

'Radioloog en klacht'

## Aansprakelijkheidsrecht nog te veel een loterij

*Tweede interview met prof. mr. Carel Stolker door Roel van Dijk. Prof. mr. C.J.J.M. is directeur van het E.M. Meijers Instituut voor Rechtswetenschappelijk Onderzoek te Leiden. –  
www:<http://athena.leidenuniv.nl/rechten/meijers/>*



*Carel Stolker*

Ook al gaat het wel een beetje die kant op, Amerikaanse toestanden hebben we hier in Nederland nog lang niet. In Nederland leiden maar weinig fouten tot een procedure om een schadevergoeding te krijgen. Daarbij wordt voor een deel ook nog eens ten onrechte een schadevergoeding toegekend. Dit maakt dat het veel weg heeft van een loterij. Prof. Stolker staat met deze mening niet alleen; vele betrokkenen voelen zich ongemakkelijk bij het Nederlandse systeem.

Over de uitgangspunten bestaat geen discussie. Stolker: "Als iemand schade heeft geleden, moet die schade vergoed worden. Uiteraard moet er wel sprake zijn van schuld. De rechter zal twee vragen moeten beantwoorden: is de schade in het ziekenhuis ontstaan door een fout, en is er sprake van causaliteit? Bij een fout gaat het erom of de dokter of een andere medewerker in het ziekenhuis een verwijt gemaakt kan worden, dus of er onder de maat is gewerkt. Bij causaliteit gaat het erom of er ook een direct verband is tussen de schade en de fout." Het gaat de rechter er dus niet om of de dokter schuldig is of niet, ook al ligt het begrip schuld dicht bij het begrip verwijtbaar. Ook gaat het niet om het bestraffen van de betrokkenen, maar om het vergoeden van de geleden schade.

Bij het civiele recht wordt in de rechtszaal gewerkt volgens het 'toernooimodel': de partijen strijden tegen elkaar. De rechter is lijdelijk, dat wil zeggen dat hij afgaat op wat de partijen naar voren brengen. Hij denkt wel mee met de argumenten, maar in complexe zaken leunt hij zwaar op het oordeel van deskundigen. Hij waakt ervoor zich op glad ijs te begeven. Ook zal de rechter niet zelfstandig proberen nieuwe feiten boven tafel te krijgen. Daarentegen zijn er ook rechters die tijdens de zitting meer aansturen op geschillenbeslechting. Het voordeel voor alle partijen hiervan is dat bij succes lange procedures worden voorkomen. Om allerlei redenen gaat er namelijk vaak veel tijd overheen voordat een zaak is afgerond, zeker als een van de partijen in hoger beroep gaat of zich zelfs tot de Hoge Raad wendt. Door de wachttijden bij de verschillende rechterlijke instanties, maar ook omdat de deskundigen vaak tijd nodig hebben, kan het wel eens tot negen jaar duren voordat alles achter de rug is.

### **Bewijslast**

In principe ligt de bewijslast bij de patiënt. Stolker: "De rechter wil hier echter ook wel eens van afwijken, bijvoorbeeld als een dossier niet goed is bijgehouden of als een arts zich onttrekt aan 'de norm'; bijvoorbeeld, hij meldt de zaak niet aan bij de FONA- of MIP-commissie, doet onvoldoende aan bij- en nascholing of onttrekt zich aan visitaties. De rechter moet bepalen of de arts heeft gewerkt

zoals van een redelijk bekwame arts mag worden verwacht". Hierbij zal de tegenpartij ook stukken van interne toetsing, zoals FONA- of MIP-commissie, willen opvragen. "Daar heb ik toch moeite mee", stelt Stolker, "omdat deze stukken met een ander doel tot stand zijn gekomen. Hiermee haal je het systeem van interne toetsing mogelijk onderuit. Medewerkers van het ziekenhuis kunnen besluiten aan die interne procedures niet meer mee te werken, omdat hun verklaringen later in een civiele of strafprocedure tegen hen gebruikt kunnen worden. Aan de andere kant draagt het aansprakelijkheidsrecht ook bij aan de kwaliteit binnen de gezondheidszorg, omdat mensen zorgvuldiger gaan werken. Maar het mag niet interfereren met de lokale preventiesystemen."



*Carel Stolker voor het Kamerlingh Onnes-gebouw waar nu de rechtenfaculteit is gevestigd*

### **Letselschade**

Het begrip letselschade is precies wat het woord zegt: schade door een letsel. Stolker: "Tegenwoordig spreken we ook vaak van personenschade, omdat dit begrip ruimer is. Hieronder valt ook het psychische letsel. Als iemand door concentratiestoornissen zijn werk niet meer kan doen of naar een psycholoog moet, is er immers ook sprake van schade." Voor het bepalen van schade wordt gekeken naar de toestand voor en na het incident. Als iemand na het incident niet meer zijn aanvankelijke werk kan uitoefenen, maar wel een veel minder betalend, kan hieruit de schade berekend worden.

Een veel voorkomend probleem in de radiologie en ook in de pathologie is natuurlijk het missen van een diagnose. Binnen de pathologie werden wel testsystemen voorgesteld. Laat de gewraakte 'misser' zien aan een aantal beroepsgenoten, verstopt in een wat grotere serie, en kijk hoeveel collegae de afwijking wel zagen. Daaruit kun je wellicht afleiden dat het niet zo gek is dat je een subtiele afwijking hebt gemist. Maar wat als er een echt evidente fout is gemaakt, waar zelfs de grootste leek nog kan zien dat er wat aan de hand is. Dit komt toch met enige regelmaat voor, ook bij ervaren medici. Stolker: "Iedereen zal erkennen dat niet elke afwijking kan worden gediagnosticeerd, maar waar ligt de grens? Hier zal een deskundige ook een rol moeten spelen." Bij schade die op deze wijze ontstaat is de 'doctrine van de verloren kans' van belang: hoe waren de kansen voor de patiënt indien de fout niet gemaakt was? Wordt de overlevingskans bijvoorbeeld op 35% geschat, dan kan dat percentage van het normschadebedrag worden uitgekeerd.

De letselschadeadvocatuur heeft zich ontwikkeld tot een volwaardig specialisme. Letselschadeadvocaten zijn vooral werkzaam op het gebied van verkeer en arbeidsgerelateerde ongelukken. De schade die in ziekenhuizen ontstaat is slechts een klein deel van hun praktijk. Stolker meent: "Ook al krijg je een enkele keer die indruk, je kunt deze beroepsgroep toch zeker niet als bloedhonden bestempelen. Wel zie je meer en meer specialisatie. En er verschuift ook wel het een en ander in Nederland. Nieuw was bij de recente ramp in Volendam dat de advocaten eigener beweging en erg snel na de ramp hun diensten aanboden. Op dit moment is de vereniging van letselschadeadvocaten bezig met een gedragscode."

### **Hoe deskundig zijn deskundigen?**

Deze vraag is niet zonder meer te beantwoorden. Nogal eens worden hooggeleerde emeriti benaderd. De voordelen zijn dat ze tijd hebben, gezag hebben en dat ze onafhankelijk zijn. Het is echter geen gebruik om de deskundigheid te verifiëren. In de praktijk werkt het systeem van deskundigen doorgaans goed, ofschoon de deskundigheid toch ook wel eens vragen oproept.

## Smartengeld

Smartengeld is een apart hoofdstuk. Stolker: "Het begrip wordt nogal eens verward met de totale schadevergoeding. Het gaat echter alleen om immateriële schade zoals verdriet, smaakverlies, niet meer kunnen sporten; kortom, schade die niet met een nota kan worden aangetoond. Het vaststellen van de hoogte is moeilijk, zo niet onmogelijk. Wat in ieder geval niet mag is omgekeerd redeneren: voor hoeveel geld zou je bereid zijn om een hoge dwarslaesie te krijgen. Dit geeft al aan dat je met geld niet alles kunt compenseren. Mede om deze reden is er in Nederland een natuurlijk plafond tot stand gekomen van € 150.000." Alleen het ernstigste leed komt in aanmerking voor de hoogste vergoeding, bijvoorbeeld een HIV-besmetting in het ziekenhuis. In Nederland komen uitsluitend de slachtoffers zelf in aanmerking voor smartengeld. In geval van overlijden krijgen de nabestaanden dus geen smartengeld. De politiek is wel bezig met dit probleem; wellicht wordt de mogelijkheid van vergoeding van 'affectieschade' bij wet geregeld. Stolker: "Het verdriet is zeer goed te begrijpen, bijvoorbeeld bij het verlies van een kind. Toch heeft het voor mij iets absurds. Wat zou je met dat geld als nabestaande willen doen?"

## Verzekeraars

Tegenover de eisers en de letselschadeadvocaten staan de verzekeraars. In Nederland blijken de verzekeraars niet bereid om veel gegevens over claims en uitkeringen te verstrekken – dus een heel andere cultuur dan in de Verenigde Staten. Niet bekend is hoeveel claims worden toegewezen of afgewezen en om wat voor claims het gaat. Ook de onderlinge verzekeringsmaatschappij MediRisk verstrekt slechts in beperkte mate cijfers.\* Dit maakt het niet goed mogelijk om het beleid van uitkeringen te toetsen. De verhalen over eindeloos traineren van zaken zijn bekend, en er zijn ook gevallen van verzet tegen redelijke claims, maar Stolker kan niet zeggen of dit op grote schaal gebeurt. Een goede beoordeling is moeilijk omdat ook hierover geen cijfers bekend zijn. Van een snelle afwikkeling door een maatschappij zul je niet veel horen, en lang slepende zaken spreken natuurlijk zeer tot de verbeelding. Dit maakt dat de verzekeraars wel op achterstand staan in de publieke opinie. Als er van onnodig traineren sprake is, kunnen patiënten zich wenden tot een ombudsman. Deze gaat over alle instanties die betrokken zijn bij verzekeringen, zoals maatschappijen en tussenpersonen ([www.ombudsman.as](http://www.ombudsman.as)). De verzekeraars staan tegenwoordig wel meer onder druk, ook van de zijde van consumentenorganisaties, en blijken gevoelig voor verlies van reputatie.

## Openheid

Wat zeg je als arts tegen de patiënt als er een fout gemaakt is? Om te beginnen is het verstandig om een fout als arts zelf te melden. De uitgangspositie is dan veel beter dan wanneer de patiënt een claim indient. Maar wat mag je als arts zeggen? Daarover bestaan veel misverstanden. Eigenlijk mag je één ding niet doen, namelijk toezeggen dat de verzekeraar schadevergoeding zal uitkeren. Daarover gaat de verzekeraar en zondig de rechter. "Je kunt van een arts niet verlangen dat hij binnen een arts-patiëntrelatie zijn mond houdt. Als er een fout is gemaakt, moet je dat ook toegeven", aldus Stolker. "Maar lang niet altijd ligt het zo gemakkelijk; vaak blijft er een spanningsveld", erkent hij. "Ook dan is openheid naar de patiënt toe geboden. Bied aan om het uit te zoeken en houd daarbij de patiënt op de hoogte. Vertel de patiënt ook dat het ziekenhuis verzekerd is en dat uitgezocht zal worden of patiënt voor een vergoeding in aanmerking komt. Als de patiënt juridische bijstand wil, zeg dan volledige medewerking toe." Toch komt niet alles wat fout gaat in een ziekenhuis in aanmerking voor een schadevergoeding. Bij een ziekte met een groot complicatierisico of bij een riskante behandeling is er een grote kans dat een verzekeraar niet zal uitkeren. Er moet immers aangetoond worden dat er sprake is van verwijtbaar handelen, en er moet ook nog een direct verband zijn tussen de fout en de schade. Een verkeerde inschatting die (causaliteit!) zorgvuldig is gemaakt, zal dus heel vaak niet een uitkering tot gevolg hebben.

Het is in Nederland niet toegestaan om bij een behandeling af te spreken dat de patiënt de arts of het ziekenhuis niet aansprakelijk zal stellen als er een fout is gemaakt. Stolker: "De WGBO is hier heel duidelijk over. Medische keuringen vallen bij analogie onder zorg, dus ook daar is exoneratie niet toegestaan. Omdat financiële schade van derden, bijvoorbeeld een werkgever die een keuring aanvraagt, doorgaans niet is meeverzekerd, is het verstandig hiervoor een aparte verzekering af te sluiten. Uiteraard is het redelijk dat de premie doorberekend wordt aan de opdrachtgever van de keuring."

## Internationale ontwikkelingen

Er is geen sprake van Europees beleid, zoals [bij](#) het ondernemingsrecht dat grotendeels in Brussel tot stand komt. Er wordt wel aan gewerkt, maar er is nog weinig harmonisatie bereikt. Dat kan ook

problemen geven, zeker nu de patiënt door de overheid en verzekeraars wordt aangemoedigd om de zorg in het buitenland af te nemen als de wachtlijsten in Nederland te lang zijn. Er zijn ook enkele landen zoals Zweden, waar het no fault-systeem is ingevoerd. De patiënt komt hierbij in aanmerking voor vergoeding van de schade, ongeacht of de schade het gevolg is van een complicatie (niet verwijtbaar) of een fout (wel verwijtbaar). Hierdoor worden veel kosten en langdurige procedures vermeden. Dat zou een enorme verbetering zijn, omdat nu slechts een beperkt deel van de verzekeringskosten ten goede komt aan de gedupeerden. Bovendien zullen meer mensen gebruikmaken van het systeem, zodat de uitkeringen ook eerlijker zijn. In Nederland is er niet alleen een emotionele drempel, maar ook een financiële drempel om aan een procedure te beginnen. Als een claim niet wordt toegewezen kan de eiser (patiënt) veroordeeld worden tot betaling van de proceskosten van de tegenpartij. Dit moet worden opgeteld bij de advocatenkosten die de patiënt zelf al moet maken. "In Nederland wordt wel gestudeerd op invoering van het no fault-systeem, maar concrete plannen zijn er nog niet", aldus Stolker. "Voorlopig zullen we het moeten doen met het huidige systeem, ook al heeft dat soms veel weg van een loterij."

[Dr. R. van Dijk Azn](#)

*\* Noot: zie ook de volgende aflevering van deze serie, een interview met mr. F.H. Reddering van MediRisk. MediRisk heeft wel haar archief en dossiers beschikbaar gesteld voor wetenschappelijk onderzoek. Zie hiervoor J.H. Hubben en I. Christiaans. Geen spectaculaire ontwikkeling van medische schadeclaims in Nederland: 1993/'03 in vergelijking met 1980/'90. Ned Tijdschr Geneeskd 2004;148(25) van 19 juni 2004.*

This document was created with Win2PDF available at <http://www.daneprairie.com>.  
The unregistered version of Win2PDF is for evaluation or non-commercial use only.