

Boekbespreking proefschrift 'Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade'

Mr. S. de Lang en mr. M.J.J. de Ridder *

79



"Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade; een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van zorggerelateerde schade", is de titel van het proefschrift dat op 12 september 2013 aan de Erasmus Universiteit Rotterdam door Rolinka Wijne werd verdedigd. In deze boekbespreking worden, na een korte introductie van het boek, de door de auteur gedane suggesties in de vorm van een polemieek besproken. De aanbevelingen worden op verzoek van de redactie zowel vanuit het perspectief van een "slachtoffer advocaat" (mr. S. de Lang), als vanuit het perspectief van een "advocaat van de hulpverleners" (mr. M.J.J. de Ridder) belicht.

* Beiden werkzaam als advocaat bij respectievelijk SAP Advocaten te Amersfoort en KBS Advocaten te Utrecht.

Proefschrift Rolinka Wijne over 'zorggerelateerde schade'

1. Opzet van het boek

In het ruim 900 bladzijden tellende proefschrift, waarvan ook een handelseditie is verschenen, onderzoekt Wijne de knelpunten die de patiënt ondervindt bij het verhaal van zorggerelateerde schade. In dat kader geeft zij een uitvoerige beschrijving van de juridische verhoudingen tussen de hulpverlener en de patiënt, van de juridische grondslagen voor het verhaal van zorggerelateerde schade, van het causaal verband tussen zorgverlening en schade en van de aard en omvang van de schade die voor vergoeding in aanmerking komt. Wijne geeft daarbij tevens een uitvoerige beschrijving van de procedure tot verhaal van zorggerelateerde schade. De belangrijke kwesties die in het civiele medische aansprakelijkheidsrecht een rol spelen, worden op structurele wijze besproken. Dit deel van het onderzoek maakt dat het boek is te beschouwen als het eerste serieuze Nederlandse handboek op het gebied van medisch aansprakelijkheidsrecht.

Voorts onderzoekt Wijne welke knelpunten er zijn binnen het medische aansprakelijkheidsrecht en welke mogelijke alternatieven er zijn om deze knelpunten te ondervangen. Wijne analyseert daarbij zowel nationale, internationale als buitenlandse wetgeving, literatuur en rechtspraak. Wijne gaat daarbij in op het (no fault) patiëntenverzekeringssysteem van Zweden, het twee-sporensysteem met een (no fault) schadevergoedingsfonds van België en de civiele aansprakelijkheidssystemen van Oostenrijk en Duitsland. Tevens gaat Wijne in op het wetsvoorstel Wet cliëntenrecht zorg (Wcz). Voorts onderzoekt zij hoe het verhaal van schade door slachtoffers van arbeidsongevallen en slachtoffers van verkeersschade in Nederland is geregeld. Wijne concludeert dat die slachtoffers bescherming wordt geboden door een afwijkende regel voor het bewijs van een normschending.

Het onderzoek wordt afgerond met beantwoording van de vraag of de knelpunten kunnen worden weggenomen door een of meer van de geanalyseerde alternatieven en, zo nee, welke aanpassingen dan een significante bijdrage zouden kunnen leveren aan het verhaal van zorggerelateerde schade. In dat kader doet Wijne een achttal aanbevelingen.

2. Slechts 3,2% van de potentiële claims wordt ingediend

In het proefschrift stelt Wijne dat slechts in een fractie van de gevallen waarin waarschijnlijk een aanspraak op vergoeding van schade bestaat, daadwerkelijk tot verhaal van die schade wordt overgegaan. Zij beroept zich daarbij op cijfers over het aantal 'vermijdbare zorggerelateerde schadegevallen'¹⁾ per jaar. De cijfers zijn even indrukwekkend als verontrustend. Zo blijkt uit onderzoek door EMGO Institute for Health and Care en het Nederlands Instituut voor onderzoek van de gezondheidszorg (EMGO/NIVEL) dat bij ongeveer 30.000 in 2004 tot ongeveer 38.600 in 2008 zieke personen schade had kunnen worden voorkomen.²⁾ Wijne telt daarbij ook nog op (een schatting van) de mogelijke schadegevallen die buiten het onderzoek van EMGO/NIVEL vallen, zoals de gevallen met betrekking tot gynaecologische schade en geneesmiddelgerelateerde schade. Op basis van haar schatting stelt zij dat er jaarlijks (minimaal) 110.000 tot 150.000 personen worden geconfronteerd met zorggerelateerde schade.³⁾ Volgens Wijne is het aannemelijk dat daarvan ongeveer 50.000 personen een potentiële vordering hebben. Het aantal ingestelde vorderingen ligt jaarlijks echter rond de 1.600. Dat is dus slechts 3,2 % van het totaal aantal potentiële claims.⁴⁾ Van het aantal ingediende vorderingen haalt slechts 40% de eindstreep, dat wil zeggen dat de aansprakelijkheid voor de schade wordt erkend.⁵⁾ Gelet op dit zeer geringe percentage acht Wijne het zinvol onderzoek te verrichten naar de mogelijk hiervoor verantwoordelijke obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht.

3. Analyse van knelpunten

Wijne analyseert de knelpunten die het civiele aansprakelijkheidsrecht kent als het gaat om verhaal van zorggerelateerde schade. Zij geeft daarbij een uitvoerig overzicht van de vraagstukken die spelen in het civiele medisch aansprakelijkheidsrecht. Wijne staat voorts uitgebreid stil bij de procedure die een patiënt in de praktijk moet bewandelen om zorggerelateerde schade te verhalen. Zij signaleert een groot aantal knelpunten die maken dat de weg van het verhaal van schade complex, langdurig en kostbaar is. Hierin ligt volgens haar een aanwijzing voor de aanname dat (een deel van) de opmerkelijke discrepantie tussen het vermoede aantal zorg-



Knelpunten bij het verhaal van zorggerelateerde schade.



1. Met deze term wordt bedoeld schade die is veroorzaakt door de zorg en niet door de onderliggende aandoening van de persoon. Bovendien is deze schade ontstaan als gevolg van het 'niet handelen' volgens de professionele standaard door een zorgverlener of door tekortkomingen van het zorgsysteem. Zie M.C. de Bruijne e.a., *Onbedoelde schade in Nederlandse ziekenhuizen*, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2007, p. 14 en 29.
2. M.C. de Bruijne e.a., *Onbedoelde schade in Nederlandse ziekenhuizen*, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2007 en *Monitor Zorggerelateerde schade 2008*, Amsterdam/Utrecht: EMGO en NIVEL 2010.
3. Zie Wijne, p. 29.
4. Zie Wijne, p. 30.
5. Zie cijfers *MediRisk*, p. 30 Wijne.

gerelateerde schades waarin aansprakelijkheid bestaat en het daadwerkelijk aantal ingediende vorderingen, kan worden verklaard door de drem-pels die een patiënt moet overwinnen om het ver-haal van schade te effectueren. De knelpunten die volgens Wijne voor een aanpassing in aanmerking komen zijn:

Knelpunt 1: bewijs van de normschending

De bewijslastverdeling, die erop neerkomt dat op de patiënt conform de hoofdregel van artikel 150 Rv. de bewijslast rust dat de hulpverlener zich onvoldoende heeft ingespannen, leidt tot onbillijke resultaten. Daarbij speelt ook mee dat de norm waaraan het handelen van de hulpverlener moet worden getoetst, zich niet concreet laat vaststellen, aldus Wijne.

Knelpunt 2: ontbreken van openheid

Volgens Wijne verstrekken hulpverleners de patiënt en/of nabestaande onvoldoende informatie over een mogelijke fout c.q. over de aard en toe-dracht van een incident.

Knelpunt 3: formulering van de zorgvuldigheidsnorm

Het niveau van zorg dat een hulpverlener jegens de patiënt moet betrachten, is niet concreet geformuleerd. Dit leidt tot problemen bij het leveren van bewijs van de tekortkoming van de hulpverlener.

Knelpunt 4: de bewijslastverdeling ter zake het condicio sine qua nonverband

Het condicio sine qua non-verband tussen de normschending en de schade van de patiënt laat zich moeilijk vaststellen. Het genezingsproces is een ongewisse factor en er zijn vaak meerdere omstandigheden van invloed op de schade. Proble-matisch is ook het bewijs dat de patiënt een andere keuze zou hebben gemaakt in geval van een schen-ding van de informatieplicht door de hulpverlener.

Knelpunt 5: de kosten gemoeid met het verhaal van schade

De omstandigheid dat de patiënt het bewijs van de normschending en het causaal verband moet leve-ren, maakt dat hij is aangewezen op deskundige bijstand. De daarmee gemoeide kosten zijn door-gaans omvangrijk. Dit is een gevolg van de com-plexiteit van medische aansprakelijkheidskwesties. Bovendien kunnen de kosten oplopen door voort-slepende discussies, het inschakelen van deskun-dige(n) en geschillen over vraagstelling aan de deskundige(n). In een bodemprocedure is het kos-tenprobleem niet anders. Met name de omstandig-heid dat de rechter zich veelal door een deskundige wil laten voorlichten, kan de kosten doen opdrij-ven.

Knelpunt 6: de kwaliteit van de personen die invloed hebben op het schadeafwikkelingsproces

De omstandigheid dat de patiënt het bewijs van de normschending en het causaal verband moet leve-ren, maakt dat hij afhankelijk is van de kwaliteit van zijn belangenbehartiger, de beroepsaansprake-lijkheidsverzekeraar, de medisch adviseur(s), de medisch deskundige(n) en de civiele rechter. De kwaliteit van de belangenbehartigers, medisch

adviseurs, deskundigen en de civiele rechter blijkt echter op sommige punten aan kritiek onderhevig of wordt onvoldoende gewaarborgd, aldus Wijne.

Knelpunt 7: omgang met medische informatie

Er is onvoldoende duidelijkheid hoe om te gaan met medische informatie die betrekking heeft op de patiënt. Discussie over de omgang met medische informatie is een complicerende en vertragende factor.

Knelpunt 8: de reikwijdte van boek 7 titel 7 afdeling 5

Het is in de praktijk onduidelijk of de schakelbepa-ling van artikel 7:464, lid 1 BW zich uitstrekt tot zuivere zorgrelaties. Indien dat niet het geval is, dan zijn patiënten bij deze vorm van zorg onvol-doende beschermd. Overigens bepaalt artikel 7:464 BW dat op handelingen op het gebied van genees-kunst, zonder dat er sprake is van een behande-lingsovereenkomst, de bepalingen van boek 7, titel 7, afdeling 5 van overeenkomstige toepassing zijn.

4. Alternatieven en aanbevelingen

Vervolgens onderzoekt Wijne welke alternatieven een oplossing kunnen bieden voor de door haar gesignaleerde obstakels voor het verhaal van zorg-gerelateerde schade. Zij concludeert dat niet alle knelpunten door een “no fault systeem” worden weggenomen. Ook bij een no fault systeem zal bij-voorbeeld een beoordeling van de behandeling moeten plaatsvinden. Indien door aanpassingen in het civiele aansprakelijkheidsrecht op min of meer dezelfde wijze tegemoet kan worden gekomen aan de knelpunten, geniet dat volgens Wijne de voor-keur. In dat kader doet zij de volgende aanbevelin-gen:

Aanbeveling 1: een herverdeling van de bewijslast
Wijne pleit ervoor de bewijslast met betrekking tot de normovertreding om te keren. Zij stelt voor om, net als bij aansprakelijkheid van de werkgever op grond van 7:658 BW, in de wet op te nemen dat de hulpverlener aansprakelijk is voor de schade die de patiënt in verband met de geneeskundige behan-deling lijdt, tenzij de hulpverlener aantoont dat hij aan zijn zorgverplichtingen heeft voldaan. Voor de schade waarvan de hulpverlener aantoont dat die het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de patiënt c.q. het gevolg is van een omstandig-heid die aan de producent van een medisch product moet worden toegerekend, is de hulpverlener even-min aansprakelijk. Door de omkering van de bewijslijst wordt van de beroepsaansprakelijk-heidsverzekeraar van de hulpverlener een actieve houding geëist. Hierdoor verschuift ook de nood-zaak tot het raadplegen van een medisch deskun-dige om aan de stelplicht betreffende de norm-schending te voldoen van de patiënt naar de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulp-verlener. Deze verschuiving is gerechtvaardigd, aldus Wijne, omdat de hulpverlener doorgaans over de kennis (hij weet hoe de behandeling is gegaan) en de deskundigheid (hij weet hoe de behandeling

Omkering bewijslast met betrekking tot de normovertreding.

moet gaan) beschikt en doorgaans meer financiële middelen heeft dan de gemiddelde patiënt. Hij zal de kosten van de medisch deskundige kunnen dragen of daarvoor een zakelijke voorziening kunnen treffen. Wijne merkt daarbij op dat zij de bezwaren tegen de omkering van de bewijslast c.q. een mogelijke bewijsnood die hierdoor aan de zijde van de hulpverlener ontstaat, niet deelt.

Aanbeveling 2: een medische kamer bij één gerecht

Wijne bepleit de oprichting van één gespecialiseerde kamer bij één gerecht. Deze aanbeveling is gericht tot de wetgever c.q. de Raad voor de Rechtspraak. Een vast onderdeel van deze kamer zou moeten zijn de aanwezigheid ter zitting van de door de Staat aangestelde en beloonde medisch deskundige(n). Steeds dienen die deskundigen zitting te hebben wier specialisme is gelegen op het terrein van de geneeskundige behandeling dat ter discussie staat.

Aanbeveling 3: het (bewijs)vermoeden van normschending

Wijne pleit ervoor als sanctie op het niet vastleggen van aard en toedracht van een calamiteit en/of incident een bewijsvermoeden aan te nemen dat sprake is van een normschending. Deze aanbeveling ziet op een wettelijk verplichte openheid over de aard en toedracht van calamiteit en/of incident.

Aanbeveling 4: een wettelijke basis voor protocollering

Wijne pleit voor een uitbreiding van de mogelijkheid/verplichting om professionele standaarden vast te leggen in protocollen. Deze aanbeveling betreft een voorstel dat aanbeveling 1 moet ondersteunen. Het voorstel is gebaseerd op het wetsvoorstel van de Wet cliëntenrechten zorg (Wcz). Ingevolge dit wetsvoorstel wordt het Zorginstituut Nederland belast met nieuwe taken en bevoegdheden op het gebied van kwaliteit, veiligheid en doelmatigheid van zorg die gericht zijn op het tot stand brengen van een eenduidig kwaliteitskader door stimuleren en zo nodig initiëren van de ontwikkeling van professionele standaarden. Zorginstituut Nederland zal een openbaar register moeten hanteren waarin de professionele standaarden worden opgenomen.

Aanbeveling 5: vermoeden van afwezigheid van toestemming bij schending van de informatieplicht

Deze aanbeveling heeft betrekking op de informed consent problematiek. Het bewijs van de aanwezigheid van toestemming voor een behandeling dient bij de arts te liggen. Indien de arts niet kan aantonen dat de patiënt heeft ingestemd met de behandeling zoals die is verricht, dan is hij aansprakelijk voor de gezondheidsschade van de patiënt. In navolging van het Oostenrijks/Duitse alternatief beveelt Wijne de wetgever aan dit bewijsvermoeden in de wet op te nemen.

Aanbeveling 6: waarborgen ter verbetering van de kwaliteit van de belangenbehartiger, de medisch adviseur en de medisch deskundige

Wijne adviseert partijen in het veld om medisch aansprakelijkheidsgerichte opleidingsvereisten verplicht te stellen voor belangenbehartigers en medisch adviseurs die zich met het verhaal van schade van patiënten bezig houden. In dat kader doet Wijne ook de aanbeveling om een 'wet deskundige in civiele zaken' te ontwikkelen vergelijkbaar met de regeling betreffende de deskundige in strafzaken. In het besluit dienen de kwaliteitseisen te worden omschreven en dient verplichte registratie in het Nederlands register gerechtelijk deskundige (NRGD) als voorwaarde voor het optreden als deskundige in rechte te worden opgenomen.

Aanbeveling 7: opstellen van een gedragscode behandeling medische zaken

Deze aanbeveling strekt ertoe dat de omgang met medische informatie zoals in de GOMA is bepaald, wordt verfijnd en uitgebreid. De gedragscode dient ook een medische paragraaf te bevatten waarin de wijze is vastgelegd waarop met medische informatie van patiënten moet worden omgegaan.

Aanbeveling 8: uitbreiding beschermings-reikwijdte boek 7 titel 7, afdeling 5 BW

Door Wijne wordt aanbevolen om de schakelbepaling van 7:464 BW zodanig in te richten dat zuivere zorgrelaties onder de reikwijdte van boek 7, titel 7, afdeling 5 BW vallen.

5. De visie van een slachtofferadvocaat: mr. S. de Lang

Om de positie van het slachtoffer in medische aansprakelijkheidszaken te versterken, pleit Wijne – kort gezegd – voor een herverdeling van de bewijslast ten gunste van het 'slachtoffer'.⁶ Als advocaat die uitsluitend optreedt voor slachtoffers in medische aansprakelijkheidszaken, kan ik een verbetering van de bewijspositie van het slachtoffer alleen maar toejuichen. De vraag is alleen of de door Wijne voorgestelde wijziging van de bewijspositie voor een structurele oplossing zorgt van de geconstateerde problemen binnen het medische aansprakelijkheidsrecht.

Voordat ik me over die vraag uitlaat, is het goed om eerst stil te staan bij de vraag waarom zo weinig patiënten besluiten 'er een zaak van te maken'. Als we alleen al naar het aantal potentiële vorderingen kijken ten opzichte van het aantal ingestelde vorderingen (3,2%), dan lijkt het civiele aansprakelijkheidsrecht ernstig tekort te schieten bij het verhaal van (verwijtbare) zorggerelateerde schade. Uiteraard zal een groot gedeelte van de potentiële claimanten geen idee hebben van de mogelijkheid van een claim. Daarnaast zal een groot gedeelte om wat voor reden dan ook afzien van het indienen van een claim. Nader (gedrags-)onderzoek zal nodig zijn om te kunnen bepalen welke motivatie slachtoffers van zorggerelateerde schade hebben om al dan niet een claim in te dienen en of bijvoorbeeld betere voorlichting ervoor zorgt dat slachtof-

⑦
**Eén gespecialiseerde
 medische kamer bij
 één gerecht.**

..... ⑧

6. Aanbeveling 1, die als de grootste verandering ten opzichte van het huidige 'systeem' kan worden beschouwd.

Discussie over causaal verband vaak problematisch in medische aansprakelijkheids- kwesties.

fers weten of zij een potentiële claim hebben. Van de potentiële claimanten die wel besluiten om een claim in te dienen, valt het overgrote deel 'af' na de telefonische intake. Een inventarisatie bij mij op kantoor leert dat meer dan de helft van alle potentiële medische aansprakelijkheidszaken geen zaak wordt.⁷ Als belangrijkste reden worden de kosten van een eerste medisch advies genoemd.⁸ Gemiddeld bedragen de kosten van zo'n eerste advies rond de € 1.000,-.⁹ Hoewel wij uitleggen dat deze kosten bij erkenning van de aansprakelijkheid zijn te verhalen op de aansprakelijke partij (ex. art. 6:96 BW), is de kostendrempel de voornaamste reden om de zaak te laten rusten. Temeer nu het ook nog zo kan zijn dat uit dit eerste medisch advies blijkt dat er geen potentiële claim is en dat er na deze investering mogelijk nog meer kosten gemaakt moeten worden, waarover later meer. Dit alles natuurlijk naast de advocaatkosten die wij in het begin van een medische aansprakelijkheidszaak zo laag mogelijk proberen te houden. De vraag is dus of met deze aanbeveling de eerste kostendrempel kan worden weggenomen. Met andere woorden of een eerste medisch advies nog nodig zal zijn.

In de huidige opzet van het medische aansprakelijkheidsrecht is het aan het slachtoffer om eerst (1) de normschending aan te tonen en vervolgens (2) het causaal verband tussen die normschending en schade. Het eerste medisch advies dat wij aanvragen is vooral bedoeld om te onderbouwen dat er sprake is van een normschending. Vervolgens kan de hulpverlener aansprakelijk worden gesteld en zal er discussie ontstaan over de schade als gevolg van deze normschending. Veelal zal deze discussie worden beslecht door een 'onafhankelijk' deskundige. Een slachtoffer zal dus twee hobbels moeten nemen. De door Wijne voorgestelde herformulering van art. 7:453 BW leidt ertoe dat het slachtoffer moet stellen en, bij voldoende gemotiveerde betwisting door de hulpverlener, moet bewijzen dat hij schade heeft opgelopen en dat die schade is ontstaan in verband met de geneeskundige behandeling.¹⁰ Dit betekent dat voor een heel groot deel de hobbel ten aanzien van de normschending wordt weggenomen. Dit betekent ook dat een eerste medisch advies over de vraag of er sprake is van een normschending niet meer nodig zal zijn. Op het eerste gezicht is dit dus een aanzienlijke drempelverlaging voor de potentiële claimant. Na de intake kan dan ook gemakkelijker worden overgegaan tot aansprakelijkstelling van de hulpverlener. In de praktijk zal er mijns inziens echter weinig veranderen. Na de aansprakelijkstelling volgt naar alle waarschijnlijkheid een advies van de medisch adviseur (van de verzekeraar) van de hulpverlener waarin uiteen wordt gezet dat de hulpverlener aan zijn zorgverplichting heeft voldaan. Hierna ligt de 'de bal' weer bij het slachtoffer. Het slachtoffer zal nu alsnog medisch advies moeten inwinnen bij zijn eigen medisch adviseur om een reactie te formuleren op het standpunt van de aansprakelijkheidsassuradeur met alle kosten van dien. Na dit eigen medisch advies is de situatie zoals die nu is: beide medisch adviezen staan waarschijnlijk haaks op elkaar, zodat een onafhankelijk deskundigenbericht uitkomst zal moeten bieden. En als de deskundige al oordeelt dat de hulpverlener onzorgvuldig

heeft gehandeld, dan volgt de discussie over het causaal verband, wederom met inschakeling van één of meer deskundigen. Juist deze laatste discussie is vaak problematisch in medische aansprakelijkheidskwesties. Wijne constateert dan ook terecht dat, hoewel er een oplossing is voor de bewijslastverdeling ter zake de normschending (zoals haar aanbeveling luidt), er geen oplossing is voor de bewijslastverdeling ter zake het causaal verband.¹¹

Ook de in de jurisprudentie ontwikkelde omkeringsregel¹² zal in die gevallen dan geen uitkomst bieden. Sterker nog, bij een eventueel beroep op de omkeringsregel zou – specifieke gevallen daargelaten¹³ – de discussie weer terug bij af brengen. Immers, zoals Wijne terecht constateert in vergelijking met de jurisprudentie inzake arbeidsgerelateerde schade, en dan met name de jurisprudentie inzake schade als gevolg van beroepsziekten, zal het slachtoffer dan mede de normschending moeten aantonen.¹⁴ Ook Akkermans en Smeehuijzen constateren: *“Wanneer is de schade het ‘gevolg van de behandeling’ of opgelopen ‘tijdens de geneeskundige behandeling’, en niet het gevolg van de achterliggende gezondheidstoestand van de patiënt? Ook hier zou zich wreken dat fout en causaal verband in praktische zin onlosmakelijk met elkaar zijn verbonden. Het leveren van dit preliminaire causaliteitsbewijs zou in de praktijk regelmatig even veeleisend en kostbaar zijn als het bewijs dat een fout werd gemaakt.”*¹⁵ Zowel Wijne als Akkermans en Smeehuijzen betogen op grond van dit laatste overigens dat een zogenaamd no fault systeem hier ook geen oplossing biedt. Het is en zal een ‘battle of experts’ blijven, met alle kosten van dien.

Al met al verandert een herverdeling van de bewijslast met betrekking tot de normovertreding weinig aan het in mijn ogen grootste probleem binnen het medische aansprakelijkheidsrecht, dat van de kosten (door Wijne geduid als knelpunt 5). Dat betekent dat veel patiënten geen schade kunnen verhalen ook al zouden zij daartoe een recht hebben. Hoe het probleem van het ‘kostenknelpunt’ wel kan worden opgelost binnen het thans bestaande systeem, is een lastig te beantwoorden vraag. Zolang de juristen bij invulling van het toetsingskader afhankelijk zijn van de input van één of meer (medisch) deskundigen, zal het aansprakelijkheidstraject een kostbare exercitie blijven.

De overige aanbevelingen die Wijne doet, brengen daar mijns inziens ook geen verandering in, hoewel aanbeveling 2 (een medische kamer met door de overheid gefinancierde medische deskundigen bij een gerecht) dat lijkt te suggereren. Wijne wijst bij er deze aanbeveling namelijk op dat: *“Met deze aanbeveling is beoogd een oplossing te bieden voor het knelpunt dat de patiënt in de praktijk wordt geconfronteerd met kosten van een deskundige ter voorlichting van de rechter, (...). Een extra procedurele ronde met discussie over de te benoemen deskundige en de hem te stellen vragen, zou uit moeten blijven.”* Deze aanbeveling betekent mijns inziens nog steeds dat het slachtoffer dezelfde weg zal moeten bewandelen en daarmee zich met dezelfde kosten geconfronteerd ziet, alvorens zijn zaak bij

7. Op een gemiddelde van 100 lopende zaken per jaar.
8. Natuurlijk worden er bij een eerste intake ook zaken afgewezen die niet veel te maken hebben met zorggerelateerde schade, maar vooral gaan over onheuse bejegening door een arts.
9. Alleen in zeer evidente zaken (amputatie linker- in plaats van rechterbeen) zullen wij zonder medisch advies een aansprakelijkstelling versturen. In het overgrote deel van de zaken waarbij invulling van de norm ‘redelijk handelend en bekwaam vakgenoot’ noodzakelijk is, zullen wij dat pas na een eerste medisch advies doen.
10. Wijne heeft in deze aanbeveling aanknopings gezocht bij de versterkte bewijspositie van de werknemer ingevolge artikel 7:658 BW en de uit dat artikel voortvloeiende jurisprudentie.
11. Zie Wijne, p. 809.
12. Zie bijvoorbeeld HR 21 oktober 1994, *NJ* 1995/95 en HR 24 december 1999, *NJ* 2000/428, *VR* 2000/57.
13. Zie bijvoorbeeld 7 december 2007, *NJ* 2007/644, *VR* 2008/86. De normschending werd in dit arrest voldoende specifiek geoordeeld, waardoor een beroep op de omkeringsregel gerechtvaardigd werd.
14. Zie in dit verband onder meer HR 7 juni 2013, *ECLI:NL:HR:2013:BZ1717* en HR 7 juni 2013, *ECLI:NL:HR:2013:BZ1721*.
15. J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, *Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatten revoluties*, Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: SDU uitgevers 2013, p. 75.

deze 'gerechtelijk' deskundige komt. Mijn grote bezwaar tegen deze aanbeveling is echter dat er geen debat mogelijk lijkt over de vraagstelling en de persoon van de (gerechtelijk) deskundige. Juist in medische aansprakelijkheidszaken zijn de vraagstelling en de persoon van de deskundige factoren die de zaak kunnen 'maken en breken' en daar moet men invloed op kunnen uitoefenen. Zo is er bijvoorbeeld geen overeenstemming of er ook normatieve vragen aan een deskundige mogen worden voorgelegd.¹⁶⁾ Wordt een normatieve vraag aan de deskundige voorgelegd, dan kan dat als consequentie hebben dat de rechter bij invulling van de juridische norm het antwoord van de deskundige één op één overneemt, hetgeen mijns inziens onwenselijk is.¹⁷⁾

Overigens ben ik het met Wijne eens dat de angst van één van de grootste medische aansprakelijkheidsverzekeraars (MediRisk) dat bij de herverdeling van de bewijslast de hulpverlener in een (onredelijke) bewijsnood komt te verkeren onterecht is.¹⁸⁾ In ieder geval lijkt mij de gestelde consequentie dat de hulpverlener veel vaker aansprakelijk zal zijn bij een herverdeling van de bewijslast – hetgeen in het hierna volgende zal worden betoogd door Michel de Ridder – niet juist. Zelfs in het huidige in de jurisprudentie ontwikkelde systeem rond de verzwaarde stelplicht¹⁹⁾ kan er namelijk al sprake zijn van verschuiving van het bewijsrisico. De hulpverlener heeft immers de plicht tot het verstrekken van gegevens als betwisting van wat wordt gesteld door het slachtoffer. Doet hij dat in onvoldoende mate, dan kan de bewijslast alsnog bij de hulpverlener komen te liggen.²⁰⁾

6. De visie van een advocaat van de hulpverlener: mr. M.J.J. de Ridder

De knelpunten die Wijne signaleert kunnen, afgezien van de herverdeling van de bewijslast (aanbeveling 1 en 5), waarover hierna meer, in meer of mindere mate worden onderschreven. De vraag is natuurlijk of die knelpunten echter wel (mede) verantwoordelijk zijn voor het feit dat vermoedelijk slechts in een gering aantal gevallen waarin sprake is van vorderbare schade daadwerkelijk een vordering jegens de hulpverlener wordt ingesteld. De veronderstelling van Wijne dat dit het geval is, is mijns inziens even ongefundeerd als de veronderstelling dat dit niet het geval is. De onderbouwing voor de aanbevelingen van Wijne is in elk geval zeer mager. Opmerkelijk is ook dat zij in haar onderzoek niet refereert aan de getallen met betrekking tot tuchtrechtelijke uitspraken. Daar is het beeld voor de patiënt bepaald niet gunstiger. Naar schatting wordt slechts in 15% van de klachten de klacht gegrond verklaard.²¹⁾ Dit is zelfs een substantieel lager percentage dan bij de civiele claims, waarbij het toewijzingspercentage volgens Wijne circa 40% bedraagt. Dit terwijl veel van de knelpunten c.q. aanbevelingen die Wijne signaleert in het tuchtrecht geen rol spelen. In een tuchtrechtzaak hoeft de patiënt immers niet het causaal verband te bewijzen. Er is geen sprake van een recht-

sprekende instantie waarin deskundigen ontbreken en er zijn geen advocaatkosten, etc. Ook in het tuchtrecht dient de patiënt de normovertreding te bewijzen. De overige aanbevelingen die Wijne signaleert spelen bij het tuchtrecht echter niet of nauwelijks een rol. Mijns inziens kan ook niet worden gezegd dat de overige knelpunten die Wijne signaleert in de praktijk een belangrijke rol spelen. In de regel is het ook niet zo, zo is althans mijn ervaring, dat er na een incident of calamiteit niet veel openheid wordt betracht vanuit de hulpverleners over de toedracht van een incident²²⁾, waarmee overigens niet gezegd is dat daarmee volledige duidelijkheid wordt verkregen. Verder zie ik bijvoorbeeld niet dat onvoldoende deskundigheid bij de rechters debet is aan het door Wijne gesignaleerde probleem. Ik verwacht althans niet dat er patiënten zijn die zich laten weerhouden van het instellen van een vordering wegens vrees voor onvoldoende deskundigheid aan de zijde van de rechtbank. Het is in de praktijk eerder regel dan uitzondering dat zaken op het gebied van medische aansprakelijkheid worden behandeld door gespecialiseerde rechters (van zogenaamde letselschadekamers). Dat de deskundigheid van rechters soms te wensen zou overlaten, is dan ook bepaald niet mijn indruk. Het enige wat waarschijnlijk wel een zeer belangrijk effect heeft op het relatief beperkte aantal ingediende claims en wat waarschijnlijk ook een zeer belangrijke rol speelt bij de tuchtrechtelijke uitspraken, is dat de patiënt de bewijslast en daarmee dus ook het bewijsrisico draagt van zijn stelling dat sprake is van een normovertreding. Ik verwacht dan ook dat de door Wijne bepleite omkering van de bewijslastverdeling met betrekking tot de normovertreding wel zeer verstrekkende gevolgen zal hebben. De impact daarvan kan zelfs zo verstrekkend zijn, dat die mijns inziens onwenselijk is. Wijne stapt naar mijn mening te makkelijk heen over het genuanceerde systeem van bewijslastverdeling zoals dat thans in het civiele medische aansprakelijkheidsrecht geldt. Bovendien houdt zij ten onrechte geen rekening met de onwenselijke consequenties die kunnen zijn verbonden aan een omkering van de bewijslast.

Het huidige systeem van bewijslastverdeling is gebaseerd op het principe van de verzwaarde stelplicht van de hulpverlener. Deze verzwaarde stelplicht heeft de Hoge Raad in het zogeheten Timmer/Deutman-arrest van 20 november 1987, NJ 1988/500 aanvaard. In dat arrest, dat overigens door Wijne ook wordt besproken (zie p. 233), ging het om orthopedisch chirurg Deutman die bij mevrouw Timmer een kunstheup had geplaatst. Als gevolg van de ingreep trad een ernstig uitval van de nervus ischiadicus (beenzenuw) op. Hiervoor waren drie mogelijke oorzaken, te weten:

- a) te veel aan rekking van de zenuw tijdens de ingreep;
- b) een doorsnijding van de zenuw door de operateur;
- c) termisch/chemisch letsel door botcement.

In de procedure stond vast dat oorzaak b (doorsnijding van de zenuw) een verwijtbare fout van orthopedisch chirurg Deutman zou zijn. Nadat het Hof de vordering jegens Deutman had afgewezen,

Impact omkering van de bewijslastverdeling met betrekking tot de normovertreding onwenselijk.

16. Zie Wijne, p. 622.

17. Zie onder meer over deze problematiek: M.H. Hartman en B.P. Dekker, 'Dan gaat de rechter op de stoel van de dokter zitten, over de vraagstelling en de rol van de deskundige in medische aansprakelijkheidszaken', L&S 2006, nr. 4.

18. Zie Wijne, p. 808.

19. Zie HR 20 november 1987 (Timmer/Deutman-arrest), NJ 1988/500.

20. Zie bijvoorbeeld Rb. Zwolle-Lelystad 14 juli 2004, LJN AR3130 en Rb. Den Bosch 10 november 2004, LJN BQ3245.

21. Zie o.a. J. Legemaate en A. Rabi in *Medisch Contact* 2012, nr. 49, 7 december 2012: 'Steeds meer tuchtklachten'.

22. Dat zou ook in strijd zijn met de GOMA ('Gedragscode Openheid Medische Incidenten: betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid') en kan onder omstandigheden ook tuchtrechtelijk laakbaar zijn.

②

**Forse toename van
'defensive medicine'
door uitbreiding
van aansprakelijk-
heid arts.**

②

stelde Timmer cassatie in. Zij beklagde zich erover dat het Hof de bewijslast met betrekking tot de fout niet had omgekeerd. De Hoge Raad wilde van een omkering echter niet weten en oordeelde als volgt: *"Onderdeel 1 berust op de stelling dat wanneer een arts, aangesproken tot vergoeding van schade als gevolg van een door hem verrichte operatie, betwist dat hij bij de operatie een kunstfout heeft gemaakt, de bewijslast niet op de patiënt maar op de arts rust. Deze stelling kan in haar algemeenheid niet als juist worden aanvaard. Het zelfde geldt in het mede door het onderdeel genoemde geval dat vaststaat dat de oorzaak een kunstfout kan zijn. Wel kan van de arts worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de stellingen van de patiënt teneinde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen. Het Hof is er kennelijk vanuit gegaan dat aan dit laatste hier is voldaan doordat Deutman zijn lezing van het gebeuren heeft gegeven, met een beroep op en onder overlegging van het rapport Gastkemper, het daarin aangehaalde operatieverslag en Deutman's brief aan de medisch adviseur van zijn aansprakelijkheidsverzekeraar van 6 november 1979 en 4 december 1997".* De hulpverlener c.q. zijn verzekeraar zal in het kader van de verzwaarde stelplicht zo nauwkeurig mogelijk lezing dienen te geven van hetgeen tijdens de medische behandeling is voorgevallen (zie ook HR 7 september 2001, NJ 2001/615). Door een verzwaarde stelplicht op de hulpverlener te laten rusten, is de bewijslastverdeling mijns inziens niet zo onbillijk als Wijne betoogt. Dat de aansprakelijkheidsverzekeraar een passieve en achteroverleunende houding heeft, zoals Wijne schetst²³, is mijns inziens niet juist.²⁴ Dit zou ook onverenigbaar zijn met de GOMA (zie met name aanbevelingen 15, 16, en 17). Het Timmer/Deutman-arrest illustreert dat ook. De Hoge Raad overweegt nadrukkelijk dat orthopedisch chirurg Deutman zijn lezing van het gebeuren heeft gegeven, bovendien een rapport van een deskundige heeft overgelegd met daarin het aangehaalde operatieverslag en dat zich daarnaast diverse brieven in het dossier bevinden van Deutman aan de medisch adviseur van zijn aansprakelijkheidsverzekeraar.

Door de verzwaarde stelplicht die op de hulpverlener rust, wordt de patiënt met andere woorden reeds in belangrijke mate tegemoet gekomen in zijn bewijslast. Daarbij is ook van belang dat de hulpverlener de plicht heeft een dossier bij te houden (art. 7:459 BW en aanbeveling 2 GOMA). Het ontbreken van adequate aantekeningen in het dossier kan reden zijn de bewijslast bij de arts te leggen. In feite benadert het systeem van de verzwaarde stelplicht een omkering van de bewijslast zonder dat daarbij het bewijsrisico bij de arts wordt gelegd.

Gelet daarop vraag ik mij af of aanbeveling 3, waarmee Wijne ervoor pleit als sanctie op het niet vastleggen van aard en toedracht van een incident een bewijsvermoeden van een normschending aan te nemen, wel echt vernieuwend is. Het niet voldoen aan de verzwaarde stelplicht leidt in de regel tot hetzelfde resultaat.²⁵

Een zuivere omkering, zoals door Wijne wordt betoogd, zou mijns inziens echter te ver gaan. Dat leidt er namelijk toe dat er ook een verschuiving

van het bewijsrisico optreedt. Net zo goed immers als Timmer niet kon bewijzen dat het hier ging om een oorzaak waarvoor aansprakelijkheid zou bestaan (optie b: doorsnijden zenuw), kon Deutman niet het bewijs leveren dat het hier niet ging om een oorzaak die een fout zou impliceren. De partij die de bewijslast draagt, verkeert met andere woorden letterlijk in bewijsnood. In het medische aansprakelijkheidsrecht is dat zeer vaak het geval. Als het bewijsrisico in plaats van bij de patiënt bij de hulpverlener komt te liggen, zoals Wijne betoogt, heeft dat vergaande consequenties. Het zal er in de praktijk toe leiden dat bij optreden van een complicatie die zowel een gevolg kan zijn van een onzorgvuldig handelen als van een zorgvuldig uitgevoerde behandeling, de arts in de regel aansprakelijk is. De omkering van de bewijslastverdeling gaat met andere woorden gepaard met een zeer forse uitbreiding van de aansprakelijkheid van de arts. Een dergelijke uitbreiding van de aansprakelijkheid zal invloed hebben op de dagelijkse praktijkvoering in de Nederlandse gezondheidszorg. Zeker op de lange termijn. Deutman zal er immers niet aan ontkomen maatregelen te treffen om aan deze bewijsnood te ontkomen. In het meest verstrekende geval zal dat er bijvoorbeeld toe kunnen leiden dat Deutman ervoor kiest tijdens de ingreep een tweede operateur aanwezig te laten zijn, zodat die zo nodig als getuige kan optreden. Mijns inziens zal een dergelijke uitbreiding van aansprakelijkheid tot een forse toename van de zogeheten 'defensive medicine' leiden, met alle negatieve consequenties van dien, waaronder ook een sterke kostenverhoging van de gezondheidszorg. Het getuigt mijns inziens niet van realiteitszin te veronderstellen dat de kosten van de uitbreiding van het aantal claims uiteindelijk niet (op termijn) bij de patiënt komt te rusten, zoals Wijne betoogt.²⁶ Voor zover Deutman niet in staat zou zijn door middel van extra maatregelen de bewijsnood effectief te ondervangen, zal dit er zelfs toe kunnen leiden dat dergelijke ingrepen niet meer worden uitgevoerd.²⁷ Dat Wijne in haar proefschrift niet althans niet meer dan zeer summierlijk ingaat op de bewijsnoodprobleem, acht ik niet terecht. Zij voert "slechts" aan dat de hulpverlener deskundig is en over kennis beschikt aangaande de wijze waarop de behandeling in het concrete geval is verricht (zie p. 808: *"Daar komt bij dat de hulpverlener over kennis beschikt (of kan beschikken) aangaande de wijze waarop de behandeling in het concrete geval is verricht, waar een werkgever vaak niet aanwezig is op het moment van een arbeidsongeval is de hulpverlener per definitie wel aanwezig bij de behandeling van een patiënt. Het standpunt dat een herverdeling van de bewijslast conform die van de werkgevers-aansprakelijkheid de hulpverlener in (onredelijke) bewijsnood zou brengen, deel ik dan ook niet"*). De argumenten die Wijne aanvoert om haar aanbeveling te rechtvaardigen, zijn volgens mij niet steekhoudend. Als men die argumenten zou loslaten op de Timmer/Deutman-casus, kan men niet anders dan concluderen dat dit Deutman niet helpt. Met het gegeven dat Deutman aanwezig was bij de ingreep en bovendien ter zake deskundige is, kan hij immers niet het bewijs leveren wat de oorzaak is (a, b, of c) van de zenuwuitval. De bewijsnood in de Timmer/Deutman-casus doet zich in het medi-

23. Zie Wijne, p. 823.

24. Opmerkelijk is ook dat C.J.J.M. Stolker in zijn dissertatie over medische aansprakelijkheid van 15 jaar eerder (*Aansprakelijkheid van de arts; in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, Deventer: Kluwer 1988) tot de tegenovergestelde conclusie kwam: "De tot schadevergoeding aangesproken arts kan derhalve niet gerieflijk achteroverleunend wachten tot de patiënt met zijn bewijsvoering is vastgelopen" (p. 81).

25. De vraag is ook hoe aanbeveling 3 zich ten opzichte van aanbeveling 1 verhoudt. Met aanbeveling 1 wordt immers een zuivere omkering van de bewijslast beoogd, terwijl het niet voldoen aan de ophelderingplicht als bedoeld in aanbeveling 3 "slechts" leidt tot een bewijsvermoeden van een fout.

26. Zie p. 814.

27. Zie bijvoorbeeld p. 23 e.v. C.J.J.M. Stolker, in *Van arts naar advocaat; Aansprakelijkheid voor medische fouten in Amerika. Een les voor Nederland?*, Deventer: Kluwer 1989; waarin hij schetst wat de extra-kosten (zowel in dollars als doden) zijn in de V.S. wegens defensive medicine. Tevens wijst hij erop dat bepaalde risicovolle behandelingen in sommige staten van de V.S. vanwege de aansprakelijkheidsrisico's niet meer worden verricht.

sche aansprakelijkheidsrecht, zoals gezegd, veel voor. Meer recente arresten waar dezelfde problematiek aan de Hoge Raad werd voorgelegd, zijn bijvoorbeeld HR 20 april 2007, ECLI:NL:HR:2007:BA1093 (Filshie clip); HR 15 juni 2007, NJ 2007/335 (ulnaris); HR 15 mei 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK1925 (femoralis). In al die zaken kon de patiënt geen fout aantonen, maar kon anderzijds de arts ook niet bewijs leveren dat hij geen fout had gemaakt.²⁸⁾

De vergelijking die Wijne maakt met de bewijslastverdeling die op een werkgever rust met betrekking tot de werknemer die in de uitoefening van zijn werk letsel heeft opgelopen, gaat bovendien mank. Ten eerste zal een werkgever, indien hij concreet invulling geeft aan zijn verplichtingen om in de zorgplicht te voorzien, ook daadwerkelijk kunnen aantonen dat hij in het concrete geval die maatregelen heeft genomen. Een vergelijkbare vorm van bewijsnood speelt daar niet, althans in veel mindere mate.²⁹⁾ Ook de rechtspositie tussen beide situaties is wezenlijk anders. Een werkgever zal ernaar streven maximale winst te behalen, hetgeen in de regel op gespannen voet staat met het nemen van de (veiligheids)maatregelen die haast per definitie kosten met zich meebrengen en dus de winst drukken. Onder die omstandigheden is het ook eerder redelijk om de werkgever met de financiële consequenties op te zadelen van een ongeval van de werknemer tijdens werktijd ("pro-fijtbegin-sel"). Dit strookt althans al snel met ons rechtsgevoel. Ten aanzien van de arts-patiëntrelatie ligt dat genuanceerder. Dat het al snel redelijk is de arts te confronteren met de financiële consequenties van een ongunstig ziektebeloop c.q. medische behandeling, ligt minder voor de hand.

Al met al kan de door Wijne bepleite aanbeveling ter zake van de omkering van de bewijslast met betrekking tot de normovertreding door mij niet worden onderschreven. De consequenties daarvan zijn vermoedelijk zeer verstrekkend en in elk geval zeer ongewis. Het introduceren van een no fault systeem valt in dat geval dan eerder te verkiezen. Persoonlijk ben ik overigens ook daarvan echter geen voorstander. Los van bezwaren en knelpunten die volgens Wijne aan dit systeem kleven en welke ik overigens (wel) onderschrijf, is het immers de vraag of de medische aansprakelijkheidskwestie van zodanige aard is dat dit een apart sociaal verzekeringsstelsel rechtvaardigt. Er is weinig grond voor een patiënt die na medische behandeling met een ernstige schade wordt geconfronteerd wel schadeloos te stellen en eenzelfde benadeelde die een ongeval overkomt in een privésituatie niet. Ik zie weinig rechtvaardiging voor een wezenlijk verschillend niveau van compenseren. In dat geval zou ik er dus eerder toe neigen het sociale verzekeringsrecht in algemene zin op te poetsen dan dat voor slechts voor een specifieke groep van benadeelden te doen. Dit gaat echter lijnrecht in tegen de maatschappelijke tendensen die op dit moment gaande zijn en ertoe leiden dat het sociaal zekerheidsstelsel in feite wordt uitgehold.

7. Conclusie

Het proefschrift van Wijne geeft een goed overzicht van het civiele medische aansprakelijkheidsrecht. Het was ook de oorspronkelijke opzet van Wijne om een handboek op het gebied van medische aansprakelijkheid te schrijven. Daarin is Wijne zeker geslaagd. In feite kan het meer dan 900 pagina's tellende proefschrift worden beschouwd als het eerste serieuze Nederlandse handboek dat gaat over medische aansprakelijkheid. Dat neemt niet weg dat wij wel kritische kanttekeningen plaatsen bij de aanbevelingen van Wijne. Van de zijde van de benadeelde wordt betoogd dat dit waarschijnlijk geen structurele verbetering van een van de belangrijkste knelpunten binnen het medische aansprakelijkheidsrecht oplevert. Dit terwijl van de zijde van hulpverleners wordt betoogd dat met name de door Wijne bepleite omkering van de bewijslast juist te vergaande consequenties heeft, die vermoedelijk ook van invloed zijn op de directe patiëntenzorg. Daarnaast is de verwachting dat dit een zeer forse uitbreiding van de aansprakelijkheid met zich mee zal brengen, hetgeen tot een aanzienlijke kostenstijging van de zorg zal leiden.

Vergelijking met werkgeversaansprakelijkheid gaat mank.

28. Zie over de bewijsnood die in het medische aansprakelijkheidsrecht speelt o.a. de dissertatie van Stolker, o.c., die er (in navolging van Sluyters) voor pleit vanwege bewijsnood het bewijsrisico niet bij de arts te leggen (p. 87/88).

29. Hier heb ik reeds op gewezen in *Medische aansprakelijkheid*, Den Haag: SDU 2009, zie § 3 'Bewijslastverdeling in het medische aansprakelijkheidsrecht', p. 71.