



Vereniging voor Gezondheidsrecht

Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid

P R E A D V I E S 2 0 1 3

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

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

**Ontwikkelingen rond
medische aansprakelijkheid
in België**

Prof. mr. T. Vansweevelt

ONTWIKKELINGEN ROND MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID

VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT

ONTWIKKELINGEN ROND MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID

*Deel 1 Medische aansprakelijkheid:
over grote problemen, haalbare verbeteringen en
overschatte revoluties*

PROF. MR. DR. J.L. SMEEHUIJZEN EN PROF. MR. DR. A.J. AKKERMANS

*Deel 2 Ontwikkelingen rond medische
aansprakelijkheid in België*

PROF. MR. T. VANSWEEVELT

Preadvies uitgebracht voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht,
jaarvergadering 19 april 2013

Sdu Uitgevers
Den Haag, 2013

Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:

Sdu Klantenservice

Postbus 20014

2500 EA Den Haag

tel.: 070 - 378 9880

e-mail: sdu@sdu.nl

www.sdu.nl/klantenservice

© Vereniging voor Gezondheidsrecht, 2013

ISBN 978 90 12 39081 1

NUR 822, 824

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij Sdu Uitgevers bv.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van reprografische verveelvoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3051, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.cedar.nl/pro). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

WOORD VOORAF

Ieder draagt zijn eigen schade. Dit is althans het uitgangspunt van ons civiele aansprakelijkheidsrecht. Maar daar waar schade door een ander is veroorzaakt, vinden we het gepast dat de getroffene de schade kan verhalen. Dit geldt ook voor schade opgelopen in het kader van de gezondheidszorg.

Maar niet iedere vorm van schade die een patiënt ervaart na een geneeskundige behandeling of medisch onderzoek is veroorzaakt door een fout, die leidt tot een aanspraak op schadevergoeding. Althans, op basis van de huidige stand van het aansprakelijkheidsrecht. Betekent dit dan dat de patiënt meestal maar zijn eigen schade moet dragen?

Over de uitgangspunten en de rechtvaardigheid van het op schuld gebaseerde aansprakelijkheidsrecht met betrekking tot de zorg – kortweg ‘medisch aansprakelijkheidsrecht’ – bestaat al lange tijd discussie. Zowel in Nederland als daarbuiten. Uit onderzoek en casuïstiek komt het beeld naar voren dat veel patiënten ten onrechte met onverhaalbare schade blijven zitten. Tegelijkertijd worden zorgaanbieders regelmatig beticht van ‘blunderen’ en ‘disfunctioneren’, zonder dat zij zich daartegen afdoende kunnen verweren. De onenigheid over de vergoeding van schade kent zo alleen maar verliezers. Vandaar ook de roep om verandering.

Terugkomende vragen hierbij betreffen het vaststellen van de begrippen ‘fout’, ‘schade’ en ‘causaal verband’, de bewijslastverdeling tussen partijen, de medewerkingsplicht van de hulpverlener(s) aan het onderzoek en de eventuele gerechtelijke procedure, de hoogte van de gehele of gedeeltelijke schadevergoeding, door wie de schade moet worden uitgekeerd, de expertise en rol van deskundigen en de kennis van de rechter. Daarnaast wordt er gedebatteerd over de effecten van het medische aansprakelijkheidsrecht. De wijze waarop wij dit stelsel inrichten heeft namelijk niet alleen gevolgen voor de (rechts)positie van patiënten, artsen en verzekeraars, maar ook voor de mate waarin ‘fouten’ kunnen bijdragen aan meer kwaliteit en veiligheid van de zorg en de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt.

De roep om verandering is luid, maar niet eenduidig. Niemand zit te wachten op een claimcultuur of defensieve geneeskunde. Ideeën over de overstap van een systeem van schuld- naar risicoaansprakelijkheid of een *no-fault* systeem lijken op het eerste gezicht sympathiek. Maar wat zijn hiervan de financiële implicaties? En zou dit dan alleen voor de gezondheidszorg moeten gelden? Welke lessen kunnen we in Nederland trekken uit de ervaringen in het buitenland? Deze en andere complexe vragen leiden tot de hamvraag: Is er eigenlijk wel een alternatief dat beter is dan het huidige systeem van aansprakelijkheidsrecht in de gezondheidszorg? Daarover handelen de twee navolgende preadviezen.

Op verzoek van het bestuur van de Vereniging voor Gezondheidsrecht brengen Lodewijk Smeehuijzen en Arno Akkermans de ontwikkelingen op het gebied van het Nederlandse medische aansprakelijkheidsrecht in kaart en betrekken daarbij

– mede door hen – verricht onderzoek. Zij concluderen in het eerste deel van het preadvies dat het huidige medische aansprakelijkheidsrecht tekort schiet en doen concrete voorstellen voor verbeteringen.

Thierry Vansweevelt beschrijft in het tweede deel van het preadvies de invoering van een *no-fault* systeem in België en de daaraan ten grondslag liggende Wet Medische Ongevallen. De preadviseur werpt een aantal principiële en praktische vragen op die beantwoording behoeven alvorens te kunnen beslissen over invoering van zo'n systeem – gesteld dat dit wenselijk wordt bevonden.

Dit rijke preadvies verschijnt op een moment waarop 'fouten door artsen' volop in de publieke belangstelling zijn. Alleen al daarom is het goed kennis te nemen van de inhoud daarvan. Het bestuur wenst u veel leesplezier en ziet uit naar een vruchtbare voorjaarsvergadering op 19 april in Rotterdam.

Aart Hendriks
voorzitter

INHOUDSOPGAVE

Woord vooraf	5
Lijst van afkortingen	11
Deel 1 Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatte revoluties	
<i>Prof. mr. dr. J.L. Smeehuijzen en prof. mr. dr. A.J. Akkermans</i>	13
1 Inleiding	15
2 Het moeizame functioneren van het medisch aansprakelijkheidsrecht	16
2.1 Aanwijzingen voor problemen met het medisch aansprakelijkheidsrecht	16
2.2 Waardoor het medisch aansprakelijkheidsrecht zo moeizaam functioneert	19
2.2.1 Inleiding	19
2.2.2 De hindernissen van het medisch aansprakelijkheidsrecht	19
2.2.3 De 'menselijke dimensie' van het medisch aansprakelijkheidsrecht; de letselschadeafwikkeling is belastend	21
2.2.4 Verder kijken dan financiële compensatie: waar gaat het de patiënt om na een medische fout?	23
2.2.5 Het functioneren van de belangenbehartiger en verzekeraar	29
2.2.6 Conclusie	31
3 Ontwikkelingen met (deels al gerealiseerde) potentie tot verbetering	32
3.1 Inleiding	32
3.2 Vier ontwikkelingen	32
3.3 Verbetering? Ja. Voldoende verbetering? Waarschijnlijk niet.	37
4 Suggesties tot verdere verbetering	38
4.1 Inleiding	38
4.2 Suggesties tot verbetering van opvang en bejegening na het incident	39
4.2.1 Inleiding	39
4.2.2 Open disclosure	39
4.2.3 Bemiddeling op verschillende niveaus	45
4.2.4 Toegang tot een retrospectieve second opinion	47
4.3 Suggesties tot verbetering van de procedure tot schadevergoeding na een medische fout	48

4.3.1	Ziekenhuizen moeten schades tot een hoger bedrag dan nu gebruikelijk is zelf afwikkelen	48
4.3.2	Geschillenbeslechting over vorderingen tot schadevergoeding wegens medische fouten moet plaatsvinden door een college waarin de vereiste medische deskundigheid is geïntegreerd	50
4.3.3	Met name in zaken waarin de aansprakelijkheid vast staat, moet worden gepoogd het geschil door middel van een passende vorm van conflictoplossing op te lossen	56
5	De meerwaarde van aanpassingen en systeemwijzigingen	57
5.1	Zou het beter gaan in een <i>no-faults</i> systeem?	57
5.2	Claimbeoordeling in een <i>no-faults</i> systeem	59
5.3	Versterking van de positie van de patiënt in een tweesporensysteem	63
5.4	Het effect van een <i>no-faults</i> systeem op de relatie zorgverlener-patiënt	66
5.5	<i>No-faults</i> systeem en preventie	72
5.6	Tegemoetkoming in de bewijslast met betrekking tot de tekortkoming	72
5.7	Het nieuwe Duitse Patientenrechtengesetz	77
6	Conclusies	79
	Literatuur	82

Deel 2 Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid in België

	<i>Prof. mr. T. Vansweevelt</i>	89
1	Aanleiding tot de Wet Medische Ongevallen	91
1.1	Patiëntenverzekering met beperkte vergoeding en afschaffing gemeen aansprakelijkheidsrecht	96
1.2	Coëxistentie van patiëntenverzekering en gemeen aansprakelijkheidsrecht	97
1.3	Begeleide keuze tussen de patiëntenverzekering en het gemeen aansprakelijkheidsrecht	97
1.4	Het exclusief tweesporensysteem: of de patiëntenverzekering of het gemene aansprakelijkheidsrecht	98
1.5	Het tweetrapsstelsel: een ongevallenverzekering en aansprakelijkheidsverzekering	98
1.6	Korte schets van de Wet Medische Schadegevallen van 15 mei 2007	99

2	De Wet Medische Ongevallen	102
2.1	De uitgangspunten en doelstellingen van de wet	102
2.1.1	Het tweesporensysteem	102
2.1.2	Behoud van het gemene aansprakelijkheidsrecht en subrogatie ziekenfonds	103
2.1.3	Een subjectief recht op schadevergoeding bij een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid	103
2.1.4	De oprichting van een Fonds Medische Ongevallen	104
2.1.5	Een minnelijke, kosteloze, snelle en eenvoudige procedure	104
2.1.6	Evenwichtige begroting via schadedrempels en stabilisering van verzekeringspremies	104
2.1.7	De preventie van ongevallen	105
2.2	Het toepassingsgebied	105
2.2.1	Het personele toepassingsgebied	106
2.2.2	Het materiële toepassingsgebied	107
2.3	De voorwaarden voor vergoeding door het fonds	111
2.3.1	Algemene principes: het tweesporensysteem en de schade als gevolg van gezondheidszorg	111
2.3.2	Algemene principes: vier vergoedingsgevallen en schadedrempels	111
2.3.3	Een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid dat ernstige schade heeft veroorzaakt	113
2.3.4	Aansprakelijkheid van de zorgverlener zonder (voldoende) verzekeringsdekking	125
2.3.5	Aansprakelijkheid van de zorgverlener die wordt betwist en ernstige schade	125
2.3.6	Kennelijk ontoereikend voorstel van verzekeraar bij aansprakelijkheid zorgverlener	127
2.4	Het Fonds Medische Ongevallen	128
2.4.1	Oprichting fonds en samenstelling raad van bestuur	128
2.4.2	Taken van het fonds	130
2.4.3	Financiering van het fonds en kostprijs van het tweesporensysteem	133
2.5	De procedure voor het fonds	135
2.5.1	De aanvraag	135
2.5.2	De behandeling van de aanvraag	141
2.5.3	De betwisting van het niet-bindend advies	148
2.6	De inwerkingtreding van de Wet Medische Ongevallen	149
	Literatuur	154
	Lijst van beschikbare preadviezen	159

LIJST VAN AFKORTINGEN

ADR	Alternative Dispute Resolution
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BS	Belgisch Staatsblad
BW	Burgerlijk Wetboek
CJIB	Centraal Justitieel Incassobureau
EC	Europese Commissie
EK	Eerste Kamer
EU	Europese Unie
EVRM	Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens
FOD	Federale Overheidsdienst
Ger. W	Gerechtelijk Wetboek
GGz	Geestelijke gezondheidszorg
GJ	Gezondheidszorg jurisprudentie
GOMA	Gedragcode openheid medische incidenten; betere afwikkeling medische aansprakelijkheid
HR	Hoge Raad
HvJEG	Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen
IGZ	Inspectie voor de gezondheidszorg
KB	Koninklijk Besluit
KCE	Federaal kenniscentrum voor gezondheidszorg
KNMG	Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst
KZI	Kwaliteitsnorm Zorginstelling
MIP	Meldingen Incidenten Patiëntenzorg
MvT	memorie van toelichting
NFCS	<i>no-fault</i> compensatiesysteem
NIVEL	Nederlands instituut onderzoek van de gezondheidszorg
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad
NMa	Nederlandse mededingingsautoriteit
NPCF	Nederlandse Patiënten Consumenten Federatie
NV	nota naar aanleiding van het verslag
NvT	Nota van toelichting
NZa	Nederlandse Zorgautoriteit
Rb	Arrondissementsrechtbank
RIZIV	Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering
RvdW	Rechtspraak van de Week
Stb.	Staatsblad
Stcrt.	Staatscourant
TK	Tweede Kamer
Trb.	Tractatenblad

LIJST VAN AFKORTINGEN

TvGR	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
VGR	Vereniging voor Gezondheidsrecht
VIM	Veilig incidenten melden
VMS	Veiligheidsmanagementsysteem
VvAA	Vereniging van Artsen Automobilisten
VWS	Volksgesondheid Welzijn en Sport
Vzngr.	Voorzieningenrechter
Wcz	Wet cliëntenrechten zorg
WGBO	Wet op de geneeskundige behandelingsovereenkomst
WODC	Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum
ZIV-wet	Ziekteverzekering-wet

Deel 1

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

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

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

1 Inleiding

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

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

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

1 Zo bijvoorbeeld Tros Radar 1 oktober 2012.

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

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

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

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

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

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

2 Het moeizame functioneren van het medisch aansprakelijkheidsrecht

2.1 Aanwijzingen voor problemen met het medisch aansprakelijkheidsrecht

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Het meest genoemd werd echter de traagheid van het afwikkelingsproces.

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

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

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

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

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

2.2 *Waardoor het medisch aansprakelijkheidsrecht zo moeizaam functioneert*

2.2.1 *Inleiding*

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

2.2.2 *De hindernissen van het medisch aansprakelijkheidsrecht*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

23 Zie hierover nader par. 5.

24 Zie par. 4.2.2.

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

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

Men zou deze behoeften als volgt kunnen opsommen:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2.5 *Het functioneren van de belangenbehartiger en verzekeraar*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2.2.6 *Conclusie*

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

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

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

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

3 Ontwikkelingen met (deels al gerealiseerde) potentie tot verbetering

3.1 Inleiding

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

3.2 Vier ontwikkelingen

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

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

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

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



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

De GOMA

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Het voorstel “Wet Cliëntenrechten Zorg”

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Andere belangrijke ontwikkelingen

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

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

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

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

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

46 Artt. 1019w – 1019 cc Rv.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4 Suggesties tot verdere verbetering

4.1 Inleiding

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

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

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

4.2.1 *Inleiding*

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

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

4.2.2 *Open disclosure*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Open disclosure; invulling van de medisch professionele standaard

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

Toegeven fout en excuses vormen geen erkenning van aansprakelijkheid

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

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

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

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

60 LJN: BY2540

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

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

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

De verhouding tussen 'veilig melden' en open disclosure

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

61 Vgl. artikel 7:453 BW.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2.3 Bemiddeling op verschillende niveaus

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.2.4 *Toegang tot een retrospectieve second opinion*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

4.3.2.1 *Geïntegreerde deskundigheid*

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

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

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

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

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

4.3.2.2 *Wijze van organisatie: tuchtcolleges inspiratiebron*

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

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

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

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

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

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

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

4.3.2.3 *Uitwerking Geschilleninstantie*

Inleiding

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

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

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

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

1. *Regionale organisatie*

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

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

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

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

2. *Werving van deskundigen*

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

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

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

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

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

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

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

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

5. *Mogelijkheid tot hoger beroep*

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

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

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

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

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

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

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

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

7. *Vrijwel gratis toegankelijk*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5 De meerwaarde van aanpassingen en systeemwijzigingen

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

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

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

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

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

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

78 KNMG Kwaliteitsmanifest 2004, onder 7, Het aansprakelijkheidssysteem.

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

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

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

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

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

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

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

5.2. *Claimbeoordeling in een no-faultsysteem*

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

90 VvAA trendonderzoek 2011, *Medische fouten*.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

97 Artikel 17.

98 Artikel 21.

99 Artikel 15 en 16.

100 Artikel 22.

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

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

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

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

102 Artikel 8 § 1, 6°.

103 Artikel 4, 4° en 31

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

105 Artikelen 4, 3° en 32.

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

107 Artikel 36f lid 1 Sr.

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

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

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

109 Artikel 572 lid 1 Sv.

110 Artikel 36f lid 6 Sr.

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

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

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

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

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

112 KNMG Kwaliteitsmanifest 2004, p. 17.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

120 T.a.p. voetnoot 134.

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

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

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

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

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

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

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

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

126 Zie par. 4.2.2.

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

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

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

Anders dan dit lijkt te veronderstellen, en anders dan de perceptie bij veel individuele zorgverleners, spelen de subjectieve elementen verwijt en schuld ook in de huidige beoordeling niet of nauwelijks een rol. Dute wijst er terecht op dat het begrip ‘fout’ een objectieve kant heeft (het afwijken van een bepaalde norm) en een subjectieve kant (de verwijtbaarheid van de dader), dat in het medische aansprakelijkheidsrecht de beoordelingsnorm verregaand wordt geobjectiveerd, en er in dat opzicht dus geen wezenlijk verschil is met een *no-fault* systeem.¹²⁸ De compensatiegrondslag in het Nederlandse medische aansprakelijkheidsrecht is de vraag of sprake is van een tekortkoming (of van een onrechtmatige daad, maar dat maakt voor de beoordeling niet uit). De norm waaraan dit wordt getoetst is gecodificeerd in artikel 7:453 BW: ‘de hulpverlener moet bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen en handelt daarbij in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard’. In de rechtspraak is deze wettelijke norm geconcretiseerd tot de bekende vergelijkingsmaatstaf: ‘de zorg die een redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot in dezelfde omstandigheden zou hebben betracht.’ Dit komt neer op een gemengd medische/juridische toets,¹²⁹ waarin het gaat om de objectieve vraag of de zorg

127 KNMG Kwaliteitsmanifest 2004, p. 17.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

133 VvAA trendonderzoek 2011, *Medische fouten*.

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

5.5 *No-faultsysteem en preventie*

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

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

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

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

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

135 KNMG Kwaliteitsmanifest 2004, p. 17.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

143 Zie het preadvies van onze mede-preadviseur Vansweevelt.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

5.7 *Het nieuwe Duitse Patientenrechtengesetz*

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

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

152 Zie HR 14 dec. 2012, LJN BX8349.

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

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

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

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

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

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

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

6 Conclusies

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

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

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

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

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

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

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

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

Literatuur

Akkermans e.a. (2009)

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

Akkermans, Hendrix en Van (2009)

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

Akkermans en van Wees (2007)

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

Alhafaji, Frederiks en Legemaate (2009)

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

Allan en Mc Killop (2010)

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

Bismark, e.a. (2006)

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

Bogdanoski (2009)

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

Van Bon en Molendijk (2009)

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

Van Boom (2006)

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

Cascão (2005)

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

Cascão en Hendrickx (2007)

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

CBO (2009)

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

Commissie Lemstra II (2010)

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

Van Dijk e.a (2009)

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

Van Dijk en Simons (2010)

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

Dozy en Willink (2007)

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

Duclos e.a. (2005)

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

Dute, Faure en Koziol (2002)

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

Dute, Faure en Koziol (2004)

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

Erichsen (2000)

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

Espersson (2000)

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

Friele e.a. (2008)

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

Friele, Ruiters, Van Wijnen en Legemaate (1999)

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

Gallagher e.a. (2006)

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

De Groot (2011)

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

Hartlief (1997)

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

Hartman en Wijne (2005)

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

Helmchen e.a. (2010)

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

Huver e.a. (2007)

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

Iedema e.a. (2011)

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

Kaldjian e.a (2006)

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

Kastelein (2010)

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

Kastelijn (2011)

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

De Kezel (2009)

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

KNMG (2004)

KNMG Kwaliteitsmanifest 2004, onder 7, Het aansprakelijkheidssysteem.

KNMG (2007)

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

Koch (2011)

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

Van de Laar (2010)

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

Legemaate (2006)

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

Legemaate (2009)

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

Legemaate (2010)

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

Legemaate (2011)

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

Lierman (2011)

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

Linthorst e.a (2010)

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

Mazor e.a. (2009)

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

Molendijk, Legemaate en Leistikov (2008)

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

O'Connor e.a. (2010)

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

Pierluissi e.a. (2003)

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

Robbennolt (2009)

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

Sas (2010)

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

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

Sirriyeh e.a. (2010)

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

Smeehuijzen e. a. (2013)

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

Staender en Manser (2012)

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

Stern e.a. (2010)

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

Stichting De Ombudsman (2008)

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

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

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

Truog e.a. (2011)

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

Vansweevelt, Boone en Lierman (2011)

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

Vincent e.a. (1994)

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

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

Wijne (2011)

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

Wu (2000)

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

Wu e.a. (2003)

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

Deel 2

Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid in België

Prof. mr. T. Vansweevelt*

* Prof. mr. T. (Thierry) Vansweevelt is gewoon Hoogleraar aan de Universiteit van Antwerpen en advocaat bij Dewallens & partners

1. Bij gebrek aan specifieke, principiële rechtspraak over medische aansprakelijkheid, is de belangrijkste recente ontwikkeling in België op het vlak van de medische aansprakelijkheid zonder twijfel de invoering van de wet van 31 maart 2010 betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg, hierna genoemd de Wet Medische Ongevallen.¹ Vele jaren is er in België denkwerk verricht over en gepleit voor de invoering van een zgn. *no-fault* systeem voor medische ongevallen.² In deze bijdrage wordt eerst ingegaan op de aanleiding tot deze wet en de verschillende *no-fault* systemen die in België in het verleden werden voorgesteld, nadien wordt de wet zelf geanalyseerd.

1 Aanleiding tot de Wet Medische Ongevallen

2. De regeling van de *medische aansprakelijkheid* is al jaren het voorwerp van ontevredenheid. Die ontevredenheid geldt voor de drie betrokken partijen: de patiënt of zijn nabestaanden, de arts/de zorgverlener en de verzekeraar.

De benadeelde patiënt blijkt talrijke hinderpalen te moeten overwinnen om vergoed te worden. In de eerste plaats komt het voor dat de patiënt te kampen krijgt met de complexiteit van de gezondheidszorg en het aansprakelijkheidsrecht. De patiënt die in ziekenhuisverband schade lijdt, moet zich allereerst afvragen wie hij tot schadevergoeding kan aanspreken: de arts (maar welke binnen het medisch team?), de verpleegkundige, een paramedicus of het ziekenhuis? Hij moet ook uitpluizen in welke rechtsverhouding hij tot de arts en het ziekenhuis staat en welke verbintenissen deze partijen hebben opgenomen. De patiënt moet bovendien weten op welke grondslag – contractueel of buitencontractueel – hij zijn schadevergoedingsvordering moet baseren. Ook is het vaak niet duidelijk welke aansprakelijkheidsregel moet worden ingeroepen, omdat dit onder meer afhankelijk is van het statuut van de arts. Zo kan de arts werkzaam zijn als orgaan, als aangestelde, als werknemer of als zelfstandige. Deze statuten kunnen telkens een invloed hebben op de aansprakelijkheid. Voor de patiënt is het geen eenvoudige taak om op basis van de juiste aansprakelijkheidsregel de juiste persoon aan te spreken.

Weliswaar heeft de Belgische wetgever hieraan trachten te verhelpen door via de Wet Patiëntenrechten een artikel 17^{novies}, later vernummerd tot artikel 30, in de

1 BS 2 april 2010; sommige stukken van deze bijdrage zijn ontleend aan een eerdere publicatie: T. Vansweevelt, 'De Wet Medische Ongevallen', *T.Gez./Rev.dr.santé*, 2010-2011, 84-134.

2 Zie voor een overzicht: T. Vansweevelt, 'Een no fault-systeem voor medische ongevallen in België: quo vadis?', in *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, 347 e.v.; in dezelfde zin: Memorie van toelichting bij het wetsontwerp betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 5-8 (hierna verkort geciteerd Memorie van toelichting).

Ziekenhuiswet in te lassen dat het ziekenhuis aansprakelijk stelt voor de tekortkomingen aan de Wet Patiëntenrechten begaan door de er werkzame beroepsbeoefenaars.³ De bedoeling was, zoals in Nederland, een centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis in te voeren voor de fouten begaan door de er werkzame beroepsbeoefenaars. Aangezien de ziekenhuizen evenwel aan deze verplichting kunnen ontsnappen door de patiënt vooraf in te lichten dat zij geen aansprakelijkheid opnemen voor (zelfstandige) beroepsbeoefenaars, is deze bepaling in de praktijk weinig efficiënt. In de Nederlandse WGBO werd wel een verplichte en onweerlegbare centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis ingevoerd. Aan de patiënt wordt een centraal adres gegeven, het ziekenhuis, tegen wie hij zijn claim kan indienen, zonder op zoek te moeten gaan naar de persoon die onzorgvuldig heeft gehandeld.

3. Aangezien de arts doorgaans slechts een inspanningsverbintenis aangaat, rust op de patiënt in principe de volledige bewijslast: hij zal de fout, de schade en het causaal verband tussen beide moeten bewijzen. Het foutbewijs is vaak geen sinecure. Vaak kent de patiënt zelfs niet de omstandigheden van het ongeval, bijvoorbeeld omdat hij bewusteloos was tijdens een medische ingreep. Bovendien is een patiënt een leek en weet hij niet wat de normale gang van zaken is. Ook is het niet steeds duidelijk of een schadegeval nu toe te schrijven is aan een fout dan wel aan een medisch risico.⁴

Het bewijs van het causaal verband tussen de fout en de schade, schept eveneens problemen. Omdat het resultaat van een medische behandeling nooit voor honderd procent zeker is, valt het moeilijk te bewijzen dat een correcte medische handeling de schade zou hebben voorkomen.

4. De patiënt die meent onvoldoende informatie te hebben ontvangen of geen toestemming te hebben gegeven, en dus niet met kennis van zaken heeft kunnen toestemmen, staat eveneens voor een zware bewijslast. Aangezien de informatie over een ingreep doorgaans niet schriftelijk werd vastgelegd, is het voor de patiënt bijzonder moeilijk te bewijzen wat de arts hem mondeling juist heeft meegedeeld. Daarenboven moet de patiënt dan nog het causaal verband aantonen tussen het informatieverzuim en de schade: aldus moet hij aantonen dat hij niet zou hebben toegestemd in de behandeling indien hij zorgvuldig voorgelicht was geweest.⁵

3 Zie hierover uitgebreider: S. Callens, 'Aansprakelijkheid van het ziekenhuis', *T. Gez./Rev.dr.santé*, 2003-2004, 125 e.v.

4 T. Vanswevelt, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Maklu-Bruylant, 1992, nrs. 183 e.v.

5 E. Delbeke, 'De informatieplicht over de relevante risico's van een medische ingreep: draagwijdte, determinerende factoren en gevolgen bij miskennis', *T. Gez./Rev.dr.santé*, 2007-2008, 355 e.v.; T. Goffin, 'Toestemming in het medisch recht: een nieuwe lezing van een oud probleem', *RW*, 2007-08, 1306 e.v.; H. Nys, 'De toestemming van de patiënt', *VL.T.Gez.*, 1984, 258; M. van Quickenborne, 'De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie', *R.W.*, 1986-87, 2428.

Wat dit laatste betreft valt er wel een interessante ontwikkeling te signaleren in de Franse rechtspraak. Sinds een principearrest van het Franse Hof van Cassatie van 3 juni 2010 wordt aanvaard dat de schade wegens het niet verkrijgen van de *informed consent* een afzonderlijke of autonome schade is die bestaat uit het miskennen van de wil van de patiënt die geen keuze heeft kunnen maken. Die schade bestaat op zich en vereist dus geen bewijs van een causaal verband, nu de patiënt niet moet aantonen dat hij de ingreep zou hebben geweigerd indien hij zorgvuldig geïnformeerd was geweest.⁶ Deze rechtspraak werd ook in de Belgische rechtsleer toegejuicht.⁷

5. Uit wat voorafgaat volgt dat gelijksoortige schadegevallen in het ene geval wel en in het andere geval niet tot schadeloosstelling aanleiding zullen geven, afhankelijk van de mogelijkheid het nodige bewijsmateriaal te kunnen verzamelen, de juiste rechtsregel in te roepen en de fout en het causaal verband te kunnen bewijzen. Dit maakt de afloop van een medisch aansprakelijkheidsproces vaak *onzeker en onvoorspelbaar*⁸. In de ogen van sommige auteurs is die onzekerheid zo groot, dat zij het instellen van een medisch aansprakelijkheidsproces vergelijken met het deelnemen aan een loterij.⁹

Onder meer omdat het instellen van een rechtszaak tegen een arts/ziekenhuis een complexe aangelegenheid is, is zo'n procedure *duur en tijdrovend*. Alvorens een patiënt een definitieve uitslag kan verwachten, zijn er meestal ettelijke jaren verstreken. Verliest de patiënt zijn zaak en kan hij niet terugvallen op bijvoorbeeld een rechtsbijstandverzekering, dan wacht hem meestal een gepeperde rekening: procedure- en expertisecosten, honoraria van raadsgeneesheren en advocaten, ...

Het vooruitzicht op een financiële adering en een langdurig proces met een onzeker resultaat, weerhoudt menig patiënt ervan om een vordering tegen een arts in te stellen.

6. Ofschoon het instellen van een aansprakelijkheidsproces door patiënten blijkbaar geen sinecure is, ervaren artsen dat er ook in België een claimcultuur ontstaat. De negatieve publiciteit rond een proces, de aantasting van de reputatie van de arts, de psychische last en het tijdverlies die aan een proces zijn verbonden,

6 Cass.fr. 3 juni 2010, *JT* 2011, 109, noot G. Genicot, *D.* 2010, 1522, noot P. Sargos, *JCP* 2010, 1453, noot S. Porchy-Simon en *Gaz.Pal.* 2010, 1563, advies A. Legoux.

7 Zie J.-L. Fagnart, 'Information du patient et responsabilité du médecin' in E. Thiry (ed.), *Actualités de droit médical*, Brussel, Bruylant, 2006, 91 ; G. Genicot, 'Le manquement du médecin à son devoir d'information cause un préjudice autonome', (noot onder Cass.fr. 3 juni 2010), *JT* 2011, 113.

8 C. Ham, R. Dingwall, P. Fenn en D. Harris, *Medical negligence. Compensation and accountability*, Londen, King's Fund Institute, 1988, 5.

9 M. Jones, 'Medical negligence. The burden of proof', *N.L.J.*, 1984, 9.

evenals de mogelijke consequenties op tuchtrechtelijk vlak, de mogelijke uitoefening van defensieve geneeskunde, vormen voor de arts evenzoveel problemen.¹⁰

7. Ten slotte heeft de evolutie van het medisch aansprakelijkheidsrecht ook geleid tot enkele problemen op verzekeringsvlak.¹¹

Een aantal verzekeraars heeft de markt verlaten of biedt geen aansprakelijkheidsverzekeringen meer aan voor de zwaarste risicocategoriën.

Slechts vier verzekeraars bieden ziekenhuizen nog een aansprakelijkheidsverzekering aan.¹² De verzekeringspremies werden ook fors opgetrokken. De zwaarste categorie artsen (chirurgen, anesthesisten, esthetisch chirurgen, ...) betaalden midden jaren tachtig ongeveer € 500 jaarlijkse premie. Begin jaren negentig werd dit opgetrokken tot € 1.500, waar dit nu ongeveer € 4.000 à € 5.000 en meer bedraagt. Ook de omvang van de dekking werd beperkt. Sommige medische aansprakelijkheidsverzekeringen bevatten een hele lijst van niet gedekte grove fouten. Anderzijds wordt vaak ook de dekking in de tijd beperkt, waardoor de arts niet gedekt is voor de ganse duur van de (verjarings-)periode waarin hij nog met een claim zou kunnen worden geconfronteerd.

8. De invoering van een *no-fault*stelsel beoogt een aantal van bovenvermelde euvels van het op de fout gebaseerde aansprakelijkheidsrecht te verhelpen.

De schrapping van het foutbewijs heeft in de eerste plaats tot doel om meer benadeelden van een medisch ongeval te vergoeden. Benadeelden die geen verwijtbaar gedrag kunnen bewijzen, komen nu eveneens in aanmerking voor schade-loosstelling.

Tevens kan in een *no-fault*stelsel de arts-patiëntrelatie en de vertrouwensrelatie ongeschonden blijven.¹³ Dit systeem plaatst de partijen immers niet noodzakelijk in een conflictsituatie. Nu niet naar een 'schuldige' wordt gezocht, kan voor de arts ook reputatieverlies worden vermeden en is er evenmin nood aan defensieve geneeskunde.

Een *no-fault*regime is doorgaans ook efficiënter en sneller dan een op de fout en op een conflict gebaseerd stelsel, dat vaak hoge administratieve en gerechtskosten met zich brengt. Doordat de behoefte om hoger beroep in te stellen vermindert in een *no-fault*stelsel, worden gelden bespaard waarmee patiënten beter vergoed kunnen worden.

10 Vgl. King, *The law of medical malpractice in a nutshell*, St.Paul, Minn., West Publishing, 1986, 327.

11 T. Vansweevelt, *De beroepsaansprakelijkheidsverzekering van artsen en ziekenhuizen: een vergelijkende analyse*, Gent, Mys&Breesch, 1997, 1.

12 Amlin, Amma, Ethias en KBC.

13 A. Ehrenzweig, 'Compulsory 'hospital-accident' insurance: a needed first step towards the displacement of liability for medical malpractice', *U.Chi.L.Rev.*, 1964, 288-289.

9. Aan de invoering van een *no-faultregeling* voor medische ongevallen kleven ook een aantal mogelijke nadelen.

In de eerste plaats is er de noodzaak van ongevallenpreventie. De dreiging aansprakelijk te worden gesteld vormt een prikkel voor artsen en ziekenhuizen om een zo hoog mogelijke zorgvuldigheidsstandaard aan te houden. Afschaffing van deze aansprakelijkheid, gekoppeld aan een vergoeding van patiënten op *no-fault*-basis, zou bij de arts elke prikkel tot ongevallenpreventie grotendeels doen verdwijnen, zo wordt gesteld.¹⁴

Een tweede kritiek op de *no-fault*vergoedingsstelsels heeft betrekking op de problematische afbakening van het feit dat tot vergoeding aanleiding geeft. Het is vaak moeilijk uit te maken of de schade een gevolg is van de behandeling, dan wel tot de gezondheidstoestand van de patiënt te herleiden valt.¹⁵ In feite, zo stelt men, wordt de foutvraag uit het gemene aansprakelijkheidsrecht vervangen door de al even moeilijke causaliteitsvraag en wordt het vergoedingsprobleem alleen maar verschoven.¹⁶

Een derde belangrijk bezwaar tegen een *no-fault*ongevallenverzekering is de kostprijs van het stelsel.¹⁷ Aangezien meer patiënten en naast- en nabestaanden in aanmerking komen voor een vergoeding, zal het stelsel veel meer kosten dan het huidige aansprakelijkheidsrecht. Dit zou dan betekenen dat ofwel de verzekeringspremies sterk moeten worden opgetrokken, dan wel dat de Staat fors moet bijspringen.

Ten slotte en samenhangend met de vorige kritiek, wordt een *no-fault*stelsel gehokeld omdat het nagenoeg altijd gepaard gaat met de invoering van vergoedingsvrijstellingen en plafonds. Het principe van de integrale schadevergoeding uit het gemene aansprakelijkheidsrecht wordt aldus verlaten, wat als een aanzienlijk verlies voor de benadeelde kan worden beschouwd. Dit is zeker het geval wanneer met de invoering van het *no-fault*stelsel het gemene aansprakelijkheidsrecht zou worden afgeschaft.

10. Een goed uitgebalanceerd en werkend *no-fault*stelsel voor medische ongevallen moet best aan een aantal algemene principes beantwoorden. De interuniversitaire werkgroep heeft in 2000 een aantal principes uiteengezet.¹⁸

14 A. Dorsner-Dolivet, *Contribution à la restauration de la faute*, Parijs, L.G.D.J., 1986, nr. 570; R. Epstein, 'Medical malpractice : its cause and cure', in *The economics of medical malpractice*, Washington, American Enterprise for Public Policy Research, 1978, 265.

15 R.O. Dalcq, 'Faut-il limiter la responsabilité des professions libérales?', *Mélanges Baugniet*, Brussel, ULB, 1976, 112.

16 E. Deutsch, H.-L. Schreiber en B. Lilie, v° Germany, in *Medical Responsibility in Western Europe*, Berlijn, Springer-Verlag, 1985, 267, nr. 125.

17 H. Claassens, 'Verzekering en medische aansprakelijkheid in de gezondheidszorg', *Vl.T. Gez.*, 1990, 198-199.

18 T. Vansweevelt en J.-L. Fagnart, 'Présentation du projet du groupe de travail inter-universitaire', *T. Gez./Rev.droit santé*, 2000-2001, 170-172.

Eerst en vooral, is een uitgewerkt systeem van preventie van schadegevallen noodzakelijk. Een orgaan zou moeten worden opgericht waarbij alle schadegevallen zouden worden gecentraliseerd in een databank. De systematische analyse van alle schadegevallen maakt een beleid van kwaliteitszorg mogelijk. Tegelijk moet er ook voor worden gezorgd dat alle betrokkenen bij een schadegeval zonder enige vrees voor sancties of claims een schadegeval zouden melden. Ook een volledige openheid ten opzichte van benadeelde patiënten en hun naastbestaanden is essentieel, nu zij na een schadegeval een grote behoefte hebben aan informatie en toelichting.

Wat het *no-fault*systeem zelf betreft, rijst in de eerste plaats de vraag wie het systeem moet financieren: de beroepsbeoefenaars, de patiënten of het geheel van de burgers. Nu een medisch schadegeval iedereen kan treffen, kan best de maatschappelijke solidariteit spelen: de Staat, en aldus elke burger, dient, in welke vorm dan ook, bij te dragen tot de financiering van een *no-fault*systeem.

Cruciaal in een *no-fault*systeem is het criterium dat tot vergoeding aanleiding geeft. Zich inspirerend op het Zweedse systeem werd gekozen voor het vermijdbaarheids criterium: de schade is vergoedbaar wanneer die waarschijnlijk vermeden had kunnen worden. Daarnaast komt ook de schade als gevolg van ziekenhuisinfecties voor vergoeding in aanmerking, evenals de blijvende schade van ernstige aard zonder verband met de oorspronkelijke gezondheidstoestand van de patiënt of met de voorzienbare evolutie van die toestand.

11. In België werden de afgelopen twintig jaar verschillende voorstellen geformuleerd tot invoering van een *no-fault*systeem voor medische ongevallen. Zij worden nu kort toegelicht.

1.1 *Patiëntenverzekering met beperkte vergoeding en afschaffing gemeen aansprakelijkheidsrecht*

12. Een universitaire werkgroep stelde in 1996 voor een patiëntenverzekering in te voeren voor medische ongevallen.¹⁹ Het betrof een door de zorgverleners gefinancierde patiëntenverzekering, die zonder foutbewijs een vergoeding uitkeert in geval van een therapeutisch ongeval. Er is sprake van een therapeutisch ongeval wanneer een persoon abnormale schade heeft geleden die haar oorzaak heeft in een geneeskundige verstrekking of in het ontbreken van een geneeskundige verstrekking die de patiënt rechtmatig kon verwachten. Cruciaal begrip is aldus de 'abnormale schade' die bestaat wanneer de schade vermijdbaar is, ofwel onvermijdbaar is maar de patiënt er geen kennis van heeft, ofwel onvermijdbaar en gekend, maar een uiterst ernstig karakter vertonend zonder verband met de oorspronkelijke toestand van de patiënt noch met de voorzienbare evolutie van

19 J.-L. Fagnart, 'De vergoeding van medische ongevallen. Voorstel voor een hervorming', in *Aansprakelijkheid en medische ongevallen*, Vansweevelt, T. (ed.), Gent, Mys&Breesch, 1996, 43.

die toestand. Een vergoedingsfonds zou een automatische, dit is los van de fout bestaande, vergoeding uitbetalen die beperkt zou zijn om het systeem betaalbaar te houden. Zo werd voorgesteld om de benadeelde maar te vergoeden indien de volledige tijdelijke arbeidsongeschiktheid minstens dertig dagen bedroeg, er een blijvende arbeidsongeschiktheid was van meer dan 15%, voor de berekening van de economische schade de beroepsinkomsten voor een maximaal brutobedrag van 900.00 BF in aanmerking te nemen, enkel de morele schade te vergoeden die voortvloeit uit een blijvende invaliditeit van meer dan 15% of uit het overlijden, ...

13. De werkgroep was verdeeld over één essentieel aspect: het al dan niet behoud van het gemeen aansprakelijkheidsrecht voor medische ongevallen. Een aantal leden meende dat het *economisch* niet haalbaar was twee systemen te financieren, het *no-faults* systeem en een verzekering van burgerlijke aansprakelijkheid. Daarom werd ervoor geopteerd om zoveel mogelijk schadelijders een redelijke vergoeding te bezorgen via het *no-fault*-systeem, maar de weg naar de gewone rechtbanken op te heffen.

1.2 *Coëxistentie van patiëntenverzekering en gemeen aansprakelijkheidsrecht*

14. Andere leden van de universitaire werkgroep stelden op grond van *ethische* overwegingen dat het onrechtvaardig zou zijn dat wie een fout begaat aan zijn aansprakelijkheid zou kunnen ontsnappen, en dat een benadeelde die een fout kan bewijzen geen integrale schadevergoeding zou kunnen verkrijgen.²⁰ Zij bepleiten een coëxistentie van beide systemen en vonden dat het slachtoffer voor zichzelf moest kunnen uitmaken welk systeem hem het meest geschikt leek. Het systeem zou hierbij nog financieel haalbaar zijn, nu een flinke daling van het aantal klassieke aansprakelijkheidsvorderingen kon worden verwacht door het bestaan van het *no-faults* systeem.

In het jaar 2000 stelde de universitaire werkgroep een nieuw ontwerp voor waarin de keuze tussen het naast elkaar bestaan van beide systemen en de afschaffing van het gemeen aansprakelijkheidsrecht zoals in de arbeidsongevallenregeling een maatschappelijke keuze werd genoemd die enkel aan de politiek toekwam.²¹

1.3 *Begeleide keuze tussen de patiëntenverzekering en het gemeen aansprakelijkheidsrecht*

15. Tijdens de paarsgroene regering van 1999-2003 zagen ook verschillende voorontwerpen van wet het licht betreffende de vergoeding van schade in verband

20 S. Fredericq en P. Colle, 'Alternatieve oplossingen', in *Aansprakelijkheid en medische ongevallen*, Vansweevelt, T. (ed.), Gent, MYS&Breesch, 1996, 93.

21 T. Vansweevelt en J.-L. Fagnart, 'Présentation du projet du groupe de travail inter-universitaire', *T. Gez./Rev.dr.santé*, 2000-2001, 171.

met de gezondheidszorg. Ingaand op een denkpiste van de interuniversitaire werkgroep werd in één van die voorontwerpen de coëxistentie aanvaard tussen de patiëntenverzekering en het gemeen aansprakelijkheidsrecht. Specifiek hierbij was evenwel dat de patiënt zou worden begeleid in zijn keuze: een commissie binnen het Fonds voor Medische Ongevallen zou de aanvraag en het dossier van de patiënt/verzoeker analyseren en hem adviseren omtrent de te volgen procedure: ofwel de piste van het Fonds, zonder foutbewijs en een geplafonneerde schadevergoeding, ofwel de piste van de rechtbanken met integrale schadevergoeding omdat een fout voorlag.²²

Dit systeem heeft het voor de patiënt/verzoeker belangrijke voordeel dat de patiënt vooraf wordt geïnformeerd over zijn kansen op vergoeding in het ene dan wel het andere systeem en dus met kennis van zaken een beslissing kan nemen.

1.4 *Het exclusief tweesporensysteem: of de patiëntenverzekering of het gemene aansprakelijkheidsrecht*

16. Een andere denkpiste bestaat erin om beide systemen, het *no-fault* systeem en het gemeene aansprakelijkheidsrecht, naast elkaar te laten bestaan, maar de patiënt te verplichten tot een keuze die onherroepelijk is. In het wetsvoorstel Baquelaire en Avontroodt²³ wordt voorzien in de oprichting van een compensatiefonds voor diagnostische en therapeutische ongevallen dat beperkte vergoedingen uitkeert in geval van de bovenvermelde abnormale schade als gevolg van een 'zorgaanbod'. De patiënt heeft de keuze ofwel zich te richten tot het Fonds voor een beperkte vergoeding zonder foutbewijs, ofwel een integrale schadevergoeding na te streven met foutbewijs voor de gewone rechter. Maar die keuze is exclusief: een beroep op het Fonds sluit elke andere rechtsgang uit, terwijl wie eerst bij de gewone rechter aanklopt, zich niet meer tot het Fonds kan wenden.

Dit systeem heeft wel het nadeel dat je een patiënt dwingt tot een onherroepelijke keuze die later wel eens de verkeerde zou kunnen zijn.

1.5 *Het tweetrapsstelsel: een ongevallenverzekering en aansprakelijkheidsverzekering*

17. Zowel de private verzekeraars als de ziekenfondsen zagen wel wat in de ontwikkeling van een zgn. tweetrapsstelsel, dat werd voorgesteld tijdens het door de FOD Volksgezondheid georganiseerd congres 'Fault, no fault, or...?' waar aan de verschillende betrokkenen gevraagd werd om een standpunt in te nemen.

22 Zie wetsontwerp betreffende de vergoeding van schade in verband met de gezondheidszorg, FOD Economie, versie 7 februari 2003.

23 Wetsvoorstel betreffende de diagnostische en therapeutische ongevallen, *Parl.St.*, Kamer, 2003, nr. 230/001.

Het tweetrapssysteem bestaat uit een verzekeringspolis met twee luiken: een ongevallendekking en een aansprakelijkheidsdekking.²⁴ De ongevallendekking zou het therapeutisch risico dekken en alle lichamelijke schade vergoeden vanaf een bepaalde ongeschiktheidsgraad (bijvoorbeeld 16%), en dit in functie van de graad van ongeschiktheid tot een maximumbedrag van bijvoorbeeld € 500.000 per slachtoffer.

Daarboven en aanvullend vergoedt de aansprakelijkheidsverzekeraar in de gevallen waarin de arts/het ziekenhuis een aansprakelijkheid oploopt op grond van de foutaansprakelijkheid en dit tot beloop van een maximum van bijvoorbeeld 5 miljoen euro.

Zowel voor de patiënt als voor de arts/het ziekenhuis is er een voordeel aan dit systeem. De patiënt heeft recht op een onmiddellijke ongevallenvergoeding, zonder foutbewijs, een uitkering die kan worden beschouwd als een voorschot op een eventuele aansprakelijkheidsclaim, die indien een fout kan worden bewezen de patiënt een integrale schadevergoeding oplevert. Voor de arts is er het voordeel dat hij in de eerste fase buiten elke conflictsituatie blijft.

1.6 *Korte schets van de Wet Medische Schadegevallen van 15 mei 2007*

18. Met de wet van 15 mei 2007²⁵ beoogde de wetgever om meer benadeelde patiënten te kunnen vergoeden zonder dat ze een fout moesten aantonen. Het volstond dat de schade een gevolg was van de zorgverstrekking.

Om het systeem betaalbaar te houden en de zorgverleners niet tweemaal een premie te laten betalen, werd de civielrechtelijke aansprakelijkheid van de zorgverlener nagenoeg afgeschaft. Enkel in geval van een opzettelijke fout, en drie limitatief opgesomde zware fouten, nl. alcoholintoxicatie/verdoovende middelen, een veroordeling wegens schuldig hulpverzuim, en de uitoefening van wettelijk verboden activiteiten, kon de zorgverstrekker nog op grond van de burgerlijke aansprakelijkheidsregels aansprakelijk worden gesteld.²⁶ De strafrechtelijke aansprakelijkheid bleef vanzelfsprekend behouden, maar de burgerlijke partijstelling werd beperkt tot één symbolische euro morele schadevergoeding.²⁷

Vermits het Federaal Kenniscentrum voor Gezondheidszorg berekende dat een *no-fault*stelsel, afhankelijk van het gekozen systeem en het jaar van werking,

24 J. Rogge, 'Voorstel van de verzekeraars tot vergoeding van medische ongevallen', *T. Gez./Rev.dr.santé*, 2000-2001, 168-169; G. Peeters, 'Toespraak', *T. Gez./Rev.dr.santé*, 2000-2001, 167.

25 Wet van 15 mei 2007 betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg, *BS* 6 juli 2007, zie voor een uitgebreid commentaar op deze wet de bijdragen van S. Lierman, I. Boone en G. Jocque in H. Bocken (ed.), *Nieuwe wettelijke regelingen voor vergoeding van gezondheidsschade*, Mechelen, Kluwer, 2008, 77-193.

26 Artikel 7 Wet Medische Schadegevallen.

27 Artikel 7, §2 Wet Medische Schadegevallen.

gemiddeld 70 à 140 miljoen euro zou kosten en zou kunnen uitdeinen tot 216 miljoen euro²⁸, en Minister van Volksgezondheid Demotte meedeelde dat er 78 miljoen euro voor zou worden uitgetrokken, moest er ergens bespaard worden.

Daarom werd in artikel 6 van de Wet Medische Schadegevallen aan de Koning de mogelijkheid gegeven de vergoedingsregels te ‘preciseren’. Zo kon de Koning voor de vergoeding van economische schade een vrijstelling van maximum € 435,27 vastleggen en een plafond dat niet lager mocht zijn dan € 2.176.373,29.

Voor de vergoeding van morele schade kon de Koning een vrijstelling van maximaal € 1.741,10 vastleggen, terwijl een plafond kon worden bepaald dat niet lager mocht zijn dan € 870.549,32.

De vergoeding zou worden uitgekeerd door een nog op te richten Fonds en de verzekeraars, volgens een bepaalde verdeelsleutel die bij uitvoeringsbesluit moest worden vastgelegd.

19. De Wet Medische Schadegevallen 2007 heeft heel wat kritiek moeten slikken. In de eerste plaats werd terecht door de Raad van State²⁹ opgemerkt dat er een schending dreigt van het gelijkheidsbeginsel en dit op verschillende vlakken, onder meer inzake nosocomiale infecties die wel zonder foutbewijs vergoed worden in verzorgingsinstellingen zoals ziekenhuizen, maar bijvoorbeeld niet in rust- en verzorgingstehuizen, omdat die onder de bevoegdheid van de gemeenschappen vallen, en dus niet onder het toepassingsgebied van deze federale wet.

Bekritiseerbaar was ook de vage en negatieve omschrijving van het ‘vergoedbaar feit’. Zo bepaalde de wet enkel dat de schade als gevolg van de ‘normale en voorzienbare risico’s of neveneffecten’ die verband houden met de verleende gezondheidszorg, niet wordt vergoed. Noch in de wettekst, noch in de parlementaire besprekingen werd echter gepreciseerd wat onder normale en voorzienbare risico’s moet worden verstaan. Nochtans kon dit begrip een enorme invloed uitoefenen op de beslissingen van het fonds tot toekenning van schadevergoeding.

Tevens werd het aantal aanspraakgerechtigden sterk beperkt. De vraag rees of er geen schending was van het gelijkheidsbeginsel voor wie niet onder de aanspraakgerechtigden viel en evenmin een vordering tegen een zorgverstrekker kon instellen.³⁰ Ook leek het er sterk op dat door de eventuele invoering van vrijstellingen het recht op toegang tot de rechter van de benadeelde werd geschonden (art. 6 EVRM).

Ten slotte wat betreft de principiële afschaffing van het gemeen aansprakelijkheidsrecht voor medische ongevallen (tenzij in bepaalde welomschreven geval-

28 Federaal Kenniscentrum Gezondheidszorg, *Studie naar de mogelijke kosten van een eventuele wijziging van de rechtsregels inzake medische aansprakelijkheid. Fase II: ontwikkeling van een actuariel model en eerste schattingen*, KCE Reports 16A, Brussel, 2005, 63-64.

29 Raad van State, Adviesnr. 41.572/3, *Parl.St.* Kamer, 2006-2007, 3012/001, 45 e.v.

30 Vgl. Arbitragehof, 1 maart 2001.

len), kon worden vastgesteld dat de meeste rechtsleer dit sterk betreunde.³¹ Het principe van de integrale schadevergoeding wordt dan immers verlaten, ook wanneer de patiënt in staat is een fout aan te tonen.

20. De Wet Medische Schadegevallen 2007 zou normaal in werking zijn getreden op 1 januari 2008. Nu de uitvaardiging van de uitvoeringsbesluiten evenwel geen “lopende zaak” was voor de ontslagnemende regering Verhofstadt II, werd ervoor geopteerd de inwerkingtreding van de Wet Medische Schadegevallen uit te stellen tot een door de Koning te bepalen datum en uiterlijk tot op 1 januari 2009.³² Nadien werd de inwerkingtreding van deze wet voor onbepaalde duur uitgesteld³³ en werd een deel van de wet door het Grondwettelijk Hof vernietigd.³⁴ Uiteindelijk nam de FOD Volksgezondheid het initiatief om een werkgroep samen te stellen met vertegenwoordigers van de verzekeraars, de ziekenfondsen, de artsensyndicaten, de vereniging van verzorgingsinstellingen, en twee academici³⁵, om een inventaris op te stellen van de kritiek op de Wet Medische Schadegevallen. Het resultaat hiervan was dat kritiek op de Wet Medische Schadegevallen zo aanzienlijk was, dat beter een totaal nieuwe wet zou worden voorgesteld dat geïnspireerd is op het Franse systeem.³⁶

Mede als gevolg van de waslijst van technische knelpunten, bleek bovendien dat er ook geen politieke consensus meer was om deze wet uit te voeren noch om ze te financieren.³⁷ In een totaal ander kader heeft de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid verklaard dat de Wet Medische Schadegevallen onwerkbaar was, maar dat ze “*versneld werd aangenomen wegens de sterke symbolische waarde ervan*”.³⁸

31 H. Bocken, ‘Vergoeding van medische schade : aansprakelijkheid of solidariteit ?’, *TPR* 2009, 16-17 ; D. de Callatay, ‘Halte au fonds!’, *J.T.* 2007, 248-250; E. Langenaken, ‘La réforme de l’indemnisation du dommage issu des soins de santé : révolution ou régression?’, *R.G.A.R.* 2007, nr. 14.312, p. 8*verso* ; zie ook voor een algemene kritiek : J.-L. Fagnart, ‘La réparation des dommages résultant de soins de santé. Belles idées et vilaine loi’, in *Evolution des droits du patient. Indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, G. Schamps (ed.), Brussel, Bruylant, 2008, 407-425.

32 Wet van 21 december 2007, *BS*, 31 december 2007.

33 Artikel 2 wet van 22 december 2008 houdende diverse bepalingen, *BS* 29 december 2008.

34 GwH 15 januari 2009, *T. Gez./Rev.dr.santé*, 2009-2010, 28, noot G.S. en *JLMB* 2009, 1148, noot E. Langenaken.

35 J.-L. Fagnart van de ULB en T. Vansweevelt van de UA.

36 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 9; Verslag Burgeon, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/006, p. 33.

37 Algemene beleidsnota van de vice-eersteminister en minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, deel volksgezondheid, *Parl.St.* Kamer, 2008-209, 1529/005, p. 49.

38 Verklaring van de minister tijdens de bespreking van de Wet eHealthplatform, in het Verslag Detiege, *Parl.St.* Kamer, 2007-2008, 1257/003, p. 77.

Hoe dan ook, als gevolg van deze ontwikkelingen werd een nieuwe wet geschreven die de Wet Medische Schadegevallen heeft opgeheven.³⁹

2 De Wet Medische Ongevallen

2.1 De uitgangspunten en doelstellingen van de wet

21. Alvorens de Wet Medische Ongevallen juridisch te analyseren, wordt eerst stil gestaan bij de filosofie en de uitgangspunten van deze wet.⁴⁰

2.1.1 Het tweesporensysteem

22. Anders dan het éénspoorsysteem in de Wet Medische Schadegevallen van 15 mei 2007, wordt in de Wet Medische Ongevallen geopteerd voor een tweesporensysteem. Inspiratie voor dit tweesporensysteem werd gevonden in Frankrijk waar in 2002 een soortgelijk systeem werd ingevoerd.⁴¹ De patiënt die het slachtoffer is van een medisch ongeval, heeft de keuze om de zaak voor te leggen aan ofwel de rechtbank ofwel het Fonds Medische Ongevallen. Die vrijheid is essentieel.

Die keuzevrijheid geldt ook wat betreft de *aard van de rechtbank*. De benadeelde kan zowel kiezen voor een burgerlijke als voor een strafrechtelijke procedure indien de handelwijze van de zorgverlener ook een strafrechtelijk misdrijf uitmaakt.⁴² De Wet Medische Ongevallen verandert dus niets aan het huidig recht op dat vlak.

39 Artikel 33 Wet Medische Ongevallen; zie over die historiek ook S. van Caeneghem, 'Wet van 31 maart 2010 betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg', *Assurinfo*, nr. 15, 29 april 2010, 2.

40 Cf. Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 18.

41 Cf. Loi n° 2002-303 du 4 mars 2002 relative aux droits des malades et à la qualité du système de santé, en loi n° 2002-1577 du 30 décembre 2002 relative à la responsabilité civile médicale, *Journal Officiel* 5 mars en 31 décembre 2002; zie ook het commentaar van D. Martin en S. Gibert van de Office National d'Indemnisation des Accidents médicaux, des Affections Iatrogènes et des Infections Nosocomiales of ONIAM in Verslag Burgeon, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/006, p. 11 e.v.; J.-L. Fagnart, 'L'indemnisation des victimes d'un aléa thérapeutique. Aperçu du droit français', in *Liber Amicorum Hubert Bocken*, Brugge Die Keure, 2009, 105 e.v.; weliswaar is de ONIAM ook nog bevoegd voor andere, specifieke soorten schadegevallen zoals mislukte verplichte vaccinaties, HIV-besmette bloedtransfusies, bepaalde schade t.o.v. hemofiliepatiënten, bepaalde stralingsongevallen, ongevallen bij biomedisch onderzoek waarbij de promotor geen fout treft of nog ongevallen bij dringende gezondheidsinterventies.

42 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 13.

Die keuzevrijheid tussen de twee sporen geldt ook op het vlak van *de oorzaak van de schade*. De benadeelde kan kiezen voor een gerechtelijke procedure dan wel voor het fonds, ongeacht of de schade een gevolg is van de aansprakelijkheid van een zorgverlener dan wel van een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid.⁴³ De keuze tussen beide sporen is ook *niet onherroepelijk*. Nadat een eis door de rechtbank werd afgewezen kan de patiënt nadien nog steeds naar het fonds. Omgekeerd kan het advies van het Fonds Medische Ongevallen ook worden betwist voor de rechtbank. Vanzelfsprekend kan de benadeelde slechts eenmaal voor dezelfde schade worden vergoed.⁴⁴

2.1.2 *Behoud van het gemene aansprakelijkheidsrecht en subrogatie ziekenfonds*

23. Het gemene aansprakelijkheidsrecht blijft van toepassing op zorgverleners. De Wet Medische Ongevallen verandert dus niets aan de aansprakelijkheidsregeling van zorgverleners. Zo blijft, ook anders dan in de Wet Medische Schadegevallen van 15 mei 2007, het recht op een integrale schadevergoeding gehandhaafd. Dit betekent ook dat in geval van aansprakelijkheid van een zorgverlener, de ziekenfondsen zich kunnen subrogeren in de rechten van hun verzekerd lid en dus tegen de aansprakelijke zorgverlener een verhaal kunnen instellen voor de door hen uitgekeerde prestaties.⁴⁵

Tegen het Fonds Medische Ongevallen kan het ziekenfonds geen verhaal instellen. Ofwel komt het fonds tussen in geval van een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid. Aangezien er geen aansprakelijkheid is, kan het ziekenfonds geen verhaal instellen. Ofwel komt het fonds tussen als de aansprakelijkheid door het fonds wordt aanvaard, maar de verzekeraar de aansprakelijkheid van de zorgverlener betwist. Het fonds zal dan de aanvrager vergoeden en dan zelf een verhaal instellen tegen de verzekeraar. Het ziekenfonds zal zich dan allicht aansluiten bij het verhaal van het fonds tegen de zorgverlener of zijn verzekeraar.

2.1.3 *Een subjectief recht op schadevergoeding bij een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid*

24. Nieuw in de wet is het subjectief recht voor een patiënt of zijn na(ast)bestaanenden op een vergoeding bij een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid. Dit verbetert aanzienlijk de rechtspositie van de patiënt en zijn rechthebbenden die niet langer het moeilijke bewijs van een fout van de zorgverlener moeten leveren

43 *Ibid.*, 29.

44 Artikel 3, §3 Wet Medische Ongevallen.

45 Zie ook I. Boone, 'De verhouding tussen het aansprakelijkheidsrecht en de vergoeding door het Fonds Medische Ongevallen', in I. Boone en S. Lierman (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 64.

om vergoed te worden.⁴⁶ Ook voor de zorgverlener is dit een vooruitgang, nu de patiënt die vergoed wil worden, niet noodzakelijk via een gerechtelijke procedure de aansprakelijkheid van de zorgverlener moet aantonen. Dit neemt in voorkomend geval veel druk weg van de zorgverlener.

Dus zelfs wanneer er geen zorgverlener aansprakelijk kan worden gesteld, wil de wetgever op grond van de nationale solidariteit, de schade vergoeden. Weliswaar is dat recht verbonden aan twee voorwaarden: er moet sprake zijn van abnormale schade en die schade moet een bepaalde ernst vertonen.⁴⁷

2.1.4 *De oprichting van een Fonds Medische Ongevallen*

25. Hoeksteen van de nieuwe regeling is het Fonds Medische Ongevallen. Dit fonds zal zowel de schade vergoeden bij een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid, als bij aansprakelijkheid van een zorgverlener, wanneer de verzekeraar van de zorgverlener de aansprakelijkheid betwist of een kennelijk ontoereikend vergoedingsvoorstel doet, of wanneer de zorgverlener niet of onvoldoende verzekerd is.⁴⁸

2.1.5 *Een minnelijke, kosteloze, snelle en eenvoudige procedure*

26. Het doel van de wet is, naast de vergoeding wanneer er geen aansprakelijkheid kan worden vastgesteld, het aantal gerechtelijke procedures te verminderen. Dit doel wordt nagestreefd door de procedure voor het Fonds Medische Ongevallen gratis, snel en eenvoudig te maken. Dit zou de patiënten ertoe moeten aanzetten om de procedure voor het fonds te verkiezen boven de gerechtelijke procedure. Via een tegensprekelijk deskundigenonderzoek kan het fonds de benadeelde helpen om de oorzaak en de ernst van de schade te bepalen. Het doel van de wetgever is voor middelmatig complexe dossiers binnen een termijn van één jaar vanaf de aanvraag tot vergoeding te kunnen overgaan, indien daartoe aanleiding bestaat.⁴⁹

2.1.6 *Evenwichtige begroting via schadedrempels en stabilisering van verzekeringspremies*

27. Op financieel vlak zijn er twee doelstellingen. Enerzijds beoogt de wetgever een evenwichtige en financierbare begroting. De kosten worden in de hand gehouden door het recht op vergoeding afhankelijk te maken van de vervulling van voorwaarden. Zo moeten onder meer bepaalde schadedrempels overschreden

46 Zie over die bewijsproblemen *supra* nrs. 2-3.

47 Cf. *infra* nrs. 78 e.v. en 90 e.v.

48 Cf. *infra* nrs. 68 e.v.

49 Verslag Burgeon, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/006, p. 8.

zijn. Vergoedt het fonds de patiënt in geval van aansprakelijkheid, dan heeft het fonds een verhaal op de verzekeraar of de zorgverlener. De kostprijs van het systeem wordt door het Federaal Kenniscentrum voor Gezondheidszorg geschat op ongeveer 20 miljoen euro.⁵⁰ Enkel de Staat en niet de zorgverleners staat in voor deze kost.

Bovendien is de vergoeding door het fonds subsidiair of residuair. Het Fonds Medische Ongevallen komt dus maar tussen bovenop wat de aanvrager reeds uit andere vergoedingsbronnen heeft ontvangen. Het fonds dient van zijn vergoedingsvoorstel de vergoedingen af te trekken waarop de aanvrager recht heeft krachtens een verzekering tot vergoeding van schade of op basis van de ZIV-wet.⁵¹ Zo zal het fonds bijvoorbeeld de bedragen mogen aftrekken die de aanvrager heeft ontvangen afkomstig van de ongevallenverzekeraar of de ziektekostenverzekeraar en de bedragen afkomstig van het ziekenfonds.

Anderzijds is het tevens de bedoeling de verzekeringspremies voor zorgverleners te stabiliseren. Aangezien het huidig aansprakelijkheidsrecht niet wordt gewijzigd, vreest de wetgever niet voor een verhoging van de verzekeringspremies van de zorgverlener.⁵² Nu juist meer dossiers buiten de rechtbanken zouden worden afgehandeld, zouden de verzekeraars alvast op advocaten- en gerechtskosten besparen. Ook de Franse ervaring zaait geen ongerustheid over een eventuele verhoging van de premies van zorgverleners. Hoe dan ook, een waarborg dat de premies voor de zorgverleners niet zouden verhogen, kunnen noch de verzekeraars noch de minister geven. Wel heeft de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid zich bereid verklaard nauwlettend acht te slaan op de evolutie van de verzekeringspremies bij de evaluatie van de Wet Medische Ongevallen.⁵³

2.1.7 *De preventie van ongevallen*

28. Een laatste doelstelling is de preventie van medische ongevallen. Het Fonds Medische Ongevallen zal talrijke aanvragen tot vergoeding van medische ongevallen ontvangen. Dit geeft een interessant overzicht van wat er kan mislopen bij het verstrekken van gezondheidszorg in België. Het fonds kan aldus talrijke ongevallen registreren en analyseren. Daaruit kunnen dan richtlijnen worden gepuurd voor preventie van medische ongevallen.⁵⁴

2.2 *Het toepassingsgebied*

29. Opdat de Wet Medische Ongevallen kan worden toegepast moet een persoon schade hebben geleden als gevolg van gezondheidszorg verstrekt door een zorg-

50 Cf. *infra* uitvoeriger nr. 129.

51 Artikel 25, §4 Wet Medische Ongevallen.

52 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 17.

53 *Ibid.*, 109.

54 Zie ook *infra* over de taken van het Fonds Medische Ongevallen nr. 123.

verlener. De begrippen zorgverlener en gezondheidszorg zijn cruciaal en worden nu verder toegelicht.

2.2.1 *Het personele toepassingsgebied*

Aanspraakgerechtigden

30. De Wet Medische Ongevallen kan worden ingeroepen door iedereen die patiënt is of door diens nabestaanden of naastbestaanden. Een patiënt wordt, in navolging van de Wet Patiëntenrechten⁵⁵, omschreven als de natuurlijke persoon aan wie gezondheidszorg wordt verstrekt, al dan niet op eigen verzoek.⁵⁶ Het is denkbaar dat een patiënt in een noodtoestand verkeert en niet in staat is om gezondheidszorg te verzoeken (bijvoorbeeld een bewusteloze patiënt). Dit zal ook het geval zijn voor kleine kinderen of geesteszieken, die voorheen geen vertegenwoordiger hebben aangeduid, of voor wie geen vertegenwoordiger beschikbaar is. Ook kan gezondheidszorg worden verleend aan een patiënt op vraag van een derde, bijvoorbeeld de werkgever of de verzekeraar.⁵⁷

Beroepsbeoefenaars

31. De Wet Medische Ongevallen is van toepassing op gezondheidszorg verleend door een zorgverlener, dit is een beroepsbeoefenaar of een verzorgingsinstelling.⁵⁸ Net zoals in de Wet Patiëntenrechten worden met beroepsbeoefenaars de beoefenaars bedoeld in het KB nr. 78 of de Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen. Het betreft aldus artsen, tandartsen, apothekers, kinesitherapeuten, vroedvrouwen, verpleegkundigen, evenals paramedici zoals apothekersassistenten, audiologen, bandagisten, orthesisten, prothesisten, diëtisten, ergotherapeuten, technologen laboratorium, biotechnologie en menselijke erfelijkheidstechniek, logopedisten, orthoptisten, podologen en technologen medische beeldvorming.⁵⁹

Dit betekent dat een aantal beroepen in de gezondheidszorg waarvan de wetgever de beoefenaars (nog) niet onder de Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen heeft ondergebracht, ook niet onder het toepassingsgebied van de Wet Medische Ongevallen valt. Het betreft bijvoorbeeld de psychotherapeuten, de seksuologen, de klinisch psychologen en de orthopedagogen.⁶⁰

De beroepsbeoefenaars van niet-conventionele praktijken, zoals onder meer de homeopaten, de chiropractors, de osteopaten en de acupuncturisten, vallen wel onder het toepassingsgebied van de Wet Medische Ongevallen, althans wanneer

55 Artikel 2, 1° Wet Patiëntenrechten.

56 Artikel 2, 5° Wet Medische Ongevallen.

57 Memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 22.

58 Artikel 2, 1° Wet Medische Ongevallen.

59 Cf. het KB van 2 juli 2009 tot vaststelling van de lijst van de paramedische beroepen, *BS* 17 augustus 2009.

60 T. Vansweevelt, 'Definities en toepassingsgebied van de Wet Patiëntenrechten', *T. Gez./Rev.dr.santé*, 2003-2004, 67.

de Wet Niet-Conventionele Praktijken in werking zal zijn getreden.⁶¹ Op dit moment vallen zij onder het toepassingsgebied van de wet op voorwaarde dat de niet-conventionele praktijk wordt ugeoefend door een “erkende” zorgverstreker in de zin van het KB nr. 78.

Verzorgingsinstellingen

32. Onder verzorgingsinstelling wordt elke gezondheidszorgverstreckende instelling verstaan zoals gereguleerd door de op 10 juli 2008 gecoördineerde Ziekenhuiswet. Dit zijn de algemene, psychiatrische, universitaire ziekenhuizen, de initiatieven voor beschut wonen, de samenwerkingsverbanden van psychiatrische diensten en inzake palliatieve zorg, rust- en verzorgingstehuizen (RVT), psychiatrische verzorgingstehuizen, de centra voor dagverzorging en de centra voor niet aangeboren hersenletsels.⁶² Onder het begrip verzorgingsinstelling vallen ook het ziekenhuis beheerd door de FOD Landsverdediging en gelegen in het Brussels Hoofdstedelijk Gewest (het militair ziekenhuis), de bloedinstellingen en -centra⁶³, en de labo's voor klinische biologie.⁶⁴

2.2.2 *Het materiële toepassingsgebied*

Principe: alle verstrekkingen van gezondheidszorg in causaal verband met de schade

35. De Wet Medische Ongevallen is enkel van toepassing wanneer een van de bovenvermelde zorgverleners gezondheidszorg verstrekt. Net zoals in de Wet Patiëntenrechten⁶⁵ wordt een verstrekking van gezondheidszorg omschreven als door een zorgverlener verstrekte diensten met het oog op het bevorderen, vaststellen, behouden, herstellen of verbeteren van de gezondheidstoestand van de patiënt of om de patiënt bij het sterven te begeleiden.⁶⁶

Het doel van de wetgever is, net zoals in de Wet Patiëntenrechten⁶⁷, het materiële toepassingsgebied zo ruim mogelijk te maken.⁶⁸ In principe vallen alle verstrekkingen van gezondheidszorg onder het toepassingsgebied van de wet, met uit-

61 Memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 19.

62 *Ibid*, 20.

63 De bloedinstellingen en -centra in de zin van het KB van 4 april 1996 betreffende de afneming, de bewaring en de terhandstelling van bloed en bloedderivaten van menselijke oorsprong, *BS* 16 oktober 1997.

64 Het betreft de instellingen bedoeld in het KB nr. 143 van 30 december 1982 tot vaststelling van de voorwaarden waaraan de laboratoria moeten voldoen voor de tegemoetkoming van de verplichte verzekering voor geneeskundige verzorging voor verstrekkingen van klinische biologie, *BS* 12 januari 1983.

65 Artikel 2, 2° Wet Patiëntenrechten.

66 Artikel 2, 4° Wet Medische Ongevallen.

67 Zie over dit toepassingsgebied: T. Vansweevelt, 'Definitie en toepassingsgebied van de Wet Patiëntenrechten', *T. Gez./Rev.dr.santé*, 2003-2004, 72.

68 Memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 17-18.

zondering van de experimenten op de mens in de zin van de Wet van 7 mei 2004 en de niet door het RIZIV terugbetaalde esthetische handelingen.⁶⁹ Verwijzend naar de vorige Wet Medische Schadegevallen van 15 mei 2007, bevestigde de wetgever dat ook contraceptie en abortus, het uitvoeren van medisch begeleide bevruchtingstechnieken en van bevallingen⁷⁰ onder het toepassingsgebied van de Wet Medische Ongevallen vallen.⁷¹

Verschiedende diensten van een verzorgingsinstelling vertonen geen (voldoende) band met de verstrekking van gezondheidszorg. Het betreft bijvoorbeeld poetsdiensten, cateringdiensten (cafeteria, maaltijden, ...), bankdiensten, het aanbieden van televisie, internet, enzovoort. Het verstrekken van deze diensten houdt geen gezondheidszorg in. Wanneer schade voortvloeit uit het verstrekken van deze diensten, valt dit ongeval niet onder het toepassingsgebied van de Wet Medische Ongevallen. Het staat de benadeelde altijd vrij om schadevergoeding te eisen voor de gewone rechtbanken op grond van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels.⁷²

36. Niet alleen moet een zorgverlener gezondheidszorg hebben verstrekt, bovendien moet er een causaal verband bestaan tussen een gezondheidszorgverstrekking en de schade opdat de Wet Medische Ongevallen van toepassing zou zijn.⁷³ Het bewijs van het causaal verband tussen de gezondheidszorgverstrekking en de schade rust op de aanvrager. Weliswaar kan dit causaal verband ook blijken uit het deskundigenonderzoek. Maar de bewijslast en het bewijsrisico rusten uiteindelijk toch op de aanvrager. Het begrip "causaal verband" zal aldus moeten worden ingevuld overeenkomstig het gemeen recht.⁷⁴

69 Artikel 3, §2 Wet Medische Ongevallen.

70 Anders is dit in het Franse systeem waar de bevalling langs vaginale weg, zonder verloskundige ingreep wordt beschouwd als een natuurlijke handeling en niet als een verstrekking van gezondheidszorg; ook verloskundige risico's vallen buiten het toepassingsgebied van de wet in Frankrijk; cf. Verslag Burgeon, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/006, p. 14.

71 Memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 21; Verslag Burgeon, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/006, p. 88.

72 S. Lierman, 'Vergoedingsvoorwaarden van het Fonds Medische Ongevallen', in I. Boone en S. Lierman (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 43.

73 Artikel 2, 6° Wet Medische Ongevallen.

74 S. Lierman, 'Vergoedingsvoorwaarden van het Fonds Medische Ongevallen', in I. Boone en S. Lierman (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 56.

Stemmen zijn opgegaan om een vermoeden van causaal verband in het leven te roepen tussen een gezondheidszorgverstrekking en de schade.⁷⁵ Inspiratie daarvoor werd onder meer gehaald in de Arbeidsongevallenwet.⁷⁶ Andere parlementsleden vreesden dat zo'n oorzakelijkheidsvermoeden het aantal aanvragen drastisch zou doen toenemen en het fonds zou overbelasten. De minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid is op de suggestie niet willen ingaan, omdat dergelijk vermoeden sterk afwijkt van het gemeen recht en het bovendien het evenwicht tussen de verschillende belangen zou verstoren. Wel bevestigde zij bereid te zijn om in de toekomst deze verruiming van de toegankelijkheid van het fonds te onderzoeken.⁷⁷

Uitzonderingen

Experimenten op de menselijke persoon

37. De schade als gevolg van een experiment op de menselijke persoon in de zin van de wet van 7 mei 2004 valt buiten het toepassingsgebied van de Wet Medische Ongevallen.⁷⁸

Experimenten op de mens vallen onder het begrip geneeskunde, tandheelkunde en artseneerbereikende.⁷⁹ Experimenten kunnen onder het begrip gezondheidszorg vallen wanneer zij tot doel hebben de gezondheidstoestand van de patiënt te bevorderen of te verbeteren. De experimenten op de menselijke persoon worden beheerst door een specifieke wet, namelijk de Wet Experimenten Menselijke Persoon.⁸⁰ Deze wet legt een foutloze aansprakelijkheid op de opdrachtgever van het experiment voor de schade die een deelnemer aan een experiment oploopt.⁸¹ Aangezien voor schade voortvloeiend uit experimenten op de menselijke persoon reeds een specifieke (foutloze) aansprakelijkheid werd ingevoerd, konden de

75 Amendement nr. 16 van Gerkens en Snoy op het wetsontwerp betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg, *Parl.St. Kamer* 2009-2010, nr. 2240/005, p. 2; zie ook G. Schamps, C. Saels en R. van der Veken in Verslag Burgeon, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/006, p. 28; zie ook het pleidooi van G. Schamps, 'L'indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: qu'en est-il?', *T. Gez./Rev.dr.santé*, 2008-2009, 369.

76 Artikel 9 Arbeidsongevallenwet.

77 Verslag Burgeon, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/006, p. 93 en 107.

78 Artikel 3, §2, 1° Wet Medische Ongevallen.

79 Artikel 1 Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen.

80 Wet van 7 mei 2004 inzake experimenten op de menselijke persoon, *BS* 18 mei 2004.

81 Artikel 29 Wet Experimenten Menselijke Persoon; K. Wouters, 'De foutloze aansprakelijkheid in de Wet van 7 mei 2004 inzake experimenten op de menselijke persoon', *TBBR* 2010, 156-181; T. Vansweevelt, 'De wet experimenten op de menselijke persoon: objectieve aansprakelijkheid en verzekering' *T. Gez./Rev.dr.santé* 2005-06, 22-32.

experimenten op de menselijke persoon in de zin van de wet van 7 mei 2004 uit het toepassingsgebied van de Wet Medische Ongevallen worden geweerd.⁸²

Voert een zorgverlener een experiment uit dat niet onder het toepassingsgebied valt van de Wet Experimenten Menselijke Persoon, maar is er wel sprake van schade uit een gezondheidszorgverstrekking, dan kan de Wet Medische Ongevallen wel spelen.

Dit is eveneens het geval wanneer aan een patiënt, tevens deelnemer aan een medisch experiment, gezondheidszorg wordt verstrekt die los staat van het experiment.

Niet terugbetaalde verstrekkingen met een esthetisch doel

38. Eveneens uitgesloten uit het toepassingsgebied van de Wet Medische Ongevallen, zijn de verstrekkingen van gezondheidszorg met een esthetisch doel die niet terugbetaalbaar zijn door de ZIV-Wet.⁸³ Het betreft alle gezondheidszorgverstrekkingen met een esthetisch doel, dus niet alleen de chirurgische of geneeskundige handelingen.⁸⁴ Zo vallen bijvoorbeeld ook gezondheidszorgverstrekkingen met een esthetisch doel van een kinesitherapeut zoals onderhoudsgymnastiek, fitness, sauna en zonnebank, buiten het toepassingsgebied van de Wet Medische Ongevallen.

Slachtoffers van dit soort behandelingen moeten zich dus tot de rechtbank wenden om op basis van het aansprakelijkheidsrecht schadevergoeding te vorderen.

39. Wat is hier de achterliggende gedachte? De wetgever vond het weinig opportuun om de nationale solidariteit te laten opdraaien voor (de vergoeding van) prestaties die enkel naar goeddunken van de patiënt worden uitgevoerd.⁸⁵

Het onderscheidingscriterium is aldus de al dan niet terugbetaalbaarheid van de esthetische ingreep door het RIZIV. Bepaalde esthetische of cosmetische ingrepen hebben wel een therapeutisch of herstellend effect, bijvoorbeeld reconstructieve ingrepen na kanker of zware brandwonden. Die worden wel door de ZIV-wet terugbetaald. Zij vallen dan ook onder het toepassingsgebied van de Wet Medische Ongevallen. Deze uitsluiting is sterk bekritiseerd geweest.⁸⁶

82 Memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 30.

83 Artikel 3, §2, 2° Wet Medische Ongevallen.

84 Memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 30.

85 *Ibid.*, 12 en 31.

86 T. Vanswevelt, 'De Wet Medische Ongevallen', *T. Gez./Rev.dr.santé*, 2010-2011, 94-96.

2.3 *De voorwaarden voor vergoeding door het fonds*

2.3.1 *Algemene principes: het tweesporensysteem en de schade als gevolg van gezondheidszorg*

46. Zoals eerder geschreven heeft de wetgever een tweesporensysteem ingevoerd. De benadeelde heeft de keuze om ofwel op basis van het gemeen recht schadevergoeding te vragen voor de rechter ofwel zijn zaak voor te leggen aan het Fonds Medische Ongevallen dat in het raam van een minnelijke procedure een advies zal geven en ook tot vergoeding kan overgaan.

De procedure voor het Fonds kan worden gevolgd ongeacht of de schade veroorzaakt werd door een fout of niet. Wel is vereist, zoals gezegd, dat er schade is als gevolg van gezondheidszorg. De schade als gevolg van gezondheidszorg wordt door de Wet Medische Ongevallen omschreven als schade die haar oorsprong vindt in een verstrekking van gezondheidszorg en die voortvloeit uit ofwel een feit dat aanleiding geeft tot de aansprakelijkheid van een zorgverlener ofwel een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid.⁸⁷

Op de keper beschouwd is er nog een derde mogelijkheid. Het is denkbaar dat de schade een gevolg is van gezondheidszorg, maar noch een aansprakelijkheid, noch een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid in de zin van de wet met zich brengt.

47. Welk spoor de benadeelde ook volgt, dat van de rechtbanken of dat van het Fonds, vanzelfsprekend kan de patiënt of zijn rechthebbenden slechts eenmaal voor dezelfde schade worden vergoed.⁸⁸ Ook wanneer de benadeelde van de verzekeraar een spontaan aanbod tot vergoeding, buiten elke procedure om, heeft aanvaard, kan geen procedure meer voor het fonds worden gevoerd.

2.3.2 *Algemene principes: vier vergoedingsgevallen en schadedrempels*

48. Het Fonds Medische Ongevallen komt tussen in vier limitatief bepaalde en welomschreven gevallen:

1. wanneer de schade veroorzaakt is door een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid, voor zover de schade voldoet aan een bepaalde ernst, zoals voorgeschreven in art. 5 Wet Medische Ongevallen;
2. wanneer het Fonds oordeelt of wanneer vaststaat dat de schade is veroorzaakt door een feit dat aanleiding geeft tot de aansprakelijkheid van de zorgverlener wiens burgerlijke aansprakelijkheid niet of niet voldoende is gedekt door een verzekeringsovereenkomst;

87 Artikel 2, 6° Wet Medische Ongevallen.

88 Artikel 3, §3 Wet Medische Ongevallen.

3. wanneer het Fonds oordeelt dat de schade is veroorzaakt door een feit dat aanleiding geeft tot de aansprakelijkheid van de zorgverlener en wanneer deze of zijn verzekeraar de aansprakelijkheid betwist, voor zover de schade voldoet aan een bepaalde ernst, zoals voorgeschreven in artikel 5 Wet Medische Ongevallen;
4. wanneer de verzekeraar die de aansprakelijkheid dekt van de zorgverlener die de schade heeft veroorzaakt een voorstel tot vergoeding doet dat het Fonds kennelijk ontoereikend vindt.

49. In de eerste hypothese, een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid, komt het Fonds tussen voor eigen rekening. In de drie laatste hypothesen vergoedt het Fonds ook, maar meent het dat eigenlijk de verzekeraar of de zorgverlener had moeten tussenkomen. Het Fonds Medische Ongevallen dat een schadevergoeding uitbetaalt, treedt dan in de rechten van de benadeelde en zal een verhaal kunnen uitoefenen tegen de verzekeraar of de zorgverlener.

50. In de tweede hypothese (geen of onvoldoende verzekeringsdekking) en in de vierde hypothese (kennelijk ontoereikend voorstel van verzekeraar), komt het Fonds Medische Ongevallen financieel tussen ongeacht de omvang van de schade. In deze gevallen vereist de wetgever niet dat een schadedrempel wordt bereikt. De verklaring is de volgende. Wanneer de zorgverlener niet of onvoldoende verzekerd is, vervult het fonds de rol van gemeenschappelijk waarborgfonds. Het fonds moet dan vergoeden volgens dezelfde voorwaarden als de verzekeraar, dit is zonder schadedrempel. In dit geval is de zorgverlener dus per definitie aansprakelijk, maar is hij enkel onvoldoende verzekerd.

In de hypothese van het kennelijk ontoereikend voorstel van de verzekeraar, is het de bedoeling om de aanvrager bij te staan via een onderzoek van het voorstel van de verzekeraar door een specialist in de evaluatie van menselijke schade. In dat hulpverleningskader vond de wetgever het niet opportuun dat het fonds enkel de schade zou vergoeden wanneer die een ernstdrempel heeft bereikt.⁸⁹

51. In de eerste hypothese (medisch ongeval zonder aansprakelijkheid) en de derde hypothese (aansprakelijkheid zorgverlener die wordt betwist) komt het Fonds enkel tussen wanneer de schade een bepaalde ernstdrempel bereikt. Eenmaal die ernstdrempel bereikt is de vergoeding volledig of integraal. Dit betekent dat bijvoorbeeld ook de schade wegens het verlies van een kans op genezing of overleving voor vergoeding in aanmerking komt.⁹⁰ Artikel 5 Wet Medische Ongevallen bepaalt dat de schade ernstig genoeg is indien aan een van de volgende voorwaarden is voldaan:

89 Verslag Burgeon, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/006, p. 92.

90 Memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 36.

1. de patiënt is getroffen door een blijvende invaliditeit van 25% of meer;
2. de patiënt is getroffen door een tijdelijke arbeidsongeschiktheid gedurende minstens zes opeenvolgende maanden of zes niet opeenvolgende maanden over een periode van twaalf maanden;
3. de schade verstoort bijzonder zwaar, ook economisch, de levensomstandigheden van de patiënt;
4. de patiënt is overleden.

Na dit algemeen overzicht, worden nu de verschillende vergoedingsvoorwaarden aan een grondiger onderzoek onderworpen.

2.3.3 *Een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid dat ernstige schade heeft veroorzaakt*

Het begrip medisch ongeval zonder aansprakelijkheid: vier bestaansvoorwaarden

53. Het meest vernieuwende aspect van de Wet Medische Ongevallen is de invoering van een subjectief recht op schadevergoeding wanneer de patiënt het slachtoffer is van een medisch ongeval dat ernstige schade heeft veroorzaakt zonder dat de aansprakelijkheid van een zorgverlener vaststaat. Een “medisch ongeval zonder aansprakelijkheid” wordt omschreven als een ongeval dat verband houdt met een verstrekking van gezondheidszorg dat geen aanleiding geeft tot de aansprakelijkheid van een zorgverlener, dat niet voortvloeit uit de toestand van de patiënt en dat voor de patiënt abnormale schade met zich brengt.⁹¹

Een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid veronderstelt dus de aanwezigheid van vier elementen.

Een ongeval in verband met een gezondheidszorgverstrekking

54. In de eerste plaats moet het een ongeval betreffen dat verband houdt met een verstrekking van gezondheidszorg. Het begrip ongeval moet hier wellicht worden begrepen in de zin van een schadegeval. Het ongeval of schadegeval moet voortvloeien uit een verstrekking van gezondheidszorg. Dit is zoals eerder geschreven een door een zorgverlener verstrekte dienst met het oog op het bevorderen, vaststellen, behouden, herstellen of verbeteren van de gezondheidstoestand van de patiënt of om de patiënt bij het sterven te begeleiden.⁹²

Een ongeval dat geen aanleiding geeft tot aansprakelijkheid

55. Op de tweede plaats mag het medisch ongeval geen aanleiding geven tot de aansprakelijkheid van een zorgverlener. Is de aansprakelijkheid van een zorgverlener in het gedrang, dan gelden de aansprakelijkheidsregels van het gemeen recht.⁹³ Ook wanneer de aansprakelijkheid van een ander rechtssubject aan de

91 Artikel 2, 7° Wet Medische Ongevallen.

92 Artikel 2, 4° Wet Medische Ongevallen; cf. *supra* nr. 66.

93 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 24.

orde is, zal het Fonds niet tussenkomen. De patiënt moet die persoon dan op grond van de gemeenrechtelijke aansprakelijkheidsregels aanspreken. Wanneer aldus het ongeval te wijten is aan bijvoorbeeld een gebrekkig product, moet de producent hiervan worden aangesproken. Zoals gezegd, valt schade veroorzaakt door producten buiten het toepassingsgebied van de Wet Medische Ongevallen.

Een ongeval dat niet voortvloeit uit de toestand van de patiënt

56. Als derde voorwaarde geldt dat het medisch ongeval niet mag voortvloeien uit de toestand van de patiënt. Eigenlijk is deze voorwaarde een logisch gevolg van de eerste voorwaarde. De schade moet voortvloeien uit een verstrekking van gezondheidszorg, niet uit de verergering van de toestand van de patiënt. De Wet Medische Ongevallen heeft niet tot doel de patiënt te vergoeden voor de gevolgen van de evolutie van de pathologie waaraan hij lijdt. Telkens zal geval per geval moeten worden nagegaan wat de invloed was van de verstrekking van gezondheidszorg op het zich voordoen, de evolutie of de omvang van de schade.⁹⁴ Wanneer bijvoorbeeld een kankerpatiënt overlijdt, niettegenstaande een chirurgische ingreep, en het overlijden voortvloeit uit de normale verwachte verergering van de ziekte, is er geen medisch ongeval zonder aansprakelijkheid. Bij hypothese is het overlijden geen gevolg van de gezondheidszorgverstrekking, maar wel van de verergering van de ziekte van de patiënt.

Abnormale schade

57. De vierde bestaansvoorwaarde voor een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid is de belangrijkste voorwaarde. Er moet sprake zijn van abnormale schade. De schade is abnormaal wanneer ze zich niet had moeten voordoen, rekening houdend met de huidige stand van de wetenschap, de toestand van de patiënt en zijn objectief voorspelbare evolutie.⁹⁵

De wetgever maakt dus eigenlijk een onderscheid tussen normale en abnormale schade. Normale schade is eigenlijk de inherente schade en de redelijk voorzienbare schade van een gezondheidszorgverstrekking. Tijdens zo'n verstrekking wordt meestal de fysieke integriteit van de patiënt geschonden. De patiënt houdt daar een litteken of zelfs een ander letsel aan over.⁹⁶ Dit is schade die inherent is aan zo'n ingreep en voorzienbaar. Het betreft dus normale schade. Omdat die schade normaal is, komt die schade niet voor vergoeding in aanmerking.

Daarnaast is er de abnormale schade. Twee criteria worden aangegeven om die abnormale schade vast te stellen: de huidige stand van de wetenschap en de toestand van de patiënt en zijn objectief voorspelbare evolutie. Die criteria moeten m.i. niet cumulatief bekeken worden. Integendeel, het lijkt erop dat zij afzonderlijk spelen en op verschillende situaties (kunnen) slaan. Wel betreft het in beide gevallen redelijk onvoorzienbare schade.

94 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 24.

95 Artikel 2, 7° Wet Medische Ongevallen.

96 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 24.

1^e criterium voor abnormale schade: de huidige stand van de wetenschap

58. Enerzijds is er het criterium van de huidige stand van de wetenschap. Er is sprake van abnormale schade wanneer in de huidige stand van de wetenschap de schade vermeden had kunnen worden. Met het criterium van de stand van de wetenschap wordt de hoogste stand van de wetenschap bedoeld. Dit betekent ook dat rekening kan worden gehouden met de internationale stand van de wetenschap.⁹⁷

Een voorbeeld kan dit illustreren. Een huisarts op het platteland heeft niet dezelfde zorg- en onderzoeksmiddelen als bijvoorbeeld een universitair ziekenhuis. Stel dat de huisarts in een crisissituatie onmiddellijk een beslissing moet nemen zonder te beschikken over hoogtechnologisch materiaal en daardoor niet de correcte behandeling toepast en de patiënt overlijdt. In een ziekenhuisomgeving had men met behulp van dat hoogtechnologisch materiaal wel de juiste diagnose gesteld en de juiste behandeling toegepast. De behandeling door de huisarts zonder dat hoogtechnologische materiaal heeft dan bij hypothese schade opgeleverd die zich niet had moeten voordoen rekening houdend met de stand van de wetenschap.⁹⁸ In het licht van de stand van de wetenschap is dit dus abnormale schade, abnormaal want de patiënt had die schade niet moeten lijden nu ze vermijdbaar was. De dorpsarts begaat in het gegeven voorbeeld bij hypothese geen fout, vermits hem niet kan worden verweten niet op dezelfde wijze te zijn toegerust als een universitair ziekenhuis.⁹⁹ Hier betreft het dus vermijdbare schade t.a.v. de medische wetenschap, maar onvoorzienbare schade t.a.v. een specifieke beroepsbeoefenaar.

Met de *huidige* stand van de wetenschap wordt bedoeld dat het schadegeval moet worden beoordeeld in het licht van de wetenschap op het moment waarop de gezondheidszorg werd verstrekt. Er moet met andere woorden rekening worden gehouden met de kennis zoals die bestond op het moment waarop de gezondheidszorg werd verstrekt.¹⁰⁰

59. Weliswaar is er kritiek geuit op de definitie van een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid, omdat men meende dat de verwijzing naar vermijdbare schade automatisch een verband inhoudt met een fout van de zorgverlener.¹⁰¹

97 T. Vansweevelt in Verslag Burgeon, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/006, p. 26.

98 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 26.

99 In een andere hypothese waarin geen sprake is van een onmiddellijke beslissing in een crisissituatie, zou men de dorpsarts kunnen verwijten de patiënt niet naar een specialist of een beter toegerust ziekenhuis te hebben verwezen; cf. daarover T. Vansweevelt, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, nrs. 228 e.v.

100 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 25.

101 Advies Raad van State van 23 juni 2009, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 93; H. Nys in Verslag Burgeon, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/006, p. 23 volgens wie vermijdbare schade per definitie geen abnormale schade kan zijn: 'Wat niet werd vermeden, is het gevolg van een gebrek aan voorzorg vanwege de zorgverlener: hij is dus aansprakelijk.'

Die kritiek miskent evenwel de eigenschappen van het begrip fout. Essentieel aan het begrip fout is dat de schade voorzienbaar was, maar men niet de nodige maatregelen heeft genomen om die schade te voorkomen.¹⁰² De voorzienbaarheid van de schade staat ook in verband met de beroepsbekwaamheid. Het schadeverwekkend gedrag van een persoon zal worden getoetst aan het normaal vooruitziend en zorgvuldig gedrag van diegene die tot dezelfde beroeps categorie behoort. Telkens zal de rechter zich dus afvragen of een arts, geplaagd in dezelfde omstandigheden en behorende tot dezelfde categorie, de schade redelijkerwijze had kunnen voorzien. Het gedrag van een huisarts wordt aldus getoetst aan het gedrag van een normaal zorgvuldig huisarts geplaagd in dezelfde omstandigheden. Wijkt het gedrag van de betrokken arts af van het gedrag van een normaal zorgvuldig arts, dan staan we voor een fout.

Iets helemaal anders is de omschrijving van een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid. De toetsingsnorm is hier de hoogste stand van de medische wetenschap.¹⁰³ Er wordt aldus geen rekening gehouden met de specifieke beroepsbekwaamheid van de betrokken arts of met de middelen waarover hij beschikt. De vraag is enkel of de schade niet vermeden had kunnen worden in het licht van de hoogste stand van de medische wetenschap.¹⁰⁴ Indien de schade vermeden had kunnen worden, ofschoon ze voor de betrokken arts niet voorzienbaar was en dus geen fout opleverde, hebben we te maken met een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid dat voor vergoeding in aanmerking komt. Op de keper beschouwd heeft ook de Raad van State dit correct omschreven door te verwijzen naar abnormale schade als schade die ook een zorgvuldig handelend beroepsbeoefenaar niet had kunnen vermijden.¹⁰⁵

2^e criterium voor abnormale schade: de toestand van de patiënt en objectief te verwachten evolutie

60. Anderzijds is er een tweede criterium om het begrip abnormale schade in te vullen, namelijk de toestand van de patiënt en zijn evolutie die objectief kon worden verwacht.

Normaal is wat zich vaak voordoet, wat verwacht kan worden of gebruikelijk is.¹⁰⁶ Abnormaal is wat ongebruikelijk, onverwacht of uitzonderlijk is. Abnormaal is daarentegen geen synoniem van wat afwijkt van het ideale of het wenselijke.

102 Cass. 16 juni 1969, *Arr.Cass.* 1969, 1026 en *Pas.* 1969, I, 950; T. Vansweevelt en B. Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, nrs. 186 e.v.

103 S. Lierman, 'Vergoedingsvoorwaarden van het Fonds Medische Ongevallen', in I. Boone en S. Lierman (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 53.

104 In dezelfde zin: J.-L. Fagnart, 'Principes fondamentaux de la loi sur les accidents médicaux', *BTLS* 2011, 82.

105 Advies Raad van State van 23 juni 2009, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 93.

106 J.-L. Fagnart, o.c., in *Liber Amicorum Hubert Bocken*, 110.

In die redenering is er sprake van abnormale schade wanneer de verstrekking van gezondheidszorg onvoorzienbare, onverwachte of weinig waarschijnlijke¹⁰⁷ schade heeft veroorzaakt in het licht van de normaal voorzienbare evolutie van de gezondheidstoestand van de patiënt. Het louter feit dat een bepaalde complicatie bekend is, want ergens vermeld staat in de wetenschappelijke literatuur, impliceert niet dat de schade normaal wordt, wanneer zij een weinig waarschijnlijk gevolg is van de gezondheidszorgverstrekking.¹⁰⁸

De schade mag dus niet voortvloeien uit de specifieke toestand van de patiënt. Die toestand wordt bepaald in functie van zijn voorgeschiedenis, zijn specifieke kenmerken, zoals zijn leeftijd en zijn fysieke mogelijkheden, de pathologie waarvoor de zorg wordt verstrekt, van een andere pathologie, of in functie van de behandeling die hij onderging om die andere pathologie te behandelen, ...¹⁰⁹

De schade mag evenmin het gevolg zijn van de “natuurlijke” verergering van de oorspronkelijke gezondheidstoestand van de patiënt, omdat die voorzienbaar en onvermijdelijk is.

De toestand van de patiënt wordt beoordeeld op het moment waarop de gezondheidszorg werd verstrekt.¹¹⁰

Ook in Frankrijk wordt de abnormale schade ingevuld aan de hand van de algemene gezondheidsprognose en risicofrequentie. De gevolgen van een medisch ongeval zijn abnormaal wanneer er sprake is van “*een hiaat, een scheef trekking tussen de realiteit van het voorval en wat redelijkerwijs kon worden gehoopt of geveerd met betrekking tot de ziekte of een ziektedreiging*”.¹¹¹

61. Het al dan niet normale karakter van de schade moet dus worden beoordeeld in functie van de algemene gezondheidstoestand van de patiënt en van de prognose. De prognose is afhankelijk van de toestand van de patiënt, de evolutie van de ziekte, van het al dan niet bestaan van efficiënte behandelingen en van de risico's van die behandelingen.¹¹² De prognose komt in het gedrang wanneer de patiënt door zijn ziekte een vitaal risico loopt, de gezondheidstoestand van de patiënt slecht of kwetsbaar is, er geen behandeling bestaat of de behandeling maar wisselvallig efficiënt is, of de behandeling belangrijke en frequente risico's

107 Vgl. met verschillende parlementsleden die het begrip ‘abnormale schade’ hebben omschreven als de schade die zich niet had moeten voordoen, gelet op de onwaarschijnlijkheid van een dergelijk voorval: zie Verslag Burgeon, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/006, p. 70-71 en 107.

108 *Ibid.*, 107.

109 Memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 25.

110 *Ibid.*, 25.

111 Verslag Burgeon, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/006, p. 15; zie ook voor een analyse van het begrip abnormale schade in België en Frankrijk: H. Nys, ‘Het recht van de patiënt op vergoeding van abnormale schade als gevolg van gezondheidszorg’, *RW* 2012-2013, 322 e.v.

112 Mondelinge mededeling Dominique Martin, directeur ONIAM.

inhoudt. In die omstandigheden zal de schade eerder als normaal worden beschouwd. Wanneer het risico of de schade waarschijnlijk is en verwacht kan worden is er geen abnormale schade.

De schade is wel eerder abnormaal wanneer de patiënt schade lijdt bij een goede algemene gezondheidstoestand en een goede prognose. Voor vergoeding komen dan in aanmerking de abnormale, onvoorspelbare, onverwachte gevolgen van een verstrekking van gezondheidszorg, zoals de onvoorziene of weinig waarschijnlijke neveneffecten van een behandeling.

Abnormale schade zal dus makkelijker worden aanvaard wanneer een volkomen gezonde patiënt als gevolg van gezondheidszorg overlijdt of een ernstige schade lijdt, dan wanneer diezelfde schade zich voordoet bij een patiënt van wie de algemene gezondheidstoestand reeds zwak en achteruitgegaan is.¹¹³ Er bestaat dan als het ware een wanverhouding tussen de oorspronkelijke gezondheidstoestand en de geleden schade.

Dit zal geval per geval moeten beoordeeld worden in functie van de aard van de schade en van de kenmerken van de gezondheidstoestand van de patiënt.

62. Het voorbeeld bij uitstek van abnormale schade is de Franse zaak Bianchi¹¹⁴, waarin een patiënt uit louter diagnostische doeleinden een arteriografie van de wervelslagader onderging en daar een verlamming van de ledematen of *tetraplegie* aan overhield.

Een ander voorbeeld is het toedienen van een vaccin tegen kinderverlamming waaraan het kind een verlamming aan overhoudt. Deze complicatie is zo uitzonderlijk, dat de schade abnormaal wordt en dus voor vergoeding in aanmerking komt.

Een frequent of klassiek risico of een risico waaraan de patiënt in zijn gezondheidstoestand specifiek aan werd blootgesteld, kan daarentegen niet als abnormaal t.a.v. zijn gezondheidstoestand of de evolutie ervan worden beschouwd.

Zo zijn doorligwonden als gevolg van langdurige immobilisatie doorgaans onvermijdbaar en voorzienbaar. Het betreft dan normale schade die geen recht opent op schadevergoeding voor de patiënt.¹¹⁵

113 Memorie van toelichting, *Parl. St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 25.

114 Conseil d'Etat France 9 april 1993, *JCP* 1993, nr. 22.061, noot J. Moreau; de Franse Raad van State kende voor deze ernstige schade een vergoeding toe, nu het risico van deze gezondheidszorgverstrekking weliswaar bekend was, maar waarvan het voorkomen uitzonderlijk was en zonder verband met de oorspronkelijke toestand van de patiënt of de voorzienbare evolutie ervan; een arteriografie van de wervelslagader is een radiografie waarbij contraststof in de bloedvaten wordt ingespoten.

115 T. Vanswevelt, 'Rechtsvergelijkende aantekeningen bij de medische aansprakelijkheid: evolutie en hervorming', *T. Gez./Rev.droit santé*, 2000-2001, 120-121.

Hetzelfde geldt voor een klassiek risico van een ingreep, zoals een *hemiplegie* als gevolg van de wegneming van een hersentumor.¹¹⁶

63. Tot slot kan nog worden opgemerkt dat het begrip “abnormale schade” een evolutief begrip is. Wat vandaag een voorzienbaar en frequent risico is, kan door de vooruitgang van de wetenschap een uitzonderlijk risico worden. Omgekeerd kan een abnormale schade op dit moment later een normale schade worden.

In de rechtsleer werd er al voor gewaarschuwd dat de begrippen “abnormale schade”, “de toestand van de patiënt” en “de normale evolutie” waarschijnlijk voor veel discussie zullen zorgen.¹¹⁷ Hier ligt zeker een taak voor de raad van bestuur van het Fonds Medische Ongevallen om meteen duidelijke richtlijnen vast te leggen.

Uitgesloten medische handelingen

64. Niet alle medische handelingen kunnen aanleiding geven tot een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid. De Wet Medische Ongevallen stipuleert uitdrukkelijk dat het therapeutisch falen en een verkeerde diagnose zonder fout geen medisch ongeval zonder aansprakelijkheid kunnen uitmaken.¹¹⁸ Daarnaast wordt ook de schade als gevolg van het niet verstrekken van gezondheidszorg uitgesloten.

Het therapeutisch falen

65. Een medische behandeling heeft vaak tot doel de gezondheidstoestand van de patiënt te verbeteren of te bevorderen. Zekerheid kan daarover niet worden gegeven. De beroepsbeoefenaar gaat meestal slechts een inspanningsverbintenis aan. Hij zal de nodige inspanningen leveren om de gezondheidstoestand van de patiënt te bevorderen, maar kan dit niet beloven. Het komt aldus voor dat de behandeling niet het verhoopte resultaat oplevert.

Is het therapeutisch falen te wijten aan een fout van de beroepsbeoefenaar, dan komt de aansprakelijkheid van de beroepsbeoefenaar in het gedrang.

Is het therapeutisch falen niet aan een fout te wijten, kan het dan aanleiding geven tot een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid? De wetgever heeft deze moge-

116 Cour administrative d’appel Versailles 12 januari 2006, www.juris.oniam.fr: ‘qu’il ressort toutefois des termes mêmes de ce rapport que ladite hémiplegie constituait une complication classique de l’intervention subie par la victime, et que cette dernière et son entourage en avaient été prévenus par le praticien qui a effectué cette intervention; qu’en outre, les caractéristiques de la tumeur dont était atteint M.P. ne laissaient place qu’à un pronostic très réservé quant à l’évolution de son état de santé.’; een *hemiplegie* is een (spastische) verlamming aan één zijde van het lichaam als gevolg van een cerebrovasculair accident.

117 P. Muylaert, ‘Wet betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg (wet van 31.3.2010 BS 2.4.2010)’, *BTLS* 2010, 88.

118 Artikel 2, 7° Wet Medische Ongevallen.

lijkheid uitdrukkelijk uitgesloten. Het Fonds vergoedt slechts schade die het (rechtstreeks) gevolg is van een zorgverstrekking. Wanneer de behandeling heeft gefaald, blijft de ziekte evolueren. De evolutie van die ziekte is dan niet het gevolg van een zorgverstrekking. Wanneer bijvoorbeeld bij een niertransplantatie de nier door het lichaam van de receptor wordt afgestoten, is er sprake van een therapeutisch falen. De gezondheidstoestand van de receptor zal aldus verder evolueren, zonder het gevolg te zijn van een verstrekking van gezondheidszorg.¹¹⁹

De verkeerde diagnose

66. Niet elke verkeerde diagnose wijst op zichzelf op een fout van de arts. Zij is slechts foutief wanneer de arts niet de nodige middelen en zorgvuldigheid heeft aangewend om de ziekte te onderkennen.¹²⁰ Net zoals voor andere medische handelingen zal een beweerde diagnosefout worden beoordeeld aan de hand van het *culpa levis in abstracto*-criterium. De rechter zal nagaan of een normaal zorgvuldig arts van dezelfde discipline en geplaatst in dezelfde omstandigheden zich ook zou hebben kunnen vergissen.¹²¹

Begaat de arts een diagnosefout, dan komt zijn aansprakelijkheid in het gedrang. Bijgevolg is er geen medisch ongeval zonder aansprakelijkheid.

Stelt de arts een verkeerde diagnose zonder een fout te begaan, dan is er evenmin een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid. De schade vloeit dan immers niet (rechtstreeks) voort uit een verstrekking van gezondheidszorg. Ook in deze hypothese blijft de ziekte op zichzelf evolueren. Als voorbeeld van een verkeerde diagnose zonder fout wordt het klinisch labo aangehaald met drie universiteitsprofessoren die vaststellen dat een huidvlek goedaardig is, maar waarbij later, door de evolutie van de wetenschap, blijkt dat het om een kwaadaardige huidvlek gaat.¹²² Een vergissing in diagnose kan dus geen medisch ongeval zonder aansprakelijkheid opleveren.

67. Het uitvoeren van een diagnoseonderzoek kan natuurlijk wel een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid opleveren. Het betreft dan immers een verstrekking van gezondheidszorg waaruit schade voortvloeit. De schade zou bij hypothese haar oorsprong vinden in een positieve diagnostische handeling en niet in de afwezigheid ervan. Wanneer een arts een bepaald diagnoseonderzoek uitvoert, bijvoorbeeld een *arteriografie*, dan kan de schade die voortvloeit uit het niet-foutief uitvoeren van dit onderzoek een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid uitmaken.¹²³

119 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 26-27.

120 T. Vanswevelt, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, Reeks Aansprakelijkheidsrecht, Antwerpen-Apeldoorn: MAKLU/Brussel: Bruylant, 1997, p. 210.

121 Cass. 7 september 1976, Arr.Cass. 1977, 24 en *Pas.* 1977, I, 20 ; Bergen 29 september 1986, RGAR, 1987, nr. 11.282.

122 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 27.

123 *Ibid.*, 27.

De afwezigheid van gezondheidszorg

68. Het niet verstrekken van gezondheidszorg kan al dan niet aan een fout zijn te wijten.

Wanneer een beroepsbeoefenaar verzuimt gezondheidszorg te verstrekken en hierdoor een fout begaat, komt zijn aansprakelijkheid in het gedrang.

Wanneer een beroepsbeoefenaar geen gezondheidszorg verstrekt en hierbij geen fout begaat, kan geen beroep worden gedaan op het Fonds Medische Ongevallen, omdat er zich geen medisch ongeval zonder aansprakelijkheid heeft voorgedaan. Zoals gezegd is er slechts sprake van een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid wanneer de schade (rechtstreeks) voortvloeit uit een verstrekking van gezondheidszorg. Wordt er geen gezondheidszorg verstrekt, dan vindt de schade haar oorsprong in de evolutie van de gezondheidstoestand en is er geen medisch ongeval zonder aansprakelijkheid.¹²⁴

Kortom, een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid kan, in de omschrijving van de wetgever, enkel voortvloeien uit een handeling van gezondheidszorg, maar niet uit de afwezigheid of het nalaten gezondheidszorg te verstrekken.

De Raad van State meende dat het beter zou zijn de schade als gevolg van het niet-verstrekken of het uitblijven van de gepaste gezondheidszorg eveneens onder het toepassingsgebied van de Wet Medische Ongevallen te doen vallen.¹²⁵ Maar de wetgever is op deze suggestie dus niet ingegaan.

*Ernstige schade**Inleiding*

69. Zoals hierboven geschreven komt het Fonds Medische Ongevallen tussen wanneer twee voorwaarden vervuld zijn. Er moet niet alleen een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid aanwezig zijn, maar tevens moet er sprake zijn van ernstige schade.

Deze voorwaarde werd ingevoegd om de kosten van het nieuwe vergoedingssysteem binnen de perken te houden. Zij zijn gedeeltelijk gelijkaardig aan de ernstdrempels die in het Franse systeem gelden.¹²⁶

Die schadedrempels zijn van groot belang, nu zij bepalen welk budget nodig is en dus hoeveel patiënten voor vergoeding in aanmerking komen. Het is duidelijk dat de schadedrempels vrij hoog zijn.¹²⁷ Patiënten van verschillende kleinere medische ongevallen zullen geen beroep op deze wet kunnen doen. Maar wellicht is het beter te opteren voor een voorzichtige aanpak, gelet op de budgettaire beperkingen. Na evaluatie van de werking van de Wet Medische Ongevallen, kan

124 *Ibid.*, 26; Verslag Burgeon, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/006, p. 85.

125 Advies Raad van State van 23 juni 2009, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 95.

126 L. 1142-1 en D. 1142-1 Code Santé Publique.

127 Anders: R. Rutsaert, in Verslag Burgeon, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/006, p. 37 die meent dat de schadedrempels 'nogal laagdrempelig zijn' en ervoor pleit zeker de eerste twee jaar de drempel op 75 % invaliditeit te leggen.

nadien geoordeeld worden of wel voldoende personen vergoed worden en of de vergoedingsdoelstelling van de Wet Medische Ongevallen wel wordt bereikt. Het Federaal Kenniscentrum Gezondheidszorg heeft berekend dat op basis van een transpositie van het Franse systeem naar België, de kostprijs de 20 miljoen euro zou benaderen eenmaal het systeem op kruissnelheid zou draaien.

70. De schade wordt als ernstig beschouwd en komt dus voor vergoeding in aanmerking wanneer ofwel (1) de patiënt een blijvende invaliditeit overhoudt aan de zorgverstrekking van minstens 25% ofwel (2) de patiënt is getroffen door een tijdelijke arbeidsongeschiktheid gedurende minstens zes opeenvolgende maanden of zes niet opeenvolgende maanden over een periode van twaalf maanden ofwel (3) de schade bijzonder zwaar, ook economisch, de levensomstandigheden van de patiënt verstoort ofwel (4) de patiënt is overleden. Deze voorwaarden worden achtereenvolgens kort besproken.

Een blijvende invaliditeit van minstens 25%

71. Het begrip "invaliditeit" houdt een aantasting in van de fysieke of psychische integriteit. Het verwijst naar de aantasting van anatomische of functionele aard, ongeacht de gevolgen ervan op de lucratieve activiteiten van het slachtoffer.¹²⁸ De invaliditeit heeft functionele gevolgen voor de dagelijkse handelingen, zoals opstaan, zich wassen, aankleden, boodschappen doen, koken, aan sport doen, enzovoort.¹²⁹ Invaliditeit impliceert niet noodzakelijk arbeidsongeschiktheid.¹³⁰

Terecht wordt hier een invaliditeit vereist en geen arbeidsongeschiktheid, omdat anders verschillende personen die niet werken uit het toepassingsgebied van de Wet Medische Ongevallen zouden worden uitgesloten, zoals kinderen, gepensioneerden, gehandicapten, enzovoort.

Bovendien eist het begrip ernstige schade dat er sprake is van *blijvende* invaliditeit. Dit betekent dus dat de invaliditeit gestabiliseerd is of geconsolideerd. De toestand is definitief en zal zich normaal niet meer ontwikkelen, tenzij er een voorbehoud voor de toekomst is gemaakt.¹³¹

Ten slotte moet de blijvende invaliditeit minstens een percentage van 25% bereiken. Deze schadedrempel is vrij hoog. Dit kan worden geïllustreerd aan de hand van enkele voorbeelden.¹³² Volgende schadegevallen zouden wegens hun ernst wel voor vergoeding in aanmerking komen: het verlies van (het gezichtsvermogen van) een oog (30 % invaliditeit), het totaal of gedeeltelijk verlies van een

128 J.L. Fagnart, 'Invalidité et incapacité', *Con.M.*, 1998, 6; T. Vansweevelt en B. Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, nr. 1094.

129 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 38.

130 Cass. 11 januari 1983 *Arr.Cass.* 1982-83, 633 en *Pas.* 1983, I, 556.

131 D. Simoens, *Buitencontractuele aansprakelijkheid. Schade en schadeloosstelling*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 147-148.

132 Deze willekeurige voorbeelden zijn gebaseerd op de Officiële Belgische Schaal ter bepaling van de Graad van Invaliditeit.

bovenste lidmaat (70 à 85 % invaliditeit), verlies van een hand (65 % invaliditeit), *afasie* (40 tot 100 %), enzovoort.

Daarentegen zouden volgende schadeposten geen ernstige schade uitmaken en dus niet vergoed worden: het volledig verlies van tanden zonder mogelijkheid van prothese (20 % invaliditeit) met mogelijkheid van prothese (5 % invaliditeit), traumatisch letsel aan een (vrouwen)borst met verlies van functie en tepel (max. 20 % invaliditeit), volledig verlies van de vijf tenen (12 %), *atrofie*, vernieling of wegneming van een teelbal (max. 20 % invaliditeit), reukstoornissen (max. 15 % invaliditeit), ...

72. Elk percentage heeft natuurlijk iets willekeurig. Dit cijfer werd overgenomen uit de Franse wet. Het doel was vooral de zwaardere ongevallen/schadeposten te vergoeden. De reden daarvoor is van budgettaire aard. Daarvoor valt begrip op te brengen. Aan de andere kant betreft het een vrij hoge schadedrempel die veel patiënten, slachtoffer van een medisch ongeval, niet zullen halen. Zij kunnen voor hun schadevergoeding dan enkel naar de rechtbank stappen en zullen daar de aansprakelijkheid van de zorgverlener moeten bewijzen, terwijl het juist de bedoeling was van deze wet zoveel mogelijk gerechtelijke procedures te vermijden ...

Een tijdelijke arbeidsongeschiktheid van zes maanden

74. De schade is ook voldoende ernstig om vergoed te worden wanneer de patiënt lijdt aan een tijdelijke arbeidsongeschiktheid gedurende minstens zes opeenvolgende maanden of zes niet opeenvolgende maanden over een periode van twaalf maanden.

Arbeidsongeschiktheid is een medisch en economisch begrip. Het verwijst naar de economische gevolgen van de invaliditeit.¹³³ Het is de invloed van de aantasting op de fysieke en psychische integriteit op het verdienvermogen van een persoon. De arbeidsongeschiktheid kan tot uiting komen door een economische waardevermindering op de arbeidsmarkt, maar ook door het moeten leveren van meerinspanningen.¹³⁴ Alle schadeposten die nu in het gemeen recht worden vergoed, komen ook voor het fonds voor vergoeding in aanmerking.

Verder volstaat het dat de arbeidsongeschiktheid tijdelijk is. De tijdelijke arbeidsongeschiktheid is de periode tussen het intreden van de letsels, enerzijds, en de genezing, het overlijden of de consolidatie, anderzijds. De consolidatie is dan het moment waarop de letsels niet meer zullen evolueren.¹³⁵

Ten slotte wordt, anders dan voor de invaliditeit in de eerste categorie, geen bepaald percentage van tijdelijke arbeidsongeschiktheid vereist. Het volstaat dat

133 B. de Temmerman, 'Invaliditeit, arbeidsongeschiktheid en inkomensverlies', *TAVW* 2002, 241.

134 Memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 39.

135 T. Vansweevelt en B. Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, nr. 1094.

de arbeidsongeschiktheid zich ofwel gedurende zes opeenvolgende maanden heeft voorgedaan ofwel gedurende zes niet opeenvolgende maanden over een periode van twaalf maanden.

75. Het is niet duidelijk waarom de wetgever voor deze categorie geopteerd heeft voor “arbeidsongeschiktheid” en niet voor het begrip “invaliditeit” zoals in de eerste categorie. Deze keuze heeft tot gevolg dat verschillende personen zoals kinderen, gepensioneerden, gehandicapten, enzovoort niet op deze categorie een beroep zullen kunnen doen om vergoed te worden. Dit kan betreurd worden. De wetgever had wellicht beter ook voor deze categorie het begrip “invaliditeit” gebruikt.

Bijzondere zware verstoring van de levensomstandigheden

77. Als derde categorie van ernstige schade wordt de schade verstaan die bijzonder zwaar, ook economisch, de levensomstandigheden van de patiënt verstoort.¹³⁶ De wetgever vond het nodig, naar Frans voorbeeld¹³⁷, dit kwalitatief criterium toe te voegen om de twee voorgaande kwantitatieve criteria te nuanceren en aan te vullen. Het betreft de schade die een ernstige en aanzienlijke impact heeft op het leven van het slachtoffer, zonder dat het ongeval in één van de eerste twee categorieën valt.

Twee voorwaarden moeten aldus vervuld zijn. Op de eerste plaats is er een vrij breed criterium, dat van de beïnvloeding van de levensomstandigheden. Die beïnvloeding kan zowel betrekking hebben op het privéleven als op het beroepsleven. Volgens de wetgever moet rekening worden gehouden met de “*situationele impact van het functioneel gebrek dat verschillend is naargelang de levensomstandigheden van het slachtoffer, bijvoorbeeld de gevolgen op relationeel, zintuiglijk, sportief, familiaal vlak*”.¹³⁸ De levensomstandigheden verschillen van patiënt tot patiënt en dus moet dit criterium geval per geval worden beoordeeld. Gelet op de zeer brede omschrijving van dit criterium, zal aan deze voorwaarde vrij snel voldaan zijn.

Het tweede criterium is strikter. De problemen moeten bijzonder ernstig zijn. De levensomstandigheden moeten bijzonder zwaar verstoord zijn. Op de keper beschouwd betreft deze categorie eigenlijk een billijkheidscategorie, een vangnet. Het betreft patiënten die niet aan de schadedrempels van de eerste twee categorieën van blijvende invaliditeit en tijdelijke arbeidsongeschiktheid voldoen, maar die toch zo’n ernstige schade lijden dat niet-vergoeding in strijd zou zijn met de geest van de wet om patiënten met ernstige schade te vergoeden.¹³⁹

78. Ofschoon de bedoeling van de wetgever een billijkheidscategorie in te bouwen om in tragische gevallen toch te kunnen vergoeden lovenswaardig is, kan de

136 Artikel 5, 3° Wet Medische Ongevallen.

137 Artikel D.1142-1 Code Santé Publique.

138 Memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 39.

139 *Ibid.*, 40.

uitwerking ervan toch worden bekritiseerd. De voorwaarden van deze categorie zijn vaag omschreven. Er wordt in de parlementaire bespreking geen enkel voorbeeld van gegeven. Deze categorie overlapt wellicht meestal ook met een van de eerste twee categorieën. De rechtsleer heeft ook hier reeds gewaarschuwd voor heel wat discussie en geschillen over de invulling van dit begrip.¹⁴⁰

Het overlijden van de patiënt

79. Het hoeft weinig betoog dat het overlijden van de patiënt een ernstige schade uitmaakt.

De rechthebbenden van de overleden patiënt kunnen dan ook schadevergoeding vragen indien aan de andere voorwaarden van art. 4, 1° Wet Medische Ongevallen voldaan is.

80. Wanneer de schade deze hierboven genoemde schadedrempels niet bereikt, rest er de patiënt of zijn rechthebbenden niets anders dan het geschil voor de rechtbank te brengen. Zij zullen dan wel de aansprakelijkheid van de zorgverlener moeten bewijzen.

2.3.4 *Aansprakelijkheid van de zorgverlener zonder (voldoende) verzekeringsdekking*

81. Het Fonds Medische Ongevallen komt eveneens tussen wanneer het oordeelt of wanneer vaststaat dat een zorgverlener aansprakelijk is voor de schade, maar de burgerlijke aansprakelijkheid niet of onvoldoende gedekt is door een aansprakelijkheidsverzekering.¹⁴¹

Het doel is ervoor te zorgen dat de patiënt niet tweemaal het slachtoffer wordt, eenmaal als slachtoffer van een schadegeval en eenmaal als slachtoffer dat niet vergoed wordt, omdat er geen of onvoldoende verzekeringsdekking is. Het Fonds Medische Ongevallen fungeert hier dus als vangnet voor het slachtoffer. Het speelt hier de rol van gemeenschappelijk waarborgfonds, zoals we dat ook kennen van het Gemeenschappelijk Motorwaarborgfonds.¹⁴²

2.3.5 *Aansprakelijkheid van de zorgverlener die wordt betwist en ernstige schade*

88. Een derde categorie schadegevallen waarin het fonds tussenkomt is die waarbij het fonds oordeelt dat het schadegeval is toe te schrijven aan de aansprakelijkheid van een zorgverlener, maar waarbij de zorgverlener of de verzekeraar de aansprakelijkheid betwist en er sprake is van ernstige schade.¹⁴³

140 P. Muylaert, 'Wet betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg (wet van 31.3.2010 BS 2.4.2010)', *BTLS* 2010, 90.

141 Artikel 4, 2° Wet Medische Ongevallen.

142 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 33.

143 Artikel 4, 3° Wet Medische Ongevallen.

Het doel van deze bepaling is om zo spoedig mogelijk de patiënt te vergoeden ingeval van ernstige schade. De patiënt is definitief vergoed door het fonds en hoeft zich over niets meer te bekommeren. Het fonds vergoedt de patiënt, maar treedt eigenlijk op in de plaats van de verzekeraar of de zorgverlener. Het fonds moet de vergoeding dan verhalen op de verzekeraar of de zorgverlener. De betwisting over de aansprakelijkheid of over de omvang van de vergoeding speelt dan enkel tussen het fonds en de verzekeraar of de zorgverlener. De patiënt is hierbij niet meer betrokken.¹⁴⁴

Deze hypothese veronderstelt aldus de vervulling van drie voorwaarden.

89. De eerste voorwaarde impliceert dat het Fonds Medische Ongevallen oordeelt dat de aansprakelijkheid van de zorgverlener betrokken is. Dit besluit van het fonds vloeit voort uit de door het fonds georganiseerde minnelijke en tegensprekelijke procedure.

Als tweede voorwaarde geldt dat de verzekeraar of de zorgverlener de aansprakelijkheid of de omvang van de vergoeding betwist. Ofschoon de verzekeraar of de zorgverlener aanwezig waren op de tegensprekelijke expertise, komt het voor dat zij de besluiten van de expert(en) betwisten. Die betwisting kan slaan op elk element van aansprakelijkheid: zowel de fout of het schadeverwekkend feit, de omvang van de schade als het causaal verband kan betwist worden. Zo kunnen zij menen dat zij niet alleen voor de schade moeten instaan, maar de schade over verschillende partijen moet verdeeld worden. De betwisting kan uitdrukkelijk of stilzwijgend tot uiting gebracht worden. De verzekeraar wordt geacht stilzwijgend het advies van het fonds te betwisten wanneer hij niet reageert binnen de termijn van een maand te rekenen vanaf de betekening van de herinneringsbrief om een minnelijk voorstel tot vergoeding aan de aanvrager te versturen.¹⁴⁵

De derde voorwaarde slaat op de omvang van de schade. Net zoals bij een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid moet de schade ernstig zijn, dit is een bepaalde drempel overschrijden. De wetgever meende ook in deze hypothese een schade drempel te moeten opleggen, omdat het fonds niet tussenkomt om te verhelpen aan de afwezigheid van een verzekeraar, waartegen alle slachtoffers moeten worden gedekt, maar wel om te anticiperen op de tegemoetkoming van de verzekeraar. In dat geval, zo meende de wetgever, kan er slechts een schadevergoeding worden betaald indien de schade een minimale ernstgraad vertoont.¹⁴⁶ De patiënt moet als gevolg van het schadeverwekkende feit ofwel lijden aan een blijvende invaliditeit van minstens 25 %, ofwel er een tijdelijke arbeidsongeschiktheid gedurende minstens zes opeenvolgende maanden of zes niet opeenvolgende maanden over een periode van twaalf maanden aan overhouden, ofwel een bijzonder zware verstoring van zijn levensomstandigheden ondergaan, ofwel zijn

144 Memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 34.

145 Cf. art. 32 Wet Medische Ongevallen; zie uitgebreider *infra* nr. 199.

146 Memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 35.

overleden. Voor een grondiger commentaar op deze schadedrempels wordt naar elders in deze bijdrage verwezen.

90. Deze laatste voorwaarde wordt door sommigen bekritiseerd. Zij oordelen dat de eis van ernstige schade kan worden aanvaard wanneer de overheid op basis van de nationale solidariteit een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid wil vergoeden. De achterliggende gedachte is dan dat de kosten binnen de perken moet worden gehouden. Wanneer het Fonds Medische Ongevallen een vergoeding uitkeert op grond van een aansprakelijkheid van een zorgverlener, valt die motivering echter weg volgens hen. Immers, het fonds kan deze schadevergoeding volledig verhalen op de verzekeraar of de zorgverlener, ongeacht of het een geringe schade of een ernstige schade betreft. Het zou dus volgens hen patiëntvriendelijker zijn geweest om het Fonds Medische Ongevallen bevoegd te maken of in alle gevallen van aansprakelijkheid die door de verzekeraar wordt betwist, de patiënt te vergoeden. Nu moet de patiënt die schade lijdt maar niet de ernstige-schadedrempel bereikt, nog steeds naar de rechtbank stappen om vergoed te worden, wat zij betreuren.

2.3.6 *Kennelijk ontoereikend voorstel van verzekeraar bij aansprakelijkheid zorgverlener*

91. Ten slotte is er een vierde categorie waarin het Fonds Medische Ongevallen tussenkomt om de patiënt te vergoeden. Het fonds vergoedt de patiënt wanneer de verzekeraar die de aansprakelijkheid dekt van de zorgverlener die de schade heeft veroorzaakt een voorstel tot vergoeding doet dat het fonds kennelijk ontoereikend vindt.¹⁴⁷

In deze situatie aanvaarden zowel het Fonds Medische Ongevallen als de verzekeraar van de zorgverlener dat de aansprakelijkheid van de zorgverlener betrokken is. De verzekeraar wordt dan door het fonds uitgenodigd om een vergoedingsvoorstel aan de aanvrager (de patiënt of zijn rechthebbenden) over te maken.¹⁴⁸ Bij de beoordeling van dit minnelijk vergoedingsvoorstel kan de aanvrager zich laten bijstaan door het fonds. Hij kan het fonds schriftelijk om advies vragen.¹⁴⁹

92. Het fonds kan drie mogelijke adviezen verstrekken. Ofwel gaat het fonds akkoord met de hoogte van de door de verzekeraar aangeboden schadevergoeding. Het staat de aanvrager dan nog vrij het bedrag te betwisten, maar allicht zal de aanvrager na een positief advies van het fonds de vergoeding aanvaarden. Ofwel meent het fonds dat de voorgestelde vergoeding lager ligt dan waarop de aanvrager normaal recht zou hebben, maar dat het bedrag niet kennelijk ontoereikend is. De aanvrager kan dit bedrag dan aanvaarden dan wel betwisten voor de rechtbank.

147 Artikel 4, 4° Wet Medische Ongevallen.

148 Artikel 22 en 29 Wet Medische Ongevallen.

149 Artikel 31 Wet Medische Ongevallen.

Ofwel, als laatste mogelijkheid, kan het fonds de mening zijn toegedaan dat de door de verzekeraar voorgestelde vergoeding kennelijk ontoereikend is. Het woord “kennelijk” verwijst naar de techniek van de marginale toetsing. Het voorstel van de verzekeraar moet dus manifest, overduidelijk onvoldoende zijn. In dat geval stelt het fonds zich in de plaats van de verzekeraar en zal het zelf tot integrale vergoeding van de aanvrager overgaan. Het fonds treedt dan in de rechten van de aanvrager en zal het de uitbetaalde vergoeding verhalen op de zorgverlener en de verzekeraar.¹⁵⁰ Deze bepaling werd ook overgenomen uit de Franse wetgeving.¹⁵¹

93. Het verhaal van het fonds tegen de verzekeraar zal aan de rechtbank van eerste aanleg worden voorgelegd. Oordeelt deze rechtbank dat de door het fonds aan de aanvrager betaalde sommen niet of slechts gedeeltelijk verschuldigd zijn, dan dient het fonds wat teveel werd betaald, zelf te dragen. Het betaalde, maar niet verschuldigde bedrag kan dus door het fonds niet bij de aanvrager worden teruggevorderd.¹⁵²

Oordeelt de rechtbank, daarentegen, dat het verhaal van het fonds gegrond is én dat het vergoedingsvoorstel inderdaad kennelijk ontoereikend was, dan is de verzekeraar van rechtswege aan het fonds een forfaitaire vergoeding verschuldigd gelijk aan 15 % van het bedrag van de totale vergoeding die door het fonds aan het slachtoffer werd toegekend, of, in voorkomend geval, van het bedrag dat door de rechter werd vastgesteld.¹⁵³

2.4 *Het Fonds Medische Ongevallen*

2.4.1 *Oprichting fonds en samenstelling raad van bestuur*

94. De Wet Medische Ongevallen richt een “Fonds voor de Medische Ongevallen” op. Dit fonds neemt de vorm aan van een openbare instelling met rechtspersoonlijkheid die ingedeeld wordt in de categorie B bepaald bij de wet van 16 maart 1954 betreffende de controle van sommige instellingen van openbaar nut.¹⁵⁴ Het fonds kan aldus in rechte optreden.

De werking en de organisatie van het fonds werden in een KB van 12 oktober 2011 geregeld.¹⁵⁵

Recent werd bekendgemaakt dat deze oorspronkelijk bedoeling werd verlaten. Om de werkingskosten te drukken en de start van het fonds te bespoedigen, zou

150 Artikel 31 Wet Medische Ongevallen.

151 Artikel L.1142-14 Code Santé Publique.

152 Artikel 31 Wet Medische Ongevallen.

153 Artikel 31 Wet Medische Ongevallen.

154 Artikel 6 en 34 Wet Medische Ongevallen.

155 BS 17 oktober 2011.

het Fonds Medische Ongevallen nu toch worden geïntegreerd in het RIZIV¹⁵⁶ De wettelijke verankering hiervan moet op dit moment nog wel worden bekendgemaakt.

95. De raad van bestuur van het Fonds Medische Ongevallen heeft tot taak het vergoedingsbeleid van het fonds uit te stippelen en te controleren hoe de directeur en de personeelsleden van het fonds daaraan uitvoering geven. Zo zal de raad van bestuur in een *eerste fase* cruciale begrippen als “schade als gevolg van gezondheidszorg” en “medisch ongeval zonder aansprakelijkheid” definiëren.¹⁵⁷ Voor beslissingen met een technische inslag staat het de raad van bestuur steeds vrij een beroep te doen op de diensten van een wetenschappelijke adviescommissie.¹⁵⁸

Het vergoedingsbeleid zal in een *tweede fase* zo nauw mogelijk moeten aansluiten bij de rechtspraak van hoven en rechtbanken. Het is immers de bedoeling om zoveel mogelijk zaken snel, efficiënt en minnelijk af te handelen. Door een beleid te voeren dat nauw aansluit bij de rechtspraak, zullen de adviezen van het fonds makkelijker worden aanvaard en dus minder worden betwist voor de rechtbanken.¹⁵⁹

De raad van bestuur heeft niet tot taak om tussen te komen in individuele dossiers. Deze dossiers zullen worden behandeld door een team van dossierbeheerders (artsen, juristen, ...) onder de verantwoordelijkheid van de directeur van het fonds.¹⁶⁰

96. Over de samenstelling van de raad van bestuur is lang nagedacht en gedebatteerd. Verschillende betrokken groeperingen hekelden het feit dat ze niet of onvoldoende waren vertegenwoordigd. Uiteindelijk heeft de wetgever zich voor de samenstelling van de raad van bestuur laten inspireren op de samenstelling van de algemene raad van het RIZIV, nu het fonds mee door het RIZIV wordt gefinancierd. Dit heeft tot gevolg dat de sociale partners deel uitmaken van de raad van bestuur, maar de verzekeraars bijvoorbeeld niet.¹⁶¹ Wel worden ook patiëntvertegenwoordigers in de raad van bestuur opgenomen, nu zij rechtstreeks betrokken partij zijn.

156 S. Lierman, ‘Solidariteit bij medische schadegevallen weldra een feit’, *T.Gez./Rev.dr.santé*, 2011-2012,266; het RIZIV staat voor Rijksinstituut voor ziekte en invaliditeitsverzekering.

157 Verslag Burgeon, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/006, p. 108.

158 *Ibid.*, 96.

159 Memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 41.

160 *Ibid.*, 40.

161 Dit is wellicht logisch, nu de verzekeraars het stelsel niet mee financieren, ook in de Franse ONIAM maken de verzekeraars geen deel uit van de raad van bestuur.

97. Artikel 7, §1 Wet Medische Ongevallen bepaalt dat de raad van bestuur als volgt moet zijn samengesteld:

1. vier leden die de overheid vertegenwoordigen;
2. vier leden die de representatieve organisaties van alle werkgevers en de representatieve organisaties van zelfstandigen vertegenwoordigen;
3. vier leden die de representatieve organisaties van alle werknemers vertegenwoordigen;
4. vier leden die de verzekeringsinstellingen vertegenwoordigen;
5. vijf leden die de beroepsbeoefenaars vertegenwoordigen, waaronder minstens drie artsen;
6. drie leden die de verzorgingsinstellingen vertegenwoordigen, waaronder minstens een geneesheer-hygiënist;
7. vier leden die de patiënten vertegenwoordigen;
8. twee professoren of docenten in de rechten, gespecialiseerd in medisch recht.

2.4.2 *Taken van het fonds*

99. Het Fonds Medische Ongevallen heeft talrijke taken toebedeeld gekregen. Er kan een onderscheid worden gemaakt tussen een advies- en vergoedingsfunctie, een bemiddelingsfunctie, een registratiefunctie, een rapporteringsfunctie en een preventiefunctie. Die functies worden nu besproken.

De advies-, bemiddelings- en vergoedingsfunctie

100. Ofschoon de Wet Medische Ongevallen schatplichtig is aan de Franse tegenhanger, is voor de administratieve organisatie toch voor een ander model gekozen.

In Frankrijk bestaat een tweeledig administratief niveau. Naast het fonds werden regionale verzoenings- en vergoedingscommissies opgericht¹⁶², bestaande uit vertegenwoordigers van alle sectoren, die een advies uitbrengen over de vraag of de schade al dan niet een gevolg is van een fout van een zorgverlener. In geval van een fout, wordt het advies naar de verzekeraar gestuurd, in geval van een therapeutisch risico naar het fonds. De verzekeraar dan wel het fonds formuleren dan, in voorkomend geval, een vergoedingsvoorstel. Het nadeel van dit systeem is dat die commissies los van elkaar werken en een eigen rechtspraak ontwikkelen. Dit bevordert de rechtszekerheid en voorspelbaarheid van de adviezen niet. Bovendien zijn de aanvragers dan ook sneller geneigd de rechtbank in te schakelen.¹⁶³

162 Dit zijn de zgn. CRCI's of Commissions régionales de conciliation et d'indemnisation.

163 Cf. Verslag Burgeon, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/006, p. 90.

101. Daarom heeft de Belgische wetgever er terecht voor geopteerd de advies- en vergoedingsfunctie binnen één en hetzelfde orgaan, het fonds, samen te brengen. De advies- en vergoedingsfunctie maken de belangrijkste opdracht van het Fonds Medische Ongevallen uit.

In het raam van deze advies- en vergoedingsfunctie heeft het fonds volgende opdrachten¹⁶⁴:

1. Bepalen of de schade als gevolg van gezondheidszorg van de patiënt al dan niet aanleiding geeft tot de aansprakelijkheid van een zorgverlener, evenals de ernst van de schade beoordelen. Om deze advies- en vergoedingsfunctie te kunnen uitoefenen kan het fonds:
 - a) Aan elke natuurlijke persoon of rechtspersoon (bijvoorbeeld een ziekenhuis of een rust- en verzorgingstehuis) alle documenten en informatie opvragen die noodzakelijk zijn om de oorzaken, omstandigheden en gevolgen van de schade te kunnen beoordelen. Zo kan het fonds bijvoorbeeld de betrokken zorgverlener vragen om de relevante elementen uit het patiëntendossier of alle intern opgestelde administratieve documenten in verband met het ongeval te bezorgen. Medische gegevens over de patiënt die niet relevant zijn voor de beoordeling van het ongeval, dienen niet te worden overgemaakt en blijven onder het beroepsgeheim vallen¹⁶⁵;
 - b) Een beroep doen op gespecialiseerde beroepsbeoefenaars om verduidelijking te krijgen over een specifiek domein van gezondheidszorg.
2. Vaststellen of de burgerlijke aansprakelijkheid van de zorgverlener die de schade heeft veroorzaakt daadwerkelijk en voldoende is gedekt door een verzekering. Het fonds kan zich ook uitspreken over de reikwijdte van de dekking van de door de zorgverlener gesloten aansprakelijkheidsverzekering.
3. Wanneer het oordeelt dat aan de vergoedingsvoorwaarden van de artikelen 4 en 5 Wet Medische Ongevallen voldaan is, de patiënt of zijn rechthebbenden vergoeden.
4. Wanneer het oordeelt dat de aansprakelijkheid van een zorgverlener in het geding is, de zorgverlener of diens verzekeraar verzoeken om een vergoedingsvoorstel aan de patiënt of zijn rechthebbenden over te maken.
5. Op verzoek van de patiënt of zijn rechthebbenden, of van een zorgverlener of zijn verzekeraar, een bemiddeling organiseren overeenkomstig de

164 Artikel 8, §1 Wet Medische Ongevallen.

165 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 42.

artikelen 1724 tot 1733 Ger.W. Het fonds kan in voorkomend geval partij zijn in de bemiddeling. Het betreft hier enkel de vrijwillige bemiddeling en niet de gerechtelijke bemiddeling. Aangezien de vergoedingsaanvraag gericht tot het fonds de burgerlijke vordering voor de rechter opschort, kan de rechter in deze zaak immers geen beslissing meer nemen tot een gerechtelijke bemiddeling.¹⁶⁶ Deze in het Gerechtelijk Wetboek vastgelegde vrijwillige bemiddelingsprocedure voorziet in de mogelijke tussenkomst van een speciaal door de Federale Bemiddelingscommissie erkende ombudspersoon. Het fonds kan hierbij op tweevoudig vlak een rol spelen.¹⁶⁷ Ofwel organiseert het fonds de bemiddeling in een geschil tussen het slachtoffer en de zorgverlener en zijn verzekeraar, zonder zelf partij te zijn. Het fonds stelt dan aan de deelnemende partijen een bij voorkeur externe ombudspersoon voor en begeleidt op administratief vlak de bemiddeling zonder eraan deel te nemen. Ofwel wordt de tussenkomst van het fonds gevraagd in het raam van een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid. Het fonds is dan partij bij de bemiddeling en kan dan zeker niet de functie van ombudspersoon vervullen. Voor alle duidelijkheid: deze vrijwillige bemiddeling in het raam van een specifieke door het gerechtelijk wetboek vastgestelde procedure verschilt merkkelijk van de eventuele niet met dezelfde regels vastgelegde bemiddeling door een ombudspersoon van een ziekenhuis.¹⁶⁸

6. Op vraag van de patiënt of zijn rechthebbenden advies verstrekken over de toereikendheid van de schadevergoeding die door de zorgverlener of de verzekeraar wordt voorgesteld (*cf.* art. 4, 4° Wet Medische Ongevallen).

Preventieve functie

102. Naast de vergoedende functie heeft het Fonds Medische Ongevallen ook een preventieve functie. Door alle aangegeven ongevallen te centraliseren kan het fonds lessen trekken uit wat misloopt en aanbevelingen tot preventie formuleren. In dit verband verwijst de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid ook naar een project binnen de FOD volksgezondheid om in ziekenhuizen een beleid in te voeren van interne rapportering van incidenten om ongevallen in de toekomst te vermijden.¹⁶⁹ Naar verluidt zou een van de knelpunten er in bestaan om beroepsbeoefenaars te stimuleren schadegevallen te rapporteren zonder dat die melding tegen hen gebruikt kan worden. Deze vorm van “*blame free reporting*” is niet zonder meer verzoenbaar met de bevoegdheden van een strafrechtelijk onder-

166 *Ibid.*, 43.

167 *Ibid.*, 43-44.

168 Zie daarover art. 11 Wet Patiëntenrechten.

169 Verslag Burgeon, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/006, p. 97.

zoek.¹⁷⁰ Het is blijkbaar niet evident om beroepsbeoefenaars die ongevallen melden, daarvoor juridische bescherming te verlenen.

Bovendien kan worden opgemerkt dat de Wet Medische Ongevallen geen verplichte aangifte van schadegevallen bevat door de zorgverleners die wellicht niet geneigd zullen zijn tot aangifte over te gaan uit angst voor vervolging.¹⁷¹

Dit probleem van *blame free reporting* is dus (nog) niet opgelost naar Belgisch recht. Een zorgverlener is niet verplicht ongevallen te rapporteren. Het niet rapporteren van een ongeval kan hem trouwens ook niet verweten worden. Bovendien kan het rapporteren van een medisch ongeval leiden tot een aanvraag bij het fonds, dat op zijn beurt de Orde van Geneesheren of het parket kan inlichten.¹⁷² Dit alles stimuleert aldus niet het spontaan rapporteren van een medisch ongeval.

C. Een registratiefunctie

103. Het Fonds Medische Ongevallen heeft ook de opdracht statistieken op te stellen over de vergoedingen die krachtens de bepalingen van de Wet Medische Ongevallen werden toegekend.¹⁷³

Een rapporteringsfunctie

104. Jaarlijks moet het Fonds Medische Ongevallen een activiteitenverslag opstellen en overmaken aan de minister van Volksgezondheid en Sociale Zaken, aan de wetgevende kamers en aan de Federale Commissie Rechten van de Patiënt. Dit verslag bevat de analyse van statistische en financiële gegevens, aanbevelingen ter preventie van schade als gevolg van gezondheidszorg en ter verbetering van de vergoeding ervan, en een voorstelling van en toelichting bij de adviezen die het fonds meent te moeten uitbrengen.¹⁷⁴ De vergoedende, de preventieve en de registratiefunctie monden dus uit in een rapporteringsfunctie.

Met het oog op de bescherming van het privéleven, mag dit verslag geen persoonsgegevens, maar enkel anonieme gegevens bevatten.

2.4.3 Financiering van het fonds en kostprijs van het tweesporensysteem

105. De financiering van de verschillende *no-fault*systemen is steeds een heikel punt geweest. Vaak werd de vrees geuit dat het systeem op termijn financieel onhoudbaar zou worden.

170 Cf. recent J. Legemaate, 'Blame free reporting: international developments', *Book of Proceedings 18th World congress on medical law*, Zagreb, 2010.

171 Cf. de kritische geluiden over het gebrek aan een preventiebeleid van R. Rutsaert, M. Mahaux, R. Heijle (VPP), evenals T. Vansweevelt in Verslag Burgeon, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/006, p. 19, 39-40.

172 Artikel 19 Wet Medische Ongevallen; cf. *infra* nr.169.

173 Artikel 8, §2, 2° Wet Medische Ongevallen.

174 Artikel 8, §2, 3° Wet Medische Ongevallen.

Een van de belangrijkste kritieken op de (opgeheven) Wet Medische Schadegevallen van 15 mei 2007 was de financiële onhoudbaarheid van het systeem. De zorgverleners vreesden dat zij na verloop van tijd veel hogere premies zouden moeten ophoesten om het systeem leefbaar te houden.¹⁷⁵

106. Nu er geopteerd is voor een tweesporensysteem, is ook de financiering gescheiden. Het fonds zelf zal voornamelijk gefinancierd worden door de Staat. Meer concreet zal het fonds via de begroting van de administratiekosten van het RIZIV worden gefinancierd.

De zorgverleners betalen zoals nu hun verzekeringspremie aan hun verzekeraar om gedekt te zijn voor het aansprakelijkheidsrisico. De zorgverleners dragen dus niet bij tot de financiering van het fonds. De Wet Medische Ongevallen brengt geen enkele wijziging aan het huidige aansprakelijkheidsrecht. Een stijging van de verzekeringspremies als gevolg van de Wet Medische Ongevallen is dan ook weinig waarschijnlijk. Sterker nog, aangezien de Wet Medische Ongevallen er naar streeft zoveel mogelijk dossiers minnelijk te regelen, zouden de verzekeraars normaal moeten besparen op erelonen van advocaten en op gerechtskosten. Een verhoging van de verzekeringspremies is ook op dat punt dus niet aan de orde.¹⁷⁶

107. Het fonds beschikt over vier financieringsbronnen:

1. een jaarlijks bedrag ten laste van de administratiekosten van het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering, bepaald door de koning bij een besluit vastgesteld na overleg in de Ministerraad;
2. de opbrengst van de subrogatievorderingen die worden uitgeoefend door het fonds overeenkomstig
 - artikel 28 Wet Medische Ongevallen: verhaal tegen de niet of onvoldoende verzekerde en aansprakelijke zorgverlener;
 - artikel 30 Wet Medische Ongevallen: verhaal tegen de verzekeraar van een volgens het fonds aansprakelijke zorgverlener in wiens plaats het fonds de patiënt heeft vergoed;
 - artikel 31 Wet Medische Ongevallen: verhaal tegen de verzekeraar van een aansprakelijke zorgverlener die een kennelijk ontoereikend vergoedingsvoorstel heeft geformuleerd en in wiens plaats het fonds de patiënt heeft vergoed;
 - artikel 32 Wet Medische Ongevallen: verhaal tegen de verzekeraar van een volgens het fonds aansprakelijke zorgverlener die stilzwijgend wordt geacht te weigeren een vergoedingsvoorstel te formuleren;
3. de financiële opbrengsten van de bedragen waarover het fonds beschikt;

175 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 17.

176 *Ibid.*, 17.

4. de vergoedingen die aan het fonds verschuldigd zijn krachtens de artikelen 15, zesde lid en 31, zesde lid Wet Medische Ongevallen. Dit betreft de forfaitaire vergoeding van € 500 per dag ten laste van de persoon die de door het fonds gevraagde documenten niet overmaakt.

108. Het Federaal Kenniscentrum voor Gezondheidszorg (KCE) heeft berekend wat de kostprijs zou zijn van de invoering in België van het Franse tweesporensysteem. Naargelang de verschillende hypothesen die zouden worden toegepast, raamt het KCE dat het fonds op kruissnelheid jaarlijks een budget nodig heeft tussen 16,6 en 22,2 miljoen euro.¹⁷⁷

109. In Frankrijk worden jaarlijks ongeveer 3.500 dossiers ingediend. Gemiddeld worden er daarvan 30 % onontvankelijk verklaard. Van de overige 70 % wordt de helft verworpen. Slechts 35 % van de dossiers geeft dus aanleiding tot vergoeding, de helft door de verzekeraars en de helft door het fonds. De meeste discussies zouden draaien rond de fout en het causaal verband.¹⁷⁸

Volgens extrapolaties van het KCE zouden in België jaarlijks zo'n 470 dossiers voldoen aan de ontvankelijkheidscriteria van de Wet Medische Ongevallen. Die 470 dossiers zouden dan ofwel via het fonds ofwel via gerechtelijke weg worden behandeld. Dertig percent daarvan of 150 schadegevallen zouden een gunstig vergoedingsadvies krijgen. Van die 150 schadegevallen zou 50 % aanleiding geven tot vergoeding door het fonds, de andere helft zou dan door verzekeraars moeten worden vergoed. Het Fonds Medische Ongevallen zou dus slechts 80 slachtoffers vergoeden, naast 37 slachtoffers van een ziekenhuisinfectie. Daarnaast zijn er dan de slachtoffers die een beroep kunnen doen op de minnelijke procedure om zo sneller en onder betere voorwaarden vergoed te worden.

2.5 De procedure voor het fonds

2.5.1 De aanvraag

Doel: laagdrempelig

113. Zoals gezegd is het doel van de Wet Medische Ongevallen om de benadeelde van een medisch ongeval op een eenvoudige, kosteloze en snelle wijze te vergoeden. De toegangsdrempel tot het Fonds Medische Ongevallen werd daarom zeer laag gehouden. Het volstaat dat de persoon die meent schade te hebben geleden als gevolg van gezondheidszorg een aangetekende brief verstuurt naar het fonds en een advies vraagt over de eventuele aansprakelijkheid van de zorgverlener of

177 Federaal Kenniscentrum Gezondheidszorg, *Vergoeding van schade ten gevolge van gezondheidszorg. Fase V: budgettaire impact van de omzetting van het Franse systeem in België*, KCE reports 107A, 2009, p.x (consulteerbaar op www.kce.fgov.be).

178 Verslag Burgeon, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/006, 89.

over het eventueel bestaan van een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid alsook over de ernst van de schade.¹⁷⁹

De aanvrager

114. De procedure bij het Fonds Medische Ongevallen neemt dus een aanvang van zodra een aanvraag tot advies bij het fonds is ingediend. Deze aanvraag kan worden ingediend door iedereen die meent schade te hebben geleden als gevolg van gezondheidszorg. Dit is in de eerste plaats de patiënt zelf. Is de patiënt daartoe niet in staat, bijvoorbeeld omdat hij wilsongeschikt of handelingsonbekwaam is, dan kan een vertegenwoordiger van de patiënt de aanvraag indienen in plaats van de patiënt. Daarnaast kunnen ook de rechthebbenden een aanvraag indienen. Het begrip rechthebbende heeft hier de gewone, gemeenrechtelijke betekenis (art. 1122 BW).¹⁸⁰ Zo kunnen rechthebbenden aanvrager zijn wanneer de patiënt is overleden. Zij kunnen dan zowel in naam van de patiënt als in eigen naam een vergoeding aanvragen. Ook wanneer de patiënt nog leeft, kunnen de rechthebbenden bij weerkaatsing schade lijden als gevolg van het medisch ongeval, bijvoorbeeld omdat het gezinsinkomen is weggevallen of is verminderd.¹⁸¹ Verschillende aanspraakgerechtigden, bijvoorbeeld de patiënt en zijn rechthebbenden, kunnen hun aanspraken in één brief formuleren en die brief naar het fonds versturen.

In wat volgt zal geen onderscheid meer worden gemaakt naargelang de hoedanigheid van wie het advies heeft aangevraagd. De Wet Medische Ongevallen beschrijft hen algemeen als “aanvrager”.

Vorm en inhoud brief

115. De brief met aanvraag tot advies moet aangetekend worden verstuurd. Het zou nog eenvoudiger en goedkoper zijn geweest indien de aanvraag tot advies via een gewone brief of via e-mail met ontvangstbevestiging vanwege het fonds had kunnen gebeuren. Maar omwille van de rechtszekerheid heeft de wetgever de voorkeur gegeven aan de vereiste van een aangetekende brief.

De aanvrager kan die brief zelf opstellen. Hij kan die brief ook laten opstellen door een advocaat of het ziekenfonds. Maar de gegevens die in de brief moeten worden vermeld zijn doelbewust eenvoudig gehouden, zodat elke persoon zonder bijstand die brief zelf kan schrijven.

179 Artikel 12, §1 Wet Medische Ongevallen.

180 Memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 28-29.

181 Cf. T. Vansweevelt en B. Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, nrs. 1049 en 1146-1163.

116. De aangetekende brief moet volgende gegevens vermelden:¹⁸²

1. de volledige identiteit van de aanvragers en, in voorkomend geval, de patiënt. De aanvrager moet minstens zijn voornaam, familienaam en adres vermelden;¹⁸³
2. de datum en een omschrijving van de gebeurtenis die de schade als gevolg van gezondheidszorg heeft veroorzaakt. De datum is van belang om te kunnen bepalen of het ongeval zich al dan niet heeft voorgedaan na de inwerkingtreding van de Wet Medische Ongevallen. Tevens is de datum van het ongeval cruciaal om de verjaringstermijn te kunnen berekenen;¹⁸⁴
3. een beschrijving van de aangevoerde schade. Deze beschrijving kan algemeen zijn en moet niet alle mogelijke schadeposten bevatten zoals die bijvoorbeeld in de Indicatieve Tabel zijn opgenomen. Dit kan immers niet worden verwacht van iemand die geen juridische kennis heeft. Het doel van de Wet Medische Ongevallen is om zo laagdrempelig mogelijk te werken. Het Fonds Medische Ongevallen kan nadien, via expertise, de schadeposten bepalen;
4. in voorkomend geval de identiteit en het adres van de betrokken zorgverleners. Deze informatie stelt het fonds in staat bij de juiste persoon de nodige documenten op te vragen of hen te kunnen ondervragen. De aanvrager zal evenwel niet altijd de identiteit van de zorgverlener kennen of hij kan zich daarin vergissen. Het fonds heeft tot taak zich ervan te vergewissen of het wel degelijk om de juiste persoon gaat;¹⁸⁵
5. een opgave van eventuele burgerrechtelijke en strafrechtelijke procedures die werden ingesteld met betrekking tot hetzelfde ongeval. Niettegenstaande de Wet Medische Ongevallen een tweesporensysteem heeft ingevoerd, lopen beide procedures niet gelijktijdig. Zoals *infra* nog wordt toegelicht, schorst een aanvraag bij het fonds het onderzoek en de berechting van de burgerlijke vordering. De aanvrager moet trouwens ook het rechtscollege inlichten van de aanvraag bij het Fonds Medische Ongevallen;
6. alle elementen op basis waarvan de oorsprong en de ernst van de schade kunnen worden beoordeeld. In voorkomend geval zullen deze elementen worden aangevuld met ofwel de informatie die het fonds kan opvragen

182 Artikel 12, §2 Wet Medische Ongevallen.

183 Memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 48.

184 *Ibid.*, 48.

185 *Ibid.*, 48.

bij de aanvrager of bij de zorgverlener, ofwel de informatie die voortvloeit uit de tegensprekelijke expertise. Op basis van deze inlichtingen kan het fonds reeds een eerste idee krijgen van de schade en haar oorsprong en kan het fonds eventueel reeds beslissen over de al dan niet ontvankelijkheid van de aanvraag.¹⁸⁶ Wanneer bijvoorbeeld uit die informatie blijkt dat er geen ernstige schade is in de zin van art. 4, 1° en 3° en art. 5 Wet Medische Ongevallen, dan kan de aanvraag in dit stadium reeds onontvankelijk worden verklaard;

7. de vergoedingen die eventueel reeds ontvangen werden of die in behandeling zijn, inclusief de terugbetalingen die werden of zullen worden gedaan door een verzekeringsinstelling of een verzekeraar. Schade kan slechts één keer worden vergoed.¹⁸⁷ Heeft de aanvrager reeds een definitief vergoedingsvoorstel aanvaard of is hij reeds vergoed, dan kan hij voor die vergoede schade geen herstel meer krijgen. Zijn aanvraag is dan onontvankelijk.¹⁸⁸ Ten slotte is de vergoeding door het Fonds Medische Ongevallen steeds subsidiair. Wanneer de aanvrager reeds andere vergoedingen heeft ontvangen (van een verzekeraar, een ziekenfonds, ...), worden die bedragen afgetrokken van de vergoeding door het Fonds Medische Ongevallen.¹⁸⁹ Vandaar dat het fonds over die reeds ontvangen vergoedingen moet worden ingelicht;
8. de identiteit van de verzekeringsinstelling van de aanvrager en van de eventuele verzekeraars die de schade kunnen vergoeden. Deze informatie heeft een tweevoudig doel. In de eerste plaats kadert deze informatie ook in de regel dat het fonds slechts als subsidiaire vergoedingsbron fungeert. De vergoedingen door derden zoals verzekeraars en ziekenfondsen worden dus afgetrokken van het voorstel van het fonds. Op de tweede plaats kan het fonds met deze informatie de verzekeraars en de ziekenfondsen op de hoogte brengen en houden van de aanvraag en procedure voor het fonds. Zij kunnen ook de procedure vervoegen indien zij dat wensen bijvoorbeeld aanwezig zijn op de tegensprekelijke expertise.¹⁹⁰

De ontvankelijkheid van de aanvraag

118. In een eerste fase zal het Fonds Medische Ongevallen onderzoeken of de aanvraag ontvankelijk is. Die beoordeling zal gebeuren aan de hand van de in de aanvraagbrief opgegeven informatie en, in voorkomend geval, de informatie die het fonds bijkomend inwint bij de zorgverlener. Het fonds zal dus moeten nagaan

186 Memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 49.

187 Artikel 3, §3 Wet Medische Ongevallen.

188 Artikel 12, §5 Wet Medische Ongevallen.

189 Artikel 25, §4 Wet Medische Ongevallen.

190 Memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 49.

of de aanvraag ontvankelijk is wat betreft de territoriale bevoegdheid van het fonds, de materiële bevoegdheid van het fonds, de tijdigheid van de aanvraag, de hoedanigheid van de aanvrager, de aanvrager werd reeds vergoed voor dezelfde schade, de eis werd reeds ongegrond verklaard, enz.

De verjaringstermijn voor de aanvraag aan het fonds is geïnspireerd op de verjarringsregel die geldt voor buitencontractuele vorderingen (art. 2262*bis* BW). De aanvraag is verjaard wanneer ze aan het fonds wordt gericht na meer dan vijf jaar te rekenen van de dag volgend op de dag waarop de aanvrager kennis heeft gehad van de schade waarvoor een vergoeding wordt gevraagd, of van de verzekering ervan, en van de identiteit van de persoon die de schade heeft veroorzaakt, of na meer dan twintig jaar te rekenen van de dag volgend op de dag waarop het feit dat de schade heeft veroorzaakt zich heeft voorgedaan.¹⁹¹

De aanvraag voor het fonds en de schorsing van de burgerlijke vordering

120. Zoals gezegd heeft de wetgever geopteerd voor een tweesporensysteem, het spoor van het Fonds Medische Ongevallen of de weg van de rechtbank. De benadeelde heeft de vrijheid om voor een van beide te kiezen. Die keuze houdt ook het recht in om van spoor te wisselen. Wie bijvoorbeeld een vordering heeft ingesteld voor de rechtbank, kan tijdens die procedure een aanvraag indienen bij het fonds en omgekeerd.

121. Wel heeft de wetgever de aanvrager een informatieplicht opgelegd wanneer laatstgenoemde gelijktijdig van beide sporen gebruik wil maken. Zo moet de benadeelde de rechtbank inlichten bij wie in eerste instantie een vordering tot vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg werd ingesteld, dat er nu ook een aanvraag tot vergoeding bij het Fonds Medische Ongevallen werd ingediend. De benadeelde moet ook het fonds inlichten over elke eis tot vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg overeenkomstig het gemeen recht die bij een rechtbank werd ingesteld.¹⁹²

Weliswaar betreft het slechts een niet afdwingbare plicht voor de benadeelde. Wie verzuimt deze informatieplicht na te leven, krijgt daarvoor geen sanctie opgelegd. Deze informatieplicht is nochtans van belang, omdat zo zowel het fonds als de rechtbank op de hoogte zijn van het feit dat de benadeelde gelijktijdig een beroep wil doen op beide procedures. Bovendien is de ene procedure geschorst wanneer de andere werd ingesteld. Dit wordt in het volgend randnummer besproken.

122. Niettegenstaande de vrijheid te kiezen voor één of beide sporen, heeft de wetgever het gelijktijdig gebruik van de twee sporen toch willen ontmoedigen. Het is weinig zinvol dat twee instanties zich gelijktijdig zouden buigen over een-

191 Artikel 12, §3 Wet Medische Ongevallen.

192 Artikel 12, §6 Wet Medische Ongevallen.

zelfde zaak. Waarom zouden de middelen van het gerechtelijk apparaat moet worden gemobiliseerd, wanneer gelijktijdig een minnelijke procedure bezig is. Bovendien streeft de wetgever met de Wet Medische Ongevallen juist naar een vermindering van het aantal gerechtelijke procedures door de benadeelde een kosteloze en snelle minnelijke procedure aan te bieden. In het raam van deze filosofie werd aan de procedure voor het fonds voorrang gegeven.¹⁹³ Dit betekent dat de aanvraag voor het fonds voorrang heeft op de vordering voor de rechtbank en die laatste geschorst wordt tijdens de procedure voor het fonds. Hier geldt aldus *“le fonds tient le civil en état”*.

Het versturen van de aanvraag naar het Fonds Medische Ongevallen schorst van rechtswege vanaf de datum van verzending¹⁹⁴ het onderzoek en de berechting van de burgerlijke rechtsvordering ingesteld voor een rechtscollege van de rechterlijke orde over dit medisch ongeval, zowel in het raam van een burgerlijke als van een strafrechtelijke procedure, tot de dag volgend op de dag waarop¹⁹⁵:

1. de aanvrager een definitief vergoedingsvoorstel aanvaardt ofwel van het fonds, ofwel van de zorgverlener, ofwel van de verzekeraar van de zorgverlener. De procedure wordt hier dan definitief beëindigd;
2. de aanvrager een voorlopig of definitief vergoedingsvoorstel weigert ofwel van het fonds, ofwel van de zorgverlener, ofwel van de verzekeraar van de zorgverlener. Vanaf dat moment kan de benadeelde ofwel dit vergoedingsvoorstel voor de rechtbank van eerste aanleg betwisten ofwel kan hij de voordien ingestelde rechtszaak verder zetten;¹⁹⁶
3. het fonds aan de aanvrager kennis geeft van een advies waarin het oordeelt dat de voorwaarden bepaald bij de artikelen 4 en 5 Wet Medische Ongevallen niet zijn vervuld. Het fonds oordeelt dus dat er geen aansprakelijkheid van een zorgverlener is of geen medisch ongeval zonder aansprakelijkheid of dat er geen ernstige schade is. Ook hier kan de benadeelde dit advies betwisten voor de rechtbank van eerste aanleg of de voordien ingestelde rechtszaak verder zetten;
4. de aanvrager aan het fonds kennis geeft van zijn wil om een einde te maken aan de procedure voor het fonds. Het tweesporensysteem impliceert inderdaad dat de benadeelde op elk moment kan afzien van het ene of andere spoor (of van beide sporen).

193 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 52.

194 Verslag Burgeon, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/006, p. 120.

195 Artikel 13, §1 Wet Medische Ongevallen.

196 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 53.

123. De schorsing van de burgerlijke vordering heeft ook gevolgen op verjaringsvlak. De wetgever wou vermijden dat de keuze voor het ene spoor afbreuk zou doen aan een latere keuze voor het andere spoor. Vandaar dat de keuze voor het ene spoor, de verjaring schorst voor de vordering van het andere spoor.

De verjaring van de burgerlijke rechtsvorderingen met betrekking tot een medisch ongeval wordt geschorst gedurende het instellen van een aanvraag bij het Fonds Medische Ongevallen. De rechtsvordering wordt geschorst onder dezelfde voorwaarden als bepaald in art. 13, §1 Wet Medische Ongevallen en zoals in het vorig randnummer uiteengezet.¹⁹⁷

Daarenboven en zoals reeds gezegd, heeft het instellen van een rechtsvordering met betrekking tot een medisch ongeval tot gevolg dat de verjaring van de aanvraag/vordering bij of tegen het fonds wordt geschorst.¹⁹⁸

124. Zoals gezegd schorst de aanvraag bij het Fonds Medische Ongevallen de burgerlijke vordering, zowel de burgerlijke vordering ingesteld voor de burgerlijke rechter als die voor de strafrechter.

De procedure bij het Fonds Medische Ongevallen en de strafrechtelijke procedure kunnen evenwel onafhankelijk van elkaar verlopen.

De strafvordering zelf wordt niet geschorst door het indienen van een aanvraag bij het fonds.¹⁹⁹ Omgekeerd wordt de procedure voor het fonds evenmin geschorst door het instellen van een strafvordering. De procedure voor het fonds is immers een minnelijke procedure die onafhankelijk moet kunnen lopen van de strafprocedure. Bovendien zal ingeval van een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid het fonds in eigen naam de schade vergoeden los van het bestaan van een (strafrechtelijke of civielrechtelijke) fout.

Om dezelfde reden belet een eventuele strafrechtelijke vrijspraak van de zorgverlener het fonds niet de benadeelde te vergoeden wegens een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid. Een strafrechtelijke veroordeling van de zorgverlener biedt het fonds de mogelijkheid, na de aanvrager te hebben vergoed, een verhaal in te stellen tegen de veroordeelde zorgverlener.

2.5.2 *De behandeling van de aanvraag*

De ontvangstbevestiging

125. Wanneer het fonds de aangetekende brief heeft ontvangen met de aanvraag tot vergoeding van een medisch ongeval met of zonder aansprakelijkheid, moet het fonds binnen een termijn van een maand te rekenen vanaf de ontvangst van

197 Artikel 13, §2 Wet Medische Ongevallen.

198 Artikel 13, §3 Wet Medische Ongevallen.

199 Cf. Memorie van toelichting en advies RvS, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 53 en 100.

de brief de ontvangst hiervan bevestigen.²⁰⁰ Voor de aanvrager bevestigt dit dat de brief goed is aangekomen bij het fonds en dat de procedure wordt gestart.

Het recht bijkomende relevante informatie op te vragen

126. Vaak zal de aanvraagbrief onvoldoende informatie bevatten om een advies te verstrekken. Daarom kan het Fonds Medische Ongevallen alle documenten en informatie opvragen die nodig zijn om de oorzaken, omstandigheden en gevolgen van de schade als gevolg van gezondheidszorg te kunnen beoordelen. Die documenten en informatie kunnen worden opgevraagd bij iedereen die relevante informatie onder zich houdt: de aanvrager en zijn rechthebbenden, alle zorgverleners die de patiënt hebben behandeld, of bij elke andere persoon.

127. Bijkomende informatie opvragen bij de patiënt zal normaal weinig problemen opleveren. Is de patiënt overleden, dan zal die informatie bij de rechthebbenden moeten worden opgevraagd. In beide gevallen kan het bijvoorbeeld gaan om informatie over de vroegere of de huidige gezondheidstoestand, over genetische ziekten, ...

Heeft de patiënt de aanvraag bij het fonds ingediend, dan wordt hij impliciet geacht toe te stemmen in het opvragen van het patiëntendossier door het fonds. Leeft de patiënt nog, maar heeft een ander persoon een aanvraag tot vergoeding ingediend, dan heeft het fonds alleen met de uitdrukkelijke toestemming van de patiënt of één van zijn vertegenwoordigers conform de Wet Patiëntenrechten, toegang tot het patiëntendossier.²⁰¹ Het is aldus voldoende dat één van de in art. 14 Wet Patiëntenrechten vermelde vertegenwoordigers toestemt, zonder dat de cascaderегeling van deze wetsbepaling moet worden gevolgd. Het is wellicht zeldzaam, maar toch denkbaar dat de patiënt of de vertegenwoordiger geen toestemming verleent in het overmaken van het patiëntendossier aan het fonds. Hier is dan sprake van de botsing tussen twee rechtmatige belangen, het recht op bescherming van de persoonlijke levenssfeer en het recht op vergoeding. Zulke zeldzame conflicten zullen dan, in voorkomend geval en indien gewenst door een der partijen, aan de rechter moeten worden voorgelegd die de belangen tegen elkaar zal moeten afwegen.²⁰²

Is de patiënt overleden en heeft een ander persoon, een rechthebbende, de aanvraag tot vergoeding ingediend, dan heeft het fonds alleen met de uitdrukkelijke toestemming van een persoon bedoeld in art. 9, §4 Wet Patiëntenrechten toegang tot het patiëntendossier.²⁰³ Het betreft de personen die, onder bepaalde voorwaarden, na het overlijden van de patiënt via een beroepsbeoefenaar onrechtstreekse inzage hebben in het patiëntendossier, namelijk de echtgenoot, wettelijk samen-

200 Artikel 15, lid 1 Wet Medische Ongevallen.

201 Artikel 16, lid 1 Wet Medische Ongevallen.

202 Verslag Burgeon, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/006, p. 94.

203 Artikel 16, lid 2 Wet Medische Ongevallen.

wonende partner, de partner en de bloedverwanten tot de tweede graad van de patiënt. De rechthebbenden zullen vaak ook vertegenwoordigers zijn.²⁰⁴

128. Informatie opvragen bij zorgverleners zal vaak slaan op de omstandigheden van het medisch ongeval, of op de gezondheidstoestand van de patiënt. Niet alleen de rechtstreeks bij het ongeval betrokken zorgverleners kan om informatie worden gevraagd. Ook de zorgverleners die ooit de patiënt hebben behandeld kunnen relevante informatie verstrekken, zoals de huisarts van de patiënt. Nagevraagd zal (een kopie van) het patiëntendossier worden opgevraagd. Ook kan gedacht worden aan intern opgestelde administratieve documenten in verband met het ongeval. De opgevraagde medische gegevens moeten relevant zijn voor de beoordeling van het dossier. Medische gegevens die geen verband vertonen met het medisch ongeval, dienen niet te worden doorgestuurd.²⁰⁵

De zorgverleners zijn verplicht de gevraagde documenten voor te leggen. Zij kunnen zich niet verschuilen achter het beroepsgeheim.²⁰⁶ Trouwens, zoals gezegd, zijn alle medewerkers van het fonds die de voorgelegde documenten zullen bestuderen, eveneens gebonden door het beroepsgeheim op grond van art. 458 Sw.²⁰⁷

129. Ten slotte breidt de Wet Medische Ongevallen het toepassingsgebied van de personen aan wie bijkomende informatie kan worden gevraagd sterk uit. Bij elke persoon die relevante informatie of documenten heeft in verband met het ongeval, kan informatie worden opgevraagd. Dit kan dus bijvoorbeeld ook het ziekenfonds zijn of de verzekeraar van de zorgverlener.

130. De personen aan wie het fonds informatie opvraagt hebben een maand de tijd die informatie te verzamelen en op te sturen. Het gaat om een maand te rekenen vanaf de kennisgeving van de opvraging door het fonds, om alle gevraagde informatie aan het fonds te verstrekken.²⁰⁸

De procedure bij weigering bijkomende informatie te verstrekken

131. Ofschoon de personen aan wie informatie wordt opgevraagd een maand de tijd hebben die informatie te verstrekken, is het denkbaar dat binnen die termijn de informatie niet wordt verstrekt. In dat geval stuurt het fonds een aangetekende herinneringsbrief. Die brief moet, op straffe van nietigheid, de tekst van art. 15 Wet Medische Ongevallen overnemen opdat de aandacht van de bestemming zou worden gevestigd op de gevolgen van zijn stilzitten.²⁰⁹

204 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 58.

205 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 42.

206 *Ibid.*, p. 42.

207 Artikel 9, §2 Wet Medische Ongevallen.

208 Artikel 15, lid 3 Wet Medische Ongevallen.

209 Artikel 15, lid 4 en lid 11 Wet Medische Ongevallen.

Wanneer evenwel de zorgverlener of elke andere persoon behalve de aanvrager of zijn rechthebbende niet antwoordt binnen de maand vanaf de kennisgeving, is er een ernstige sanctie bepaald. Behalve in geval van overmacht, zijn zij van rechtswege tegenover het fonds een forfaitaire vergoeding verschuldigd van 500 euro per dag²¹⁰ te rekenen vanaf de dag die volgt op de laatste dag van de termijn en dit tot de overzending van de gevraagde informatie en documenten. Om de forfaitaire vergoeding niet torenhoog te laten uitdeinen heeft de wetgever een maximum vergoeding vastgesteld gelijk aan dertig dagen.²¹¹

Het fonds brengt via een aangetekende brief de zorgverlener of een derde op de hoogte van het bedrag dat het van plan is van hem als forfaitaire vergoeding te eisen. Het fonds verzoekt de betrokkene binnen de maand zijn eventuele opmerkingen mee te delen. Met opmerkingen die na deze termijn worden meegedeeld, wordt geen rekening gehouden.²¹²

Wie dit forfaitair bedrag verschuldigd is aan het fonds, heeft de mogelijkheid om die beslissing te betwisten en hiertegen een beroep in te dienen bij de rechtbank van eerste aanleg overeenkomstig het Gerechtelijk Wetboek.²¹³ Nieuw is dat ook de rechtbank van eerste aanleg van de woonplaats van de zorgverlener bevoegd is.²¹⁴

136. Deze forfaitaire vergoeding is een prikkel opdat de zorgverlener zou meewerken aan het onderzoek door het Fonds Medische Ongevallen. Hiermee wordt de schade vergoed die ontstaat wanneer de zorgverlener de rechtsgang belemmert door de gevraagde documenten niet op te sturen. Het doel van de Wet Medische Ongevallen is de partijen te stimuleren om voor de minnelijke procedure van het fonds te kiezen. Wanneer een zorgverlener het fonds dwingt om de documenten via een gerechtelijke procedure te verkrijgen, wordt een van de doelstellingen van de Wet Medische Ongevallen doorkruist.²¹⁵

210 Dit forfaitaire bedrag wordt jaarlijks op 1 januari geïndexeerd op basis van de schommelingen van de index van de consumptieprijzen. Het aangepaste bedrag mag niet hoger zijn dan het bedrag dat resulteert uit volgende formule: de forfaitaire som van 500 euro vermenigvuldigd met de index van de maand december van het verstreken jaar en gedeeld door de index van de maand december van het jaar voorafgaand aan het verstreken jaar (*cf.* art. 15, lid 7 Wet Medische Ongevallen).

211 Artikel 15, lid 6 Wet Medische Ongevallen.

212 Artikel 15, lid 6 Wet Medische Ongevallen.

213 Artikel 15, lid 8 Wet Medische Ongevallen.

214 Artikel 569, lid 1, 41° en 633*novies* Ger.W., ingevoegd bij art. 2 en 3 wet van 2 juni 2010 tot wijziging van het Gerechtelijk Wetboek in het kader van de wet van 31 maart 2010 betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg, *BS* 1 juli 2010.

215 Toelichting gemachtigde van de regering opgenomen in het advies RvS, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 101.

*De organisatie van een deskundigenonderzoek**De mogelijkheid of de verplichting van een deskundigenonderzoek*

137. Het Fonds Medische Ongevallen telt verschillende artsen en juristen als personeelslid. Voor de grondige beoordeling van dossiers zal evenwel vaak, zoals nu bij gemeenrechtelijke vorderingen, een specifieke kennis nodig zijn. Die specifieke kennis kan op twee manieren worden verkregen.

Ofwel kan het fonds een beroep doen op gespecialiseerde beroepsbeoefenaars om precieze informatie te verkrijgen over een specifieke medische aangelegenheid.²¹⁶ Ofwel kan het fonds een deskundigenonderzoek organiseren. Dergelijke expertise zal vaak noodzakelijk zijn om nauwkeurig de oorzaken, de omstandigheden en de gevolgen van de schade te identificeren.

138. Het Fonds Medische Ongevallen is *verplicht* om een tegensprekelijk deskundigenonderzoek te organiseren indien er ernstige aanwijzingen zijn dat er sprake is van ernstige schade in de zin van art. 5 Wet Medische Ongevallen.²¹⁷ De omvang van de schade en dus van de schadeloosstelling verantwoordt dan dat de oorzaken, de aard en de juiste omvang van de schade nauwkeurig worden onderzocht via een deskundigenonderzoek.²¹⁸

Op de verplichting een deskundigenonderzoek te organiseren zijn er twee uitzonderingen. Indien de aanvraag kennelijk onontvankelijk is of ongegrond moet het fonds niet overgaan tot een deskundigenonderzoek. Een expertise zou dan immers nutteloos zijn, nu de aanvraag geen enkele slaagkans zou hebben. Een tweede uitzondering betreft de situatie waarin alle partijen bij de procedure afstand doen van deze onderzoeksmaatregel. Ook dan zou het contraproductief zijn de partijen daartoe te verplichten.²¹⁹

Zijn er geen ernstige aanwijzingen dat de schade ernstig is in de zin van art. 5 Wet Medische Ongevallen, dan *kan* het fonds een tegensprekelijk deskundigenonderzoek organiseren, maar is het daartoe niet verplicht.²²⁰ Het fonds beschikt hier over een zekere appreciatiemarge over het nut en de opportuniteit van een expertise. Voor sommige eenvoudige gevallen is een deskundigenonderzoek niet nodig. In andere gevallen kan er een consensus bestaan tussen partijen rond de al dan niet aansprakelijkheid van de zorgverlener. Ook dan is een expertise niet altijd nodig.

216 Artikel 17, §1 Wet Medische Ongevallen.

217 Artikel 17, §2 Wet Medische Ongevallen; *cf. supra* over dit begrip ernstige schade nr. 90.

218 Memorie van toelichting, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/001, p. 59.

219 *Ibid.*, 59.

220 Artikel 17, §2 Wet Medische Ongevallen; Verslag Burgeon, *Parl.St. Kamer*, 2009-2010, 2240/006, p. 93.

139. Het Fonds Medische Ongevallen is belast met de administratieve organisatie van het deskundigenonderzoek. Het fonds moet een onafhankelijk expert aanstellen die bevoegd is in de materie waarover de aanvraag handelt. Indien dit verantwoord is, bijvoorbeeld omwille van de complexiteit van de zaak, kan het fonds een college van experts aanstellen.²²¹

Het fonds waakt over het goede verloop van de expertise en over het tegensprekelijk karakter ervan. Het tegensprekelijk karakter van een deskundigenonderzoek houdt onder meer in dat alle partijen aanwezig zijn of minstens uitgenodigd worden om aanwezig te zijn. Voor problemen die zich zouden kunnen voordoen tijdens de expertise, bijvoorbeeld wat betreft de vertrouwelijkheid van documenten of de traagheid van de expert, verwijst de wetgever naar de “algemene principes” zoals die gelden voor gerechtelijke expertises.²²²

De expertise heeft dezelfde waarde als een gerechtelijke expertise. Net zoals bepaald in art. 962 Ger.W. is het advies van de deskundige niet bindend. Het Fonds Medische Ongevallen behoudt zijn vrijheid om anders te oordelen. Ook de rechter die later zou worden geconfronteerd met een deskundigenverslag afkomstig van een expert aangewezen door het fonds, behoudt zijn volledige beoordelingsvrijheid.²²³

De wraking van een deskundige

140. Het Fonds Medische Ongevallen kiest in beginsel vrij een onafhankelijk expert. Partijen kunnen echter redenen hebben om bepaalde deskundigen te wraken. Oorspronkelijk ging de wetgever ervan uit dat de regels uit het Gerechtelijk Wetboek over wraking van een deskundige naar analogie van toepassing zouden zijn. Na een andersluidend advies van de Raad van State, heeft de wetgever er dan voor geopteerd specifieke bepalingen over de wraking van een deskundige op te nemen in de Wet Medische Ongevallen die in ruime mate zijn geïnspireerd op de bepalingen hierover uit het Gerechtelijk Wetboek.²²⁴

Het horen van partijen en de bijstand van partijen

143. Het Fonds Medische Ongevallen hoort de betrokken partijen indien ze daarom vragen of indien het fonds dit wenselijk acht.²²⁵ Wanneer een partij daarom vraagt, betreft het dus een verplichting voor het fonds die partij te horen. Naast het tegensprekelijk karakter van het deskundigenonderzoek waar partijen ook hun argumenten kunnen doen gelden, gaat het hier aldus om een bijkomende gelegenheid voor de partijen om gehoord te worden. In dit geval is het dan niet voor de expert, maar rechtstreeks voor het fonds.

221 Artikel 17, §2 Wet Medische Ongevallen.

222 Verslag Burgeon, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/006, p. 123.

223 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 60.

224 *Ibid.*, 60.

225 Artikel 17, §5 Wet Medische Ongevallen.

144. Zowel de aanvrager(s), het ziekenfonds, de zorgverlener(s), hun verzekeraar(s) en de andere partijen kunnen zich tijdens de procedure voor het fonds laten bijstaan door een persoon van hun keuze.²²⁶ De Wet Medische Ongevallen laat de partijen vrij in hun keuze van bijstandspersoon en voorziet niet in beperkingen. Zo kan gedacht worden aan een vertrouwensarts, een verzekeringstechnisch expert, een raadsgeneesheer, een advocaat, een familielid, een vertegenwoordiger van het ziekenfonds, enzovoort.²²⁷

Partijen kiezen ook vrij het aantal personen dat hen bijstaat. Zo kan een partij ervoor kiezen zich te laten bijstaan door zowel een raadsgeneesheer, een advocaat als een familielid.

De kosteloosheid van het deskundigenonderzoek

145. Het doel van de wetgever was de toegang tot de procedure voor het Fonds Medische Ongevallen zo laagdrempelig mogelijk te houden voor de aanvrager. Daarom is de procedure inclusief het deskundigenonderzoek gratis voor de aanvrager.²²⁸

Op die kosteloosheid van de procedure en het deskundigenonderzoek voor de aanvrager is door sommigen kritiek geuit. Zij meenden dat dit zou leiden tot een “instrumentalisering” van de procedure en het deskundigenonderzoek en tot een massa aantal aanvragen die het fonds zullen overstelpen.

Hierop werd evenwel gerepliceerd dat het fonds niet systematisch een deskundigenonderzoek zal organiseren, omdat de aanvraag eerst ontvankelijk moet worden verklaard alvorens een deskundigenonderzoek zal worden gestart. Bovendien stelt de Wet Medische Ongevallen als het ware een nieuwe sociale uitkering in het leven voor slachtoffers van medische ongevallen zonder aansprakelijkheid. Het is moeilijk denkbaar dat een slachtoffer moet betalen om een sociale uitkering te kunnen ontvangen.²²⁹

146. In beginsel draagt het Fonds Medische Ongevallen de expertisekosten, tenzij de aansprakelijkheid van een zorgverlener vaststaat. Die aansprakelijkheid van de zorgverlener staat vast wanneer zij door de zorgverlener of zijn verzekeraar werd erkend of wanneer zij is vastgesteld bij een in kracht van gewijsde gegane rechterlijke uitspraak. In die hypothese zijn de expertisekosten ten laste van de aansprakelijke zorgverlener en van zijn verzekeraar.²³⁰

147. Een deskundigenonderzoek is een dure onderzoeksmaatregel die bovendien vaak noodzakelijk zal zijn in het onderzoek naar de aanspraak van de aanvrager.

226 Artikel 18 Wet Medische Ongevallen.

227 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 61.

228 Artikel 20, lid 1 Wet Medische Ongevallen.

229 Verslag Burgeon, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/006, p. 37 en 93.

230 Artikel 20, lid 2 Wet Medische Ongevallen.

Het valt te voorspellen dat de expertisekosten een aanzienlijk deel van budget van het fonds zal uitmaken. Het fonds zal de experten aanwijzen en vergoeden. Hoe het fonds de experten zal selecteren, aanwijzen en zal vergoeden is op dit moment nog niet uitgemaakt. Het fonds zal dit zelf moeten bepalen.

In Frankrijk wordt het budget voor expertisekosten in de hand gehouden door voor elke expertise een forfaitair bedrag van € 700 te betalen. Ofschoon dit in het begin tot protest aanleiding heeft gegeven, zouden er nu toch voldoende experten zijn die voor dit tarief voor het fonds willen werken.²³¹

De aangifte bij de administratieve, tuchtrechtelijke of gerechtelijke overheden

148. Het Fonds Medische Ongevallen kan de schadeverwekkende feiten aangeven bij de administratieve, tuchtrechtelijke of gerechtelijke overheden, wanneer de feiten dit rechtvaardigen.²³²

Hierbij kan gedacht worden aan een aangifte bij de Orde van Geneesheren, het parket of bij de geneeskundige provinciale commissies. De wetgever beoogde niet om een bijkomende inspectiedienst voor de zorgverleners op te richten. Het fonds wordt echter geacht beter geplaatst te zijn dan de patiënt om te oordelen of de feiten bij een andere bevoegde overheid moeten worden aangegeven. Het uiteindelijke doel is het *ernstig* disfunctioneren van een zorgverlener aan te kaarten om schade in de toekomst te voorkomen.²³³ Wellicht zal dus enkel aangifte worden gedaan van manifeste disfuncties.

Deze bepaling is geïnspireerd op een soortgelijke bepaling uit de Franse wet.²³⁴

2.5.3 *De betwisting van het niet-bindend advies*

154. De procedure voor het Fonds Medische Ongevallen is een minnelijke procedure die, in voorkomend geval, een snelle schadeloosstelling van de aanvrager beoogt. Het Fonds verstrekt in het raam van die minnelijke procedure, enkel een advies over de oorsprong van de schade. Het doel van de wetgever is dat dit advies door partijen zou worden aanvaard. Het geschil zou daarmee beëindigd zijn en een gerechtelijke procedure zou vermeden worden. Het beoogde hoge acceptatieniveau van de adviezen wordt nagestreefd door de ernst en de nauwgezetheid waarmee het fonds de dossiers zal behandelen, de motivering van die adviezen, de kwaliteit van de deskundigen en het tegensprekelijk karakter van de expertise.²³⁵

Niettegenstaande het fonds gezaghebbende adviezen beoogt, is het steeds mogelijk dat een der partijen het advies wenst te betwisten. Dit is steeds mogelijk, aan-

231 Mondelinge mededeling Dominique Martin, directeur ONIAM.

232 Artikel 19 Wet Medische Ongevallen.

233 Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 61.

234 Artikel L. 1142-8 Code de la Santé Publique, weliswaar in Frankrijk beperkt tot feiten die aanleiding kunnen geven tot disciplinaire vervolging.

235 Cf. Memorie van toelichting, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/001, p. 63.

gezien het slechts een advies betreft. Voor alle duidelijkheid vermeldt art. 24 Wet Medische Ongevallen dat het advies van het fonds noch de aanvrager, noch de betrokken zorgverleners en hun verzekeraars, noch, in voorkomend geval, de rechter bindt. Partijen in de minnelijke procedure voor het fonds kunnen in onderling akkoord van het advies afwijken of kunnen het betwisten. De rechter is ook volledig vrij om van het advies van het fonds af te wijken.

2.6 De inwerkingtreding van de Wet Medische Ongevallen

182. Een nieuwe wet brengt altijd bepaalde verwachtingen met zich mee. Die verwachtingen waren er trouwens al bij de uitvaardiging van de vorige wet van 15 mei 2007. Verschillende volksvertegenwoordigers hebben tijdens de parlementaire besprekingen opgeroepen om de Wet Medische Ongevallen zo snel mogelijk ingang te doen vinden.²³⁶

De Wet Medische Ongevallen van 31 maart 2010 werd gepubliceerd in het Belgisch Staatsblad van 2 april 2010. Door de val van de regering eind april 2010 konden de uitvoeringsbesluiten niet tijdig worden opgesteld en uitgevaardigd.

Maar om te vermijden dat de inwerkingtreding van de wet vertraging zou opleveren als gevolg van het uitblijven van uitvoeringsbesluiten, heeft de wetgever een specifieke datum van inwerkingtreding vastgesteld voor de medische ongevallen, ongeacht of ze al niet gepaard gaan met aansprakelijkheid. Artikel 35, §2 Wet Medische Ongevallen bepaalt dat deze wet is van toepassing is op schade veroorzaakt door een feit dat dateert van na de bekendmaking van de wet in het Belgisch Staatsblad. Aldus kunnen medische ongevallen die zich vanaf 2 april 2010 hebben voorgedaan, aan het fonds voorgelegd worden.

Het Fonds Medische Ongevallen is werkzaam sinds 1 september 2012. Het moet aldus een achterstand in dossiers wegwerken die betrekking hebben op ongevallen sinds 2 april 2010.

Besluit

187. Een nieuwe wet schept altijd verwachtingen. Gelet op de lange historie van de discussie over de hervorming van het recht met betrekking tot medische ongevallen, had men misschien een grondiger hertekening van het aansprakelijkheidsrecht verwacht. Sommigen zijn daarom teleurgesteld: zij menen dat het probleem van de medische aansprakelijkheid niet echt werd geregeld²³⁷, hadden gehoopt dat de fout als voorwaarde voor schadevergoeding geschrapt was geweest²³⁸ en

236 Zie bijvoorbeeld Verslag Burgeon, *Parl.St.* Kamer, 2009-2010, 2240/006, p. 132.

237 J.-L. Fagnart, 'Principes fondamentaux de la loi sur les accidents médicaux', *BTLS* 2011, 78.

238 P. Staquet, 'Indemnisation des dommages résultant des soins de santé : la loi FAM', *BTLS* 2010, 168.

dat een (beperkte) vergoeding van (meer) patiënten via de sociale zekerheid zou worden geregeld.²³⁹

Deze wensen werden wel verhoord in de inmiddels opgeheven Wet Medische Schadegevallen van 15 mei 2007. Deze wet werd dan weer bekritiseerd omdat zij de aansprakelijkheid van zorgverleners afschafte, behalve in geval van opzettelijke en welomschreven zware fouten, en het principe van de integrale schadevergoeding verliet.

Een ideaal systeem voor de vergoeding van medische ongevallen lijkt niet te bestaan. Afhankelijk van persoonlijke opvattingen, zal er wel altijd positieve dan wel negatieve kritiek zijn op voorgestelde systemen.

188. Toch scheidt de Wet Medische Ongevallen binnen haar kader hoge verwachtingen en wordt haar soms zelfs een zonnige toekomst voorspeld.²⁴⁰ Het tweespoorsysteem houdt ten aanzien van vroeger hoe dan ook een aantal bijkomende voordelen in voor de patiënt.

Naast het behoud van het gemeen aansprakelijkheidsrecht dat voor de gewone rechtbanken kan worden ingeroepen, wordt de patiënt een tweede spoor aangeboden via het Fonds Medische Ongevallen.

Een tweede bijkomend voordeel is dat het fonds zich niet alleen kan uitspreken over de aansprakelijkheid van een zorgverlener, maar ook schadevergoeding kan toekennen ingeval van een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid. De benadeelde kan zich tot één centraal loket wenden voor een advies en in voorkomend geval voor schadevergoeding, zowel ingeval van een medisch ongeval zonder als met aansprakelijkheid.

Belangrijk is ook dat de benadeelde vergoed kan worden voor alle schadeposten erkend in het gemeen recht. De schadevergoeding is integraal.

De weg naar het fonds is verder zeer laagdrempelig: louter via een aangetekende brief kan een verzoek tot schadevergoeding worden ingediend, terwijl de procedure gratis is voor de aanvrager, snel, minnelijk en tegensprekelijk. In Frankrijk wordt 70 % van de dossiers binnen het jaar afgehandeld. Ook voor de zorgverlener kan deze minnelijke procedure voordelen bieden en zijn reputatie minder schenden dan een gerechtelijke procedure.

Een meer algemeen voordeel is dat eindelijk werk kan worden gemaakt van preventie van medische ongevallen. Het fonds zal naar verwachting talrijke aanvragen ontvangen en zo heel wat ongevallen kunnen registreren. Daaruit kunnen dan preventierichtlijnen worden gedistilleerd.

188. Aan de andere kant moeten de verwachtingen ook enigszins worden getemperd. De verwachtingen in deze wet zouden wel eens overdreven hoog kunnen

239 B. Fontyn, C. Pouppez en P. Slegers, 'Indemnisation des dommages résultant des soins de santé : le Fonds est mort, vive le Fonds !', *JT* 2011, 378-379.

240 S. Lierman, 'Solidariteit bij medische schadegevallen weldra een feit', *T.Ge.z./Rev.dr.santé* 2011-2012, 264.

zijn, zo waarschuwde ook al J.-L. Fagnart.²⁴¹ Dit *no-fault* systeem is geen *deus ex machina* die voor alle medische ongevallen een schadevergoeding zal uitkeren. Het beperkte budget laat dit niet toe. Extrapolaties op grond van het soortgelijke Franse systeem zouden uitwijzen dat jaarlijks slechts 80 patiënten een schadevergoeding zouden krijgen wegens een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid. Die tachtig zijn belangrijk, maar bevestigen meteen dat vele patiënten geen schadevergoeding zullen krijgen. Anderzijds is het wel zo dat verschillende patiënten wel een gratis advies zullen krijgen over de eventuele aansprakelijkheid van een zorgverlener.

De schadedrempel die moet worden overschreden alvorens er sprake kan zijn van een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid, denk vooral aan de 25 % blijvende invaliditeit, vorm wellicht een hoge drempel die veel patiënten niet halen, waardoor zij onvergoed zullen blijven.

Verder is ook het toepassingsgebied van de Wet Medische Ongevallen niet coherent. Zo vallen niet-terugbetaalbare esthetische verstrekkingen niet onder het toepassingsgebied van de wet, evenmin als, volgens de minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid, schade veroorzaakt door producten. Beide uitsluitingen kunnen sterk worden betreurd.

189. Voor de zorgverleners heeft de Wet Medische Ongevallen hoofdzakelijk het voordeel dat wellicht veel claims niet meer voor de rechtbank maar voor het fonds zullen komen. Dit biedt het voordeel dat de procedure op minnelijke wijze kan gebeuren, evenals de eventuele schadevergoeding. Dit kan de zorgverlener heel wat reputatieverlies besparen.

Normaal zou dit ook het aantal strafrechtelijke procedures moeten doen verminderen. Welke zin heeft het immers om nog een strafrechtelijke procedure op te starten wanneer het fonds het dossier beoordeelt?

Eindelijk zou via de Wet Medische Ongevallen ook werk kunnen worden gemaakt van een ernstig preventiebeleid. Via de aangegeven medische ongevallen, krijgt het fonds een overzicht van het aantal en de soort ongevallen. Op basis daarvan kan een preventiebeleid en kunnen preventierichtlijnen worden uitgestippeld.

Wat de financiering van het fonds betreft, hoeven de zorgverleners zich ook geen zorgen te maken. Zij financieren niet het fonds, maar moeten enkel hun premies betalen voor de aansprakelijkheidsverzekering.

Net op het vlak van de verzekeringspremies is er wel enige ongerustheid bij zorgverleners ontstaan. De vrees leeft dat nu het gewone aansprakelijkheidsrecht voor medische ongevallen blijft bestaan²⁴², de laagdrempelige procedure meer claims

241 J.-L. Fagnart, 'Principes fondamentaux de la loi sur les accidents médicaux', *BTLS* 2011, 74.

242 J.-L. Fagnart, 'Principes fondamentaux de la loi sur les accidents médicaux', *BTLS* 2011, 78 betreurt dat de wetgever het probleem van de medische aansprakelijkheid niet echt heeft geregeld.

zal aantrekken dan vroeger het geval was. Meer claims betekent ook meer schadevergoedingen en dus toch een stijging van de verzekeringspremies.

Nochtans is het antwoord op deze vraag complexer. Verschillende elementen spelen mee in de berekening van de premie. Normaal zullen het tweesporensysteem en de minnelijke procedure tot gevolg hebben dat de verzekeraar zal besparen op gerechtskosten en advocatenkosten. Ook is het mogelijk dat een rechter minder geneigd zal zijn kunstmatig naar een fout te zoeken om de patiënt toch te kunnen vergoeden, nu ook een schadevergoeding via het fonds mogelijk is op basis van het begrip medisch ongeval zonder aansprakelijkheid. Het preventiebeleid van het fonds kan eveneens tot een vermindering van het aantal medische ongevallen aanleiding geven. Ten slotte leert ook de Franse ervaring dat de verzekeringspremies daar niet merkkelijk zijn gestegen sinds de invoering van het Franse systeem. Hoe dan ook, zelfs indien de premies zouden stijgen, dan nog heeft de wetgever verklaard hiervoor de nodige maatregelen te zullen nemen wanneer de Wet Medische Ongevallen zal worden geëvalueerd. Dat zulke verklaring betekenisvol kan zijn, blijkt ook het feit dat de Staat in 2005 beslist heeft via het budget financiële middelen (onderdeel B1) jaarlijks een bedrag van 12 miljoen euro aan de ziekenhuizen ter beschikking te stellen als tegemoetkoming in de verzekeringspremies voor de aansprakelijkheidsverzekering van artsen.²⁴³

190. Hoe dan ook, de voordelen van het nieuwe tweesporensysteem lijken de nadelen ruimschoots te overtreffen. Het valt dan ook te hopen dat de Wet Medische Ongevallen snel in werking kan treden.

Belangrijk zal natuurlijk zijn hoe bepaalde cruciale begrippen zoals “abnormale schade” en het “causaal verband” tussen gezondheidzorg en schade zullen worden ingevuld.

De medewerking van verzekeraars is vanzelfsprekend ook fundamenteel voor de goede werking van het systeem. De deskundigenverslagen moeten van hoog niveau zijn opdat zij zouden worden aanvaard door de verzekeraars. Een strenge selectie van de deskundigen door het Fonds Medische Ongevallen zal een niet te onderschatten opdracht van het fonds uitmaken.

Tot slot valt het te hopen dat de evaluatie van de Wet Medische Ongevallen op een ernstige manier zal gebeuren, zodat de huidige en nog te ontdekken onvolkomenheden verholpen kunnen worden.

243 Cf. Omzendbrief aan de ziekenhuisbeheerders van 20 december 2005, DG1, FOD Volksgezondheid.

Vraagpunten

1. Is het redelijk een hele administratie en een fonds op te richten voor jaarlijks een honderdtal aanspraakgerechtigden?
2. Zijn de schadedrempels niet te hoog voor vele slachtoffers?
3. De toegang naar het Fonds Medische Ongevallen is laagdrempelig en gratis: zal dit niet leiden tot een tsunami aan claims?
4. Elke patiënt kan een gratis advies krijgen over de zorgvuldigheid van een behandeling: zijn er wel voldoende deskundigen om die claims te beoordelen en wat is de kostprijs daarvan?
5. Wat moet worden verstaan onder het begrip “abnormale schade”?
6. Claims zullen meer en meer op een administratieve wijze, buiten de rechtbanken, worden afgehandeld: goed voor de reputatie van de arts. Wordt de arts nog voldoende gestimuleerd om zorgvuldig te handelen?
7. Zal het groeiend aantal claims niet leiden tot een verhoging van de aansprakelijkheidsverzekeringspremies?

Literatuur

Bocken (2008)

H. Bocken (ed.), *Nieuwe wettelijke regelingen voor vergoeding van gezondheidsschade*, Mechelen, Kluwer, 2008, 77-193.

Bocken (2009)

H. Bocken, 'Vergoeding van medische schade : aansprakelijkheid of solidariteit ?', *TPR* 2009, 16-17 ;

Boone (2011)

I. Boone, 'De verhouding tussen het aansprakelijkheidsrecht en de vergoeding door het Fonds Medische Ongevallen', in I. Boone en S. Lierman (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 64.

Caeneghem (2010)

S. van Caeneghem, 'Wet van 31 maart 2010 betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg', *Assurinfo*, nr. 15, 29 april 2010, 2.

De Callatay (2007)

D. de Callatay, 'Halte au fonds!', *J.T.* 2007, 248-250

Callens (2003-04)

S. Callens, 'Aansprakelijkheid van het ziekenhuis', *T. Gez./Rev.dr.santé*, 2003-2004, 125 e.v.

Dalcq (1976)

R.O. Dalcq, 'Faut-il limiter la responsabilité des professions libérales ?', *Mélanges Baugniet*, Brussel, ULB, 1976, 112.

Claassens (1990)

H. Claassens, 'Verzekering en medische aansprakelijkheid in de gezondheidszorg', *VI.T. Gez.*, 1990, 198-199.

Delbeke (2007-08)

E. Delbeke, 'De informatieplicht over de relevante risico's van een medische ingreep: draagwijdte, determinerende factoren en gevolgen bij miskenning', *T. Gez./Rev.dr.santé*, 2007-2008, 355 e.v.

Deutsch, Schreiber, Lilie (1985)

E. Deutsch, H.-L. Schreiber en B. Lilie, v^o Germany, in *Medical Responsibility in Western Europe*, Berlijn, Springer-Verlag, 1985, 267, nr. 125.

Dorsner-Dolivet (1986)

A. Dorsner-Dolivet, *Contribution à la restauration de la faute*, Parijs, L.G.D.J., 1986, nr. 570

Ehrenzweig (1964)

A. Ehrenzweig, 'Compulsory 'hospital-accident' insurance: a needed first step towards the displacement of liability for medical malpractice', *U.Chi.L.Rev.*, 1964, 288-289.

Epstein (1978)

R. Epstein, 'Medical malpractice: its cause and cure', in *The economics of medical malpractice*, Washington, American Enterprise for Public Policy Research, 1978, 265.

Fagnart (1996)

J.-L. Fagnart, 'De vergoeding van medische ongevallen. Voorstel voor een hervorming', in *Aansprakelijkheid en medische ongevallen*, Vansweevelt, T. (ed.), Gent, MYS&Breesch, 1996, 43.

Fagnart (1998)

J.L. Fagnart, 'Invalidité et incapacité', *Con.M.*, 1998, 6

Fagnart (2006)

J.-L. Fagnart, 'Information du patient et responsabilité du médecin' in E. Thiry (ed.), *Actualités de droit médical*, Brussel, Bruylant, 2006, 91 ;

Fagnart (2008)

J.-L. Fagnart, 'La réparation des dommages résultant de soins de santé. Belles idées et vilaine loi', in *Evolution des droits du patient. Indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé : le droit médical en mouvement*, G. Schamps (ed.), Brussel, Bruylant, 2008, 407-425.

Fagnart (2009)

J.-L. Fagnart, 'L'indemnisation des victimes d'un aléa thérapeutique. Aperçu du droit français', in *Liber Amicorum Hubert Bocken*, Brugge Die Keure, 2009, 105 e.v.;

Fagnart (2011)

J.-L. Fagnart, 'Principes fondamentaux de la loi sur les accidents médicaux', *BTLS* 2011, 78.

Fontyn, Pouppez en Slegers (2011)

B. Fontyn, C. Pouppez en P. Slegers, 'Indemnisation des dommages résultant des soins de santé : le Fonds est mort, vive le Fonds !', *JT* 2011, 378-379.

Fredericq en Colle (1996)

S. Fredericq en P. Colle, 'Alternatieve oplossingen', in *Aansprakelijkheid en medische ongevallen*, Vansweevelt, T. (ed.), Gent, Mys&Breesch, 1996, 93.

Genicot (2011)

G. Genicot, 'Le manquement du médecin à son devoir d'information cause un préjudice autonome', (noot onder Cass.fr. 3 juni 2010), *JT* 2011, 113.

Goffin (2007-08)

T. Goffin, 'Toestemming in het medisch recht: een nieuwe lezing van een oud probleem', *RW*, 2007-08, 1306 e.v.;

Ham, Dingwall, Fenn en Harris (1988)

C. Ham, R. Dingwall, P. Fenn en D. Harris, *Medical negligence. Compensation and accountability*, Londen, King's Fund Institute, 1988, 5.

Jones (1984)

M. Jones, 'Medical negligence. The burden of proof', *N.L.J.*, 1984, 9.

King (1986)

J.H. King, *The law of medical malpractice in a nutshell*, St.Paul, Minn., West Publishing, 1986, 327.

Langenaken (2007)

E. Langenaken, 'La réforme de l'indemnisation du dommage issu des soins de santé : révolution ou régression?', *R.G.A.R.* 2007, nr. 14.312, p. 8*verso*

Legemaate (2010)

J. Legemaate, 'Blame free reporting: international developments', *Book of Proceedings 18th World congress on medical law*, Zagreb, 2010.

Lierman (2011)

S. Lierman, 'Vergoedingsvoorwaarden van het Fonds Medische Ongevallen', in I. Boone en S. Lierman (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen*, Antwerpen, Intersentia, 2011, 43.

Lierman (2011-12)

S. Lierman, 'Solidariteit bij medische schadegevallen weldra een feit', *T.Gez./Rev.dr.santé* 2011-2012, 266

Muylaert (2010)

P. Muylaert, 'Wet betreffende de vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg (wet van 31.3.2010 BS 2.4.2010)', *BTLS* 2010, 88.

Nys (1984)

H. Nys, 'De toestemming van de patiënt', *VL.T.Gez.*, 1984, 258;

Quickenborne (1986-87)

M. van Quickenborne, 'De instemming van de patiënt in de therapeutische relatie', *R.W.*, 1986-87, 2428.

Peeters (2000-01)

G. Peeters, 'Toespraak', *T. Gez./Rev.dr.santé*, 2000-2001, 167.

Rogge (2000-01)

J. Rogge, 'Voorstel van de verzekeraars tot vergoeding van medische ongevallen', *T. Gez./Rev.dr.santé*, 2000-2001, 168-169

Schamps (2008-09)

G. Schamps, 'L'indemnisation sans faute des dommages liés aux soins de santé: qu'en est-il?', *T. Gez./Rev.dr.santé*, 2008-2009, 369

Simoens (1999)

D. Simoens, *Buitencontractuele aansprakelijkheid. Schade en schadeloosstelling*, Antwerpen, Kluwer, 1999, 147-148.

Staquet (2010)

P. Staquet, 'Indemnisation des dommages résultant des soins de santé : la loi FAM', *BTLS* 2010, 168.

De Temmerman (2002)

B. de Temmerman, 'Invaliditeit, arbeidsongeschiktheid en inkomensverlies', *TAVW* 2002, 241.

Vansweevelt (1992)

T. Vansweevelt, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*, MAKLU-Bruylant, 1992, nrs. 183 e.v.

Vansweevelt (1997)

T. Vansweevelt, *De beroepsaansprakelijkheidsverzekering van artsen en ziekenhuizen: een vergelijkende analyse*, Gent, Mys&Breesch, 1997, 1.

Vansweevelt (2000-01)

T. Vansweevelt, 'Rechtsvergelijkende aantekeningen bij de medische aansprakelijkheid: evolutie en hervorming', *T. Gez./Rev.droit santé*, 2000-2001, 120-121.

Vansweevelt (2003-04)

T. Vansweevelt, 'Definities en toepassingsgebied van de Wet Patiëntenrechten', *T. Gez./Rev.dr.santé*, 2003-2004, 67.

Vansweevelt (2005-06)

T. Vansweevelt, 'De wet experimenten op de menselijke persoon: objectieve aansprakelijkheid en verzekering' *T. Gez./Rev.dr.santé* 2005-06, 22-32.

Vansweevelt (2008)

T. Vansweevelt, 'Een *no fault*-systeem voor medische ongevallen in België: quo vadis?', in *Liber Amicorum Jean-Luc Fagnart*, Louvain-la-Neuve, Anthemis, 2008, 347 e.v

Vansweevelt (2010-11)

T. Vansweevelt, 'De Wet Medische Ongevallen', *T. Gez./Rev.dr.santé*, 2010-2011, 84-134.

Vansweevelt en Fagnart (2000-01)

T. Vansweevelt en J.-L. Fagnart, 'Présentation du projet du groupe de travail inter-universitaire', *T. Gez./Rev.droit santé*, 2000-2001, 170-172.

Vansweevelt en Weyts (2009)

T. Vansweevelt en B. Weyts, *Handboek buitencontractueel aansprakelijkheidsrecht*, Intersentia 2009 nrs. 186 e.v.

Wouters (2010)

K. Wouters, 'De foutloze aansprakelijkheid in de Wet van 7 mei 2004 inzake experimenten op de menselijke persoon', *TBBR* 2010, 156-181

PREADVIEZEN VERENIGING VOOR GEZONDHEIDSRECHT (1968-2012)

(1968 tm 2003 indien voorradig tegen kostprijs en verzendkosten beschikbaar via VGR-secretariaat, tel. 030 - 28 23 322 (optie 2), e-mail: vgr@fed.knmg.nl, vanaf 2004 te bestellen via SDU Klantenservice te Den Haag, tel. 070 - 378 98 80, e-mail: sdu@sdu.nl)

- 1968 H.J.J. Leenen: Gezondheidsrecht – een poging tot plaatsbepaling.*
Verder het rapport van de Commissie herziening interne rechtspraak van de KNMG *
- 1969 C.J. Goudsmit: Voordracht over problemen rond de wetgeving van geestelijk gestoorden. Daaraan werd nog een tweede vergadering gewijd.*
- 1970 J.M.M. Maeijer: De aansprakelijkheid voor handelingen van een medisch team.*
- 1971 W.B. van der Mijn: Wetgeving medische beroepsuitoefening.*
- 1972 J.Ch. Cornelis en A.S. Frowijn: De ontwikkeling van de wetgeving op het gebied van de organisatie van de gezondheidszorg.*
- 1973 B. Sluyters: Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland.*
Tijdens deze vergadering werd ook het rapport van de werkgroep juridische aspecten van de relatie ziekenfondsmedewerkers – verzekerde o.l.v. T.J.S. Postma besproken.*
- 1974 M. Rood-de Boer: De positie van de minderjarige in de gezondheidszorg.*
- 1975 J. ter Heide: Dwang en drang in de medische behandeling.*
- 1976 H.J.J. Leenen: Milieuhygiënerecht.*
- 1977 H.P. Utermark: Medisch Tuchtrecht.*
- 1978 A.E. Leuftink en N. de Jong: De rechtspositie van de keurling.*
- 1979 Advies inzake registratie van medische en psychologische gegevens en de bescherming van de persoonlijke levenssfeer (privacy) van de Gezondheidsraad, becommentarieerd door F. Kuitenbrouwer, L. Kortbeek en E. Dil-Stork.*

- 1980 Het selectievraagstuk in de gezondheidszorg; het selecteren van patiënten bij schaarste van behandelingsmogelijkheden voorbereid door vier personen, te weten S.A. de Lange, H.E. Nicolai, P.C. Sporken en H.F. Visser-'t Hooft. *
Werkgroep richtlijnen keuringen: Wat mag en wat moet bij een aanstellingskeuring.
- 1981 M.N.G. Dukes: De toelating van geneesmiddelen in Nederland.*
- 1982 P.J.W. de Brauw: Beschouwingen over samenwerking in de geneeskundige behandeling en verzorging van patiënten.
Co-referaat van een medische werkgroep bij het preadvies;
Beschouwingen over samenwerking in de geneeskundige behandeling en verzorging van patiënten.
- 1983 H.A. Brasz en D.W.P. Ruiter: Het plansysteem van de Wet voorzieningen gezondheidszorg.*
- 1984 H.D.C. Roscam Abbing: Overheid en het recht op gezondheidszorg.
- 1985 C. Kelk: Klagen of kwijnen. De rechten van verpleeghuispatiënten en de behandeling van hun klachten.*
- 1986 J.C.M. Leyten: Welzijn, vrijheid en dwang.
- 1987 J.K.M. Gevers: Juridische aspecten van erfelijkheidsonderzoek en -advies.
- 1988 J.P. Kasdorp: Grenzen aan het recht op gezondheidszorg.
- 1989 B. Sluyters en H.R.G. Feber: De gezondheidszorg en het strafrecht.
- 1990 F.C.B. van Wijmen: Driehoeksverhoudingen. Gezondheidsrechtelijke beschouwingen over vertegenwoordiging van meerderjarige onbekwamen.
- 1991 J.H. Hubben: Kwaliteit en recht in de gezondheidszorg.
- 1992 Jubileumcongres 25 jaar Vereniging voor Gezondheidsrecht:
J.H. Hubben en H.D.C. Roscam Abbing (red.), Gezondheidsrecht in perspectief. De Tijdstroom Utrecht 1993.*
- 1993 H.D.C. Roscam Abbing: Patiënt en gezondheidszorg in het recht van de Europese Gemeenschap.*
- 1994 J. Legemaate: Goed recht. De betekenis en de gevolgen van het recht voor de praktijk van de hulpverlening.

- 1995 E.T.M. Olsthoorn-Heim en L. Bergkamp: Medisch wetenschappelijk onderzoek: Lichaamsmateriaal voor de wetenschap en het wetsvoorstel medische experimenten.*
- 1996 E.W. Roscam Abbing en J.K.M. Gevers: Voorspellend Medisch Onderzoek: Mogelijkheden, verwachtingen en toegang; Rechtsbescherming.*
- 1997 H.J.J. Leenen: Recht op zorg voor de gezondheid.*
- 1998 C. Kelk: Gezondheidszorg voor gedetineerden.*
- 1999 P.J. Hustinx: Informatietechnologie in de gezondheidszorg.*
- 2000 F.C.B. van Wijmen: Richtlijnen voor verantwoorde zorg. Over de betekenis van standaardisering voor patiënt, professional en patiëntenzorg.
- WGBO en bedrijfsarts: Advies uitgebracht aan de besturen van de Vereniging voor Gezondheidsrecht en de Nederlandse Vereniging voor Arbeids- en Bedrijfsgeneeskunde. Werkgroep WGBO en bedrijfsarts. VGR-najaarsvergadering 2000.
- 2001 Th.A.M. te Braake en L.E. Kalkman-Bogerd: Procreatietechnologie en recht. Toelaatbaarheid en regulering van IVF-onderzoek; Van kinderwens tot ouderschap.
- 2002 H.D.C. Roscam Abbing, J. Legemaate en G.R.J. de Groot: Zorg, schaarste en recht.
 – Solidariteit en individuele vrijheid; vrijheid in gebondenheid
 – De (dubbel)rol van de arts
 – Verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid voor tekorten in de zorg.
- Jubileumbundel: Omzien naar de toekomst, 35 jaar preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht. Redactie: J.C.J. Dute, J.K.M. Gevers en G.R.J. de Groot.*
- 2003 T.P. Widdershoven en K. Blankman: Psychiatrie en Recht.
 – De Wet Bopz en de psychiatrie. Kanttekeningen bij een regeling
 – Rechtsbescherming bij vrijheidsbeneming in de sectoren verstandelijk gehandicaptenzorg en psychogeriatric.

- 2004 E.-B. van Veen, E.J.C. de Jong en W.R. Kastelein: Het beroepsgeheim, continuïteit en verandering.*
– Het beroepsgeheim in de individuele gezondheidszorg
– Het beroepsgeheim en derdenbelangen
– Het beroepsgeheim in rechte. Zwijgen: recht of plicht?
ISBN: 978-90-12-09999-8 Sdu
- 2005 W. van den Ouwelant en J.C.J. Dute: Preventieve Gezondheidszorg.*
– Heilzame wetten. Historie, karakter, plaats en vorm van de publieke gezondheidszorg
– Infectieziekten, dwang en drang
ISBN: 978-90-12-10757-0 Sdu
- 2006 J.A. Lisman, M.F. van der Mersch en C. Velink: Geneesmiddelen en Recht.
– De toelating van geneesmiddelen. Hoe effectief is ons systeem?
– Het recht op geneesmiddelen. Hoe kosten de zorg beheersen
ISBN: 978-90-12-11313-7 Sdu
- 2007 P.C. Ippel, T. Hartlief en P.A.M. Mevis: Gezondheidsrecht: betekenis en positie.
– Het gewicht van het gezondheidsrecht
– De staat van het privaatrechtelijke gezondheidsrecht
– Gezondheidsrecht en strafrecht; ontwikkelingen in een niet altijd gemakkelijke Relatie.
ISBN: 978-90-12-12028-9 Sdu
- 2008 J.H.H.M. Dorscheidt en A.C. de Die: De toekomst van de Wet BIG.
– Taakherschikking en verantwoordelijkheidsverdeling
– Gewaarborgde kwaliteit
ISBN: 978-90-12-38014-0 Sdu
- 2009 A.C. Hendriks, J.W. van de Gronden en J.J.M. Sluijs: Gezondheidszorg en Europees recht
– De betekenis van het EVRM voor het gezondheidsrecht
– De betekenis van het EG-verdrag voor het reguleren van de zorgmarkt
ISBN: 978-90-12-38187-1 Sdu
- 2010 D.P. Engberts, Y.M. Koster en M.C. Ploem: Wetenschappelijk onderzoek in de zorg
– De juridische normering van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen
– Gegeven voor de wetenschap – *Regulering van onderzoek met gegevens, lichaamsmateriaal en biobanken*
ISBN: 978-90-12-38354-7 Sdu

- 2011 J.G. Sijmons, T.A.M. van den Ende, G.R.J. de Groot: Stelsel onder stress
– De cure: transitie en onbalans
– De care: voortvarend na bedachtzaam wegen
– De schuivende panelen van de zorgverzekering
ISBN: 978-90-12-38577-0 Sdu
- 2012 Oratiebundel Gezondheidsrecht. Verzamelde redes 1971 – 2011
40 jaar Nederlands gezondheidsrecht in een twintigtal oraties
t.g.v. 45-jarig bestaan VGR
ISBN: 978-90-12-38840-5 Sdu

* niet meer voorradig