten (aan de zijde van de werkgever kijkt, denkt en schrijft een bedrijfsarts mee) het reïntegratietraject verstoren.

Beroep op sociale voorzieningen

⁵⁵ Zie in deze zin: M. Opdam, 'Schadebeperking en de verplichting om passende arbeid te verrichten', *TvP* 2009, nr. 3, p. 106. Het is uitdrukkelijk geen verplichting van de assuradeur: *Rechtbank Dordrecht* 18 oktober 2006, *JA* 2007, 13.

⁵⁶ Zie vorenstaande noot.

De vraag of de patiënt gehouden is om ter beperking van zijn schade een beroep te doen op sociale voorzieningen wordt niet eenduidig beantwoord.

Uit de rechtspraak viel aanvankelijk af te leiden dat de benadeelde in algemene zin wel gehouden was een PGB aan te vragen en, indien verleend, te gebruiken.⁵⁷ Met de uitspraak van de CRvB van 19 juni 2013 (ECLI:NL:CRVB:2013:776) is evenwel bepaald dat de gemeente een uitkering mag weigeren als de benadeelde de kosten kan verhalen op een aansprakelijke partij en dus kan het de benadeelde niet worden tegengeworpen dat geen beroep is gedaan op de Wmo, vergelijk Rechtbank Noord-Holland 8 oktober 2014 (ECLI:NL:RBNHO:2014:9243).

Ten aanzien van natura voorzieningen, die onder de werking van de Wmo vallen, wordt ook vaak aangenomen dat er geen plicht tot het aanvragen daarvan bestaat. Ratio: de benadeelde kan niet worden gedwongen een beroep te doen op een bepaalde vorm van zorg.⁵⁸

Indien de benadeelde niet meer zelfstandig kan wonen, bestaat in beginsel geen gehoudenheid om begeleid te gaan wonen in een AWBZ-instelling. De benadeelde mag ervoor kiezen om, al dan niet met professionele hulp en aanpassingen, in het eigen huis te blijven wonen.

Met het veranderde wetgevingskader per 1 januari 2015 – te denken valt met name aan de Wmo 2015 en invoering van de Wet langdurige zorg (Wlz) – gaat er voor medisch assuradeuren veel veranderen bij de berekening en uitkering van schadevergoedingen voor onder meer kosten van huishoudelijke hulp en aanpassingen in de eigen woning. Dit heeft onherroepelijk gevolgen voor de vraag wat van een patiënt in het kader van de op hem via de band van artikel 6:101 BW rustende verplichtingen mag worden gevraagd.

Zowel in het kader van de Wmo 2015 als in het kader van de Wlz worden (inkomensafhankelijke) eigen bijdragen gevraagd. Voor de meer recente letselschadevergoedingen (na 11 oktober 2010 toegekend⁵⁹) geldt geen vrijstelling van de vermogenstoets. Ander voorbeeld: op de voet van artikel 2.3.5 lid 6 Wmo 2015 kan de gemeente een maatwerkvoorziening weigeren indien op grond van de Wlz een verblijfsindicatie voor een instelling bestaat.

Belangrijker nog is de bepaling uit artikel 2.4.3 Wmo 2015, die een verhaalsrecht inhoudt jegens de schadeveroorzaker voor een verstrekte maatwerkvoorziening of daaraan gekoppeld PGB. Het regresrecht is volgens de MvT doorgaans beperkt tot gevallen van schuldaansprakelijkheid en zal dus in de meeste gevallen in medische kwesties aan de orde kunnen zijn.

⁵⁷ M.E. Wildenbeest, 'Derdenschade, vergoeding van materiële derdenschade bij letsel en overlijden', 2011, p. 43 e.v.

⁵⁸ In andere zin Rechtbank Arnhem 4 juni 2008, ECLI:NL:RBARN:2008:BD6024: eiser had een aanvraag voor een gemeentelijke voorziening moeten indienen.

⁵⁹ Brief staatssecretaris Van Rijn aan de Tweede Kamer d.d. 26 juni 2013, te raadplegen via <http://www.deletselschaderaad.nl/library/file/kamerbrief-26juni2013-over-vermogensinkomensbijtelling-eigen-bijdrage-awbz-wmo.pdf>.

Dit leidt ertoe dat de vraag naar wat van de patiënt in het kader van de schadebeperkingsplicht ter zake sociale voorzieningen mag worden verwacht mijns inziens aan actualiteit grotendeels heeft ingeboet. Onder de streep is het de medische assuradeur, die de voorzieningen – naar redelijkheid – zal moeten vergoeden.

Naar aanleiding hiervan heb ik de grote medische assuradeuren gevraagd of er op dit moment al initiatieven worden ontplooid om voorzieningen (denk aan douchestoelen, trapliften en vervoersvoorzieningen) of diensten (denk aan huishoudelijke hulp) uit de eigen gelederen te gaan organiseren. Dat blijkt nog niet het geval en zal zeker op de korte termijn niet aan de orde zijn.

Hoewel denkbaar is dat het leveren van eigen voorzieningen en diensten economisch rendabel te maken is, kleven hieraan een aantal bezwaren. Los van de aanzienlijke logistieke eisen die van de uitvoerende praktijk worden gevraagd – het is de vraag of verzekeraars deze eisen op de spreekwoordelijke hals willen halen, zeker nu de aantallen voorzieningen relatief beperkt zijn – geldt dat het de vraag is of van de patiënt kan worden gevergd de voorziening te accepteren, die door (juist) 'de tegenpartij' wordt aangeboden. Het beeld kan ontstaan dat de patiënt niet de ruimte wordt geboden te kiezen voor de meest passende oplossing, maar voor de goedkoopste. Bovendien zou het verstrekken van voorzieningen ook in de meer interne relatie tussen medisch assuradeuren en hun verzekerden nopen tot het maken van afspraken aangezien ziekenhuizen hoge eigen risico's plegen te hebben. Wij hebben de ontwikkelingen op dit punt af te wachten.

Schulddeling

Ter afronding van de overwegingen over de uitwerking van de schadebeperkingsplicht in gevallen waarin een herstelbehandeling of reïntegratie mogelijk is, is wellicht goed nog kort stil te staan bij de vraag naar de consequenties van een schulddeling en naar de gevolgen van deze op herstel gerichte initiatieven op de omvang van de BGK.

Eerst de schulddeling. Het is mogelijk dat de primaire schadevergoedingsverplichting van de zorgverlener niet volledig is, maar een procentueel gedeelte van de schade inhoudt. De zorgverlener is, bijvoorbeeld, voor 60% aansprakelijk voor de opgetreden schade. Hoe verhoudt zich deze schulddeling tot de kosten van een (para-)medische behandeling of de kosten, gemoeid met een intensief reïntegratietraject?

Hoewel de zorgverlener in beginsel slechts gehouden is om naar de mate van aansprakelijkheid bij te dragen in deze kosten, leert de ervaring dat zorgverleners en hun assuradeuren doorgaans bereid blijken die kosten volledig te dragen. De schulddeling wordt dan toegepast eerst indien de herstelbehandeling dan wel de reïntegratie niet hebben kunnen voorkomen dat er gezondheidsschade en verlies aan verdienvermogen resterend. Het strekt tot aanbeveling om ter vermijding van misverstanden of teleurstellingen achteraf voor het inzetten van een herstelbehandeling of reïntegratietraject hierover duidelijke afspraken te maken.

Het probleem van de verdampende BGK

Het afdoen van medische kwesties op een meer natura-achtige wijze, die aansluit bij de persoonlijke situatie van de patiënt, kan een keerzijde voor de advocaat inhouden. Per 1 januari 2014 is de Verordening experimenteerbepaling resultaatgerelateerde beloning in werking getreden, die de mogelijkheid biedt een resultaatgerelateerde beloning met de cliënt, de patiënt, overeen te komen. Daarbij wordt voor de omvang van de BGK mede aansluiting gezocht bij het bedrag dat de cliënt aan (im)materiële schade vergoed heeft gekregen. Indien de patiënt door een herstelbehandeling of een geslaagd reïntegratietraject de schade evenwel significant ziet afnemen of zelfs ziet verdwijnen, zou gevolg kunnen zijn dat ook de aanspraak op vergoeding van BGK gedeeltelijk verdampt.⁶⁰

Ten aanzien van de vraag hoe hiermee moet worden omgegaan, kan inspiratie worden geput uit de PIV-overeenkomst BGK 2014. Hoewel de PIV-overeenkomst juist in medische aansprakelijkheidszaken wat minder opgeld doet omdat de vergoedingentabel niet van toepassing is⁶¹, houdt deze wel een interessante overweging in over natura vergoedingen, te weten:

'Indien door verzekeraar aan benadeelde schade in natura is vergoed, bepalen verzekeraar en belangenbehartiger in onderling overleg op welk bedrag deze vorm van schadevergoeding moet worden gewaardeerd.'

Ook in BGK-kwesties is dus het motto dat partijen gebaat zijn bij duidelijke afspraken, waarbij de redelijkheid raadgever is.

Dit artikel is geschreven door mr. D. Zwartjens, advocaat bij KBS Advocaten N.V. te Utrecht en lid van de LSA.

⁶⁰ Op basis van de verordening mag een verhoogd uurtarief tot 25 resp. 35% van het financiële resultaat in rekening worden gebracht.

⁶¹ Artikel 2.7 sub c van de PIV-overeenkomst BGK 2014.