

Medische aansprakelijkheid in Nederland

Tijd voor een no faultsysteem?

Désirée Klemann, Rankie ten Hoopen & Helen Mertens¹

De forse toename van de schadelast door claims met betrekking tot de Nederlandse ziekenhuiszorg vormde aanleiding om het Nederlandse aansprakelijkheidsstelsel onder de loep te nemen en dit te vergelijken met het Belgische tweesporensysteem, dat naast het klassieke aansprakelijkheidsrecht een *no fault*-compensatiesysteem omvat. Een tweesporensysteem zoals het Belgische blijkt weinig toe te voegen aan de huidige vergoedingsmogelijkheden. Grote knelpunten omtrent deskundigenanalyses en causaliteitsvraagstukken blijven ook bij een *no fault*-compensatiesysteem onverminderd aanwezig. Deze knelpunten zijn inherent aan de aard en complexiteit van medische ongevallen. Opvolging van een aantal praktijkgerichte adviezen, waarbij alle bij de afwikkeling van klachten en claims betrokken partijen worden aangesproken op hun professionele verantwoordelijkheden, zou wel bijdragen aan een verbetering van het huidige medisch aansprakelijkheidsstelsel.

Inleiding

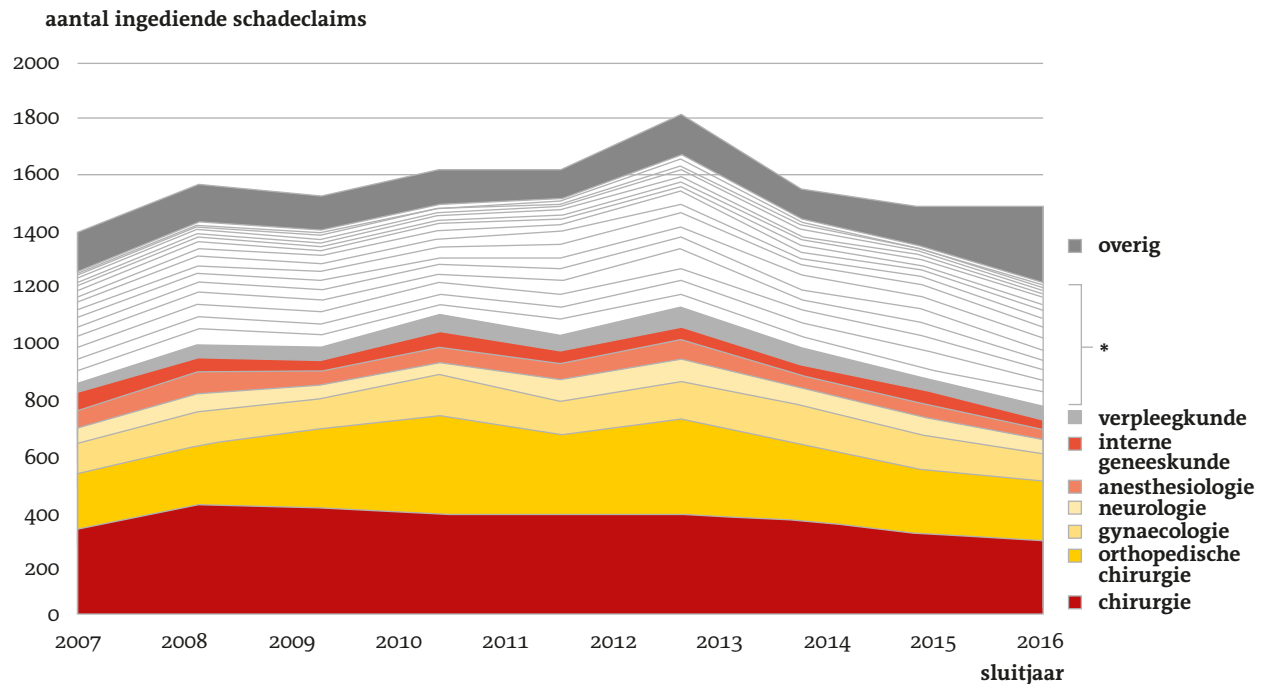
De toename van de schadelast² van ingediende claims met betrekking tot de Nederlandse ziekenhuiszorg is indrukwekkend. Een recente analyse toont dat de totale schadelast verviervoudigde in een periode van tien jaar.³ Door de invoering van de Wet affectieschade per 1 januari 2019, die leidde tot een wijziging van artikel 6:107 en 6:108 BW, is er een wettelijke grondslag gekomen voor de vergoeding van smartengeld aan naasten van een ernstig en blijvend gekwetste persoon.⁴ Hierdoor zal het medisch aansprakelijkheidsstelsel in de nabije toekomst verder financieel onder druk komen te staan.

De resultaten van het recente onderzoek werden breed uitgemeten in de pers en leidden tot verontruste reacties, onder andere van medici en politici. In mei 2018 uitte Kamerlid Van den Berg (CDA) haar zorgen over het mogelijk ontstaan van een claimcultuur in Nederland.⁵ Het medisch aansprakelijkheidsstelsel kwam daardoor opnieuw op de politieke agenda. Behalve de toename van de schadelast was een aandachtspunt dat het huidige aansprakelijkheidsstelsel onvoldoende tegemoet zou komen aan de belangen en behoeften van de gelaedeerde patiënt en/of diens nabestaanden. Illustratief zijn de Kamervragen die Kamerlid Van Gerven (SP) in januari 2019 stelde aan Minister Bruins, Medische Zorg en Sport, over onder meer de lange duur en de kosten van aansprakelijkheidsprocedures.⁶

Dit doet de vraag rijzen of de financiële ontwikkelingen en knelpunten van niet-financiële aard (procedureel, emotioneel) van het huidige aansprakelijkheidsstelsel een wijziging van het recht met betrekking tot de vergoeding van medische schade rechtvaardigen. Regelmatig wordt gesuggereerd dat claimafhandeling op basis van een *no fault* systeem – waarbij een patiënt na een ongewenste uitkomst van medisch handelen een financiële vergoeding krijgt, ongeacht of er sprake is van een (verwijtbare) fout – minder knelpunten kent en meer tegemoet komt aan de behoeften van een patiënt die stappen onderneemt wegens het vermoeden van een tekortkoming bij verleende zorg.

In deze bijdrage staat derhalve deze vraag centraal: is het tijd om in Nederland een *no fault* systeem te introduceren, ter vervanging of aanvulling van het huidige medische aansprakelijkheidsrecht? Bij de beantwoording van deze vraag wordt gekeken naar de ontwikkelingen in België, dat sinds de invoering van de Wet Medische Ongevallen in 2010 een tweesporensysteem hanteert. Naast de reguliere civielrechtelijke aansprakelijkheidsprocedure biedt het Fonds voor Medische Ongevallen de mogelijkheid tot claimafhandeling op basis van een *no fault* systeem.

Na een weergave én duiding van de Nederlandse schadeclaimcijfers volgt een korte uiteenzetting van het Nederlandse medisch aansprakelijkheidsrecht en de knel-



* Specialismen (in volgorde van onder naar boven): cardiologie, radiologie, spoedeisende hulp, pathologie, urologie, KNO-ziekten, oogheelkunde, neurochirurgie, plastische chirurgie, longziekten, kindergeneeskunde, MDL-ziekten, cardiopulmonale chirurgie, kaakchirurgie, zorginstelling (overig personeel) en dermatologie

Figuur 1: Aantal ingediende schadeclaims per specialisme per jaar. Bron: Ned. Tijdschr. Geneesk. 2019;163:D3548.

punten bij de (gerechtelijke) afhandeling van claims. Aanluitend wordt het Nederlandse aansprakelijkheidsstelsel vergeleken met het stelsel in België en wordt een antwoord gegeven op de vraag of het Belgische tweesporensysteem een goed alternatief zou zijn voor het stelsel dat Nederland nu heeft.

Trends en ontwikkelingen schadeclaims

Hoeveel reden tot zorg geven de cijfers omtrent vergoeding van medische schade? De onderlinge waarborgmaatschappijen Centramed en MediRisk, die samen 95% van alle Nederlandse ziekenhuizen verzekeren, verleenden medewerking aan een analyse van het aantal schadeclaims en de omvang daarvan met betrekking tot de ziekenhuiszorg in Nederland.⁷ De resultaten van dit onderzoek werden in

mei 2018⁸ en maart 2019⁹ gepubliceerd in het *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde*.

Ingediende schadeclaims

In totaal werden 15.115 schadeclaims ingediend in de periode 2007 tot en met 2016 (zie figuur 1). Aanvankelijk nam in deze periode het aantal schadeclaims per jaar toe, maar sinds 2013 is het aantal gedaald en sinds 2015 is het nagenoeg gelijk gebleven.

Gesloten schadeclaimdossiers

In de periode van 2007 tot en met 2016 werden 15.306 schadeclaimdossiers gesloten. De betreffende claims waren ingediend in de periode 1994-2016. De gemiddelde doorlooptijd van alle dossiers was 29,8 maanden. In 50,1% van

Auteurs

1. Mr. drs. D.M.T.V. Klemann is gynaecoloog in opleiding bij het Maastricht UMC+, tevens gezondheidsrechtjurist. Mr. dr. M.M. ten Hoopen is universitair docent gezondheidsrecht aan de Universiteit Maastricht en wetenschappelijk medewerker bij Boels Zanders Advocaten. Dr. H.J.M.M. Mertens is gynaecoloog/lid Raad van Bestuur bij Maastricht UMC+.

Noten

2. De totale schadelast is de som van de aan de patiënt uitgekeerde schadevergoeding, buitengerechtelijke kosten (de kosten van belangenbehartigers van de patiënt) en overige kosten. Tot overige kosten worden

o.a. gerekend de kosten voor het inschakelen van medische expertise, schaderegelaars, het opvragen van medische informatie en eigen advocaatkosten van de verzekeraars.

3. D. Klemann, H. Mertens & F. van Merode, 'Meer en hogere schadeclaims-analyse van schadeclaims in de Nederlandse ziekenhuiszorg van 2007-2016', *Ned Tijdschr. Geneesk.* 2018;162:D2279.

Zeer recent maakte aansprakelijkheidsverzekeraar MediRisk bekend dat de kosten van schadeclaims wederom gestegen zijn, zie o.a. www.medirisk.nl/-/media/medirisk/downloads/jaarverslag/2018-medirisk-in-getallen.jpg.

4. De Wet affectieschade is, evenals het

Besluit affectieschade, op 17 mei 2018 gepubliceerd in het Staatsblad. Zie *Stb.* 2018, 133.

5. https://www.npo.nl/nos-het-vragenuurtje/22-05-2018/POW_03820058.

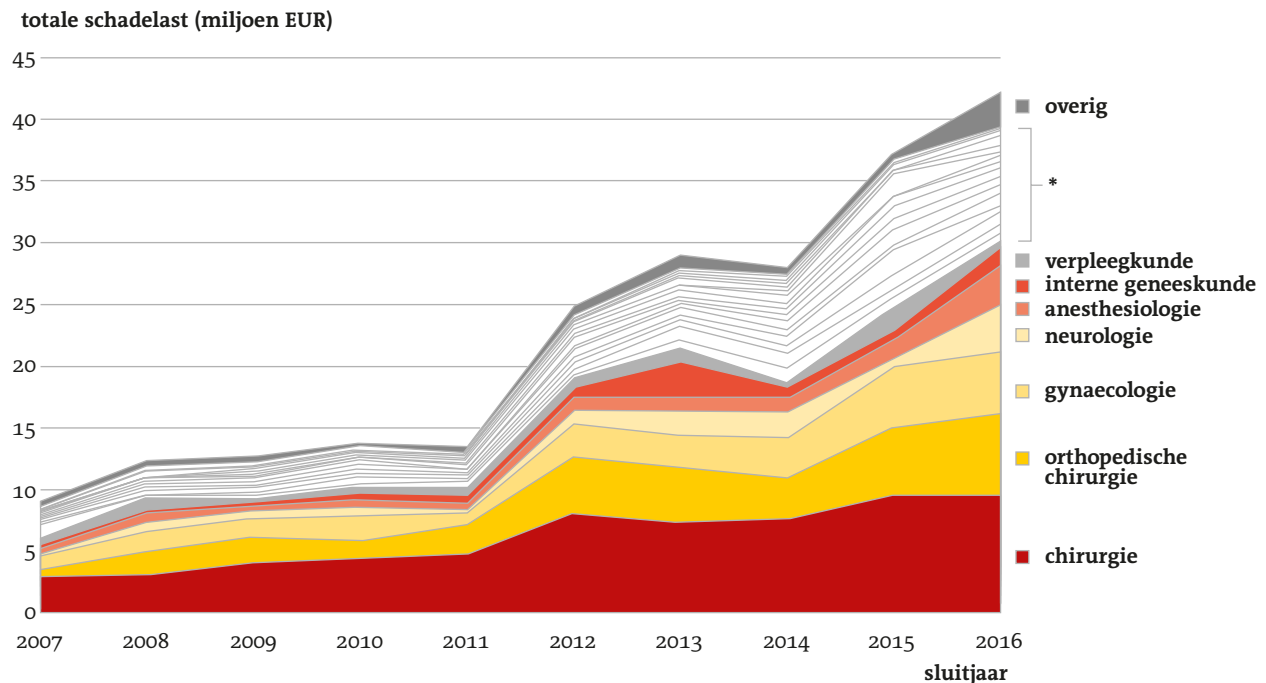
6. *Kamerstukken II 2018/19, Vragen, 2019Z01614*.

7. Ziekenhuizen kunnen ervoor kiezen schadeclaims van geringe omvang zelfstandig af te handelen. Onder andere de invoering van dossierkosten wanneer een ziekenhuis een schadeclaim voorlegt aan de verzekeringsmaatschappij, stimuleert ziekenhuizen om claims van geringe omvang zelfstandig af te handelen. Door de instellingen zelfstandig afgehandelde claims worden niet altijd gemeld bij de

schadeverzekeraars en vallen dus buiten het bereik van deze studie. Daar het slechts de claims van geringe omvang betreft, zal dit mogelijk een vertekend beeld geven van het aantal ingediende claims, maar minder invloed hebben op de beschreven schadelast.

8. D. Klemann, H. Mertens & F. van Merode, 'Meer en hogere schadeclaims-analyse van schadeclaims in de Nederlandse ziekenhuiszorg van 2007-2016', *Ned Tijdschr. Geneesk.* 2018;162:D2279.

9. D. Klemann, H. Mertens & F. van Merode, 'Schadeclaims per medisch specialisme – 10-jaarsoverzicht van schadeclaims in Nederland', *Ned Tijdschr. Geneesk.* 2019;163:D3548.



* Specialismen (in volgorde van onder naar boven): oogheelkunde, urologie, kaakchirurgie, interne geneeskunde, radiologie, SEH, cardiologie, KNO-ziekten, neurochirurgie, dermatologie, MDL-ziekten, longziekten, kindergeneeskunde, zorginstelling (overig personeel) cardiopulmonale chirurgie en pathologie

Figuur 2: Schadelast per specialisme per jaar. Bron: Ned. Tijdschr. Geneeskd. 2019;163:D3548.

de gesloten dossiers werd de aansprakelijkheid afgewezen, in 24,0% werd aansprakelijkheid erkend en een schadevergoeding toegekend. In 17,4% werd, zonder erkenning van aansprakelijkheid, een minnelijke schikking getroffen.

Schadelast

De totale schadelast van alle gesloten schadeclaims in de periode 2007-2016 bedroeg € 229.224.433. De schadelast nam jaarlijks toe (zie figuur 2): in 2007 bedroeg zij € 9.443.222 en in 2016 € 43.183.533. Nadere analyse van de gesloten dossiers laat zien dat de stijging van de totale en gemiddelde schadelast wordt veroorzaakt door enkele dossiers met een exponentieel hoge schadelast. In 12,8% van alle gesloten dossiers bedroeg de schadelast meer dan € 25.000.

Trends per categorie specialisme

Van alle ingediende schadeclaims had 65% betrekking op snijdende specialismen en 16% op beschouwende specialismen. De overige claims betroffen ondersteunende

specialismen, paramedici of overige. De toename van de schadelast werd bij alle specialismen waargenomen. Van de totale schadelast werd 63% uitgekeerd aan patiënten met claims die betrekking hadden op snijdende specialismen en 19% aan patiënten met claims betreffende beschouwende specialismen. Deze verdeling veranderde niet gedurende de onderzoeksperiode.¹⁰

Beschouwing cijfers

Schadeclaims vormen niet zonder meer een goede maatstaf voor de kwaliteit van zorg. Immers, niet elke medische fout leidt tot een claim¹¹ en bij circa 50% van de ingediende schadeclaims lijkt er geen sprake te zijn van een (verwijtbare) medische fout. Wel bieden schadeclaims een unieke kijk op de kwaliteit van zorg vanuit patiëntperspectief.

Opmerkelijk is het grote aandeel van de snijdende specialismen in zowel het aantal ingediende schadeclaims (65%) als in de totale schadelast (63%).¹² Onze eigen analyse van de schadelast per medisch specialisme, afgezet tegen de omzetcijfers per specialisme, toonde dat het grote aandeel van de snijdende specialismen niet verklaard kan worden op basis van de omzetcijfers van die specialismen.¹³ Mogelijke verklaringen voor de vele en hoge schadeclaims bij snijdende specialismen vormen het karakter van de verleende zorg (vaak acute, spoedeisende zorg óf juist electieve, geplande zorg), de zorgzwaarte en een duidelijk aanwijsbaar moment van het ontstaan van schade in een perioperatief traject, waardoor voor de patiënt de causaliteit tussen de schadeveroorzakende handeling en het resultaat duidelijk is.

Teneinde de gevonden toename van de schadelast in een juist perspectief te plaatsen, dienen de claimgegevens gerelateerd te worden aan de omvang van de verleende

Nadere analyse van de gesloten dossiers laat zien dat de stijging van de totale en gemiddelde schadelast wordt veroorzaakt door enkele dossiers met een exponentieel hoge schadelast



zorg. De zorgkosten betreffende medisch-specialistische zorg zijn in de periode 2007-2016 volgens de CBS-registratie gestegen van € 20,4 miljard in 2007 naar € 26,6 miljard in 2016 (+30%). Dit kan een deel van de toegenomen schadelast (naar rato) verklaren.

De analyse laat, zoals hiervoor al aangestipt, zien dat de toename van de totale schadelast wordt veroorzaakt door enkele dossiers, waarin aansprakelijkheid voor een medische fout is erkend, met een hoge schadelast (in uitzonderlijke gevallen tot meer dan € 1 miljoen). De toename van de dossiers met een hoge schadelast wordt verklaard doordat zowel Centramed als MediRisk vanaf 2012 speciale teams hebben opgericht om zeer langdurig lopende dossiers (zogenaamde 'old cases') versneld af te handelen. Voorbeelden van deze langslpende dossiers zijn geboorteschades en dwarslaesies, allen situaties met ernstig blijvend letsel, waarvan de omvang van de schade niet direct na het incident kon worden vastgesteld. Tevens is men sindsdien, in het kader van onder andere de GOMA, nieuwe dossiers in eerste instantie sneller gaan afhandelen, waardoor dos-

siers met een hoge schadelast cumuleren. Ook de verschuiving in het overheidsbeleid naar een meer op participatie gerichte maatschappij, met beperktere mogelijkheden om een beroep te doen op sociale verzekeringen en voorzieningen, kan ertoe hebben geleid dat meer schade verhaald wordt op de verzekeringsmaatschappijen, waar deze eerder uit andere bronnen werd vergoed. Of andere factoren – te denken valt aan veranderingen bij het verlenen van medische zorg, zoals een toename van hoogtechnologische (en complexe) medische technieken en een algemene cultuurverandering (eventueel onder invloed van de media) – een rol spelen bij de toename van de schadelast dient nader onderzocht te worden. Men kan derhalve betwisten of sprake is van een zorgwekkende ontwikkeling, daarbij in ogenschouw nemende dat de schadelast slechts een fractie is van de totale zorgkosten in Nederland. Desalniettemin zorgen deze cijfers voor onrust onder patiënten, zorgverleners en -aanbieders, aansprakelijkheidsverzekeraars en politici.

Het aantal dossiers met een excessief hoge schadelast zal naar verwachting stijgen. Door de geïntroduceerde

10. D. Klemann, H. Mertens & F. van Merode, 'Meer en hogere schadeclaims-analyse van schadeclaims in de Nederlandse ziekenhuiszorg van 2007-2016', *Ned. Tijdschr. Geneesk.* 2018;162:D2279 en D. Klemann, H. Mertens & F. van Merode, 'Schadeclaims per medisch specialisme – 10-jaarsoverzicht van schadeclaims in Nederland', *Ned. Tijd-*

schr. Geneesk. 2019;163:D3548.

11. Kwaliteitsmonitoren zoals de Monitor Zorggerelateerde schade van het Nivel en EMGO+ instituut lieten zien dat de potentieel vermijdbare schade en sterfte in Nederlandse ziekenhuizen in 2015/2016 onveranderd was ten opzichte van 2011/2012. *Monitor zorggerelateerde schade in Neder-*

landse ziekenhuizen, 2017.

12. Onderzoek van het onderzoeksinstituut Nivel wees eerder uit dat 60% van de zorggerelateerde schade betrekking heeft op niet-snijdende specialisten, en 40% op snijdende specialisten. *Monitor zorggerelateerde schade in Nederlandse ziekenhuizen*, 2017, p.46 e.v.

13. D. Klemann, H. Mertens & F. van Merode, 'Schadeclaims per medisch specialisme – 10-jaarsoverzicht van schadeclaims in Nederland', *Ned. Tijdschr. Geneesk.* 2019;163:D3548.

Door de geïntroduceerde wettelijke grondslag voor affectieschade kan de omvang van de te vergoeden schade aanmerkelijk toenemen, waarbij aansprakelijkheids- en causaliteitsdiscussies kunnen verharderen

wettelijke grondslag voor affectieschade kunnen sinds 1 januari 2019 ook nabestaanden en naasten van slachtoffers met ernstig en blijvend letsel aanspraak hebben op vergoeding van immateriële schade (artikel 6:107 lid 1 sub b en artikel 6:108 lid 3 BW): schade die bestaat uit het verdriet dat naasten van een slachtoffer hebben wegens diens lijden of overlijden. De omvang van de te vergoeden schade kan daardoor aanmerkelijk toenemen, waarbij aansprakelijkheids- en causaliteitsdiscussies ook kunnen verharderen.¹⁴ Bij de behandeling van het wetsvoorstel affectieschade door de Eerste Kamer stelde aansprakelijkheidsverzekeraar Centramed voor lagere vergoedingen toe te kennen in het geval van medische aansprakelijkheid dan wel de zorgsector geheel uit te sluiten van de wetswijziging. Hiervan heeft de wetgever afgezien, omdat voor een dergelijke uitzonderingspositie onvoldoende rechtvaardiging zou bestaan.¹⁵ Volgens berekeningen van het Centrum voor Verzekeringsstatistiek van het Verbond van Verzekeraars is de verwachting dat de schadelast voor medische aansprakelijkheidsverzekeraars met circa 15% zal stijgen.¹⁶ Dit kan leiden tot verhoging van verzekeringspremies voor ziekenhuizen en indirect tot een stijging van de zorgkosten voor de patiënt.

Naast het financiële aspect waarover zorgen bestaan, worden knelpunten en bezwaren van procedurele en emotionele aard met betrekking tot het huidige aansprakelijkheidssysteem genoemd. Sluit het juridisch stelsel voldoende aan bij de medische praktijk, waarin schade soms onvermijdbaar kan zijn? En waarin (mogelijk) schadeveroorzakend handelen niet zelden complex kan zijn, met de bewijsproblemen van dien? Hierna zal het Nederlandse aansprakelijkheidsstelsel op hoofdpunten worden weergegeven, met vervolgens een bespreking van de knelpunten die het meebrengt.

Nederlands medisch aansprakelijkheidsstelsel

Hoewel daartoe niet wettelijk verplicht, zijn hulpverleners in Nederland doorgaans verzekerd voor medische aansprakelijkheid, in de meeste gevallen via het ziekenhuis waarin zij werkzaam zijn ('paraplupolis').¹⁷ Een schadeclaim van grote(re) omvang zal door de aansprakelijk gestelde partij (hulpverlener, ziekenhuis) aan de verzekeringsmaatschappij worden voorgelegd voor beoordeling en afhandeling.

Centramed en MediRisk maken gebruik van medisch deskundigen bij de beoordeling van een schadeclaim en, bij afwijzing van de claim, van het bezwaar dat de patiënt daartegen kan maken. Indien de inschakeling van een (nieuwe) onafhankelijke medisch adviseur problemen oplevert, kan de patiënt ervoor kiezen een voorlopig deskundigenbericht aan te vragen bij de rechter, met als doel het inschatten van de haalbaarheid van een (bodem)-

procedure. Een impasse tijdens de buitengerechtelijke schadeafhandeling die een specifiek onderdeel van de aansprakelijkheidsstelling betreft, kan via een gerechtelijke deelgeschilprocedure (artikel 1019 Rv) en een daarop volgende vaststellingsovereenkomst worden weggenomen. Zo nodig kan de patiënt een gerechtelijke procedure in volle omvang starten.¹⁸

Zowel bij binnen- als buitengerechtelijke afhandeling van medische claims gelden de algemene regels van de 'klassieke' civielrechtelijke aansprakelijkheid. Naast schending van een norm moet er sprake zijn van toerekenbaarheid van de gedraging aan de hulpverlener, schade en causaal verband tussen de tekortkoming/onrechtmatige daad en de geleden schade.

Een schadevergoedingsvordering kan op contractuele en/of buitencontractuele basis worden ingesteld. Een contractuele basis is alleen voorhanden bij het bestaan van een geneeskundige behandelingsovereenkomst zoals geregeld in afdeling 7.7.5 BW. De centrale toetsingsnorm in deze afdeling ('goed hulpverlenerschap'; artikel 7:543 BW) houdt in dat een hulpverlener moet handelen met 'de zorgvuldigheid die van een redelijk bekwaam en redelijk handelend hulpverlener in gelijke omstandigheden mag worden verwacht'.¹⁹ Nadere invulling van deze maatstaf vindt plaats aan de hand van de geldende professionele standaard, gevormd door zelfregulering van de beroeps-groep zoals richtlijnen en protocollen. Bij een vordering op een buitencontractuele grondslag (onrechtmatige daad; artikel 6:162 BW) is de norm soortgelijk.²⁰

De zojuist genoemde voorwaarden voor aansprakelijkheid zijn in de praktijk even zovele knelpunten voor slachtoffers.

Knelpunten medisch aansprakelijkheidsstelsel

Het medisch aansprakelijkheidsstelsel is een voor patiënten ingewikkeld systeem. Regelmatig worden er *procedurele* bezwaren geuit over de afhandeling van schadeclaims.

Voor een patiënt die ontevreden is over ontvangen gezondheidszorg staat, naast het beschreven (buiten) gerechtelijke traject, de mogelijkheid open om zich met een claim tot een geschilleninstantie te wenden (waarover hierna meer) en om – ter verbetering van de kwaliteit van de zorg – een klacht in te dienen bij een tuchtcollege. Het bestaan van deze trajecten naast elkaar is onoverzichtelijk voor patiënten én hulpverleners en kan leiden tot 'verkoeking' en tot 'rangeerfouten', waardoor een patiënt een klacht-of een claimroute inslaat die niet goed aansluit bij zijn behoeften.²¹ Dit leidt niet alleen tot onvrede bij de patiënt, maar zorgt ook voor overbelasting van de bestaande klacht- en claimprocedures.

Meer specifiek voor het aansprakelijkheidsrecht wordt aangevoerd dat procedures vaak (te) lang duren,

onder andere door discussie over de te benoemen deskundige, de aan deze voor te leggen vraagstelling en de inhoud/interpretatie van zijn rapportage. Meer in het algemeen speelt een rol dat veelal sprake is van een 'toer-nooiemodel' in plaats van een 'harmoniemodel'.²²

Ook de verdeling van de bewijslast vormt een punt van kritiek. Conform artikel 150 Rv rusten de stelplicht en de bewijslast in beginsel op de patiënt. In het bijzonder het bewijs van de beroepsfout en het causaal verband kan uiterst moeilijk zijn. In het kader van het causaal verband kan bijvoorbeeld de vraag rijzen of de gezondheidsschade niet ook zou zijn ingetreden indien de gestelde fout niet was gemaakt. Hier komt bij dat doorgaans sprake is van een informatiëachterstand van de patiënt ten opzichte van de hulpverlener, ook al wordt de patiënt sinds 2016 in de publiekrechtelijke wetgeving (artikel 10 Wkkgz) een handvat geboden door een specifieke wettelijke informatie- en dossierplicht van de zorgaanbieder in geval van incidenten bij de zorgverlening.

Daarnaast zijn er *emotionele* bezwaren te noemen. Door de lange duur, de aard en de inhoud van de claim-procedures zijn deze vaak emotioneel belastend. Onderzoek toont dat het proces de gezondheid van claimanten en hun welzijn negatief beïnvloedt.²³ Inspanningen ter compensatie van geleden schade lijken dus in sommige gevallen schade toe te voegen ('secundaire victimisatie'). Uit internationale literatuur blijkt bovendien dat patiënten die zorggerelateerde schade hebben geleden behoefte hebben aan méér dan alleen een financiële vergoeding. Minstens zo belangrijk zijn uitleg, informatie en communicatie, erkenning van een fout, duidelijkheid over de gevolgen voor de gezondheid van de patiënt op korte en lange termijn en informatie over maatregelen ter voorkoming van herhaling van de fout.²⁴

Ook hulpverleners ervaren een aansprakelijkheids-procedure overigens als belastend. De vrees voor een nieuw incident, juridische vervolgstappen en schaamte dragen bij aan een meer defensieve praktijkvoering.²⁵ Mogelijk kan een *no fault*-systeem, waarbij minder nadruk ligt op de verwijtbaarheid van een fout van de

hulpverlener, de kans op defensieve geneeskunde verminderen.

Ontwikkelingen naar aanleiding van knelpunten

Teneinde de afwikkeling van een medische schadeclaim te verbeteren, is door de Letselschade Raad een gedragscode opgesteld. Deze op méér harmonie in het stelsel gerichte 'Gedragscode Openheid medische Incidenten: betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid' (hierna: GOMA)²⁶ geeft zowel aanbevelingen aan zorgverleners voor een zorgvuldige reactie op een incident als richtlijnen voor de behandeling van schadeclaims na een medisch incident.

Ook de tuchtrechter heeft zich niet onbetuigd gelaten. In 2018 heeft het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg overwogen dat een zorgverlener een vinger aan de pols *moet* houden van de aansprakelijkheidsverzekeraar waar het de voortgang van de afwikkeling van een door zijn patiënt ingediende claim betreft. Het is daarentegen niet de taak van de zorgverlener zich in inhoudelijke discussies over de civielrechtelijke aansprakelijkheid en schadebegroting te mengen, omdat het daarbij gaat om strikt juridische aangelegenheden waaromtrent van een zorgverlener geen specifieke kennis mag worden verwacht.²⁷

Met betrekking tot de bewijslast is in de rechtspraak het instrument van de verzwaarde stelplicht van de hulpverlener ontwikkeld,²⁸ alsook de omkeringsregel. De patiënt wordt hierdoor tegemoetgekomen bij het bewijs van de tekortkoming/onrechtmatige daad en het csqn-causaal verband, respectievelijk bij het bewijs van het csqn-causaal verband. Deze instrumenten bieden niet steeds soelaas. Zo valt de hele categorie informatiefouten (in de zin van *informed consent*-fouten) volgens de jurisprudentie buiten het toepassingsbereik van de omkeringsregel.²⁹

Onvrede over de afwikkeling van klachten en claims in de gezondheidszorg heeft verder, op overheidsniveau, bijgedragen aan de totstandkoming van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz). Door deze wet heeft de patiënt, naast het beschreven civielrechtelijke traject, een alternatieve route ter beschikking gekregen voor de

14. A. Santen, 'Een weinig gelukkige combinatie, affectieschade en aansprakelijkheidsverweren', *PIV Bulletin*, december 2018, p. 20-23.

15. *Kamerstukken II* 2015/16, 34257, 6, p. 16.

16. Verbond van Verzekeraars, Circulaire MMS-2018-11, 13 april 2018/, <https://www.verzekeraars.nl/publicaties/actueel/verband-blij-met-nieuwe-wet-affectieschade>.

17. M.M. ten Hoopen, 'Medisch-specialistische samenwerking en aansprakelijkheid, in het bijzonder bij operatieve behandeling van patiënten', *NJB* 2007/1358, afl. 26, p. 1594-1604.

18. Verzekeringsmaatschappij Centramed geeft aan dat grosso modo 95% van alle claimprocedures buiten rechte afgedaan wordt, met de hiervoor genoemde resultaten.

19. HR 9 november 1990, ECLI:NL:HR:1990:AC1103, *NJ* 1991/26 en sindsdien vaste jurisprudentie.

20. In situaties van gevaarstelling, zoals het gebruik van bedden met een hoog risico op valincidenten, wordt in het algemeen echter getoetst aan de door de Hoge Raad in het *Kelderluik*-arrest geformuleerde factoren (HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, *NJ* 1966/136). Zie HR 13 januari 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1611, *NJ* 1997/175 en Hof Amsterdam 24 mei 2016, ECLI:NL:GHAMS:2016:2005.

21. B. Laarman & A. Akkermans, 'De afwikkeling van medische schade onder de Wkkgz', *Tijdschrift voor vergoeding personenschade* 2017, nr. 3, p. 57.

22. T. Hartlief, Conclusie voor HR 16 maart 2018, ECLI:NL:HR:2018:365, met verwijzing

naar o.a. J. Smeehuijzen & A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatte revoluties', in J.L. Smeehuijzen, A.J. Akkermans & T. Vanswevelt, *Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid, advies Vereniging voor Gezondheidsrecht* 2013, Den Haag: Sdu 2013, p. 19. e.v.

23. R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade. Een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van zorggerelateerde schade*, Deventer: Boom Juridische uitgevers 2013, p. 688. Zie ook 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.

24. O'Connor e.a., 'Disclosure of patient safety incidents: a comprehensive review', *Int. J. Qual. Health Care* 2010, 22, nr. 5, p. 371 e.v.

25. VVAA, 'Defensieve zorgverlening: een onderzoek naar de stand van zaken anno 2016', verschenen maart 2016.

26. *Gedragscode Openheid Medische Incidenten*, Uitgave De Letselschade Raad, 16 juni 2010. Laatste versie: maart 2012.

27. CTG 8 maart 2018, ECLI:NL:TGZCTG2018:69.

28. Zie respectievelijk o.a. HR 20 november 1987, ECLI:NL:HR:1987:AD0058, *NJ* 1988/500, m.nt. W.L. Haardt en HR 19 maart 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO1299, *NJ* 2004/307, m.nt. W.D.H. Asser.

29. HR 23 november 2001, ECLI:NL:HR:2001:AB2723, *NJ* 2002/386.

Door de Wkkgz heeft de patiënt een alternatieve route ter beschikking gekregen voor de afwikkeling van een klacht of claim

afwikkeling van een klacht of claim. Sinds 1 januari 2017 moeten zorgaanbieders een klachtenfunctionaris hebben en aansloten zijn bij een onafhankelijke, erkende externe geschilleninstantie. De klachtenfunctionaris heeft een adviserende en ondersteunende rol bij het afhandelen van klachten. De geschilleninstantie beoordeelt klachten in het kader van een soort 'hoger beroep' van de patiënt tegen de uitkomst van de interne klachtafhandeling. Zij doet uitspraak binnen zes maanden in de vorm van een voor beide partijen bindende uitspraak en kan schadevergoeding tot een bedrag van € 25.000 toekennen. Op 1 januari 2017 waren alle Nederlandse ziekenhuizen aangesloten bij de landelijke Geschillencommissie Ziekenhuizen. Deze commissie bestaat uit drie leden: een arts, een vertegenwoordiger vanuit de patiëntenverenigingen en een onafhankelijk voorzitter (een jurist). Ten minste één benoemd lid heeft expertise voor de voorliggende klacht. De bedoeling is dat daardoor slechts weinig een beroep behoeft te worden gedaan op een externe deskundige.

Een beeld van de activiteiten van de Geschillencommissie Ziekenhuizen kan worden verkregen uit haar recent gepubliceerde jaarverslag 2018. In 2018 behandelde de commissie 151 klachten (37% meer dan in 2017). De behandeling van 30 dossiers werd vroegtijdig gestaakt, omdat niet aan alle (procedurele) eisen was voldaan. Op 31 december 2018 was in 80 van de overige dossiers een uitspraak gedaan en 41 dossiers waren nog in behandeling. In 6 van de 80 uitspraken is een schadevergoeding toegekend. De maximale vergoeding bedroeg € 6.000.³⁰

Centramed en MediRisk uiten zich positief over de Geschillencommissie: er wordt op korte termijn duidelijkheid verschaft aan patiënten en zorgaanbieders en -verleiders. De invloed op de schadelast is beperkt door het gestelde maximum. Neveneffect is dat schadeclaims met geringe kosten vaker door de verzekerde leden zelf worden afgewikkeld.³¹ De focus van de verzekeringsmaatschappijen kan daardoor worden verlegd naar de complexere en omvangrijkere casuïstiek.³²

Andere landen met een klassiek civielrechtelijk aansprakelijkheidsstelsel voor schade ten gevolge van medische zorg zijn tegen vergelijkbare knelpunten als de hiervoor genoemde aangelopen. In enkele Europese landen wordt medische aansprakelijkheid daarom afgehandeld volgens een *no fault*-compensatiesysteem. In een dergelijk stelsel krijgt een patiënt na een medische interventie met ongewenst gevolg een vooraf genormeerde schadevergoeding, ongeacht of er sprake is van een complicatie of een (verwijtbare) fout. Buurland België hanteert, zoals in de inleiding vermeld, sinds 2010 een tweesporensysteem: naast het civiele aansprakelijkheidsrecht biedt het Fonds voor Medische Ongevallen een mogelijkheid tot claimbeoordeling op basis van een *no fault*-systeem. Hierna zal

worden ingegaan op het Belgische tweesporensysteem en de voor- en nadelen daarvan. Biedt dit systeem voordelen ten opzichte van het huidige Nederlandse stelsel, gelet op de eerder geformuleerde knelpunten?

Belgisch schadevergoedingsstelsel

Ook in België heeft de patiënt die schade heeft geleden door medische zorg een civielrechtelijke route ter beschikking. Vergelijkbaar met Nederland is dat de schadevergoedingsvordering op contractuele (artikel 1134 en 1135 BW) en/of buitencontractuele (artikel 1382 BW) basis kan worden ingesteld, en dat een specifieke (zij het niet privaatrechtelijk vormgegeven) wettelijke regeling bestaat betreffende de rechten van de patiënt.³³

Aanleiding voor wetswijziging

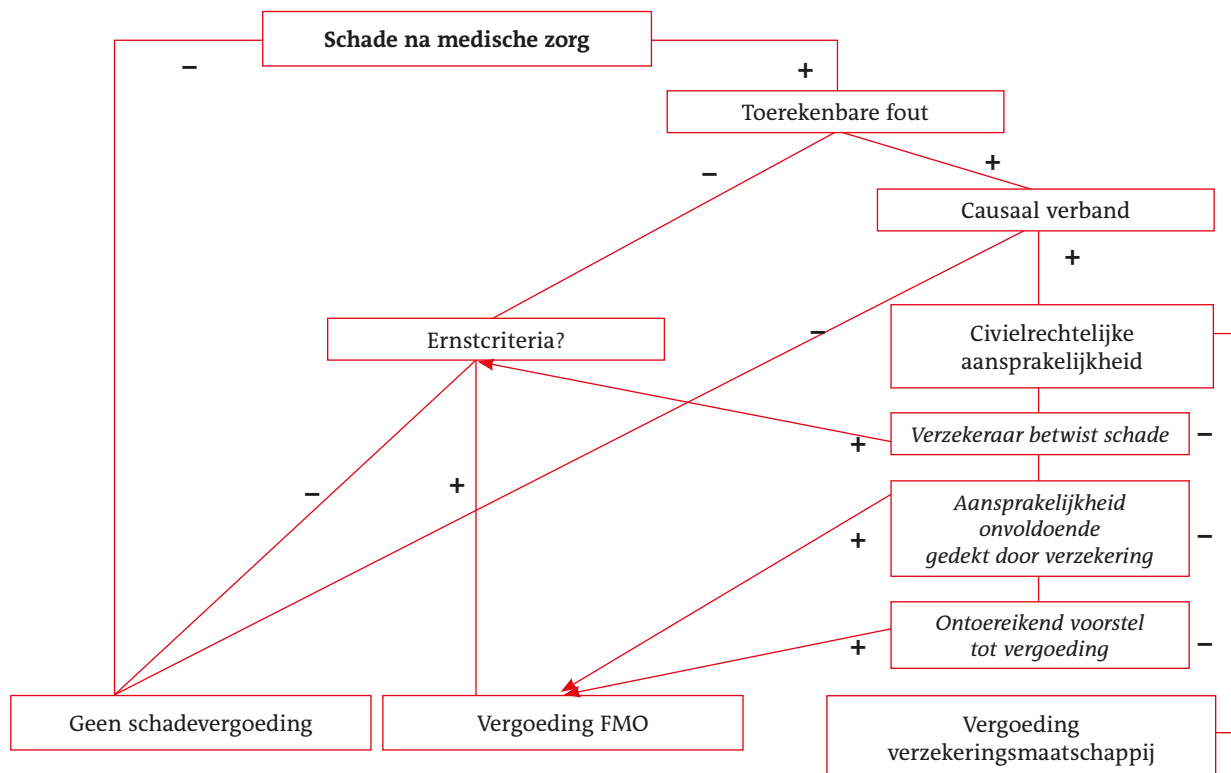
De voorwaarden voor aansprakelijkheid zijn in België dezelfde als die in Nederland: er moet sprake zijn van een toerekenbare schending van een norm, schade en causaal verband tussen normschending en schade. Ook in België rust de bewijslast in beginsel op de patiënt, waarbij deze tegen dezelfde moeilijkheden aanloopt als patiënten in Nederland. Dit leidde tot ontevredenheid onder zowel patiënten als artsen en aansprakelijkheidsverzekeraars.

In België werden de laatste 25 jaar verschillende wetsvoorstellen ingediend voor een alternatief vergoedingssysteem voor medische ongevallen. Dit heeft uiteindelijk, in 2010, geresulteerd in de Wet Medische Ongevallen (hierna: WMO).³⁴ Deze wet zorgt ervoor dat slachtoffers van een medisch ongeval zich, behalve gebruik te maken van het klassieke aansprakelijkheidsstelsel, tot het Fonds voor Medische Ongevallen (hierna: FMO) kunnen wenden. Uitgangspunt van de WMO is dat wie schade oploopt door een medische behandeling recht heeft op maatschappelijke solidariteit. Ook is de gedachte dat schade die niet leidt tot aansprakelijkheid in bijzondere omstandigheden vergoed moet worden omwille van billijkheidsredenen; daarmee ontstaat een verruiming van de vergoedingsmogelijkheden. Invoering van de WMO België zou ook defensieve handelwijzen van zorgverleners kunnen reduceren.³⁵

De Wet Medische Ongevallen

De WMO is in een aantal opzichten vernieuwend. Allereerst door het tweesporensysteem dat de patiënt, naast de bestaande civielrechtelijke weg, de mogelijkheid biedt een medische claim voor te leggen aan het FMO. Belangrijkste taak van het FMO (artikel 8 WMO) is het adviseren, bemiddelen bij klachten en vergoeden van (fysiek) gedupeerde patiënten. De procedure voor het FMO is minnelijk, kosteloos en 'eenvoudig'. Eveneens nieuw is het recht op een vergoeding bij een medisch ongeval *zonder* aansprakelijkheid (*no fault*). Wanneer geen toerekenbare beroepsfout is vast te stellen, is in bijzondere omstandigheden toch plaats voor schadevergoeding. Wel moet, óók bij het FMO, een causaal verband tussen het medisch ongeval en de schade worden vastgesteld.

Voor toepassing van de WMO is noodzakelijk dat een persoon schade heeft geleden ten gevolge van gezondheidszorg, verstrekt door een zorgverlener. 'Zorgverlener' kan ingevolge artikel 2 WMO zowel een individuele beroepsbeoefenaar zijn (zoals genoemd in het KB nr. 78 of



Figuur 3: Schematische weergave van mogelijkheden tot het verkrijgen van een schadevergoeding bij schade ten gevolge van een medische verstrekking in België

de Wet Uitoefening Gezondheidszorgberoepen) als een verzorgingsinstelling (conform de Ziekenhuiswet).

Schadegevallen die voor vergoeding door het FMO in aanmerking komen

Niet alle vormen van schade kunnen worden vergoed via het FMO. In onderstaande situaties (zie ook figuur 3) is een vergoeding door tussenkomst van het Fonds mogelijk:

- 1) Er is sprake van schade door een medisch ongeval *zonder* aansprakelijkheid van de zorgverlener (hierna: MOZA) *en* de schade voldoet aan de zogenaamde *ernstcriteria*.
- 2) Er is naar oordeel van het FMO sprake van schade door een medisch ongeval *met* aansprakelijkheid van de zorgverlener waarbij:
 - a) de zorgverlener of diens verzekeraar de aansprakelijkheid betwist *en* de schade voldoet aan de zogenaamde ernstcriteria;
 - b) de aansprakelijkheid van de zorgverlener niet of onvoldoende is gedekt door een verzekeringsovereenkomst;

- c) de verzekeraar die de aansprakelijkheid van de zorgverlener dekt, een ontoereikend voorstel tot vergoeding doet.

Een vergoeding door het Fonds is subsidiair: zij komt bovenop wat de aanvrager reeds uit andere vergoedingsbronnen (zoals: ziektekostenverzekeraar, ongevallenverzekeraar) heeft ontvangen. Enkel wanneer er sprake is van een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid komt de toegekende vergoeding voor rekening van het FMO. In de andere situaties vergoedt het FMO ook, maar zal het verhaal nemen op de aansprakelijkheidsverzekeraar van de zorgverlener of op de zorgverlener zelf. Het FMO fungeert in deze situatie als vangnet voor de patiënt, waardoor deze sneller over zijn schadevergoeding beschikt en niet betrokken raakt bij de verdere afhandeling/betwisting van de schade. Het uit te oefenen schadeverhaal jegens de verzekeraar verloopt via de rechtbank van eerste aanleg. Oordeelt deze dat de door het Fonds betaalde sommen niet of slechts gedeeltelijk verschuldigd waren, dan dient het Fonds het bedrag dat teveel uitgekeerd werd zelf te dragen. Beslist de rechtbank dat het verhaal van het Fonds gegrond is en dat het

30. Het aantal uitgekeerde schadevergoedingen door de Geschillencommissie Ziekenhuizen is gering; veel van de ingediende klachten bij de geschillencommissie betroffen geen verzoek tot schadecommissie, maar werden middels bemiddeling afgedaan. Het lijkt erop dat de route naar een Geschillencommissie voor een schadevergoeding nog relatief onbekend is.

31. Ook vóór de invoering van de Wkkgz

werden claims met een naar verwachting geringe schadeomvang (zoals materiële schade aan eigendommen van een patiënt gedurende een ziekenhuisopname) door de zorginstellingen zelfstandig afgehandeld wanneer de te verwachten kosten lager waren dan het eigen risico bij het indienen van een claim bij de verzekeringsmaatschappij. Een deel van deze claims, maar ook claims met een hogere schadelast, tot

het gestelde maximum van € 25.000 kunnen nu door de Geschillencommissie worden afgehandeld. Een deel van de voorheen 'verborgen claims' komt hierdoor wellicht beter in beeld.

32. Onderlinge Waarborgmaatschappij Centramed. Jaarverslag 2018, p. 8.

33. Wet van 22 augustus 2002, *Belgisch Staatsblad* 26 september 2002, 3341.

34. Wet van 31 maart 2010 betreffende de

vergoeding van schade als gevolg van gezondheidszorg, *Belgisch Staatsblad* 2 april 2010, 19.913.

35. H. Bocken, 'Voorwoord', in: I. Boonen & S. Lierman (eds.), *Vergoeding van slachtoffers van medische ongevallen. Praktijkgerichte analyse van de wet van 31 maart 2010*, Antwerpen: Intersentia 2011.

vergoedingsvoorstel van de verzekeraar kennelijk ontoereikend was, dan dient de verzekeraar het Fonds, naast de uit te keren schade, een forfaitaire vergoeding uit te keren gelijk aan 15% van het bedrag van de totale vergoeding die door het Fonds aan het slachtoffer werd toegekend.

Vergoeding bij een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid (MOZA)

Een MOZA is een ongeval verband houdende 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. Abnormale schade is 'schade die zich niet had moeten voordoen, rekening houdend met de huidige stand van de wetenschap, de toestand van de patiënt en de objectief voorspelbare evolutie van diens aandoening (artikel 2 lid 7 WMO). De toetsingsnorm met betrekking tot 'de huidige stand van de wetenschap' is, in tegenstelling tot in het medische aansprakelijkheidsstelsel, niet de zorg die men van een goed hulpverlener mag verwachten, maar de allerhoogste stand van de medische wetenschap.³⁶ Een tweede, niet cumulatieve voorwaarde voor abnormale schade is dat de toestand van de patiënt niet overeenkomt met de objectief te verwachten evolutie van ziekte: er is sprake van een discrepantie tussen de realiteit en wat redelijkerwijs kon worden gehoopt of geveesd met betrekking tot de ziekte.

In de wet is vastgelegd dat therapeutisch falen, een verkeerde diagnose zonder fout en schade als gevolg van het niet verstrekken van gezondheidszorg geen aanleiding kunnen geven tot een kwalificatie als een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid. De evolutie van de ziekte is dan immers niet het gevolg van de behandeling, en komt daarom niet in aanmerking voor vergoeding op basis van een MOZA.

Ernstcriteria

Zoals hiervoor vermeld, keert het FMO alleen een schadevergoeding uit wanneer sprake is van een MOZA en de schade voldoende ernstig is. De schade wordt als ernstig beschouwd indien aan een van de volgende voorwaarden is voldaan:

- 1) de patiënt houdt een blijvende invaliditeit over aan de zorgverstrekking van ten minste 25%. Hierbij wordt een aantasting van anatomische of functionele aard bedoeld, ongeacht de gevolgen ervan op het inkomen van het slachtoffer;³⁷
- 2) de patiënt is getroffen door een arbeidsongeschiktheid gedurende minstens zes opeenvolgende maanden of zes maanden in een periode van twaalf maanden;
- 3) de schade verstoort de levensomstandigheden van de patiënt bijzonder zwaar. Dit derde criterium is door de wetgever toegevoegd om de twee voorgaande kwantitatieve criteria te nuanceren en aan te vullen; het vormt een billijkheidscategorie;
- 4) de patiënt is overleden.

Financiering FMO

De financiering van het FMO en van de reguliere contractuele aansprakelijkheid zijn gescheiden. Zorgverleners

betalen een verzekeringspremie aan hun aansprakelijkheidsverzekeraar om gedekt te zijn voor het aansprakelijkheidsrisico. Het FMO beschikt over diverse financieringsbronnen, zoals een jaarlijkse bijdrage van het Rijksinstituut voor ziekte- en invaliditeitsverzekering (hierna: RIVIZ), de opbrengst van subrogatoire vorderingen en de financiële opbrengsten van de bedragen waarover het Fonds beschikt. Het Federaal Kenniscentrum voor de Gezondheidszorg raamde voor de aanvang van het FMO dat het Fonds jaarlijks een budget nodig zou hebben tussen de € 16,6 miljoen en € 22,2 miljoen.³⁸

Cijfers FMO

Het FMO gaf gehoor aan ons verzoek inzicht te geven in de statistieken van zijn werkzaamheden.³⁹

Sinds zijn oprichting ontving het FMO 4759 aanvragen. In 2013 werd het hoogste aantal aanvragen ingediend (1095), daarna liep het aantal jaarlijks terug, tot 507 in 2017. 86% van de aanvragen betreft ziekenhuiszorg. Door het FMO werd, vanaf zijn oprichting, in 1849 (39%) dossiers een einduitspraak gedaan. In 50 gevallen was het FMO van oordeel dat er sprake was van een MOZA met voldoende ernstgraad, en werd op deze grond een schadevergoeding toegekend. In 285 gevallen werd geoordeeld dat er sprake was van aansprakelijkheid van de hulpverlener, terwijl die aansprakelijkheid door de hulpverlener (of diens verzekeraar) werd betwist. Bij 120 aanvragen was voldaan aan de ernstcriteria en werd een schadevergoeding door het FMO toegekend. Het FMO keerde sinds zijn oprichting in totaal € 12.042.871 uit aan schadevergoeding. Hierin is een duidelijk stijgende trend waarneembaar (van € 122.575 in 2014 tot € 6.677.434 in 2017), die verklaard kan worden door de toename van het aantal gegeven eindadviezen. In 61% van alle dossiers heeft het FMO nog geen advies geformuleerd; het gros van deze dossiers bevindt zich in de fase van de medisch-juridische analyse ten gronde, met al dan niet een externe expertise.

Sinds zijn start was het Fonds betrokken bij 135 gerechtelijke geschillen. In 53 dossiers heeft het Fonds zelf procedures gevoerd bij de rechtbank in het kader van een subrogatoire vordering tegen de zorgverlener en zijn verzekeraar. In 17 van deze 53 dossiers is het eindvonnis bekend: 8 in het voordeel van het Fonds en 9 ten gunste van de zorgverlener. In 82 procedures werd het Fonds gedagvaard omdat het een verzoek tot schadevergoeding had afgewezen. In 40 van deze 82 dossiers is reeds een gerechtelijke beslissing genomen: in 28 van deze 40 dossiers is het FMO veroordeeld tot het vergoeden van de schade; in 12 van de 40 dossiers is de vergoedingsaanvraag ongegrond verklaard.

In België ontbreken landelijke cijfers over aantallen civielrechtelijk ingediende claims en omvang van claims. De benaderde verzekeringsmaatschappijen weigeren uit concurrentieoverwegingen inzage in hun statistieken. Eerder onderzoek van Vandersteegen in 2016, die 2000 dossiers van verzekeringsmaatschappijen analyseerde, toonde dat in 38% van de dossiers een schadevergoeding werd uitgekeerd. Van de ingediende schadeclaims werd 84% buiten de rechtbanken afgehandeld. De gemiddeld toegekende schadevergoeding in de periode 2004-2014 bedroeg € 8535 (zonder tussenkomst van de rechtbank € 3932, met tussenkomst € 39.483).⁴⁰

Knelpunten tweesporensysteem België

De potentiële voordelen van een *no fault*-systeem (of een tweesporensysteem) zijn een kosteloze, snelle schadeafwikkeling, minder juridisering en minder spanning voor, en tussen, artsen en patiënten. In België blijkt niets van deze voordelen. 'Fonds voor Medische Ongevallen flopt over de hele lijn, minister de Block grijpt in' luidden krantenkoppen in augustus 2018.⁴¹

Van alle kritiek is de lange doorlooptijd bij het FMO de meest genoemde. Alhoewel de WMO per 1 maart 2010 in werking is getreden, werd het FMO pas in september 2012 actief en begon het zijn werkzaamheden met een achterstand van 135 aanvragen.⁴² ICT-problemen, personeelstekort en een gebrek aan juridische en medische experts droegen bij aan een verdere vertraging van de procedure bij het Fonds.⁴³ De doorlooptijd in de praktijk bedraagt drie jaar. De beoordeling van de schade, de toerekenbaarheid, de causaliteit en de ernstcriteria leidt, op eenzelfde wijze als bij de civiele procedure, tot dilemma's die langdurige (juridische) procedures tot gevolg hebben. Hierdoor kan de procedure via het Fonds onmogelijk als snel, laagdrempelig en eenvoudig worden beschouwd.⁴⁴

De 50 uitgekeerde MOZA's sinds de oprichting van het FMO staan in schril contrast met de ingecalculerde 80 vergoedbare MOZA's per jaar.⁴⁵ Dit kan worden verklaard door de achterstand bij het FMO, maar ook door een (te) strenge toepassing door het FMO van het begrip 'abnormale schade'. Waar het FMO een complicatie als redelijkerwijze onvoorzienbaar beschouwt indien deze zich in minder dan 0,1% van de gevallen voordoet, hanteren de rechtbanken van Antwerpen en Brussel percentages van 0,2-1%.⁴⁶ Gezien het geringe aantal uitgekeerde MOZA's kan men tot op heden niet spreken van een verruiming van de vergoedingsmogelijkheden van de patiënt.

Het Fonds keerde sinds zijn oprichting in totaal ruim € 12 miljoen uit aan schadevergoedingen. Dit is minder dan het beraamde jaarlijkse budget van € 16,6 miljoen tot € 22,2 miljoen. Dit kan worden verklaard door de grote achterstand van het Fonds in de afwikkeling van dossiers. Kijkend naar het grote aantal nog lopende zaken en de financiële ontwikkeling in Nederland, is het begrote budget wellicht te optimistisch. Zoals besproken leiden therapeutisch falen, een verkeerde diagnose zonder fout en schade als gevolg van het niet verstrekken van zorg niet tot een MOZA. Er lijkt hier sprake van een hiaat. Het Nivel constateerde recent bijvoorbeeld dat 11% van alle zorggerelateerde schade het gevolg is van diagnosefouten.⁴⁷

Wanneer het FMO vaststelt dat het een medisch ongeval *met aansprakelijkheid* betreft, wordt de patiënt verwezen naar de verzekeraar van de zorgverlener voor uitkering van een schadevergoeding. Knelpunt hierbij is dat het oordeel van het Fonds voor geen van de partijen bindend is. Weigert de verzekeraar een vergoeding, dan vergoedt het Fonds alleen de schade als deze voldoet aan de ernstcriteria.

Alle kritiek op het FMO heeft ertoe geleid dat de Minister van Sociale Zaken en Volksgezondheid in 2018 een audit liet uitvoeren bij het FMO. Daaruit bleek een personeelstekort, een stroef verlopend afhandelingsproces en een gebrek aan bekendheid van het FMO onder medici. Een controle van het Rekenhof⁴⁸ volgt, evenals digitalisering en procesverbetering bij het Fonds.

Beschouwing: tijd voor een *no fault* systeem in Nederland?

In ruimere kring (medisch, politiek) is duidelijk bezorgdheid geuit over de financiële ontwikkelingen van schadeclaims in Nederlandse ziekenhuizen. In het kielzog daarvan is aandacht gevraagd voor de bij de huidige medische aansprakelijkheidsprocedure bestaande knelpunten. Hierna gaan wij nader in op het financiële aspect en op de door ons besproken knelpunten van het Nederlandse aansprakelijkheidsstelsel. Daarbij wordt, vergelijkenderwijs, het Belgische tweesporensysteem betrokken en tevens aandacht besteed aan de verbeterpunten die in Nederland, in reactie op de gesignaleerde knelpunten, zijn ontwikkeld.

Financieel

In het algemeen wordt aangenomen dat bij een *no fault*-compensatiesysteem meer patiënten voor vergoeding van schade in aanmerking komen, omdat niet noodzakelijkerwijs sprake hoeft te zijn van een (toerekenbare) fout, maar dat de gemiddeld uitgekeerde vergoeding lager uitvalt dan bij een klassieke civiele aansprakelijkheidsprocedure. Wat het effect van een *no fault*-compensatieschema of een tweesporensysteem op de schadelast in Nederland zou zijn, is daardoor moeilijk te voorspellen. Het lijkt aannemelijk dat de schadelast niet *lager* zou worden door een tweesporensysteem; immers zal een schadelijdende patiënt doorgaans opteren voor het traject met de hoogste vergoeding en zullen patiënten die nu vanwege het ontbreken van een fout niet in aanmerking komen voor een schadevergoeding, bij een NFCS mogelijk wel een vergoeding ontvangen.

Het hiervoor genoemde onderzoek van Vandersteegen uit 2016 laat zien dat de gemiddeld uitgekeerde schade-

36. S. Lierman, 'Vergoedingsvoorwaarden van het Fonds Medische Ongevallen', Antwerpen: *Intersentia*, 2011, 53.

37. Welk percentage invaliditeit aan een bepaalde handicap wordt toegekend, is vastgelegd in de 'Officiële Belgische Schaal ter bepaling van de Graad van Invaliditeit'.

38. 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.

39. Geanonimiseerde data werden op 7 juni 2019 aangeleverd door dr. Honinckx, directeur Fonds Medisch Ongevallen.

40. Tom Vandersteegen, et al., 'Defensive medicine: implications for clinical practice, patient and healthcare policy', *Acta Clinica Belgica*, 70 (6), p. 396-397.

41. *De Standaard*, 4 augustus 2018.

42. Activiteitenverslag van het Fonds voor de medische ongevallen-2017, p. 26

43. Activiteitenverslag van het Fonds voor de medische ongevallen-2015, voorwoord.

44. W. Buelens, 'Het medisch ongeval zonder aansprakelijkheid', *Rechtskundig Weekblad* 2018-9, nr. 27, 2 maart 2019, p. 1043-1059.

45. Federaal Kenniscentrum voor de Gezondheidszorg, 'Vergoeding van schade ten gevolge van gezondheidszorg. Fase V: Budgettaire impact van de omzetting van het Franse systeem in België', 2009, *KCE reports 107A*, vi; Verslag Burgeon, Parl. St. Kamper 2009-10, nr. 2240/006, p. 89.

46. W. Buelens, 'Het medisch ongeval zon-

der aansprakelijkheid', *Rechtskundig Weekblad* 2018-9, nr. 27, 2 maart 2019, p. 1043-1059.

47. *Monitor zorggerelateerde schade 2015/2016: dossieronderzoek bij overleden patiënten in Nederlandse ziekenhuizen*, 2017, Nivel/EMGO.

48. Het Rekenhof is budgettaire raadgever en oefent een financiële controle, een wet-tigheids- en doelmatigheidscontrole en een controle op goede besteding van de overheidsmiddelen in België uit.

vergoeding *zonder* tussenkomst van een civiele rechter in België aanzienlijk lager ligt dan die in Nederland (€ 3932 in België versus € 14.976 in Nederland). Deze cijfers moeten echter voorzichtig worden geïnterpreteerd, omdat niet bekend is welke selectiecriteria Vandersteegen heeft gehanteerd bij zijn steekproefsgewijze analyse.

Procedureel

Wat door patiënten als zeer belastend wordt ervaren, is de lange doorlooptijd van een claimdossier. Die brengt onzekerheid met zich mee. Ondanks het feit dat verzekeringsmaatschappijen zich aan de GOMA hebben geconformeerd, blijkt de gestelde termijn van drie maanden om een standpunt in te nemen over de aansprakelijkheid vaak geschonden te worden. De gemiddelde doorlooptijd van de dossiers in ons onderzoek bedroeg 29,8 maanden.⁴⁹ Belangrijke oorzaak hiervan is dat deskundigenadviezen vaak lang op zich laten wachten.

Gebleken is dat slechts bij 24% van de ingediende schadeclaims aansprakelijkheid wordt erkend. In 17% wordt een minnelijke schikking getroffen en zonder erkenning van aansprakelijkheid een (geringe) schadevergoeding uitgekeerd. In de overige dossiers wordt – niet zelden na lange procedures – niets uitgekeerd aan de patiënt. Naast de teleurstellende uitkomst van de claimprocedure voor de patiënt, zullen deze procedures negatieve effecten hebben op de betrokken zorgverleners. Zij leiden ook tot (over)belasting van de verzekeringsmaatschappijen en medisch deskundigen.

Een mogelijke oplossing voor de lange doorlooptijd én het grote aantal claims dat niet tot een uitkering leidt, biedt de onafhankelijke geschilleninstantie die op grond van de Wkkgz werd opgericht. Bij een adequate afhandeling van de relatief kleinere schadeclaims door de geschillencommissie kunnen verzekeringsmaatschappijen zich focussen op grotere en complexere incidenten. In dit kader is een belangrijke informatieve rol weggelegd voor onder meer de klachtenfunctionaris en de per 1 april 2019 op grond van de (gewijzigde) Wet BIG in het leven geroepen tuchtrechtfunctionaris.⁵⁰

Alhoewel gepretendeerd wordt dat een *no fault* compensatiesysteem bijdraagt aan een vlotte, 'eenvoudige' afhandeling van een schadeclaim, blijkt in België tot op heden het tegenovergestelde. De oorzaak daarvoor schuilt, evenals in Nederland, in de dilemma's op het gebied van de omvang van schade, de causaliteit en de ernstcriteria. Het complexe Belgische systeem en de diversiteit aan situaties die voor vergoeding via het FMO in aanmerking komen maken het er bovendien niet zonder meer eenvoudiger en overzichtelijker op voor patiënten en zorgverleners.

Juridisch-inhoudelijk

Misschien wel het grootste knelpunt voor een patiënt die een schadeclaim indient, is de bewijslast met betrekking

tot de voorwaarden voor aansprakelijkheid, ook al is de jurisprudentie hem hierin tegemoet gekomen door introductie van de verzwaarde stelplicht en de omkeringsregel.

In theorie kan een *no fault*-compensatieschema op dit punt gunstig zijn voor de patiënt, omdat niet langer bewezen hoeft te worden dat er sprake is van een toerekenbare normschending. Echter, de causaliteit tussen verleende zorg en geleden schade moet evenzeer worden bewezen. Een kritische blik op het Belgische stelsel leert ons dat bij een *no fault*-compensatiesysteem knelpunten zoals de (interpretatie van) deskundigenanalyses en causaliteitsvraagstukken onverminderd aanwezig zijn.

Naast een in opzet beter proces tot afwikkeling van een schadeclaim biedt het tweesporensysteem in België een uitbreiding van de vergoedingsmogelijkheden door invoering van de MOZA. Het feit dat, zoals besproken, enkele gevallen van deze verruimde aanspraken zijn uitgezonderd, zorgt voor een fors hiaat in de uitkeringsmogelijkheden. Dit geldt vooral voor gemiste diagnoses die, zoals ook door het Nivel is vastgesteld, tot de belangrijkste oorzaken van zorggerelateerde schade behoren.⁵¹

Emotioneel

Schadeclaimprocedures worden als emotioneel belastend ervaren door zowel de patiënt als de betrokken zorgverlener. Bij een *no fault*-compensatieschema hoeft geen fout of toerekenbaarheid te worden aangetoond. Mogelijk zou daardoor de vertrouwensband tussen patiënt en zorgverlener meer in stand blijven. Divers onderzoek heeft echter laten zien dat vooral een open houding rondom incidenten van belang is.⁵² Die komt niet alleen de arts-patiëntrelatie ten goede, maar draagt ook bij aan het leereffect van incidenten, het wegnemen van angst en schaamte bij zorgverleners en, daardoor, vermindering van de belasting van een klacht- of claimprocedure. Dit kan defensieve geneeskunde tegengaan.

Conclusie

De forse toename van de schadelast door claims met betrekking tot de Nederlandse ziekenhuiszorg vormde aanleiding om het Nederlandse aansprakelijkheidsstelsel onder de loep te nemen en dit te vergelijken met het Belgische tweesporensysteem, dat naast het klassieke aansprakelijkheidsrecht een *no fault*-compensatiesysteem omvat, en met een *no fault*-compensatiesysteem in het algemeen. Bieden dergelijke systemen een oplossing voor de knelpunten van procedurele en emotionele aard in het Nederlandse aansprakelijkheidsstelsel?

Concluderend kunnen wij stellen dat een tweesporensysteem zoals het Belgische weinig tot niets toevoegt aan de huidige vergoedingsmogelijkheden. Grote knelpunten zoals (de interpretatie en toepassing van) deskundigenanalyses en causaliteitsvraagstukken blijven ook bij een *no fault*-compensatiesysteem onverminderd aanwe-

Alhoewel gepretendeerd wordt dat een *no fault* compensatiesysteem bijdraagt aan een vlotte, 'eenvoudige' afhandeling van een schadeclaim, blijkt in België tot op heden het tegenovergestelde

zig. Ook op financieel, procedureel en emotioneel gebied lijkt een *no fault*-systeem in de praktijk geen oplossing te bieden voor de knelpunten waar een patiënt die een schadeclaim indient op stuit.⁵³

De genoemde emotionele en procedurele knelpunten zijn inherent aan de aard en complexiteit van medische ongevallen, een categorie schadeveroorzakende gebeurtenissen waarin (de integriteit van) het menselijk lichaam centraal staat en de juridische beoordeling daarvoor vaak sterk afhankelijk is van medisch deskundigenadvies. Het is een utopie te denken dat een wijziging van het medisch aansprakelijkheidsstelsel aan alle knelpunten tegemoet kan komen. Het huidige Nederlandse aansprakelijkheidsrecht biedt, zeker na de invoering van de GOMA en de Wkkgz én met de – door de rechter benutte – ruimte tot (patiëntgerichte) interpretatie van de wetgeving, de noodzakelijke instrumenten om in een goede klacht- en claimbehandeling te kunnen voorzien. De volgende praktijkgerichte adviezen, waarbij alle bij de afwikkeling van klachten en claims betrokken partijen worden aangesproken op hun professionele verantwoordelijkheden, kunnen verder bijdragen aan een verbetering van het huidige medisch aansprakelijkheidsstelsel.

Allereerst lijkt er, gelet op onze ervaringen in de medische en de juridische praktijk, nog veel te verbeteren op het gebied van het onderwijs aan artsen en andere zorgverleners. De juridische kennis is dikwijls teleurstellend. Door een betere scholing (elementaire kennis, en *feeling* met het juridisch gedachtegoed) kunnen niet alleen juridische, maar ook medische tekortkomingen worden voorkomen. Meer kennis van het medisch aansprakelijkheidsstelsel (zowel procedureel als inhoudelijk) draagt, mede door wegneming van angst en misverstanden omtrent de juridische dimensie, bij aan een open houding bij incidenten en de nakoming van verantwoordelijkheden bij de afhandeling van een klacht of claim. Ook komt het onder andere ten goede aan het inzicht in de juridische functie van het patiëntendossier. Het zal daardoor wellicht stimuleren tot een adequatere dossiervoering, wat kan bijdragen aan een vlottere afwikkeling van klachten en claims.

Daarnaast moet deelname aan de opleiding tot medisch deskundige gestimuleerd worden,⁵⁴ bijvoorbeeld door binnen elk medisch specialisme een bepaald minimum percentage aan te houden van collega's die op dit gebied geschoold moeten zijn en (zichtbaar) beschikbaar zijn voor medisch deskundigenonderzoek. In combinatie hiermee zou bestuurlijk (Raden van Bestuur van ziekenhuizen) uitgedragen moeten worden dat specialisten die belast zijn met deskundigenrapportages belangrijke werkzaamheden verrichten en daartoe ook gefaciliteerd worden. Behalve tot een toename van het aantal deskundigen kan deze maatregel leiden tot een groter gevoel van betrokkenheid bij het klacht- en claimproces, waarmee defensieve geneeskunde kan worden tegengegaan. Het lerend effect van incidenten kan tegelijkertijd worden benut door deskundigen een rol te geven bij het medisch en mogelijk ook het juridisch onderwijs.

Verder kan een regeling (in de GOMA, of eventueel wettelijk) die de verzekeringsmaatschappijen verplicht vroeg in het claimproces een voorstel te doen voor een te benoemen *onafhankelijke, gezamenlijke* (ook voor de patiënt optredende) medisch deskundige vertraging ten gevolge van onenigheid over de persoon van de deskundige voorkomen, alsook de noodzaak reduceren om later eenzijdig te verzoeken tot een tweede deskundigenadvies. De regel is dan dat indien de patiënt geen bezwaren uit tegen de voorgestelde deskundige, beide partijen zich aan diens zienswijze conformeren, vooropgesteld dat het uitgevoerde onderzoek en het deskundigenadvies aan de daaraan te stellen eisen voldoen. Een tweede deskundigenadvies zou dan, in geval van onenigheid tussen partijen over de inhoud van het advies, bijvoorbeeld alleen kunnen worden gegeven na honorering van een verzoek daartoe in een gerechtelijke deelgeschilprocedure.⁵⁵

De aard van het medisch aansprakelijkheidsrecht rechtvaardigt het voorts eveneens om nader onderzoek te doen naar de wenselijkheid en mogelijkheid om een bepaalde rechtbank (en hof) aan te wijzen voor het behandelen van medische aansprakelijkheidszaken. Op gezette tijden wordt in de literatuur aandacht gevraagd voor een

De aard van het medisch aansprakelijkheidsrecht rechtvaardigt het om nader onderzoek te doen naar de wenselijkheid en mogelijkheid om een bepaalde rechtbank (en hof) aan te wijzen voor het behandelen van medische aansprakelijkheidszaken

49. Enige nuancering is wel vereist; vaak kan relatief snel een oordeel over de aansprakelijkheid worden geveld maar volgt daarna een langdurig proces met betrekking tot het bepalen van de omvang van de te vergoeden schade. Daarnaast wordt de gemiddelde doorlooptijd van 29,8 maanden mogelijk vertekend doordat de verzekeringsmaatschappijen in de onderzochte periode enkele zeer langlopende dossiers

versneld hebben afgehandeld.

50. Art. 55a Wet BIG.

51. Monitor Zorggerelateerde Schade 2015/2016: dossieronderzoek bij overleden patiënten in Nederlandse ziekenhuizen, 2017, Nivel/EMGO.

52. Zie hieromtrent o.a. de belangrijke uitspraak van Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg 8 maart 2018, ECLI:NL:TGZCTG:2018:67, *TvGR* 2018, p.

367-377, m.nt. S.E. Garvelink.

53. In dezelfde zin o.a. J.L. Smeehuizen & A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen, haalbare verbeteringen en overschatten revoluties', in: *Ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid. Preadviezen Vereniging voor Gezondheidsrecht 2013*, Den Haag: Sdu 2013, p. 57 e.v.

54. Zie bijv. NVMSR, Opleidingen, <https://>

nvmr.nl/opleidingen-2/.

55. Zie omtrent de bevoegdheid van de rechtbank om, in het kader van een deelgeschilprocedure, een van partijen (de verze-keraar) te verplichten om mee te werken aan een onafhankelijk deskundigenonderzoek buiten rechte Rb. Gelderland 22 juni 2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4179.

dergelijke vorm van rechterlijke specialisatie (die dus verder gaat dan het instellen van letselschadekamers bij de rechtbanken), maar tot een meer fundamentele discussie en standpuntbepaling is het tot dusver niet gekomen. Gespecialiseerde rechtspraak – analoog, in tuchtrechtelijke context, aan die van medische tuchtcolleges – draagt vermoedelijk bij aan een vlottere procesgang, onder meer door ervaring met het stellen van de juiste vragen aan deskundigen en met de interpretatie van deskundigenrapportages. Bovendien kan het de rechtseenheid en daarmee de rechtsgelijkheid bevorderen.⁵⁶

Tot slot adviseren wij te investeren in de begeleiding van patiënten door de interne klachtenfunctionarissen en de sinds april 2019 bij de medische tuchtcolleges werkzame

tuchtklachtenfunctionarissen. Deze kunnen, met de benodigde communicatieve vaardigheden én juridische kennis, sturing geven en ervoor zorgen dat klachten en claims zoveel mogelijk de daarvoor geëigende trajecten doorlopen ('triagefunctie'). De juiste route is essentieel, evenals oog voor de mogelijkheden tot versnelling van de procedure zoals, onder andere, de deelgeschillenprocedure die kan bieden.

De door ons genoemde jurisprudentie (CTG 8 maart 2018) laat, *last but not least*, zien dat ook de (tucht)rechter zelf⁵⁷ mogelijkheden heeft het gedrag van betrokkenen – zorgverleners, zorgverzekeraars en hun advocaten – (bij) te sturen door te appelleren aan de geldende (zelf)regulering en de verantwoordelijkheden met betrekking tot het verloop van de procedure. •

⁵⁶. Om eenzelfde reden, maar mogelijk overigens ook ter kostenreductie, is op dit moment bij de medische tuchtcolleges een reorganisatie gaande waarin het aantal

tuchtcolleges wordt teruggebracht van vijf naar drie.

⁵⁷. Zie voor de civiele rechter bijv. eveneens de uitspraak van Rb. Gelderland 22 juni

2017, ECLI:NL:RBGEL:2017:4179, waarin wordt gewezen op het belang van de GOMA, 'bij uitstek een codificatie van volgens de branche behoorlijk, met de eisen

van redelijkheid en billijkheid overeenstemmend handelen.'