

Afwikkeling van medische fouten moet anders

John Beer, advocaat

Al vele jaren komt regelmatig in het nieuws dat de afwikkeling van medische aansprakelijkheidskwesties voor slachtoffers op een onbevredigende manier verloopt. Aan de kant van artsen en ziekenhuizen zijn er nog slechts twee verzekeraars die zich met deze zaken bezig houden. Het zijn MediRisk en Centramed die allebei zogenoemde 'onderlinge' verzekeraars zijn en per jaar samen circa 1500 nieuwe claims aangemeld krijgen. Bij dit soort verzekeraars zijn het in feite de verzekerden zelf, in dit geval vooral de ziekenhuizen, die de koers bepalen. Vroeger waren er ook 'gewone' verzekeraars die deze risico's verzekerden, maar die zijn alle teruggetreden. Een gewone verzekeraar heeft een meer zelfstandige verantwoordelijkheid voor de correcte afwikkeling van schades. Dat is anders bij een onderlinge verzekeraar waar de verzekerde zelf een grotere invloed heeft. Door de structuur zijn arts en ziekenhuis veel meer betrokken bij de afwikkeling van medische fouten die bij hun voormalige patiënten zijn gemaakt. De slachtoffers zijn van patiënten geworden tot tegenpartijen. Dat heeft grote negatieve gevolgen voor de kwaliteit van de afwikkeling maar ook voor een eventuele voortdoring van de behandelrelatie. De kwaliteit van de afwikkeling is er niet mee gediend dat arts en ziekenhuis hierop een te grote invloed kunnen hebben. Niet alle artsen vinden het immers gemakkelijk om een fout toe te geven. Bovendien zijn veel slachtoffers van medische fouten genoodzaakt, of kiezen zij daarvoor, om hun medische behandeling voort te zetten in het ziekenhuis waar in een eerder stadium een fout is gemaakt. Dat moet goed mogelijk zijn zonder het gevoel te hebben dat de behandelrelatie beïnvloed wordt door de afwikkeling van de eerder gemaakte fout.

Het is naar mijn mening tijd om de afwikkeling van medische aansprakelijkheidskwesties principieel anders in te richten. Het doel moet daarbij zijn om dit proces meer naar het publieke domein te verschuiven en de invloed van artsen, ziekenhuizen en hun verzekeraars daarop te verminderen.

Het is maatschappelijk breed van belang dat de afwikkeling van medische fouten op een adequate en rechtvaardige manier plaatsvindt. Het vertrouwen in een eerlijke gezondheidszorg is daarmee gediend. Maar de gezondheidszorg zelf heeft er ook belang bij dat de afwikkeling van fouten op een meer inzichtelijke manier plaatsvindt. Nu gebeurt dat in de beslotenheid van het individuele dossier door de verzekeraar. Fouten en de afwikkeling daarvan zijn alleen bekend bij degenen die de fout gemaakt hebben of daarbij betrokken waren. Aan het leren van fouten wordt een belangrijke dimensie

toegevoegd als ook in Maastricht geleerd kan worden van fouten die in Groningen zijn gemaakt.

Niet alles wat er in de gezondheidszorg mis loopt leidt tot een recht op schadevergoeding. Er gaat ook veel mis ondanks dat alle betrokkenen zich ten behoeve van de patiënt hebben ingespannen. Van een medische fout die kan leiden tot een verplichting om de schade te vergoeden is slechts sprake indien het betrokken slachtoffer er in slaagt aan te tonen dat de arts zich onvoldoende heeft ingespannen en dat de schade daarvan het gevolg is. Als een belangrijke zenuwbaan tijdens een operatie wordt beschadigd, komt de schade alleen voor vergoeding in aanmerking als bewezen kan worden dat de beschadiging gevolg is van onvoldoende zorg door de operateur.

In de regel ligt de volledige bewijslast bij de patiënt. Arts en ziekenhuis hebben wel de verplichting om een goed en volledig medisch dossier ter beschikking te stellen. Patiënten beschikken over het algemeen zelf niet over bijzondere kennis om deze discussie zelfstandig te voeren. Zij zijn daarvoor aangewezen op gespecialiseerde advocatenkantoren en medisch adviseurs die bereid zijn op dit terrein te adviseren. Artsen, ziekenhuizen en hun verzekeraars hebben het gemakkelijker. Een bewijslast dragen zij niet. Zij kunnen volstaan met het weerspreken van hetgeen door de patiënt wordt gesteld. Dat gaat hen goed af omdat de daarvoor nodige kennis en ervaring aanwezig is. Bovendien beschikken zij over een netwerk van specialisten in de gezondheidszorg en over financiële middelen om de verdediging te organiseren. In alle opzichten een ongelijke strijd die met regelmaat tot publieke onvrede leidt.

In de zijlijn van deze discussie functioneert het medisch tuchtrecht. In de praktijk blijkt dat het tuchtrecht vaak functioneert als een uitlaatklep in zaken waarin ons schadevergoedingsrecht onvoldoende oplossing kan bieden. Dan gaat het bijvoorbeeld om het overlijden van een jong kind als gevolg van een medische fout. Het Nederlands recht biedt daarvoor nog een zeer beperkte vergoedingsmogelijkheid. Het is niet nodig om als klager een advocaat in te schakelen voor het indienen van een tuchtklacht. Wil je dat wel, dan moet je je advocaat zelf betalen en kun je voor deze kosten geen vergoeding vragen, ongeacht de uitkomst van de zaak. Het komt zelden voor dat de arts in deze procedure niet kan beschikken over een advocaat en eventuele medische deskundigen. Veel tuchtklachten worden afgewezen.

Het geld dat voor de afwikkeling van medische fouten, en voor de verdediging van artsen en ziekenhuis, beschikbaar is, is gemeenschapsgeld. Dat geld komt uit de begroting van Volksgezondheid. De distributie van algemene middelen moet op een optimale, maatschappelijk verantwoorde, manier plaatsvinden. Dat laatste gebeurt op dit moment onvoldoende. Het geld wordt aan de kant van artsen en ziekenhuizen eenzijdig gebruikt om zich tegen claims te verweren. Daarbij wordt op een maatschappelijk onverantwoorde

manier, en in volledige beslotenheid, een vechthouding tegen slachtoffers van medische fouten gefinancierd. Dat moet echt anders.

Een vechthouding is een vervelend begrip, zeker waar het gaat om de afwikkeling van incidenten in de gezondheidszorg waardoor slachtoffers soms zwaar gehandicapt zijn geraakt, maar laat ik een actueel voorbeeld geven. Ziekenhuisverzekeraars blijken adviseurs en deskundigen in te schakelen zonder dat zij dit aan de betrokken patiënten melden. Tegen inschakeling van adviseurs en deskundigen bestaat geen groot bezwaar, maar waarom niet met open vizier en met medeweten van degene om wiens medische gegevens het gaat? De voor de hand liggende reden is dat men de vrijheid wenst te behouden om een eventueel ongunstig advies of rapport in de onderste la te stoppen en nimmer te gebruiken. Dat is een voorbeeld van een vechthouding waarin iedere vorm van transparantie ontbreekt. Maar er is meer. Het komt zelfs voor dat de patiënt er bij toeval achter komt dat de verzekeraar zonder diens voorafgaand medeweten een deskundige heeft gevraagd om zijn of haar dossier te beoordelen en dat deze deskundige een voor het ziekenhuis ongunstig (en dus voor de patiënt gunstig) rapport heeft geschreven. Ook in dat geval weigerden arts, ziekenhuis en hun verzekeraar om dat rapport met de betrokken patiënt te delen.

Ik pleit ervoor om het geld dat beschikbaar is voor de afwikkeling van medische fouten centraal en in het publieke domein te beheren en de beoordeling en afwikkeling van medische aansprakelijkheidszaken op een meer objectieve manier te laten plaatsvinden. Voor dat laatste is nodig dat de invloed van artsen en ziekenhuizen (en hun verzekeraars) wordt verminderd en dat er rechtstreeks toezicht wordt uitgeoefend. Ik zie voor mij een Centraal Orgaan Afwikkeling Medische Aansprakelijkheid dat wordt samengesteld uit onafhankelijke, maar deskundige, juristen en medici. Die organisatie zou beide partijen de gelegenheid moeten bieden om hun zaak te bepleiten en te onderbouwen. Ook patiënten zouden de gelegenheid moeten krijgen om daarvoor deskundigheid in te schakelen en die gefinancierd te krijgen. De beoordeling van de zaak zou op basis van ons burgerlijk recht moeten plaatsvinden en voor arts en ziekenhuis bindend moeten zijn. Artsen en ziekenhuizen (en hun verzekeraars) hebben in dit opzicht het vertrouwen verspeeld. Het is belangrijk dat patiënten vertrouwen krijgen in de manier waarop dit soort discussies kunnen plaatsvinden.

FRANKRIJK EN BELGIE: VERGOEDING VAN SCHADE DIE VEROORZAAKT IS DOOR MEDISCH HANDELEN¹

De Franse publieke gezondheidswetgeving (artikel L 1142, Code de la Santé Publique) bepaalt dat een patiënt gecompenseerd moet worden wanneer als gevolg van de

¹ Gebaseerd op een voordracht van de Franse advocaat Sebastian van Teslaar tijdens het jaarcongres van PEOPIIL in september 2017 in London (UK).

uitvoering van een medische behandeling in een ziekenhuis sprake is van een abnormale benadeling van de gezondheid. Op basis hiervan hebben bestuursrechters schadevergoedingen toegekend in gevallen van schade zonder dat een medische fout vast stond. Deze rechtspraak had uitsluitend betrekking op behandeling in ziekenhuizen, aangezien alleen ziekenhuizen aan deze rechtspraak onderworpen waren. Particuliere behandelingen door klinieken en artsen waren aan rechtspraak door de gewone civiele rechter onderworpen.

In 2002 (Wet van 4 maart 2002, nummer 2002-203) heeft de Franse wetgever dit principe uitgebreid tot alle medische behandelingen en een tweetal instituten ingesteld om vergoeding te regelen voor slachtoffers van medische fouten of 'abnormale uitkomsten' van medische behandelingen:

1. CCI (commissie voor schikking en schadevergoeding)
2. ONIAM (nationaal instituut voor vergoeding van schade door medische behandelingen)

In de jaren daarna zijn CCI en ONIAM door de Franse wetgever ook aangewezen om zich bezig te houden met vergoeding van schade wegens bepaalde infecties en verplichte vaccinaties.

Er zijn vier CCI's verspreid over het land en de plaats waar de medische behandeling is uitgevoerd bepaalt bij welke CCI de claim moet worden ingediend. De CCI beoordeelt of sprake is van een medische fout of een abnormale uitkomst van de medische behandeling. In geval geoordeeld wordt dat de claim voldoende basis heeft, wordt een voor de betrokkene kosteloze beoordeling door een of meer medische deskundigen bevolen. Deze beoordeling betreft de aard en omvang van de veroorzaakte schade.

ONIAM betaalt het slachtoffer indien sprake is van een medische fout of een abnormale uitkomst van de medische behandeling. Betalingen vinden plaats uit een fonds dat door de overheid is ingesteld en dat door verzekeraars is gefinancierd.

Dit is een buitengerechtelijk systeem waarin slachtoffers van schade door medische behandelingen worden gecompenseerd. Slachtoffers zijn volledig vrij om een procedure bij de rechter aanhangig te maken voor, tijdens of na de procedure bij de CCI. Uiteraard kan er niet dubbel schadevergoeding worden ontvangen. De keuze kan worden gemaakt om de hoogste vergoeding te accepteren.

Het is ook niet vereist om de CCI-procedure te volgen alvorens ONIAM aan te spreken. In ongeveer 50% van de gevallen wordt ONIAM rechtstreeks voor de rechter gedagvaard.

In de Franse rechtspraak (Conseil d'Etat 2017 en Cour de Cassation 2016) is vastgesteld wat moet worden verstaan onder een abnormale uitkomst van een medische

behandeling. Daarvan is sprake wanneer de medische behandeling heeft geleid tot aanzienlijk ernstigere gevolgen dan gezien de pathologie bij de patiënt verwacht mocht worden, of - indien daarvan geen sprake is - wanneer het weinig waarschijnlijk was dat de schade zou optreden.

In de rechtspraak lijkt een grens van 5% te worden gehanteerd. Als het risico op het optreden van een complicatie 6% is, wordt dit gezien als een zodanig hoog risico dat het intreden daarvan niet als abnormaal wordt beschouwd. Als het risico echter 3% is, is het intreden daarvan wel te beschouwen als abnormaal en is de patiënt gerechtigd tot compensatie.

Een ander vereiste voor compensatie is dat het veroorzaakte letsel een zekere mate van ernst moet hebben. Daarvan is in elk van de volgende gevallen sprake:

1. Bij een permanente functionele invaliditeit van minstens 24%
2. Indien sprake is van arbeidsongeschiktheid van minstens 6 maanden
3. Bij een tijdelijke functionele invaliditeit van minstens 50% gedurende minstens 6 maanden
4. In een beperkt aantal omschreven bijzondere gevallen

De CCI instrueert ONIAM of de aansprakelijkheidsverzekeraar van de arts om de schade te vergoeden indien aan de vereisten is voldaan. Daarbij geeft CCI wel aan welke schadeposten voor vergoeding in aanmerking komen maar niet de hoogte daarvan. Is het een medische fout dan betaalt de verzekeraar. Betreft het een complicatie zonder dat van schuld van de arts sprake is, dient de vergoeding door ONIAM plaats te vinden. Binnen 4 maanden na de beslissing van de CCI moet ONIAM of de verzekeraar aan de betrokkene een financieel aanbod doen. Doet de verzekeraar dit niet tijdig, kan de betrokkene aan ONIAM vragen te betalen waarna ONIAM het betaalde op de verzekeraar kan verhalen.

Voor de hoogte van vergoedingen aan betrokkenen hanteert ONIAM niet op de wet gebaseerde uitkeringsschalen ('baremes'). Het niveau ligt doorgaans lager dan wat een civiele rechter zou toewijzen.

In België bestaat sinds 2010 het Rijksinstituut voor Ziekte- en Invaliditeitsverzekering (RIZIV) en het Fonds voor de Medische Ongevallen (FMO). Bij dit instituut kan een verzoek worden ingediend om schade als gevolg van een 'geneeskundige verstrekking' te vergoeden.

Er wordt onderscheid gemaakt tussen schade die het gevolg is van een feit dat aanleiding geeft tot de aansprakelijkheid van de zorgverlener en een medisch ongeval zonder aansprakelijkheid. In het eerste geval richt het instituut zich tot de betrokken

verzekeraar met het verzoek de schade te vergoeden. Als de zorgverlener niet verantwoordelijk wordt geacht wordt de schade uit het fonds vergoedt indien aan bepaalde voorwaarden is voldaan. Het ongeval mag bijvoorbeeld niet het gevolg zijn van de toestand van de patiënt, het moet een abnormale schade hebben veroorzaakt en een bepaalde ernst van schade tot gevolg hebben gehad. Een schade is abnormaal "als ze zich niet zou hebben voorgedaan, rekening houdend met de huidige stand van de wetenschap, de toestand van de patiënt en zijn objectief voorspelbare evolutie".

Deze Franse en Belgische systemen bieden grote voordelen. In de eerste plaats omdat het aan benadeelden compensatie biedt in geval een medische behandeling heeft geleid tot buitenproportionele schade zonder dat vast staat dat een medische fout is gemaakt. Het niveau van schadevergoeding ligt in die gevallen weliswaar lager dan wat een civiele rechter zou toekennen maar het kan worden beschouwd als een tegemoetkoming waar een recht op schadevergoeding op basis van het civiele recht niet bestaat. Een tweede voordeel is dat de overheid voor benadeelden de mogelijkheid biedt om onafhankelijk te laten toetsen of al dan niet sprake is van een medische fout. Deze discussie wordt zo buiten de macht en invloed van de aansprakelijkheidsverzekeraar en haar verzekerde geplaatst.

Als derde voordeel is te zien dat de overheid door een dergelijk systeem anders dan nu gecentraliseerd informatie verkrijgt over medische fouten en door medische behandelingen veroorzaakte buitenproportionele schades. Dat is zeer belangrijk voor het ontwikkelen van beleid op dit maatschappelijk belangrijke onderwerp. Het draagt essentieel bij aan een geïnformeerde visie op de kwaliteit van de gezondheidszorg.

De situatie in Nederland zou zeer gediend zijn met een meer objectieve beoordeling van medische aansprakelijkheid (en dan ook nog in een vroege fase) dan waartoe verzekeraars blijkens de praktijk in staat zijn.