

## Reactie van Rolinka Wijne op de boekbespreking door Sander de Lang en Michel de Ridder van haar proefschrift 'Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade'

(VR 2014/79, afl. 5, p. 174-181)

**Laat ik beginnen met op te merken dat ik De Lang en De Ridder dankbaar ben voor het compliment dat het eerste deel van mijn proefschrift door hen gezien wordt als het eerste serieuze handboek over medische aansprakelijkheid. Zoals zij weten en beschreven, staat in mijn voorwoord dat het ontwikkelen van een handboek mijn belangrijkste drijfveer was om iets aan het papier toe te vertrouwen. Eind dit jaar zal overigens het 'echte' handboek verschijnen.**

De beschrijving van het aansprakelijkheidsrecht en de voorwaarden voor verhaal van schade, de analyse van de uitspraken en de keer op keer terugkerende berichten in de media over de last om als patiënt verhaal te halen, waren voor mij echter reden voor nader onderzoek en de keuze om het niet bij een handboek te laten. Daarbij speelde ook een rol dat uit bekende cijfers over zorggerelateerde schade kan worden afgeleid dat maar weinig patiënten verhaal halen en een vordering toegewezen krijgen. Ik merk daarbij op dat de cijfers weliswaar op schattingen berusten, doch niet uit de lucht zijn gegrepen. Hoewel de bekende cijfers tot stand zijn gekomen in het kader van de kwaliteit van zorg, zijn zij een indicatie voor het aantal schadegevallen en het aantal patiënten dat *mogelijk* een vordering heeft. Eerder kwam Weterings tot een zelfde schatting, terwijl ook andere auteurs tot vergelijkbare bevindingen komen.<sup>1)</sup>

Voorts merk ik in dit verband op dat meerdere oorzaken debet kunnen zijn aan het niet indienen van een vordering.<sup>2)</sup> Zoals De Lang terecht opmerkt, is het mogelijk dat een patiënt onbekend is met een vordering of het er om een andere reden bij laat zitten. Je bent immers geenszins verplicht om een vordering in te stellen. Niettemin zijn de geluiden dat wordt afgezien van verhaal of dat dit verhaal voortijdig wordt beëindigd, omdat er te veel juridische drempels worden opgeworpen, zo hardnekkig dat het de moeite waard was te bezien welke drempels er op het gebied van het recht liggen en of zij mede de problematiek zouden kunnen verklaren. Oftewel, ik zocht niet naar *de* (en *de rest uitsluitende*) verklaring, maar wel naar *mogelijke* verklaringen in het recht en/of het proces betreffende het verhaal van zorggerelateerde schade die *mede* oorzaak zouden kunnen zijn. Naar mijn mening blijkt uit mijn onderzoek dat die drempels er zijn en dat zij bovendien van dien aard zijn dat het aannemelijk is dat een patiënt daarom van verhaal van schade zou kunnen afzien.<sup>3)</sup>

Dat ook in het tuchtrecht maar weinig zaken worden toegewezen, zoals De Ridder betoogt, doet daar naar mijn mening niet aan af. Niet mag worden

vergeten dat het bij het tuchtrecht vaak om bejegeningkwesties gaat, waarbij aan het verhaal van de patiënt niet zonder meer waarde kan toegedicht dan aan het verhaal van de hulpverlener. Anderzijds wordt ook daar het probleem gesignaleerd dat de patiënt – regelmatig zonder juridische bijstand – de schending van een zorgvuldigheidsnorm niet kan aantonen. Het is bovendien geen kwestie van 'recht en evenredig'; het is onjuist dat 'omdat de problematiek van het condicio sine qua non-verband niet zou spelen' er 'dus zo veel meer zaken zouden moeten slagen'.

Hoewel De Lang er een andere bedoeling mee heeft (namelijk aantonen dat patiënten om andere redenen afzien van verhaal), vormt de presentatie van zijn ervaring aanvullend bewijs van de door mij ontwaarde en beschreven problematiek. Hij beschrijft dat de kosten van het eerste medisch advies – ter beoordeling van de 'fout' van de hulpverlener – ervoor zorgen dat 'het geen zaak' wordt. Die kosten komen voor rekening van de patiënt en zouden niet zo'n probleem zijn als de patiënt zou weten dat deze op enig moment te verhalen zijn. Het vertrouwen dat het bewijs van een fout kan worden geleverd ontbreekt echter. Mijns inziens zou dat anders kunnen komen te liggen als de patiënt daarin tegemoet wordt gekomen, bijvoorbeeld door een bewijslastverdeling vergelijkbaar met die van de werkgeversaansprakelijkheid. Ik meen dat De Lang wel wat negatief gestemd is waar hij zegt dat ook met zo'n bewijsregime alles bij het oude blijft. Immers, met het voorstel is niet louter de (onwetende) patiënt steeds aan zet, maar wordt ook van de aansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener bewijs verlangd. Dit gaat verder dan de verplichting uit de GOMA actief tot een oplossing te komen, waar De Ridder op doelt.

Let wel, ik betoog niet dat de patiënt altijd gelijk moet krijgen en dat een ander systeem dat moet bewerkstelligen. Wel heb ik een onevenwichtigheid gesignaleerd die een aanpassing behoeft. Die onevenwichtigheid wordt vooralsnog niet weggenomen met de GOMA en evenmin met de verzwaarde motiveringsplicht, zoals De Ridder

“ ..... ”  
**Wijne signaleert een onevenwichtigheid die een aanpassing behoeft.**

..... ”

1. W.C.T. Weterings, *Vergoeding van letselschade en transactiekosten: Een kwalitatieve en kwantitatieve analyse*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, p. 15, 16 en 23. Zie voor een zelfde analyse van een deel van de cijfers J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013, p. 5-9.
2. Zie bijvoorbeeld hoofdstuk 1, par. 1.1.
3. Zie hoofdstuk 9.

schrijft. Hij geeft het voorbeeld van hulpverlener Deutman uit het bekende arrest 'Timmer/Deutman' die netjes zijn lezing van het gebeuren heeft gegeven, maar zo gaat het niet altijd. Anderzijds onderschrijft ook De Ridder dat het bewijs een probleem is. Hij ziet daarin vooral een reden om de bewijslast van de nakoming van de zorgplicht niet bij de hulpverlener te leggen. Ik erken dat een andere bewijslastverdeling voor de hulpverlener nadelig kan uitpakken, doch een rechtvaardiging vind ik in de omstandigheid dat doorgaans sprake is van een contractuele rechtsverhouding met de patiënt en dat de hulpverlener voor een veilige – door hem te beïnvloeden – omgeving kan en moet zorgen, teneinde (gezondheids)schade zo veel mogelijk te voorkomen. De hulpverlener beschikt over de kennis aangaande de na te leven normen en veiligheidsmaatregelen. Op al deze punten verschilt de hulpverlener niet van de werkgever. Sterker nog, de hulpverlener beschikt ook over kennis (of kan beschikken) aangaande de wijze waarop de behandeling in het concrete geval is verricht; hij was erbij en dat is de werkgever meestal niet. De hulpverlener is dus bij uitstek degene die in staat moet worden geacht aan te tonen dat hij het gedaan heeft zoals van hem mag worden verlangd. En dat is ook meteen voldoende. Ik heb niet de aanbeveling gedaan dat de hulpverlener ook het causaal verband moet aantonen, wat De Ridder impliceert met de opmerking dat arts Deutman niet zou hebben kunnen aantonen wat de oorzaak is van de zenuwuitval bij diens patiënt. Van uitbreiding van aansprakelijkheid is (dus) geen sprake; slechts een betere vaststelling van de gevallen waarin een normschending toch al het geval was doch de patiënt geen vergoeding kreeg louter omdat hij het niet kon aantonen door een gebrek aan financiële middelen en een gebrek aan aantekeningen in het medisch dossier. Wel deed ik twee aanbevelingen die behulpzaam zouden kunnen zijn bij het aantonen van het *condicio sine qua non*-verband. Dit betreft een systeem om tot nadere concretisering van de zorgvuldigheidsnorm te komen en een wettelijke plicht om openheid te verschaffen over de aard en toedracht van een incident. Een gebrek aan openheid is een in het oog springend knelpunt dat door meerdere auteurs is gesignaleerd.<sup>4)</sup> Dat De Ridder het anders ervaart, juich ik toe, maar die ervaring wordt niet breed gedeeld, hetgeen ook artsen inzien.<sup>5)</sup> Ook in de politiek heeft het *non disclosure* probleem veel aandacht gekregen, vandaar de in het wetsvoorstel 'Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg' verankerde wettelijke plicht de aard en toedracht van een incident in het medisch dossier vast te leggen.<sup>6)</sup> Ik heb aan de aanbeveling toegevoegd dat bij het niet voldoen aan de plicht openheid te verschaffen een bewijsvermoeden van een fout zou moeten worden gekoppeld. Dat het niet nakomen van de verzwaarde motiveringsplicht ook tot een bewijsvermoeden kan leiden, zoals De Ridder betoogt – en waarmee hij wil aangeven dat de aanbeveling overbodig is – kan ik in dat verband niet plaatsen. Op zich is de redenering juist, doch dat deze sanctie wordt toegepast bij het niet mededelen van de aard en toedracht van een incident is geen *usance*. Bovendien is er mijns inziens niets op tegen om een dergelijke

sanctie wettelijk te verankeren als zij al navolging vindt.

Ik sloot het voorwoord van mijn proefschrift af met de opmerking: "Op de aanbevelingen mag u kritisch zijn: zonder kritisch nadenken zal er immers niets veranderen." Dank dus aan De Lang en De Ridder voor de moeite en de kritische opmerkingen. Niettemin hecht ik eraan op te merken dat de aard van de opmerkingen eens te meer illustreert dat het voor de juridische vertegenwoordigers van de partijen om wie het echt gaat – de patiënt en de hulpverlener – moeilijk is om buiten de geëffende paden te treden. Toch zal een verandering nodig zijn om de problematiek weg te nemen, waarbij ik me realiseer dat verandering niet alleen op het terrein van het recht hoeft te liggen.<sup>7)</sup> Wel is hoe dan ook bereidheid en tijd nodig: de bereidheid om een stap verder te gaan en de tijd om die verandering te omarmen.

Rolinka Wijne



Openheid is een in  
het oog springend  
knelpunt.



4. J.J.E. van Everdingen e.a., *Smetten op de witte jas*, Overveen/Amsterdam: Uitgeverij Belvédère/Boom, 1994, p. 272; A. van Bon en H. Molendijk, *Als het misgaat*, Zwolle: Centrum patiëntveiligheid Isala, 2009; CBO Kwaliteitsinstituut voor de gezondheidszorg, *Dit nooit meer*, Utrecht 2009; L. de Vries, 'Dit nooit meer, maar hoe dan?', *MC* 25 februari 2010 (65) nr. 8; J.J.M. van Dijk en F. van Mierlo, *Leemten in de slachtofferhulpverlening: Resultaten van een verkennend, kwalitatief onderzoek onder verschillende categorieën gedupeerden van ingrijpende gebeurtenissen*, Tilburg 2009, p. 75-76 en J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013, p. 13 en 19-23 met verwijzing naar internationale literatuur waaronder E. O'Connor e.a., 'Disclosure of patient safety incidents: a comprehensive review', *International Journal for Quality in Health Care* 2010, vol. 22, no. 5, p. 371-379; G.E. Linthorst e.a., 'What contributes to internists' willingness to disclose medical errors?', *The Netherlands Journal of Medicine (special article)*, juni 2012, vol. 70, no. 5, p. 242-248; R. Iedema, 'What prevents incident disclosure and what can be done to promote it?', *The Joint Commission Journal on Quality and Patient Safety* 2011, vol. 3, no. 9, p. 409-417 en L.C. Kaldjian, 'An empirically derived taxonomy of factors affecting physicians' willingness to disclose medical errors', *Journal of General Internal Medicine* 2006, vol. 21, no. 9, p. 942-948.
5. Zie het artikel van de gynaecologen T. Zürcher en B. Trimbois, 'Durf sorry te zeggen na medische misser', *Medisch Contact*, maart 2014, p. 590-592 (explicatie).
6. Artikel 10 Wkkgz, *Kamerstukken* 32402.
7. Zie voor aanbevelingen buiten het recht J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach en J.E. Hulst (VU Amsterdam), *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, 2013.