



Universiteit
Leiden

The Netherlands

**Van arts naar advocaat, aansprakelijkheid voor
medische fouten in Amerika, een les voor Nederland?**

Stolker, C.J.J.M.

Citation

Stolker, C. J. J. M. (1989). Van arts naar advocaat, aansprakelijkheid voor medische fouten in Amerika, een les voor Nederland? Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/1330>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/1330>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

C.J.J.M. Stolker

Van arts naar advocaat

Aansprakelijkheid voor medische fouten
in Amerika

Een les voor Nederland?

Kluwer

Bohn, Scheltema & Holkema

Van arts naar advocaat

*'As a moth is drawn to the light,
so is a litigant drawn to the
United States.'*

Lord Denning in *Smith Kline & French v. Bloch*, (1983) 2 All ER 74.

Van arts naar advocaat

*Aansprakelijkheid voor medische fouten in
Amerika. Een les voor Nederland?*

C.J.J.M. Stolker

met een voorwoord van
prof. dr. E.V. van Hall

Kluwer
Bohn, Scheltema & Holkema

© 1989 Bohn, Scheltema & Holkema BV, Utrecht
© 1989 Uitgeverij Kluwer bv, Deventer

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16B Auteurswet 1912 j° het Besluit van 20 juni 1974, St.b. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 augustus 1985, St.b. 471 en artikel 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

ISBN 90 313 0991 5
D/1989/3407/58

Ontwerp omslag: Bert Arts bno

Voorwoord

‘Amerikaanse toestanden’. Afhankelijk van het onderwerp en de individuele invalshoek, roept deze kreet positieve en negatieve associaties op. Zoals ieder land heeft ook Amerika zijn goede en kwade gewoonten, maar een ding staat wel vast: ontwikkelingen aan gene zijde van de Atlantische Oceaan willen nogal eens naar het oude Europa overwaaien.

Met betrekking tot de aansprakelijkheid van artsen kunnen wij – in zowel positieve als negatieve zin – veel van Amerika leren, waarbij wij wel rekening dienen te houden met enkele wezenlijke verschillen tussen beide landen.

De Amerikaanse gezondheidszorg is in zekere zin een weerspiegeling van de aldaar heersende cultuur. In een samenleving waarin de neiging bestaat menselijk geluk en leed in termen van geld en macht te zien, is het niet onlogisch dat ook het verlenen en ontvangen van gezondheidsvoorzieningen mede wordt bepaald door de gewoonten en wetten van het handelsverkeer.

Dit kan niet zonder invloed blijven op de arts-patiënt-relatie, die daardoor een wellicht wat kil-zakelijke, maar ook een gelijkwaardig-mondige inhoud krijgt. Een consequentie van dit model kan zijn dat patiënt en arts tegenover elkaar komen te staan, wat juridische procedures (ook al een Amerikaanse traditie) in de hand werkt.

De Europese gezondheidszorg is, in het spoor van een meester-gezel-cultuur, van oudsher gebaseerd geweest op ongelijkheid in de arts-patiënt-relatie, waarbij de alwetende arts de paternalistische zorg op zich nam van de weinig of niets wetende patiënt. Een relatie gebaseerd op verantwoordelijke zorg enerzijds en dankbare overgave anderzijds. De dokter weet het 't best, en als er al iets mis gaat dan zal het wel niet anders gekund hebben.

Consequentie van dit model is dat de arts boven de patiënt staat, waardoor de kans klein is dat hij ter verantwoording wordt geroepen en daardoor de prikkel mist de kwaliteit van zijn handelen te handhaven.

Ook de sociale modellen verschillen, vooral de laatste decennia, aanzienlijk tussen beide continenten. Zo bestaat in Nederland een zodanig stelsel van sociale voorzieningen (zorg van ‘de wieg tot het graf’) dat bijvoorbeeld een door een verloskundige fout beschadigd kind tot in lengte van dagen verzekerd is van adequate zorg. In de Verenigde Staten wordt soortgelijke zorg in toenemende mate afgewenteld op het individu, waardoor voor de arme burger (en die zijn er steeds meer) een beroep op de advocaat op ‘no cure, no pay’-basis de enige uitweg uit zo’n probleem is.

VOORWOORD

Toch neemt ook in Nederland – bij een overigens toe te juichen grotere mondigheid van de patiënt – de neiging toe medische geschillen juridisch te beslechten. Het zou onjuist zijn deze ontwikkeling zonder meer als negatief te kenschetsen. Het lijkt geen twijfel dat de wetenschap dat je voor de gevolgen van onjuist medisch handelen aansprakelijk kan worden gesteld voor de eventuele schade, een preventieve werking heeft. Omgekeerd zal een open, volwassen en menselijke communicatie met de patiënt (waarin gemaakte fouten eerlijk en empathisch worden besproken) veelal onnodige en beschadigende juridische procedures kunnen voorkomen.

Het is van groot belang dat artsen, juristen, verzekeraars en overheid op toekomstige ontwikkelingen anticiperen, daarbij lering trekkend uit de ervaringen in Amerika, waar het besef groeit dat hun aansprakelijkheidssysteem de gezondheidszorg dreigt te ontwrichten. Lezing van de in dit boek opgetekende feiten en ervaringen kan daarbij van grote waarde zijn.

Prof. dr. E.V. van Hall

Inhoud

<i>Voorwoord</i>	V
<i>Lijst van gebruikte afkortingen</i>	IX
<i>Verantwoording</i>	XI
<i>Hoofdstuk 1 Inleiding</i>	1
1.1 Amerikaanse toestanden	1
1.2 Functies van het aansprakelijkheidsrecht	2
<i>Hoofdstuk 2 Crisis</i>	6
2.1 Een eerste overzicht	6
2.2 Aantallen vorderingen	10
2.3 Omvang van de schadevergoedingsbedragen	12
2.4 Gewonnen, verloren en geschikt	14
2.5 De hoogte van premies	15
2.6 Het faillissement van de arts?	21
2.7 Defensieve medicine	22
2.8 Verpleegkundigen en aansprakelijkheid	26
<i>Hoofdstuk 3 De oorzaken</i>	29
3.1 Zijn de artsen zo slecht?	29
3.2 Aard van de gemaakte fouten	31
3.3 De norm waaraan de arts hoort te voldoen	34
3.4 Centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis?	38
3.5 Aansprakelijkheid voor apparatuur?	39
3.6 Aansprakelijkheid voor bloed en bloedprodukten?	41
3.7 Informed consent	41
3.8 Res ipsa loquitur-doctrine	42
3.9 Immuniteit	43
3.10 Juryrechtspraak	44
3.11 Vergoeding van verdriet: smartegeld	46
3.12 Talrijke andere oorzaken	47

INHOUD

<i>Hoofdstuk 4 De reactie van de wetgever</i>	51
4.1 Inleiding	51
4.2 Screening panels	52
4.3 Arbitration boards	53
4.4 Verjaring van vorderingen	54
4.5 Eén aansprakelijk voor allen	55
4.6 Limitering van schadevergoeding	56
4.7 Advocaten en hun salaris	58
4.8 Good Samaritan Laws	61
4.9 Voordeelsverrekening	61
4.10 Informed consent	62
4.11 Een bedrag ineens?	63
4.12 Punitive damages	64
4.13 Res ipsa loquitur	65
4.14 De Health Care Quality Improvement Act 1986	65
4.15 Het effect van nieuwe wetgeving	66
 <i>Hoofdstuk 5 De reactie van de artsen</i>	69
5.1 Inleiding	69
5.2 Gevolgen voor de beroepsuitoefening en des artsen gemoed	69
5.3 Countersuits, de arts in de tegenaanval	71
5.4 Uitsluiting van aansprakelijkheid	72
5.5 Zorgvuldiger dossiers	73
5.6 Meer gecoördineerde acties	74
 <i>Hoofdstuk 6 'No fault', een radicaal alternatief?</i>	78
 <i>Hoofdstuk 7 Lessen voor Nederland?</i>	83
7.1 Enkele waarschuwingen vooraf	83
7.2 Alles is geheim!	84
7.3 De premies	87
7.4 Aantal en omvang der schadevergoedingsvorderingen	88
7.5 Aard van de gemaakte fouten	88
7.6 Defensive medicine?	89
7.7 Enkele belangrijke verschillen met Amerika	90
7.8 Aanbevelingen	94
 <i>Hoofdstuk 8 Slot</i>	97
 <i>Noten</i>	102
<i>Literatuur</i>	121
<i>Rechtspraakregister</i>	125
<i>Zakenregister</i>	127

Lijst van gebruikte afkortingen

A(2d)	Atlantic Reporter (Second Series)
AA	Ars Aequi
ACOG	American College of Obstetricians and Gynecologists
AD(2d)	New York Appellate Division Reports (Second Series)
All ER	All England Law Reports
ALR(3d)	American Law Reports (Third Series)
AMA	American Medical Association
AMACO	American Medical Assurance Company
Am J Law & Med	American Journal of Law and Medicine
AmJur (New Topic Ser)	American Jurisprudence (New Topic Service)
ATLA	Association of Trial Lawyers in America
BW	Burgerlijk Wetboek
Cal Rptr	California Reporter
Cal WL Rev	California Western Law Review
Colum L Rev	Columbia Law Review
Ct App	Court of Appeal(s)
Del	Delaware/Delaware Supreme Court Reports
Denver LJ	Denver Law Journal
DePaul L Rev	DePaul Law Review
diss	dissertatie
Emory LJ	Emory Law Journal
F(2d)	Federal Reporter (Second Series)
Fla	Florida
F supp	Federal Supplement
GAO/HRD	United States General Accounting Office/Human Resources Division
HHS	Health and Human Services
HR	Hoge Raad der Nederlanden
Harv L Rev	Harvard Law Review
Ill	Illinois/Illinois Report
Ill App (2d)	Illinois Appellate Court Reports (Second Series)
JAMA	Journal of the American Medical Association
KNMG	Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst

LIJST VAN GEBRUIKTE AFKORTINGEN

L	Law
La	Louisiana Courts of Appeal Reports
MAR	Verzekeringsgroep Medische Aansprakelijkheidsrisico's
MC	Medisch Contact
Med Liab Adv Serv	Medical Liability Advisory Service
Med Law	Medicine and Law
Med Sci Law	Medicine Science and the Law
Medicine and Law	International Journal of Medicine and Law
Mich	Michigan/Michigan Supreme Court Reports
Minn	Minnesota/Minnesota Supreme Court Reports
Mo	Missouri, Missouri Reports
Mon	Monografie
NAIC	National Association of Insurance Commissioners
NCL Rev	North Carolina Law Review
NE(2d)	Northeastern Reporter (Second Series)
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJ	New Jersey/New Jersey Supreme Court Reports
NJB	Nederlands Juristenblad
NJV	Nederlandse Juristenvereniging
NLJ	New Law Journal
NW(2d)	Northwestern Reporter (Second Series)
NwULRev	Northwestern University Law Review
NY(2d)	New York Court of Appeal Reports
NYS(2d)	New York Supplements Reporter (Second Series)
Ned T Geneesk	Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde
OD	Onrechtmatige Daad (losbladig)
P(2d)	Pacific Reporter (Second Series)
Pa	Pennsylvania Supreme Court Reports
Pa D & C2d	Pennsylvania District and Country Reports (Second Series)
SCL Rev	South Carolina Law Review
SIG	Stichting Informatiecentrum Gezondheidszorg
St. Paul	St. Paul Fire and Marine Insurance Company
sw(2d)	South-Western Reporter (Second Series)
So(2d)	Southern Reporter (Second Series)
TK	Tweede Kamer der Staten-Generaal
TvG	Tijdschrift voor Gezondheidsrecht
Tex	Texas/Texas Supreme Court Reports
U Miami L Rev	University of Miami Law Review
U Rich L Rev	University of Richmond Law Review
US	United States Supreme Court Reports
Vand L Rev	Vanderbilt Law Review
Vt	Vermont/Vermont Reports

X

Verantwoording

Dit boek is in de eerste plaats de vrucht van nieuwsgierigheid. Wat is er waar van wat in West-Europa ‘Amerikaanse toestanden’ wordt genoemd? Ik bedoel dan niet de commercialisering van de gezondheidszorg. Nee, ik bedoel met ‘Amerikaanse toestanden’ de vermeende crisis in de gezondheidszorg ontstaan door het fenomeen der medische aansprakelijkheid. In Nederland wordt Amerika wel gebruikt als een vage waarschuwing aan juristen zich niet te zeer bezig te houden met het aansprakelijkheidsrecht binnen het gezondheidsrecht. Ze zouden maar slapende honden wakker maken.

Nieuwsgierigheid dus naar de vraag wat er in Amerika aan de hand is en naar de vraag wat er de oorzaken van zijn. Slechte artsen en verpleegkundigen? Partijdige jury’s of al te gretige advocaten? Ik heb geprobeerd een analyse te maken van de stand van zaken en van de oorzaken, waarbij ik gebruik kon maken van rechtspraak, rapporten en ander (cijfer)materiaal, soms niet ouder dan enkele weken. Dat heb ik mede te danken aan het Leids Universiteits Fonds dat mij financieel in staat stelde enige weken aan de Columbia University in New York te studeren en daardoor ook contacten te leggen.

Vervolgens heb ik onderzoek gedaan naar de vraag welke oplossingen zijn gekozen of worden voorgesteld om te corrigeren wat fout gaat. De wetgevers van tal van staten hebben zich daar actief mee bezig gehouden. Maar ook de artsen zelf proberen, vooral de laatste drie jaar, een bijdrage te leveren om het tij te keren. Lukt dat niet, dan zal – zo voorspellen zij – de gehele Amerikaanse gezondheidszorg kopje ondergaan in een vloed van aansprakelijkheidsvorderingen.

Het is in hoofdzaak een ‘beschrijvende’ studie geworden. Ik heb vermeden positie te kiezen, hoewel niet kan worden ontkend dat mijn sympathie enigszins bij de artsen lijkt te liggen. Dat komt misschien doordat vooral door hen én door hun verzekeraars de meeste studie is verricht naar het fenomeen van de ‘malpractice crisis’.

Ofschoon dat niet de eerste opzet van het boek was, groeide al schrijvend de behoefte toch ook enige lijnen naar ons land te trekken. In het laatste hoofdstuk probeer ik daarom heel voorzichtig enige lessen te trekken uit wat er in Amerika aan de hand is. Hoeft de Nederlandse gezondheidszorg niet bang te zijn voor een overwaaien van ‘Amerikaanse toestanden’? Of gaat het ermee zoals met de graffiti, waarmee West-Europa stormenderhand werd veroverd?

Tenslotte. Een aantal mensen heeft mij een grote dienst bewezen door eerdere versies van commentaar te voorzien: mijn oud-collega's mr. J. Spier en mr. P.C. Knol, verder mr. drs. A.J.M. Bonnet-Breusers, die behalve juriste ook arts is, mr. P.J.W. de Brauw, voormalig advocaat en voorzitter van het Centraal Medisch Tuchtcollege, prof. dr. E.V. van Hall, hoogleraar obstetrie en gynaecologie aan de Faculteit Geneeskunde van de Rijksuniversiteit te Leiden en verbonden aan het Academisch Ziekenhuis Leiden en tenslotte – en niet de minste – mijn collega mr. A.M.L. Broekhuijsen-Molenaar. Vanuit hun vaak zeer verschillende achtergrond wierpen zij een helder licht op mijn manuscript. *Manuscript?* Het vele typewerk dat steeds weer moest gebeuren, werd met grote belangstelling voor het onderwerp, gedaan door mevrouw P.M. Lindeboom-van der Luit.

Carel Stolker
Leiden, januari 1989

Hoofdstuk 1

Inleiding

1.1 Amerikaanse toestanden

Enkele jaren geleden droeg een Amerikaanse auteur zijn boek over medische beroepsaansprakelijkheid op 'to all those patients who have been wronged by slipshod, incompetent or uncaring doctors (...) And to all those doctors who have been victimized by unfeeling and greedy patients'¹.

In Amerika wordt door artsen, door directies van ziekenhuizen en door talrijke medische organisaties steeds luider geroepen dat er een 'medical malpractice crisis' is ontstaan van een ongekeende omvang. Een belangrijke oorzaak zijn de zeer snel stijgende verzekeringspremies². De Amerikaanse gezondheidszorg dreigt financieel dol te draaien. Maar niet alleen financieel zou het misgaan. Organisaties van artsen wijzen er op dat een aantal medische specialismen zozeer het risico van schadeclaims in zich bergen, dat jonge artsen steeds minder belangstelling tonen voor een opleiding in die specialismen³. Voor zover ze het nog aandurven, trekken velen na hun opleiding weg naar die gebieden in de Verenigde Staten waar de kans om aansprakelijk gesteld te worden het geringste is. Bovendien zouden medische specialisten, maar ook huisartsen, steeds vaker het zekere voor het onzekere nemen door hun patiënten aan alle mogelijke, uit medisch oogpunt vaak onnodige, onderzoeken te onderwerpen, met voor de patiënt de financiële en psychische belasting die dat met zich meebrengt⁴. En men zegt dat het nog erger is: steeds vaker weigeren specialisten bepaalde claim-gevoelige medische behandelingen te verrichten⁵. Zo blijkt uit een onderzoek uit 1985 van The American College of Obstetricians and Gynecologists dat 12% van zijn leden geen bevallingen meer doen uit angst voor schadeclaims. En 23% van de ondervraagde specialisten verklaarde steeds minder 'high risk obstetrical practice' te doen⁶. Op dit en op andere onderzoeken kom ik uitvoerig terug.

Als er een 'medical malpractice crisis' is, wie is daaraan dan schuldig? Zijn het de artsen die slordig werken, die hun literatuur niet bijhouden of die uit geldzucht, veel te gehaast werken? Zijn het de patiënten die met de enorme vooruitgang die de medische wetenschap doormaakt, niet kunnen accepteren dat het desondanks mis kan gaan en die daarom in iedere mislukking een fout zien? Of zijn het wellicht de advocaten die met hun dunne koffertjes steeds dáár lijken op te duiken waar leed is te vinden en waar veel geld in het verschiet ligt? Beschuldigingen zijn er over en weer.

Leken de artsen zich aanvankelijk bij de ontwikkelingen neer te leggen, de laatste jaren is dat zeker niet meer het geval. Zo is er een krachtige lobby van The American Medical Association (AMA) en van organisaties van de meest bedreigde specialisten, bij de wetgevers van de diverse staten. En anders dan in de jaren '70 het geval was, komen ook verzekeraars nu steeds vaker met cijfers naar buiten en vindt er een venijnige discussie plaats tussen de AMA en de ATLA, de Association of Trial Lawyers of America, een organisatie van advocaten, die zich door de ten dele succesvolle artsen/verzekeraarslobby bedreigd voelt⁷.

'Amerikaanse toestanden', in Nederland wordt het begrip te pas en te onpas gebruikt, doorgaans in verband met medische aansprakelijkheid⁸. Door artsen gebruikt, lijkt het soms wel een spreuk ter bezwering van de toenemende belangstelling van de zijde van juristen voor de civielrechtelijke kant van het gezondheidsrecht. Zij vrezen een scala van verschrikkingen zoals die uit de Verenigde Staten worden gemeld: het ontelbare aantal processen dat wordt gevoerd, schadevergoedingen die de menselijke maat verre te boven gaan, failliete artsen en verzekeringsmaatschappijen, artsen die hun premies niet meer kunnen opbrengen, 'defensive medicine', enz. Steeds ook hoort men het verhaal vertellen van artsen die zich ijlings uit de voeten maken als zij op straat een verkeersslachtoffer vinden.

Wat is daarvan waar? Is dit alles werkelijkheid of zijn het overwegend indianenverhalen? In de Westeuropese wetenschappelijke literatuur zijn bij mijn weten weinig of geen recente cijfers bekend over de vermeende crisis. In Nederland schreef in 1974 Sluyters zijn pre-advies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht⁹. Hij deed een vergelijkbaar onderzoek als wat ik mij voorstel te doen, maar zijn gegevens dateren uit het eind van de jaren '60. Wat is er sindsdien gebeurd? Hoe erg is het allemaal, en hoe reageren artsen, advocaten en wetgever? Daarover gaat dit boek.

1.2 Functies van het aansprakelijkheidsrecht

Niet lang geleden trok de medisch redacteur van *NRC Handelsblad* een mooie vergelijking. Hij vergeleek het tegen beter weten in verzwijgen of ontkennen door een arts van een fout, met het doorrijden na een ongeval. Een misdrijf, zoals bekend.

Deze vergelijking geeft vrij goed aan waar het om gaat: lijdt iemand schade door mijn schuld of door omstandigheden die voor mijn risico komen, dan past het mij hem schadeloos te stellen, en niet door te gaan alsof er niets is gebeurd. Dat geldt voor elk maatschappelijk handelen, maar dat geldt minstens zo sterk voor mensen die in de uitoefening van hun beroep fouten maken: artsen, advocaten, accountants, maar bijvoorbeeld ook voor de ambtenaren van de overheid. Daar komt nog bij, dat de meeste beroepsbeoefenaren tegen aansprake-

lijkheid zijn verzekerd. Een schadevergoedingsverplichting treft hen, behalve via de premie, zelden persoonlijk in de eigen portemonnaie.

De belangrijkste functie van het aansprakelijkheidsrecht is die van de *schadevergoeding*. Zij berust op de notie dat wie een ander door zijn fout schade toebrengt, die schade ook moet vergoeden. Zo behoort de arts geen fouten te maken op kosten van anderen.

Maar het aansprakelijkheidsrecht heeft minstens nòg een functie, die van de *preventie*. De kans aansprakelijk te worden gesteld voor gemaakte kosten, kan een positieve rol spelen bij het voorkomen van fouten. Het aansprakelijkheidsrecht als preventief wapen. Eigenlijk is dat ietwat wonderlijk. Men zou verwachten dat de enkele kans op het maken van fouten op zichzelf al preventief werkt. Om het iets concreter te zeggen: niet zozeer de kans op het ontstaan van een schadevergoedingsplichting, maar de kans op het toebrengen van letsel en leed aan een ander zou al preventief moeten werken. De wetenschap dat een ander, de patiënt, leed ondervindt zou de belangrijkste drijfveer tot het voorkomen van fouten moeten zijn.

Ongetwijfeld zal dat veelal ook zo zijn. Maar onmiskenbaar speelt ook een preventieve rol de kans op negatieve publiciteit binnen en buiten het ziekenhuis, de kans op een ontorende en vaak slepende rechtzaak en de kans op een veroordeling tot het betalen van schadevergoeding. Door schade en schande wordt men wijs. Dat is zeker iets wat we van de Amerikaanse situatie kunnen leren. Overigens wil dat niet zeggen dat juist in de gezondheidszorg niet ook op andere manieren aan de preventie gewerkt zou moeten worden. Men kan denken aan een goed georganiseerde tuchtrechtspraak of aan klachtenprocedures. Maar daarover gaat dit boek niet: het gaat over het aansprakelijkheidsrecht.

Wat het aansprakelijkheidsrecht niet beoogt te doen, is de dader te straffen. Dat is voorbehouden aan het strafrecht en aan het tuchtrecht. In het civiele aansprakelijkheidsrecht spreekt men ook maar zelden van 'de dader', een begrip met een sterke strafrechtelijke klank. Men heeft het meestal over de onrechtmatig handelende partij of over de tekortschietende partij; soms ook – in het vriendelijker Latijn – over de *laedens*.

De arts die een fout maakt, moet dan ook beslist niet het gevoel hebben dat de burgerlijke rechter een moreel oordeel over hem uitspreekt. Weliswaar spreekt men veelal van 'verwijtbaar' handelen of van een handelen beneden de norm van een redelijk bekwame arts, maar daarachter gaat toch geen morele veroordeling of een uiting van verontwaardiging schuil. 'Iedereen maakt fouten', er zijn maar weinig gezegden meer afgezaagd dan dit, maar daarmee is het niet minder waar. En wie daardoor schade of leed veroorzaakt, behoort die schade goed te maken in menselijk opzicht en in financieel opzicht. Dat zou eigener beweging moeten gebeuren en niet pas dan, als de patiënt van de fout een 'zaak' maakt. Artsen, verpleegkundigen en alle andere werkers in de gezondheidszorg, hebben direct van doen met het lichaam van een ander. Hun werk is belangrijk werk en niet zonder risico's. Daaraan ontleen ze voor een

groot deel hun maatschappelijke status. Juist omdat het gaat om het menselijk lichaam, zullen ze ook moeten aanvaarden dat de samenleving hun werk vaak met argusogen beziet. Staat en stand verplichten, ook – en vooral – als het eens fout gaat.

Daar komt nog iets bij. Wie slachtoffers van medisch te kort schieten aanhoort, valt telkens weer op dat het deze mensen vaak niet eens gaat om een geldelijke vergoeding of om een rechterlijke veroordeling¹⁰. In veel gevallen zal er ook geen financiële schade van betekenis zijn en in die gevallen hoort het aansprakelijkheidsrecht niet eens een rol te spelen. Het gaat de patiënt om uitleg van wat er is misgegaan, om erkenning van een gemaakte fout en om betrokkenheid van de arts bij het leed. De Regionaal Geneeskundig Inspecteur van de Volksgezondheid voor Zuid-Holland wees er in zijn jaarverslag over 1987 op, dat veel klachten voortkomen uit 'rouwproblematiek' waarop door hulpverleners niet adequaat is gereageerd. Hij vervolgt: 'In een tijd, dat (de) vorderingen op geneeskundig gebied elkaar snel opvolgen, verbittert het betrokkenen, dat mensen nog altijd stervelingen zijn'. Dit verschijnsel zullen we in Amerika precies zo tegenkomen.

Naar het oordeel van de inspecteur wordt door de betrokken hulpverleners 'soms' niet adequaat gereageerd op deze verbitteringen¹¹. Betrokkenheid kan zich uiten in woorden van excuus, hoewel de patiënt daar soms niet eens om zal vragen. De Utrechtse anesthesist Smalhout noemde eens als voorbeeld de nabestaanden van een door een fout overleden patiënt. Toen zij van het ongeluk hoorden, bleken zij (in eerste instantie tenminste) vooral te doen te hebben met de betrokken arts!

In zijn afscheidsrede als voorzitter van het Centraal Medisch Tuchtcollege heeft De Brauw erop gewezen dat in veel tuchtrechtprocedures het inleidende klaagschrift nauwelijks een klacht bevat, alleen maar vragen¹². En de Leidse gynaecoloog Van Hall heeft in dat verband eens benadrukt dat een verandering in de *opleiding* van de arts van groot belang zou zijn. Naar aanleiding van het geval van een vrouwenarts die botweg, tegen beter weten in, ontkende dat hij bij de sterilisatie van een vrouw een fout had gemaakt, schreef hij:

'Een dergelijke attitude (van de specialist) vloeit naar mijn mening voort uit beroepsmatige faalangst maar is hem niet helemaal aan te rekenen. Bij de opleiding tot arts en specialist wordt immers nauwelijks aandacht besteed aan het accepteren van en omgaan met eigen falen, teveel ligt de nadruk op het verwerven van zekerheden, terwijl twijfel en onzekerheid als zijnde minder goede eigenschappen worden afgekeurd. Op deze wijze wordt van de arts een onfeilbaarheid verwacht (door hemzelf én zijn patiënten) die hij natuurlijk niet kan bieden.

Het is niet verwonderlijk dat onder deze omstandigheden de bereidheid om de verantwoordelijkheid te nemen voor fouten of complicaties (zeker als gevolgen ernstig zijn) gering zal zijn. Toch moet met nadruk worden gesteld dat een grotere openheid en bereidheid hiertoe (hoe moeilijk ook) én meer begrip van de patiënt voor de feilbaarheid en emo-

ties van de arts naar mijn mening bijdragen tot een betere verwerking van doorgemaakte complicaties én een door beide partijen beter hanteren van de daarbij nogal eens optredende boosheid en gevoelens van onmacht¹³.

Als het aansprakelijkheidsrecht door een radeloze patiënt wordt gebruikt om de arts tot een excuus te brengen, hem tot een enkele erkenning te bewegen dat er iets fout is gegaan, betrokkenheid van de arts bij zijn patiënt af te dwingen, of duidelijkheid te krijgen over wat er is misgegaan, dan wordt het aansprakelijkheidsrecht eigenlijk *misbruikt*. Daar is het niet voor. Zo ver mag een arts, of wie ook, het niet laten komen.

Hoofdstuk 2

Crisis

2.1 Een eerste overzicht

Het is niet gemakkelijk in Amerika aan betrouwbaar cijfermateriaal te komen. Net zoals dat in Nederland thans het geval is¹⁴, hebben verzekeringsmaatschappijen lange tijd hun gegevens over medische aansprakelijkheid tamelijk geheim gehouden. Op den duur bleek dat niet zo verstandig te zijn: om aan het grote publiek, aan de overheid en aan de rechters duidelijk te kunnen maken dat er iets ernstigs staat te gebeuren, is het nu eenmaal noodzakelijk met cijfers voor de dag te komen¹⁵. Vooral de laatste acht jaren gebeurt dat steeds meer. Ook wordt er steeds meer onderzoek verricht. Een van de meest uitvoerige en interessante onderzoeken is gedaan door de United States General Accounting Office, in opdracht van het Amerikaanse Huis van Afgevaardigden en de Senaat. In de periode dat ik mijn onderzoek deed, verschenen met de regelmaat van de klok de resultaten van dat onderzoek. Maar al zijn nu dan meer cijfers beschikbaar, de interpretatie van die cijfers is niet gemakkelijk. Zo zijn de onderzoeken veelal nauwelijks op elkaar afgestemd, beslaan ze vaak vrij willekeurig gekozen tijdsperiodes en worden bovendien aan eenzelfde begrip soms verschillende betekenissen gehecht. Tenslotte is de ene staat de andere niet; er zijn aanmerkelijke verschillen. Daarom moet het cijfermateriaal van bijvoorbeeld de American Medical Association met voorzichtigheid worden begroet. Dat erkent ze trouwens zelf ook¹⁶.

Maar hoe dan ook: wat men uit de cijfers wel kan afleiden, is de ontwikkeling van een sterk stijgend aantal claims, lopend van het einde van de jaren '60, in eerste instantie culminerend in het crisisjaar 1975-1976, om dan na een kortstondige terugloop door te gaan tot in de huidige tijd, óp naar een drama dat ernstiger is dan dat uit de jaren '70. Terugkijkend in de tijd, krijgt men het volgende beeld.

Het crisisjaar bij uitstek liep van zomer 1975 tot aan zomer 1976. Het is eigenlijk merkwaardig dat in feite pas vanaf 1974 het besef dat er iets mis ging in volle omvang doordrong. Zag men dat niet aankomen? Kennelijk niet, want het staat wel vast dat vele verzekeraars in het geheel niet op de ontwikkelingen waren bedacht. Toch wordt er nu wel op gewezen dat vóór 1975 het aantal claims al zeer sterk toenam. Zo verklaarde Elvov Raines, de aansprakelijkheidsexpert van het American College of Obstetricians and Gynecologists, in 1984 tegenover een Senaatscommissie dat tussen 1935 en 1975, in een periode

van 40 jaar, 80% van alle medische aansprakelijkheidsclaims dateert uit de laatste vijf jaar¹⁷.

Als gevolg van het stijgend aantal claims ontstond er voor een aantal artsen het beruchte 'availability-problem': in bepaalde regio's en voor bepaalde specialisten bleek het nauwelijks meer mogelijk een verzekeraar te vinden¹⁸. Want vlak voor het crisisjaar 1975-1976 reageerden de verzekeringsmaatschappijen als door een wesp gestoken. Een aantal maatschappijen schrapte de medische beroepsaansprakelijkheid uit het pakket. Hoeveel dat er waren is niet bekend, maar in tenminste zestien staten ondervonden artsen grote moeilijkheden zich te verzekeren¹⁹. De verzekeraars die bleven – of door de wetgever gedwongen werden te blijven (zie hierna) – verhoogden hun premies zeer sterk. In de literatuur worden stijgingen ineens van 500% genoemd²⁰. Chirurgen in Los Angeles zagen van de ene dag op de andere hun premies verdrievoudigd: van \$ 12 000 naar \$ 36 000²¹. Zoals al eerder gezegd, verschilde de situatie per staat. Landelijk gezien liepen de premies van artsen in 1975 uiteen van \$ 500 tot \$ 50 000, bij eenzelfde dekking²². De verschillen zijn verklaarbaar: in 1976 werden 17 683 claims afgehandeld, waarvan in 7 262 gevallen tot betaling werd overgegaan; van die ruim zevenduizend gevallen geschiedde bijna tweederde in zeven staten; 35 staten kenden toen minder dan 100 schadevergoedingen²³.

De crisis van de jaren 1975-1976 kenmerkte zich dus vooral door het plotselinge gebrek aan verzekeringsmogelijkheden. De crisis wordt daarom wel een 'availability-crisis' genoemd: het was in een aantal staten van Amerika niet of nauwelijks meer mogelijk een verzekeraar te vinden. En dat leidde er weer toe dat in bepaalde regio's artsen hun beroep niet meer konden uitoefenen, omdat elke fout of vergissing rechtstreeks zou kunnen leiden tot het faillissement van de betrokken arts.

Het 'availability-problem' werd al vrij snel opgelost. Dat gebeurde langs twee wegen. Enerzijds besloten sommige artsen zelf in hun verzekering te voorzien: in een groot aantal staten ontstonden zogenoemde 'physician-owned insurance companies' ook wel 'mutuals'²⁴. Dat lukte mede omdat de AMA bereid was als herverzekeraar op te treden. Daartoe werd in 1976 de American Medical Assurance Company (AMACO) opgericht. Deze 'mutuals' bestaan thans in tenminste 36 staten en verzekeren meer dan de helft van alle artsen. Anderzijds reageerde ook een aantal overheden op het beschikbaarheidsprobleem: commerciële verzekeraars die er tussenuit wilden knippen, werden bij wet gedwongen de medische beroepsaansprakelijkheid in hun pakket te houden. Thans vormen voor sommige staten deze gedwongen verzekeraars nog steeds de enige verzekeringsmogelijkheid²⁵.

Halverwege de jaren '70 reageerden de meeste verzekeraars niet alleen met premiestijgingen op de crisis. Wat hen met grote angst vervulde, was het IBNR-fenomeen²⁶, in verzekeringsjargon: Incurred But Not Reported. Wat wil dat

zeggen? Het griezelige bij het verzekeren van schade ontstaan door medische misslagen is, dat er vaak een lange tijd verstrijkt tussen de fout en het intreden van de schade. Daar gaan soms jaren overheen. Dit, wat de Amerikanen noemen: long tail-effect, wordt door verzekeraars gevreesd omdat zij bij het afsluiten van een bepaald boekjaar voor een deel in onzekerheid verkeren. Want er zijn in zo'n jaar ongetwijfeld fouten gemaakt die door de verzekering worden gedekt, ofschoon van een claim nog geen sprake is (incurred but not reported). Dat betekent dat de verzekeraar pas vele jaren later weet wat over dat boekjaar zijn verliezen zijn geweest, want die moeten nog komen. Vandaar dat een groot aantal verzekeraars is overgegaan van de gebruikelijke occurrence-polis naar de thans gebruikelijke claims-made-polis²⁷. Dat wil zeggen: beslissend voor de vraag of wordt uitgekeerd is nu niet langer of de arts was verzekerd op het moment dat hij de fout maakte (occurrence), maar of hij verzekerd was op het moment dat de vordering werd ingesteld (claims-made)²⁸.

Thans is het overgrote deel van de artsen verzekerd op basis van een claims-made verzekering. Voor sommige specialisten kan dat vervelende gevolgen hebben: wil een arts met pensioen, dan zal hij zich nog vele jaren (tien, twintig jaar) moeten verzekeren om zich in te dekken tegen de afloop van mogelijk gemaakte fouten. Voor sommige specialisten heeft dit er toe geleid dat ze niet met pensioen konden gaan omdat de verzekeringspremie moest worden terugverdiend, een zuiver vicieuze cirkel.

Na de eerste schrik leek het er even op dat het aantal vorderingen zou afnemen. Zo liet California in 1977 een daling zien van bijna 30%. De oorzaak van deze daling is nimmer achterhaald, maar zij bleek ook niet van lange duur²⁹. De jaren na 1977 lieten een voortdurende stijging zien van zowel het aantal vorderingen als van de hoogte van de toegekende schadevergoedingen. Onderzoeken tonen een jaarlijks stijgingspercentage van het aantal vorderingen, variërend tussen 5 en 12%³⁰.

Ofschoon de stijgende tendens zich tot in deze tijd voortzet, moet men wel voorzichtig zijn met het trekken van al te algemene conclusies. Want de mate waarin het aantal vorderingen, de omvang der schadevergoedingen en de premies stijgen, verschilt sterk van staat tot staat. En zelfs binnen een staat kan men grote verschillen aantreffen. Zo kan een zeer patiëntvriendelijk rechtelijk college een buurman hebben die op dat punt een veel terughoudender indruk maakt.

Er is nog een tweede reden om voorzichtig te zijn met algemene conclusies: het ene specialisme is het andere niet. Zo moet men bijvoorbeeld een scherp onderscheid maken tussen snijdende en niet-snijdende artsen. De laatsten lopen aanmerkelijk minder risico's om met hoge vorderingen te worden besprongen (zie tabel 2.1).

Dit betekent dat men niet mag spreken van *de* crisis in de Amerikaanse gezondheidszorg als gevolg van het fenomeen 'medische aansprakelijkheid'.

Niet overal, en niet voor alle specialismen, geldt dat men in een crisis verkeert. Overigens blijkt uit het laatste jaarverslag van St. Paul, de grootste verzekeraar op het terrein van het medisch aansprakelijkheidsrecht, dat er enige verbetering in de situatie is waar te nemen. Ik kom op dat jaarverslag, dat ik ontving vlak voor dit boek naar de drukker ging, nog terug.

Maar ook met dit in het achterhoofd, moet men toch zeggen dat het niet goed gaat en dat in bepaalde gevallen zonder overdrijven van een crisis gesproken kan worden. Ten eerste de verzekerbareid: men is er thans vrij zeker van dat de beschikbaarheid van verzekeringen geen probleem meer is. De arts die zich wil verzekeren, kan dat. Wat wel een probleem is geworden, is de betaalbaarheid van de verzekering. Om het kort te zeggen, het 'availability-problem' is een 'affordability-problem' geworden: voor een aantal artsen dreigen de premies te hoog te worden. En dat heeft gevolgen.

Zo zullen artsen die hun premies niet meer kunnen of willen opbrengen, hun praktijk moeten sluiten. Thans kan men het verschijnsel waarnemen dat artsen in de meest bedreigde gebieden verhuizen naar gebieden waar zij vooralsnog minder gevaar lopen. Net gespecialiseerde jonge artsen mijden de uitgesproken 'pro-plaintiff'-gebieden, terwijl net afgestudeerde artsen niet langer kiezen voor de meest risicovolle specialismen³¹. Nog een andere ontwikkeling is te zien bij gynaecologen en obstetrici. In toenemende mate stoten zij bepaalde medische handelingen af, zoals bevallingen. Bovendien hebben psychiaters ontdekt dat de toenemende dreiging aansprakelijk gesteld te worden vaak een negatieve invloed heeft op het lichamelijk en geestelijk functioneren van artsen (zie paragraaf 5.2).

Het gevolg van elk van deze ontwikkelingen op zich en van alle te zamen is, dat de medische zorg in het gedrang komt; of voor wat betreft bepaalde handelingen, zelfs geheel komt te ontbreken. Waar dat gebeurt of dreigt te gebeuren, kan men zonder overdrijven spreken van een 'medical malpractice crisis'.

Er zijn nog andere onwenselijke effecten merkbaar dan de hierboven gesignaleerde. Zo dreigt door de oplopende premies, een aantal handelingen schrikbarend duur te worden. De artsen berekenen immers de premies die ze moeten betalen door aan de patiënt. Uit gegevens van St. Paul blijkt over 1986 het volgende: de gemiddelde premiekosten bedragen (doorberekend) \$ 0,40 per patiëntenbezoek aan de huisarts; \$ 40,72 voor een chirurgische behandeling door een chirurg die behoort tot class 5 (zie over die indeling paragraaf 2.2); en \$ 54,30 voor een chirurgische behandeling door een chirurg uit class 6. Gemeten naar de premies van 1986 bedroegen de verzekeringskosten per bevalling \$ 166,57! Een ander onwenselijk effect is het toenemend aantal gevallen van zogenaamde 'defensive medicine', maar daarop ga ik hierna in (paragraaf 2.7). Thans wil ik met cijfers en met andere gegevens het hierbovenstaande toelichten.

Tabel 2.1

Rating Class	Specialty Definition	Number of Claims (per 100 doctors)		
		1981	1985	% increase
1	physicians: no surgery, no invasive-procedures, no obstetrical procedures	4.6	9.2	100%
2	physicians: minor surgery, minor invasive procedures, no obstetrical procedures	6.9	12.7	84%
3	family or general practice: including obstetrical procedures (excluding caesarean sections)/urgent care physician: no surgery/bronco-esophagology/physicians: major invasive procedures/surgery: colon and rectal, endocrinology, gastroenterology, geriatrics, neoplastic, nephrology, ophthalmology and urological	9.4	14.2	51%
4	family or general practice: major surgery/emergency medicine: no major surgery	16.7	19.9	19%
5	anesthesiologist	11.1	17.8	60%
	emergency medicine: major surgery/surgery: abdominal, general, gynecology, hand, head and neck, laryngology, otology, otorhinolaryngology, plastic, plastic-otorhinolaryngology and rhinology	19.9	25.5	28%
6	surgery: cardiac, cardiovascular, orthopedic, thoracic, traumatic and vascular	24.8	36.9	49%
7	obstetrics/obstetrics-gynecology	27.5	43.7	59%
8	surgery: neurological (including child)	30.8	50.1	63%

bron: St. Paul

2.2 Aantallen vorderingen

Het is niet mogelijk precies vast te stellen hoeveel vorderingen ieder jaar in de Verenigde Staten worden ingesteld. Toch zijn er wel genoeg gegevens be-

Tabel 2.2

Claims increases: the national picture.

<i>type of carrier</i>	<i>no. of physician insured</i>	<i>total claims filed 1983</i>
commercial	91,050	9,310
physician-owned companies linked with medical societies (23 of 30)	87,715	21,104
independent physician- or hospital-owned companies covering physicians	17,600	1,940
total	196,365	32,354
(approximately 77% of physician market)		
projected total claims for physicians: 1983		42,018

bron: AMA

schikbaar om een *indruk* te krijgen van de ernst van de situatie. Maar ook dan moet men zich goed realiseren – ik herhaal het maar weer – dat per specialisme en per regio het aantal claims sterk kan verschillen.

Artsen worden door de verzekeraars ingedeeld in categorieën ('classes'), lopend van categorie 1 (de minst bedreigde artsen, als huisartsen, psychiaters enz.) tot categorie 8 (de neurochirurgen). Een van de grootste particuliere verzekeraars, St. Paul Fire and Marine Insurance Company, die zo'n 55 000 artsen in 42 staten verzekert, verstrekt vrij recente cijfers. Zij heeft uitgerekend hoeveel vorderingen per 100 artsen jaarlijks worden ingesteld. Kijkt men naar de minst bedreigde artsen (class 1), dan blijkt dat in 1979 3,3 vorderingen per 100 artsen werden ingesteld, in 1985 oplopend tot 9,2. Schuift men alle artsen op een hoop, dan liggen de cijfers uiteraard veel hoger: in 1981 registreerde men al 11,3 vorderingen per 100 artsen; in 1983 waren dat er 15,1 en in 1985 werden gemiddeld van de 100 artsen 17,8 tot schadevergoeding aangesproken³².

Een andere grote commerciële verzekeraar meldde een stijging in het aantal vorderingen van 5,4 in 1979 tot 9,5 in 1983, steeds per 100 verzekerde artsen³³.

De artsen verzekerd bij de zogenoemde mutuels moeten de laatste jaren helemaal geen oog hebben dichtgedaan. De 23 (bij AMACO herverzekerde) mutuels registreerden in 1983 niet minder dan gemiddeld 20,3 vorderingen per 100 artsen. Gemiddeld een op de vijf artsen wordt dus jaarlijks aangesproken. In 1979 lag dit aantal, dat als een landelijk gemiddelde wordt gepresenteerd, nog op 12,2³⁴.

St. Paul publiceerde een tabel waarin het aantal vorderingen per 100 artsen staat uitgesplitst naar specialisme³⁵ (tabel 2.1).

AMACO publiceerde over 1983 een tabel met absolute cijfers³⁶. Zij waarschuwt er uitdrukkelijk voor dat de cijfers 'only approximate' zijn (tabel 2.2).

Ook *ziekenhuizen* hebben te maken met een stijgend aantal vorderingen. Zo verklaarde St. Paul, waarbij ruim 1 500 ziekenhuizen in 46 staten zijn verzekerd, dat bij haar het aantal ingestelde vorderingen is opgelopen van 2 112 in 1979 tot 3 541 in 1983 (dat is 76%). Dat zou neerkomen op 3,0 vorderingen per bezet bed in 1983 tegen 1,7 in 1979. Het meest recente cijfer (1984) bedraagt 3,4. Een andere verzekeraar, Pennsylvania Hospital Insurance Company noemt een aantal van 8,2 op 100 bezette ziekenhuisbedden in 1983³⁷. Wel moet men zich realiseren dat er een aantal dubbeltellingen met vorderingen tegen artsen zal zijn.

Inmiddels treedt er een zekere verbetering op. In het jaarverslag over 1987 vermeldt St. Paul weer een daling van het aantal vorderingen tegen artsen naar 15,4 per 100 artsen. Daarmee wordt het laagste niveau bereikt sinds 1982.

2.3 Omvang van de schadevergoedingsbedragen

De Amerikaanse verzekeringsmaatschappijen maken zich eigenlijk veel drukker over de *omvang* van de uit te keren bedragen, dan om het aantal. Vooral het steeds toenemende aantal schadevergoedingen van meer dan een miljoen dollar baart in deze kring veel zorgen. Naast het 'frequency problem' spreekt men daarom van het 'severity problem'.

Al in de jaren '70 nam de omvang van de bedragen snel toe. Uit een groot onderzoek van de National Association of Insurance Commissioners (NAIC) over de periode juli 1975 tot december 1978 blijkt dat in die tijd de gemiddelde hoogte van de toegekende schadevergoedingen steeg van \$ 26 565 in 1975 tot \$ 45 187 in 1978. Inflatie-gecorrigeerd is dat een stijging van 44%. Verder concludeerde de NAIC dat de ernstige gevallen van letsel ('grave injuries') in het jaar 1978 22% van het totaal uitgekeerde bedrag aan schadevergoedingen opslokte, hoewel het maar om 8% van het aantal claims ging! Vooral de zogenaamde 'baby cases' waren en zijn berucht. In een door de AMA in 1984 georganiseerde discussie liet advocate Susan Loggans zich ontvallen dat zo'n 'major case of baby brain damage has a settlement value in the neighbourhood of \$ 8 million'³⁸.

AMACO, de herverzekeraar van 23 mutuals, rapporteerde dat de grootste stijging plaatsvond bij verzekeraars in het zuiden van Amerika: een gemiddelde van \$ 13 139 per claim in 1979 tot \$ 106 712 in 1983. Over die vijf jaar is dat een stijging van 712%³⁹. De zeer vele vorderingen die vruchteloos werden ingesteld, zijn in deze cijfers niet verwerkt, zie paragraaf 2.4.

In 1986 publiceerde St. Paul haar cijfers: 'The average amount paid on claims (in which no single claim exceeded \$ 1 million) in 1980 was \$ 28 059 and had risen to \$ 56 739 by 1984. Taking all jury verdicts into account, including those in excess of \$ 1 million, Jury Verdict Research, Inc. reports that the average jury awards in all medical malpractice cases has risen nearly 136 percent since 1980 – from \$ 404 726 to \$ 954 858 in 1984'⁴⁰. We moeten daarbij

OMVANG VAN DE SCHADEVERGOEDINGSBEDRAGEN

scherp onderscheid maken tussen enerzijds de bedragen die werden uitgekeerd (\$ 56 739 gemiddeld in 1984) en anderzijds de bedragen waartoe de jury's kwamen in 1984 (\$ 954 858 gemiddeld). Dat laatste bedrag ligt veel hoger, enerzijds omdat nagenoeg alleen de grote zaken voor een jury komen; zeer veel kleinere zaken worden niet door jury's beslist. Anderzijds omdat nogal wat door jury's vastgestelde schadevergoedingsbedragen in hoger beroep worden verlaagd.

In 1987 kwam de GAO met cijfers over de aansprakelijkheidszaken die in 1984 werden afgesloten. Men kwam tot een totaal bedrag van 2,6 miljard dollar. Over alle toegewezen vorderingen gerekend, kwam men tot een gemiddelde van \$ 80 741 (mediaan: \$ 18 000)⁴¹. Uit tabel 2.3 blijkt dat in 9% van de gevallen minder dan \$ 1 000 werd betaald, en in 1% meer dan een miljoen dollar. In ongeveer 69% van de gevallen waarin werd betaald, werd minder dan \$ 50 000 betaald, en dat is goed voor 61% van het totale bedrag dat aan schadevergoedingen werd uitgekeerd.

Daarbovenop komen nog eens de kosten die de verzekeraar moet maken voor het onderzoek van de vorderingen en voor zijn rechtsbijstand (tabel 2.4).

Dat was een totaalbedrag van \$ 807 000 000 voor alle vorderingen die in 1984 werden afgesloten (73 472). De mediaan is \$ 2 390 en gemiddeld bedroegen de kosten \$ 10 985.

Tabel 2.3

Number of Paid Claims and Total Indemnity Payments in millions by Payment Ranges.

<i>payments ranges</i>	<i>paid claims</i>		<i>indemnity payments</i>	
	<i>number</i>	<i>percent</i>	<i>total</i>	<i>percent</i>
\$ 1 to \$ 999	2 950	9.3	\$ 1 4	0.1
\$ 1 000 to \$ 4 999	5 281	16.6	13 1	5.0
\$ 5 000 to \$ 9 999	4 103	12.9	26 7	1.0
\$ 10 000 to \$ 24 999	4 565	14.4	67 6	2.6
\$ 25 000 to \$ 49 999	5 078	16.0	161 5	6.3
\$ 50 000 to \$ 99 999	3 968	12.5	264 2	10.3
\$ 100 000 to \$ 249 999	2 998	9.4	474 1	18.5
\$ 250 000 to \$ 999 999	2 585	8.1	1,299 4	47.9
\$ 1 million or more	258	8.0	328 4*	12.8
total	31 786	100.0	\$ 2 566 4	100.0

bron: GAO, april 1987

* Estimate subject to a large sampling error and should be used with caution.

Tabel 2.4

Number of Claims and Amount of Allocated Loss Expenses in Millions by Size of Allocated Loss Expenses.

expense ranges	claims		allocated expenses	
	number	percent*	amount	percent*
unknown	110	0.1	\$.	.
\$ 0	17 092	23.3	0 0	0.0
\$ 1 to \$ 999	10 676	14.5	5 0	0.6
\$ 1 000 to \$ 4 999	19 943	27.1	54 0	6.7
\$ 5 000 to \$ 99 999	8 519	11.6	60 0	7.4
\$ 10 000 to \$ 24 999	10 020	13.6	161 0	20.0
\$ 25 000 to \$ 99 999	5 921	8.1	241 0	29.9
\$ 100 000 to \$ 249 999	1 060	1.4	195 0**	24.2
\$ 250 000 to \$ 983 810	131	0.2	91 0**	11.3
total	73 472	100.0	\$ 807 0	100.0

bron: GAO, april 1987

* Detail does not add to total due to rounding.

** Estimate subject to a large sampling error and should be used with caution.

2.4 Gewonnen, verloren en geschikt

Uit het hiervoor al uitvoerig geciteerde onderzoek van de GAO, blijkt dat van de in 1984 afgesloten zaken in 56,7% van de gevallen geen schadevergoeding werd betaald. In de rest van de gevallen gebeurde dat wel⁴².

Een woordvoerder van St. Paul vertelde mij dat hun Claim Division als beleid heeft het zo snel mogelijk afhandelen, 'quickly and fairly', van terechte vorderingen; en omgekeerd 'to resist vigorously those claims that are non-meritorious'. Daartoe wordt veelal in een vroeg stadium gezocht naar ter zake deskundige artsen die, als dat nodig mocht blijken, bereid zijn in rechte te getuigen.

Volgens diezelfde woordvoerder is het volstrekt onjuist te menen dat verzekeraars al snel bereid zouden zijn een zaak te schikken, daarmee patiënten juist aanmoedigend vorderingen in te stellen. Weliswaar wordt er meer geschikt dan geprocedeerd, maar, zo schreef hij mij: 'Our aggressiveness in handling medical liability claims, and our willingness to go to court to fight claims that are without merit, should be seen as a discouragement of unfounded or frivolous claims' (zie ook paragraaf 2.6). Bovendien is het voor een arts niet zonder gevaar om al te snel in te gaan op een voorstel tot schikken. Hij krijgt dan het image van iemand bij wie altijd wel wat te halen is, terwijl hij door al die 'verloren' zaken bovendien de kans loopt zijn 'medical license' kwijt te raken⁴³. Ten slotte dreigt hij zo zijn maximale dekking te overschrijden.

2.5 De hoogte van premies

VOOR INDIVIDUELE ARTSEN

Het stijgend aantal vorderingen en de toenemende omvang van de uit te keren schadevergoedingen drijven samen de premies op. Uiteraard betaalt niet iedere arts of ieder ziekenhuis dezelfde premie. De verzekeraars plegen – als gezegd – de verzekerde artsen te onderscheiden in categorieën, al naar gelang de arts meer of minder risico vormt, oplopend van class 1 tot class 8. De dekking reikt meestal van 1 tot 3 miljoen dollar. De artsen die in de eerste categorie zitten, betalen bij St. Paul een premie die eind 1984 varieerde van ruim \$ 1 000 in Arkansas tot ruim \$ 8 000 in de regio Miami. In de zevende categorie bevinden zich de gynaecologen en obstetrici en in de achtste de neurochirurgen. De laatsten betaalden een premie die varieerde van \$ 11 000 in Arkansas, \$ 34 000 in Minnesota, tot ruim \$ 85 000 per jaar in Miami⁴⁴.

Eind 1986 verscheen een rapport van het Amerikaanse General Accounting Office (GAO) dat onderzoek deed naar de verzekeringsaspecten van de 'medical malpractice situation'. Het onderzoek werd zeer breed opgezet en het zou een betrouwbaar beeld geven van de stand van zaken in heel Amerika⁴⁵.

Het GAO onderzocht zowel de situatie waarin de individuele, zichzelf verzekerende arts verkeert, als de situatie waarin de ziekenhuizen zich bevinden (zie hierna). Berekend werd dat de Amerikaanse artsen die zichzelf moeten verzekeren in 1985 in totaal bijna 3,5 miljard dollar aan premies betaalden. In vergelijking met 1983 is dat een stijging van 100%, en dat terwijl de zogenaamde consumer price index (CPI) en de medical care index (MCI) over diezelfde periode met 8% respectievelijk 13% stegen⁴⁶ (tabel 2.5). Uit het onderzoek blijkt dat die stijging van de premies in 1986 onverminderd zou doorzetten.

Een onderzoek naar de gemiddelde premies per specialisme leverde de gegevens voor tabel 2.6 op⁴⁷.

Voor de gynaecologen en obstetrici zitten in de hoek waar de klappen vallen. Dat klopt met een recent onderzoek dat deze beroepsgroep zelf heeft

Tabel 2.5

Comparative Percent Increases for Physician Premiums and Consumer Price and Medical Care Indexes From 1983 tot 1985.

	physician premiums		CPI		MCI	
	amount	percent increase	index	percent increase	index	percent increase
1983	\$ 1.7*	.	298.4	.	357.3	.
1985	3.4	100	322.2	8	403.1	13

bron: GAO, september 1986

* dollars in billions.

laten verrichten. The American College of Obstetricians and Gynecologists publiceerde in november 1985 de resultaten van een onderzoek onder zijn leden. In de studie wordt een vergelijking gemaakt tussen 1983 en 1984. De cijfers zijn onthullend. Ik citeer letterlijk uit het rapport⁴⁸ (zie ook figuur 2.1):

- * Overall, respondents to the 1985 study reporting increases said that premiums had risen an average of \$ 9 871 since 1983. OB/GYNs responding to the 1983 survey indicated this mean increase to be \$ 4 607 over the previous two years.

- * The increases in premiums reported by 1985 respondents were as follows: 31.4 percent reported increases of \$ 4 000 – \$ 7 999, 23.4 percent said their premiums rose \$ 8 000 – \$ 12 999, 23.9 percent indicated increases of \$ 13 000 or more, and 21.4 percent reported increases less than \$ 4 000.

- * Regional analysis of the 1985 study shows that New York, Florida and the Mid North had the highest increases in annual premiums where increases occurred. New York OB/GYNs premiums rose an average of \$ 21 635, Florida's premiums increased an average of \$ 17 131, while premiums in the Mid North rose an average of \$ 13 361. Premiums in the Mid South rose least with an average of \$ 5 199. In comparison, the 1983 data also showed the highest mean increases to be in New York (\$ 8 538) and Florida (\$ 8 115).

- * Of those reporting increases, respondents in the Great Lake (40.7%) and Mid South (38.6%) regions were more likely to report smaller increases (less than \$ 4 000). In contrast, physicians in New York (66.7%), Florida (52.3%) and the Mid North (43.6%) were more likely to report increases of \$ 13 000 or more.

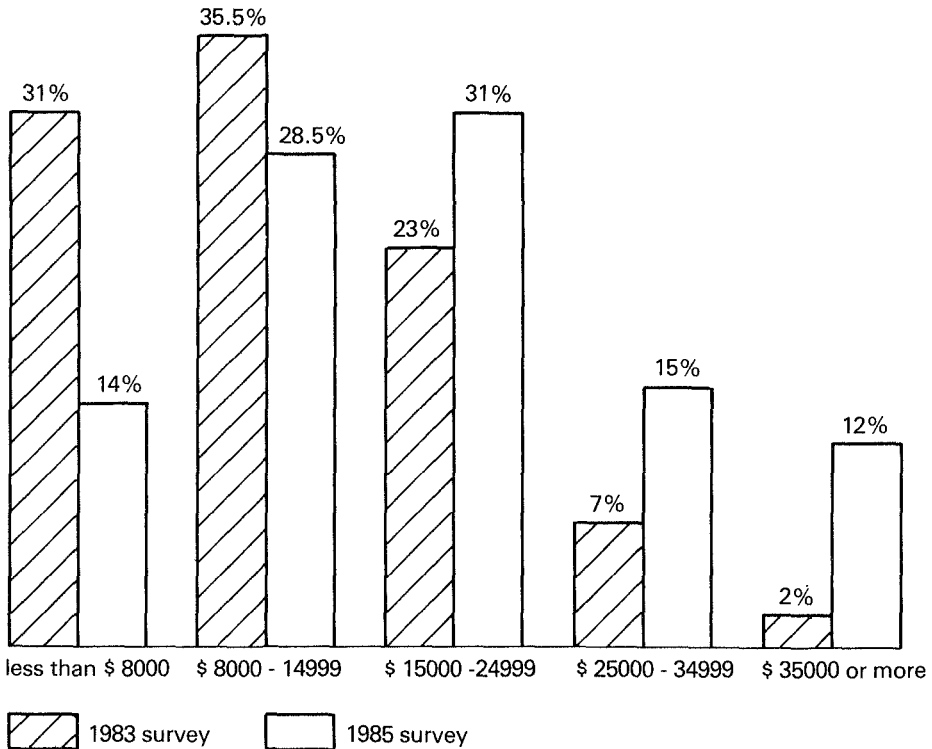
In een enquête georganiseerd en gehouden door het blad *Medical Economics* verklaarde een arts: 'My premium doubled in one year and I realized I can't guarantee a perfect baby. People can't sue God, so they go after the physicians'⁴⁹. (Eén trapje lager.)

Inmiddels is in de staat Virginia de nood zo hoog gestegen dat er een voorstel van wet ligt om 'birth-related neurological injuries' apart te behandelen⁵⁰. De gedachte is om ieder tijdens de geboorte ernstig gehandicapt geraakt kind, recht te geven op schadevergoeding, ongeacht of de schade is veroorzaakt door een fout van de arts. Wel blijft de schadevergoeding beperkt tot bepaalde schadeposten; smartegeld bijvoorbeeld valt erbuiten. Zie verder hoofdstuk 6.

VOOR ZIEKENHUIZEN

Uit het voorafgaande bleek al dat ook de Amerikaanse ziekenhuizen te maken hebben met een sterk stijgend aantal vorderingen. Het onderzoek van het United States General Accounting Office, daterend van september 1986, leverde het volgende beeld op. De totale 'malpractice insurance costs' stegen

DE HOOGTE VAN PREMIES



Figuur 2.1
Verzekeringspremies van Amerikaanse gynaecologen en obstetici in 1983 en 1984
 (bron: ACOG 1985).

over alle Amerikaanse staten gemeten met 57%, van \$ 849 miljoen in 1983 naar \$ 1 336 miljoen in 1985⁵¹.

Rekent men deze gevallen terug naar de individuele in het ziekenhuis ver-

Tabel 2.6
Physician Average Premiums and Percent Increase From 1982 to 1984 by Speciality.

speciality	physician premiums			percent increase
	1982	1983	1984	
all physicians	\$ 5 800	\$ 7 100	\$ 8 400	45
general/family practice	3 500	4 400	4 600	31
internal medicine	3 700	4 400	4 900	32
surgery	9 900	10 900	13 400	35
pediatrics	2 900	3 900	3 500	21
obstetrics/gynecology	10 900	14 100	18 800	72

bron: GAO, september 1986

pleegde patiënt ('on an inpatient day basis') dan stegen deze kosten over dezelfde periode met 85%, van \$ 3,02 naar \$ 5,60 resp. 78% per bed (tabel 2.7), terwijl in diezelfde tijd de overige ziekenhuiskosten stegen met 26%⁵².

Splitst men tenslotte de getallen uit naar elk ziekenhuis apart, dan blijken er grote verschillen te zijn: per regio, maar ook naar grootte van het ziekenhuis. Grote ziekenhuizen maken op het vlak van de medische aansprakelijkheid over het algemeen moeilijker tijden door dan kleinere ziekenhuizen, ofschoon uit het rapport van de General Accounting Office blijkt dat de kleinere ziekenhuizen (tussen de 200 en 300 bedden) tot de snelle stijgers behoren. (Overigens geeft het rapport niet aan in hoeverre het type behandelingen dat in een ziekenhuis wordt verricht, de oorzaak is van de verschillen.)

Uit tabel 2.8 blijkt, om de aardigste cijfers er uit te halen, dat het aantal ziekenhuizen dat een miljoen dollar of meer moest uitgeven aan verzekeringskosten, in drie jaar verdubbelde, maar anderzijds dat in 1985 nog 9% van de Amerikaanse ziekenhuizen minder dan tienduizend dollar aan verzekeringskosten in ruime zin kwijt was⁵³.

Uit het onderzoek van de GAO blijkt dat veel ziekenhuisdirecties zich zorgen maken. Vooral vreest men het al genoemde 'affordability problem': dat steeds minder verzekeraars bereid zijn ziekenhuizen te verzekeren. Hetzelfde verschijnsel zagen we al bij de individuele artsen.

Een tweede punt waarover men zich ernstig zorgen maakt, is dat ziekenhuizen zich niet meer tegen de door hen gewenste maximum bedragen kunnen verzekeren. Zo maakt een ziekenhuis met 677 bedden melding van een daling van het maximum verzekerde bedrag met eenderde. Een ander ziekenhuis (met 318 bedden) zag dat bedrag dalen van \$ 20 miljoen naar \$ 10 miljoen van het ene jaar op het andere, tegen een verdubbelde premie. De ontwikkeling lijkt duidelijk: een aantal verzekeringsmaatschappijen trekt zich geheel terug uit de markt, de overige blijven in snel tempo de premies verhogen tegen steeds lagere verzekerde bedragen. De GAO noemt als illustratief voorbeeld een ziekenhuis met 250 bedden dat in 1985 \$ 116 000 aan premies betaalde en

Tabel 2.7

Estimated Average Hospital Malpractice Insurance Costs Per Inpatient Day and Per Bed.

	1983	1984	1985	1983-5 increase*	
				amount	percent
average malpractice cost per inpatient day	\$ 3 02	\$ 3 81	\$ 5 60	\$ 2 58	85
average annual malpractice cost per bed	\$ 1 000	\$ 1 231	\$ 1 784	\$ 7 84	78

bron: GAO, september 1986

* Sampling errors for the amount and percentage of increase are not presented in appendix VIII, but they are comparable to the errors for the estimated costs.

DE HOOGTE VAN PREMIES

Tabel 2.8

Estimated Distribution of Annual Malpractice Insurance Costs for Hospitals.

	Hospitals					
	1983			1985		
	number	percent	cumulative percent	number	percent	cumulative percent
less than \$ 10 000	772	14	14	509	9	9
\$ 10 000 to \$ 24 999	1 047	19	33	905	16	25
\$ 25 000 to \$ 49 999	937	17	50	962	17	42
\$ 50 000 to \$ 99 999	827	15	65	792	14	56
\$ 100 000 to \$ 249 999	1 047	19	84	1 188	21	77
\$ 250 000 to \$ 499 999	441	8	92	622	11	88
\$ 500 000 to \$ 999 999	276	5	97	396	7	95
\$ 1 million or more	110	2	99 *	283	5	100
total	5 457	99 *		5 657	100	

bron: GAO, september 1986

* Does not total a 100 percent due to rounding.

Note: The total number of hospitals each year is based on the number of responding hospitals that provided the relevant data for that year.

in 1986 \$ 142 000 voor de helft van het verzekerde bedrag. Een ander voorbeeld, ook als illustratief genoemd, waarin een ziekenhuis zijn maximum verzekerde bedrag kon handhaven, is dat van een ziekenhuis met 90 bedden. Maar dat kon niet dan nadat een premieverhoging was voldaan, van \$ 55 000 in 1985 naar \$ 201 600 in 1986. Omgerekend naar 'per inpatient days' leverde dat een stijging op van \$ 3 82 naar \$ 15 29 in een jaar. Meer voorbeelden en ander statistisch materiaal zijn te vinden in het recente GAO-rapport.

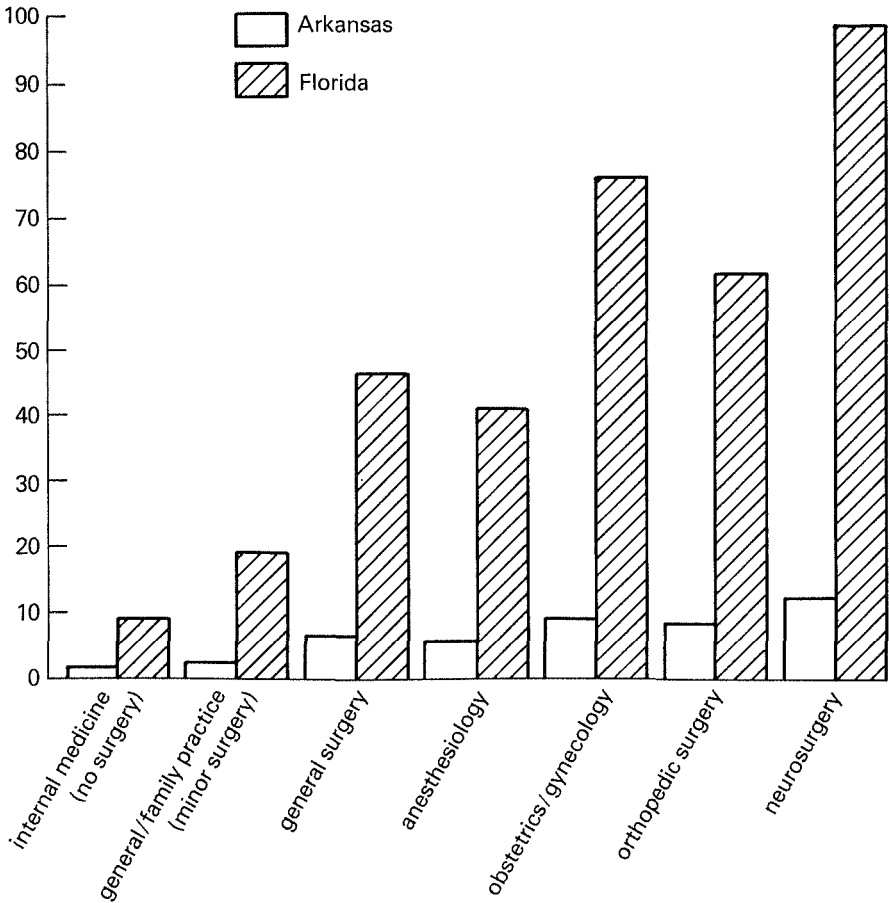
Overigens blijkt uit de meest recente cijfers (het jaarverslag ziekenhuizen van St. Paul) dat de *stijging* van de premies iets vermindert. De premies voor 1988 zouden met 7½% stijgen, tegen 13% in 1987 en 36% in 1986. Dat zou vooral komen door een afnemend aantal gehonoreerde vorderingen. Wel stijgen de bedragen die aan schadevergoeding worden uitgekeerd.

GROTE VERSCHILLEN PER SPECIALISME EN REGIO

Uit de cijfers die St. Paul opgeeft en uit de cijfers die de ACOG vond in zijn onderzoek, blijkt dat de premies flink uiteen kunnen lopen. Hoe komt dat?

Er zijn verschillende redenen: zo zijn in sommige staten de kosten van levensonderhoud lager dan in andere. Datzelfde geldt voor de inkomens, hetgeen uiteraard van invloed is op de omvang van schadevergoedingen. In het algemeen zijn de premies in plattelandsgedieden lager dan in verstedelijkte gebieden. Bovendien lijkt er een rechtstreeks verband te bestaan tussen aantal

thousands of dollars



Figuur 2.2

Premies voor een \$ 1 miljoen / \$ 1 miljoen claims-made polis per 1 juli 1985 (bron: GAO 1986).

en omvang van schadevergoedingsvorderingen en de mate van geavanceerdheid van de medische zorg. 'High-tech' ziekenhuizen in de grote steden lopen in de praktijk veel meer risico's dan kleine perifere ziekenhuizen⁵⁴. Bovendien is men in de ene staat nu eenmaal gemakkelijker en guller dan in de andere staat. Daar is vaak geen oorzaak voor aan te geven. Toen in het onbetekenende plaatsje Mobile in Arkansas in 1985 drie vorderingen achtereenvolgens toegewezen voor een totaal bedrag van \$ 22 000 000, was de verklaring daarvoor lang niet overtuigend: 'People in Mobile just think in terms of more zeros'⁵⁵. Ten slotte zijn de grote verschillen soms toe te schrijven aan het al dan niet slagen van hervormende wetgeving. Zo is in de staat California sinds 1975

een wet van kracht die beoogt het aantal vorderingen en de hoogte van de bedragen te verminderen. Deze Medical Injury Compensation Reform Act blijkt succesvol.

Tot grote verschillen kwam ook het GAO in 1986⁵⁶. Een vijftal staten loopt voorop. Zo beliepen op 1 juli 1985 in Florida en in de staat New York de premies voor neurochirurgen, gynaecologen en obstetrici, en orthopedisch chirurgen \$ 50 000 en meer; van hen betaalden de neurochirurgen in Florida het meest: \$ 64 696 tegen een verzekerd bedrag van een miljoen dollar in totaal over 1985. Daarentegen bedroeg de premie van een staat als South Carolina \$ 9 150, ongelimiteerd!

Naast Florida en New York zijn ook de staat Michigan en het District of Columbia beruchte gebieden; in dit district betaalden alleen de neurochirurgen meer dan \$ 50 000 (\$ 54 523 tegen een totaal verzekerd bedrag van 5 miljoen dollar per jaar). En tenslotte Illinois, waar zowel de neurochirurgen als de orthopedisch chirurgen meer dan \$ 50 000 betaalden. De neurochirurgen betaalden \$ 56 088 tegen een verzekerd bedrag van een miljoen dollar per gebeurtenis en drie miljoen per jaar.

Let wel, dit zijn Amerikaanse records: aan elkaar werden gekoppeld de meest risicovolle specialismen en de meest beruchte staten. Daar staat tegenover dat de cijfers die ik hierboven gaf de situatie weergeven van 1 juli 1985. Het staat vast dat een aantal premies in de tussentijd is gestegen met zo'n 40%. Om de verschillen per specialisme en per staat nog eens duidelijk te maken, neem ik een grafiek over uit het GAO-rapport (figuur 2.2). Naast elkaar staan Florida en Arkansas.

Inmiddels zijn de premies weer omhoog gegaan, voor de een meer dan voor de ander. Zo stelde in 1986 St. Paul haar verzekerden al weer flinke verhogingen in het vooruitzicht, van gemiddeld 25-30%. De laatste berichten zijn niettemin iets gunstiger. Uit het jaarverslag van St. Paul over 1987 blijkt dat zich in dat jaar een lichte verbetering aftekende.

2.6 Het faillissement van de arts?

Is de veel gekozen dekking van een miljoen dollar niet te laag? Leidt niet de toewijzing van een flinke schadevergoeding tot het faillissement van de betrokken arts? Toen ik hiernaar vroeg, verklaarde een woordvoerder van een der grootste verzekeringsmaatschappijen (St. Paul) dat het slechts zelden voorkomt dat artsen door een schadevergoedingsvordering in ernstige financiële problemen geraken. Daarvoor is een drietal redenen te geven.

In de eerste plaats pleegt de eiser zo mogelijk altijd naast de arts ook het ziekenhuis waar de arts werkt aan te spreken. Dat ziekenhuis fungeert doorgaans als de 'diep-pocket' waaruit veel te halen is. Als het enigszins mogelijk is, worden behalve de arts ook andere artsen en soms verpleegkundigen, als 'co-defendant' gedagvaard⁵⁷.

Een tweede reden is dat rechters en jury's slechts zelden bereid zijn tegen een individuele arts schadevergoedingen toe te wijzen die zijn dekking te boven zouden gaan. Dat correspondeert met het verschijnsel dat een hogere verzekeringsdekking ook tot een hoger schadevergoedingsbedrag blijkt te leiden. Dat is een van de redenen waarom sommige artsen overwegen om het maar helemaal zonder verzekering te doen ('going bare'). Daaraan kleven ongetwijfeld nadelen, maar een voordeel is dat een schikking in zo'n geval lager zou kunnen uitvallen dan wanneer de arts een dekking van bijvoorbeeld \$ 1 000 000 heeft⁵⁸.

In de derde plaats is het beleid van verzekeringsmaatschappijen erop gericht zaken in onderling overleg te schikken als de arts de enig-aangesprokene is en de vordering kansrijk is. Schikkingen leiden immers tot een lager schadevergoedingsbedrag dan wanneer in rechte een vordering zou zijn toegewezen. Daar komt nog iets bij. Dreigt door een vordering de verzekeringsdekking overschreden te worden, en weigert de verzekeringsmaatschappij te schikken, dan kan naar Amerikaans recht de arts zijn verzekeraar tot schadevergoeding aanspreken als een toegewezen schadevergoedingsbedrag inderdaad de dekking overschrijdt. Een dergelijke vordering wordt gebaseerd op 'lack of good faith in negotiations'.

Zo zou het in de praktijk dus maar weinig voorkomen dat artsen door de toewijzing van een schadevergoedingsvordering in ernstige financiële problemen komen. Maar ondenkbaar is het niet, bijvoorbeeld wanneer een arts kort na elkaar een aantal malen tot schadevergoeding wordt aangesproken. Cijfers daarover zijn niet beschikbaar.

2.7 Defensive medicine

Een veel gehoorde stelling is, dat een toenemend aantal aansprakelijkheidsclaims leidt tot een toenemende 'defensive medicine'. Wat wordt er onder dat begrip verstaan? De Amerikaan Hershey omschreef defensive medicine eens aldus: 'a deviation from what the physician believes is sound practice, and is generally so regarded, induced by a threat of liability (...)'. Hij voegde daaraan toe: 'Not all practices motivated for liability considerations result in poor-quality care. It is, therefore, difficult to draw the line between where good medicine stops and defensive practice begins'⁵⁹.

In een definitie van de Secretary's Commission on Medical Malpractice (1973) wordt terecht gezegd dat defensive medicine niet alleen het doel heeft aansprakelijkheidsprocedures te voorkomen, maar ook om in een procedure sterk te staan: 'of forestalling the possibility of lawsuits by patients as well as providing a good legal defense in the event such lawsuits are instituted'⁶⁰. Men denke bijvoorbeeld aan het zorgvuldiger en uitvoeriger bijhouden van medische dossiers.

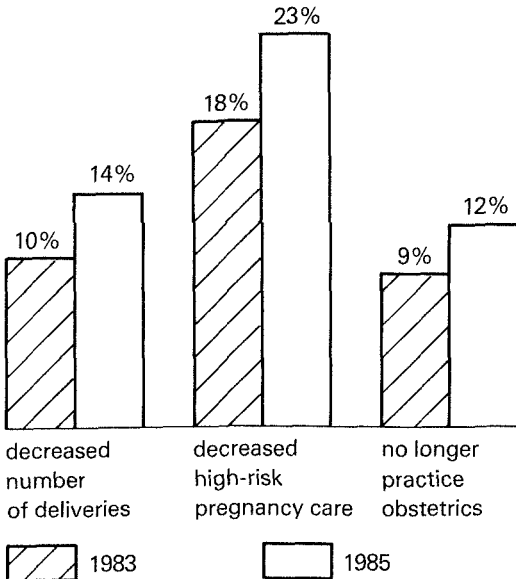
Het is een natuurlijke reactie van iemand die met iets bezig is, extra zijn best

te doen wanneer anderen kritisch zitten mee te kijken. Het staat wel vast dat het gedrag van artsen mede wordt bepaald door het aantal mensen dat kritiek uitoefent, in casu: klaar staat met aansprakelijkheidsvorderingen. Wanneer men hun daar naar vraagt, dan blijken artsen vaak extra onderzoeken te verrichten of aan te vragen, onderzoeken die soms zeer belastend zijn voor de patiënten en die zichzelf ook eigenlijk overbodig vinden⁶¹. Behalve dat ze belastend zijn, zijn ze bovendien kostenverhogend. Hoeveel, dat kan men moeilijk zeggen omdat het er maar van afhangt hoe men de afweging nuttig/overbodig maakt. In 1984 schatte de AMA de kosten van defensive medicine inclusief de extra administratie die dat meebrengt op bijna 14 miljard dollar per jaar⁶². Maar als gezegd, daar kan een ieder anders over oordelen.

Werkelijk overbodige en nutteloze tests die puur en alleen worden uitgevoerd uit angst aansprakelijk gesteld te worden, horen natuurlijk uit den boze te zijn. Toch neemt men algemeen aan dat ze plaatsvinden. Het gevaar is vooral dan aanwezig, wanneer jury's en rechters meer op hun lekengevoel vertrouwen dan op de kennis van medische deskundigen. Aldus worden artsen in feite gedwongen overbodige onderzoeken en behandelingen te doen. De jurist zou zich daarom terughoudend moeten opstellen⁶³. Dat is ook de mening van de Amerikaanse auteur Altschule: 'In my view, the simplest and most forthright solution would be to make evaluation of a physician's judgment and technical competence solely the duty of experts, and not of a jury of laymen, of a judge, or of a lawyer who puts the intention of winning a case above every other consideration'⁶⁴.

Om nog even bij de nadelen te blijven, betrekkelijk zelden wordt er op gewezen dat defensive medicine ook tot doden kan leiden, ongeveer 12 000 in 1975 schatte de Subcommittee on Oversight and Investigations in 1976⁶⁵. Twaalfduizend? De redenering is dat defensive medicine niet alleen leidt tot overbodig diagnostisch onderzoek, maar ook tot overbodige chirurgische behandelingen⁶⁶. In 1975 waren er in Amerika 20 000 000 chirurgische ingrepen en daarbij zit een aantal mislukkingen, ook onder de ingrepen die in feite niet nodig waren geweest. De schrijvers van het rapport gaan uit van 2 380 000 onnodige chirurgische ingrepen in 1975, een 'conservative estimate' vinden ze zelf. In de medische literatuur circuleerden in die tijd verschillende cijfers met betrekking tot het aantal dodelijke slachtoffers als gevolg van mislukte chirurgische ingrepen. De commissie hanteerde het cijfer 0,5%, zodat ze uitkwam op een totaal van 11 900 doden als gevolg van onnodige chirurgische ingrepen in 1975. Dat cijfer werd door de AMA krachtig bestreden⁶⁷, maar zonder enige twijfel is hier wel sprake van een belangrijk aspect van defensive medicine.

Bijzonder verontrustend is het verschijnsel dat artsen die met een vordering zijn geconfronteerd (of alleen nog maar de dreiging kennen), besluiten bepaalde risicovolle behandelingen niet meer te verrichten. Zo blijkt uit een onderzoek van het American College of Obstetricians and Gynecologists dat van de 1400 gynaecologen en obstetricki die aan het onderzoek meededen in 1984 er 23% minder 'high risk obstetrical care' verrichtten (tegen 17,7% in



Figuur 2.3

Veranderingen in praktijkuitoefening vanwege mogelijke aansprakelijkstelling (bron: ACOG, 1985).

1983); 13,7% van de artsen verminderden het aantal bevallingen (tegen 10,1% in 1983) en het aantal van hen dat in het geheel geen bevallingen meer deed steeg van 9,1% in 1983 naar 12,3% in 1984⁶⁸. In delen van sommige staten zijn er soms nog maar een of twee artsen die bereid zijn bevallingen te doen⁶⁹. Figuur 2.3 spreekt voor zichzelf. In sommige staten (bijvoorbeeld in North Carolina) is de overheid te hulp geschoten door de arts de premie die hij moet betalen te vergoeden. Op deze manier hoopt men met name de verloskundige hulp te waarborgen. Critici wijzen er evenwel op dat op deze manier de onderliggende problemen die tot de crisis hebben geleid, allerm minst worden opgelost.

Een ander voorbeeld van defensive medicine in de slechte zin van het woord, wordt gegeven door de directeur van het Amerikaanse National Cancer Institute. Hij verklaarde dat oncologen aan hun patiënten geringere doses chemotherapie dan noodzakelijk voorschrijven, alleen uit angst aansprakelijk te worden gesteld voor de mogelijke schadelijke bijwerkingen van de chemotherapie⁷⁰.

Is defensive medicine nu alleen maar slecht? Hiervoor citeerde ik Hershey die aangaf dat het erg moeilijk is te bepalen wanneer een diagnostisch onderzoek of een bepaalde behandeling overbodig is. Want ongetwijfeld zijn er ook patiënten die baat hebben gehad bij het extra onderzoek. Bovendien meent men

dat artsen thans gedwongen zijn meer de tijd te nemen voor hun patiënten en ook zorgvuldiger te zijn in het bijhouden van hun dossiers. Want slecht bijhouden of onduidelijke dossiers plegen in een juridische procedure in het nadeel van de arts te werken⁷¹. Ook dat is goed.

Uit een onderzoek uit 1985 dat het Amerikaanse tijdschrift *Physicians Management* onder zijn lezers hield, wordt duidelijk hoe artsen kunnen reageren op de dreiging aansprakelijk gesteld te worden⁷². De cijfers moeten met enige terughoudendheid worden gelezen, omdat het de vraag is of lezers van het blad representatief zijn voor alle artsen. Bovendien wordt niet aangegeven hoeveel van de lezers niet reageerden op de oproep tot medewerking. Toch geef ik de tabel, omdat ze – met alle voorzichtigheid die hier past – een interessant beeld geeft (tabel 2.9).

Een enquête gehouden onder artsen die bevallingen doen, gehouden door het blad *Medical Economics*, geeft een vergelijkbaar beeld. Bij zwangere vrouwen worden meer tests gedaan dan wellicht nodig is, maar vrouwen worden óók uitvoeriger gewaarschuwd voor de risico's van roken, drinken en het slikken van geneesmiddelen; bovendien waarschuwen deze artsen de zwangere vrouw er voor dat er altijd een kans bestaat dat een baby niet in orde blijkt te

Tabel 2.9

Question: Which of the following actions have you become more likely to take in the last 5 years as a direct result of the fear of being sued?

action	all respondents %	those never named in a suit %	those named in suits 3 or more times %	those who have lost or settled a suit %
keep more detailed records	81.9	80.1	100.0	84.5
order more tests	80.0	78.5	95.2	86.2
obtain more consultations	71.1	68.9	81.0	75.3
refer more frequently to specialists	64.3	65.7	81.0	69.1
schedule more follow-up appointments	54.6	52.9	66.7	54.6
spend more time with patients	49.0	50.6	61.9	39.2
perform additional procedures	48.0	47.4	57.1	54.6
increase staff training and supervision	27.4	26.0	23.8	30.9
personally review consent forms with patients	26.8	25.6	28.6	23.7

bron: Physicians Management
n=529 (98.7% of sample group).

zijn ('I never say the baby looks normal until it's clear there won't be any problems').

Andere voordelen zijn zorgvuldiger dossiervorming, meer afspraken en minder delegatie aan anderen zoals paramedici en verpleegkundigen. Opmerkelijk is ook dat deze artsen kieskeuriger worden als het gaat om nieuwe patiënten ('I drop every any patient who has sued a doctor or even hints at it!')⁷³. De conclusie van *Medical Economics*: 'How has all this affected maternity care? On the plus side, 72 percent of respondents feel that there's been no change in the quality of care they provide, and 17 percent say it's actually better. But the malpractice situation has had an adverse effect on practice efficiency, according to 52 percent. And a whopping 93 percent believe it has increased the cost to patients.'

2.8 Verpleegkundigen en aansprakelijkheid

Verpleegkundigen krijgen in licht toenemende mate te maken met medische aansprakelijkheid. Enerzijds indirect, omdat de artsen met wie zij samenwerken worden aangesproken; anderzijds direct doordat ook zij *rechtstreeks* aansprakelijk worden gesteld door patiënten die menen gedupeerd te zijn. Er is nog maar nauwelijks onderzoek gedaan naar de mate waarin verpleegkundigen te maken krijgen met aansprakelijkheidsclaims en naar bijvoorbeeld de invloed die dat heeft op hun manier van werken. Mij is alleen bekend het onderzoek van de General Accounting Office⁷⁴: van alle aansprakelijkheidsclaims die door verzekeraars in 1984 werden afgesloten, werd in totaal 1 851 maal (= 1,8%) een verpleegkundige tot schadevergoeding aangesproken. In ruim eenderde van die gevallen werd ook inderdaad schadevergoeding uitgekeerd. Soms gaat het om gevallen waarin alleen zij⁷⁵ een fout had gemaakt, vaak ook om gevallen waarin door *verschillende* personen tegelijkertijd fouten werden gemaakt (paragraaf 4.5)⁷⁶. Op dit moment betaalt een verpleegkundige gemiddeld \$ 150; ze is dan verzekerd voor een bedrag van \$ 1 000 000, aldus een woordvoerder van St. Paul. Toch, ook al is het aantal verpleegkundigen dat aansprakelijk wordt gesteld nog betrekkelijk laag, sinds jaren doen zich al problemen voor. De American Nursing Association noemt in de informatie die ze aan haar leden geeft enkele probleemgroepen⁷⁷. Zo blijkt het vanaf 1985 in sommige staten niet of nauwelijks meer mogelijk verloskundigen (midwives) tegen enigszins betaalbare premies te verzekeren. Een aantal van hen heeft de verloskunde daarom moeten opgeven. Dat geldt ook voor sommige richtingen in de verpleegkunde die als 'high risk' worden beschouwd. In 1986 kregen de verpleegkundigen die werkzaam waren in inrichtingen voor geestelijke gehandicapten moeilijkheden. Ook voor hen bleek het – althans gedurende enige tijd, want de situatie is voorlopig verbeterd – moeilijk zich op aanvaardbare wijze te verzekeren. Wellicht heeft dat te maken met het toenemend aantal gevallen waarin instellingen van gezondheidszorg worden aan-

gesproken voor schade ten gevolge van niet of onvoldoende verhinderde suïcidedepogingen van patiënten⁷⁸.

Sprekend over Amerikaanse verpleegkundigen is wel enige voorzichtigheid gepast. Sommige verpleegkundigen hebben verdergaande bevoegdheden dan hun Nederlandse collega's. Zo kent men er de zogenoemde 'nurse practitioner', ook wel 'super-nurse'. Haar opleiding is langer en breder dan die van de 'gewone' verpleegkundige. Zo mag zij bijvoorbeeld bepaalde diagnoses stellen die in Nederland alleen door artsen gesteld zouden mogen worden. Bovendien mag ze bepaalde geneesmiddelen voorschrijven. Het ligt voor de hand dat het vaak moeilijk valt af te bakenen of in een concreet geval een 'nursing diagnosis' of een – voor verpleegkundigen verboden – 'medical diagnosis' is gesteld. In toenemende mate zijn de Amerikaanse rechters geneigd bij schade tengevolge van een onjuiste diagnose of behandeling door de verpleegkundige, eenzelfde bekwaamheid te vergen als van de arts. Zou dat niet het geval zijn, dan zouden patiënten per saldo slechter af zijn bij behandeling door een verpleegkundige. Overigens verschilt de rechtspraak en de wetgeving op dit punt per staat⁷⁹.

Naarmate verpleegkundigen meer mogen doen, vooral meer handelingen mogen verrichten die vroeger slechts door artsen verricht mochten worden, neemt de kans om aansprakelijk te worden gesteld toe. In de Amerikaanse rechtspraak gaat het nogal eens om gevallen waarin de verpleegkundige ten onrechte meende dat zij de arts niet hoefde te waarschuwen. Zo is er het geval van een 13-jarig patiëntje dat in het ziekenhuis was opgenomen met een acute aandoening aan de hartklep als gevolg van reuma. De moeder, die aan het bed van het kind zat, merkte dat het steeds slechter met hem ging: hij hoestte voortdurend en had blauwe vingernagels. Gedurende meer dan zes uur – zo blijkt uit de stukken – heeft de moeder de verpleegkundige gesmeekt een arts bij haar kind te roepen, maar tevergeefs. Getuigen verklaarden zelfs dat de moeder in die periode van zes uur biddend in de hal was aangetroffen. Nadat uiteindelijk een arts bij het kind was geroepen, bleek het al te laat te zijn: enkele uren later overleed het kind. De rechter oordeelde het gedrag van de verpleegkundige nalatig en veroordeelde het ziekenhuis als werkgever tot schadevergoeding⁸⁰.

Soms ook blijkt de verpleegkundige bepaalde informatie die ze van de patiënt of van de ouders van de patiënt heeft verkregen niet aan de arts te hebben doorgegeven. Zo werd aan de rechter van Maryland⁸¹ het geval voorgelegd van twee baby's die door hun ouders naar de EHBO-post van een ziekenhuis waren gebracht. De kinderen hadden hoge koorts en vertoonden vlekken. De arts wist geen andere diagnose te stellen dan mazelen. Enkele dagen later overleed een van de baby's. Pas toen realiseerde een verpleegkundige van de EHBO zich dat de ouders haar bij binnenkomst hadden gezegd dat zij bij de jongetjes kort tevoren tekenen hadden weggehaald. Daarop kon de diagnose worden gesteld: de gevaarlijke 'Rocky Mountain spotted fever'. De arts ging vrijuit(!), de verpleegkundige werd door de rechter aansprakelijk gehouden. Zij had het be-

lang van de informatie over de teken niet onderkend, terwijl deze ziekte in Maryland ieder jaar een aantal malen voorkomt.

Een laatste voorbeeld van een fout van een verpleegkundige was dat, waarin twee buitenlandse vrouwen met dezelfde naam samen in de wachtkamer van de gynaecoloog zaten⁸². De ene vrouw kwam voor een zwangerschapsonderzoek, nadat zij eindelijk, na drie jaren behandeld te zijn geweest, zwanger was geworden; de andere vrouw zat er voor een abortus. Toen de eerste vrouw meende dat haar naam werd afgeroepen, kreeg zij van de onoplettende verpleegkundige de kaart mee van de tweede vrouw. Voordat de persoonsverwisseling werd ontdekt, was de abortus – ondanks het geschreeuw van de vrouw – een feit. De zaak werd uiteindelijk geschikt: de vrouw ontving 225 000 dollar aan schadevergoeding.

Opmerkelijk is het dat veel procedures gaan over *communicatie*-problemen tussen arts en verpleegkundige. Inmiddels heeft de American Nursing Association, de organisatie van Amerikaanse verpleegkundigen, besloten het aantal en het type medische ongevallen waarbij verpleegkundigen betrokken waren, bij te gaan houden. Net als bij de artsen (zie verder), gebeurt dat in het kader van een 'risk management program', waarmee wordt beoogd het verschijnsel 'medische aansprakelijkheid' beheersbaar te houden⁸³. Bovendien wordt op verzoek aan verpleegkundigen gratis een boekje toegezonden *Liability Insurance and You; What Registered Nurses Need to Know*. Daarin wordt de verpleegkundige een aantal adviezen gegeven.

- * Wees zorgvuldig: heb aandacht voor details, documenteer wat u doet en wees alert op mogelijke gevaren.
- * Zorg dat u voldoende bekwaam bent voor wat u doet.
- * Zorg dat u in voldoende mate bevoegd bent en wees zorgvuldig met de mogelijke bewijsstukken van die bevoegdheid.
- * Volg de ontwikkelingen in het vak, volg alle noodzakelijke opleidingen.
- * Zorg voor voldoende communicatieve vaardigheden; dat geldt voor de contacten met patiënten, hun familie, maar ook met collega's en het ziekenhuismanagement.
- * En tenslotte: 'Be caring: keep the human element in your job, regardless of what duties you are performing'⁸⁴.

Hoofdstuk 3

De oorzaken

3.1 Zijn de artsen zo slecht?

Na al deze ellende is het natuurlijk interessant uit te zoeken wat de oorzaak is van de crisis. Zou het zo kunnen zijn dat artsen gewoonweg veel fouten maken?

Enkele jaren geleden verscheen in Amerika een zeer interessant boek van de econome Patricia Danzon. Zij heeft statistisch onderzoek gedaan naar de 'malpractice crisis'. Aan haar boek kleefte een nadeel en dat is dat ze bijna alleen de beschikking had over cijfers over de jaren '70.

In haar boek combineert zij twee onderzoeken en dat leidt tot interessante uitkomsten⁸⁵. In 1974 werd in California een onderzoek gedaan dat vanwege zijn directheid mijn verbazing wekte: er werd een studie verricht naar het aantal keren dat ziekenhuisartsen fouten maken. Het onderzoek werd gesponsord door de California Medical Association en de California Hospital Association en het werd verricht door een team van experts op medisch en juridisch terrein, mensen met grote ervaring op het terrein van de medische aansprakelijkheid. Zij onderzochten niet minder dan 20 864 medische dossiers en constateerden dat in 970 gevallen (± 1 op 20) sprake was geweest van 'incidents of disability caused by health care management'⁸⁶. De 'incidents' waren natuurlijk lang niet allemaal gevallen van onzorgvuldig handelen van de arts. De onderzoekers kwamen tot de conclusie dat de arts in 83% van de gevallen geen of onvoldoende verwijt te maken viel van onzorgvuldig handelen. In 17% was dat wel het geval en dat komt er op neer dat in een op de 126 gevallen de arts of het ziekenhuis met succes aansprakelijk gesteld zouden kunnen worden voor de schade die ontstond als gevolg van onzorgvuldig handelen⁸⁷.

Maar vreemd genoeg gebeurt dat niet. Uit een ruwe schatting blijkt dat slechts in 10% van de gevallen de gedupeerde patiënt met een kansrijke vordering ook daadwerkelijk schadevergoeding vorderde. Dus, maar een op de 10 patiënten met een alleszins kansrijke claim probeert zijn schade vergoed te krijgen. En van die 10% krijgt slechts 40% (vier van de tien) schadevergoeding toegekend. Dat laatste is niet zo verwonderlijk omdat de gedupeerde patiënt misschien wel gelijk heeft, maar hij het ook nog moet zien te krijgen. Alles bij elkaar optellend, komt Danzon tot de conclusie dat op z'n hoogst een op de 25 patiënten (= 4%) die door een fout van de arts schade hadden geleden, ook werkelijk schadevergoeding kreeg⁸⁸.

Nu moet worden toegegeven dat Danzon met verouderde cijfers werkt. Daarom probeert zij de gevonden uitkomsten te transponeren naar de huidige tijd (voor haar: 1984). De veronderstelling aannemend dat het aantal vorderingen sinds 1978 met 12% per jaar toenam (dat is in het totaal een verdubbeling) en aannemend dat het aantal keren dat fouten werden gemaakt gelijk bleef, komt men – aldus Danzon – tot de conclusie dat thans slechts een op de vijf gedupeerde patiënten een vordering instelt, zodat op z'n hoogst een van de twaalf patiënten ook schadevergoeding krijgt⁸⁹.

Wat valt hieruit te leren? Eigenlijk alleen maar dat lang niet alle fouten van Amerikaanse artsen tot claims leiden. Zelfs niet – en ook dat bleek uit het onderzoek – die fouten die tot ernstig letsel van de patiënt leidden⁹⁰.

Op het ogenblik wordt er in Amerika een flinke strijd gevoerd over de vraag of de kwaliteit van de artsen zozeer te kort schiet, dat dáárop de crisis, althans voor een groot deel, kan worden teruggevoerd. De Association of Trial Lawyers of America (ATLA) verklaarde nog zeer onlangs dat 'consistently negligent physicians (repeaters)' voor een groot deel verantwoordelijk moeten worden geacht voor de ontstane situatie⁹¹. De artsen reageerden bij monde van de AMA onmiddellijk en wezen er op dat uit allerlei onderzoek zou blijken dat slechts een heel klein deel van de aansprakelijk gestelde artsen meer dan een zaak tegen zich heeft lopen, zodat de stelling van de ATLA op niets gebaseerd zou zijn⁹². Overigens blijkt uit het al eerder door mij besproken onderzoek van de organisatie van gynaecologen en obstetrici (ACOG) dat: 'Overall, 24,5 percent of respondents had had one claim, 19,5 percent had two claims and 28,5 percent had three or more claims filed against them. Regional variations revealed that physicians from New York (48,5%) and the Mid Atlantic (46,6%) regions were more likely to have had three or more claims filed against them'⁹³. Maar men moet wel bedenken dat dit specialisme er een is van 'high risk' en daarom niet maatgevend voor andere specialismen.

Hoe het zij, in elk geval tot voor kort kwam het maar hoogst zelden voor dat een arts zijn bevoegdheid de geneeskunst uit te oefenen (zijn 'license') kwijtraakte⁹⁴. En in de enkele gevallen waarin dat toch gebeurde (door een 'medical examining board') verdween de arts naar een andere, mogelijk aangrenzende staat, om daar zijn praktijk voort te zetten, of schakelde de arts in kwestie meteen een advocaat in ten einde de beslissing van de tuchtrechter ongedaan te maken, waarbij dan in een moeite door schadevergoeding werd gevorderd⁹⁵. Zo werd enkele jaren geleden een vordering van een arts tegen zo'n toetsingscollege toegewezen: zij kreeg het astronomische bedrag van \$ 2 268 660. De 'examining boards' zijn sindsdien zeer voorzichtig geworden en dat bracht in 1985 de radioloog Timothy Flaherty, voormalige voorzitter van de Wisconsin State Medical Society, tot de verklaring: '(...) a recurring number of suits sometimes does indicate aberrant practice. Right now, we just can't get at such individuals to prevent them from doing further harm'⁹⁶.

Toch blijkt er in 1985 een duidelijke toename te zijn geweest van het aantal disciplinaire maatregelen tegen artsen die onder de maat waren gebleven. In

een rapport van de Federation of State Medical Boards of the United States, staat dat in 1985 in 1 131 gevallen een ontzegging of een schorsing van de geneeskundige bevoegdheid was uitgesproken, tegen 678 gevallen in 1984. Veel meer dan de weergave van een tendens naar strengere controle is dit evenwel niet. Zo zijn er schattingen gemaakt dat zo'n 3% tot 5% van alle 450 000 artsen in Amerika niet of minder in staat zijn hun werk goed te doen als gevolg van alcoholgebruik⁹⁷. Het wekt dan ook geen verbazing dat er in een toenemend aantal staten strengere regelgeving op het gebied van het medisch tuchtrecht komt, als pendant van wettelijke hervormingen op het terrein van de medische aansprakelijkheid. Het een kan niet zonder het ander: 'clean your own houses first' wordt artsenorganisaties vaak toegevoegd, als zij vragen om wettelijke maatregelen ter bescherming tegen medische aansprakelijkheid. Er is op dit punt een belangrijke ontwikkeling geweest: de totstandkoming in 1986 van de Health Care Quality Improvement Act, een wet die geldt in heel Amerika, op federaal niveau dus. Een van de zaken die in deze wet worden geregeld, is dat wordt voorkomen dat leden van tuchtcolleges (en al wie aan die colleges informatie verschaft) het risico lopen van een aansprakelijkheidsclaim door de arts die voorwerp is van een tuchtrechtelijk onderzoek. Precies het geval dus dat ik hierboven noemde en waarin de arts een bedrag van ruim twee miljoen dollar kreeg toegewezen. In paragraaf 4.14 ga ik uitvoeriger in op deze nieuwe wet.

Een andere ontwikkeling op dit terrein is een voorgenomen wetsvoorstel van de gouverneur van New York, Cuomo, die de beoefenaren van een groot aantal specialismen iedere zeven jaar aan een examen wil onderwerpen om na te gaan of ze nog voldoende bij de tijd zijn. *The New York Times* meldde dat de beroepsorganisaties van artsen over dit plan in het geheel niet te spreken zijn⁹⁸. Maar ongetwijfeld zal er wat moeten gebeuren. Zo adviseerde in 1987 de General Accounting Office dat het medisch tuchtrecht veel meer uniform zou moeten worden. Uniform in die zin, dat een verbod voor de ene staat ook geldt voor de andere, of dat een verbod te werken in het kader van het Medicaid-programma⁹⁹ meteen ook een verbod inhoudt te werken in het kader van bijvoorbeeld Medicare¹⁰⁰.

3.2 Aard van de gemaakte fouten

Om wat voor fouten gaat het? St. Paul verstrekke mij haar meest recente jaarverslag met daarin een aantal interessante tabellen¹⁰¹. Het gaat daarbij om vorderingen rechtstreeks tegen artsen ingesteld in de jaren 1986 en 1987, geëvalueerd op 31 maart 1988. Let wel, in de aantallen zijn alle vorderingen opgenomen, ook die, die zonder schadevergoeding bleven. Tabel 3.1 geeft enig inzicht in de aard van de gemaakte fouten en in de 'costs' die daarmee gepaard gaan: schadevergoeding plus kosten, zoals advocaatkosten.

St. Paul geeft vervolgens een nader inzicht in de meest voorkomende claims

Tabel 3.1
Top 10 allegations by frequency.

<i>allegation</i>	<i>number of claims</i>	<i>average cost*</i>
1 surgery/postop-complications	1 957	\$ 51 115
2 improper treatment/birth-related	933	\$ 123 901
3 failure to diagnose/cancer	768	\$ 96 210
4 surgery/inadvertent act	478	\$ 48 862
5 failure to diagnose/fracture or dislocation	415	\$ 39 913
6 improper treatment/fracture or dislocation	375	\$ 48 676
7 improper treatment/drug side effect	374	\$ 53 197
8 failure to diagnose/infection	350	\$ 81 523
9 surgery/inappropriate procedure	340	\$ 51 461
10 improper treatment/infection	332	\$ 52 751

* average cost includes total amount paid and reserved plus allocated legal expense.
bron: St. Paul, Fire and Marine Insurance Company, 1988

(tabel 3.2), eerst uitgesplitst naar 'groep' en vervolgens worden drie van die groepen weer nader bekeken¹⁰². Het gaat dan om 'surgery', om 'failure to diagnose' en om 'improper treatment'. Ik realiseer me dat er over deze tabellen wel meer te zeggen zou zijn, maar nadere gegevens waren bij de verzekeraar in de zeer korte termijn vóór het ter perse gaan van dit boek niet te krijgen.

Ook het jaarverslag van 1988 voor *ziekenhuizen*, dat ik eveneens vlak voor het ter perse gaan van dit boek ontving, geeft enigszins een beeld van de aard van de gemaakte fouten en van de plaats waar die fouten werden gemaakt. Ook hier past voorzichtigheid: de indeling is toch nog tamelijk grof en bovendien zijn zowel de vorderingen opgenomen waarop schadevergoeding werd betaald als de vruchteloos ingestelde vorderingen.

Bij verreweg de meeste vorderingen gaat het om *letselschade*. Officiële cijfers zijn er niet, maar in een schatting die St. Paul maakte, is slechts 3% van de schade andere schade dan letselschade, zoals diefstal of beschadiging van persoonlijke eigendommen van de patiënt. In 97% van de gevallen gaat het dus om letsel. Bezieet men de *omvang* van de schadevergoedingen, dan maakt letselschade zelfs 99% uit van het totale bedrag dat jaarlijks aan schadevergoedingen wordt uitgekeerd. Terzijde: deze cijfers verschillen enorm van de cijfers die Nederlandse verzekeraars verstrekken, zie paragraaf 7.4.

Ik geef een viertal tabellen. Tabel 3.3 geeft aan wáár de fout werd gemaakt, in volgorde van het aantal met daarachter de gemiddelde kosten waartoe de vorderingen leidden (schadevergoeding plus kosten). Vervolgens worden in tabel 3.4 de bovenste vier 'locations' nader bekeken. Daarbij valt het grote aantal 'vallende' patiënten op in de 'patient care area', 557 maal. Op de EHBO vallen behandelfouten en verkeerde diagnoses op (HPT staat voor 'history,

Tabel 3.2
Major allegation group by frequency.

<i>group</i>	<i>number</i>	<i>percent of total claims</i>	<i>percent of total incurred cost</i>
surgery	3 814	29,3	25,5
failure to diagnose	3 667	28,1	33,5
improper treatment	3 532	27,1	30,9
anesthesia	453	3,5	3,6
other issues	1 570	12,0	6,5
total claims	13 036	100,0	100,0
<i>surgery – top five allegations</i>			
1 postoperative complications	1 957		
2 inadvertent act	478		
3 inappropriate procedure	340		
4 postoperative death	326		
5 delay/complications	201		
total top five	3 302		
	86.6% of total surgical claims		
<i>failure to diagnose – top five allegations</i>			
1 failure to diagnose cancer	768		
2 failure to diagnose fracture/dislocation	415		
3 failure to diagnose infection	350		
4 failure to diagnose pregnancy problems	323		
5 failure to diagnose myocardial infarction	264		
total top five	2 120		
	57.8% of total failure to diagnose claims		
<i>improper treatment – top five allegations</i>			
1 improper treatment/birth related	933		
2 improper treatment of fracture/dislocation	375		
3 improper treatment/drug side effect	374		
4 improper treatment/infection	332		
5 improper treatment/insufficient therapy	276		
total top five	2 290		
	64.8% of improper treatment claims		

Tabel 3.3
All allegations by location.

<i>location</i>	<i>number of claims</i>	<i>percent of total claims</i>	<i>average cost*</i>
patient care area	1,976	33,9	\$27 519
emergency department	1,061	18,2	\$26 594
inpatient surgery	995	17,1	\$27 719
obstetrics area	578	9,9	\$84 932
outpatient surgery	197	3,4	\$23 102
radiology area	191	3,3	\$18 565
psychiatric services	185	3,2	\$40 909
outpatient services	177	3,0	\$18 250
therapy services	99	1,7	\$14 444
other areas	364	6,3	\$31 324
total claims	5,823	100,0	

* zie tabel 3.6

Tabel 3.4
Top allegations by location.

<i>locations/allegations</i>	<i>number of claims</i>
<i>patient care area</i>	
bed related fall	294
ambulation related fall	140
delayed/omitted treatment	125
bathroom related fall	123
<i>emergency department</i>	
delayed/omitted treatment	186
wrong diagnosis	137
misinterpreted results of HPT	84
incorrect treatment	77
<i>inpatient surgery</i>	
treatment complication/bad results	171
injury adjacent to treatment site	152
foreign body in patient	85
infection/contamination/exposure	66
<i>obstetrics area</i>	
delayed/omitted treatment	123
treatment complication/bad results	71
patient monitoring related	59
incorrect treatment	30

Tabel 3.5

Top 10 allegations by average cost.

<i>allegation</i>	<i>number</i>	<i>average cost*</i>
1 patient monitoring related	177	\$90 655
2 diagnostic issue/bad results	88	\$82 905
3 omitted HPT	32	\$69 662
4 delayed or omitted treatment	492	\$66 446
5 self-inflicted injury/suicide	49	\$52 666
6 wrong medication	97	\$49 162
7 vicarious liability (zie par. 3.4)	48	\$47 851
8 other medication issue	63	\$47 421
9 medical staff privileges	34	\$46 558
10 delayed HPT	56	\$43 084

* zie tabel 3.6

Tabel 3.6

Top 10 allegations by frequency.

<i>allegation</i>	<i>number</i>	<i>average cost*</i>
1 delayed or omitted treatment	492	\$66 446
2 treatment complication/bad results	438	\$37 682
3 injury adjacent to treatment site	328	\$20 734
4 bed related fall	323	\$18 576
5 type of treatment incorrect	269	\$27 829
6 wrong treatment	263	\$28 837
7 wrong diagnosis	256	\$24 251
8 other treatment issue	249	\$37 680
9 infection/contamination/exposure	237	\$26 484
10 ambulation related fall	186	\$13 632

* Average cost is the total value of the claim including allocated legal expenses with no cap on individual claims. Claims data reflects all claims reported during 1986 and 1987, evaluated as of March 31, 1988. The totals include claims closed without payment.

physical and testing'). Daarna volgen de 'inpatient surgery', en de fouten in de 'obstetrics area' waarbij opvalt dat de genoemde claims goed zijn voor meer dan 60% van het totaal aantal fouten in deze 'area'. Ten slotte volgen twee tabellen betreffende de meest voorkomende vorderingen: resp. naar gemiddelde kosten (tabel 3.5) en naar aantallen (tabel 3.6). Nogmaals: hierin zijn opgenomen de vorderingen die tot schadevergoeding hebben geleid, en die welke zonder resultaat zijn gebleven. In dat laatste geval zijn veelal wel 'kos-

ten' gemaakt. Een nadere toelichting op de cijfers kon ik helaas niet krijgen.

3.3 De norm waaraan de arts hoort te voldoen

Bestaat er onenigheid over de vraag of de kwaliteit van de gezondheidszorg mede debet is aan de thans ontstane situatie, van een groot aantal andere oorzaken staat dat wel vast. Zo is in de loop van de jaren '60 de Amerikaanse rechter een voor de patiënt steeds gunstiger koers gaan varen. Zeer belangrijk is geweest dat de rechtelijke colleges in meerderheid afscheid namen van de traditionele en toen al berucht geworden 'locality-rule'¹⁰³. Deze regel houdt in, dat voor de vraag of een arts beneden de maat heeft gehandeld, dat handelen moet worden gemeten aan het handelen van zijn collega's in de buurt¹⁰⁴. Vroeger viel daarvoor best wat te zeggen: zo verschilden de opleidingen van artsen her en der sterk van niveau. Bovendien manifesteerde de vooruitgang op medisch gebied zich niet overal in het land even snel; bepaalde delen werden letterlijk als achterlijk beschouwd.

Toch heeft deze 'locality-rule' ook grote bezwaren. Ten eerste is er het gevaar dat gebieden die achterliggen, ook achter zullen blijven. Bovendien doet zich nog een praktisch maar zeer ernstig probleem voor: in aansprakelijkheidsprocedures blijkt het nauwelijks mogelijk artsen te vinden die bereid zijn tegen een aangeklaagde collega te getuigen. Omdat ze uit dezelfde 'locality' komen en vaak lid zijn van dezelfde clubs valt hen dat begrijpelijkerwijs zwaar. Ze verkiezen daarom hun mond te houden. Tegen deze 'conspiracy of silence' leggen veel patiënten het af.

Er is nog een derde bezwaar: dat de arts die wèl op de hoogte was van nieuwe ontwikkelingen op zijn terrein, daar niet naar durfde te handelen omdat hij – zou hij dat wel doen – zich te ver zou verwijderen van de 'gevestigde' praktijk in zijn omgeving zodat hem, hoezeer ook ten onrechte, onzorgvuldig handelen verweten zou kunnen worden. Mede vanwege deze bezwaren, en omdat nieuwe medische ontwikkelingen tegenwoordig overal in het land ingang kunnen vinden, is de 'locality-rule' in zijn strikte betekenis bijna overal verdwenen¹⁰⁵. 'Achterlijke' gebieden hoeven er niet meer te zijn¹⁰⁶.

In zijn strikte betekenis is de regel verdwenen, maar de 'locality-rule' is nooit gehéél verdwenen, sterker nog: in sommige staten lijkt ze weer opgeld te doen. De 'strict locality-rule' is opgevolgd door de 'same' of 'similar locality-rule'. Ter bepaling van de norm van medisch handelen, wordt het handelen van de arts vergeleken met dat van een collega uit een vergelijkbare ('similar') omgeving. Hoe die vergelijking precies gemaakt moet worden, daarover verschillen de rechterlijke colleges soms van mening. Meestal zoekt men naar een omgeving met vergelijkbare economische, demografische en geografische omstandigheden¹⁰⁷. Eenvoudig is het trekken van vergelijkingen overigens niet. Wordt deze 'similar locality-rule' in een vrij groot aantal staten nog gehuldigd, in weer andere staten geldt een ruimere 'statewide-standard', zoals in Illinois.

Maar ook is er – zeker voor specialisten – een ontwikkeling gaande naar een een ‘nationwide-standard’¹⁰⁸.

Voor de ‘general practitioners’ (ongeveer onze huisarts) is die laatste tendens naar een ‘nationwide-standard’ nog wat minder duidelijk, hoewel ze wel wordt bepleit. Zo oordeelde een rechter al in 1975: ‘Although national board certification in the specialities has contributed significantly to standardization on a nationwide scale, all of the other reasons which justify a national standard of care apply with equal validity to general practitioners’¹⁰⁹.

Patiënten die menen recht te hebben op schadevergoeding, baseren hun vordering bijna altijd op – zoals dat juridisch/technisch heet – onrechtmatige daad. Daartoe moeten zij, als eiser in het geding, aantonen dat de arts onzorgvuldig (‘negligent’) heeft gehandeld. Maar hoe liggen de kaarten als de arts voor de behandeling zijn patiënt een bepaald resultaat heeft toegezegd, of dat zelfs heeft gegarandeerd? In zo’n geval lijkt de patiënt een belangrijke troefkaart in handen te hebben: hij kan zijn vordering dan gronden op ‘breach of warranty’, in plaats van op onrechtmatige daad. Een van de voordelen van deze vordering is, dat de gedupeerde patiënt geen onzorgvuldig handelen van de arts hoeft aan te tonen¹¹⁰. Want de enkele omstandigheid dat het toegezegde resultaat niet werd bereikt, maakt de arts aansprakelijk voor de ontstane schade¹¹¹. Dat is de juridische neerslag van het gezegde: ‘beloofd is beloofd’. Zo zegde een plastisch chirurg toe dat een bepaald litteken na de behandeling zou zijn verdwenen¹¹², hield een andere arts zijn patiënt voor dat een bepaalde röntgenbehandeling volmaakt risicoloos zou zijn¹¹³, en garandeerde een psychiater dat een door hem uit te voeren elektrische shock-therapie ‘perfectly safe’ zou zijn¹¹⁴. Toen in elk van deze drie gevallen de werkelijkheid iets anders bleek, oordeelden de rechters ook elk van de drie artsen aansprakelijk, zonder dat de patiënt behoefde aan te tonen dat de arts een verwijt van onzorgvuldig handelen te maken viel¹¹⁵.

Men kan zich afvragen waarom gedupeerden zich niet veel vaker beroepen op ‘breach of warranty’. Waarom wordt bijna steeds de moeilijker weg van de onrechtmatige daad gekozen? Daarvoor zijn enkele oorzaken te noemen. De belangrijkste is dat de rechters in een groot aantal Amerikaanse staten zeer terughoudend zijn in de toekenning van vorderingen gebaseerd op ‘warranty’. Hoewel er in de loop der tijd belangrijke verschillen zijn ontstaan tussen de staten, kan men toch in het algemeen zeggen dat de rechters streng zijn. Van de patiënt vragen zij het bewijs dat de gedaagde arts ook werkelijk uitdrukkelijk een garantie heeft uitgesproken¹¹⁶. Zo is meermalen gebleken dat bijvoorbeeld de opmerking van de arts dat de patiënt ‘zich geen zorgen hoeft te maken’, te zwak is om rechtstreeks tot aansprakelijkheid te leiden. Soms overwegen rechters in hun afwijzende vonnissen dat dit soort opmerkingen (‘maakt u zich geen zorgen’; ‘alles komt in orde’) eerder moeten worden gezien als ‘de patiënt geruststellende mededelingen’, dan als garanties van succes¹¹⁷. In sommige staten is op dit punt zelfs de wetgever in het krijt getreden:

in de wet werd vastgelegd dat alleen dan van 'breach of warranty' sprake kan zijn, als de garantie schriftelijk werd gegeven¹¹⁸. Welnu, daarvan zal zelden sprake zijn, want zoals de Amerikaanse auteurs Lane en Hirsh terecht zeggen: 'It is human nature to be suspicious of those who ask you to put your words in writing'¹¹⁹. Aan artsen wordt daarom steeds geadviseerd nooit iets te garanderen. Als zij een zenuwachtige patiënt op zijn gemak willen stellen, dan moeten zij dat bij voorkeur doen onder toevoeging van woorden als 'assuming no complications' of 'absent the unlikely event of a complication'.

De conclusie van dit alles is dat 'breach of warranty' weliswaar een mogelijke grondslag biedt voor civielrechtelijke aansprakelijkheid, maar dat zo'n vordering toch slechts onder heel bijzondere omstandigheden succes zal hebben. Onrechtmatige daad blijft de gebruikelijke grondslag.

3.4 Centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis?

De geschiedenis van de aansprakelijkheid van het ziekenhuis lijkt op die van de individuele arts. Gold voorheen ook voor ziekenhuizen de 'strict' of 'same or similar locality-rule', thans is er een duidelijke ontwikkeling waarneembaar naar 'nation-wide standards'¹²⁰. De argumenten die voor deze ontwikkeling pleiten, zijn vergelijkbaar met die die in de vorige paragraaf zijn besproken. Zo overwoog de rechter in de hierboven aangehaalde zaak Pederson v. Dumouchel: 'Much that we have said also applies to (...) hospitals. They, too, are members of national organisations and subject to accreditation'¹²¹.

Anderzijds is het niet zo dat ziekenhuizen aan een hogere of aan de hoogste normen van zorgvuldigheid behoren te voldoen. 'The highest degree of care' werd nooit vereist. Daarop bestaan wel uitzonderingen, bijvoorbeeld voor de ziekenhuisapotheken. Bij de omgang met geneesmiddelen geldt wel 'the highest degree of care'¹²².

De vraag is nu in welke gevallen het ziekenhuis aansprakelijk kan worden gesteld. Vaak beginnen de moeilijkheden al met de vraag *wie* aansprakelijk moet worden gesteld. Net als in Nederland is het antwoord op die vraag niet zo eenvoudig. Ook de Amerikaanse gezondheidszorg kent artsen in en artsen buiten dienstverband ('arts-in' en 'arts-out'). En net zoals bij ons, is er in Amerika uitvoerig gediscussieerd over en gefulmineerd tegen het feit dat ziekenhuizen, gebruikmakend van hun vaak ondoorzichtige structuur, aan aansprakelijkheid weten te ontsnappen. Zonder nu op de hele geschiedenis in te gaan, kan men toch vaststellen dat de laatste jaren op dit punt een ontwikkeling plaatsvindt die voor de gedupeerde patiënt duidelijke voordelen heeft.

Zo worden ziekenhuizen veelal aansprakelijk gehouden voor hun artsen in dienstverband, voor het verplegend personeel, voor de administratie en voor alle anderen die in het ziekenhuis werkzaam zijn. De aansprakelijkheid is die van de 'vicarious liability': ofschoon daarover wel wordt getwist, wordt in deze constructie de arts gezien als ondergeschikte van het ziekenhuis ('a master-servant relationship')¹²³.

Maar hoe staat het met de artsen buiten dienstverband? Zij huren veelal personeel, ruimte en faciliteiten van het ziekenhuis en vaak sturen zij zelf de patiënt een rekening. Is nu desondanks het ziekenhuis aansprakelijk voor personen die niet in zijn dienst zijn? Net zoals dat bij ons het geval is¹²⁴, is er ook in Amerika een voorzichtige ontwikkeling gaande in de richting van een centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor al hetgeen binnen zijn muren geschiedt. Daarvoor is veel te zeggen: patiënten worden in een ziekenhuis vaak door een groot aantal verschillende mensen behandeld en verzorgd, door artsen al dan niet in dienstverband, door apothekers, verpleegkundigen, ziekenverzorger, keukenpersoneel enz. En bovendien wordt daarbij gebruik gemaakt van de ruimte in en de apparatuur van het ziekenhuis. Voor een patiënt die meent schade te hebben geleden door een onzorgvuldige behandeling of verzorging, is het soms een welhaast onmogelijke taak de precieze schuldige aan te wijzen. Is er daarom niet veel voor te zeggen het ziekenhuis 'centraal' aansprakelijk te houden? Ja, zo oordeelde het Illinois Supreme Court in de uiterst belangrijke uitspraak inzake *Darling v. Charleston Community Memorial Hospital*¹²⁵.

Een 18-jarige jongen brak bij het voetballen zijn been. Nadat hij was geopereerd en gegipt, werd hij verder in het ziekenhuis behandeld. Al vrij snel werden zijn tenen dik en zwart, maar daaraan werd weinig aandacht besteed, ofschoon de jongen veel pijn had. Toen de arts drie dagen later het gips op twee plaatsen openzaagde, zo blijkt plastisch uit het vonnis, 'blood and other seepage were observed by the nurses and others, and there was a stench in the room, which one witness said was the worst he had smelled since World War II'. Uiteindelijk zou het been onder de knie worden geamputeerd. Het ziekenhuis, tot schadevergoeding aangesproken, verweerde zich op traditionele wijze: 'A hospital is not liable for the torts of its nurse committed while the nurse was but executing the orders of the patient's physician, unless such order is so obviously negligent as to lead any reasonable person to anticipate that substantial injury would result to the patient from the execution of such order.' Maar het Hof oordeelde het ziekenhuis aansprakelijk. En sindsdien wordt de *Darling*-case vrij algemeen beschouwd als een van de eerste uitspraken waarin het ziekenhuis zelf direct aansprakelijk wordt gehouden voor onzorgvuldig handelen binnen het ziekenhuis ('corporate liability'). Dat wil overigens niet zeggen dat deze theorie reeds algemeen is aanvaard. Maar die kant gaat het wel op¹²⁶.

3.5 Aansprakelijkheid voor apparatuur?

Op het ziekenhuis rust verder de plicht te zorgen voor deugdelijke en geschikte apparatuur¹²⁷. Het is niet zo dat het ziekenhuis steeds aansprakelijk gesteld kan worden voor schade die is ontstaan door gebrekkig functionerende apparatuur. Het ziekenhuis is pas dan aansprakelijk, als een verwijt valt te maken

over onzorgvuldig handelen¹²⁸, bijvoorbeeld als de apparatuur onvoldoende is onderhouden of gecontroleerd, of als artsen of verpleegkundigen 'through reasonable inspections'¹²⁹ de ondeugdelijkheid hadden kunnen waarnemen.

Anderzijds brengt de verplichting te zorgen voor deugdelijke en geschikte apparaten en materiaal niet mee, dat het ziekenhuis ook de beschikking moet hebben over de meest geavanceerde spullen. Wel kan het ziekenhuis onder omstandigheden de plicht hebben de patiënt naar een ander, terzake beter geëquipeerd ziekenhuis te verwijzen, alwaar hij beter of doeltreffender behandeld zou kunnen worden¹³⁰. Zo werd in 1963 een Californisch ziekenhuis aansprakelijk gehouden voor het feit dat een patiënt met ernstige brandwonden gedurende twee maanden in dat ziekenhuis werd behandeld, zonder dat het de daarvoor geschikte apparatuur had¹³¹.

Waar het gaat om apparatuur die wordt gebruikt voor behandelingen, rust er op het ziekenhuis dus geen risico-aansprakelijkheid, dat wil zeggen aansprakelijkheid zonder dat het ziekenhuis daarvan een verwijt kan worden gemaakt. Steeds hebben de rechters als uitgangspunt gekozen dat aansprakelijkheid pas mogelijk is als er een verwijt valt te maken¹³². Is dat laatste niet het geval en is het apparaat bijvoorbeeld gebrekkig door een ontwerp- of fabricagefout die de arts niet kon kennen, dan is de gedupeerde met zijn schadeclaim bij arts en ziekenhuis aan het verkeerde adres. Hij zal zijn schade moeten proberen te verhalen op de fabrikant van het gebrekkige produkt¹³³.

Daarop bestaan enkele uitzonderingen. Zo is er de zaak van Grubb v. Albert Einstein Medical Center¹³⁴. Lucy Grubb had thuis haar hoofd gestoten; daarbij was een van haar halstussenwervelschijven verschoven. Daaraan zou ze worden geopereerd, maar de operatie liep geheel mis¹³⁵. Een van de gebruikte instrumenten (de 'plug-cutter') werkte niet goed, waardoor de behandelend arts een aantal zenuwen raakte, met het gevolg dat de patiënte voor de rest van haar leven aan armen en benen verlamd raakte. De vrouw vorderde schadevergoeding ten bedrage van \$ 450 000. Het Superior Court of Pennsylvania oordeelde dat de behandelende arts aansprakelijk was op grond van onrechtmatige daad; hij had beter moeten opletten. Maar, zo oordeelde de rechter, ook het ziekenhuis kan aansprakelijk worden gehouden voor de schade ontstaan als gevolg van door hem verstrekte gebrekkige medische apparatuur. Dat oordeel – op het ziekenhuis rust een risico-aansprakelijkheid met betrekking tot de gebruikte apparatuur – werd als volgt gemotiveerd: 'The surgical patient is without control over the procedures and instruments used upon him. His health and future safety are at the mercy and skill of the treating physicians and the instruments he employs. It is elementary that if a hospital supplies equipment to an operating physician the hospital must appraise themselves of the risks involved and adopt every effort to insure the safety of the equipment chosen.'

3.6 Aansprakelijkheid voor bloed en bloedprodukten?

Bij bloed en bloedprodukten ligt dit alles iets anders. Ofschoon het onderwerp eigenlijk buiten het bestek van dit boek valt, wil ik er toch een enkel woord aanwijden. De vraag is of een ziekenhuis aansprakelijk is voor bijvoorbeeld infecties die via het bloed van een besmette donor worden doorgegeven aan een in het ziekenhuis behandelde patiënt. In een belangrijke uitspraak had een New Yorkse rechter in 1954 geoordeeld dat het antwoord op die vraag ontkennend luidt¹³⁶. Het verstrekken van bloed moet, aldus deze rechter, worden aangemerkt als een 'service' en niet als 'sale', in welk geval het ziekenhuis aansprakelijk zou zijn. In 1970 kwam er een uitspraak van de hoogste rechter van Illinois die anders oordeelde: het verstrekken van bloed is wel als koop en verkoop te beschouwen en zoals alle verkopers van produkten hebben dus ook ziekenhuizen in beginsel in te staan voor hun waar¹³⁷. De uitspraak sloeg in als een bom. Een lobby van ziekenhuizen, bloedbanken en organisaties van artsen wist vervolgens in het overgrote deel van de staten de wetgever er toe te bewegen te bepalen dat het verstrekken van bloed aan patiënten een 'service' en geen 'sale' is¹³⁸. Het is thans min of meer vaste rechtspraak dat het ziekenhuis of de bloedbank niet hoeft in te staan voor de deugdelijkheid van bloed. Die rechtspraak betreft meestal de overbrenging van het hepatitis-virus¹³⁹. Overigens bestaat er in Amerika wel een groeiende angst dat de rechtspraak op dit punt zal kenteren in het voordeel van de patiënt. Met name AIDS baart iedereen grote zorgen¹⁴⁰.

Het is wel zo, dat aansprakelijkheid kan ontstaan als het ziekenhuis door te testen de besmetting van het bloed had kunnen vaststellen. In dat geval kan hem immers onzorgvuldig handelen worden verweten¹⁴¹. Evenzeer kan men aannemen dat in de periode dat de ziekte AIDS nog onbekend was of toen het nog niet mogelijk was donorbloed op AIDS te testen, het ziekenhuis niet aansprakelijk kon worden gesteld voor de gevolgen van de transfusie, terwijl dat nu – met geavanceerde apparatuur en snelle tests – wel het geval zou zijn¹⁴². In zijn jaarverslag over 1987 zegt St. Paul tal van verschillende aansprakelijkheidsvorderingen met betrekking tot AIDS te verwachten: foute diagnoses, ongerechtvaardigde schendingen van het medisch beroepsgeheim, of juist het ten onrechte niet waarschuwen van derden/betrokkenen, weigeringen AIDS-patiënten te behandelen, het uitvoeren van tests zonder toestemming van de patiënt, fouten bij het testen van het bloed – St. Paul ziet er evenzovele potentiële aansprakelijkheidsvorderingen in. Maar in al die gevallen lijkt er toch wel sprake te moeten zijn van een fout van de arts.

3.7 Informed consent

Op nog een punt ging de Amerikaanse rechter een patiëntvriendelijker koers varen: de introductie van de 'informed consent doctrine'. Aanvankelijk ging het bij informed consent om de vraag of een arts een patiënt tegen zijn zin

mocht behandelen. Het antwoord op die vraag luidde 'nee', en artsen die zonder toestemming een patiënt behandelden werden op grond van mishandeling aansprakelijk gehouden¹⁴³.

Thans ligt de nadruk op het vermelden van de risico's die aan de behandeling kleven. Men is algemeen van oordeel dat een patiënt adequaat moet worden geïnformeerd voor hij een behandeling ondergaat, zodat hij weloverwogen toestemming voor de behandeling kan geven¹⁴⁴. Blijkt achteraf dat de behandeling niet naar wens is verlopen en kan de patiënt aannemelijk maken dat hij daarover onvoldoende is geïnformeerd, dan kan hij zijn behandelend arts aansprakelijk stellen, ook al valt deze over de behandeling zelf niet het minste verwijt te maken! Wel zal de patiënt aannemelijk moeten maken dat hij de behandeling zou hebben geweigerd als hij over het risico van mislukken of van complicaties zou zijn ingelicht. Met andere woorden: er moet causaal verband bestaan tussen het tekortschieten van de arts in zijn informatieplicht en de ontstane schade¹⁴⁵.

Maar hoe moet de patiënt dat aantonen? Amerikaanse rechters hebben die vraag in de loop der tijd op drie verschillende wijzen beantwoord. Soms kon de patiënt er mee volstaan eenvoudig te stellen dat hij de behandeling zou hebben geweigerd als hij de risico's had gekend, de zogenaamde subjectieve test. Het grote nadeel van deze test is, dat de patiënt achteraf op de foutgelopen behandeling terugziend, er niet aan zal kunnen ontkomen zo nodig zijn eerdere opvattingen over het al dan niet behandelen enigszins bij te stellen¹⁴⁶.

Dat probleem is er niet als de rechter de zogenaamde objectieve test toepast: de patiënt zal aannemelijk moeten maken dat een redelijk denkend mens de behandeling zou hebben geweigerd indien hij vooraf adequaat zou zijn geïnformeerd¹⁴⁷. Ongetwijfeld leidt toepassing van deze laatste test minder vaak tot aansprakelijkheid dan bij de subjectieve test. Tenslotte zijn er nog rechters die al overtuigd zijn als de patiënt het causaal verband aannemelijk maakt hetzij langs objectieve hetzij langs subjectieve weg.

Dit alles laat nog minstens een vraag onbesproken: welke informatie moet de arts nu precies geven? Op die vraag worden verschillende antwoorden gegeven. Sommige wetgevers en rechters laten het antwoord geheel aan de arts ('the professional standard')¹⁴⁸. Anderen – hoewel het verschil niet altijd groot zal zijn – hanteren als criterium het oordeel van de redelijk denkende patiënt ('the reasonable lay'). En soms wordt de vraag opgelost op een vrij rigoureuze manier: in de wet wordt vastgelegd over welke risico's de patiënt moet worden ingelicht, zie paragraaf 4.10.

3.8 Res ipsa loquitur-doctrine

Ook als het ging om de bewijsvoering kwam de rechter sinds de jaren '70 de patiënt in sommige gevallen tegemoet. Het betreft hier de bewijslastverdeling. Ofschoon de Amerikaanse rechter vasthoudt aan de gulden regel van het bewijsrecht dat, wie stelt, moet bewijzen¹⁴⁹, laat hij toch enkele uitzonderingen

toe. Wanneer de arts bijvoorbeeld vooraf een bepaald resultaat heeft gegarandeerd, en dat resultaat heeft er niet mogen komen, dan behoort de arts te bewijzen dat de mislukking niet valt te wijten aan verkeerd handelen.

Voor de praktijk is evenwel belangrijker de toepassing van de *res ipsa loquitur*-doctrine. Dit beginsel, dat wij in Nederland als zodanig niet kennen, vindt toepassing in geschillen waar het niet of niet helemaal duidelijk is waardoor iets is misgegaan, maar waarin dat eigenlijk ook niet zo belangrijk is omdat 'de zaak voor zichzelf spreekt': *res ipsa loquitur*. Sluyters gaf destijds als voorbeeld de vrouw bij wie onder narcose een kies werd getrokken en die, toen ze bijkwam, een vinger bleek te hebben gebroken¹⁵⁰. In zo'n geval doet het er niet toe *hoe* dat zo heeft kunnen gebeuren, voldoende is dat het niet had *mogen* gebeuren, en de arts moet dan maar bewijzen dat de schade niet is ontstaan door onzorgvuldig handelen. Recent is het Amerikaanse geval waarin een patiënt na een ooroperatie zijn rechterhand ernstig verbrand bleek te hebben. Zoiets 'was not an inherent risk of the operation and would rarely if ever occur absent negligence...'¹⁵¹. De patiënt werd door de rechter uit zijn benarde bewijspositie gered door de arts de bewijslast op te dragen.

Voor zo'n bewijslastverschuiving is het niet voldoende dat het vermoeden bestaat dat er onzorgvuldig is gehandeld; voordat de *res ipsa*-regel mag worden gehanteerd, moet vaststaan dat het gaat om een gebeurtenis die zonder onzorgvuldig gedrag niet kan optreden¹⁵². In Amerika worden vrij veel zaken waarin bij een patiënt lichaamsvreemde voorwerpen worden gevonden in een gedeelte van het lichaam waaraan hij tevoren is geopereerd via de *res ipsa*-regel beslist. In die gevallen kan de arts niet volstaan met verbaasde blik de armen ten hemel te heffen.

Overigens past hier voorzichtigheid: over de toepassing van de *res ipsa loquitur*-regel verschilt men van mening en er is onenigheid over de vraag wat nu precies het gevolg is van een geslaagd beroep op de *res ipsa*-regel. Het voert te ver daarop hier in te gaan¹⁵³.

3.9 Immuniteit

Wat ongetwijfeld ook heeft geleid tot een toenemend aantal vorderingen, is het feit dat rechters nog maar zelden het zogenaamde 'immunity defense' accepteren. Voor charitatieve en voor overheidsinstellingen van gezondheidszorg heeft lang gegolden dat het niet aangaat een instelling aan te spreken die gratis haar diensten verleent¹⁵⁴. Ofschoon dit verweer op het eerste gezicht niet onredelijk lijkt, blijken rechters het toch niet meer te honoreren. Zo besliste al in 1942 het Supreme Court van California dat het niet juist zou zijn de gedupeerde patiënt met lege handen te laten staan, vooral omdat dan juist de armen getroffen zouden worden: 'He, least of all, is able to bear the burden. More than all others, he has no choice'¹⁵⁵. Wel wordt soms de hoogte van de schadevergoeding aangepast aan de omstandigheid dat het om een charitatieve instelling ging¹⁵⁶.

3.10 Juryrechtspraak

Anders dan bij ons bestaat er in Amerika juryrechtspraak. Een aantal onpartijdige leken geeft zijn oordeel over de feiten in een bepaalde rechtszaak. Over de feiten, dus niet over het recht¹⁵⁷. Een eenvoudig voorbeeld kan dat duidelijk maken¹⁵⁸. Stel dat in een ziekenhuis een baby is gestikt doordat gedurende enige tijd niet op hem werd gelet. De rechter neemt het voortouw: hij licht de jury voor met betrekking tot het recht dat van toepassing is en formuleert de gedragsnorm waaraan het ziekenhuispersoneel in een dergelijke zaak hoort te voldoen: 'gij zult pasgeborenen niet gedurende een onredelijk lange termijn alleen laten'. Nadat de jury de pleidooien heeft angehooord, oordeelt zij over de vraag of in dit geval de norm is gehaald of dat beneden de maat is gewerkt¹⁵⁹. Met andere woorden: de jury geeft een antwoord op de vraag of de baby langer dan gerechtvaardigd is alleen werd gelaten. Daartoe kan zij zich uiteraard laten voorlichten door deskundigen.

De gedachte achter die voor ons zo ongewone juryrechtspraak is, in de formulering van Prosser en Keeton, lang niet gek: 'the public insists that its conduct be judged in part by the man in the street rather than by lawyers, and the jury serves as a shock-absorber to cushion the impact of the law'¹⁶⁰.

Maar niet altijd komt de jury eraan te pas. In bepaalde gevallen heeft de rechter de mogelijkheid zelf over de aansprakelijkheidsvraag te oordelen, namelijk wanneer hij van oordeel is 'that no reasonable jury could reach a contrary conclusion'¹⁶¹.

Behalve over de vraag of onrechtmatig is gehandeld, oordeelt de jury ook over de hoogte van de schadevergoeding¹⁶². Men neemt vrij algemeen aan dat jury's geneigd zijn extra hoge schadevergoedingen toe te wijzen, onder de indruk als zij vaak zijn van het letsel van het slachtoffer¹⁶³. De advocaten van het slachtoffer spelen doorgaans handig in op de emoties van de juryleden door het leed van hun cliënt letterlijk in geuren en kleuren te tonen en uiteen te zetten.

Van de zijde van de artsen en hun organisaties heb ik nimmer de wens vernomen dit jurysysteem voor gevallen van medische aansprakelijkheid maar helemaal af te schaffen. Enerzijds omdat de juryrechtspraak, zowel voor het strafrecht als voor het civiele recht, in Amerika in hoog aanzien staat¹⁶⁴, maar anderzijds wellicht ook omdat de wetgeving die dat zou moeten regelen door de rechter 'unconstitutional' zou worden bevonden¹⁶⁵.

Toch is er wel reden tot zorg: zo bleek uit een recent onderzoek dat voor *hetzelfde* letsel het slachtoffer van medische aansprakelijkheid tweemaal zoveel schadevergoeding krijgt toegewezen als het slachtoffer van een geval van produktenaansprakelijkheid¹⁶⁶. Bovendien wijzen deskundigen erop dat de leden van de jury bij de vaststelling van de aansprakelijkheid en van de omvang van de schadevergoeding vaak zeer subjectief en slecht geïnformeerd te werk gaan. Nadat in het plaatsje Mobile in Arkansas het afgelopen jaar door jury's drie vorderingen waren toegewezen met een totale omvang van ruim

\$ 22 000 000 (!)¹⁶⁷ verklaarde de advocaat van de artsen, W.B. Reeves: ‘After one of these multi-million awards a couple of jurors told me: ‘We think your client is a good doctor and didn’t do anything all that wrong. But this patient is hurt bad and needs to be taken care of’. Bovendien, zo verklaarde Reeves, wist men nauwelijks wat men deed: ‘I’ve talked to intelligent jurors who believe that if they award \$ 10 million, the plaintiff might not receive any more than \$ 2 million’¹⁶⁸.

Minstens even berucht is de grote stad Chicago. Met name een van de rechtelijke colleges, in Cook County in Illinois, zou uitgesproken ‘pro-plaintiff’ zijn. De vaak zeer hoge vergoedingen die daar worden toegekend, worden mede aan de juryrechtspraak geweten. Verzekeringsdeskundigen wijzen erop dat men in jury’s zelden ‘someone who’s middle class, has some college education, or is a professional or small-business man’ aantreft. Die weten zich vaak aan de juryverplichtingen te onttrekken. Zo worden in Cook County de jurybanken veelal bezet door ‘inner-city residents (who) are irritated by the health care they receive’. Een van de advocaten daar vervolgt dan: ‘Their hospitals are crowded, and they feel that they’re treated as numbers. They see a clinic type of medicine and don’t often develop loyalties to physicians. It isn’t a racial issue. It’s more a sense of being lost in the big city, and jury duty represents an opportunity to display solidarity with a fellow victim’¹⁶⁹.

Er is nog iets dat ongetwijfeld eigen is aan juryrechtspraak. Een jury bestaat uit gewone mensen en die worden – in veel sterkere mate dan de rechter – net als ieder ander gecharmeerd, geïmponeerd, geïntimideerd of geïrriteerd door de eiser in het geding (de patiënt) en de gedaagde (de arts). De patiënt begint om zo te zeggen met het voordeel gedupeerde te zijn. De arts moet in de loop van het geding dat voordeel nog zien te compenseren, wat lastig kan zijn zeker als de uitslag een dubbeltje op zijn kant lijkt te worden. In tal van artikelen worden artsen gewaarschuwd voor de grillen van de jury. Zelfs als de aangesproken arts meent dat een schadevergoedingsvordering volkomen uit de lucht is gegrepen, dan wordt hem toch voortdurend op het hart gebonden de zaak uiterst serieus te nemen¹⁷⁰. *Alchemisten* worden de advocaten van patiënten wel genoemd: ze maken iets uit niets.

In een artikel doet Howard Eisenberg verslag van een serie interviews met advocaten van zowel artsen als patiënten¹⁷¹. Er komt een aantal nuttige tips uit: van het grootste belang is hoe de gedaagde arts op de juryleden overkomt: hij moet overtuigend zijn (‘look the jury in the eye’), maar tevens vriendelijk en beheerst. Hij moet aan de leden van de jury rustig uitleggen wat er aan technische kennis valt uit te leggen en ze steeds als serieuze luisteraars beschouwen. In het algemeen geldt dat de dokter zich als een ‘nice guy rather than a wise guy’ moet presenteren. Een van de geïnterviewde patiënten-advocaten, Decof, vertelde van een ‘very prestigious physician (who) looked down at me over his pince-nez and said pompously “You know, Mr. Decof, the trouble with you is that you just don’t know what you’re talking about”. I had

all I could do to keep from jumping onto the witness stand to plant a kiss on his forehead'.

De juryrechtspraak zal wel overleven, ook al beschouwen wij haar wellicht als een anachronisme¹⁷². In een groot aantal gevallen ook (cijfers ontbreken) blijkt het door een jury toegewezen bedrag in hoger beroep (zonder jury) te worden verlaagd. Wel poogt de AMA wetgeving van de grond te krijgen waarin de jury verplicht wordt het schadevergoedingsbedrag althans te specificeren, zodat het lukraak vaststellen van schadevergoedingsbedragen niet meer mogelijk is¹⁷³.

3.11 Vergoeding van verdriet: smartegeld

Als een arts een fout maakt dan leidt dat niet alleen tot materiële schade, zoals verlies van inkomen door de patiënt, de rekeningen van de artsen of de eventuele aanpassingen van de woning van het slachtoffer. De fout leidt bijna altijd ook tot leed vanwege de pijn, de ergernis, of vanwege de gederfde en nog te derven levensvreugde. Het slachtoffer heeft recht op een financiële vergoeding voor dat leed, het zogenaamde 'smartegeld'. Die vergoeding is niet vanzelfsprekend, want men kan zich afvragen of leed wel kan worden vergoed door geld. Het antwoord op die vraag luidt bevestigend: door het slachtoffer geld te geven, hoopt men hem in staat te stellen zichzelf weer wat vreugde te verschaffen. Maar een veel moeilijker vraag is hoe hoog zo'n smartegeldbedrag dan zou moeten zijn. Waarop heeft een 28-jarige man recht als hij ten gevolge van een doktersfout voor zijn verdere leven zijn smaak verliest? Hoeveel krijgt een 30-jarige vrouw die als gevolg van de fout van een arts een dwarslaesie oploopt? Of een kind dat de rest van zijn leven met ernstige hoofdpijn te kampen zal hebben? Hoeveel geld moet er in al die gevallen op tafel komen?

Eén ding mag in elk geval niet. Ter bepaling van de hoogte van een smartegeldbedrag mag men zich niet de vraag stellen: Voor hoeveel gulden zou *ik* voor de rest van mijn leven mijn smaak wel willen missen, in een rolstoel willen zitten of ernstige hoofdpijn hebben? Zo'n kosten-batenanalyse is niet toegestaan. Ze leidt tot krankzinnige discussies en uiteindelijk soms tot torenhoge bedragen.

Er moet dus een andere maatstaf zijn dan de kosten-baten-maatstaf. Maar zo'n maatstaf is eigenlijk niet te vinden. Anders dan bij de materiële schade – waar men concrete rekeningen heeft – is de vaststelling van smartegeldbedragen bijna per definitie een slag in de lucht. Een slag in de lucht voor de patiënt zelf, voor de leden van de jury, voor de verzekeraar en voor de rechter. Het enige waarover men iets met zekerheid kan zeggen, zijn de hoogten van de bedragen in relatie tot verschillende typen verwondingen en verschillende typen slachtoffers. Als de 35-jarige vrouw voor haar leed als gevolg van de dwarslaesie \$ 200 000 ontvangt, dan gaat het niet aan de 28-jarige jongen die

zijn smaak verloor zo'n zelfde bedrag toe te kennen. De onderlinge rechtvaardigheid vordert in dat laatste geval een lager bedrag. En zo heeft een 80-jarige die een been moet missen recht op een geringer bedrag dan de 20-jarige die datzelfde overkomt.

In Nederland – maar dat terzijde – is op die manier langzamerhand een soort van tarievenboek ontstaan, waaruit een indicatie kan worden geput ten aanzien van de hoogte van een uitkering. Het ernstigste leed leidt bij ons tot bedragen tot twee ton. Het overige leed zit daar naar rato onder.

Enige zekerheid over de hoogte van het bedrag is van het grootste belang. In Amerika is die zekerheid er nauwelijks en dat brengt weer mee dat de uitkomsten van een schadevergoedingsprocedure veelal volmaakt onvoorspelbaar zijn. Dat heeft weer tot gevolg dat arts en patiënt het weliswaar snel eens zijn over de hoogte van de materiële schade, maar het voltrekt oneens blijven over de hoogte van het smartegeld. In het rapport van de Tort Policy Working Group wordt erop gewezen dat patiënten vaak zeer onrealistische voorstellingen hebben over de hoogte van het smartegeld waar ze recht op hebben. Ze laten het daarom liever aankomen op een procedure, dan dat ze de zaak schikken. Zo is het smartegeld vaak de hinderpaal bij een afhandeling van het geschil.

Een oplossing van dit probleem ligt in het wettelijk vastleggen van een maximum limiet aan smartegeld. Daarmee worden, afhankelijk van de regeling, twee vliegen in een klap gevangen. De eerste is dat extreem hoge bedragen, tot in miljoenen dollars, tot het verleden zullen horen. Uit een recent en betrouwbaar rapport blijkt dat weliswaar maar in 5,6% van alle smartegelduitkering (vonnissen en schikkingen) meer dan honderdduizend dollar wordt toegekend, maar dat die 5,6% staat voor 80% (!) van het totaal aan toegekende smartegeldbedragen¹⁷⁴.

En de tweede vlieg is dat de voorspelbaarheid van de uitkomst groter zal worden. Als bijvoorbeeld \$ 250 000 het maximum is, dan zal naar rato het geringere leed zich op een plaatsje in de lijn van \$ 1 tot \$ 250 000 schikken.

3.12 Talrijke andere oorzaken

Er zijn nog talrijke andere oorzaken aan te wijzen die tot de huidige Amerikaanse toestanden hebben geleid. Een aantal wil ik kort noemen, in een min of meer willekeurige volgorde.

Amerikanen zijn mensen voor wie een rechtelijke procedure tamelijk gewoon is. Men vindt daar weinig griezeligs aan. Daarbij is men ongetwijfeld steeds sneller geneigd bij schade meteen aan schadevergoeding te denken. Niettemin is er wel een toenemend begrip onder de Amerikaanse burgers voor de ernst en voor de gevaren van de aansprakelijkheids crisis. Bovendien blijkt dat lang niet alle gedupeerde patiënten die een 'good case' hebben ook inderdaad schadevergoeding vorderen¹⁷⁵.

Verder zit er in de stormachtige ontwikkeling van het medisch kunnen iets dat op een paradox lijkt. Men kan steeds meer en steeds beter, maar daardoor lijkt er ook steeds meer te kunnen mislukken. Bovendien is de patiënt, anders dan vroeger, steeds minder geneigd te accepteren dat de medische wetenschap toch ook vaak machteloos staat, niet alles kan. Met als gevolg dat voor het publiek achter iedere mislukking een fout schuilgaat. Wellicht wat gechargeerd is het verhaal van enkele ernstig verwonde motorrijders 'who come in all smashed up and say: either I walk or we go to court'¹⁷⁶.

Een andere ontwikkeling die vaak genoemd wordt, is de tanende emotionele band tussen patiënt en werkers in de gezondheidszorg. Zag de patiënt zijn arts voorheen toch meer als een bondgenoot in de strijd, thans lijkt diezelfde arts niet meer dan een klein onderdeel van een grote medische industrie. Zeker voor specialistische behandelingen geldt dat de patiënt niet door een man of vrouw wordt behandeld, maar door een heel team van wisselende, vaak anonieme personen. En als eenzelfde behandeling steeds vaker wordt verricht door verscheidene specialisten, als – met andere woorden – de behandeling steeds vaker in partjes plaatsvindt, dan is er al gauw het gevaar dat ook de communicatie met de patiënt in partjes plaatsvindt.

Daar komt bij dat de patiënt steeds zelfbewuster lijkt te worden en dat hij bij een mislukking minder gauw de verklaring van de arts accepteert. Uit de goede oude tijd dateert nog het verhaal over Henry. Henry ligt ernstig ziek in bed, met aan de ene kant van het bed zijn vrouw Marian en aan de andere kant de dokter. Op zeker moment zegt de dokter: 'Marian, Henry is dead'. Maar dan gaat Henry verontwaardigd rechtop zitten en zegt: 'I am not dead. I'm alive'. Waarop zijn vrouw antwoordt: 'Henry, lie back again; the doctor knows best!'¹⁷⁷.

Ook het aantal behandelingen is de laatste jaren in Amerika sterk toegenomen. En al is een aantal typen mislukkingen afgenomen (bijvoorbeeld overlijden na een verkeerde anesthesie) toch is het zo dat hoe meer verrichtingen worden gedaan, des te meer mislukkingen er zijn. Verder mag men waarschijnlijk ook de enorme invloed van de media op het gemoed van de mensen niet onderschatten. Vooral het toenemend aantal miljoenen-schadevergoedingen vindt vaak zijn weg naar de krant en de tv. Daarbij komt het veel voor dat de toewijzing van een hoge schadevergoeding in eerste instantie, in hoger beroep vaak aanzienlijk wordt beperkt. Toch zal men zelden de uitslag van het hoger beroep in de krant aantreffen. Zo schreef de *New York Times* over het geval van een vrouw die als gevolg van een onjuiste diagnose het grootste deel van haar dunne darm verloor en \$ 7 000 000 voor de materiële schade ontving en \$ 58 000 000 aan smartegeld! De AMA merkt in haar rapport terecht op dat zo'n bedrag in hoger beroep bijna zeker sterk zal worden teruggebracht, maar toch 'it feeds the lottery mentality in a big way'¹⁷⁸. Een voorbeeld van zo'n beperking in hoger beroep is dat van een man die levenslang impotent raakte door een verkeerde behandeling aan zijn penis¹⁷⁹. In eerste instantie wees de

jury \$ 1 925 000 aan immateriële schadevergoeding toe. Zijn vrouw kreeg daarnaast nog eens \$ 500 000. In hoger beroep werden de bedragen verlaagd tot \$ 750 000 respectievelijk \$ 250 000. Dàt komt niet meer in de krant.

Artsen wijzen er vaak op dat de patiënten veelal gewoon 'greedy', hebzuchtig, zijn. Dat zou vooral blijken uit de vaak absurde eisen voor immateriële schadevergoeding. Ze slaan, met andere woorden, een slaatje uit hun leed. Het lijkt niet onwaarschijnlijk dat in deze opvatting op zijn minst een kern van waarheid zit. Bovendien speelt voor wat betreft die al maar toenemende omvang van de schadevergoedingen, ook een rol de omstandigheid dat de arts verzekerd is¹⁸⁰. Er lijkt een evenredig verband te bestaan tussen de maximale verzekeringsdekking van de arts en de omvang van de toegewezen schadevergoeding (zie ook paragraaf 2.6).

INDEX—See Back of Book ©1995 by WYREX Information Research Company 1995

**MEDICAL MALPRACTICE
AND ALL ACCIDENT CASES
CAUSING INJURY OR DEATH**



- MALPRACTICE CASES AGAINST HOSPITALS, DOCTORS, DENTISTS
- BIRTH INJURIES
- BRAIN-DAMAGE & CEREBRAL PALSY
- AUTOMOBILE ACCIDENTS
- DEFECTIVE PRODUCTS & MACHINES
- BUILDING ACCIDENTS
- CONSTRUCTION ACCIDENTS
- FIRES & EXPLOSIONS

**EXPERIENCED IN THE
RECOVERY OF
LARGE MONEY AWARDS**

**FREE CONSULTATIONS
IN OFFICE OR BY TELEPHONE**

736-3250

**NO FEE UNLESS
YOU RECOVER MONEY**

YOUR CASE WILL BE GIVEN PERSONAL
ATTENTION BY A PARTNER AND ONE
OF THE FIRM'S ATTORNEYS WHO
WILL BE PERSONALLY RESPONSIBLE
FOR ITS PREPARATION.

TOBEROFF & TESSLER
EMPIRE STATE BUILDING
350 5th AVE., N.Y., NY 10118

Figuur 3.1

Een andere reden voor het grote aantal claims is, dat in de VS de civiel-rechtelijke schadevergoeding tevens moet worden beschouwd als de sociale en financiële zekerheid voor de toekomst. In Nederland kan een patiënt voor inkomensderving en herstelkosten tevens een beroep doen op ons stelsel van sociale zekerheid, maar de Amerikaan zal zich die zekerheid moeten verschaffen via een vordering tot schadevergoeding.

Wat zeer waarschijnlijk ook een opdrijvende invloed heeft, is het 'contingent fee'-systeem. De advocaat krijgt als honorarium een deel van de toegewezen schadevergoeding. Dat kan een gefixeerd percentage zijn, bijvoorbeeld 35%, maar vaak is het een glijdende schaal, bijvoorbeeld lopend van 50% naar 10% (zie uitvoerig paragraaf 4.6). In Amerika zijn nogal wat in medische aansprakelijkheid gespecialiseerde advocaten. Ze adverteren in de *Gouden Gids* (figuur 3.1) en in de metro en zijn immer bereid de patiënt voor te lichten over de vraag of hij een 'good case' heeft. 'Had an accident? Free consultation. No recovery – no fee. We'll come to the hospital. Se habla español'.

Overigens zou de *Gouden Gids* al weer enigszins uit zijn. Alleen als advertenties van zeer groot formaat worden gebruikt, maakt men nog enige kans op te vallen op de tientallen pagina's met advocatenkantoren. Thans zijn radio- en tv-spots populair. Soms verschijnt de advocaat zelf in beeld, maar alleen 'if you project either a cleancut dynamic, authoritative personality, or one of warmth, charm and reassurance' voegt een reclame-deskundige hem toe¹⁸¹.

Zo heeft de befaamde New Yorkse advocaat Lipsig (88 jaar) een wekelijkse radioshow 'Ask Harry'. Hij verstuurt iedere kerst zo'n 25 000 kerstkaarten naar rechters, advocaten, cliënten, oud-clieënten en kennissen. Mailing is overigens voor velen een geliefde vorm van adverteren¹⁸². Alles is er op gericht de potentiële cliënt met een grote zaak binnen te halen.

Niet alleen artsen en ziekenhuizen kunnen daarover meepraten: ook de overheid – en dan veelal de *gemeenten* – zijn een doelwit geworden: een voetganger die zich blesseert aan de losse stoeptegels of die in een gat stapt, moet zich meteen realiseren dat hij recht heeft op schadevergoeding. Daarop is de reclame gericht: 'people call us from the emergency room to see if they have a case', aldus een advocaat uit New York, 'even before they see the doctor'. En zo gaat het erop lijken dat de mens geen groter geluk ten deel kan vallen dan door een ander (niet al te zwaar) te worden verwond, 'be an instant multi-millionaire!'

Sommige Amerikaanse advocaten deinzen er niet voor terug cliënten te trekken met teksten die wij in Nederland walgelijk zouden vinden. Zo adverteerde een advocaat in New York State met de 'full-page' vraag: 'If your child is retarded, you could be in store for a big award!'¹⁸³. Opmerkelijk is dat de ziekenhuizen en de artsen (gedaagden dus), over het algemeen wat minder tevreden zijn over de kwaliteit van hún advocaten (zie paragraaf 5.5).

Hoofdstuk 4

De reactie van de wetgever

4.1 Inleiding

Toen in het crisisjaar 1975-1976 duidelijk werd dat er iets ernstigs aan de hand was, werd op verschillende fronten actie ondernomen. Voor zover ze geen goed heenkomen hadden kunnen vinden, verhoogden de commerciële verzekeraars hun premies drastisch en vrij vaak gingen ze over van de 'occurrence-policy' naar de 'claims-made-policy'. Bovendien werden door artsen zelf een groot aantal 'mutuals' opgericht. Zie voor dit alles hoofdstuk 2.

Wat zeer interessant is, is eens te bezien wat de wetgever in de verschillende staten deed. Er werden nogal wat Medical Malpractice Reform Acts aangenomen. Een aanzet tot de veranderingen vormde veelal het *Report by The Secretary's Commission on Medical Malpractice*, dat al uit 1973 dateert en waarin een groot aantal van de hierna te bespreken voorstellen staat¹⁸⁴. Dat geldt ook voor een rapport van de New York Governor's Advisory Panel on Medical Malpractice uit 1976¹⁸⁵. Inmiddels is ook een omvangrijk project van de General Accounting Office afgesloten, gedaan op verzoek van een tweetal afgevaardigden uit het Huis van Afgevaardigden en de Senaat. In de jaren 1985-1987 heeft dit bureau een omvangrijk onderzoek gedaan naar de oorzaken van de crisis en naar mogelijke oplossingen. Bovendien verklaarde de minister van Volksgezondheid dat hij de oplossingen voor de crisis ook op federaal niveau de hoogst mogelijke prioriteit wil geven. In krachtige taal: 'I came to this job determined to do something about the liability issue'. Hij heeft een commissie aan het werk gezet.

Veel meer nog dan de advocaten en hun organisaties, van wie men de meeste weerstand zou verwachten, bleken evenwel talrijke rechterlijke colleges geharnaste tegenstanders te zijn. Want zeer regelmatig werden hele wetten of gedeelten ervan 'unconstitutional' verklaard.¹⁸⁶

In hetgeen hierna volgt, onderzoek ik welke nieuwe wetgeving er kwam, hoe de reactie van de rechter was, of de wetgeving er volgens de rechter mee door kan (verschilt per staat) en of ze ook werkelijk effect heeft. De vijfde paragraaf gaat vervolgens over de specifieke reactie van artsen, ziekenhuizen en hun organisaties.

4.2 Screening panels

Een van de maatregelen waarvan men veel verwachtte, was de invoering van 'screening panels', ook wel 'mediation panels' genoemd¹⁸⁷. Men hoopte dat met het instellen van dergelijke panels het aantal schadeclaims dat bij de rechter terechtkomt, zou dalen. Onzinnige vorderingen ('frivolous claims') zouden worden geselecteerd¹⁸⁸. Bovendien hoopte men dat er sneller een uitspraak zou zijn dan wanneer een rechter zou moeten oordelen, vooral ook omdat het panel in een aantal opzichten vrijer is dan de rechter, bijvoorbeeld ten aanzien van de bewijslastverdeling. Ten slotte is een panel ook goedkoper.

Zo'n panel bestaat uit drie tot zeven leden en er zit tenminste één arts in, een advocaat en een tweede jurist die door de rechtbank tot voorzitter is benoemd¹⁸⁹. Heeft het panel de zaak uitgezocht, en daarvoor heeft het een vastgestelde tijd, dan doet het uitspraak over de vraag of de arts al dan niet aansprakelijk is.

In sommige staten blijft het daarbij en men hoopt dat op basis van deze uitspraak partijen zelf tot een schikking komen¹⁹⁰. In andere staten heeft het panel de wettelijke bevoegdheid niet alleen over de aansprakelijkheid te beslissen, maar ook over de omvang van de schadevergoeding.

Een panel verschilt van de ook bestaande Medical Review Board onder meer in die zin, dat in dat laatste college alleen artsen zitten. De bedoeling van zo'n Review Board is vooral de gedaagde arts te adviseren al dan niet te schikken. Bij sommige Boards wordt de patiënt toegelaten tot zo'n zitting om zijn visie op het gebeurde naar voren te brengen¹⁹¹.

Terug naar de panels: is er uitspraak gedaan, dan zijn partijen vrij de beslissing te aanvaarden dan wel door te gaan naar de civiele rechter. Bindend is de uitspraak van het panel nimmer. De civiele rechter is niet gebonden aan de bevindingen van het panel, ofschoon de uitspraak wel een begin van bewijs kan opleveren¹⁹². Omstreden is of de panels verplicht kunnen worden gesteld, in die zin dat een ieder die een vordering wenst in te stellen, in eerste instantie naar het panel moet. Het zij herhaald: zonder dat de uitspraak bindend is. Artsen en hun organisaties pleiten sterk voor zo'n verplichting, maar de rechter in een aantal staten heeft wetgeving in die zin als 'unconstitutional' aangemerkt¹⁹³. Want een burger mag niet buiten zijn wil worden opgehouden in zijn gang naar de rechter.

Zijn de panels effectief in die zin dat ze het aantal vorderingen terugdringen, wachttijden verkorten en goedkoper zijn in vergelijking met procederen voor de gewone rechter? Een eenduidig antwoord kan daarop niet worden gegeven. In sommige staten schijnt het screening panel goed te werken¹⁹⁴, maar in vele andere staten blijkt dat absoluut niet het geval te zijn. Soms loopt de administratie niet, dan weer slaagt men er niet in een voldoende deskundige bezetting te krijgen en soms ook weet het panel geen uitspraak te doen voordat de termijn waaraan het is gebonden, afloopt.

Als men al meer algemene conclusies mag trekken, dan lijkt het er toch op

dat partijen proberen te schikken als de patiënt door het panel in het gelijk wordt gesteld; wordt daarentegen de arts in het gelijk gesteld, dan pleegt de patiënt door te gaan naar de civiele rechter¹⁹⁵. Uit een al wat ouder onderzoek van de National Association of Insurance Commissioners (NAIC) blijkt dat in minder dan 1 % van de gevallen de gedupeerde patiënt naar een screening panel gaat¹⁹⁶. Over het geheel genomen werden artsen en patiënten ongeveer even vaak in het gelijk als in het ongelijk gesteld. Ofschoon de AMA in haar rapport van 1985 zich een fervent voorstander van de panels toont, moet men zich toch afvragen of die opvatting wel gerechtvaardigd is. Uit het onderzoek van econome Patricia Danzon kan worden opgemaakt dat het bestaan van panels wellicht juist tot meer claims leidt vanwege de lage drempel, en dat terwijl die drempel in gewone procedures ook al vrij laag is, onder andere door het 'no cure, no pay'-systeem (paragraaf 4.7).

4.3 Arbitration boards

Over het geheel genomen, lijkt men meer te verwachten van 'arbitration boards' dan van screening panels. Arbitrage is vrijwillig, maar heeft men er eenmaal mee ingestemd dan is het oordeel wel bindend. De Secretary's Commission heeft in haar rapport van 1974 arbitrage al aanbevolen als een nuttig instrument voor een goedkope, snelle en grondige afhandeling van vorderingen tegen artsen en ziekenhuizen¹⁹⁷. Men dacht toen vooral aan arbitrage van de kleinere zaken. Zaken met een groter financieel belang zouden naar de gewone rechter moeten.

Thans kennen ruim vijftien van de Amerikaanse staten de een of andere vorm van arbitrage¹⁹⁸. De rechtsgeldigheid van de arbitration boards is al veelvuldig voor de rechter aan de orde gesteld. Deze let daarbij onder meer scherp op de vrijwilligheid van de patiënt om zijn veelal toekomstige vordering aan arbitrage te onderwerpen. De wet eist daarom vaak dat de overeenkomst tot arbitrage schriftelijk wordt aangegaan en dat de patiënt zijn handtekening plaatst op een formulier dat aan duidelijkheid niets te wensen overlaat. In heldere taal en in grote letter moet de patiënt erop worden gewezen dat hij zijn recht prijsgeeft om alsnog bij de gewone rechter verhaal te halen. Sommige wetten eisen bovendien dat de patiënt nog een bedenktijd wordt gegund van 30 tot 60 dagen¹⁹⁹.

Er bestaan weinig gegevens over het aantal arbitrages. Uit het al eerder aangehaalde NAIC-onderzoek blijkt dat in de periode 1975-1978 slechts 0,3 % van het aantal vorderingen werd gearbitreerd²⁰⁰. Maar wellicht is dat nu anders. Ook over het effect is weinig bekend. Deskundigen lijken over het algemeen iets positiever te oordelen over de arbitration boards dan over de panels. Anderzijds staat vast dat advocaten arbitrage afraden²⁰¹, tenminste als ze er op tijd bij zijn. Want de meeste arbitrage-overeenkomsten worden gesloten voor het begin van de geneeskundige behandeling en dus voor het moment dat er überhaupt van een fout sprake is.

4.4 Verjaring van vorderingen

Dat schadevergoedingsvorderingen na verloop van tijd verjaren is goed. Naar mate meer tijd verstrijkt, wordt het immers voor partijen en voor de rechter steeds moeilijker te achterhalen wat er destijds is gebeurd. Bovendien is het goed dat er na verloop van tijd zekerheid komt over de rechtsverhouding uit het verleden²⁰². Zo hoeven allerlei gegevens niet tot in eeuwigheid bewaard te worden en lopen ook arts en verzekeraar niet het risico nog na zeer veel jaren en totaal onverwacht met vorderingen te worden besprongen. Het bestaan van een al te lange verjaringstermijn, of nog erger, het geheel ontbreken ervan, is voor de verzekeraar een gruwel. Anderzijds heeft elke verjaringstermijn als nadeel, dat een burger zijn recht op schadevergoeding wordt ontnomen terwijl hij toch het slachtoffer is van een fout.

In Amerika verschillen de verjaringsregelingen ('statutes of limitation') vaak aanmerkelijk per staat. Toch is er een duidelijke ontwikkeling in de richting van kortere verjaringstermijnen voor medische aansprakelijkheidsclaims. Volgens de laatste gegevens van de AMA hebben 42 staten een nieuwe regeling vastgesteld en de termijnen variëren meestal van een tot vijf jaar²⁰³. Nu doet zich bij fout gelopen medische behandelingen evenwel de moeilijkheid voor, dat het letsel dat optreedt als gevolg van de behandeling soms pas veel later wordt ontdekt. Vaak is de verjaringstermijn dan al verstreken. Om nu de patiënten die hiervan de dupe dreigen te worden, te hulp te komen, passen vele rechters de zogenaamde 'discovery-rule' toe: de verjaringstermijn gaat pas lopen als de gedupeerde zijn letsel heeft ontdekt of redelijkerwijs had moeten ontdekken. Het is duidelijk dat aldus aan de verjaringsregel deels haar effect wordt ontnomen. Bovendien kennen nogal wat staten een aparte regeling voor minderjarigen. Hun vorderingen verjaren dan pas bij hun meerderjarigheid, soms ook eerder. Dit is van groot belang voor de vaak zo kostbare 'baby-cases': ondanks de verkorte verjaringstermijnen kan jaren na de ongelukkige bevalling de arts dus toch nog een schadevordering toegestuurd krijgen.

Vaak bestaat er onduidelijkheid over de vraag *wat* de gedupeerde patiënt precies moet hebben ontdekt of had behoren te ontdekken bij toepassing van de discovery-rule. Het enkele feit dat hij letsel heeft opgelopen? Of moet hij niet alleen het letsel, maar ook de oorzaak van dat letsel ontdekt hebben? In tijd kan dat nogal wat verschil maken. In een befaamde uitspraak ging een rechterlijk college zelfs nog een stap verder: de verjaringstermijn gaat pas lopen vanaf het moment dat het slachtoffer op de hoogte was of had moeten zijn van het letsel, van de oorzaak van het letsel en van de identiteit van degene die hem dat letsel toebreacht²⁰⁴.

Een aantal malen werden de aangescherpte verjaringsregelingen aan de rechter ter beoordeling voorgelegd. In bijna alle gevallen bleken ze in overeenstemming met de grondwet, zij het dat die regelingen die geen discovery-rule kenden, werden uitgelegd alsof dat wel het geval was. Een voorbeeld van een typerende²⁰⁵ regeling is de Statute of Limitations van California: de ver-

jaringstermijn is drie jaar na het ontstaan van het letsel of een jaar nadat het letsel ontdekt had moeten worden. Een uitzondering geldt voor het geval dat de arts bewust gegevens verborgen heeft gehouden, en verder geldt voor minderjarigen een iets afwijkende regeling: tot drie jaar na de ontdekking dan wel (wanneer dat later is) tot het achtste levensjaar.

Over het effect van de verkorting van de verjaringstermijn verschilt men van mening. Zo bleek uit een onderzoek van de Insurance Offices over 1974, toen nog geen verscherpte verjaringstermijnen golden, dat ruim 93 % van de vorderingen wordt ingesteld binnen drie jaar. Wellicht is het geringe verzet van de zijde der advocaten tegen de verkortingen een teken aan de wand.

4.5 Eén aansprakelijk voor allen

Soms is een medische fout te wijten aan het onzorgvuldige gedrag van verschillende personen tegelijk. Stel dat een patiënt hersenletsel heeft opgelopen door een teveel van een bepaald medicijn. Die fout kan het gevolg zijn van een reeks van onoplettendheden van verschillende personen: de arts die het voorschreef, de apotheker die het zonder verder nadenken bereidde of de verpleegkundige die het spoot in een moment van onoplettendheid. Elk van hen valt, in meer of mindere mate, een verwijt te maken. Het zou misschien rechtvaardig zijn als elk van hen naar grootte van zijn fout aansprakelijk zou zijn, maar het recht is hier sterk in het voordeel van het slachtoffer. Hij kan elk van hen voor het geheel van de schade aanspreken, hoe gering ook de bijdrage van de aangesprokene is geweest²⁰⁶. De geringste fout is dus als een vlieg wiel naar volledige schadevergoeding.

In de Amerikaanse praktijk gaat het dan meestal zo, dat de gedupeerde patiënt een dader aanspreekt voor het geheel van de schade, maar niet verder dan tot waar diens verzekering reikt. Het komt maar zelden voor dat een patiënt een vordering instelt voor een hoger bedrag, zodat de aangesprokene failliet zou kunnen gaan²⁰⁷. Blijkt dan de schade nog niet geheel vergoed te zijn, dan pleegt de patiënt zich te wenden tot de volgende, bijvoorbeeld de verpleegkundige of de apotheker, net zolang tot zijn gehele schade is vergoed. Zo kan het aantal gedaagde personen groter zijn dan een. De General Accounting Office berekende dat voor de ruim 73 000 vorderingen die in 1984 door de verzekeraars werden afgesloten, er ruim 103 000 personen werden gedagvaard. Dat is 1,4 per vordering, waarbij het aantal gedaagde personen uiteen liep van 1 tot 13 (!)²⁰⁸.

Het voordeel van deze 'gezamenlijke aansprakelijkheid' is, dat de patiënt een speurtocht wordt bespaard naar de precieze mate van schuld van elk der mogelijke daders. En als een van hen de schade heeft betaald, dan kan hij altijd een deel zien terug te vorderen van degenen die tot dan toe de dans ontsprongen. Maar van dat laatste komt in de Amerikaanse praktijk weinig terecht.

Mede daarom gaat er een toenemend aantal stemmen op om de regel van de gezamenlijke aansprakelijkheid af te schaffen. In een aantal staten is dat ook al gebeurd, soms door een wet, soms door rechtersrecht. Ook de General Accounting Office is een voorstander van afschaffing²⁰⁹. Het nadeel voor de patiënt dat hij zijn schade niet geheel vergoed zal krijgen, wordt daarbij op de koop toegenomen, ten gunste van de artsen. Maar er klinken ook waarschuwendende woorden tegen afschaffing van de regel van 'een voor allen'. Zo zouden de advocaten van de patiënten in dat geval niet langer de maximum verzeeringsdekking van bijvoorbeeld de aangesproken arts of verpleegkundige respecteren. Omdat de kans groter is geworden dat een deel van de schade niet verhaald kan worden, zouden deze advocaten bij de eerste aangesproken dader meteen willen halen wat er te halen is. En zo zou de arts in feite slechter af zijn²¹⁰.

4.6 Limitering van schadevergoeding

Een veelvuldig bepleite en naar alle waarschijnlijkheid ook zeer effectieve maatregel tegen torenhoge schadevergoedingen, is het in de wet vastleggen van een bovengrens waarboven de schadevergoeding niet mag komen. Thans kennen veertien staten de een of andere wettelijke vorm van limitering van schadevergoeding²¹¹. In een aantal staten is de regeling evenwel al in strijd met de grondwet bevonden.

Er zijn verschillende systemen van limitering ('limits' of 'caps') denkbaar. Ten eerste kan men bepalen dat de arts voor niet meer dan een vast bedrag aansprakelijk kan worden gesteld (bijvoorbeeld tot \$ 250 000, \$ 500 000 of tot \$ 750 000). Een wat subtieler systeem is dat, waarin de arts voor niet meer dan voor een bepaald bedrag aansprakelijk kan worden gehouden (bijvoorbeeld tot \$ 250 000), maar waarin de patiënt voor het overige een beroep kan doen op een Patient Compensation Fund (pcf). Van de staten die ik hiervoor noemde, hebben er een stuk of tien zo'n pcf, of een 'excess recovery fund' zoals ze ook wel worden genoemd²¹². Er zijn twee systemen: een waarbij het fonds het gehele ontbrekende bedrag voldoet; en een waarbij het fonds tot een bepaald maximum uitkeert, waarboven de patiënt zich dan zo mogelijk weer tot de arts moet wenden. De fondsen worden uiteindelijk toch weer gevuld door artsen en ziekenhuizen, maar zij blijken lang niet altijd goed te functioneren. Zo zijn er gevallen bekend waarin het fonds na twee miljoenen-vorderingen al leeg was.

Behalve limitering tot een vast bedrag en limitering gekoppeld aan een fonds, is ook goed denkbaar dat men een bepaalde schadepost in omvang beperkt. In het bijzonder denke men dan aan een beperking van smartegeld. Zo kent Californië al een limiet van \$ 250 000 voor 'non-economic loss'. Ik kom daar nog op.

Tenslotte wordt ook wel gedacht aan een zeer genuanceerd systeem, waarin

bij de vaststelling van de limiet rekening wordt gehouden met de omstandigheden waarin de gedupeerde zich bevindt. Een soort zwevend plafond waarvan de hoogte wordt bepaald door de ernst van de schade en de leeftijd van het slachtoffer. Het maakt immers verschil of iemand enkele dagen langer dan nodig in het ziekenhuis heeft moeten liggen of dat hij invalide is geworden. En zo maakt het ook verschil of het invalide slachtoffer al reeds een grijsaard is of een jongeman die nog een heel leven heeft te 'gaan'. Zo'n genuanceerd systeem leidt ongetwijfeld tot een rechtvaardiger uitkomst, waarin de nadelen van limitering niet uitsluitend en alleen worden afgewenteld op degenen die de meeste schade lijden. Of dit systeem al ergens is ingevoerd en of het ook werkbaar is, is mij niet bekend.

Hoe reageerde de rechter? In tenminste vier gevallen oordeelde hij limitering 'unconstitutional', onder meer omdat het niet aangaat slachtoffers van medische fouten slechter te behandelen dan slachtoffers van andere fouten die in de samenleving worden gemaakt: of limitering voor allen of geen limitering²¹³. Een ander bezwaar geldt het verschijnsel dat zoëven al werd aangestipt, de limitering wordt vooral afgewenteld op hen die juist het meest zijn getroffen. Dat nadeel zou in het hierboven laatst besproken systeem kunnen worden weggenomen. Overigens zijn er naast een aantal onverbindend-verklaringen, ook rechters geweest die accoord konden gaan met limitering²¹⁴. Op zeer veel plaatsen in Amerika wacht men thans gespannen af wat er gaat gebeuren met de nog niet getoetste wetgeving, vooral ook omdat men op limitering de hoop heeft gevestigd. Het lijkt erop dat limitering van smartegeld een redelijke kans maakt het rechterlijk oordeel te overleven.

Men neemt aan dat de crisis voor een belangrijk deel wordt veroorzaakt door een betrekkelijk klein aantal 'multi-million dollar awards'²¹⁵. Het aantal van dit soort vergoedingen stijgt. Uit een wat ouder NAIC-onderzoek blijkt dat er in 1975 vijfmaal, tegen in 1978 23 maal meer dan een miljoen dollar werd uitgekeerd²¹⁶. En in een door de AMA georganiseerde discussie, zei de voorzitter van AMA's Tort Reform Advisory Committee, Brad Cohn, dat 60 % van de uitgekeerde schadevergoedingen voortvloeide uit slechts 2 % van de zaken en 70 % uit 3 % van de zaken²¹⁷. Als dat juist is, dan moet limitering wel effect hebben, afhankelijk natuurlijk van de grens van de limiet. Een schatting van NAIC uit 1980 voorspelde een daling van 20 % in 1978 als op dat moment een vaste limitering van \$ 300 000 zou hebben gegolden²¹⁸. Een studie van de Rand Institute for Civil Justice vond een daling van 20 % in die staten waar limitering geldt²¹⁹. Bovendien wijst Patricia Danzon erop dat het effect op vorderingen die worden *geschikt* naar alle waarschijnlijkheid navenant is²²⁰. Verder haalde ik in hoofdstuk 3 al een rapport aan waarin wordt geschat dat een erg klein deel van de toegekende smartegeldbedragen goed is voor zo'n 80 % van alle smartegeldbedragen bij elkaar. Als dat juist is, dan heeft limitering van smartegeld een meer dan evenredig effect. Bovendien lijkt het waarschijnlijk dat een limiet ook een matigend effect heeft op de vergoedingen van kleiner leed, zie hierover paragraaf 3.8.

Anderen daarentegen waarschuwen voor hooggestemde verwachtingen. Zo wijst de St. Paul Fire and Marine Insurance Company in een rapport van juli 1986 er op, dat er geen enkele zekerheid is dat de wettelijke limitering zoals die in een aantal staten geldt ook werkelijk effect zal hebben op schikkingen²²¹. Verder wijst ze erop dat weinig effect te verwachten valt van een wettelijke limitering die wordt beperkt tot het 'ideële deel' van het totale schadevergoedingsbedrag. Volgens haar zou het maar betrekkelijk weinig voorkomen dat meer dan \$ 250 000 aan ideële schadevergoeding wordt toegewezen²²². Gelet op het bovenstaande is het de vraag of dat juist is.

Bovendien zijn er al aanwijzingen dat rechters en jury's proberen de limieten te omzeilen door andere schadeposten op te kloppen, dan wel door aan de arts de veelal niet-gelimiteerde 'punitive damages' op te leggen (zie paragraaf 4.12). Soms ook is de limitering gebonden aan de aansprakelijkheid van één wederpartij. In gevallen waarin door verschillende personen of instanties fouten zijn gemaakt (verpleegkundigen, artsen, het ziekenhuis zelf), kan door hen apart aan te spreken de limiet worden omzeild²²³. Bovendien wijzen de verzekeraars van St. Paul op een gevaar dat zich altijd voordoet bij limitering: de bewuste of onbewuste neiging van rechters en jury's bij het vaststellen van het bedrag aan schadevergoeding maar meteen voor het maximum te kiezen. Dat gevaar is er vooral bij de vaststelling van het bedrag aan immateriële schadevergoeding. Kernachtig uitgedrukt: '... there is a possibility that caps on non-economic awards may ultimately become a target, rather than a ceiling, for awards'²²⁴.

4.7 Advocaten en hun salaris

Wat veel artsen al lang een doorn in het oog is, is de honorering van advocaten. In Amerika geldt voor advocaten die voor patiënten in civiele procedures optreden doorgaans het systeem van 'contingent fee'. Dat wil zeggen dat de advocaat die voor zijn cliënt schadevergoeding weet te krijgen, hetzij na een vonnis, hetzij door een schikking, recht heeft op een gedeelte van die vergoeding. Dit systeem is begrijpelijk als men weet dat veel Amerikaanse advocaten werken op basis van 'no cure, no pay': geen resultaat, geen loon²²⁵.

In Amerika geldt de regel dat de cliënt gehouden is redelijke en noodzakelijke kosten die zijn advocaat heeft gemaakt, te vergoeden. Dat is niet anders in het geval van een 'contingent fee-agreement'. Toch vragen advocaten doorgaans niet om vergoeding van de kosten als de zaak voor de cliënt slecht is afgelopen.

In de regel betaalt elke partij zijn eigen advocaat en als de eiser verliest dan zal hij dus in beginsel niet voor het honorarium van de advocaat van de tegenpartij hoeven op te draaien. Maar op die regel bestaan diverse uitzonderingen. Wettelijke bepalingen geven de rechter vaak de mogelijkheid de verliezende partij te veroordelen in de kosten van de tegenpartij. Ik ben er niet achter

gekomen of deze kosten in de regel voor rekening van de cliënt of van de advocaat komen.

Het is opmerkelijk dat – anders dan we in Nederland vaak denken – de kritiek op de betaling van advocaten zich niet richt op het systeem als zodanig. Integendeel, men oordeelt het eigenlijk wel rechtvaardig dat een gedupeerde de gang naar het recht niet wordt bemoeilijkt of belemmerd omdat hij zich geen verlies van het proces kan veroorloven²²⁶. De Amerikaanse grondwet geeft iedere verdachte in een strafzaak het recht op een juridisch raadsman, en waarom zou dat niet ook gelden voor civiele procedures, zo wordt wel gezegd²²⁷. ‘Contingent fee is the poor man’s key to the courthouse.’ Daar staat tegenover dat patiënten met een bescheiden vordering soms maar moeilijk een advocaat kunnen krijgen. Zo wordt al gezegd dat een claim beneden \$ 50 000 (!) voor veel advocaten een te gering bedrag is om er werk van te maken²²⁸.

Als een voordeel van het thans geldende systeem wordt gezien dat het rechtstreeks belang dat de advocaat heeft in de zaak, hem dwingt goed werk te leveren. Daarbij komt dat het contingent fee-systeem de advocaat dwingt de zaak op een economisch efficiënte wijze af te handelen. Immers, voor de advocaat geldt dat alle extra energie die in de zaak wordt gestoken, ook tot extra opbrengsten zal moeten leiden. Op het moment dat die twee – inbreng en opbrengst – met elkaar uit de pas gaan lopen, is het tijd de zaak af te doen. Economen noemen dat het grensnut.

Anderzijds heeft dit systeem ook nadelen: niet voor niets is de contingent fee in een groot aantal landen verboden²²⁹. Er is vooral de angst dat advocaten, met een enorme schadevergoeding in zicht, een loopje zullen nemen met hun ereregels. Zo wordt in de literatuur het gevaar gesignaleerd van een ‘improper coaching of witnesses’ en ‘groundless legal arguments designed to lead the court into error’²³⁰. Andere nadelen zijn dat de advocaat het onderste uit de kan probeert te halen, waar de gedupeerde zelf allang had geschikt. Over die vraag – wanneer het ‘genoeg’ is – kunnen hevige meningsverschillen ontstaan tussen cliënt en advocaat. Beiden immers hebben financieel belang in de zaak; de advocaat wordt in dat verband niet voor niets een ‘managing partner’ in de zaak genoemd.

Leidt nu het contingent fee-systeem tot een groter aantal procedures dan een ‘fee for service-approach’ zoals we in Nederland kennen? Vrij algemeen lijkt men van mening dat een advocaat zich niet zal opwerpen als pleitbezorger van een onverdedigbare zaak omdat hem dat alleen maar geld kost. Sterker nog: zaken met een gering belang zijn voor vele advocaten onvoldoende interessant om er überhaupt aan te beginnen. Dat geldt vaak voor de zeer gespecialiseerde kantoren: ‘We usually take on only those cases where the injuries are truly horrendous’, aldus Edward P. Milstein, partner bij het New Yorkse kantoor Lipsig, Sullivan & Liapakis in de *Wallstreet Journal*, ‘loss of a limb, death of a wage earner, paraplegic or quadriplegic (verlammingen) cases, brain-damaged-baby cases – these cases are worth a lot of money’²³¹.

Daar wordt soms tegen ingebracht dat het overschot van advocaten sommi-

gen van hen dwingt vooral zeer grote zaken aan te nemen – hoe onwaarschijnlijk de kans op winst ook is – vanuit de gedachte: men weet maar nooit hoe een koe een haas vangt en als het lukt dan levert dat succes vaak voor lange tijd brood op de plank.

Het contingent fee-systeem is zo ingericht dat de advocaat veelal een vast percentage van de vergoeding krijgt, vaak zo'n 30 %. Daarmee krijgt hij een rechtstreeks financieel belang in de zaak en bij een miljoenenvergoeding voor de patiënt levert dat soms een buitensporige beloning voor zijn inspanningen op. Op die onevenredigheid bestaat veel kritiek, zelfs als men zich realiseert dat in het salaris dat de advocaat krijgt, de inspanningen verdisconteerd zitten die hij zich heeft getroost ten behoeve van verloren zaken²³².

Volgens de laatste gegevens hebben daarom thans zo'n twintig staten het contingent fee-systeem bij medische aansprakelijkheidsclaims op de een of andere manier gereguleerd. Nergens werd het systeem als zodanig ter sprake gebracht, wel de uitwerking. In een aantal staten is een bepaling opgenomen, waarin staat dat eiser gehouden is de tegenpartij zijn kosten te vergoeden als deze in redelijkheid niet gemeend kan hebben dat hij de zaak zou kunnen winnen²³³. In sommige staten wordt het contingent fee-systeem op een glijdende schaal geplaatst. Een AMA-rapport geeft als voorbeeld de wetgeving in Delaware: de vergoeding mag niet hoger zijn dan 35 % voor de eerste \$ 100 000, 25 % voor de tweede \$ 100 000 en 10 % voor het overige²³⁴. Andere staten werken weer met vaste maximumpercentages: een beloning van meer dan 35 %-40 % wordt geacht onredelijkheid en dus niet verschuldigd te zijn²³⁵. In weer andere staten wordt de vaststelling van het salaris overgelaten aan de rechter die over de zaak beslist²³⁶. Overigens is het zo dat de advocaten die optreden voor de arts of voor het ziekenhuis op uurbasis werken, net zoals de advocaten in ons land.

Bijna steeds werd de hierboven besproken wetgeving geaccepteerd door de rechter. Dat viel al wel enigszins te verwachten omdat regulering van de salarissen van advocaten al eens eerder was voorgekomen. Zo kent bijvoorbeeld de Federal Tort Claims Act een maximum van 25 % voor zaken die tegen de overheid worden aangespannen²³⁷.

Heeft deze wetgeving het beoogde effect? 'No cure, no pay' en contingent fee leiden er ongetwijfeld toe dat meer vorderingen worden ingesteld dan wanneer advocaten op uurbasis zouden werken. De reden is dat eisers maar in zeer geringe mate worden afgeschrikt een proces te beginnen. Ze hebben alleen maar iets te winnen. Zouden zij daarentegen hun advocaten per uur moeten betalen, dan zouden zij zich wel tweemaal bedenken alvorens een procedure te beginnen. Ook, en dat is van groot belang, zij die op zich een kansrijke vordering hebben.

Anderzijds is het volstrekt niet ondenkbaar dat het naar beneden halen van de contingent fee juist niet leidt tot lagere schadevergoedingen. Het ligt immers meer voor de hand dat deze wetgeving advocaten juist stimuleert extra hoge vergoedingen te eisen teneinde ondanks de beperkingen toch op een gelijk niveau te blijven. Onderzoek hiernaar is er nog niet.

4.8 Good Samaritan Laws

De halfdode en leeggeschudde man uit Lucas 10 zou er naar alle waarschijnlijkheid niet over hebben gepeikerd zijn barmhartige helper aan te spreken voor de mogelijke schade die hij zou hebben geleden als gevolg van de hulp die hij kreeg. Het behoort tot de meest onvoorstelbare kanten van het geheel dat wij 'Amerikaanse toestanden' noemen, dat artsen een op straat liggend slachtoffer ontlopen, uit angst nadien door datzelfde slachtoffer tot schadevergoeding te worden aangesproken. Dat verhaal hoort men in Nederland altijd als er gesproken wordt over Amerikaanse toestanden. Wat is er van waar?

Anders dan bij ons, eist het Amerikaanse recht van zijn burgers in het algemeen niet dat hij een in nood verkerende mens te hulp schiet²³⁸. Dat geldt ook voor artsen: 'A physician is under no duty to answer the call of the one who is dying and might be saved, nor is anyone required to play the part of Florence Nightingale and bind up the wounds of a stranger who is bleeding to death...' ²³⁹.

Als iemand *wel* zijn hulp aanbiedt, dan doet hij *meer* dan zijn plicht. In de jaren '50 gebeurde het een aantal keren dat op straat liggende en gewonde personen, achteraf probeerden de schade die zij hadden geleden, doorgaans bij gebreke aan een betere dader, te verhalen op hem die onverplicht zijn hulp had aangeboden. 'Thus', schrijft Shapiro, 'notwithstanding a best efforts attempt, a physician who rendered emergency medical care became the natural target of malpractice actions'²⁴⁰. Stuitend, vond iedereen, en zoals dat vaker gebeurt in de Verenigde Staten reageerde de wetgever onmiddellijk, ook al was dat in feite niet nodig omdat ook onder Amerikaans recht voor de vraag of de arts onzorgvuldig heeft gehandeld doorslaggevend is hoe een redelijk bekwame geneesheer zou hebben gehandeld in gelijke omstandigheden²⁴¹. Maar hierdoor lieten artsen zich niet overtuigen en er dreigde inderdaad een situatie te ontstaan die zeer nadelig zou zijn voor een ieder die ooit hulpeloos op straat zou komen te liggen²⁴².

In alle staten van Amerika werden zogenaamde Good Samaritan Laws ingevoerd. Het voornaamste oogmerk was de artsen een hart onder de riem te steken. Zij hoeven niet bang te zijn aansprakelijk te worden gesteld, ook al hebben ze niet gehandeld zoals ze gedaan zouden hebben onder normale omstandigheden²⁴³. De verschillende Good Samaritan Laws verschillen per staat soms aanzienlijk, maar meestal is in de desbetreffende bepaling wel een regel opgenomen dat de arts bij 'gross negligence' of bij 'wilfull or wanton misconduct' toch aansprakelijk gesteld kan worden²⁴⁴. Maar als priester of leviet hoeven ze zich daarom nog niet te gedragen.

4.9 Voordeelsverrekening

Er is op nog een aantal punten wetgeving gekomen. Al eerder besprak ik het tamelijk wonderlijke fenomeen dat sommige patiënten hun schade letterlijk

dubbel en dwars vergoed krijgen. Want bij het vaststellen van de hoogte van de schadevergoedingsverplichting mag met eventuele andere uitkeringen geen rekening worden gehouden. Bijvoorbeeld met uitkeringen op grond van een verzekering die het slachtoffer of zijn werkgever had afgesloten²⁴⁵. Want waarom – zo is de gedachtengang – zou de arts die onzorgvuldig heeft gehandeld ervan mogen profiteren dat zijn patiënt (of diens werkgever) zo verstandig is geweest zich te verzekeren²⁴⁶?

Toch is thans in zo'n twintig staten de zogenoemde 'collateral source rule' geschrapt²⁴⁷. Veelal met de toevoeging dat wel rekening moet worden gehouden met de premies die de patiënt (of zijn werkgever) voor de verzekering heeft betaald²⁴⁸. Zouden alle staten overgaan tot afschaffing van de collateral source rule, dan zou dat een zeer belangrijk drukkend effect hebben op de totale omvang van de uit te keren schadevergoedingen in het land²⁴⁹.

4.10 Informed consent

Wetgeving kwam er ook op het punt van 'informed consent'. Een arts behoort zijn patiënten informatie te verstrekken over bijvoorbeeld de risico's die aan bepaalde behandelingen verbonden zijn. Schiet hij daarin te kort en realiseert het risico zich, dan is hij in beginsel aansprakelijk, als aannemelijk is dat de patiënt zijn toestemming voor de behandeling zou hebben geweigerd als hij wel op de hoogte was gebracht (zie paragraaf 3.7). Dat geldt zelfs als op zichzelf de behandeling voldoende zorgvuldig werd uitgevoerd. In zoverre levert de informed consent-doctrine dus een zelfstandige aansprakelijkheidsgrond op, naast aansprakelijkheid op grond van bijvoorbeeld een onzorgvuldige diagnose of behandeling.

Hoewel er in de Verenigde Staten maar weinig procedures zijn gevoerd op basis van een tekortschietende informatieverstrekking, heeft toch een aantal staten wetgeving uitgevaardigd teneinde de mogelijkheden te beperken om zo'n procedure te voeren²⁵⁰. Een aantal staten veronderstelt de toestemming van de patiënt als de arts een schriftelijk stuk heeft verstrekt waarin staat: 'in general terms the nature and purpose of the procedure or procedures, together with the known risks, if any, of death, brain damage, quadriplegia²⁵¹, paraplegia²⁵², the loss or loss of function of any organ or limb, or disfiguring scars associated with such procedure or procedures, with the probability of each such risk if reasonably determinable (...)'. Aldus de Iowa Written Informed Consent Law²⁵³.

Nog meer omvattend is de zogenaamde Texas Medical Disclosure Panel Law uit 1977²⁵⁴. Daar werd een panel van deskundigen in het leven geroepen met als opdracht:

- (a) To the extent feasible (...) (to) identify and make a thorough examination of all medical treatments and surgical procedures in which physicians and health care providers may be involved in order to determine

which of those treatments and procedures do and do not require disclosure of the risks and hazards to the patient or person authorized to consent for the patient.

(b) The panel shall prepare separate lists of those medical treatments and surgical procedures that do and do not require disclosure and for those treatments and procedures that do require disclosure shall establish the degree of disclosure required and the form in which the disclosure will be made (...)'.

Over het effect van dit soort wetgeving op het aantal vorderingen is weinig te zeggen. Gelet op het geringe aantal zaken dat specifiek op de informed consent-doctrine is gebaseerd, zal het effect wellicht gering zijn, hoewel men niet kan weten of deze nieuwe wetgeving niet een zekere preventieve werking heeft gehad²⁵⁵.

4.11 Een bedrag ineens?

Was het tot voor enkele jaren algemeen gebruikelijk de schadevergoeding te bepalen op een 'bedrag ineens' (een zogenaamde 'lump sum') waarin bijvoorbeeld de gehele inkomensderving en al het smartegeld voor de rest van een levenslang invalide patiënt is opgenomen, thans gaat een groeiend aantal staten over op een systeem van 'periodic payments'. Dat zou voor de arts en zijn verzekeraar verschillende voordelen hebben. Gaat de uitkeringsgerechtigde dood dan houden de betalingen op, zodat eventuele erfgenamen er niet meer van kunnen profiteren. Verder heeft een systeem van betalen op het moment dat de schade ontstaat als voordeel dat preciezer rekening kan worden gehouden met inflatie, rente en inkomensontwikkeling. Daarmee hangt samen dat de jury wordt beperkt in haar mogelijkheden om, gedragen door emoties, min of meer met de natte vinger de arts tot een gigantische schadevergoeding te veroordelen.

Ongetwijfeld heeft een systeem van periodieke betaling ook nadelen. Zo kan een verzekeraar rekenen op een toename van zijn overhead kosten. Het kan vele jaren duren voor een aansprakelijkheidszaak eindelijk kan worden afgesloten; soms zelfs pas bij het overlijden van de patiënt, vele jaren later. En ook al is er voor verzekeraar en patiënt het voordeel dat de schadevergoeding preciezer aansluit op de schade, voor beiden heeft dat voordeel ook een keerzijde. Om de – zeg drie – jaar moet een zaak weer worden heropend, om de stand van zaken op te nemen. Zeker voor het slachtoffer kan het steeds maar weer oprakelen van het ongeval zeer belastend zijn, terwijl voor de verzekeraar het aantal lopende zaken enorm zal zijn, met de organisatorische en financiële belasting vandien.

Toch ben ik in de discussie deze en andere nadelen nauwelijks tegengekomen, waarschijnlijk ook omdat men onder de indruk is geraakt van studies waaruit zou blijken dat de totale omvang van de uit te keren schadevergoe-

dingen zou teruglopen met zo'n 7 % tot 14 % (schikkingen meegerekend)²⁵⁶. Onzekerheid is er over het oordeel van de rechter. In zeker een geval werd de regeling onverbindend geoordeeld en in twee gevallen verbindend. In de overige staten verkeert men dus nog in onzekerheid²⁵⁷.

Verder is het in zeer veel staten (ongeveer 33) de eiser bij wet verboden in zijn dagvaarding aan te geven hoeveel hij vordert (de 'ad damnum-clause'), kennelijk met de bedoeling te voorkomen dat rechter en jury vooraf te zeer bevooroordeeld raken ten aanzien van de toe te wijzen schadevergoeding²⁵⁸. Bovendien bepleit de AMA dat jury's verplicht worden de door hen vast te stellen schadevergoeding te specificeren²⁵⁹.

4.12 Punitive damages

De organisaties van artsen zijn er ook voorstander van dat de zogenoemde 'punitive damages' onmogelijk worden gemaakt in zaken van medische aansprakelijkheid²⁶⁰. Punitive damages, die wij in Nederland niet kennen, kunnen worden toegekend indien iemand weloverwogen en opzettelijk ('intentional and deliberate') een ander onrechtmatig schade toebrengt. Naast de gewone schadevergoeding, hebben punitive damages tot doel: 'of punishing the defendant, of teaching the defendant not to do it again, and of deterring others from following the defendants example'²⁶¹.

Onzorgvuldigheid alleen is lang niet genoeg; er moet veel meer aan de hand zijn. Zelfs grove schuld is niet voldoende²⁶². Maar soms lijkt deze vorm van financiële veroordeling te worden misbruikt, bijvoorbeeld om een schadevergoedingsplafond op immateriële schade te omzeilen²⁶³. Mede daarom bepleit de American Medical Association vurig de afschaffing van de mogelijkheid te veroordelen tot punitive damages als zijnde 'inappropriate in medical professional liability'²⁶⁴.

Een groot gevaar is, dat rechters en jury's nogal eens geneigd zijn buitenproportionele schadevergoedingen toe te wijzen in de vorm van onverifieerbare punitive damages. Prosser en Keeton (1984) wijzen nadrukkelijk op dit gevaar: 'punitive damages must bear some reasonable proportion, or at least some undefined kind of relation, to the actual damages found, so that a very small award on compensation will not support a very large penalty'. Toch, zo wordt daaraan toegevoegd, gebeurt dat niet altijd: 'where the enormity of the defendant's outrage calls for it, very large awards of punitive damages, ranging far out of all conceivable proportion to the amount found by way of compensation, have been sustained'²⁶⁵.

Zo vertelde mij een bevriend Amsterdams advocaat dat zijn Amerikaanse collega's, nadat de vaststelling van de werkelijk geleden schade heeft plaatsgevonden, opgetogen plegen te roepen: 'Let's go for the jackpot!'

4.13 Res ipsa loquitur

Tenslotte is er nog andere wetgeving geweest of voorstellen daartoe, waarvan men niet te veel mag verwachten. Zo hebben dertien staten de res ipsa loquitur-regel afgeschaft (zie daarover paragraaf 3.8). Deze afschaffing werd door sommige rechters in strijd met de grondwet bevonden. Overigens, gelet op de zeer strikt omschreven toepassingsmogelijkheden mag niet worden verondersteld dat afschaffing van de regel de artsen veel soelaas zal bieden. Eigenlijk pleiten alleen zij ervoor, die een verkeerde voorstelling van de regel hebben. De American Medical Association bepleit de regel in elk geval niet.

4.14 De Health Care Quality Improvement Act van 1986

In 1986 kwam een vanuit het oogpunt van kwaliteitsbewaking belangrijke wet tot stand: de Health Care Quality Improvement Act. Het is een wet die geldt voor geheel Amerika en de totstandkoming ervan moet voor een belangrijk deel worden toegeschreven aan de steeds grimmiger wordende aansprakelijkheids crisis in Amerika: nood brengt wet.

Ze bestaat uit twee belangrijke onderdelen. Vooreerst voorziet ze in het probleem dat wie op de een of andere manier betrokken is bij de kwaliteits-toetsing van een arts, het risico blijkt te lopen van een flinke schadevergoedingsvordering van diezelfde arts. Een voorbeeld gaf ik al in paragraaf 3.1. Tegen dat ongewenste boemerang-effect biedt de nieuwe wet bescherming. Om de toetsing van de kwaliteit van artsen te bevorderen, verschaft de wet 'juridische immuniteit'. Wie lid is van een 'professional review body' of wie aan zo'n instantie informatie verschaft, hoeft niet langer bang te zijn een vordering uit smaad tegengeworpen te krijgen. En dat is van belang, zeker nu het toch al een hele stap is om mee te werken aan een kritische beoordeling van collegae. De procedure moet natuurlijk zorgvuldig zijn; met name moet er sprake zijn van een 'reasonable belief the action was in the furtherance of quality health care' (sec. 412(a)).

Ook het tweede deel van de wet is van groot belang: er wordt voorzien in een 'information clearinghouse', onder verantwoordelijkheid van de minister voor de volksgezondheid. De opzet is dat wie in een zaak van medische aansprakelijkheid schadevergoeding betaalt (veelal een verzekeraar), het clearinghouse informeert over

- (1) the name of any physician or licensed health care practitioner for whose benefit the payment is made,
- (2) the amount of the payment,
- (3) the name (if known) of any hospital with which the physician or practitioner is affiliated or associated,
- (4) a description of the acts or omissions and injuries or illnesses upon which the action or claim was based, and

- (5) such or other information as the Secretary determines is required for appropriate interpretation of information reported under this section' (sec. 421(b)).

Al wie gehouden is deze informatie te verstrekken maar dat niet doet, riskeert een boete van maximaal \$ 10 000.

Een vergelijkbare verplichting tot informatie-verstrekking over hun uitspraken rust op 'tuchtrechtelijke' colleges. Op hun beurt zijn de ziekenhuizen gehouden informatie *in te winnen* over artsen die ze willen toelaten tot hun instelling. Verzuimt men informatie te vragen over een arts en blijkt deze bij het clearinghouse 'bekend' te zijn, dan wordt in een eventuele aansprakelijkheidsprocedure die informatie aan het ziekenhuis toegerekend, in die zin dat ook het ziekenhuis tot schadevergoeding kan worden aangesproken. Deze informatie is trouwens ook beschikbaar voor andere instellingen van gezondheidszorg waar artsen werken en voor tuchtrechtelijke colleges.

Aldus hoopt de Amerikaanse wetgever bij te dragen aan de kwaliteit van de artsen en te voorkomen dat slechte artsen hun vak kunnen blijven uitoefenen door steeds weer ergens anders in Amerika op te duiken. Of, en hoe de wet werkt, daarover bestaan nog geen gegevens.

4.15 Het effect van nieuwe wetgeving

Helpt de wetgeving zoals zij in het voorafgaande werd besproken? In een rapport *An Update on the Liability Crisis* wijst een ambtelijke werkgroep erop dat het soms lang kan duren voor het effect van wetgeving voelbaar is²⁶⁶. Er zijn verschillende oorzaken. De belangrijkste oorzaak is dat bijna steeds de wetgeving aan de rechter ter toetsing wordt voorgelegd. Dan kan het wel tien jaar duren voordat voor de hoogste rechter komt vast te staan dat de wetgeving 'constitutional' is. Verzekeraars zijn geneigd zo lang de kat uit de boom te kijken. Dat valt te begrijpen, want als de wet of een gedeelte ervan niet constitutioneel wordt bevonden, kan de aansprakelijkheid in een concreet geval weer worden beoordeeld naar het oude recht²⁶⁷. Zo kwam van de Californische Medical Injury Compensation Reform Act 1975 pas in 1985 vast te staan dat ze verbindend was. Wat de nieuwe federale Health Care Quality Improvement Act betreft, deze is nog te kort geleden van kracht geworden om er iets zinnigs over te kunnen zeggen.

Een tweede oorzaak waardoor het effect van wetgeving vaak lang op zich laat wachten, kan in de tekst van de regeling liggen. Zo kan een hervormingswet weliswaar verbindend zijn, maar laat de tekst van de wet aan de rechter zoveel interpretatievrijheid dat hij ermee kan doen wat hij wil. Soms ook zijn de teksten ronduit dubbelzinnig, zodat naar de uitkomst van een procedure slechts valt te gissen. Bovendien moet men zich realiseren dat degenen die op het politieke niveau betrokken zijn bij wetgeving, veelal ook een andere maatschappelijke functie hebben: bijvoorbeeld die van advocaat. Die twee func-

ties – advocaat en wetgever – kunnen tot een conflict van belangen leiden. Naar een Amerikaans hoogleraar mij vertelde, is het zelfs niet ongebruikelijk dat grote ondernemingen zorgen voor ‘een mannetje’ op het politieke (wetgevings)niveau, om aldus een bijdrage te leveren aan de belangen van die onderneming.

Als derde oorzaak wordt genoemd dat verzekeraars, alvorens hun premies aan te passen, eerst wel eens willen zien dat de wetgeving het beoogde effect heeft. Weliswaar is bijvoorbeeld het effect van limitering van schadevergoedingsbedragen te berekenen, maar van andere maatregelen is dat veel moeilijker. Wie weet bijvoorbeeld wat het effect zal zijn van een regulering van de contingent fee of van de invoering van een panel? Zal daarmee het aantal vorderingen afnemen of de hoogte van de bedragen? Wellicht, maar een verzekeraar zal eerst zekerheid willen hebben²⁶⁸.

Toch valt er ook nu wel iets te zeggen over de vraag of wetgeving helpt. In het derde rapport van de General Accounting Office zijn onder meer naast elkaar gezet de staat Californië, waar in 1975 zeer krachtige wetgeving werd aangenomen en twee vergelijkbare staten, Florida en New York, waar in diezelfde tijd veel slappere wetten tot stand kwamen²⁶⁹. De verschillen zijn opmerkelijk als we kijken naar de stijging van de premies tussen 1 januari 1980²⁷⁰ en 1 januari 1986, uitgesplitst naar specialisme (tabel 4.1).

De verschillen, met name in aansprakelijkheidsgevoelige specialismen als gynaecologie/obstetrie en neurochirurgie zijn enorm²⁷¹. Voor een belangrijk deel worden ze toegeschreven aan de tot stand gekomen wetgeving²⁷².

Tellen we alle artsen bij elkaar op, dan ontstaat over 1985 met betrekking tot de te betalen premies het volgende beeld (zie tabel 4.2).

De hiervoor genoemde ambtelijke werkgroep komt daarom tot de volgende, nogal voor de hand liggende, conclusies²⁷³:

- krachtige wetgeving heeft een belangrijk effect op de hoogte van de premies;
- zwakke wetgeving heeft slechts in zeer geringe mate effect ten aanzien van

Tabel 4.1

	<i>Californië</i> %	<i>Florida</i> %	<i>New York</i> %
general practice	173	199	335
internal medicine	61	199	326
general surgery	88	256	175
anesthesiology	35	217	96
obstetrics/gynecologists	140	395	345
orthopedic surgery	88	198	216
neurosurgery	113	370	273

bron: GAO, 1986

Tabel 4.2
1985 Premiums.

	<i>malpractice insurance premiums \$</i>	<i>premiums as a percentage of net income %</i>	<i>premiums as a percentage of gross revenue %</i>
all physicians			
California	10 547	9.5	5.0
Florida	16 018	11.9	6.6
New York	17 109	18.0	10.2

bron: GAO, 1986

de beschikbaarheid van verzekeringen en de betaalbaarheid van de premies;

- geduld is een goede zaak;
- de tekst van de wetgeving moet duidelijk en ondubbelzinnig zijn;
- van het grootste belang is de houding van de rechterlijke macht ten opzichte van hervormingsmaatregelen. Weerstand uit deze hoek kan het einde zijn van alle (hervormings)wetgeving.

Overigens zou een wijziging van de aansprakelijkheidswetgeving op ruime steun van de Amerikaanse burgers kunnen rekenen. In de ogen van veel Amerikanen moet de oorzaak van de crisis worden gezocht in het nastreven van een te ver doorgevoerd eigenbelang door het slachtoffer, aan de belangstelling van de media, aan de advocaten en aan de veel te hoge bedragen die aan smartegeld worden toegewezen²⁷⁴. Zo zou bijvoorbeeld 66 % van de Amerikanen voor een beperking van het smartegeld tot een bedrag van \$ 250 000 zijn.

Vlak voordat dit boek naar de drukker zou gaan, ontving ik het jaarverslag van St. Paul (1988) over 1987. Voor het eerst was de toon van deze grote verzekeraar iets optimistisch. De gemiddelde premiestijging voor 1988 bedroeg 5,5 %, waar dat voor 1987 30 % was. St. Paul veronderstelt dat 'it may be that society is now more aware of the effects of medical liability claims on the cost or delivery of care (...) or it may be part of the early effects of tort reform.'

Hoofdstuk 5

De reactie van de artsen

5.1 Inleiding

In het voorafgaande ben ik ingegaan op een groot aantal al dan niet gerealiseerde en al dan niet effectieve wettelijke hervormingen. Maar wat doen de werkers in de gezondheidszorg zelf? Soms ontstaat er een spontane actie. Toen onlangs een drietal obstetrici werd veroordeeld tot een schadevergoeding van \$ 10 000 000 voor een baby met hersenbeschadiging, haalden een 150-tal verpleegkundigen geld op om via een advertentie in de *Washington Post* hun steun aan de drie artsen te betuigen²⁷⁵. Want behalve de geweldige financiële gevolgen die zo'n vonnis heeft en de gevaren van defensive medicine, zijn er bijvoorbeeld voor artsen ook gevolgen van meer psychosomatische aard. In dit hoofdstuk beperk ik mij tot de arts. Zo wees onlangs de AMA-committee on professional liability op de 'intangible cost of physician disfunction, once a claim is filed': 'The biggest cost is not only one that can be calculated in dollars. It is the emotional injury that a physician experiences (...) Decreases in physician productivity as a result of such disfunction cannot be estimated (...)'²⁷⁶.

In de jaren '70 leek het erop dat artsen vrij passief zouden blijven, ondanks het feit dat het toenemende aantal vorderingen invloed had op zowel de beroepsuitoefening van de arts als op zijn gemoeds- en lichamelijke gesteldheid. Daarmee begin ik (paragraaf 5.2).

Behalve een roep om meer wetgeving, gebeurde er niet zoveel. Opzienbarend was eigenlijk alleen het fenomeen van de 'countersuit': de arts in de tegenaanval (paragraaf 5.3). Verder bespreek ik de vraag waarom de arts niet eenvoudig zijn aansprakelijkheid contractueel uitsluit (paragraaf 5.4). En daarna besteed ik aandacht aan de plannen van een speciaal opgerichte Task Force on Medical Malpractice van de American Medical Association (paragraaf 5.5).

5.2 Gevolgen voor de beroepsuitoefening en des artsen gemoed

Het almaar toenemende aantal vorderingen heeft gevolgen van velerlei aard. Het geeft problemen met betrekking tot de verzekerbaarheid (paragraaf 2.1),

het leidt in een toenemende mate tot defensive medicine (paragraaf 2.7) en er dreigt het gevaar dat bepaalde 'high risk' behandelingen steeds vaker worden afgestoten. In 1985 verschenen twee onderzoeken in het *American Journal of Psychiatry*²⁷⁷. Aan een enquête naar 'sued and non sued physicians' self-reported reactions to malpractice litigation' deden 355 artsen mee, allen leden van de Chicago Medical Society. Iets meer dan de helft van de geënquêteerde artsen bleek met een vordering te maken te hebben, of te hebben gehad. Meer dan de helft van de ondervraagde artsen spraken dus uit eigen ervaring, de overigen reageerden 'to the general threat of medical malpractice litigation'. De resultaten zijn interessant. De gevolgen variëren van het weigeren van bepaalde patiënten²⁷⁸ en vervroegde pensionering tot het preciezer bijhouden van de dossiers en het meer lezen van vakliteratuur (zie ook paragraaf 2.7). Ik citeer letterlijk:

'Significantly more of the sued physicians than nonsued physicians reported that they were likely to stop seeing patients with whom the risk of litigation seemed greater (48.9 % versus 29.5 %), to think about retiring early (24.9 % versus 30.3 %), and to discourage their children from pursuing medicine as a career (32.0 % versus 19.0 %).

Compared with before malpractice litigation or its threat, both sued and nonsued physicians kept more meticulous records (74.5 % and 78.6 %), ordered more diagnostic tests that their clinical judgment deemed unnecessary (67.6 % and 59.6 %), and stopped performing certain high-risk procedures (42.8 % and 32.6 %). Many in both groups reported studying the professional literature more regularly (30.5 % and 39.3 %), attending more certified continuing education courses (27.3 % and 31.4 %), and putting less pertinent information in their records (28.2 % and 23.7 %). Almost one-third of both groups had either increased or decreased the number of their working hours; the sued tended toward shorter hours and the nonsued toward longer hours'.

Dus, zowel artsen die met een vordering te maken hebben, als artsen die daarvan tot nog toe gespaard zijn gebleven, hebben in de uitoefening van hun beroep hun gedrag gewijzigd ten opzichte van de tijd die aan de crisis voorafging. Wel komt het mij voor dat niet met zekerheid kan worden bewezen dat artsen hun gedrag hebben veranderd uitsluitend en alleen uit angst aansprakelijk te worden gesteld. Veranderingen hadden wellicht ook zonder die dreiging plaatsgevonden, zij het misschien in mindere mate. Zo vinden natuurlijk ook in een land als het onze, waar de angst aansprakelijk gesteld te worden nog nauwelijks bestaat, veranderingen plaats in het professionele gedrag van artsen.

Behalve bepaalde veranderingen die optreden in de beroepsuitoefening van de ondervraagde artsen, blijken er ook veranderingen van psychosomatische aard op te treden: 'the sued physicians (...) reported (...) significantly (...) more severe depressed mood, inner tension, anger and frustration than the nonsued physicians'²⁷⁹. En in een eerder onderzoek concludeerde Sara Char-

les: 'because malpractice is so painful and the issues involved so seemingly elusive, there is a tendency to delegate its management to lawyers and insurers. The end result is increased premiums, increased legal maneuverings, and a system that continues to work, but under enormous stress itself'²⁸⁰.

5.3 Countersuits, de arts in de tegenaanval

Onder het toenemend aantal vorderingen tot schadevergoeding waarmee artsen in de loop van de jaren '70 te maken kregen, zaten er ook die onmiskenbaar onzinnig (de Amerikanen spreken van 'frivolous') waren. Deze zaken werden dan wel door de artsen gewonnen, maar ondertussen voelden zij zich volstrekt ten onrechte in hun eer en goede naam aangetast. Bovendien kost zo'n procedure tijd, geld en zenuwen.

In 1971 al kwam de arts Robert Foster op het idee zijn opposenten met gelijke wapens te bestrijden. Nadat hij de tegen hem aangespannen procedure had gewonnen, spande hij op zijn beurt een procedure aan tegen de patiënte en haar advocaten op grond van 'defamation of character'. In eerste instantie won hij \$ 30 000 schadevergoeding, maar in beroep verloor hij, omdat volgens de rechter de grondslag de vordering niet kon dragen²⁸¹.

In 1975 deed de arts Berlin hetzelfde²⁸². De advocaten van een vrouw die aan haar vinger was behandeld en die daarover niet tevreden was, waren zonder enig eigen onderzoek blind gevaren op de stelling van de vrouw dat er een fout was gemaakt. Berlin verwees naar de Ereregelen der advocaten ('a lawyer shall not handle a legal matter without preparation adequate in the circumstances. A lawyer is not justified in asserting a position in litigation that is frivolous')²⁸³. Maar na aanvankelijk succes verloor ook hij. Een groot aantal andere procedures volgde en in 1978 was daar in New York de victorie: de rechter kende een 'countersuit'-vordering toe, overwegende:

'the instant case has its genesis in the drastic increase in the number of medical malpractice actions during recent years, many of which are considered baseless by members of the medical profession. Considering the complaint in its entirety, and viewing it liberally, as we must, and in light of recent case law, we are of the view that it does allege a cause of action which should be cognizable at law (...) We are not persuaded by any argument advanced by defendant to justify denying plaintiff his day in court'²⁸⁴.

Het lijkt er nog niet op – ondanks dit succes dat wellicht een preventieve werking zal hebben – dat de countersuit een hoge vlucht zal nemen. Het zal de arts vaak nog moeilijk vallen aannemelijk te maken dat een claim 'frivolous' is. Want juist in gevallen van medische aansprakelijkheid is het vaak erg moeilijk te voorspellen wat de uitslag van het geding zal zijn. In dit verband spreken Prosser en Keeton (1984) behartenswaardige woorden: 'Honest litigants are to be encouraged to seek justice and not be deterred by fear of an action in return (...)'²⁸⁵.

Min of meer in dezelfde lijn als de countersuit ligt het pleidooi van de American Medical Association '(to) impose penalties for frivolous suits and facilitate filing of physicians countersuits'²⁸⁶.

5.4 Uitsluiting van aansprakelijkheid

Dit alles lezende, vraagt men zich toch af waarom artsen en ziekenhuizen niet vooraf hun aansprakelijkheid uitsluiten. Dat zou schriftelijk kunnen of mondeling, of eventueel zelfs met een duidelijk zichtbaar uithangbord en op die manier zou men zich een hoop ellende besparen.

Nu is de moeilijkheid dat dergelijke exoneratie-clausules ('releases') in Amerika met terughoudendheid worden bekeken²⁸⁷. Dat geldt al in het gewone handelsverkeer, waar deze clausules reeds als nietig worden aangemerkt als partijen niet in een 'equal bargaining position' verkeren²⁸⁸. Dat geldt eens te meer voor exoneraties in de gezondheidszorg. In de rechtspraak werden zij steeds gezien als 'against public policy'.

Toonaangevend is een uitspraak geweest van het Supreme Court van California uit 1963²⁸⁹. Patiënt Hugo Tunkl, die tijdens de procedure overleed en blijkens de stukken al in een slechte gezondheidstoestand verkeerde toen hij het ziekenhuis inkwam (zo zou hij al niet meer in staat zijn geweest te lezen), had bij binnenkomst een papier getekend waarin hij het ziekenhuis 'releases from any and all liability for the negligent or wrongful acts or omissions of its employees (...)'. Het Hof vonniste²⁹⁰:

'In insisting that the patient accept the provision of waiver in the contract, the hospital certainly exercises a decisive advantage in bargaining. The would-be patient is in no position to reject the proffered agreement, to bargain with the hospital, or in lieu of agreement to find another hospital. The admissionroom of a hospital contains no bargaining table where, as in a private business transaction, the parties can debate the terms of their contract' voegde het Hof daar plastisch aan toe²⁹¹.

De schaarse jurisprudentie sinds Tunkl is gelijkloidend. Zo oordeelde in 1977 het Supreme Court van Tennessee in een geval waarin een arts een abortus ondeskundig uitvoerde zodat een 23-jarige ongehuwde vrouw toch tegen haar wens een kind kreeg, dat de exoneratie-clausule die de arts haar vooraf had laten tekenen 'against public policy' was²⁹². Het Hof overwoog, nadat het met instemming Willeston on Contracts had geciteerd²⁹³:

'Some relationships are such that once entered upon they involve a status requiring of one party greater responsibility than that required of the ordinary person, and, therefore a provision avoiding liability is peculiarly obnoxious'. Het Hof vervolgt dan:

'A professional person should not be permitted to hide behind the protective shield of an exculpatory contract and insist that he or she is not answerable for his or her own negligence. We do not approve the procurement of a licence to commit negligence in professional practice'.

In de discussie over het terugdringen van het aantal en de omvang van de schadevergoedingen komt men tegenwoordig nog maar zelden een pleitbezorger van de exoneratie-clausule tegen. Een enkele keer heeft de wetgever zelfs uitdrukkelijk een verbod uitgesproken²⁹⁴.

5.5 Zorgvuldiger dossiers

Voor al de laatste jaren wordt artsen en verpleegkundigen op het hart gedrukt zorgvuldig dossiers te maken. Dat advies is niet zonder reden. Grofweg kan men zeggen dat medische dossiers drie doeleinden dienen. In de eerste plaats is er de gezondheid van de patiënt: in het dossier moeten alle relevante gegevens over hem bijeen staan. Niet alleen ter informatie van de behandelende arts, maar ook ten behoeve van bijvoorbeeld de arts die de behandeling overneemt, of iemand die anderszins (bijvoorbeeld als verpleegkundige) bij de behandeling betrokken raakt. Bovendien is het dossier van belang voor het gebruik dat daar later van gemaakt kan worden, als de patiënt nadien een volgende aandoening krijgt. In de tweede plaats kan het medische dossier van belang zijn voor de medische wetenschap zelf. De analyse van dossiers kan in het kader van een wetenschappelijk onderzoek de geneeskunde vooruit helpen.

Tenslotte wordt een medisch dossier gebruikt om achteraf vast te stellen of een mislukte behandeling of een verkeerde diagnose is te wijten aan bijvoorbeeld de fout van een arts. Dan biedt het dossier belangrijke informatie. De Amerikaanse arts en hoogleraar DeKornfeld, die beroepshalve veel met medische dossiers in civiele zaken te maken heeft gehad, verklaarde onlangs dat het belang van correcte dossiers nauwelijks kan worden overschat²⁹⁵. Een belangrijk aantal van de zaken wordt gewonnen of verloren op basis van het dossier. 'In fact', zo voegt hij eraan toe, 'a good record may be the most important factor in preventing litigation'. Als een patiënt meent het slachtoffer te zijn van een medische fout en hij vervoegt zich bij een advocaat, dan zal deze veelal reeds op basis van de staat van het dossier besluiten al dan niet te gaan procederen.

Vanuit een medisch-juridisch oogpunt, zo schrijft DeKornfeld, zijn de 'most deadly mistakes':

- 1 veranderingen in het dossier;
- 2 onbrekende gegevens: wat niet in het dossier staat is juridisch gezien, niet gebeurd;
- 3 het vermelden van gemaakte fouten in behandeling of diagnose; of de schuld van een fout schuiven op een collega;
- 4 het maken van grappen in het dossier, al dan niet over de patiënt: 'the judge and jury are not going to be amused'²⁹⁶;
- 5 onleesbaarheid van het dossier: de jury krijgt een slechte indruk van de arts die zijn eigen handschrift niet kan lezen;

6 klieren in het dossier; jury's neigen er toe slordige dossiers te identificeren met slordige artsen.

Het blijkt volledig averechts te werken als na een klacht in dossiers wordt gecorrigeerd: 'no matter how inadequate you discover your records to be, *sit on your hands*', aldus een advocaat, vooral omdat veelal de advocaat van de patiënt al kopieën van het dossier in handen heeft²⁹⁷. Komt zo'n wijziging in het dossier aan het licht, dan is alle kans op winst in de procedure bij voorbaat gevlogen. Overigens heeft de patiënt in lang niet alle staten een – ongeclausuleerd – inzage recht.

5.6 Meer gecoördineerde acties

Met het verschijnen van een aantal vrij recente rapporten van de American Medical Association lijkt er een vlag van nieuw elan en van zelfbewustzijn door de gelederen der artsen te gaan. Ofschoon men steeds spreekt van een op handen zijnde nieuwe crisis, ernstiger dan de vorige²⁹⁸ – of misschien juist daarom – is er een Special Task Force opgericht, wordt er allerlei cijfermatig onderzoek gedaan, worden er 'medical malpractice roundtables' gehouden en is er een vierledig actieplan opgesteld, in de volgorde: 1 lobby om wetshervormingen; 2 zoek de publiciteit; 3 zorg voor een betere procesverdediging; en 4 houdt de kwaliteit van de medische zorg op niveau. Over punt 1 ging het vorige hoofdstuk, dan blijven er nu drie over.

2 Zoek de publiciteit. Men heeft een zeer intensieve informatiecampagne gestart om bij het publiek meer begrip te wekken voor de broodnodige veranderingen²⁹⁹. Daartoe zal veel informatiemateriaal worden vervaardigd waarin de nijpende toestanden helder worden beschreven. Verder zullen er rapporten geschreven worden, lezingen worden gehouden en gepubliceerd, enz.³⁰⁰. Dit alles met het doel de (al dan niet toekomstige) patiënten duidelijk te maken welke kwalijke invloed de crisis heeft op de kwaliteit en de betaalbaarheid van de medische zorg³⁰¹. Behalve tot het publiek, wil men zich richten tot allerlei organisaties die met de gezondheidszorg van doen hebben, mede om met hen samen onderzoek te doen naar oplossingen van de problemen.

3 Artsen en ziekenhuizen zijn niet altijd tevreden met de kwaliteit van de verdediging die ze in het proces krijgen, hoewel toch het merendeel van de procedures wordt gewonnen. De AMA heeft reeds een 'hotline' ingesteld waar artsen en advocaten terecht kunnen met vragen. Verder richtte zij een 'panel of nationally prominent defense attorneys' op, die in het bijzonder de advocaten van de artsen en de ziekenhuizen wil gaan bijstaan. Bovendien is er het plan 'legal education courses' te gaan geven aan artsen, om hun enig begrip bij te brengen van het functioneren van het rechtssysteem en te adviseren over hoe het risico van claims kan worden verminderd³⁰², bijvoorbeeld door veel aandacht aan de medische dossiers te schenken of door eenvoudig correct gedrag jegens patiënten.

4 Tenslotte kon de AMA toch ook niet heen om de kwaliteit van de verleende medische diensten³⁰³. Nadat eerst omstandig is uitgelegd dat er bewijs is ‘that the quality of care and skill of physicians have never been higher’, dat ‘mistakes of judgments are made even by good physicians’³⁰⁴ en dat ‘the quality of the practice of medicine in this country is the best in the world’³⁰⁵, wordt toch een aantal voorstellen gedaan om de kwaliteit te verhogen. Er zal in publikaties en in workshops advies worden gegeven aan artsen hoe de kans aansprakelijk gesteld te worden zo klein mogelijk is te houden. Het woord dat de lezer steeds weer tegenkomt, in alle rapporten, is ‘risk-management’. Een risk-management program is bijvoorbeeld sterk bepleit door de Amerikaanse organisatie van ziekenhuizen (AHA)³⁰⁶, door verzekeraars, bijvoorbeeld St. Paul³⁰⁷, en soms zelfs is een dergelijk risk-management program al in de wet vastgelegd³⁰⁸. Zo hoopt men scherp in de gaten te gaan houden bij *welke* specialisten *wat* veelvuldig fout gaat en daarover te informeren.

Een toenemend aantal ziekenhuizen kent al risk-management afdelingen, soms bestaande uit zo’n zes tot tien personen. Alles wat er fout gaat binnen het ziekenhuis komt langs die afdeling. Het hoofd ervan onderhoudt de contacten met de aansprakelijkheidsverzekeraar van het ziekenhuis en met zijn advocaten. Verder speelt hij gegevens door aan de medische commissies van het ziekenhuis of aan specifieke afdelingen, en houdt – meer in het algemeen – voordrachten voor het ziekenhuispersoneel over de vraag hoe fouten kunnen worden voorkomen en over wat te doen als tóch een fout is gemaakt. Uit gesprekken die ik voerde op dergelijke afdelingen, sprak de zekerheid dat deze afdelingen zichzelf ruimschoots ‘terugverdienden’.

Verder houdt men de artsen voor dat zij zelf alert moeten zijn op hun eigen handelen en op dat van collega’s. De AMA voegt daaraan toe: ‘Hospital Medical Staffs, in particular, can be more effective in their selfregulation. The institutional setting of the hospital offers the best opportunity for peer review’³⁰⁹. Bovendien beoogt men het toezicht door de State Licensing Boards meer inhoud te geven³¹⁰. ‘The AMA will encourage state medical societies and hospital medical staffs to report flagrant and recurring negligence by particular physicians to these boards’³¹¹. Ook in haar meest recente rapport worden de wettelijke maatregelen toegejuicht die de kracht van het medische tuchtrecht zouden kunnen versterken³¹².

Centraal ook in het risk-management staat de communicatie met de patiënt. Die moet beter. Men hoopt op die manier tevens de vaak te hoog gespannen verwachtingen van patiënten over wat de geneeskunde vermag, te temperen³¹³.

Eind 1986 werd aan de Catholic University of America School of Law een interessant symposium gehouden³¹⁴. Daar sprak de Amerikaan Mervyn N. Schwedt, die veelvuldig optreedt als advocaat voor gedupeerde patiënten. Hij vertelde dat veel patiënten hun arts in de eerste plaats zien als businessman, meer dan als arts. De gezondheidszorg is onpersoonlijker geworden, vooral

ook omdat medisch specialisten zich minder emotioneel betrokken voelen bij hun patiënten dan de goede oude huisarts. Bovendien, zo merkt hij op, 'some doctors are repeaters in suits – these doctors don't build rapport and trust'.

Schwedt wijst erop dat een oplossing van de medische aansprakelijkheids-crisis gevonden kan worden in wat hij noemt de 'no-solution for attorneys'. Advocaten moeten de durf kunnen opbrengen nee te zeggen tegen potentiële cliënten. Dat gebeurt naar zijn mening te weinig: 'Too many accept cases that are not meritorious'. Onder die cliënten die zich met een 'niet-te-verdedigen' vordering bij een advocaat vervoegen, bevinden zich lieden van het type '*brown bag syndrome client*': 'This is the client who comes to the lawyer holding bags filled with papers that constitute the evidence against the physician. This is (zegt Schwedt) a neurotic person who is directing his feelings at the doctor'. Hij wijst er verder op dat vooral ook veel vaker 'nee' verkocht moet worden aan cliënten die ontevreden zijn, bijvoorbeeld over een plastisch chirurgische ingreep. Veel van die vorderingen zijn 'not meritorious'. Schwedt adviseert zijn collega-advocaten ook om familieleden van een recent overleden patiënt te vragen over een paar maanden nog eens terug te komen. Vaak zijn ze dan emotioneel wat stabielier geworden en meer vatbaar voor rede.

Op datzelfde symposium sprak de gepensioneerde chirurg Bernard J. Ficarra, lid van The American College of Gastroenterology's committee for legal matters. Hij gaf zijn collega-artsen een zestal adviezen:

- 1 verbeter de verstandhouding met de patiënt. De arts moet voor zijn patiënt beschikbaar zijn, hij moet hem uitleggen wat hem te wachten staat en hij moet zich persoonlijk bezig houden met de anamnese;
- 2 overleg met collega's: 'a doctor should be humble enough to ask';
- 3 becritiseer uw collega's niet in het bijzijn van patiënten;
- 4 doe geen behandelingen waarvan u weet dat u er onvoldoende bekwaam voor bent;
- 5 leg de patiënt uit wat er gaat gebeuren en wijs hem erop dat hij mag weigeren en wat de gevolgen van zo'n weigering (kunnen) zijn;
- 6 als het eigen ziekenhuis onvoldoende faciliteiten biedt voor een bepaalde handeling, stuur de patiënt dan door naar een ander.

Tenslotte adviseerde hij de ziekenhuisdirecties een 'medical malpractice committee' in te stellen. Deze groep zou zich moeten bezighouden met regelmatige controle van de medische apparatuur in ziekenhuizen, met de dossiervorming en met andere aspecten van aansprakelijkheidspreventie. Tenslotte raadt hij aan om medische studenten te scholen in het recht. Daarvan zou – zo wordt ook door anderen vaak gezegd – onmiskenbaar een preventieve werking uitgaan³¹⁵.

Dat laatste betreft dan vooral de binnenkant van het recht: de informatieplicht, het toestemmingsvereiste, overeenkomsten met minderjarigen enz. Maar vooral de laatste tijd wordt ook meer aandacht gevraagd voor de buitenkant van het recht. Hoe voorkomt een arts dat hij na een mislukte behandeling of verrichting al bij voorbaat kansloos is in een eventueel later aan te spannen

procedure? Raadslieden van ziekenhuizen en artsen kunnen hun potentiële cliënten daarin goed adviseren³¹⁶.

Om een voorbeeld te geven uit de talrijke tijdschriften waarin artsen geadviseerd worden: Hoe de familie van een patiënt tegemoet te treden die zo juist is overleden? Het meest verstandig is deze familie eerlijk en rechtstreeks toe te spreken: "I'm sorry – we did everything we could", is fine. But to say emotionally instead, 'we really messed up – I feel terrible', can trigger a suit.'

Ook wordt artsen aangeraden zo gauw mogelijk hun verzekeraar in te lichten. Deskundigen zouden enerzijds een zaak van het begin af aan zo sterk mogelijk kunnen maken, en anderzijds slagen ze er ook vaak in een vordering zelfs geheel te voorkomen. Zeker de 'physician-owned' verzekeringsmaatschappijen zouden hierin succes hebben (zie paragraaf 2.1). Verder wordt artsen op het hart gebonden zeer terughoudend te zijn in de contacten met de vaak zo geslepen advocaten van de tegenpartij.

Hoofdstuk 6

‘No fault’, een radicaal alternatief?

Op het aansprakelijkheidssysteem zoals dat thans in Amerika en in de meeste andere landen geldt, bestaat veel kritiek. Men wijst erop dat het systeem verschrikkelijk inefficiënt en duur is: van iedere dollar die aan premie wordt betaald, komt slechts 25 tot 40 cent bij de gedupeerde terecht. De rest gaat op aan ‘kosten’³¹⁷.

Een ander, meer principieel, punt van kritiek is dat thans alleen die gedupeerden worden geholpen jegens wie wanprestatie of een onrechtmatige daad van de arts kan worden vastgesteld. Alle anderen bij wie het mis is gegaan, maar bij wie geen sprake is geweest van een fout van de arts, krijgen helemaal niets, terwijl zij toch ook schade lijden. Maar ook vele gedupeerden jegens wie wel een fout werd gemaakt, grijpen er naast hetzij omdat ze er niet voor voelen zich in een zenuwslopend en uitermate onzeker avontuur te storten, hetzij omdat ze er niet in slagen voor de rechter hun gelijk aannemelijk te maken³¹⁸. En of dit alles nog niet schrijnend genoeg is, krijgen enkele slachtoffers soms zulke extreem hoge schadevergoedingen toegewezen, dat ze onmiskenbaar worden overgecompenseerd³¹⁹. Het aansprakelijkheidsrecht heeft veel weg van een loterij.

Nu hebben vele onderzoekers erop gewezen dat het onderzoek naar en het bewijs van de medische fout verreweg het kostbaarste deel is van de procedure die uiteindelijk tot schadevergoeding zou moeten leiden³²⁰. Men is zich daarom gaan afvragen of het niet mogelijk is die zo kostbare schakel weg te nemen uit de keten die loopt van het ontstaan van de schade tot aan de vergoeding van die schade. Met andere woorden: kan niet iedere patiënt die schade lijdt als gevolg van een misgelopen medische behandeling zijn schade vergoed krijgen? Let wel: onder ‘misgelopen’ behandelingen vallen dan alle mislukkingen, ongeacht of ze door een medische fout veroorzaakt zijn. De Amerikaanse auteur Grad zegt het kernachtig aldus:

‘Instead of requiring proof of negligence, the new approach would accept the fact that the risk of medical injury is inherent in the contemporary practice of medicine. It would provide compensation for all persons who suffer such medical injury, accepting compensation for medical injury as a proper charge on the health care system. In accepting medical injury as one of the inevitable consequences of the renditions of health care, we would also recognize that a compensation system for medical injuries is different in purpose from a system that pays damages for the consequences of negligence’³²¹.

In verschillende staten zijn al onderzoeken gestart naar de haalbaarheid van een ‘no fault-system’³²². Een enigszins vergelijkbaar onderzoek heeft in Nederland de jurist-arts De Mol gedaan³³³.

Wat zijn de voordelen van zo’n ‘no fault’-systeem? Heel grofweg: een ieder die schade lijdt als gevolg van een mislukte behandeling, krijgt die schade vergoed en niet alleen een paar gelukkigen.

Een dergelijk systeem zou wellicht meer aanvaardbaar worden voor zowel patiënten als artsen. Immers de hele zaak wordt letterlijk uit de sfeer van de verwijten gehaald. Daar staat tegenover dat hiermee wellicht de positieve prikkel verdwijnt die uitgaat van de kans persoonlijk aansprakelijk te worden gehouden voor een gemaakte fout. Een no fault-systeem zal dus op z’n minst een pendant moeten hebben in de tuchtrechtelijke sfeer, ten einde te waarborgen dat de kwaliteit blijft gehandhaafd.

Een belangrijk voordeel kan zijn dat zo’n systeem efficiënter is: een aanmerkelijk groter deel van de betaalde ‘premium-dollar’ bereikt het slachtoffer. Bovendien, zo verwachten de voorstanders van dit plan, zal het slachtoffer veel minder lang op zijn geld hoeven te wachten: de no fault-procedure zou sneller kunnen verlopen. Ten slotte hoopt men dat een no fault-systeem in veel mindere mate dan thans het geval is, tot defensive medicine leidt³²⁴.

Toch rijzen bij dit voorstel nog tenminste twee vragen: is zo’n no fault-systeem betaalbaar, en zo ja, wie moet het betalen? Het is vrij zeker dat het aantal vorderingen sterk zal toenemen. In de berekeningen van Patricia Danzon zou het aantal schadevergoedingzoekenden 75 tot 150 keer zo hoog liggen³²⁵, en naar alle waarschijnlijkheid zal dat aantal nog veel hoger liggen. Op het eerste gezicht lijkt zo’n systeem daarom volmaakt onuitvoerbaar.

Daar wordt door de voorstanders een tweetal argumenten tegen ingebracht. Vooreerst zijn er de besparingen van het nieuwe systeem: een groter deel van de aan premies betaalde gelden bereikt het slachtoffer. Het geld dat thans verloren gaat, bijvoorbeeld aan kostbare rechtsgedingen, zou in het nieuwe systeem gebruikt kunnen worden om het slachtoffer te compenseren. Bovendien zou de hoogte van de uit te keren bedragen moeten worden beperkt. Want het wordt in de nieuwe plannen geven en nemen: enerzijds wordt het een veel grotere groep dan nu mogelijk gemaakt de schade te verhalen, maar daar staat anderzijds tegenover dat het slachtoffer niet het onderste uit de kan moet proberen te halen. Sterker, de meeste voorstellen voor een no fault-systeem kennen een stringente limitering van het uit te keren schadevergoedingsbedrag: bijvoorbeeld tot 50 000 dollar en dan alleen voor materiële schade³²⁶.

Wil een slachtoffer ook recht hebben op smartegeld, dan moet hij zich tevoren daarvoor verzekeren³²⁷. Ook de burger die meent dat zijn *materiële* schade aanmerkelijk hoger zal zijn, moet zichzelf dan particulier aanvullend bijverzekeren. Bovendien bepleiten sommigen een aanmerkelijke beperking van het honorarium van de advocaat³²⁸.

Ook al zal in een no fault-systeem het aantal patiënten dat voor schadevergoeding in aanmerking komt sterk toenemen, men zal er niet aan kunnen ontkomen ook die (grote) groep te begrenzen. Niet alle patiënten bij wie de medische behandeling niet het gewenste resultaat heeft opgeleverd, hebben recht op een financiële schadevergoeding. Stel, iemand wordt op de Eerste Hulp post van een ziekenhuis binnengebracht met een afgerukte hand; de artsen slagen er evenwel niet in de hand er weer aan te zetten. Of stel, een man wordt binnengebracht met een acute hartstilstand; op de Reanimatie-afdeling slaagt men er niet in de man weer tot leven te wekken. Het zou ook de voorstanders van een no fault-systeem veel te ver gaan in deze twee voorbeelden het slachtoffer, respectievelijk zijn nabestaanden, schadeloos te stellen. Weliswaar is de medische behandeling niet gelukt, maar de oorzaak van de ontstane schade is toch veeleer in de gezondheidstoestand van de patiënt vóór de behandeling te vinden, dan in de behandeling zelf. Als er in beide voorbeelden een recht op schadevergoeding zou bestaan, dan zou er, zo wordt gevreesd, een letterlijk oeverloze aansprakelijkheid ontstaan. Een ieder die schade heeft opgelopen of dreigt op te lopen als gevolg van een verminderde gezondheidstoestand zou dan zo snel mogelijk het gezelschap van een arts moeten opzoeken. Ofwel die geneest de patiënt; of hij slaagt er niet in de patiënt te genezen, maar in dat geval staat hij met zijn enkele aanwezigheid borg voor een schadeloosstelling van zijn patiënt³²⁹.

Er moeten dus grenzen getrokken worden; er moet kunnen worden vastgesteld wie wel en wie niet voor schadevergoeding in aanmerking komt. Een voorstel voor een criterium werd al in 1973 gedaan door de Amerikanen Roth en Rothstein:

“Compensable injury” is defined as any physical harm, bodily impairment, disfigurement or delay in recovery which is (i) more probably associated in whole or in part with medical intervention rather than with the condition for which such intervention occurred, and (ii) is not consistent with or reasonably to be expected as a consequence of such intervention, or (iii) is a result of medical intervention to which the patient has not given his informed consent (...)

“Medical intervention” shall include the rendering as well as the omission of any care, treatment or services provided within the course of treatment administered by, or under the control of, a health care provider or within a health care institution³³⁰.

Toch zal het nog niet eenvoudig zijn uit te maken of de ontstane schade eerder valt te herleiden tot de medische behandeling dan tot de lichamelijke conditie van de patiënt. Heeft bijvoorbeeld een patiënt met een redelijk te genezen vorm van kanker in een beginnend stadium, recht op schadevergoeding als de behandeling mislukt? Het probleem is dat een patiënt zich bijna altijd met de een of andere, al dan niet ernstige kwaal tot een arts richt. Slaagt de arts er vervolgens niet in de patiënt te genezen, dan zal toch moeten worden uitgemaakt of de schade ‘is more probably associated in whole or in part with

medical intervention rather than with the condition for which such intervention occurred’. Maar hoe komt de beoordelaar van een aanvraag daarachter? Danzon wijst er op, dat veelal zal blijken dat pas door het bewijs van onzorgvuldig handelen van de arts aannemelijk kan worden gemaakt dat de schade voortvloeit uit de mislukte behandeling³³¹. Zij maakt in dit verband een vergelijking met produktaansprakelijkheid: weliswaar draagt de fabrikant in Amerika een risico-aansprakelijkheid voor het op de markt brengen van een gebrekkig produkt, maar om te bewijzen dat een produkt gebrekkig is, is het slachtoffer vaak gedwongen te bewijzen dat de fabrikant in zijn zorgvuldigheidsplicht is te kort geschoten. Welnu als dat de toekomst is die een no fault-systeem ons biedt – zo is de vrees van Danzon –, raken we dan niet van de regen in de drup?

Om een oplossing te vinden voor dit zeer moeilijke probleem, is door onder andere Havighurst en Tancredi, in samenwerking met een aantal medische specialisten, gewerkt aan een lijst waarop medische mislukkingen staan genoteerd die voor vergoeding in aanmerking kunnen komen³³². Het no fault-systeem zou volgens hen kunnen worden beperkt tot die gevallen die voorkomen op de lijst. Over dit voorstel – het uitputtend noemen van mislukkingen die zonder meer voor schadevergoeding in aanmerking komen – wordt nogal verschillend gedacht³³³.

Er is nog een ander voorstel om een no fault-systeem in te voeren voor schade die uit een bepaalde mislukte medische handeling voortvloeit. In de staat Virginia weigert een sterk toenemend aantal artsen nog bevallingen te doen, vooral omdat zij zich niet meer, of soms alleen nog tegen onwaarschijnlijk hoge premies, kunnen verzekeren. Er is daarom een wet aangenomen, de ‘Injured Infants Act, waarin in een no fault-aansprakelijkheid is voorzien voor ‘birth-related neurological injuries, resulting in profound permanent physical or mental disability’. Het schadevergoedingsbedrag, te betalen uit een fonds³³⁴, wordt beperkt tot de redelijke en noodzakelijke medische kosten. Er is geen recht op smartegeld³³⁵. Ondertussen verwondert het niet dat de advocaten zich tegen dit soort wetten verzetten.

Een voorbeeld van een vooralsnog goed werkend no fault-systeem is er in Zweden. Daar werd in 1975 een ‘Patientförsäkring vid behandlingsskada’ ingevoerd. Men zou er in geslaagd zijn in tamelijk gedetailleerde regels vast te leggen wie wel en wie niet voor vergoeding in aanmerking komt. Desondanks blijven er onduidelijkheden bestaan, bijvoorbeeld over de vraag of een bepaalde infectie, opgelopen tijdens een behandeling, tot schadevergoeding kan leiden³³⁶.

Dit alles betrof – zeer in het kort – de vraag in welke gevallen de patiënt recht heeft op schadeloosstelling; nog onbeantwoord is de vraag wie de aanvraag voor zo’n schadeloosstelling beoordeelt en waaruit zij wordt bekostigd. Meestal wordt gekozen voor een apart te stichten instelling die de aanvragen beoordeelt. Aldus wordt de rechterlijke macht ontlast.

In de meeste plannen kiest men voor een systeem waarbij de arts zich verzekert tegen aansprakelijkheid, op dezelfde voet als waarop hij thans verzekerd is. Een ander voorstel is dat de patiënt zichzelf verzekert. Net zoals hij een reisverzekering afsluit, zo zou hij ook voor de behandeling een verzekering moeten afsluiten tegen mogelijke schade. Een derde voorstel is, de betaling te laten geschieden door en vanwege de overheid. Van het geheel van kosten van gezondheidszorg maakt de post ‘schadeloosstellingen’ dan deel uit.

De belangrijkste vraag is of de plannen voor een no fault-systeem een kans maken. Dat lijkt, zeker op de wat kortere termijn, onwaarschijnlijk³³⁷. De direct betrokken beroepsgroep – de artsen – is om verschillende redenen nog geen voorstander. Voor zover ik het kan overzien, zijn er twee belangrijke argumenten tegen: wie kan garanderen dat een no fault-systeem betaalbaar is en, op de langere termijn, betaalbaar blijft? Wat dat betreft zit de angst voor een financieel gezien failliete Amerikaanse gezondheidszorg er diep in na de ervaringen met de enige tijd geleden ingevoerde programma’s Medicaid³³⁸ en Medicare³³⁹. Een tweede argument tegen is dat een faillissement van het huidige systeem best kan worden voorkomen, als dat systeem maar op een groot aantal punten wordt gewijzigd; zie de voorstellen in hoofdstuk 4 en 5. Daarvoor hoeft men het thans geldende systeem van aansprakelijkheid op grond van onrechtmatige daad niet te laten varen, nog afgezien van het risico dat bij toetsing door de rechter van een no fault-systeem aan de grondwet, deze tot ongrondwettigheid en dus tot nietigheid van de regeling zou oordelen³⁴⁰. Op dit punt vindt men een vergelijking met Zweden, dat als een van de weinige landen een no fault-systeem kent, gevaarlijk. In Zweden sluit de Patientförsäkring aan op een zeer sophisticated systeem van sociale verzekeringen en voorzieningen. Het no fault-systeem vormt daarop een aanvulling. Bovendien is in Zweden de gezondheidszorg nagenoeg gratis, zodat een nieuwe medische behandeling na een aanvankelijke fout, slechts een kleine schadepost vormt. Alleen al in deze beide opzichten verschillen Zweden en de Verenigde Staten van elkaar. Maar ook in Zweden begint men zich zorgen te maken over het snel stijgende aantal beroepen dat op de wet wordt gedaan en over de daaruit voortvloeiende kosten³⁴¹.

Hoofdstuk 7

Lessen voor Nederland?

7.1 Enkele waarschuwingen vooraf

Dit boek gaat over Amerika, niet over Nederland. Bovendien gaat het over medische aansprakelijkheid, niet over 'de gezondheidszorg' in het algemeen³⁴², hoewel ik me realiseer dat de kwestie van de medische aansprakelijkheid natuurlijk deel uitmaakt van een veel groter gebied en geen geïsoleerd verschijnsel is. Mede daaruit vloeit een derde waarschuwing voort, namelijk dat men met vergelijkingen altijd erg voorzichtig moet zijn. In dit geval, sprekend over medische aansprakelijkheid, geldt dat eens te meer. Enerzijds gaat het in Nederland en Amerika om twee verschillende systemen van gezondheidszorg met tal van grotere en kleinere verschillen. Anderzijds gaat het om twee rechtsstelsels met tal van verschillen. Toch kan ik, gekomen aan het einde van mijn onderzoek, niet ontkomen aan de behoefte enkele lijnen van Amerika naar ons land te trekken. Het zijn enkele, soms dunne lijnen geworden³⁴³.

Anders dan mijn studie naar de situatie in Amerika, bleek de studie naar de Nederlandse situatie weinig opwindend. Dat komt vooral omdat gegevens in Nederland niet of nauwelijks te vinden zijn. Hoeveel vorderingen er per jaar worden ingesteld, wat er met die vorderingen gebeurt, welke typen fouten worden gemaakt en hoe vaak, niemand kan het zeggen of misschien ook wel: niemand wil het zeggen. Weliswaar is er in Nederland veel minder onderzoek gedaan naar de vragen die mij bij het schrijven van dit boek bezig hielden en is ongetwijfeld ook het statistisch materiaal van verzekeraars en instanties lacuneus, maar dat ik zo vaak mijn neus zou stoten, had ik toch niet verwacht. Eigenlijk kreeg ik alleen gegevens over de door artsen te betalen premies.

Dit hoofdstuk 7 bestaat uit drie delen: eerst een kort onderzoek naar de stand van zaken in Nederland wat betreft de medische aansprakelijkheid. Dan een kort overzicht van de belangrijkste verschillen tussen Nederland en Amerika, en tenslotte enige aanbevelingen vooral bedoeld voor artsen en verpleegkundigen over hoe in Nederland een ontwikkeling zoals die zich in Amerika voordoet, zou kunnen worden tegengegaan. Uitgangspunt daarbij is dat wie schade lijdt door de fout van een ander haar vergoed hoort te krijgen, zonder dat daaruit op den duur negatieve gevolgen voortvloeien, zoals een te dure gezondheidszorg (denk aan de negatieve financiële gevolgen van defensieve medi-

cine) of de situatie dat bepaalde artsen hun beroep niet meer kunnen uitoefenen (bijvoorbeeld vanwege te hoge premies).

7.2 Alles is geheim!

Zo open als Amerika is geworden als het gaat om inzicht te krijgen in de medische aansprakelijkheidsmarkt, zo gesloten is Nederland. Gegevens moeten geheim blijven, of ze zijn er eenvoudig niet. Een woordvoerder van de Geneeskundige Hoofdinspectie zou niet lang geleden hebben verklaard ‘geen flauw benul te hebben’ om hoeveel fouten het landelijk gaat en de KNMG zou ‘absoluut geen idee’ hebben hoeveel er in ziekenhuizen misgaat³⁴⁴. Uit het jaarlijkse overzicht van de uitspraken van medische tuchtcolleges door de Geneeskundige Hoofdinspectie valt ook nauwelijks iets af te leiden. In het verslag over 1987 wordt weliswaar opgemerkt dat de rubriek ‘onjuiste behandelingen/verkeerde diagnose’ flink is gestegen, maar men maant tot voorzichtigheid bij het trekken van conclusies. Inhoudelijk zijn tuchtspraken vaak bijzonder lastig te rubriceren, of ze omvatten – zo merkt de schrijver op – verschillende aspecten³⁴⁵. Bovendien gaat het hier vast niet alleen om potentiële aansprakelijkheidszaken.

Ook ziekenhuizen zijn zeer terughoudend in het verstrekken van gegevens. Een uitzondering vormden het Academisch Ziekenhuis Leiden en het Rotterdamse Clara Ziekenhuis, die beide een grotere openheid hebben willen betrachten³⁴⁶. Het gaat dan vooral om de zogenaamde FONA-meldingen. Dat staat voor fouten, ongelukken en bijna-ongelukken³⁴⁷. Ieder ziekenhuis is verplicht een meldingscommissie te hebben³⁴⁸.

Maar FONA-meldingen mogen niet gelijkgesteld worden met schademeldingen. Ten eerste resulteert lang niet iedere fout in schade, in de tweede plaats worden ook de bijna-ongelukken gemeld en tenslotte neemt men algemeen aan dat lang niet alle fouten die worden gemaakt ook tot meldingen leiden. De mens is er niet van nature toe geneigd zijn fouten of bijna-fouten te melden. Er kunnen tal van redenen zijn om dat niet te doen. Het Academisch Ziekenhuis Leiden en het Clara Ziekenhuis zijn inmiddels al weer gestopt met het ‘openbaarmaken’ van FONA-meldingen. Wel heb ik nog enige gegevens over 1985 van het AZL kunnen krijgen. Er bleek toen sprake te zijn van een langzame stijging. Ik citeer, bij gebrek aan beter, uit het persbericht:

‘In 1985 heeft de commissie Fouten, Ongevallen en Near-Accidents (FONA) van het Academisch Ziekenhuis Leiden (AZL) meer klachten van patiënten gekregen dan in 1984. Vergeleken met 1984 vond er een stijging van klachten plaats (1984: 53; 1985: 60).

Het aantal meldingen van personeelsleden over eventuele fouten, ongevallen en near-accidents is eveneens gestegen (1983: 151; 1984: 127; 1985: 169).

Van de 60 klachten van patiënten werden 23 gegrond geacht, 19 werden als twijfelachtig beschouwd en 18 werden ongegrond bevonden.

Van deze gegronde klachten van patiënten en daarnaast van de interne meldingen van personeelsleden hadden 56 betrekking op fouten, 103 op ongevallen en 1 op een near-accident; 9 waren terug te voeren op andere oorzaken.

In 3 gevallen (zowel fouten als ongevallen) leidden deze fouten of ongevallen tot het overlijden van de patiënt. In 4 gevallen hadden deze fouten of ongevallen ernstig of minder ernstig letsel tot gevolg. In 162 gevallen hadden de fouten of ongevallen geen gevolgen voor de patiënt. Over 5 klachten vond overleg plaats met de Inspecteur van de Volksgezondheid in de provincie Zuid-Holland. Over 15 klachten was er contact tussen het AZL en zijn assuradeuren. In sommige gevallen konden in 1985 structurele preventieve maatregelen worden genomen om klachtenmelding te voorkomen'.

Dan is er nog de sig, de Stichting Informatiecentrum Gezondheidszorg, waar bij alle algemene ziekenhuizen zijn aangesloten. De sig verzamelt tal van gegevens, onder andere over de complicaties bij klinische opnamen (Landelijke Medische Registratie). De enige informatie die ik van deze stichting kon krijgen, betrof het aantal gemelde complicaties bij medische behandelingen. In 1985 waren dat er 28 995³⁴⁹, maar dat cijfer zegt betrekkelijk weinig, onder andere omdat lang niet alle complicaties aan fouten zijn te wijten. Meer gegevens wilde de Afdeling analyse en speciale opdrachten mij niet geven.

Tenslotte is er door Van Aller c.s. een schatting gemaakt van zo'n 10 000 'schadezaken' per jaar³⁵⁰.

Verzekeraars zeggen geen informatie te hebben en al zou dat anders zijn, dan zou die informatie niet worden vrijgegeven. In Nederland bestaat sinds 1 januari 1977 een Verzekeringsgroep Medische Aansprakelijkheid (MAR)

Tabel 7.1

	totaal in Nederland*		verzekerd bij de MAR		%	
	1984	1983	1984	1983	1984	1983
ziekenhuizen	222	224	133	139	60	62
verpleegtehuizen	331	330	156	158	47	48
psychiatrische zwakzinnigen- zorginstellingen	273	240	89	84	33	35
overige instellingen	53	52	24	23	45	44
	879	846	402	404	46	48
rest			130	142		
totaal			532	546		

bron: Jaarverslag MAR, 1984

* Lijst van erkende instellingen van intramurale gezondheidszorg in Nederland per 1 januari 1984. Uitgave Nederlands Ziekenhuis Instituut.

waarin een aantal gerenommeerde verzekeringsmaatschappijen samenwerken. Via de MAR is een groot aantal Nederlandse instellingen van gezondheidszorg verzekerd, zie tabel 7.1³⁵¹.

Een woordvoerder van deze MAR verklaarde niet te beschikken over gegevens die het door mij verlangde inzicht zouden bieden. Ze zijn er niet, en al zouden ze er zijn... enz. Ook ten behoeve van juridisch wetenschappelijk onderzoek kunnen gegevens niet worden vrijgegeven. Wel heeft de MAR eenmaal een jaarverslag (in 1984) gepubliceerd, met daarin vermeld het aantal schadegevallen dat in 1984 werd *aangemeld* en het aantal per 1984 nog openstaande schadegevallen (tabel 7.1). Maar daarvan is sindsdien weer afgezien vanwege de grote belangstelling van de media voor de cijfers.

Twee argumenten werden mij gegeven ter verklaring van die geslotenheid. In de eerste plaats wenst de MAR geen onaangename gegevens over zijn verzekeringsnemers vrij te geven; het gaat immers over zijn cliënten. En ten tweede vreest men dat patiënten en toekomstige patiënten bang zullen worden zich aan een medische behandeling te onderwerpen als ze van al die fouten zouden horen³⁵².

Voor beide argumenten is wel iets te zeggen, maar er valt minstens evenveel op af te dingen. Wat het eerste betreft: het gaat om een vrij grote groep anoniem blijvende, verzekerde artsen en ziekenhuizen en het is dan toch zeer de vraag of een concreet ziekenhuis of een concrete patiënt zich door publikatie van gegevens persoonlijk aangesproken zal voelen. Ik kan het me niet voorstellen. Wat het tweede argument aangaat – de mensen worden bang als ze jaarlijks een opeenstapeling van medisch falen krijgen voorgeschoteld –, ook daarop valt het nodige af te dingen. Informatie over fouten door artsen en andere hulpverleners blijft op den duur toch niet geheim. Kranten en tijdschriften zullen, net als in Amerika, tòch wel publiceren over individuele gevallen, en meestal zullen dat de ernstigste gevallen zijn. Bovendien leert de praktijk in dit soort zaken altijd weer dat bijvoorbeeld journalisten aan (een deel van) de geheime gegevens weten te komen. Het zou daarom wel eens zo kunnen zijn dat geheimhouding, met de impliciete pretentie dat alles geheel in orde is, uiteindelijk averechts zal gaan werken.

Het valt aan mensen vast wel uit te leggen dat er op een groot aantal medische verrichtingen altijd wel iets mis kan gaan. Het lijkt daarom veel verstandiger dat via rustige en duidelijke informatie aan het publiek duidelijk te maken. Worden mensen bang als het medisch tekortschieten aan het licht wordt gebracht? De mens is doorgaans banger in het donker dan in het licht.

De keerzijde van openheid is dat wie over deze zaken berichten (de media) de morele plicht hebben de verkregen informatie correct en vooral evenwichtig te brengen. Een artikel waarin staat dat er in 1984 924 gevallen van 'medische schade' werden geteld en waarin vervolgens slechts aandacht wordt besteed aan vijf ernstige gevallen, is dat bijvoorbeeld niet. Aldus wordt immers voorbij gegaan aan het feit dat lang niet alle gevallen van een vergelijkbare ernst zijn.

Er is nog een tweede argument voor meer openheid, namelijk de preventieve werking die ervan uitgaat op overige beroepsbeoefenaren. Ook daarom is het van belang dat verzekeraars en artsen meer openheid betrachten. In Nederland is daarvoor al vaker gepleit³⁵³.

Ten slotte is het mij een raadsel hoe je terzake van het grote probleem van fouten en schades in de gezondheidszorg een *beleid* kunt voeren – als overheid bijvoorbeeld, als ziekenhuizen of als organisatie van artsen – wannneer zó weinig gegevens voorhanden zijn. In Amerika heeft de wal het schip gekeerd: men móest wel met gegevens komen. Bovendien zag de Amerikaanse wetgever de noodzaak in om een groot informatiesysteem op poten te zetten. Dat gebeurde met de Health Care Quality Improvement Act van 1986 (zie paragraaf 4.14).

7.3 De premies

Als de hoogte van de premies maatgevend zou zijn voor de stand van zaken op het terrein van de medische aansprakelijkheid, dan heerst daar een paradijselijke rust. Let wel, ik spreek dan puur over medische aansprakelijkheid, niet over de vraag hoeveel en welke fouten er worden gemaakt. Want verreweg de meeste fouten leiden niet tot aansprakelijkheidsvorderingen.

Een gebruikelijke dekking voor een arts in Nederland is een miljoen gulden per gebeurtenis, met een maximum van twee miljoen per jaar. Ziekenhuizen, die voor het grootste deel zijn ondergebracht bij de *mar* (zie paragraaf 7.2), verzekerden zich doorgaans voor twee miljoen gulden per gebeurtenis en voor twaalfeneenhalf miljoen per jaar. De hier genoemde dekkingen blijken voldoende. Een woordvoerder van Nationale Nederlanden vertelde mij dat hem geen gevallen bekend waren waarin de dekking werd overschreden.

De polissen kennen doorgaans geen 'eigen risico'. Zo'n eigen risico zou een arts ertoe kunnen verleiden geen melding te maken van een bepaald letsel, terwijl achteraf kan blijken dat wat aanvankelijk gering letsel was, is uitgegroeid tot zwaar letsel (van een wondje tot een amputatie). Verzekeraars worden daarom het liefst zo snel mogelijk op de hoogte gesteld. Welke premies worden er nu in Nederland betaald door artsen die zich zelfstandig (buiten een ziekenhuis om) verzekeren? Ik geef wat voorbeelden die ik in 1987 kreeg van Nationale Nederlanden. Het meest betalen de anesthesisten en de gynaecologen en obstetrici: f 725,- per jaar³⁵⁴. Chirurgen betalen f 625,-, net zoals de neurochirurgen, die in Amerika aan de top staan (zie paragraaf 2.5). Een cardioloog betaalt f 475,- net als een huisarts met apotheek. Een huisarts zonder apotheek is minder kwijt: f 325,-. Als specialisten al onder de dekking van een ziekenhuis vallen en ze willen zich nog eens, maar dan zelfstandig, verzekeren dan krijgen ze bepaalde kortingen ($\pm 40\%$). Zo'n extra verzekering dekt dan tegen aansprakelijkheid voor fouten gemaakt buiten de muren van het ziekenhuis, bijvoorbeeld in de eigen privé-praktijk.

Tabel 7.2

<i>schadejaar</i>	<i>aantal schadegevallen gemeld in 1984</i>	<i>aantal schadegevallen nog openstaand per 31-12-1984</i>
1977	2	8
1978	5	24
1979	6	46
1980	11	67
1981	15	59
1982	34	138
1983	301	266
1984	550	262
totaal	924 (in 1983: 852)	870

bron: Jaarverslag MAR, 1984

Men kan niet spreken van een forse stijging van de premies de laatste jaren. De stijgingen die er zijn worden nog deels veroorzaakt door een verbeterde dekking. Precieze gegevens ontbreken. De bij de MAR aangesloten verzekeraars ontvingen blijkens het jaarverslag 1984 f 6 729 545,- aan premies. Dat bedrag blijft al jaren ongeveer gelijk, terwijl ook het aantal verzekeringsnemers maar in geringe mate fluctueert. De schadelast bedroeg in dat jaar f 5 156 455,- maar daar zat, zo zeggen de schrijvers van het jaarverslag, een reservering van bijna f 2 000 000,- in voor een zeer grote schade. De post Incurred But Not Reported (IBNR, zie uitvoerig paragraaf 2.1) werd in 1984 gesteld op ruim drie miljoen gulden.

7.4 Aantal en omvang der schadevergoedingsvorderingen

Er is weinig inzicht in het aantal keren dat een arts of een ziekenhuis aansprakelijk wordt gesteld, hoe vaak er wordt geprocedeerd of geschikt en in hoeveel gevallen de patiënt zonder schadevergoeding naar huis gaat. De enige cijfers die ik heb, zijn afkomstig uit het Jaarverslag 1984 van de MAR (nadien werden de jaarverslagen weer geheim gehouden). In 1984 ontving de MAR 924 nieuwe schademeldingen tegen 852 in 1983. De lezer van tabel 7.2 moet zich realiseren dat via de MAR geen individuele artsen en specialisten zijn verzekerd, maar uitsluitend instellingen (van de ziekenhuizen 60 % in 1984, zie paragraaf 7.2). Het overzicht geeft het aantal aangemelde schadegevallen naar schadejaar.

In 1987 zou het aantal bij de MAR aangemelde schadegevallen iets zijn opgelopen tot 1023³⁵⁵. Ongeveer de helft daarvan, zo werd mij mondeling medegedeeld, betreft echte *letselzaken*. De andere helft bestaat uit bijvoorbeeld

zoekgeraakte eigendommen of zaakschade. Dat cijfer verschilt enorm van de 3% waarmee de Amerikanen komen! Vergelijk paragraaf 3.2³⁵⁶.

Over de omvang van de uitgekeerde schadevergoedingen valt nauwelijks iets zinnigs te zeggen. Het Jaarverslag 1984 van de MAR vermeldt slechts een totale schadelast van f 5 156 455,-.

7.5 Aard van de gemaakte fouten

In paragraaf 3.2 gaf ik twee tabellen waarin onder andere stond aangegeven welke typen fouten in Amerika het meest worden gemaakt. Het zou te gemakkelijk zijn eenvoudigweg aan te nemen dat er weinig verschil is met Nederland. Individuele verzekeraars noch de MAR verstrekken gegevens. Ze hebben ook geen gegevens, wordt gezegd. Dat laatste lijkt niet heel waarschijnlijk. Maar hoe het ook zij, ik heb ze niet.

Toch meen ik wel enig inzicht te hebben gekregen in de situatie, door her en der vragen te stellen. Operaties lijken relatief hoog te scoren. Veel gemaakte fouten zijn: onvoldoende steriliteit, complicaties en het achterlaten van een vreemd voorwerp (*corpus alienum*) bij de zojuist geopereerde patiënt.

Hoog lijkt ook te scoren de vallende of omvallende patiënt, vaak gaat het dan om verpleegkundige fouten. Het daardoor ontstane letsel is veelal een gebroken ledemaat of beschadiging van het gebit.

Veelvuldig worden verder genoemd verkeerde of te ruwe intubatie, waarbij eveneens vaak het gebit wordt beschadigd. Ook bij injecties gaat het betrekkelijk vaak fout, bijvoorbeeld doordat arts of verpleegkundige de verkeerde medicijnen of een teveel aan medicijnen geeft. Tenslotte worden nogal wat schadegevallen gemeld als gevolg van een onjuiste behandeling van gebroken ledematen en van mislukte sterilisaties.

Men spreekt minder over schadevorderingen als gevolg van verkeerde of te late diagnoses. Deze ongevallenpost scoorde in de Amerikaanse rubrieken hoog. Voor het overige lijken de door mij gevonden – wetenschappelijk niet te staven – gegevens nogal op de gegevens die de Amerikaanse verzekeraar St. Paul mij verstrekke (zie paragraaf 3.2).

In de kranten staan doorgaans alleen de grote ongelukken: patiënt overlijdt door een te hoge dosis van een medicijn, een verkeerd been wordt geamputeerd, de patiënt raakt in coma door onjuiste anesthesie. Maar veel frequenter komen natuurlijk de kleinere ongelukken voor: de patiënt valt, wordt ruw geïntubeerd of een gebroken enkel wordt verkeerd behandeld. Wat is er – zo vroeg ik mij steeds af, en de lezer merkt dat het mij hoog zit – toch tegen meer bekendheid en ruchtbaarheid. Het beeld dat het publiek van het medisch handelen krijgt, in zijn triomfen en zijn fouten, wordt er veel evenwichtiger en waarheidsgetrouwer door, met alle voordelen vandie.

7.6 Defensive medicine?

Hiervoor in paragraaf 2.7 besteedde ik aandacht aan het verschijnsel ‘defensieve medicine’. Ik probeerde daar duidelijk te maken dat er verschillende kanten aan zitten, goede en kwade kanten. Ik wil hier voornamelijk volstaan met een verwijzing naar het daar geschrevene.

Een aspect wil ik nog wel bespreken. Dat betreft de overbodige en nutteloze onderzoeken en verrichtingen, gedaan uit angst nadien aansprakelijk gesteld te worden. De toenmalige voorzitter van het Centraal Medisch Tuchtcollege, De Brauw, merkte in 1982 op dat er ‘geen twijfel (is), of er wordt aanzienlijk meer research verricht dan strikt nodig is, om gedekt te zijn voor het geval het nalaten eventueel tot een – al of niet gerechtvaardigde – schadeclaim zou leiden.’ Hij voegde daaraan nog toe: ‘Zelfs de meest integere persoon wordt onbewust beïnvloed door een tegen hem gericht onderzoek, wanneer daar de dreiging van een conflict boven hangt...’³⁵⁷. Overigens is het natuurlijk niet zo, dat defensive medicine alleen voortspuit uit de angst aansprakelijk gesteld te worden. Die angst zal in ons land voorlopig nog een geringe rol spelen. Defensive medicine kan ook voortvloeien uit de wens absolute zekerheid te hebben, of eenvoudigweg uit een al te routinematig handelen.

Uit de Amerikaanse literatuur (paragraaf 2.7) bleek hoe moeilijk het is aan te geven waar precies de uitoefening van de geneeskunde afwijkt dat wat ‘sound practice’ is. Wanneer is bijvoorbeeld de verwijzing van een patiënt door een huisarts naar een specialist, of de verwijzing van de ene specialist naar de andere nutteloos en overbodig, weggegooid geld?

In Nederland klinkt – om op dit voorbeeld door te gaan – allang een roep om een sterkere eerstelijnsgezondheidszorg. Zo zou met name de huisarts niet te snel moeten verwijzen naar een specialist³⁵⁸. Welnu, als die opvatting in Nederland in een bepaalde mate gemeengoed is geworden, dan wordt mede daardoor ook de gedragsnorm beïnvloed waaraan het handelen van – in dit geval – de huisarts moet worden getoetst. De Amerikaan Altschule, die ik in paragraaf 2.7 citeerde, merkte al in 1977 op dat het vaststellen van de inhoud van de norm behoort te gebeuren door deskundige artsen en niet door rechters, laat staan door een lekenjury. Met andere woorden, de norm waaraan het handelen van de arts moet voldoen, is geen absolute, maar wordt in de loop der tijd gevormd *en* veranderd in samenspraak tussen overheid, verzekeraars, artsen, ziekenfondsen, paramedici en anderen. In die samenspraak klinkt ongetwijfeld ook het gerammel of beter, geknisper van geld: hoeveel is de samenleving bereid voor haar gezondheidszorg uit te geven? Daarom, iets gechargeerd gezegd, iedere samenleving heeft die defensive medicine die zij verdient.

7.7 Enkele belangrijke verschillen met Amerika

Tussen Amerika en Nederland bestaat, sprekend over medische aansprake-

lijkheid, een aantal belangrijke verschillen. Maar er zijn natuurlijk niet alleen verschillen. Daarom eerst een paar woorden over de overeenkomsten. In feite verschillen beide rechtsstelsels niet van elkaar als het gaat om de beginselen die aan aansprakelijkheid voor medische fouten ten grondslag liggen. In de regel is de arts alleen aansprakelijk als hem een verwijt van onzorgvuldig handelen kan worden gemaakt. De bewijslast van dat onzorgvuldig handelen rust bij de patiënt³⁵⁹, tenzij de schade zozeer wijst op een fout van de arts dat de zaak voor zichzelf spreekt. Ook het bewijs van het causale verband tussen het onzorgvuldig handelen en de ontstane schade rust bij de patiënt.

Er is in Nederland – in abstracto – wel meer eenheid van opvatting over de vraag naar de vaststelling van de norm waaraan het handelen van de arts moet voldoen. Daarover wordt in Amerika toch nogal verschillend gedacht.

Er zijn daarentegen ook verschillen tussen Amerika en Nederland. Ik noem er een aantal in een vrij willekeurige volgorde. Ten eerste is het voor elke arts in Nederland geen moeite zich tegen zeer aanvaardbare premies te verzekeren³⁶. Van belang lijkt mij verder te zijn het verschil in kwaliteit van sociale zekerheid en sociale voorzieningen. Al eerder is er op gewezen dat voor een Amerikaans slachtoffer het verkrijgen van schadevergoeding een element van sociale en financiële zekerheid voor de toekomst met zich meebrengt. In ons Nederlandse stelsel van sociale voorzieningen en sociale zekerheid speelt schadevergoeding een kleinere rol. Ook daarom vallen talrijke zeer hoge schadevergoedingsbedragen zoals in Amerika, in ons land niet te verwachten. Zo'n geavanceerd stelsel is ook een van de redenen dat in een land als Zweden het experiment van 'no fault-liability' kon worden gewaagd. Schadevergoeding is dan niet meer dan een in omvang tamelijk beperkte aanvulling op dat stelsel (zie paragraaf 6.2).

Een ander belangrijk verschil is gelegen in het systeem van rechtsbijstand voor slachtoffers van medisch falen. Advocaten werken op basis van 'no cure, no pay' en hun salaris wordt doorgaans bepaald door de omvang van de toegewezen schadevergoeding ('contingent fee'). Voor patiënten die denken het slachtoffer te zijn geworden van gebrekkig medisch handelen, heeft dit systeem duidelijke voordelen. Het financiële risico bij verlies van de rechtszaak is beperkt. In Nederland ligt dat heel anders: de financiële risico's voor de eiser in het geding zijn veel groter dan in Amerika. Daardoor is misschien de gemiddelde Amerikaan veel minder bang een gerechtelijke procedure te beginnen dan de gemiddelde Nederlander. Want juist omdat in medische aansprakelijkheidszaken de kans op succes moeilijk is te schatten, wordt in Nederland de patiënt die voor rechtsbijstand niet is verzekerd vaak afgeraden een procedure te beginnen. Dat is niet de fraaiste kant van onze rechtsbedeling. Weliswaar bestaat er in Nederland gratis rechtsbijstand voor on- en minvermogenenden, maar bij verlies van de procedure loopt de patiënt toch het risico van een veroordeling in de proceskosten (al gauw enige duizenden guldens).

Maar overigens lijkt de Amerikaan van nature wel proceslustig te zijn. Sommige Amerikanen zijn zelfs van mening dat het procederen een 'nationaal tijdverdrijf' is geworden. Ik zou de vergelijking niet durven maken; de Engelse rechter Lord Denning wel: 'As a moth is drawn to the light, so is a litigant drawn to the United States'³⁶¹. Hoe dat komt? Een Engelse auteur die onderzocht waarin de Britten van de Amerikanen verschillen vond een deel van de oplossing op een 'hoger niveau': 'America is a perfectability of man society in which illness and debility are seen as challenges to action and patients tend to be demanding consumers'. Daarentegen: 'Britain is an original sin society in which illness and debility are seen as part of the natural order of things and patients tend to be deferential'³⁶².

Een zeer groot verschil is gelegen in de juryrechtspraak (zie paragraaf 3.10). Dwars door dit boek heen zijn voordelen, maar vooral ook nadelen van dit systeem aan bod gekomen. Het is wellicht net als met de rechtsbijstand: voor het principe valt wellicht iets te zeggen, maar de nadelen zijn groot. Het is overigens volstrekt ondenkbaar dat juryrechtspraak ooit in Nederland zal worden ingevoerd. Zo groot de waardering is van de Amerikaan voor de juryrechtspraak, als een blijk van het democratisch functioneren van de samenleving, zo gering is de waardering van de Nederlander voor dit systeem van rechtspreken.

Er is nog een aantal verschillen te noemen waarin het Amerika is, dat minder fraai afsteekt bij Nederland. Lange tijd konden rechters en jury's geen schadevergoedingsbedrag toewijzen zonder dat bedrag nader te specificeren. In een aantal staten kan dat nog steeds. Dat leidt vaak tot zeer willekeurige toewijzingen. Bovendien waren en zijn er staten waar nog niet het beginsel van 'voordeelsverrekening' telt. Daardoor krijgen slachtoffers hun schade soms letterlijk dubbel en dwars vergoed (zie paragraaf 4.8). Bovendien kent het Amerikaanse recht de zogenoemde 'punitive damages'. Een arts aan wie een ernstig of soms ook minder ernstig verwijt van onzorgvuldig handelen kan worden gemaakt, wordt door een extra hoge schadevergoeding gestraft. Of eigenlijk is het woord schadevergoeding hier onjuist, want de punitive damages komen boven op de 'normale' schadevergoeding. Ook deze punitive damages zijn in Nederland onbekend (zie paragraaf 4.12).

Nog een verschil: in Nederland is er een grote terughoudendheid ten aanzien van vergoeding van zogenaamde immateriële schade, smartegeld. Dat geldt zowel de groep mensen die aanspraak kunnen maken op smartegeld (in Nederland alleen de gekwetste zelf), als de omvang van het bedrag dat wordt toegewezen. In ons land komt het smartegeld zelden of nooit boven de f 200 000,- en dan spreken we over de meest ernstige gevallen. Meestal gaat het om bedragen variërend van enkele honderden tot enkele tienduizenden guldens.

Een volgend verschil betreft de veel langere traditie die in Amerika bestaat als het gaat om medische aansprakelijkheid. Medische aansprakelijkheidsprocedures waren er al voor de oorlog, terwijl een eerste hoogtepunt werd bereikt

in de jaren '70. Er bestaat ongetwijfeld een wisselwerking met de literatuur over medische beroepsfouten, de wetenschappelijke literatuur en de journalistieke. In Nederland werd er eigenlijk pas voor het eerst in het begin van de jaren '70 wetenschappelijk onderzoek gedaan naar beroepsaansprakelijkheid van artsen³⁶³. En dan nog maar mondesmaat³⁶⁴. Pas de laatste jaren lijkt het thema medische aansprakelijkheid echt in de belangstelling te staan. Datzelfde lijkt te gelden voor de journalistiek, hoewel ik daar minder zicht op heb. Meer literatuur over medische aansprakelijkheid leidt vast en zeker ook tot een toenemend aantal vorderingen van slachtoffers van medisch falen. Evenmin mag men de invloed van patiëntenorganisaties en van algemene consumentenorganisaties zoals de Consumentenbond onderschatten³⁶⁵.

Vanuit de gezondheidszorg wordt daar soms wat geïrriteerd over gesproken, zo heb ik zelf mogen ervaren na de publikatie van mijn onderzoek over schadevergoeding voor mislukte sterilisaties. Maar het is de vraag of die irritatie terecht is. Ten eerste kennen we in Nederland nu eenmaal het beginsel dat iemand die schade lijdt door andermans onzorgvuldig handelen recht heeft op schadevergoeding. Dat geldt op straat, in het verkeer, en ook in het ziekenhuis. Waarom zou aan dat beginsel geen ruchtbaarheid mogen worden gegeven? Moet een slachtoffer maar slachtoffer blijven, enkel en alleen omdat hij niet op de hoogte is van zijn rechten? In de tweede plaats gaat er wellicht een preventieve werking uit van agerende patiënten, want een neven doel van civielrechtelijke aansprakelijkheid en schadevergoeding kan zijn – in de woorden van een bekend Amerikaans handboek – ‘of teaching the offender not to repeat the offense, or by deterring others from similar conduct’³⁶⁶. Maar het gaat hier, ik herhaal het, om een nuttige ‘bijwerking’ van het schadevergoedingsrecht. Een goed georganiseerd tuchtrecht en heldere klachtenprocedures zullen vanuit preventief oogpunt minstens zo effectief zijn³⁶⁷.

Een belangrijke vraag is, of de kwaliteit van de gezondheidszorg in de Verenigde Staten verschilt van die in Nederland. Uit Amerikaans onderzoek (paragraaf 3.1) is gebleken dat er veel meer fouten worden gemaakt dan er worden ‘vervolgd’. Geschat wordt dat slechts een op de vijf schadelijgende patiënten vergoeding van die schade probeert te vorderen en van hen krijgt slechts zo'n 40 % gelijk. Over de kwaliteit van de gezondheidszorg in Nederland kan ik niet oordelen, zeker niet in vergelijking met die in Amerika. Daarom slechts twee opmerkingen: een patiënt heeft alleen dan recht op schadevergoeding als jegens hem een fout is gemaakt. Als een schadevergoedingsvordering wordt *toegewezen*, dan ligt de oorzaak daarvan bij de desbetreffende hulpverlener of bij de organisatie waarvan hij deel uitmaakt en niet, zoals wel eens wordt gesuggereerd, bij de gedupeerde patiënt. De zaken mogen niet worden omgedraaid. Iets anders is dat de norm waaraan het handelen van de arts wordt getoetst reëel en niet overspannen mag zijn, maar daarover sprak ik al eerder in dit boek (zie onder andere paragraaf 7.6). Overigens is er in Nederland een toenemende belangstelling voor verbetering of verhoging van de kwaliteit³⁶⁸. Voor een belangrijk deel meent men die te kunnen vinden – kort gezegd – in

een versterking van de toetsing van hulpverleners, zowel intercollegiaal³⁶⁹ als door de tuchtrechter³⁷⁰, door de civiele rechter, via klachtenprocedures³⁷¹, en door vormen van – eventueel verplichte – nascholing³⁷².

7.8 Aanbevelingen

Het zou jammer zijn als we niets zouden willen leren van wat er in Amerika is mis gegaan. Uit hetgeen hieraan vooraf ging, zou een aantal aanbevelingen kunnen voortvloeien. Ik wil er graag wat onder elkaar zetten, met de *uitdrukkelijke* aantekening dat ze moeten worden verstaan in het licht van hetgeen ik verder in dit boek heb geschreven! De aanbevelingen zijn voor de arts geschreven, maar mutatis mutandis zijn ze ook voor verpleegkundigen van belang (zie in dit verband paragraaf 2.8).

Voorop moet staan een hoge kwaliteit van de gezondheidszorg. Een patiënt heeft – behoudens sommige uitzonderingen – pas dan recht op schadevergoeding, als er jegens hem onzorgvuldig werd gehandeld. Daarom: geen fouten, geen succesrijke aanspraken.

* Hoe beter en hoe persoonlijker het contact tussen arts en patiënt is, des te minder snel zal de patiënt bij mislukkingen (al dan niet door een fout) geneigd zijn, zijn gram te halen bij de civiele of tuchtrechter³⁷³. In Amerika is dat waarschijnlijk een van de redenen waarom grote ziekenhuizen relatief meer claims kennen dan kleine ziekenhuizen.

* Het is van groot belang dat de communicatie tussen arts en patiënt op gelijk niveau plaatsvindt. Uit een Engels onderzoek bleek, bij een analyse van 100 claims, dat er in het overgrote deel van de zaken sprake was van ernstige communicatiestoornissen. Vaak kregen de patiënten pas bij de behandeling van hun zaak inzicht in hun medische situatie³⁷⁴. In dit verband verdient wellicht vermelding mijn eigen ervaring, naar aanleiding van een klein onderzoek naar volledigheid en zeker ook leesbaarheid van informatiefolders die patiënten krijgen aangereikt. Op beide punten lijkt verbetering ruimschoots mogelijk. Dat is des te meer van belang nu in de toekomst schriftelijke informatie door patiënten kan worden geëist.

* Overleg met collega's als dat nodig is. Artsen zonder grenzen bestaan niet. Ken ook de grenzen van het ziekenhuis waar u werkt en verwijs desnodig tijdig door naar beter toegeruste ziekenhuizen.

* Informeer de patiënt altijd tijdig en adequaat over de behandeling, over de risico's maar ook over de kans op mislukken en de kans op complicaties. Mislukkingen en complicaties vloeien lang niet altijd voort uit fouten en het is goed als de patiënt daarover wordt geïnformeerd. In Amerika klagen artsen er veelvuldig over dat de patiënten vaak overspannen verwachtingen hebben ten aanzien van het medisch handelen. Het antwoord op die klacht moet zijn dat het mede aan de artsen is die verwachtingen en mogelijkheden in juiste pro-

porties te brengen. Zulke vaardigheden zullen aankomende artsen in hun opleiding moeten leren. Uit het hart gegrepen is mij de opmerking van de Regionaal Geneeskundig Inspecteur voor Zuid-Holland, als hij schrijft dat mede ten gevolge van rationalisering, toegenomen technische mogelijkheden en automatisering men de behoefte aan persoonlijke zorg ziet toenemen. Hij wijst erop – en dat correspondeert met wat men in Amerika kan waarnemen – dat het verschil tussen de *illusie* dat de medische vooruitgang alle zorgbehoefte bevredigt en de *werkelijkheid* van ongemak, ziekte en pijn mede de teleurstelling en woede van een klagende patiënt verklaart³⁷⁵.

* Verzekert u zich ervan dat de patiënt toestemming tot de behandeling heeft gegeven. Is er geen toestemming gegeven, dan maakt een behandeling in beginsel een onrechtmatige inbreuk op de lichamelijke integriteit van de patiënt.

* Als er iets is misgegaan, al dan niet door een fout, licht de patiënt daar dan eerlijk over in en geeft hem adequate informatie. Het verdoezelen of botweg ontkennen van gemaakte fouten, kan de wederzijdse standpunten verharderen en kan vervolgens gemakkelijk tot procedures leiden, terwijl ook andere oplossingen denkbaar waren geweest. De verzekeringsvoorwaarden waaraan de arts zich heeft te houden, verbieden de arts niet met zijn patiënt over de mogelijke fout te spreken. Integendeel. Men houdt het in verzekeringskringen zelfs voor een morele plicht met de patiënt uitvoerig de gevolgen en de toekomstverwachtingen met betrekking tot de gemaakte fouten te bespreken³⁷⁶. De arts kan er ook zonder enig bezwaar op wijzen dat het ziekenhuis een aansprakelijkheidsverzekering heeft afgesloten waaronder een mogelijke claim valt. Wat de arts niet mag is het doen van een *toezegging* tot schadevergoeding.

* Lijdt een patiënt schade door de fout van een hulpverlener dan heeft hij in beginsel recht op schadevergoeding. Een gerechtvaardigde vordering ontkennen, of een patiënt in zijn aanspraken dwarsbomen, is in de meest letterlijke zin onrechtvaardig.

* Houdt zorgvuldig de medische dossiers bij. Naderhand gegevens valselijk wijzigen of verbeteringen aanbrengen, is ontoelaatbaar en kan de arts in kwestie bovendien in een lastig parket brengen als er nadien een procedure wordt gestart. Moet er in een dossier iets worden gewijzigd, doe dat dan op een te verifiëren manier. Dat wil zeggen: aantekeningen niet wegkrassen, onopvallend veranderen of onleesbaar maken, maar door middel van een enkele streep de te wijzigen aantekening doorhalen, met een paraaf, de datum en de tijd in de marge. In zijn jaarverslag over 1987 merkt de Geneeskundige Hoofdinspecteur op dat de tuchtcolleges de indruk die de patiëntenadministratie maakt, bijna altijd zwaar laten meewegen in de beoordeling van het handelen van de arts. ‘Men zij gewaarschuwd’, voegt hij daaraan dreigend toe³⁷⁷.

* Van groot belang is een goede en open intercollegiale toetsing, en een onafhankelijke tuchtrechtelijke toetsing.

* Van groot belang is ook dat er behoorlijke klachtenprocedures komen. Zo kan worden voorkomen dat de civiele aansprakelijkheidsprocedure wordt gebruikt om genoegdoening te krijgen, terwijl een veel adequater en eenvoudi-

ger procedure denkbaar was geweest. Al eerder is er in dit boek op gewezen: het gaat 'gedupeerde' patiënten vaak niet eens om de financiële genoegdoening, maar om betrokkenheid bij wat er is gebeurd of is misgegaan.

* Meldt de fouten, ongelukken en bijna-ongelukken steeds aan de meldingscommissie, zodat van die gebeurtenissen kan worden geleerd. Bij deze vermeldingen hoort de vermijdbaarheid centraal te staan, niet de verwijtbaarheid. Vermelding verdient in dit verband de 'grote belangstelling' die bestaat bij de Geneeskundige Inspectie voor wat ze noemt 'het begrip veiligheid in het kader van kwalitatief verantwoorde zorgverlening' (sic! – cs)³⁷⁸. Voorop moet staan het uitgangspunt van risicovermijding en risicobeheersing ten behoeve van de patiënt. Deze belangstelling zou heel waarschijnlijk kunnen worden gevoed door de ervaringen die de Amerikanen opdoen met hun risk-management programs.

* Stelt u zich op de hoogte van de juridische implicaties van uw handelen (wanneer welke informatie geven, het toestemmingsvereiste, regels rond dossiervorming, beroepsgeheim, behandelingsovereenkomsten met minderjarigen, aansprakelijkheidskwesties enz.). Zo mogelijk zou het vak 'recht' in de medische en verpleegkundige studie opgenomen kunnen worden. In de Verenigde Staten blijkt dat artsen die op de hoogte zijn van de juridische kanten van hun vak, minder vaak te maken hebben met aansprakelijkheidsprocedures. Bovendien neemt daarmee de alom aanwezige angst voor, en irritatie over de 'juristerij' af. Een Amerikaanse hoogleraar in het recht vertelde mij dat hij en zijn stafleden de laatste jaren meer onderwijs geven aan medicijnenstudenten dan aan rechtenstudenten. Terzijde: het is mij een aantal malen opgevallen dat verpleegkundigen vaak beter op de hoogte zijn van 'het recht' dan artsen! Dat komt waarschijnlijk doordat verpleegkundigen het vak 'recht' tijdens hun opleiding krijgen, en artsen niet.

* Duidelijk geschreven regels met betrekking tot de juridische norm waaraan de arts moet voldoen (informatieplicht, toestemmingsvereiste, inzagerecht, beroepsgeheim, dossiervorming enz.), zijn te verkiezen boven ongeschreven en daarom vaak vage regels. Het Voorontwerp inzake de geneeskundige behandelingsovereenkomst van de Nederlandse regering lijkt daartoe geschikt³⁷⁹.

Hoofdstuk 8

Slot

In zijn tweede pre-advies (van 1984) haalt Sluyters de Amerikaanse schrijver Shapiro aan, die het medisch aansprakelijkheidssysteem als volgt kwalificeert: 'A more unfortunate system could not have been devised by ten madmen or ten law professors (...) working overtime for twenty years'. De komische inslag van zijn kwalificatie zou ons de ernst van de situatie doen vergeten. Het geldende aansprakelijkheidsrecht, als systeem bedoeld om slachtoffers hun schade te vergoeden en om brokkenmakers in te prenten hun fouten niet te herhalen, is zowel zeer kostbaar alsook zeer inefficiënt. Slechts een klein percentage (zo'n 25 % zeggen sommigen) van de door artsen betaalde verzekeringspremies bereikt uiteindelijk het slachtoffer om wie het begonnen is. De rest gaat verloren aan allerlei kosten. Mag zo'n systeem overleven? De werkelijkheid is dat het bestaat en dat het er niet naar uitziet dat op korte termijn een ander, efficiënter vergoedingssysteem zal worden uitgedacht, laat staan ingevoerd (zie hoofdstuk 6).

De vraag in dit boek was: maakt Amerika een crisis door of niet? Er zijn misschien maar twee groepen die deze vraag eenduidig weten te beantwoorden. Zo menen de *artsen* en de overige werkers in de gezondheidszorg dat het huidige aansprakelijkheidssysteem zozeer is dolgedraaid, dat het zich tegen de patiënt is gaan keren. Want het is de patiënt die uiteindelijk de premies betaalt via de rekening van de arts en het is de patiënt die in de toekomst allerlei vormen van medische zorg zal gaan ontberen. Anderzijds menen de *advocaten* dat al die hartekreten van artsen en hun organisaties maar overdreven zijn: er is geen crisis, en voor zover die er al is, wordt ze opzettelijk in de hand gewerkt door verzekeraars die goed verdienen aan de medische aansprakelijkheidspraktijk. Ik denk dat het antwoord op de vraag crisis of niet, niet zo gemakkelijk is te geven. Althans niet in zijn algemeenheid. Het verschijnsel medische aansprakelijkheid heeft verschillende kanten en het hangt er maar vanaf naar welke van die kanten men wil kijken.

Regel in Amerika is dat een ieder zijn eigen schade draagt, tenzij een ander door zijn handelen aansprakelijk is. Nu heeft het aansprakelijkheidsrecht twee belangrijke functies: het vergoeden van aan anderen toegebracht leed ('compensation') en correctie van normschendend gedrag ('deterrence'). Die correctie vindt, anders dan vroeger, niet meer langs financiële weg plaats, want de pleger van een onrechtmatige daad (de arts, het ziekenhuis) zal bijna altijd verzekerd zijn. Aan het begin van deze eeuw was dat wel anders. Toen

werden aansprakelijkheidsverzekeringen soms beschouwd als 'against public policy' omdat met die verzekeringen de *correctie* van het gedrag teniet zou gaan. De opvattingen zijn veranderd en zelfs tegen de puur als boete (straf) bedoelde punitive damages kan men zich thans verzekeren. Maar ook al hoeft de arts dan niet financieel te boeten, het hele gebeuren rond de indiening en de afhandeling van een schadevordering is al afschrikwekkend en preventief genoeg.

Toch mogen deze twee functies van het aansprakelijkheidsrecht, vergoeding van toegebracht leed, en de correctie van normschendend handelen, er niet toe leiden dat de arts het bijltje er maar bij neergooit. Halverwege de jaren '70 leek het erop dat dat in Amerika op grote schaal zou gaan gebeuren. Het was in de periode dat verzekeraars zich ijlings uit de medische aansprakelijkheidsmarkt probeerden terug te trekken, zodat er een situatie dreigde te ontstaan waarin artsen zich niet meer of niet meer adequaat konden verzekeren. 'Crisis' betekent eigenlijk 'keerpunt' of 'ommekeer'. Daarom mag men zeker van een crisis spreken toen het alsmaar stijgende aantal vorderingen en de toenemende omvang van de toegewezen schadevergoedingen de uitoefening van medische zorg leken te verhinderen. Met allerlei maatregelen werd deze 'availability-crisis' bedwongen, onder andere met de vrij ruwe maatregel waarmee een aantal commerciële verzekeraars werd gedwongen medische beroepsaansprakelijkheid in het pakket te houden. Thans neemt men vrij algemeen aan dat deze crisis, die er daadwerkelijk een was, is bedwongen (zie paragraaf 2.1).

Maar er dreigen nog andere, sluipende, gevaren. Het aantal ingestelde vorderingen blijft stijgen. Elk jaar krijgt gemiddeld een op de vijf artsen een schadevordering toegestuurd (zie paragraaf 2.2). En ook al leidt het merendeel van deze vorderingen tot niets (zie paragraaf 2.4), het financiële en emotionele ongemak waarmee dit gepaard gaat, kan niet gemakkelijk worden overschat. Bovendien neemt behalve het aantal vorderingen ook de omvang van de toegewezen schadevergoedingen sterk toe (zie paragraaf 2.3). Het aantal 'multi-million dollar awards' stijgt ieder jaar en er zijn schattingen dat 3 % van de vorderingen goed zijn voor 70 % van het totaal uitgekeerde bedrag aan schadevergoedingen. Zo zijn de zogenoemde 'baby-cases' berucht.

Dit alles blijft niet zonder gevolgen. De premies die artsen moeten betalen, stijgen ieder jaar. Sommige specialisten en huisartsen zitten nog op een bedrag van \$ 3 000 per jaar, maar de meesten betalen toch meer (zie paragraaf 2.5). Voor allerlei 'high-risk' specialismen hebben de steeds maar doorgaande stijgingen al geleid tot premies boven de \$ 25 000 per jaar tot soms \$ 100 000 voor sommige chirurgen in de staat New York. So what?, zou men kunnen zeggen, zolang ze maar voldoende verdienen om die premies op te brengen is er niets aan de hand. Dat is op zichzelf wel waar, maar er zijn toch wel enige kanttekeningen bij te plaatsen. Hogere premies leiden hoe dan ook tot hogere kosten voor patiënt en samenleving. Bovendien blijken sommige specialisten door het verzekeringssysteem gedwongen na het bereiken van de pensioenge-

rechtigde leeftijd door te blijven werken om de premies te kunnen opbrengen ter dekking van schadeclaims voor fouten die zij in het verleden hebben gemaakt. En daarmee zijn zij dan in een vicieuze cirkel terecht gekomen (zie paragraaf 2.1).

Bovendien ziet men ook gebeuren dat bepaalde 'high-risk' specialismen en 'high-risk' regio's minder in trek zijn bij beginnende artsen, terwijl reeds gevestigde artsen verhuizen of zelfs besluiten bepaalde risicovolle takken van hun specialisme af te stoten. Zo blijkt uit een onderzoek van het American College of Obstetricians en Gynecologists, dat een elk jaar toenemend aantal specialisten geen bevallingen meer doet, waardoor die specialisten ook weer minder premie hoeven te betalen (zie paragraaf 2.7). Zet die trend door en zou zij ertoe leiden dat bepaalde medische behandelingen niet meer worden uitgevoerd, dan zou ook daar sprake kunnen zijn van een crisis in de ware zin van het woord: er is dan immers geen medische zorg meer.

Paradoxaal genoeg leidt het toenemende aantal vorderingen ook tot een toenemend aantal verrichtingen: het fenomeen van de defensive medicine. Men neemt aan dat een groot aantal kostbare en voor de patiënt belastende verrichtingen, vooral op diagnostisch vlak, in feite volmaakt overbodig is. Het enige doel dat er mee wordt gediend, is het zich indekken tegen toekomstige schadevorderingen. Bovendien kan defensive medicine leiden tot overbodige chirurgische ingrepen en, wanneer het daarbij fout gaat, tot doden. Twaalfduizend per jaar heeft men in 1976 eens geschat (zie paragraaf 2.7).

Wat zijn de oorzaken van deze situatie? Er is een aantal juridische oorzaken te noemen: zo is de rechter in de laatste decennia een voor de patiënt steeds gunstiger koers gaan varen (zie hoofdstuk 3) en bovendien neemt men vrij algemeen aan dat de juryrechtspraak hoge schadevergoedingen in de hand werkt. Er zijn ook allerlei oorzaken die minder van juridische, dan van sociaal-maatschappelijke aard zijn. Amerikanen kunnen bijna kosteloos procederen en de indruk bestaat dat ze dat ook leuk vinden. De angst voor een gerechtelijke procedure die men in Nederland zo vaak ziet, kent de Amerikaan minder. Bovendien lijken velen niet te willen accepteren dat er wel eens iets fout kan gaan in de gezondheidszorg zonder dat iemand daarvoor een verwijt kan worden gemaakt. En ongetwijfeld zullen er velen zijn die eenvoudigweg hun kans schoon zien een slaatje te slaan uit de situatie waarin ze verkeren: 'be an instant-millionaire!' (zie uitvoeriger paragraaf 3.4). In hoofdstuk 3 komen nog andere factoren aan bod.

Toch mag men, ondanks dit alles, niet spreken van *de* medische aansprakelijkheids crisis, als zou de gehele gezondheidszorg, in alle staten, door de crisis worden geteisterd. Alles hangt af van de regio waarover men spreekt en van het specialisme. Het maakt voor artsen zeer veel verschil *waar* men zit en *wat* men doet. Het beeld dat wij in West-Europa vaak krijgen voorgeschilderd, betreft vaak een combinatie van het 'gevaarlijkste' specialisme en de 'gevaarlijkste' regio. Dan treft men inderdaad een cumulatie van ellende aan. Maar men zou evengoed andere combinaties kunnen maken. Ik wil hiermee allerm minst sugge-

reren dat er weinig of niets aan de hand is. Dat zou een veel te simpele en volstrekt onjuiste conclusie zijn. Niettemin is enige relativering soms wel op zijn plaats.

Zijn er nu alleen maar kwade kanten? Ook dat is niet waar. Het aansprakelijkheidsrecht heeft als belangrijkste functie de vergoeding aan de patiënt voor schade die hij door andermans onzorgvuldig gedrag heeft geleden. En dat er fouten worden gemaakt, blijkt uit een onderzoek van Danzon (weliswaar aan de hand van wat oudere cijfers). De arts valt in één op de 126 gevallen waarin er bij een medische behandeling iets fout liep, een verwijt van onzorgvuldig handelen te maken. Bovendien bleek dat van de gedupeerden maar een kleine minderheid uiteindelijk schadevergoeding ontving (zie paragraaf 3.1).

Het is niet onwaarschijnlijk dat – met aansprakelijkheid op de achtergrond – de kwaliteit van de zorg behalve verslechtert ook verbetert. Er zijn de laatste jaren in de medische stand allerlei ideeën geopperd en plannen gemaakt ter verbetering van de kwaliteit van de gezondheidszorg; of – dat zou de American Medical Association zeggen – om de kwaliteit ‘hoog te houden’. Notoire brokkenmakers konden tot voor kort eindeloos hun fouten herhalen en als het dan uiteindelijk te heet onder hun voeten werd, verhuisden ze naar een andere staat om daar met een schone lei te beginnen. Zoiets wordt steeds moeilijker (zie paragraaf 3.1). Bovendien wordt de laatste tijd steeds meer het belang benadrukt van een goed functionerende intercollegiale toetsing (zie paragraaf 5.4), en van zogenoemde risk management programs.

In bijna alle staten heeft ook de wetgever gereageerd. Men kan in de reacties twee lijnen ontdekken. Een verbetering van het functioneren van het aansprakelijkheidssysteem, door in een vroeg stadium ‘screening panels’ in te schakelen of door ‘arbitration boards’. Het moet er goedkoper, efficiënter en sneller van worden, zonder dat de patiënt daarmee in een nadeliger positie komt vergeleken met slachtoffers van andere ongelukken. Op dat laatste punt blijken de rechters zeer streng in hun oordeel over dit soort wetgeving. Hierbij horen ook verkorte verjaringstermijnen en lagere vergoedingen voor advocaten. Over het algemeen zijn de verwachtingen niet erg hoog gespannen.

Er is een tweede lijn: beperk de omvang van de schadevergoedingen. Bijvoorbeeld door limitering van de soms zeer hoge bedragen die worden toegekend aan smartegeld en door te voorkomen dat het slachtoffer zijn schade dubbel vergoed krijgt (van zijn eigen verzekeraar én van de arts). Het zijn maatregelen die voor ons nogal voor de hand lijken te liggen, maar voor de Amerikanen geldt dat niet. In een aantal gevallen heeft de rechter deze wetgeving al ‘unconstitutional’ bevonden. Behalve de hiergenoemde zijn er nog tal van andere wettelijke maatregelen genomen (zie hoofdstuk 4). Maar hoe het afloopt weet niemand. Een feit is wel dat verzekeraar St. Paul in het jaarverslag over 1987 een verbetering van de situatie meldt.

Wat zijn de lessen voor Nederland? Staan ons Amerikaanse toestanden te wachten? Het lijkt niet waarschijnlijk. We kennen geen juryrechtspraak, geen

'no cure, no pay', en een beperkt smartegeld. Maar wie de Nederlandse situatie wil onderzoeken, wordt het niet gemakkelijk gemaakt. Gegevens zijn er niet, of ze worden niet gegeven. Toch, ook al zal Nederland geen Amerika worden, zal ook bij ons het aantal vorderingen wel gaan stijgen. De belangstelling voor medische aansprakelijkheid neemt toe en dat zal van invloed zijn op het aantal vorderingen. In dat verband zou ook van belang kunnen zijn of het aantal mensen dat voor rechtsbijstand is verzekerd, zal toenemen. De ongewisheid waarin een patiënt komt te verkeren als hij een civiele procedure wil beginnen, maakt dat hij er veelal bij voorbaat al van af zal zien. Bij verlies van de procedure kunnen de financiële gevolgen enorm zijn.

Van belang in dat verband is nu al een onderzoek naar de medische aansprakelijkheidssituatie in Nederland, een onderzoek dat enigszins vergelijkbaar kan zijn met het in dit boek veel besproken onderzoek van de Amerikaanse General Accounting Office. Er zou bijvoorbeeld ook een onderzoek gedaan kunnen worden naar de wijze en de duur van afwikkeling van vorderingen door verzekeraars³⁸⁰. Op kleine schaal heeft in Nederland De Mol zo'n onderzoek gedaan³⁸¹. Noodzakelijk daarvoor is evenwel dat betrokken partijen een grotere openheid van zaken geven dan nu het geval is. Interessant is het in elk geval dat een commissie van de Nationale Raad voor de Volksgezondheid begonnen is naar een (eerste) onderzoek naar een systeem van no fault-aansprakelijkheid (zie hoofdstuk 6). Want hoe meer inzicht we krijgen in het verschijnsel van de medische aansprakelijkheid, des te zorgvuldiger en rechtvaardiger we kunnen omgaan met de belangen van hen die erbij betrokken zijn.

De verschillen met Amerika blijven zeer groot. Maar ook al hoeven wij niet werkelijk te vrezen voor Amerikaanse toestanden, ervan leren kunnen we wel.

Noten

- ¹ Flaster, 1983.
- ² Aldus blijkt bijvoorbeeld uit een recent rapport van het American College of Obstetricians and Gynecologists (ACOG), *Professional liability insurance and its effect: report of a survey of ACOG's membership*, november 1985. Stijging van 1983 op 1984: 6-10% (28,3% van de ondervraagde artsen) en 11-15% (21,7% van hen), blz. 24.
- ³ Dat geldt bijvoorbeeld voor gynaecologen en verloskundigen.
- ⁴ Defensive medicine, zie paragraaf 2.7.
- ⁵ Idem.
- ⁶ ACOG, a.w. 1985, blz. 23.
- ⁷ Zie het ATLA-rapport door Thomas G. Goddard, *The American Medical Association is Wrong – There is No Medical Malpractice Insurance Crisis* (1985) en het antwoord van de AMA: *Response of the American Medical Association to the Association of Trial Lawyers of America Statements regarding the Professional Liability Crisis* (1985).
- ⁸ Ik spreek korthedshalve van 'medische aansprakelijkheid' hoewel het in feite natuurlijk gaat om 'civielrechtelijke aansprakelijkheid voor medische handelingen'.
- ⁹ Sluyters, 1974, blz. 13 e.v. En het interessante artikel van De Cock, 1981, blz. 61 e.v., evenwel met oude gegevens.
- ¹⁰ Aldus ook de voorzitter van de MAR, H.J. Touw, in: *Fouten in de gezondheidszorg*, een uitgave van de Stichting Sympoz, 1988, blz. 49.
- ¹¹ Jaarverslag over 1987, in: *Jaarverslag 1987 van de Geneeskundige Hoofdinspectie van de Volksgezondheid*, Rijswijk 1988, blz. 105.
- ¹² De Brauw, 1985, blz. 80, en in zijn preadvies van 1982, blz. 37.
- ¹³ Van Hall, 1982, blz. 76.
- ¹⁴ Zo weigeren verzekeraars (als het overkoepelende MAR) andere dan heel globale cijfers naar buiten te brengen. Anderen dan een zeer kleine groep ingewijden, hebben aldus nauwelijks inzicht in de huidige situatie.
- ¹⁵ Dat is nu dan ook het officiële beleid van de AMA geworden, zie ook paragraaf 5.5.
- ¹⁶ Zie de belangrijke rapporten *Professional Liability in the 80s*, Report 1 (oktober 1984) en 2 (november 1984).
- ¹⁷ Elvoy Raines, in een verklaring voor de Senate Committee on Labor and Human Resources van 10 juli 1984. Zie daarover de studie van Westat, Inc. *Study of Medical Malpractice Claims Closed* in 1970, 1973.
- ¹⁸ Danzon, 1985, blz. 90 e.v. *AMA-report I*, 1984. Sommigen zeggen dan ook dat als er een 'malpractice-crisis' is, het een 'availability-crisis' is.
- ¹⁹ Danzon, 1985, blz. 85 e.v.
- ²⁰ Zie paragraaf 2.1.
- ²¹ Danzon, 1985, blz. 85.
- ²² Danzon, 1985, blz. 90 en 246. Ik weet niet of, en zo ja in hoeverre, de maximumpremie mede wordt beïnvloed door het schadeverloop van individuele artsen.

- ²³ Rapport van de National Association of Insurance Commissioners (NAIC), *Malpractice Claims 2* (2), 1980. Het ging toen om Californië, Florida, Illinois, Michigan, Pennsylvania, New York en Texas.
- ²⁴ Zie daarover uitvoerig Danzon, 1985, blz. 93 e.v. en *AMA-report 1*, 1984, blz. 8 e.v. Artsen blijken doorgaans ingenomen te zijn met de mutuals, hoewel de mutuals veelal wat duurder zijn. Anderzijds zou de begeleiding van de aangesproken arts bij mutuals bijzonder goed zijn.
- ²⁵ Danzon, 1985, blz. 97. Er zijn nu dus grofweg: commerciële verzekeraars (al dan niet gedwongen) en mutuals (al dan niet herverzekerd bij AMACO).
- ²⁶ Zie daarover uitvoerig Covington, 1980, blz. 201 e.v.
- ²⁷ Danzon, 1985, blz. 91-92 en Covington, 1980.
- ²⁸ Zie daarover: K. Abraham, 36 Maryland L Rev 1977, blz. 490 e.v. In Nederland schreef daarover H.O.Th. Hugenholtz, in: *Aansprakelijkheidsverzekering voor bedrijven*, uitg. SVV, Utrecht 1983, blz. 55 e.v. Hij wordt uitvoerig geciteerd door A.J.O. van Wassenae van Catwijck, *Produktenaansprakelijkheid* 1986, blz. 106 e.v.
- ²⁹ Elvoy Raines, (zie noot 17), tegenover de senaatscommissie in juli 1984: 'The crisis appeared to subside (...) in fact, it did not. Perhaps it was in a period of remission, but it never went away', geciteerd in *AMA-report 1*, 1984. De auteur L. Berlin (1980) meent dat de daling mede werd veroorzaakt door het opkomende fenomeen van de 'countersuits' (zie paragraaf 5.3). Deze opvatting heb ik verder nergens gezien.
- ³⁰ NAIC, (zie noot 23), aangehaald in *AMA-report 1*, 1984, blz. 6.
- ³¹ Zie voor enkele 'mooie' verhalen: *Medical Economics* 1986, blz. 164 e.v.
- ³² *Physicians' & Surgeons' Update*, July 1986, blz. 2.
- ³³ Aangehaald in *AMA-report 1*, 1984, blz. 10.
- ³⁴ AMACO, rapport van september 1984.
- ³⁵ *Physicians' & Surgeons' Update*, July 1986, blz. 4.
- ³⁶ *AMA-report 1*, 1984, blz. 10.
- ³⁷ Aangehaald in *AMA-report 1*, 1984, blz. 11. Zie voor de premies paragraaf 2.5.
- ³⁸ *AMA-report 3 Professional Liability in the 80s*, 1985, blz. 6.
- ³⁹ *AMA-report 1*, 1984, p. 11-12. Dat geldt dus de bij AMACO herverzekerde artsen.
- ⁴⁰ Statement of St. Paul Fire and Marine Insurance Company, before the Committee on Labor and Human Resources United States Senate, July 22, 1986, blz. 5.
- ⁴¹ GAO, april 1987.
- ⁴² April 1987, blz. 19. Zie voor een ouder onderzoek: Danzon en Lillard, 1982.
- ⁴³ Vergelijk het artikel van de advocaat K.E. Brooten, *Physicians Management* 1985, blz. 133-134.
- ⁴⁴ St. Paul, Statement 1986, blz. 6.
- ⁴⁵ United States General Accounting Office (GAO), *Medical Malpractice, Insurance Costs Increased but Varied among Physicians and Hospitals*, september 1986.
- ⁴⁶ A.w., blz. 25.
- ⁴⁷ A.w., blz. 28.
- ⁴⁸ *Professional Liability Insurance and its Effect: Report of Survey of ACOG's Membership*, november 1985, blz. 18.
- ⁴⁹ *Medical Economics* 1986, blz. 159.
- ⁵⁰ O'Brien 1987, blz. 3 en 9.
- ⁵¹ GAO september 1986, blz. 39.
- ⁵² A.w., blz. 40. Deze 26% ontleent men aan cijfers van de AHA.
- ⁵³ A.w., blz. 39.
- ⁵⁴ St. Paul, *Statement* 1986, a.w.

- ⁵⁵ Zie paragraaf 3.3.
- ⁵⁶ GAO september 1986, blz. 30 e.v.
- ⁵⁷ Zie daarover uitvoeriger Prosser en Keeton, 1985, blz. 322 e.v. en paragraaf 4.5.
- ⁵⁸ Zie daarover Welcher, 1987, blz. 29.
- ⁵⁹ N. Hershey, *Milbank Memorial Quarterly* 1.1 (1972), aangehaald door Danzon, 1985, blz. 146.
- ⁶⁰ Afgedrukt in Curran en Shapiro, 1982, blz. 518.
- ⁶¹ Zie daarover Sluyters, 1974, blz. 26, en De Brauw, 1982, blz. 52/3; zie ook paragraaf 7.6.
- ⁶² AMA, *The Continuing Need for Legislative Reform of the Medical Liability System*, februari 1987, blz. 31 en noot 61.
- ⁶³ Zie over de juryrechtspraak paragraaf 3.10.
- ⁶⁴ M.D. Altschule, *American Journal of Law and Medicine*, 1977, blz. 297. Zie daarvoor ook E.E. Fortess en M.B. Kapp, *Medical uncertainty, Diagnostic testing, and legal liability*, in *Law, Medicine and Health Care* 1985, blz. 213 e.v.
- ⁶⁵ Subcommittee on Oversight and Investigations, House Committee on Interstate and Foreign Commerce, *Cost and quality of Health Care: Unnecessary Surgery*, 94th Cong. 2e Sess. (1976), blz. 33 e.v.
- ⁶⁶ Sluyters sprak in zijn preadvies 1974, blz. 27, over een vergelijkbaar geval: het dilemma waarin de anesthesist kan komen te verkeren bij hartstilstand. Als hij er te laat in slaagt het hart weer op gang te brengen, kan de patiënt gedecerebreerd raken. De kosten van het in leven houden van een gedecerebreerde kunnen enorm zijn. Daarom, als de anesthesist vreest daarvoor te worden aangesproken, doet hij er financieel gezien beter aan niet te proberen de hartstilstand te verhelpen, maar de patiënt rustig te laten doodgaan, aldus Sluyters. Wel moet men bedenken dat deze situatie veelal los zal staan van de mogelijke angst om aansprakelijk te worden gesteld.
- ⁶⁷ Aldus Grad, 1980.
- ⁶⁸ ACOG, 1985, blz. 23.
- ⁶⁹ Aldus onlangs op een symposium in Washington D.C. de Health Human Services Secretary, Otis R. Bowen, *Med Liab Adv Serv* 1988, blz. 62, alwaar een verslag. *Washington Post* van 25 maart 1986.
- ⁷⁰ Vgl. *Collins v. Westlake Community Hospital*, 57 Ill. 2d 388, 312 NE2d 614 (1974). Zie hierover nog Miller, 1983, blz. 272 e.v.
- ⁷¹ E. Gulley, *Physicians Management*, 1985, blz. 69.
- ⁷² *Medical Economics* 1986, blz. 156 e.v.
- ⁷³ GAO, april 1987, blz. 53. Een woordvoester van St. Paul verklaarde mij onlangs (januari 1989): 'We have not seen a large number of claims for nurses, and rates have risen very slowly over the past few years'.
- ⁷⁴ Ik sluit mij aan bij de feitelijke situatie van overwegend vrouwelijke verpleegkundigen.
- ⁷⁵ Het rapport geeft helaas geen duidelijkheid over de hoogte van de bedragen, noch over de vraag hoe vaak verpleegkundigen als enige aansprakelijk werden gesteld. De ANA neemt aan dat verpleegkundigen in toenemende mate mede aansprakelijk zullen worden gesteld, als zal blijken dat de artsen premies voor zeer hoge dekkingen niet meer kunnen opbrengen. ANA, *Liability Insurance and You*, Kansas City, 1988.
- ⁷⁶ *Liability Insurance and You*, American Nursing Association, Kansas City 1988.
- ⁷⁷ Een psychiater en de betrokken verpleegkundigen werden aansprakelijk gehouden in een geval waarin een suïcidale patiënt te veel eigen bewegingsruimte werd gegeven: *Abille v. United States* 382 F supp 703 (Cal 1980).

- ⁷⁹ Zie daarover J.M. Studner en H.L. Hirsh, *Med Law* 1986, blz. 68 e.v.
- ⁸⁰ *Darling v. Bluefield Sanitarium, Inc.* 142 NE2d 754 (Va 1965), ontleend aan Hirsh.
- ⁸¹ *Ramsey v. Physicians' Memorial Hospital*, 372 A2d 26.
- ⁸² Ongepubliceerd, gemeld door Hirsh, *Med Law* 1988, blz. 475. Hirsh vermeldt niet wat de rol van de arts was en of niet ook hij onrechtmatig had gehandeld, ofschoon het enkele feit dat ook de arts nalatig was geweest niet aan de aansprakelijkheid van de verpleegkundige in de weg staat!
- ⁸³ *Med Liab Adv Serv*, februari 1988, blz. 14.
- ⁸⁴ Het boekje is uitgegeven door de ANA, 1987.
- ⁸⁵ Danzon, 1985. Zij combineert een onderzoek van de California Medical Association 1977 Medical Insurance Feasability Study, San Francisco: Sutter Publications in een onderzoek van NAIC (zie noot 23).
- ⁸⁶ Onder 'disability caused by health care management' wordt verstaan: *a* A disability is a temporary or permanent impairment of physical or mental function (including disfigurement) or economic loss in the absence of such impairment; *b* Causation is established when the disability is more probably than not attributable to health care management; *c* Health care management includes both affirmative actions (commission) and inactions (omission) of any health care provider or attendant whether or not such actions constitute legal fault'. Danzon, 1985, blz. 240, voetnoot 1.
- ⁸⁷ Danzon, 1985, blz. 24-25.
- ⁸⁸ Danzon, 1985, blz. 25.
- ⁸⁹ Danzon, 1985, blz. 23.
- ⁹⁰ Danzon, 1985.
- ⁹¹ ATLA, *The American Medical Association is Wrong – There is No Medical Malpractice Insurance Crisis*, 1985. Een uitvoeriger onderzoek naar de standpunten werd gedaan door de United States General Accounting Office, *Medical Malpractice, no Agreement on the Problems or Solutions*, Februari 1986.
- ⁹² *Response of the American Medical Association to the Association of Trial Lawyers of America*, Statements Regarding the Professional Liability Crisis, August 1985, blz. 14 e.v.
- ⁹³ ACOG, 1985, blz. 20.
- ⁹⁴ Zie *AMA-report 3 Professional Liability in the 80s* (maart 1985), blz. 5. Zie over het 'control-system' Curran en Shapiro, 1982, blz. 594 e.v.
- ⁹⁵ De zaak wordt gemeld door Carlova, 1985, blz. 79/80. Er is hoger beroep ingesteld.
- ⁹⁶ T.T. Flaherty in een door de AMA georganiseerde discussie, *AMA-report 3*, maart 1985, blz. 5; inmiddels lijkt er op dit punt veel te gebeuren, zie hierna. Zie verder nog de (wat oudere) cijfers bij Grad, 1980, blz. 401 en voetnoot 27.
- ⁹⁷ Annual Report of the Federation of State Medical Boards 1986.
- ⁹⁸ *The New York Times* van 9 juni 1986 sprak van een 'Part of Growing National Effort'. Zo verklaarde volgens *The New York Times* dr. Bryant L. Galusha, executive vice president of the Federation of State Medical Boards in Fort Worth, dat 'licensing boards in many states are asking doctors applying for license renewal if they have ever had a license revoked or suspended; whether they are involved in malpractice litigation; if they have had hospital admitting privileges denied or suspended; if they have been disciplined by a medical society, or whether they have been treated for or found guilty of drug abuse.
- 'We strongly advocate using license renewal as a means under which state health authorities can collect markers to detect problem doctors', dr. Galusha said.
- He said North Carolina, California, Louisiana en Oregon were among states that have instituted various methods for asking such questions.

Dr. Galusha said growing numbers of the country's more than 500 000 physicians move from one state to another. He said any state accepting new doctors ought to be responsible for assuring that they have kept up with the advances in medicine.

Unlike the proposed New York program, however, most state efforts are concerned primarily with doctors' conduct, and not with their competence.

But there is a growing movement in medical specialties to measure doctors' continued competence.' Het plan van gouverneur Cuomo is totaal nieuw. Naar het oordeel van de AMA gaat het te ver, aldus de krant.

- ⁹⁹ Gezondheidszorg voor minvermogenen.
- ¹⁰⁰ Gezondheidszorg voor ouderen.
- ¹⁰¹ Physicians' and Surgeons' Update 1988.
- ¹⁰² Idem.
- ¹⁰³ Zie daarover onder meer Sluyters, 1974, blz. 16.
- ¹⁰⁴ Zie al uit de vorige eeuw: Hathorn v. Richmond, 48 Vt. 557 (1876): '(...) such skill as doctors in the same general neighborhood, in the same general lines of practice, ordinarily have and exercise in like cases'. Zie uitvoerig Curran en Shapiro, 1982, blz. 371 e.v.
- ¹⁰⁵ Niet overal: zie bijvoorbeeld de staat Delaware, Del.Code Ann. 18 § 6801 (7) (Supp. 1984). Zie verder de uitvoerige en uitgebreid gemotiveerde uitspraak in de zaak Shilkret v. Annapolis Emergency Hospital Association, 349 A2d 245 (Md 1975) waar een 'national standard' wordt aangehangen, zowel voor 'general practitioners' als voor 'specialists'.
- ¹⁰⁶ Pederson v. Dumouchel, 431 P2d 973 (1967). Het hof citeerde Louisell and Williams, *The Parenchyma of Law*, 183-184 (1960), Curran en Shapiro, 1982, blz. 377.
- ¹⁰⁷ Zie uitvoeriger Curran en Shapiro, 1982, blz. 373 en noot 5.
- ¹⁰⁸ Voor specialisten werd dat bijvoorbeeld uitgemaakt in Taylor v. Hill, 464 A2d 938 (Me. 1983). In de Shilkret case werd ook voor 'huisartsen' zo'n 'nationwide standard' aangenomen.
- ¹⁰⁹ Shilkret v. Annapolis Emergency Hospital Association, 349 A2d 245 (Md 1975).
- ¹¹⁰ Vergelijk deze vordering min of meer met onze vordering op grond van wanprestatie. Ook daar geldt, althans voor de zogenaamde resultaatsverbintenissen, dat geen onzorgvuldig handelen hoeft te worden aangetoond. Dat geldt zelfs indien geen uitdrukkelijke belofte van genezing heeft geklonken. Het onderscheid tussen resultaats- en inspanningsverbintenissen wordt met betrekking tot gevallen van medische aansprakelijkheid in Amerika niet met zoveel woorden gemaakt. De bewijsmoeilijkheden waarin een patiënt kan geraken, kunnen onder bepaalde omstandigheden worden opgelost via de res ipsa loquitur-regel (zie paragraaf 4.13).
Een tweede voordeel van een vordering gebaseerd op 'warranty' is de langere verjaringstermijn. Overigens zijn er ook staten waar de rechter heeft geoordeeld dat de termijn die geldt voor 'warranty' gelijkgesteld moet worden aan die van onrechtmatige daad. Dat gebeurt dan met het argument dat het in beide gevallen gaat om letselschade.
- ¹¹¹ Overigens geldt in een paar staten dat ook op dit punt de beide vorderingen gelijk zijn getrokken. Dus ook al baseert de patiënt zijn vordering op 'warranty', hij zal ook dan moeten aantonen dat de arts onzorgvuldig handelde. Zie hierover Lane en Hirsh, 1984, blz. 12.
- ¹¹² Crawford v. Duncan, 61 Cal App 647, 215 P 573 (1923), voor zover bekend was dat de eerste toewijzing. Ontleend aan Lane en Hirsh.
- ¹¹³ Bailey v. Harmon, 74 Colo 390, 222 P 393 (1924).

- ¹¹⁴ Johnston v. Rodis, 102 App DC 209, 251 F2d 917 (1958). Twee recentere zaken zijn Cirafici v. Goffen, 85 Ill App 3d 1102, 407 NE2d 633, 11 ALR4th 740 (1980) over een tandarts die toezeggingen had gedaan en Scarzella v. Saxon, 436 A2d 358 (1981, Dist Col App) over de garanties die een uroloog – naar bleek ten onrechte – had gegeven.
- ¹¹⁵ Zie voor enkele andere gevallen: Curran en Shapiro, 1982, blz. 395: ‘After this operation, you can throw your pill box away’; ‘There is no danger at all in this operation’; ‘You will be out of work three or four weeks at the most’ enz.
- ¹¹⁶ Zie bijvoorbeeld Martineau v. Nelson, 311 Minn 92, 247 NW2d 409 (1976): ‘An opinion is not a promise’ (Lane en Hirsh, 1984, blz. 5).
- ¹¹⁷ Zie bijvoorbeeld Herrera v. Roessing, 533 P2d 60 (1975, Colo App), zie Lane en Hirsh, 1984, blz. 5/6.
- ¹¹⁸ Lane en Hirsh noemen Delaware, Indiana en North Carolina, blz. 11. Curran en Shapiro noemen nog Arizona (Ariz. Rev. Stat. § 12-672 (B) (1976), 1982, blz. 395.
- ¹¹⁹ Lane en Hirsh, blz. 11.
- ¹²⁰ Shilkret v. Annapolis Emergency Hospital, 349 A2d 245 (1975) en Note, Curran en Shapiro, 1982, blz. 368 e.v.
- ¹²¹ Pederson v. Dumouchel, 431 P2d 973 (1967).
- ¹²² Zie de literatuur genoemd bij Curran en Shapiro, 1982, blz. 389; en de jurisprudentie bij Broekhuijsen en Stolker, 1986, blz. 83 e.v.
- ¹²³ Zie bijvoorbeeld Johnson v. St. Bernard Hosp., 399 NE2d 198 (Ill 1979). Om het nog ingewikkelder te maken, kent het Amerikaanse recht nog de figuur van de ‘borrowed servant’: zo kunnen soms bijvoorbeeld verpleegkundigen aan de arts zijn toegewezen zó, dat hij alle zeggenschap heeft. Dat kan de juridische consequentie hebben dat de desbetreffende arts geldt als de aansprakelijke ‘master’. Evenwel lijkt de ‘borrowed servant-doctrine’ verlaten te worden, dan wel wordt zij vervangen door de ‘dual servant-doctrine’: arts én ziekenhuis kunnen aansprakelijk worden gehouden. Aldus bijvoorbeeld City of Somerset v. Hart, 549 SW2d 814 (Ky 1977).
- ¹²⁴ In Nederland is een wetsontwerp in de maak dat zo’n centrale aansprakelijkheid dwingend regelt. Zie voor het thans geldende recht: Sluyters, 1984, blz. 44, blz. 13 e.v.
- ¹²⁵ Darling v. Charleston Community Memorial Hospital, 211 NE2d 253 (1965), ten dele afgedrukt bij Curran en Shapiro, 1983, blz. 364 e.v. Zie voor enkele andere grondslagen voor centrale aansprakelijkheid: Miller, 1983, blz. 195-196.
- ¹²⁶ Zie Curran en Shapiro, 1982, met literatuur op blz. 368 e.v.
- ¹²⁷ Zie bijvoorbeeld Miller, 1983, blz. 192 e.v.
- ¹²⁸ Zo in Greenberg v. Michael Reese Hosp., 83 Ill2d 282, 415 NE2d 390 (1980).
- ¹²⁹ De term wordt onder andere door Miller, 1983, blz. 204 gebruikt.
- ¹³⁰ Miller, 1983, blz. 203.
- ¹³¹ Carrasco v. Bankoff, 220 Cal. App2d 230, 33 Cal. Rptr. 673 (1963). Een vergelijkbare uitspraak is die inzake Hernandez v. Smith, 552 F2d 142 (5th Cir. 1977): een vrouw bevalt in een kleine kliniek met 14 bedden van een dood kindje. De kliniek had niet de mogelijkheid een geboorte via de keizersnee te laten plaatsvinden. Daarvoor had de kliniek haar van te voren moeten waarschuwen. De uitspraken vond ik bij Miller, 1983, blz. 203.
- ¹³² Aldus ook Emory University Hospital v. Porter, 103 Ga. App. 752, 120 SE2d 668 (1961). Zie heel kort: Curran en Shapiro, 1983, blz. 396.
- ¹³³ Zie uitvoerig Bruner and Drinker, *The Physician, the Manufacturer, and Medical*

- Devices*, 23 Med. Trial Tech. Q. 307 (1977), verwijzing door Curran en Shapiro, 1983.
- ¹³⁴ Grubb v. Albert Einstein Medical Center, 387 A2d 480 (Pa 1978).
- ¹³⁵ Voor de deskundige lezer: 'The operation planned is known as an anterior cervical fusion and procedurally includes the removal of a bone plug from the vertebrae at the C 5-6 interspace by means of a surgical tool and replacing it with a donor plug contemporaneously removed from the patient's hip.'
- ¹³⁶ Perlmutter v. Beth David Hospital, 308 NY 100, 123 NE2d 792 (1954).
- ¹³⁷ Cunningham v. MacNeil Memorial Hospital, 47 Ill2d 443, 266 NE2d 897 (1970).
- ¹³⁸ Aldus Curran en Shapiro, 1983, blz. 396-7. Zie ook de rechtspraak genoemd in Annot., 23 ALR4th 508 (1983). Soms wordt aansprakelijkheid zelfs uitgesloten bij 'negligent or wilful conduct', in het geval van een non-profitinstelling, Arizona Sec. 32-1481, added by Laws 1972, Ch. 164.
- ¹³⁹ Zie de rechtspraak in *Products Liability Reports*, 1986, Commerce Clearing House, Inc., 1670 e.v. en 1187 e.v.
- ¹⁴⁰ De Med. Liab. Adv. Service vermeldt dat onlangs in een van de eerste AIDS-zaken een bloedbank werd 'vrijgesproken' van aansprakelijkheid, juni 1988, blz. 54 (zonder vindplaats).
- ¹⁴¹ Aldus in een hepatitis-zaak: Williamson v. Memorial Hospital of Bay County, 307 So2d 199.
- ¹⁴² Aldus het Court of Appeal van Californië in Hyland Therapeutics v. The Superior Court of Santa Clara County (10 dec. 1985) gepubliceerd in *Products Liability Reports*, 10, 877.
- ¹⁴³ Bijvoorbeeld in Caldwell v. Knight 89 SE2d 900 (Ga 1955).
- ¹⁴⁴ Belangrijk zijn de Guidelines for Obtaining Informed Consent in Clinical Investigations uit 1970, *HEW Institutional Guide*, Pub. No. 72-102 (afgedrukt bij Curran en Shapiro, 1982, blz. 436):
 'The basic elements of informed consent are:
 1 a fair explanation of the procedures to be followed, including an identification of those which are experimental;
 2 a description of the attendant discomforts and risks;
 3 a discription of the benefits to be expected;
 4 a disclosure of appropriate alternative procedures that would be advantageous to the subject;
 5 an offer to answer any inquiries concerning the procedures;
 6 an instruction that the subject is free to withdraw his consent and to discontinue participation in the project or activity at anytime.
 In addition, the agreement, written or oral, entered into by the subject, should include no exculpatory language through which the subject is made to waive, or appear to waive, any of his legal rights, or to release the institution or its agents from liability for negligence'.
- Zie voor Nederland de dissertatie van A.F.M. Dekkers, *De patiënt en het recht op informatie*, Leiden 1979. Zie vervolgens Sluyters, 1984, blz. 57 e.v. en voor andere rechtsselsels blz. 26 e.v. Zie verder: Stolker, 1988, voetnoot 81.
- ¹⁴⁵ Zie Stolker, 1988, blz. 66 e.v.
- ¹⁴⁶ Dat is een puur hypothetische vraag: 'Viewed from the point at which he had to decide, would the patient have decided differently had he known something he did not know'. Aldus Waltz en Scheuneman, 64 Nw. U.L. Rev. 1970, blz. 647.
- ¹⁴⁷ Aldus de rechter in de zeer belangrijke uitspraak Canterbury v. Spence, 464 F2d 772 (1972), afgedrukt in Wadlington, Waltz en Dworkin, 1980, blz. 484-502.

- Zie recent *Hartke v. McKelway*, 707 F2d 1544 (1983), en uitdrukkelijk: *Wheel- don v. Madison*, 374 NW2d 367 (SD 1985) en in *Brown v. Dahl*, 705 P2d 781: niet 'the patient himself', maar de 'reasonably prudent patient in the patient's position' is het criterium. Zie voor verdere literatuur: *Wadlington*, 1980, blz. 502 e.v.
- ¹⁴⁸ Zie uitvoerig *Wheeldon v. Madison*, 374 NW2d 367 (SD 1985).
- ¹⁴⁹ Zie bijvoorbeeld *Landers v. Georgia Baptist Medical Center*, 333 SE2d 884 (Ga App 1985) waar de rechter overwoog dat de geneeskunde nu eenmaal een niet-exacte wetenschap is en dat derhalve het feit dat een behandeling ongunstig verliep nog niet het vermoeden wettigt dat de arts zich niet als een redelijk bekwaam geneesheer heeft gedragen. Vgl. ook *Valcin v. Public Health Trust of Dade County*, 473 So2d 1297 (Fla App 3 Dist. 1984) en *Culver v. Ochsner Foundation Hosp.*, 474 So2d 984 (La App 5 Cir. 1985) – catheter breekt af: res ipsa-regel is niet van toepassing. Zie verder nog *Wadlington*, 1980, blz. 660 e.v.
- ¹⁵⁰ *Sluyters*, 1974, blz. 22 en zijn preadvies uit 1984, blz. 17 e.v. en verder *Stolker*, 1988, blz. 83. Zie over de regel uitvoerig de West-Duitse hoogleraar D. Giesen, *Arzthaftungsrecht/Medical Malpractice Law*, Bielefeld 1981, blz. 262.
- ¹⁵¹ *Schaffner v. Cumberland County Hosp. System, Inc.*, 336 SE2d 116 (NC App 1985) en bijvoorbeeld *Gravitt v. Newman*, 495 NYS2d 439 (NYAD).
- ¹⁵² Zie: *Sullivan v. Methodist Hospital of Dallas*, 699 SW2d 265 (Tex App 1985) en *Rudeck v. Wright*, 709 P2d 621 (1985): 'negligence per se' door het laten zitten van een sponsje na de operatie.
- ¹⁵³ Zie *Prosser en Keeton*, 1984, blz. 257 e.v.; *Grad*, 1980, blz. 406, en *Stolker*, 1988, met literatuur.
- ¹⁵⁴ Zie *Curran en Shapiro*, 1982, blz. 506 e.v. Ze merken op (blz. 507): 'The trend is toward removal of immunity with only a minority of jurisdictions currently applying full immunity to health care facilities operated by government agencies'. Wat de charitatieve instellingen betreft: 'Charitable immunity of non-profit hospitals is disappearing more rapidly than that of governments agencies. Full immunity continues in only a handful of states'. Idem: *Prosser en Keeton*, 1984, blz. 595/6, die vermelden dat sommige rechters overwogen dat zo'n instelling zich maar moet verzekeren tegen aansprakelijkheid.
- ¹⁵⁵ *Tunkl v. The Regents of the University of California*, 383 P2d 441 (Cal. 1963).
- ¹⁵⁶ Zie *Curran en Shapiro*, 1982, blz. 507.
- ¹⁵⁷ Ik ga hier niet in op het in de praktijk zeer lastige probleem, waar de grens ligt tussen de vragen met betrekking tot het recht en die met betrekking tot de feiten. *Prosser en Keeton* merken op: 'that it is not easy to fix any definite line of demarcation. It is said also that the court must decide questions of law, and the jury questions of fact. But this means little or nothing until some method of classification is provided, by which 'law' may be distinguished from 'facts', and the division of functions between court and jury is a matter rather of historical origins and present policy than of any such definitions.' *Prosser en Keeton*, 1984, blz. 235 e.v. Uitvoerig over het jursysteem *Rosenberg, Smit en Korn*, 1985, blz. 796 e.v.
- ¹⁵⁸ Ontleend aan *Southwick*, 1978, blz. 27.
- ¹⁵⁹ Zie daarover uitvoeriger *Prosser en Keeton* 1984, blz. 236 e.v. en *Southwick*, 1978, blz. 26 e.v.
- ¹⁶⁰ A.w., blz. 137. Zie ook *Rosenberg*, 1985, blz. 803 e.v.
- ¹⁶¹ *Prosser en Keeton*, 1984, blz. 237.
- ¹⁶² *Prosser en Keeton*, 1984, blz. 284.
- ¹⁶³ *Prosser en Keeton*, 1984, blz. 591 e.v. Zie uitvoerig het verslag van de Tort Policy Working Group, 1987, blz. 32 e.v.

- ¹⁶⁴ Uitvoerig Rosenberg c.s., 1985, blz. 43 e.v. Zie daarover ook de Engelse auteur George, 1988, blz. 440. Hij beschrijft hoe tijdrovend het is om – bij een strafrechtszaak – een jury samen te stellen.
- ¹⁶⁵ Immers, aldus zouden slachtoffers van medische fouten slechter worden behandeld dan slachtoffers van andere onrechtmatige daden.
- ¹⁶⁶ A. Chin en M. Peterson, *Deep Pockets, Empty Pockets*, Rand Corporation Institute for Civil Justice, 1985, blz. 54.
- ¹⁶⁷ Het ging om drie zaken, waarin respectievelijk \$ 8 000 000, \$11 000 000 en \$ 3 500 000 werd toegewezen.
- ¹⁶⁸ Geciteerd door Crane, 1986, blz. 66.
- ¹⁶⁹ Crane, 1986, blz. 67.
- ¹⁷⁰ Vgl. Chapman, 1986, blz. 126.
- ¹⁷¹ H. Eisenberg, *Medical Economics*, 1986, blz. 91 e.v. Zie ook het artikel van Brooten, 1985, blz. 124 e.v. en dat van Chapman, 1986, blz. 131.
- ¹⁷² De term is van Hausman, 1974, blz. 63. Opmerkelijk vond ik het dat deskundigen uit de *wetenschap*, in gesprekken het jury-systeem – althans voor wat het burgerlijk recht betreft – sterk veroordelen.
- ¹⁷³ Zie ook paragraaf 4.11.
- ¹⁷⁴ GAO-report mei 1987, blz. 26 e.v.
- ¹⁷⁵ Zie ook paragraaf 3.1. Lees verder het interessante stuk van Hausman, 1974, blz. 61 e.v. en uitvoerig Sluyters, 1974, blz. 24-25.
- ¹⁷⁶ *Medical Economics*, 1986, blz. 170.
- ¹⁷⁷ Als ‘apocryphal’ verteld door Shorter, 1985, blz. 229.
- ¹⁷⁸ *New York Times* van 26 juli 1986; AMA-report febr. 1987, blz. 34 noot 62.
- ¹⁷⁹ Van Syckle v. Powers, 483 NYS2d 756 (AD 3 Dept. 1984); zie bijvoorbeeld ook Rush v. Sears, Roebuck and Co. 461 NYS2d 559 (1983) waar de schadevergoeding voor een jonge vrouw bij wie 42% van haar lichaamsoppervlak was verbrand, werd verlaagd van \$ 4 000 000 tot \$ 1 500 000. Een ander voorbeeld is een mislukte cosmetische operatie. De toegewezen schadevergoeding werd in hoger beroep ‘excessive’ bevonden en werd vermindert van \$ 500 000 tot \$ 50 000, Markey v. Eiseman, 495 NYS2d 61 (1985).
- ¹⁸⁰ Zie Prosser en Keeton, 1984, blz. 590: ‘(An)... invisible effect is upon the verdict of the jury. It is more or less notorious among lawyers that juries, in general, tend to return verdicts, or larger verdicts, against defendants who have liability insurance, for the simple reason they are aware that the defendant will not have to pay the judgment, and that the company has been paid a premium for undertaking the liability.’
- ¹⁸¹ Morgan D. King, What Works, What Doesn’t, in Advertising, in: *The Lawyer’s Magazine*, afgedrukt in het *Advocatenblad*, 1986, blz. 483 e.v.
- ¹⁸² *Wallstreet Journal*, 16 maart 1988.
- ¹⁸³ Aldus de Amerikaanse ‘defense lawyer’ Walter F. Wortman, geciteerd door Crane, 1986, blz. 65.
- ¹⁸⁴ *Report*, The Secretary’s Commission on Medical Malpractice HEW Dept. Pub. No. (OS) 73-88 (1973), verkort afgedrukt in Curran en Shapiro, 1982, blz. 517 e.v.
- ¹⁸⁵ New York Governor’s Advisory Panel on Medical Malpractice, *Report* (1976), verkort afgedrukt in Curran en Shapiro, 1982, blz. 524 e.v.
- ¹⁸⁶ Soms werd met het ‘unconstitutional’ verklaren van bepaalde onderdelen van de wet, meteen de hele wet ‘unconstitutional’ verklaard, omdat de gewraakte onderdelen een onlosmakelijk onderdeel van de hele wet vormden. Soms neemt de wet-

- gever daarom in de wet een 'severability clause' op, een clause die dat gevolg zou moeten voorkomen. Deze clause sorteert niet altijd effect.
- 187 Zie bijvoorbeeld het rapport van de Secretary's Commission on Medical Malpractice, 1973, Curran en Shapiro, 1982, blz. 521.
- 188 Aldus ook de rechter in *Kasbaum v. Lucia*, 377 NW2d 183 (Wis App 1985): een van de taken is 'to weed out frivolous claims'.
- 189 Danzon, 1985, blz. 198/9. Zie verder Sluyters, 1974, blz. 32 e.v. en De Cock, 1981, blz. 69. Meer gedetailleerde informatie geeft P.E. Carlin, *Medical Malpractice Pre-Trial Screening Panels: A Review of the Evidence*, Intergovernmental Health Policy Project, George Washington University, Washington, D.C.
- 190 Aldus uitdrukkelijk: *Treyball v. Clark*, 493 NYS2d 1004, 65 NY2d 589, 483 NE2d 1136 (NY 1985).
- 191 De hoop is dat daarmee degene die in het ongelijk werd gesteld, wordt ontraden door te gaan naar de civiele rechter. In sommige wetten is dat uitdrukkelijk vastgesteld. In sommige staten kan de rechter 'panel costs' of 'court costs' aan die partij opleggen die een 'frivolous claim' heeft ingediend of 'frivolously denied liability'. Zie Danzon, 1985, blz. 258, voetnoot 11.
- 192 Zie bijvoorbeeld AMA-report 3, 1985, blz. 13.
- 193 Zie bijvoorbeeld *State ex rel. Cardinal Glennon Memorial Hospital v. Gaertner*, 583 SW2d 107 (Mo. 1979). Positief het Supreme Court van Indiana in *Johnson v. St. Vincent Hospital, Inc.*, 404 NE2d 585 (Ind. 1980).
- 194 AMA-report 3, 1985, blz. 6; Danzon, 1985, blz. 200.
- 195 Danzon, 1985, blz. 200.
- 196 NAIC, 1980.
- 197 The Secretary's Commission on Medical Malpractice, 1973, Curran en Shapiro, 1982, blz. 521.
- 198 Aldus de AMA, 1986, overigens ongedateerd. Zie nog Sluyters, 1974, blz. 33 en De Cock, 1981, blz. 69.
- 199 Danzon, 1985, blz. 202 e.v.
- 200 NAIC, 1980.
- 201 Aldus Miller, 1983, blz. 198.
- 202 Zie bijvoorbeeld Asser-Rutten-Hartkamp I (1988), no. 653.
- 203 AMA, 1984/1986.
- 204 *Mastro v. Brodie*, 682 P2d 1162 (Colo 1984).
- 205 Aldus Danzon, 1985, blz. 174.
- 206 De joint and several liability rule; zie Prosser en Keeton, 1984, blz. 327 e.v.
- 207 Aldus Slovenko, 1988, blz. 104.
- 208 GAO-report mei 1987, blz. 26.
- 209 In zijn rapport van mei 1987, blz. 22.
- 210 Aldus Slovenko, 1988, blz. 104; in sommige staten is de regel afgeschaft alleen voor de vergoeding van ideële schade, vgl. het rapport van de Tort Policy Working Group, maart 1987, blz. 79.
- 211 Aldus de gegevens van de AMA, 1986.
- 212 Deze Patient Compensation Funds worden sterk bepleit door onder andere de AMA, Report 3, 1985, blz. 12/3.
- 213 Bijvoorbeeld in Illinois door het Supreme Court in *Wright v. Central DuPage Hospital Association*, 347 NE2d 736 (1976).
- 214 Bijvoorbeeld in Indiana door het Supreme Court in *Johnson v. St. Vincent Hospital, Inc.*, 404 NE2d 585 (Ind. 1980).

- ²¹⁵ Zo zou uit een rapport van de Florida Medical Association 1985 blijken dat 'Evidence demonstrates that pain and suffering awards are a principal cause of grossly distorted verdicts in professional liability cases. For example, in Florida, although only 2.7% of all injury claims receive compensation for pain and suffering in excess of \$ 100 000, the pain and suffering component in these few cases accounts for almost 80% of total verdicts over \$ 100 000. In fact, the 2.7% of claims with pain and suffering over \$ 100 000 account for about 40% of the total indemnity paid to all malpractice claimants.'
- ²¹⁶ NAIC, 1980, blz. 7.
- ²¹⁷ AMA-report 3, 1985, blz. 7.
- ²¹⁸ Aangehaald door Danzon, 1985, blz. 158.
- ²¹⁹ Rand Institute for Civil Justice.
- ²²⁰ T.a.p. Zie ook het GAO-rapport van mei 1987, blz. 27. Uitvoerig paragraaf 3.8.
- ²²¹ Statement of St. Paul Fire and Marine Insurance Company before the Committee on Labor and Human Resources United States Senate, july 22, 1986, blz. 11.
- ²²² T.a.p.
- ²²³ Vgl. Slovenko, 1988, blz. 104. Afwijzend de Tort Policy Working Group, maart 1987, blz. 80.
- ²²⁴ Statement of St. Paul, blz. 11.
- ²²⁵ Zie daarover kort, met verwijzingen naar literatuur en rechtspraak: Rosenberg, c.s., 1985, blz. 64 e.v. Zie verder Hausman, 1974, en kort De Cock 1981, blz. 68.
- ²²⁶ Zo is het standpunt van de American Medical Association: 'The AMA is not calling for abolition of the contingency fee. It can serve a valuable function in providing access to courts', 1985, blz. 22.
- ²²⁷ Ottensmeyer, Smith en Porter, 1983, blz. 240, zonder overigens op de waarde van dit argument in te gaan.
- ²²⁸ Aldus J. O'Connell, aangehaald in het GAO-report mei 1987, blz. 23. Aldus ook het grote (en voor artsen en ziekenhuizen beruchte) kantoor Lipsig, Sullivan & Liapakis, *Wallstreet Journal*, 16 maart 1988.
- ²²⁹ Bijvoorbeeld in bijna alle Europese landen.
- ²³⁰ Aldus the Defensive Research Institute, Inc., *Insurance Counsel J.* 1966, blz. 33; aangehaald door Ottensmeyer 1983, voetnoot 15.
- ²³¹ *Wallstreet Journal*, 16 maart 1988.
- ²³² Zo is het de artsen een doorn in het oog. Zie bijvoorbeeld het AMA-report 3, 1985, blz. 13. Zie daarentegen ook de door Sluyters (1974, zijn voetnoot 25) geciteerde advocaat Wolfstone: zijn kantoor zou van de twintig aangebrachte zaken er maar één sterk genoeg vinden voor een vordering. Uit voorzorg tegen buitensporige beloningen kent The American Bar Association's Canons of Professional Ethics de volgende regel: 'A contract for a contingent fee, where sanctioned by law, should be reasonable under all the circumstances of the case, including the risks and uncertainty of the compensation, but should always be subject to the supervision of a court, as to its reasonableness.'

Ter verdediging van zijn beroepsgenoten verklaarde de president van de New York Trial Lawyers Association, F. Queller, onlangs: 'Consider that we usually have to purchase our client's hospital and medical records, then hire one or more physicians to study them and see if there was, in fact, negligence. If there was, we need further research to determine if the malpractice actually caused our client's injury. If it did, then we put thousands more into deposing witnesses and hiring

doctors to testify on our client's behalf. We render services over a period of five to 10 years for most malpractice cases, and risk losing up to \$ 50 000 in expenses.' aldus geciteerd door Brown, 1985, blz. 54.

²³³ Vgl. ook paragraaf 5.3.

²³⁴ AMA-report 2, 1984, blz. 17. In Californië geldt: 40% van de eerste \$ 50 000, 33% van de volgende \$ 60 000; 25% van de daarop volgende \$ 100 000 en 10% van al wat daarboven gaat, Danzon, 1985, blz. 198. In het GAO-report, mei 1987, worden iets andere cijfers voor Californië genoemd, p. 24. In 1987 waren er ongeveer vijf staten met een glijdende schaal.

²³⁵ Circa achttien staten hebben zo'n vaste limiet.

²³⁶ Circa twaalf staten laten de vaststelling over aan de rechter.

²³⁷ Danzon, 1985, blz. 195.

²³⁸ Prosser en Keeton, 1984, schrijven dat een drietal staten voornamelijk via het strafrecht zo'n verplichting oplegt aan de burger, blz. 375, voetnoot 21. Zie over deze wetgeving Sluyters, 1974, blz. 175, en in zijn preadvies van 1984, blz. 28.

²³⁹ Prosser en Keeton, 1984, blz. 375. Het vervolg – de moeite van het lezen waard – luidt aldus: 'or to prevent a neighbor's child from hammering on a dangerous explosive, or to remove a stone from the highway where it is a menace to traffic, or a train from a place where it blocks a fire engine on its way to save a house, or even to cry a warning to one who is walking into the jaws of a dangerous machine. The remedy in such cases is left to the 'higher law' and the 'voice of conscience', which, in a wicked world, would seem to be singularly ineffective either to prevent the harm or to compensate the victim.'

²⁴⁰ Curran en Shapiro, 1982, blz. 489.

²⁴¹ Aldus bijvoorbeeld *Bardessono v. Michels*, 478 P2d 480 (1970).

²⁴² Zo melden Prosser en Keeton, 1984 op blz. 378, voetnoot 56, dat grote aantallen artsen in zulke omstandigheden beland, zouden weigeren een slachtoffer medische hulp te geven: 'One poll of 1209 doctors, reported in *Medical Tribune*, Aug. 28, 1961, p. 23, resulted in only about half of them saying that they would stop to give medical aid at the scene of an emergency. Another poll of 214 led to 16% saying they would refuse to come forward for an emergency in a theater. See notes, 1962, 75 *Harv.L.Rev.* 641; 1963, 51 *Cal.L.Rev.* 816.'

²⁴³ De Good Samaritan Laws beschermen artsen niet tegen 'negligence on an emergency case in the hospital as part of his normal duties' (Prosser en Keeton, 1984, blz. 378, voetnoot 57), *Colby v. Schwartz*, 78 Cal.App.3d 885, 144 Cal. Rptr. 624 (1978). Zie daarover Wadlington, 1980, blz. 247 e.v., waarin gedeelten van die uitspraak zijn afgedrukt.

²⁴⁴ Een voorbeeld van een Good Samaritan Law is die van de staat New York (N.Y. Educ. Law § 6527 (2)): 'Notwithstanding any inconsistent provision of any general, special or local law, any licensed physician who voluntarily and without the expectation of monetary compensation renders first aid or emergency treatment at the scene of an accident or other emergency, outside a hospital, doctor's office or any other place having proper and necessary medical equipment, to a person who is unconscious, ill or injured, shall not be liable for damages for injuries alleged to have been sustained by such person or for damages for the death of such person alleged to have occurred by reason of an act or omission in the rendering of such first aid or emergency treatment unless it is established that such injuries were or such death was caused by gross negligence on the part of such physician. Nothing in this subdivision shall be deemed or construed to relieve a licensed physician from liability

- ty for damages for injuries or death caused by an act or omission on the part of a physician while rendering professional services in the normal and ordinary course of his practice.' Afgedrukt in Curran en Shapiro 1982, blz. 492. De wet van Illinois spreekt van 'wilful or wanton misconduct...'. Ill. Ann. Stat. Ch. 91, § 2a. Onlangs nog werd op grond van de Newyorkse Good Samaritan Law een arts niet aansprakelijk gehouden: *Rodriguez v. New York City Health & Hospitals Corporation*, 505 NYS2d 345 (Supp. 1986).
- ²⁴⁵ Dat geldt zowel voor schade- als voor sommenverzekeringen.
- ²⁴⁶ Zie het rapport van de GAO (mei 1987) dat adviseert tot aanschaffing van de 'collateral source rule', blz. 25.
- ²⁴⁷ Aldus de AMA. Zie hierover ook De Cock, 1981, blz. 68.
- ²⁴⁸ Echte sommenverzekeringen lijken niet altijd te worden verrekend; vgl. het rapport van de Tort Policy Working Group, maart 1987, blz. 85.
- ²⁴⁹ Danzon, 1985, blz. 170. Ook de AMA pleit al lange tijd voor wetgeving op dit punt en vermeldt een Rand Corporation Study die de besparingen schat op 18%, AMA-report 3, 1985, blz. 13.
- ²⁵⁰ Aldus bijvoorbeeld Grad, 1980, blz. 405/6 en voetnoot 74.
- ²⁵¹ Dat is een algehele verlamming.
- ²⁵² Dat is een verlamming van het onderlichaam.
- ²⁵³ Iowa Written Informed Consent Law, Iowa Code Ann § 147.137 (1975).
- ²⁵⁴ Texas Civ. Code Ann. Art. 45901, §§ 6.03 – 6.04 (1977); beide paragrafen zijn afgedrukt bij Curran en Shapiro, 1982, blz. 571/2.
- ²⁵⁵ Aldus ook Grad, 1980, blz. 506 onder vermelding van literatuur: voetnoot 75. Zo valt het ook op dat de AMA in haar wetsvoorstellen geen aandacht besteedt aan informed consent.
- ²⁵⁶ AMA-report 3, 1985, blz. 12, zij haalt een onderzoek aan van de Pennsylvania Medical Society. Zie verder AMA-report 2, 1984, blz. 19. Overigens valt het effect mij tegen.
- ²⁵⁷ Aldus de laatste AMA-gegevens. In Californië is een wettelijke regeling 'goedgekeurd' waarin periodic payment wordt geëist indien de schadevergoeding hoger is dan \$ 50 000.
- ²⁵⁸ AMA-report 2, 1984, blz. 22 ('Tort Reform Glossary'): 'Ad damnum clauses – The ad damnum clause is that part of a plaintiff's initial pleadings which states the amount of monetary damages and other relief requested by the plaintiff in a court action. Most of the legislation on this subject provides for the elimination of the ad damnum clause altogether; legislation also often provides that the defendant be apprised of the precise amount sought by the plaintiff through the normal course of pretrial discovery.'
- ²⁵⁹ AMA-report 2, t.a.p.
- ²⁶⁰ AMA-report 3, 1985, blz. 12.
- ²⁶¹ Prosser en Keeton, 1984, blz. 91, schrijven dat: 'In... (a) rather anomalous respect ... the ideas underlying the criminal law have invaded the field of torts'. (blz. 9).
- ²⁶² Prosser en Keeton 1984, blz. 9.
- ²⁶³ Prosser en Keeton 1984, blz. 10.
- ²⁶⁴ Daartoe zou men dus een 'cap' moeten plaatsen ook op de 'punitive damages'. Zie over limitering ook paragraaf 4.6. Zie ook Danzon, 1985, blz. 160, waar ze een geval uit 1977 noemt waarin een jury een vergoeding van \$ 250 000 toekende als 'punitive damages', hoewel het ziekenhuis slechts 10% 'medeschuld' had aan de schade. Zie voor het oordeel van de AMA: AMA-report 3, 1985, blz. 12: 'The dama-

ges awarded in a professional liability lawsuit are intended to provide compensation for injury. They are not a mechanism to punish. By definition, punitive damages are in addition to full compensation for a plaintiff's injuries. Punitive damages are particularly inappropriate in medical professional liability suits because state licensing boards, medical society and hospital peer review systems, and the criminal justice system provide adequate mechanisms to discipline physicians.'

Er zit nog een andere merkwaardigheid aan het fenomeen van de punitive damages, namelijk dat veelal de verzekeraar betaalt waarmee dan meteen een van de doelstellingen van de punitive damages wordt ontkracht, namelijk dat van 'punishing the defendant, (...) teaching the defendant not to do it again' (Prosser en Keeton, 1984, blz. 9). Natuurlijk heeft de civielrechtelijke schadevergoeding meestal wel een zeker 'gedragcorrigerend' effect, ook al betaalt de verzekeraar, maar voor punitive damages als extraatje is dan toch maar weinig plaats. Zie hierover Prosser en Keeton, 1984, blz. 13.

²⁶⁵ Prosser en Keeton, 1984, blz. 15.

²⁶⁶ Tort Policy Working Group, 1987, blz. 88 e.v.

²⁶⁷ Ik neem aan dat in zo'n geval mogelijke verjaringstermijnen de vordering niet in de weg staan.

²⁶⁸ Idem, blz. 91: 'Insurers often are reluctant to make such abstract behavioral judgments'.

²⁶⁹ GAO, *Medical Malpractice, Six State Case Studies Show Claims and Insurance Costs Still Rise Despite Reforms*, december 1986, blz. 43.

²⁷⁰ Voor Californië vanaf 1 maart 1980.

²⁷¹ Daarbij komt nog dat voor wat betreft de staat New York een aantal 'counties' niet werd meegeteld (Nassau, Suffolk, Bronx, Kings, Queens, Richmond, Rockland, Sullivan, New York, Orange, Ulster en Westchester). Op haar beurt wijst de Tort Policy Working Group erop dat 'some of these counties reportedly have had among the most substantial insurance problems in New York State', voetnoot 151. Met andere woorden: de vergelijking met Californië had nog sterker kunnen uitvallen.

²⁷² Tot die conclusie zou ook de Healthcare Management Services Corporation komen in een *Report to the Medical Society of the State of New York, An Analysis of Medical Malpractice Insurance Expenses and Physician Income in New York and Selected States*, 1985 (niet geraadpleegd).

²⁷³ 1987, blz. 95 e.v.

²⁷⁴ Louis Harris and Associates, Inc., *Public Attitudes Toward the Civil Justice System and Tort Law Reform*, Study no. 864014 (New York 1987), GAO-report, mei 1987, blz. 28.

²⁷⁵ In de zaak is hoger beroep aangetekend: Med Liab Adv Service 1988, blz. 54.

²⁷⁶ AMA-report 1, 1984, blz. 18 e.v.

²⁷⁷ Charles, Wilbert en Franke, 1985, blz. 438 e.v. Zie voor een eerder artikel hierna.

²⁷⁸ Hoe zich dat weigeren van patiënten precies manifesteert, is uit het onderzoek niet op te maken (blz. 440).

²⁷⁹ Charles c.s., 1985, blz. 438 (zie voor uitvoeriger gegevens het artikel). Overigens waarschuwen de schrijvers ervoor dat 'the result of this survey cannot be generalized to the entire physician population because the respondents were located in a densely populated urban area' (blz. 439).

²⁸⁰ Aldus Charles, in een onderzoek aangehaald in AMA-report 1, 1984, blz. 20, n.a.v. een eerder onderzoek gepubliceerd samen met J.R. Wilbert en E.C. Kennedy, *Am J Psychiatry*, 1984, blz. 563-565,

- ²⁸¹ Foster v. McLain, 251 So2d 179 (La. 1971), de grondslag 'defamation of character' werd niet aanvaard waarop de vordering werd afgewezen.
- ²⁸² Berlin v. Nathan, 381 NE2d 1367 (Ill 1978). Zie uitvoeriger Berlin, 1980, blz. 119 e.v.
- ²⁸³ DR 6-101-A-2 resp. EC 7-4. Ik ben er niet zeker van of deze regels thans nog zo luiden. In Wadlington, 1980, blz. 674, wordt gerept van de volgende ereregel: 'Disciplinary Rule 2-109 of the code provides in part: (A) A lawyer shall not accept employment on behalf of a person if he knows or it is obvious that such person wishes to: (I) Bring a legal action (...) merely for the purpose of harassing or maliciously injuring any person.'
- ²⁸⁴ Drago v. Buonagurio, 386 NE2d 821 (NY 1978).
- ²⁸⁵ Prosser en Keeton, 1984. Zie uitvoerig over de countersuit het artikel van Hirsh, 1987, blz. 13 e.v.
- ²⁸⁶ AMA-report 3, 1985, blz. 14.
- ²⁸⁷ In West-Duitsland en in Nederland is dat niet anders: zie Stolker, 1988, blz. 157 e.v.
- ²⁸⁸ Zie Prosser en Keeton, 1984, blz. 482 e.v.
- ²⁸⁹ Tunkl v. The Regents of the University of California, 383 P2d 441 (Cal. 1963).
- ²⁹⁰ Zie uitvoeriger Stolker, 1988, blz. 157 e.v.
- ²⁹¹ Stolker, 1988, blz. 447.
- ²⁹² Olzen v. Molzen, 558 SW2d 429 (Tenn. 1977).
- ²⁹³ Williston on Contracts § 1751 (1972).
- ²⁹⁴ Bijvoorbeeld in Illinois, Ill. Ann. Stat. ch. III, 4478: 'Releases from liability as condition of medical treatment is against public policy. Any contract or agreement signed by any person prior to or as condition of such person receiving medical treatment in any form, which releases from liability any physician, hospital or other health care provider for any malfeasance, misfeasance or nonfeasance in the course of administering any medical treatment or service is void and against the public policy of the State of Illinois'. Ook in Nederland zullen we binnenkort zo'n wettelijk verbod kennen: artikel 1653s BW, Voorontwerp.
- ²⁹⁵ DeKornfeld, 1987, blz. 163 e.v.
- ²⁹⁶ Zie ook paragraaf 3.10.
- ²⁹⁷ DeKornfeld, t.a.p.
- ²⁹⁸ Bijvoorbeeld: 'Now the problem has reemerged in more serious form, precipitating a new crisis that is effecting not just physicians but the entire nation'. AMA-report 3, 1985, blz. 9.
- ²⁹⁹ AMA, 1985, blz. 10.
- ³⁰⁰ T.a.p.
- ³⁰¹ T.a.p.
- ³⁰² AMA, 1985, blz. 15.
- ³⁰³ Zie paragraaf 3.1. Zie ook reeds Sluyters, 1974, blz. 28 e.v.
- ³⁰⁴ AMA, 1985, blz. 15.
- ³⁰⁵ AMA-report 1987, blz. 48.
- ³⁰⁶ American Hospital Association, *Medical Malpractice Task Force Report*, mei 1986. De American Hospital Association besteedt in een maandblad *Hospitals* regelmatig aandacht aan risk-management.
- ³⁰⁷ Vermeld in het GAO-rapport van mei 1987, blz. 17.
- ³⁰⁸ De GAO bepleit dergelijke wetgeving in zijn rapport, t.a.p. Zie ook uitvoerig Curran en Shapiro, 1982, blz. 561 e.v. Ze bestaat bijvoorbeeld al in de staten New York, Kansas en Florida.

- 309 AMA, 1985, blz. 16.
- 310 Een verband tussen 'Licensure and to professional discipline as they relate to malpractice' werd in 1973 al nadrukkelijk erkend in het *Report of the Secretary's Commission on Medical Malpractice* (DHEW Publication No. (OS) 73-88, 51. Zie Note in Wadlington, 1980, p. 82 e.v.
- 311 AMA, 1985, blz. 16. Zie ook paragraaf 3.1.
- 312 AMA-report februari 1987, blz. 50 e.v. Zie ook paragraaf 4.15.
- 313 Zie ook paragraaf 3.12.
- 314 Verslag in *Medical Liability Advisory Service*, December 1986, blz. 3/4.
- 315 T.a.p.
- 316 Zie daarover het artikel van Howard Eisenberg in *Medical Economics*, 1986, blz. 64 e.v.
- 317 Zie daarover het hele boek van Danzon, 1985. Specifiek is St. Paul in het jaarverslag 1988 voor ziekenhuizen: 43 % ging in 1985 naar het slachtoffer; de rest ging op aan kosten.
- 318 Zie hoofdstuk 3.
- 319 Zie hoofdstuk 2.
- 320 Zie voor al wat oudere literatuur: Grad, 1980, blz. 409 en zijn voetnoot 95.
- 321 Idem, blz. 409.
- 322 Zo'n Patient Compensation Plan wordt doorgaans geschoeid op de leest van het in Amerika geldende Workers Compensation Plan. Vergelijk voor de staat Kentucky het artikel van Wedekind, 1987, blz. 14 e.v. Wedekind is een voorstander van zo'n systeem.
- 323 De Mol, 1988a; zie ook Ruijendaal, 1988, blz. 108 e.v.
- 324 Zie voor een krachtig pleidooi voor een no fault-systeem: Wedekind, 1987, blz. 14 e.v.
- 325 Danzon, 1985, blz. 216 e.v.
- 326 Zo kent een aantal Amerikaanse staten een no fault-systeem met betrekking tot bepaalde verkeersongevallen. In New York geldt een limiet van \$ 50 000 voor 'basic economic loss'. Zie de verwijzingen bij Grad, 1980, voetnoot 100.
- 327 Idem.
- 328 Bijvoorbeeld Wedekind, 1987, blz. 94.
- 329 In een voorstel van de staat Kentucky geldt in zoverre een uitzondering op het no fault-systeem dat in geval van overlijden van de patiënt wèl een fout van de arts moet worden aangetoond; Wedekind, 1987, blz. 94.
- 330 E. Roth en P. Rothstein, DHEW Publication No. OS: p. 73-89. Aangehaald door Danzon, a.w. 1985, blz. 214/5. Vergelijk ook de voorstellen van Wedekind, 1987, blz. 14 e.v.
- 331 Danzon, blz. 215.
- 332 C. Havighurst en L. Tancredi, *Insurance Law Journal*, 1974, blz. 69 e.v. en Havighurst in 51, *Health & Society* (Milbank Memorial Fund Q) 1973, blz. 125. Zie voor een uitvoeriger, ietwat minder recente literatuuropgave: Grad, 1980, voetnoot 94.
- 333 Grad (1980) merkt over het werk van genoemde auteurs op: 'There is a growing view that the number of adverse medical outcomes or medical injuries is finite and is capable of specification. Such a listing of injuries will, of course, be subject to correction and updating from time to time' (blz. 412). Daarentegen schrijft bijvoorbeeld Danzon (1985): 'The number of well-defined events which experts could agree were more probably than not due to negligence would not account for a significant fraction of current claims. Third, it seems unlikely that events could be defi-

- ned sufficiently clearly to prevent extensive litigation over whether a particular case should fall within the no fault- or the tort-system' (blz. 218).
- ³³⁴ Dat fonds wordt onder meer betaald uit een bijdrage van \$ 5000 per jaar per arts en \$ 850 per ziekenhuisbevalling.
- ³³⁵ Zie uitvoeriger het artikel van O'Brien, 1987, blz. 3 en 9. Ook Florida kent sinds kort zo'n wet, zo werd mij van de kant van de AMA gezegd.
- ³³⁶ Zie uitvoeriger Hellner, 1985, blz. 700 e.v.
- ³³⁷ Zie over de standpunten der meest betrokken organisaties: United States General Accounting Office, *No Agreement on the Problems or Solutions*, februari 1986, blz. 38 e.v.
- ³³⁸ Wetgeving met betrekking tot medische zorg aan behoeftigen.
- ³³⁹ Wetgeving met betrekking tot medische zorg aan bejaarden.
- ³⁴⁰ De voorstanders van een no fault-systeem wijzen (hoopvol) op de uitspraak Montgomery v. Daniels, 38 NY2d 41, 340 NE2d 444, waarin het New York Court of Appeals in 1975 de hiervoor reeds genoemde wettelijke regeling met betrekking tot bepaalde gevallen van verkeersaansprakelijkheid in overeenstemming met de grondwet verklaarde.
- ³⁴¹ Hellner, 1985, t.a.p.
- ³⁴² Zie daarover bijvoorbeeld de interessante artikelenreeks van G. Schrijvers, De Amerikaanse gezondheidszorg, in JAMA, 1986 en 1987 (Nederlandse editie behorend bij *Medisch Contact*).
- ³⁴³ In 1974 deed Sluyters dat al in zijn eerste preadvies.
- ³⁴⁴ Aldus J. Walg in Medische Missers, *Intermediair*, 13-6-1986.
- ³⁴⁵ Jaarverslag 1987, Rijswijk 1988.
- ³⁴⁶ Overigens is het wel van belang dat de meldingen geheim blijven, De Brauw, 1988.
- ³⁴⁷ Het AZL verstaat onder klachten, fouten, ongelukken en near-accidents:
- klacht: een uiting van ontevredenheid, gericht aan de directie, van een patiënt, voormalig patiënt, zijn/haar vertegenwoordiger, een of meer van zijn/haar naaste familieleden of directe relatie, over in/of door het AZL verleende diensten en/of geboden voorzieningen.
 - fout: ieder, in strijd met de in acht te nemen zorgvuldigheid, handelen of nalaten van een of meer AZL-medewerkers, waardoor een patiënt schade wordt toegebracht.
 - ongeval: elk feit respectievelijk gebeurtenis waardoor een patiënt of diens nabestaanden schade wordt toegebracht zonder dat van een fout sprake is.
 - near-accident: de gebeurtenis, welke volgens de algemene ervaringsregels tot een fout of een ongeval zou hebben kunnen leiden, doch zulks niet deed ten gevolge van een niet tevoren gepland ingrijpen of van een toevallige gebeurtenis.
- ³⁴⁸ Zie daarover de Gedragslijnen bij fouten, ongevallen en near-accidents. LSV, *Medisch Contact* 1985, blz. 144 e.v. Verder bijvoorbeeld J.H.S. van Herten, *Medisch Contact* 1985, blz. 156 e.v. en A.F. Casparie in: *Fouten in de Gezondheidszorg*, 1988, blz. 19 e.v.
- ³⁴⁹ Tegen 25 433 in 1981; 26 963 in 1982; 27 872 in 1983; en 28 011 in 1984. Zie: SIG, *LMR Jaarboek 1985*, blz. 39.
- ³⁵⁰ In: *Fouten in de gezondheidszorg*, 1988, blz. 35 e.v.
- ³⁵¹ Zie over de afhandeling van claims door de MAR (althans over hoe het hoort) haar voorzitter H.J. Touw, in *Fouten in de gezondheidszorg*, 1988, blz. 45 e.v.

- ³⁵² Aldus ook de stelling van H.B. van Aller en B. Klinkhamer, in *Fouten in de gezondheidszorg*, 1988, blz. 39.
- ³⁵³ Zie bijvoorbeeld het proefschrift van De Mol, 1988a. Vergelijk ook bijvoorbeeld H.B. van Aller (red.), *Schadevergoeding na medische fout*, 1988, blz. 213. Zie ook paragraaf 1.2.
- ³⁵⁴ Het allermeest betalen – ik vermeld het uit curiositeit – dierenartsen werkzaam in de bio-industrie: bijna f 1000,-.
- ³⁵⁵ Aldus H.J. Touw, a.w. 1988, blz. 49.
- ³⁵⁶ Kennelijk is het voor Nederlanders eenvoudiger om hun zaakschade te claimen.
- ³⁵⁷ De Brauw, 1982, blz. 52/3.
- ³⁵⁸ Zie daarover bijvoorbeeld het rapport van de Commissie Dekker, 1987.
- ³⁵⁹ Daarop bestaan uitzonderingen, zie daarover de voorstellen van Sluyters, 1984, blz. 36 en Stolker, 1988, blz. 79 e.v.
- ³⁶⁰ Zie Stolker, 1988, blz. 165.
- ³⁶¹ Lord Denning in de zaak Smith Kline & French v. Bloch (1983) 2 All ER 74.
- ³⁶² R. Klein, 289 *Brit. Med. J.* 143 (1985), aangehaald door Frances H. Miller, *Am. J. L. & Med.* 1987, blz. 447.
- ³⁶³ Ik denk vooral aan Sluyters en Michiels van Kessenich-Hoogendam.
- ³⁶⁴ Zie voor een overzicht: Onrechtmatige Daad VIII (Michiels van Kessenich-Hoogendam) no. 32 e.v.
- ³⁶⁵ Vergelijk bijvoorbeeld de publikatie van de Consumentenbond, *Probleemgids voor gezondheidsland*, 1986.
- ³⁶⁶ Prosser en Keeton, 1985, blz. 7, aldaar geformuleerd als een doelstelling van het strafrecht.
- ³⁶⁷ Vergelijk De Brauw, 1982, blz. 54; 1985, blz. 79 e.v.
- ³⁶⁸ Zie bijvoorbeeld de rede van Van Wijmen, *Recht op kwaliteit*, Kluwer 1983.
- ³⁶⁹ Zie bijvoorbeeld G.C.J.M. Hamilton-Van Hest, *Medisch Contact* 1986, blz. 280 e.v.
- ³⁷⁰ Zie de conclusies van Drion in zijn boek *De Praktijk van het medisch tuchtrecht*, 1987, en de afscheidsrede van De Brauw, 1985, blz. 79 e.v.
- ³⁷¹ Zie voor het standpunt van de KNMG terzake, W.M. Vroom-Kastelein, 1987, blz. 751 e.v.
- ³⁷² Nascholing wordt vooral voor huisartsen bepleit. Zie daarvoor bijvoorbeeld: J.A.E. van der Feen, *Medisch Contact* 1984, blz. 929 e.v.; als reactie daarop C.P. Bruins, *Medisch Contact* 1984, blz. 1449 e.v. Ook de Commissie Dekker bepleit in haar rapport nascholing voor (alle) artsen. Zij verwacht daarvan onder meer dat het aantal nutteloze diagnostische en therapeutische ingrepen kan worden teruggedrongen. Zie (onder meer daarover) uitvoerig: De Roo en Mol, 1988, blz. 21 e.v.
- ³⁷³ Aldus voor Nederland De Brauw, 1982, blz. 37.
- ³⁷⁴ C. Hawkins en I. Paterson, *British Medical Journal*, 1987, blz. 1533 e.v. Besproken door De Mol, 1988b, blz. 10. Zie ook De Brauw, 1985, blz. 80.
- ³⁷⁵ In het jaarverslag over 1987 van de Hoofdingspectie, Rijkswijk 1988, blz. 105.
- ³⁷⁶ Aldus de voorzitter van het bestuur van de MAR, H.J. Touw, a.w. blz. 48.
- ³⁷⁷ A.w., blz. 61.
- ³⁷⁸ A.w., blz. 47.
- ³⁷⁹ Zie het Voorontwerp De overeenkomst inzake geneeskundige behandeling, februari 1987; zie ook W.B. van der Mij, *Beroepenwetgeving in de gezondheidszorg*, 1982, blz. 18/19; dezelfde in *Medisch Contact* 1985, blz. 1089 e.v.

NOTEN

³⁸⁰ Van Aller c.s. pleiten in dit verband al voor een maximum termijn waarin de vordering door de verzekeraar moet zijn afgehandeld, 1988, blz. 215 e.v.

³⁸¹ De Mol, 1988a.

Literatuur

- Adams, E.K. (samen met Zuckerman), Variation in the Growth and Incidence of Medical Malpractice Claims, *J Health Politics, Policy and Law*, 1984, 475-488.
- Aller, H.B. van (red.), *Schadevergoeding na medische fout*, Universiteit van Amsterdam, 1988.
- Aller, H.B. van (samen met Klinkhamer), Afhandeling van medische schadeclaims. In: *Fouten in de gezondheidszorg*, Amstelveen: Stichting Sympoz, 1988, 35-44.
- The American College of Obstetricians and Gynecologists, *ACOG News Release*, Washington, 1985.
- The American College of Obstetricians and Gynecologists, *Professional Liability Insurance and its Effect: Report of a Survey of ACOG's Membership*, Washington, 1985.
- American Hospital Association, *Medical Malpractice Task Force Report on Tort Reform and Compendium of Professional Liability Early Warning Systems for Health Care Providers*, mei 1986.
- American Medical Association, *Professional Liability in the '80s, Report 1*, oktober 1984; *Report 2*, november 1984; *Report 3*, maart 1985.
- American Medical Association, *Response of The American Medical Association To The Association Of Trial Lawyers Of America Statements Regarding The Professional Liability Crisis*, augustus 1985.
- American Medical Association, *Professional Liability Facts*, 1986.
- American Medical Association, *The Continuing need for Legislative Reform of the Medical Liability System*, AMA/National Medical Specialty Coordination Project on Professional Liability, februari 1987.
- American Nursing Association, *Liability Insurance & You, What Registered Nurses Need To Know*, Kansas City Mo, 1988.
- Arisz, F.H.A., *Preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging, deel I*, eerste stuk 1987.
- Bedikian, M., Medical Malpractice Arbitration Act, *A.J.L.&M.*, vol. 10, 287-306.
- Berlin, L., Countersuit. In: James, E. (red.), *Legal Medicine, With Special Reference to Diagnostic Imaging*, Baltimore/Munich: Urban & Schwarzenberg, 1980, 117-133.
- Bikis, L.H., Colorado Carrier Keeps Doctors Out of Court, *Private Practice*, 1981, 48-49.
- Bowen, O.R., The Federal Government's Role in Medical Liability Reform, *Group Practice Journal*, 1987, 6-7 en 23.
- Brauw, P.J.W. de, *Beschouwingen over de samenwerking in de geneeskundige behandeling en verzorging van patiënten*, Preadvies voor de Vereniging voor Gezondheidsrecht, Utrecht, 1982.
- Brauw, P.J.W. de, De positie van de klager in het medisch tuchtrecht, *TvG*, 1985, 79-84.

- Brauw, P.J.W. de, *Medisch Beroepsgeheim*, Baarn: Ambo, 1988.
- Broekhuijsen-Molenaar, A.M.L. (samen met Stolker), *Geneesmiddelen en aansprakelijkheid*, Serie Gezondheidsrecht no. 18, Deventer: Kluwer, 1986.
- Brooten, K.E., When To Go The Trial, When To Settle Out of Court, *Physician's Management*, 1985, 124 en 137.
- Brown, S., Do Contingency Fees Really Cause Malpractice Suits?, *Medical Economics*, 1985, 52-56.
- Bufkin, C.E., The Malpractice Situation: Historical Background and Present Status, *J Miss State Assoc*, 1985, 289-295.
- Carlova, J., Peer Review: A Double Whammy in California, *Medical Economics*, 1985, 79-80.
- Chapman, S., 10 Questions Doctors Ask Most About Malpractice, *Physician's Management*, 1986, 124-131.
- Charles, S., (samen met Wilbert en Franke), Sued and Nonsued Physicians Self-Reported Reactions to Malpractice Litigation, *Am J Psychiatry*, 1985, 437-440.
- Cock, J. de, De 'Medical Malpractice Crisis' in de U.S.A.: Diagnose en Therapie, *Vlaams Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, 1981, 61-71.
- Commissie Dekker, *Rapport en advies inzake de structuur en de bekostiging van de gezondheidszorg*, Den Haag, 1987.
- Covington, R.N., Medical Malpractice Insurance: What Went Wrong? In: E. James (red.), *Legal Medicine With Special Reference to Diagnostic Imaging*, Baltimore/Munich: Urban & Schwarzenberg, 1980, 210-230.
- Crane, M., Malpractice: The Most Dangerous Places to Practice, *Medical Economics*, 1986, 65-71.
- Curran en Shapiro, *Law, Medicine and Forensic Science*, Boston/Toronto: Little, Brown and Company, 1982.
- Danzon, P.M., *Medical Malpractice Law, Theory, Evidence, and Public Policy*, Cambridge/Massachusetts/London: Harvard University Press, 1985.
- Danzon, P.M., (samen met Lillard), *The Resolution of Medical Malpractice Claims: Modelling the Bargaining Process* (R-2792-ICJ), Rand Study, 1982.
- DeHaan, K., Medical Negligence Litigation: A Better Way, *NLJ*, 1986, 506-507.
- DeKornfeld, Th. J., Medical Records: Backbone of Medical Malpractice Prevention, *Physician's Management*, 1987, 163-170.
- Drion, R., *De praktijk van het medisch tuchtrecht* (serie Gezondheidsrecht) Deventer: Kluwer, 1987.
- Flaster, D.J., *Malpractice*, New York, 1983.
- Geneeskundige Hoofdinspecteur van de Volksgezondheid, *Jaarverslag 1987*, Rijswijk: Ministerie van WVC, 1988.
- George, M., Jury selection, Texas style, *NLJ*, 1988, 438-440.
- Grad, F.P., *Medical Malpractice And Its Implications For Public Health, Legal Aspects of Health Policy, Issues and Trends*, edited by R. Roemer and G. McKray, Greenwood Press, 1980, 397-433.
- Hall, E.V. van, Complicaties bij sterilisatie, *Metamedica*, 1982, 74-76.
- Harland, W.A., The Medical Negligence Crisis, *Med. Sci. Law*, 1984, 123-129.
- Harty-Golder, B., What apathologists can tell you about malpractice traps, *Medical Economics*, 1986, 73-75.
- Hausman, R., 'Malpractice Suits' en wat dies meer zij, Serie Medisch Recht no. 7, Deventer: Kluwer, 1974, 61-67.

- Hellner, J., Sweden. In: Deutsch & Schreiber (ed.) *Medical Responsibility in Western Europe*, Berlin/Heidelberg/New York/Tokyo. Springer Verlag 1985, 700-728.
- Hirsh, H.L., Physician Countersuits, *Med. Law*, 1987, 13-21.
- Hirsh, H.L., Physicians and Nurses: Partners in Communication, *Med. Law*, 1986, 463-475.
- Hirsh, H.L. (samen met Studner), Nurse Practitioners, *Med. Law*, 1986, 61-75.
- Hoffman, D., Liability Changes Proposed, *Washington Post*, 18 maart 1986.
- Horsley, J.E., Cool heads win malpractice cases, *Medical Economics*, 1986, 58-62.
- Kamphuisen, J.G.C., *Preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging*, deel 1, eerste stuk, 1987, 63 e.v.
- Lane, B.J., The Broken Promise: Physician's Breach of Warranty, *Case & Comment*, 1984, 3-12.
- Leenen, H.J.J., De rechten van de patiënt in de branding. In: Veranderende ethiek, in de geneeskunde? Amsterdam: VU-uitgeverij 1987, 39-46.
- Miller, R.D., *Problems in Hospital Law*, Maryland 1983.
- Mol, B.A.J.M. de, *Medisch letsel in het ziekenhuis*, dissertatie. Rotterdam, Deventer: Kluwer, 1988a.
- Mol, B.A.J.M. de, Fouten en risico's in de gezondheidszorg. In: *Fouten in de gezondheidszorg*, Amstelveen: Stichting Sympoz, 1988b, 8-12.
- NN, Principles of Hospital Liability, *Hospital Law Manual*, Aspen Systems Corporation, 1984.
- O'Brien, C., Va. Society backs separate compensation law, *American Medical News*, 1987, 3 en 9.
- Ottensmeyer, D.J., (samen met Smith en Porter), Contingent Fees in Medical Malpractice Litigation – A Qualitative Assessment, *Western J of Medicine*, 1983, 239-243.
- Products Liability Reports*, Commence Clearing House, Inc. (losbladig).
- Prosser en Keeton, *On Torts*, American Casebook Series, St. Paul, Minnesota: West Publishing Company, 1984.
- Roo, A.A. de (samen met Mol), Naar een geregelde nascholing van artsen, *Medisch Contact*, 1988, 21-24.
- Rosenberg, M., (samen met Smit en Korn), *Elements of Civil Procedure*, University Casebook Series, Mineola, New York: The Foundation Press, Inc., 1985.
- Ruijsendaal, P.H., Risicoverzekering tegen medische schade, *Medisch Contact*, 1988, 108-110.
- Shorter, E., *Bedside Manners, The Troubled History of Doctors and Patients*, New York: Simon and Schuster, 1985.
- Slovenko, R., Tort Reform Legislation – Commentary, *Medical Law*, 1988, 103-108.
- Sluyters, B., *Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland*, Serie Medisch Recht 7, Deventer: Kluwer, 1974.
- Sluyters, B., *De aansprakelijkheid van arts en ziekenhuis*, preadvies voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, Deventer: Kluwer, 1984.
- Sokol, D.J., The Current Status of Medical Malpractice Countersuits, *Am J Law & Med*, 1986, 439-457.
- Southwick, A.F., (samen met Siedel), *The Law of Hospital and Health Care Administration*, Health Administration Press, 1978.
- Sowka, M.P., The Medical Malpractice Closed Claims Study, *Conn. Med.*, 1981, 91-101.
- Stolker, C.J.J.M., *Aansprakelijkheid van de arts – in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, dissertatie Leiden, Deventer: Kluwer, 1988.

- St. Paul Fire And Marine Insurance Company, *Statement before the Committee on Labor and Human Resources United States Senate*, eigen uitgave, 1986.
- St. Paul Fire And Marine Insurance Company, *Physicians' & Surgeons' Update*, een eigen uitgave.
- Studner, J.M. (samen met Hirsh), Nurse Practitioners: Functions, Legal Status and Legislative Control, *Med. Law*, 1986, 61-75.
- Subcommittee on Oversight and Investigations, *Cost and Quality of Health Care: Unnecessary Surgery*, Washington: Report US Government Printing Office, 1976.
- Todd, J.S., Identifying Problem Physicians: Channels of Information, *Federation Bulletin*, 1987, 3-10.
- Tort Policy Working Group, *An Update on the Liability Crisis*, rapport van een ambtelijke federale werkgroep, maart 1987.
- United States General Accounting Office – Reports to Congressional Requesters: Medical Malpractice
 - 1 GAO/HRD-86-50 (februari 1986).
 - 2 GAO/HRD-86-112 (september 1986).
 - 3 GAO/HRD-87-21 (december 1986).
 - 4 GAO/HRD-87-55 (april 1987).
 - 5 GAO/HRD-87-73 (mei 1987).
- Vroom-Kastelein, W.R., KNMG besluit tot klachteninstituten, *Medisch Contact*, 1987, 751-753.
- Wade, J.W., A Survey of the Common Law Basis of Liability for Medical Malpractice. In: E. James, (red.), *Legal Medicine With Special Reference to Diagnostic Imaging*, Baltimore/Munich: Urban & Schwarzenberg, 1980, 15-21.
- Wadlington, W.J. (samen met Waltz en Dworkin), *Law and Medicine*, University Casebook Series, Mineola: The Foundation Press, 1980.
- Wallis, C., Weeding Out the Incompetents, *Time*, 26 mei 1986, 57-58.
- Wedekind, C.L., Medical Malpractice: A No-Fault approach, *Best's Review*, 1987, 14-16 en 94-99.
- Welcher, R.G., Going Bare: A Viable Alternative, *Miami Medicine*, 1987, 29.
- Zitter, J.M., Annotation/Liability of Blood Supplier or Donor for Injury or Death Resulting from Blood Transfusion 24 *ALR* 4th., 508-540.

Rechtspraakregister

Abille v. United States, 482 F Supp 703 (Cal 1980)
Bailey v. Harmon, 74 Colo 390, 222 P 393 (1924)
Bardessono v. Michels, 478 P2d 480 (1970)
Berlin v. Nathan, 381 NE2d 1367 (Ill 1978)
Brown v. Dahl, 705 P2d 781 (Wash App 1985)
Canterbury v. Spence, 464 F2d 772 (1972)
Carrasco v. Bankoff, 220 Cal. App 2d 230, 33 Cal. Rptr. 673 (1963)
Cirafici v. Goffen, 85 Ill App 3d 1102, 407 NE2d 633, 11 ALR4th 740 (1980)
City of Somerset v. Hart, 549 SW2d 814 (Ky 1977)
Collins v. Westlake Community Hospital, 57 Ill. 2d 388, 312 NE2d 614 (1974)
Crawford v. Duncan, 61 Cal App 647, 215 P. 573 (1923)
Culver v. Ochsner Foundation Hosp., 474 So2d 984 (La App 5 Cir. 1985)
Cunningham v. MacNeil Memorial Hospital, 47 Ill 2d 443, 266 NE2d 897 (1970)
Darling v. Bluefield Sanitarium, Inc. 142 NE2d 754 (Va 1965)
Darling v. Charleston Community Memorial Hospital, 211 NE2d 253 (Ill 1965)
Drago v. Buonagurio, 386 NE2d 821 (NY 1978)
Emory University Hospital v. Porter, 103 Ga. App. 752, 120 SE2d 668 (1961)
Gravitt v. Newman, 495 NYS2d 439 (1985 NYAD)
Greenberg v. Michael Reese Hosp., 83 Ill2d 282, 415 NE2d 390 (1980)
Grubb v. Albert Einstein Medical Center, 387 A2d 480 (Pa 1978)
Hartke v. McKelway, 707 F2d 1544 (1983)
Hathorn v. Richmond, 48 Vt 557 (1876)
Hernandez v. Smith, 552 F2d 142 (1977)
Herrera v. Roessing, 553 P2d 60 (1975, Colo App)
Hyland Therapeutics v. The Superior Court of Santa Clara County, Products Liability Reports 10, 877
Johnson v. St. Bernard Hosp., 399 NE2d 198 (Ill 1979)
Johnson v. St. Vincent Hospital, Inc., 404 NE2d 585 (Ind. 1980)
Johnston v. Rodis, 102 App DC 209, 251 F2d 917 (1958)
Kasbaum v. Lucia, 377 NW2d 183 (Wis App 1985)
Landers v. Georgia Baptist Medical Center, 333 SE2d 884 (Ga App 1985)
Markey v. Eiseman, 495 NYS2d 61 (1985)
Martineau v. Nelson, 311 Min 92, 247 NW2d 409 (1976)
Mastro v. Brodie, 682 P2d 1162 (Colo 1984)
Olzen v. Molzen, 558 SW2d 429 (Tenn. 1977)
Pederson v. Dumouchel, 431 P2d 973 (1967)
Perlmutter v. Beth David Hospital, 308 NY 100, 123 NE2d 792 (1954)
Ramsey v. Physicians' Memorial Hospital, 372 A2d 26 (Md Ct; spec App 1977)
Rodriguez v. New York City Health & Hospitals Corporation, 505 NYS2d 345 (Supp. 1986)

RECHTSPRAAKREGISTER

Rudeck v. Wright, 709 P2d 621 (1985)
Rush v. Sears, Roebuck and Co., 461 NYS2d 559 (1983)
Scarzella v. Saxon, 436 A2d 358, (1981, Dist Col App)
Schaffner v. Cumberland County Hosp. System, Inc., 336 SE2d 116 (NC App 1985)
Shilkret v. Annapolis Emergency Hospital Association, 349 A2d 245 (Md 1975)
State ex rel. Cardinal Glennon Memorial Hospital v. Gaertner, 583 SW2d 107 (1979)
Sullivan v. Methodist Hospital of Dallas, 699 SW2d 265 (Tex App 1985)
Syckle v. Powers, 483 NYS2d 756 (AD 3 Dept. 1984)
Taylor v. Hill, 464 A2d 938 (Me. 1983)
Treyball v. Clark, 493 NYS2d 1004, 65 NY2d 589, 483 NE2d 1136 (Ny 1985)
Tunkl v. The Regents of the University of California, 383 P2d 441 (Cal. 1963)
Valcin v. Public Health Trust of Dade County, 473 So2d 1297 (Fla App 3 Dist. 1984)
Wheeldon v. Madison, 374 NW2d 367 (SD 1985)
Whright v. Central DuPage Hospital Association, 347 NE2d 736 (Ill 1976)
Williamson v. Memorial Hospital of Bay County, 307 So2d 199 (1975)

Zakenregister

aansprakelijkheid, centrale 38, 39
–, gezamenlijke 55, 56
–, uitsluiting van 72
ad damnum-clause 64
advocaten 58, 59, 60
affordability-problem 9, 18
AIDS 41
alchemisten 45
anesthesisten 87
anesthesie 10, 20, 48
apotheek 38, 87
apotheker 39, 55
apparatuur 39, 40
arbitrage 53
arbitration board 53
arts-in 38
arts-out 38
arts-patiënt contact 94
artsen, jonge 9
–, kwaliteit van de 30
availability-problem 7, 9

baby cases 12
beleid 87
beroepsgeheim 96
–, medisch 41
besparingen 79
bevallingen 9, 24, 25, 32
bewijslast 90
bewijslastverdeling 42
bewijslastverschuiving 43
bloed 41
bloedbanken 41
bloedprodukten 41
breach of warranty 37, 38

causaal verband 42, 90
centrale aansprakelijkheid 38, 39
charitatieve instelling 43
chemotherapie 24

chirurgen 17, 20
–, orthopedisch 21
chirurgie 10, 32, 33, 34
claims-made-polis 8
collateral source rule 62
communicatie 48, 75, 94
communicatieproblemen 28
communicatiestoornissen 94
complicaties 85, 89
conflict van belangen 67
conspiracy of silence 34
Consumentenbond 93
consumer price index 15
contact tussen arts en patiënt 94
contingent fee 50, 58, 91
contingent fee-systeem 60
corporate liability 39
countersuits 69, 71

defensive medicine 22, 23, 24, 70, 79,
83, 89, 90
diagnose 32, 33, 35, 36, 84, 89
diagnostisch onderzoek 24
disciplinaire maatregelen 30
discovery-rule 54
dossier 22, 25, 70, 73, 74, 76, 95, 96
–, grappen in het 73

emotionele band 48
examen 31
exoneratie-clausule 72, 73

faillissement 7, 21
fee for service-approach 59
FONA-meldingen 84, 96
fouten, aantal 84
–, aard van de 31, 88
frivolous claims 14, 52, 71
frustratie 70

ZAKENREGISTER

- garantie 37
- gebrekkig produkt 40
- geheim 84
- gemeenten 50
- geriatrie 10
- gezamenlijke aansprakelijkheid 55, 56
- Good Samaritan Laws 61
- grappen in het dossier 73
- gynaecologen 9, 15, 17, 20, 21, 23, 30, 87
- gynaecologie 10, 67

- Health Care Quality Improvement Act 31, 65, 87
- hepatitis-virus 41
- huisarts 10, 11, 17, 20, 37, 87
- hulpverleners, toetsing van 94

- immuniteit 43, 65
- Incurring But Not Reported 7, 8, 88
- infectie 32, 33, 35, 36, 41
- informatie 94, 95
- informatiefolders 94
- informatieplicht 42, 96
- information clearinghouse 65
- informed consent 41, 62, 63
- inkomensderving 50
- inkomensontwikkeling 63
- instelling, charitatieve 43
- intercollegiale toetsing 95
- internisten 17, 20
- intubatie 89
- inzagerecht 96

- jury 13, 22, 23, 44, 45, 46, 64, 73, 90, 92
- juryrechtspraak 44, 45, 46, 92

- kanker 33, 80
- keukenpersoneel 39
- klachten 85
- klachtenprocedure 3, 94, 95
- kwaliteit 74, 75, 93, 94
- kwaliteitstoetsing 65

- lichaamsvreemd voorwerp 43, 89
- limitering 47, 56, 57, 67, 79
- locality-rule 34, 35
- long tail-effect 8
- lump sum 63

- media 48, 68, 86, 93
- mediation panels 52
- Medicaid 31, 82
- medical care index 15
- medical examining board 30
- Medical Review Board 52
- Medicare 31, 82
- medicatie 36
- medisch beroepsgeheim 41
- medische dossiers 22
- medische studenten 76
- minderjarigen 54, 55
- minvermogens 91
- mislukte sterilisaties 89
- mutuals 7, 11, 77

- nascholing 94
- neurochirurg 11, 15, 20, 21, 87
- neurochirurgie 10, 67
- no cure, no pay 53, 58, 91
- no fault 78
- no fault-liability 91
- no fault-systeem 79, 80, 81, 82
- norm 34, 38, 90, 93

- obstetrick 9, 15, 17, 20, 21, 23, 30, 87
- obstetrie 34, 35, 67
- occurrence-polis 8
- onderzoek, diagnostisch 24
- onrechtmatige daad 37
- onvermogens 91
- oogheelkunde 10
- opleiding 4, 25, 28, 76, 96
- orthopeden 20
- orthopedisch chirurgen 21

- paramedici 26, 90
- Patient Compensation Fund 56
- patiënt, vallende 35, 36
- Patientförsäkring vid behandlingsskada 81, 82
- pensioen 8, 70
- periodic payments 63
- premie 7, 9, 18, 21, 62, 67, 68, 87, 88, 90
- premiehoogte 15, 16, 87
- preventie 3, 76, 87
- preventieve werking 93
- produkt, gebrekkig 40
- produktaansprakelijkheid 44, 81
- professional review body 65

ZAKENREGISTER

- psychiater 11
- psychiatrie 34
- publiciteit 74
- publiek 68, 74
- punitive damages 58, 64, 92

- radiologie 34
- rechtsbijstand 13, 91
- reclame 50
- regio 19
- res ipsa loquitur 65
- res ipsa loquitur-doctrine 42, 43
- risico-aansprakelijkheid 40
- risk management 75
- risk management program 28, 96

- schadegevallen, aantal 86
- schadevergoeding, hoogte van de 8, 12, 44
- schikking 14, 22, 52, 57, 58, 64
- screening panels 52
- smartegeld 46, 47, 48, 49, 56, 57, 81, 92
- sociale voorzieningen 91
- sociale zekerheid 90, 91
- specialisme 10, 19, 21, 67
- statutes of limitation 54
- sterilisaties, mislukte 89
- steriliteit 89
- stress 71
- studenten, medische 76
- suicide 36

- tests 23, 25, 41

- therapie 34
- toestemming 95
- toestemmingsvereiste 96
- toetsing, intercollegiale 95
- , tuchtrechtelijke 95
- , van hulpverleners 94
- tuchtrecht 31, 75
- tuchtrechtelijke toetsing 95
- tuchtrechter 66, 79, 94
- tuchtrechtprocedure 4
- tuchtrechtspraak 3

- uitsluiting van aansprakelijkheid 72
- urologie 10

- vakliteratuur 70
- verhuizen 9
- verjaring 54
- verjaringstermijn 54, 55
- verloskundigen 26
- verpleegkundige 3, 21, 26, 27, 28, 38, 39, 40, 55, 56, 69, 73, 83, 89, 94, 96
- vicarious liability 38
- voordeelsverrekening 61, 92
- voorzieningen, sociale 91
- vorderingen, aantal 8, 10, 11, 88

- wetgeving 51
- , het effect van 66
- wetshervorming 74

- zekerheid, sociale 90, 91
- ziekenverzorgers 39

Als in Nederland artsen of andere werkenden in de gezondheidszorg horen over medische aansprakelijkheid of over het toenemende belang van het gezondheidsrecht, dan klinkt al gauw de angst voor 'Amerikaanse toestanden'. Artsen die hun werk niet meer kunnen doen, uit angst aansprakelijk te worden gesteld. Artsen die hun verzekeringspremies niet meer kunnen voldoen omdat die onbetaalbaar zijn geworden. Artsen die maar liever een blokje omrijden als ze een slachtoffer op straat zien liggen, uit angst bij eventuele schade aansprakelijk gesteld te worden.

Wat is daarvan waar? Die vraag wordt in het eerste deel van dit boek beantwoord. De schrijver heeft daarbij gebruik kunnen maken van zeer recente Amerikaanse studies over het fenomeen 'medische aansprakelijkheid'.

Vervolgens wordt onderzocht wat de oorzaken zijn van een mogelijke crisis: zijn het de advocaten, is het de juryrechtspraak, zijn het de exorbitant hoge bedragen die aan smartegeld moeten worden betaald? Of zijn het mogelijk ook de artsen die te weinig kwaliteit leveren?

Daarna wordt besproken welke maatregelen de Amerikaanse overheid neemt om te voorkomen dat de gezondheidszorg door de medische aansprakelijkheid in feite onmogelijk wordt, of ernstig bedreigd wordt.

Wat doen de artsen zelf? Daarover gaat een van de laatste hoofdstukken. Soms gaan ze in de tegenaanval en dienen ze schadeclaims in tegen de advocaten van hun patiënten, maar op het ogenblik wordt vooral heel veel tijd gestoken in zogenoemde 'risk management programs'.

Tenslotte wordt de vraag gesteld: Welke les kunnen wij als Nederlanders hieruit leren?