

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/150063>

Please be advised that this information was generated on 2021-06-22 and may be subject to change.

## BOEKBESPREKINGEN

# R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade en Medische aansprakelijkheid\**

Prof. mr. J.C.J. Dute\*\*

Op 12 september 2013 promoveerde Rolinka Wijne aan de Erasmus Universiteit Rotterdam op het proefschrift *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*. Wat aanvankelijk begon als een monografie over medische aansprakelijkheid, groeide uit tot een bijna duizend pagina's tellend proefschrift, dat deels het karakter heeft van een handboek, deels van een analyse van knelpunten en mogelijke oplossingen. Waar in het buitenland uitvoerige studies zijn uitgebracht over medische aansprakelijkheid (zoals in Engeland: Michael Jones, *Medical Negligence*; in Duitsland: Frank Wenzel, *Der Arzthaftungsprozess*; in België: Thierry Vansweevelt, *De civielrechtelijke aansprakelijkheid van de geneesheer en het ziekenhuis*), ontbrak in Nederland tot nu toe een vergelijkbaar werk. In die behoefte heeft Wijne thans voorzien, overigens niet alleen door haar dissertatie, maar ook door het uitbrengen van een (840 pagina's tellend) handboek medische aansprakelijkheid. Het handboek is een bewerking van de dissertatie. In deze recensie komt eerst de dissertatie aan bod, daarna het handboek.

De dissertatie van Wijne kent zes delen. Deel I positioneert het civiele aansprakelijkheidsrecht in medische aangelegenheden te midden van de overige rechtsgangen, zoals het klacht-, het tucht- en het

strafrecht. Deel II is het meest omvangrijk en brengt het materiële aansprakelijkheidsrecht in beeld. Achtereenvolgens komen aan de orde: de rechtsverhouding tussen de patiënt en de arts resp. het ziekenhuis, de grondslagen voor aansprakelijkheid van de arts en het ziekenhuis, de grondslag voor aansprakelijkheid van de producent, het causaal verband, en schadevergoeding en verjaring. Dan volgt deel III over het verhaal van zorggerelateerde schade in de praktijk. Daarin wordt ingegaan op de personen en organisaties die in de praktijk bij het verhaal zijn betrokken, zoals de belangenbehartiger van de patiënt, de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar, de medisch adviseur en de medisch deskundige. Ook komt een aantal procesrechtelijke aspecten aan de orde. Zijn deel I tot en met deel III vooral beschrijvend van aard, in deel IV wordt met een inventarisatie van de belangrijkste knelpunten een tussenbalans opgemaakt. Dit vormt de opmaat voor de meer analytische en beschouwende delen V en VI.

Van de knelpunten die Wijne identificeert, noem ik de volgende: de huidige bewijslastverdeling ter zake van de normschending leidt volgens haar tot onbillijke resultaten; er wordt door de arts en het ziekenhuis te weinig openheid betracht bij fouten en incidenten; de zorgvuldigheidnorm waaraan het handelen van arts/ziekenhuis wordt afgemeten, is niet concreet genoeg; het *condicio sine qua non*-verband (*csqn*-verband) tussen normschending en schade laat zich in medische aansprakelijkheidszaken moeilijk vaststellen; het verhalen van zijn schade kost de patiënt veel geld; de kwaliteit van degenen die betrokken zijn bij het schadeafwikkelingsproces is onvoldoende gewaarborgd. Uiteindelijk komt Wijne tot de conclusie dat het civiele aan-

\* R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade, Een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van zorggerelateerde schade* (dissertatie EUR), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013 (ISBN 978-90-8974-80-10); R.P. Wijne, *Medische aansprakelijkheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014 (ISBN 978-90-8974-980-2).

\*\* Jos Dute is hoogleraar gezondheidsrecht aan de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Radboud Universiteit.

Prof. mr. J.C.J. Dute

sprakelijkheidsrecht bij zorggerelateerde schade zijn doel niet bereikt.

In deel V worden daarom mogelijke alternatieven onderzocht. Gekeken wordt naar no fault patiëntenverzekeringssystemen (Zweden en België), een stelsel van bemiddeling en arbitrage (Oostenrijk), een systeem met wettelijke verankering van bewijsvermoedens (Duitsland) en een aantal alternatieven binnen Nederland: het wetsvoorstel cliëntenrechten zorg (WCZ, thans: het wetsvoorstel kwaliteit, klachten en geschillen zorg, Wkkgz), de aansprakelijkheid voor arbeidsgerelateerde schade en die voor verkeersgerelateerde schade.

In het slotdeel VI beargumenteert Wijne dat het huidige civiele aansprakelijkheidssysteem beter niet kan worden verlaten en dat met een aantal aanpassingen het verhaal van zorggerelateerde schade kan worden vereenvoudigd. De twee belangrijkste aanbevelingen die zij doet zijn een herverdeling van de bewijslast ter zake van de normschending en de inrichting van een medische kamer bij één gerecht, bestaande uit rechters en medisch deskundigen. Verder pleit zij voor een wettelijke plicht tot openheid bij calamiteiten en incidenten, de wettelijke verankering van het vermoeden van afwezigheid van toestemming bij schending van de informatieplicht en het creëren van waarborgen voor verbetering van de kwaliteit van de belangenbehartiger, de medisch adviseur en de medisch deskundige.

In haar dissertatie spreekt Wijne van 'aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade'. Deze, door haar gemunte, term is inderdaad preciezer dan 'medische aansprakelijkheid', want zij omvat alle zorgrelaties. Het staat echter nog te bezien of deze nieuwe term in de praktijk ingang zal vinden. Wijne geeft eerst en vooral een uitgebreid, zeer compleet overzicht van het civiele aansprakelijkheidsrecht in de zorg. De stof is overzichtelijk geordend en gelardeerd met veel voorbeelden uit de jurisprudentie. Veel informatie is ook wel elders te vinden, maar soms ook niet (ik denk bijvoorbeeld aan de instructieve beschouwingen over de kwalitatieve aansprakelijkheid) of niet zo duidelijk (ik denk bijvoorbeeld aan de heldere uiteenzettingen over de proportionele

aansprakelijkheid en de theorie van het verlies van een kans alsook de bespreking van het verhaal van vermogensschade van gezinsleden, vrienden en nabestaanden). Wijne kan bovendien goed schrijven. Met vaste hand leidt ze de lezer door de stof. Haar kracht ligt vooral in de glasheldere weergave van het positieve recht – beschouwen en argumenteren ligt haar minder. De signalering van knelpunten waarmee elk hoofdstuk (van de delen I-III) wordt afgesloten, heeft ook meer het karakter van een samenvatting dan van een analyse.

Interessant zijn haar omzwervingen door het buitenlandse recht (met name Oostenrijk en Duitsland) en de interne rechtsvergelijking (arbeid en verkeer) die ze maakt in Deel V. Net als bij de weergave van het civiele aansprakelijkheidsrecht in de zorg in de delen I-III, valt overigens ook hier op dat het beschrijven van het bestaande recht haar gemakkelijker afgaat dan analyse en theorievorming. Aan diepgaande bespiegelingen over doel en inrichting van het aansprakelijkheidsrecht waagt ze zich niet of amper. Wijne betoont zich meer een welbespraakte gids dan een visionaire voortrekker.

Sommige van de, in totaal acht, aanbevelingen die Wijne doet, zijn het overwegen zeker waard. Dit geldt bijvoorbeeld voor haar suggestie om als uitwerking van de GOMA een Gedragscode Behandeling Medische zaken op te stellen, met daaraan gekoppeld een register van degenen die de code onderschrijven. Ook haar pleidooi om meer waarborgen in het leven te roepen voor de kwaliteit van de belangenbehartiger, de medisch adviseur en de medisch deskundige kan ik onderschrijven. Meer moeite heb ik met haar voorstel om in de wet vast te leggen dat bij schending van de informatieplicht het ontbreken van toestemming voor de behandeling wordt vermoed. Dat neemt ongetwijfeld de bewijsnood voor de patiënt weg, maar zadelt vervolgens de hulpverlener met dezelfde bewijsnood op. Mijns inziens is de jurisprudentiële weg van de integriteitschade, als 'sanctie' op niet of onvoldoende informeren, beter begaanbaar.

Minder gelukkig vind ik ook het pleidooi van Wijne om in de wet vast te leggen dat de hulpverlener civielrechtelijk aansprakelijk is tenzij hij kan aantoon-

nen dat hij, kort gezegd, zijn professionele verplichtingen is nagekomen. Dit gaat verder dan de huidige verzwaarde stelplicht (door Wijne om onduidelijke redenen verzwaarde 'motiveringsplicht' genoemd), op grond waarvan de hulpverlener voldoende feitelijke gegevens dient over te leggen teneinde de patiënt aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen. In feite betekent Wijnes voorstel een omkering van de bewijslast ten aanzien van de fout. Maar hoe kan deze omkering theoretisch worden gerechtvaardigd? Zij verlicht de bewijspositie van de patiënt, zeker, maar dat is op zichzelf geen voldoende argument. De patiënt is niet een kwetsbare partij zoals in het verkeer de fietser dat is ten opzichte van de automobilist. De zwakke positie van de patiënt zit vooral in diens informatieachterstand ten opzichte van de hulpverlener. Maar juist die achterstand wordt verholpen door (de juiste toepassing van) de verzwaarde stelplicht. Verder verandert – Wijne erkent dit ook – de omkering van de bewijslast ten aanzien van de fout niets aan het csqn-verband tussen de normschending en de schade, terwijl juist hier het belangrijkste obstakel voor schadevergoeding ligt.

Ook minder geslaagd vind ik de suggestie van Wijne om voor medische aansprakelijkheidskwesties bij één gerecht een gespecialiseerde kamer in te richten, waarvan medisch deskundigen deel uitmaken. Het staat nog te bezien of dat er inderdaad toe zal leiden dat minder deskundigenberichten hoeven te worden uitgebracht, zoals Wijne verwacht. Belangrijker nog is dat de aansprakelijkheidsprocedure hierdoor aan transparantie zal verliezen en de civiele rechter minder lijdelijk wordt. Ook de gedachte van concentratie van medische aansprakelijkheidszaken in één gerecht vind ik niet verstandig. Specialisatie onder rechters mag lonen, zoals Wijne stelt, maar het medische aansprakelijkheidsrecht dient zich niet te ver te verwijderen van het gewone aansprakelijkheidsrecht. Het medische aansprakelijkheidsrecht is immers het gewone aansprakelijkheidsrecht, zij het met enkele specifieke inkleuringen.

Een jaar na haar proefschrift heeft Wijne het handboek *Medische aansprakelijkheid* uitgebracht. Opval-

lend is dat ze met deze traditionele aanduiding van dit onderdeel van het recht afscheid lijkt te nemen van de door haarzelf geïntroduceerde term 'aansprakelijkheid bij zorggerelateerde schade'. Het handboek omvat vier delen. De eerste drie delen zijn praktisch gelijk aan de eerste drie delen van de dissertatie. Wel is de tekst hier en daar geactualiseerd en recente jurisprudentie is toegevoegd. Deel IV biedt, vergelijkenderwijs, een beschouwing over het (voormalige) wetsvoorstel WCZ en het wetsvoorstel Wkkgz. Wijne juicht de hierin opgenomen verplichting tot openheid over aard en toedracht van incidenten toe. Zij vraagt zich wel af of de voorgestelde klachten- en geschillenregeling voldoende is om de bestaande problemen het hoofd te bieden.

Mijns inziens voegt het handboek weinig toe aan de dissertatie. Sterker nog, door het schrappen van de hoofdstukken over mogelijke alternatieven voor de huidige aansprakelijkheidsregeling, is kostbare inhoud verloren gegaan. In het daarvoor in de plaats gekomen deel over de WCZ en de Wkkgz (en eigenlijk ook al in de dissertatie) mis ik een gedegen beschouwing over de geschilleninstantie. De geschilleninstantie is immers de weg die in Nederland naar alle waarschijnlijkheid zal worden opgegaan om de al jaren bestaande onvrede over de verhaalspositie van de patiënt het hoofd te bieden. En waarom zou een dergelijke instantie geen oplossing kunnen bieden voor het merendeel van de civielrechtelijke vorderingen (die tot € 25.000)?

Voor wie zich wil oriënteren op het medische aansprakelijkheidsrecht is het handboek naar mijn smaak te uitvoerig. In plaats van zich te richten op dit handboek zou Wijne er beter aan doen om op gezette tijden haar dissertatie te actualiseren. Dat werk voorziet echt in een leemte. Wijne heeft daarin een schat aan informatie geordend en goed leesbaar bijeengebracht. De logische opbouw en de uitvoerige registers vergemakkelijken bovendien de toegankelijkheid. Wie zich op het terrein van het medisch aansprakelijkheidsrecht begeeft, kan eigenlijk niet om dit werk heen. En wat let Wijne om toch die monografie te schrijven?