I 280 I Een verbeterde bewijspositie voor de patiënt

mr.dr. R.P. Wijne[1]

De auteur onderzoekt de mogelijkheden om de juridische positie van de patiënt te verbeteren als hij een complicatie ondervindt na een medische behandeling. Zij bepleit een aantal wijzigingen in de artikelen 7:453 BW en 7:448 BW. Deze voorgestelde wijzigingen hebben tot doel de bewijspositie van de patiënt te verbeteren en openheid van de kant van de zorgverlener te bewerkstelligen. Daarvoor is aanknoping gezocht bij de versterkte bewijspositie van de werknemer ingevolge artikel 7:658 BW en de uit dat artikel voortvloeiende jurisprudentie.

1. Inleiding

Mijn artikel 'Een nieuwe blik op *no fault* systemen ter verhaal van zorggerelateerde schade ving aan met de opmerking dat verhaal van schade door "medische missers" de aandacht heeft.[2] Omdat ook de politiek geïnteresseerd is in een betere afwikkeling van schade en de SP tegen die achtergrond met een initiatiefwetsvoorstel zal komen, inhoudende de oprichting van een medisch letselschadefonds, zag ik reden om alternatieve vormen van verhaal van zorggerelateerde schade onder de loep te nemen. In genoemd artikel heb ik dan ook twee *no fault* systemen geanalyseerd en heb ik me afgevraagd of zo een systeem voordelen biedt en of Nederland invoering zou moeten overwegen. Mijn conclusie was dat een *no fault* systeem zeker voordelen biedt als het gaat om verhaal van zorggerelateerde schade. Tegelijkertijd concludeerde ik echter dat belangrijke 'Nederlandse problemen', zoals de last een tekortkoming door de hulpverlener en een condicio sine qua non-verband met de schade van de patiënt te bewijzen, door een *no fault* systeem niet worden weggenomen. Een bezwaar zag ik voorts in het feit dat door invoering van een *no fault* systeem patiënten anders worden behandeld dan slachtoffers van verkeersongevallen en arbeidsongevallen.

Dit bracht mij tot de voorzichtige conclusie dat wanneer door één of meer aanpassingen binnen het civiele aansprakelijkheidsrecht tegemoet kan worden gekomen aan 'Nederlandse problemen' en de patiënt dezelfde bewijsrechtelijke voordelen kan genieten als slachtoffers van arbeids- en verkeersongevallen, zo een aanpassing mijn voorkeur geniet boven een stelselwijziging. Ik overwoog tegen die achtergrond dat voor patiënten een zelfde regeling zou moeten gelden als vervat in artikel 7:658 BW. Een regeling zoals die geldt voor 'zwakke' verkeersdeelnemers – gedoeld wordt op artikel 185 WVW – ligt mijn inziens minder voor de hand. Een dergelijke kwalitatieve aansprakelijkheid is gerechtvaardigd wanneer er geen relatie bestaat met het (potentiële) slachtoffer, doch de eigenaar van de zaak een gevaar in het leven roept voor personen die met deze gevaarlijke zaak te maken kunnen krijgen. Een hulpverlener daarentegen heeft doorgaans een contractuele relatie met het (potentiële) slachtoffer en daarnaast is het niet het bezit van een gevaarlijke zaak dat risico's met zich brengt, doch de omstandigheid dat de hulpverlener zich mogelijk niet voldoende inspant.

Desalniettemin is de vraag gerechtvaardigd of een regeling zoals vervat in artikel 7:658 BW en de daarbij behorende bewijslastverdeling passend is voor verhaal van zorggerelateerde schade en of de regeling wel afdoende tegemoet komt aan de grootste problemen. En hoe precies moet zo een regeling er uit komen te zien? Ter beantwoording van de vragen wordt in par. 2 – kort – de wijze waarop het verhaal voor slachtoffers van een arbeidsongeval of beroepsziekte is geregeld, geanalyseerd. In par. 3 wordt deze regeling met het oog op zorggerelateerde schade gewaardeerd. Concrete aanbevelingen voor een wijziging worden beschreven in par. 4. De conclusie volgt in par. 5.

2. Verhaal van arbeidsgerelateerde schade

Vergoeding van schade die de werknemer lijdt als gevolg van een arbeidsongeval[3] of beroepsziekte[4] – hier 'arbeidsgerelateerde schade' genoemd – vindt plaats via het

---

1 Mr.dr. R.P. Wijne is auteur van het proefschrift 'Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade', dat zij op 12 september 2013 heeft verdedigd aan de Erasmus Universiteit. Van het proefschrift is een handelseditie verschenen bij Boom Juridische uitgevers te Den Haag (ISBN 978-90-8974-801-0). Wijne is voorts docent gezondheidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam, lid-jurist bij de medische tuchtcolleges en medewerker bij het wetenschappelijk Bureau van Holla Advocaten te Eindhoven.

2 Zie R.P. Wijne, 'Een nieuwe blik op *no fault* systemen ter verhaal van zorggerelateerde schade', *L&S* 2013/203 (afl. 3).

3 Onder 'arbeidsongevallen' worden over het algemeen verstaan plotselinge gebeurtenissen tijdens de werkzaamheden waardoor de werknemer gezondheidsschade oploopt. Zie voor de definiëring en voorbeelden ook S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p. 1 en 32-33.

4 Van een 'beroepsziekte' wordt over het algemeen gesproken als de werknemer tijdens de werkzaamheden gedurende een langere periode wordt blootgesteld aan gevaarlijke stoffen of aan fysieke of psychische overbelasting. Zie voor de definiëring en voorbeelden ook S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p. 1 en 33-38. Zie voor voorbeelden van beroepsziekten ook het Nederlands Centrum voor beroepsziekten en het Coronel Instituut voor Arbeid en Gezondheid, Beroepsziekten in cijfers 2010, 2011 en 2012.

civiele aansprakelijkheidsrecht. Werknemers staan doorgaans in een contractuele rechtsverhouding tot hun werkgever: werkgevers en werknemers sluiten veelal een arbeidsovereenkomst als bedoeld in Boek 7, titel 10, BW.[5] De arbeidsovereenkomst brengt wederzijdse verplichtingen met zich. Verplichtingen vloeien voort uit Boek 7, titel 10, BW en voorts uit afspraken die de werkgever en de werknemer hebben gemaakt, uit collectieve arbeidsovereenkomsten (CAO's), uit (publiekrechtelijke) wettelijke bepalingen, zoals de Arbeidsomstandighedenwet,[6] en uit de redelijkheid en billijkheid.[7]

De omstandigheid dat de rechtsverhouding tussen de werkgever en de werknemer doorgaans door een arbeidsovereenkomst wordt beheerst, heeft tot gevolg dat de werknemer bij arbeidsgerelateerde schade rechten kan ontlenen aan die rechtsverhouding. Zo is in artikel 7:629 BW bepaald dat de werknemer bij ziekte gedurende een bepaald tijdvak recht heeft op doorbetaling van (een deel van) zijn loon. Uit artikel 7:658a BW blijkt van een re-integratieverplichting.

Voorts brengt een schending door de werkgever van de *zorgplicht* die hij uit hoofde van de arbeidsovereenkomst heeft, met zich dat de werknemer recht heeft op vergoeding van al zijn daardoor geleden schade. Dit volgt in het bijzonder uit artikel 7:658, tweede lid, BW. Het artikel bepaalt immers dat de werkgever jegens de werknemer aansprakelijk is voor de schade die de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden lijdt, tenzij hij aantoont dat hij de in lid 1 genoemde verplichtingen is nagekomen of dat de schade in belangrijke mate het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer.

In artikel 7:658, eerste lid, BW is de zorgplicht nader omschreven en is bepaald dat de werkgever verplicht is de lokalen, werktuigen en gereedschappen waarin of waarmee hij de arbeid doet verrichten, op zodanige wijze in te richten en te onderhouden alsmede voor het verrichten van de arbeid zodanige maatregelen te treffen en aanwijzingen te verstrekken als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt.[8] Deze zorgvuldigheidsnorm wordt nader ingevuld door publiekrechtelijke regelgeving zoals de Arbeidsomstandighedenwet,[9] en de Arbeidstijdenwet,[10] door Europeesrechtelijke richtlijnen, zoals (Kader)richtlijn 89/391/EEG betreffende de tenuitvoerlegging van maatregelen ter bevordering van de verbetering van de veiligheid en de gezondheid van de werknemers op het werk,[11] en Richtlijn 89/654/EEG betreffende minimumvoorschriften inzake veiligheid en gezondheid voor arbeidsplaatsen,[12] door verschillende CAO's, door ongeschreven recht,[13] en tot slot door uitspraken van de rechter.

De wijze waarop de zorgplicht is geformuleerd is streng, maar niet zonder reden. De ratio moet worden gezocht in de omstandigheid dat de werknemer in een van de werkgever afhankelijke positie verkeert en beschermd moet worden ten opzichte van de werkgever. De werkgever bepaalt immers de werkomstandigheden en is in financieel economische zin veelal een sterkere partij.[14] Daarentegen beoogt artikel 7:658 BW geen absolute waarborg voor de veiligheid van de werknemer met zich te brengen. De werkgever moet doen wat *redelijkerwijs* van hem kan worden gevergd.[15] Een oordeel daarover hangt af van de kennis die de werkgever zou moeten hebben, gegeven de stand van de wetenschap en de techniek (*state of the art*) en het kennisniveau in de desbetreffende branche (*state of the industry*).[16] Op de werkgever rust in dat verband een onderzoeksplicht.[17]

Wat de bewijslastverdeling betreft, wordt opgemerkt dat het tweede lid van artikel 7:658 BW niet alleen bepaalt dat schending van de in het eerste lid omschreven zorgplicht

---

5 De definitie van een arbeidsovereenkomst staat in artikel 7:610 BW.
6 Wet van 18 maart 1999, Stb. 1999, 184.
7 Ingevolge artikel 6:248, eerste lid, BW.
8 Artikel 7:658 BW is op 1 april 1997 in werking getreden, Stb. 1997, 37.
9 Wet van 18 maart 1999, Stb. 1999, 184. De wet is uitgewerkt in het Besluit van 15 januari 1997, houdende regels in het belang van de veiligheid, de gezondheid en het welzijn in verband met de arbeid (Arbeidsomstandighedenbesluit) Stb. 1997, 60 en de Regeling houdende bepalingen ter uitvoering van bij en krachtens de Arbeidsomstandighedenwet en enige andere wetten gestelde regels (Arbeidsomstandighedenregeling).
10 Wet van 23 november 1995, Stb. 1995, 598.
11 Pb L 183 van 29 juni 1989.
12 Pb L 393 van 30 december 1989.
13 Zie nader over ongeschreven recht S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p. 5-54.
14 Zie HR 22 januari 1999, *NJ* 1999, 534, met nt. P.A. Stein; HR 17 december 2004, *NJ* 2006, 147, met nt. C.J.H. Brunner en HR 11 maart 2005, *NJ* 2010, 309, met nt. T. Hartlief. Zie voor een bespreking van de ratio ook L.E.M. Charlier, 'Het bewijs in beroepsziektezaken (I)', *L&S* 2006/182 (afl. 3).
15 Vaste jurisprudentie van de Hoge Raad. Zie onder meer HR 1 februari 2008, *NJ* 2009, 330 en HR 12 december 2008, *NJ* 2009, 332.
16 HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683, met nt. J.B.M. Vranken. Zie nader S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Monografieen Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p. 74-75 en L.E.M. Charlier, 'Het bewijs in beroepsziektezaken (II)', *L&S* 2008/169 (afl. 3).
17 Zie bijvoorbeeld HR 29 april 1983, *NJ* 1984, 19 en HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573, met nt. P.A. Stein. De verplichting om een risico-inventarisatie en -evaluatie te verrichten volgt voorts uit artikel 5 van de Arbeidsomstandighedenwet. Zie nader over de zorgplicht en hetgeen in dat kader van de werkgever wordt verlangd S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p.54-70 en L.E.M. Charlier, 'De bewijslast in beroepsziektezaken onder de loep', *L&S* 2010/125 (afl. 3).

tot aansprakelijkheid van de werkgever leidt, maar (daarmee) ook de volgorde van het bewijsdebat bepaalt.[18] De werknemer die schade heeft ondervonden dient ten eerste ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat hij in een arbeidsrechtelijke verhouding tot de werkgever stond. Voorts dient hij ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv te stellen en, bij *voldoende gemotiveerde betwisting* door de werkgever – het is aan de werkgever om in het kader van de motivering van de stelling(en) van de werknemer de omstandigheden aan te voeren die in zijn sfeer liggen: er geldt voor hem een verzwaarde motiveringsplicht[19] –, te bewijzen dat hij in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade heeft geleden, oftewel dat er een causaal verband bestaat tussen zijn schade en het door hem verrichte werk. Slaagt de werknemer hierin, dan zal de werknemer zijn schade kunnen verhalen op de werkgever. De werkgever kan zich op zijn beurt van aansprakelijkheid bevrijden, door aan te tonen dat hij zijn zorgplicht is nagekomen of dat sprake is van opzet of bewuste roekeloosheid van de werknemer (als mede) oorzaak van de schade.[20] De bewijslastverdeling wijkt dus af van de reguliere regel waarin de partij die schadevergoeding verlangt, de tekortkoming of onrechtmatige daad van de ander moet aantonen. Het bewijs*risico* rust niet op de werknemer, maar op de werkgever. De werkgever zal moeten onderzoeken wat de toedracht is geweest, welke normen hadden moeten worden nageleefd en welke veiligheidsmaatregelen hadden moeten worden getroffen. Onduidelijkheid komt voor zijn risico.[21] Eveneens afwijkend is de regeling ter zake 'eigen schuld' van de werknemer. Het verweer dat de werkgever te dien aanzien kan inroepen, is beperkt tot opzet of grove roekeloosheid aan de zijde van de werknemer.

In de voor de werknemer gunstige bewijsrechtelijke regel en de hoge drempel voor het aannemen van eigen schuld komt, evenzeer als in de formulering van de zorgplicht zelf, de beschermingsgedachte tot uitdrukking; zij brengen met zich dat het voor de werknemer met arbeidsgerelateerde schade betrekkelijk eenvoudig is om zijn schade te verhalen op de werkgever.

Verhaal van schade kan desalniettemin lastig(er) zijn, wanneer niet zonder meer duidelijk is dat de schade van de werknemer is geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. Met name bij beroepsziekten wordt die bewijslast bemoeilijkt door de omstandigheid dat dergelijke ziekten veelal geleidelijk ontstaan – een relatie met een bepaald incident is dan niet evident – en dat sommige aandoeningen, zoals overbelasting, ook *niet* arbeidsgerelateerd kunnen zijn. Toch wordt ook dan de werknemer in zekere mate geholpen bij het leveren van het bewijs dat hij schade heeft geleden in de uitoefening van zijn werkzaamheden. In zo een situatie zal de werknemer (eventueel met behulp van een deskundigenbericht) moeten stellen en, bij voldoende betwisting door de werkgever, moeten bewijzen dat hij tijdens het verrichten van zijn werkzaamheden (feitelijk) *is* blootgesteld aan risico's voor de gezondheid, die zijn gezondheidsklachten *kúnnen* (er moet op dat punt een voldoende mate van zekerheid bestaan)[22] veroorzaken.[23] De werknemer hoeft dus niet te bewijzen dat zijn gezondheidsklachten *zijn* veroorzaakt door de blootstelling aan risico's, noch hoeft de diagnose betreffende de klachten vast te staan.[24] Het bewijs van het verband met de werkzaamheden wordt vervolgens aangenomen, indien de werknemer is blootgesteld aan de risico's en de werkgever heeft nagelaten de maatregelen te treffen die redelijkerwijs nodig zijn om te voorkomen dat de werknemer in de uitoefening van zijn werkzaamheden schade lijdt (hij is er niet in geslaagd te bewijzen dat hij zijn zorgplicht is nagekomen).[25] De werkgever mag deze aanname ontzenuwen (tegenbewijs leveren), wat er op neer zal komen dat de werkgever moet aantonen dat de klachten van de werknemer ook zouden zijn ontstaan als hij wel aan zijn zorgplicht zou hebben voldaan.[26] Feitelijk komt dit neer op het bewijs

---

18 Zie ook S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p. 16 en 30.

19 Zie bijvoorbeeld HR 25 juni 1982, *NJ* 1983, 151, met nt. P.A. Stein; HR 6 april 1990, *NJ* 1990, 573, met nt. P.A. Stein en HR 2 oktober 199, *NJ* 1999, 683, met nt. J.B.M. Vranken.

20 Zie ook S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p. 30 en L.E.M. Charlier, 'De bewijslast in beroepsziektezaken onder de loep', *L&S* 2010/125 (afl. 3).

21 Zie bijvoorbeeld HR 10 december 1999, *NJ* 2000, 211, met nt. P.A. Stein.

22 HR 7 juni 2013, *LJN* BZ1717 en HR 7 juni 2013, *LJN* BZ1721.

23 HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 596, met nt. W.D.H. Asser; HR 26 januari 2001, *NJ* 2001, 597; HR 27 februari 2006, *LJN* AU6927; HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai; HR 23 juni 2006, *NJ* 2006, 354; Gerechtshof 's-Gravenhage 18 augustus 2006, *LJN* AY8791; Gerechtshof 's-Gravenhage 17 juli 2008, *L&S* 2008/173 en Gerechtshof 's-Gravenhage 20 juli 2010, *LJN* BN4195. Zie voor een bespreking van de arresten en de implicaties voor het bewijs uitvoerig L.E.M. Charlier, 'Het bewijs in beroepsziektezaken (I)', *L&S* 2006/182; L.E.M. Charlier, 'Het bewijs in beroepsziektezaken (II)', *L&S* 2008/169 en L.E.M. Charlier, 'De bewijslast in beroepsziektezaken onder de loep', *L&S* 2010/125. Zie voor een bespreking ook de conclusie van AG Langemeijer bij HR 16 mei 2008, *JA* 2008, 122, met nt. E.M. Hoogeveen.

24 Dit volgt uit lagere rechtspraak: Gerechtshof Leeuwarden 24 oktober 2007, *LJN* BI6166; Gerechtshof 's-Hertogenbosch 1 april 2008, *LJN* BC8292 en Gerechtshof 's-Hertogenbosch 29 juni 2010, *LJN* BN0074.

25 HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 596, met nt. W.D.H. Asser en HR 23 juni 2006, *NJ* 2006, 354. Zie voor een bespreking van het arrest en de implicaties voor het bewijs uitvoerig L.E.M. Charlier, 'Het bewijs in beroepsziektezaken (I)', *L&S* 2006/169. Zie ook HR 11 november 2011, *LJN* BR5223.

26 HR 25 juni 1993, *NJ* 1993, 686, met nt. P.A. Stein; HR 2 oktober 1998, *NJ* 1999, 683, met nt. J.B.M. Vranken; HR 27 april 2007, *LJN* AZ6717; HR 9 januari 2009, *JAR* 2009, 38; Gerechtshof Amsterdam 14 december 2006, *L&S* 2007/66 en Gerechtshof 's-Gravenhage 20 juli 2010, *LJN* BN4195. Zie voor een bespreking van het tegenbewijs van de werkgever ook T. Hartlief, 'Wat kan art. 7:658 BW betekenen voor werknemers met RSI?', *NTBR* 2002/1, p. 2-6 en L.E.M. Charlier, 'Het bewijs in beroepsziektezaken (II)', *L&S* 2008/169.

van het *tegendeel*,[27] echter (uitdrukkelijk) *zonder* dat daarmee wordt bedoeld dat het bewijsrisico bij de werkgever komt te liggen.[28] Wel betekent het dat er hoge eisen worden gesteld aan het leveren van het tegenbewijs, met als reden dat de rechtsbescherming moet worden gehandhaafd en niet illusoir mag worden.[29] Slaagt de werknemer er niet in het verband tussen de werkzaamheden en zijn schade te bewijzen, dan biedt eventueel nog de benadering van de proportionele aansprakelijkheid (gebaseerd op de uitgangspunten van artikel 6:99 BW en artikel 6:101 BW[30]) uitkomst.[31]

De bepalingen van artikel 7:658, eerste en tweede lid, BW zijn van dwingend recht; van de bepaling kan niet nadele van de werknemer worden afgeweken. Voorts geldt de zorgplicht en de aansprakelijkheid voor in de uitoefening van de werkzaamheden geleden schade ingevolge artikel 7:658, vierde lid, BW ook in de verhouding tussen de werkgever en personen die op een andere basis dan een arbeidsovereenkomst voor de werkgever werkzaam zijn.[32]

Naast de schending van de verplichting uit artikel 7:658 BW kan ook de onrechtmatige daad als grondslag voor een recht op schadevergoeding door de werknemer worden ingeroepen (artikel 6:162 BW).[33] Artikel 7:658, derde lid, BW biedt die mogelijkheid door te bepalen dat van Boek 6, titel 3, BW niet ten nadele van de werknemer kan worden afgeweken.[34] De onrechtmatige daad zal in de praktijk vooral van zelfstandig belang zijn in die gevallen waarin tussen de werkgever en de werknemer geen arbeidsovereenkomst bestaat en evenmin een flexibele arbeidsverhouding als bedoeld in artikel 7:658, vierde lid, BW. Ook in dat laatste geval volgt aansprakelijkheid van de werkgever voor schade van de werknemer immers uit artikel 7:658 BW zelf. Beroept de werknemer zich op de grondslag van de onrechtmatige daad, dan geldt het gewone bewijsregime en dient de werknemer ingevolge de hoofdregel van artikel 150 Rv de onrechtmatigheid van het gedrag te stellen en te bewijzen, evenals het causaal verband tussen het onrechtmatige gedrag en zijn schade.

3. Waardering van de regeling van artikel 7:658 BW als alternatief

Ter beantwoording van de vraag, zoals verwoord in de inleiding, wordt bezien in hoeverre tegemoet wordt gekomen aan de grootste obstakels gemoeid met het Nederlandse civiele aansprakelijkheidssysteem. Zo een obstakel is de bewijslastverdeling zoals volgt uit het materiële recht in samenhang gelezen met de procesrechtelijke regel van bewijs, mede in samenhang bezien met het feit dat de norm waaraan getoetst moet worden zich niet concreet laat vaststellen (het is onduidelijk hoe het moet gaan) en de hulpverlener onvoldoende openheid van zaken geeft over een mogelijke fout of de aard en toedracht van een incident (het is onduidelijk hoe het is gegaan). Een ander obstakel is de bewijslastverdeling ter zake het condicio sine qua non-verband. Ook bij dit probleem speelt de norm en de openheid een rol.[35]

Wat (uiteraard) ten eerste opvalt, is dat uit de materieelrechtelijke regeling van artikel, tweede lid, 7:658 BW een afwijkende bewijslastverdeling aangaande het bewijs van de normschending volgt: in geval van arbeidsgerelateerde schade wordt aansprakelijkheid van de werkgever aangenomen, tenzij de werkgever aannemelijk maakt dat hij zijn zorgplicht is nagekomen. Hoewel de aansprakelijkheid van de werkgever voor arbeidsgerelateerde schade, net zoals de aansprakelijkheid van de hulpverlener voor zorggerelateerde schade, wordt vastgesteld door een beoordeling van de schending van de zorgplicht, kampt de werknemer dus niet met het probleem dat hij op basis van een algemeen geformuleerde norm en onwetendheid over de invulling van die norm, de schending ervan moet aantonen. Openheid over de aard en toedracht van het arbeidsongeval is daarmee vooral in het belang van de werkgever. De werkgever zal immers moeten onderzoeken wat de toedracht is geweest, welke normen hadden moeten worden nageleefd en welke veiligheidsmaatregelen hadden moeten worden getroffen. Onduidelijkheid komt voor zijn risico. Zou zo een materieelrechtelijke bepaling ook voor de patiënt gelden, dan betekent dit dat het belangrijke obstakel aangaande de

---

27 Zie uitvoeriger over het tegendeelbewijs Asser Procesrecht/ Asser 3 2013/266, 293 en 302.

28 Onjuist is dan ook het arrest van het Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 27 maart 2012, *LJN* BW0025 waarin het hof in rov. 38 oordeelde dat de bewijslast en het bewijsrisico terzake het ontstaan van de klachten bij de werkgever kwam te liggen. In 2013 herstelde het hof zich, zie Gerechtshof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2013, *ECLI:NL:*GHARL:2013:5339 met verwijzing naar de arresten van de HR 7 juni 2013, *LJN* BZ1717 en *LJN* BZ1721.

29 Zie ook Asser Procesrecht/Asser 3 2013/293.

30 Zie over deze proportionele benadering HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250, met nt. nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai; HR 14 december 2012, *NJ* 2013, 236 en HR 21 december 2012, *NJ* 2013, 237, met nt. S.D. Lindenbergh.

31 Zie over proportionele aansprakelijkheid in arbeidszaken met name HR 31 maart 2006, *NJ* 2011, 250, met nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai.

32 Zie uitvoeriger over artikel 7:658, vierde lid, BW S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p. 84-87.

33 Zie ook S.D. Lindenbergh, Arbeidsongevallen en beroepsziekten, Monografieën Privaatrecht 13, Deventer: Kluwer 2009, p.11 en 15.

34 Zie voor de mogelijkheid van samenloop expliciet Kamerstukken II 1993/94, 23438, nr. 3, p. 40 (MvT) en Kamerstukken II 1994/95, 23438, nr. 5, p. 9 (MvA).

35 Zie voor een opsomming van de knelpunten in het civiele aansprakelijkheidsrecht R.P. Wijne, Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade (diss. Rotterdam) Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2013, hoofdstuk 9.

bewijslastverdeling ter zake de normschending goeddeels wordt ondervangen, evenals het knelpunt aangaande de openheid over de aard en toedracht van een incident.

Het is vervolgens wel de vraag of een werknemer kan worden vergeleken met een patiënt; verdient een patiënt net zo veel bescherming als een werknemer? Kritiek op dit punt is mogelijk en door mij in ogenschouw genomen. Zo hebben een werkgever en een werknemer een relatie die zich kenmerkt door een frequente en langdurige interactie (een werknemer werkt gemiddeld 8 uur per dag en meerdere dagen per week) en heeft de werkgever vergaande invloed op de omstandigheden waaronder de werknemer zijn werkzaamheden uitvoert en (dus) zijn dag inricht. Patiënt en hulpverlener hebben doorgaans een minder frequent contact en de hulpverlener heeft daardoor in beginsel ook minder invloed op de dagelijkse omstandigheden waarin de patiënt verkeert. Desondanks wil ik de vraag positief beantwoorden en daarvoor doorslaggevende betekenis toekennen aan de omstandigheid dat in beide gevallen doorgaans sprake is van een contractuele rechtsverhouding tussen de potentieel gelaedeerde en de potentieel aansprakelijke partij en dat zowel de werkgever als de hulpverlener voor een veilige – door hem te beïnvloeden - omgeving moet zorgen, teneinde (gezondheids)schade zo veel mogelijk te voorkomen op het moment dat zij de zorg hebben over het welzijn van een ander. Voorts beschikt de hulpverlener, net als de werkgever, over kennis aangaande de na te leven normen en veiligheidsmaatregelen. Daar komt bij dat de hulpverlener over kennis beschikt (of kan beschikken) aangaande de wijze waarop de behandeling in het concrete geval is verricht; waar een werkgever vaak niet aanwezig is op het moment van een arbeidsongeval is de hulpverlener per definitie wel aanwezig bij de behandeling van zijn patiënt. Het standpunt dat een herverdeling van de bewijslast conform die van de werkgeversaansprakelijkheid de hulpverlener in (onredelijke) bewijsnood zou brengen, deel ik dan ook niet.[36]

Terzijde zij nog opgemerkt dat in het geval de overheid een norm lijkt te hebben geschonden en over de bewijsmiddelen dienaangaande beschikt het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) ervan uitgaat dat op *de overheid* de last rust om met een bevredigende en overtuigende verklaring te komen. Doorgaans overweegt het EHRM dan als volgt: "Where the events in issue lie wholly, or in large part, within the exclusive knowledge of the authorities, as in the case of persons within their control in custody, strong presumptions of fact will arise in respect of injuries and death occurring during such detention. Indeed, the burden of proof may be regarded as resting on the authorities to provide a satisfactory and convincing explanation."[37] Wederom is kritiek mogelijk en onderken ik dat de overheid niet zonder meer vergelijkbaar is met de hulpverlener. Wel blijkt hieruit de rechtvaardiging voor een herverdeling van de bewijslast in die gevallen waarin een onwetende gelaedeerde verhaal moet halen op een deskundige wederpartij die invloed kan hebben op de (gezondheids)situatie van de potentieel gelaedeerde.[38]

Een 'echt' bezwaar van het alternatief daarentegen is dat het aan de werknemer is om de relatie tussen de arbeid en zijn schade aan te tonen.[39] Dit laatste kan problematisch zijn wanneer niet op voorhand duidelijk is dat de gezondheidsschade van de werknemer haar oorsprong vindt in de werkomstandigheden (bijvoorbeeld in geval van een beroepsziekte). Gezien de overeenkomsten met de gezondheidsschade van de patiënt (de patiënt is reeds ziek, het menselijk lichaam is een ongewisse factor in het genezingsproces) is het meer dan aannemelijk dat de patiënt met een zelfde probleem wordt geconfronteerd en dat met een vergelijkbare materieelrechtelijke bepaling dus niet tegemoet wordt gekomen aan het knelpunt ter zake het bewijs van het condicio sine qua non-verband.[40] In deze situaties zal de patiënt vooral gebaat zijn bij een handvat als de 'omkeringsregel'. De analyse van de jurisprudentie inzake arbeidsgerelateerde schade toonde immers dat wanneer de werknemer kan bewijzen dat hij gedurende de uitoefening van zijn werkzaamheden (feitelijk) *is* blootgesteld aan risico's voor de gezondheid, die zijn gezondheidsklachten *kunnen* veroorzaken, uitgegaan wordt van het *vermoeden* van een causaal verband tussen de schending van de zorgplicht en de schade, als de werkgever niet (tegelijkertijd) kan aantonen dat hij aan zijn verplichtingen heeft voldaan. Van het vermoeden mag de werkgever tegenbewijs (in de zin van het tegendeel[41]) leveren.
Dit betekent echter wel dat de patiënt min of meer gedwongen wordt om zijn pijlen mede te richten op een

---

36 Het standpunt is afkomstig van beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar MediRisk naar aanleiding van de initiatiefnota van 29 november 2012 van de Kamerleden Van Veen en Mulder (VVD) en het door hen georganiseerde Symposium 'Patiëntveiligheid', dat plaatsvond op 25 februari 2013. Zie ook de bijdrage van H. van der Weide in het *VOZ Magazine*, april 2013, p. 48-52.

37 EHRM 27 juni 2000, zaaknr. 21986/93, par. 100 (Salman/Turkije) en EHRM 2 november 2004, zaaknr. 32446/96, par. 44 (Abdülsamet Yaman/Turkije).

38 Zie voor diezelfde vergelijking A.C. Hendriks, 'Europeesrechtelijke ontwikkelingen rond medische aansprakelijkheid', Jaarrede Vereniging voor Gezondheidsrecht 2013.

39 Hoofdstuk 10, par. 10.3.2.1.

40 Kritiek op een herverdeling van de bewijslast vanwege dit punt wordt geleverd door J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatte revoluties', Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: SDU Uitgevers 2013, p. 75.

41 Het zij herhaald: zonder dat het bewijsrisico wordt verlegd.

concrete omschrijving van de inhoud van de zorgplicht en een *concrete beschrijving van de omstandigheden waaronder de geneeskundige behandeling heeft plaatsgevonden*, terwijl het ontbreken van een concrete formulering van de zorgplicht een probleem is, net zozeer als het gebrek aan openheid over hetgeen zich tijdens de geneeskundige behandeling heeft afgespeeld dat is.
Met andere woorden: er is een oplossing voor de bewijslastverdeling ter zake de normschending, maar geen oplossing voor de bewijslastverdeling ter zake het condicio sine qua non-verband, welk probleem overigens ook niet met een *no fault* systeem wordt opgelost. Zou Nederland willen opteren voor een alternatief vergelijkbaar met het verhaal van arbeidsgerelateerde schade, dan zou er 'iets' moeten komen waardoor vaker een concrete(re) norm kan worden vastgesteld. Eveneens zou er een regeling moeten komen die de hulpverlener verplicht open te zijn over de aard en toedracht van een incident en geen ruimte laat om het op een zwijgen te zetten. In dat licht wordt opgemerkt dat bij 'verkeersgerelateerde schade' deze laatste problemen in veel mindere mate spelen; verkeersregels zijn wettelijk verankerd en de toedracht van het ongeval blijkt veelal uit het (zo mogelijk) tussen partijen getekende schadeformulier, het procesverbaal van politie of een ongevalsreconstructie. Zou één en ander ook voor het verhaal van zorggerelateerde schade gelden, dan zou dus niet alleen het belangrijke knelpunt aangaande de bewijslastverdeling ter zake de normschending goeddeels wordt ondervangen, maar kan in veel gevallen ook worden geprofiteerd van een handvat als de omkeringsregel bij het aantonen van het condicio sine qua non-verband. De hoeveelheid geneeskundige behandelingen en mogelijke gevaren lenen zich echter minder goed voor een concrete opsomming in de wet dan verkeersregels en schadeformulieren, processen-verbaal en reconstructies lijken geen vanzelfsprekende oplossing voor het gebrek aan openheid onder hulpverleners. Toch geeft het te denken of er niet vergelijkbare oplossingen zijn voor de geneeskundige behandeling die bovendien zouden kunnen aansluiten bij het – op het verhaal van zorggerelateerde schade beter passende, maar op deze punten ontoereikende – alternatief betreffende het verhaal van arbeidsgerelateerde schade.

Een aanvullende oplossing lijkt in het verschiet te liggen als wordt bezien welke wetsvoorstellen reeds in de Eerste en Tweede Kamer circuleren. Gedoeld wordt op het wetsvoorstel tot wijziging van de Zorgverzekeringswet en enkele andere wetten (wetsvoorstel Kwaliteitsinstituut)[42] - en op het wetsvoorstel kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wet kkgz), meer in het bijzonder artikel 10, derde lid.[43]
Met een voorstel zoals neergelegd in het wetsvoorstel Kwaliteitsinstituut is beoogd maatregelen te treffen om tot nadere protocollering van de professionele standaard te komen, welke protocollen vervolgens in een door het Zorginstituut Nederland – thans het College voor Zorgverzekeringen – gehanteerd openbaar register worden opgenomen. Verdergaande protocollering ter invulling van de zorgvuldigheidsnorm kan een nadere concretisering van de zorgvuldigheidsnorm tot gevolg hebben waardoor vaker een specifieke norm ter voorkoming van schade kan worden omschreven. Hierdoor zou de omkeringsregel wellicht in meer zaken kunnen worden toegepast en zou de patiënt aldus tegemoet worden gekomen in het bewijs van het condicio sine qua non-verband tussen de normschending en de schade.
In het voorgestelde artikel 10, derde lid, Wet kkgz is het recht neergelegd om als patiënt op de hoogte te geraken van de aard en toedracht van incidenten bij de zorgverlening die merkbare gevolgen hebben of kunnen hebben voor de patiënt; de aard en de toedracht van het incident zou onverwijld aan de patiënt moeten worden meegedeeld en moeten worden aangetekend in het medisch dossier. Kennis van het incident, oftewel openheid van zaken, kan behulpzaam zijn bij het aantonen van het condicio sine qua non-verband. Voorts kan die kennis ertoe bijdragen dat de patiënt beter in staat wordt gesteld een normschending aan te tonen (zo er geen andere bewijslastverdeling zou gelden) en in geval het incident voortspruit uit het gebruik van een gebrekkig medisch product te onderzoeken bij wie hij voor verhaal van schade moet zijn (hulpverlener of producent). Een bijkomend voordeel van openheid is dat de relatie tussen de zorgaanbieder en de cliënt niet wordt aangetast door een ervaren gevoel van boosheid over een niet open houding over een incident.[44]

Kortom, de waardering leert dat in het bijzonder een combinatie van een herverdeling van de bewijslast, verdergaande protocollering en verplichte openheid over een fout of de aard en toedracht van een incident kan bijdragen aan een oplossing. Met zo een vereniging van alternatieven wordt zelfs een passender resultaat bereikt dan wanneer Nederland zou kiezen voor een *no fault* systeem als alternatief. Omdat bovendien met een aanpassing van het civiele aansprakelijkheidsrecht het stelsel niet hoeft te worden gewijzigd, wordt niet getornd

---

42 Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 1 (KB) en nr. 2 (Voorstel van Wet). Het wetsvoorstel is op 5 februari 2013 aangeboden aan de Eerste Kamer, zie Kamerstukken I 2012/2013, 33243, nr. A (Gewijzigd Voorstel van Wet) en Kamerstukken I 2012/2013, 33243, nr. C (MvA).

43 Zie Kamerstukken II 2012/13, 32402, nr. 12 (Derde Nota van wijziging), bij brief van 15 april 2013 aangeboden aan de Tweede Kamer, evenals de toelichting op de wijziging.

44 Uit onderzoek blijkt dat meer openheid het aantal klachten en vorderingen voorkomt. Zie hoofdstuk 2, par. 2.3. Zie ook 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. 53, met verwijzing naar verschillende Amerikaanse onderzoeken.

aan de preventieve werking; door de last ter zake het bewijs (van het uitblijven) van de normschending bij de hulpverlener te leggen, is het eerder aannemelijk dat de hulpverlener zich inspant om schade te voorkomen.[45] Een ander, voor mij doorslaggevend, voordeel van een oplossing zoals geschetst, is tot slot dat er geen (onrechtvaardige) ongelijkheid wordt gecreëerd tussen patiënten en slachtoffers van andersoortige gebeurtenissen. Integendeel: de positie van patiënten wordt in overeenstemming gebracht met de verhaalspositie van werknemers. Voorts wordt de positie van de patiënt veel dichter bij de verhaalspositie van (zwakkere, ongemotoriseerde) verkeersslachtoffers gebracht.

Dit neemt niet weg dat mij nog een overweging rest ten aanzien van de invloed op de kosten gemoeid met het vergoeden van schade; bij de waardering van het *no fault* systeem werd dit als bezwaar genoemd en ook een aanpassing binnen het civiele aansprakelijkheidsrecht ten gunste van de patiënt zal – zo lijkt aannemelijk – met zich brengen dat de kosten zullen stijgen.[46] Het gevolg is echter beoogd. Vereenvoudiging van het verhaal van schade moet er immers toe leiden dat meer patiënten worden gecompenseerd dan thans het geval is. De hogere kosten worden hiermee gebillijkt, waarbij nog wordt opgemerkt dat het te verwachten is dat de transactiekosten van het verhaal van schade door de vereenvoudiging van het verhaal zullen afnemen. Mogelijk zal ook het preventieve effect dat van het voorgestelde systeem uitgaat de kosten drukken.[47] Voor de exacte beraming van de kosten en de daarmee gemoeide last dient nader onderzoek plaats te vinden. Cruciaal (daarbij) is ervoor te waken dat uiteindelijk de patiënt voor zijn hogere bescherming gaat betalen, zeker in een klimaat waarin de kosten van zorg hoog zijn. In dat verband wordt opgemerkt dat hulpverleners voor het risico van beroepsaansprakelijkheid doorgaans verzekerd zijn bij één van de twee onderlinge waarborgmaatschappijen MediRisk en Centramed. Zouden de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraars de premies voor de aansprakelijkheidsverzekering verhogen, dan zal de hulpverlener op zijn beurt de kosten doorberekenen in het loon dat door de patiënt voor zijn werkzaamheden moet worden betaald.[48] In het bijzonder is het te verwachten dat een hogere premie haar uitwerking vindt in het zogeheten 'vrije segment', waarbinnen onderhandeling over de prijs van zorg tussen zorgverzekeraars en zorgaanbieders als onderdeel van het huidige systeem van marktwerking in de zorg plaatsvindt. Desalniettemin lijkt juist het systeem van marktwerking en de mogelijkheid tot onderhandeling over tarieven waarbij prijs en kwaliteit worden gewogen, de mogelijkheid te bieden om een stijging van kosten te dempen. Daar komt bij dat sinds 1 januari 2012 zorgverzekeraars voor een groot deel risicodragend zijn, wat ertoe moet leiden dat zij actiever optreden tegenover de zorgaanbieders, met als gevolg een beheersing van de tarieven van zorgverlening.[49]

Tot slot merk ik op dat ik de (verwachte) angst dat een aanpassing binnen het civiele aansprakelijkheidsrecht tot een 'claimcultuur' (dat wil zeggen dat het aantal vorderingen stijgt evenals de omvang van de te vergoeden schade) zal leiden,[50] niet deel.[51] De uitgangspunten van het civiele aansprakelijkheidsrecht worden immers niet verlaten; nog steeds moeten er een verwijtbare gedraging van een hulpverlener en een causaal verband tussen die gedraging en de schade van de patiënt aanwezig zijn. Bovendien is het claimgedrag van een individu niet alleen afhankelijk van een verandering in de inrichting van of de toepassing van het civiele aansprakelijkheidsrecht. Ook andere factoren, zoals factoren van sociologische en economische aard, zijn daartoe van belang.[52] Een (wetenschappelijke) onderbouwing voor de aanname dat er desondanks vele patiënten onnodig hun hulpverlener aansprakelijk gaan stellen ontbreekt bovendien. Benadrukt zij andermaal dat wel beoogd is om meer patiënten

---

45 Zie ook J.C.J. Dute, M.G. Faure, H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw, 2002, p. 22 met verwijzing naar een onderzoek van Ch. Curran, 'Burden of Proof and the Liability Rule for Suppliers of services in the EEC', *Geneva Papers on Risk and Insurance,* 1994, p. 85-98.

46 Zie bijvoorbeeld J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatte revoluties', Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: SDU Uitgevers 2013, p. 73-74 die een stijging van de kosten als bezwaar noemen.

47 Zie ook J.C.J. Dute, M.G. Faure, H. Koziol, Onderzoek No-fault compensatiesysteem, Reeks evaluatie regelgeving deel 13, Den Haag: Zonmw, 2002, p. 231-232.

48 Zie in die zin ook over verhoging van smartengeld L.T. Visscher, 'De omvang van het smartengeld vanuit rechts- en gezondheidseconomisch perspectief' *AV&S* 2008, nr. 5, p. 247-254.

49 Zie voor een verduidelijking van de marktwerking, het verantwoord invoeren van de prestatiebekostiging, inclusief het verantwoord toe laten nemen van de risicodragendheid van verzekeraars en de daarvoor te realiseren plannen de brief met bijlage van de Minister van VWS 'Zorg die loont', d.d. 14 maart 2011, met kenmerk CZ-IPZ3056686. Zie ook P.L. Meurs e.a. (Commissie Inkomens Medisch Specialisten), Gezond belonen, beleidsopties voor de inkomens van medisch specialisten, 2012, p. 17-18.

50 De angst is (onder meer) geuit door beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar MediRisk naar aanleiding van de initiatiefnota van 29 november 2012 van de Kamerleden Van Veen en Mulder (VVD) en het door hen georganiseerde Symposium 'Patiëntveiligheid', dat plaatsvond op 25 februari 2013. Zie ook de bijdrage van H. van der Weide in het *VOZ Magazine*, april 2013, p. 48-52.

51 Zie eveneens de beantwoording van de Kamervragen (VVD (2013Z17381)) door de Minister van VWS op 23 oktober 2013, kenmerk 151441-110236-MC.

52 Zie uitvoerig over de angst voor een claimcultuur en de weerlegging van dit gevolg door een aanpassing in het civiele aansprakelijkheidsrecht Kamerstukken II 1999/00, 26630, nr. 2, p. 2 (Lijst van vragen en antwoorden).

met een potentiële vordering in staat te stellen hun recht te halen, een intensiever gebruik van het aansprakelijkheidsrecht dus.

Alles overwegende meen ik dan ook dat een in voormelde zin aangepaste materieelrechtelijke regeling ter zake het verhaal van zorggerelateerde schade overwogen moet worden. Hierna volgen concrete aanbevelingen daartoe.

4. Aanbevelingen

– *Aanbeveling I: een herverdeling van de bewijslast*

Een eerste aanbeveling – gericht aan de wetgever – betreft de herverdeling van de bewijslast ter zake de normschending door de volgende aanpassing van de tekst van artikel 7:453 BW:

1. *De hulpverlener moet bij zijn werkzaamheden jegens de patiënt de zorg van een goed hulpverlener in acht nemen, waaronder wordt verstaan zorg van goed niveau, die in ieder geval veilig, doeltreffend, doelmatig en patiëntgericht is, tijdig wordt verleend, is afgestemd op de reële behoefte van de patiënt en waarbij de personen die de zorg verlenen, met gebruikmaking van de geschikte hulpzaken, handelen in overeenstemming met de op hen rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hen geldende professionele standaard.*
2. *De hulpverlener is bij zijn verplichting voortvloeiende uit lid 1 gehouden om de hulpverlening op zodanige wijze te organiseren, zich zowel kwalitatief als kwantitatief zodanig van personele en materiële middelen en, voor zover nodig, bouwkundige voorzieningen te bedienen en tevens voor een zodanige toedeling van verantwoordelijkheden, bevoegdheden alsmede afstemmings- en verantwoordingsplichten zorg te dragen als redelijkerwijs nodig is om te voorkomen dat de patiënt in verband met diens geneeskundige behandeling schade lijdt.*
3. *De hulpverlener is jegens de patiënt aansprakelijk voor de schade die de patiënt in verband met de geneeskundige behandeling lijdt, tenzij de hulpverlener aantoont dat*
   a. *hij de in lid 1 en lid 2 genoemde verplichtingen is nagekomen; of*
   b. *de schade het gevolg is van opzet of bewuste roekeloosheid van de patiënt; of*
   c. *de schade het gevolg is van een omstandigheid die aan de producent van een medisch product moet worden toegerekend.*

Voorts wordt voorgesteld om in artikel 7:453, vierde lid, BW te bepalen dat de bewijslastverdeling van dwingend recht is en dat titel 3 van Boek 6 betreffende de onrechtmatige daad onverkort en dwingendrechtelijk van toepassing is. In de werkgeversaansprakelijkheid is dit op die wijze bepaald in artikel 7:658, derde lid, BW. Een dergelijke bepaling ontbreekt echter voor de geneeskundige behandeling. Zij kan bestaan naast artikel 7:468 BW dat immers een breder bereik heeft. De formulering wordt dan als volgt:

4. *Van de leden 1, 2 en 3 en van hetgeen titel 3 van Boek 6 bepaalt over de aansprakelijkheid van de hulpverlener kan niet ten nadele van de patiënt worden afgeweken.*

De voorgestelde herformulering van artikel 7:453 BW leidt ertoe dat de patiënt moet stellen en, bij *voldoende gemotiveerde betwisting* door de hulpverlener,[53] moet bewijzen dat hij schade heeft opgelopen en dat die schade is ontstaan in verband met de geneeskundige behandeling. Dit laatste impliceert een condicio sine qua non-verband tussen de geneeskundige behandeling en de schade van de patiënt. De hulpverlener kan zich op zijn beurt van aansprakelijkheid bevrijden, door aan te tonen dat hij zorg van goed niveau heeft geleverd, die veilig was, doeltreffend, doelmatig en patiëntgericht was, tijdig werd verleend, was afgestemd op de reële behoefte van de patiënt en dat hij, met gebruikmaking van de geschikte hulpzaken, handelde in overeenstemming met de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hem geldende professionele standaard en dat hij dus al díe maatregelen heeft genomen die redelijkerwijs nodig waren om te voorkomen dat de patiënt in verband met de geneeskundige behandeling schade zou lijden. Óf de hulpverlener aan zijn verplichting(en) heeft voldaan, dient te worden beoordeeld aan de hand van de in de betrokken periode geldende professionele standaard. De hulpverlener kan zich voorts van aansprakelijkheid bevrijden door te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat de schade veroorzaakt is door de opzet of bewuste roekeloosheid van de patiënt. Voorgesteld wordt dus om dezelfde strengere criteria voor eigen schuld toe te passen, zoals die gelden bij arbeidsgerelateerde schade, hetgeen recht doet aan de positie van de patiënt, maar ook in overeenstemming is met de omstandigheden waaronder eigen schuld van de patiënt ingevolge de rechtspraak wordt aanvaard. De hulpverlener kan zich tot slot van aansprakelijkheid bevrijden door aan te tonen dat de schade het gevolg is van de gebrekkigheid van een product en dat hijzelf aan die gebrekkigheid geen deel heeft.

De aanbeveling is in de eerste plaats bedoeld als oplossing voor het knelpunt gemoeid met de huidige bewijs-

[53] Op hem rust een verzwaarde motiveringsplicht.

lastverdeling ter zake de normschending, maar ondervangt (vanwege de samenhang) ook de problematiek gemoeid met het gebrek aan openheid over een mogelijke fout of incident en gemoeid met de omstandigheid dat de zorgvuldigheidsnorm algemeen geformuleerd is. Door de afwijkende regel van de bewijslastverdeling zou verhaal van schade voor de patiënt moeten worden vereenvoudigd, wat een positieve invloed zou moeten hebben op de door de patiënt te betalen buitengerechtelijke kosten. Immers, met het voorstel is niet de (onwetende) patiënt steeds aan zet, maar wordt juist van de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar van de hulpverlener een actieve houding geëist. Ook de noodzaak tot het raadplegen van een medisch deskundige om aan de stelplicht betreffende de normschending te voldoen verschuift van de patiënt naar de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar. Dit is gerechtvaardigd, omdat de hulpverlener doorgaans over de kennis (hij weet hoe de behandeling is gegaan) en deskundigheid (hij weet hoe de behandeling moet gaan) beschikt en doorgaans meer financiële middelen heeft dan de gemiddelde patiënt; hij zal de kosten van de medisch deskundige kunnen dragen of daarvoor een zakelijke voorziening kunnen treffen. Zoals opgemerkt, deel ik de bezwaren aangaande mogelijke bewijsnood aan de zijde van de hulpverlener om die reden niet.
Voorts is met de aanbeveling beoogd om de aansprakelijkheid van de hulpverlener en de producent op elkaar af te stemmen, zodat het voor de patiënt duidelijk(er) is bij wie hij zijn vordering moet indienen als een medische hulpzaak mogelijk de oorzaak van zijn schade is. De aanbeveling biedt dan ook een regel voor mogelijke samenloop van aansprakelijkheid van de producent en aansprakelijkheid van de hulpverlener. Ingevolge het voorstel moet de hulpverlener aantonen dat dit de reden is om aansprakelijkheid van de hand te wijzen. Dit is gerechtvaardigd, wederom omdat de hulpverlener over de kennis en deskundigheid dienaangaande beschikt.

Duidelijk is dat deze aanbeveling geen oplossing biedt voor alle problemen; met name het vereiste condicio sine qua non-verband kan voor problemen zorgen. Daarvoor zijn 'steunmaatregelen' nodig.

– *Aanbeveling II: een wettelijke basis voor protocollering*

Een tweede aanbeveling is een voorstel dat aanbeveling I moet ondersteunen. Zij is gebaseerd op het Wetsvoorstel Kwaliteitsinstituut. Ingevolge dit wetsvoorstel wordt het Zorginstituut Nederland belast met nieuwe taken en bevoegdheden op het gebied van kwaliteit, veiligheid en doelmatigheid van zorg die zijn gericht op (1) het tot stand brengen van een eenduidig kwaliteitskader door het stimuleren en zo nodig initiëren van de ontwikkeling van professionele standaarden. Indien dit voorafgegaan dient te worden door onderzoek, dan omvat deze taak eveneens het initiëren van (wetenschappelijk) onderzoek, (2) het ondersteunen van het veld bij de implementatie van professionele standaarden, innovatie en *best practices*, waaronder het meewerken aan ontwikkel-, verbeter- en stimuleringsprogramma's op het gebied van de kwaliteit, veiligheid dan wel doelmatigheid van zorg, (3) het inzichtelijk maken van de kwaliteit van verleende zorg door het stimuleren en zo nodig doen ontwikkelen van kwaliteitsindicatoren, en door het verzamelen, en beschikbaar maken van kwaliteitsinformatie ten behoeve van keuze- en toezichtinformatie in de zorg, (4) het bevorderen van gepast gebruik in de zorgverlening en (5) het rapporteren over gewenste vernieuwingen en verbeteringen van de opleidingen- en beroepenstructuur in de zorg en het initiëren van activiteiten gericht op het stimuleren dan wel ondersteunen van de beroepsgroepvorming en professionalisering van beroepen in de langdurige zorg.[54] Het Zorginstituut Nederland zal een openbaar register moeten hanteren, waarin professionele standaarden worden opgenomen.

Mijns inziens verdient dit voorstel – dan wel een andere methode om tot verdergaande protocollering te komen - aanbeveling en overname in de Zorgverzekeringswet, nu verdergaande duidelijkheid over de professionele standaard in een concreet geval de patiënt kan helpen bij het aantonen van zowel een normschending als een condicio sine qua non-verband met zijn schade. Aannemelijk lijkt dat de patiënt vaker een beroep kan doen op de omkeringsregel en dat aan het resterende kritiekpunt op aanbeveling I (nadruk op het causaal verband en de noodzaak om dan toch een norm te beschrijven) tegemoet wordt gekomen.

In aansluiting hierop kan de tekst van (het voorgestelde) artikel 7:453 BW als volgt worden aangevuld:

(…) *voortvloeiende uit de voor hen geldende professionele standaard, waar deel van uitmaken de in het openbaar register van het Zorginstituut Nederland opgenomen voor hem geldende professionele standaard.*

– *Aanbeveling III: vermoeden van een behandelfout als sanctie op het niet meedelen en/of vastleggen van de aard en toedracht van een calamiteit en/of incident*

De derde aanbeveling ziet op een wettelijk verplichte openheid over de aard en toedracht van een calamiteit en/of incident. Het betreft eveneens een voorstel dat aanbeveling I moet ondersteunen. Hoewel immers bij de

[54] Kamerstukken II 2011/12, 33243, nr. 3, p. 4 (MvT). Zie ook kamerstukken I 2012/13, 33243, nr. A (Gewijzigd Voorstel van Wet) en nr. C (MvA).

voorgestelde verdeling van bewijslast openheid over de aard en toedracht van een incident voor de patiënt van minder van belang is dan onder de huidige regel van bewijslastverdeling, is openheid over de aard en toedracht van het incident voor de patiënt wel van belang in het kader van het bewijs van het condicio sine qua non-verband (denk aan het gebruik van de omkeringsregel en de noodzaak tot het aantonen van de verwezenlijking van het gevaar) en in het kader van het herstel of behoud van de goede relatie tussen de hulpverlener en de patiënt.[55]

De reden voor een wettelijke verankering van openheid is gelegen in het feit dat de (on)geschreven plicht om open kaart ten opzichte van de patiënt te spelen niet consequent wordt nageleefd. Bij voorkeur zou daarom ingevolge een *wettelijke* plicht de aard en toedracht van een calamiteit en/of incident schriftelijk moeten worden vermeld in het patiëntendossier waarvan de patiënt kennis kan nemen, zoals ook met artikel 10, derde lid, Wet kkgz wordt beoogd. Geïnspireerd door de voorgestelde tekst van artikel 10, derde lid, Wet kkgz wordt de wetgever dan ook aanbevolen om aan artikel 7:448 BW een vierde lid toe te voegen dat luidt als volgt:

4. *De hulpverlener licht de patiënt of een nabestaande onverwijld in over de aard en toedracht van calamiteiten en/of incidenten bij de zorgverlening. De hulpverlener legt deze informatie vast in het dossier, bedoeld in artikel 454 lid 1.*

Ter verduidelijking dient daaraan te worden toegevoegd wat onder een calamiteit respectievelijk incident wordt verstaan: *Onder calamiteit wordt verstaan een niet-beoogde of onverwachte gebeurtenis, die betrekking heeft op de kwaliteit van de zorg en die tot de dood van of een ernstig schadelijk gevolg voor een patiënt of cliënt van de instelling heeft geleid. Onder incident wordt verstaan een onbedoelde gebeurtenis tijdens het zorgproces die tot schade aan de patiënt heeft geleid, had kunnen leiden of nog zou kunnen gaan leiden.* Een vraag die zich hierbij aandient is wie bepaalt of zich een calamiteit of incident heeft voorgedaan. Gezien de voorgestelde definities mag er geen onduidelijkheid over bestaan dat onverwachte of niet beoogde gebeurtenissen moeten worden gemeld. Bij twijfel dient er te worden gemeld. Mocht hierover een geschil ontstaan, dan is het uiteindelijk aan de rechter om een oordeel te vellen over de noodzaak van een melding.

Een andere vraag die zich aandient is wat te doen, wanneer de hulpverlener niet aan de plicht om openheid te verschaffen voldoet. Mijns inziens is een sanctie noodzakelijk om het gewenste effect te doen laten uitgaan van de meldplicht, omdat de bereidheid om open te zijn over een incident niet groot is en er sprake is van een ondermelding. Een rechtvaardige sanctie is mijns inziens gelegen in een bewijsrechtelijk voordeel voor de patiënt.

Aanbevolen wordt dan ook om aan artikel 7:448 BW een vijfde lid toe te voegen dat luidt als volgt:

5. *De hulpverlener die de informatie over een calamiteit of incident als bedoeld in lid 4 niet verschaft, wordt vermoed zijn zorgplicht, bedoeld in artikel 453, te hebben geschonden.*

De voorgestelde tekst moet ertoe leiden dat in geval van uitblijvende mededeling en verslaglegging in het medisch dossier van een calamiteit of incident dat voor de patiënt merkbare gevolgen heeft of kan hebben (dus ook als de schade nog niet is ingetreden) de hulpverlener vermoed wordt jegens de patiënt tekort te zijn geschoten of jegens hem onrechtmatig te hebben gehandeld (in de zin van een behandelfout). Het vermoeden kan door de hulpverlener worden weerlegd door tegenbewijs te leveren.
Benadrukt wordt dat het voorstel niet strijdig is met het belang van de hulpverlener om incidenten veilig – dat wil zeggen intern zonder openbaarmaking – aan de MIP-commissie te melden. Dit algemene belang doet niet af aan de binnen de rechtsverhouding tussen hulpverlener en patiënt geldende verplichting openheid te betrachten ten opzichte van de patiënt.[56]

5. Slotsom; conclusie

In dit artikel heb ik gepoogd een alternatief voor de huidige wijze van verhaal van zorggerelateerde schade te formuleren, dat tegemoet komt aan de meest belangrijke obstakels. Belangrijke obstakels zijn het bewijs van de normschending en het condicio sine qua non-verband, welke problemen in samenhang moet worden bezien met het ontbreken van een concrete (invulling van de) zorgvuldigheidsnorm en de onvoldoende openheid over de aard en toedracht van een incident.

In een vorig artikel heb ik betoogd dat een *no fault* systeem onvoldoende soelaas biedt en bovendien een stelwijziging met zich zou brengen. Een alternatief echter dat binnen het civiele aansprakelijkheidsrecht blijft en aansluit bij het verhaal van arbeidsgerelateerde en ver-

55 Zie mede daarom ook de opname van 'openheid' in de Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische aansprakelijkheid (GOMA), derde druk, Den Haag, maart 2012. Zie voor die conclusie ook J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatte revoluties', Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: SDU Uitgevers 2013, p. 25 en 39.

56 Zie voor diezelfde conclusie J.L. Smeehuijzen en A.J. Akkermans, 'Medische aansprakelijkheid: over grote problemen haalbare verbeteringen en overschatte revoluties', Preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht, Den Haag: SDU Uitgevers 2013, p. 44.

keersgerelateerde schade verdient overweging. Zo een alternatief is een materiële regeling vergelijkbaar met artikel 7:658 BW, aangevuld met ondersteunende maatregelen op het terrein van de concretisering van de in acht te nemen zorgvuldigheidsnorm en openheid over de aard en toedracht van een incident.

De aanbevelingen zijn gedaan met het doel tot een aanvaardbare wijze van verhaal van zorggerelateerde schade te komen, die recht doet aan en passend is voor de situatie waarin patiënten onbedoeld terecht kunnen komen. Immers, waar de geneeskundige behandeling de patiënt beoogt te genezen, moet worden vastgesteld dat zorggerelateerde schade, ondanks preventieve maatregelen, vóórkomt en dat daar waar gewerkt wordt, fouten worden gemaakt. Alle schade voorkómen is dus een mooi ideaal, maar niet realistisch. Wat wel realistisch is, is het op passende wijze datgene goed maken wat met de fout is aangedaan.

I 281 I Een ski-ongeval in Oostenrijk: Wat nu?

mr. S. Wijnkamp[1]

De auteur bepleit om bij letselschade door ski-ongevallen in Oostenrijk voor de Oostenrijkse rechter te dagvaarden en Oostenrijks recht toe te passen. Bij de Oostenrijkse rechter is meer deskundigheid aanwezig om ski-ongevallen te beoordelen. De Oostenrijkse rechter neemt altijd een schouw ter plaatse en laat zich bijstaan door een deskundige, terwijl de Oostenrijkse jurisprudentie op het gebied van ski-ongevallen uitgebreid is. Op grond van art. 4 lid 2 Rome II is bij een ski-ongeval tussen twee skiërs, die in Nederland hun gewone verblijfplaats hebben, Nederlands recht van toepassing. Auteur bepleit echter op grond van de accessoire aanknoping van art. 4 lid 3 Rome II om ook dan Oostenrijks recht toe te passen. Ook als Nederlands recht wordt toegepast geldt art. 17 Rome II, dat bepaalt dat de geldende veiligheidsvoorschriften ter plaatse relevant zijn voor beoordeling van aansprakelijkheid.

Inleiding

Jaarlijks bevinden zich miljoenen toeristen op de Oostenrijkse skipisten. Een groot deel daarvan is Nederlander. Jaarlijks vinden ook vele ski-ongevallen plaats. Ook bij deze ongevallen zijn vele Nederlanders betrokken. Soms door botsingen, soms door gevaarlijke omstandigheden op of naast de skipiste. De schadelijke gevolgen van een ski-ongeval openbaren zich eerst in de maanden erna, dus pas na het wintersportseizoen.

Strafrechtelijke en civielrechtelijke procedures zijn het gevolg. Wordt de zaak strafrechtelijk vervolgd dan zal de buitenlandse rechter het vonnis uitspreken. Komt het tot een civiel geschil, dan is het ook meestal de buitenlandse rechter die een oordeel velt.
Als het gaat om een botsing tussen twee in Nederland wonende partijen, dan is de verleiding groot de zaak in Nederland af te wikkelen. Of dit verstandig is en of men zich ervan bewust is dat het buitenlandse rechtstelsel vaak voordeliger voor het slachtoffer is dan het Nederlandse, is de vraag.
In Nederland worden veel schades door Nederlandse schadebehandelaars van verzekeraars, letselschadebureaus of Nederlandse advocaten afgewikkeld. Niet altijd is daar (voldoende) kennis van het buitenlandse recht en specifiek skirecht voor handen.

Er is in het buitenland zeer veel jurisprudentie over ski-ongevallen, waardoor het skirecht zich uitgebreid heeft kunnen ontwikkelen. Het bijzondere van het skirecht is dat, voor een niet ter zake kundige, de oorzaak van een ski-ongeval zeer lastig te bepalen is. Men heeft daarvoor naast de juiste interpretatie van verschillende FIS-regels ook skitechnische deskundigheid nodig. Het alleen op basis van schriftelijke verklaringen van getuigen en partijen het ongeval reconstrueren is in de regel onvoldoende. Illustratief hiervoor is een arrest van het Hof Leeuwarden,[2] waarbij de Nederlandse rechter over een ski-ongeval een oordeel moest vellen. De beoordeling van deze zaak was niet eenvoudig en de uitkomst was zeker niet wat het slachtoffer zich ervan voorstelde: zijn vordering werd afgewezen.

Gezien het internationale karakter van ski-ongevallen speelt het internationale privaatrecht een belangrijke rol. Bij het analyseren van de rechtsgevolgen van het ongeval dient vooraf bepaald te worden naar welke regels de eventueel verwijtbare gedraging beoordeeld zou moeten worden en naar welke regels de schadevergoeding moet worden afgewikkeld.

---

1 Mr. Stephan Wijnkamp is als "Rechtsanwalt" ingeschreven in Oostenrijk. Hij is een in ski-en bergsportrecht gespecialiseerde advocaat en gevestigd in Imst Tirol, Oostenrijk, www. bergsportrecht.eu. Hij is ook als Landesskileraar verbonden aan de Skischool in Fiss-Ladis, lid van het Oostenrijkse Kuratorium für Alpine Sicherheit en gediplomeerd "Bergretter" bij de Bergrettung Tirol.

2 Hof Leeuwarden 26 juni 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BW9768, Prg 2012, 205 m.nt. P. Abas.