

Mr. B. Sluyters e.a. en een werkgroep
van de Vereniging voor Gezondheidsrecht

Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland en De relatie ziekenfonds-arts-patiënt



239

**MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID IN
AMERIKA EN NEDERLAND EN
DE RELATIE ZIEKENFONDS-ARTS-PATIENT**

L 09-445

SERIE MEDISCH RECHT
NR. 7

Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland en De relatie ziekenfonds-arts-patiënt

door

Mr. B. Sluyters e.a.

en

een werkgroep van de

Vereniging voor Gezondheidsrecht

Kluwer – Deventer – 1974

ISBN 90 268 0720 1

© 1974, Uitgeverij Kluwer B.V., Deventer.

Niets uit deze uitgave mag worden verveelvuldigd en/of openbaar gemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze ook, zonder voorafgaande toestemming van de uitgever.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

VOORWOORD

Het bestuur van de Vereniging voor Gezondheidsrecht is verheugd de acta van de op 23 maart 1973 gehouden ledenvergadering op deze wijze aan een brede kring van belangstellenden te kunnen presenteren. Door deze acta in de serie Medisch Recht op te nemen — eerder verschenen enkele preadviezen in deel 5 van deze serie — heeft de uitgever opnieuw de leden van de vereniging en vele anderen aan zich verplicht.

Bij de keuze van op een jaarvergadering te behandelen onderwerpen laat het bestuur zich leiden door het gegeven dat het gezondheidsrecht, hoezeer ook te herkennen als een afzonderlijke tak van rechtswetenschap, de nauwste banden heeft met nagenoeg alle sectoren van het recht, het civiele recht evenzeer als het strafrecht, het administratieve recht evenzeer als het tuchtrecht. Dit gegeven wordt bevestigd door de samenstelling van het ledenbestand van de vereniging, waarin advocaten en tuchtrechters zich niet minder thuis voelen dan juristen die in de bestuurlijke sector werkzaam zijn. Dat het gewone lidmaatschap van de vereniging tot dusverre is voorbehouden aan juristen, zij het dat beoefenaars van andere wetenschappen door het bestuur als buitengewoon lid kunnen worden aangenomen, neemt niets weg van de noodzaak van een voortdurende dialoog met allen die in het veld van de gezondheidszorg werkzaam zijn.

Om een en ander tot zijn recht te laten komen heeft het bestuur voor de jaarvergadering 1973 gekozen voor enkele actuele onderwerpen die hoe verschillend zij ook zijn, alle in dit boek zijn behandeld op een wijze welke naar het oordeel van het bestuur een publikatie in deze vorm rechtvaardigt.

De toenemende publiciteit in ons land met betrekking tot werkelijk of vermeend medisch tekortschieten, de veranderende structuren in de gezondheidszorg, de daarbij tevens optredende wijzigingen in de verhouding tussen arts en patiënt en tenslotte de berichten over het grote aantal claims in de U.S.A. hebben de vraag doen rijzen of een ontwikkeling als zich in de U.S.A. voordoet, ook in Nederland is te verwachten.

Deze vraag wordt in de bijdrage van Mr. B. Sluyters beantwoord. Het co-referaat van R. Hausman, tot voor kort gerechtelijk geneeskundige in Texas, voegt daaraan toe het oordeel van een medicus.

Het preadvies 'Juridische aspecten van de relatie ziekenfonds — medewerker — verzekerde' is opgesteld door een werkgroep van de vereniging onder voorzitterschap van Mr. T. J. S. Postma. Op grond van het resultaat, waartoe deze werkgroep na enkele jaren van intensieve arbeid is gekomen, heeft het bestuur besloten ook voor andere onderwerpen werkgroepen in te stellen, mede om een actieve deelneming van de leden van de vereniging aan de studie van het gezondheidsrecht te bevorderen.

In welke mate op dit moment in Nederland gezondheidsrecht aan universiteiten en in post-academiale opleidingen wordt gedoceerd, wordt uiteengezet in de jaarmede van de voorzitter, Prof. dr. H. J. J. Leenen, waarmede dit boek begint. De belangstelling onder studenten voor dit deel van het recht is verheugend groot. Het studenten-lidmaatschap van de vereniging is onlangs voor juridische studenten mogelijk gemaakt. Omdat in de nog korte achterliggende periode reeds voldoende is gebleken dat de gezondheidsjurist een specifieke deskundigheid en zelfs een specifieke maatschappelijke instelling behoeft, is de tijdige vorming van hen die in het veld van de gezondheidszorg als zodanig hun diensten willen aanbieden, van grote betekenis. Het vertrouwen bestaat dat dit boek tot deze vorming zal kunnen bijdragen.

INHOUD

Voorwoord	V
Het gezondheidsrecht aan de Nederlandse universiteiten en postacademiale opleidingen in de gezondheidszorg door Prof. dr. H. J. J. Leenen	1
Medische aansprakelijkheid in Amerika en Nederland door Mr. B. Sluyters	7
'Malpractice suits' en wat dies meer zij door R. Hausman, arts	61
Samenvatting van de discussie	69
Preadvies 'Juridische aspecten van de relatie ziekenfonds – medewerker – verzekerde'	71
Samenvatting van de discussie	125

HET GEZONDHEIDSRECHT AAN DE NEDERLANDSE UNIVERSITEITEN EN POSTACADEMIALE OPLEIDINGEN IN DE GEZONDHEIDSZORG

Dit jaar, 1973, viert de Vereniging voor Gezondheidsrecht zijn eerste lustrum. Nadat in 1967 de initiatiefnemer een groepje geïnteresseerden, bestaande uit deelnemers aan het in dat jaar te Gent gehouden Eerste Wereldcongres voor Medisch Recht, bereid had gevonden aan de oprichting van een vereniging voor de bestudering van het gezondheidsrecht mede te werken, werd in september 1968 tot oprichting overgegaan. In de periode tussen het initiatief en de formele oprichting had het toen nog kleine gezelschap de juridische status van vereniging in oprichting. Er werden in de incubatietijd enkele studiebijeenkomsten belegd, waarvan een handelde over de begripsomschrijving en plaatsbepaling van het gezondheidsrecht aan de hand van een preadvies van Leenen, dat is opgenomen in de eerste in boekvorm gepubliceerde acta van de vereniging, namelijk in de Serie Medisch Recht van Kluwer nr. 5 'Medische beroepsuitoefening en beroepsaansprakelijkheid'. Al waren er aanvankelijk wel enkele verschillen van inzicht o.a. over de vraag of van medisch recht dan wel gezondheidsrecht moest worden gesproken, er werd overeenstemming over het preadvies bereikt. Op die basis ging de vereniging van start. Gelijktijdig werden uiteraard statuten opgesteld en huishoudelijke regelingen getroffen.

In de aanvang waren de wetenschappelijke vergaderingen betrekkelijk informeel. De groep was klein en aan de hand van een voordracht werd van gedachten gewisseld. Zo hield Goudsmit een uiteenzetting over het krankzinnigenrecht en de daarin aan de orde zijnde problematiek van de gedwongen of onvrijwillige behandeling. Ook werd over het interne tuchtrecht van de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot Bevordering der Geneeskunst gesproken. Al spoedig echter werd definitief de weg van de te voren aan de leden gezonden preadviezen gekozen, hetgeen dit jaar voor de vierde maal het geval is.

De kleine groep juristen van het eerste uur kan naar belangstelling in twee categorieën worden ingedeeld. In de eerste plaats enkelen, die het gezondheidsrecht als geheel waren toegedaan, zich met definiëring, methode en samenhang bezig hielden en daarover, naast deelstudies over bepaalde onderwerpen publiceerden. Men kan dit kleine groepje, bestaande uit Goudsmit, De Vreeze, Rang, Van der Mijn en Leenen, karakteriseren als hobbyisten, die sinds langere of kortere tijd door de problematiek van het gezondheidsrecht waren gegrepen en zich daar hoofdzakelijk in hun vrije tijd mee bezig hielden. De nestor in dit gezelschap was Goudsmit, die in 1954 het preadvies over gezondheid en recht uitbracht voor het Nederlands Congres voor Openbare Gezondheidsregeling. Hij werd met algemene instemming tot eerste voorzitter van de vereniging gekozen. De Vreeze en Leenen hadden in 1956 het internationale congres over arts en recht, uitgaande van de Katholieke Artsenvereniging, georganiseerd. Rang was in 1964 bij het Instituut voor Sociale Geneeskunde van de V.U. als wetenschappelijk medewerker aangesteld, terwijl Van der Mijn zich

in de jaren voor de oprichting van de vereniging ook bij de breder geïnteresseerden voegde.

De tweede groep van deelnemers had, meestal ex professo, voor een bepaald onderdeel van het gezondheidsrecht belangstelling, doch wilde graag kennismaken met andere vraagstukken uit deze tak van het recht.

Inmiddels is het ledental verbazingwekkend uitgegroeid. Had men de initiatiefnemer indertijd om een schatting van het aantal potentiële leden gevraagd, dan zou hij 40 à 50 hebben geantwoord. Thans bedraagt het ledental ruim 150, waarbij kan worden aangetekend, dat de laatste 50 leden zijn aangemeld na een eenvoudig rondschrijven aan een aantal mensen aan het einde van 1972. Aangezien de ledenmelding nog steeds doorloopt, is de verwachting niet ongerechtvaardigd, dat de vereniging in de toekomst nog verder zal uitgroeien.

Na deze vluchtige schets van de ontwikkeling van de vereniging in de afgelopen vijf jaren kan thans worden geconstateerd, dat de belangstelling voor het gezondheidsrecht sterk is toegenomen, zowel bij de juristen en de medici als bij het publiek. Ook een zorgvuldig bijgehouden documentatie van de publikaties op het gebied van het gezondheidsrecht laat een wassende stroom van artikelen en boeken zien, waarbij enkele leden van de vereniging een vooraanstaande plaats innemen.

Een punt van zorg is, dat de groep van breder in het gezondheidsrecht geïnteresseerden nog betrekkelijk klein blijft. In feite is de groep, die zich met de ontwikkeling van deze tak van de rechtswetenschap als zodanig bezighoudt, in de afgelopen vijf jaren niet uitgebreid. Toch zal het noodzakelijk zijn, wil men tot een wetenschappelijke bewerking van het gehele veld in zijn samenhang en tot een verantwoorde systematiek en fundering komen, dat naast de studies over bepaalde onderwerpen uit het gezondheidsrecht ook meer algemene benaderingen worden aangehouden. De leden van de bestaande groep, die daarop studeren, hebben het gezondheidsrecht niet als hoofdtak, doch dragen ook verantwoordelijkheid voor andere maatschappelijke taken. Dit is op zichzelf niet ongunstig in verband met de integratie van theorie en praktijk. Terecht heeft Goudsmit reeds in zijn preadvies van 1954 er op gewezen, dat een jurist zich geen gezondheidsjurist kan noemen, indien hij geen kennis heeft van en ervaring op het brede terrein van de gezondheidszorg. Deze eis geldt onverkort, wil men geen onzin gaan beweren. Anderzijds bestaat bij de huidige situatie het gevaar, dat teveel op persoonlijke motivering tijd en gelegenheid voor bredere studies over het gezondheidsrecht moeten worden gevonden. Het is noodzakelijk, dat versterking in dit opzicht tot stand komt, zowel door uitbreiding van het aantal gezondheidsjuristen, dat zich op dit bredere terrein gaat bewegen, als door voorzieningen, die meer mogelijkheden scheppen voor fundamentele studie.

Dat brengt de rol van de Universiteiten aan de orde. Deze kunnen als centra van wetenschap een belangrijke bijdrage leveren. De ontwikkeling van het gezondheidsrecht als vak aan de Universiteiten wordt hierna geschetst. Daarbij wordt voorbijgegaan aan gezondheidsrechtelijke studies door personen, die aan de Universiteiten een andere hoofdtak hebben binnen de juridische faculteiten. Zij stuiten vaak op gezondheidsrechtelijke problemen en laten daarover publikaties het licht zien. Zonder anderen tekort te willen doen noem ik Van Agt, Maeijer, Mevrouw Hoogendijk-Deutsch, Mevrouw Michiels van Kessenich-Hoogendam, Enschede, Hoefnagels en Frenkel. Hun werk is belangrijk, doch met name is het de bedoeling na te gaan, in hoeverre het gezondheidsrecht uitdrukkelijk in leeropdrachten is opgenomen.

Daarbij zal enigszins een chronologische volgorde worden aangehouden, terwijl bij een beschrijving van de werkzaamheden vooral de aandacht zal worden gericht op activiteiten, die op dit moment worden ontwikkeld.

De eerste hoogleraar, die op dit gebied in Nederland werd benoemd, was De Vreeze in Nijmegen die reeds colleges medisch recht, later medisch en gezondheidsrecht genoemd, sinds 1960 te Nijmegen gaf. Zijn leeropdracht is het nationale en internationale gezondheidsbeleid. Hij is benoemd in de medische faculteit en geeft zijn colleges in het kader van de sociale geneeskunde. Zijn aandacht richt zich in het onderwijs hoofdzakelijk op de gezondheidswetgeving en bestuursrecht.

De tweede hoogleraar werd aan de Universiteit van Amsterdam benoemd, wederom in de medische faculteit. Leenen aanvaardde daar de leeropdracht 'sociale achtergronden van gezondheid en gezondheidszorg' en deze formulering voor een leerstoel, die voorheen sociale geneeskunde heette, werd mede gekozen om daarin het gezondheidsrecht een plaats te geven. Hij geeft, evenals De Vreeze, het onderwijs in het kader van de sociale geneeskunde. Zijn aandacht is gericht op wetgeving en bestuursrecht, milieuhygiënerecht — zulks in aansluiting aan het werk van Zielhuis —, civielrecht en enkele onderwerpen uit het strafrecht. Er is belangstelling bij de medische studenten en in toenemende mate ook bij juridische studenten. Onlangs is met medische studenten een aantal gespreksavonden naast de colleges gestart, terwijl voor juridische studenten, overigens niet alleen uit Amsterdam, scripties worden begeleid. Gezondheidsrecht is sinds kort in het keuzepakket van de juridische faculteit opgenomen. Leenen beschikt over een part-time medewerker voor gezondheidsrecht.

De derde Universiteit, die het gezondheidsrecht en nu als specifieke leeropdracht in haar curriculum opnam, was de Leidse, die een bijzondere leerstoel vestigde. Rang werd tot bijzonder hoogleraar benoemd in zowel de medische als de juridische faculteit. De belangstelling van Rang gaat met name uit naar wetgeving, bestuursrecht en strafrecht, ofschoon hij uiteraard ook het civielrecht in zijn colleges bespreekt. Rang geeft in Leiden avondcolleges voor een in medisch en juridisch opzicht gemengde groep studenten. Hij werkte, zoals reeds eerder vermeld, op het gebied van het gezondheidsrecht vanuit het Instituut voor Sociale Geneeskunde van de Vrije Universiteit, die in bovenstaand rijtje zeker moet worden genoemd, ook al kwam men niet tot een hoogleraarschap. Aan de V.U. gaf Rang onderwijs in het kader van de sociale geneeskunde en ook in zijn toenmalige functie begeleidde hij scripties van juridische studenten, eveneens niet alleen van de eigen Universiteit.

Aan deze schets van de officiële plaats van het gezondheidsrecht aan de Universiteiten moet echter nog een drietal feiten worden toegevoegd. In de eerste plaats, dat de Nijmeegse Juridische Faculteit in 1968 en 1971 druk bezochte studiedagen hield over gezondheidsrechtelijke onderwerpen, namelijk over respectievelijk de geneesheer en het recht en over juridische problemen rond het ziekenhuis, waarvan de verslagen zijn verschenen in de deeltjes 1 en 4 van de reeds genoemde serie Medisch Recht. In de tweede plaats, dat de Universiteit van Amsterdam jaarlijks een interfacultaire milieucursus organiseert, waarin ook aandacht wordt gegeven aan het milieuhygiënerecht. In de derde plaats, dat Rang aan de Utrechtse Universiteit werd benoemd tot hoogleraar in het arbeidsrecht, waarbij weliswaar het gezondheidsrecht niet in de leeropdracht werd verdisconteerd doch wel als keuzevak is toegelaten.

Men mag constateren, dat ook in het Universitaire kader de belangstelling voor het gezondheidsrecht toeneemt, zij het, dat een aantal Universiteiten nog achter-

blijft en in het algemeen zoals uit het bovenstaande blijkt, de medische faculteiten actiever zijn dan de juridische. De ontwikkeling moet als een begin worden gekenschetst en noodzakelijk zal met name ook zijn, dat wetenschappelijke medewerkers voor het gezondheidsrecht bij de genoemde leerstoelen kunnen worden aangetrokken.

Naast de curriculaire activiteiten op het gebied van het gezondheidsrecht is het van betekenis ook een overzicht te geven van het onderwijs in dit vak aan de postacademiale opleidingen in de gezondheidszorg. Daarbij is met name nagegaan wat in de opleidingen tot sociaal-geneeskundige – ook al zijn deze niet allen rechtstreeks aan Universiteiten verbonden – aan gezondheidsrecht wordt gedoceerd en in hoeverre aan het gezondheidsrecht aandacht wordt geschonken in de hogere verpleegstersopleidingen en in de Cursus Ziekenhuisbeleid. Uit het door deze opleidingen beschikbaar gestelde materiaal kan het volgende overzicht worden samengesteld, waarbij per cursus de docenten worden vermeld en voor alle cursussen gezamenlijk de onderwerpen, aangezien een aantal onderwerpen, zoals bijvoorbeeld wetgeving, in vrijwel alle cursussen meer of minder uitvoerig wordt behandeld.

Aan de sociaal-geneeskundige opleidingen (A- en B-opleiding tezamen genomen) doceren¹:

Leiden: Mevrouw Rood-de Boer, Leenen, Pulles, Ulijn;
Nijmegen: De Vreeze, Van der Mijn, Leenen;
Utrecht: Leenen;
Vrije Universiteit Amsterdam: Van der Mijn.

Onderwerpen, die aan de orde komen, zijn: het recht op gezondheidszorg, de functie van de gezondheidswetgeving, milieuhygiënerecht, wetgeving medische beroepsuitoefening, wetgeving betreffende de organisatie van de gezondheidszorg, wetgeving besmettelijke ziekten, krankzinnigenwet, capita selecta over andere gezondheidswetten, regelingen met betrekking tot de financiering van de gezondheidszorg, beroepsgeheim. Voorts wordt aan enkele cursussen een beschouwing gegeven over de denkwijze van de jurist. In de B-cursussen komen specifieke onderwerpen aan de orde, zoals de Veiligheidswet, de sociale verzekeringswetten op het gebied van de gezondheidszorg e.d. Opvallend is, dat aan civiel- en strafrechtelijke onderwerpen weinig aandacht wordt besteed, hoewel dat niet geheel onbegrijpelijk is gezien de functies, waarvoor wordt opgeleid.

In de hogere verpleegstersopleidingen en de Cursus Ziekenhuisbeleid wordt het gezondheidsrecht niet cursorisch gegeven. Wel komt de wetgeving aan de orde bij het vak 'organisatie van de gezondheidszorg' in de hogere verpleegstersopleidingen, terwijl in de Cursus Ziekenhuisbeleid incidentele voordrachten over gezondheidsrechtelijke onderwerpen worden gegeven. Docenten in de laatste cursus waren De Vreeze en Maeijer. Tot slot moet worden opgemerkt, dat door cursisten van deze opleidingen een enkele maal scripties over gezondheidsrechtelijke onderwerpen zijn vervaardigd.

Wanneer men het gegeven overzicht over de plaats van het gezondheidsrecht aan de Nederlandse Universiteiten en postacademiale opleidingen in de gezondheidszorg

1. Alleen de juristen worden vermeld. Uiteraard kunnen onderdelen van het gezondheidsrecht ook bij andere docenten aan de orde komen.

als geheel beschouwt en tezamen ziet met de activiteit van de Vereniging voor Gezondheidsrecht, dan mag worden geconcludeerd, dat in de afgelopen vijf jaren belangrijke vooruitgang is geboekt, met name aan de Universiteiten en in de Vereniging. De postacademiale opleidingen hebben vanaf het begin gezondheidsrecht in hun programma opgenomen. Wel lijkt in de loop der jaren enige uitbreiding aan dit deel van het programma te zijn gegeven. Deze verheugende constatering mag overigens niet verbloemen, dat er nog veel werk voor de Vereniging te doen is. Niet alleen naar de Universiteiten en de overige opleidingen, doch ook naar de overheid, de beroepsbeoefenaren en het publiek. De gezondheidswetgeving is een onoverzichtelijke doolhof van gelegenheidswetgeving, die dringend systematisering behoeft, zodat zij ook beter toegankelijk wordt voor het publiek. Door deugdelijke studies daarover, o.a. binnen het kader van de Vereniging kan de overheid worden gestimuleerd tot het ondernemen van stappen in deze richting. Het is in het belang van het publiek, dat de gezondheidsjuristen niet alleen op het vlak van de wetgeving, doch ook over civiel- en strafrechtelijke vraagstukken verheldering brengen, terwijl ook de beroepsbeoefenaren in de gezondheidszorg zullen zijn gediend met verduidelijking van de juridische kaders, waarmede zij in de uitoefening van hun beroep worden geconfronteerd. Het is verheugend, dat de belangstelling bij medische en juridische studenten voor het gezondheidsrecht groeit. Men kan ook met vreugde constateren, dat beroepsbeoefenaren en publiek de grote betekenis van het gezondheidsrecht voor het functioneren van de samenleving meer en meer gaan onderkennen. De Vereniging voor Gezondheidsrecht kan er een belangrijke bijdrage aan leveren, dat vanuit het recht de ontwikkelingen in de gezondheidszorg in goede kanalen worden geleid en binnen het kader van de eigen wetenschap in samenwerking met andere disciplines in de gezondheidszorg antwoorden worden gezocht op de diepgrijpende vraagstukken, die op het grensvlak van recht en gezondheid in toenemende mate opdoemen.

Mr. B. Sluyters

MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEID IN AMERIKA EN NEDER-
LAND

INHOUD

Verkort aangehaalde literatuur en afkortingen	10
1. Inleiding	13
A. <i>U.S.A.</i>	13
2. Een 'Malpractice crisis' in cijfers uitgedrukt	13
3. Het Amerikaanse medische aansprakelijkheidsrecht	15
3.1. Grondslag aansprakelijkheid; maatstaf van zorg	15
3.2. Informed consent	16
3.3. Verplichting tot hulpverlening	17
3.4. Casuïstiek, onder meer: 'prenatal injuries', 'wrongful birth', 'cancerphobia', 'blood', 'abandonment'	18
3.5. Aanspraken door anderen dan de patiënt	19
3.6. Aansprakelijkheid van de arts voor ingeschakelde personen; aansprakelijkheid van het ziekenhuis	19
3.7. Verjaring; exoneratieclausules; risico-aanvaarding; eigen schuld	20
3.8. Procesrecht: jury; bewijslast; beroepsgeheim en verschoningsrecht; bewijs door medici	21
4. Oorzaken van de malpractice 'boom'	23
5. Gevolgen, 'defensive medicine' en andere	26
6. Oplossingen	28
6.1. Opleiding; voorlichting medici, publiek en advocatuur	28
6.2. Reorganisatie gezondheidszorg	29
6.3. Foutencontrolemethoden; tuchtrecht	30
6.4. Verzekering; hospital accident insurance	31
6.5. Beperking en bemoeilijking van malpractice vorderingen	32
6.6. Screening panels en arbitrage	32
B. <i>NEDERLAND</i>	34
7. Aantallen claims en fouten	34
8. Staan de Amerikaanse toestanden voor de deur?	35
8	

9.	Het Nederlandse medische aansprakelijkheidsrecht	36
9.1.	Grondslag aansprakelijkheid	36
9.2.	Standaard van zorg	37
9.3.	Toestemming en informatie	40
9.4.	Verplichting tot hulpverlening; aanspraken door anderen dan patiënt	41
9.5.	Aansprakelijkheid voor ingeschakelde personen	42
9.5.1.	uit contract	42
9.5.2.	uit onrechtmatige daad	43
9.6.	Aansprakelijkheid voor zaken	44
9.7.	Handelen in teamverband	44
9.8.	Aansprakelijkheid van het ziekenhuis	45
9.9.	Verpleegkundigen	46
9.10.	Bewijs	47
9.10.1.	Huidige situatie	47
9.10.2.	Verbetering	48
9.11.	Risico-aanvaarding; exoneratie	50
9.12.	Arbitrage	50
9.13.	Verzekering	52
9.13.1.	Behoorlijke dekking	52
9.13.2.	Verzekeringsplicht?	53
9.13.3.	Medische ongevalverzekering; afschaffing civielrechtelijke aansprakelijkheid	53
10.	Alternatieven	53
10.1.	Informatie medici en publiek	54
10.2.	Organisatie	55
10.3.	Bevoegdheidsregels en vergunningen	56
10.4.	Foutencontrolemethoden	56
10.5.	Tuchtrect; strafrecht; bijzondere sancties	57
10.6.	Sociale voorzieningen en verzekeringen	58
11.	Conclusies	58

VERKORT AANGEHAALDE LITTERATUUR EN AFKORTINGEN

A. Amerikaanse

- AMA: American Medical Association
AOA Report: Report First National Conference on Medical Malpractice, sponsored by The American Osteopathic Association (1970)
Averbach: Albert Averbach, The Ten Leading Malpractice Cases of the Last Decade, 1969 Trial and Tort Trends, 5–14
Brant: Jonathan Brant, Medical Malpractice Insurance: The Disease and How to Cure it, 6 Valparaiso University Law Review, 152–168 (1972)
Contemporary: 35, Law and Contemporary Problems 1970
Duke: Editorial Board and Staff Duke Law Journal, The Medical Malpractice Threat: A Study of Defensive Medicine, Duke Law Journal 939–993 (1971)
Freeman: Fred Freeman, Significant Changes in Two Decades of Doctor-Patient-Hospital Relations, 1969 Trial and Tort Trends 70–90
JAMA: Journal American Medical Association
Morris and Moritz: R. Crawford Morris and Alan R. Moritz, Doctor and Patient and the Law (5th ed. 1971)
Schering: The Physician's Legal Brief, published monthly by Schering Corporation
Senate Report: Medical Malpractice: The Patient Versus the Physician, a Study Submitted by the Subcommittee on Executive Reorganization to the Committee on Government Operations, U.S. Senate (1969)
Shartel and Plant: Burke Shartel and Marcus L. Plant, The Law of Medical Practice (1959)
Willamette: 6, Willamette Law Journal, June 1970 issue

B. Nederlandse

- Advies Centraal Beheer: Verzekerbare risico's bij de exploitatie van een ziekeninrichting, advies uitgebracht door de Coöperatieve Vereniging 'Centraal Beheer' G.A. te Amsterdam (1967)

- Advies Verpleegkundigen:** Advies Centrale Raad voor de Volksgezondheid inzake de verantwoordelijkheid en de aansprakelijkheid van verpleegkundigen en leerling-verpleegkundigen in de intramurale gezondheidszorg (1972)
- Berkhouwer:** Mr. C. Berkhouwer, De aansprakelijkheid van de medicus voor beroepsfouten door hem of zijn helpers gemaakt (1950)
- Geneesheerbundel:** De Geneesheer en het recht, Medisch recht 1 (1968)
- KNMG:** Koninklijke Nederlandsche Maatschappij tot Bevordering der Geneeskunst
- Kool:** Drs. P. H. Kool, Resultaten van een enquête naar schadeverzekeringen in ziekenhuizen, Ons Ziekenhuis (1965) 374–382
- Marlet:** Mr. L. N. Marlet, J. Marlet, Prof. dr. M. F. J. Marlet, Schuld en verontschuldiging in de medische praktijk (1966)
- Maeijer, Geneesheerbundel:** Prof. mr. J. M. M. Maeijer, Juridische relatie geneesheer en patiënt, opgenomen in Geneesheerbundel
- Maeijer, Noot:** Prof. mr. J. M. M. Maeijer, noot onder Nuboer-arrest, Van der Horst-arrest en de Bossche arresten, Ars Aequi 1969, 85–101
- Maeijer, Preadvies:** Prof. mr. J. M. M. Maeijer, De aansprakelijkheid voor handelingen van een medisch team, preadvies Vereniging voor Gezondheidsrecht 1970. Verwezen wordt naar de tekst gepubliceerd in N.J.B. 1970, 873–891. Tekst ook opgenomen in Medisch Beroepbundel
- Maeijer, Ziekenhuisbundel:** Prof. mr. J. M. M. Maeijer, Juridische vormgeving van de relaties binnen het ziekenhuis, opgenomen in de Ziekenhuisbundel
- Medisch Beroepbundel:** Medische beroepsuitoefening en beroepsaansprakelijkheid, Medisch recht 5 (1972)
- Michiels, Frans Recht:** Mr. I. P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, Medische fouten in het Franse recht, in de Van Opstall bundel 91–105 (1972)
- Michiels, Metamedica:** Mr. I. P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, Verzekering van de aansprakelijkheid voor beroepsfouten van artsen; in het bijzonder van medische specialisten, werkzaam in een ziekenhuis, Metamedica 1970, 353–369
- Michiels, Onrechtmatige Daad:** Mr. I. P. Michiels van Kessenich-Hoogendam in Mr. H. Drion c.s., Onrechtmatige daad (losbladig)
- Michiels, Verzekeringsarchief:** Mr. I. P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, Enkele aspecten van de aansprakelijkheid voor beroepsfouten naar Nederlands recht, Verzekerings-

- archief (1970), 128–153
- Rapport Ziekenhuisraad: Rapport van de Commissie Ongevallen en Fouten in ziekeninrichtingen, ingesteld door de Nationale Ziekenhuisraad met Naschrift van de Landelijke Specialisten Vereniging, Het Ziekenhuis (1971) 25–33
- Vermeijden: Dr. J. Vermeijden, Aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor beroepsfouten van de aan het ziekenhuis verbonden medici, W.P.N.R. nrs 5035 en 5036 (1969). In een wat uitvoeriger versie afgedrukt in Medisch Contact (1969), 453–457, 487–493 en 511–514
- Vorstman: Mr. L. D. Vorstman, De aansprakelijkheid van de medicus voor beroepsfouten door hem of zijn helpers gemaakt (1950)
- Werkgroep Gezondheidsrecht: Juridische aspecten van de relatie ziekenfonds, medewerker, verzekerde, preadvies werkgroep Vereniging voor Gezondheidsrecht (1973)
- Witteman: Mr. P. M. Witteman, De verzekering van aansprakelijkheden in en om het ziekenhuis, Verzekeringsarchief (1970), 4–22
- Ziekenhuisbundel: Juridische problemen in en rond het ziekenhuis, Medisch recht 4 (1971)

* Pas na de voltooiing van dit stuk kon ik de hand leggen op het dikke rapport van de omvangrijke Amerikaanse staatscommissie: Report of the Secretary's Commission on Medical Malpractice (1973). Op dit rapport is al dadelijk bij de verschijning forse kritiek uitgeoefend. Zie de 'separate' en de 'dissenting' conclusies van ongeveer de helft van de commissieleden. Zie ook het opstel van J. Y. King, A Commentary on the report of the Malpractice Commission, uitgebracht op het derde wereldcongres voor medisch recht (Gent 1973). In het rapport wordt de in paragraaf 2 beschreven trend bevestigd, zowel wat betreft het aantal claims (in 1970, volgens de schatting van het rapport, 12.500, een toeneming ten opzichte van 1969 met 10,6%), als t.a.v. de stijging van de verzekeringspremies.

1. INLEIDING

In deze studie wordt, in het eerste deel, ruime aandacht geschonken aan Amerika. Waarom Amerika? Allereerst omdat bij vrijwel elke gedachtenwisseling over medische beroepsaansprakelijkheid Amerika ter sprake komt. Medici vrezen sterk dat de Amerikaanse toestanden, waarvan zij en anderen zulk een afkeer hebben, zullen overwaaien. Het is nuttig iets meer informatie te ontvangen over die toestanden en beter te weten of die vrees en die afkeer zo groot moeten zijn. In de tweede plaats, omdat de Amerikaanse ervaring met medische beroepsaansprakelijkheid, neergelegd in een zeer omvangrijke jurisprudentie en literatuur, buitengewoon veel groter is dan de onze. Van die ervaring kunnen wij profiteren. Speciaal nu wij in Nederland, naar velen verwachten, aan de vooravond staan van een veel grotere stroom claims. De blik op Amerika moet onbevooroordeeld zijn. Daarin moet niet bij voorbaat tot uiting komen een, ook op dit terrein, vaak te constateren afkeer van de 'ugly American' toestanden. Evenmin moet de Amerikaanse ervaring bij voorbaat als een 'défi Américain' worden opgevat, die navolging verdient.

Informatie over Amerika is dus mijn eerste doel. Maar, het draait, ook in deze studie, toch om Nederland. Amerika wordt gebruikt als een loopplank naar een bespreking, in het tweede deel, van de Nederlandse situatie en de verbeteringen die daarin zouden kunnen worden aangebracht, een bespreking, die niet beperkt zal blijven tot een vergelijking met Amerika maar ook problemen en oplossingen zal omvatten die losstaan van de Amerikaanse ervaring.

mei 1973

A. U.S.A.

2. EEN 'MALPRACTICE CRISIS' IN CIJFERS UITGEDRUKT

In Amerika is de beroering over de malpractice situatie groot. Het ene artikel na het andere verschijnt. Het ene symposium na het andere wordt gehouden. Er is een speciale malpractice afdeling op het Ministerie van Volksgezondheid. Men spreekt van een 'malpractice crisis', een 'malpractice mess', een 'national crisis'. Toen President Nixon enige tijd geleden een malpractice staatscommissie instelde, sprak hij van een 'climate of fear' dat door de malpractice dreiging is ontstaan. In dit hoofdstuk zijn een aantal feitelijke gegevens opgenomen die een indruk kunnen geven van de ernst van de Amerikaanse malpractice situatie.

Het aantal claims tegen artsen en ziekenhuizen is in de laatste decennia geweldig gestegen. Een vertienvoudiging tussen 1930 en 1940. Nogmaals een vertienvoudiging tussen 1940 en 1950. Eén op de zes Amerikaanse artsen wordt in zijn praktijkjaren met een malpractice-claim geconfronteerd.¹ Men schat het aantal ingediende claims op 6.000 à 10.000 per jaar.^{2,3} Het hoogste toegewezen bedrag

1. Duke, 940, noot 4; Morris and Moritz, 447. De gegevens zijn al weer wat verouderd. Zij zijn gebaseerd op een AMA-onderzoek van 1963.

2. Brant, 155.

3. Men kan ook anders tegen deze cijfers aankijken. Volgens berekeningen van het in noot 1 bedoelde AMA-onderzoek leidde slechts één op de 269.960 medische behandelingen tot een claim. Dat levert een claimpercentage op van 0,00037%. Een functionaris van de AMA geeft in het Senate Report, 505-506, uitdrukking aan het gevoel dat sinds 1963 het aantal claims wel gestegen is in absolute cijfers, maar niet in verhouding tot het - eveneens toegenomen - aantal medische verrichtingen. De verhouding tussen het aantal toegewezen en het aantal afgewezen claims schijnt ongeveer 1:2 of 1:3 te zijn. Zie AOA Report, 17 en Morris and Moritz, 438.

was tot het midden van de zestiger jaren \$ 300.000. Daarna is het snel omhoog gegaan tot \$ 1.500.000 in 1969.⁴

Een goede indicatie van de toename van de claims geeft de stijging van de verzekeringspremies.⁵ In New York stegen de premies tussen 1950 en 1967 met 246%.⁶ Alleen al in de jaren 1967 en 1968 bedroeg het stijgingspercentage in verschillende staten 10–50%.⁷ De stijgingen verschillen sterk van staat tot staat en van specialisme tot specialisme, omdat de toename van de toegewezen vorderingen eveneens sterk varieert. Zo nam de jaarlijkse verzekeringspremie tussen 1969 en 1971 als volgt toe (gedekt: \$ 100.000 per geval en \$ 300.000 per jaar)⁸:

in Los Angeles:	voor een huisarts van \$ 225 tot \$ 760; voor een neurochirurg van \$ 780 tot \$ 2.917;
in Chicago:	voor een huisarts van \$ 126 tot \$ 130; voor een plastisch chirurg van \$ 721 tot \$ 912;
in Washington D.C.:	voor een huisarts van \$ 134 tot \$ 218; voor een algemeen chirurg van \$ 265 tot \$ 828.

Ook de gemiddelde 'closing costs' (de kosten die een verzekeringsmaatschappij moet maken om een claim geheel af te wikkelen) worden hoger. In Los Angeles waren die kosten in 1969 zes maal zo hoog als in 1957. In New York stijgen deze kosten al enige jaren met 18% per jaar.⁹ Er wordt gezegd dat, ondanks de hogere premies, sinds 1958 geen enkele Amerikaanse verzekeraar winst heeft gemaakt op het gebied van de medische aansprakelijkheidsverzekering.¹⁰ Aetna Casualty & Security schat haar verliezen over 1968 op \$ 10 miljoen.¹¹ Nettleship Co., een combinatie van belangrijke verzekeraars in Los Angeles, verloor in 1969 \$ 22 miljoen.¹² Een aantal maatschappijen heeft zich, de wonden likkend, van het malpractice-terrein teruggetrokken.¹³ In sommige staten wordt het voor een aantal artsen moeilijk een verzekering te krijgen.¹⁴

Volgens een uit 1966 daterend overzicht¹⁵ kunnen de medici naar de mate waarin zij worden aangesproken als volgt worden gerangschikt:

1. orthopaedisch chirurg
2. algemeen chirurg
3. neurochirurg
4. anaesthesist

4. AOA Report, 5; Morris and Moritz, 472.

5. Aanzienlijk meer dan 90% van de Amerikaanse artsen is verzekerd. Morris and Moritz, 448: uit het 1963 AMA onderzoek bleek dat het hoogste percentage van niet verzekerde artsen per staat was: tien (zij noemen dit percentage 'unusually dangerous'). Dit getal werd in slechts vier staten bereikt. In Californië was het percentage 3,6%. In Washington D.C. 2,9%.

6. Brant, 157.

7. Hirsh, 208 JAMA, 2391–2392 (1969).

8. Zie U.S. News & World Report, 8 maart 1971.

9. Brant, 158.

10. AOA Report, 5.

11. AOA Report, 5.

12. Brant, 159. Brant geeft op pagina 159–160 de volgende overzichten over verliezen van verzekeraars in New York: (zie de tabellen 1 en 2 op p. 15)

13. Brant, 161; AOA Report, 19.

14. In Hawaii werd in 1970 bij 250 van de 850 artsen de toen aflopende verzekering niet vernieuwd: U.S. News & World Report 8 maart 1971.

15. Medical World News 6 mei 1966, 114 en 116–117.

5. gynaecoloog
6. röntgenoloog
7. oogarts
8. uroloog
9. huisarts
10. keel- neus- en oorarts
11. kinderarts

Volgens datzelfde overzicht zijn de belangrijkste gronden waarop artsen worden aangesproken de volgende:

1. tijdens operatie in lichaam voorwerp achterlaten;
2. te strak aangebracht gips om gebroken lichaamsdelen;
3. diverse chirurgische fouten;
4. geen 'informed consent';
5. fouten van assistenten, coassistenten en verpleegkundigen;
6. verkeerde penicilline of tetanus-injecties;
7. geen (tijdige) hulp bij bevalling;
8. verbranding door röntgenbestraling of chemicaliën;
9. verkeerde behandeling hartstilstand.

3. HET AMERIKAANSE MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

3.1. Grondslag aansprakelijkheid; maatstaf van zorg

Evenals in Nederland, kan ook in Amerika een actie tegen arts of ziekenhuis gebaseerd worden op wanprestatie of op onrechtmatige daad. In het algemeen is de patiënt vrij in zijn keuze. Hij kiest meestal voor de onrechtmatige daadsactie omdat dan meer schade-elementen voor vergoeding in aanmerking komen. Soms heeft juist de actie uit overeenkomst de voorkeur omdat daarvoor een langere verjaringstermijn geldt.¹⁶

16. Morris and Moritz, 327; Shartel and Plant, 115–116.

Table 1 – *Malpractice Insurance Losses in New York 1962–1967*

	Premiums	Permitted loss ratio	Available for loss	Total Loss	Underwriting Loss
1967	5,906,181	79,3	4,683,890	9,090,216	4,406,326
1966	5,003,960	79,0	3,953,128	7,394,705	3,441,577
1965	4,428,074	79,0	3,498,186	6,644,271	3,146,085
1964	4,324,575	79,0	3,416,414	6,178,575	2,762,161
1963	4,121,291	79,0	3,255,820	4,907,828	1,652,008
1962	3,790,189	79,0	2,994,249	4,117,903	1,123,654

Table 2 – *Distribution of Premium Payments*

Awards to Patients	27%
Plaintiff Counsel and Investigation	29%
Defense Costs	24%
Solicitation of Business	29%
Overhead	13%
	<hr/>
Total	113%
Loss	13%

Voor de maatstaf van de aan te wenden zorg maakt het geen verschil of de actie wordt gebaseerd op overeenkomst of op onrechtmatige daad. Deze maatstaf wordt als volgt omschreven:¹⁷

The physician is required to possess that degree of knowledge and skill and to exercise that degree of care, judgement and skill, which other physicians of good standing of the same school or system of practice exercise in the same or similar localities, under like or similar circumstances, having due regard to the advanced state of the medical profession at the time in question.

Deze formule verschilt nauwelijks van de in Nederland aangelegde maatstaf, met uitzondering wellicht van de zinsnede die verlangt dat de arts wordt vergeleken met collega's die praktizeren 'in the same or similar localities'.¹⁸

De betekenis van deze 'localities'-regel is afgenomen. Oorspronkelijk beperkte de regel zich tot vergelijking binnen 'the same locality'. Dit bemoeilijkte de positie van de patiënt omdat slechts plaatsgenoten van de gedaagde arts konden verklaren of hij de plaatselijke standaard van zorg had gehaald. Plaatsgenoten van de gedaagde arts bleken zelden bereid tegen hem een verklaring af te leggen. De uitbreiding tot 'similar localities' had tot gevolg dat bijvoorbeeld een arts uit de ene grote stad ook verklaringen kon afleggen over de standaard van zorg in een andere grote stad. De betekenis van de 'localities rule' is nog verder afgezwakt. Veelal zal thans een behandeling die vrijwel overal in het land als onvoldoende zou worden beschouwd, niet meer door de juridische beugel gaan, ook al wordt die behandeling in het gebied waar de arts praktizeert, gewoonlijk wél geaccepteerd.¹⁹

3.2. *Informed consent*

Een behandeling zonder dat de patiënt daarin heeft toegestemd, is onrechtmatig, ook wanneer zij naar goed medisch inzicht in het belang van de patiënt volstrekt noodzakelijk is. De patiënt en niet de arts heeft uiteindelijk voor het zeggen wat hij wil dat met zijn lichaam gebeurt. Ook indien de arts de behandeling overigens lege artis uitvoert, is hij aansprakelijk wanneer de toestand van de patiënt door de behandeling achteruitgaat. Bij handelen zonder toestemming moet hij dus ook opkomen voor risico's, die normaliter voor rekening van de patiënt zijn. Bij minderjarigen is in het algemeen nodig toestemming van ouders of voogd en bovendien van de minderjarige zelf als die een zekere leeftijd des onderscheids heeft bereikt (men houdt hiervoor wel aan: dertien jaar of ouder). Toestemming wordt gefingeerd te zijn gegeven door een patiënt die bijvoorbeeld door bewusteloosheid buiten staat is zijn wil te uiten, maar, alleen voorzover het gaat om een medisch ingrijpen dat nodig is om het leven of de gezondheid van de patiënt te redden.²⁰

Een toestemming is zonder betekenis indien zij niet is gegeven door een patiënt die tot op zekere hoogte en op een begrijpelijke wijze is geïnformeerd over de aard

17. Morris and Moritz, 327–331; Shartel and Plant, 116.

18. Vgl. paragraaf 9.2.

19. Freeman, 81–82; Morris and Moritz, 330–331; Averbach, 7–8.

20. Morris and Moritz, 147–148 en 161–165; Shartel and Plant, 10–14 en 25–26 en Mills in Schering, januari 1973.

van de behandeling en de daaraan verbonden risico's. Er moet zijn een 'informed consent'. Men acht de vereiste informatiegraad soms wél en soms niet een medisch technische kwestie waarover medisch deskundigenbewijs moet worden geleverd. Over de vereiste graad van informatie bestaat in de jurisprudentie van de verschillende staten geen eenstemmigheid. De vereiste informatiegraad wordt doorgaans geacht afhankelijk te zijn van onder meer de volgende factoren: zal de conditie van de patiënt door de informatie achteruitgaan?; heeft de patiënt te kennen gegeven geen informatie te wensen?; hoe ernstiger het risico en hoe groter de kans dat het risico zich manifesteert, hoe meer informatie; hoe minder noodzakelijk de behandeling, hoe meer informatie (over risico's van een face lifting dus meer vertellen dan over risico's van een blindedarmoperatie); hoe meer de behandelingswijze in een experimenteel stadium verkeert, hoe meer informatie.²¹

3.3. *Verplichting tot hulpverlening*

Onder de traditionele common-law-regel is er in Amerika, anders dan in Nederland²², geen verplichting van arts en ziekenhuis tot hulpverlening aan een vreemde, aan iemand met wie nog geen relatie is aangegaan.²³ Het gebeurde daarom nogal eens dat mensen die zich in zware nood meldden bij de emergency room van een ziekenhuis, werden afgewezen, bijvoorbeeld omdat zij geen voorschot konden betalen. De hoofdregel is nu geworden dat een ziekenhuis dat een emergency room heeft, in het algemeen verplicht is ook aan een vreemde hulp in nood te verschaffen.²⁴ Een belangrijke open vraag blijft tot hoever de verplichtingen van het ziekenhuis gaan: moet de emergency room op elk uur van de dag open zijn? Moet zij worden bezet door een volledige staf met allerlei specialisten? Is de omvang van de verplichtingen afhankelijk van de plaats van het ziekenhuis (binnenstad, buitenwijk, platteland)?

Onder de traditionele regel behoeft de arts ook in een noodsituatie langs de weg geen hulp te bieden. Het is ook hier wel bekend dat uit vrees voor aansprakelijkheid de meeste Amerikaanse artsen zich van bijstand onthielden. Die vrees was overigens slecht gefundeerd. Het is in werkelijkheid uiterst zelden voorgekomen dat een hulpvaardige arts door het slachtoffer werd aangesproken.²⁵ Toch zijn in de meeste staten 'Good Samaritan statutes' ingevoerd. Daardoor wordt een arts die in een noodsituatie eerste hulp verleent van aansprakelijkheid bevrijd (behalve, in de meeste staten, in geval van opzet of grove schuld). Men hoopt dat de artsen er zo weer toe gebracht worden hulp langs de weg te verlenen.

21. Morris and Moritz, 151–153; Fraser en Chadsey in Willamette, 188–189; Mills in Schering, januari 1973. Het kan voor de arts een hachelijke zaak zijn te moeten bewijzen dat hij een geldige toestemming heeft gekregen. Vaak wordt aangeraden de toestemming en de verschaft informatie schriftelijk vast te leggen. Volgens Morris and Moritz, 401 rust op de patiënt de last te bewijzen dat geen toestemming werd verkregen.

22. Zie 9.4. Een regel vergelijkbaar met art. 450 Sr. (waaraan door Michiels, Verzekeringsarchief, 132, wél, maar door Van der Mij, zoals hij mij meedeelde, geen betekenis voor het medisch handelen wordt toegekend) bestaat in de Verenigde Staten niet.

23. Morris and Moritz, 356; Powers, Hospital Emergency Service and The Open Door, 66 Michigan Law Review 1459 (1968).

24. Powers, 1464–1475.

25. Morris and Moritz, 356 vermelden dat zij geen enkele gepubliceerde beslissing over zo'n uitspraak vinden. Wolfstone in AOA Report, 18 informeerde bij de AMA en zeven grote verzekeraars. Daar was geen enkele procedure, geen enkele claim bekend.

3.4. *Casuïstiek, onder meer: 'prenatal injuries', 'wrongful birth', 'cancerphobia', 'blood', 'abandonment'*

Een uitgebreide casuïstiek zou te ver voeren, maar een beperkte opsomming²⁶ kan verhelderend zijn.

Aansprakelijkheid wordt aanvaard voor: een onjuiste diagnose veroorzaakt door het nalaten van een bepaalde test of het niet raadplegen van een ziektegeschiedenis, in het bezit van de vorige arts; het nalaten een patiënt te wijzen op de risico's verbonden aan medicijnen (gevolgen bijvoorbeeld: slaperigheid van een autorijder die daardoor een ongeluk veroorzaakt); het in de wind slaan van een waarschuwing van een patiënt allergisch te zijn voor een geneesmiddel. Röntgenbestraling leidt herhaaldelijk tot aansprakelijkheid, óf wegens verkeerde uitvoering, óf wegens het niet waarschuwen tegen risico's. Anaesthesisten worden nogal eens aangesproken wegens een verkeerde dosering van verdovingsmiddelen, het breken van een naald, het niet onderkennen van een overgevoeligheid van een patiënt voor een bepaald middel. Procedures tegen chirurgen hebben vaak betrekking op tijdens de operatie achtergelaten voorwerpen en op het wegsnijden van gezond weefsel en gezonde lichaamsdelen.²⁷

Een actie kan worden ingesteld wegens letsel dat door een medische fout vóór de geboorte aan een kind is toegebracht ('prenatal injuries'). In het verleden was lange tijd een rechtsvordering uitgesloten omdat het kind ten tijde van het toebrengen van het letsel nog geen rechtssubject was. Later werd de actie toegelaten met de beperking dat het op het moment van de fout levensvatbaar moest zijn. Ook die beperking is aan het verdwijnen.²⁸

Er zijn een aantal pogingen gedaan een arts of een apotheker aansprakelijk te stellen voor de gevolgen van een ongewenste geboorte, veroorzaakt door een fout bij het voorschrijven van een contraconceptivum of bij een operatie tot sterilisatie. Deze pogingen zijn tot kort geleden vrijwel alle gestrand.²⁹

Bij enkele arresten, die sterk de aandacht trokken, werd schadevergoeding toegekend op grond van het enkele feit dat een patiënt jarenlang ten onrechte bang was geweest dat hij kanker zou krijgen, zoals zijn arts hem voorspeld had ('cancerphobia'-arresten).³⁰

In een aantal uitspraken is het verschaffen van bloed als een verkoop en niet als een dienst beschouwd. De slecht te verteren consequentie hiervan was dat de bloedbank er dan ook voor moest instaan dat het bloed geen ziektekiemen zou overbrengen. Het valt te begrijpen dat de bloedbanken over deze uitspraken ontsteld waren. In enkele staten heeft men op de jurisprudentie gereageerd door in de wet

26. Voornamelijk ontleend aan Morris and Moritz, 332-346.

27. Let wel, het achterlaten van voorwerpen en het wegsnijden van gezond weefsel is niet altijd een beroepsfout. Voor het zoeken naar voorwerpen kan geen tijd meer zijn. Het verwijderen van gezond weefsel kan veroorzaakt zijn doordat de patiënt anatomisch abnormaal in elkaar zit.

28. Morris and Moritz, 350-352.

29. De rechters overwogen meestal dat naar heersende opvattingen ook een ongewenst kind als een 'zegen' zou moeten worden beschouwd, zodat het toewijzen van schadevergoeding zou strijden met de openbare orde. In enige recente uitspraken is de rechter van oordeel dat in deze tijden van overbevolking juist het tegengaan van ongewenste geboorten van groot belang is voor de samenleving en wordt de actie tegen arts of apotheker wel toegekend. Zie voor een fel pleidooi voor de actie: Joyce E. Barrett, Damages for Wrongful Birth, 21 Cleveland State Law Review, 34-41 (1972).

30. Zie Averbach, 8; Morris and Moritz, 336.

neer te leggen, dat het verschaffen van bloed een 'service' is, zodat niet meer voor het resultaat behoeft te worden ingestaan, maar een behoorlijke inspanning voldoende is.³¹

Een arts is niet alleen niet verplicht iemand als patiënt te aanvaarden. Hij mag ook een behandeling afbreken. Maar, hij moet de patiënt dan wel tijdig waarschuwen en de gelegenheid geven een andere arts de behandeling te doen voortzetten, wil hij niet wegens 'abandonment' aansprakelijk zijn. Ook een arts die een patiënt die hij ontslaat in de waan laat dat hij genezen is en geen verdere behandeling nodig heeft, maakt zich schuldig aan 'abandonment'.³²

3.5. Aanspraken door anderen dan de patiënt

In vrijwel alle staten bestaan 'Wrongful Death Acts', die de familieleden die afhankelijk waren van de overledene een actie geven tegen de laedens. Zelfs wanneer de patiënt blijft leven kunnen man, vrouw en kinderen en, soms, werkgever vergoeding vorderen van de schade door het wegvallen van de werkkraft en door het verlies van 'companionship'. Vergoeding wegens geleden pijn en smart is in deze gevallen niet mogelijk.

Ook zonder dat de patiënt zelf iets is overkomen kan er reden zijn voor een actie van een derde. Bijvoorbeeld doordat de arts een patiënt een besmettelijke ziekte laat verspreiden, of onvoldoende maatregelen neemt om derden tegen gevaarlijke geesteszieke patiënten te beschermen.³³

3.6. Aansprakelijkheid van de arts voor ingeschakelde personen; aansprakelijkheid van het ziekenhuis

Een arts is aansprakelijk voor de fouten van zijn assistenten, co-assistenten en andere werknemers. Indien een verpleegster in dienst is van het ziekenhuis is de chirurg niet aansprakelijk voor haar handelingen vóór en na de operatie maar, volgens de heersende leer, wél voor haar fouten tijdens de operatie.³⁴

Een arts is gewoonlijk niet aansprakelijk voor een waarnemer. Wanneer hij zich voor een bepaalde behandeling laat vervangen door een ander, zonder toestemming van de patiënt, kan hij voor de daden van die ander aansprakelijk blijven. Wanneer hij zijn hele praktijk een tijd lang door een ander laat waarnemen, blijft hij buiten schot, mits hij zorgt voor een goed bekend staand vervanger en mits hij zijn patiënten tijdig inlicht. De leden van een operatieteam, in het bijzonder chirurg en anaesthetist, zijn beiden in het algemeen slechts aansprakelijk voor eigen fouten.³⁵

Lange tijd hebben ziekenhuizen, toebehorend aan charitatieve instellingen en aan de overheid, een absolute immuniteit genoten. Daaraan is nu vrijwel geheel een eind gekomen.³⁶

31. Freeman, 88–89; Morris and Moritz, 343.

32. Morris and Moritz, 344–346; Shartel and Plant 126–128.

33. Morris and Moritz, 384–386; Shartel and Plant, 157–158 en 125.

34. Volgens de minderheidsopvatting ook dan niet, omdat hij al zijn aandacht nodig heeft voor zijn eigen werk en daarom geen toezicht kan uitoefenen. Morris and Moritz, 369–372.

35. Morris and Moritz, 372–375.

36. Zie Morris and Moritz, 390–391 en Shartel and Plant, 183–187. In enkele staten is de aansprakelijkheid bij de wet beperkt tot een bepaald bedrag per geval. In sommige staten is het charitatieve ziekenhuis wel aansprakelijk tegenover betalende patiënten, maar niet tegenover prodeanen.

Tot voor enige tijd was het ziekenhuis in sommige staten zelfs voor medici in dienstverband niet aansprakelijk (behalve voor culpa in eligendo) óf omdat het ziekenhuis geacht werd op 'medical acts' geen controle te kunnen uitoefenen óf omdat het, als rechtspersoon, geacht werd geen overeenkomst tot geneeskundige verzorging te kunnen sluiten.³⁷ Nú is het niet alleen zo dat het ziekenhuis heeft in te staan voor medici in dienstverband. Het moet ook rekening houden met aansprakelijkheid voor de handelingen van alle medici die binnen de muren van het ziekenhuis praktijk uitoefenen. De aanzet tot deze ontwikkeling gaf het standaard-arrest *Darling v. Charleston Community Memorial Hospitals*³⁸, waarin onder meer werd overwogen:

The conception that the hospital does not undertake to treat the patient, does not undertake to act through its doctors and nurses, but undertakes simply to procure them to act upon their own responsibility, no longer reflects the fact.

3.7. Verjaring; exoneratieclausules; risico-aanvaarding; eigen schuld

Het kan lang duren voordat een patiënt ontdekt dat de ziekte waaraan hij lijdt zijn oorzaak niet vindt in zijn eigen lichamelijke constitutie, maar in een beroepsfout die in het verleden is gemaakt. De verjaringstermijnen zijn betrekkelijk kort in Amerika.³⁹ Op het moment van ontdekking was de verjaringstermijn, die onder de traditionele regel begint te lopen op het moment van het begaan van de fout, vaak al verstreken. De rechtspraak heeft zich hiertegen op verschillende wijzen teweergesteld. In de eerste plaats is men in medische zaken gebruik gaan maken van de leer dat een verjaringstermijn geschorst wordt bij bedriegelijke verberging ('fraudulent concealment') van de fout. Vooropgesteld wordt dat de verhouding arts-patiënt een vertrouwensrelatie is en geredeneerd wordt dan dat, gezien dat vertrouwenskarakter, de arts die weet dat hij een beroepsfout heeft gemaakt, maar deze tegenover zijn patiënt verzwijgt, zich schuldig maakt aan 'fraudulent concealment'. In de tweede plaats – en dat is de belangrijkste ontwikkeling – hebben de wetgever in Californië en de jurisprudentie in vele andere staten de 'discovery rule' aanvaard. Door die leer wordt het moment waarop de termijn begint te lopen verschoven van

37. Morris and Moritz, 387–389; Shartel and Plant, 188.

38. 33 Ill. 2d 316, 211 N.E. 2d 253 (1965). Het volgende commentaar (overgenomen van Morris and Moritz, 388) van de AMA illustreert de afweerdiging die die organisatie nogal eens aan de dag legt: 'The effect of this decision is unfortunate since it appears to place a hospital in a position where it must exercise control over the practice of medicine by physicians on its attending staff to avoid liability. This is apt to encourage control of the practice of medicine by persons who are not licenced physicians. The decision is also unfortunate because it is apt to discourage the adoption of high standards which are intended to improve the level of hospital care, but which may now be misinterpreted as a basis for liability.' Darling heeft tot navolging verleid. Zie Schering, December 1972; Freeman, 70–73; Averbach, 12; Cable in Willamette, 299–313 en Ludlam in Contemporary, 884.

39. Indien de actie wordt gebaseerd op onrechtmatige daad varieert hij in de verschillende staten van één jaar tot zes jaar. De gemiddelde termijn is 2,4 jaar. Voor de actie op grond van wanprestatie is het gemiddelde langer: 4,8 jaar. Zie Paul J. Katz, Medical Malpractice: A Survey of Statutes of Limitation, 3 Suffolk University Law Review, 610 (1969); Morris and Moritz, 414–415.

het moment waarop de fout wordt gepleegd, naar het moment van ontdekking.⁴⁰

Contractuele uitsluiting van aansprakelijkheid door de medicus en, waarschijnlijk, ook door het ziekenhuis, is niet toegelaten. Zij strijdt met de openbare orde.⁴¹

Een patiënt kan de risico's verbonden aan een normale behandeling aanvaarden, maar niet de risico's van een abnormale behandeling, dat wil zeggen, een verrichting waarbij beroepsfouten worden gepleegd. Wel weer kunnen worden aanvaard de risico's van een behandeling die abnormaal is in die zin, dat hij afwijkt van de naar de stand van de wetenschap normale verrichtingen, maar die als een geoorloofd experiment kan worden beschouwd.⁴²

Onder de traditionele common law regel kan een gedaagde een vordering geheel doen stranden door aan te tonen dat de eiser zich heeft schuldig gemaakt aan 'contributory negligence'⁴³ (eigen schuld) zelfs al was de schuld van de patiënt nog zo klein. In een aantal staten heeft men deze leer verlaten ten gunste van de doctrine van de 'comparative negligence', die in geval van eigen schuld slechts de hoogte van de schadevergoeding verkleint naar de mate van die schuld.

3.8. Procesrecht: jury; bewijslast; beroepsgeheim en verschoningsrecht; bewijs door medici

In de Verenigde Staten worden, in het algemeen, ook in civiele zaken de beslissingen over de feiten genomen door de jury op de basis van instructies over het recht te geven door de rechter. Dit betekent dat de jury, de rechtsregels in aanmerking nemende uiteindelijk moet beslissen: (1) welke zorg en kennis de arts in casu moest hebben; (2) of de arts hierin is tekort geschoten en (3) of en in hoeverre causaal verband tussen de fout en de gevorderde schade bestaat. De rechter kan echter in bepaalde gevallen ook de beslissing over de feiten uit handen van de jury nemen.⁴⁴

In Amerika rust de bewijslast in het algemeen op de patiënt.⁴⁵ Er zijn echter, zoals hieronder blijken zal, uitzonderingen. De mogelijkheden voor de zoals hieronder blijken zal, uitzonderingen. De mogelijkheden voor de Amerikaanse patiënt om aan zijn bewijs te komen zijn groter dan voor de Nederlandse. Hij kan voordat de procedure begint, in de 'pretrial discovery' niet alleen de mogelijke getuigen doen horen (zoals bij ons in het voorlopig getuigenverhoor), maar ook deskundigen. De rechter kan de tegenpartij bevelen alle in zijn bezit zijnde relevante stukken (ziektestatussen bijvoorbeeld) over te leggen. Opdat verrassingen tijdens het proces steeds beter worden voorkomen, is er een trend de mogelijkheden tot 'pretrial discovery' uit te breiden, zelfs tot de namen van de

40. Katz (zie noot 39), 613-614; Morris and Moritz, 413-416; Shartel and Plant, 157; Freeman, 86; Averbach, 7; John V. Lyman in Willamette, 327-334. Volgens een wat zwakkere variant wordt het relevante moment verschoven naar het ogenblik waarop de arts-patiënt relatie wordt beëindigd.

41. Morris and Moritz, 412; note in Willamette, 341-348.

42. Morris and Moritz, 411; Shartel and Plant, 154-155.

43. Voorbeelden: een patiënt volgt instructies niet op; hij laat na voor nader onderzoek terug te komen; hij laat zich behandelen door een arts die duidelijk dronken is. Morris and Moritz, 410-411; Shartel and Plant, 152.

44. Wanneer de rechter meent dat geen verschil bestaat over enig feit van wezenlijk belang; indien het geleverde bewijs van dien aard is dat over de vraag of een bewijs geleverd is redelijkerwijs geen meningsverschil kan bestaan en tenslotte indien het bewijs, naar het oordeel van de rechter beslist onvoldoende is om de uitspraak van de jury daarop te doen steunen.

45. Morris and Moritz, 401; Shartel and Plant, 129.

deskundigen die de tegenpartij in de procedure zou willen doen horen en tot de inhoud van hun verklaringen.⁴⁶

In de meeste staten bestaan wetten die de medicus een verschoningsrecht verlenen. Meestal is daarin uitdrukkelijk vermeld dat het niet geldt in malpractice procedures. De arts moet zowel in malpractice procedures als in andere omstandigheden spreken wanneer zijn patiënt hem dit toestaat.⁴⁷

Volgens de hoofdregel mag de jury niet concluderen dat een beroepsfout is gemaakt en dat daardoor schade is veroorzaakt, zonder dat daarover bewijs is geleverd door deskundigen, dat betekent door medici.⁴⁸ De beroepsbroeders van de gedaagde arts waren vaak trouw of bevreesd voor reacties van collega's.⁴⁹ In vele, ook flagrante gevallen kon geen veroordeling worden uitgesproken omdat het niet mogelijk bleek een verklaring van een arts te verkrijgen. De 'conspiracy of silence' beschermde de medici. De jurisprudentie heeft verschillende middelen gevonden om, mét handhaving in beginsel van de hoofdregel, die conspiracy toch te doorbreken. Zo is men medische vakliteratuur als bewijsmiddel gaan toelaten (naast de mondelinge deskundigenverklaringen). Vooral heeft grote invloed gehad de toepassing van de 'res ipsa loquitur'-doctrine. Volgens die leer is het niet nodig dat door medische deskundigen bewijs wordt geleverd, wanneer zelfs een leek kan zien dat een bepaald letsel zich bij een behoorlijke medische behandeling niet zou hebben voorgedaan. Bijvoorbeeld: bij een patiënte werd onder narcose een kies getrokken. Zij kwam bij en had een gebroken vinger. Geen normaal resultaat van een tandheelkundige behandeling vond de rechter. Andere voorbeelden: het in het lichaam achterlaten van voorwerpen bij een operatie; brandwonden tijdens narcose ontstaan aan een lichaamsdeel waaraan niet werd geopereerd; beschadigingen van gezonde organen; infecties door niet gesteriliseerde instrumenten. Bij het hanteren van de doctrine wordt terughoudendheid betracht. Het enkele feit dat een patiënt er na een behandeling slechter aan toe is dan daarvoor, of zelfs dat hij op de operatietafel is overleden, is niet voldoende voor toepassing van de leer. Ten aanzien van brandwonden na een röntgenbestraling wordt zij eerder toegepast wanneer bestraald werd voor diagnostische dan voor therapeutische doeleinden.

Een traditionele additionele voorwaarde voor toepassing van de doctrine is dat de gedaagde de enige was die toen het letsel veroorzaakt werd de patiënt onder controle had. Deze additionele voorwaarde heeft men in recente jurisprudentie laten vallen. Oorspronkelijk was in vrijwel alle staten het enige gevolg van de doctrine dat de jury en de rechter tot een veroordeling konden komen zonder medici als deskundigen te hebben gehoord. Ook daarin is verandering gekomen. Meer en meer wordt door de rechtspraak aanvaard dat een tweede gevolg is dat de

46. Freeman, 73; Morris and Moritz, 230. Freeman vermeldt dat in zekere staten een recente wetswijziging juist toestaat dat de eisende patiënt zijn deskundigen niet noemt. De bedoeling van de wijziging is te voorkomen dat op de deskundige medici vóór de procedure door collega's druk wordt uitgeoefend om hen van een verklaring af te houden.

47. Morris and Moritz, 272, 278 en 281-282.

48. Morris and Moritz, 402; Shartel and Plant, 130. Die medici moeten in beginsel praktiseren in een 'similar locality' als de gedaagde en tot hetzelfde specialisme behoren. Zie echter Freeman, 80. In enige uitspraken werd de deskundigenbewijs behoevende patiënt toegestaan de gedaagde arts niet slechts te horen als getuige (in de U.S.A. zijn ook partijen bekwaam te getuigen), maar zelfs als deskundige. Zie Averbach, 11; Freeman, 80.

49. Zie Brant, 155, die vermeldt dat staffuncties bij ziekenhuizen zijn beëindigd en verzekeringen zijn opgezegd omdat een arts een verklaring had afgelegd.

bewijslast wordt omgekeerd.⁵⁰

Op de verruiming van de bewijsmogelijkheden voor de patiënt is van medische zijde gereageerd. De wetgevers van vele staten hebben wetten gepasseerd die er op gericht zijn de jurisprudentiële ontwikkeling af te remmen. Wetten bijvoorbeeld, die de verslagen van 'tissue committees' tot 'privileged communications' hebben gemaakt en daarmee als bewijsmiddel hebben uitgesloten. Er zijn in verschillende staten wetsontwerpen aanhangig tot het buiten werking stellen van de *res ipsa loquitur*-leer in medische zaken.⁵¹

4. OORZAKEN VAN DE MALPRACTICE 'BOOM'

Het is te begrijpen dat in de analyses van de malpractice problematiek een groot aantal verschillende oorzaken naar voren wordt gehaald. Over het gewicht van die verschillende factoren zijn de diverse bij de kwestie betrokken groeperingen het niet erg eens. Toch noemt men vrij algemeen de volgende:

4.1. Allereerst, enerzijds, een grote stijging van de medische behoeften door de bevolkingsgroei en de grotere vraag per hoofd van de bevolking⁵², waartegenover, anderzijds, het aanbod is blijven steken door een tekort aan medici. De medici zelf heffen over dit tekort mismoedig de armen. Volgens sommige schrijvers is het ontstaan doordat de AMA in een bewuste politiek van decennia lang het aanbod krap en daarmee de verdiensten large heeft weten te houden.⁵³

4.2. Het Amerikaanse publiek is zich anders gaan opstellen tegenover de medische wetenschap vanwege de opzienbarende vooruitgang van die wetenschap en de grotere medische kennis die het publiek heeft verworven. Het kent de medische mogelijkheden beter en zal zich daarom minder gauw laten afschepen wanneer een

50. Zie over de *res ipsa loquitur*-leer en het gebruik daarvan als een 'deliberate instrument of policy to even the balance against the professional conspiracy of silence' (Prosser, geciteerd door Freeman, 85), Morris and Moritz, 403-407; Shartel and Plant, 134-144; Freeman, 83-85. De doctrine is behalve op de in de tekst genoemde wijzen, nog op andere manieren uitgerekt. In enige uitspraken is de leer toegepast ook wanneer eerst door deskundigen (en niet reeds door leken) kon worden vastgesteld dat het letsel zonder beroepsfout normaliter niet zou zijn toegebracht. Hier volgt een citaat (overgenomen van Shartel and Plant, 141) uit het standaardarrest (*Ybarra v. Spangard* (1944)) waarbij voor het eerst werd uitgemaakt dat de *res ipsa loquitur*-leer kan worden gehanteerd, ook wanneer de gedaagde niet als enige, maar samen met anderen, tijdens de behandeling controle over de patiënt uitoefende:

'... As pointed out above, if we accept the contention of defendants herein, there will rarely be any compensation for patients injured *while unconscious*. A hospital today conducts a highly integrated system of activities with many persons contributing their efforts... the number of those in whose care the patient is placed is not a good reason for denying him all reasonable opportunity to recover for negligent harm.

It is rather a good reason for reexamination of the statement of legal theories which supposedly compel such a shocking result... We merely hold that where a plaintiff receives unusual injuries while unconscious and in the course of medical treatment, all those defendants who had any control over his body or the instrumentality which might have caused the injuries may properly be called upon to meet the inference of negligence by giving an explanation of their conduct.'

51. Morris and Moritz, 357-360 en 454.

52. Vooral door de vorderingen van de medische wetenschap en door overheidsprogramma's (Medicaid en Medicare) die leiden tot een vraag om medische hulp door mensen die daaraan vroeger vanwege de kosten niet toekwamen.

53. Zie Harney in Senate Report, 36; Havighurst in Contemporary, 231 en Reuben Kessel, The AMA and the Supply of Physicians in Contemporary, 267-283, een zeer snijdend artikel.

fout is gemaakt. Daartegenover heeft het juist minder oog overgehouden voor de medische onmogelijkheden, voor de talloze onzekere factoren waarmee de arts heeft te kampen.

4.3. Het image van de arts is gedaald.⁵⁴ De patiënt heeft veel minder een persoonlijke relatie met zijn arts.⁵⁵ De tijd van de medische verzorging van de wieg tot het graf door dezelfde familielidokter is voorbij. Ziek zijn betekent steeds vaker behandeld worden door een keten min of meer onbekende specialisten. Huisbezoek wordt zeldzaam. Tegen iemand die men bewondert en waarmee men een sterke persoonlijke relatie heeft, zal men minder gauw procederen, dan tegen een weinig gerespecteerde vreemde.

4.4. Het Amerikaanse publiek is meer 'litigation happy' geworden. Het is minder geneigd een ondervonden nadeel te slikken en door te leven. Het wil steeds meer de gevolgen van het nadeel afwentelen op een ander: de Staat, een verzekeraar of een derde (bijvoorbeeld een arts). Men is meer dan vroeger bereid te procederen als de afwenteling niet direct lukt.⁵⁶

4.5. Een belangrijke factor is natuurlijk geweest de ontwikkeling van de rechtspraak die, zoals blijkt uit paragraaf 3, de patiënt een steeds sterkere bescherming heeft geboden.

4.6. Gewezen wordt verder op de publiciteit over opzienbarende malpractice procedures, die waarschijnlijk veel mensen op claimgedachten heeft gebracht die anders rustig zouden zijn gebleven (maar die anderzijds toch een waarschuwing voor veel artsen moet hebben betekend) en op een sterkere specialisatie in het medische aansprakelijkheidsrecht binnen de advocatuur, waardoor men meer uit een zaak weet te halen dan vroeger.⁵⁷

4.7. Amerikaanse artsen wijten het bestaan van de malpractice crisis grotendeels aan het mala fide malen van de gerechtelijke machinerie, aan de rechters, aan de jury's, maar vooral, aan de slechte praktijken van de advocaten. De advocaten zouden optreden als 'ambulance chasers' die op allerlei manieren proberen patiënten te overreden het niet perfecte resultaat van een behandeling toch vooral niet te nemen.⁵⁸

54. Crawford Morris, een bekend advocaat van artsen en ziekenhuizen, zegt hierover in het Senate Report, 447: 'It is common knowledge to-day that almost all doctors are making enormous amounts of money, refuse to make house calls, play golf on Wednesdays, drive expensive cars, own yachts, hunting lodges, and apartment houses. The doctor's image is sadly tarnished. Once thought of as 'the old country doctor driving through the rain all night to sit beside a sick patient', they are now thought of as 'super succesful business men.'

55. AMA volgens Senate Report, 3.

56. Morris, Bergen, Hospital Association en Aetna in Senate Report, 445, 497, 506, 1005, 1010. Men meent dat het proces te maken heeft met de vervanging van wat vroeger onomstotelijk de hoogste Amerikaanse deugd was: de individuele vrijheid door: de zorg van de sterkere voor de zwakkere.

57. Allen, Cudworth, Morris, Hospital Association en Subcommittee zelf in Senate Report, 1043, 1019, 445, 497, 1005, en 1; Rubsamen in AOA Report, 12.

58. Volgens Bernzweig in Senate Report, 16 is de conclusie van het enige onderzoek naar deze praktijken (verricht door de Californische Medical Association in 1958), dat slechts in zeer weinig gevallen advocaten hun cliënten tot procederen aanzetten.

De artsen fulmineren vooral tegen het 'contingent fee' systeem.⁵⁹ Daarbij declareert de advocaat niets als de zaak wordt verloren en een percentage van de opbrengst als de zaak wordt gewonnen. Pars quota litis dus. Omdat onder dit systeem de patiënt niets riskeert, zou het allerlei chicaneuze procedures in de hand werken. Volgens anderen⁶⁰ beschermt het contingent fee systeem de artsen juist beter tegen chicaneuze acties. Omdat de advocaat bij pars quota litis ook zijn eigen financiële belangen op het spel zet, zal hij op die basis een zeer zwakke zaak juist niet gauw aanvaarden. Het contingent fee systeem heeft zeker ten gevolge dat vele vorderingen worden doorgezet, die anders zouden blijven steken in de ontoereikende financiën van de patiënt, die het risico van de procedure niet aankan of aandurft — en in zoverre zal het systeem zeker een bijdrage hebben geleverd aan de groei van de aantallen procedures —, maar, die vorderingen zijn dan in het algemeen juist niet de 'frivolous claims', maar de sterke zaken. In redelijkheid kan toch geen bezwaar gemaakt worden dat die door de patiënten voor de rechter worden gebracht.⁶¹

4.8. Het merkwaardige en ook wel tragische is dat er neiging bij de Amerikaanse artsen bestaat de schuld voor de malpractice situatie niet gedeeltelijk, maar geheel en al, af te willen schuiven op de advocatuur, het gerechtelijk systeem en de publiciteitsmedia. Het blijkt daarom nogal eens nodig dat in rapporten⁶² de eenvoudige waarheid wordt verkondigd dat de, soms lang niet malse, fouten van medici zelf de hoofdoorzaak vormen van de malpractice claims en procedures. Zonder die fouten kan geen van de andere factoren een malpractice crisis creëren. Zonder die fouten kan de meest louché advocaat, de meest welwillende jury, iets beginnen. Er zijn echter geen aanwijzingen dat de groei van de claims in de laatste tijd mede is veroorzaakt door een sterke achteruitgang van de kwaliteit van de zorg.⁶³ Er worden meer fouten ontdekt en op meer daarvan wordt, met een grotere kans op succes, actie genomen.

59. AOA Report, 29; Morris in Senate Report, 445, 498; Bernzweig in Senate Report, 16; Subcommittee in Senate Report, 11; Duke, 941.

60. Zie Brant, 162; Subcommittee en Bernzweig in Senate Report, 11 en 16; AOA Report, 17 en 29. Bernzweig geeft wel toe dat 'contingent fee undoubtedly led to abuses in some cases'. Volgens Harney in Senate Report, 33, zijn er wel nogal wat 'unfounded claims', maar zegt hij, dat heeft als voornaamste oorzaak de onmogelijkheid voor de advocaten buiten een procedure (pretrial discovery inbegrepen) het bewijs in handen te krijgen en de sterkte van de zaak te schatten. Volgens het Subcommittee in Senate Report, 1: 'most claims proved justifiable'.

61. Het verwijt van artsenzijde is verder dat het percentage van de contingent fee veel te hoog is. (Volgens Morris in Senate Report, 498: 25 tot 50%.) Het honorarium in de gewonnen zaak is natuurlijk op zichzelf beschouwd meestal fantastisch hoog. Men moet niet vergeten dat daartegenover niet alleen de verloren zaken staan, waarin de advocaat jaren kan hebben geprocedeerd zonder beloning, maar ook vele zaken die min of meer langdurig zijn onderzocht en vervolgens te zwak bevonden, waarin evenmin een declaratie is verzonden. De advocaat Wolfstone vermeldt in AOA Report 17 dat zijn kantoor van elke twintig onderzochte zaken er gemiddeld maar één voldoende sterk vindt voor een actie. Na de pretrial discovery procedures zet men dan nog weer gemiddeld de helft van de zaken niet door omdat zij niet sterk genoeg blijken te zijn. Een bezwaar van het contingent fee systeem is, dunkt mij, wel dat het er toe kan leiden dat de eigen belangen van advocaten te zeer verweven worden met die van hun cliënten, zodat zij te agressief worden en de zaken minder goed objectief kunnen bekijken.

62. Senate Report, 1–2 en 5; AOA Report, 25–38.

63. Zie Bergen van de AMA in Senate Report, 506. Maar, voorzover de toename van de claims wordt geweten aan een tekort aan medici, is de implicatie natuurlijk dat de kwaliteit is gedaald. Zie Morris in Senate Report, 450: 'Attempts to mass produce patient care to meet our present "patient explosion" situation are bound to lower the quality of patient care — at least until the present short supply of all members of the patient care team is solved. Under such circumstances an increase in malpractice litigation must be expected.'

5. GEVOLGEN, 'DEFENSIVE MEDICINE' EN ANDERE

Wat zijn de gevolgen geweest van de grote toename van malpractice claims en procedures? Is het peil van de gezondheidszorg positief beïnvloed? Zijn artsen en ziekenhuizen uit vrees voor aansprakelijkheid beter gaan functioneren, of heeft de malpractice dreiging ook nadelige consequenties gehad? Men is het er wel over eens dat er zowel positieve als negatieve gevolgen te melden zijn. Over het positieve gevolg kan ik kort zijn. Dat is natuurlijk: betere zorg door artsen en ziekenhuizen. Bijvoorbeeld: het beter bijhouden van vakliteratuur; het minder verrichten van handelingen buiten eigen specialisme; zorgvuldiger selectie door het ziekenhuis van stafleden.⁶⁴ De negatieve gevolgen vereisen meer toelichting.

5.1. De belangrijkste negatieve gevolgen vat men gewoonlijk samen onder het hoofd 'defensive medicine'.⁶⁵ Daaronder begrijpt men in de eerste plaats 'positive defensive medicine': het verrichten van onderzoeken en tests, die de arts voor het heil van de patiënt niet nodig acht, maar die hij toch uitvoert en wel om zijn procesrisico's te verkleinen. (Let wel, *positive* defensive medicine moet dus *negatief* beoordeeld worden.) Bijvoorbeeld: het steeds maar weer verrichten van een volledig röntgenonderzoek, bloedonderzoek, urine-onderzoek. Door 'positive defensive medicine' wordt de kwaliteit van de zorg niet erg verlaagd.⁶⁶ Zij werkt voornamelijk kostenverhogend. Over de frequentie en de omvang van positive defensive medicine wordt verschillend gedacht.⁶⁷ Het is vaak erg moeilijk uit te maken waar het positieve effect, de betere zorg door de arts die zijn patiënt uiterst behoedzaam gaat behandelen, ophoudt en het negatieve effect, de positive defensive medicine, begint. Er wordt wel betoogd dat onnodige extra verrichtingen niet zozeer een gevolg zijn van de malpractice dreiging, maar vooral van de omstandigheid dat medici een vrijwel volledige vrijheid hebben de kosten te maken die zij willen maken. De kosten kunnen niet bewaakt worden door de patiënt. Zij worden zelfs niet bewaakt door de ziektekostenverzekeraars.⁶⁸

Ook onder defensive medicine valt een praktijk die ernstiger is: het nalaten van een behandeling waarvan de arts vindt dat zij in het belang van de patiënt wél zou moeten worden verricht. Aan de behandeling zijn zekere risico's verbonden, maar,

64. Morris, een bekend advocaat van artsen en ziekenhuizen is van mening dat een vergroting van de aansprakelijkheid van ziekenhuis door uitspraken als *Darling* (zie noot 38) een aanmerkelijke verhoging van de kwaliteit van de zorg oplevert, omdat zij moet leiden tot een vergroting van het toezicht van de directie van het ziekenhuis op de medische staf en daarmee tot een grote verbetering van de organisatie. Zie Senate Report, 439-442.

65. Zie hierover in het bijzonder: Duke.

66. Wél enigszins: de extra verrichtingen zelf en de daarmee gepaard gaande wachttijden leggen een extra beslag op de tijd van de patiënt; zij brengen op hun beurt onvermijdelijk zekere extra risico's mee.

67. In Duke, 957-959 komt men na een beoordeling van een enquête tot de conclusie dat positive defensive medicine niet zeer wijd verbreid is en niet te ernstig moet worden opgevat. Op grond van de resultaten van een in 1972 door de AMA gehouden enquête kan men concluderen dat de malpractice dreiging tot grotere behoedzaamheid en tot vele extra verrichtingen heeft geleid. (Bijvoorbeeld: ongeveer 80% van de huisartsen antwoordde dat de malpractice dreiging hen had gebracht tot extra verrichtingen.) Zie Schering, oktober 1972. De AMA enquête maakte echter, althans volgens de weergave in Schering, geen onderscheid tussen de kwaliteit van de zorg vergrotende extra verrichtingen en eigenlijk onnodige extra verrichtingen. (Pas in het laatste geval kan men spreken van de nu eenmaal negatief gekleurde 'positive defensive medicine').

68. Een conclusie van het onderzoek in Duke, 939 e.v., 957-959.

na afweging van voor- en nadelen vindt de arts dat het belang van de patiënt duidelijk meebrengt dat hij die neemt. De arts laat de behandeling dan toch achterwege uit vrees dat een risico zich realiseert dat hij op grond daarvan zal worden aangesproken.

Een goed voorbeeld is het dilemma waarin de anaesthesist 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 anaesthesist vreest daarvoor te worden aangesproken, doet hij er financieel gezien misschien beter aan niet te proberen de hartstilstand te verhelpen maar de patiënt rustig te laten doodgaan.⁶⁹ Deze praktijk, 'negative defensive medicine', is nadelig niet alleen voor de betrokken patiënt, maar ook voor de vooruitgang van de medische wetenschap. Men gaat zich conservatief opstellen. Van nieuwe en daardoor in de beginfase meer riskante methoden wordt afgezien.

5.2. Onder de negatieve gevolgen rangschikt men gewoonlijk ook de verhogingen van de verzekeringspremies⁷⁰, die toch maar weer op de patiënten worden afgewenteld, zodat zij er niet wijzer van zouden worden. Men verliest dan uit het oog dat de kostenstijging apart genomen wel een nadeel is, maar dat dit nadeel wordt gecompenseerd door het voordeel dat gelaedeerde patiënten méér ontvangen. Het lijkt op een door de patiënten gesloten verzekering: de doorsnee patiënt betaalt meer; wanneer een slachtoffer wordt gemaakt, blijft dat minder met lege handen staan.

De verhoging van de premies (en, in sommige gevallen de uitsluiting door de verzekeraar) heeft een aantal artsen er toe gebracht de praktijk op te geven.⁷¹ Men is geneigd dit aan te duiden als een negatieve consequentie. Het lijkt mij de vraag of men daarin gelijk heeft. Het zal immers vaak gaan om artsen die worden uitgesloten of waarvan de premie sterker wordt verhoogd dan die van collega's, en wel omdat zij voor de verzekeraars een extra hoog risico blijken te zijn, doordat tegen hen vaak malpractice claims werden toegewezen. Dit zijn waarschijnlijk dikwijls nu juist de artsen die geregeld onder het normale niveau werken zodat het voor het merendeel niet ernstig zou zijn wanneer het patiëntendom van hen wordt bevrijd. Men moet echter niet uit het oog verliezen dat het in zekere mate van geluk afhankelijk is of een arts al dan niet met één of meer malpractice claims wordt geconfronteerd. Ook goede artsen kunnen dus uit de praktijk worden geforceerd omdat zij een te groot risico blijken te vormen.

5.3. Gezegd wordt dat de vertrouwensrelatie arts-patiënt door de malpractice dreiging verslechtert doordat de arts in elke patiënt een mogelijke tegenstander gaat zien.⁷² Anderzijds wordt er onder invloed van die dreiging steeds weer op gehamerd de persoonlijke verhouding tot de patiënt te verbeteren.⁷³ Dat hameren zal toch wel een zekere positieve invloed hebben.

5.4. De malpractice dreiging betekent voor veel artsen werken onder stress. Voor artsen die in een malpractice procedure worden betrokken, kan de schade aan

69. Zie Morris and Moritz, 338.

70. Subcommittee in Senate Report, 9; AOA Report 5.

71. Subcommittee in Senate Report, 10; Bernzweig in AOA Report, 24.

72. Bernzweig in AOA Report, 24; Morris in Senate Report, 504.

73. Morris, bijv. in Senate Report, 498 en AOA Report, 16; Frankel, Medico-Legal Communication, Willamette, 222-223; Shick in AOA Report, 21.

status, inkomen en levensgeluk groot zijn, ook indien de vordering tenslotte wordt afgewezen.⁷⁴

Dat er zowel positieve als negatieve effecten zijn, daarover zijn de geleerden het wel eens. Wanneer men de balans opmaakt, overwegen dan de positieve, of overwegen de negatieve gevolgen? Het zal geen verbazing wekken dat ook daarover de meningen uiteenlopen.⁷⁵

6. OPLOSSINGEN

Het ligt voor de hand dat de Amerikanen er niet mee volstaan het malpractice drama gelaten aan te zien. De stroom van malpractice literatuur bevat tal van voorstellen tot ontknoping van dat drama. Sommige daarvan zijn revolutionair, andere bescheiden. Sommige pretenderen alleen zaligmakend te zijn, andere kunnen alleen in combinatie worden toegepast. Sommige zijn gericht op wijziging van het medische aansprakelijkheidsrecht, of verbetering van de procedure tot vaststelling van aansprakelijkheid, andere op voorkomen van aansprakelijkheid. Hieronder worden een aantal in de literatuur gesuggereerde methoden genoemd.

6.1. Opleiding; voorlichting medici, publiek en advocatuur

Men suggereert niet zozeer de kwaliteit van de medische opleiding aan de universiteit op te voeren. Men raadt de medical societies aan postdoctorale cursussen te organiseren opdat de medici zich meer aan permanente educatie kunnen overgeven.⁷⁶ De medical societies organiseren ook cursussen die direct gericht zijn op het voorkomen van malpractice-procedures: 'malpractice workshops'. Waarschuwingsbrieven met allerlei anti-malpractice hints worden rondgezonden door medical societies en verzekeraars. Korte anti-malpractice handleidingen zijn opgesteld.⁷⁷

Geleit wordt voor het voorkomen van overspannen verwachtingen bij het publiek door voorlichting over de onzekerheden waarmee de arts moet werken en de, ondanks de vooruitgang, toch beperkte mogelijkheden van de medische wetenschap. Men wil bij het publiek de boodschap overbrengen dat, wanneer men de medici al teveel op de nek gaat zitten, de kwaliteit van de gezondheidszorg wel eens zou kunnen verslechteren en de vooruitgang van de wetenschap wel eens tot staan

74. Zie Duke, 951–952 en Subcommittee in Senate Report, 13. Volgens Diane Shelby, *Contributory Negligence in Medical Malpractice*, 21 *Cleveland State Law Review*, 59 (1972) hebben onderzoeken uitgewezen dat de arts tegen wie een malpractice procedure is gevoerd geen verlies van enige betekenis lijdt aan status of inkomen.

75. Bernzweig (directeur malpractice afdeling Ministry of Health) in Senate Report, 18: 'The most effective mechanism for coercing compliance with customary standards of care is the threat of malpractice litigation which hangs over the head of every health professional'. In dezelfde zin: Harney in Senate Report, 37; enquêteresultaat opgenomen in Willamette, 206–208; James M. Brown, *Social Resource Allocation through Medical Malpractice*, Willamette 251–252. Daartegenover Morris in Senate Report, 504: 'On balance it is felt that the effect of such lawsuits is to be detrimental to good patient care.'

76. Zie bijv. Bernzweig en Harney in Senate Report, 18 en 36. Wél wordt gesuggereerd de capaciteit van de universiteiten te vergroten om het tekort aan medici op te heffen.

77. Zie de 'professional liability prophylaxis' en de 'professional liability vulnerability test' (ook afgedrukt in Schering, januari 1973) van Morris and Moritz, 478–482 en 487–489. Daarin valt de nadruk op het handhaven van een persoonlijke vertrouwensrelatie met de patiënt; het verkrijgen van een 'informed consent' en het goed bijhouden van de ziektestatussen.

zou kunnen worden gebracht. Het sterke antagonisme tussen medische stand en advocatuur zou verzacht kunnen worden door het kweken van meer wederzijds begrip over de doelstellingen en mogelijkheden van het recht en de advocatuur enerzijds en van de medische wetenschap en de arts, anderzijds.⁷⁸

6.2. Reorganisatie gezondheidszorg

In Amerika wordt niet alleen gesproken over een malpractice crisis. Beweerd wordt dat de hele gezondheidszorg in een crisissituatie verkeert. Men maakt zich zorgen over de buitensporige kostenstijgingen; gebrekkige organisatie; een onevenredige verdeling van de medische aandacht over de verschillende groepen van de bevolking en de verschillende gedeelten van het land.⁷⁹ Oplossing van de malpractice crisis is wellicht pas (goed) mogelijk wanneer de gezondheidszorgcrisis fundamenteel wordt aangepakt.⁸⁰

Het Kennedy-Griffiths plan voorziet in financiering van de gehele gezondheidszorg door een sociale verzekering. Daardoor zou de overheid een veel grotere invloed krijgen op de tarieven en daarmee op de kwaliteit van de zorg.⁸¹ Volgens andere reorganisatoren is het verkeerd het paardemiddel van de volledige overheidsinmenging toe te dienen. Zij verwachten juist verbetering van kwaliteit en kwantiteit van de gezondheidszorg door eerherstel op de gezondheidsmarkt voor het vrije marktmechanisme. Waar elders anti-trustregels misbruik van een economische machtspositie niet toelieten kon zulk een situatie op de gezondheidsmarkt wél voortbestaan. Die reorganisatoren willen daarom de gezondheidsmarkt bevrijden van een aantal monopolistische tendenzen door: 1) te zorgen dat de beroepsorganisatie, de AMA, de toelating tot de markt niet beheerst en daardoor tekorten kan creëren⁸²; 2) het verbod door de AMA van 'prepaid group practice', een verbod dat gebaseerd is op 'medisch ethische' gronden, te doorbreken⁸³; 3) de beslissing over de omvang en de kwaliteit van de diensten die de arts verleent zoveel mogelijk te leggen in de handen van de consument, de patiënt; 4) het 'licensure' systeem sterk

78. Zie het interessante tweeluik van de gebroeders Daniel J. Meador, dean van de Alabama law school en Clifton K. Meador, dean van de Alabama medical school: *The minds of the physician and the lawyer; A Comparison*, 22 *Alabama Law Review*, 493–512 (1970). Frankel besluit zijn artikel *Medico-Legal Communication* in *Willamette*, 193–223, met de volgende woorden: 'The key words for succesful resolution of the problems in the malpractice area are: education, co-operation, trust and communication'.

79. David Mechanic, *Problems in the Future Organization of Medical Practice*, *Contemporary*, 233; Judith R. Lave and Lester B. Lave, *Medical Care and Its Delivery: An Economic Appraisal*, *Contemporary*, 253: 'There is a pervasive feeling of imminent crisis with respect to the delivery of medical services in the United States'.

80. Volgens Milton I. Roemer, *Controlling and Promoting Quality in Medical Care*, *Contemporary*, 301–303, gaat het om de beantwoording van drie cardinale vragen: 1) hoeveel overheidsinmenging; 2) is het juist dat zeer goede, misschien overdreven, medische zorg wordt besteed aan enkelen terwijl daardoor velen het moeten doen met geen of zeer slechte zorg; 3) hoeveel van het nationaal inkomen wil men in de U.S.A. eigenlijk besteden aan medische zorg. Het percentage is nu al hoger dan in de Europese landen die een nationale gezondheidszorg kennen.

81. Havighurst in *Contemporary* 229–232 en diverse andere artikelen in *Contemporary*.

82. Voor de toelating tot de medische praktijk heeft men in Amerika nodig een artsdiploma, behaald aan een door de AMA goedgekeurde medische faculteit. Op die manier kon de AMA de aantallen artsen in de hand houden. Volgens Reuben A. Kessel, *The AMA and the Supply of Physicians*, *Contemporary*, 282 en anderen zou de voorwaarde dat de AMA de faculteit heeft goedgekeurd, moeten vervallen.

83. De AMA houdt op die gronden vast aan het 'fee for service' beloningssysteem, terwijl in 'prepaid group practice' juist goede resultaten zijn bereikt.

te beperken⁸⁴; 5) te doen toelaten dat gezondheidszorg verschaffende centra kunnen worden bestuurd door niet-medici en gedreven voor rekening van niet-medici waartegen nu, wederom op medisch-ethische gronden grote bezwaren bestaan⁸⁵; 6) het in veel ruimere mate delegeren van werk aan para-medici.

6.3. Foutencontrolemethoden⁸⁶; tuchtrecht

Door diverse methoden tot constatering van gemaakte beroepsfouten, zonder dat aan die vaststelling een civielrechtelijke (of straf- of tuchtrechtelijke) sanctie wordt verbonden, kan getracht worden in de toekomst malpractice te voorkomen. In veel ziekenhuizen bestaan 'tissue committees', commissies uit de medische staf die aan de hand van rapporten van de patholoog-anatoom onderzoeken of bij een operatie gezond weefsel is verwijderd en zo ja, of dit inderdaad zonder noodzaak is verricht. Dergelijke commissies kunnen een wijdere taak krijgen en worden tot 'malpractice review committees'. Vele plaatselijke medical societies en ziekenhuizen hebben klachtencommissies ingesteld voor patiënten.

Een controle door medici die buiten de gecontroleerde organisatie staan, is de 'medical audit'. De controle houdt doorgaans in een steekproefsgewijs onderzoek van de patiëntenkaarten. De opdracht gaat uit van het ziekenhuisbestuur. In New York kan de opdracht ook uitgaan van de overheid omdat de wetgeving in New York daarin voorziet. Ziekenhuizen kunnen de status van 'erkend ziekenhuis' verkrijgen door registratie bij de Joint Commission on Accreditation of Hospitals (JCAH).⁸⁷ Aan die registratie zit vast een geregelde controle door de JCAH. Door dit alles moet men de in het geheel niet geïnstitutionaliseerde natuurlijke controle door en kritiek van de collega's waarmee wordt samengewerkt, de wat men noemt 'peer review', niet geheel laten verdringen. Peer review is wellicht één van de meest soepele en effectieve interne foutencontrolemethoden.

Om de artspraktijk in een bepaalde staat te mogen uitoefenen, heeft de medicus een vergunning nodig, afgegeven door een overheidsinstantie van die staat (de 'State board of medical examiners'). Die vergunning kan weer definitief of tijdelijk ingetrokken worden indien de arts zich schuldig maakt aan 'unprofessional conduct' of 'personal or professional incapacity'. Daarnaast kennen de medical societies een intern tuchtrecht.⁸⁸ Een reële verbetering van de geneeskundige zorg – en daarmee een belangrijke bijdrage aan een oplossing van de malpractice crisis – schijnt men van deze sancties niet te moeten verwachten. De state board of medical examiners en de medical societies plegen pas in actie te komen wanneer een arts een

84. Nu heeft men voor alles en nog wat een 'licence' nodig in de gezondheidszorg. De gedachte is dat door dat vereiste onnodig heel wat geschikte mensen van zorgverlening worden afgehouden.

85. De handhaving door de medici op 'medisch ethische' gronden van hun economische machtspositie, heeft, aldus Havighurst, *Contemporary*, 232, geresulteerd in 'a system that is essentially unmanaged and disorganized, again with the consequence that it has failed massively to deliver needed care'.

86. Zie over dit onderwerp bijvoorbeeld Milton I. Roemer, *Controlling and Promoting Quality in Medical Care*, *Contemporary*, 294–298.

87. In het leven geroepen door het College of Surgeons, het American College of Physicians, de AMA en de American Hospital Association.

88. Morris and Moritz, 10–14 en 18–21. Voor de verkrijging van de vergunning is onder meer vereist een diploma van een erkende medische faculteit en het slagen voor een staatsexamen.

ernstig misdrijf heeft gepleegd of de wetgeving op verdovende middelen heeft overtreden.⁸⁹

6.4. Verzekering; *hospital accident insurance*

Er wordt wel gezegd dat een verbetering van de verzekeringssituatie de belangrijkste sleutel vormt tot oplossing van de malpractice problemen. De mogelijkheid tot het verkrijgen van een behoorlijke verzekering tegen een redelijke prijs wordt essentieel geacht. Als de particuliere verzekeraars daarvoor niet willen of kunnen zorgen, moet de overheid maar bijspringen als herverzekeraar of door zelf als verzekeraar op te treden.⁹⁰

Revolutionair zijn plannen (geponeerd in diverse varianten) tot invoering van een nieuwe verzekeringsvorm: 'hospital accident insurance'.⁹¹ Verzekerd zou worden het risico van achteruitgang van de gezondheidstoestand tengevolge van de behandeling in het ziekenhuis. Uitkering kan plaatsvinden zonder dat behoeft te worden uitgemaakt of het 'medisch ongeval' een beroepsfout oplevert of niet. De door de patiënt te ontvangen uitkering zou niet gelijk zijn aan zijn concrete schade, maar zou gefixeerd worden volgens een methode vergelijkbaar met de wijze van vaststelling van uitkeringen onder sociale verzekeringswetten, of op een andere manier.⁹² Hij die de verzekerde bedragen te laag vindt, kan deze verhogen door bijbetaling van premie.

Ehrenzweig zou ziekenhuizen wettelijk willen verplichten zulk een verzekering ten behoeve van de patiënten te sluiten. Op voorwaarde dat het ziekenhuis aan die verplichting voldoet, zou het van aansprakelijkheid bevrijd zijn, behalve ingeval van opzet of grove schuld. Er zou een waarborgfonds moeten komen voor het geval een ziekenhuis niet aan de verzekeringsplicht heeft voldaan. Volgens Morris and Moritz is het niet nodig aan invoering van de verzekering uitsluiting van aansprakelijkheid te koppelen. Zij willen de mogelijkheid van een actie niet uitsluiten, maar verwachten wel dat alleen een doodenkele patiënt nog tegen het ziekenhuis zal ageren wanneer hij al een verzekeringsuitkering heeft ontvangen.

De voordelen van vergoeding van schade door middel van de nieuwe verzekering boven schadevergoeding middels malpractice procedures zouden de volgende zijn. De stigmatiserende vaststelling van schuld kan vermeden worden en de vordering tot verkrijging van de uitkering wordt niet gericht tegen arts of ziekenhuis maar tegen de verzekeraar. Daarmee zou de druk van de malpractice dreiging voor arts en ziekenhuis verlicht worden. De procedure tot het verkrijgen van de uitkering zou eenvoudiger zijn. Vrijwaringsprocedures tussen arts(en) en ziekenhuis en hun diver-

89. Harney in Senate Report, 32 en 35; Subcommittee in Senate Report, 6.

90. Morris en Bergen in Senate Report, 490, 495 en 508. Volgens Morris in Senate Report, 504 dreigt door de verliezen van de verzekeraars het gevaar dat ook de goede artsen geen verzekering meer kunnen krijgen. Een hervorming op verzekeringsgebied zou men ook kunnen noemen een voorstel tot invoering van een directe actie tegen de aansprakelijkheidsverzekeraar. Dat zou het stigma voor de arts wiens fout in het geding is wat minder pijnlijk doen zijn.

91. Zie vooral Albert A. Ehrenzweig, Compulsory 'Hospital-Accident' Insurance: A Needed First Step towards the Displacement of Liability for 'Medical Malpractice', 31 The University of Chicago Law Review 279-291. Ehrenzweig heeft zich natuurlijk laten inspireren door plannen tot afschaffing van de civielrechtelijke aansprakelijkheid bij auto-ongevallen, waarover hijzelf overigens ook geschreven had. Zie verder Morris and Moritz, 456-467; Brant, 167; Frankel in Willamette, 221-222; Carlson in Contemporary, 861.

92. Ehrenzweig (zie noot 91), 285-288; Morris and Moritz, 457.

se verzekeraars zijn niet nodig. De aan het systeem verbonden uitkeringskosten zouden waarschijnlijk lager zijn dan de kosten van de malpractice procedures en van de aansprakelijkheidsverzekering. In het plan van Ehrenzweig is bovendien, enerzijds, de patiënt, vanwege het waarborgfonds, zeker dat hij vergoeding ontvangt, ook als het ziekenhuis niet solvabel is en worden, anderzijds, vergoedingen niet door welwillende jury's tot gigantische hoogte opgeschroefd.

Dit wenkend perspectief wordt bewolkt, naar anderen menen, door enige grote nadelen.⁹³ Het belangrijkste is dat de bepaling van het evenement dat tot uitkering zou moeten leiden, wel eens even moeilijk of moeilijker zou kunnen zijn dan constatering van een beroepsfout. Men zou immers moeten nagaan of tijdens de behandeling in het ziekenhuis de gezondheid van de patiënt is achteruit gegaan en zo ja, of dat dan het gevolg is van de constitutie van de patiënt zelf, of van de een of andere gebeurtenis in het ziekenhuis. Verder zou de ruime dekking die de nieuwe verzekering zou geven tot gevolg hebben dat de premies zeer hoog zouden moeten zijn.

6.5. Beperking en bemoeilijking van malpractice vorderingen

In paragraaf 3 wees ik er al op dat met wisselend succes vooral de medici er naar streven door wettelijke maatregelen (bijvoorbeeld tot uitsluiting van de res ipsa loquitur leer in medische zaken of tot beperking van aansprakelijkheid) malpractice vorderingen tegen te gaan.⁹⁴ Eén van die wetsvoorstellen strekt tot het verplichten van het deponeren door de eiser van een cautie voordat hij de procedure begint. Dat zou al te enthousiaste lichtzinnige eisers kunnen afschrikken.⁹⁵ Bij wijze van curiosum vermeld ik de 'malicious prosecution suit', die wordt aanbevolen tegen chicaneuze malpractice eisers.⁹⁶ Een gedaagde die een malpractice procedure heeft gewonnen kan daarmee de eiser te lijf gaan en schadevergoeding vorderen, maar, alleen als hij kan bewijzen dat de procedure van den beginne af kansloos was en de eiser daaraan slechts uit 'malicious motives' begon.

6.6. Screening panels en arbitrage

Ter vermijding van de vaak langdurige en kostbare gerechtelijke procedures, zijn op een aantal plaatsen screening panels en arbitrale colleges in het leven geroepen. Men kan drie typen onderscheiden:

6.6.1. Het bekendste voorbeeld van het eerste type is het Pima County plan⁹⁷, opgezet door de plaatselijke balie en de plaatselijke medical society. Een panel van

93. Don Harper Mills, *Many Roadblocks Seen in Path of a Workable No-Fault System*, Schering, juni 1972; Morris, Senate Report, 487.

94. Het is opvallend dat Morris, bekend advocaat van artsen en ziekenhuizen, in het Senate Report, 494-495, vertelt dat hij eerst zeer geijverd heeft voor invoering in Ohio van een wet die de aansprakelijkheid van ziekenhuizen behalve voor opzet en grove schuld zou uitsluiten, maar dat hij op dit standpunt later is teruggekomen. Hij voelt er bij nader inzien toch niet voor een bepaalde maatschappelijke groepering, wat zijn beroepsaansprakelijkheid betreft, in een bevoorrechte positie te plaatsen.

95. Morris and Moritz, 459; Brant, 165.

96. Allen P. Adler, 21 *Cleveland State Law Review*, 51 (1972) en Carl M. Kennedy, *Willamette*, 173.

97. Zie Morris and Moritz, 451-452.

maar liefst negen advocaten en negen artsen beoordeelt of een beroepsfout is begaan en of de patiënt daardoor schade heeft geleden. Bij bevestigende beantwoording van beide vragen zal de medical society er voor zorgen dat als de zaak niet op grond van de uitspraak van het panel kan worden geschikt, in de dan toch volgende gerechtelijke procedure de patiënt de beschikking krijgt over medische deskundigen die de beroepsfout en de causaliteit bevestigen. Bij een ontkennend antwoord op één van beide vragen mag de advocaat van de patiënt niet voor hem voortprocederen, 'unless personally satisfied that strong and overriding reasons compel such action . . .' Volgens een New Mexico variant van dit plan is ook de patiënt zelf aan een afwijzende uitspraak gebonden tenzij hij 'overriding reasons' heeft toch voort te procederen.

Over de Pima County en de New Mexico projecten bestaat grote tevredenheid. Dergelijke systemen zijn echter in andere plaatsen mislukt, óf omdat advocaten en artsen het niet eens konden worden over het procesreglement van het panel, óf omdat de artsen na enige tijd het gevoel kregen dat het systeem leidde tot eenrichtingverkeer omdat patiënten zich nimmer door een negatieve paneluitspraak van procederen lieten afschrikken.⁹⁸

6.6.2. Het tweede type panel is opgezet⁹⁹ door medical societies zonder medewerking van de balie. Het is gericht op bescherming van de medici en in het bijzonder op het voorkomen van 'nuisance settlements'. Het panel bestaat alleen uit medici, die tot taak hebben, nadat zij de arts en zijn advocaat hebben gehoord, de proceskansen van de arts te evalueren. Vindt het panel dat de zaak voor de patiënt kansloos is, dan mag de arts de zaak niet schikken.

6.6.3. Bij de instelling van arbitrale colleges aan de uitspraak waarvan partijen werkelijk gebonden zijn, is een grote moeilijkheid dat in Amerika het recht op een 'trial by jury' als een grondwettelijk recht wordt beschouwd waarvan men niet zonder meer afstand kan doen. Toch kunnen twee voorbeelden van succesvolle arbitragesystemen worden genoemd.¹⁰⁰ In Californië bestaat een beroemde grote groepspraktijk, Ross-Loos Medical Group die tegen een vast maandelijks bedrag aan de deelnemende families alle medische bijstand geeft, die zij nodig hebben. Het deelname reglement bevat een bindende arbitrageclausule.

Bij de totstandkoming van de arbitrageclausule die een aantal samenwerkende ziekenhuizen, eveneens in Californië, met hun patiënten plegen overeen te komen wordt meer omzichtigheid betracht om constitutionele problemen te voorkomen. Arbitrage kán bij de opname worden overeengekomen, maar een voorwaarde waar opname van afhangt, is zo'n overeenkomst niet. Er is een afkoelingsperiode. Nog dertig dagen na ontslag uit het ziekenhuis kan de patiënt, indien hij bij zijn opname met arbitrage heeft ingestemd, zich toch weer terugtrekken.¹⁰¹

98. Dit gebeurde in respectievelijk, Cleveland en Seattle. Zie Morris in Senate Report, 453 en 479. Verondersteld wordt dat het succes van Pima County en New Mexico vooral te danken is aan goede verhoudingen tussen balie en medical society in die niet al te grote gemeenschappen.

99. In onder meer Portland (Oregon), New Jersey en Cleveland. Zie Morris and Moritz, 452-454.

100. Morris and Moritz, 455-456.

101. In de Ross-Loos opzet acht men zulk een bijzondere omzichtigheid niet nodig omdat de deelnemer zich daar aan arbitrage onderwerpt op een moment dat hij geheel gezond is en niet staat onder de druk van de noodzaak van medische behandeling.

7. AANTALLEN CLAIMS EN FOUTEN

De indruk bestaat dat het hier zo'n Amerikaanse vaart niet loopt met de aantallen claims en de omvang daarvan. Die indruk wordt bevestigd wanneer men spreekt met de belangrijkste verzekeraars op dit gebied.¹⁰² Statistisch materiaal hebben ook zij niet voorhanden. Uit de door hen verschaft inlichtingen blijkt wel dat het getal van de Nederlandse claims, ook relatief gezien (dat wil zeggen, gelet op de verschillen in grootte van bevolking en aantallen medische verrichtingen), in geen verhouding staat tot de 6.000 à 10.000 claims per jaar waarover men spreekt in Amerika. De geclaimde bedragen gaan maar een heel enkele keer uit boven de f 100.000. De hoogten van de verzekeringspremies zeggen eigenlijk genoeg: het kost (voor een dekking tot f 250.000 per gebeurtenis) een huisarts f 80 à f 100 per jaar en een chirurg f 160 à f 200 per jaar. (Voor de andere specialismen liggen de bedragen tussen f 80 en f 200.) Ook de aantallen gepubliceerde uitspraken kunnen enige indruk geven. Michiels van Kessenich-Hoogendam telde (in 1970) de haar bekende beslissingen en kwam toen tot zeventien procedures in negentig jaar tegen artsen en dertien in vijftig jaar tegen ziekenhuizen.¹⁰³ De informaties van de verzekeraars wijzen wél uit dat de laatste jaren (bij de één meer; bij de ander minder), een duidelijke toename van de claims te constateren is.¹⁰⁴

Ook over de vraag hoe de claims verdeeld zijn over de diverse specialismen (huisartsgeneeskunde inbegrepen) en welke fouten het meest frequent onderwerp zijn van een procedure, bestaat geen statistisch materiaal. Een eerste indruk hierover geven de verzekeringspremies. De hoogst geklasseerden (chirurg; anaesthesist; gynaecoloog; neurochirurg; orthopaedist; röntgenoloog en uroloog) zullen wel kwetsbaarder zijn dan de laagst geklasseerden (huisarts; allergoloog; bacterioloog; revalidatiearts; reumatoloog). Men kan verder uit de tarieven afleiden dat bestralingen, in het bijzonder voor therapeutische doeleinden, een sterk risico vormen. De inlichtingen van de verzekeraars over hun claimervaringen bevestigen de indruk dat het grootste aantal van de vorderingen is gericht tegen chirurgen. Op de tweede plaats moet men waarschijnlijk stellen anaesthesisten en verpleegkundigen. Behalve op diverse technisch-chirurgische fouten worden claims nogal eens gebaseerd op verkeerde injecties en defecten van ziekenhuisapparatuur. In oudere jurisprudentie is het afgeven van verkeerde attesten een enigszins frequente aanleiding tot procedures; in de nieuwere jurisprudentie: verkeerde injecties.¹⁰⁵

102. Mijn dank aan de heren Hoogendijk en Fernhout (Ned. Unie voor Schadeverzekeraars); Rosenberg (Amev-Holland); Ubbink en Duffels (Delta Lloyd); Bijleveld en Bongers (Nationale-Nederlanden); Sterrenburg, Cramer, Dambrink en Kramer (S.V.A.A.).

103. Michiels, *Metamedica*, 355 en 359. De gepubliceerde uitspraken geven natuurlijk maar een zeer beperkte indruk. Slechts een klein percentage van de uitspraken wordt gepubliceerd. Schikkingen, even relevant voor de omvang van de problemen, blijven buiten beschouwing. De hoogte van de toegewezen bedragen wordt in veel gepubliceerde beslissingen niet vermeld.

104. *Krantenberichten* (onder meer *Telegraaf*, 15 maart 1973; *Volkskrant*, 21 maart 1973) meldden kort geleden dat een Eindhovens uroloog die verkeerd was behandeld door een chirurg geen genoeg nam met een door een arbitragecommissie toegewezen schadevergoeding van een miljoen gulden. Als dit geval niet op zichzelf blijft staan, hebben de problemen hiermee opeens veel grotere proporties aangenomen. Zie over de tendens tot toename ook Kool, 381 en Michiels, *Metamedica*, 355.

105. Zie overzichten bij Michiels, *Onrechtmatige Daad*, nrs. 37-49 en 220-222.

Het aantal claims en procedures is in Nederland veel kleiner dan in Amerika en Frankrijk. Niet zo lang geleden nam men veelal aan dat dit komt omdat het hoge peil van de Nederlandse medische verzorging in vergelijking met Amerika en Frankrijk weinig fouten oplevert.¹⁰⁶ Van de aantallen fouten weten wij weinig af. Natuurlijk, Smalhout heeft zijn tweehonderd doden op tafel gelegd, maar dat getal is weer snel van tafel geveegd.¹⁰⁷ Toch zegt de openbare charge door Smalhout wel iets. Ook als een tiende van het door hem genoemde dodental is gevallen door beroepsfouten en men ervan uitgaat dat de doden, naar men mag veronderstellen, niet meer dan het topje van de ijsberg van door beroepsfouten gelaedeerden vormen, is wel duidelijk dat alleen al de anaesthesisten, indien al hun beroepsfouten aan het licht zouden komen, meer claims zouden opleveren, dan thans per jaar bij de verzekeraars worden ingediend.

In het Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde van 13 juli 1963 wordt gerapporteerd dat uit een onderzoek van necrologierapporten over de heelkundige afdelingen van enige Haagse ziekenhuizen, bleek dat bij twintig procent van de overleden patiënten ernstige fouten waren gemaakt.¹⁰⁸

Deze enkele gegevens zeggen natuurlijk uiterst weinig. Zij indiceren wel dat zeer waarschijnlijk het aantal jaarlijkse beroepsfouten vele malen groter is dan het aantal claims dat jaarlijks bij de verzekeraars wordt ingediend.¹⁰⁹ Hiermee is niet in één adem geconcludeerd dat dit op zichzelf een schandelijke toestand is en dat de middelen tot aansprakelijkstelling rigoureuus moeten worden uitgebreid. Er moeten nu eenmaal overal in het maatschappelijk leven zekere rechtstekorten blijven hangen. Door te streven naar summum ius, door coûte que coûte elke beroepsfout te willen afstraffen, zou men waarschijnlijk noch de patiënten noch de artsen een dienst bewijzen. Wel moet de patiënt redelijke mogelijkheden hebben tot het ontdekken van beroepsfouten en het daarop actie voeren. Maar, daarover, en over de alternatieven naast de civielrechtelijke aansprakelijkheid, later.

8. STAAN DE AMERIKAANSE TOESTANDEN VOOR DE DEUR?

De vrees dat ook hier een Amerikanoïde malpractice situatie zal ontstaan, is, dacht ik, onder artsen vrij groot. De afkeer van die Amerikaanse toestanden is sterk. Het is misschien nuttig er op te wijzen dat er een aantal redenen is waarom de angst voor een snelle en ongebreidelde malpractice invasie niet zo sterk hoeft te zijn.

In Amerika wijt men de toename van de malpractice claims voor een deel aan

106. In die zin nog Berkhouwer, 10–11 en Wolfsbergen, WPNR 3654 en 3655. Vermeijden, Medisch Contact, 454 geeft deze opvatting weer en vraagt zich af of de moeilijkheid voor de patiënt fouten te ontdekken niet een factor van betekenis is.

107. Prof. dr. B. Smalhout, De dood op tafel (1972), 11: per jaar sterven in Nederland 200 patiënten als direct gevolg van anaesthesiefouten. Let wel, Smalhout heeft niet alleen het oog op beroepsfouten maar op alle iatrogene oorzaken. Kritiek op de cijfers van Smalhout in diverse artikelen in Medisch Contact van 15 en 22 december 1972 en 5 en 19 januari 1973. Minister Stuyt antwoordde op kamervragen, volgens NRC-Handelsblad van 10 februari 1973: de cijfers van Smalhout zijn niet reëel. Wel wordt door het bestuur van de Nederlandse Anaesthesistenvereniging toegegeven in Medisch Contact van 22 december 1972, dat de anaesthesie in Nederland het peil van de ons omringende landen niet heeft kunnen bijhouden.

108. Hoewel de qualificatie 'ernstige' wordt gebruikt, is waarschijnlijk toch slechts een gedeelte van deze iatrogene oorzaken te beschouwen als een beroepsfout die zou hebben geleid tot civielrechtelijke aansprakelijkheid.

109. Zij kunnen wellicht nog met enkele nadere gegevens worden aangevuld. Zie bijvoorbeeld diverse berichten over narcose-ongevallen in Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde (1969), 40–41 en 425.

een grote stijging van de medische behoeften, waarmee het aantal medici geen gelijke tred heeft gehouden. Ook hier zullen de medische behoeften, onder meer door de zelfs thans nog voortgaande groei van de bevolking, groter worden. Een vrij plotselinge sterke vergroting van de behoeften door de invoering van nieuwe sociale verzekeringswetten, waardoor nieuwe groepen van de bevolking toegang krijgen tot medische voorzieningen, zal zich hier waarschijnlijk niet meer voordoen – ook niet bij invoering van een volksverzekering voor ziektekosten –, omdat het huidige pakket al zoveel omvat. Een tekort aan medici wordt, meen ik, op enigszins langere termijn niet verwacht.

In Amerika schrijft men de toename van de claims mede toe aan het verlies aan een persoonlijke vertrouwensrelatie met de arts. Daar heeft de patiënt vaak geen vaste relatie met een huisarts, omdat de ‘family doctor’ in vele streken verdwenen is en omdat de Amerikaan minder honkvast is dan de Nederlander en vaker verhuist en daarmee wisselt van arts. In Nederland is, naar het lijkt, die persoonlijke verhouding met de huisarts en via hem met specialisten, sterker. Een grondige wijziging van deze toestand valt, meen ik, niet te verwachten.

Nederlanders zijn wel meer claim minded geworden dan vroeger. De Amerikaanse mentaliteit zullen wij toch niet spoedig verkrijgen.

Wij hebben betere sociale voorzieningen waardoor een groot deel van de schade door medische fouten kan worden opgevangen zonder dat de slachtoffers behoeven te procederen. Regres op medici door de sociale verzekeringsinstanties¹¹⁰ komt in de praktijk, naar ik meen, niet vaak voor.

Wij kennen niet en zullen niet spoedig kennen een jurisprudentie die enorme smartegeldbedragen toekent, ook voor zuiver geestelijk lijden.

Wij kennen geen jury’s, waarvan men zegt dat juist zij uit ongeremd en ongeschoold medelijden tot grote schadebedragen komen.

9. HET NEDERLANDSE MEDISCHE AANSPRAKELIJKHEIDSRECHT

9.1. Grondslag aansprakelijkheid

Medische aansprakelijkheid kan berusten op wanprestatie of onrechtmatige daad.¹¹¹ Een actie op grond van wanprestatie kan samenlopen met een vordering uit onrechtmatige daad.¹¹² Het maakt in het algemeen niet veel verschil of de actie wordt gebaseerd op wanprestatie of op onrechtmatige daad. De maatstaf van de aan te wenden zorg is dezelfde. Er is toch een aantal factoren die maken dat een bezonnen keuze gewenst is:

1. Het is onzeker of ook bij een actie op grond van wanprestatie smartegeld kan

110. Ziektewet, artikel 52a; Ziekenfondswet, artikel 83b en Wet Arbeidsongeschiktheidsverzekering, artikel 90, kennen zo’n verhaalsrecht. De Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten voorziet daarin niet.

111. Witteman, 8, acht hiernaast de rechtsgrond zaakwaarneming van betekenis, met name in de gevallen dat een actie uit onrechtmatige daad niet slagen kan. Volgens Michiels, *Metamedica*, 354 is zaakwaarneming van weinig gewicht omdat een niet behoorlijke waarneming meestal ook als een onrechtmatige daad kan worden opgevat.

112. Wanneer de handeling ook onafhankelijk van de tussen partijen bestaande verhouding een onrechtmatige daad oplevert. Ten aanzien van beroepsfouten van de arts wordt wel gesteld, en bestreden, dat in geval van wanprestatie steeds tevens sprake is van een onrechtmatige daad. Zie literatuur bij Michiels, *Onrechtmatige Daad*, nr. 34.

worden gevorderd.¹¹³

2. De vraag of aansprakelijkheid bestaat voor een fout van een ingeschakelde derde (ondergeschikte of hulpkracht) of een hulpmiddel, moet voor de actie uit contract soms anders beantwoord worden dan voor de actie uit onrechtmatige daad. Hierover uitvoeriger in paragraaf 9.5.

3. De voorzienbaarheid van de schade is bij onrechtmatige daad gekoppeld aan het moment van de verkeerde handeling; bij wanprestatie aan het moment van het sluiten van de overeenkomst. Het verschil is waarschijnlijk meer van theoretische dan van praktische betekenis. Het zal in het nieuwe B.W. verdwijnen.

4. Van even weinig praktisch belang lijkt het verschil in bewijslastregels. De eiser moet in een onrechtmatige daadsactie schuld bewijzen; in een actie uit overeenkomst vaak niet. Voorzover het, zoals in vrijwel alle medische zaken, gaat om inspanningsverbintenissen, is er geen verschil.¹¹⁴

5. Vroeger werd door de WA-polis zuiver contractuele aansprakelijkheid niet gedekt. Nu, door de moderne polissen, wel.

9.2. *Standaard van zorg*

Niet altijd als er iets mis loopt bij de behandeling is de arts aansprakelijk. Voor een goede beroepsuitoefening heeft hij een vrije beoordelingsmarge nodig, waarbinnen vergissingen of beoordelingsfouten kunnen worden gemaakt zonder dat aansprakelijkheid volgt. Een betrekkelijk nauwkeurige bepaling van de grenzen van die beoordelingsmarge, — waarmee dan tevens de standaard van de aan te wenden zorg wordt vastgesteld, — is van groot belang, doch verre van eenvoudig.

Een eerste grensbepaling vloeit voort uit het karakter van de verbintenissen die door de arts worden aangegaan. Algemeen wordt aanvaard dat verreweg de meeste verbintenissen van de arts niet resultaatsverbintenissen zijn, maar inspanningsverbintenissen.¹¹⁵ Ook als het resultaat slecht is heeft de arts die zich behoorlijk inspande in het algemeen de vereiste standaard van zorg gehaald en is niet aansprakelijk.

Deze vrije marge wordt echter weer beperkt doordat de inspanning van de arts niet subjectief wordt gemeten. Hij is niet — evenals de werknemers (art. 1639 B.W.), behalve de directeur (art. 47c K.) — reeds van aansprakelijkheid bevrijd indien hij zijn best heeft gedaan zo goed als hij persoonlijk kon. Zijn inspanning wordt

113. Zie de literatuur en rechtspraak pro en contra bij H. Drion c.s., *Onrechtmatige Daad III* (Herrmann), nr. 22. Onder de rechtspraak pro wordt geciteerd Hof Den Haag, 14 januari 1960, N.J. 1961, 79, het arrest waarbij ten gevolge op het röntgenarrest van de Hoge Raad, (H.R. 14 april 1950, N.J. 1951, 17 (nt. Ph.A.N.H.)) immateriële schade werd bepaald op f 60.000 en Hof Arnhem 5 december 1967, N.J. 1969, 501. Hieraan kan toegevoegd worden Ktg. Utrecht, 21 augustus 1972, N.J. 1973, 31, een zaak waarin smartegeld op grond van wanprestatie werd toegewezen hoewel niet eens van letsel of belediging of een andere aantasting van de persoonlijkheid sprake was. (Het ging om gederfde vakantievreugde.)

114. Zie over bewijslast en andere verschillen, in het bijzonder Michiels, *Verzekeringsarchief*, 133–136 en Hofmann-Drion-Wiersma, 188–190 (1959).

115. Maeijer, *Genesheerbundel*, 11 vraagt zich af of sommige verplichtingen, bijvoorbeeld van de röntgenoloog of protethische tandheelkundige, niet gericht zijn op een zeker resultaat. Michiels, *Verzekeringsarchief*, 135 noemt als voorbeeld van een resultaatsverbintenis van de arts: het ervoor instaan dat het bedoelde lichaamsdeel wordt behandeld. Zie ook Werkgroep *Gezondheidsrecht*, 84. Er is, meen ik, een zekere neiging het aantal resultaatsverbintenissen uit te breiden ten koste van de inspanningsverbintenissen. Aan die neiging zou ik niet erg toe willen geven. Voornaamste doel van de andere kwalificatie is, naar ik aanneem: versterking van de bewijspositie van de patiënt. Dit doel zou ik, zie 9.10, liever bereiken door middel van een verschuiving van de bewijslast. Dat middel is meer adequaat omdat het de arts de gelegenheid laat te weerleggen dat het slechte resultaat niet aan een gebrek aan zorg te wijten is.

objectief getoetst. De maatstaf is de zorg die een 'standaard-arts' van hetzelfde specialisme in de omstandigheden zou hebben gehad. De inspanningsverbintenissen van de arts zijn dus objectieve inspanningsverbintenissen.¹¹⁶ De arts moet er voor instaan dat de inspanning plaatsvindt op het niveau van de 'standaard-arts'.

Men is het er over eens dat de 'standaard-arts' noch de beste, noch de slechtste vakgenoot moet zijn. Als maatstaf noemt men: de 'redelijk bekwame geneesheer', de 'gemiddelde vakgenoot', de 'goede medicus' of een 'normaal bekwaam medicus'.¹¹⁷ Ik volg de voorstanders van de 'redelijk bekwame geneesheer'.¹¹⁸

De inspanning wordt wel weer in zoverre subjectief getoetst dat de zorg van de aangesproken arts wordt vergeleken met de zorg die de redelijk bekwame geneesheer zou hebben gehad *in dezelfde omstandigheden* waarin ook de aangesproken arts zich bevond. Aan een diagnose bij natriumlicht langs een verkeersweg bijvoorbeeld moeten dus lagere eisen worden gesteld dan aan een diagnose in de betrekkelijke rust binnen een ziekenhuis. Het gaat hier, Michiels¹¹⁹ heeft daar terecht op gewezen, om uiterlijke factoren. Zuiver in de persoon van de arts gelegen factoren, zoals echtelijke ruzies of oververmoeidheid, blijven dus in beginsel buiten beschouwing. Ook de zorg voor de patiënt die aan het einde van een buitengewoon lange en vermoeiende dag wordt behandeld, mag niet dalen beneden het niveau van de redelijk bekwame geneesheer. De arts die oververmoeid is geraakt of door andere persoonlijke omstandigheden niet meer in staat is behoorlijk werk te leveren, moet van behandeling afzien. Toch kan het zijn dat ook wanneer door oververmoeidheid of andere persoonlijke factoren, het vereiste niveau niet wordt gehaald, de arts niet aansprakelijk is, niet omdat de maatstaf aan die omstandigheden wordt aangepast, maar wegens afwezigheid van schuld, of overmacht. Wanneer de patiënt in een acute noodsituatie verkeert en wanneer een andere arts de behandeling niet kan overnemen, bijvoorbeeld doordat ter plaatse een tekort aan de betreffende specialisten bestaat, moet de oververmoeidheid wél in aanmerking worden genomen. De door oververmoeidheid falende arts wiens oververmoeidheid werd veroorzaakt door het op financiële of prestige-overwegingen aanhouden van een te grote praktijk blijft aansprakelijk.¹²⁰

Tot de uiterlijke omstandigheden waarmee rekening wordt gehouden, behoort de plaats waar de behandeling plaatsvindt: grote stad, dorp of platteland. De maatstaf van de aan te wenden zorg, de 'standaard-arts', blijft echter overal dezelfde. Op het platteland bijvoorbeeld is de maatstaf niet: 'de redelijk bekwame geneesheer te

116. Zie Hofmann-Van Opstall, 42-43 (1959).

117. Zie voor een overzicht Michiels, *Onrechtmatige Daad*, nr. 36.1.

118. Maeijer, *Geneesheerbundel*, 19 en Michiels, *Verzekeringsarchief*, 137. Zij achten het criterium de 'gemiddelde vakgenoot' te slap omdat zij het niet aanvaardbaar achten dat door een daling van het niveau van de gemiddelde zorg, de aansprakelijkheidsnormen worden verlicht. Toch zal men bij de beantwoording van de vraag of de maatstaf van de redelijk bekwame geneesheer is gehaald, meestal weinig anders kunnen doen dan vergelijken met vakgenoten en dan ongeveer terechtkomen bij wat de gemiddelde vakgenoot doet. Zelfs wanneer het algemene niveau van de zorg daalt, zal de rechter, naar mijn gevoel, niet licht de zorg van de gemiddelde vakgenoot onvoldoende achten. Zie echter noot 120.

119. *Verzekeringsarchief*, 147-148.

120. De anaesthesisten die thans vaak aan meer operaties tegelijk werken, hetgeen onjuist wordt geacht, (zie de literatuur vermeld in paragraaf 7, noot 107) moeten oppassen. Nu wordt waarschijnlijk een fout die door deze omstandigheden wordt veroorzaakt nog wel geëxcuseerd, óf omdat de maatstaf van de gemiddelde vakgenoot wordt gehanteerd, óf met een beroep op het tekort aan medici dat dan beschouwd wordt als een uiterlijke omstandigheid of als overmacht. Indien de anaesthesisten de situatie laten voortbestaan zonder maatregelen te nemen, kan dit misschien anders worden.

plattelande'.¹²¹ Wij kennen niet de Amerikaanse 'localities rule'.

Over bovenstaande begrenzings van de standaard van de zorg bestaat een redelijke communis opinio. Minder duidelijk is wat men aan moet met wat vaak genoemd worden 'geringe fouten'. Men zegt vaak dat de arts 'geringe fouten' moet mogen maken. Men is dan, allereerst, geneigd te zeggen dat ook de redelijk bekwame geneesheer wel eens wat onder zijn normale niveau werkt en dat het daarom onjuist zou zijn zo'n geringe fout, enigszins onder het gewone niveau, als een beroepsfout te kwalificeren. Dit is een denkfout omdat men in het oog moet houden dat *de* redelijk bekwame geneesheer een gefingeerde figuur is. Dat objectieve heerschap maakt nooit beroepsfouten. Zodra men toelaat dat een handeling onder zijn niveau toch geen beroepsfout is, heeft men hem als maatstaf uitgeschakeld. Een bepaald medicus kan in het algemeen *een* redelijk bekwaam, zelfs een uitstekend geneesheer zijn. Wanneer hij in een bepaald geval, misschien voor het eerst na tien jaar, heeft gewerkt onder het niveau van *de* redelijk bekwame geneesheer, maakt hij een beroepsfout. Het gaat niet aan hiertegen in te brengen dat de arts waarom het gaat in het algemeen zo uitstekend werkt. Het gaat bij de vaststelling van de civielrechtelijke aansprakelijkheid, anders dan bij strafrecht en tuchtrecht, niet zozeer om de beoordeling van de man maar om de handeling. Het zou dan ook niet juist zijn een slachtoffer van een beroepsfout zonder vergoeding te laten, alleen omdat de betrokken arts in het algemeen zulk goed werk levert. Het zou vooral erg verwarrend zijn om, wanneer men eenmaal de redelijk bekwame geneesheer als maatstaf heeft gekozen, hem toch direct weer los te laten door op een vage manier geringe afwijkingen van die maatstaf toe te staan.

Behalve op het vlak van de maatstaf van de aan te wenden zorg kan men, in de tweede plaats, de vrije beoordelingsmarge van de medicus verbreden en 'geringe fouten' in die marge opnemen. door de medicus niet al bij geringe schuld aansprakelijk te stellen, maar, pas wanneer een bijzondere schuldgraad is bereikt, een schuldgraad ergens tussen lichte en grove schuld in.¹²² De leer dat geringe schuld

121. Ook hierop wijst Michiels, Verzekeringsarchief, 147-148 terecht. Zie over de 'localities rule' hierboven paragraaf 3.1. Plaatselijke verschillen binnen Nederland zijn voor de maatstaf van de aan te wenden zorg irrelevant. Het lijkt mij wel dat men de maatstaf van de redelijk bekwame geneesheer moet beperken tot de redelijk bekwame geneesheer naar criteria van praktijkuitoefening in Nederland. Het niveau van de zorg in Duitsland, Italië, China of Amerika moet, dunkt mij, buiten beschouwing blijven. In zoverre zouden wij dus wel een 'localities rule' kennen. Volgens de in paragraaf 7, noot 104, vermelde kranteberichten waren Amerikaanse specialisten, van de Mayo kliniek, betrokken bij de zaak van de uroloog. Indien zij ook hebben vastgesteld of een beroepsfout werd gemaakt, dat wil zeggen of de Eindhovense chirurg al dan niet als een redelijk bekwaam geneesheer heeft gehandeld, is dat, naar mijn mening, onjuist.

122. Aldus waarschijnlijk Maeijer, Geneesheerbundel, 20 met een verwijzing naar de formule 'meconnaissance certaine' van het Franse Cour de Cassation en Noot, 95, waar hij spreekt over een verzachting voor de medicus van de gewone regels van aansprakelijkheid. (Maeijer bestreed de opvatting, dat hij in deze publikaties een bijzondere schuldgraad vereist, ter vergadering van de Vereniging voor Gezondheidsrecht van 23 maart 1973.) Zie verder Marlet, 12 en Meyers, WPNR, 3655. Marlet doet een beroep op het buschauffeursarrest (H.R. 26 juni 1959. N.J. 1959, 551.). Ook daar legde de Hoge Raad het risico van door de opdrachtgever (de werknemer) begane geringe fouten op de opdrachtgever (de werkgever). De vergelijking is weinig gelukkig. De verhouding arts-patiënt lijkt mij nogal evidente verschillen te vertonen met de relatie werkgever-werknemer. Wanneer men alleen naar de verzekering kijkt: de arts kan zich gemakkelijker voor zijn geringe fouten verzekeren (zijn verzekering omvat deze fouten automatisch wanneer zij tot civiele aansprakelijkheid leiden); de patiënt niet. De leer dat geringe schuld niet tot aansprakelijkheid moet leiden, de leer van de 'faute lourde', is afkomstig uit Frankrijk. Zie René Savatier c.s., *Traité de droit médical*, nrs. 309 en 312 (1956). Daar schijnt men haar weer te verlaten. Zie Michiels, Frans recht, 101. De leer wordt in Nederland bestreden door Wolfsbergen, WPNR, 3654 en Michiels, Verzekeringsarchief, 138-142.

niet voldoende is voor aansprakelijkheid, zou ik willen afwijzen. Het is, dunkt mij, noch verstandig, noch rechtvaardig om de arts – en voor de overige vrije beroepsbeoefenaren geldt hetzelfde – in een geprivilegieerde positie te plaatsen. Wanneer eenmaal aangenomen is dat de arts niet heeft voldaan aan de vereiste standaard van zorg, zou ik hem aansprakelijk willen achten op gelijke voet met de andere deelnemers aan het maatschappelijk verkeer. Een progressieve en initiatiefrijke geneeskunde wordt daardoor niet¹²³ belemmerd. Wanneer immers de medicus nieuwe wegen inslaat, geeft op die wegen de maatstaf van de redelijk bekwame geneesheer hem veel meer bewegingsvrijheid dan op de gebaande paden. Vanwege de geringe ervaring van de wetenschap op het nieuwe terrein, zal daar een verkeerde stap de medicus minder snel onder het niveau van de redelijk bekwame en zorgzame geneesheer doen belanden, dan op het oude bekende terrein. Evenmin mag men een verlichting van aansprakelijkheid bepleiten met een beroep op het algemeen belang dat door de medici gediend wordt. Op die grond zou men, naar mijn gevoel, eerder een verzwaaring dan een verlichting moeten voorstaan.¹²⁴

De slotsom over de begrenzing van de maatstaf van de zorg en de schuldgraad is interessant omdat zij eigenlijk niets bijzonders oplevert. Niet alleen is de schuldgraad de gewone. Ook de maatstaf van de zorg is de normale toets die gehanteerd wordt bij de beoordeling van objectieve inspanningsverbintenissen, niet alleen van de medicus, niet alleen van de andere vrije beroepsbeoefenaren, maar van elke vakman, of er nu een duurzame vertrouwensrelatie bestaat of niet. Ook de tuinman en de makelaar, de architect, de loodgieter en de detective, zullen, voorzover zij inspanningsverbintenissen zijn aangegaan, de zorg moeten aanwenden die de redelijk bekwame vakgenoot zou hebben aangewend.¹²⁵ De conclusie dat er met maatstaf van zorg en schuldgraad van de arts en de andere vrije beroepsbeoefenaren niets bijzonders aan de hand is (of hoort te zijn), is, geloof ik, verheugend. Een uitzonderingspositie voor de medische stand en de vrije beroepsbeoefenaren wekt wrevel bij de andere dienstverleners en het publiek in het algemeen. Het zou er bovendien toch inzitten dat zij vroeg of laat opgegeven zou moeten worden. Voor de vrije beroepsbeoefenaren zouden de tijdelijke voordelen van de privileges gecompenseerd worden door de nadelen van de onzekerheid en de onvrede die met de onontkoombare aftocht daarvan gepaard zouden gaan.

9.3. Toestemming en informatie

In Nederland bestaat niet, zoals in Amerika, een uitgebreide jurisprudentie en literatuur over dit onderwerp. Wél wordt aangenomen dat een behandeling in het algemeen niet geoorloofd is zonder toestemming, maar over de vraag hoe vaag of

123. Zoals Maeijer stelt: Noot 95. Zie ook Geneesheerbundel, 19.

124. Een bijkomend bezwaar tegen afwijking van de gewone schuldgraad is, dat daardoor het recht onzekerder wordt. Steeds weer zal het moeilijk zijn te bepalen welke schuldgraad, tussen het niveau van de lichte schuld en de grove schuld, dan wél voldoende is om aansprakelijkheid te aanvaarden.

125. Let wel, het feit dat de maatstaf steeds dezelfde is, betekent niet dat in de praktijk elk van deze beroepsbeoefenaren eenzelfde beoordelingsvrijheid heeft. Het ene beroep heeft te kampen met meer onzekerheden en dus meer keuzemogelijkheden dan het andere. De arts, die in het algemeen met grotere onzekerheden wordt geconfronteerd dan de architect of de tuinman, zal daarom, in het algemeen, een veel grotere beleidsvrijheid hebben. Dat, in de maatstaf van de zorg verdisconteerde verschil, is volstrekt redelijk. Belangrijk is dat de maatstaf zelf voor alle vaklieden gelijk is.

concreet die toestemming moet zijn en hoeveel informatie de arts bij het verkrijgen daarvan moet geven, wordt verschillend gedacht.¹²⁶ Ernstige moeilijkheden ontstaan wanneer de medicus een behandeling beslist noodzakelijk acht in het belang van de patiënt, maar deze toestemming weigert. Volgens Michiels¹²⁷ ontslaat een verbod van de patiënt de arts niet van de plicht tot een noodzakelijke behandeling; volgens anderen¹²⁸ moet de patiënt steeds een behandeling kunnen weigeren. Bij deze laatste opvatting sluit ik mij aan. Ik zie niet in dat iemand die de natuur zijn loop wil laten, tot het ondergaan van een medische behandeling geforceerd zou moeten worden. Met deze stellingname zijn de praktische problemen maar ten dele opgelost. Vaak zal onzeker blijven of een weigering moet worden geaccepteerd. Was de patiënt, toen hij weigerde in staat geldig zijn wil te bepalen? Was het werkelijk de bedoeling van de thans bewusteloze patiënt ook in de situatie waarin de arts hem nu aantreft, niet meer behandeld te worden?

Indien een geldige toestemming ontbreekt, komen, naar mijn mening, evenals in het Amerikaanse recht, (zie 3.2.) behalve de gevolgen van beroepsfouten ook de normale risico's van de behandeling voor rekening van de arts.¹²⁹ Zou men anders menen, dan zou het ontbreken van toestemming zonder civielrechtelijke sanctie blijven.¹³⁰

9.4. Verplichting tot hulpverlening; aanspraken door anderen dan patiënt

Het niet verschaffen van medische hulp aan iemand met wie de arts nog geen relatie is aangegaan, kan een onrechtmatige daad opleveren.¹³¹

Tegenover derden kan de arts aansprakelijk zijn, omdat zij nabestaanden zijn van de gelaedeerde patiënt en wel ex art. 1406 B.W.¹³² of omdat een derde schade lijdt door onvoldoende zorg van de arts zonder dat de patiënt zelf iets is overkomen.¹³³

126. Volgens Maeijer, Geneesheerbundel, 13–14 moet voorop staan dat de arts de patiënt in verstaanbare taal de essentiële feiten over de behandeling meedeelt. Een uitzondering kan slechts gemaakt worden indien de lichameelijke of geestelijke toestand van de patiënt informatie werkelijk niet gedooft. Evenzo Dr. mr. H. A. H. Van Till-d'Aulnis de Bourouill, Medisch-juridische aspecten van het einde van het menselijk leven, 37–38 (1970). Volgens Michiels, Verzekeringsarchief, 143 laat de patiënt het in het algemeen aan de arts over de juiste behandelingswijze te kiezen. Zie jurisprudentie bij Michiels, Onrechtmatige Daad, nr. 39a.

127. Verzekeringsarchief, 147.

128. Maeijer, Geneesheerbundel, 12; Van Till (zie noot 126), 38 en 47.

129. Misschien zou men dit kunnen afleiden uit het röntgenarrest (H.R. 14 april 1950, N.J. 1951, 17, nt. Ph.A.N.H.).

130. Volgens het Rapport Ziekenhuisraad, 28 zijn arts en ziekenhuis op grond van het behandelingscontract verplicht de patiënt direct te informeren wanneer fouten zijn gemaakt, maar is het niet nodig daarbij schuld te erkennen omdat daardoor de WA-dekking in gevaar zou worden gebracht. Michiels, Metamedica, 357–359 is van mening dat de zwijgplicht die de WA-polis meebrengt alleen wordt doorbroken indien geschreven wetsregels spreken gebieden, of indien informatie van de patiënt nodig is ter bescherming van zijn leven of gezondheid of ter voorkoming van grote financiële lasten of zakelijke problemen. Ik zou zeggen dat het bestaan van de verzekering geen invloed mag hebben op de omvang van de informatieverplichtingen die uit de relatie arts-patiënt voortvloeien.

131. Michiels, Onrechtmatige Daad, nr. 39 en Verzekeringsarchief, 132–133.

132. De vordering komt slechts toe aan de in dat artikel genoemde personen en is beperkt tot de daar genoemde schadeposten. Evenmin als in Amerika (zie 3.5.) kan smartegeld worden gevorderd.

133. Zie Hof Arnhem, 3 juni 1959, N.J. 1960, 188 (Schade door uit een inrichting ontsnapte verpleegde. Rechter toetst beslissing over verleende bewegingsvrijheid marginaal) en Rb. Utrecht, 12 april 1950, N.J. 1951, 278 (geen aansprakelijkheid blindeninrichting voor door blinde veroorzaakte schade.)

9.5. Aansprakelijkheid voor ingeschakelde personen

9.5.1. *uit contract.* Sommige schrijvers achten arts en ziekenhuis geheel aansprakelijk voor de door hen bij de uitvoering van de overeenkomst ingeschakelde hulpkrachten (Erfüllungsgehilfe).¹³⁴ Anderen zijn van mening dat de contractant zich voldoende van zijn taak heeft gekweten wanneer hij een hulpkracht van een behoorlijke kwaliteit heeft uitgezocht.¹³⁵ Michiels maakt ten aanzien van de arts onderscheid. Zij zou hem wél aansprakelijk willen stellen voor fouten van personen die hij zijn medische taak laat uitvoeren. Bij andere hulpkrachten zou zij van geval tot geval willen beslissen.¹³⁶

Ik kies voor een volledige aansprakelijkheid voor de fouten van alle door de contractant ingeschakelde personen. Het lijkt mij dat wanneer de patiënt gecontracteerd heeft ter verkrijging van een pakket medische verzorging en bij de uitvoering van dat contract door een hulpkracht een fout wordt gemaakt, hij door arts of ziekenhuis niet verwezen moet kunnen worden naar iemand die de patiënt misschien in het geheel niet kent, waarvan hij misschien niet eens wist dat hij ingeschakeld was, en waartegen hij een andere actie, niet uit wanprestatie, maar uit onrechtmatige daad zal moeten instellen. Het is veel beter de patiënt te laten ageren tegen de contractant en deze, zo hij wil, weer regres te doen nemen tegen de foute hulpkracht. Het is voor arts en ziekenhuis veel gemakkelijker tegen de hulpkracht op te treden dan voor de patiënt. De contractant wordt op deze wijze sterker gestimuleerd een goede hulpkracht uit te kiezen en diens handelen, voorzover dat mogelijk is, te controleren. De patiënt moet zich zoveel mogelijk tot één adres kunnen wenden. Een bijkomend voordeel is dat op deze manier discrepantie tussen aansprakelijkheid voor ondergeschikten en voor Erfüllungsgehilfe wordt vermeden. Tenslotte: de aansprakelijkheid voor de hulpkracht wordt door de verzekering gedekt.¹³⁷

Eerst in de gevallen waarin de arts derden heeft ingeschakeld, niet ter uitvoering van zijn overeenkomst, maar ter uitvoering van een door de derde zelf met de patiënt te sluiten overeenkomst, moet de patiënt die derde rechtstreeks aanspreken. Dit zijn de vaak voorkomende situaties waarin de arts slechts bemiddelt bij het totstandkomen van een relatie met de derde. Voorbeelden: de verwijzing naar de specialist, of, door middel van het recept, naar de apotheker; het laten opnemen in een ziekenhuis. Het onderscheid met de ingeschakelde hulpkracht-situatie kan subtiel zijn. Indien de huisarts een specialist in consult roept en de patiënt diens advies niet rechtstreeks, maar via de huisarts ontvangt; indien de apotheker de medicijnen aan de arts levert en de arts de medicijnen aan de patiënt toedient; indien het resultaat van het laboratoriumonderzoek aan de arts wordt toegezonden en door hem gebruikt bij de verdere behandeling, blijft hij tegenover de patiënt aansprakelijk.

134. Maeijer, Noot, 98 en Praeadvies, 878, ten aanzien van medici en Hoffman-Van Opstall, 108 (1959) en Asser-Rutten I, 265 e.v., in het algemeen.

135. Aldus, althans voor de aansprakelijkheid van het ziekenhuis voor ingeschakelde specialisten, Vermeijden, WPNR 160 en Van der Grinten in Geneesheerbundel, 51.

136. *Metamedica*, 362. Zij verwijst naar H. Drion in Hofmann-Drion-Wiersma, 260 (1959), die stelt dat bij resultaatsverbintenissen de contractant volledig aansprakelijk is voor fouten van hulpkrachten. Bij inspanningsverplichtingen vindt hij dit twijfelachtig. Hij zou bijvoorbeeld de arts niet aansprakelijk willen stellen voor fouten gemaakt bij een onderzoek van een ziek weefsel, dat hij door het ziekenhuis laat uitvoeren.

137. Met betrekking tot hulpkrachten bestaat er dus zowel uit contract als uit onrechtmatige daad een resultaatsverbintenis: de arts staat ervoor in dat de hulpkracht zich voldoende inspant.

Dit onderscheid bepaalt ook de aansprakelijkheid voor waarnemers.¹³⁸ Ik zou voor waarneming geen algemeen regel willen stellen. In het ene geval schakelt de arts een waarnemer in ter uitvoering van een door hem met zijn patiënten gesloten overeenkomst. Voorbeeld: een huisarts laat drie weken lang zijn praktijk waarnemen in zijn praktijkhuis, zonder dat aan de patiënten wordt aangekondigd dat Y de praktijk waarneemt.¹³⁹ In andere gevallen van waarneming bemiddelt de arts slechts door te zorgen dat in perioden waarin hij zelf geen praktijk uitoefent, de patiënt toch met derden kan contracteren. Voorbeelden: waarneming door collega's vanuit hun eigen praktijkhuis tijdens de weekends en waarneming door de 'doksters-telefoon'. Een twijfelgeval vind ik de waarneming in het praktijkhuis van X door Y, met mededeling aan de patiënten: Y neemt waar. Dan zal veel afhangen van de bewoordingen van de aankondiging¹⁴⁰ en van de periode van de waarneming.¹⁴¹ Veel belang zou ik dus willen hechten aan de omstandigheid of aan de patiënt een mededeling over waarneming wordt gedaan en aan de inhoud van die mededeling. (Vgl. Amerika, zie 3.6.) Indien een arts een patiënt verwijst naar een ander zonder diens naam te noemen en zonder te melden dat de collega de behandeling overneemt, loopt hij gevaar voor de daden van die ander aansprakelijk te worden gehouden, ook al is dat niet zijn bedoeling.

9.5.2. *uit onrechtmatige daad.* Uit onrechtmatige daad is de arts niet aansprakelijk voor allen die hem bijstaan bij de uitvoering van de overeenkomst, maar slechts voor ondergeschikten. Hier is de aansprakelijkheid in elk geval niet tot gevallen van culpa in eligendo beperkt. Het bestaan van een arbeidsovereenkomst brengt ondergeschiktheid mee. Ook zonder arbeidsovereenkomst kan er ondergeschiktheid zijn, bijvoorbeeld wanneer aan een arts een verpleegster of assistent is uitgeleend. Uit het Nuboer-arrest¹⁴² blijkt dat voor ondergeschiktheid niet voldoende is dat de werkzaamheden worden verricht volgens aanwijzingen en voorschriften van degene aan wie wordt uitgeleend. De uitgeleenden moeten ook werken *voor en ten behoeve van* de arts en deze moet hen voor die werkzaamheden gebruiken. In de Nuboer-situatie was dat niet het geval, omdat het Hof feitelijk had vastgesteld dat de uitgeleende operatiezuster in teamverband met Nuboer samenwerkte daar de operatie het 'hoogst verantwoordelijk werk was van alle te dezen samenwerkende deskundigen, ieder voor zijn eigen werk gequalificeerd;'.¹⁴²

Op de uitspraak van de Hoge Raad is niet iets aan te merken. De feitelijke vaststelling door het Hof wekt de indruk op gespannen voet te staan met de werkelijke verhoudingen binnen (academische) ziekenhuizen, zoals die door beschrijvingen van medici tot de buitenwereld doordringen. In elk geval is het

138. Vorstman, 165, acht de arts nimmer aansprakelijk voor een waarnemer. In dezelfde zin: Rb. Roermond 23 april 1970, N.J. 1970, 378. Volgens Berkhouwer, 98 en de minderheidsopvatting in de Werkgroep Gezondheidsrecht is de arts alleen aansprakelijk bij culpa in eligendo. De meerderheid van de werkgroep acht de arts in het algemeen steeds voor zijn waarnemer aansprakelijk. Zie Werkgroep Gezondheidsrecht, 89-90.

139. Ik ga er hier vanuit, evenals de meerderheid van de werkgroep dat tussen de huisarts en zijn patiënten een duurzame relatie bestaat. Zie Werkgroep Gezondheidsrecht, 87-88.

140. Bijvoorbeeld: enerzijds: 'Van . . . tot . . . oefen ik geen praktijk uit. Y zal dan praktijk houden aan mijn adres' en anderzijds: 'Van . . . tot . . . zal mijn praktijk worden uitgeoefend door Y'.

141. Hoe korter de periode hoe meer reden de waargenomene aansprakelijk te houden, omdat de praktijk dan meer blijft kleven aan de persoon van de waargenomene.

142. H.R. 31 mei 1968, N.J. 1968, 323. Zie over dit arrest vooral Maeijer, Noot en Vermeijden.

ongelukkig dat ten opzichte van degene die zich als leider van een team manifesteert ook de teamleden die hij instrueert niet de positie van ondergeschikten behoeven te hebben. Men kan zeggen dat de patiënte haar rechten toch veilig had kunnen stellen door ook het ziekenhuis aan te spreken. Achteraf bezien en met de kennis van het Nuboer-arrest inderdaad. Vooraf lag dat niet zo voor de hand.

9.6. Aansprakelijkheid voor zaken

Ook bij de standpuntbepaling over de contractuele aansprakelijkheid voor zaken die bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst worden gebruikt, heeft men de keuze uit twee mogelijkheden: 1) de arts is slechts aansprakelijk wanneer hij heeft gefaald bij de keuze of controle van het hulpmiddel; 2) hij staat in voor de deugdelijkheid van het serum dat hij toedient, de injectienaald en de andere zaken waarvan hij zich bedient.¹⁴³

Bij het bepalen van de keuze aarzel ik zeer. Enerzijds gelden ook hier de overwegingen die mij doen prefereren de arts te doen instaan voor de fouten van ingeschakelde personen (zie 9.5.1.). Hier geldt, meen ik, zelfs nog te meer dat de contractant tegenover de fabrikant in een sterkere positie verkeert, of zich kan stellen, dan de patiënt. Anderzijds kan de aansprakelijkheid zwaar wegen en zijn de mogelijkheden om de deugdelijkheid te testen vaak meer beperkt dan bij ingeschakelde personen. Toch zou ik ook hier willen kiezen voor het instaan.

9.7. Handelen in teamverband

Vanwege het Nuboer-arrest en de commentaren daarop en het preadvies van Maeijer, is veel aandacht besteed aan de problemen veroorzaakt door de moeilijkheid vast te stellen wie van de leden van een medisch team een fout heeft gemaakt. Zijn alle teamgenoten ondergeschikten van het ziekenhuis, of heeft de patiënt gecontracteerd met het ziekenhuis, dan zijn de problemen niet groot.¹⁴⁴ In andere gevallen ontstaan moeilijkheden. Hoofdelijke of gedeelde aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad door elk van de leden van het team voor een fout die door wie van hen ook is gemaakt, wordt niet aanvaard.¹⁴⁵

Ik vraag mij af of de problemen van het medisch team wel zo specifiek zijn. Men stelt bij de behandeling van de teamvraagstukken voorop dat wel vaststaat dat een beroepsfout is gemaakt, maar onzeker is door wie die fout is begaan.¹⁴⁶ Welnu, omdat het gros van de medische verplichtingen bestaat uit inspanningsverbintenissen zal deze vooropstelling slechts in zeer uitzonderlijke situaties reëel zijn. Men mag immers niet louter aan de hand van het verkeerde resultaat tot een beroepsfout

143. Volgens de jurisprudentie van de Hoge Raad hangt van de aard van de overeenkomst, de verkeersopvattingen en de redelijkheid af of de contractant voor de deugdelijkheid instaat. Zie H.R. 5 januari 1968, N.J. 1968, 102 en H.R. 13 december 1968, N.J. 1969, 174. Zie Michiels, *Metamedica*, 364. Zij verwijst naar de toelichting op art. 6.1.8.3. ontwerp B.W., waar bij wijze van voorbeeld vermeld wordt dat een arts niet aansprakelijk moet worden gehouden op de enkele grond dat een door de farmaceutische fabriek geleverd serum ondeugdelijk blijkt te zijn. Michiels zou de arts alleen in buitengewone omstandigheden voor de deugdelijkheid willen doen instaan.

144. Het ziekenhuis kan dan aangesproken worden. Zie Maeijer, *Preadvies*, 879 en Michiels, *Verzekeringsarchief*, 365. Zie echter noot 135.

145. Zie Maeijer, *Preadvies*, 880 en 883-884 en Michiels, *Verzekeringsarchief*, 367.

146. Maeijer, *Preadvies*, 878-879; Michiels, *Metamedica*, 365.

concluderen. Men moet weten of bij het totstand komen van dit resultaat onvoldoende inspanning is betracht. Het is exceptioneel dat men zou kunnen concluderen dat te weinig inspanning is betracht zonder dat tevens is uitgemaakt wie zich zo weinig heeft ingespannen.¹⁴⁷ De wezenlijke moeilijkheden voor een patiënt die wordt geconfronteerd met een medisch team zijn, naar mijn mening, niet specifiek¹⁴⁸ voor de medisch team-situatie, maar zijn van meer algemene aard: hoe bewijs ik in de huidige tijd dat (binnen een ziekenhuisorganisatie) beroepsfouten zijn gemaakt, en, wie moet ik daarvoor aanspreken? Deze moeilijkheden kan men verlichten door de bewijspositie van de patiënt te versterken (zie 9.10) en door een 'centrale actie' tegen het ziekenhuis toe te staan (zie 9.8).

9.8 Aansprakelijkheid van het ziekenhuis

Het ziekenhuis neemt tegenover de patiënt op zich hem te verzorgen en te verplegen. Voor een daarbij gepleegde wanprestatie of onrechtmatige daad door ondergeschikten, hulpkrachten of organen is het ziekenhuis steeds aansprakelijk. Daarnaast is het ziekenhuis betrokken bij de medische behandeling. Voor beroepsfouten bij die behandeling wordt het ziekenhuis niet steeds aansprakelijk geacht. Indien het opnamecontract mede betrekking heeft op de medische behandeling¹⁴⁹ neemt men in het algemeen aan dat het ziekenhuis aansprakelijk is voor de handelingen van de personen die het contract doet uitvoeren en voor ondergeschikten.¹⁵⁰

De moeilijkheden ontstaan in de arts-out situaties. Wie van de behandelende artsen moet de patiënt dan aanspreken? Volgens Maeijer¹⁵¹ heeft het ziekenhuis ook dan terzake van de medische behandeling zekere uit het opnamecontract voortvloeiende verplichtingen: het moet zorgen dat de diverse aansprakelijkheden binnen de ziekenhuisorganisatie voldoende worden afgebakend. Komt het die plicht niet na, dan is het aansprakelijk voor de schade die daarvan het gevolg is.

Vermeijden heeft op twee verschillende gronden geargumenteed dat het ziekenhuis voor de fouten van zelfstandige specialisten aansprakelijk kan worden gesteld.¹⁵² Ook anderen pleiten sterk voor een centrale actie tegen het ziekenhuis voor alle medische beroepsfouten, gepleegd binnen de muren van het ziekenhuis, dus ook voor die van de specialist die als arts-out in het ziekenhuis zelfstandig zijn

147. Let wel, zelfs op het eerste gezicht duidelijke feiten, zoals het achterlaten van een naald in de buikholte, doen nog niet vaststaan dat een beroepsfout is gemaakt. Het snel dichtmaken van de buikholte, zonder de checklijst van gebruikte voorwerpen te controleren kan geboden zijn om de patiënt te redden.

148. Het is opvallend dat in de uitgebreide Amerikaanse malpractice literatuur geen bijzondere aandacht wordt geschonken aan specifieke medisch-team-problemen. Blijkbaar gaat men er daar vanuit dat als alle feiten op tafel komen niet alleen blijkt of een fout is gemaakt, maar ook, wie die heeft begaan.

149. Men leidt dit veelal af uit de omstandigheid dat het ziekenhuis een all-in-tarief berekent. Zie Maeijer, Preadvies, 878; Michiels, Verzekeringsarchief, 364 en 365. Vermeijden, Ziekenhuisbundel, 51, geeft Maeijer in beginsel gelijk, maar vindt de consequenties voor de aansprakelijkheid, van verschillen in de tariefafpraak toch niet zo billijk omdat de patiënt zich deze verschillen niet realiseert.

150. Zie hierboven paragraaf 9.5. en de noten 135 en 144.

151. Preadvies, 881.

152. WPNR, nr. 5036, 167: 1) althans de hoogleraar-specialist is een orgaan van het ziekenhuis; 2) het ziekenhuis heeft een kwalitatieve verantwoordelijkheid. Onder invloed van de kritiek van Maeijer, Preadvies, 883, heeft Vermeijden in Ziekenhuisbundel, 53 de eerste stelling – en waarschijnlijk ook de tweede – laten vallen.

praktijk uitoefent.¹⁵³ Zoals in paragraaf 3.6. besproken kent de Amerikaanse jurisprudentie zulk een actie. Hier neemt men in de regel aan dat zij naar huidig recht niet mogelijk is.¹⁵⁴ Ik zou denken dat men, met behulp van de algemene beginselen van het contractenrecht, ook thans in verreweg de meeste gevallen er wel komt.

Mag een patiënt die in de huidige tijd in een ziekenhuis terecht komt, er niet op vertrouwen dat het ziekenhuis naast zijn verpleging en verzorging ook zijn hele medische behandeling op zich heeft genomen? Die schijn wordt, naar vele schrijvers betogen¹⁵⁵, gewekt. Die schijn kan en moet dan ook naar geldend recht¹⁵⁶ worden toegerekend aan het ziekenhuis en aldus, ook bij een ontbreken van de wil aan de kant van het ziekenhuis, een geldige toestemming teweegbrengen en een contractuele relatie in het leven roepen.^{157, 158}

Is het ziekenhuis dus, naar mijn mening, in het algemeen aansprakelijk op grond van de toerekenbare schijn, naar huidig recht heeft het wel de mogelijkheid die schijn te doorbreken. Maar, het zal daarin alleen slagen wanneer de in stukken geknipte relatie tussen patiënt enerzijds en ziekenhuis en specialisten (en wellicht anderen binnen de ziekenhuisorganisatie) anderzijds duidelijk is vastgelegd, samen met een patiënt die weet wat hij doet. Verder moet het ziekenhuis oppassen dat het het verhaalsrecht niet in de praktijk illusoir maakt. De afspraak zou dan kunnen strijden met de goede zeden.

9.9. Verpleegkundigen

De positie van de verpleegkundige is onzeker wat haar taak en bevoegdheden betreft. Dit heeft zijn weerslag op de civielrechtelijke aansprakelijkheid.¹⁵⁹ In Amerika heeft de verpleegkundige een professionele positie.¹⁶⁰ Niet duidelijk is of hier ook voor de verpleegkundige een dergelijke maatstaf zal moeten gelden als voor

153. Maeijer vooral, Preadvies 880–881 en 890; G. J. Scholten, N.J.B. 1970, 81; Michiels, *Metamedica*, 367.

154. Zie vooral Maeijer, Preadvies, 882 en 890 die daarom zou willen dat de wetgever zulk een actie introduceert.

155. Maeijer zelf, Preadvies, 874 en 880–881 ('De hier beschreven gevolgtrekking past in de ontwikkeling van het ziekenhuis . . . waarbij de patiënt . . . zichzelf alleen ziet als patiënt van het ziekenhuis in universele zin, en niet langer als verpleegde van het ziekenhuis als medisch hotel en als patiënt van één of meerdere artsen'); Witteman, 15; Van der Grinten, *Geneesheer-bundel*, 45 ('De patiënt wordt meer patiënt van het ziekenhuis dan patiënt van een bepaalde arts'); Vermeijden, WPNR 160. Vermeijden, *Ziekenhuisbundel*, 53 zou willen dat het ziekenhuis zich in het opnamecontract uitdrukkelijk aansprakelijk stelt voor alle beroepsfouten binnen de muren.

156. Zie bijvoorbeeld Asser-Rutten, *Overeenkomst en verbintenis uit de wet*, 67–68, 71 en 79 en de daar vermelde jurisprudentie. Zie art. 3.2.3. ontwerp B.W.: 'Tegen hem die een verklaring of een gedraging heeft opgevat in de zin waarin een redelijk oordelend mens haar onder de gegeven omstandigheden mocht opvatten, en voor wie het niet duidelijk kenbaar was dat een daarmee overeenstemmende wil ontbrak, kan geen beroep op gemis van die wil worden gedaan.'

157. Hiertegen Maeijer ter vergadering van de Vereniging voor Gezondheidsrecht van 23 maart 1973.

158. Bezwaren tegen zo'n actie zie ik niet. De aansprakelijkheid aan medische zijde wordt niet verzwaaard doch slechts verduidelijkt en gemakkelijker te realiseren. De claim wordt door de gebruikelijke verzekering van het ziekenhuis gedekt. Het ziekenhuis kan, zo het wil, regres nemen op de foute arts. Het staat in die actie heel wat sterker dan de patiënt tegenover de arts. Indien arts en ziekenhuis bij dezelfde verzekeraar zijn verzekerd (hetgeen sterk aanbevolen wordt door Michiels, *Metamedica*, 368–369) zijn de problemen helemaal beperkt.

159. Zie in het bijzonder het Advies Verpleegkundigen.

160. Shartel and Plant, 187.

de arts (de zorg van een redelijk bekwaam verpleegkundige in de omstandigheden), of dat de 'verlengde arm' theorie meebrengt dat zij op medisch gebied (in tegenstelling tot verplegend en verzorgend terrein) in het geheel geen zelfstandige verantwoordelijkheid en beleidsvrijheid heeft, zodat zij steeds wanneer zij een instructie niet stipt opvolgt, aansprakelijk is. Naar mijn gevoel zou de zelfstandige verantwoordelijkheid die in de praktijk nu eenmaal aan de verpleegkundige wordt gelaten¹⁶¹, mee moeten brengen dat ook voor haar de professionele maatstaf van zorg geldt. Civiele acties rechtstreeks tegen verpleegkundigen zijn overigens niet bekend.¹⁶² Natuurlijk zijn wel enige malen fouten van verpleegkundigen de grond geweest voor een procedure tegen een ziekenhuis.

9.10. Bewijs

9.10.1. *huidige situatie*. Herhaaldelijk wordt betoogd dat de bewijsrechtelijke positie van de patiënt niet rooskleurig is. Vooral van juridische zijde wordt kritiek uitgeoefend op een gebrek aan openheid, op een verborgen houden van fouten, waardoor het voor de patiënt lastig wordt aan zijn recht te komen.¹⁶³ Het is voor de Nederlandse patiënt heel wat moeilijker zijn bewijs rond te krijgen dan voor de Amerikaanse, die beschikt over de 'pretrial discovery', de uitsluiting van het verschoningsrecht, het recht overlegging van stukken te eisen, de mogelijkheid ook de gedaagde te horen en de omkering van de bewijslast in bepaalde gevallen. Zie hierboven 3.8.

Hier is 'pretrial discovery', behalve het voorlopig getuigenverhoor, niet mogelijk. Ook in de procedure wordt dwang tot het overleggen van stukken in de regel niet rechtstreeks, maar slechts via oplegging van de bewijslast uitgeoefend.¹⁶⁴ De patiënt kan met een beroep op een verschoningsrecht worden geconfronteerd. De patiënt kan de arts wel van zijn zwijgplicht ontslaan¹⁶⁵, volgens de heersende leer blijft het echter, ondanks het wegvallen van de zwijgplicht aan het oordeel van de arts voorbehouden al dan niet van zijn verschoningsrecht gebruik te maken.¹⁶⁶

161. Zie ook Maeijer in *Ziekenhuisbundel*, 27 die verwijst naar Hof Amsterdam 25 mei 1967, N.J. 1968, 258 AA XVIII, 85 e.v. (Van der Horst-arrest: toezicht op somnifeen-injecties door verpleegkundige hoort niet tot taak behandelend geneesheer.)

162. Zie Michiels, *Metamedica*, 360.

163. Prof. dr. J. F. Rang, *Schuld en verontschuldiging of schuld en boete?*, *Geneeskundige Gids*, 179 (1967); Vermeijden, *Medisch Contact*, 454; Witteman, 8; Maeijer en Van der Grinten, *Geneesheerbundel*, 21-22 en 52; Marlet, 41. Smalhout (zie noot 107) zegt dat de meeste beroepsfouten schuil gaan achter een rookgordijn van onvolledige en verwarde mededelingen. Het is de vraag of de kritiek ten aanzien van de individuele arts en het ziekenhuis gerechtvaardigd is. Is te verlangen dat zij vrijwillig door een grotere openheid het risico van een veel grotere aansprakelijkheid op zich nemen? Ik vrees dat die openheid slechts kan worden afgedwongen door medische organisaties, het publiek, de overheid en de rechter.

164. Zie echter Hof Den Haag, 27 december 1945, N.J. 1946, 429: overlegging van ziektegeschiedenis gelast. Medisch beroepsgeheim levert hiertegen geen bezwaar op, mits de patiënt de arts van zijn geheimhoudingsplicht ontslaat.

165. Indien de patiënt de arts aansprakelijk stelt, geeft hij, volgens Van Eck, *Geneesheerbundel*, 64-65, implicite toestemming zoveel aan de rechter te openbaren als nodig is om zich te verweren. Anders: Hazewinkel-Suringa, *De doolhof van het beroepsgeheim*, 140 (1959). Bedenk dat niet altijd de arts om wiens fout het gaat (en die toch onbekwaam is te getuigen) gedaagde is in de procedure. Die kan ook gericht zijn tegen het ziekenhuis. Verder kunnen ook de verklaringen van andere behandelende geneesheren dan van hem wiens fout in het geding is, van betekenis zijn.

166. H.R. 17 februari 1928, N.J. 1928, 727; Van Eck in *Geneesheerbundel*, 51; Hazewinkel-Suringa (zie noot 165), 145-152; Langemeijer, *Ontmoetingen tussen Themis en Aesculaap*, 12-13 (1956).

Van Eck¹⁶⁷ is van mening dat, bij wijze van uitzondering, de arts niet gebruik mag maken van zijn verschoningsrecht in procedures waarin de patiënt tegen arts of ziekenhuis ageert op grond van een beroepsfout. Het is te hopen dat deze opvatting school maakt. Bedenk dat het verschoningsrecht niet alleen toekomt aan de behandelend geneesheer zelf, maar ook aan hen die het 'secret partage' moeten bewaren: in het bijzonder: secretaresses, assistenten, co-assistenten. Daarnaast hebben diverse anderen in de gezondheidszorg een zelfstandig verschoningsrecht: verpleegkundigen, para-medici. Op deze wijze zou dus, als de exceptie Van Eck niet wordt geaccepteerd, door een wijde kring van personen het bewijs kunnen worden geblokkeerd.

Ondanks de moeilijke bewijspositie van de patiënt wordt vrijwel algemeen aanvaard dat de bewijslast rust op de patiënt.¹⁶⁸ Slechts bij wijze van uitzondering, in het bijzonder in enkele gevallen van resultaats-verbintenissen, laat men de bewijslast rusten op de arts.¹⁶⁹ De procesrechtelijke problemen van de patiënt worden verder vergroot doordat het de patiënt en zijn advocaat veel tijd, moeite en dus geld kost de gegevens te achterhalen en waarderen. Toevoeging geeft uitkomst ten aanzien van het honorarium van de advocaat, niet voor de kosten van in te schakelen deskundigen.

9.10.2. *verbetering*. Men kan denken aan de volgende methoden tot verbetering van de bewijspositie van de patiënt:

1. Een vergroting van de mogelijkheden tot het verkrijgen van bewijs. Men zou misschien kunnen handhaven dat de behandelingsovereenkomst meebrengt dat arts en ziekenhuis in het algemeen verplicht zijn op de patiënt betrekking hebbende stukken die te zijnen behoeve zijn opgesteld en door hem zijn gefinancierd, aan hem, of een door hem aangewezen arts, af te geven.

2. De verschoningsrecht-exceptie Van Eck zou algemeen aanvaard moeten worden, maar dan zonder de beperkende voorwaarde (zie noot 167).

3. Een zekere verschuiving van de bewijslast is een probaat en redelijk middel om

167. Van Eck, Geneesheerbundel, 66 en 72. Van Eck stelt wel de nogal beperkende voorwaarde dat de patiënt zijn posita alleen kan waarmaken door de verklaringen van degene die zich op het verschoningsrecht beroept. Van Eck citeert met instemming Rb. Assen 12 oktober 1954, N.J. 1955, 207 waarin medici in het vooruitzicht wordt gesteld dat een beroep op het verschoningsrecht niet zou worden toegestaan, waaraan de Rechtbank ietwat venijnig toevoegt dat het beroepsgeheim bestaat ter wille van de patiënt en niet om diens aanspraken te bemoeilijken.

168. Marlet, 41; Rang (zie noot 163), 180, die er niet voor voelt de bewijslast om te keren en wel omdat de rechter 'voldoende mogelijkheden heeft voor een rechtvaardige verdeling van de bewijslast'; Michiels, Verzekeringsarchief, 134. Verder implicite, Maeijer en Van der Grinten, Geneesheerbundel 22 en 52. Zie ook, bijvoorbeeld, het Hof in de Nuboer-zaak. Volgens Berkhouwer, 76-77 rust de bewijslast op de patiënt, maar moet zij soms op grond van billijkheid worden omgekeerd.

169. Wellicht zal soms, wanneer de patiënt stelt dat geen toestemming is verleend, de arts moeten bewijzen dat die wel is gegeven. Zie hierover Marlet, 45. Verder moet wellicht de arts die een attest heeft afgegeven aantonen dat aan de afgifte een voldoende onderzoek voorafging. Zie Michiels, Onrechtmatige Daad, nrs. 42-44. Zie voorts Hof Den Haag, 27 december 1945, N.J. 1946, 429: aan ziekenhuis en arts opgedragen door getuigen de rechter in te lichten over het ziekteproces en de gang van zaken tijdens de behandeling. Het Hof overwoog met nadruk dat de bewijslast geen betrekking had op processuele feiten waarop arts en ziekenhuis hun tegenspraak van de vordering deden steunen en met name niet op het negatieve feit dat zij geen verplichting hadden. Oplegging van de bewijslast diende slechts tot het verschaffen van gegevens die alleen arts en ziekenhuis konden geven. Volgens Hof Amsterdam, 11 januari 1933, N.J. 1933, 1291, leverde het enkele feit van het krijgen van een brandwond door een kruik, aangelegd door een verpleegster tijdens de narcose, schuld van het ziekenhuis op, tenzij het ziekenhuis overmacht bewijzen zou.

het processueel evenwicht tussen patiënt en arts, maar in het bijzonder dat tussen patiënt en ziekenhuis, te herstellen. Die bewijslast is voor het ziekenhuis heel wat lichter dan voor de patiënt. Het ziekenhuis kent zijn ingewikkelde organisatiestructuur. Het beschikt over de middelen in korte tijd te achterhalen waar en hoe iets mis is gegaan. Het heeft niet alleen de ziektegeschiedenissen¹⁷⁰, het kan ook direct alle betrokken artsen, verpleegkundigen en anderen doen horen. Het beschikt over de deskundigen, die de feiten die boven water komen, direct kunnen evalueren. De patiënt daarentegen beschikt niet over de feitelijke medische gegevens. Hij kan die niet gemakkelijk te pakken krijgen. Als hij ze in handen heeft, heeft hij een deskundige nodig om ze te beoordelen. In veel gevallen is het buitengewoon lastig een deskundige te pakken te krijgen die zijn vinger op een fout wil leggen, en dat ook nog tegenover collega's en de rechter wil verklaren.

Het is te simpel om te volstaan met de mededeling dat de bewijslast moet worden omgekeerd. De patiënt zal in elk geval nog wel iets moeten stellen en bewijzen. Als hij zich op een overeenkomst beroept, zal hij bestaan en inhoud daarvan moeten waarmaken. Hij zal verder, naar mijn mening, moeten stellen en bewijzen dat zijn constitutie tijdens de behandeling door de gedaagde (of iemand voor wie de gedaagde aansprakelijk is) is achteruitgegaan. Ook de omvang van de schade zal de patiënt moeten aantonen. Door de verschuiving van de bewijslast moet aan de patiënt slechts verlichting worden geboden bij het opsporen van de oorzaak van de achteruitgang en bij het waarderen van die oorzaak.

Bij die aldus beperkte bewijslastverschuiving kan men dan nog weer verder, of minder ver gaan. Men kan, in de eerste plaats, nadat de patiënt de achteruitgang heeft bewezen, de bewijslast dat geen beroepsfout is gemaakt verder helemaal doen rusten op het ziekenhuis. Men kan, in de tweede plaats, de patiënt een zekere prima facie bewijslast doen behouden. Men kan, in de derde plaats, aansluiting zoeken bij een bewijslastformule uit het vervoersrecht¹⁷¹: indien de patiënt bewijst dat het slechte resultaat kán zijn ontstaan door een beroepsfout, wordt aangenomen dat een beroepsfout inderdaad is gepleegd, totdat gedaagde bewijst dat geen beroepsfout in het spel was. Men kan tenslotte, geïnspireerd door de Amerikaanse jurisprudentie, de bewijslastverschuiving beperken tot een bepaalde categorie, de *res ipsa loquitur* situaties (zie hierboven 3.8.) maar dan zonder de Amerikaanse verfijningen. De eerste variant lijkt mij het meest aantrekkelijk. De vierde is, dunkt mij, te beperkt. De tweede en de derde zijn genuanceerd, maar maken de bewijslastproblematiek ingewikkeld.

De jurisprudentie en de literatuur over de bewijslast bieden voldoende aanknopingspunten voor een verschuiving daarvan zoals hier voorgestaan.¹⁷²

De verschuiving van de bewijslast, in welke vorm dan ook, zou de processuele

170. Het feit dat vaak door de medische staf gesteld wordt dat de directie op de ziektegeschiedenissen geen recht heeft, doet hieraan niet af. De patiënt mag van zo'n intern conflict binnen de ziekenhuisorganisatie niet de dupe worden.

171. Algemeen Reglement Vervoer, art. 75.2.; Convention internationale concernant le transport des marchandises par chemins de fer (C.I.M.), art. 28.2.

172. Verburgh, De bewijslastverdeling in de zestiger jaren (1970), komt na een analyse van de jurisprudentie van de Hoge Raad tot de conclusie dat de Hoge Raad de bewijslastproblemen oplost niet door middel van een algemene formule, maar door het geven van concrete deelregels. In medische zaken zou de deelregel kunnen luiden zoals door mij voorgestaan. Maar ook met behulp van een algemeen leidend beginsel (de billijkheid, zie Asser-Anema-Verdam, 83-86 (1953) of de formule van het ontwerp bewijsrecht 1969) zou men tot hetzelfde resultaat kunnen komen.

verhouding tussen partijen verbeteren. Er zijn bijkomende voordelen. Het gevolg zal zijn dat ziekenhuizen ertoe gebracht worden medische gegevens beter vast te leggen en, wanneer zich een medisch ongeval heeft voorgedaan, het bewijs niet te verbergen, maar juist direct diligent te verzamelen. Het gevolg kan zijn een grote besparing in tijd, kosten en ergernis aan beide zijden. Het langzaam stukje bij beetje verzamelen van het bewijs aan de kant van de patiënt; het taai verdedigen van de stellingen aan de kant van de gedaagde; de lange duur van de procedure, dit alles wordt zeker niet vermeden, maar, naar mijn gevoel, toch aanzienlijk beperkt doordat de partij die de bewijsmogelijkheden heeft er van meet af aan belang bij krijgt, zo snel mogelijk gegevens te verzamelen en op tafel te leggen.

Het doel van de verschuiving van de bewijslast is niet zozeer het verzwaren van aansprakelijkheid maar het tweewegbrengen dat naar het materiële recht gerechtvaardigde claims ook processueel waargemaakt kunnen worden. Inderdaad zal in de enkele gevallen dat ook nadat arts en ziekenhuis een volledig onderzoek hebben ingesteld, in het duister blijft of al dan niet een beroepsfout is gemaakt, wél een verzwaring het gevolg zijn omdat de gedaagde met het bewijsrisico blijft zitten. Dat lijkt mij geen bezwaar.¹⁷³

9.11. Risico-aanvaarding; exoneratie

Door toe te stemmen in een behandeling na ontvangst van de juiste hoeveelheid informatie aanvaardt de patiënt de normale risico's van die behandeling. Risico's die tegenover de van de behandeling te verwachten voordelen onevenredig groot zijn, kan de patiënt niet aanvaarden.¹⁷⁴

Is exoneratie geoorloofd en zo ja, in hoeverre? Maeijer acht, met een beroep op het röntgenarrest, uitsluiting van aansprakelijkheid geheel ongeoorloofd. Daartegen Witteman die erop wijst dat het in dat arrest ging om *ernstige* fouten.¹⁷⁵ Ik meen dat een clause tot uitsluiting van aansprakelijkheid voor geringe fouten en tot beperking van aansprakelijkheid tot een bepaald bedrag (bijvoorbeeld tot het bedrag waarvoor arts of ziekenhuis per evenement verzekerd is) waarschijnlijk door de rechter wel geaccepteerd zou worden. Toch moet men ook van zulke, naar de inhoud beperkte exoneratieclausules niet teveel verwachten omdat zij in beginsel ook gezien de wijze van totstandkoming en de onderlinge verhouding tussen partijen kunnen worden aangetast.¹⁷⁶ Patiënten verkeren in het bijzonder bij de opname in een ziekenhuis vaak in een hulpeloze en vrijwel steeds in een afhankelijke positie. Zij zijn voor behandeling op het ziekenhuis aangewezen.

9.12. Arbitrage

De arbitrage en het bindend advies zijn in de medische wereld zeker niet onbe-

173. De situatie zal zich, zoals gezegd, slechts in enkele gevallen voordoen. In het merendeel van die enkele gevallen kan men zich waarschijnlijk afvragen of het feit dat de waarheid niet meer te achterhalen is niet veroorzaakt is door een gebrek in organisatie van het ziekenhuis of de arts. Verzekering dekt het risico.

174. Zie Michiels, Verzekeringsarchief, 144 en Marlet, 49-53.

175. Maeijer, Geneesheerbundel, 15 en Witteman, 16-17.

176. H.R. 19 mei 1967, N.J. 1967, 261, AA XVI, 214 (Saladin/H.B.U.).

kend.¹⁷⁷ Maar indien toegepast, gaat het dan toch, naar ik meen, vooral om geschillen tussen de insiders – tussen artsen en ziekenhuizen onderling –. Geschillen met patiënten over de beroepsaansprakelijkheid worden in de regel aan het oordeel van de gewone rechter onderworpen. Moet men nu in Nederland, evenals in Amerika, trachten in ruimere mate arbiters bij geschillenbeslechting in te schakelen? In elk geval zou men, dunkt mij, moeten kiezen voor werkelijke arbitrage en niet voor de screening panels van Amerikaans model (zie 6.6.) die wel als een zeef fungeren, maar geen definitieve beslissing brengen.

Aan arbitrage zouden vooral voordelen verbonden zijn indien een vast gespecialiseerd arbitraal college, à la de Raad van Arbitrage voor de Bouwbedrijven, zou worden ingesteld. Dat college zou een betere ervaring in medische zaken krijgen dan thans de beroepsrechter, die alleen te hooi en te gras met de problematiek in aanraking komt. Zo zou ook een broodnodige consistente jurisprudentie kunnen worden opgebouwd. De aanwezigheid van medici in het college kan een juiste waardering van de medische feiten bevorderen. Dat is speciaal van betekenis voor een oordeel over wat 'de redelijk bekwame geneesheer' in de omstandigheden zou hebben gedaan. Die aanwezigheid zou ook de bewijsproblemen voor de patiënt kunnen verkleinen. Aan medische kant kan men een voordeel achten dat de zaak niet in het openbaar wordt berecht. Dit zou de bereidheid gegevens op tafel te leggen kunnen vergroten. Een additioneel voordeel zou kunnen zijn dat door de gezamenlijke berechting door medici en juristen tezamen, antagonisme kan worden bestreden en wederzijds begrip over de beroepsaansprakelijkheidsproblemen kan worden vergroot.

Zulk een arbitrage heeft ook nadelen. De beroepsrechter geeft in het algemeen een grotere waarborg voor een onafhankelijke beslissing. Het gevaar van minder goed gefundeerde en wel overwogen beslissingen wordt door de uitsluiting van appel, die met de arbitrale berechting gepaard gaat, vergroot.¹⁷⁸ De uitschakeling van de cassatie-rechter kan voor de rechtsvorming een nadelige invloed hebben.

Het college zou moeten worden gevormd door juristen en medici, maar niet op paritaire basis. De juristen zouden de overhand moeten hebben. Zij hebben nu eenmaal meer kaas gegeten van geschillenbeslechting dan medici.¹⁷⁹ Het zou goed zijn wanneer het arbitraal college, zeker de eerste tijd van zijn eventueel bestaan, zijn beslissingen in zeer ruime mate (misschien zelfs allemaal) zou publiceren. Zo alleen wordt richting gegeven aan het medische aansprakelijkheidsrecht. Zo alleen is te zien of arbiters hun onafhankelijkheid voldoende bewaren.¹⁸⁰

Het instellen van zo'n arbitraal college zou men kunnen overwegen. Opname van een arbitraal beding in de behandelingsovereenkomst of in de ziekenhuisvoorwaarden zou, in eerste instantie, niet gewenst zijn. Men moet eerst maar eens zien hoe

177. Denk vooral aan de geschillenrechtspraak van de KNMG. Vgl. Regl. Med. Tuchtr., 3^e Afd.

178. Het is een bekende processuele ervaring dat vaak eerst in appel de belangrijkste problemen tot hun recht komen.

179. Door een medische meerderheid zou ook de indruk op het publiek worden verzwakt en de kans op succes van het arbitraal college worden verkleind. Men zou kunnen denken aan drie juristen en twee medici. Het is denkbaar dat de medische leden wisselen, zó dat hun specialisme overeenkomt met dat van de arts wiens fout in het geding is. Het is denkbaar dat, indien het gaat om fouten van verpleegkundigen (of andere para-medici) de medici worden vervangen door verpleegkundigen.

180. Er bestaat een zeker gevaar dat ook de juristen in het college, waarvan de onafhankelijkheid niet door de waarborgen van de beroepsrechter wordt beschermd, te zeer solidair worden met de medici en hun moeilijkheden te goed gaan begrijpen.

het gaat. Laat partijen voorlopig maar pas wanneer een geschil is gerezen beslissen of zij het aan de arbitrage wensen te onderwerpen.

9.13. Verzekering

9.13.1. *behoorlijke dekking*. Het zal thans wel buiten kijf zijn dat elke arts en elk ziekenhuis zou moeten zorgen voor een behoorlijke verzekering.¹⁸¹ Een 'behoorlijke' verzekering biedt dekking voor de fouten van alle personen voor wie de verzekerde risico loopt. Dat zijn, voor de arts, buiten hemzelf en zijn werknemers, ook andere ondergeschikten (bijvoorbeeld: co-assistenten in opleiding), waarnemers en hulpkrachten. Het is van belang niet alleen dat de fouten van deze personen gedekt zijn, maar ook dat zij medeverzekerd zijn. Anders kan op hen nog regres worden genomen. De ziekenhuispolis zou, meen ik, tenminste moeten dekken, behalve de werknemers, ook de andere ondergeschikten en hulpkrachten. (Ook dus: co-assistenten.)¹⁸² Verder zou het ziekenhuis er op moeten toezien dat de in het ziekenhuis zelfstandig praktijk uitoefenende specialisten, indien zij niet onder de ziekenhuispolis medeverzekerd zijn, zelf zich verzekeren, liefst bij dezelfde verzekeraar als het ziekenhuis.¹⁸³

De verzekering moet ook 'behoorlijk' zijn qua omvang van de gedekte risico's. Het probleem van de oude W.A.-polis die geen dekking gaf voor puur contractuele aansprakelijkheid, is nu wel uit de wereld.¹⁸⁴ Witteman signaleert een tweede gevaar: de tamelijk gebruikelijke clausule dat geen dekking wordt geboden indien het evenement ook valt onder een andere polis, een clausule die tot een vacuum kan leiden indien zij ook in die andere polis voorkomt. Het Advies Centraal Beheer bevestigt de mogelijkheid van het vacuum, maar wijst erop dat de erecode van de assuradeuren de problemen oplost.¹⁸⁵ Verder moet men erop bedacht zijn dat er polissen zijn die de beroepsaansprakelijkheid van de arts niet in alle opzichten dekken. Die polissen geven dekking tegen schade die het gevolg is van dood, letsel of zaaksbeschadiging. Daaronder valt niet, wat men wel aanduidt als 'vermogensschade'¹⁸⁶, bijvoorbeeld, schade doordat ten onrechte een KZ-verklaring wordt afgegeven, doordat fouten worden gemaakt bij een keuring, zodat iemand ten onrechte wordt afgekeurd, of doordat een geheimhoudingsplicht wordt geschonden. Het niet gedekt zijn van deze evenementen is, dunkt mij, een ernstig bezwaar. Reeds omdat de arts, die een beroepsaansprakelijkheidsverzekering heeft verzorgd, op de afwezigheid van dekking in deze gevallen in het geheel niet bedacht is. Gezorgd

181. Witteman, 9 vermeldt dat het geruime tijd heeft geduurd voordat bij de beoefenaren van magische beroepen, gekleed in witte jas en toga, een taboe tegen verzekering werd overwonnen. Michiels, *Metamedica*, 357–359 noemt en verwerpt het argument tegen verzekering dat deze de arts in een conflict van spreek- en zwijgplichten zou brengen. Zie hierboven 9.3, noot 130.

182. De modelpolissen die ik inzag geven niet alle dekking voor andere ondergeschikten dan werknemers en voor hulpkrachten.

183. Ten gunste van verzekering bij dezelfde verzekeraar: Michiels, *Metamedica*, 367–369; Maeijer, *Preadvies* 890; Kool, 381. Volgens de modelpolis van het Advies Centraal Beheer, art. 3d worden alleen werknemers en eventueel specialisten gedekt. Co-assistenten in elk geval niet. Het overzicht opgenomen bij Kool, 380, toont dat in 31 van de daar vermelde 40 ziekenhuizen de specialisten niet waren meeverzekerd en in de gevallen dat zij wel meeverzekerd waren, soms alleen voorzover zij in dienst stonden van het ziekenhuis.

184. Zie Witteman, 13 en 18–19; Michiels, *Metamedica*, 359; en Advies Centraal Beheer, 2–3.

185. Witteman, 18–19; Advies Centraal Beheer, 7. Zie ook Michiels, *Metamedica*, 368.

186. Zie Advies Centraal Beheer, 2–3 en 5. De term is niet zo gelukkig. Vanzelfsprekend valt wel onder de dekking 'vermogensschade' voorzover die voortvloeit uit het letsel: bijvoorbeeld: gederfd loon.

moet natuurlijk ook worden dat de verzekerde bedragen hoog genoeg zijn.¹⁸⁷

9.13.2. *verzekeringsplicht?* Witteman vindt het vreemd dat automobilisten wél en artsen niet verplicht verzekerd zijn, terwijl toch artsen even feilbaar zijn als anderen en het ook bij hen mogelijk is dat zij voor een hoge aanspraak geen verhaal bieden.¹⁸⁸ Het lijkt mij enerzijds inderdaad van groot belang, zowel voor de patiënten als voor de artsen zelf, dat alle artsen verzekerd zijn. Aan de andere kant zal toch het verantwoordelijkheidsbesef en de solvabiliteit van de gemiddelde arts groter zijn dan dat van de gemiddelde automobilist. Ook vormen de artsen een veel kleinere groep die veel beter ook door minnelijker middelen dan de wettelijke dwang te beïnvloeden is (bijvoorbeeld aanbeveling door KNMG, afkeurende houding collega's). Misschien is het geschikt dat de KNMG door middel van een enquête een onderzoek instelt naar de mate waarin en de wijze waarop artsen verzekerd zijn.¹⁸⁹ Zulk een onderzoek is voor ziekenhuizen wel ingesteld.¹⁹⁰

Voor ziekenhuizen komt een wettelijke verzekeringsplicht minder in aanmerking omdat zij toch al verzekerd zijn. Anderzijds zouden voorschriften over de wijze van verzekering nuttig kunnen zijn. Nog een wettelijke verplichting voor de ziekenhuizen, die toch al aan een stringent regime zijn onderworpen, zou bovendien waarschijnlijk niet zwaar drukken.

9.13.3. *medische ongevallenverzekering; afschaffing civielrechtelijke aansprakelijkheid.* Ook in Nederland zou men kunnen denken over een nieuwe verzekeringsvorm. Zie voor argumenten pro en contra paragraaf 6.4. Evenals in Amerika zou men zijn voorstel kunnen beperken tot invoering van de nieuwe verzekeringsvorm. Men zou daaraan ook kunnen verbinden afschaffing van civielrechtelijke aansprakelijkheid. Alleen in het laatste geval komt men terecht bij een variant van het plan Bloembergen voor verkeersongevallen.¹⁹¹

10. ALTERNATIEVEN

De civielrechtelijke aansprakelijkheid hangt niet in de lucht. De doeleinden van de

187. Gebruikelijk is thans f 250.000 à f 500.000 per evenement voor artsen en f 500.000 à f 1.000.000 per evenement voor ziekenhuizen. Volgens Witteman, 19, ligt het voor de hand dat ziekenhuizen zich onderling verzekeren. Het Advies Centraal Beheer, 19, vindt daarvoor het draagvlak van het ziekenhuiswezen niet voldoende.

188. Witteman, 19.

189. Over de mate waarin medici thans verzekerd zijn, wordt ook door de verzekeraars zeer verschillend gedacht.

190. Zie Kool. Uit het overzicht van de verzekerde bedragen blijkt dat twee van de achttien ziekenhuizen voor letselschaden slechts verzekerd waren tot f 50.000 (een persoon) en f 100.000 (meer personen) per gebeurtenis. Let wel, het overzicht is al acht jaar oud. Naar ik heb vernomen, worden de resultaten van een recent onderzoek binnenkort gepubliceerd.

191. Prof. mr. A. R. Bloembergen, preadvies NJV 1967, inaugurele rede, Naar een nieuw ongevallenrecht (1965) en NJB 1971, 985 e.v. Bloembergen verbindt aan zijn voorstel tot afschaffing van aansprakelijkheid overigens niet een nieuwe verzekeringsvorm. De bestaande verzekeringen en voorzieningen (ziekenfonds en particuliere ziektekostenverzekering) dekken de ziektekosten voldoende. De inkomensschade kan het slachtoffer dekken door een arbeidsongeschiktheidsverzekering. Daarnaast kan hij, zo hij wil nog een ongevallenverzekering nemen. Ideële schade wordt, aldus nog steeds Bloembergen, niet vergoed. Ik zal mij niet te buiten gaan aan een bespreking van het plan Bloembergen dat tot dusver een weinig gastvrij onthaal vond (zie de mismoedige slotwoorden van Bloembergen in het hierboven geciteerde NJB-artikel). Ik volsta met de opmerking dat de opvang door een ongevallenverzekering van schade door medische ongevallen nog weer moeilijker is dan die door verkeersongevallen vanwege de grotere moeilijkheden bij vaststelling van het evenement. Zie verder 6.4. Jhr. mr. P. J. W. de Brauw sprak zich ter vergadering van de Vereniging voor Gezondheidsrecht van 10 april 1970 uit voor het systeem Bloembergen voor medische ongevallen.

civielrechtelijke aansprakelijkheid kunnen ook met behulp van andere middelen worden nagestreefd. Welke zijn die doeleinden? Men hoopt, in de eerste plaats, dat de dreiging met en het opleggen van civielrechtelijke aansprakelijkheid een stimulans geven tot het voorkomen van de handelingen waarop de civiele sanctie wordt gesteld. Men hoopt op verbetering van de zorg. Men wil, in de tweede plaats, door middel van de civielrechtelijke aansprakelijkheid de schadelijke gevolgen van een handeling afweten op een ander, omdat dat rechtvaardiger is, of omdat die ander de schade beter dragen kan. Tweede doel dus: opvangen van schade.

Naarmate die andere methoden, die gericht zijn op dezelfde doeleinden, beter zijn en ruimer worden toegepast, mogen zij de civielrechtelijke aansprakelijkheid voorkomen en verdringen. Het lijkt mij nuttig een overzicht te geven van enige alternatieven opdat men zich niet doodstaart op verbetering van de civielrechtelijke aansprakelijkheid en opdat het verband met die andere methoden niet losraakt.

10.1. Informatie medici en publiek

In Amerika wordt sterk de nadruk gelegd op het creëren en handhaven van een goede vertrouwensrelatie door de medicus met de patiënt. Hier is, dacht ik, een universitaire en/of post academische informatie in dezelfde trant relevant. Mystiek en autoritair optreden dat nog wel enigszins persisteert, is al genoeg gehemeld. Men hoort nogal eens klachten over, bijvoorbeeld: het negeren van voor de patiënt belangrijke vragen; extreme wachttijden; min of meer openbare bespreking van problemen van de patiënt op de ziekenzaal of elders; het behandelen van de patiënt als een onnozele. Zulk een onplezierige menselijke behandeling doet de, in een afhankelijke positie verkerende patiënt niet direct terugslaan. Zij kan wel in een later stadium proceslustige gevoelens oproepen.¹⁹²

Ook informatie van medici over de functie van het recht en in het bijzonder van de civielrechtelijke aansprakelijkheid is gewenst. Medici vatten, dacht ik, een civielrechtelijke beroepsaansprakelijkheidsstelling teveel op als een schande. Ook een uitstekend medicus kan wel eens wat onder de maat werken. Dat is geen reden hem over de hekel te halen. Dat een arts in het algemeen zulk goed werk levert, is evenmin een reden de patiënt, die het ongelukkig treft, met de schade te laten zitten.

Een open informatie van het publiek in het algemeen en de patiënten in het bijzonder over de medische mogelijkheden kan overspannen verwachtingen voorkomen.¹⁹³ Openheid ook over fouten is pijnlijk en moeilijk. Zij kan gewenst zijn omdat een eerst verheimelijkte en later ontdekte fout de indruk kan wekken óf dat de situatie zeer ernstig moet zijn (als het anders was, had men niet zo geheimzinnig behoeven te doen), óf dat een beroepsfout iets volslagen abnormaals is (terwijl het misschien gezond is dat ook het publiek met beide benen op de grond staat en zich realiseert dat een zekere mate van beroepsfouten onvermijdelijk is en dat het daarover niet direct schande moet roepen).

192. Men moet ook bedenken dat de patiënt de kwaliteit van de medisch-technische behandeling die hij ontvangt vrijwel niet kan beoordelen. Is de kwaliteit van de zorg, voorzover hij die wel kan beoordelen, niet goed, dan geeft hem dat te denken over de rest.

193. J. C. C. Marlet, zenuwarts, vermeldt in Marlet, 81 dat te weinig beseft wordt dat waarschijnlijk slechts 10/40% van de mensen die naar een arts gaan, lijden aan een ziekte die in oorzaak geattaqueerd kan worden.

10.2. Organisatie

Organisatieproblemen kent vooral het ziekenhuis.¹⁹⁴ Het gaat dan hoofdzakelijk om de afbakening van de bevoegdheden van bestuur en directie ten opzichte van de medische staf.¹⁹⁵ De geschillen over die bevoegdheden zijn talrijk. De tegengestelde opvattingen die blijken uit het Rapport Ziekenhuisraad enerzijds en het naschrift daarbij van de Landelijke Specialisten Vereniging anderzijds spreken boekdelen.¹⁹⁶ De LSV bestrijdt de opvatting van het rapport dat de directie onder meer tot taak heeft een algemeen toezicht te houden op het medisch handelen. Zij is het er niet mee eens dat de directie toegang heeft tot ziektegeschiedenissen en dat ernstige fouten en ongevallen aan de directie gemeld zouden moeten worden.¹⁹⁷

Een verbetering van de organisatie door een vergroting van de macht van de directie ligt in de rede, al was het alleen al ter voorkoming van aansprakelijkheid. In het bijzonder met het oog op de 'centrale actie' tegen het ziekenhuis (zie paragraaf 9.8.) moet de directie zorgen voldoende bevoegdheden te hebben om de kwaliteit van de zorg binnen de ziekenhuisorganisatie te beïnvloeden. Het is moeilijk voorstelbaar dat in een procedure tegen een ziekenhuis de rechter een excuus van directiezijde dat zij geen toezicht heeft op het medisch handelen, een zo belangrijk onderdeel van het complex van de diensten die het ziekenhuis verschaft, zou accepteren. Een verbetering van de organisatie kan onaangenaam zijn. Een gebrek aan organisatie dat tot brokken leidt, die neerkomen op de hoofden van directie, bestuur en specialisten is wellicht nog minder aantrekkelijk. Maeijer¹⁹⁸ acht het zelfs nodig dat de bevoegdheden van bestuur, directie en staf wettelijk worden geregeld.

Een behoorlijke medische registratie door middel van onder meer ziektegeschiedenissen, statistieken, operatie- en anaesthesieverslagen is voor de bewijsvoering door het ziekenhuis van groot belang, zeker wanneer de bewijslast in ruimere mate op het ziekenhuis wordt gelegd.^{199,200}

Doemt door een efficiënter organisatie niet het gevaar op dat de zo veel geroemde persoonlijke vertrouwensrelatie verloren gaat? Prof. dr. M. F. J. Marlet zegt hiervan dat men uit vrees voor dat verlies niet moet vluchten in de ouderwetse methoden tot genezing. Juist door een efficiënter organisatie komt tijd vrij voor meer persoonlijke aandacht.

194. Prof. dr. H. J. J. Leenen in de Ziekenhuisbundel, 71: 'Het ziekenhuis is wel eens gedefinieerd als een samenstel van ruimten die door een centraal verwarmingssysteem met elkaar zijn verbonden. Het isolement waarin bestuur, medische staf, verpleging en andere diensten werken, is niet alleen vaak een bron van spanning maar ook van ondoelmatigheid'.

195. Dezelfde problemen zijn gerezen in Amerika. Zie hierboven noot 64. Vgl. ook de afbakeningsverplichtingen van Maeijer, zie Preadvies, 881. Zie ook Dr. L. Kortbeek, De medische staf, *Metamedica* 1970, 326-327.

196. Evenals bijvoorbeeld het feit dat Maeijer, Ziekenhuisbundel, 24 ervoor moet pleiten dat de geneesheer-directeur de stafvergaderingen zou moeten kunnen bijwonen.

197. Voor zo'n meldingsplicht en voor toegang tot de ziektegeschiedenissen is ook Maeijer, Ziekenhuisbundel, 26-27.

198. Ziekenhuisbundel, 23.

199. Zie hierboven paragraaf 9.10.2. Zie voor pleidooien voor een betere medische registratie: Maeijer, Ziekenhuisbundel, 26-27 en Rapport Ziekenhuisraad, 27. Zie voor de organisatiestructuur van het academisch ziekenhuis: Maeijer, Noot 96-98 en Vermeijden, Ziekenhuisbundel, 29-59.

200. Een klemmend organisatievraagstuk vormt ook de positie van de verpleegkundige. De omvang van de aan haar opgedragen taken wisselt sterk. De opleiding is niet uniform. Zie Advies Verpleegkundigen.

10.3. Bevoegdheidsregels en vergunningen

Een sterke medicijn tegen onvoldoende zorg is wetgeving, die mensen eerst tot zorgverlening toelaat indien zij aan bepaalde eisen van vakbekwaamheid voldoen. Tot deze wetgeving op medisch gebied horen de Wet Uitoefening Geneeskunst juncto de Wet bevoegdheid arts, tandarts, apotheker, vroedvrouw en apothekers-assistent en de Wet para-medische beroepen.²⁰¹ Met deze wettelijke regels kan men in effect gelijk stellen het specialistenregistratieregime van de KNMG.²⁰² Het verband tussen dit soort regels en de civielrechtelijke aansprakelijkheid kan men op tweeërlei manier tot uitdrukking brengen. In de eerste plaats wordt daardoor de zorg vergroot en dus aansprakelijkheid voorkomen, positief, doordat de zorgverleners gedwongen worden een zekere hoeveelheid kennis en inzicht te vergaren en, negatief, doordat de minder kundigen buiten de zorgverlening worden gehouden. In de tweede plaats kunnen deze regels er toe leiden dat de standaard van de civielrechtelijke aansprakelijkheid wordt verhoogd doordat hij, die zich zonder bevoegdheid op het verboden gebied begeeft, waarschijnlijk eerder voor fouten aansprakelijk wordt gehouden dan de op dat gebied wél bevoegden. Verder wordt bij het creëren van een nieuw specialisme voor degenen, die al op het terrein van dat specialisme werkzaam waren, de maatstaf van de zorg verhoogd. Bijvoorbeeld: na het invoeren van een specialisme thoraxchirurgie is de maatstaf niet meer: de redelijk bekwaame chirurg. Hij wordt: de redelijke bekwaame thoraxchirurg. Er zullen fouten zijn die 'de redelijk bekwaame chirurg' zich wel kan veroorloven, maar 'de redelijk bekwaame thoraxchirurg' niet.²⁰³

Overwogen kan worden of naast de bestaande nog andere bevoegdheidsregels gecreëerd zouden dienen te worden en in het bijzonder of voor verpleegkundigen van titelbescherming naar beroepsbescherming moet worden overgegaan.²⁰⁴ Ook andere wijzigingen van een systeem van bevoegdheidsregels zijn mogelijk: invoering van een leeftijdsgrens bijvoorbeeld of een aanvullende test na een aantal jaren praktijk.²⁰⁵

10.4. Foutencontrolemethoden

De 'malpractice review committees' (zie paragraaf 6.3.) worden in Nederland gewoonlijk toetsingscommissies genoemd. Er is een Commissie Intercollegiale Toet-

201. De wetten staan toe de uitoefening der geneeskunst en wel óf zelfstandig en in volle omvang (arts), óf zelfstandig maar in beperkte omvang (tandarts, vroedvrouw en apotheker) of onzelfstandig en in beperkte omvang (para-medici).

202. Zie Van der Mijn, Medisch beroepbundel, 26–27. Misschien kan men in zekere mate ook gelijkstellen de praktijk van ziekenhuizen bepaalde handelingen alleen door gediplomeerde verpleegkundigen te laten verrichten.

203. Niet alleen personen, ook instellingen kunnen op deze wijze tot grotere zorg worden aangezet. Volgens artikel 18 van de Wet Ziekenhuisvoorzieningen kan bij A.M.v.B. een vergunning worden geeïst voor het uitvoeren of doen uitvoeren in een ziekenhuis van 'medische verrichtingen'. Vergelijk het Amerikaanse JCAH-systeem van erkenning en controle van ziekenhuizen, zie paragraaf 6.3.

204. Van der Mijn, Medisch beroepbundel, 29–30 noemt als voorbeeld van een beroep dat wettelijk geregeld zou moeten worden: de psycholoog die psychotherapie bedrijft. Ik herinner er aan dat bepaalde reorganisatoren in Amerika de bevoegdheidsregels juist sterk zouden willen inkrimpen. Zie paragraaf 6.2.

205. Volgens art. 4 Medische Tuchtwet is schorsing of ontzegging mogelijk wegens ouderdoms- of lichaamsgebreken. Begrijpelijkerwijs wordt dit pijnlijke middel tegen de arts die zijn praktijk te lang voortzet zelden toegepast. Een algemene leeftijdsgrens werkt niet ontrend.

sing van de KNMG. Ook zonder institutionalisatie in de vorm van een aparte commissie kunnen binnen de staf, al dan niet volgens in het strafreglement neergelegde richtlijnen, regelmatig fouten en ongevallen worden besproken. Men noemt dat wel een 'medical audit'.²⁰⁶ Die benaming lijkt mij niet zo gelukkig. De term 'audit' zou ik liever blijven reserveren voor controles door personen die niet verbonden zijn aan de te controleren organisatie zelf.²⁰⁷

Invoering van een toetsingscommissie is, dunkt mij, voor elk ziekenhuis zeer aan te bevelen. Opgepast moet worden dat de behandeling door de commissie niet te zeer het karakter van een gerechtelijke procedure gaat krijgen. De commissie zou gericht moeten zijn op het uit oude fouten lering trekken en niet op het uitdelen van sancties²⁰⁸, anders verdwijnt de bereidheid vrijwillig eigen ervaringen aan de commissie voor te leggen en verliest zij veel van haar betekenis.

10.5. Tuchtrect; strafrect; bijzondere sancties

Tuchtrechtelijke en strafrechtelijke voorzieningen kunnen de behoefte aan het civielrecht beperken. Het tuchtrechtelijk alternatief bestaat wel voor artsen, tandartsen, vroedvrouwen, apothekers en para-medici, maar niet voor verpleegkundigen. Invoering van een tuchtrecht voor verpleegkundigen wordt door henzelf en anderen bepleit.²⁰⁹ Aan de aantrekkelijkheid van het tuchtrechtelijk alternatief wordt enige afbreuk gedaan door de kritiek die op het medisch tuchtrecht wordt uitgeoefend.²¹⁰

Het strafrecht is een alternatief dat weinig interessant is, noch als middel tot het opvangen van schade noch als stimulans tot verbetering van de zorg. Alleen in zeer zware gevallen, waarin bovendien nog het O.M. erin geslaagd is het bewijs rond te krijgen, vindt een strafrechtelijke veroordeling plaats. De opgelegde straf is bovendien vaak nogal laag.²¹¹ Dit kan strafrechtelijk geheel verantwoord zijn. Het betekent wel dat vrijwel nooit wanneer zorg civielrechtelijk onder de maat is, er een strafrechtelijke represaille zal zijn.

Tenslotte wijs ik op diverse bijzondere sancties, bijvoorbeeld: uitsluiting als medewerker van een ziekenfonds²¹²; opzegging van een staffunctie.

206. Zie bijvoorbeeld Rapport Ziekenhuisraad, 27; Maeijer, Ziekenhuisbundel, 26.

207. Ook in Amerika wordt de term alleen in die zin gebruikt.

208. Natuurlijk kunnen in incidentele gevallen sancties, bijvoorbeeld in de vorm van de opzegging van een stafcontract wel het gevolg zijn van de foutencontrole, bijvoorbeeld, wanneer blijkt dat iemand keer op keer de toets der kritiek niet kan doorstaan.

209. Advies Verpleegkundigen, 26; Prof. mr. A. A. M. van Agt, Preadvies NJV (1971), Hand. 1971, 1.2., 155; Mr. O. A. C. Verpaalen, Preadvies NJV (1971), Hand. 1971, 1.3, 73-74; een meerderheid ter vergadering: Hand. 1971, 2, 115 en Maeijer, Ziekenhuisbundel, 28. Tegen: Jhr. mr. P. J. W. de Brauw, Hand. NJV 1971, 2, omdat de verpleegkundige geen vertrouwensberoep in de door hem gedefinieerde zin uitoefent.

210. De kritiek heeft geleid tot een ontwerp (van 1969) tot wijziging van de Medische Tuchtwet. De Staatscommissie Medische Beroepsuitoefening zal waarschijnlijk met nieuwe herzieningsvoorstellen komen. Intussen duurt de onvrede met het tuchtrecht voort. Zie, recent, Rang in Tijdschrift voor Sociale Geneeskunde, nr. 11, 1972, die forse kritiek heeft op een aantal tuchtrechtelijke beslissingen en Van der Mij, Medisch Contact 5 januari 1973, die vooral bezwaren heeft tegen de grote aantallen ongegronde en onbeduidende klachten, die toch een volledige behandeling krijgen.

211. Zie bijvoorbeeld Rb. Amsterdam 4 juni 1972, N.J. 1972, 366: door, zoals de rechter vaststelde, ernstige fouten één dode en één gewonde. Verminderd toerekeningsvatbare verdachte krijgt f 150 boete.

212. Zie art. 47 Ziekenfondswet.

Hierboven (paragraaf 8) vermeldde ik al dat de Nederlandse sociale voorzieningen de behoefte in Nederland aan een opvang van financiële gevolgen door civielrechtelijke aansprakelijkheid minder groot maken, voorzover althans regres is uitgesloten, of in de praktijk niet wordt uitgeoefend.²¹³ Hier niet meer dan een pro memorie dat elke uitbouw van dit systeem (bijvoorbeeld ook een verhoging van de AOW-uitkeringen) de behoefte aan de civielrechtelijke sanctie verder doet dalen.

11. CONCLUSIES

11.1 De belangrijkste punten van de les die Amerika ons leert, zijn, dacht ik, de volgende.

Nederlandse medici zouden er goed aan doen ten opzichte van de malpractice problemen een andere houding aan te nemen dan de Amerikaanse medici en in het bijzonder de Amerikaanse medische organisaties. Door een te sterke afweershouding en een te vergaande onderlinge solidariteit waren in Amerika in den beginne ook zeer gerechtvaardigde claims tot mislukken gedoemd, maar raakten uiteindelijk de medici van de wal in de sloot omdat geërgerde rechters, jury's en patiënten naar hardere middelen grepen. Veel zou in Nederland gewonnen worden, voor publiek en medici, wanneer een te sterke bescherming door de medische stand van de collega die fout is gegaan, wordt vermeden; wanneer een bereidheid bestaat fouten zonder heftige emoties onder ogen te zien. Een, begrijpelijke, weerstand daartegen, die vooral ontstaat doordat het ondergaan van civielrechtelijke aansprakelijkheid veelal ten onrechte als een schande wordt opgevat, zou men ook op het gebied van de medische aansprakelijkheid moeten pogen te overwinnen.

Navolging verdient evenmin de te grote Amerikaanse claim mindedness; het te grote verlangen te trachten elk onheil door een procedure te bestrijden en de jurisprudentie die smartegeldbedragen tot grote hoogte heeft opgevoerd.

Een belangrijk positief aspect van het Amerikaanse recht wordt gevormd door de veel grotere mogelijkheden fouten te bewijzen en de daarvoor aansprakelijke personen of instanties aan te wijzen. Daardoor is in Amerika de kans dat gerechtvaardigde vorderingen worden toegewezen veel groter dan in Nederland.

11.2 Het Nederlandse medische aansprakelijkheidsrecht vertoont juist op dit processuele en quasi-processuele vlak gebreken. Er is een spanning tussen theorie en praktijk. De materiële regels, bijvoorbeeld over de standaard van de zorg en de schuldgraad, blijven voor een groot deel ijdele theorie, die alleen in evidente gevallen van grove misgrepen tot leven komt. De door de materiële regels gerechtvaardigde vorderingen zouden processueel alle waargemaakt moeten kunnen worden. Het is, gelezen het bovenstaande, geen wonder dat de voorstellen tot verbetering, die in het tweede

213. Zie paragraaf 8, in het bijzonder noot 110.

214. Ik geloof dat de Nederlandse situatie in dit opzicht vertrouwen wekt. Mijn indruk is dat de georganiseerde Nederlandse medische stand en in het bijzonder de KNMG veel meer oog heeft ook voor de verdediging van het algemeen belang dan de op het enge groepsbelang gerichte Amerikaanse zusterorganisatie. De genuanceerde berichtgeving in het uitstekende opinievormende blad *Medisch Contact* versterkt dat vertrouwen.

(Nederlandse) deel van deze studie worden gedaan, voor een belangrijk gedeelte op dit laatste zijn gericht.

Ik pleitte voor een grotere centralisatie van de aansprakelijkheid. Allereerst door arts en ziekenhuis steeds aansprakelijk te houden voor de beroepsfouten van door hen bij de uitvoering van de overeenkomst ingeschakelde personen en voor gebreken van de door hen bij de behandeling gebruikte zaken. In de tweede plaats door het ziekenhuis contractueel aansprakelijk te achten voor alle binnen de ziekenhuisorganisatie gemaakte beroepsfouten, ook wanneer zij zijn begaan door een arts-out die in het ziekenhuis zelfstandig de praktijk uitoefent. De bewijspositie van de patiënt moet, meen ik, worden versterkt, vooral door een zekere verschuiving van de bewijslast.

Een uitzonderingspositie voor medici zou men moeten vermijden en een grotere duidelijkheid ten aanzien van 'geringe fouten' is gewenst. Dat wil zeggen: geen bijzondere schuldgraad; geen maatstaf van zorg die afwijkt van de maatstaf die gehanteerd wordt bij de door andere vaklieden aangegane objectieve inspanningsverbin^tenissen.

Ik besprak verder onder meer de voor- en nadelen van het in leven roepen van een vast arbitraal college.

Men moet zich niet doodstaren op de civielrechtelijke aansprakelijkheid. Men moet niet alternatieve methoden, gericht op dezelfde doeleinden – verbetering van de zorg; opvang van de schade – uit het oog verliezen. Ik noem nog eens: interne foutencontrolemethoden en verbetering van de ziekenhuisorganisatie (verhouding bestuur en directie tegenover staf). Voorlopig zou men het één moeten doen en het ander niet laten. De methoden zijn dus niet zozeer alternatief als additioneel. Een verbetering van het medische aansprakelijkheidsrecht hoeft niet te wachten op het effect van de andere maatregelen.

Een nader feitelijk onderzoek lijkt mij in tweeërlei opzicht gewenst. Ik suggereerde al (zie 9.13.2.) een enquête over de mate waarin en de wijze waarop artsen verzekerd zijn. Ook het verzamelen van beter materiaal over de aantallen claims en fouten en over de verdeling daarvan over de diverse specialismen verdient aanbeveling.

'MALPRACTICE SUITS' EN WAT DIES MEER ZIJ

Het is een uitzonderlijke eer deel te nemen aan het symposium en te mogen spreken voor dit illustere gezelschap. Bij wijze van uitleg wilde ik u hierbij iets over mijn Amerikaanse ervaringen vertellen. Van 1956 tot 1968 was ik werkzaam als gerechtelijk geneeskundige voor de stad San Antonio in Texas. Deze functie van gerechtelijk geneeskundige of 'medical examiner' stond gelijk met die van een 'magistrate', een hoofdambtenaar van het gerechtelijk apparaat. Als zodanig had ik voornamelijk te maken met strafrechtelijke zaken zoals moord, doodslag, dood door schuld, doch ook had ik de bevoegdheid medische fouten bij behandeling op te sporen, door middel van obductie te onderzoeken en bij de vervolgende autoriteiten voor te brengen. Kwesties van civielrechtelijke aansprakelijkheid kwamen hierbij dan ter sprake. Laat ik u een geval ter illustratie vertellen.

Foutieve diagnose of 'error in judgement' (beoordelingsfout)

Een negenjarig jongetje werd door een auto overreden en met enkele gebroken ribben naar een particulier ziekenhuis vervoerd. Hier vond röntgen en lichamaalijk onderzoek door een arts-assistent en later door een particulier arts plaats. Terzelfdertijd werd van de moeder de som van \$ 150 ter dekking van onkosten gevraagd, welk bedrag zij niet had. De opinie van de artsen was, dat het kind zwaar hersenletsel had opgelopen en aangezien hiervoor geen spoedbehandeling gegeven kon worden in het ziekenhuis, werd het slachtoffer naar een tweede particulier ziekenhuis gebracht. In dit ziekenhuis nam men als reden voor de overplaatsing het onvermogen van de moeder om te betalen aan en werd het kind na een kort oponthoud doorgestuurd naar het provinciaal ziekenhuis dat voornamelijk voor financieel minder draagkrachtigen bestemd was, doch waar een 'emergency room' service floreerde en ook spoedbehandeling voor intracraniele letsels mogelijk was. Het bleek evenwel dat het kind een partieel afgescheurde long had en het overleed binnen 2 uur na aankomst.

Bij de obductie kon ik bevestigen dat de long partieel was afgescheurd en dat er geen intracranieel letsel bestond. Het geval had de gemoederen in beroering gebracht en grote krantenkoppen vermeldden, dat door onvermogen om te betalen er met dit kind gezeuld was en dat de dood aan de harteloosheid van de twee particuliere ziekenhuizen te wijten was. Op deze visie gaf geen van de betrokken dokters commentaar, doch toen ik voor de journalisten het verweer van de ziekenhuizen, dat de overplaatsing niet om geldelijke redenen was geschied, kon bevestigen en erop wees, dat het onnodige vervoer en het fatale uitstel van de juiste behandeling het gevolg van een foutieve medische beoordeling van de toestand van het slachtoffer was, brak er een geweldige beroering los in de artsenwereld. De immer aanwezige vrees bij de dokters voor een rechtszaak tengevolge van malpraxis gaf de provinciale artsenverenigingen aanleiding een onderzoek te openen dat in

besloten kring gehouden werd met evenwel de 'accountrements' van een tachotypiste en taperecorders. Tegen de nauwelijks verholen beschuldigingen van aangeverij en uitlokkerij van een rechtsvervolging die aan mijn adres werden gericht bracht ik naar voren dat een foutieve medische beoordeling, een zgn. 'error of judgement', geen aanleiding tot een civielrechtelijke zaak kan zijn. Ook wees ik er mijn collegae op, dat het statuut waaronder ik mijn werkzaamheden verrichtte, mijn bevindingen en rapporten als 'public record' bestempelde m.a.w. publiek eigendom, hetgeen het noodzakelijk maakte dat ik mijn visie op het geval, die aan de vervolgende autoriteiten was doorgegeven, ook aan de journalisten moest geven.

De fijne scheidingslijn tussen 'error of judgement' en 'negligence' is voor vele artsen, ook hier in Nederland, zeer moeilijk te zien.

De alom aanwezige vrees voor 'malpractice suits'

Ik wees terloops reeds op de vrees die bij artsen bestaat wettelijk aansprakelijk te worden gesteld voor fouten in de behandeling.

Deze vrees is wijd verspreid in de artsenwereld, kleurt discussies over malpraxis en verenigt de artsen in een wereld, waarin, zoals de advocaten in Amerika zeggen, 'a conspiracy of silence' heerst. Dit betekent dat de vervolgende autoriteiten de grootste moeite hebben, veelal niet in staat zijn een dokter te vinden die tegen een andere dokter getuigenis aflegt.

Wij zijn hier bijeengekomen om o.a. na te gaan of wij uit de ontwikkelingen in Amerika op het gebied van 'malpractice suits' voor Nederland lering kunnen trekken. Laat ik maar meteen de voornaamste vraag hierbij stellen: Heeft het gemak en de frequentie, waarmee in Amerika dokters, die een fout gemaakt hebben, voor de rechtbank kunnen worden gedaagd, een gunstig effect op het medische denken en handelen gehad? Of om het wat tendentieuzer te stellen: Heeft de 'malpractice suit' als stok achter de deur een preventieve werking tegen fouten en slordigheden van de dokters?

Ongetwijfeld zult u Amerikaanse advocaten kunnen vinden die deze vragen met een volmondig ja beantwoorden. Ook zult u van de overgrote meerderheid van de Amerikaanse artsen te horen krijgen dat het effect juist omgekeerd is en dat de vrees voor een 'malpractice suit' als een rem werkt. Daardoor worden noodzakelijke handelingen waar een risico aan verbonden is, nagelaten en worden onnodige laboratorium-proeven en röntgen-verrichtingen, die zeer kostbaar zijn, aangevraagd om maar gedekt te zijn bij een eventuele klacht over de behandeling.

Het antwoord op de vragen is natuurlijk niet zonder meer te geven, want de vraagstukken die verbonden zijn aan de beschuldigingen van malpraxis zijn zeer ingewikkeld en hangen o.a. samen met de wijze van de rechtspraak en het peil van de medische praktijken in Amerika. Mijn indruk opgedaan over een totaal van 21 jaren praktijk in de staten New York, Georgia en Texas is, dat de toename van 'malpractice suits' een lichte negatieve invloed op medisch denken en handelen heeft, met daaraan verbonden verstrekkende gevolgen.

De uitspraak, dat de vrees voor 'malpractice suits' de dokters meer consciëntieus maakt en tot beter handelen aanzet, lijkt verdacht veel op 'wishful thinking'.

Factoren van invloed op de frequentie van 'malpractice suits'

Het hele gebeuren vanaf de aanklacht tegen een dokter via de rechtzaak tot aan de uitspraak moet bekeken worden in het totale maatschappelijk bestel. Dit bestel is in

Amerika en in Holland op fundamentele punten zeer verschillend. Vergelijkingen zijn daarom moeilijk te trekken, doch dat het, wat frequentie van klachten en grootte van schadeloosstellingen betreft, in Holland ooit zo ver komt als in Amerika, acht ik uitgesloten. Maar zoals u weet bestaat het wijd verspreide geloof dat de grote maatschappelijke moeilijkheden waarmede Amerika in de laatste decennia te kampen heeft vroeger of later ook naar Europa zullen overwaaien. De verwachting, dat de bijkans explosieve toename van 'malpractise suits' in de V.S. in de vijftiger en zestiger jaren zich ook hier zal doen gelden kan weleens een 'selffulfilling prophesy' worden. Ik zie het als een van de taken van deze vergadering de toename van klachten over medische behandeling onder ogen te zien, zich erop te bezinnen en maatregelen te suggereren om voor dit vraagstuk een goede oplossing te vinden. Van mijn kant zal ik proberen hiertoe een steentje bij te dragen.

Van de zeer vele factoren die van invloed zijn op de frequentie van 'malpractise suits' in de V.S. wilde ik als voornaamste de volgende noemen:

1. het jury-systeem van de Amerikaanse rechtspraak, een waar anachronisme;
2. de usance van betaling van advocaten, die op de basis van een 'contingency fee' werken, een honorarium gebaseerd op een percentage van de schadeloosstelling;
3. het ontbreken, althans in de meeste staten, van een absoluut medisch beroepsgeheim, hetgeen het opvragen van statussen en andere medische papieren buitengewoon vergemakkelijkt;
4. de verandering van de sociale positie van de artsen en hun verhouding tot de patiënten of om het scherp te stellen: artsen zijn van geïdealiseerde vaderfiguren, succesvolle zakenlieden en vaardige technici geworden;
5. de toename van technisch-medische handelingen, waaraan een risico verbonden is, of anders gezegd, het meer agressieve karakter van de medische diagnostiek en behandeling;
6. de popularisatie van medisch-wetenschappelijke feiten, waaronder de voorlichting op het gebied van gezondheidszorg en moderne diagnostische en therapeutische hulpmiddelen behoort;
7. en 'last but not least' de verspreiding door de media van bijzonderheden over civiele rechtszaken tegen artsen.

De eerste drie van de genoemde factoren zijn de V.S. eigen en voor Hollandse toestanden van ondergeschikt belang. Toch voel ik behoefte er enkele opmerkingen over te maken.

Naar mijn mening is het jury-systeem de voornaamste factor die ten grondslag ligt aan de verschrikkelijke malaise die er in de Amerikaanse rechtspraak heerst. En deze malaise is het weer die als een deel van een vicieuze cirkel de misdadigheid onderhoudt.

De wijze van betaling van advocaten in de V.S. is misschien de grootste stimulans voor rechtszaken tegen dokters. Het is hierbij gebruikelijk dat advocaten 30% tot 50% van de schadeloosstelling als honorarium eisen. Hoewel ze daarbij het risico lopen bij vrijspraak van de dokter grote verliezen te lijden i.v.m. de uitgaven van het procederen, maakt een smartegelduitkering van ½ tot 1½ miljoen dollar aan hun cliënt veel goed. Het ontbreken van deze wijze van honorering in Groot-Brittannië en Canada, die een met Amerika vergelijkbare rechtspraak hebben, wordt als voornaamste reden genoemd ter verklaring van de zo veel lagere frequentie van 'malpractise suits' in deze landen.

Ik mag terzijde even opmerken dat een Amerikaanse advocaat bij het entameren van een claim tegen een dokter zich niet in hoofdzaak laat leiden door de merites van de zaak, maar veeleer door het element van 'compassion', het medelijden dat bij een jury opgewekt kan worden. Het 'contingency fee' elimineert dus niet zaken die uit medisch of rechtskundig oogpunt zwak staat.

Medische aspecten van 'malpractice suits'

Het ontbreken van een beroepsgeheim voor artsen is slechts van beperkte invloed omdat een procederende patiënt zijn arts hiervan toch zou ontslaan. Toch zijn er bijkomstige omstandigheden die van grote invloed zijn. Het is in Amerika een uit juridisch oogpunt eenvoudige kwestie een arts aan te klagen en al zijn aantekeningen over de patiënt ter inzage te krijgen. Dit geldt ook voor ziekenhuisbescheiden en o.a. de notulen van de medische audit commissies. Het laatste heeft de functies van de commissies vrijwel lamgelegd. Uit andere sociale oogpunten is het ontbreken van het beroepsgeheim betreurenswaard, doch dit feit ligt buiten het betoeg.

Men moet niet denken dat de verandering van de maatschappelijke positie van de artsen een vermindering van hun maatschappelijk prestige ten gevolge heeft gehad. Integendeel, het ontzag en de eerbied, die men in Amerika heeft voor iemand, die financiële en andere successen op zakengebied heeft behaald, garandeert de arts een plaats hoog op de maatschappelijke ladder, zeer dicht bij de 'business executive'. Het spijt me mijn gehoor te moeten vertellen dat rechters en advocaten in de V.S. op veel lagere sporten staan. Prestige heeft echter niets te maken met het verlangen van een ontevreden patiënt om zijn weivarende geneesheer voor schadevergoeding aan te spreken.

Wij komen dan nu tot de kern van het probleem en wat ik hierover zeg geldt evenzeer voor Hollandse toestanden als Amerikaanse. De ernstige of dodelijke ongelukken bij de diagnostiek en behandeling, waarvoor dokters worden aangeklaagd zijn uit het oogpunt van de medicus slechts de top van een ijsberg. Over de omvang van het verborgen deel van de ijsberg heeft de leek geen voorstelling. Het begrip van iatrogene ziekte, het door de dokter veroorzaakte lijden in de ruimste zin van het woord, is sinds de grijze oudheid bekend. Het werd en wordt nog aan de medische scholen onderwezen als een anomalie, alsof iatrogene ziekten zeldzaam zijn. Doch een kritische studie heeft uitgewezen dat 1/5 tot 1/4 van alle ziekenhuisopnamen toe te schrijven is aan verkeerde behandeling, bijwerkingen van de behandeling en ongelukken bij de behandeling.

De explosieve vooruitgang in de geneeskunde, inhoudende het ontwikkelen van sterk werkzame geneesmiddelen en agressieve en ingrijpende behandelingsmethoden heeft de kansen op complicaties, ongewenste bijwerkingen en ongelukken verveelvoudigd. Voor een dokter heeft het vaak de schijn alsof willekeur de selectie beheerst van de gevallen die ter beslechting voor de rechtbank komen. Lezende van zulk een geval denkt hij vaak: het had mij net zo goed kunnen overkomen. Leken vergeten dat een dokter dagelijks te maken heeft met problemen die het leven en welzijn van hun patiënten raken en dat kleine handelingen hiervoor beslissend kunnen zijn. De manier waarop deze problemen onder artsen, vaak schertsenderwijs, worden besproken en afgehandeld zou een voorgelichte leek in minimum van tijd in een staat van psychische shock brengen. Het oordeel over de 'conspiracy of

silence' van de dokters die veelal in discussies een kloof vormt tussen hen en advocaten, moet ook worden getoetst aan de familiariteit van de dokters met de vaak catastrofale gevolgen van kleine variaties in het medisch handelen. De implicaties hiervan zijn zeer verrijkend. Het zou mij te ver voeren hierop dieper in te gaan.

Het populariseren van 'malpractice suits'

De twee laatste punten (6 en 7) slaan op het voorlichten van het publiek hetgeen natuurlijk een tweesnijdend zwaard en even natuurlijk een onstuitbare maatschappelijke ontwikkeling is. De ramifications van ingewikkelde medische kwesties kunnen nimmer door een groep leken of zelfs door een rechtbank worden overzien, en met deskundige voorlichting gebeurt dit slechts op een gebrekkige manier.

Misschien nog meer dan voorlichting van het publiek heeft voorlichting van advocaten als een stimulans gewerkt voor rechtszaken tegen doktoren. De beroemde Belli, die als eerste zich specialiseerde in 'malpractice suits' en daarbij fabelachtige schadeloosstellingen toegewezen kreeg voor zijn cliënten, reisde het land rond met zijn medewerkers om trial lawyers het klappen van de zweep bij te brengen. Zijn voorbeeld, door artsen 'Belli's Circus' genoemd, heeft veel navolging gevonden, meestal op een minder krasse manier, al bleef het doel hetzelfde. Aan de meeste rechtscholen wordt onderwijs gegeven in 'medical malpractice suits', waarbij het aanklagen alsook het verdedigen ter sprake komt. Als u weet, dat verdediging geschiedt tegen een 'fixed fee' en niet een 'contingency fee', zoals bij het aanklagen, dan kunt u zich voorstellen welk deel van de cursussen populair is. Er zijn tegenwoordig vele advocaten in de V.S. die zich uitsluitend toeleggen op het aanklagen van doktoren.

Tegenover de agressiviteit van advocaten van het kaliber van Belli zijn artsen vrijwel hulpeloos en aangewezen op de advocaten van de verzekeringsmaatschappijen, die medici voor wettelijke aansprakelijkheid verzekeren. Het gevolg hiervan is een sterke stijging in premies geweest, waarover u voldoende schrikverhalen gehoord hebt.

De artsenverenigingen hebben ook wel enige activiteit ontwikkeld met cursussen die veelal in de trant zijn van: dek je met getekende formulieren, houd je aantekeningen bij, kritiseer je collega's niet in het bijzijn van patiënten, licht je patiënten in, noem alle risico's en complicaties van medicijnen en behandeling, betaal je verzekering regelmatig. De enige raad die erbij ontbrak doch die geacht werd stilzwijgend gegeven te zijn, is wat op het kaartje gedrukt staat, dat iedere automobilist van zijn verzekeringsmaatschappij krijgt: beken nooit schuld aan de tegenpartij.

De American Medical Association ensceneert op de jaarvergaderingen veelal quasi-processen, waarvan dokters moeten leren wat de beste verdediging is tegen aantijgingen van malpractice. Daarbij krijgt men advies hoe men moet antwoorden op vragen van advocaten, o.a. als men als getuige à décharge optreedt en gevraagd wordt: 'Doctor, how much are you paid for your testimony?' Of als de advocaat een boek in de lucht houdt en vraagt: 'Doctor, would you say this author is an authority on the subject?' om dan uit het boek te bewijzen dat de arts een stomiteit heeft uigehaald. Zo is een hele cultus ontstaan rond de 'doctor in the courtroom'.

De AMA adviseert welke formulieren gebruikt moeten worden om de kansen op malpractice te minimaliseren en heeft er zo een twee dozijn in voorraad die gebruikt

kunnen worden bij kleine en grote ingrepen, variërend van lumbale punctie tot het verwijderen van de interne genitalia van de vrouwen, mocht dit bij een appendectomie noodzakelijk blijken te zijn.

Toestemming voor operaties, bloedtransfusies, angiogrammen, hartcatherisatie, narcose, locale of epidurale anesthesie, behandelingen en handelingen die bijwerkingen kunnen hebben, vernietiging van geamputeerde ledematen, obducties en wat dies meer zij, moeten door de patiënten of hun wettelijke vertegenwoordigers ondertekend worden in het bijzijn van twee getuigen. Ik heb het meegemaakt dat deze handtekening voor het gemak door een van de twee getuigen, meestal verpleegsters, werd geschreven. Ook zou u verbaasd zijn te weten hoe vaak de handtekening uit een kruisje bestaat.

Het inlichten van patiënten mag niet meer summier gebeuren omdat de patiënten naar aanleiding van uitspraken van diverse rechtbanken een 'informed consent' moeten geven. Dit houdt in dat patiënten volledig op de hoogte gebracht moeten worden van de gevaren van een bepaalde medische handeling. Is het fatsoenlijk om patiënten te vertellen dat één op de zoveel patiënten na een lumbale punctie nog jaren aan hoofdpijn kan lijden? De rechtbanken in Amerika verliezen uit het oog dat patiënten veelal mensen in nood zijn die allerminst objectief kunnen denken of gemotiveerde beslissingen kunnen nemen.

Gebrek aan communicatie zorgt er helaas af en toe voor, dat artsen patiënten niet als mensen beschouwen doch eerder als objecten. Handelwijzen zoals ik geschetst heb, die voortvloeien uit 'malpractice suits' dragen er niet toe bij deze gebrekkige communicatie te overbruggen. Mijn indruk is dat, terwijl er in Amerika te veel aan de patiënt gezegd wordt, in Holland de patiënt niet genoeg door zijn arts wordt ingelicht. Er is zoets als een gulden middenweg.

Een oplossing voor 'malpractice suits'

Pogingen om de zwellende stroom van processen tegen dokters wat in te dammen worden op lokaal niveau uitgevoerd met het instellen van comité's van artsen, af en toe met advocaten erbij, die de merites van een aanklacht beoordelen en hierover een uitspraak doen. In welhaast alle gevallen zijn na aanvankelijke successen deze comité's opgeheven en ging men op de oude voet voort. De reden hiervoor is dat de comité's de advocaten het brood uit de mond nemen en de schadeloosstellingen belangrijk lager liggen dan die door sentimenteel ontvankelijke juries worden toegekend.

Als men zijn oor te luisteren legt, bestaat er bij het publiek een diep gevoelde behoefte patiënten en hun verwanten die door ongelukken of fouten in medische behandeling ernstig nadeel ondervonden hebben schadeloos te stellen. Om dit via een proces langs civielrechtelijke weg op dokter of ziekenhuis te verhalen lijkt mij onjuist omdat hierbij het element van wraak of retributie een rol speelt en er bij veroordeling een smet blijft kleven. Bovendien staan er tegenover een geval dat door de rechtbank beslist wordt vele gevallen die dezelfde nauwkeurige revisie van schade, oorzaak en verantwoordelijkheid van node hebben. Een oplossing zou zijn het instellen van een 'no-fault insurance' plan waarbij een nationale verzekering deze schadeloosstelling ook zonder proces garandeert en waaraan doktoren en ziekenhuizen contribueren.

Ook in de medische wereld bestaat een behoefte medische fouten op te sporen

en te voorkomen, al is deze behoefte momenteel niet zo diepgevoeld als die waarover ik eerder sprak. Mogelijk zal deze behoefte groeien als de schuldvraag gesplitst wordt van de schadeloosstelling. Het voorkómen van medische fouten en ongelukken is belangrijker dan de bestraffing van de enkeling die een grove nalatigheid begaan heeft of onethisch gehandeld heeft. Gefundeerde kritiek van gelijken, die tot oordelen bevoegd zijn, heeft een sterkere preventieve werking, zowel voor het individu als voor anderen, dan de vrees voor advocaten en rechters op de vingers getikt te worden. Hierin ligt een oplossing voor het vraagstuk van de malpraxes.

Voor de enkeling is het hachelijk een oplossing voor een sociaal euvel te suggereren omdat dit inhoudt een vermogen om de maatschappelijke ontwikkelingen vele jaren van te voren te voorspellen. Het zou beter zijn de anonimiteit van een commissie te kiezen.

Op gevaar af niet au serieux genomen te worden geef ik u hierbij mijn suggestie.

Een door medici samengestelde raad waarin behalve een advocaat, een of twee leken zitting hebben, fungere als het geweten van de medische gemeenschap. Elke medische fout of gebeurtenis, die daartoe een verdenking oproept kan, door wie dan ook, bij die raad worden voorgebracht. De raad stelt vervolgens een onderzoek in. Mocht de klacht gegrond blijken te zijn, dan wordt de schade vastgesteld en vindt een uitkering van de staat plaats. De terechtwijzing of zonodig bestraffing gebeurt door de raad of wordt door de raad aan de rechtbank overgelaten. Men kan locale raden instellen en daarbij een nationale raad. Alle transacties vinden schriftelijk plaats. Een voorbeeld voor dit systeem is te vinden in Denemarken waar een 'medical-legal council' tot bevrediging van publiek, artsen, en rechtbanken sinds meer dan vijftig jaren functioneert.

Wanneer de artsen in Nederland de hand niet in eigen boezem steken, zal de kritische houding van het publiek gestadig in intensiteit toenemen. Men zal dan langzamerhand moeten ondervinden wat het betekent onder de samenpakkende wolken van de 'malpractice suits' te moeten leven.

SAMENVATTING VAN DE DISCUSSIE

De discussie naar aanleiding van de voordrachten van Mr. B. Sluyters en R. Hausman, arts, kenmerkte zich vooral door eensgezindheid ten aanzien van de opvatting dat gerechtvaardigde vorderingen processueel waargemaakt moeten kunnen worden. Door een juist inzicht bij de medische stand te bevorderen omtrent het verschil tussen civielrechtelijke en strafrechtelijke aansprakelijkheid, moet worden bereikt dat de soms bestaande krampachtige afweershouding ten opzichte van de civielrechtelijke aansprakelijkheid verdwijnt. Een ontwikkeling zoals zich in de U.S.A. heeft voorgedaan, zou mede daardoor in ons land kunnen worden voorkomen.

Maeijer wijst er voorts op dat een eventuele verzachting van de aansprakelijkheid in geval van belangeloos hulpbetoon, zoals in ons land wel wordt erkend, niet voor de arts mag gelden, aangezien deze krachtens zijn professie nu eenmaal de plicht heeft in nood-situaties hulp te verlenen. De arts heeft geen plicht van barmhartigheid, maar een rechtsplicht.

Ten aanzien van de mate van schuld ontkent *Maeijer* op het standpunt te staan, zoals door Sluyters is gesteld, dat geringe schuld van de arts niet voldoende zou zijn voor het aannemen van aansprakelijkheid. Wel meent hij dat het vaak bijzonder moeilijk is om te bepalen wanneer de zorgvuldigheidsnorm is geschonden. Hij wil daarbij steunen op de Franse jurisprudentie welke met zoveel woorden zegt dat er sprake moet zijn van een 'méconnaissance certaine de ses devoirs', een onbetwistbare miskenning van de normen waaraan de beroepsuitoefening van een redelijk bekwame geneesheer moet voldoen. Er moet derhalve een onderscheid worden gemaakt tussen de overtreding van de normen en de zwaarte van de fout.

Maeijer onderschrijft de opvatting van Sluyters ten aanzien van de aansprakelijkheid van de arts voor de gedragingen van de Erfüllungshilfe. De last van de patiënt mag naar zijn mening niet worden verzwaard door geen aansprakelijkheid aan te nemen. De arts-contractant staat daarbij uiteraard voor niet meer in dan het contract inhoudt.

Met betrekking tot een centrale actie jegens het ziekenhuis betwist *Maeijer* de opvatting van Sluyters dat op grond van de toerekenbare schijn reeds onder het huidige recht een dergelijke actie jegens het ziekenhuis mogelijk zou zijn (vgl. preadvies *Maeijer* 'de aansprakelijkheid voor handelingen van een medisch team', in deel 5 serie Medisch Recht). Volgens deze opvatting mag de patiënt die in een ziekenhuis terecht komt, er op vertrouwen dat het ziekenhuis naast de verpleging ook de gehele medische verzorging op zich heeft genomen. *Maeijer* daarentegen meent dat een dergelijke centrale actie, hoe gewenst ook, een regeling bij de wet, bijvoorbeeld de wet ziekenhuisvoorzieningen behoeft. Is deze mogelijkheid eenmaal geopend, dan zal naar zijn mening de rechter wel bereid zijn de patiënt tegemoet te komen in de bewijslast. In navolging van Van Eck (Het medisch beroepsgeheim in

deel 1 serie Medisch Recht) wil hij daaraan toevoegen dat in gevallen, waarin de arts of het ziekenhuis zelf partij is, aan de arts geen verschoningsrecht behoort toe te komen, indien alleen zijn verklaring de betrokkenen in staat kan stellen een vordering waar te maken of af te weren. De zwijgplicht en het verschoningsrecht strekken immers tot welzijn van de patiënt. Ook zou naar zijn oordeel de verplichting moeten worden ingevoerd ziektestatussen over te leggen, uiteraard op een manier waarbij de geheimhouding wordt gewaarborgd.

Goudsmit wil wijzen op het element van vertrouwen dat de patiënten in de arts plegen te hebben. Een ontwikkeling als in de U.S.A., waar aansprakelijkheidsacties worden gestimuleerd, moet in ons land worden voorkomen, omdat anders dit vertrouwen zou kunnen worden ondermijnd. Gerechvaardigde acties moeten uiteraard mogelijk zijn.

Bouricius, arts, meent dat er een onderscheid moet worden gemaakt tussen echte schade tengevolge van een medische fout, tegen vergoeding waarvan geen bezwaar kan bestaan, en zogenaamd smartegeld. Hij vraagt zich af waarop het begrip smartegeld is gebaseerd.

Van Nievelt stelt de vraag hoe ver de informatieplicht van de arts strekt, indien het gaat om belangrijke ingrepen als operaties. Met name is van belang of de patiënt zodanig moet worden ingelicht omtrent mogelijke complicaties, dat hij zelf tot een keuze omtrent al dan niet opereren kan komen.

Sluyters meent dat een arbitraal college als door *Hausman* voorgesteld, inderdaad te overwegen valt, maar dat in dit college de meerderheid niet door artsen, maar door juristen moet worden gevormd.

Naar aanleiding van de gemaakte opmerkingen verklaart *Sluyters* zijn opvattingen nader, daarbij het standpunt handhavend dat een centrale actie jegens het ziekenhuis mogelijk is op grond van de toerekenbare schijn. Deze schijn strekt zich naar zijn oordeel niet alleen uit tot de verpleegkundige, maar ook tot de medische verzorging.

Hausman acht het noodzakelijk dat de artsen op de hoogte zijn van alle rechtzaken wegens kunstfouten, opdat andere kunstfouten en rechtzaken kunnen worden voorkomen.

Preadvies uitgebracht door een werkgroep
van de Vereniging voor Gezondheidsrecht

JURIDISCHE ASPECTEN VAN DE RELATIE
ZIEKENFONDS – MEDEWERKER – VERZEKERDE

INHOUD

Inleiding	76
<i>Par. 1.</i> Enkele opmerkingen vooraf	76
1. Instelling van de werkgroep. Aantal bijeenkomsten. Samenstelling	76
2. Verantwoording taakopvatting	76
3. Motieven voor een afzonderlijke studie van de relatie arts-patiënt naar burgerlijk recht	76
4. Motieven om uitvoerig in te gaan op de relatie ziekenfonds-medewerker (huisarts)	77
5. Het begrip medewerker	77
6. Indeling van het preadvies	77
<i>Par. 2.</i> De ziekenfondsverzekering	78
1. De geschiedenis van de ziekenfondswetgeving in enkele woorden	78
2. Wijze waarop de huidige ziekenfondsverzekering in de Ziekenfondswet is geregeld: een karakterschets	78
3. Het wettelijk systeem: enkele kernartikelen en hun samenhang	79
4. De drie vormen van ziekenfondsverzekering: historische achtergronden en korte karakteristiek	80
5. De drie vormen van ziekenfondsverzekering: hoe de wetgever ze heeft geregeld	82
6. De indeling van de Ziekenfondswet	83
Hoofdstuk I. <i>De verhouding arts-patiënt als vraagstuk van burgerlijk recht</i>	83
<i>Par. 1.</i> Typering van de juridische verhouding arts-patiënt	84
1. Aard en inhoud van de overeenkomst arts-patiënt	84
2. De verplichting van de arts tot behandeling: inspannings- of resultaatsverbintenis?	84
3. Enkele opmerkingen over de verplichtingen van de patiënt tegenover de arts: medewerking aan behandeling en betalen van honorarium	84
4. De betekenis van het 'vertrouwens'-element en de toestemming van de patiënt voor de inhoud van de overeenkomst arts-patiënt	85
<i>Par. 2.</i> Korte typering van de juridische relatie met enkele andere personen en instellingen werkzaam op het terrein van de gezondheidszorg	86

<i>Par. 3.</i>	Enkele nadere beschouwingen over tot stand komen en inhoud van de overeenkomst arts-patiënt	87
	1. De juridische betekenis van de aanmelding als patiënt. Vestigt overeenkomst arts-patiënt verbintenis(sen) van voorbijaande of van voortdurende aard?	87
	2. Het belang van dit onderscheid: wanneer recht op behandeling-honorarium? wanneer bevoegdheid opzegging overeenkomst?	88
	3. Twee 'zijweggetjes':	88
	a. Naambordje met vermelding 'arts' en aesculaapteken: openbaar aanbod?	88
	b. Het vraagstuk van de waarneming	89
<i>Par. 4.</i>	Enkele problemen rond het vereiste van de toestemming	90
	1. Vraagstelling	90
	2. Het bewusteloze ongevalsslachtoffer. Zaakwaarneming? Verschillende casusposities. Het honorarium van de arts. Eventuele bezwaren tegen de zaakwaarnemingsconstructie	90
	3. De onder narcose gebrachte patiënt	92
	<i>Hoofdstuk II. De verhouding ziekenfonds-medewerker-verzekerde als samenstel van tweezijdige relaties</i>	92
<i>Par. 1.</i>	De relatie verzekerde-medewerker (huisarts)	92
	1. Aard van deze relatie. Voorwaarden voor het ontstaan van deze relatie	92
	2. Inhoud van deze relatie	93
	3. De honoreringsverplichting: voldoet het ziekenfonds andermans of eigen schuld? Geen schuldoverneming. De zienswijze van Maeijer. De zienswijze van de werkgroep	93
	4. Zaakwaarneming door medewerker ten behoeve van ziekenfonds-verzekerde. Vier casusposities besproken	95
	5. Op welk moment ontstaat er een juridische band tussen verzekerde en medewerker (huisarts)? Voortzetting van deze relatie op particuliere basis	96
	6. De wettelijke bepalingen die de keuzevrijheid van de verzekerde beperken: functionele en territoriale beperking. Een derde 'beperking': de inschrijving op naam	96
	7. De inschrijving op naam nader onder de loupe genomen. De inschrijving op naam van een groepspraktijk	97
	8. Acties van verzekerde tegenover arts ingeval van schade tengevolge van onjuiste of onzorgvuldige behandeling	98
	9. De beëindiging van de relatie verzekerde-medewerker (huisarts)	99
<i>Par. 2.</i>	De verhouding ziekenfonds-verzekerde	99
	1. Rechtspositie van verplicht, vrijwillig en bejaarde verzekerden gelijk. Uitzonderingen in de vrijwillige verzekering:	99
	a. weigering toelating tot verzekering wegens bestaande ziekte of gebreken;	100

b. de wachttijden;	100
c. verloskundige hulp door vroedvrouw of huisarts naar keuze van de verzekerde	100
2. Situering van de verhouding ziekenfonds-verzekerde in het publiekrecht en/of privaatrecht.	101
3. Op welke wijze kan de verzekerde zijn aanspraken tegenover het ziekenfonds afdwingen? Vier casusposities:	102
a. het ziekenfonds ontkent de aanspraak zelf;	102
b. het ziekenfonds kan bij gebrek aan medewerkers hulp niet garanderen;	103
c. de medewerker ontkent de aanspraak zelf;	104
d. de medewerker verleent de hulp niet op juiste of behoorlijke wijze	105
<i>Par. 3.</i> De verhouding ziekenfonds-medewerker (huisarts)	106
1. In beginsel alleen overeenkomsten met vrij-gevestigde beroeps-beoefenaren en zelfstandig werkende instellingen. Bij uitzondering: loondienstverhouding. Geen wettelijke garanties voor tot stand komen van overeenkomsten ziekenfondsen-medewerkers	106
2. Wisselwerking tussen inhoud verstrekkingen en medewerkersovereenkomsten	107
3. De wetgever en de medewerkersovereenkomsten	108
4. De aard van de medewerkerscontracten: overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten, contractus sui generis? Rechtskarakter van de 'landelijke overeenstemming'. Wet op de Collectieve Arbeidsovereenkomst van toepassing?	108
5. De bevoegdheid en de verplichting tot het aangaan van medewerkersovereenkomsten. De 'toelatingscommissies van de Ziekenfondsraad'	108
6. De inhoud van de relatie ziekenfonds-medewerker, indien niet vastgelegd in op schrift gestelde overeenkomsten. Nadere beschouwing over de rol en de betekenis van de landelijke c.q. plaatselijke overeenstemming voor het medewerkerscontract	110
7. Nadere beschouwing over de invloed van het medewerkerscontract op de rechten van de verzekerden. Buiten de in de wettelijke regelingen toegelaten gevallen geen vordering van medewerker op de verzekerde	111
8. De verplichtingen van de medewerker tegenover het ziekenfonds: zich gedragen als een goed <i>medewerker</i> . Oók het zich gedragen als een goed <i>huisarts</i> (e.d.)? Twee situaties:	112
a. Het ziekenfonds lijdt schade tengevolge van onjuiste of onzorgvuldige hulpverlening aan de verzekerde: actie ex art. 1401 B.W.; actie ex art. 83b Ziekenfondswet;	113
b. Het ziekenfonds lijdt geen schade tengevolge van de onjuiste of onzorgvuldige hulpverlening aan de verzekerde. Komt het ziekenfonds ook dan bevoegdheid toe om maatregelen tegen de medewerker te nemen? Meninge in werkgroep verdeeld. Argumenten pro en contra	114

9. Het ziekenfonds dient met beleid van zijn bevoegdheid gebruik te maken. De 'ernstige bezwaren' van artikel 47 ZFW en de actie tot ontbinding wegens wanprestatie. Iets over de eenzijdige opzegging van het medewerkerscontract	116
10. De medewerkersovereenkomsten en het wettelijk vereiste van goedkeuring	117
Hoofdstuk III. <i>De verhouding ziekenfonds-medewerker-verzekerde als driezijdige relatie</i>	118
1. Probleemstelling	118
2. Drie opvattingen in literatuur verdedigd	118
3. De opvatting van Kortmann. Bezwaren	118
4. De opvatting van Maeijer. Bezwaren	119
5. De opvatting van Van der Velden	119
6. De opvatting van de werkgroep. Van der Velden's zienswijze door werkgroep niet gedeeld	120
7. Samenvatting en conclusie	120
Enige literatuur	120
Enkele feitelijke gegevens betreffende de ziekenfondsverzekering	122
Beknopt verslag van de discussie gehouden naar aanleiding van het preadvies	125

INLEIDING

Par. 1. Enkele opmerkingen vooraf

1. De Vereniging voor Gezondheidsrecht besloot in haar vergadering van 1 mei 1969 werkgroepen in te stellen voor het bestuderen van onderwerpen van belang voor het gezondheidsrecht. Eén van deze werkgroepen werd verzocht zich te verdiepen in de juridische problemen welke besloten liggen in de relatie ziekenfonds-medewerker-verzekerde. De resultaten van haar studie zijn vervat in dit preadvies.

De werkgroep is aan de uitvoering van haar opdracht begonnen in oktober 1969. Sindsdien is zij in totaal 24 keer bijeengekomen.

Aan het einde van haar werkzaamheden was de werkgroep samengesteld uit de navolgende leden van de Vereniging: Mr. E. G. J. M. Bogaerts, Mr. J. A. Th. Boumans, Mr. N. de Graaff, Mr. E. D. Harderwijk, Mr. A. C. Kraayenbrink, Mr. J. M. van der Most (secretaris), Mr. W. B. van der Mijn, Mr. T. J. S. Postma (gespreksleider), Dr. J. F. Rang, Mr. J. J. Reijkerkerk, Mr. P. A. L. M. van der Velden.

2. In het kort iets over de wijze waarop de werkgroep haar taak heeft opgevat.

De werkgroep stond voor de keuze: hetzij een min of meer algemene studie van het ziekenfondsrecht zoals het zich in de toekomst naar haar mening zou dienen te ontwikkelen, hetzij een studie van een aantal actuele problemen waarvoor het bestaande ziekenfondsrecht de jurist nogal eens stelt.

Mede in verband met het feit dat een commissie van de SER zich reeds geruime tijd bezighoudt met een onderzoek naar de meest wenselijke structuur en organisatie van de ziektekostenverzekering (in de meest ruime zin) in Nederland, is de voorkeur uitgegaan naar de als tweede genoemde opvatting van het studiethema. Deze keuze had bovendien het voordeel dat de werkgroep de omvang van haar taak, alnaargelang de beschikbare tijd, naar eigen goedgevoelen kon bepalen.

Twee opmerkingen van feitelijke aard mogen hier nog worden gemaakt.

Wanneer in dit preadvies sprake is van de ziekenfondsverzekering, dan heeft de werkgroep daarmee meestal het oog gehad op de verplichte ziekenfondsverzekering; de vrijwillige en bejaardenverzekering heeft zij niet uit het oog verloren, er worden hier en daar aparte beschouwingen aan gewijd.

Ongetwijfeld zal de lezer constateren dat eenheid van stijl niet het preadvies siert. Dat vindt daarin zijn oorzaak dat de tekst is samengesteld uit bijdragen van diverse leden.

3. De werkgroep meende dat aan een studie van de verhouding ziekenfonds-medewerker-verzekerde het beste vooraf gaat een bespreking van de relatie arts-patiënt bezien vanuit het civiele recht, buiten het verband van wat men korthedshalve zou kunnen noemen het 'ziekenfondsrecht'. Hoewel verscheidene benaderingswijzen van het onderwerp verdedigbaar zijn, leek deze volgorde van behandeling zowel vanuit *historisch* als vanuit *systematisch* oogpunt de meest voor de hand liggende.

Historisch. De ziekenfondsverzekering heeft zich van het begin af aan ontwikkeld op basis van de verhouding arts-patiënt als overeenkomst van burgerlijk recht. De ziekenfondsverzekering is bij wijze van spreken hieromheen gebouwd. Ook binnen de huidige structuur van deze verzekering is het civielrechtelijk karakter van de relatie arts-patiënt in wezen onaangetast gebleven zowel gelet op de inhoud als op de wijze van totstandkoming.

Systematisch. De ziekenfondsverzekering veronderstelt het bestaan van een juridische relatie tussen arts en patiënt. Het is aan deze relatie dat zij haar zin ontleent. Het civielrechtelijke karakter ervan kwam in de vorige alinea al ter sprake. Een behandeling van de relatie arts-patiënt als onderdeel van de verhoudingen in de ziekenfondsverzekering leek dan ook niet zinvol zonder eenstemmigheid over juist de civielrechtelijke aspecten daarvan.

In de loop van het eigenlijke preadvies zal een van tijd tot tijd teruggrijpen naar deze civielrechtelijke verhouding noodzakelijk zijn, een reden temeer om de beschouwing daarover aan de verhandeling over het eigenlijke studiethema vooraf te laten gaan.

4. Het preadvies gaat vrij uitvoerig in op de relatie ziekenfonds-medewerker, in het bijzonder de relatie ziekenfonds-huisarts. Behalve dat het hier gaat om een voor de praktijk belangrijke aangelegenheid (de besprekingen ten doel hebbende het op schrift stellen van het model-contract ziekenfonds/huisarts zijn nog niet afgerond), zijn de problemen in deze verhouding min of meer typerend voor de ziekenfondsverzekering in haar huidige opzet.

Relaties met andere medewerkers – zoals specialisten, tandartsen, apothekers, fysiotherapeuten, leveranciers van kunst- en hulpmiddelen, vroedvrouwen enzovoorts – komen niet of hoogstens terloops ter sprake. Niet dat zij minder belangrijk zouden zijn, doch zij vielen buiten de beperking die de werkgroep zich bewust heeft gesteld. Bovendien geeft een bespreking van de relatie ziekenfonds-huisarts, hoewel specifiek van aard, een goed beeld van het geheel van vraagstukken dat zich in de verhouding ziekenfonds-medewerker kan voordoen.

Veel van hetgeen voor de relatie ziekenfonds-huisarts opgaat zal dan ook mutatis mutandis gelden voor relaties van ziekenfondsen met andere medewerkers. Daarbij moet uiteraard worden bedacht dat de inhoud van deze relaties verschilt alnaargelang de aard van de diensten welke de desbetreffende medewerkers verlenen en de wijze waarop deze in de wettelijke regelingen van de ziekenfondsverzekering zijn uitgewerkt.

Voor een volledig begrip van ook deze verhoudingen zou evenwel een afzonderlijke studie onmisbaar zijn.

5. Iets over het gebruik van het begrip medewerker.

Het woord medewerker komt in de ziekenfondswetgeving niet voor. Doorgaans worden ermee aangeduid de personen – soms ook wel de instellingen – met wie of welke de ziekenfondsen voor de geneeskundige verzorging van hun verzekerden overeenkomsten hebben gesloten. Zo ook de Memorie van Toelichting bij de Ziekenfondswet.

Het preadvies sluit zich bij dit woordgebruik aan. In voorkomende gevallen zal zondig worden aangegeven welke personen of instellingen in concreto zijn bedoeld.

6. In grove schets ziet de indeling van het preadvies er als volgt uit.

Na de inleiding volgt een bespreking van de verhouding arts-patiënt naar burgerlijk recht (hoofdstuk I) waarin aan de orde komen: totstandkoming en inhoud van de overeenkomst arts-patiënt alsmede enkele vragen rond het vereiste van de toestemming. In hoofdstuk II worden achtereenvolgens behandeld de relatie ver-

zekerde-medewerker (par. 1), de relatie verzekerde-ziekenfonds (par. 2) en de relatie ziekenfonds-medewerker (par. 3). Hoofdstuk III bespreekt deze relaties in haar onderlinge samenhang.

Par. 2. De ziekenfondsverzekering

Voor niet iedereen is de ziekenfondswetgeving vertrouwd terrein. Een korte schets van deze materie ter inleiding lijkt dan ook nuttig.

1. De ziekenfondsverzekering heeft een lange ontwikkeling doorgemaakt waarvan het begin, zo men al niet tot de tijd der gilden terug wil gaan, gezocht moet worden omstreeks het midden van de vorige eeuw. Deze vorm van verzekering heeft zijn ontstaan te danken aan particuliere initiatieven. Met recht kan men stellen dat zij van oorsprong een zuiver privaatrechtelijk instituut is.

Met het toenemen van het aantal ziekenfondsen nam ook de verscheidenheid aan regelingen toe. Rechten en plichten konden van plaats tot plaats in niet onbelangrijke mate verschillen. Het bezettingsrecht heeft aan deze situatie grotendeels een einde gemaakt door bij wettelijke maatregel een landelijk uniform model in te voeren, de basis voor hetgeen genoemd wordt de verplichte verzekering. Deze maatregel, bekend onder de naam Ziekenfondsenbesluit, dateerde van 1941 en is naderhand uitgewerkt in een drietal Uitvoeringsbesluiten. Deze wettelijke maatregelen zijn op haar beurt weer aanleiding geworden tot een uitgebreid 'circulairrecht', van overheidswege gegeven schriftelijke richtlijnen voor de uitvoeringspraktijk. Ondanks de in de loop der tijd in betekenis toenemende overheidsbemoening is de privaatrechtelijke herkomst van de ziekenfondsverzekering, althans wat haar structuur aangaat, steeds herkenbaar gebleven.

Het geschetste geheel van regels en voorschriften heeft nog tot 1966 zijn diensten aan de Nederlandse samenleving bewezen, in welk jaar het in één allesomvattende wettelijke regeling werd samengebracht en gecodificeerd. De wetgever heeft deze gelegenheid tevens aangegrepen om een aantal nog niet gerealiseerde verlangens alsnog te verwezenlijken. Bedoelde regeling is tot stand gekomen onder de naam Ziekenfondswet. De wet zelf is tot nu toe vrijwel ongewijzigd van kracht geweest.

2. De Ziekenfondswet regelt een materie die in voortdurende ontwikkeling is. Vandaar dat de wetgever haar de vorm heeft gegeven van een raamwet: krachtens delegatie kunnen en zijn diverse onderwerpen nader geregeld bij algemene maatregel van bestuur en ministeriële besluiten. Zo wordt aan de Kroon en bij verdere delegatie aan de minister overgelaten aard respectievelijk inhoud en omvang der verstrekkingen te regelen. Onder verstrekkingen zijn te verstaan de onderscheidene prestaties, welke de ziekenfondsen aan hun verzekerden garanderen: de verzekerden hebben daarop ten opzichte van hun *ziekenfonds* recht.

De Ziekenfondswet was onder meer bedoeld om de organisatorische structuur van de ziekenfondsverzekering van een hechte basis te voorzien en de middelen aan te reiken om haar verdere ontwikkeling te begeleiden. Neemt men het geheel van voorschriften in ogenschouw, dan ontkomt men niet aan de indruk dat de wetgever heeft getracht een rechtstreeks ingrijpen in het historisch gegroeide instituut van deze verzekering zoveel mogelijk te vermijden. Het minst terughoudend heeft hij

zich betoond op het punt van de rechten en plichten van verzekerde en ziekenfonds.

Niet minder belangrijk zijn uiteraard de betrekkingen tussen ziekenfondsen-medewerkers en tussen verzekerden-medewerkers. De historisch gegeven vrijheid om de inhoud van deze betrekkingen — in het bijzonder van de eerstgenoemde — naar eigen goeddunken te bepalen, heeft de wetgever evenwel zo goed als onberoerd gelaten, althans heeft hij volstaan met het aangeven van de kaders waarbinnen genoemde partijen vrijheid van handelen hebben.

Het resultaat van deze opzet is dat de ziekenfondsverzekering deels het uiterlijk vertoont van een publiekrechtelijk instituut, deels haar privaatrechtelijke oorsprong trouw is gebleven. Van een zekere tweeslachtigheid is de huidige ziekenfondswetgeving dan ook niet vrij te pleiten. Het is wellicht goed dit laatste in het oog te houden. Een aantal van de problemen die hieronder nog besproken zullen worden, spelen zich juist af op de plaatsen waar publiek- en privaatrecht elkaar ontmoeten.

3. Vergelijking met de particuliere ziektekostenverzekering is een geschikte methode om de eigen aard van de ziekenfondsverzekering aanschouwelijk te maken.

De particulier verzekerde patiënt sluit met de arts tot wie hij zich om hulp wendt een overeenkomst tot behandeling, een civielrechtelijke wederkerige overeenkomst, waaraan de arts van zijn kant het recht ontleent om een al dan niet uitdrukkelijk overeengekomen honorarium te vorderen. Het feit dat de patiënt met een derde een verzekering heeft gesloten tegen kosten van geneeskundige hulp, zal de arts onverschillig laten, de verzekeringsinstelling waarbij de patiënt eventueel is aangesloten, interesseert hem niet, althans zo zou de houding van de arts behoren te zijn.

De particuliere verzekering tegen ziektekosten is een overeenkomst tot verzekering als geregeld in het Wetboek van Koophandel, een zuivere schadeverzekering. Partijen zijn vrij al of niet een zodanige overeenkomst te sluiten en de inhoud ervan in gezamenlijk overleg vast te stellen, zij het dat de verzekeraars hun aspirant-verzekerden veelal een standaardovereenkomst plegen voor te leggen met min of meer uitgebreide keuzemogelijkheden. Tenzij anders is overeengekomen kunnen partijen de beslechting van eventuele geschillen opdragen aan de burgerlijke rechter.

Hoe anders liggen de verhoudingen in de ziekenfondsverzekering. Om zich hieromtrent een goede voorstelling te maken kan men het beste bij de Ziekenfondswet zelf te rade gaan.

Artikel 8, eerste lid, van deze wet vat het uitgangspunt van de ziekenfondsverzekering samen in de volgende bewoordingen:

‘De verzekerden hebben aanspraak op verstrekkingen ter voorziening in hun geneeskundige verzorging (. . .). De ziekenfondsen dragen zorg, dat deze aanspraak door de bij hen ingeschreven verzekerden tot gelding kan worden gebracht’.

Blijkens het tweede lid worden aard, inhoud en omvang der verstrekkingen bij of krachtens algemene maatregel van bestuur geregeld.

Op welke wijze voldoen de ziekenfondsen aan de hen in artikel 8, eerste lid (geciteerd), opgelegde verplichting? Artikel 44, eerste lid:

‘Met inachtneming van het bepaalde in artikel 8 sluiten de ziekenfondsen overeenkomsten met personen en instellingen, die een of meer der vormen van hulp,

bedoeld in de algemene maatregel van bestuur ter uitvoering van artikel 8, kunnen verlenen'.

De wijze waarop de verzekerden hun aanspraken dienen te realiseren, heeft de wetgever zich in artikel 9, eerste lid, aldus voorgesteld:

'De verzekerde, die zijn aanspraak op een verstrekking geldend wil maken, wendt zich daartoe (. . .) tot een persoon of instelling, met wie of welke het ziekenfonds, waarbij hij is ingeschreven, tot dat doel een overeenkomst heeft gesloten (. . .)'.

Elk van deze bepalingen tekent één der verhoudingen die tezamen wat men zou kunnen noemen het ziekenfondsverzekeringsmodel vormen. Artikel 8 legt de relatie verzekerde-ziekenfonds, artikel 44 de relatie ziekenfonds-medewerker, en artikel 9 de relatie verzekerde-medewerker.

Wat betreft de relatie ziekenfonds-medewerker, deze wordt door de wet voorgesteld als een wederkerige overeenkomst. De medewerker verplicht zich daarbij ten opzichte van het ziekenfonds met inachtneming van het beginsel van vrije patiëntenkeuze de aldaar ingeschreven verzekerden te behandelen, het ziekenfonds op zijn beurt verplicht zich de medewerker het daarvoor overeengekomen honorarium te betalen. Voor de verzekerde betekent zulks, dat hem voor de behandeling – althans in beginsel – niets in rekening wordt gebracht. De medewerker declareert zijn honorarium rechtstreeks bij het ziekenfonds.

Aldus wordt een belangrijk verschil met de particuliere verzekering duidelijk. Daar is de relatie patiënt-verzekeringsinstelling voor de arts een louter toevallig gegeven, bij de ziekenfondsverzekering is deze relatie daarentegen essentieel.

In nog een ander opzicht verschilt de ziekenfondsverzekering beduidend van de overeenkomst van verzekering naar burgerlijk recht, indien we althans voor een ogenblik het blikveld beperken tot alleen de verplichte verzekering. Bij deze laatste valt op dat het ingaan van de verzekering niet het resultaat is van een wilsact van de verzekerde, doch een gevolg dat de wet verbindt aan een bepaalde hoedanigheid zoals het zijn van 'werknemer'. Evenzo is het einde van de verzekering aan de wil van partijen onttrokken. Hetzelfde geldt voor de vaststelling van de premie en de omvang van de rechten.

4. Met het noemen van de verplichte verzekering is deze uiteenzetting gekomen aan een belangrijk onderscheid.

De ziekenfondsverzekering kent drie vormen van verzekering. In de volgorde waarin de wet deze behandelt zijn het: de verplichte verzekering (artt. 2–19), de bejaardenverzekering (artt. 20–26) en de vrijwillige verzekering (artt. 27–33).

Onder nummer 1 van deze paragraaf werd reeds even iets over het ontstaan van de verplichte verzekering en de totstandkoming van de huidige Ziekenfondswet gezegd. Er is een goede reden thans hierop wat uitvoeriger in te gaan, aangezien de drieledigheid van de huidige ziekenfondsverzekering het beste is te verklaren vanuit de historische ontwikkeling van deze verzekering.

Tot 1941 bestond er één vorm van ziekenfondsverzekering: een vrijwillige verzekering voor zowel loontrekkenden als zelfstandigen beneden zekere inkomensgrenzen. De rechtsbetrekking ziekenfonds-verzekerde was toen de typeren als een

privaatrechtelijke overeenkomst tot schadeverzekering. In één opzicht verschilde deze verzekering van het normale type: het fonds was niet gehouden tot vergoeding van de geleden schade door uitkering van een bedrag in geld, het verplichtte zich tot het garanderen van de hulp zelf door zich langs contractuele weg te verzekeren van de diensten van derden die bereid en bevoegd waren geneeskundige hulp te verlenen.

In 1941 werd bij het Ziekenfondsenbesluit voor een deel van de loontrekkende bevolking een zogenaamde verplichte verzekering ingevoerd. 'Verplichte verzekering' is een enigszins misleidende terminologie: niet zo zeer de verzekering was verplicht als wel de premiebetaling. De verplicht verzekerde was vrij zich al dan niet bij een ziekenfonds te verzekeren. Indirect bestond er wel een zekere dwang daartoe: volgens de toen reeds lang bestaande Ziektewet kon ziekengeld worden geweigerd aan die verplicht verzekerden die nalieten zich daadwerkelijk bij een fonds aan te sluiten.

Vanaf 1941 waren er dus twee vormen van ziekenfondsverzekering: een vrijwillige en een 'verplichte'.

Blijkens een arrest van de Hoge Raad, daterend van 1959¹, moest die verplichte verzekering, ondanks haar verplichte karakter, niet worden benaderd als een sociale voorziening van publiekrechtelijke aard, doch als een gewone verzekeringsovereenkomst in de zin van artikel 246 W.v.K. Aan dit privaatrechtelijke karakter zou niet afdoen het feit dat de relatie ziekenfonds-verzekerde in belangrijke mate wordt beheerst door regels van dwingend recht.

De Hoge Raad overwoog, dat de verplicht verzekerde vrij is om al dan niet een rechtsbetrekking met een ziekenfonds aan te gaan en het fonds te kiezen waarbij hij zich wenst aan te sluiten.

Een normale privaatrechtelijke verzekeringsovereenkomst dus. De in 1966 inwerkinggetreden Ziekenfondswet heeft hierin een principiële wijziging gebracht: verplicht verzekerd betekent sindsdien niet alleen 'wettelijk verplicht tot premiebetaling', doch tevens 'van rechtswege verzekerd'. Met andere woorden: voor het verkrijgen van rechten uit de verzekering is niet langer aansluiting bij een ziekenfonds nodig, ook zonder deze heeft men de in de wet omschreven rechten. Maar, zo voegt de wetgever er kryptisch aan toe, wil men als verzekerde die rechten geldend maken, dan is bovendien aanmelding en inschrijving bij een ziekenfonds nodig. Hiertoe kan men, evenals voordien het geval was, veelal tussen meerdere fondsen kiezen.

De eveneens in de Ziekenfondswet geregelde bejaardenverzekering had een voorloopster in de Wet ziekenfondsverzekering voor bejaarden uit 1957, welke op haar beurt haar ontstaan te danken had aan de eveneens in 1957 ingevoerde Algemene Ouderdomswet. Deze verzekering was een vrijwillige, van overheidswege gesubsidiëerde verzekering. Deze opzet is ook in de huidige bejaardenverzekering gecontinueerd. Evenals bij de vrijwillige verzekering zijn ook hier de rechten gelijk aan die van de verplichte verzekering. Een niet essentieel verschil met de vrijwillige verzekering is nog dat de contractsvrijheid aan ziekenfondszijde ontbreekt. Is voor het aangaan van een vrijwillige verzekering altijd nog de toestemming van het ziekenfonds nodig — welke overigens zelden kan worden geweigerd — in de bejaardenverzekering is enkele aanmelding als verzekerde voldoende voor het doen

1. H.R. 13 maart 1959, N.J. 1962, 338.

ingaan van de verzekering, mits men uiteraard voldoet aan de daartoe bij de wet gestelde eisen.

In 1966 is de vrijwillige verzekering voorwerp van meer intensieve overheidsbemoedening geworden. In de Ziekenfondswet werd dwingend voorgeschreven, dat de rechten uit deze verzekering gelijk zouden zijn aan die van de verplichte verzekering. Bovendien werd de vrijheid van de ziekenfondsen om toetreding tot deze verzekering te weigeren tot enkele wettelijk aangeduide gevallen beperkt. Voor het overige bleef deze verzekering haar privaatrechtelijke oorsprong trouw.

5. Na deze globale beschrijving van de ontwikkeling die de ziekenfondsverzekering heeft doorgemaakt, nog enkele wetenswaardigheden over de drie vormen van ziekenfondsverzekering om het beeld ervan rond te maken.

De verplichte verzekering. Hierin nemen van rechtswege deel de werknemers in de zin van de Ziektewet en degenen die behoren tot groepen van personen welke bij of krachtens algemene maatregel van bestuur zijn aangewezen, voorzover hun jaarkomen niet een bepaald bedrag te boven gaat (sinds 1 januari 1973: f 20.900). Voor hetzelfde premiebedrag zijn medeverzekerd de echtgenote van de verplicht verzekerde alsmede, globaal gesproken, de overige gezinsleden.

Voor de verplicht verzekerden in loondienst geldt een premie gelijk aan een door de Minister van Sociale Zaken te bepalen percentage van het loon. De helft van deze premie is verschuldigd door de verzekerde, de andere helft door de werkgever. De werkgever heeft als taak de totaal verschuldigde premie af te dragen aan de daartoe in aanmerking komende bedrijfsvereniging, die op haar beurt zorg draagt voor storting in de Algemene Kas. De werkgever is door de wetgever bevoegd gemaakt het door de verzekerde verschuldigde deel van de premie op diens loon in te houden. Voor verplicht verzekerden die behoren tot de aangewezen groepen, gelden uiteraard afwijkende regels.

De bejaardenverzekering. Deze verzekering kunnen sluiten degenen die 65 jaar of ouder zijn, indien hun inkomen niet een bepaald maximum-bedrag — thans f 13.407 per jaar — te boven gaat. De medeverzekering is geregeld als in de verplichte verzekering.

Ook voor de bejaarde verzekerden geldt een gezinspremie welke door de ziekenfondsen wordt geheven en waarvan de hoogte jaarlijks door de Minister van Sociale Zaken wordt vastgesteld. De verzekerden worden verdeeld in vier inkomensgroepen, waarmee weer vier premieklassen corresponderen. De hoogte van de premie wordt kunstmatig laag gehouden, zodanig dat het totaal der opgebrachte premies ongeveer een derde van de werkelijke kosten bestrijkt. De overblijvende kosten worden bestreden doordat het Rijk en de Algemene Kas elk voor de helft daarin bijdragen.

Voor het vaststellen van de individueel verschuldigde premie kan aan de verzekerde de verplichting tot het verstrekken van inlichtingen over zijn inkomens- of vermogenssituatie worden opgelegd.

De vrijwillige verzekering. Anderen dan verplicht en bejaarde verzekerden kunnen, mits hun inkomen het voor de verplichte verzekering geldende maximum-bedrag niet te boven gaat, een ziekenfonds verzoeken een overeenkomst te sluiten welke hem recht geeft op de wettelijk gegarandeerde verstrekkingen. De wet verklaart daarbij, dat een ziekenfonds in zijn statuten of reglementen niet kan bepalen, dat personen wier gezondheidstoestand een sterk verhoogd ziekterisico oplevert, als verzekerden kunnen worden geweigerd of dat hun rechten aan beper-

kingen kunnen worden onderworpen. Evenmin kan een ziekenfonds op deze grond de verzekering beëindigen. Ook hier is de medeverzekering gelijk aan die van de verplichte verzekering.

De vrijwillig verzekerde betaalt aan het ziekenfonds een premie volgens een door dat ziekenfonds vastgesteld tarief. Dit tarief moet door de Ziekenfondsraad worden goedgekeurd. De premie bestaat dus uit een vast bedrag waarvan de hoogte van fonds tot fonds kan verschillen. Hoewel ook de vrijwillige verzekering medeverzekerden kent – dezelfde personen als bij de verplichte – betaalt van een echtpaar iedere partner premie. De premie in de vrijwillige verzekering is dus niet zoals bij de verplichte- en bejaardenverzekering een gezinspremie. Wel zijn kinderen tot 16 jaar 'gratis' meeverzekerd met hun ouders.

6. Naast het hoofdstuk waarin de hierboven onder de punten 4 en 5 besproken vormen van verzekering worden behandeld, kent de Ziekenfondswet nog hoofdstukken waarin onder meer aan de orde komen: taak en bevoegdheden van de ziekenfondsen (artt. 34–43), de overeenkomsten tussen ziekenfondsen en medewerkers (artt. 44–49), taak en bevoegdheden van de Ziekenfondsraad (artt. 50–73), het recht van beroep alsmede schorsing en vernietiging van besluiten (artt. 74–83), de invloed van de ziekenfondsverzekering op het burgerlijk recht (artt. 83a–83c), gevolgd door een hoofdstuk met strafbepalingen (artt. 84–92). De wet besluit in het laatste hoofdstuk met een aantal overgangs- en slotbepalingen (artt. 93–107).

HOOFDSTUK I. DE VERHOUDING ARTS-PATIËNT ALS VRAAGSTUK VAN BURGERLIJK RECHT

Dit hoofdstuk gaat nader in op de relatie arts-patiënt als civielrechtelijke betrekking.

Deze materie is bij anderen reeds uitvoerig onderwerp van studie geweest.² Vandaar dat hieronder zal worden volstaan met het aangeven van enkele karaktertrekken. Daarbij zal wat langer worden stilgestaan bij aspecten die in verband met de vraagstukken in de volgende hoofdstukken bijzondere aandacht behoeven.

Uiteraard spelen in de relatie arts-patiënt ook andere deelgebieden van het recht een rol zoals het strafrecht en medisch tuchtrecht. Zij bepalen mede de inhoud van de relatie tussen beide genoemde partijen. Voor dit preadvies zijn dit evenwel onderwerpen van secundair belang, om welke redenen zij verder onbesproken zullen blijven.

Wellicht neemt dit hoofdstuk in het geheel van de studie onevenredig veel ruimte in. De werkgroep meende dat een min of meer uitvoerige weergave van haar zienswijze ten aanzien van de civielrechtelijke aspecten van de verhouding arts-patiënt niet zonder belang zou zijn en bovendien als verantwoording van haar eigen visie gerechtvaardigd is. In het bijzonder geldt dit voor hetgeen is uiteengezet in

2. Voor het Nederlandse recht kan onder meer worden verwezen naar de bijdrage van J. M. M. Maeijer in de bundel: *De geneesheer en het recht*, Deventer 1968, p. 9 e.v., met onder nr. 8 een uiteenzetting over genoemde relatie in het kader van de ziekenfondsverzekering. Niet onvermeld mogen blijven de opstellen van C. Berkhouwer en L. D. Vorstman: *De aansprakelijkheid van de medicus voor beroepsfouten door hem of zijn helpers gemaakt*, Zwolle 1950. Voor het Franse recht is een systematische verhandeling te vinden in: R. Savatier c.s., *Traité de Droit Medical*, Parijs 1956, nrs. 236–370.

paragraaf 3 van dit hoofdstuk handelende over de inhoud en de totstandkoming van de overeenkomst arts-patiënt.

Par. 1. Typering van de juridische verhouding arts-patiënt

1. De relatie welke tot stand komt tussen een patiënt en de arts tot wie hij zich voor het verkrijgen van geneeskundige hulp wendt, wordt algemeen opgevat als een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten (art. 1637 B.W.). Meer dan een rubricering moet achter deze benoeming niet worden gezocht. De wet zelf verbindt er geen bijzondere consequenties aan.

De overeenkomst is een wederkerige: de arts verplicht zich de patiënt te onderzoeken, hem te adviseren en zonodig te behandelen overeenkomstig de maatstaven die de stand van de medische wetenschap hem voorschrijft; de patiënt van zijn kant verplicht zich het al of niet uitdrukkelijk overeengekomen honorarium te betalen. De overeenkomst arts-patiënt zal daarnaast nog andere verplichtingen met zich meebrengen. Zo is de arts gehouden de patiënt zonodig over het onderzoek en de behandeling te informeren. Veelal neemt men aan dat de patiënt verplicht is zijn medewerking aan de overeengekomen behandeling te verlenen.

2. Men is gewoon te stellen dat uit de overeenkomst tussen patiënt en arts voor deze laatste een inspanningsverbintenis voortvloeit. Voorwerp van de prestatie is dan niet het bereiken van een bepaald omschreven resultaat (behoud of herstel van gezondheid), doch het op juiste wijze en in voldoende mate aanwenden van de kennis en bekwaamheid waarover de arts in die hoedanigheid behoort te beschikken.

Naar de mening van de werkgroep gaat deze opvatting echter in haar algemeenheid te ver. Bestaat de medische tussenkomst in het beïnvloeden van de natuurlijke fysiologische processen in het menselijk lichaam, dan kan genezing niet gegarandeerd worden, aangezien het resultaat van zo'n beïnvloeden niet met zekerheid voorspelbaar is. In sommige gevallen echter liggen medische ingreep en genezing zo dicht bij elkaar, dat van de arts redelijkerwijze mag worden verlangd, dat hij de genezing als resultaat ook garandeert. Het gaat dan gewoonlijk om die gevallen, waarin het uitblijven van een gunstig resultaat alleen kan worden toegeschreven aan een beroepsfout van de arts. Hetzelfde zal trouwens soms ook gelden voor het stellen van de diagnose.

In het overgrote deel der gevallen zal men evenwel te maken hebben met inspanningsverbintenissen. Het uitblijven van het beoogde resultaat betekent in deze categorie niet zonder meer dat de arts wanprestatie heeft gepleegd. Dit is slechts anders, indien het uitblijven van het beoogde resultaat mede te wijten is aan een ondeskundige diagnose of behandeling dan wel aan onvoldoende zorg en toewijding bij het verlenen van de overeengekomen hulp, ten aanzien waarvan bij een eventuele gerechtelijke procedure de bewijslast in eerste instantie bij de patiënt zal komen te liggen.

Het is echter zeer wel mogelijk dat in een concreet geval, waar resultaat had mogen worden verwacht, de rechter aan de arts opdracht geeft het bewijs te leveren dat hij de vereiste zorgvuldigheid heeft in acht genomen. Juist in die gevallen, waarin de arts over de gegevens beschikt welke tot het bewijs kunnen bijdragen, kan een bewijsopdracht aan de arts naar de mening van de werkgroep redelijk en wenselijk worden geacht.

3. Over de verplichtingen van de patiënt past hier een enkele opmerking.

De 'verplichting' van de patiënt om medewerking te verlenen aan de behandeling mag niet zover gaan dat zij hem maakt tot een willoos object van medisch handelen. De patiënt heeft exclusieve zeggenschap over zijn eigen lichaam. Een overeenkomst welke beoogt de patiënt hiervan afstand te laten doen, is van rechtswege nietig op grond van het ontbreken van een geoorloofde oorzaak. De patiënt heeft dus ook in de loop van een overeengekomen behandeling het recht zijn medewerking aan een behandeling of een onderdeel daarvan te weigeren. Deze weigering zal hem evenwel niet ontslaan van andere verplichtingen die uit de overeenkomst voortvloeien. Afgezien hiervan kan het achterwege blijven van de vereiste medewerking een ernstige reden voor de arts zijn de betrekking met de patiënt te verbreken, eventueel op grond van het wegvallen van het wederzijdse vertrouwen.

De werkgroep is het erover eens dat de verplichting van de patiënt tot medewerking aan de behandeling niet mag worden opgevat als een juridische verplichting in die zin, dat de patiënt in dit opzicht als schuldenaar van de arts moet worden aangemerkt. Veeleer is het zo, dat de medewerking van de patiënt moet worden beschouwd als een gedraging welke inherent is aan zijn positie als schuldeiser van de arts. M.a.w. het uitblijven van de nodige medewerking levert geen wanprestatie tegenover de arts op.

Wat betreft de verplichting van de patiënt tot het betalen van honorarium zij opgemerkt dat hieromtrent gewoonlijk niets wordt overeengekomen. De oorsprong van deze gewoonte moet waarschijnlijk worden gezocht in het feit dat de diensten van de geneesheer in de romeins-klassieke opvattingen werden geacht te behoren tot de *operae liberales*. De niet-commerciële aard van deze diensten verzette zich tegen het toekennen van een rechtens afdwingbare beloning (*honorarium = ereloon*).³

Dit historisch erfstuk levert in de moderne verhoudingen wel enkele problemen op. Bij het ontbreken van afspraken aangaande het verschuldigde honorarium zal de arts zich gebonden moeten weten aan het gebruik, de billijkheid en de eisen van de goede trouw. Dit betekent onder meer dat de arts de patiënt zal dienen in te lichten, indien zijn honorarium beduidend hoger zal zijn dan de patiënt in goed vertrouwen mocht verwachten. Dit laatste zal bijvoorbeeld het geval zijn indien de huisarts in het kader van een geneeskundig onderzoek een kostbaar laboratorium-onderzoek laat uitvoeren. Alsdan kan de arts zich niet zonder meer verschuilen achter het argument dat het belang van de patiënt een dergelijk onderzoek impliceerde en dat het onderzoek 'dus' in de overeenkomst was begrepen.

4. De relatie arts-patiënt veronderstelt uit haar aard de aanwezigheid van een wederzijds vertrouwen. In dit persoonlijk element ligt de verklaring voor enkele bijzondere karaktertrekken van de overeenkomst tussen arts en patiënt.

Uit het persoonlijk karakter vloeit voort, dat de verplichtingen die de arts op zich neemt in beginsel niet overdraagbaar zijn, noch onder algemene noch onder bijzondere titel. De arts wordt verondersteld de overeengekomen hulp *zelf* te verlenen, tenzij uitdrukkelijk of stilzwijgend de mogelijkheid van vervanging door een waarnemer is bedongen. Bij dit laatste moet worden overwogen dat niemand meer in deze tijd kan verwachten dat de arts, met name de huisarts, 24 uur per

3. Zie F. J. H. M. van der Ven in de bundel: De geneesheer en het recht, Deventer 1968, p. 83 en 84.

etmaal beschikbaar is en in alle gevallen zelf in staat is de gevraagde hulp te verlenen. Het is een bestendig gebruik geworden dat de arts deelneemt aan avonden weekend-regelingen, waardoor hij gedurende bepaalde tijden vrij is van dienst en wordt vervangen door buurtcollegae. Tijdens langdurige afwezigheid, bijvoorbeeld wegens ziekte of vakantie, wordt soms een collega van buiten als vaste waarnemer voor die periode aangetrokken. Dit bestendig gebruik ontslaat de arts niet van de plicht aan de patiënten mededeling te doen van deze waarneming onder vermelding van de naam van hem of hen die met deze waarneming is (zijn) belast. De arts, die zich persoonlijk heeft verbonden – dat gegeven moet voorop blijven staan – mag er niet te gemakkelijk vanuit gaan dat de patiënt elke vervanging dient te aanvaarden en ook wel zal aanvaarden.

Als vaststaande kan worden aangenomen dat elk van beide partijen de onderlinge rechtsbetrekking zonder rechterlijke tussenkomst door opzegging kan beëindigen, indien het wegvallen van de vertrouwensrelatie behoorlijke nakoming van de aangegane verplichtingen verhindert. Voor de arts geldt echter de restrictie, dat hij zich vooraf ervan dient te overtuigen dat de patiënt dientengevolge niet verstoken zal worden van noodzakelijke geneeskundige hulp.

Als laatste is het dienstig erop te wijzen, dat de overeenkomst zich alleen uitstrekt tot het onderzoek en/of behandeling waarvoor zij is aangegaan. Dit is van belang met het oog op de toestemming van de patiënt. Immers zou tijdens een geneeskundig onderzoek naar aanleiding van bepaalde klachten aan het licht komen dat de patiënt aan een nog andere aandoening lijdt dan die waarvoor hij de geneeskundige hulp inriep, dan zal de arts voor de behandeling van ook die aandoening afzonderlijk de toestemming van de patiënt behoren te vragen.

Par. 2. Korte typering van de juridische relatie met enkele andere personen en instellingen werkzaam op het terrein van de gezondheidszorg

In de meeste gevallen kunnen overeenkomsten met andere personen die een beroep uitoefenen in de gezondheidszorg, gekwalificeerd worden als overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten. Voorzover voor de ziekenfondsverzekering van belang kan in dit verband worden gewezen op tandartsen, fysiotherapeuten, vroedvrouwen, logopedisten en kraamverzorgsters.

De overeenkomst met een ziekenhuis heeft meestal een gemengd karakter. Zij verenigt in zich zowel de elementen van een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten (verpleging en behandeling, althans bij de zogenaamde 'all-in' ziekenhuizen) als van de pensionovereenkomst (huisvesting en verzorging).

De overeenkomst met een instrumentenmaker voor het aanmeten en vervaardigen van prothesen moet worden opgevat als aanneming van werk. Hetzelfde geldt voor de tandarts, die zelf voor zijn patiënt een tandheelkundige prothese vervaardigt. Gaat het echter, zoals veelal bij leveranciers van kunst- en hulpmiddelen het geval is, om standaardproducten die door eenvoudige ingrepen geschikt zijn te maken voor individueel gebruik, dan is er sprake van een overeenkomst van koop en verkoop.

Eenzelfde overeenkomst komt tot stand tussen patiënt en apotheker, althans voor wat betreft de geneesmiddelen, welke de apotheker niet zelf bereidt. Bij de zelf bereide receptuur, waarbij het om zo te zeggen gaat om 'ambachtelijke' bereiding, heeft men te maken met aanneming van werk.

Het verschil in kwalificatie is van belang met het oog op de wettelijke voorschriften welke de genoemde overeenkomsten beheersen. Te denken valt aan de regelingen met betrekking tot het risico in geval van koop/verkoop en aanneming van werk.

Par. 3. Enkele nadere beschouwingen over tot stand komen en inhoud van de overeenkomst arts-patiënt

1. Tot nu toe is in algemene termen gesproken over de relatie arts-patiënt als een civielrechtelijke overeenkomst. In de praktijk en in de spaarzame literatuur wordt meestal met die constatering volstaan. Soms wordt iets dieper op de wederzijdse rechten en verplichtingen ingegaan, maar het tot stand komen van die relatie wordt zelden uit een juridisch oogpunt benaderd.

Op welk moment ontstaat tussen de huisarts en degene, die hij zijn patiënt pleegt te noemen, een juridische band?

Een van de eerste zaken, waarvoor iemand die zich in een nieuwe woonplaats vestigt zorgt, is het kiezen van een huisarts die bereid is hem en zijn gezin tot de kring van zijn patiënten te rekenen, ook al is er in dit stadium nog geen directe behoefte aan medische hulp. Hij wendt zich dan tot een soms wel soms niet willekeurig gekozen huisarts met de vraag of hij en zijn gezin hem als hun huisarts mogen beschouwen.

Gesteld dat die arts — al dan niet na een kennismakingsvisite — die vraag bevestigend beantwoordt, dan rijst de vraag of tussen partijen op dat moment reeds een juridisch geldende overeenkomst ontstaat.

De werkgroep bleek over het antwoord op deze vraag verdeeld te zijn.

De meerderheid stelde zich op het standpunt dat de aanmelding als patiënt voldoende is om de totstandkoming van een overeenkomst aan te nemen. De hierbedoelde leden meenden voor hun standpunt steun te kunnen vinden in de opvattingen van de praktijk. De arts acht zich in beginsel daadwerkelijk aan zijn bereidverklaring gebonden; de aspirant-patiënt gaat — ook voordat er van enige behandeling sprake is geweest — uit van de overtuiging, dat hij een *vaste* huisarts heeft.

De vraag is hoe de hierbedoelde band moet worden gedetermineerd. Sommige leden meenden te moeten besluiten tot een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten waarvan de werking zich over onbepaalde tijd uitstrekt. Andere leden dachten eerder aan een overeenkomst waarbij arts en patiënt afspreken dat zij een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten zullen sluiten, indien en zo vaak de patiënt voor zijn geneeskundige verzorging daaraan behoefte heeft.

Een minderheid van de leden meende daarentegen dat de aanmelding slechts een feitelijke betrekking tussen huisarts en patiënt doet ontstaan waaraan geen rechtsgevolgen zijn verbonden. Aanmelden zou niet meer dan een administratieve handeling zijn. Deze handeling verdient juridisch geen zelfstandige betekenis zolang de zin ervan niet wordt bevestigd door een — eventueel later te verlenen — daadwerkelijke behandeling. Iets anders is of partijen zich niet gebonden moeten weten op grond van regels van maatschappelijk fatsoen.

Degenen van de leden die de aanmelding zelfstandige betekenis ontzeggen, nemen aan dat eerst door het van de patiënt uitgaande verzoek tot daadwerkelijke hulpverlening en de aanvaarding daarvan door de arts deze beide rechtens zijn

gebonden. Na deze constatering lopen hun meningen dan weer uiteen: is er dan een duurzame relatie ontstaan (een die voortduurt ook wanneer de patiënt genezen is verklaard) of ontstaat na elke genezenverklaring bij later inroepen van hulp voor een nieuw geval weer een nieuwe overeenkomst?

2. Of tussen partijen rechten en verplichtingen gelden en zo ja wanneer deze zijn ingegaan kan van belang zijn. Zo bij de vraag: wanneer kan een patiënt op grond van een contract verlangen dat 'zijn huisarts' hem de overeengekomen hulp verleent? Van belang ook voor de vraag: hoe kan de relatie tussen partijen worden beëindigd? Wat die laatste vraag betreft: ook zij, die van oordeel waren dat partijen voor onbepaalde duur zijn verbonden, waren van mening dat de patiënt te allen tijde het recht toekomt de overeenkomst op te zeggen. Dit is slechts anders indien reeds concrete afspraken voor een behandeling of een voortzetten van een reeds begonnen behandeling zijn gemaakt. Weliswaar is de patiënt dan – zoals eerder opgemerkt – niet gehouden zich aan (verdere) behandeling te onderwerpen, maar door zo te handelen is dan zijn juridische relatie met deze arts niet zonder meer geëindigd.

Die opzegging is niet aan enige vorm gebonden. Het zich wenden tot een andere arts zal in de regel mogen worden uitgelegd als een rechtsgeldig gedane opzegging. Of dit ook zo door artsen wordt gezien lijkt twijfelachtig; het is niet ongebruikelijk dat een arts van een nieuwe patiënt een wat formelere verbreking van diens relatie met de vroegere huisarts verlangt.

Komt een dergelijke vormvrije en op elk moment mogelijke opzegging ook aan de arts toe? Natuurlijk kan hij zijn praktijk neerleggen (hetgeen meestal, helaas niet altijd gepaard gaat met een kennisgeving aan zijn patiënten). Maar kan een arts, met hetzelfde gemak waarmee soms patiënten van arts plegen te wisselen, aan een patiënt berichten, zonder opgave van redenen, dat hij voortaan maar naar een nieuwe huisarts moet gaan? Het lijkt niet gewaagd deze vraag ontkennend te beantwoorden.

3. Van de verschillende zijweggetjes welke de werkgroep bij het bespreken van deze paragraaf heeft opgemerkt, wil zij er hier twee vluchtig betreden.

a. Wat is de betekenis van het naambordje, waarmee een huisarts publiekelijk zijn hoedanigheid bekend maakt?

De werkgroep is niet aan de verleiding ontkomen de betekenis van dit naambordje te stellen tegenover het aesculaapteken, dat artsen – maar niet zij alleen – op de ruit van hun auto voeren.

Aan dat teken komt, in tegenstelling tot het naambordje, naar het oordeel van de werkgroep geen juridische betekenis toe. Het heeft ten hoogste het nut dat de kans bestaat dat de bestuurder – zo hij arts is – bereid en in staat is eerste hulp te verlenen.

Het naambordje – zeker als het een tijdsduur vermeldt waarop de arts spreekuur houdt – mag gekwalificeerd worden als een openbaar aanbod. Hoe ver strekt dat aanbod zich uit? Tot het vestigen van een duurzame relatie of tot het sluiten van een overeenkomst tot incidentele behandeling? De werkgroep meent het laatste: de arts verplicht zich tot het verlenen van een eenmalig consult. Daar de vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt een essentieel element van de tussen hen te scheppen band vormt, kan van een openbaar aanbod tot een blijvende relatie geen sprake zijn.

Sommige leden van de werkgroep waren de mening toegedaan dat een arts de

bedoeling van een openbaar aanbod geheel kan uitsluiten, bijvoorbeeld door het nogal eens gemaakte voorbehoud 'behandeling volgens afspraak'. Een dergelijke uitsluiting volgt naar hun mening niet uit het feit dat een arts van een 'vast spreekuur' is overgegaan tot het instellen van een 'afspraak-spreekuur'.

b. De patiënt heeft in zijn contractuele relatie met een huisarts in beginsel recht op diens persoonlijk te verlenen hulp. In beginsel: ook de arts is — natuurlijk — niet tot het onmogelijke gehouden. Wel dient hij, zo hij niet in staat is persoonlijk de hulp te geven, zorg te dragen voor een behoorlijke waarnemingsregeling. Eerder werd er op gewezen dat waarnemingsregelingen door artsen getroffen in den lande niet uniform zijn; behalve naar inhoud verschillen ze ook hierin, dat het aantal waarnemers nogal kan variëren.

De vraag, hier onder ogen gezien, was deze: in hoeverre is de huisarts ten opzichte van zijn patiënt aansprakelijk voor het doen of nalaten van zijn waarnemer? Voor het antwoord op deze vraag, beperkt tot contractuele aansprakelijkheid, meent de werkgroep een geschikte aansluiting te kunnen vinden in de inaugurale rede van H. Drion (gehouden op 28 november 1958 te Leiden) getiteld: Aansprakelijkheid voor andermans fouten.

Uit deze rede moge de navolgende passage worden geciteerd (p. 13): 'Laat men het aan de persoon, op wie een verplichting rust over, te bepalen door wie de noodzakelijke handelingen zullen worden verricht, dan is het niet onredelijk deze persoon te belasten met het risico van de fouten en verzuimen van degenen die hij voor de uitvoering van zijn verplichting heeft ingeschakeld. Hij moet er niet beter op worden dat hij anderen heeft laten doen wat hij ook zelf kon doen. Schieten die anderen te kort, dan zal hij zich daar niet achter mogen verschuilen. Voor contractuele verplichtingen volgt dat uit de regeling van wanprestatie en overmacht'.

Beschouwt men dit alles als de sleutel voor de oplossing van de vraag naar de aansprakelijkheid van de arts voor fouten van diens waarnemer, dan brengt dit ons weer terug naar het hierboven in de werkgroep gesignaleerde verschil van inzicht: is er tussen de arts en degene die tot zijn patiëntenkring behoort een duurzame juridische band, dan wel ontstaat telkenmale door het inroepen van hulp een nieuwe overeenkomst? Volgens de theorie van Drion zou het bij het aannemen van een duurzame relatie wel en in de opvatting van de telkenmale terugkerende overeenkomst de arts niet voor zijn waarnemer aansprakelijk zijn. Of moet men in dat laatste geval toch tot aansprakelijkheid concluderen op grond van het feit dat de patiënt van de arts — en niet van de waarnemer — de nota ontvangt? Alsdan zou de waarnemer — althans volgens een meerderheid in de werkgroep — vertegenwoordiger van de arts zijn.

Enkele leden van de werkgroep kunnen niet aanvaarden dat de arts, die een waarnemer in zijn praktijk heeft aangesteld, aansprakelijk blijft voor de handelingen van de waarnemer, ook indien hem zelf geen enkele onzorgvuldigheid kan worden verweten. Van onzorgvuldigheid kan sprake zijn, indien de arts bijvoorbeeld een notoir onbekwame en nonchalant werkende arts als waarnemer heeft aangetrokken of een pas afgestudeerde arts, die naar veler opvatting niet direct is opgewassen tegen de eisen van de praktijk en daarom bij voorkeur enige begeleiding tijdens de waarneming behoeft, waarbij te denken valt aan een buurtcollega, dan wel indien de arts nalaat de waarnemer behoorlijk in zijn praktijk in te leiden en met name op de hoogte te stellen van bijzondere gevallen in de praktijk en van belangrijke te verwachten gebeurtenissen. Indien echter de arts heeft gedaan wat in redelijkheid en volgens bestendig gebruik moest worden gedaan, dan moet hij geacht worden niet

aansprakelijk te zijn voor de fouten van de waarnemer. Deze is daarvoor zelf aansprakelijk.

De leden vinden steun voor hun opvatting in het vonnis van de Rechtbank Roermond van 23 april 1970, NJB No. 378, waarin de Rechtbank overweegt dat onder 'waarneming' is te verstaan een onbenoemd contract, waarbij de waarnemer al dan niet tegen vergoeding gerechtigd is te handelen volgens eigen inzichten en door zijn gekwalificeerd zijn voor het werk, dat hij verricht, alleen zelf aansprakelijk is voor de schadelijke gevolgen van verwijtbare handelingen.

Par. 4. Enkele problemen rond het vereiste van de toestemming

1. Toestemming is een constitutief vereiste voor de totstandkoming van een rechtsgeldige overeenkomst. Wellicht in sterkere mate dan bij andere contracten rijzen hier, bij het medisch contract, vragen als: heeft de patiënt inderdaad zijn toestemming gegeven; in hoeverre mag de toestemming eventueel worden verondersteld; is de toestemming op de juiste wijze tot stand gekomen; in hoeverre moet een patiënt omtrent wijzigingen in het behandelingsplan vooraf op de hoogte worden gesteld?

Deze paragraaf zal nader ingaan op problemen die rijzen indien de patiënt tengevolge van bewusteloosheid niet in staat is zijn wil tegenover de arts te verklaren. Meer uit theoretisch dan uit praktisch oogpunt achtte de werkgroep deze zijsprong interessant. (Soortgelijke problemen doen zich voor bij geneeskundige hulp aan geesteszieke of zwakzinnige patiënten.)

In tweeërlei opzicht kan een toestand van bewusteloosheid de arts voor juridische problemen stellen: a. de patiënt is van het begin af aan niet in staat geweest zijn wil te verklaren; b. de patiënt is tijdens een overeengekomen behandeling niet in staat zijn wil te verklaren, terwijl zijn toestemming nodig is voor een ingreep welke bij het sluiten van de overeenkomst niet was voorzien.

Beide situaties zullen hieronder worden besproken.

2. Als een arts een slachtoffer van een ongeval in bewusteloze toestand aantreft, kan het zijn dat hij door een derde is te hulp geroepen. Het kan ook zijn dat hij als eerste ooggetuige op eigen initiatief hulp verleent. De vraag is: door welke rechtsregels wordt de verhouding arts-patiënt in een dergelijk geval beheerst?

Uitgaande van de stelling dat toestemming een constitutief vereiste voor de totstandkoming van een rechtsgeldige overeenkomst is, kan hier geen sprake zijn van een contractuele (arts-patiënt) relatie. De wel eens gehoorde opvatting dat in gevallen als hierbedoeld een overeenkomst geacht kan worden te zijn tot stand gekomen, tenzij de patiënt dadelijk na het herkrijgen van zijn bewustzijn te kennen geeft zich niet te hebben willen binden, lijkt geen steun in ons huidige recht te vinden.

Aanvaardbaar is de opvatting — een opvatting die de werkgroep deelt — dat in gevallen als deze sprake is van zaakwaarneming. Deze constructie leidt tot verschillende gevolgen alnaargelang de arts hulp verleent op eigen initiatief of op verzoek van een derde. In het eerste geval is de arts zelf gestor, in het tweede geval is het degene van wie het verzoek is uitgegaan.

Is de arts zelf gestor, dan is hij krachtens de artikelen 1390 B.W. e.v. gehouden de belangen van de patiënt behoorlijk te behartigen, zolang deze daartoe *zelf* niet in

staat is. Niet behoorlijke nakoming van deze verplichting doet de arts aansprakelijk zijn voor eventuele daaruit voortvloeiende schaden.

De verplichtingen van de patiënt gaan niet verder dan tot vergoeding van gemaakte kosten (art. 1393 B.W.), want een recht op honorarium wordt de arts door de wet ontzegd (art. 1394 B.W.). De ratio van deze laatste bepaling is gelegen in de opvatting van de wetgever dat zaakwaarneming moet worden gezien als een maatschappelijk vereist belangeloos hulpbetoon, waarbij materiële overwegingen geen rol horen te spelen. Kosten mogen de gestor niet ervan weerhouden andermans belangen waar te nemen, anderzijds hoort zijn optreden hem ook geen voordeel op te leveren.

Moge dit aspect van de zaakwaarneming in het algemeen aanvaardbaar zijn, de nadelen van haar categorische werking doen zich juist hier onaangenaam voelen. Dat tegenover de hulp welke een arts verleent een honorarium hoort te staan, is naar de huidige maatschappelijke opvattingen niet meer dan een vanzelfsprekendheid. Waarom zou deze regel dan uitzondering moeten lijden, indien de patiënt deze toestemming zeker zou hebben gegeven, indien hij daartoe bij machte was geweest (bijzondere gevallen als poging tot zelfmoord daargelaten)? In zijn algemeenheid gaat de regel van artikel 1394 B.W. dan ook te ver.

Des te duidelijker is dit aan te tonen aan de hand van het geval waarin een derde de hulp van een arts inroept en als zodanig als gestor is opgetreden. Alsdan is er geen wettelijke bepaling die de arts het recht op honorarium ontzegt. In dat geval immers is de patiënt op grond van artikel 1393 B.W. gehouden hetzij het honorarium rechtstreeks aan de arts te betalen, indien de gestor in zijn naam heeft gehandeld, hetzij het bedrag aan de gestor te vergoeden dat deze laatste als honorarium heeft 'voorgesloten'.

Haastig dient te worden opgemerkt dat de werkgroep met een zekere spijt de consequentie van haar keuze voor de zaakwaarneming meent te moeten aanvaarden: de arts zal zijn honoreringwensen niet gesteund weten door de wettelijke voorschriften, indien hij uit eigen beweging hulp aan een bewusteloze patiënt verleent.

In dit verband moge worden verwezen naar de gedachte van Cohen Jehoram (WPNR 5015), volgens welke de arts in een dergelijk geval aan de patiënt een bedrag in rekening kan brengen als gemist honorarium, dat als 'kosten' kan worden beschouwd welke hij ten behoeve van de zaakwaarneming heeft gemaakt (zie in dit verband ook de toelichting bij artikel 6.4.1.3., pagina 712, van het Ontwerp Burgelijk Wetboek).

Gelukkig blijken in de praktijk de normen van maatschappelijk fatsoen vrijwel steeds de doorslag te geven en is men op grond daarvan genegen het 'verschuldigde' honorarium te voldoen.

Tegen de constructie van zaakwaarneming worden wel eens een tweetal bedenkingen aangevoerd. Volgens artikel 1390 B.W. is er alleen sprake van zaakwaarneming, indien de behartiging van andermans belangen *vrijwillig* geschiedt. Deze voorwaarde wordt aldus verstaan, dat de waarnemende partij niet handelt ter voldoening aan een contractuele of wettelijke verplichting. In de hier besproken situaties zou voor de arts een wettelijke verplichting gelegen kunnen zijn in artikel 1 van de Medische Tuchtwet of – in ernstiger gevallen – in artikel 450 W.v.S.

Een ander bezwaar om hier van zaakwaarneming te spreken komt van degenen die stellen dat zaakwaarneming veronderstelt dat de zaakwaarnemer iets doet dat anders degene wiens zaak wordt waargenomen zelf had kunnen doen. Dit is hier niet

het geval: het slachtoffer had immers niet zelf de deskundigheid om de medische hulp te verlenen.

Deze bezwaren hebben de meerderheid van de werkgroep niet kunnen overtuigen. Zou men de conclusie: hier is wel degelijk van zaakwaarneming sprake, niet willen trekken dan zou dit bovendien betekenen, dat partijen in het geheel geen rechten tegenover elkaar kunnen doen gelden. Alleen ingeval de patiënt tengevolge van een onzorgvuldige of onjuiste behandeling schade zou lijden, zou hij mogelijk nog heil vinden bij een actie uit onrechtmatige daad.⁴

3. Tenslotte is het nodig enkele regels te wijden aan de situatie waarin een toestand van bewusteloosheid in de loop van een behandeling de patiënt verhindert toestemming te verlenen voor een wijziging in de behandeling of voor een verdergaande ingreep dan was overeengekomen.

Deze situatie doet zich voor bij patiënten die voor een operatie onder narcose zijn gebracht. Als principe geldt hier: de chirurg mag alleen die ingrepen doen, welke (uitdrukkelijk) zijn overeengekomen. Voor elke andere of verdergaande ingreep zou opnieuw toestemming van de patiënt vereist zijn.

Een stringente uitlegging van deze regel zou evenwel de vrijheid van het medisch handelen te zeer aan banden leggen. Voorts zou deze regel, welke de belangen van de patiënt beoogt te beschermen, bij een al te scrupuleuze toepassing ertoe kunnen leiden dat deze belangen juist worden geschaad.

In het algemeen mag men ervan uitgaan dat de patiënt zijn wederpartij de arts, een zekere marge heeft gelaten, vertrouwend op diens deskundigheid. Gaat de ingreep bij zo'n onder narcose gebrachte patiënt beduidend verder dan de redelijke marge toelaat, dan zal de arts zo mogelijk vooraf met naaste verwanten van de patiënt overleg moeten plegen, tenzij de situatie een dergelijk overleg niet meer toelaat. In dergelijke gevallen wordt de verhouding arts-patiënt beheerst door de wettelijke bepalingen omtrent zaakwaarneming.

HOOFDSTUK II. DE VERHOUDING ZIEKENFONDS-MEDEWERKER-VERZEKERDE ALS SAMENSTEL VAN TWEEZIJDIGE RELATIES

De drie zijden van de verhouding ziekenfonds-medewerker-verzekerde worden gevormd door de relatie verzekerde-medewerker, de relatie verzekerde-ziekenfonds, respectievelijk de relatie ziekenfonds-medewerker. Aan elk van deze relaties zal hieronder in de aangegeven volgorde een paragraaf worden gewijd. Om praktische redenen (zie Inleiding, par. 1, onder punt 4) heeft de werkgroep niet het gehele veld van medewerkersgroeperingen in haar studie betrokken, doch zich in hoofdzaak beperkt tot de huisartsen.

Aangezien de onderscheiden deelrelaties onderling een functionele samenhang vertonen, is het niet te vermijden dat de onderstaande paragrafen zich zo nu en dan 'op elkaars terrein zullen begeven'.

Par. 1. De relatie verzekerde-medewerker (huisarts)

1. Algemeen wordt aangenomen dat ook in de ziekenfondsverzekering de relatie
4. Men zie in dit verband nog: G. Verburg, *De vrijwillige zaakwaarneming*, pr. V.U. Amsterdam 1949, p. 52.

arts-patiënt, of liever de relatie medewerker-verzekerde het resultaat is van een civielrechtelijke overeenkomst van dezelfde aard en met dezelfde kenmerken als de overeenkomst welke in hoofdstuk I is besproken, zij het dat aan de kant van de verzekerde de verplichting tot betaling van het honorarium aan de arts ontbreekt. Op dit punt zal verderop in deze paragraaf nog afzonderlijk worden ingegaan.

In de ziekenfondsverzekering doet de overeenkomst verzekerde-huisarts tussen partijen een relatie van duurzame aard ontstaan. Hierover bestond in de werkgroep eenstemmigheid (zoals we zagen bestond die eenstemmigheid niet terzake van de duurzaamheid van de relatie arts-patiënt) en voor deze opvatting vond zij steun in het algemeen door de ziekenfondsen toegepaste systeem van inschrijving op naam: voor het inroepen van huisartsenhulp is de verzekerde aangewezen op de huisarts op wiens naam hij of zij door het ziekenfonds is ingeschreven. Weliswaar is de inschrijving op naam een gevolg van het voor en door huisartsen gekozen honoringsstelsel, de zogenaamde abonnementshonorering — waarover later meer —, anderzijds kan men haar beschouwen als een bevestiging van de gewenste duurzaamheid van de relatie verzekerde-huisarts. De gewoonte een vaste huisarts te kiezen is voor wat betreft de ziekenfondsverzekering tot op heden regel geweest.

De Ziekenfondswet laat zich niet in met de inhoud van de relatie verzekerde-medewerker. De wet volstaat met te bepalen, dat de verzekerde zijn aanspraak op verstrekkingen dient geldend te maken bij aan zijn ziekenfonds verbonden medewerkers (artikel 9, eerste lid). Beide partijen behoren derhalve gekwalificeerd te zijn: vereist is dat de patiënt als *verzekerde* bij een ziekenfonds staat ingeschreven, terwijl de persoon of instelling die hulp verleent als *medewerker* aan dat ziekenfonds verbonden dient te zijn.

2. Zegt de Ziekenfondswet niets over de inhoud van de relatie verzekerde-medewerker, hieruit mag niet worden afgeleid, dat partijen vrij zijn deze inhoud naar eigen goeddunken vast te stellen. De overeenkomst die de verzekerde met de medewerker aangaat, is uiteindelijk gericht op het geldend maken van zijn rechten tegenover het ziekenfonds. Over deze rechten nu laat de wet zich vrij concreet uit. Om bij de huisartsenhulp te blijven: de verzekerden hebben ter voorziening in hun geneeskundige verzorging aanspraak op 'door een huisarts te verlenen genees- en heelkundige hulp naar de omvang bepaald door hetgeen in de kring van de beroepsgenoten gebruikelijk is' (art. 3, sub a, Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering). Inhoud van de afspraak tussen verzekerde en huisarts-medewerker (in hun kwaliteit gemaakt) kan dus niet méér zijn dan het wettelijk aan de verzekerde gegarandeerde recht. Zij kan bijvoorbeeld niet het verlenen van specialistische hulp omvatten.

De ziekenfondsverzekering kan dus alleen gevolgen verbinden aan overeenkomsten waarvan het voorwerp van de prestatie valt binnen de wettelijke termen. Indien van deze regel wordt afgeweken, moet worden aangenomen dat voor dat deel van de behandeling de overeenkomst — al of niet gewild — op particuliere basis is gesloten.

3. Uit de overeenkomst arts-patiënt vloeit voor deze laatste de verplichting voort de arts het al of niet uitdrukkelijk overeengekomen honorarium te betalen. Hoe staat het met deze verplichting, indien het gaat om een ziekenfondsverzekerde? Simpel geantwoord: de verzekerde roept de hulp in, het ziekenfonds betaalt. Is hier sprake van schuldoverneming door het ziekenfonds; zo ja, gaat het dan om een voltooide schuldoverneming, dat wil zeggen dat de verzekerde van den aanvang af van zijn betalingsverplichting is ontslagen? Deze laatste vraag is voor de medewerker van

belang voor het geval het ziekenfonds om welke reden dan ook zijn honoreringsverplichting niet nakomt.

De gedachte van de schuldoverneming kan gevoegelijk buiten beschouwing worden gelaten. Het ziekenfonds voldoet niet anderzins, doch *eigen* schuld. In artikel 45 van de Ziekenfondswet kan men lezen dat de overeenkomst ziekenfonds-medewerker bepalingen dient te bevatten onder meer betreffende 'de aard en de omvang van de wederzijdse rechten en verplichtingen' (letter b). Blijkens de Memorie van Toelichting vallen hieronder de honoraria en de tarieven. De schuldoverneming past dus niet in de voorstelling van de wetgever.

Maeijer⁵ zoekt een oplossing in een enigszins andere richting. Naar zijn mening wordt tussen arts en verzekerde overeengekomen – meestal stilzwijgend – dat de arts zijn honorering zal laten verzorgen door het ziekenfonds, en dat de verzekerde zijnerzijds al het nodige zal doen om de honorering van ziekenfondszijde te doen plaatsvinden en te bevorderen. Schrijver laat hierop volgen de vraag of uit de contractuele relatie geneesheer-ziekenfonds-patiënt voor deze laatste een garantieverplichting voortvloeit met betrekking tot het door het ziekenfonds aan de arts verschuldigde honorarium.

Naar zijn mening zal hiervan in de regel geen sprake zijn, tenzij uitdrukkelijk anders is overeengekomen.

Ook deze benaderingswijze gaat uit van het standpunt dat de overeenkomst verzekerde-medewerker voor eerstgenoemde in principe de verplichting tot het betalen van honorarium met zich meebrengt. In deze gedachtengang is de vraag omtrent de garantieverplichting niet meer dan logisch, evenzo de verplichting van de verzekerde om alles in het werk te stellen dat de honorering door het ziekenfonds zal plaatsvinden.

Ook tegen deze redenering pleit dat zij het recht op kosteloze behandeling niet zoekt in de door de Ziekenfondswet ingevoerde verzekerings- of beter gezegd verzorgingsgedachte, maar in de afspraken tussen verzekerde en medewerker.

De werkgroep daarentegen is geneigd aan te nemen, dat van een verplichting aan de zijde van de verzekerde tot betaling van honorarium a priori geen sprake is. Deze stelling wordt haar ingegeven door de gedachte welke aan de ziekenfondsverzekering in haar huidige opzet ten grondslag ligt. Anders dan de particuliere verzekering, die recht geeft op vergoeding van gemaakte kosten, geeft de ziekenfondsverzekering aanspraak op de hulp zelf, waarvoor anders kosten gemaakt zouden worden. De verzekerde heeft – zonder verdere kosten zijnerzijds dan het betalen van premie – tegenover het ziekenfonds *recht* op verstrekkingen (art. 8, eerste lid, ZFW). Door het sluiten van overeenkomsten met medewerkers verwezenlijkt het ziekenfonds de aanspraak van zijn verzekerden op kosteloze hulp. Vanzelfsprekend kunnen deze overeenkomsten aan het wettelijk gegarandeerde recht van de verzekerde geen afbreuk doen, met name niet een schuld doen ontstaan waar de wetgever het ontstaan van schuld heeft willen voorkomen. Een andere zienswijze maakt de ziekenfondsverzekering tot een omslachtige, ja dubieuze, schadeverzekering.

De ziekenfondsverzekering is niet zo geconstrueerd dat de belangen van de medewerker veilig zijn gesteld door het ziekenfonds als hoofdelijk mede-schuldenaar aan te wijzen. Eerder is waar dat er maar één debiteur is: het ziekenfonds, en wel uit hoofde van zijn contractuele relatie met de medewerker. Deze relatie bestaat

5. J. J. M. Maeijer in de bundel: De geneesheer en het recht, Deventer 1968, p. 17 en noot in *Ars Aequi* 1969, p. 96.

trouwens in de regel reeds voordat van enige behandeling, laat staan schuld, bij de verzekerde sprake zou kunnen zijn. Het is dan ook binnen deze relatie dat de medewerker zijn verhaal zal moeten zoeken voor eventueel gemist honorarium, indien het ziekenfonds wanprestatie pleegt.

Dat de gedachte aan een schuld van de verzekerde tegenover de medewerker niet waarschijnlijk is, zou eventueel ook afgeleid kunnen worden uit de wettelijk veronderstelde mogelijkheid van abonnementshonorering (art. 9, vijfde lid, ZFW).

In deze honoreringswijze is het directe verband tussen de aan de verzekerde verleende hulp en het door het ziekenfonds verschuldigde honorarium losgelaten. Het ziekenfonds is verplicht het overeengekomen bedrag van de honorering óók te betalen, indien de verzekerde over de desbetreffende periode in het geheel geen hulp nodig heeft gehad. In het extreme geredeneerd zou de medewerker — althans indien de verzekerde zich niet uitdrukkelijk of stilzwijgend van een dergelijke vordering gevrijwaard heeft — dit bedrag van laatstbedoelde verzekerde kunnen vorderen, indien het ziekenfonds in gebreke zou blijven het voor hem verschuldigde abonnementsbedrag aan de medewerker te betalen. Een dergelijke consequentie zal wel door niemand worden aanvaard.

Het feit dat de ziekenfondsverzekering de verzekerde van de verplichting tot betaling van honorarium ontslaat betekent niet dat een overeenkomst tussen verzekerde en medewerker overbodig is geworden. Vergeleken met de rechten en verplichtingen in de relatie arts-particuliere patiënt verschilt de relatie medewerker-verzekerde alleen daarin, dat een honoreringsverplichting aan de zijde van de verzekerde ontbreekt. Voor het overige vertonen beide relaties dezelfde elementen. Onder meer geldt dit — het is niet overbodig dit hier nog eens te stellen — voor de mate van zorg en toewijding welke de arts dient te betrachten bij de geneeskundige verzorging van zijn patiënten, in welk opzicht zowel particuliere patiënten als ziekenfondsverzekerden tegenover de arts rechtens dezelfde verwachtingen mogen koesteren en dezelfde aanspraken kunnen geldend maken.

4. In het vorige hoofdstuk werd erop gewezen dat er bij hulpverlening door een arts soms sprake is van zaakwaarneming.

De vraag is hier of de arts die uit hoofde van zaakwaarneming hulp verleent aan een ziekenfondsverzekerde, niettegenstaande het bepaalde in artikel 1394 B.W., recht heeft op honorarium. Deze vraag zal worden bezien met als uitgangspunt de volgende casusposities: 1. de arts is niet als medewerker aan een ziekenfonds verbonden; 2. de arts is wel als medewerker aan een ziekenfonds verbonden en de verzekerde is op zijn naam ingeschreven; 3. idem, doch de verzekerde is niet op naam van deze arts ingeschreven; 4. de hulp is door derden ingeroepen.

1. Is de arts niet als medewerker aan een ziekenfonds verbonden, dan kan de hulp — behoudens in uitzonderingsgevallen — niet als verstrekking worden verleend. Immers voor het geldend maken van zijn rechten is de verzekerde — in principe — aangewezen op personen met wie zijn ziekenfonds een overeenkomst heeft gesloten.

2. Is de arts wél als medewerker aan een ziekenfonds verbonden en is de verzekerde bovendien op zijn naam ingeschreven, dan valt de verleende hulp onder de abonnementshonorering. Voor de praktijk maakt het theoretische verschil dat hulp aan een eigen verzekerde nu eens uit hoofde van een contractuele verplichting, dan weer krachtens zaakwaarneming wordt gegeven, geen verschil gezien het karakter van de abonnementshonorering.

3. Anders liggen de zaken, indien de verzekerde niet is ingeschreven op naam van de huisarts-medewerker die de hulp verleende. Nu bestaat er wel een ziekenfonds-regeling, krachtens welke een verzekerde, die als gevolg van bepaalde omstandigheden niet in staat is geweest hulp van de eigen huisarts in te roepen, onder zekere voorwaarden recht kan doen gelden op een vergoeding van gemaakte kosten. Maar dan moet het vanzelfsprekend gaan om *verschuldigde* kosten. Hiervan zou geen sprake zijn, indien die kosten uitsluitend bestaan uit honorarium. De vraag kan echter worden gesteld of de hierboven bedoelde specifieke regeling, getroffen tussen fondsen en huisartsen, in dit geval niet meebrengt dat het honorarium toch kan worden gevorderd.

4. Rest nog de situatie waarin een derde de hulp van een arts heeft ingeroepen. Civielrechtelijk is hier artikel 1393 B.W. van belang. Op grond van dit artikel moet onderscheid worden gemaakt tussen gevallen waarin de derde op eigen naam en gevallen waarin hij op naam van de dominus – in ons geval de verzekerde – heeft gehandeld.

In eerstbedoelde situatie komt er alleen een overeenkomst tot stand tussen derde en huisarts. De verzekerde is wettelijk (art. 1393 B.W.) gehouden de daaruit voortvloeiende kosten – waaronder ook het honorarium – aan de derde te vergoeden. Het feit dat de derde op eigen naam handelde, verhindert formeel, dat de verzekerde het aan deze verschuldigde bedrag weer op het ziekenfonds kan verhalen.

Heeft de derde evenwel op naam van de verzekerde gehandeld, dan gelden de regels die van toepassing zouden zijn geweest, indien de verzekerde de hulp zelf had ingeroepen.

Wat er van bovenstaande juridische beschouwingen moge zijn, een feit is dat de ziekenfondsen in de praktijk over het algemeen geneigd zijn kwesties als hierbedoeld zoveel mogelijk in goede verstandhouding met de belanghebbende partijen op te lossen.

5. Zoals hiervoor werd beschreven kon de werkgroep het niet eens worden over het moment waarop de overeenkomst tussen arts en patiënt een feit is: de aanmelding als patiënt of de eerste behandeling.

Voor wat betreft de ziekenfondsverzekering waren alle leden van de werkgroep het erover eens, dat het moment van de inschrijving op naam van de huisarts moet worden gerekend als het tijdstip waarop verzekerde en medewerker tot elkaar in een contractuele relatie komen te staan. Vanaf dat moment immers vindt trouwens ook abonnementshonorering van de huisarts door het ziekenfonds plaats.

Denkbaar is, dat de verzekerde reeds particulier bij de medewerker in kwestie onder behandeling was, voordat inschrijving op diens naam plaatsvond. In dat geval zal de verzekerde te kennen moeten geven voortaan voor ziekenfondsrekening behandeld te willen worden. De oorspronkelijke overeenkomst zal dan door middel van objectieve novatie worden omgezet in een overeenkomst die gericht is op (voortzetting van de) behandeling voor ziekenfondsrekening.

6. Dat bij de totstandkoming van de overeenkomst verzekerde-medewerker wat langer wordt stilgestaan, houdt verband met het feit, dat de vrijheid van de verzekerde om een huisarts te kiezen voor de ziekenfondsverzekerde beperkter is

dan voor de particuliere patiënt. De desbetreffende wettelijke bepalingen kunnen hier niet onbesproken blijven.

Blijkens artikel 9 van de Ziekenfondswet dient de verzekerde bij de keuze van zijn huisarts rekening te houden met drie beperkende voorschriften. Het eerste (artikel 9, eerste lid) legt een, men zou kunnen zeggen, *functionele* beperking aan. De verzekerde heeft de keuze uit personen of instellingen met wie of welke zijn ziekenfonds een overeenkomst heeft gesloten: de medewerkers.

Als tweede is er de bepaling (artikel 9, tweede lid) die binnen de in het eerste lid bedoelde groep bovendien een *territoriale* beperking aanbrengt. De verzekerde heeft uit bedoelde medewerkers de keuze voor zover deze in zijn woonplaats of in de naaste omgeving daarvan hun praktijk uitoefenen of gevestigd zijn.

Voor een derde beperking zou kunnen worden verwezen naar artikel 9, vijfde lid, waarin staat vermeld dat ziekenfondsen en medewerkers kunnen overeenkomen dat een verzekerde zich dient te wenden tot een medewerker op wiens naam hij is ingeschreven. De contracten tussen fondsen en huisartsen en die tussen fondsen en apothekers kennen zo'n inschrijving op naam. Hierin lijkt een beperking van de vrije keuze te zitten: een huisarts kan bijvoorbeeld een maximum stellen aan het aantal op zijn naam in te schrijven verzekerden.

Bedenkt men echter, dat een verzekerde zich op elk moment op naam van een andere huisarts kan laten overschrijven, en dat ook zonder inschrijving op naam een medewerker vrij is zelf de omvang van zijn praktijk te bepalen, dan mag worden geconcludeerd dat de feitelijke beperkende werking van het inschrijven op naam niet groot is. Hetzelfde kan, althans voor wat betreft de huisartsenhulp, worden gezegd van de 'functionele' beperking: het aantal huisartsen dat geen ziekenfondspraktijk heeft, is zeer klein. De 'territoriale' beperking pleegt nog wel eens als belastend te worden ervaren.

7. In dit verband is het de moeite waard de bepaling omtrent de inschrijving op naam nader onder de loupe te nemen.

De inschrijving op naam is een noodzakelijk uitvloeisel van de zogenaamde abonnementshonorering. Deze wijze van honorering, welke staat tegenover de honorering per verrichting, komt hier op neer, dat het ziekenfonds aan een medewerker een vast bedrag per jaar betaalt voor iedere op zijn naam ingeschreven verzekerde, ongeacht het aantal keren dat deze de hulp van de medewerker in kwestie nodig zal hebben. Dit systeem veronderstelt een min of meer duurzame band tussen medewerker en verzekerde. Het administratieve verlengstuk hiervan is de inschrijving van de verzekerde op naam van de desbetreffende medewerker door het ziekenfonds.

Het behoeft geen betoog dat in een dergelijk systeem risicoselectie door de medewerker uit den boze is. Alleen om zwaarwichtige redenen, welke niet gelegen mogen zijn in de gezondheidstoestand van de verzekerde patiënt, mag een arts inschrijving op zijn naam weigeren. Een zwaarwichtige reden kan zijn het ontbreken van de noodzakelijke vertrouwensrelatie.

Met het oog op hetgeen hieronder zal volgen is het dienstig de desbetreffende bepaling hier te citeren (artikel 9, vijfde lid, ZFW):

'In de overeenkomsten (lees: tussen ziekenfondsen en medewerkers) kan worden bepaald, dat verzekerden, om hun rechten op de desbetreffende verstrekking

geldend te maken, door het ziekenfonds ingeschreven moeten zijn op naam van een huisarts, tandarts, tandheelkundige of apotheker. Daarbij kunnen regelen worden gesteld ter beperking van het ten name van een huisarts etc. in te schrijven aantal verzekerden. Bij reglement van het ziekenfonds kan het aantal overschrijvingen van een verzekerde in een bepaald tijdvak aan een maximum worden gebonden en kunnen regelen worden gesteld betreffende de tijdstippen van overschrijving'.

Deze bepaling ondervindt sinds enige tijd hernieuwde belangstelling in verband met studies omtrent de mogelijkheden voor toelating van groepspraktijken – meerdere huisartsen praktizeren in één samenwerkingsverband – als medewerkers van de ziekenfondsen. Zou ook hier de abonnementshonorering als het meest verkieslijke honoreringssysteem worden gekozen, dan is het de vraag of bedoelde bepaling, welke spreekt van inschrijving op naam van *een huisarts* etc., ook inschrijving op naam van zo'n samenwerkingsverband toelaat. Een strikt grammaticale uitlegging van deze bepaling zou een ontkennend antwoord opleveren. Het is echter de vraag of de bepaling in kwestie tot een dergelijke interpretatie dwingt. Er zijn argumenten die naar het oordeel van de meerderheid der werkgroep een andere conclusie mogelijk maken.

Zo is er het historisch argument: de gedachte van de groepspraktijk kon ten tijde van de Ziekenfondswet nog niet levensvatbaar worden genoemd: de wetgever heeft er geen rekening mee gehouden. Daarnaast: de ratio van bedoelde bepalingen moet blijkens de Memorie van Toelichting in hoofdzaak worden gezocht in de wens om aan de mogelijkheid van abonnementshonorering – voor huisartsen van oudsher bestaande – een wettelijke grondslag te geven.

Hoewel de inschrijving op naam door de Memorie van Toelichting ook wordt gezien als een beperking van de vrije artskeuze (hetgeen meer schijn dan werkelijkheid is), lijkt het de werkgroep te ver te gaan om uit de geciteerde bepaling, die bovendien een facultatief karakter draagt, te concluderen dat naast inschrijving op naam van één enkele huisarts als andere mogelijkheid niet zou mogen worden overeengekomen inschrijving op naam van een samenwerkingsverband.

In de werkgroep werd nog gesteld dat inschrijving op naam ook van betekenis zou kunnen zijn wanneer de huisartsen per verrichting zouden worden gehonoreerd. De werkgroep had daar begrip voor omdat continuïteit in de relatie patiënt-huisarts ongetwijfeld een belangrijke zaak mag heten.

Tenslotte werd als juridisch facet van inschrijving op naam door een ieder belangrijk geacht dat dan de aansprakelijke persoon – ingeval de patiënt (verzekerde) tengevolge van een beroepsfout schade heeft geleden – duidelijk is gemarkeerd.

8. Evenals de verhouding arts-patiënt is de verhouding verzekerde-medewerker vrijwel steeds van contractuele aard. Dit betekent onder meer dat de verzekerde – gelijk de particuliere patiënt – eventuele schaden als gevolg van een onjuiste of onzorgvuldige behandeling op de arts kan verhalen door middel van een actie uit wanprestatie. In sommige gevallen kan de verzekerde daartoe eveneens een actie uit onrechtmatige daad instellen. De schade kan bestaan in (extra) kosten voor herstel van de gezondheid, maar ook in derving van inkomsten, kosten voor langdurige verzorging, soms wellicht immateriële schade.

Bij ziekenfondsverzekerden zal de geleden schade zelden bestaan in kosten voor

geneeskundige hulp. Immers vrijwel altijd zal deze hulp samenvallen met een verstrekking van de ziekenfondsverzekering en als zodanig voor de verzekerde geen kosten met zich behoeven mee te brengen. Of en in welke gevallen het *ziekenfonds* de in verband daarmee gemaakte kosten op de betrokken arts kan verhalen, zal in paragraaf 3 van dit hoofdstuk worden onderzocht.

9. Na hetgeen in deze paragraaf is uiteengezet omtrent de totstandkoming van de relatie verzekerde-medewerker, zal de beëindiging van deze relatie nauwelijks nieuwe vraagpunten oproepen. De overeenkomst verzekerde-medewerker wordt beëindigd doordat een of beide partijen de hoedanigheid van verzekerde of van medewerker verliezen c.q. prijsgeven.

Een verzekerde verliest deze hoedanigheid bij overschrijding van de loon- of inkomensgrens, bij royement of door overlijden. Een vrijwillig of bejaarde verzekerde kan bovendien zijn verzekering opzeggen. Een verzekerde kan zijn verzekering bij het ene fonds beëindigen door zich te laten inschrijven bij een ander ziekenfonds, bijvoorbeeld wegens verhuizing. In dat geval zal het verzekerd-zijn gewoonlijk niet worden onderbroken.

Wenst een verzekerde zijn beëindigde ziekenfondsrelatie met een arts-medewerker op particuliere basis voort te zetten, dan kan dit geschieden door de oorspronkelijke overeenkomst middels novatie om te zetten in een nieuwe overeenkomst.

Het vorenstaande geldt mutatis mutandis voor de situatie, waarin de arts om welke reden dan ook ophoudt medewerker van het ziekenfonds te zijn. In dat geval is voortzetting van de relatie – ook hier op particuliere basis – slechts mogelijk door middel van schuldvernieuwing. Van de arts mag worden verwacht, dat hij de verzekerden die bij hem onder behandeling zullen zijn, tijdig van een en ander op de hoogte stelt.

Tenslotte is het denkbaar dat een der beide partijen niet langer prijs stelt op voortzetting van de bestaande verhouding, bijvoorbeeld wegens het wegvallen van de vereiste vertrouwensrelatie.

Is de verzekerde op naam van de medewerker ingeschreven en gaat de wens tot verbreking der relatie van hem uit, dan is het in zijn belang aan het ziekenfonds overschrijving op naam van een andere medewerker te vragen.

Gaat de wens van de medewerker uit, dan rust op deze laatste de verplichting het ziekenfonds onmiddellijk te verzoeken tot afschrijving over te gaan, zulks teneinde het ziekenfonds in de gelegenheid te stellen het abonnementshonorarium aan de gewijzigde situatie aan te passen.

Par. 2. De verhouding ziekenfonds-verzekerde

1. In paragraaf 2 van de Inleiding zijn onder nummer 5 de drie vormen van ziekenfondsverzekering – de verplichte, de bejaarden- en de vrijwillige verzekering – beschreven.

Bij vergelijking blijkt, dat de verplichtingen van de verzekerden – met name voor wat betreft premie en premiebetaling – voor de drie vormen van verzekering nogal uiteenlopen.

Bezien we echter het recht op verstrekkingen, dan blijkt er over de hele linie een vrijwel volledige uniformiteit te bestaan. Van het begin af aan heeft de wetgever voor ogen gestaan een gelijk verstrekkingenpakket voor alle drie de groepen van verzekerden. In de hierboven bedoelde passage van de inleiding kwam reeds naar

voren, dat de Ziekenfondswet thans inderdaad aan alle verzekerden gelijke rechten garandeert.

Echter niet helemaal. De vrijwillige verzekering vertoont nog enkele sporen die herinneren aan de tijd dat de autonomie van de ziekenfondsen op het terrein van deze verzekering nog zo goed als volledig was.

a. Het recht op *toelating* tot de verzekering is voor alle drie de vormen van verzekering vrijwel volledig bij de wet geregeld. Niettemin kan, zoals we zagen, het ziekenfonds in zijn statuten of reglementen bepalen, dat het onder bepaalde voorwaarden een aspirant-verzekerde de toelating tot de vrijwillige verzekering kan weigeren. Geen weigering kan geschieden van personen 'wier gezondheidstoestand een sterk verhoogd ziekterisico oplevert'.

Desalniettemin is het een feit dat tal van toegelaten ziekenfondsen ondanks de letter van de wet in hun reglement hebben bepaald dat personen, van wie met zekerheid valt te voorspellen, dat ze het fonds op zware kosten zullen jagen, buiten de deur kunnen worden gehouden. Kennelijk heeft de aanwezigheid van zulk een bepaling aan de wettelijk vereiste toelating van deze fondsen niets in de weg gelegd. Van de zijde van bedoelde fondsen werd betoogd, dat het sluiten van verzekeringen met personen die met verzekering hebben gewacht tot de ziekte zich heeft geopenbaard (ze liggen al in een ziekenhuis of wachten op opname) in redelijkheid niet van hen kan worden verlangd. De gezondheidstoestand van die personen levert geen sterk verhoogd ziekterisico meer op: 'het huis brandt reeds'.

Op deze wijze zou het immers al te aantrekkelijk worden met het sluiten van een vrijwillige verzekering te wachten, totdat men voorziet kosten terzake van geneeskundige verzorging te moeten maken. Wellicht op grond van deze praktische overweging werd de onderhavige wettelijke bepaling niet tot haar laatste consequenties gehanteerd bij de procedure tot toelating van ziekenfondsen in kwestie als uitvoeringsorganen van de Ziekenfondswet. Toch kan men zich afvragen, of er desalniettemin een zekere wrijving met de wet bestaat.

b. Voorts kent de vrijwillige verzekering zogenaamde wachttijden. De wet bepaalt dat in nader te bepalen gevallen een vrijwillig verzekerde aan de verzekeringsovereenkomst geen recht op verstrekking kan ontnemen dan nadat een bepaalde wachttijd is verstreken.

Overeenkomstig de daartoe geopende wettelijke mogelijkheid zijn de wachttijden niet voor alle verstrekkingen van gelijke duur. Zij variëren van één tot zes maanden. Het is overigens curieus in de Memorie van Toelichting te lezen, dat de wachttijden zijn bedoeld om misbruiken tegen te gaan, met name in de gevallen dat men zich eerst voor de vrijwillige verzekering meldt nadat een ziekte is ontstaan. Wachttijden zouden nodig zijn in verband met het feit dat het de ziekenfondsen verboden is bij het beoordelen van verzoeken tot toelating als verzekerde risicoselectie toe te passen. In dit licht past ten aanzien van de hierboven onder a gesignaleerde praktijk een extra wantrouwen.

c. Tenslotte een afwijking in de gelijkheid van verstrekkingen welke de vrijwillig verzekerde juist begunstigt.

Op grond van artikel 94 (overgangsbepaling) zouden regelingen welke onder vigeur van het Ziekenfondsenbesluit waren getroffen, van kracht blijven voorzover zij niet in strijd waren met de nieuwe Ziekenfondswet, evenwel voor niet langer dan een jaar, behoudens de mogelijkheid van intrekking op een eerder tijdstip. Ter uitvoering van dit artikel werd onder meer uitdrukkelijk bepaald, dat in de verlos-

kundige hulp voor de vrijwillig verzekerden wordt voorzien overeenkomstig de statuten en het reglement van het ziekenfonds waarbij de verzekerde is ingeschreven. Op grond van de reglementen bij tal van ziekenfondsen hadden vrijwillig verzekerden voor verloskundige hulp de keuze tussen vroedvrouw of huisarts. Op grond van de huidige Beschikking verloskundige hulp ziekenfondsverzekering hebben verzekerden van de verplichte- en van de bejaardenafdeling alleen aanspraak op verloskundige hulp door de huisarts, hetzij indien geen vroedvrouw beschikbaar was of is, hetzij indien het om medische redenen gewent is dat de huisarts de bevalling leidt.

Ondanks de wettelijke overgangsregeling heeft de bepaling, dat vrijwillig verzekerden recht op verloskundige hulp van een huisarts hebben indien het reglement van hun ziekenfonds dit toelaat, zich in voormelde beschikking weten te handhaven. Tot op heden heeft men zich nog niet bekommerd om het feit, dat deze bepaling al reeds de nodige jaren op gespannen voet staat met de wet. Het wordt tijd dat de ziekenfondswetgeving van dit 'grijze kind wordt verlost'.

2. Een kwestie welke nogal eens ter sprake komt, maar waarvan de betekenis misschien wat wordt overtrokken, is de vraag of de relatie verplicht verzekerde-ziekenfonds van publiekrechtelijke dan wel van privaatrechtelijke aard is. Voor wat betreft de vrijwillige verzekering is de vraag al eerder beantwoord: deze is van zuiver privaatrechtelijke aard. Hetzelfde mag worden aangenomen voor de bejaardenverzekering, ondanks het ontbreken van enige contractsvrijheid aan de zijde van het ziekenfonds. In het eerder aangehaalde arrest van de Hoge Raad van 1959 had dit rechtscollege reeds overwogen dat het ontbreken van bedoelde contractsvrijheid bij de toenmalige verplichte verzekering nog niet de totstandkoming van een gewone verzekeringsovereenkomst in de weg behoefde te staan.

Bij de huidige verplichte verzekering is de vraag lastiger, temeer aangezien de criteria voor benoeming in de ene dan wel de andere zin – *privaat- of publiekrechtelijk* – in de rechtsleer geenszins vastliggen of liever zich voortdurend wijzigen. Het is daarom des te merkwaardiger dat men in navolging van de Memorie van Toelichting bij de Ziekenfondswet steeds weer apodictisch hoort verkondigen, dat de verplichte ziekenfondsverzekering publiekrechtelijk van aard is. Als men de verplichte verzekering van vóór 1966 vergelijkt met die van na 1966, kan de reden voor deze gedaanteverwisseling alleen maar gelegen zijn in het feit, dat de Ziekenfondswet de verplicht verzekerden als 'van rechtswege verzekerd' verklaart.

Door de verhouding verplicht verzekerde-ziekenfonds als publiekrechtelijk aan te merken, lag voor de wetgever de weg open om voor de verplicht verzekerden een administratieve rechtsgang te creëren. Hiertoe werd aangesloten bij de bestaande mogelijkheden voor administratieve rechtspraak als geregeld in de Beroepswet. Dienovereenkomstig zijn in artikel 75 ZFW de Raden van Beroep en in tweede instantie de Centrale Raad van Beroep bevoegd verklaard om kennis te nemen van geschillen tussen ziekenfonds en verplicht verzekerden. De regering had indertijd gaarne gezien dat eenzelfde rechtsgang zou openstaan voor de vrijwillig en bejaarde verzekerden; het privaatrechtelijke karakter van deze verzekeringen maakte deze wens echter onvervulbaar.

Blijft dus over de vraag of de wetgever terecht tot de conclusie is gekomen, dat de verplichte verzekering tot het domein van het publieke recht moet worden gerekend. Van het antwoord op deze vraag – op dit moment voornamelijk nog van

theoretisch belang — hangt het af of de wetgever gelet op de desbetreffende bepalingen in de Grondwet (artt. 167 en 168) terecht heeft besloten geschillen voortvloeiende uit de verplichte verzekering ter beslechting op te dragen aan de administratieve rechter.

3. Na hierboven de relatie tussen verzekerde en ziekenfonds te hebben beschreven, is het nuttig deze relatie te bezien vanuit de eventuele conflictsituaties die er tussen verzekerde en ziekenfonds kunnen ontstaan. De diverse vraagstukken op dit terrein zullen hier worden behandeld als vragen van rechtshandhaving: op welke wijze kan de verzekerde de hem toekomende rechten zonedig afdwingen?

Onder punt 2 is deze materie reeds in ander verband ter sprake gekomen: de verplicht verzekerden kunnen beroep instellen bij de administratieve rechter, vrijwillig en bejaarde verzekerden zijn in dit opzicht aangewezen op de burgerlijke rechter.

Voor verplicht verzekerden, zo bepaalt de Ziekenfondswet in artikel 74, eerste lid, sub c, staat beroep open van beslissingen betreffende het verlenen van een verstrekking of vergoeding, van welke het ziekenfonds de verzekerde desverlangd schriftelijk en met redenen omkleed kennis dient te geven.

De vrijwillig of bejaarde verzekerden kunnen gebruik maken van alle acties welke een willekeurige partij bij een gewone overeenkomst tot schadeverzekering toekomen, met dien verstande dat de regels van dwingend recht in de Ziekenfondswet in de plaats treden van overeenkomstige bepalingen van aanvullend recht in het Wetboek van Koophandel.

Als belangrijkste actie kan in dit verband worden genoemd de actie uit wanprestatie neergelegd in artikel 1302 B.W. Behalve ontbinding van de verzekeringsovereenkomst kan de vrijwillig of bejaarde verzekerde op grond van deze actie ook schadevergoeding of nakoming van het ziekenfonds eisen dan wel combinaties daarvan.

De meest voorkomende conflicten tussen ziekenfondsen en verzekerden betreffende het recht op verstrekkingen zijn globaal als volgt te verdelen.

a. Het ziekenfonds weigert toestemming voor het verlenen van een verstrekking, bewerende dat de verzekerde op die hulp geen recht kan doen gelden.

Ter toelichting zij opgemerkt, dat de uitvoeringsbesluiten voor een deel der verstrekkingen het recht van de verzekerde afhankelijk stellen van de toestemming van het ziekenfonds. Het ziekenfonds kan om meer redenen het recht van de verzekerde in twijfel trekken: het kan van oordeel zijn, dat de gewenste hulp niet tot de verstrekkingen kan worden gerekend, ook kan het van mening zijn, dat de verzekerde niet aan de wettelijk gestelde voorwaarden voor het verlenen van de verstrekking voldoet. Zo werd terzake van abortus provocatus aanvankelijk door enkele fondsen onder meer gesteld dat deze hulp geen verstrekking is (het zou geen curatieve zorg zijn). Andere fondsen, hoewel van mening dat deze hulp in beginsel tot de verstrekking ziekenhuisverpleging zou kunnen worden gerekend, waren van oordeel dat de verzekerde geen recht kan doen gelden vanwege het ontbreken van de wettelijk vereiste indicatie voor opname en verder verblijf in een ziekenhuis. De 'noodzaak' voor de ingreep zou ontbreken.

Verplicht verzekerden kunnen tegen afwijzende beslissingen als deze in beroep gaan bij de daarvoor in aanmerking komende Raad van Beroep. Deze zal de beslissing van het ziekenfonds hetzij bevestigen hetzij vernietigen.

De vrijwillig en de bejaarde verzekerde kunnen voor de burgerlijke rechter

nakoming vorderen op grond van wanprestatie. De eis tot ontbinding zal niet spoedig voorkomen, aangezien de reglementen van de ziekenfondsen noch de wet zelf de verzekerde veel in de weg leggen om de verzekeringsovereenkomst op te zeggen (gewoonlijk per maand).

Heeft de verzekerde door het onthouden van toestemming schade geleden als bijvoorbeeld derving van inkomsten, dan kunnen de vrijwillig en bejaarde verzekerde tevens schadevergoeding eisen, voorzover deze schade het voorzienbaar gevolg is van de onjuiste handelwijze van het ziekenfonds.

De verplicht verzekerde zal zich in deze gevallen tot de burgerlijke rechter moeten wenden, aangezien een claim tot schade niet bij de administratieve rechter thuishoort. Deze groep van verzekerden zal zijn eis moeten baseren op een onrechtmatige daad. Door de uitspraak van de administratieve rechter dat de beslissing tot weigering van de verstrekking onjuist is geweest, zal één element voor de actie uit onrechtmatige daad: de onrechtmatigheid, in de meeste gevallen wel door de burgerlijke rechter worden aanvaard. Of de actie zal slagen, hangt uiteraard van nog andere factoren af.

b. Een andere mogelijkheid is dat het ziekenfonds het recht van de verzekerde niet betwist, doch geen of onvoldoende medewerkers aan zich heeft verbonden om hem in de gelegenheid te stellen dat recht feitelijk te realiseren.

Met deze situatie heeft de wetgever rekening gehouden in artikel 11 van de Ziekenfondswet. Dit artikel geeft de verantwoordelijke minister de bevoegdheid te bepalen, dat de verzekerden van alle of door hem aan te wijzen ziekenfondsen aanspraak hebben op een uitkering in geld wegens kosten voor een bepaalde vorm van geneeskundige verzorging in plaats van aanspraak op de desbetreffende verstrekking. Maar, zo vervolgt deze bepaling onmiddellijk, de minister gaat hiertoe slechts over, indien hij van oordeel is dat alle of de door hem aangewezen ziekenfondsen in de onmogelijkheid verkeren op voor hen aanvaardbare voorwaarden overeenkomsten te sluiten met een genoegzaam aantal personen of instellingen, die de bedoelde vorm van geneeskundige verzorging kunnen verlenen. Dit artikel vraagt dus van de minister een feitelijke beoordeling van de situatie ('onmogelijkheid', 'aanvaardbare voorwaarden', 'genoegzaam'), waarop hij een beleidsbeslissing, of althans een daad van bestuur kan laten volgen ('de minister kán bepalen'). Er moet dus aan nogal wat voorwaarden zijn voldaan. Hier is te meer reden toe, aangezien een dergelijke beslissing een essentiële inbreuk betekent op het door de wetgever gewilde systeem van verstrekkingen in natura. In dit licht is dan ook te begrijpen de verdere bepaling, dat een beslissing als bovenbedoeld slechts kan gelden voor ten hoogste zes maanden tenzij de regering binnen die termijn een voorstel van *wet* tot verlenging van deze termijn aan de Staten-Generaal doet. Bij intrekking of verwerping van het voorstel vervallen de uitzonderingsregelingen binnen veertien dagen nadien.

Het is wel duidelijk dat er sprake zal moeten zijn van een crisissituatie, voordat de minister van deze uitzonderlijke bevoegdheid gebruik maakt. Uit het hoofdstuk van de wet inzake de overeenkomsten tussen ziekenfondsen en medewerkers blijkt ook, dat de wetgever dit 'noodrecht' als ultimum remedium heeft bedoeld.

Dit alles neemt echter niet weg, dat er situaties denkbaar zijn en ook voorkomen, waarin een ziekenfonds er niet in slaagt voldoende beroepsbeoefenaren uit een bepaalde tak van de geneeskunde aan zich te verbinden om het recht van verstrekking daarop aan al zijn verzekerden te garanderen zonder dat de minister aanleiding

ziet van zijn bijzondere bevoegdheden gebruik te maken. Op bepaalde plaatsen in het westen van het land doet deze situatie zich voor op het terrein van de tandheelkundige hulp. De vraag is op welke wijze de verzekerde daar zijn wettelijke aanspraken kracht kan bijzetten.

Gesteld dat de verzekerde na talrijke omzwervingen langs diverse medewerkers wier praktijk 'vol' is, bij het ziekenfonds belandt met de vraag hem te helpen zijn recht op de desbetreffende verstrekking te effectueren en het ziekenfonds hem mededeelt 'niets meer te kunnen doen', dan rijst de vraag of hiermee ook alle kansen voor de verzekerde verkeken zijn.

Het antwoord ligt in de vraag of het ziekenfonds in deze iets kan worden verweten, met andere woorden is tekortgeschoten in zijn wettelijk opgelegde taak. Deze taak is blijkens artikel 8 van de wet (geciteerd op p. 79) het zorgdragen, dat bij hem ingeschreven verzekerden hun aanspraak op verstrekkingen geldend kunnen maken. 'Zorgdragen' wijst op een 'inspannings'-verplichting, niet op een 'resultaats'-verplichting: het ziekenfonds is *niet* gehouden het recht van de verzekerde onder alle omstandigheden te *garanderen*. Zoals in de Inleiding werd uiteengezet kwijten de ziekenfondsen zich van deze taak door het sluiten van overeenkomsten met medewerkers. De ziekenfondsen zijn hiertoe jegens de meeste groepen van medewerkers verplicht. Een ziekenfonds is derhalve alleen iets te verwijten, indien kan worden aangetoond dat het in zijn taak: te zorgen voor overeenkomsten met voldoende medewerkers, is tekortgeschoten.

Gewoonlijk zal het conflict zich op deze wijze manifesteren, dat de verzekerde — na bij alle beschikbare medewerkers 'bot te hebben gevangen' — het ziekenfonds toestemming vraagt zich tot een particuliere arts, tandarts, specialist enz. te mogen wenden, of vaker, zonder zich vooraf met het fonds te hebben verstaan, vergoeding vraagt op een overgelegde particuliere nota. De weigering van het ziekenfonds de gevraagde toestemming te verlenen en de negatieve beslissing van het fonds terzake van de gevraagde vergoeding zijn ongetwijfeld 'beslissingen betreffende het verlenen van een verstrekking als bedoeld in de artikelen 8 en 10 of van een vergoeding als bedoeld in de artikelen 10 en 11' (artikel 74 Ziekenfondswet). Van zo'n beslissing kan de verzekerde beroep aantekenen bij de administratieve rechter. Evenzo zal de vrijwillig of bejaarde verzekerde met betrekking tot een zodanige beslissing het oordeel van de burgerlijke rechter kunnen vragen. Aan de rechter zal het dan in beide gevallen zijn te beoordelen of het ziekenfonds zich ter rechtvaardiging van zijn in gebreke blijven kan beroepen op overmacht of niet. Een vraag die niet zo gemakkelijk is te beantwoorden indien men weet dat artikel 11 — hierboven aangehaald — eenzelfde situatie op het oog heeft. Van de rechter wordt wel een heel genuanceerd oordeel gevraagd.

c. De oorsprong van het conflict kan ook liggen bij de medewerker. Te denken is aan verstrekkingen, waarvoor de verzekerde zich zonder voorafgaande toestemming van het ziekenfonds rechtstreeks tot de medewerker kan wenden, zoals bij huisartsenhulp, specialistische hulp en voor een deel ook de tandheelkundige hulp. Het kan zijn dat de medewerker weigert de hulp als verstrekking te verlenen, omdat hij meent dat de gevraagde hulp niet tot de wettelijk geregelde verstrekkingen behoort, of omdat hij van oordeel is dat niet aan een wettelijk gestelde voorwaarde voor het inroepen van die hulp is voldaan. Van het eerste geval is het pilconsult een dankbaar voorbeeld: valt het pilconsult onder verstrekking huisartsenhulp? Voor het tweede geval kan worden verwezen naar de voorwaarde voor het inroepen voor fonds-

rekening van bepaalde vormen van tandheelkundige hulp: het bezit van een gesaneerd gebit. Verscheidene oplossingen zijn denkbaar.

Zo kan de verzekerde besluiten de hulp bij een andere aan het ziekenfonds verbonden medewerker in te roepen, en als hij ook daar nul op zijn request heeft gekregen het ziekenfonds vragen zich onder behandeling te mogen stellen van een niet-medewerker dan wel het ziekenfonds vergoeding te vragen voor de reeds particulier ingeroepen hulp.

Vraagt een medewerker voor verleende hulp aan een verzekerde betaling en die verzekerde zowel als zijn fonds zijn het erover eens dat de hulp onder een verstrekking valt waarvoor geen betaling mocht worden gevraagd, dan is het goed gebruik dat het fonds voor zijn verzekerde in de bres springt. Kan het fonds de medewerker niet overtuigen, dan kan het zich tot de burgerlijke rechter wenden met een op het contract gebaseerde vordering en de medewerker verplichten — zonodig onder bepaling van een dwangsom — de overeenkomst na te komen.

d. Als vierde en laatste situatie worden hier genoemd de gevallen waarin de medewerker, zonder het recht van de verzekerde te betwisten, de hulp niet op juiste of behoorlijke wijze verleent.

Lijdt de verzekerde geen schade, dan doet hij, zo dat althans mogelijk is, er het beste aan zich tot een andere medewerker te wenden.

Lijdt hij wel schade, dan is de zaak ingewikkelder. Is de schade onbetwistbaar het gevolg van een foutieve handelwijze van de arts, dan zal de verzekerde de schade in de eerste plaats op deze dienen te verhalen, hetzij via een actie uit wanprestatie, in sommige gevallen alternatief uit hoofde van onrechtmatige daad. Het kan evenwel zijn dat de arts — bijvoorbeeld als het een pas afgestudeerde arts met jonge praktijk betreft — geen of onvoldoende verhaal biedt. In dat geval zal de verzekerde geïnteresseerd zijn in de mogelijkheid van een actie tegenover het ziekenfonds.

Ook dan is het uiteraard de vraag of de geleden schade mede aan een juridisch verwijtbaar gedrag van het ziekenfonds moet worden toegeschreven.

Wanneer kan daarvan sprake zijn? Deze vraag is van betekenis zowel voor een actie van de verplicht verzekerde als voor een actie van de vrijwillig en bejaarde verzekerden tegenover hun ziekenfondsen.

Uitgaande van wanprestatie of onrechtmatig handelen van de desbetreffende medewerker, kan naar het oordeel van de werkgroep het ziekenhuis slechts tot schadevergoeding worden aangesproken, indien het culpa in eligendo verweten kan worden bij het aan zich verbinden van de medewerker in kwestie. Uiteraard zal het bewijs daarvan niet direct en sinecure zijn. Niettemin zijn er gevallen denkbaar waarin het ziekenfonds apert te lichtvaardig is te werk gegaan. Als voorbeeld zou kunnen worden genoemd een fonds, dat een arts die zich herhaalde malen tegenover de strafrechter of een medisch tuchtcollege heeft moeten verantwoorden, toch aan zich verbindt.

Behalve in situaties als hierboven bedoeld kan een ziekenfonds aansprakelijk worden gesteld in de gevallen, waarin de medewerker in dienst is van het fonds. Alsdan is het ziekenfonds voor het foutieve handelen van bedoelde arts aansprakelijk op grond van artikel 1403 B.W.

Blijft over de vraag of het ziekenfonds tegenover een actie van de verzekerde als verweer kan aanvoeren, dat laatstgenoemde vrij is zelf te kiezen tot welke medewerker hij zich zal wenden.

In de situatie waarin de medewerker hulp verleent in dienst van het ziekenfonds

zal dat verweer wel niet spoedig opgaan. Immers de wet zelf wijst het ziekenfonds (mede) als aansprakelijke instantie aan. Hierbij maakt het niet uit of men zich tot de ene dan wel de andere medewerker in dienstverband heeft gewend.

Moeilijker is de beantwoording van de gestelde vraag, indien de medewerker vrij-gevestigd is. Toch gaat het hier in wezen om een schijnprobleem. Immers de vraag kan worden herleid tot het vraagstuk of het recht van vrije keuze van de verzekerde het ziekenfonds kan disculperen. Het is duidelijk dat het ziekenfonds het onderhavige verweermiddel niet kan aanvoeren als het wist of duidelijk kon vermoeden dat het aantrekken van een notoir onbekwame arts de kans op 'ongelukken' vergroot. Doordat de verzekerde indirect gedwongen wordt bij zijn keuze zich te beperken tot de kring der medewerkers wordt bedoelde kans ook een reële kans. In dat geval zou het verweer van het ziekenfonds wel eens niet kunnen opgaan.

Tenslotte. Bij het schadevraagstuk moet wel in het oog worden gehouden, dat het ziekenfonds op grond van de wettelijke bepalingen in beginsel gehouden is alle geneeskundige verzorging, dus ook die als gevolg van een onjuiste of onbehoorlijke behandeling, ten laste van de ziekenfondsverzekering te verstrekken. In de daarvoor in aanmerking komende gevallen is het redelijk dat een ziekenfonds zal trachten de kosten bij degene die ze veroorzaakt heeft te verhalen. Hierop zal in de volgende paragraaf dieper worden ingegaan (punt 8).

Par. 3. De verhouding ziekenfonds-medewerker (huisarts)

1. De voornaamste taak welke de Ziekenfondswet aan de ziekenfondsen oplegt is de zorg dat de verzekerden hun recht op verstrekkingen geldend kunnen maken. Bij wettelijke maatregel, het Verstrekkingenbesluit ziekenfondsverzekering, zijn de vormen van geneeskundige hulp die als verstrekkingen gelden, opgesomd en nader omschreven.

Op zich genomen is het denkbaar dat de ziekenfondsen zich van hun taak kwijten door personen in dienst te nemen en inrichtingen te exploiteren die bedoelde vormen van hulp kunnen verlenen. De wetgever echter heeft de dienstverhouding tussen fonds en medewerker en de exploitatie van een eigen inrichting slechts bij wijze van hoge uitzondering mogelijk gemaakt. Ze zijn slechts geoorloofd — men zie artikel 44, leden 2—5 —, indien een fonds op 1 januari 1964 reeds aldus handelde: bovendien kan de minister in 'bijzondere gevallen, gehoord de Ziekenfondsraad' er toestemming voor geven.

De werkgroep vestigt er de aandacht op, dat ook bij een stelsel van arbeidsovereenkomsten niet het ziekenfonds zelf de hulp verleent. De wet heeft hier de juiste terminologie gekozen: het ziekenfonds 'waarborgt de verstrekking door het sluiten van arbeidsovereenkomsten'.

Hoe interessant — uit historisch en juridisch standpunt bezien — de arbeidsovereenkomst in het ziekenfondscontractenrecht ook moge zijn, de werkgroep heeft gemeend te moeten volstaan met een signaleren van het verschijnsel en met het vermelden van het feit dat een loondienstverhouding, bij kunstfouten van de medewerker, belangrijke gevolgen op het stuk van de aansprakelijkheid van een ziekenfonds kan hebben. Het gehele probleem van de loondienstverhouding is naar het oordeel van de werkgroep een afzonderlijke studie waard.

Ziekenfondsen dienen zich dus te verzekeren van de diensten van vrij-gevestigde beroepsbeoefenaren en zelfstandig werkende instellingen. De Ziekenfondswet stelt

zich in dit verband een vorm van samenwerking voor op basis van overeenkomsten met als partijen een ziekenfonds te ener zijde, de hulpverlenende personen en instellingen te anderzijde (artikel 44, eerste lid, geciteerd op p. 79).

Het unieke Nederlandse ziekenfondswezen kenmerkt zich — althans voor wat de verplichte verzekering betreft — aan de ene kant door een stringente wettelijke regeling waarbij voor de verzekerde het begin en het einde van zijn verzekering en de omvang van zijn rechten en verplichtingen vrij uitvoerig zijn vastgelegd en aan de andere kant door een veronderstelde verwachting dat personen en instellingen die medische hulp verlenen bereid zullen zijn door het aangaan van contracten het bouwsel in stand te houden. Zonder die contracten stort het geheel in elkaar. En zou de minister dan van zijn bevoegdheid, hem gegeven in artikel 11 van de wet, gebruik maken en de verzekerden een vergoeding in geld toekennen, dan is het stelsel van verstrekkingen in natura vervangen door een restitutiesysteem.

Deze dreiging steeds op de achtergrond, legt grote verantwoordelijkheid op alle betrokkenen: medewerkers, ziekenfondsen, Ziekenfondsraad en overheid. Partijen bij het contract zullen elkaar moeten vinden, de Raad zal zijn goedkeuringsrecht — de overeenkomsten behoeven krachtens de wet goedkeuring — met beleid moeten hanteren en de overheid zal er voor moeten zorgen dat de wettelijke voorschriften geen hinderpaal vormen voor het scheppen en instandhouden van een goede relatie tussen de contractpartners.

2. Vooruitlopende op hetgeen hieronder met betrekking tot het sluiten van contracten en de inhoud ervan wordt meegedeeld, moge hier iets worden vermeld van de relatie tussen de bij of krachtens de wet omschreven verstrekkingen en de medewerkersovereenkomsten.

Op het eerste gezicht lijkt het dat de medewerkers geen invloed hebben op de inhoud van het medewerkerscontract voorzover het betreft de prestaties waartoe zij jegens de patiënt als medewerker zijn gehouden. De Kroon en de minister, zo wordt wel beweerd, stellen autonoom de verstrekkingen vast en de contractpartners hebben aan de hand van de wettelijke en volledige omschrijving daarvan tot taak te trachten over de voorwaarden waaronder die hulp zal worden verleend, overeenstemming te bereiken.

Deze zienswijze is te zwart-wit.

In de eerste plaats is de wettelijke omschrijving van vele verstrekkingen vaag en bepaald niet gedetailleerd. Men zie de omschrijving van de verstrekkingen huisartsenhulp en specialistische hulp, ten aanzien waarvan wordt gesteld, dat 'de omvang ervan wordt bepaald door hetgeen in de kring van de beroepsgenoten gebruikelijk is'. Het mag logisch heten dat partijen — en met name de partij medewerkers — willen weten voor welke hulp nu precies wordt gecontracteerd en ze hebben dan ook de neiging de omvang van de hulp en de wijze waarop deze wordt verleend in hun contracten nader te specificeren. Hun nadere interpretatie — mits voorzien van de vereiste goedkeuring — bepaalt dan mede de inhoud van de verstrekking (zie ook hieronder punt 7).

Ten tweede, en daarop werd hierboven gedoeld: de wetgever zal, wil hij het stelsel van verstrekkingen in natura handhaven, rekening moeten houden met wensen en verlangens van de medewerkers. Voert hij een voor die groep niet acceptabele verstrekking in (bijvoorbeeld op tandheelkundig terrein) of een verstrekking onder niet acceptabele voorwaarden (bijvoorbeeld wellicht een forse door

de huisarts te innen bijbetaling), dan loopt hij het risico een contractloze periode en een restitutie-systeem in het leven te roepen. Feitelijk is de overheid bij het vaststellen van de verstrekkingen dus niet zo autonoom als het op het eerste gezicht wel lijkt.

3. De wetgever, uitvoerig op andere gebieden van het ziekenfondsrecht, is summier en terughoudend met betrekking tot het ziekenfondscontractenrecht.

De Ziekenfondswet bevat een aantal bepalingen:

a. over het aangaan van de medewerkersovereenkomst: bepaalde groepen van 'personen en instellingen' geeft zij een wettelijk toelatingsrecht: zij kunnen vorderen dat een ziekenfonds met hen een overeenkomst aangaat;

b. over de inhoud van overeenkomsten: artikel 45 van de Ziekenfondswet geeft de minimum inhoud van de contracten aan;

c. over de goedkeuring, vereist om een overeenkomst perfect te doen zijn.

De werkgroep heeft korte beschouwingen aan de oordelen a en c gewijd (zie punten 5 en 10), langduriger heeft zij stilgestaan bij onderwerp b (zie punten 6 tot en met 9), dat zij op dit stuk van groot belang achtte, kortweg te vertalen in de vraag: waartoe is een medewerker ten opzichte van zijn wederpartij nu precies gehouden?

4. Alvorens nader in te gaan op de hierboven in punt 3 onderscheiden deelgebieden van het ziekenfondscontractenrecht het navolgende.

De Memorie van Toelichting kwalificeert de medewerkerscontracten als overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten. Die kwalificatie heeft bestrijding ondervonden, zo ook van Maeijer. Contractus sui generis zou beter passen. De werkgroep heeft zich niet geroepen gevoeld in deze een mening uit te spreken; de oplossing van die twistvraag geeft geen dieper inzicht in de omvang van de wederzijdse rechten en verplichtingen.

Een korte opmerking moge hierbij nog worden gemaakt.

Later in deze paragraaf wordt dieper ingegaan op de door de wet aangegeven procedure die ertoe leidt dat individuele overeenkomsten tussen een ziekenfonds en een medewerker perfect mogen heten (punt 10). In die procedure spelen collectiviteiten: de ziekenfondsorganisaties en de desbetreffende groeperingen van medewerkers een belangrijke rol. Regel is dat zij in gezamenlijk overleg vaststellen wat naar hun inzicht de inhoud van het individuele contract behoort te zijn. Het rechtskarakter van zo'n afspraak is echter niet zo, dat zij de individuele leden van de groeperingen bindt en evenmin van die aard dat een individueel fonds en een individuele medewerker niet een afwijkend contract zouden mogen sluiten. Een specifiek goedkeuringsrecht is het sluitstuk van dit stelsel.

Gesteld nu dat de Ziekenfondswet (die thans op dit stuk een specifieke regeling bevat) niets over de procedure van het totstandkomen van overeenkomsten zou hebben vermeld, dan lijkt het niet uitgesloten dat de Wet op de collectieve arbeidsovereenkomst zou kunnen worden toegepast, mits — naast andere vereisten — vast zou staan, dat de medewerkerscontracten overeenkomsten tot het verrichten van enkele diensten zouden zijn. Opmerkelijk in dit verband is het feit dat de statuten van de Koninklijke Nederlandse Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst de mogelijkheid openen dat die instelling collectieve overeenkomsten sluit. Die mogelijkheid zou juist met het oog op medewerkersovereenkomsten zijn geschapen!

5. Artikel 47, eerste lid, van de Ziekenfondswet geeft een opsomming van de personen en instellingen met wie of welke een ziekenfonds op hun verzoek *verplicht* is een overeenkomst te sluiten. Zij moeten binnen het werkgebied van het ziekenfonds hun beroep uitoefenen of gevestigd zijn. Beschouwing van die opsomming leert, dat alleen de 'ziekenvervoerders' en de logopedisten (voor de laatste groep zijn de opleidingseisen nog steeds niet wettelijk geregeld) van dat recht verstoken zijn.

Krachtens die wetsbepaling mag een ziekenfonds 'ernstig bezwaar' tegen een gevraagde toelating maken. In dat geval geeft de Ziekenfondsraad een bindende beslissing, bindend behoudens beroep op de Kroon (artikel 77, sub d).

Daar de Raad zelf, gezien zijn aantal leden, niet het bij uitstek geëigende lichaam is om deze vorm van administratieve rechtspraak uit te oefenen, heeft hij deze taak gedelegeerd aan een aantal 'toelatingscommissies', evenveel als er groepen van personen en instellingen zijn die het wettelijk toelatingsrecht bezitten.

Enigszins eigenaardig doet het aan, dat de delegatie van de Raad aan die commissies geen volledige is: in het op zijn reglement van orde steunende Besluit overdracht bevoegdheden is een beperking te lezen. Berust de weigering van een fonds niet op 'bezwaar verband houdende met de gedragingen van de betrokken medewerker dan wel de beleidsvoering door de betrokken inrichting, of de omstandigheden waaronder de betrokken medewerker zijn (haar) beroep uitoefent, dan wel de betrokken inrichting haar werkzaamheden verricht, tengevolge waarvan de verwachting gewettigd is, dat de betrokkene of de betrokken inrichting geen goed medewerker zal zijn, hetzij op het feit dat de aspirant-medewerker, respectievelijk aspirant-medewerkende inrichting wenst te worden toegelaten op voorwaarden, welke afwijken van de algemeen of plaatselijk geldende', dan dient eerst de Raad een uitspraak te doen en de desbetreffende toelatingscommissie dient zich bij haar beslissing daaraan te houden. In die wat zware volzin wordt dus een onderscheid gemaakt tussen tegen een aspirant-medewerker gerichte individuele bezwaren en bezwaren van algemene, al dan niet organisatorische aard, welke niet alleen tegen hem maar ook tegen anderen zouden kunnen worden aangevoerd.

Een dergelijke beperkte delegatie — tot stand gekomen na de destijds nogal opzienbarende beslissing van een toelatingscommissie dat het ziekenfonds 'De Volharding' gehouden was een vrij-gevestigde apotheker toe te laten (tegen de apotheker zelf had het fonds geen enkel bezwaar; het bezwaar van het fonds werd gevormd door zijn mening dat de wet hem niet verplichtte vrij-gevestigde apothekers toe te laten) — kent een andere commissie van de Raad, de commissie voor beroepszaken, niet.

En ook daar, men denke aan de door die commissie gegeven 'adviezen' met betrekking tot geschillen over abortus, zou ook kunnen worden gesteld dat een 'uitspraak' veel verder kan gaan dan het geven van een oordeel over een alleen maar partijen betreffend verschil van inzicht.

Het toelatingsrecht van de aspirant-medewerkers en medewerkende instellingen vindt haar spiegelbeeld in de wettelijke bepaling dat een persoon of instelling die zich eenmaal aan een ziekenfonds heeft verbonden verplicht is — ook hier behoudens ernstige bezwaren — met een ander ter plaatse werkend ziekenfonds op diens verzoek een overeenkomst van gelijke inhoud te sluiten.

Dit 'omgekeerde toelatingsgeschil' — ook deze geschillen zijn bij wettelijke regeling, op dezelfde wijze als de normale, aan toelatingscommissies en de Raad opgedragen — heeft zich in tegenstelling tot het 'normale toelatingsgeschil' (waarvan

er ettelijke tientallen zich hebben afgespeeld) nog maar éénmaal voorgedaan. Onlangs weigerden de Zoetermeerse artsen en tandartsen, verbonden aan het enige ter plaatse werkende fonds, zich ook te verbinden aan de drie Haagse ziekenfondsen die de ministeriële toestemming hadden verkregen hun werkgebied met Zoetermeer uit te breiden.

Ook op dit onderdeel, het beslechten van toelatingsgeschillen, zou de werkgroep gaarne dieper zijn ingegaan. Ze acht deze materie van groot belang, niet alleen voor ziekenfondsen en (aspirant)medewerkers. Mogelijk zou uit die uitspraken meer inzicht kunnen worden verkregen in de vaak gestelde vraag, welke bezwaren van fondsen (of medewerkers) nu relevante 'ernstige bezwaren' mogen heten. Aan die vage weigeringsgrond zou wellicht dan in de wet meer concrete inhoud kunnen worden gegeven.

Belangrijk lijkt ook de vraag, of een weigeringsrecht van ziekenfondsen, zo al toelaatbaar in de huidige, ca. 70% van de bevolking omvattende ziekenfondsverzekering, past in een volksverzekering. Daar zou een weigering voor een medewerker in de praktijk kunnen neerkomen op de praktische onmogelijkheid om het desbetreffende beroep uit te oefenen. Opmerkelijk in dit verband is het feit, dat de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten, een volksverzekering, aan de uitvoeringsorganen een weigeringsrecht toekent.

Daar haar rapport niet te lang mocht uitblijven heeft de werkgroep ook hier met een globale beschrijving moeten volstaan — een nadere verdieping in die rechtspraak zou zij toejuichen —.

Wel wil zij de wens uitspreken dat de Ziekenfondsraad zoals thans geschiedt met de adviezen van de commissie voor beroepszaken, aan de publikatie van die beslissingen meer aandacht gaat besteden.

6. Een contractuele band wordt door de wet geëist — de fondsen dienen overeenkomsten te sluiten —, de wet zelf geeft de minimum inhoud ervan aan.

Degene die van de inhoud van de medewerkerscontracten kennis wil nemen zal daarnaar in *schriftelijke* stukken tevergeefs zoeken. De rechtsverhouding — behoudens de honoreringsbepalingen — tussen ziekenfondsen enerzijds en huisartsen, specialisten, apothekers en tandartsen anderzijds is nog niet schriftelijk vastgelegd. In feite — al denkt een enkele medewerker daar wellicht anders over — zijn fondsen en medewerkers door een overeenkomst verbonden. Het bestaan ervan volgt uit het feitelijk gedrag, onder meer uit het storten en accepteren van het ziekenfondshonorarium. Het ontstaan van die band berust vaak op een simpele aanmelding of het plaatsen van een handtekening in een ten fondskantore gedeponeerd register.

De Ziekenfondswet gaat uit van individuele contracten: de individuele aspirant-medewerker zal met een ter plaatse werkend ziekenfonds een aparte overeenkomst moeten sluiten. Theoretisch staat het die individuele partijen vrij — mits met inachtneming van de minimum eisen — hun rechtsverhouding naar eigen goeddunken te regelen.

In de praktijk echter — in 1966 is daaraan een wettelijke basis gegeven — hebben de toporganisaties (de ziekenfondsorganisaties en de desbetreffende organisaties van medewerkers), hierboven werd daarop reeds gedoeld, een beduidende stem in het kapittel. Zij plegen over de inhoud van de te sluiten individuele overeenkomsten (en de wijziging daarvan) overleg en leggen de uitkomst daarvan in een 'overeenstemming' ter goedkeuring voor aan de Ziekenfondsraad. Wordt de goedkeuring daarop

verkregen, dan worden individuele overeenkomsten die daarmee in overeenstemming zijn, geacht te zijn goedgekeurd.

Uit de wettelijke terminologie: 'overeenstemming' en 'uitkomst daarvan' volgt dat de wet de afspraken tussen de toporganisaties niet heeft gezien als juridische overeenkomsten, met rechtsgevolgen voor beide partijen.

Dat belet niet dat ze die kwaliteit in de praktijk wel kunnen krijgen. Vastgesteld kan worden dat partijen veelal daarnaar streven en van een overeenstemming verwachten dat de wederpartij in de mate als de goede trouw eist, van zijn aangeslotenen zal verlangen dat zij bij het sluiten van het individueel contract de door de toporganisaties bereikte overeenstemming zullen volgen.

Dit 'collectieve systeem', dat mede het grote voordeel heeft dat overal in den lande eenzelfde soort hulp gelijk wordt gehonoreerd, belet theoretisch echter niet dat kleinere groeperingen (bijvoorbeeld de Amsterdamse ziekenfondsen en de aldaar gevestigde specialisten) een afwijkende 'overeenstemming' bereiken. Zelfs worden individuele overeenkomsten, die afwijken van een overeenstemming, door de wet niet onmogelijk gemaakt. In al die gevallen is vanzelfsprekend goedkeuring vereist. Van de Commissie Overeenkomsten en de Raad, die het grote belang van collectieve overeenstemmingen zullen inzien, mag worden verwacht, dat zij — bij het bestaan van zo'n overeenstemming — afwijkende individuele contracten kritisch zullen bezien. Hieraan moet worden toegevoegd, dat, als een overeenstemming niet kan worden bereikt, individuele onderhandelingen de enige noodweg bieden om verzekerden hun wettelijk recht op verstrekkingen in natura deelachtig te doen worden.

7. In punt 2 van deze paragraaf werd er op gewezen dat de contracten mede bepalend zijn voor het recht der verzekerden. Tengevolge van het feit dat die contracten in de regel niet op papier zijn gesteld is het in concrete gevallen vaak moeilijk de inhoud ervan met zekerheid vast te stellen. Soms niet: het bestaan van aparte ziekenfondssprekuren, de bij tandartsen voorkomende aparte regelingen voor hulp in het week-end en de beperking van de inschrijving op naam van een huisarts bijvoorbeeld zijn reële voorbeelden van afspraken tussen fondsen en medewerkers die de globale wettelijk omschreven rechten der verzekerden nader inhoud geven.

Hoeveel onzekerheid er in concreto vaak ook moge zijn, één ding staat vast: het feit, dat de wet verzekerden hulp in natura garandeert, houdt in dat een medewerker geen betaling of bijbetaling van de verzekerde kan vragen. Uitzondering daarop vormen natuurlijk die gevallen, waarin de wet zelf een bijbetaling voorschrijft, zo bijvoorbeeld bij de tandheelkundige hulp, en de gevallen waarin een medewerker in bijzondere gevallen een verzekerde die niet tot zijn normale patiëntenkring behoort, behandelt. Voorbeelden van die bijzondere gevallen zijn 'hulp buiten de woonplaats' en de spoedhulp waarbij het niet redelijk zou zijn te eisen dat de hulp van de eigen arts werd ingeroepen.

De regel: geen andere betaling van de verzekerde dan in de wettelijke regeling toegelaten, geldt, het ligt in de rede, alleen voorzover de geboden hulp onder het verstrekkingenpakket van de wet valt.

Soms is dat eenvoudig vast te stellen: de tandheelkundige hulp is nog steeds in omvang beperkt: kronen en stifttanden vallen er niet onder. Wenst de verzekerde die vorm van hulp, dan moet hij daarvoor zijn tandarts betalen.

Soms is die vaststelling niet eenvoudig, ten bewijze: het 'pilconflict'. Tot de gerechtelijke uitspraak in hoogste instantie is gevallen zullen fondsen en huisartsen van inzicht blijven verschillen, of een consult en onderzoek terzake van orale anticonceptie al dan niet onder de ziekenfondsverstrekkingen vallen. Als andere voorbeelden waarover in het verleden wel eens twijfel is geweest, moge worden genoemd de plastische chirurgie, de sterilisatie en thans de abortus provocatus.

Met inachtneming van het bovenstaande zal de medewerker zich voor zijn honorarium dus moeten richten tot het ziekenfonds. Zijn vordering is veilig gesteld: krachtens artikel 73a van de Ziekenfondswet zal, bij 'faillissement of soortgelijke omstandigheden' waarin een ziekenfonds mocht komen te verkeren, de Ziekenfondsraad de vordering voldoen.

8. Aan één van de vele vragen, die de niet schriftelijk uitgewerkte contracten oproepen, heeft de werkgroep een zeer groot deel van haar beraadslagingen gewijd. Zij acht het antwoord op die vraag van essentieel belang voor het verkrijgen van inzicht in de relatie tussen fondsen en medewerkers en tevens van beslissende betekenis voor het bepalen van de juiste positie welke een fonds in het kader van dit terrein van het gezondheidsrecht kan en behoort in te nemen. Die vraag is hieronder toegespitst op de relatie ziekenfonds-huisarts (ze geldt echter algemeen) en zij is als volgt geformuleerd: kan uit het niet schriftelijk aangegane contract worden afgeleid dat de huisarts zich ten opzichte van zijn wederpartij, het ziekenfonds, heeft verbonden de op zijn naam ingeschreven verzekerden als 'goed huisarts' hulp te bieden? Of gaan zijn verplichtingen in die rechtsverhouding niet verder dan die welke van een 'goed medewerker' kunnen worden verlangd? Die terminologie vereist een nadere verduidelijking.

Een ziekenfonds garandeert zijn verzekerden hulp in velerlei vorm en schakering. De relatie ziekenfonds-verzekerde wordt beheerst door talrijke regelingen, wettelijke en, in ziekenfonds-reglementen neergelegde, interne voorschriften. Daarnaast geldt voor alle ziekenfondsen de in artikel 13 van de Ziekenfondswet neergelegde bepaling: de ziekenfondsen treffen de nodige maatregelen ter voorkoming van onnodige verstrekkingen en van uitgaven welke hoger dan noodzakelijk zijn.

Van de beroepsbeoefenaar die met het ziekenfonds een contract heeft afgesloten, mag worden verwacht dat hij er aan medewerkt dat zijn wederpartij zijn taak op dit stuk, de garantie aan de verzekerden en het bewaken van de kosten, op de juiste manier tot uitvoering kan brengen. Zo zal bijvoorbeeld de huisarts, die voor zijn verzekerde patiënt specialistische hulp nodig acht, het daarvoor vastgestelde formulier, de verwijfskaart, moeten gebruiken. Zo mag, naar het oordeel van de werkgroep, van de huisarts als medewerker worden verlangd dat hij bij gelijke werkzaamheid van twee preparaten het goedkopere kiest. Wellicht ten overvloede, dit laatste geldt ook als tussen partijen terzake van het voorschrijven van medicamenten geen uitdrukkelijke afspraken zijn gemaakt. De goede trouw brengt immers met zich, nu de huisarts de vrijheid heeft voor andermans rekening kosten te maken, dat hij de wederpartij, het fonds, niet op onnodige kosten jaagt.

In de werkgroep bestond eenstemmigheid ten aanzien van haar conclusie dat een ziekenfonds van zijn wederpartij een taakvervulling in bovenbedoelde zin als goed medewerker mag verlangen. Nogmaals, dit geldt ook in de huidige situatie, waarin het fonds niet kan terugvallen op een duidelijke geschreven contractsbepaling welke die plicht met zoveel woorden stipuleert.

Maar daarmee is nog niets gezegd over de kwaliteit van de hulp.

Vaststaat, dat werd in paragraaf 1 betoogd, dat de *verzekerde* van zijn huisarts op wiens naam hij staat ingeschreven, hulp van goede kwaliteit mag verwachten. Ten opzichte van hem dient de huisarts zich als een goed huisarts te gedragen.

Brengt nu de niet op schrift gestelde rechtsverhouding ziekenfonds-huisarts mede, dat ook een *fonds* van zijn medewerker-huisarts mag en kan verlangen dat deze zijn verzekerde hulp van goede kwaliteit verleent? Met andere woorden: heeft een ziekenfonds in het geval, waarin de huisarts te kort schiet in het verlenen van een goede hulp aan zijn verzekerden, naast de actie die de desbetreffende verzekerde zelf kan instellen, een eigen zelfstandige uit het contract met de arts voortvloeiende actie wegens wanprestatie?

Heeft een ziekenfonds door een onjuist medisch handelen van een huisarts schade geleden, en dat doet zich bijvoorbeeld voor als de verzekerde tengevolge van die hulpverlening voor fondsrekening in een ziekenhuis moet worden opgenomen, dan lijkt een buiten-contractuele actie door het ziekenfonds in te stellen mogelijk.

Immers, zou men menen dat de Schutznorm-theorie zich tegen een actie ex 1401 B.W. verzet en zou men buiten beschouwing laten de rechtspraak waaruit blijkt dat ook een derde onder bepaalde omstandigheden vergoeding voor schade ontstaan door tenuitvoerlegging van een tussen andere partijen gesloten contract kan claimen⁶, dan nog lijkt ook hier artikel 83b van de Ziekenfondswet van toepassing, waarin tot uitdrukking is gebracht dat een ziekenfonds, althans ten aanzien van een verplicht-verzekerde, verhaal heeft voor de schade die een schuldige derde heeft veroorzaakt.

Brengt zo'n kunstfout echter voor het fonds géén schadelijke gevolgen met zich mee — de verzekerde bleef alleen maar langer ziek en had slechts verdere huisartsenhulp nodig, hulp, die gezien het abonnements-systeem het fonds niet extra belastte — dan is een schadeactie of een actie ex artikel 83b van de wet uitgesloten. Pleegde de arts dan tegenover het ziekenfonds toch wanprestatie, met als mogelijk gevolg een opzeggen of doen beëindigen van de overeenkomst met de medewerker?

Over het antwoord op deze vraag bestond binnen de werkgroep geen eenstemmige opvatting.

Voor wat betreft de relatie *arts-particuliere patiënt* sloot de werkgroep zich aan bij de opvatting in de jurisprudentie en van vele schrijvers dat slechts dan van wanprestatie mag worden gesproken, indien de arts, alle omstandigheden in aanmerking genomen, anders heeft gehandeld dan de gemiddelde arts of een redelijk bekwaam vakgenoot, in casu de gemiddelde huisarts, in dezelfde omstandigheden zou hebben gehandeld. Of hiervan sprake is zal de rechter veelal aan de hand van rapporten van medische deskundigen moeten beslissen. Niet elke, achteraf gebleken, verkeerde diagnose of therapie zal als wanprestatie kunnen worden aangemerkt. Omdat de arts bij het bepalen van de diagnose of de therapie veelal een keuze moet doen uit een veelheid van factoren, moet aan het eigen oordeel en inzicht van de arts een marge worden gelaten. Een arts moet zich daarbij kunnen vergissen zonder dat hem in alle gevallen het verwijt van wanprestatie treft. Het gaat erom of hem onzorgvuldigheid kan worden verweten.

Dacht men in gelijke zin over de vraag, wanneer de huisarts geacht kan worden wanprestatie te plegen tegenover zijn patiënt, de meningen bleken te divergeren bij

6. H.R. 3 mei 1964, N.J. 1946, 323 (Staat-Degens).

de vraag of in geval van zodanige wanprestatie ook het ziekenfonds uit hoofde van zijn overeenkomst met de huisarts een actie jegens deze toekomt.

Een theoretische benadering van dit punt leidde tot de vraag, of zich tegen dat automatisme niet zou verzetten de aard van het tussen een arts en een ziekenfonds gesloten contract, dat niet zozeer elke incidentele behandeling tot onderwerp van de overeenkomst heeft, maar waarbij veeleer generaal is bedongen dat de arts de groep van op zijn naam ingeschreven verzekerden hulp 'naar behoren' zal bieden. In deze gedachte zou eerst wanprestatie tegen meerdere patiënten gepleegd, óók wanprestatie tegen het ziekenfonds opleveren.

De werkgroep heeft geen argumenten kunnen vinden welke deze mening kunnen ondersteunen. Wel kwam de werkgroep met de grootst mogelijke meerderheid tot de conclusie (de argumenten volgen later) dat wanprestatie van een arts tegen een verzekerde tevens wanprestatie ten opzichte van het ziekenfonds oplevert, zij het dat dit beginsel naar haar mening uitzondering kan lijden. Zo'n uitzondering moet onder meer worden aangenomen als het fonds zelf (mede) de wanprestatie heeft veroorzaakt.

Eén lid van de werkgroep was de mening toegedaan dat in de onbeschreven contractsverhouding onjuist medisch handelen ten opzichte van één verzekerde, ja zelfs ten opzichte van meerdere verzekerden, geen wanprestatie ten opzichte van het *ziekenfonds* oplevert. Wel was hij de opvatting toegedaan, dat een duidelijke vermelding van dit beginsel in het te zijner tijd op te stellen medewerkerscontract door hem zou worden toegejuicht; nogmaals uit het ongeschreven contract volgt het naar zijn mening zelfs niet impliciet.

Hij motiveerde zijn mening als volgt.

De huisarts draagt tegenover zijn patiënt een strikt persoonlijke verantwoordelijkheid, een verantwoordelijkheid, waarvan, zeker als een huisarts niet in dienst is van een ziekenfonds, nergens blijkt dat een fonds daarin deelt. In die vertrouwensrelatie is de patiënt bepaald niet machteloos. Meent hij dat zijn arts te kort schiet, dan staat het hem op elk moment vrij zich tot een andere arts te wenden en zijn ziekenfonds kan hem die vrije keus niet beletten. Heeft hij klachten, of meent hij schade te hebben geleden, dan kan hij zich wenden tot speciale daarvoor geschapen colleges, wettelijke en maatschappelijke. Kortom een patiënt, ook als hij verzekerde van een ziekenfonds is, heeft een scala van mogelijkheden om een onjuiste behandeling van zijn huisarts te ontgaan of te corrigeren. Zou ook zijn ziekenfonds over dezelfde mogelijkheden willen beschikken, dan zou dat uitdrukkelijk uit een contractsbepaling moeten voortvloeien.

De meerderheid van de werkgroep deelde deze opvatting niet. Naar haar mening miskent die opvatting te veel het naar haar inzicht wezenlijke karakter van een ziekenfonds, dat meer is dan alleen een financieringsinstituut. Uit talrijke wettelijke bepalingen kan worden afgeleid dat een ziekenfonds meer is dan een kantoor dat een verzekerden-registratie bijhoudt en kosten van geneeskundige hulp vergoedt of uitbetaalt.

Hieronder volgen een aantal argumenten, welke zeker tezamen genomen tenderen in een richting dat een ziekenfonds, anders dan een ziektekostenverzekeringsmaatschappij die geen enkele directe invloed op de medische professie kan uitoefenen, gedacht is en in het maatschappelijk bestel ook een plaats heeft gekregen als een instituut dat mede tot taak heeft de geneeskundige verzorging te bevorderen en te bewaken.

Artikel II van het Derde Uitvoeringsbesluit ingevolge het Ziekenfondsenbesluit, dat heeft gegolden tot 1 januari 1966, bepaalde dat ziekenfondsen verplicht zijn door middel van het aanstellen van controlerend geneeskundigen toezicht uit te oefenen op de geneeskundige verzorging van hun verzekerden.

Weliswaar is dit artikel niet met zoveel woorden in de Ziekenfondswet, die in hoofdzaak een codificatie van het bestaande recht beoogde, overgenomen, maar niets wijst erop dat de teneur van dat artikel, toezicht ook op de kwaliteit van de hulp, onder de werking van de nieuwe wet zou zijn prijsgegeven.

Artikel 8 van de wet legt de fondsen de verplichting op 'zorg te dragen dat de aanspraak der verzekerden op verstrekkingen ter voorziening in hun geneeskundige verzorging tot gelding kan worden gebracht'. Een ziekenfonds moet er derhalve voor zorgen dat zijn verzekerden (gratis) hulp krijgen. Impliceert dat niet dat zij goede hulp moeten ontvangen?

Artikel 47, lid 1 van de wet, ontslaat de ziekenfondsen van de verplichting tot het aangaan van een overeenkomst met een aspirant-medewerker, indien het daartegen 'ernstige bezwaren' heeft. Die bezwaren, het werd hierboven al betoogd, kunnen betrekking hebben op de 'gedragingen van de betrokken arts dan wel op de wijze van praktijkvoering'. Het mag aannemelijk heten, dat een ziekenfonds nu het de bevoegdheid heeft een huisarts op die gronden een contract te weigeren, ook het recht toekomt op dezelfde gronden een lopend contract te beëindigen.

Artikel 10, lid 1, van de Medische Tuchtwet bepaalt dat een zaak in eerste aanleg aanhangig wordt gemaakt door een schriftelijke klacht van een rechtstreeks belanghebbende, een inspecteur van het Staatstoezicht, of het 'bestuur van een lichaam, bij hetwelk de geneeskundige, de tandarts, de vroedvrouw of de apotheker in dienst of voor het verlenen van geneeskundige, tandheerkundige, verloskundige of artsenijsbereidkundige hulp ingeschreven is'.

Met dat bestuur van een lichaam, bevoegd tot het indienen van een klacht, is blijkens de Memorie van Toelichting mede bedoeld het bestuur van een ziekenfonds; dit is ook in overeenstemming met de praktijk van de tuchtrechtspraak. In het kader van die wet wordt dus ook het ziekenfonds terzake van de geneeskundige verzorging van zijn verzekerden een eigen belang toegedacht.

Het heeft de leden van de werkgroep aan tijd ontbroken een diepgaand onderzoek in te stellen naar de ongetwijfeld nog hier en daar aanwezige oude 'ziekenfondscontracten'.

In vele archieven zullen dergelijke contracten, vaak met een eerbiedwaardige leeftijd, te vinden zijn; uit hun bepalingen zou kunnen worden afgeleid hoe de voorlopers van de thans bestaande ziekenfondsen hun rechtsverhouding met de medewerkers gestalte hebben gegeven.

Van een tweetal van dergelijke stukken heeft de werkgroep kennis genomen. Dat waren:

a. het huishoudelijk reglement betreffende de deelnemers aan het Algemeen Afdelings Ziekenfonds der Afdeling Alkmaar en Omstreken van de Nederlandsche Maatschappij tot bevordering der Geneeskunst, een reglement van 14 maart 1914. Dit fonds was een zogenaamd 'maatschappijfonds'. Alle maatschappijfondsen — een zeer groot aantal — bezaten een gelijkloidend huishoudelijk reglement. Een deelnemer (nu medewerker geheten) verbond zich aan het fonds onder de uitdrukkelijke voorwaarde zich te houden aan de statuten en de reglementen. In artikel 19 van dat reglement, opgenomen in paragraaf B 'Van de verplichtingen der deel-

nemers', valt te lezen: 'Deelnemers, die naar het oordeel van de geneesk.pharmac. comm. hunne verplichtingen tegenover het ziekenfonds en *zijne verzekerden* (cursivering van de werkgroep) niet voldoende nakomen, zullen door het bestuur ter verantwoording worden geroepen';

b. een tweetal overeenkomsten gesloten door het bestuur der Sociëteit, opgericht te 's Gravenhage den 9 October 1823 onder de Zinspreuk: 'Wij Zorgen Voor Elkaar', één met arts Pieter Jarig Philippus Dietz (dit contract is gedateerd 26 september 1905), het andere met apotheker A. C. van den Bijlardt (contract gedateerd 28 oktober 1890).

Het artsencontract vermeldt in artikel 1: 'De contractant ten andere zijde zal den leden van bovengenoemde sociëteit, benevens aan hun wettige kinderen of pupillen tot den leeftijd van achttien jaar voorzoverre deze bij de Directie bekend zijn, overeenkomstig de bepalingen van het reglement voor de Sociëteit te hunnen huize Genees- en heelkundige hulp verlenen *en hen daarbij met de meeste zorg behandelen*' (cursivering van de werkgroep).

Het apothekerscontract stelt in artikel 2: 'De voorgeschreven geneesmiddelen enz. zullen zijn van de beste soort en afgeleverd worden in daartoe geschikte flessen, potten, dozen of op welke andere wijze de aflevering uit den aard der zaak of volgens voorschrift moet geschieden, alles op gelijke wijze als dit aan zijn particuliere klanten geschiedt'.

Op grond van de bovenstaande argumenten – nogmaals zij gezegd dat hun afzonderlijk gewicht door het ene lid vaak wat anders werd beoordeeld dan door een ander – kwam de meerderheid van de werkgroep tot de conclusie dat in de onbeschreven contractsverhouding wanprestatie van een medewerker tegenover een verzekerde als regel tevens wanprestatie van die medewerker tegenover het ziekenfonds van de verzekerde oplevert.

9. Zo'n wanprestatie kan het fonds in beginsel aanleiding geven tot het instellen van een actie tot nakoming, schadevergoeding of ontbinding van de overeenkomst. Met nadruk hebben echter de hierbedoelde leden van de werkgroep gesteld, dat het navolgende hierbij niet uit het oog mag worden verloren.

1. Het grote belang van goede verhoudingen tussen ziekenfondsen en medewerkers brengt met zich, dat het voeren van processen zoveel mogelijk dient te worden vermeden. Slechts in uiterste gevallen, wanneer overleg en inschakeling van bemiddelende instanties – en daar zijn vele mogelijkheden voor – hebben gefaald, zal het een uiterste redmiddel mogen zijn.

2. Niet voor elke wanprestatie kan een fonds zijn keuze uit de sancties laten vallen op de meest vergaande: de ontbinding van het contract. Nakoming kan altijd worden gevraagd, schadevergoeding, zo er schade is, ook. De ontbinding kan naar het oordeel van de werkgroep echter niet bij elke wanprestatie worden gevorderd. Een ziekenfonds immers kan, zoals hierboven werd uiteengezet, een aspirant-medewerker slechts weigeren bij 'ernstige bezwaren'. Het mag logisch heten, dat een fonds dan ook slechts bij het bestaan van 'ernstige bezwaren' een contractsband mag verbreken. Een eenmalige wanprestatie, zeker een van lichte aard, zal in de zin van artikel 47, lid 1 van de Ziekenfondswet geen 'ernstig bezwaar' mogen heten.

3. Wat hierboven is gesteld met betrekking tot de vordering tot ontbinding van de overeenkomst geldt in beginsel ook voor de eenzijdige opzegging. Dergelijke opzeggingen komen in de praktijk voor, veelvuldig door medewerkers (verhuizing,

wijziging in werkkring), zeer sporadisch door ziekenfondsen.

Het gemis van schriftelijke contractsbepalingen brengt met zich, dat zowel van medewerkers als van ziekenfondsen wel eens klachten worden gehoord over de wijze waarop zo'n opzegging pleegt plaats te vinden. Ziekenfondsen beklagen zich erover dat medewerkers nogal eens zonder opgave van redenen en zonder inachtneming van een redelijke opzegtermijn plegen te verdwijnen; medewerkers spreken wel eens hun beduchtheid uit over het feit dat ziekenfondsen door opzegging van het contract het een medewerker feitelijk onmogelijk kunnen maken zijn beroep uit te oefenen. Weliswaar kan dan de civiele rechter worden ingeschakeld of het oordeel van een toelatingscommissie worden gevraagd, maar, zo stellen zij niet ten onrechte, het kwaad is dan reeds geschied.

Ook al om op dit stuk meer klaarheid en meer rechtszekerheid te krijgen dan de huidige situatie biedt, is een duidelijke schriftelijke vastlegging van een modelcontract een dringende eis.

10. Tot slot van deze paragraaf een korte beschouwing over het wettelijke goedkeuringsrecht van de medewerkerscontracten. Kort, ook daarom, omdat de Sociaal Economische Raad en de juristencommissie van de Ziekenfondsraad er uitvoerige beschouwingen aan hebben gewijd, die resulteren in een aantal voorstellen aan de minister tot wijziging van de desbetreffende wetsbepaling.

Daaraan is nog geen gevolg gegeven.

Die wetsbepaling, artikel 46 van de Ziekenfondswet, draagt, evenals trouwens de bepalingen van die wet met betrekking tot het beroepsrecht van verzekerden, duidelijk de sporen van een moeizame bevalling.

Oorspronkelijk stond de minister voor ogen een samenstelling van de Ziekenfondsraad zonder vertegenwoordigers van de ziekenfondsen en de beroepsbeoefenaren, mede omdat hij van mening was dat aan de taak, de Raad toe te bedelen, i.c. goedkeuren van de overeenkomsten, zij die de overeenkomsten hadden opgesteld, niet behoorden deel te nemen.

Toen de Tweede Kamer in meerderheid voor het handhaven van de oude samenstelling van de Raad bleek te gevoelen, heeft de minister voorgesteld de taak van het goedkeuren op te dragen aan een instantie buiten de Raad. De weerstand hiertegen, gevoed door het verlangen om de zorg en de verantwoordelijkheid voor bij elkaar behorende en onsplitsbare werkzaamheden niet over twee instanties te verdelen, resulteerde in de huidige bijzonder ingewikkelde regeling.

Een speciale commissie van de Ziekenfondsraad — speciaal omdat in haar samenstelling krachtens wettelijk voorschrift de minister een belangrijke rol speelt — hecht al dan niet haar goedkeuring aan voorgelegde overeenstemmingen of aan individuele overeenkomsten. Speciaal is die commissie bovendien, daar zij, om het hierboven gesignaleerde bezwaar van de minister: mede beslissen in eigen zaak, te voorkomen, geen vertegenwoordiging bevat van medewerkers en ziekenfondsen. Een beslissing van de commissie, negatief of positief, dient door de Ziekenfondsraad te worden bekrachtigd.

Herhaalde lezing van het desbetreffende wetsartikel geeft enige duidelijkheid hoe dat alles in zijn werk gaat en leert dat de vereiste goedkeuring ook wel eens door de Raad zelf kan worden gegeven.

Al met al een moeizame, onduidelijke en tijdrovende procedure, die weinig geschikt lijkt om het begeerde doel: het leggen van zo min mogelijk hinderpalen op

de weg die medewerkerscontracten hebben te doorlopen, te verwezenlijken. Een regeling, die naar het oordeel van de werkgroep door een betere vervangen dient te worden.

HOOFDSTUK III. DE VERHOUDING ZIEKENFONDS-MEDEWERKER- VERZEKERDE ALS DRIEZIJDIGE RELATIE

1. In het voorgaande hoofdstuk is een schets gegeven van:

- de verhouding verzekerde-medewerker (par. 1);
- de verhouding verzekerde-ziekenfonds (par. 2);
- de verhouding ziekenfonds-medewerker (par. 3).

Daarbij is onder meer gebleken dat niet kan worden gesproken van geheel los van elkaar bestaande verhoudingen. Er is een duidelijke relatie. De overeenkomst medewerker-verzekerde kan pas tot stand komen, wanneer de beide andere verbintenissen zijn ontstaan.

Voorts heeft de werkgroep als haar oordeel te kennen gegeven, dat de wanprestatie van de medewerker tegenover de verzekerde in beginsel ook wanprestatie tegenover het ziekenfonds impliceert, tenzij het ziekenfonds zelf mede schuld heeft aan deze wanprestatie.

De vraag welke thans aan de orde moet komen is deze: is aan de relatie tussen deze drie verbintenissen het karakter toe te kennen van een benaamde rechtsfiguur?

2. De werkgroep heeft met grote belangstelling kennis genomen van de gedachtenwisseling over deze vraag in het Nederlands Juristenblad 1969-1970⁷ met bijdragen van Kortmann, Maeijer en Van der Velden. Kort samengevat komen hun onderscheidene standpunten hierop neer:

- Kortmann: derdenbeding in overeenkomst ziekenfonds-medewerker ten behoeve van de verzekerde.
- Maeijer: twee afzonderlijke overeenkomsten, één tussen ziekenfonds en medewerker, de ander tussen medewerker en verzekerde. De verhouding ziekenfonds-verzekerde wordt niet met zoveel woorden in zijn beschouwing betrokken.
- Van der Velden: driepartijenovereenkomst.

3. Om te beginnen bij *Kortmann*. Zijn zienswijze komt hierop neer, dat de medewerker tegenover het ziekenfonds op zich neemt de verstrekkingen, waartoe het fonds tegenover de verzekerde verplicht is, te realiseren. Daarvoor accepteert hij in principe alle verzekerden als patiënt, zij het veelal in de veronderstelling dat niet allen naar hem toe zullen komen. Alleen in geval van objectieve ernstige bezwaren mag hij weigeren een individuele verzekerde als patiënt op zijn naam te laten inschrijven.

Zowel Maeijer als Van der Velden wijzen het derdenbeding af.

De werkgroep sluit zich daarbij aan. Daargelaten dat in de wetgeschiedenis geen aanknopingspunt is te vinden voor de stelling, dat alleen in geval van objectieve ernstige bezwaren de medewerker mag weigeren een verzekerde als patiënt te

7. M. G. J. M. Kortmann, N. J. B. 1969, p. 837 e.v.; J. M. M. Maeijer, N.J.B. 1969, p. 1016 e.v.; M. G. J. M. Kortmann, N.J.B. 1970, p. 283 e.v.; P. van der Velden, N.J.B. 1970, p. 905 e.v.

aanvaarden — afgezien uiteraard van noodsituaties —, is de praktijk ook duidelijk anders. Tegenover het beginsel van de vrije artskenkeuze staat het beginsel van de vrije patiëntenkeuze. Terecht heeft Maeijer gewezen op de volgende passage in de Memorie van Toelichting op het ontwerp Ziekenfondswet (1962 — 1963, 6808, nr. 3, p. 31):

‘De regel van de vrije keuze van arts, ziekenhuis etc. spreekt zó vanzelf dat zij nauwelijks toelichting behoeft. Wel dient er met nadruk op te worden gewezen, dat de keuze van de verzekerde haar tegenhanger vindt in de vrijheid van de medewerker om een verzekerde al of niet als patiënt te aanvaarden. Redenen van uiteenlopende aard kunnen een weigering van de zijde van een medewerker rechtvaardigen. Het moet hem bijvoorbeeld vrij staan de omvang van zijn praktijk binnen door hemzelf te bepalen grenzen te houden en ook om verzekerden te weigeren buiten zijn normale rayon. Ook redenen van persoonlijke en individuele aard, bijvoorbeeld vroegere moeilijkheden tussen medewerker en patiënt, kunnen soms een weigering rechtvaardigen. De grenzen van deze vrijheid zijn aangegeven in de regels van de medische ethiek, welke zo nodig door het medisch tuchtrecht worden gehandhaafd. Zo mag nooit een patiënt van de nodige medische hulp verstoken blijven en zo zal nooit een medewerker een verzekerde mogen weigeren alleen omdat deze veel hulp nodig heeft.’

In het boekje ‘medische ethiek en gedragsleer’, uitgave van de KNMG, wordt ten aanzien van de vrije patiëntenkeuze opgemerkt, dat van deze vrijheid slechts gebruik mag worden gemaakt als de persoonlijke verhouding zich *naar de mening van de arts* (onderstreping van de werkgroep) niet langer leent voor het verkrijgen of handhaven van een vertrouwensverhouding. Hoewel uit andere passages in voornoemd boekje blijkt dat ook andere redenen kunnen gelden (praktijkbeperking, buiten rayon wonen enz.), geeft deze passage in ieder geval duidelijk aan dat nimmer de eis van objectieve ernstige bezwaren kan worden gesteld.

Welnu, een derdenbeding als door Kortmann gesteld, waarbij hij slechts van objectieve gronden tot weigering wil weten, past niet bij de vrijheid, welke de arts geacht wordt te hebben behouden. Deze constructie zou trouwens nog gereder aanleiding tot twijfel geven, indien men zou moeten aannemen dat zij de verzekerde slechts een afgeleid recht doet hebben, hetgeen betekent dat hij zou achterstaan bij de particuliere patiënt aan wie een eigen recht toekomt. Een dergelijke ‘discriminatie’ mag men aan de Ziekenfondswet niet toeschrijven.

4. Maeijer ziet de relatie tussen de medewerker en de verzekerde als een overeenkomst, waarbij tegenover de stilzwijgend tussen verzekerde en medewerker overeengekomen honorering door het ziekenfonds zou staan de verplichting van de verzekerde zijnerzijds al het nodige te doen om de honorering van ziekenfondszijde te doen plaatsvinden en te bevorderen. Daarnaast ziet hij min of meer zelfstandig de overeenkomst welke tussen ziekenfonds en medewerker wordt gesloten.

Zoals in paragraaf 1 van het vorige hoofdstuk werd gesteld ziet de werkgroep als wezenlijk bezwaar tegen deze constructie, dat de verzekerde zijn recht niet ontleent aan zijn relatie met het ziekenfonds, maar aan zijn overeenkomst met de medewerker. De verzekeringsgedachte wordt hier losgelaten, althans teruggebracht tot een afspraak met de medewerker dat betaling plaatsvindt door een derde: het ziekenfonds. De werkgroep meende dat het eigene van de ziekenfondsverzekering in deze benaderingswijze niet voldoende tot zijn recht komt.

5. *Van der Velden* ziet een nauwe samenhang tussen de in punt 1 genoemde deelrelaties en accentueert deze nog door zijn opvatting, dat de overeenkomst ziekenfonds-medewerker eerst effectief wordt, wanneer een derde, de verzekerde patiënt, daarop inhaakt. Hij acht de verstrengeling tussen bedoelde rechtsbetrekkingen zo groot, dat hij daaraan de benaming 'driepartijenovereenkomst' meent te moeten toekennen.

6. De juridische problemen rond de meer-partijen-verhoudingen vormen een hoofdstuk vol onzekerheden. Het hoeft dan ook niet te verwonderen, dat het de werkgroep moeite heeft gekost het beslissende criterium aan te wijzen op grond waarvan de verhouding ziekenfonds-medewerker-patiënt eventueel kan worden gekwalificeerd als een driepartijenovereenkomst. Haar conclusie dat een wanprestatie in de verhouding van de medewerker tegenover de verzekerde tevens een wanprestatie van de medewerker tegenover het ziekenfonds impliceert, zou indirect kunnen verwijzen naar een achterliggende driepartijenovereenkomst.

De werkgroep meent echter, dat artikel 8 van de Ziekenfondswet het bestaan van een driepartijenovereenkomst onaannemelijk maakt. Immers een dergelijke overeenkomst veronderstelt, dat de medewerker de schuld voldoet welke er bij het ziekenfonds tegenover de verzekerde bestaat. Artikel 8 van de Ziekenfondswet legt de ziekenfondsen tegenover de *verzekerde* geen andere verplichting op dan ervoor te zorgen, dat zij hun aanspraak op verstrekkingen kunnen geldend maken, d.i. zorgdragen voor het sluiten van overeenkomsten met medewerkers. Het is zonder meer duidelijk, dat deze verplichting wezenlijk verschilt van de verplichting die de medewerker tegenover de verzekerden heeft. Van schuldoverneming is dan ook geen sprake. In deze gedachtengang is geen plaats voor de kwalificatie driepartijenovereenkomst.

7. Samenvattend is de werkgroep bij wijze van voorlopige conclusie van mening, dat de genoemde relaties niettegenstaande haar nauwe verstrengeling niet kunnen worden gevangen binnen een bestaande rechtsfiguur, maar dat er geen bezwaar tegen bestaat hier het begrip 'driepartijenverhouding' te hanteren, mits men hieraan niet de specifieke betekenis toekent van 'driepartijenovereenkomst'.

De werkgroep acht het aanbevelenswaard dat deze driepartijenverhouding te zijner tijd bij een herziening van de ziekenfondswetgeving een duidelijker gezicht zal worden gegeven.

ENIGE LITTERATUUR

Tot op heden ontbreekt een systematisch opgezette studie van het ziekenfondsrecht. In dit verband is nog het meest leerzaam de Memorie van Toelichting bij de Ziekenfondswet. Dit neemt niet weg dat er in de loop der tijd een aanzienlijke hoeveelheid publikaties is verschenen over diverse aspecten van de ziekenfondsverzekering. Een aantal daarvan zal ook de gezondheidsjurist interesseren. Helaas zijn bedoelde publikaties verspreid over talloze boeken, tijdschriften, rapporten en commentaren op de ziekenfondsregelingen. Een deel ervan is te vinden in de literatuurlijst van het hieronder achter punt 4 aangehaalde proefschrift van L. S. Godefroi, *Het ziekenfondswezen in Nederland, ontwikkeling en perspectieven*, 's-Gravenhage (1963).

Niettemin begint het ziekenfondsrecht in de juridische vakliteratuur – zij het aarzelend – serieuze belangstelling te krijgen, mede onder invloed van de groeiende interesse voor het gezondheidsrecht in het algemeen. Een vermelding van de desbetreffende publikaties mag in het kader van dit preadvies niet achterwege worden gelaten. Van de gelegenheid wordt gebruik gemaakt tevens enkele andere studies te vermelden die in dit verband wellicht de moeite waard zijn. De keuze hiervan is min of meer willekeurig.

1. Voor de tekst van de wet en de daarop steunende uitvoeringsregelingen zij verwezen naar: Ziekenfondswet, Serie Nederlandse Staatswetten, editie Schuurman en Jordens, nr. 95, Tjeenk Willink Zwolle (1972).

2. De parlementaire geschiedenis van de Ziekenfondswet is vastgelegd in de volgende gedrukte Kamerstukken:

- Bijl. Hand. II 1961 – 1964, nr. 6808, nr. 1 – 34
- Bijl. Hand. I 1964, nr. 6808
- Hand. II 1964, p. 2109 – 2121
- Hand. I 1964, p. 59 – 83.

3. Met betrekking tot de gedachten die aan de ziekenfondsverzekering ten grondslag liggen is leerzaam materiaal te putten uit het – helaas voornamelijk in bibliotheken e.d. voorhanden zijnde – rapport betreffende de grondslagen der ziekenfondsverzekering, Ziekenfondsraad, Amsterdam (1958).

4. Een gecompriëerde verhandeling omtrent de ziekenfondsverzekering zoals deze was en functioneerde vóór de invoering van de Ziekenfondswet is te vinden in het reeds eerder geciteerde proefschrift van L. S. Godefroi, *Het ziekenfondswezen in Nederland, ontwikkeling en perspectieven*, 's-Gravenhage (1963).

5. Een geslaagde beschrijving van de geschiedenis van het ziekenfondswezen in Nederland geeft H. C. van der Hoeven in *'Voor elkaar, de ziekenfondsen temidden van de sociale veranderingen'*, Utrecht (1963), uitgegeven onder auspiciën van de Centrale Bond van Onderling beheerde Ziekenfondsen (inmiddels opgegaan in de Nederlandse Unie van Ziekenfondsen). In dit verband kan ook nog worden genoemd: C. van den Berg, *'Totstandkoming en inhoud van het Ziekenfondsenbesluit en zijn voornaamste uitvoeringsbesluiten'*, in *Bestuurswetenschappen* 1958.

6. Het ziekenfonds als verzekeringsinstelling is voorwerp van studie geweest in het proefschrift van G. de Vos, *'De rechtsvorm der algemene ziekenfondsen in Nederland'*, IJmuiden (1954).

7. Voor de civielrechtelijke aspecten van de arts-patiënt relatie zijn de volgende publikaties vermeldenswaard:

- R. Savatier e.a., *Traité de Droit Médical*, nrs. 236 – 370, Parijs (1956).
- J. M. M. Maeijer, *'De juridische relatie tussen geneesheer en patiënt'* in de bundel *'De geneesheer en het recht'*, Serie Medisch Recht, nr. 1, Deventer (1968).
- idem, noot onder het Nuboer-arrest en de Bossche arresten in *AAe*, XVIII, 1969, p. 94 e.v.
- C. Berkhouwer en L. D. Vorstman, *De aansprakelijkheid van de medicus voor beroepsfouten door hem of zijn helpers gemaakt*, Zwolle (1950).

8. De relatie ziekenfonds-medewerker komt uitvoerig aan de orde in de bijdrage van G. M. J. Velkamp in de bundel *'De geneesheer en het recht'* (zie hierboven achter 7) onder de titel *'De plaats van de geneesheer in de wettelijke structuur van de sociale gezondheidszorg'*.

9. De relatie verzekerde-medewerker is door J. M. M. Maeijer belicht in zijn hierboven achter 7 vermelde bijdrage in de bundel 'De geneesheer en het recht' (nr. 8 op p. 16 e.v.). Eveneens in zijn hierboven aangehaalde annotatie in AAe. XVIII, 1969, p. 94 e.v., onder nr. 3.

10. Over de relatie verzekerde-ziekenfonds heeft geschreven B. L. van Strij de Regt, Het recht van beroep in het ontwerp-Ziekenfondswet, N.J.B. 1963, p. 133. Zie verder van de hand van G. M. J. Velkamp 'Het rechtskarakter der verplichte ziekenfondsverzekering' in Sociaal Maandblad Arbeid (september 1959).

11. De verhouding ziekenfonds-medewerker-verzekerde als driezijdige relatie is voorwerp van een interessante polemiek geworden in het Nederlands Juristenblad, waarin ook de deelrelaties afzonderlijk aan bod komen. Het betreft de volgende artikelen:

- M. G. J. M. Kortmann, De verhouding ziekenfonds-medewerker-verzekerde, N.J.B. 1969, p. 837 e.v.
- J. M. M. Maeijer, Nogmaals: de verhouding ziekenfonds-medewerker-verzekerde, N.J.B. 1969, p. 1016 e.v.
- M. G. J. M. Kortmann, Andermaal: de verhouding ziekenfonds-medewerker-verzekerde, N.J.B. 1970, p. 283 e.v.
- P. van der Velden, De rechtsverhouding ziekenfonds-medewerker-verzekerde. N.J.B. 1970, p. 905 e.v.

12. De driepartijenverhouding is bij diverse schrijvers voorwerp van studie geweest. Bekend is het proefschrift van H. C. F. S. Schoordijk, Beschouwingen over driepartijenverhoudingen van obligatoire aard, Zwolle (1958).

ENKELE FEITELIJKE GEGEVENS BETREFFENDE DE ZIEKENFONDSVERZEKERING

De Ziekenfondswet, volledig in werking getreden op 1 januari 1966, verving het Ziekenfondsbesluit - een van de langstlevende overblijfselen van het bezettingsrecht - dat m.i.v. 1 november 1941 de verplichte ziekenfondsverzekering voor werknemers had gebracht.

De wet kent drie groepen van *verzekerden*:

a. de verplicht verzekerden: de werknemers in de zin van de Ziektewet en enige bij a.m.v.b. daarmee gelijkgestelde groepen, wier overeengekomen vast loon in geld (of wier uitkering) niet meer bedraagt dan (in 1973) f 20.900; onder deze groep vallen 6.905.000 personen;

b. de 'bejaardenverzekerden': de niet verplicht verzekerde personen van 65 jaar en ouder, met een inkomen beneden (in 1973) f 13.407; hieronder vallen 958.000 personen;

c. de vrijwillig verzekerden: degenen, die niet onder groep a of groep b vallen en wier inkomen het bedrag van f 20.900 niet overschrijdt; hiertoe behoren circa 1.500.000 personen.

In bovengenoemde getallen zijn tevens begrepen de medeverzekerden: de echtgenote en de verzekerde en diens kinderen beneden 16 jaar en diens kinderen van 16 t/m 26 jaar, die gebrekkig of studierend zijn dan wel de huishouding van de verzekerde (mede) verzorgen. Het totaal aantal personen dat thans bij de zieken-

fondsen is verzekerd bedraagt ruim 9 miljoen, d.i. ruim 70% van de totale Nederlandse bevolking.

Elk van de drie groepen verzekerden kent een eigen *premiestelsel*:

a. voor de verplicht verzekerden bedraagt de premie 8,9% van het loon (of daarmee gelijkgestelde inkomstenbron), door werkgever en werknemer ieder voor de helft verschuldigd. De premiebedragen, door de bedrijfsverenigingen geïnd, worden gestort in de Algemene Kas, die wordt beheerd door de Ziekenfondsraad.

b. de 'bejaardverzekerde' betaalt een premie die verschillend is naar gelang van de inkomensgroep waartoe hij behoort. Behoort hij tot de hoogste groep, dan betaalt hij 87½% van de kostendeekkende premie, behoort hij tot de laagste groep, dan is dat percentage 25. De aldus ontstane tekorten van de 'bejaardenverzekering' worden gedragen door het Rijk en de Algemene Kas. Deze verzekering kent een eigen kas: het Fonds Bejaardenverzekering.

c. de vrijwillig verzekerden betalen een per ziekenfonds of groep van ziekenfondsen vastgestelde premie, die in beginsel kostendeekkend is, doch waarop, uit enige door het Rijk beschikbaar gestelde miljoenen een reductie wordt verleend aan bepaalde minder draagkrachtige groepen. Hier is dus geen centraal fonds. De maandpremie varieert bij de ziekenfondsen van f 48 tot f 86.

De wet wordt uitgevoerd door de door de minister *toegelaten ziekenfondsen*, thans 92 in getal (in 1941 waren dat er 204).

Het werkgebied van een ziekenfonds is of een gemeente of een grotere regio, een enkel fonds werkt landelijk. Het grootste fonds telt 473.281 'zielen', het kleinste 960.

De ziekenfondsen zijn aangesloten bij vier overkoepelende organisaties, die tezamen het Gemeenschappelijk Overleg van Ziekenfondsorganisaties vormen.

Aan zijn verzekering ontleent een verzekerde tegenover zijn ziekenfonds recht op *verstrekkingen*: bij of krachtens de wet omschreven vormen van geneeskundige hulp. Volgens de wet moeten die verstrekkingen tenminste omvatten: geneeskundige hulp door huisartsen en specialisten, tandheelkundige hulp, verloskundige hulp, farmaceutische hulp alsmede verpleging en behandeling in ziekenhuizen en sanatoria. In het Verstrekkingsbesluit en de daarop gebaseerde ministeriële besluiten zijn de verstrekkingen nader gelimiteerd en uitgewerkt.

Alle drie de groepen verzekerden hebben hetzelfde recht op verstrekkingen.

Een ziekenfonds garandeert zijn verzekerden rechten. De fondsen kunnen die garantie niet zelf waar maken. Daartoe dienen zij volgens de wet met personen en instellingen die de hulp in feite verlenen, overeenkomsten te sluiten. Men duidt hen gewoonlijk aan als *medewerkers en medewerkende instellingen*.

De bij de wet ingestelde *Ziekenfondsraad* heeft diverse taken, met als voornaamste: adviesorgaan van de overheid, toezicht op de Ziekenfondsen en beheerder van de Algemene Kas en het Fonds Bejaardenverzekering. Uit die kassen ontvangen de ziekenfondsen uitkeringen naar gelang van de gemaakte kosten, voorzover de Raad die kosten aanvaardbaar heeft geacht.

Tot het inwerkingtreden van de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ), bestond de Raad uit 35 leden, vijf groeperingen van elk 7. Die groeperingen zijn: de Kroonleden, de werkgevers, de werknemers, de ziekenfondsorganisaties en de organisaties van medewerkers en medewerkende instellingen.

De AWBZ, die de Raad soortgelijke taken toebedeelde als de Ziekenfondswet had gedaan, breidde het aantal leden tot 39 uit. In de Raad, die thans steeds in

uitgebreide samenstelling vergadert, kunnen over ziekenfondszaken 39 leden meepraten, slechts 35 hebben in dit geval stemrecht.

Om van de sociaal-economische betekenis van de ziekenfondsverzekering en van de ontwikkeling der kostencijfers een indruk te geven, het navolgende overzichtje.

kosten per verzekerde over 1971.(voorlopige uitkomst) over 1973 (raming)

verplichte verzekering	f 366,99 ⁸	f 509,57 ⁸
bejaardenverzekering	f 734,61	f 1079,82

absolute kosten in miljoenen guldens

verplichte verzekering	2.496,6	3.518,6
bejaardenverzekering	646,5	1.034,5

8. Voor de vrijwillige verzekering zijn de kosten per verzekerde naar schatting 10% lager.

BEKNOPT VERSLAG VAN DE DISCUSSIE GEHOUDEN NAAR AANLEIDING VAN HET PREADVIES

Bij de behandeling van het preadvies in de jaarvergadering van de Vereniging voor Gezondheidsrecht op 23 maart 1973 werd het woord gevoerd door de volgende leden: Mr. J. R. Boerlage, F. E. J. Bouricius, arts, Mr. drs. G. A. Buijze, Mr. M. de Groot, Mr. J. P. Hogerzeil, Prof. mr. J. M. M. Maeijer, Mr. H. Oberndorff.

De vragen werden beantwoord door een forum samengesteld uit de leden van de werkgroep onder voorzitterschap van Mr. T. J. S. Postma.

Het hiernavolgende beknopte verslag beperkt zich tot de kern van de vragen en antwoorden welke hebben geleid tot een verduidelijking van de zakelijke inhoud van het preadvies.

I. De juridische relatie arts-patiënt

1. *Vraag:* De arts is verplicht zijn patiënt aangaande het onderzoek en de behandeling te informeren. Hoever gaat deze verplichting? Het preadvies spreekt van 'zodrig' informeren (p. 84). Is het niet veeleer zo, dat deze verplichting in beginsel een volledige is die zich niet alleen tot het onderzoek en de mogelijk daaruit voortvloeiende behandeling beperkt en die alleen gemotiveerde uitzonderingen toelaat?

Antwoord: De bedoelde passage heeft inderdaad alleen het oog op de informatie welke de patiënt nodig heeft om zijn toestemming te kunnen geven voor een onderzoek of een behandeling met de daaraan verbonden risico's en ongemakken. Daarnaast kan de vraag rijzen of er ook een verplichting van de arts bestaat de patiënt volledig in te lichten omtrent zijn gezondheidstoestand en zijn levenskansen.

De terughoudendheid welke in het woordje 'zodrig' ligt besloten, is voornamelijk van praktische betekenis. Van de arts kan niet worden gevergd dat hij de patiënt alle gevraagde en ongevraagde informatie geeft. De patiënt zal dit in het algemeen ook niet van hem verwachten. Het onthouden van informatie betekent op zichzelf nog niet dat de arts in gebreke is. Hiervan is pas sprake, indien de arts informatie achterhoudt waarvan hij moet begrijpen dat de patiënt er belang bij heeft er kennis van te dragen. De arts zal niet gauw tot de conclusie mogen komen dat bepaalde informatie voor de patiënt van geen belang is. De patiënt zal in ieder geval over die informatie moeten beschikken welke voor hem nodig is om op verantwoorde wijze zijn toestemming voor een onderzoek of behandeling te kunnen verlenen.

Kritischer nog ligt het probleem bij inlichtingen aan de patiënt omtrent zijn gezondheidstoestand. Van artsenzijde wordt vaak het geluid gehoord dat hoogstzelden een patiënt wordt ontmoet, die een fatale waarheid kan verdragen. Maar

soms zal een arts moeten kiezen tussen twee kwaden: hetzij de patiënt de waarheid zeggen met de kans dat zijn gemoedstoestand ondragelijk wordt belast, hetzij de patiënt in onwetendheid laten met de kans dat hem daardoor de mogelijkheid wordt ontnomen zijn zakelijke belangen tijdig veilig te stellen.

Alleen een zeer zorgvuldige afweging van de belangen van de patiënt bij het al of niet vernemen van zijn werkelijke toestand kan antwoord geven op de vraag of de plicht van de arts tot het geven van informatie dwingend is. Of de arts bij het vormen van een oordeel voldoende zorgvuldig is tewerkgegaan, is een vraag welke zonodig door de rechter kan worden getoetst.

2. *Vraag:* Door een overeenkomst tot behandeling te sluiten verplicht de patiënt zich onder meer om medewerking aan het onderzoek of de behandeling te verlenen. Is dit een feitelijke of een juridische verplichting? De werkgroep beantwoordde deze vraag in eerstbedoelde zin (p. 85). Het is echter heel goed mogelijk dat de patiënt door het niet opvolgen van de gegeven voorschriften het resultaat van het onderzoek of de behandeling nadelig beïnvloedt. Het ontbreken van een juridische verplichting tot medewerking aan de behandeling zou betekenen, dat de arts hierin lijdelijk zou moeten berusten. Is het niet logischer de medewerking aan de behandeling wél te zien als een contractuele verplichting van de patiënt, waarvan de niet-naleving in beginsel tot wanprestatie leidt?

Antwoord: De werkgroep blijft vasthouden aan haar stelling dat er geen reden is de medewerking van de patiënt te zien als een verplichting voortvloeiende uit het met de arts gesloten contract. De werkgroep stelt zich op het standpunt dat de arts deze medewerking alleen zou kunnen vorderen indien hij bij deze medewerking belang heeft. De enige, althans voornaamste belanghebbende is echter de patiënt zelf. Een recht, in de zin van vorderingsrecht als tegenhanger van een contractuele verplichting, van de arts op medewerking van de patiënt moet daarom onaannemelijk worden geacht. Zegt de patiënt medewerking toe, dan rijst de vraag of de patiënt daaraan is gehouden, wellicht niet omdat veelal de gevolgen van een behandeling voor hem niet waren te overzien. Wel mag de arts verlangen dat de patiënt niet tegenwerkt.

II. *De juridische relatie verzekerde-medewerker*

1. *Vraag:* Blijkens het preadvies is de werkgroep eenstemmig in haar oordeel, dat het moment waarop de inschrijving op naam van de huisarts perfect is geworden (de arts heeft die inschrijving, al dan niet stilzwijgend geaccepteerd) tevens moet worden beschouwd als het tijdstip waarop verzekerde en huisarts tot elkaar in een contractuele relatie komen te staan (p. 96). Het komt echter zeer vaak voor, dat de inschrijving tot stand komt zonder dat er voordien ook maar sprake is geweest van enig contact tussen de verzekerde en de door hem gekozen huisarts. Het kan zelfs zijn dat de verzekerde gedurende de periode van de verzekering nimmer een beroep op deze huisarts hoeft te doen. Maakt deze constatering het ontstaan van een overeenkomst verzekerde-huisarts vanaf het moment van de inschrijving op naam van de laatste niet onwaarschijnlijk?

Antwoord: De werkgroep is van oordeel dat een rechtstreeks, zo men wil persoonlijk contact tussen verzekerde en huisarts niet nodig is om de totstandkoming van een overeenkomst tussen deze beiden aannemelijk te maken. Immers beslissend is of bij genoemde partijen de wil bestaat om zich jegens elkaar te verbinden en of aan deze wil op enigerlei wijze uitdrukking is gegeven. In de particuliere situatie zal de wederzijdse toestemming in het algemeen tot stand komen in een persoonlijk contact tussen arts en patiënt. Maar er is niets op tegen te concluderen dat in een bepaalde situatie andere gedragingen deze rol overnemen. Indien in de ziekenfonds-verhoudingen de inschrijving op naam van een huisarts door alle partijen wordt beschouwd als aanvaarding van een door die huisarts gedaan aanbod – namelijk het sluiten van een behandelingsovereenkomst overeenkomstig de voorwaarden van de ziekenfondsverzekering – dan lijkt het overbodig bovendien een rechtstreeks contact tussen de arts en patiënt te eisen. Vanaf het moment van de inschrijving op naam van een huisarts ontstaan tussen verzekerde en huisarts alle rechten en verplichtingen welke een dergelijke overeenkomst met zich meebrengt. In de praktijk wordt dit zowel door huisartsen als verzekerden ervaren als realiteit. Dit wordt nog eens bevestigd door het feit dat de ziekenfondsen vanaf het moment van de inschrijving op naam aan de huisarts het voor die verzekerde verschuldigde honorarium betalen.

2. Niet geheel ten onrechte is in de discussie kritiek geuit op de wat summiere behandeling van de problemen rond de inschrijving op naam van een groepspraktijk (p. 98). Hiertegenover staat dat dit vraagstuk zo omvangrijk is dat een diepgaander verhandeling onevenredig veel plaats in het preadvies zou hebben opgeëist.

De werkgroep is niet verder willen gaan dan uit te spreken, dat de huidige bepaling inzake de inschrijving op naam (art. 9, vijfde lid, Ziekenfondswet) zich niet tegen inschrijving op naam van een samenwerkingsverband verzet. Deze bepaling is opgenomen teneinde ervoor te zorgen dat ziekenfondsen en medewerkers die een abonnementshonorering overeenkomen, kunnen rekenen op bepaalde gedragingen van de verzekerden welke nodig zijn om deze vorm van honorering te effectueren. Immers de overeenkomst ziekenfonds-medewerker alleen kan derden, i.c. de verzekerden niet binden, in casu niet voorschrijven dat zij voor hulp op een bepaalde medewerker zijn aangewezen. Vandaar die wettelijke bepaling. Indien ziekenfondsen en samenwerkingsverbanden van huisartsen abonnementshonorering kiezen en bedoelde bepaling alleen erop is gericht de medewerking van de verzekerde te garanderen om een dergelijke honorering mogelijk te maken, dan kan deze bepaling hieraan toch niet in de weg staan?

Vraag: Verzet het persoonlijke karakter van de vertrouwensrelatie arts-patiënt zich niet tegen inschrijving op naam van een samenwerkingsverband?

Antwoord: Het gaat hier om een nogal gecompliceerde materie. Vandaar dat wordt volstaan met een enkele opmerking over de formele aspecten van deze vraag.

Inschrijving op naam van een samenwerkingsverband hoeft niet een bedreiging te zijn voor de totstandkoming van een persoonlijke vertrouwensrelatie tussen arts en patiënt. Naar buiten geldt de verzekerde als ingeschreven op naam van het samenwerkingsverband, naar binnen kan de verzekerde de vrijheid behouden zijn voorkeur voor een bepaalde arts kenbaar te maken. Dit laatste is een interne aangelegenheid

tussen de verzekerde en de samenwerkende artsen, evenzogoed als de verrekening van het voor deze verzekerde ontvangen honorarium met de gekozen arts een kwestie is welke de leden van het samenwerkingsverband in eerste instantie onderling dienen uit te maken. Deze zienswijze sluit logisch aan bij de hierboven verdedigde opvatting inzake de inschrijvingsbepaling. In de praktijk zijn er samenwerkingsverbanden ontstaan, waarin de vertrouwensrelatie arts-patiënt volledig tot haar recht kan komen.

III. *De juridische relatie ziekenfonds-medewerker*

De werkgroep is in haar preadvies uitvoerig ingegaan op inhoud en omvang van het niet op schrift gestelde medewerkerscontract. Daarbij heeft het niet geschreven huisartsencontract steeds centraal in de belangstelling gestaan (p. 110 e.v.).

Uit de discussie bleek dat de sprekers het eens waren met de stelling van de werkgroep, dat de medewerker zich tegenover het ziekenfonds verbindt om geneeskundige hulp te verlenen van behoorlijke kwaliteit, dus niet geneeskundige hulp zonder meer.

1. *Vraag:* Strekt deze verplichting zich uit tot het hele doen en laten van de medewerker als huisarts of alleen tot zijn ambachtelijk handelen? De werkgroep betoogt kennelijk het eerste. Er zijn echter overwegingen die voor de tweede zienswijze pleiten. In dit verband moet worden gewezen op de 'sociale functie' van de huisarts ten opzichte van zijn patiënten. In tegenstelling tot het ambachtelijk handelen is deze sociale functie niet of nauwelijks in meetbare termen te vangen. Het gaat hier om het gedrag van de arts tegenover de collectiviteit van zijn patiënten, voornamelijk tot uiting komende in de wijze van praktijkvoering. Het is ernstig te betwijfelen of deze sociale functie zich leent voor regeling bij contract, laat staan dat zij valt binnen de grenzen van het ongeschreven contract. Immers deze functie is voortdurend aan wijzigingen onderhevig. Vandaar dat voorwerp van het medewerkerscontract alleen kan zijn het verlenen van medische hulp als zodanig, dat is het ambachtelijk handelen.

Antwoord: De werkgroep meent dat het onderscheid tussen de 'sociale functie' van de huisarts en zijn ambachtelijk handelen te kunstmatig is, zeker aangezien de verstrekking huisartsenhulp beoogt de basis te zijn van de algemene geneeskundige verzorging voor de ziekenfondsverzekerden. De inhoud van deze verstrekking wordt door de wet geacht volledig geïncorporeerd te zijn in het medewerkerscontract. Het lijkt welhaast onvermijdelijk dat bij een beoordeling van de zakelijke inhoud van die overeenkomst ook de sociale factoren in het geding komen. Trouwens het enkele feit dat een materie voortdurend in ontwikkeling is, vormt op zich geen beletsel voor regeling bij contract. Het beste bewijs hiervoor levert de huisartsengeneeskunde zelf, die ondanks de sterk wijzigende inzichten, blijkbaar wél geschikt wordt bevonden om voorwerp te zijn van contractuele regeling.

2. *Vraag:* Een nogal eens voorkomend probleem is een verschil van medisch inzicht tussen ziekenfonds en behandelend arts. Voorbeeld: het ziekenfonds acht op advies van zijn adviserend geneeskundige een indicatie voor verder verblijf in een ziekenhuis niet meer aanwezig, terwijl de behandelend specialist ontslag (nog) niet

verantwoord acht. Welke mogelijkheden biedt de juridische relatie ziekenfonds-medewerker om dit 'conflict' tot een oplossing te brengen?

Antwoord: Deze kwestie stelt zich in de aanvang meestal als een aangelegenheid tussen ziekenfonds en inrichting (aangenomen wordt dat de specialist in dienstverband aan het ziekenhuis is verbonden). Dergelijke problemen dienen ook bij voorkeur in goed overleg tussen fonds en ziekenhuis te worden opgelost. Toch moet er mee rekening worden gehouden, dat nader overleg soms niet tot een oplossing leidt. Hoewel een dergelijke situatie zich in de regel voordoet als een meningsverschil tussen ziekenfonds en ziekenhuis, gaat het hier uiteindelijk toch om de vraag of de verzekerde recht heeft om langer in het ziekenhuis te vertoeven. Zou het ziekenfonds dit ontkennen, dan deelt het deze beslissing aan de verzekerde mee. De verzekerde is niet gedwongen in deze beslissing te berusten. Gesterkt door het oordeel van de behandelend arts kan hij de beslissing van het fonds voor de beroepsrechter bestrijden, die zonodig andere medische deskundigen zal horen teneinde te kunnen beoordelen of bedoelde beslissing beoordeeld naar de huidige maatstaven van de medische wetenschap juist is geweest.

Bevestigt de rechter de beslissing van het ziekenfonds, eventueel in hoger beroep, dan blijft er voor de verzekerde, die geen rechten meer heeft tegenover zijn fonds, weinig anders over dan het ziekenhuis te betalen, of te trachten diens vordering te weerspreken met het argument dat het ziekenhuis, nu het een te voorzichtig 'advies' heeft gegeven, de kosten zelf behoort te dragen. Of die poging succes zal hebben zal in belangrijke mate afhangen van wat door het ziekenhuis feitelijk aan de patiënt is meegedeeld. Dat kan zijn: 'wij, het ziekenhuis zullen de zaak wel met uw fonds regelen', dat kan ook zijn: 'brengen wij de zaak met uw fonds niet in het reine dan zult u, als particulier patiënt, zelf moeten betalen'. Het zal zonder meer duidelijk zijn dat de kansen van de aangesproken patiënt in de hierboven eerstbedoelde situatie groter zijn dan in de tweede.

IV. De verhouding ziekenfonds-medewerker-verzekerde als driezijdige relatie

De juridische fundering van deze driezijdige relatie, een vraagstuk waaraan het preadvies in hoofdstuk III enige beschouwingen wijdt, heeft ook tijdens de discussie de gedachten enige tijd beziggehouden. Opnieuw werden argumenten aangevoerd zowel pro als contra de opvattingen van Kortmann, Maeijer, Van der Velden en van de werkgroep.

In de visie van Kortmann e.a. bevat de overeenkomst tussen ziekenfonds en medewerker een derdenbeding ten behoeve van de verzekerde. Maeijer wees er al eerder op, dat deze constructie niet houdbaar is. Het derdenbeding is niet te rijmen met de vrijheid van de arts om in voorkomende gevallen te weigeren verzekerden als patiënt te aanvaarden.

Tijdens de discussie werd evenwel betoogd, dat de overeenkomst ziekenfonds-medewerker deze laatste juist een stuk van zijn vrijheid ontnemt, of juist gezegd: deze vrijheid reguleert. Zou deze zienswijze juist zijn, dan zou zij het ernstigste bezwaar tegen de constructie van het derdenbeding wegnemen. Een argument voor deze redenering zou kunnen worden ontleend aan artikel 9, eerste lid, Ziekenfondswet, waarin is bepaald, dat de verzekerde zich voor het geldend maken van zijn rechten dient te wenden tot een persoon met wie het ziekenfonds *tot dat doel* een overeenkomst heeft gesloten.

De werkgroep daarentegen acht, terzijde latende de juistheid van bovenstaand argument, de constructie van het derdenbeding alleen hierom al onaannemelijk, omdat die constructie impliceert dat de verzekerde zijn recht zou ontlenen aan de overeenkomst ziekenfonds-medewerker. Er hoeft geen twijfel te bestaan aan de bedoeling van de wetgever om de verzekerde aanspraak op verstrekkingen te geven tegenover het *ziekenfonds*.

Maeijer legt het zwaartepunt van zijn opvatting over de driehoeksrelatie ziekenfonds-medewerker-verzekerde in de verhouding verzekerde-medewerker. Tegenover de belofte van de verzekerde om alles in het werk te stellen dat de honorering door het ziekenfonds zal plaatsvinden (premiebetaling en inschrijving op naam) stelt de arts zijn belofte om de verzekerde voor de geboden hulp niets in rekening te brengen. De belofte van de verzekerde is niet meer dan logisch in deze opvatting, aangezien zij de voorwaarde is waaronder de arts het ziekenfonds als nieuwe debiteur zal willen aanvaarden. Zij moet het complex van relaties sluitend maken. Aldus kan men stellen dat de zienswijze van Maeijer aanleunt tegen de constructie van de driepartijenovereenkomst.

De werkgroep heeft de zienswijze van Maeijer niet willen volgen op grond van de consequenties welke zij meende daaruit te moeten trekken (p. 94 e.v.). Daarbij wil zij nog aanvoeren, dat de verplichting tot premiebetaling en tot inschrijving op naam wettelijke verplichtingen zijn die ook bestaan zonder dat de patiënt al of niet stilzwijgend belooft hiervoor te zullen zorgdragen. De honoreringsverplichting van het ziekenfonds is door de wetgever bovendien gedacht als een zelfstandige verplichting van het ziekenfonds, welke op generlei wijze juridisch verband legt met de plicht tot premiebetaling van de verzekerde.

De werkgroep erkent tenslotte nogmaals dat zij evenmin bij machte is geweest een sluitende constructie te geven voor de relatie ziekenfonds-medewerker-verzekerde. Dit neemt niet weg dat zij overtuigd is van de juistheid van haar stelling, dat deze grondslag gevonden moet worden in de relatie verzekerde en ziekenfonds. Oorspronkelijk toch was deze relatie een zuivere verzekeringsovereenkomst waarvan de rol voor wat betreft de verplichte verzekering sinds 1966 door de Ziekenfondswet is overgenomen. Elke redenering die de sleutel voor dit vraagstuk zoekt in de beide andere relaties, gaat hiermee voorbij aan bedoelde historische realiteit. Aangezien de wetgever niet zozeer heeft gewild de ziekenfondsverzekering te veranderen als wel haar met wettelijke middelen te versterken, mag aan die historische realiteit groot gewicht worden gehecht. De werkgroep hoopt dan ook dat de oplossing voor het probleem te zijner tijd langs de weg van een rechtshistorische interpretatie zal worden gevonden.

Serie Medisch recht

1. De geneesheer en het recht, door prof.mr.F.F.X.Cerutti, prof.mr.J.M.M.Maeijer, dr.G.J.M.Veldkamp, prof.mr.W.C.L.van der Grinten, prof.mr.D.van Eck, prof.dr. F.J.H.M.van der Ven, prof.mr.J.Th.M.de Vreeze, prof.dr.A.Th.L.M.Mertens.
2. Het verplicht dulden van medische behandelingen, door dr.W.F.Tordoir.
3. Medisch-jurische aspecten van het einde van het menselijk leven, door dr.mr. H.A.H.van Till-d'Aulnis de Bourouill.
4. Juridische problemen in en rond het ziekenhuis, door prof.mr.J.M.M.Maeijer, dr.J.Vermeyden, prof.dr.H.J.J.Leenen, prof.mr.A.A.M.van Agt.
5. Medische beroepsuitoefening en beroepsaansprakelijkheid, door prof.dr. H.J.J.Leenen, mr.W.B.van der Mijn, prof.mr.J.M.M.Maeijer.
6. Wettelijke regelingen voor beroepen in de gezondheidszorg, door mr.W.B. van der Mijn.