

Compensatie voor geboorteschade - van aansprakelijkheid naar 'no-fault'?

W.H. van Boom *

Deze bijdrage verscheen eerder in: AV&S 2006/1, p. 8-24

1. Inleiding

[8] Sinds de jaren zestig hebben artsen en ziekenhuizen te maken met aansprakelijkheidsprocedures waarin ouders en hun gehandicapte kind schadevergoeding vorderen voor de schade die zij ondervinden door de geboorte en de handicap van het kind. In beginsel maakt dit type claims gewoon onderdeel uit van het privaatrechtelijke beslissingskader, maar in bepaalde landen hebben rechters en wetgevers er op uiteenlopende gronden voor gekozen om deze claims buiten het aansprakelijkheidsrecht te houden. In sommige landen is zelfs een verschuiving opgetreden naar een op solidariteitsnoties gebaseerd alternatief vergoedingsarrangement.

Is dat ook een optie voor ons land? De KNMG doet in het *Kwaliteitsmanifest 2003* inderdaad de aanbeveling voor een algehele verschuiving naar een *no-fault* compensatiesysteem. Die aanbeveling komt zeker wat betreft geboorteschades niet uit de lucht vallen: in sommige landen is het aansprakelijkheidsrecht wat betreft al ingeruild voor een *no-fault* compensatiesysteem.¹ Maar de vraag is gewettigd of dergelijke alternatieve arrangementen wel goed doordacht [9] zijn en of ze werkelijk tegemoet komen aan de behoeften van de betrokken families

* Willem van Boom is als hoogleraar privaatrecht verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam (e-mail: vanboom@law.eur.nl). Dit onderzoek werd uitgevoerd als onderdeel van het onderzoeksproject *Compensation for damage - the shift from civil law to public funding and vice versa* (NWO 450-02-440). Met dank aan Melissa Moncada Castillo voor onderzoeksassistentie. Dank ook aan Raimond Giard, Siewert Lindenbergh en Andrea Pinna voor commentaar op een eerdere versie. De volgende personen hebben bereidwillig informatie en inlichtingen verschaft, waarvoor dank aan: prof. dr. M.C. Cornel (hoogleraar Community Genetics, VU MC, Amsterdam), dr. R.W.M. Giard (patholoog en klinisch epidemioloog, MCRZ Rotterdam), mr. H.P. Henschen (directeur Medirisk), Ken Oliphant BA BCL (senior lecturer Law Faculty, Cardiff University) en dr. G.C.M.L. Page-Christiaens, (gynaecoloog; UMC Utrecht). Een eerdere versie van deze bijdrage verscheen onder de titel "Compensatie bij geboorteschade – verschuivingen van aansprakelijkheid naar alternatieve vergoedingsarrangementen" in: Martin Buijsen (red.), *Onrechtmatig leven? Opstellen naar aanleiding van Baby Kelly*, Nijmegen: Valkhof Pers 2006.

1 Bovendien is in sommige rechtsstelsels aansprakelijkheid zonder meer uitgesloten zonder enig alternatief arrangement. Vgl. Code Ann. Utah § 78-11-24: "A cause of action shall not arise, and damages shall not be awarded, on behalf of any person, based on the claim that but for the act or omission of another, a person would not have been permitted to have been born alive but would have been aborted." Er is ook een lijn in de rechtspraak die bepaalt dat onderhoudskosten voor gezonde kinderen niet gevorderd kunnen worden (bijv. in gevallen van mislukte sterilisatie door een medische fout) of dat voor gehandicapte kinderen alleen de bijkomende onderhoudskosten voor vergoeding in aanmerking komen (dus met 'aftrek' van de kosten die de ouders voor een gezond kind zouden hebben betaald). Zie bijv. *McFarlane v Tayside Health Board* [2000] 2 AC 59. De ratio van deze beslissingen is m.i. dezelfde: men kan geen vergoeding vorderen voor gezond leven, hoe ongewenst de zwangerschap ook moge zijn geweest. Zoals bekend heeft de HR voor een andere lijn gekozen, zowel wat betreft gezonde kinderen gedurende minderjarigheid (althans 21e levensjaar) (zie HR 21 februari 1997, NJ 1999, 145) als wat betreft de volledige kosten van een gehandicapt kind (gedurende het gehele leven?) (zie HR 18 maart 2005, TvGR 2005/5, p. 414 (Kelly), r.ov. 4.20).

én artsen. Voor ons land is specifiek van belang of er werkelijk aanleiding is om naar een alternatief arrangement om te zien.

Om die vragen te beantwoorden zal ik hierna de problematiek schetsen (§ 2) en een overzicht geven van de verschillende specifieke *no-fault* arrangementen met betrekking tot geboorteschade (§ 3). Vervolgens analyseer ik de gronden voor deze verschuivingen (§ 4), benoem ik de belangrijkste knelpunten bij het realiseren van een dergelijk alternatief (§ 5), en onderzoek ik of ons land ook voor een dergelijk alternatief zou moeten kiezen (§ 6). Ik sluit af met aanbevelingen voor nader onderzoek (§ 7).

2. Inventarisatie van de problematiek

Geboren worden is niet zonder gevaar. Van de 190.000-200.000 baby's die jaarlijks in ons land worden geboren, hebben er bij geboorte 3800-6000 (2-3%) zodanige afwijkingen dat verpleging in het eerste levensjaar nodig is. 14-15% van alle gevallen van ernstige afwijkingen waren diagnoseerbaar voor geboorte.² Onbekend is hoeveel van deze afwijkingen pas na de eerste 24 weken zwangerschap wordt gediagnosticeerd, en dus in hoeveel gevallen abortus wel of niet nog een optie was, maar duidelijk is wel dat het aantal gevallen waarin de afwijking op voorhand vastgesteld *kan* worden in de minderheid is.³ Een andere grote veroorzaker van perinatale dood en letsel is zuurstofgebrek: 3200 neonatalen (waarvan \pm 120 rond de geboorte overlijden) kampen met ernstig zuurstofgebrek dat tot blijvend letsel aanleiding geeft.⁴

Deze getallen zijn omvangrijk. In vergelijking met andere medische verrichtingen lijkt het risico van teleurstelling bij bevalling relatief groot. In veel gevallen betreft het een genetisch defect waar niemand verantwoordelijk voor gehouden kan worden of blijft de oorzaak simpelweg onbekend. In een klein aantal gevallen was het letsel vermijdbaar en valt de arts – ik schaar voor het gemak gynaecoloog, obstetricus en verloskundige onder één noemer – verantwoordelijkheid toe te rekenen. Hoe groot deze categorie van vermijdbare geboorteschade feitelijk is, weten we niet.

Juridisch gezien zijn grofweg twee categorieën gevallen relevant: allereerst het geval waarin de dienstverlening van de arts gemeten langs de maatstaf van de 'goed hulpverlener' – c.q. de 'redelijk bekwaam en redelijk handelend vakgenoot' – tekortschiet⁵ en het kind als gevolg daarvan schade oploopt – zoals bijvoorbeeld kan gebeuren als de arts niet adequaat optreedt bij een plotseling optredende verslechtering van de hartslag van de ongeborene, met als gevolg dat deze zuurstofgebrek ondervindt. In de tweede plaats is er de categorie van gevallen waarin de arts diagnosefouten maakt tijdens de zwangerschap en aldus bijvoorbeeld niet (tijdig) onderkent dat de vrucht ernstige afwijkingen heeft. Ik schaar deze beide gevallen onder de noemer 'geboorteschade', hoewel ik besef dat de term niet-medisch en niet-zuiver van aard is.

2 In ongeveer 4-5% van de gevallen leidt prenataal gediagnosticeerde afwijking tot geïnduceerde abortus. Bij ongeveer 10% van de levendgeborenen met congenitale afwijking is dus sprake van een prenatale diagnose.

3 Bovendien zijn niet meegerekend de gevallen waarin pas na verloop van jaren duidelijk wordt dat een congenitale afwijking tot bijv. ontwikkelingsstoornis leidt.

4 Bronnen: www.eurocatnederland.nl; www.nationaalkompas.nl.

5 I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam, *Beroepsfouten*, Zwolle: Tjeenk Willink 1995, p. 96.

In sommige landen behoren verloskunde en gynaecologie – vaak met eerstehulp, anesthesie en chirurgie – tot de medische beroepen die het sterkst blootstaan aan aansprakelijkheidsclaims.⁶ Het is dan ook weinig verwonderlijk dat medici in deze specialisaties vaak een verband leggen tussen stijgende premies voor aansprakelijkheidsverzekeringen en een veronderstelde stijging van het aantal claims. En inderdaad is in sommige landen het aantal claims tegen verloskundigen en gynaecologen stijgende.⁷ Dát dergelijke claims worden ingesteld is overigens niet verwonderlijk, want ernstige afwijkingen bij neonatalen is zo ongeveer de duurste [10] denkbare letselschadecategorie.⁸ Een pasgeborene met een ernstige afwijking zal voor de rest van zijn of haar leven behoefte hebben aan medische hulp, hulp bij alledaagse activiteiten, aangepaste huisvesting en ondersteuning. Bovendien zal het kind vanaf het 18^e levensjaar niet het inkomen verwerven dat een gezond kind zou hebben verworven. De familie zal ook vaak, zo vermoed ik, inkomen opgeven om mantelzorg te kunnen geven.

De financiële gevolgen kunnen dus ingrijpend zijn. In veel landen is er geen (adequaat) sociaal vangnet dat deze kosten opvangt. De behoefte aan het aansprakelijkheidsrecht als vergoedingsbron is daar dan duidelijk aanwezig. Dat stelt obstetrici in dit opzicht meer bloot aan claims dan – laten we zeggen – geriatrici. In ons land is dat contrast wellicht minder groot, omdat veel van de financiële gevolgen van geboorteschade in ons land worden opgevangen door zorgverzekering, AWBZ, WVG, WAJong, en straks WMO (Wet Maatschappelijke Ondersteuning). Maar lang niet alle schade en lang niet volledig.

Hoe dat ook zij, waar ook ter wereld zal waarschijnlijk geen van de getroffen families werkelijk vrijwillig tot aansprakelijkstelling overgaan. In vrijwel alle landen duurt een aansprakelijkheidsprocedure lang, is kostbaar, belastend voor de familie, artsen en ziekenhuisstaf, hangt de uitkomst vaak af van moeilijk te verkrijgen bewijs van wat er fout ging en waarom het fout ging, van de vraag of het handelen werkelijk een tekortkoming in juridische zin oplevert, en of

6 Zie o.a. Yvonne Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel - Systèmes d'indemnisation*, Paris: Dalloz 2004, p. 840; *Proposition de loi organisant l'indemnisation des accidents médicaux sans faute médicale* (Sénat de Belgique 2003; voorstel ingediend door M. A. Destexhe) p. 4. Vgl. Linda Mulcahy, 'Threatening Behaviour? The challenge posed by medical negligence claims', in: M. Freeman en A. Lewis (red.), *Law and Medicine*, Oxford: OUP 2000, p. 92 e.v.; Peter Davis, Roy Lay-Yee, Julie Fitzjohn, Phil Hider, Robin Briant en Stephan Schug, 'Compensation for Medical Injury in New Zealand: Does 'No-Fault' Increase the Level of Claims Making and Reduce Social and Clinical Selectivity?' *J. of Health Politics, Policy and Law* 2002, p. 851. Cijfers voor Nederland lijken minder alarmerend; vgl. (oudere cijfers bij) L.G. Angenent en J.H. Hubben, *Medische schadeclaims in Nederland 1980-1990*, Nijmegen: KUN 1992. Zie ook de recente cijfers bij J.H. Hubben en I. Christiaans, 'Geen spectaculaire ontwikkeling van medische schadeclaims in Nederland: 1993/01 in vergelijking met 1980/90', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* 2004, p. 1250 e.v. Toch wordt ook in ons land relatief vaak geklaagd (in straf-, tucht- of civielrechtelijke zin) over gynaecologen. Zie recent het onderzoek van M.B. van Leusden, H.A.M. Vervest, J.H. Hubben, *Gynaecoloog en tuchtrecht, 1992-2004*, Den Haag: SDU 2005, waarover bijv. *Medisch Contact* 2005, p. 2033 e.v.

7 Zie daarover i.h.a. Jonathan Montgomery, *Health Care Law*, Oxford: OUP 2003, p. 203 e.v.; Linda Mulcahy, 'Threatening Behaviour? The challenge posed by medical negligence claims', in: M. Freeman en A. Lewis (red.), *Law and Medicine*, Oxford: OUP 2000, p. 83; *Handling clinical negligence claims in England*, Report by the Comptroller and Auditor General ordered by the House of Commons 2001, p. 14-15.

8 Paul Fenn, Alistair Gray en Neil Rickman, 'The Economics of Clinical Negligence Reform in England', *The Economic Journal* 2004, p. F279; *Making Amends - A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS*, Department of Health 2003, p. 47 en Margaret Brazier, *Medicine, Patients And The Law*, London: Penguin Books 2003, p. 244. Vgl. Michael A. Jones, 'Compensation in the English Health Care Sector', in: J. Dute, M. G. Faure en H. Koziol (red.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Vienna: Springer 2004, p. 163. Vgl. ook ACC, *A comprehensive study of the cost of accepted medical misadventure claims*, Accident Compensation Corporation 2003, p. 11 e.v.

de tekortkoming werkelijk de schade heeft veroorzaakt.⁹ Het zijn mede deze obstakels die in bepaalde landen de weg hebben geplaveid voor alternatieve arrangementen.

3. Een overzicht van alternatieve arrangementen

3.1. Vooraf

Ik zal niet uitgebreid stil staan bij de vraag wat de kenmerken zijn van aansprakelijkheidsrecht en wat 'het' *no-fault* compensatiemodel inhoudt. In elk geval is vaak kenmerkend voor het alternatieve arrangement van *no-fault* compensatie dat geen vergoeding voor immateriële schade wordt gegeven, dat de schadesoorten die wel voor vergoeding in aanmerking komen veelal gestandaardiseerd of gemaximeerd zijn, en dat de procedure vaak bestuursrechtelijk getint is. Aansprakelijkheidsrecht is daarentegen een zaak van de civiele rechter en gaat – heel algemeen gezegd – uit van het dogma van volledige schadevergoeding, zodat niet alleen alle huidige en toekomstige economische schade maar ook immateriële schade integraal vergoed moet worden. In de praktijk betekent volledige vergoeding vooral dat bij schikkingsonderhandelingen zonder veel wettelijk houvast allerlei berekeningen over en weer moeten gaan tussen de rechtshulpverleners van aansprakelijke en benadeelde voordat een compromis bereikt kan worden (en als dat niet lukt kan hetzelfde proces zich voor de rechter herhalen) over de omvang van de schadevergoeding (die veelal in een *lump sum* uitgedrukt wordt).¹⁰

3.2. Verschuivingen in Virginia en Florida

In de jaren tachtig kregen artsen in Virginia het zwaar: de premies van hun aansprakelijkheidsverzekeringen – die zij elk individueel betalen – stegen aanzienlijk, de drie verzekeraars die de markt bedienden weigerden nieuwe verzekeringnemers en uiteindelijk hield één verzekeraar het helemaal voor gezien. De landelijke gebieden van Virginia ondervonden een groeiend tekort aan verloskundigen.¹¹ Een vergelijkbare crisis werd in Florida gevoeld.¹²

⁹ Zie bijvoorbeeld Linda Mulcahy, 'Threatening Behaviour? The challenge posed by medical negligence claims', in: M. Freeman en A. Lewis (red.), *Law and Medicine*, Oxford: OUP 2000, p. 102-103; Randall R. Bovbjerg, Frank A. Sloan en Peter J. Rankin, 'Administrative Performance of "No-Fault" Compensation for Medical Injury', *Law and Contemporary Problems* 1997, p. 71-72; *Making Amends - A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS*, Department of Health 2003, p. 51 e.v. Zie over het slagingspercentage van medische claims in Engeland bijvoorbeeld Michael A. Jones, 'Compensation in the English Health Care Sector', in: J. Dute, M. G. Faure en H. Koziol (red.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Vienna: Springer 2004, p. 161 e.v.

¹⁰ Voor niet-ingewijden zal dit niet eenvoudig te begrijpen zijn, maar feit is dat het BW niet meer zegt dan dat het slachtoffer het recht heeft op vergoeding van zijn schade en dat deze berekend moet worden op de wijze die het meest in overeenstemming is met de aard daarvan. Hoe men bijv. de derving van hypothetische inkomsten van neonatalen na hun 18e levensjaar berekent, zegt de wet niet. Over de obstakels bij de onderhandelingen over deze berekeningen en de kosten die daarmee i.h.a. gemoeid zijn, zie men voor Nederland W. C. T. Weterings, *Vergoeding van letselschade en transactiekosten een kwalitatieve en kwantitatieve analyse*, Deventer: Tjeenk Willink 1999, W. C. T. Weterings, *Efficiëntere en effectievere afwikkeling van letselschadeclaims*, Den Haag: BJU 2004, J. M. Barendrecht, C.M.C. van Zeeland, Y.P. Kamminga en I.N. Tzankova, *Schadeclaims: kan het goedkoper en minder belastend? (rapportage i.o.v. WODC)*, Den Haag: BJU 2004.

¹¹ Joint Legislative Audit and Review Commission of the Virginia General Assembly, *Review of the Virginia Birth-Related Neurological Injury Compensation Program*, Virginia General Assembly 2003 (hierna te noemen: JLARC 2003), p. 1-3.

Medici dachten het causaal verband al snel te hebben gevonden: het hoge aantal claims (2-3 keer zo hoog als dat bij andere medische beroepen) en de hoge bedragen aan smartengeld en *punitive damages*¹³ móesten de oorzaak zijn van deze zorgwekkende ontwikkelingen. Op grond van [11] dit beweerde causaal verband heeft de medische stand zich vervolgens sterk gemaakt voor een verschuiving van aansprakelijkheidsrecht naar een alternatief arrangement. Het was hier uitdrukkelijk de lobby van medici en hun aansprakelijkheidsverzekeraars¹⁴ – en dus niet de druk uitgeoefend door benadeelde families – die resulteerde in de *Virginia Birth-Related Neurological Injury Compensation Program* (1987) en in de *Florida Birth-Related Neurological Injury Compensation Act (NICA)* (1988).

De programma's werken heel kort gezegd als volgt. Ouders in verwachting die zich onder behandeling stellen van een ziekenhuis dat aangesloten is bij het programma, doen op grond van de wet van rechtswege afstand van hun recht om arts en ziekenhuis aansprakelijk te stellen bij een eventuele perinatale fout.¹⁵ Uiteraard geldt dat ouders duidelijk gewezen moeten worden op de gevolgen van hun keuze voor het ziekenhuis en de betreffende arts.

In Virginia dekt het programma ernstige neurologische beschadiging, opgelopen door welke oorzaak dan ook rondom zwangerschap en de geboorte. In het Florida NICA-programma geldt ongeveer dezelfde afbakening. Misdiagnose van aangeboren afwijkingen valt dus duidelijk in geen van de twee staten onder het afstand van recht en moet 'gewoon' in een aansprakelijkheidsprocedure worden afgewikkeld. Ingang tot de programma's wordt geboden door een administratiefrechtelijke procedure waarin vooral schade en het causaal verband met geboortecomplicaties aannemelijk gemaakt moeten worden. Door 'aannemelijk maken' te hanteren, wordt een minder strenge bewijsmaatstaf gehanteerd, hetgeen ertoe kan leiden dat gevallen die strikt genomen niet thuishoren in het programma er toch in geraken.¹⁶

Artsen en ziekenhuizen zijn niet verplicht om zich bij het programma aan te sluiten (een opt-in programma dus), maar de meerderheid heeft zich wel aangesloten omdat aansprakelijkheidsverzekeraars die eis nogal eens stellen.¹⁷ De programma's worden gefinancierd door middel van een wettelijke heffing die omgeslagen wordt over de aangesloten dienstverleners, zieken-

12 Ik laat na de literatuur over deze crises te noemen; zie bijv. Michael A. Butt, 'Insurance Economics and the Legal System', *The Geneva Papers on Risk and Insurance Practice* 2004, p. 9 en Frank A. Sloan, Randall R. Bovbjerg en Penny B. Githens, *Insuring Medical Malpractice*, New York: OUP 1991, p. 3 e.v.

13 Amerikaanse jury's zijn bevoegd om naast materiële en immateriële schadevergoeding ook punitieve schadevergoeding toe te kennen, ook al is die laatste categorie schade in veel staten al gelimiteerd tot naar Amerikaanse begrippen bescheiden proporties.

14 JLARC 2003, p. 1; Frank A. Sloan, Kathryn Whetten-Goldstein, Stephen S. Entman, Elizabeth D. Kulas en Emily M. Stout, 'The Road from Medical Injury to Claims Resolution: How No-Fault and Tort Differ', *Law and Contemporary Problems* 1997, p. 38-39; Frank A. Sloan, *Public Medical Malpractice Insurance*, Pew Charitable Trust 2004, p. 68; David M. Studdert, Lori A. Fritz en Troyen A. Brennan, 'The Jury Is Still In: Florida's Birth-Related Neurological Injury Compensation Plan after a Decade', *J. of Health Politics, Policy and Law* 2000, p. 502; Randall R. Bovbjerg, Frank A. Sloan en Peter J. Rankin, 'Administrative Performance of "No-Fault" Compensation for Medical Injury', *Law and Contemporary Problems* 1997, p. 74-76. Vgl. Ken Oliphant, 'Beyond Woodhouse: Devising New Principles for Determining ACC Boundary Issues', *Vict. U. Wellington L. Rev.* 2004, p. 934.

15 JLARC 2003, p. ii.

16 Vgl. Bill McKelway, 'Birth Injury Report Released; Physician Blame Seen As Overstated', *Richmond Times Dispatch* Jan. 31, 2003, p. B-1.

17 David M. Studdert, Lori A. Fritz en Troyen A. Brennan, 'The Jury Is Still In: Florida's Birth-Related Neurological Injury Compensation Plan after a Decade', *J. of Health Politics, Policy and Law* 2000, p. 502.

huizen en aansprakelijkheidsverzekeraars.¹⁸ Gynaecologen en verloskundigen betalen een vast bedrag ongeacht het aantal medische verrichtingen dat zij doen, terwijl ziekenhuizen veelal een vast bedrag betalen per kind geboren in het ziekenhuis. Opvallend is dat de heffingen niet ‘experience rated’ zijn, dat wil zeggen dat zij niet gerelateerd zijn aan het aantal gevallen van ernstige afwijkingen dat zich jaarlijks in een ziekenhuis voordoet of aan het aantal malen dat een individuele arts betrokken is bij een geboortecomplicatie.¹⁹ Dit gegeven is van belang omdat daarmee duidelijk is dat geen risicodifferentiatie en dus geen sturing op kwaliteitsverbetering van de neonatalenzorg wordt nagestreefd.

Wat voor schadevergoeding bieden de programma’s? Een groot verschil met het aansprakelijkheidsrecht zoals dat in de meeste Amerikaanse deelstaten geldt, is dat in elk geval geen smartengeld of punitive damages worden toegekend.²⁰ De programma’s vergoeden vooral ‘out of pocket expenses’: alle medische kosten (en dat is nogal belangrijk in een land als Amerika waar veel inwoners geen ziektekostenverzekering hebben zoals die gangbaar en vaak zelfs verplicht is in West-Europa). Thuishulp, de kosten van aanpassing van het woonhuis of zelfs het opnemen in speciale zorginstellingen, worden bekostigd uit het programma. In Virginia wordt ook een periodieke uitkering aan het kind toegekend voor inkomensderving tussen 18 en 65 jaar, maar het programma heeft daar gezien de begindatum nog geen ervaring mee.

Voor toelating tot de programma’s is niet relevant of de arts een fout heeft gemaakt. De oorzaak van de neurologische beschadiging is niet van belang. Dat betekent in theorie dat meer gevallen voor vergoeding in aanmerking komen dan het geval is onder een aansprakelijkheidsstelsel dat op ‘schuld’ van de arts is gebaseerd. En inderdaad wordt geschat dat de kosten van de programma’s hoger zijn dan de totale jaarlijkse kosten gemoeid met medische aansprakelijkheid. Dat is des te opmerkelijker als men bedenkt dat de bedragen in het aansprakelijkheidsstelsel sowieso gelimiteerd waren.²¹ Aannemelijk is daarom dat meer families sneller gebruik maken van het programma dan van het aansprakelijkheidsstelsel.²²

Dit alles maakt dat sommige auteurs voorspellen dat als de verzekeringsmarkten weer normaal functioneren, het [12] voor medici goedkoper zou kunnen zijn om niet mee te doen met het programma. Dit is uiteraard in potentie een zwakke plek in het ontwerp van de programma’s: de vrijwillige basis maakt dat als de voordelen niet opwegen tegen het bestaande systeem van aansprakelijkheid een van de belanghebbenden – de arts, het ziekenhuis, of de patiënt, namelijk

18 Ook medische aansprakelijkheidsverzekeraars kunnen tot bijdragen aan het programma worden verplicht (uitgedrukt in een percentage van hun omzet op medische aansprakelijkheidspolissen). In Virginia is de bijdrage van verzekeraars aanzienlijk: 40% van de inkomsten over 2004 kwam van verzekeraars. Zie Virginia Birth-Related Neurological Injury Compensation Program, *Making a difference (Annual Review 2004)*. Het is niet toegestaan om belastinggelden voor het programma aan te wenden. Zie Frank A. Sloan, *Public Medical Malpractice Insurance*, Pew Charitable Trust 2004, p. 5-6. Vgl. Randall R. Bovbjerg en Frank A. Sloan, ‘No-Fault for Medical Injury: Theory and Evidence’, *U. Cin. L. Rev.* 1998, p. 93-94.

19 Randall R. Bovbjerg en Frank A. Sloan, ‘No-Fault for Medical Injury: Theory and Evidence’, *U. Cin. L. Rev.* 1998, p. 102-103.

20 JLARC 2003, p. 25. Claims van de ouders voor immateriële schadevergoeding zijn ook niet langer mogelijk onder de programma’s.

21 JLARC 2003, p. iv. Zie over de gevolgen van limitering voor de bedragen die aan kinderen worden toegekend Nicholas M. Pace, Daniela Golinelli en Laura Zakaras, *Capping Non-Economic Awards in Medical Malpractice Trials (RAND report)*, RAND Institute for Civil Justice 2004, p. xxiii.

22 JLARC 2003, p. 25-26.

door een niet-aangesloten ziekenhuis te kiezen – zich uit het programma zal terugtrekken.²³ Misschien is de wetgever dan gedwongen het vrijwillige karakter te verlaten voor een verplichte solidariteitsregeling. Dan zal het programma meer op een specifieke sociale zekerheidsregeling lijken.²⁴

In Virginia is de situatie op de verzekeringsmarkt na het invoeren van het programma verbeterd.²⁵ Maar recente evaluatie van het programma heeft wel laten zien dat de beschikbaarheid van verloskundige hulp in de landelijke gebieden niet verbeterd is, terwijl dat toch een achterliggend doel van het programma was! Bovendien is de financiële situatie van het programma op langere termijn niet houdbaar, omdat het programma een levenslange verbondenheid met het kind beoogt.²⁶ De kosten die dit met zich meebrengt zijn waarschijnlijk verkeerd ingeschat, zodat de wetgever op termijn ofwel de heffingen moet laten stijgen, de uitkeringen moet reduceren, ofwel het programma moet afbouwen.²⁷

Ook de NICA wordt bekritiseerd, bijvoorbeeld vanwege het beperkte werkingsbereik van het programma.²⁸ Deze kritiek is overigens ingecalculeerd, omdat de wetgever welbewust slechts een beperkt probleemgebied van het aansprakelijkheidsrecht onderhanden wilde nemen om deze ernstige letselgevallen een andere regeling te geven.²⁹ Serieuzer is de kritiek dat na de introductie van beide programma's het aantal aansprakelijkheidsclaims niet werkelijk is gedaald en dat de programma's veeleer een filterfunctie vervullen: de claims die niet worden toegelaten tot de programma's (bijvoorbeeld gevallen van kinderen met niet of niet tijdig gediagnosticeerde aangeboren afwijkingen) blijken een grotere kans van slagen in een civiele zaak te hebben gekregen.³⁰ Dit gevoegd bij de dubieuze financiële situatie van beide programma's kan gezegd worden dat deze experimenten geen schoolvoorbeeld van een goed alternatief arrangement opleveren.

23 Omdat de programma's vrijwillig zijn hebben sommige medici er voor gekozen om niet toe te treden. Zie Bill McKelway, 'Program At A Crossroads; No-Fault Proposals Focus On Care', *Richmond Times Dispatch* Aug. 13, 2002, p. A-1.

24 Vgl. Michael I. Krauss, 'Which Tort Reform Options?' *Legal Times* March 28, 2005, p. 27.

25 De verzekeringspremies daalden in elk geval tussen 1989 en 1992 van \$ 36,000 naar \$ 25,000. De jaarlijkse bijdrage aan het programma was \$ 5,000. Hoe dan ook menen obstetrici dat de bedragen die zij moeten betalen te hoog zijn; zie Frank A. Sloan, Kathryn Whetten-Goldstein en Gerald Hickson, 'The influence of obstetric no-fault compensation on obstetricians' practice patterns', *Am J Obstet Gynecol* 1998, p. 675.

26 JLARC 2003, p. 6, 43-45. Zie ook Frank A. Sloan, *Public Medical Malpractice Insurance*, Pew Charitable Trust 2004, p. 59, en p. 70 e.v. voor wat betreft kritiek op de publieke verantwoording voor het gevoerde beleid van deze instellingen Vgl. Randall R. Bovbjerg en Frank A. Sloan, 'No-Fault for Medical Injury: Theory and Evidence', *U. Cin. L. Rev.* 1998, p. 110-111.

27 Zie over deze keuzes bijv. Michael I. Krauss, 'Which Tort Reform Options?' *Legal Times* March 28, 2005, p. 37.

28 NICA is zelfs beperkter dan het Virginia programma, omdat vroeggeboorte uitgesloten is. Randall R. Bovbjerg, Frank A. Sloan en Peter J. Rankin, 'Administrative Performance of "No-Fault" Compensation for Medical Injury', *Law and Contemporary Problems* 1997, p. 80.

29 Randall R. Bovbjerg, Frank A. Sloan en Peter J. Rankin, 'Administrative Performance of "No-Fault" Compensation for Medical Injury', *Law and Contemporary Problems* 1997, p. 98.

30 Zie David M. Studdert, Lori A. Fritz en Troyen A. Brennan, 'The Jury Is Still In: Florida's Birth-Related Neurological Injury Compensation Plan after a Decade', *J. of Health Politics, Policy and Law* 2000, p. 515.

3.3. Frankrijk

Zoals bekend geeft het Franse aansprakelijkheidsrecht gewoonlijk vergaande bescherming aan slachtoffers.³¹ Tot op zekere hoogte is dit ook het geval geweest met aansprakelijkheid voor perinatale fouten en misdiagnose van aangeboren afwijkingen. In 1996 heeft de *Cour de Cassation* bijvoorbeeld de vordering tot vergoeding van onderhoudskosten toegekend aan een kind dat door onzorgvuldig handelen van de behandelende arts gehandicapt ter wereld was gekomen.³² In de bekende Perruche-zaak uit 2000 betrof het een diagnostische fout die tot aansprakelijkheid leidde van de instelling die de diagnose miste. Het leed van moeder en kind moest worden vergoed.³³ De Perruche-zaak veroorzaakte veel commotie; medici en politici beklommen de barricades, met als gevolg een ingreep van de wetgever.³⁴ Deze ingreep bij wet van 4 maart 2002 heeft als ideologisch vertrekpunt: “Nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance” (art 1-I). Overigens was dit wat betreft *gezonde* (maar niet geplande) kinderen ook zeker de lijn in de rechtspraak, maar niet met betrekking tot gehandicapte kinderen.³⁵ De wet bepaalt nu dat de gehandicapte alleen schadevergoeding kan vorderen als de fout van de arts zijn toestand direct heeft veroorzaakt of [13] verergerd, of genezing heeft verhinderd. Kennelijk is daarmee – hoewel tekst en toelichting niet uitblinken in helderheid³⁶ – beoogd om aansprakelijkheid voor diagnosefouten van het type Perruche/Kelly uit te sluiten: kosten van onderhoud van een dergelijk gehandicapt kind kunnen niet langer via het aansprake-

31 Zie bijv. Radé en Bloch, in: B.A. Koch en H. Koziol, *Compensation for Personal Injury in a Comparative Perspective*, Vienna: Springer 2003, p. 113. Vgl. Christophe Radé, ‘Plaidoyer en faveur d’une réforme de la responsabilité’, *D. Chron.* 2003, p. 2247 e.v.

32 CdC 26 maart 1996, zaak 94-13145, en CdC 26 maart 1996, zaak 94-14158, *Dalloz* 1997-01-16, n° 3, p. 35, RTDC 1996-09, n° 3, p. 623. Het ging in deze zaken om onderhoudskosten van het kind (‘les conséquences dommageables définitives des troubles de l’enfant’) en de ziektekosten. Zie Anne Morris en Severine Saintier, ‘To Be Or Not To Be: Is That The Question? Wrongful Life And Misconceptions’, *Medical Law Review* 2003, p. 176.

33 CdC 17 november 2000, D. 2001, p. 332. Vgl. Yvonne Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel - Systèmes d’indemnisation*, Paris: Dalloz 2004, p. 736 e.v., Véronique Racht-Darfeuille, ‘Compensation in the French Health Care Sector’, in: J. Dute, M. G. Faure en H. Koziol (red.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Vienna: Springer 2004, p. 233 e.v., en Philippe Brun, ‘France’, in: H. Koziol en B. C. Steininger (red.), *European Tort Law 2002*, Vienna: Springer 2003, p. 183. Vgl., met verdere verwijzingen, *JurisClasser Resp. Civ. & Ass.* Fasc. 440-20, no. 76.

34 Zie B. Pitcho, in: S.C.J.J. Kortmann en B.C.J. Hamel, *Wrongful Birth en Wrongful Life*, Deventer: Kluwer 2004, p. 101 e.v.

35 Yvonne Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel - Systèmes d’indemnisation*, Paris: Dalloz 2004, p. 736. Vgl. Kathrin Arnold, ‘Kind als Schaden’ in Frankreich - Unter besonderer Berücksichtigung des ‘Anti-Perruche-Gesetzes’, *VersR* 2004, p. 310.

36 Dat de wet haastwerk was, bleek onlangs voor het EHRM: de onmiddellijke werking is in strijd bevonden met het onteigeningsverbod van art. 1 eerste protocol EVRM. Zie EHRM 6 oktober 2005, zaken 1513/03 (Draon vs. Frankrijk) en 11810/03 (Maurice vs. Frankrijk). Ook overigens is de wet een product van haast dat veel vragen onbeantwoord laat. Een *faute caractérisée* geeft ouders het recht om schadevergoeding te vorderen, maar niet ten aanzien van de onderhoudskosten voor het kind. In voorkomende gevallen kunnen ouders immateriële schadevergoeding vorderen voor hun verdriet, maar het kind zelf niet. Over dit vreemde onderscheid Yvonne Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel - Systèmes d’indemnisation*, Paris: Dalloz 2004, p. 740; Kathrin Arnold, ‘Kind als Schaden’ in Frankreich - Unter besonderer Berücksichtigung des ‘Anti-Perruche-Gesetzes’, *VersR* 2004, p. 312; Philippe Brun, ‘France’, in: H. Koziol en B. C. Steininger (red.), *European Tort Law 2002*, Vienna: Springer 2003, p. 184.

lijkheidsrecht worden verhaald, maar alleen op de ‘solidarité nationale’, het sociale zekerheids-systeem.³⁷ Het kind kan dus ook geen immateriële schadevergoeding meer vorderen.³⁸ Sommige auteurs wijzen er op dat de financiële toestand van families die door de fout van een arts schade ondervinden er door de anti-Perruche wet niet op vooruit is gegaan. Ouders moeten alle kosten dragen die ‘solidarité nationale’ niet dekt, en aangezien het tot het voorjaar van 2005 heeft geduurd voordat de ideologie van de wet van 4 maart 2002 in daden is omgezet,³⁹ is er inmiddels al weer veel geklaagd over de gebreken van de anti-Perruche wetgeving.⁴⁰ Hoe dit ook zij, het basisidee van de sociale zekerheid-regeling is dat niet naar oorzaak van de handicap gekeken moet worden, maar dat een verzorging van wieg tot graf moet worden gewaarborgd, ongeacht oorzaak.⁴¹ Een voordeel van deze benadering is dat voor en zomogelijk mét de betrokkene een ‘ontwikkelingsplan’ opgesteld wordt dat toekomstgericht is.⁴² Compensatie van bestaande behoeften is daar uitdrukkelijk onderdeel van, en zo beschouwd kan dit model effectiever en sneller opereren dan een aansprakelijkheidsrechtelijk model.

3.4. Engeland en Wales

In Engeland en Wales staat het onderwerp van deze bijdrage sinds de 1961 Thalidomide-affaire met wisselende intensiteit op de wetgevingsagenda. Al in 1974 stelde de Law Commission enkele wetswijzigingen voor, die onverwijld met de 1976 *Congenital Disabilities (Civil Liability) Act* zijn doorgevoerd.⁴³ Wat betreft Kelly-achtige vorderingen was de Law Commission al verfrissend pragmatisch: “Law is an artefact and, if social justice requires that there should be a

37 Anne Morris en Severine Saintier, ‘To Be Or Not To Be: Is That The Question? Wrongful Life And Misconceptions’, *Medical Law Review* 2003, p. 190 ; *JurisClasseur Resp. Civ. & Ass.* Fasc. 440-20, no. 81.

38 Dit was in elk geval het idee achter het beginsel ‘Nul ne peut se prévaloir d’un préjudice du seul fait de sa naissance’, alhoewel de bewoordingen ‘du seul fait’ semantisch gezien suggereren dat een dergelijke claim wél toelaatbaar zou kunnen zijn als er bijkomende omstandigheden (zoals ernstig lijden) aangevoerd konden worden. Zie Philippe Brun, ‘France’, in: H. Koziol en B. C. Steininger (red.), *European Tort Law 2002*, Vienna: Springer 2003, p. 183. De bedoeling van de wetgever was echter ruimer, namelijk om alle claims voor immateriële schadevergoeding van kinderen met aangeboren afwijkingen uit te sluiten. Zie Kathrin Arnold, ‘Kind als Schaden’ in Frankreich - Unter besonderer Berücksichtigung des ‘Anti-Perruche-Gesetzes’, *VersR* 2004, p. 311; Anne Morris en Severine Saintier, ‘To Be Or Not To Be: Is That The Question? Wrongful Life And Misconceptions’, *Medical Law Review* 2003, p. 189.

39 Loi no. 2005-102 du 11 février 2005 pour l’égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées, J.Off. 12 February 2005, 2353 ff.

40 Yvonne Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel - Systèmes d’indemnisation*, Paris: Dalloz 2004, p. 740; Véronique Racht-Darfeuille, ‘Compensation in the French Health Care Sector’, in: J. Dute, M. G. Faure en H. Koziol (red.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Vienna: Springer 2004, p. 238. Vgl. Anne Morris en Severine Saintier, ‘To Be Or Not To Be: Is That The Question? Wrongful Life And Misconceptions’, *Medical Law Review* 2003, p. 188-189.

41 Het beginsel thans neergelegd in art. L. 114-1-1 Code de l’Action Sociale et des Familles, luidt: “ La personne handicapée a droit à la compensation des conséquences de son handicap quels que soient l’origine et la nature de sa déficience, son âge ou son mode de vie.”

42 Zie art. 11 Loi no. 2005-102 du 11 février 2005 pour l’égalité des droits et des chances, la participation et la citoyenneté des personnes handicapées.

43 Lord Pearson, *Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury Report Vol. I*, London: HMSO 1978, p. 299; G. Dworkin, ‘Pearson: Implications for Severely-Handicapped Children and Products Liability’, in: D. K. Allen, C. J. Bourn en J. Holyoak (red.), *Accident Compensation After Pearson*, London: Sweet & Maxwell 1979, p. 162-163.

remedy given a wrong, then logic should not stand in the way.”⁴⁴ Na invoering van het wetje van 1976 bleven artsen aansprakelijk tegenover kinderen voor ‘pre-conception negligence’, dat wil zeggen een fout tegenover de moeder die de foetus beschadigde.⁴⁵ Maar Kelly-achtige vorderingen van het gehandicapte kind wegens onzorgvuldig advies of misdiagnose werd door de wet uitgesloten, omdat “(it would) place an almost intolerable burden on medical advisers in their socially and morally exacting role.” Gevreesd werd voor onderbewuste pressie van medici om toch maar tot abortus over te gaan.⁴⁶ Overigens stelde de commissie ook voor om de claims van ouders ongemoeid te laten. De wet van 1976 leidde dan ook tot toewijzing in *Rance v. Mid-Downs HA* van [14] een vordering van de ouders in een Kelly-achtige zaak,⁴⁷ terwijl in *McKay v Essex Health Authority*⁴⁸ de vordering van het kind werd afgewezen.⁴⁹

Intussen heeft men ook een scherper beeld gekregen van de kosten die geboorteschade-claims voor de NHS met zich brengen. Data verzameld door de NHS Litigation Authority geeft aan dat hersenbeschadiging bij neonatalen ongeveer 5 % van alle jaarlijkse aansprakelijkheidsclaims betreft, maar dat deze 5 % ongeveer 60 tot 80 % van de totale jaarlijkse aansprakelijkheidskosten van de NHS teweegbrengen.⁵⁰ Het verwondert dan ook niet dat de *Chief Medical Officer* in een recent consultation paper *Making Amends* aanbeveelt dat een speciaal vergoedingsfonds in het leven wordt geroepen voor neonatalen met een neurologische afwijking. Dit fonds zou de bovenmatige aansprakelijkheidsdruk op de NHS moeten wegnemen die de kleine categorie van neonatalen met letsel door fouten van artsen veroorzaakt. Het fonds zou dus niet bedoeld zijn voor kinderen met aangeboren afwijkingen. Het fonds zou zorgkosten, begeleiding en aanpassingskosten vergoeden én een lump sum voor immateriële schade van £ 50,000 (€ 72,000) uitkeren. Een nationale instantie zou het fonds moeten beheren.⁵¹

Het rapport *Making Amends* maakte zich ook sterk voor laagdrempelige hoogwaardige zorg voor zwaar gehandicapte kinderen, ongeacht de oorzaak.⁵² De introductie in 2004 van het *National Service Framework for children, young people and maternity services* (‘the Children’s

44 Law Commission, *Report on Injuries to Unborn Children* (report No. 60), Law Com. 1974, p. 34.

45 De commissie gaf hier als uitzondering het geval waarin de ouders met alle beschikbare informatie toch het risico accepteren dat de foetus afwijkingen vertoont. Zie Law Commission, *Report on Injuries to Unborn Children* (report No. 60), Law Com. 1974, p. 31, en uiteindelijk ook S. 1 (4) van de 1976 Congenital Disabilities (Civil Liability) Act: “In the case of an occurrence preceding the time of conception, the defendant is not answerable to the child if at that time either or both of the parents knew the risk of their child being born disabled (that is to say, the particular risk created by the occurrence); but should it be the child’s father who is the defendant, this subsection does not apply if he knew of the risk and the mother did not.”

46 Law Commission, *Report on Injuries to Unborn Children* (report No. 60), Law Com. 1974, p. 32 e.v.

47 *Rance v. Mid-Downs HA* [1991] 1 All ER 801.

48 *McKay v Essex Health Authority* [1982] QB 1166.

49 Zie kort hierover Jonathan Montgomery, *Health Care Law*, Oxford: OUP 2003, p. 419.

50 *Making Amends - A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS*, Department of Health 2003, p. 47 en Margaret Brazier, *Medicine, Patients And The Law*, London: Penguin Books 2003, p. 244. Opmerkelijk is overigens dat in het Zweedse no-fault systeem de getallen verhoudingsgewijs niet veel beter zijn; zie HOPE’s Subcommittee on Co-ordination, *Insurance and Malpractice*, Standing Committee of the Hospitals of the European Union (HOPE) 2004, p. 5 (Zweedse gynaecologie en obstetrie leiden in 0,3% van de opnames tot een claim, maar veroorzaken 27% van alle kosten van vermijdbaar medisch letsel).

51 *Making Amends - A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS*, Department of Health 2003, p. 120 e.v. Vgl. Michael A. Jones, ‘Compensation in the English Health Care Sector’, in: J. Dute, M. G. Faure en H. Koziol (red.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Vienna: Springer 2004, p. 174-175.

52 *Making Amends - A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS*, Department of Health 2003, p. 125.

NSF') zet een stap in precies deze richting. Van een apart fonds is nog geen sprake; of dat er ooit komt is onzeker.⁵³

4. Waarom wordt gezocht naar alternatieve arrangementen?

4.1. De verzekeringsmarkt faalt

De oorzaken van de verschuiving van aansprakelijkheidsrecht naar een ander compensatiesysteem verschillen. In Frankrijk lijkt de verontwaardiging van medici, ethici en politici na de Perruche-zaak de drijvende kracht achter de hervormingen.⁵⁴ Maar in werkelijkheid speelde op de achtergrond ook de verslechterende markt voor aansprakelijkheidsverzekeringen een rol. Zoals in veel landen was in Frankrijk het aantal aanbieders van dergelijke verzekeringen sterk teruggelopen en rezen de premies, zodat het protest tegen de Perruche-zaak in dit opzicht de wind in de rug kreeg. Na introductie van de anti-Perruche wet, die in bepaalde opzichten – met betrekking tot andere onderwerpen dan hier aan de orde – de positie van verzekeraars verzwaaarde, moest deze al in december 2002 worden geamendeerd omdat aansprakelijkheidverzekeraars dreigden zich volledig terug te trekken uit de medische markt!⁵⁵

In Amerika is het heel duidelijk de medische lobby, gedreven door een diepe verzekeringscrisis, die de hervormingen heeft bewerkstelligd. In Engeland is het vooral de NHS die zich zorgen maakt over het grote beslag dat een betrekkelijk kleine groep slachtoffers legt op de middelen voor aansprakelijkheidsclaims en de relatief grote juridische kosten die daarmee gemoeid zijn.⁵⁶

Wat opvalt in de landen die met een verzekerbaarheidsprobleem kampen, is dat een verband wordt gesuggereerd tussen het aansprakelijkheidsrecht enerzijds, en stijgende premies en terugtrekkende verzekeraars anderzijds. Maar bestaat er wel een verband tussen wat verzekeraars doen en de ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht?⁵⁷ Gedeeltelijk wel natuurlijk; zo is het bijvoorbeeld plausibel dat de ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht in elk geval gedeeltelijk verantwoordelijk gehouden kunnen worden voor een stijging van de schadelast. Experts in het aansprakelijkheidsrecht in binnen- en buitenland erkennen bijvoorbeeld dat het schadebegrip aan inflatie onderhevig is: meer lasten worden als schade gedefinieerd en de intensivering van juridische begeleiding van gezinnen zal ongetwijfeld ook tot hogere afwikkelingskosten leiden.⁵⁸ Dat is niet per definitie verkeerd, want vroeger was onmiskenbaar sprake van ondercompensatie van werkelijke letselkosten.

53 Peter Walsh, 'Clinical Negligence Reforms Finally on the Way', *Journal of Personal Injury Law* 2005, p. 267 e.v. Inmiddels is wel een NHS Redress Bill aanhangig gemaakt die de afwikkeling van medische claims moet vergemakkelijken.

54 Vgl. J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, ZonMW 2002, p. 174.

55 Loi no. 2002-1577 du 30 décembre 2002; zie daarover *JurisClasseur Responsabilité et Assurances*, Fasc. 440-60, no. 102.

56 P. Cane, *Atiyah's Accidents, Compensation and the Law*, London: Butterworths 1999/2004, p. 216-217.

57 Voor een overzicht van voor- en tegenstanders in dit debat Neil Vidmar, Paul Lee, Kara MacKillop, Kieran McCarthy en Gerald McGwin, 'Uncovering the "Invisible" Profile of Medical Malpractice Litigation: Insights from Florida', *DePaul L. Rev.* 2005, p. 315-318.

58 Mark C. Rahdert, *Covering Accident Costs*, Philadelphia: Temple U.P. 1995, p. 121. Vgl. H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en M.C.I.H. Biesart, *Handboek gezondheidsrecht II (Gezondheidszorg en recht)*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2002, p. 298.

De kosten van aansprakelijkheid stijgen dus ongetwijfeld, maar het is niet waarschijnlijk dat deze toename van kosten volledig verantwoordelijk kan worden gehouden voor de toestand van de aansprakelijkheidsverzekeringmarkt in [15] medische zaken.⁵⁹ Ter verklaring van die toestand dient zich een aantal mogelijke andere oorzaken aan:

- Een betrouwbare wijze van berekening van het aansprakelijkheidsrisico is nauwelijks ontwikkeld.⁶⁰ Het komt voor dat aansprakelijkheidsverzekeraars die de risico's van dienstverlening verzekeren, als uitgangspunt voor hun berekening een aantal gemiddelden nemen. Bij medische aansprakelijkheid is dat soms het aantal bedden in een ziekenhuis en de gemiddelde schadelast in het voorgaande jaar.⁶¹ Na een catastrofaal jaar stijgen de premies dan onherroepelijk met relatief grote sprongen. Of ze daarna weer dalen, hangt vooral af van de mate van concurrentie op de betreffende markt (daarover hierna).
- Daar komt bij dat aansprakelijkheidsverzekeraars een deel van hun inkomsten uit beleggingen genereren, zodat instabiliteit op de financiële markten ook gevolgen voor de premiestelling kan hebben.⁶²
- Aansprakelijkheidsverzekeraars zijn vaak afhankelijk van globale herverzekeraars, die op hun beurt gevoelig zijn voor ernstige verstoringen in andere markten; de terroristische aanslagen van 11 september 2001 hebben bijvoorbeeld een schokgolf onder herverzekeraars veroorzaakt, die vervolgens tot terughoudendheid op alle verzekeringmarkten heeft geleid. Enig verband met aansprakelijkheidsrecht (in Europa) bestaat hier niet.⁶³
- Het differentiëren van de premies – bijvoorbeeld door een bonus-malus systeem of het bijhouden van de claimgetallen per ziekenhuis, per afdeling of per specialiteit, en daar de premie op afstemmen – is in de verzekeringstheorie onmisbaar om zogenaamde averse selectie te voorkomen. Averse selectie is een proces dat zich voordoet als een verzekeraar onvoldoende onderscheid maakt tussen 'goede' en 'slechte' risicogroepen. Als een individuele verzekeraar in een perfect werkende verzekeringmarkt dezelfde premie zou berekenen aan ziekenhuizen met een verschillende schadelast of een gelijke premie zou berekenen voor gerontologen en gynaecologen, dan zouden alleen de verzekeringnemers met een hoge schadelast daar van profiteren en zouden verzekeringnemers met een lage schadelast teveel betalen. Die laatste groep 'stemt met de voeten' en zal uiteindelijk een andere verzekeraar kiezen die een premie berekent die wél in overeenstemming is met de werkelijke schadelast van die groep. Zo ver zou het proces van averse selectie in een perfecte markt niet komen,

59 Te stellig zijn daarom Spier en Haazen in A.T. Bolt, J. Spier en O.A. Haazen, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (NJV preadvies)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 19 e.v.

60 Michael G. Faure, 'Economic observations concerning optimal prevention and compensation of damage caused by medical malpractice', in: J. Dute, M. G. Faure en H. Koziol (red.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Vienna: Springer 2004, p. 47 e.v.; Don Dewees, David Duff en Michael Trebilcock, *Exploring the Domain of Accident Law - Taking the facts seriously*, New York: Oxford University Press 1996, p. 101; Frank A. Sloan, *Public Medical Malpractice Insurance*, Pew Charitable Trust 2004, p. 18-19, Vgl. CBO, *Limiting Tort Liability for Medical Malpractice*, Congressional Budget Office 2004, p. 3; Mark C. Rahdert, *Covering Accident Costs*, Philadelphia: Temple U.P. 1995, p. 109 e.v. Zie ook HOPE's Subcommittee on Co-ordination, *Insurance and Malpractice*, Standing Committee of the Hospitals of the European Union (HOPE) 2004, p. 3-4.

61 Vgl. Michael G. Faure, 'Economic observations concerning optimal prevention and compensation of damage caused by medical malpractice', in: J. Dute, M. G. Faure en H. Koziol (red.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Vienna: Springer 2004, p. 47 e.v..

62 Frank A. Sloan, *Public Medical Malpractice Insurance*, Pew Charitable Trust 2004, p. 19-20.

63 Zie, o.a., CBO, *Limiting Tort Liability for Medical Malpractice*, Congressional Budget Office 2004, p. 4; Robert Lowes, 'Malpractice: Do other countries hold the key?' *Medical Economics* July 25, 2003, p. 58.

omdat een dergelijke verzekeraar zich uit de markt zou prijzen. Hij zou dan, om averse selectie te voorkomen, risicodifferentiatie toepassen.⁶⁴ Dat is echter een administratieve bezigheid die verzekeraars in de praktijk alleen ontplooiën als de verwachte baten tegen de kosten opwegen. Een van de voorwaarden daarbij is dat verzekeringnemers ook werkelijk gevoelig zijn voor de prikkels die met differentiatie nagestreefd worden. Voor een sector als de gezondheidszorg, waar concurrentie beperkt is, consumenten niet of nauwelijks informatie over kwaliteitsverschillen hebben, de tarieven gereguleerd zijn en de gedifferentieerde premie dus moeilijk doorberekend kan worden in de prijs van de dienst,⁶⁵ is 'stemmen met de voeten' en dus ook de prikkelwerking van premiedifferentiatie zeer moeilijk te realiseren.⁶⁶

- De manier waarop de gezondheidszorg is opgezet, kan bepalend zijn voor de markt voor aansprakelijkheidsverzekeringen. Als alle dienstverleners in dienst van overheidslichamen of grote ziekenzorginstellingen zijn, zullen er al snel parapludekkingen zijn voor de gehele instelling. Als de gezondheidszorg daarentegen goeddeels uit [16] vrijgevestigde, alleen opererende individuen bestaat, dan zullen zij waarschijnlijk elk voor zich een aansprakelijkheidspolis moeten aanschaffen.⁶⁷ Dat kan bijvoorbeeld verschil maken voor de sturingsmechanismen (het is veel moeilijker om een 'experience rating' op individuele obstetrici toe te passen dan op een totale ziekenhuisstaf). Hoe minder sturing, des te groter het risico van moral hazard (het niet in acht nemen van optimale zorg binnen de ziekenhuismuren) en van averse selectie.
- Zou in een perfecte markt de theorie van risicodifferentiatie wél worden doorgevoerd, dan zou dat overigens wellicht tot onbetaalbaarheid van zwangerschap leiden voor de laagste inkomensgroepen. Immers: gesteld dat obstetrici evenveel fouten maken als gerontologen, terwijl de schadelast vele malen hoger is bij de eerste categorie specialisten, dan ligt het voor de hand dat de beide groepen in verschillende risicogroepen worden ondergebracht en

64 Zie over e.e.a. bijv. M.G. Faure, 'Over beschermde slachtoffers, vrijgevege rechters en zuchtende verzekeraars', *NJB* 1995, p. 1227 e.v. en Michael G. Faure, 'Economic observations concerning optimal prevention and compensation of damage caused by medical malpractice', in: J. Dute, M. G. Faure en H. Koziol (red.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Vienna: Springer 2004, p. 51. Over de balans tussen solidariteit onder breed samengestelde risicogroepen enerzijds en het verkleinen van risicogroepen om averse selectie te voorkomen zie men bijv. J.-Matthias Graf von der Schulenburg, *Versicherungsökonomik*, Karlsruhe: VVW 2005, p. 315, Dieter Farny, *Versicherungsbetriebslehre*, Karlsruhe: VVW 2000, p. 45 e.v., 413-414.

65 Zie Michael G. Faure, 'Economic observations concerning optimal prevention and compensation of damage caused by medical malpractice', in: J. Dute, M. G. Faure en H. Koziol (red.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Vienna: Springer 2004, p. 52; Michael Faure, 'Comparative Analysis', in: M. Faure en H. Koziol (red.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Vienna: Springer 2001, p. 300. Vgl. Don Dewees, David Duff en Michael Trebilcock, *Exploring the Domain of Accident Law - Taking the facts seriously*, New York: Oxford University Press 1996, p. 101. Voor een overzicht van de markt voor gezondheid zie men bijv. Colleen M. Flood, *International Health Care Reform - A legal, economic and political analysis*, London: Routledge 2000, p. 15 e.v., Ruud Lapré, Frans Rutten en Erik Schut, *Algemene economie van de gezondheidszorg*, Maarssen: Elsevier 2001, p. 161 e.v., m.n. 219 e.v.

66 Vgl. Frank A. Sloan, 'Experience Rating: Does It Make Sense for Medical Malpractice Insurance?' *The American Economic Review* 1990, p. 128 e.v.

67 Voor Amerika wijzen David M. Studdert en Troyen A. Brennan, 'No-Fault Compensation for Medical Injuries - The Prospect for Error Prevention', *JAMA* 2001b, p. 221 er op dat individuele polissen efficiënte 'experience rating' moeilijk maken. Vgl. Don Dewees, David Duff en Michael Trebilcock, *Exploring the Domain of Accident Law - Taking the facts seriously*, New York: Oxford University Press 1996, p. 101. See also David M. Studdert en Troyen A. Brennan, 'Toward a Workable Model of "No-Fault" Compensation for Medical Injury', *Am J. L. & Med.* 2001a, p. 231, en Frank A. Sloan, 'Experience Rating: Does It Make Sense for Medical Malpractice Insurance?' *The American Economic Review* 1990, p. 132.

dat obstetrici vele malen hogere premie betalen die zij volledig doorberekenen aan de klant. Dat zou de obstetrische dienstverlening in een ongereguleerde marktsituatie (zonder herverdeling via zorgverzekering) duurder maken en wellicht té duur voor de lagere inkomensgroepen.⁶⁸

- In een aantal landen is – om niet altijd duidelijke redenen⁶⁹ – een blijvend ongezonde markt voor aansprakelijkheidsverzekeringen ontstaan doordat uiteindelijk slechts een handvol medische aansprakelijkheidsverzekeraars is overgebleven. Er is overigens geen bewijs dat het aansprakelijkheidsrecht hier de oorzaak van is. Wel zijn er aanwijzingen dat dit beperkte dekkingaanbod tot oligopolistische prijsstellingen heeft geleid: kunstmatige lage premies afgewisseld door scherpe premiestijgingen.⁷⁰ Vervolgens heeft het beperkte aanbod er in sommige landen toe geleid dat veel grote risicodragers zoals ziekenhuizen zélf hun risico zijn gaan dragen of het aansprakelijkheidsrisico door middel van een onderlinge waarborgmaatschappij onder elkaar hebben verdeeld.⁷¹

Mijn indruk is dat in die gevallen waar structurele kenmerken van de aansprakelijkheidsverzekeringsmarkt goeddeels verantwoordelijk zijn voor het disfunctioneren van het aansprakelijkheidssysteem, de regelgever wellicht te snel grijpt naar een alternatief arrangement. Allereerst zal moeten worden aangetoond dát er een verzekeraarprobleem is. Als al kan worden geconstateerd dat premies stijgen en wellicht heel hoog zijn, dan nog moet de vervolgvraag worden gesteld: hoe komt dat, en: lost een alternatief arrangement dat probleem op? Een grondige analyse van de structurele kenmerken van de betreffende markt zou wellicht aantonen dat een op marktprincipes gebaseerde aansprakelijkheidsverzekering nooit optimaal kan werken in een sterk gereguleerde omgeving als de gezondheidszorg. Maar een greep naar de verplichte verzekering⁷² of een alternatief arrangement doet de inherente problemen dan natuurlijk niet verdwijnen. Ook in die stelsels moet een optimale balans tussen solidariteit en risicodifferentiatie worden gevonden, en als de schadelast te groot wordt om te dragen is het van tweeën één:

68 Vgl. in algemene zin over dit mechanisme Ruud Lapré, Frans Rutten en Erik Schut, *Algemene economie van de gezondheidszorg*, Maarssen: Elsevier 2001, p. 221. Overigens kan premiedifferentiatie er ook toe leiden dat de vraag naar dekking uitvalt. Vgl. voor Engelse ervaringen die in deze richting wijzen Michael A. Jones, 'Compensation in the English Health Care Sector', in: J. Dute, M. G. Faure en H. Koziol (red.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Vienna: Springer 2004, p. 183.

69 Een van de oorzaken is mogelijk het streven van verzekeraars naar maximalisering van 'shareholder value', en die is nu eenmaal zeer moeilijk te bereiken met aansprakelijkheidsverzekering. Financiële producten als levensverzekeringen zijn wat dat betreft veel eenvoudiger te berekenen en lucratiever wat rendement betreft. De vraag naar medische aansprakelijkheidsverzekeringen is uit de aard der zaak ook minder groot dan bijv. levensverzekeringen, zodat een beperktere vraag mogelijk ook marktinefficiënties in de hand werkt. Deze mogelijke verklaringen worden niet betrokken in het betoog van Haazen en Spier, in: A.T. Bolt, J. Spier en O.A. Haazen, *De uitdijende reikwijdte van de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad (NJV preadvies)*, Zwolle: Tjeenk Willink 1996, p. 19 e.v.

70 Mark C. Rahdert, *Covering Accident Costs*, Philadelphia: Temple U.P. 1995, p. 113-114.

71 Zie Michael Faure, 'Comparative Analysis', in: M. Faure en H. Koziol (red.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Vienna: Springer 2001, p. 300-301.

72 De anti-Perruche wetgeving introduceerde bijvoorbeeld een verplichte aansprakelijkheidsverzekering voor dienstverleners in de medische sector. Zie Art. L 1142-2 Code de la Santé Publique. Aan een dergelijke plicht kleven nadelen in een oligopolistische markt, zo bleek, want binnen een paar maanden hadden verzekeraars de mogelijkheid van claims made dekkingmodaliteit afgedwongen door te dreigen met volledige terugtrekking van de Franse medische markt. Zie Loi no. 2002-1577 du 30 décembre 2002, en daarover *JurisClasseur Responsabilité et Assurances*, Fasc. 440-60, no. 102. Het instellen van een dergelijke verzekeringsplicht zonder bij wet ook de dekkingmodaliteiten en de premietabellen te bepalen kan dus wel eens half werk blijken te zijn.

ófwel slachtoffers zullen met minder genoeg moeten nemen ófwel de overheid zal een verhoging van het financiële draagvlak uit algemene middelen (d.w.z. gezondheidszorgbudgetten) moeten nastreven.

4.2. Perceptie van artsen

In binnen- en buitenland wordt het spook van ‘defensive medicine’ ontwaard.⁷³ Ook in een paginagroot artikel in het [17] NRC Handelsblad van 26 maart 2005 kwam het spook voorbij: radiologen zouden zich indekken tegen claims en verlaten soms zelfs het vak. Dat is gemakkelijk geroepen, maar er is geen enkel wetenschappelijk onderzoek – zelfs niet in Amerika – dat onomstotelijk een duidelijk verband weet te leggen tussen ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht en dergelijke praktijken.⁷⁴

En als het al zo is dat medici meer zorg betrachten onder invloed van juridische toetsing, dan is daarmee nog helemaal niet gezegd dat dat per definitie slecht is.⁷⁵ Dat is pas het geval als artsen voorzorgmaatregelen nemen die maatschappelijk inefficiënt zijn, bijvoorbeeld doordat de-

73 Zie bijv. American College of Physicians, ‘Beyond MICRA - New Ideas for Liability Reform’, *Annals of Internal Medicine* 1995, p. 466 e.v. Vgl. *Making Amends - A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS*, Department of Health 2003, p. 110; Michael G. Faure, ‘Economic observations concerning optimal prevention and compensation of damage caused by medical malpractice’, in: J. Dute, M. G. Faure en H. Koziol (red.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Vienna: Springer 2004, p. 40; Nicholas Summerton, ‘Positive and negative factors in defensive medicine: a questionnaire study of general practitioners’, *BMJ* 1995, p. 27 e.v. Zie bovendien Alec Samuels, ‘The English Tort System for Medical Mishaps’, *Medico-Legal Journal* 2004, p. 147, die stelt dat ‘Doctors exercise defensive medicine, cover up their mistakes, and feel aggrieved at being pilloried for their mistakes, or alleged mistakes, when they have been doing their best in stressful circumstances’. Vgl. A.T.M. Verhoeven, ‘Letselschade in de verloskunde en gynaecologie’, *L&S* 2002, p. 5, die in dit verband terughoudend spreekt van ‘de wandelgangen’.

74 Jonathan Montgomery, *Health Care Law*, Oxford: OUP 2003, p. 209 e.v. ; CBO, *Limiting Tort Liability for Medical Malpractice*, Congressional Budget Office 2004, p. 6; Lisa Dubay, Robert Kaestner en Timothy Waidmann, ‘The impact of malpractice fears on cesarean section rates’, *J. of Health Economics* 1999, p. 491 e.v. ; Frank A. Sloan, Stephen S. Entman, Bridget A. Reilly en Cheryl A. Glass, ‘Tort Liability and Obstetricians’ Care Levels’, *Int. Rev. of Law & Ecs.* 1997, p. 245 e.v.; Laura-Mae Baldwin, Gary Hart, Michael Lloyd, Meredith For-dyce en Roger A. Rosenblatt, ‘Defensive Medicine and Obstetrics’, *JAMA* 1995, p. 1606 e.v. Het Amerikaanse onderzoek dat J. Dijkman, ‘Overconsumptie door claimcultuur?’ in: R. v. d. Volksgezondheid (red.), *Met het oog op gepaste zorg*, Zoetermeer: RVZ 2004, p. 175 noemt, rapporteert over wat artsen zéppen over causaal verband. Het onderzoek dat L.T. Visscher, *Een rechtseconomische analyse van het Nederlandse onrechtmatiggedaadsrecht*, diss. EUR 2005, p. 292 noemt, toont een verband aan tussen het aantal werkzame artsen en het al dan niet gelimiteerd zijn van smartengeld en punitive damages in Amerikaanse deelstaten. Dit lijkt een plausibel verband, gesteld dat het ontbreken van limitering tot hogere verzekeringspremies en (daardoor) tot lagere inkomsten voor artsen leidt en (daardoor) tot interstatelijke migratie: artsen kiezen voor de plek waar zij het meeste kunnen verdienen. Maar wat zegt dit verband nu over *defensive medicine*? In feite is het – zie de andere vindplaatsen in deze noot – zeer moeilijk om werkelijk correlatie aan te tonen (laat staan causaal verband) tussen gedrag van artsen en het aansprakelijkheidsrecht.

75 A.T.M. Verhoeven, ‘Letselschade in de verloskunde en gynaecologie’, *L&S* 2002, p. 5, bericht van een publicatie die een positief effect van keizersnedes bij stuitligging rapporteerde. Binnen enkele maanden steeg het aantal keizersnedes enorm. Maar om nu te suggereren dat dit ‘defensieve verloskunde’ is, lijkt mij voorbarig. Misschien is een massale en plotselinge wijziging in het gedrag van obstetrici naar aanleiding van een dergelijke publicatie maatschappelijk wenselijk. De gezondheidseffecten bleken in elk geval gunstig, aldus Christine C.Th. Rietberg, Stinkens Elferink, Patty M. en Gerard H.A. Visser, ‘The effect of the Term Breech Trial on medical intervention behaviour and neonatal outcome in The Netherlands: an analysis of 35,453 term breech infants’, *BJOG* 2005, p. 205 e.v.

ze meer kosten dan ze in gespaarde mensenlevens aan baten genereren. En of daarvan sprake is, kan alleen met een gezondheidseconomisch onderzoek worden aangetoond.⁷⁶

Wat naar mijn indruk wel aannemelijk lijkt, is dat hier een probleem van *perceptie* bestaat. Artsen weten niet meer van aansprakelijkheidsrecht dan de gemiddelde persoon, en dat is buitengewoon weinig.⁷⁷ Dat gebrek aan informatie kan hun angst voeden en die angst kan tot defensief gedrag leiden.⁷⁸ We kunnen die perceptie onderzoeken. Laten we eens onderzoeken hoe groot medici de kans inschatten om met succes aangesproken te worden door ze een aantal casus voor te leggen en dan de vraag te stellen of daar aansprakelijkheid van de arts speelt.⁷⁹ Het zou mij niet verbazen als hier een vertekend risicobeeld bestaat.⁸⁰

Wat medici wél weten van het recht, zal ofwel uit eigen ervaring zijn ofwel uit de media zijn opgepikt. Eigen ervaringen hoeven niet maatgevend te zijn. En berichtgeving gaat toch meer over Amerika dan over Almere.⁸¹ Ik wil het [18] punt niet bagatelliseren, maar wel de rationaliteit van de perceptie ter discussie stellen. Ook wil ik de impact ter discussie stellen die deze perceptie kan hebben op het medische proces. Medici *zeggen* misschien wel dat zij voorzichtiger zijn geworden uit angst voor juristerij, maar is dat ook werkelijk waar? Daar is geen (Europees) onderzoek naar gedaan.⁸² Dat zou een zinvolle onderzoeksvraag zijn: verandert gedrag van artsen nadat ze aansprakelijk zijn gesteld? Verandert gedrag van artsen die in hun omge-

76 Vgl. David Klingman, A. Russell Localio, Jeremy Sugarman, Judith L. Wagner, Philip T. Polishuk, Leah Wolfe en Jacqueline A. Corrigan, 'Measuring Defensive Medicine Using Clinical Scenario Surveys', *Journal of Health Politics, Policy and Law* 1996, p. 185 e.v.

77 Onderzoek heeft in elk geval aangetoond dat artsen onvoldoende kennis van het aansprakelijkheidsrecht hebben. Zie Jonathan Montgomery, *Health Care Law*, Oxford: OUP 2003, p. 210-211. Ik merk nog op dat een vertekende risicoperceptie en het verstikkende effect daarvan op organisaties een breder thema is dat beleidsaandacht verdient. Zie bijv. B.S. Markesinis, J-B. Auby, D. Coester-Waltjen en S.F. Deakin, *Tortious Liability of Statutory Bodies*, Oxford: Hart 1999, p. 79 e.v., en ook de toespraak van de engelse premier Blair op 26 mei 2005 op het *Institute of Public Policy Research* (www.number10.gov.uk). Vgl. de lippendienst die artikel 1 van de Engelse *Compensation Bill* (wetsvoorstel dat momenteel aanhangig is) bewijst aan de anti-claimcultuurlobby.

78 Hier moet ook worden onderscheiden: artsen die zéppen dat ze onder invloed van de aansprakelijkheidsdreiging anders zijn gaan handelen (hoe verrichten we de nulmeting?) en artsen die wékelijk onder invloed van deze dreiging anders handelen. De eerste vraag is door middel van enquête te toetsen (zie bijv. Nicholas Summerton, 'Positive and negative factors in defensive medicine: a questionnaire study of general practitioners', *BMJ* 1995, p. 27 e.v.), maar de waarde van een dergelijke enquête moet niet worden overschat (risico van bias bij beantwoording). Het is niet eenvoudig om de laatste vraag te beantwoorden (en zeker niet als men bij wijze van indicatie voor de toename van de dreiging van claims de stijgende premie als uitgangspunt hanteert, zoals Lisa Dubay, Robert Kaestner en Timothy Waidmann, 'The impact of malpractice fears on cesarean section rates', *J. of Health Economics* 1999, p. 491 e.v. doen).

79 Of concreter, laten we de vraag eens voorleggen: heeft de Hoge Raad in het Kelly-arrest een nieuwe, eigen standaard neergelegd voor prediagnostisch onderzoek?

80 Vgl. Randall R. Bovbjerg en Frank A. Sloan, 'No-Fault for Medical Injury: Theory and Evidence', *U. Cin. L. Rev.* 1998, p. 105.

81 Tekenend in dit verband is dat G.H.A. Visser en H.W. Bruinse, 'Medicolegale aspecten bij moeizame vaginale kunstverlossing en schouderdystocie', in: E. Slager (red.), *Infertiliteit, Gynaecologie en Obstetrie Anno 2001*, Oss: Organon BV 2001, p. 343 stellen dat Engeland wat betreft de aantallen en kosten van geboorteschade-claims 'geheel besmet' is door Amerika. Engeland verschilt echter in menig opzicht: zowel wat betreft hoogte schadevergoedingen, als wat betreft 'punitive damages', jury-rechtspraak, honorering advocatuur, procesrechtelijke drempels etcetera. Het verband tussen Engels en Amerikaans aansprakelijkheidsrecht lijkt me in dit verband niet sterk; de oorzaken voor de aantallen en kosten moeten elders worden gezocht, zoals ik heb getracht te doen in § 4.

82 Nicholas Summerton, 'Positive and negative factors in defensive medicine: a questionnaire study of general practitioners', *BMJ* 1995, p. 27-29 rapporteert een enquête onder artsen van die strekking, maar hij erkent dat het moeilijk is om het effect van verandering in de kwaliteitszorg en medische standaarden door de tijd heen uit de antwoorden weg te filteren.

ving aansprakelijkheidsprocedures meemaken? En, belangrijker, leidt dat tot inefficiënte zorg? Ik kan daar niet over speculeren, maar ik vraag me wel af hoe groot de bandbreedte van individuele artsen is om hun gedrag aan te passen. In ons land bestaat immers een vergevorderde protocolleringscultuur die gedeeltelijk voorkomt dat individuele artsen overmatige zorg in acht nemen. Diezelfde protocollen zijn bescherming tegen aansprakelijkheid. Protocollen geven namelijk uiting aan het niveau van zorg dat de medische stand zelf geschikt acht, en rechters zullen zich daar in de regel aan refereren.⁸³ Sterk is dan ook de mededeling van de Hoge Raad in de Kelly-zaak dat het in de betreffende zaak om overtreding van normen uit de medische wereld zélf ging en dat angst voor ‘defensive medicine’ dus zonder grond is.⁸⁴

Mijn conclusie is dat het wijzen op het gevaar van ‘defensive medicine’ – behoudens écht bewijs, dat voor ons land bij gebrek aan onderzoek ontbreekt – ongefundeerde bangmakerij is.⁸⁵ Dat geeft ook direct aan dat een dialoog tussen artsen en juristen hard nodig is die in elk geval duidelijk maakt wat aansprakelijkheidsrecht wél is en wat het níet is. Dat de premies mogelijk stijgen en het aantal claims wellicht ook, zegt namelijk nog niet zo veel.⁸⁶ Eerst moeten we de oorzaken daarvan helder hebben voordat we de schuld bij het aansprakelijkheidsrecht kunnen leggen.

Maar als niettemin onder artsen de gedachte leeft dat je fouten beter niet kunt toegeven uit angst voor de juristerij,⁸⁷ dan is er natuurlijk een groot probleem. Om die angst voor te zijn, is educatie essentieel.⁸⁸ Ik zou zeggen: laat artsen die een specialisme hebben dat voorkomt in de

83 Zie daarover bijv. Jonathan Montgomery, *Health Care Law*, Oxford: OUP 2003, p. 169 e.v. See also Elizabeth Wicks, Michael Wyldes en Mark Kilby, ‘Late Termination of Pregnancy for Fetal Abnormality: Medical and Legal Perspectives’, *Med. L. Rev.* 2004, p. 289-290. Over de frictie tussen endogene en exogene standaard zie men Christopher Newdick, *Who should we treat? - Rights, Rationing, and Resources in the NHS*, Oxford: O.U.P. 2005, p. 135 e.v. Vgl. Virginia A. Sharpe en Alan I. Faden, *Medical Harm - Historical, Conceptual, and Ethical Dimensions of Iatrogenic Illness*, Cambridge: C.U.P. 1998, p. 100 e.v. Voor Nederland W.R. Kastelein, *Medische aansprakelijkheid*, Den Haag: Vermande 2003, p. 83 e.v.

84 HR 18 maart 2005, TvGR 2005/5, p. 414, r.ov. 4.17.

85 Zie J. Dijkman, ‘Overconsumptie door claimcultuur?’ in: R. v. d. Volksgezondheid (red.), *Met het oog op gepaste zorg*, Zoetermeer: RVZ 2004, p. 163 e.v. Vgl. Jonathan Montgomery, *Health Care Law*, Oxford: OUP 2003, p. 202 e.v., 209 e.v.; Linda Mulcahy, ‘Threatening Behaviour? The challenge posed by medical negligence claims’, in: M. Freeman en A. Lewis (red.), *Law and Medicine*, Oxford: OUP 2000, p. 81 e.v. R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen - Juridische theorie en medische praktijk*, diss. Leiden 2005, p. 225 noemt het risico een reële mogelijkheid.

86 Er is enig bewijs dat premiestijging gevolgen heeft voor de perceptie van artsen van ‘defensive medicine’. Zie David M. Studdert, Michelle M. Mello, William M. Sage, Catherine M. DesRoches, Jordon Peugh, Kinga Zapert en Troyen A. Brennan, ‘Defensive Medicine Among High-Risk Specialist Physicians in a Volatile Malpractice Environment’, *JAMA* 2005, p. 2609 e.v.

87 *Making Amends - A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS*, Department of Health 2003, p. 116 e.v.; David M. Studdert en Troyen A. Brennan, ‘No-Fault Compensation for Medical Injuries - The Prospect for Error Prevention’, *JAMA* 2001b, p. 218; David M. Studdert en Troyen A. Brennan, ‘Toward a Workable Model of "No-Fault" Compensation for Medical Injury’, *Am J. L. & Med.* 2001a, p. 228. Over de psychologische kant van het toegeven van menselijk falen onder artsen, zie Virginia A. Sharpe en Alan I. Faden, *Medical Harm - Historical, Conceptual, and Ethical Dimensions of Iatrogenic Illness*, Cambridge: C.U.P. 1998, p. 137 e.v. Ik ben overigens benieuwd wat een dergelijk onderzoek onder advocaten of rechters voor uitkomsten zou brengen.

88 Vgl. H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en M.C.I.H. Biesart, *Handboek gezondheidsrecht II (Gezondheidszorg en recht)*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2002, p. 299. Overigens zou ook de educatie van advocaten en rechters in dit opzicht onder de loep mogen worden genomen. Vgl. *Making Amends - A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS*, Department of Health 2003, p. 128.

aansprakelijkheids-top-vijf onderwijs volgen in aansprakelijkheids-, straf-, en tuchtrecht (zoals een letselschadeadvocaat onderwezen wordt in medische zaken). Laat ze zien wat de doelen van aansprakelijkheidsrecht zijn, hoe het écht werkt, waarom het zo werkt, en hoe het gefinancierd wordt. Werk samen om cijfermateriaal scherp te krijgen. Bereidt artsen voor op de psychologische stress en de emotionele aanvallen op de beroepseer die zij zullen ondervinden als gevolg van een claim of klacht (hoe ongegrond ook).⁸⁹ Reken ze voor dat lang niet alle fouten tot een aansprakelijkstelling leiden,⁹⁰ en dat bejegening van de patiënt beslissend kan zijn voor diens keuze om al dan niet tot klagen en aanklagen over te gaan.⁹¹ Omgekeerd moeten naar mijn mening ook juristen [19] (met name rechters die oordelen over artsen) meer dan nu het geval is, structureel en intensief onderricht krijgen in de medische belevingswereld en beroeps-ethiek.⁹²

4.3. Hebben gezinnen aansprakelijkheidsrecht nodig?

In de landen waar een alternatief arrangement is ingevoerd voor geboorteschade, wordt wel gerefereerd aan de behoeften van de betrokken kinderen en hun familie. Maar zij bleven ongeorganiseerd en waren geen drijvende kracht achter de hervormingen. Medici, verzekeraars, en politici bepaalden het debat. Daarmee is natuurlijk niet gezegd dat de families geen behoefte hebben aan hervorming. Rechtssociologisch onderzoek laat zien dat zij vooral een oprechte en open communicatie met de betrokken arts en medische staf willen.⁹³ Bovendien willen ze een onafhankelijk onderzoek naar wat er fout is gegaan, waarom het fout is gegaan en, indien mogelijk, hoe het voortaan voorkomen kan worden.⁹⁴ Gezinnen hebben behoefte aan attributie, en – niet verwonderlijk – sommigen hebben een onbewuste preferentie voor een menselijke fout boven een natuurlijke oorzaak.⁹⁵

89 Ook ligt er m.i. een taak van ziekenhuizen bij het verlenen van post-traumatische opvang voor medische teams die met perinataal letsel geconfronteerd worden. Een dergelijke taak kan m.i. worden gegrond op art. 7:658 BW (ook voor zelfstandige specialisten, zie lid 4).

90 Don Dewees, David Duff en Michael Trebilcock, *Exploring the Domain of Accident Law - Taking the facts seriously*, New York: Oxford University Press 1996, p. 95 e.v. (bewijs voor de VS).

91 Zie B.A.J.M.de Mol, Was mijn dokter goed genoeg?, in: Peter Lens en Philip Kahn, *Over de schreef - over functioneren en disfunctioneren van artsen*, Utrecht: Van der Wees uitgeverij 2001, p. 177 e.v.; H.B.M. van de Wiel and J. Wouda, Wat nou, over de schreef?, in: Peter Lens en Philip Kahn, a.w., p. 195 e.v. Vgl. Virginia A. Sharpe en Alan I. Faden, *Medical Harm - Historical, Conceptual, and Ethical Dimensions of Iatrogenic Illness*, Cambridge: C.U.P. 1998, p. 121 e.v. en Linda Mulcahy, 'Threatening Behaviour? The challenge posed by medical negligence claims', in: M. Freeman en A. Lewis (red.), *Law and Medicine*, Oxford: OUP 2000, p. 98-99. Ik zou in dit verband nog niet de noodzaak of toegevoegde waarde zien van een speciale 'anti-defensive medicine' bepaling als § 766.111 Florida Statutes, dat het geven van onnodige zorg met een tuchtsanctie bestraft.

92 In deze zin J.M. Beer en B.P. Dekker, 'Deskundigheid in het medische traject', *Verkeersrecht* 2005, p. 376.

93 Vgl. Frank A. Sloan, Kathryn Whetten-Goldstein, Stephen S. Entman, Elizabeth D. Kulas en Emily M. Stout, 'The Road from Medical Injury to Claims Resolution: How No-Fault and Tort Differ', *Law and Contemporary Problems* 1997, p. 35 e.v.

94 *Making Amends - A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS*, Department of Health 2003, p. 115; Linda Mulcahy, 'Threatening Behaviour? The challenge posed by medical negligence claims', in: M. Freeman en A. Lewis (red.), *Law and Medicine*, Oxford: OUP 2000, p. 98.

95 Frank A. Sloan, Kathryn Whetten-Goldstein, Stephen S. Entman, Elizabeth D. Kulas en Emily M. Stout, 'The Road from Medical Injury to Claims Resolution: How No-Fault and Tort Differ', *Law and Contemporary Problems* 1997, p. 50 e.v. Vgl. Linda Mulcahy, 'Threatening Behaviour? The challenge posed by medical negligence claims', in: M. Freeman en A. Lewis (red.), *Law and Medicine*, Oxford: OUP 2000, p. 98, en *Making Amends - A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS*, Depart-

Naast de emotionele klap⁹⁶ is er financiële nood. Als een sociaal vangnet hiervoor ontbreekt, zal de behoefte aan het aansprakelijkheidsrecht groot zijn. Dat lijkt een belangrijk verschil op te leveren tussen bijvoorbeeld Nederland en sommige andere landen. De Nederlandse verzorging en ondersteuning van blijvend gehandicapte neonatalen is niet perfect,⁹⁷ maar kan toch beter worden genoemd dan de zorg die (voorheen) in bijvoorbeeld Engeland en Frankrijk bestond.⁹⁸ Daarom zal het aansprakelijkheidsrecht in ons land waarschijnlijk minder snel als primaire vergoedingsbron aangeboord worden. En als dat anders zou zijn of worden, dan is het zeer de vraag of het aansprakelijkheidsrecht – met zijn algemene normstellingen waarvan de concrete uitkomst niet altijd eenvoudig te voorspellen is – ooit een bron van snelle en voorspelbare vergoeding kan zijn. Volledige compensatie als beginsel is natuurlijk een wezenkenmerk van het aansprakelijkheidsrecht, maar om die volledige compensatie pas te ontvangen (al dan niet volledig...) na het gedurende een aantal jaren voeren van dure en belastende procedures is ook niet alles.

Daar komt nog iets anders bij. Aansprakelijkheidsverzekeraars willen een dossier graag sluiten zodra dat mogelijk is. In de praktijk wordt daarom met zogenaamde *lump sums* gewerkt voor toekomstige schades,⁹⁹ maar het berekenen daarvan is buitengewoon moeilijk bij geboorteschades.¹⁰⁰ Advocaten van getroffen families zullen in het belang van hun cliënt liever de geestelijke en lichamelijke ontwikkeling van het kind willen afwachten voordat de eindrekening wordt opgemaakt. Dit betekent dat de juridische afwikkelingskosten van geboorteschade waarschijnlijk hoger zijn dan bij een ‘simpel’ geval van medische aansprakelijkheid. Als de aansprakelijke en zijn verzekeraar in de tussengelegen periode voorschotten geven op het eindbedrag, dan wordt in die zin beter tegemoet gekomen aan de behoeften van families.¹⁰¹ Er bestaat

ment of Health 2003, p. 110: “ (...) even patients who receive compensation often remain dissatisfied if they do not also receive the explanations or apologies they seek or reassurance about the action taken to prevent repetition.”

96 Zie over de immateriële schade van de familie Kathryn Whetten-Goldstein, Elizabeth Kulas, Frank Sloan, Gerald Hickson en Stephen Entman, ‘Compensation for Birth-Related Injury’, *Arch. Pediatr. Adolesc. Med.* 1999, p. 44. Vgl. *Making Amends - A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS*, Department of Health 2003, p. 46.

97 Voor een overzicht zie bijv. J.M. Boot en M.H.J.M. Knapen, *De Nederlandse gezondheidszorg*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2005, p. 99 e.v., p. 165 e.v.

98 Ik zou niet zo ver willen gaan als Michael G. Faure, ‘Economic observations concerning optimal prevention and compensation of damage caused by medical malpractice’, in: J. Dute, M. G. Faure en H. Koziol (red.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Vienna: Springer 2004, p. 57-58, die stelt dat de meeste medische kosten en het inkomensverlies voor het gezin goeddeels door het sociale zekerheidsrecht afgedekt zijn (in dezelfde zin als Faure overigens Bernhard A. Koch en Helmut Koziol, ‘Compensation in the Austrian Health Care Sector’, in: J. Dute, M. G. Faure en H. Koziol (red.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Vienna: Springer 2004, p. 119). Mijn indruk bij geboorteschades is in elk geval – maar het zou nader onderzocht moeten worden – dat dit zeker niet in de buurt komt van ‘full compensation’. Zo ook voor Engeland: Peter Walsh, ‘Clinical Negligence Reforms Finally on the Way’, *Journal of Personal Injury Law* 2005, p. 267 e.v.

99 Over voor- en nadelen van lump sums bijv. al Lord Pearson, *Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury Report Vol. I*, London: HMSO 1978, p. 122 e.v.

100 Zie S.C.P. Giesen en R.P.J.L. Tjittes, in: S.D. Lindenbergh e.a., *Schade: vergoeden of beperken?* Den Haag: Vermande 2004, p. 73 e.v.

101 *Making Amends - A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS*, Department of Health 2003, p. 115; Michael A. Jones, ‘Compensation in the English Health Care Sector’, in: J. Dute, M. G. Faure en H. Koziol (red.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Vienna: Springer 2004, p. 182-183. Vgl. J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, ZonMW 2002, p. 190. Hiermee is overigens niet gezegd dat de betrokkenheid van een dure letselschadeadvocaat

in het aansprakelijkheidsrecht geen wettelijke regeling voor dergelijke langlopende schadegevallen. Een alternatief systeem dat heldere regels over [20] (omvang en inhoud van) periodieke betalingen geeft, zou dan ook meer duidelijkheid scheppen.¹⁰²

En dan de vraag: hebben het kind en de familie behoefte aan smartengeld? Als we even afzien van semi-ethische discussie over het toekennen van smartengeld voor het hebben van een gehandicapt leven of een gehandicapt kind en de aandacht richten op de mogelijke praktische rechtvaardiging voor toekenning van dergelijke bedragen, dan ontstaat wellicht het volgende beeld. Smartengeld is geld dat de ontvanger in staat stelt om activiteiten te ontplooiën die zijn toestand veraangenamen. Als ons recht meent dat dat op zijn plaats is, lijkt het beter om deze bedragen bij geboorteschade in die sleutel te plaatsen, dus veeleer als een ‘persoonlijke rugzak’ die de familie in staat stelt om de verloren gegane autonomie naar eigen inzicht opnieuw op te bouwen. Praktisch gesproken is het denkbaar – zoals in veel van de landen die aansprakelijkheid hebben vervangen door een alternatief arrangement – om het recht op smartengeld af te schaffen, maar ik zou er pas vrede mee hebben als het alternatief werkelijk sneller, beter, minder kostbaar en bevredigender uitpakt dan het aansprakelijkheidsrecht. Tot die tijd zou ik de status quo van het smartengeld willen handhaven, omdat tegenover alles wat slachtoffers opgeven m.i. ook een tastbare maatschappelijke verbetering moet staan.

5. Aandachtspunten bij een alternatief arrangement

5.1. Voorwaarden, financiering en management

Een alternatief compensatiesysteem is geen panacee voor alle problemen.¹⁰³ Drie kwesties verdienen in elk geval aandacht: voorwaarden waaronder vergoeding plaatsvindt, financiering van de vergoeding en preventie-management. Allereerst: elk compensatiesysteem dat vergoeding biedt voor bepaalde *oorzaken* in plaats van aandoeningen, moet de causaliteitsvraag beantwoorden. Hoe regelen we dat? Ten tweede: elk vergoedingssysteem moet gevoed worden met geld. Wie moet dat doen? In de derde plaats: als we compensatie goed regelen, wil preventie nog wel eens de aandacht verliezen. Dat is niet wenselijk, en dus is de vraag wie de regie krijgt over preventie van vermijdbare geboorteschade.

5.2. Voorwaarden: veroorzaking en vermijdbaarheid

Met betrekking tot causaal verband geldt dat het soms erg moeilijk is om van een geboorteschade vast te stellen of er een fout is gemaakt en zo ja, of deze de schade werkelijk heeft veroorzaakt. In essentie verdwijnt dit beslispunt niet met het instellen van een alternatief compen-

gedurende het gehele traject een ideale gang van zaken is; misschien is het verkieslijker om te streven naar een gespecialiseerd onafhankelijk bureau met een lagere tariefstructuur dat ‘kinderschades’ begeleidt.

102 Vgl. ook S.C.P. Giesen en R.P.J.L. Tjittes, in: S.D. Lindenbergh e.a., *Schade: vergoeden of beperken?* Den Haag: Vermande 2004, p. 73 e.v., die laten zien dat er nog weinig lijn te bespeuren valt in de Nederlandse rechtspraak op het vlak van berekening van schade van neonatalen.

103 Michael G. Faure, ‘Economic observations concerning optimal prevention and compensation of damage caused by medical malpractice’, in: J. Dute, M. G. Faure en H. Koziol (red.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Vienna: Springer 2004, p. 62. Vgl. Helmut Koziol, ‘Deficiency of Regulation and Approach to Solutions: Conclusions from the Comparative Research’, in: M. Faure en H. Koziol (red.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Vienna: Springer 2001, p. 315 e.v.

satiesysteem.¹⁰⁴ Hooguit zou de procedurele gang van zaken ter vaststelling van de vermijdbaarheid en de veroorzaking kunnen verschillen van de huidige (sneller, geprotocolleerd, met vaste panels etc.).¹⁰⁵ Dat zou al winst kunnen betekenen, maar de kernvragen veranderen niet.¹⁰⁶

Ook het probleem van bewijslastverdeling zou niet wezenlijk veranderen. Waar het aansprakelijkheidsrecht nu met vermoedens werkt en soms de balans in het nadeel van een van beide partijen laat doorslaan ook al is de waarheid niet boven tafel gekomen, zal een alternatief systeem niet heel veel anders kunnen. Zou men zoals in Florida¹⁰⁷ het vermoeden hanteren dat een kind dat een ernstige neurologische afwijking heeft én bij geboorte zuurstofgebrek had, slachtoffer is van een vermijdbaar letsel, dan kan dat betekenen dat meer kinderen gecompenseerd worden dan werkelijk vermijdbaar letsel hebben. Het is namelijk zeer moeilijk om in een concreet geval het causaal verband tussen hersenbeschadiging en asfyxie vast te stellen.¹⁰⁸

Een alternatief systeem dat geen ‘oorzaak’ als ingangseis stelt, maar slechts een ‘aandoening’ eist ongeacht oorzaak, neigt naar een algeheel sociaal zekerheidsstelsel.¹⁰⁹ Dat is uiteraard geen diskwalificatie, want misschien is het inderdaad wel beter om – zoals de Fransen doen – alle gehandicapte baby’s dezelfde rechten toe te kennen, ongeacht de oorzaak. Er kan ook een praktische reden voor bestaan: als een bepaalde aandoening algemeen gesproken sterk geassocieerd kan worden (in kwantitatieve zin) met vermijdbaar [21] menselijk falen, maar het in concrete gevallen buitengewoon moeilijk zonet onmogelijk is om dat falen aan te tonen en het verband tussen het falen en de schade (en dat is toch de toets die het aansprakelijkheidsrecht aanlegt), dan zijn er wellicht ook binnen een *no-fault* systeem goede gronden om slechts naar de aandoening te kijken en niet naar de oorzaak.¹¹⁰ Dat is voor die categorie van aandoeningen dan wellicht een kosteneffectievere wijze van compenseren dan de mallemolen van het aansprakelijkheidsrecht. Uiteraard is alsdan ook een evenwichtige weging van het rechtsgelijkheidsargument nodig: waarom krijgt de ene groep wél een bijzonder regime en de andere niet?¹¹¹

104 Bernhard A. Koch en Helmut Koziol, ‘Compensation in the Austrian Health Care Sector’, in: J. Dute, M. G. Faure en H. Koziol (red.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Vienna: Springer 2004, p. 116 e.v. Vgl. R.M.P.P. Cascao, *Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform*, diss. Tilburg 2005, p. 113.

105 Ik merk op dat dit ook kan worden bereikt in een aangepast aansprakelijkheidssysteem.

106 Zie over de problemen van causaal verband binnen een *no-fault* systeem *Making Amends - A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS*, Department of Health 2003, p. 104-105. Zie ook Helmut Koziol, ‘Deficiency of Regulation and Approach to Solutions: Conclusions from the Comparative Research’, in: M. Faure en H. Koziol (red.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Vienna: Springer 2001, p. 317-318. R.M.P.P. Cascao, *Prevention and Compensation of Treatment Injury: A Roadmap for Reform*, diss. Tilburg 2005, p. 113 e.v. geeft voorbeelden van wijzen waarop het causaliteitsdebat kan worden gestroomlijnd.

107 § 766.309 (1) (a) Florida Statutes.

108 *Making Amends - A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS*, Department of Health 2003, p. 47.

109 Zie over deze verschijnselen o.a. Michael G. Faure, ‘Economic observations concerning optimal prevention and compensation of damage caused by medical malpractice’, in: J. Dute, M. G. Faure en H. Koziol (red.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Vienna: Springer 2004, p. 66 e.v. Zie ook, vanuit een meer algemeen uitgangspunt, Ken Oliphant, ‘Beyond Woodhouse: Devising New Principles for Determining ACC Boundary Issues’, *Vict. U. Wellington L. Rev.* 2004, p. 916-917.

110 Met betrekking tot de afweging tussen specifieke regimes en algemene compensatieregimes in dit verband zie J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, ZonMW 2002, p. 202 e.v.

111 Vgl. P. Cane, *Atiyah’s Accidents, Compensation and the Law*, London: Butterworths 1999/2004, p. 299.

5.3. Financiering: wie betaalt?

Het voor de hand liggende gevolg van het uitbreiden van de vergoedingsmogelijkheden is dat het aantal vergoedingen ook toeneemt.¹¹² Dat is overigens niet zozeer een bezwaar, maar veeleer een keuze: is onze maatschappij bereid om ófwel meer te vergoeden ófwel aan meer personen hetzelfde totaalbedrag aan vergoedingen toe te kennen. Dit is uiteraard een beleidskeuze, en in sommige landen verkiest men om alle gevallen gelijkelijk te behandelen binnen een sociaal zekerheidsalternatief (zoals in Frankrijk), maar dat type nationale solidariteit past mogelijk minder goed in de huidige Nederlandse verhoudingen.¹¹³

Een structurele financiële ondersteuning door de overheid van het aansprakelijkheidsproces ligt denk ik evenmin voor de hand. Wellicht is aantrekkelijker om aan een poldermodel-oplossing te denken vergelijkbaar met het Instituut Asbestslachtoffers (IAS). Dat Instituut biedt een platform voor redelijk snelle en transparante schadeafwikkeling met financiering door werkgevers, aansprakelijkheidsverzekeraars en overheid.¹¹⁴ Die alternatieve afwikkeling zou dan op basis van vrijwilligheid geschieden, en het is natuurlijk wel de vraag of dat alternatief voor alle betrokkenen aantrekkelijker is dan een civiel (schikkings)proces. Bovendien is de problematiek van geboorteschade veel gecompliceerder dan bij het IAS het geval is; zo zijn de causaliteits- en aansprakelijkheidsvraag bij geboorteschades veel minder eenvoudig te beantwoorden dan bij mesothelioom door asbestblootstelling. Ik betwijfel daarom dat dit uiteindelijk een begaanbare weg is. En dan blijven er weinig andere opties over dan een wettelijk verplichte omslag over bijvoorbeeld ziekenhuizen en uiteindelijk dus over het nationale gezondheidszorgbudget.¹¹⁵

5.4. Management: wie voert de regie over preventie van vermijdbare geboorteschade?

Een systeem dat vermijdbare schade compenseert moet vooral de aspiratie hebben om schade te voorkomen.¹¹⁶ Naar gangbare inzichten moet dat in beginsel op organisatie-niveau worden aangepakt (“systems approach”) in plaats van door middel van het aanwijzen van een individueel schuldige.¹¹⁷ Men zou dus verwachten dat de bestaande alternatieve arrangementen ruim

112 Zie bijv. de berekeningen van Paul Fenn, Alistair Gray en Neil Rickman, ‘The Economics of Clinical Negligence Reform in England’, *The Economic Journal* 2004, p. F288 e.v. Vgl. *Making Amends - A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS*, Department of Health 2003, p. 106-107.

113 Zie over de culturele kloof tussen aansprakelijkheidsrecht en solidariteitssystemen al Albert A. Ehrenzweig, *Psychoanalytical Jurisprudence*, Leiden: A. W. Sijthoff 1971, p. 242 e.v.

114 Daarover nader W.H. van Boom, ‘Een uiting van maatschappelijke betrokkenheid’, *AV&S* 2005, p. 60 e.v.

115 Ik laat de voor- en nadelen van een directe schadeverzekering even buiten beschouwing; daarover bijv. N. Frenk, ‘De directe schadeverzekering als vervanging van aansprakelijkheid’, *NJB* 1999, p. 1547 e.v. Vergelijkbare voor- en nadelen gelden bij andere alternatieve arrangementen.

116 Vgl. H.J.J. Leenen, J.K.M. Gevers en M.C.I.H. Biesart, *Handboek gezondheidsrecht II (Gezondheidszorg en recht)*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2002, p. 299.

117 Alan Merry en Alexander McCall Smith, *Errors, Medicine and the Law*, Cambridge: C.U.P. 2001, p. 4 e.v.; David M. Studdert en Troyen A. Brennan, ‘No-Fault Compensation for Medical Injuries - The Prospect for Error Prevention’, *JAMA* 2001b, p. 217 e.v.; Don Dewees, David Duff en Michael Trebilcock, *Exploring the Domain of Accident Law - Taking the facts seriously*, New York: Oxford University Press 1996, p. 97-98. Zie ook het onderzoek genoemd bij Laura L. Morlock en Faye E. Malitz, ‘Do Hospital Risk Management Programs Make a Difference?’ *Law and Contemporary Problems* 1991, p. 1 e.v. alsook Raad voor Gezondheidsonderzoek, *Advies Onderzoek Patientveiligheid*, RGO 2005.

aandacht hebben voor voorkoming van vermijdbare geboorteschade. Die aandacht lijkt er soms te zijn, maar veel indrukwekkends is nog niet teweeg gebracht.

De programma's in Florida en Virginia hadden in het geheel niet als doel preventie van schade,¹¹⁸ en dus vindt men in het kader van die programma's geen bijzondere aandacht voor preventie. In Frankrijk heeft men een *Observatoire des risques médicaux* opgezet, een onderdeel van het administratieve orgaan ONIAM (*Office National d'Indemnisation des accidents médicaux*).¹¹⁹ Doel is het verzamelen van data over de incidentie van medische ongevallen, zodat geleerd kan worden en mogelijk ook preventiemaatregelen verbeterd kunnen worden.¹²⁰ Het Observatoire is nog maar kort operationeel; resultaten zijn nog niet te melden.

In Florida is wel het *Patients Compensation Fund*, dat in algemene zin de bevoegdheid heeft om onderzoek te doen en preventiemaatregelen mag doorvoeren.¹²¹ Tegelijk heeft [22] onderzoek aangetoond dat de betrokkenheid van artsen bij de afwikkeling van een schadegeval onder het Florida *no-fault* systeem veel te wensen overlaat. Meer dan de helft van de gynaecologen die onderwerp van een aanspraak op het *no-fault* programma waren, wisten daar niets van.¹²² Dat lijkt onverenigbaar: als men een organisatie wil laten leren, moet ook de direct betrokken arts onderdeel van dat leerproces uitmaken.¹²³ Naar mijn mening moet aan een dergelijk punt in elk systeem, en dus ook in een alternatief vergoedingssysteem, aandacht worden besteed.

6. Een alternatief arrangement voor Nederland?

De alternatieve compensatieprogramma's in Florida en Virginia worden kritisch bejegend. Politici zijn kritisch omdat de programma's blijvend beslag leggen op algemene middelen, waarvan men terecht de vraag kan stellen of niet ook andere kwetsbare groepen daar aanspraak op hebben, en omdat er administratieve kosten aan verbonden zijn voor de overheid. Letselschadeadvocaten zijn kritisch omdat zij de rechten van cliënten beknot zien en omdat hun eigen rol minder groot is. Tevreden zijn vooral de slachtoffers, zo lijkt het. Dat is winst, maar weegt dat ook op tegen de kosten?

Zou een alternatief arrangement iets voor ons land zijn? Een flauw antwoord: het hangt er van af. Het aansprakelijkheidssysteem is niet heilig. Als het niet werkt, moet het voor een beter alternatief worden ingewisseld. Maar daarvoor is toch echt meer informatie nodig.¹²⁴ Hebben we kwantitatief bewijs over het disfunctioneren wat betreft geboorteschades? Of moeten we af-

118 Randall R. Bovbjerg en Frank A. Sloan, 'No-Fault for Medical Injury: Theory and Evidence', *U. Cin. L. Rev.* 1998, p. 103

119 Art. L. 1142-29 CSP (ingevoegd door Loi no. 2004-810 van 13 Augustus 2004). Over ONIAM zie men Yvonne Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel - Systèmes d'indemnisation*, Paris: Dalloz 2004, p. 707 e.v.; Philippe Brun, 'France', in: H. Koziol en B. C. Steininger (red.), *European Tort Law 2002*, Vienna: Springer 2003, p. 186 e.v.; Duncan Fairgrieve, *State Liability in Tort*, Oxford: Oxford University Press 2003, p. 255 e.v.

120 Yvonne Lambert-Faivre, *Droit du dommage corporel - Systèmes d'indemnisation*, Paris: Dalloz 2004, p. 825.

121 § 766.105 Florida Statutes. Dit Fund is een door de staat Florida ondersteunde aansprakelijkheidsverzekering.

122 Frank A. Sloan, Kathryn Whetten-Goldstein en Gerald Hickson, 'The influence of obstetric no-fault compensation on obstetricians' practice patterns', *Am J Obstet Gynecol* 1998, p. 675.

123 Vgl. ook Randall R. Bovbjerg en Frank A. Sloan, 'No-Fault for Medical Injury: Theory and Evidence', *U. Cin. L. Rev.* 1998, p. 111, die aangeven dat de onderzochte no-fault systemen hier te weinig aandacht aan besteden.

124 Vgl. Helmut Koziol, 'Deficiency of Regulation and Approach to Solutions: Conclusions from the Comparative Research', in: M. Faure en H. Koziol (red.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Vienna: Springer 2001, p. 315-316.

gaan op anekdotes van belangengroepen? Verbijsterend is nog steeds het vaak ongefundeerde gekakel over de claimcultuur.¹²⁵ Oneliners als ‘we leven in een claimcultuur’, ‘het is niet meer op te brengen’, ‘het systeem loopt vast’ en meer van dat soort vage klachten worden ook in de medische hoek nog té vaak geuit. Dat lijkt op diagnosticeren zonder de patiënt te onderzoeken. Feiten en verbanden spreken mij meer aan. Feit is dat we te weinig weten om harde uitspraken te doen over verbanden.¹²⁶ Empirische onderbouwing is nodig. En ik weet welk type vragen ik in dat verband beantwoord zou willen zien.¹²⁷

- hoe vaak worden obstetrici aansprakelijk gesteld, afgezet tegen het aantal behandelingen en het aantal natuurlijke oorzaken van geboorteschade? Wat is de slagingscore van die claims? Wat zijn de succesindicatoren? En wat zijn indicatoren voor het instellen van een claim?
- Zijn geboorteschades ‘outliers’ in de zin dat in bijzonder weinig gevallen aansprakelijkheid ontstaat, maar áls die ontstaat, de schade een enorme schadelast teweegbrengt (hetgeen vanwege de geringe incidentie wellicht moeilijk te verzekeren is)?
- Hoe vult het aansprakelijkheidsrecht het sociale vangnet aan? Veel van de financiële gevolgen van geboorteschade worden in ons land opgevangen door zorgverzekering, AWBZ, WVG, WAJong, en straks WMO, maar lang niet alle en lang niet volledig. Verschilt dit sterk van andere landen?
- Is er een indicatie voor het aantal gevallen waarin claims worden toegewezen zonder dat er een fout is of zonder dat er causaliteit is (bijvoorbeeld door bewijslastomkering)?
- Hoe zit de verzekeringsmarkt in elkaar? Bestaan daar structurele problemen die door regulerend ingrijpen opgelost kunnen worden? Hoeveel juridische kosten zijn gemoeid met claims voor geboorteschades? Hoe opereren letselschadeadvocaten in deze dossiers?

Ik ken geen land in Europa dat met betrekking tot dergelijke vragen stelselmatig data verzameld heeft en de levende veronderstellingen op juistheid heeft getoetst.¹²⁸ En wat betreft de aansprakelijkheidsdruk bij geboorteschade lijkt er op het eerste gezicht in elk geval een geheel andere situatie te bestaan dan bijvoorbeeld in Engeland. Zoals gezegd slokt hersenbeschadiging bij neonatalen het gros van de totale aansprakelijkheidskosten van de NHS op.¹²⁹ In Nederland laten cijfers van Medirisk (1993-2004) zien dat 9% van het totale aantal meldingen van verzekerde voorvallen uit het specialisme obstetrie en gynaecologie afkomstig is en dat dit specia-

125 Daarover bijv. verfrissend het rapport *Better Routes to Redress*, Better Regulation Task Force 2004.

126 Vgl. Mark C. Rahdert, *Covering Accident Costs*, Philadelphia: Temple U.P. 1995, p. 2-3.

127 Over de noodzaak tot nader onderzoek in dit opzicht Adrian Towse en Patricia Danzon, ‘Medical Negligence and the NHS: an economic analysis’, *Health Economics* 1999, p. 93 e.v.

128 Vgl. R.W.M. Giard, *Aansprakelijkheid van artsen - Juridische theorie en medische praktijk (diss. Leiden)*, Den Haag: BJU 2005, p. 90 e.v. In Florida is iets dergelijks eenvoudiger omdat verzekeraars verplicht zijn hun medewerking te geven aan dergelijk onderzoek, aldus Neil Vidmar, Paul Lee, Kara MacKillop, Kieran McCarthy en Gerald McGwin, ‘Uncovering the “Invisible” Profile of Medical Malpractice Litigation: Insights from Florida’, *DePaul L. Rev.* 2005, p. 318. De problemen in de verzekeringsmarkt zijn daar dan ook buitengewoon ernstig. Slabbers en Stolker, in: J. C. J. Dute, J.K.M. Gevers en G.R.J. de Groot, *Omzien naar de toekomst*, Houten: Bohn Stafleu van Loghum 2002, p. 82, lijken te bepleiten dat verzekeraars actiever moeten registreren. Ik onderschrijf dat pleidooi, maar ik zie nog wel veel praktische problemen (een verzekeraar zal mogelijk niet geneigd zijn om vrijwillig concurrentiegevoelige bedrijfsgegevens te overleggen; de medische markt is internationaal van aard; als er gemeten wordt moet er bij voorkeur op dezelfde wijze worden gemeten, etcetera).

129 Zie vindplaatsen in nt. 8.

lisme ruim 15% van de totale schadelast van Medirisk teweegbrengt.¹³⁰ Dat zijn beduidend minder alarmerende cijfers, hoewel ook hier geen definitieve uitspraken over [23] gedaan kunnen worden.¹³¹ Het laat in elk geval zien dat het klakkeloos overnemen van getallen uit andere landen onverstandig is. Wat mij betreft is daarom het pleidooi van de KNMG in zijn Kwaliteitsmanifest (2003) voor de overstap naar een *no-fault* compensatie systeem te voorbarig. Het manifest stelt:

“Dit systeem (het aansprakelijkheidsrecht, WvB) is geënt op verwijtbaarheid en schuld. Om tot aansprakelijkheid en schadevergoeding te concluderen moet worden bewezen en vastgesteld dat een arts of een instelling op een verwijtbare manier heeft gehandeld en dat daardoor schade is ontstaan. *Dit werkt in de hand dat* verschillen van inzicht tussen arts en patiënt in de sfeer van een conflict worden getrokken. *Mede ten gevolge daarvan* vraagt de problematiek van medische aansprakelijkheid veel aandacht en energie. Ongunstig neveneffect van de huidige situatie is dat juridische ontwikkelingen (of de vrees daarvoor) activiteiten op het gebied van de kwaliteitsbewaking *bemoeilijken*. *Daardoor worden zowel de gewenste openheid als het systematisch lering trekken uit fouten belemmerd* (Chief Medical Officer, 2003).”

De cursiveringen in het citaat zijn van mij. Ze geven cruciale verbanden weer die nooit empirisch onderzocht zijn. Belemmert het aansprakelijkheidsrecht werkelijk het ontwikkelen van een *organisation with a memory*? Ik ben sceptisch over de belemmerende kracht van het aansprakelijkheidsrecht, maar ik laat me graag overtuigen door feiten. Wat we momenteel hebben, zijn slechts *indrukken*. Die volstaan niet als we de status quo veranderen omdat we dan simpelweg niet weten wat we moeten veranderen. Dat geldt temeer als gekozen zou worden voor een specifiek regime voor geboorteschades; dan rijst namelijk al snel de vraag waarom voor die gevallen wel en voor andere gevallen niet een bijzonder regime geldt.¹³²

Ik zou dus terughoudend zijn waar het gaat om het propageren van een alternatief arrangement. Van een medische aansprakelijkheidscrisis is in ons land nog geen sprake.¹³³ Om te voorkomen dat het ooit zo ver komt, is het wel van belang om de ontwikkelingen nauwlettend in de gaten te houden. Systematische dataverzameling is daarbij cruciaal.

Over het door de KNMG gebruikte argument dat een arts zonder de hete adem van het aansprakelijkheidsrecht beter kan leren van wat fout ging, ben ik kritisch. Het beeld van artsen die in een *no-fault* omgeving vrijelijk erkennen dat een bepaalde schade vermeden had kunnen worden en die meehelpen met het invullen van de formulieren om compensatie te verkrijgen, is

130 Schadecijfers Medirisk Obstetrie & Gynaecologie 1993 t/m 2004. Nota bene: het gaat hier om *het totaal* van de schadelast, en dus niet alleen de hersenbeschadiging waar in Engeland mee gerekend wordt.

131 Bijvoorbeeld omdat Medirisk relatief kort bestaat en bovendien niet de verzekeraar van academische ziekenhuizen is, waar mogelijk door de aard van de werkverdeling de moeilijke zwangerschappen terecht komen die mogelijk een verhoogd aansprakelijkheidsrisico met zich brengen. Ook hier zou nader onderzoek naar moeten worden gedaan.

132 Zie over het rechtsgelijkheid-argument bijv. ook Helmut Koziol, ‘Deficiency of Regulation and Approach to Solutions: Conclusions from the Comparative Research’, in: M. Faure en H. Koziol (red.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Vienna: Springer 2001, p. 315 e.v. Dat geldt nog sterker als men slechts bepaalde geboorteschades compenseert (bijvoorbeeld zoals in Virginia en Florida waar neurologische schade door zuurstofgebrek wél en congenitale afwijking níet onder het compensatieprogramma valt).

133 J.C.J. Dute, M.G. Faure en H. Koziol, *Onderzoek No-fault compensatiesysteem*, ZonMW 2002, p. 233.

denk ik te rooskleurig.¹³⁴ Het lijkt mij onwaarschijnlijk dat een alternatief arrangement *op zichzelf* een betere en open communicatie over mogelijke fouten op de ziekenhuiswerkvloer kan bewerkstelligen.¹³⁵ Daar is meer voor nodig, en dat meerdere kan mogelijk ook binnen het bestaande aansprakelijkheidssysteem worden bereikt.

Er wordt in de internationale literatuur wel gesproken over een verplichting tot openheid over wat fout ging (die plicht bestaat in ons land overigens al), over immuniteit van tuchtrechtelijke vervolging bij vrijwillige openheid¹³⁶ of juist over extra straffen bij het achterhouden van informatie.¹³⁷ Ik betwijfel of het verstandig is om direct een radicaal verband te leggen tussen compensatie en preventie enerzijds en prikkels tot openheid ná het ongeval anderzijds. Misschien is het juister om eerst een goed beeld te krijgen van de omvang van het probleem en van mogelijke oplossingen die niet per definitie een wijziging van het recht met zich brengen.¹³⁸ De branches waarin 'blame free reporting' [24] gangbare praktijk is, hebben namelijk ook geen bijzondere gunsten van de wetgever gekregen: ook die branches staan aan de gewone tucht-, straf-, en aansprakelijkheidsbepalingen bloot.¹³⁹ Het heeft dus misschien meer met interne bedrijfscultuur dan met externe toetsing van doen.

7. Conclusies

Wat betreft geboorteschade lijkt de situatie in Nederland af te wijken van die welke kennelijk in andere landen bestaat. Ik heb in elk geval geen bewijzen gevonden die er op wijzen dat een

134 Vgl. M. Mikkonen, Compensation in the Finnish Health Care Sector, in: Jos Dute, Michael G. Faure en Helmut Koziol, *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Vienna: Springer 2004, p. 199. Frank A. Sloan, Kathryn Whetten-Goldstein en Gerald Hickson, 'The influence of obstetric no-fault compensation on obstetricians' practice patterns', *Am J Obstet Gynecol* 1998, p. 671 e.v. rapporteren tevredenheid onder medici met het no-fault systeem. Daarentegen is er ook onderzoek dat toont dat artsen onder het Nieuw-Zeelandse no-fault systeem terughoudend zijn om mee te werken. Zie Peter Davis, Roy Lay-Yee, Julie Fitzjohn, Phil Hider, Robin Briant en Stephan Schug, 'Compensation for Medical Injury in New Zealand: Does 'No-Fault' Increase the Level of Claims Making and Reduce Social and Clinical Selectivity?' *J. of Health Politics, Policy and Law* 2002, p. 850. Een vergelijkbaar gebrek aan medewerking werd aangetroffen in onderzoek naar het Virginia Program; zie Frank A. Sloan, *Public Medical Malpractice Insurance*, Pew Charitable Trust 2004, p. 59-60. Heeft het dus niet meer met cultuur dan met de juridische context te maken?

135 Sceptisch over het wonder van de no-fault compensatie zijn Bernhard A. Koch en Helmut Koziol, 'Compensation in the Austrian Health Care Sector', in: J. Dute, M. G. Faure en H. Koziol (red.), *No-Fault Compensation in the Health Care Sector*, Vienna: Springer 2004, p. 118; Helmut Koziol, 'Deficiency of Regulation and Approach to Solutions: Conclusions from the Comparative Research', in: M. Faure en H. Koziol (red.), *Cases on Medical Malpractice in a Comparative Perspective*, Vienna: Springer 2001, p. 319.

136 *Making Amends - A consultation paper setting out proposals for reforming the approach to clinical negligence in the NHS*, Department of Health 2003, p. 125. Zie over de verplichting tot uitleg Jonathan Montgomery, *Health Care Law*, Oxford: OUP 2003, p. 191-192.

137 Sverre Grepperud, 'Medical Errors: Mandatory Reporting, Voluntary Reporting, or Both?' *European Journal of Law and Economics* 2005, p. 99.

138 Voor een inventarisatie van het probleem voor Nederland zie bijv. Jaarrapport 2003 van de Inspectie voor de Volksgezondheid, m.n. p. 79 e.v.

139 Ook de mogelijkheden die aansprakelijkheidsverzekeraars hebben om openheid te stimuleren moeten niet worden onderschat; zo wordt wel geopperd dat het gebruik van een substantieel eigen risico in een aansprakelijkheidsverzekering een prikkel tot openheid geeft: incidenten die men niet tijdig meldt tellen niet mee voor berekening van de overschrijding van het drempelbedrag; zie Frank A. Sloan, 'Experience Rating: Does It Make Sense for Medical Malpractice Insurance?' *The American Economic Review* 1990, p. 130.

nijpende maatschappelijke aanleiding voor stelselwijziging bestaat.¹⁴⁰ Toch is nader onderzoek aan te raden. Zo is meer inzicht nodig in het aantal gevallen van aansprakelijkheid voor geboorteschade, de schadelast die daarmee gemoeid is, het functioneren van de lokale markt voor medische aansprakelijkheidsverzekeringen, de verhouding tot de (financiering van) gezondheidszorg, de kosten van afwikkeling van geboorteschade binnen het aansprakelijkheidsrecht, de financiële behoeften van families met gehandicapte neonatalen, en in hoeverre bestaande vergoedingsarrangementen naast het aansprakelijkheidsrecht deze behoeften nu al bevredigen. De ontwikkelingen wat betreft compensatie van geboorteschade via het aansprakelijkheidsrecht moeten nauwlettend worden gevolgd. Het zijn misschien weinig claims, maar als ze in de toekomst een excessieve omvang (en dito afwikkelingskosten) blijken te krijgen, dan neemt het contrast met het lot van gehandicapte kinderen zónder verantwoordelijke arts navenant toe. En die kinderen zijn overtuigend in de meerderheid.¹⁴¹ Toch moet worden bedacht dat er een cruciaal verschil is: de handicap van de eerste categorie was te voorkomen geweest en had moeten worden voorkomen. Dat maakt het verschil, en het aansprakelijkheidsrecht zou zo ingericht moeten zijn dat het die categorie daadwerkelijk weet te voorkomen. Als blijkt dat het aansprakelijkheidsrecht een slecht instrument is om dergelijke schade mee te voorkomen, dan moeten we het systeem op dat punt veranderen. Of een ander systeem nodig is wat betreft vergoeding, vind ik in dat licht eigenlijk van secundair belang.¹⁴² Als we gaan sleutelen, laten we dan vooral ook sleutelen aan het risicomanagement en de terugkoppeling van aansprakelijkstelling naar de organisatie: hoe kan die voortaan voorkomen dat individuen fouten maken, en wat wordt gedaan om de risico's beter te beheersen?

Dat laat overigens onverlet dat het goed zou zijn om te onderzoeken of de afwikkelingskosten bij geboorteschades (zoals: juridische kosten, expertisekosten, tijd, emotie en energie van alle betrokkenen) niet excessief zijn en of het afwikkelingsproces in dat opzicht moet worden bijgesteld. Wellicht is met relatief kleine aanpassingen in het geldende schadevergoedingsrecht veel maatschappelijke winst te behalen.¹⁴³

140 Vgl. in algemene zin J.H. Hubben, 'Kroniek van het gezondheidsrecht', *NJB* 2003/10, p. 542.

141 Zie de cijfers aangehaald in § 2. Vgl. Lord Pearson, *Royal Commission on Civil Liability and Compensation for Personal Injury Report Vol. I*, London: HMSO 1978, p. 306; G. Dworkin, 'Pearson: Implications for Severely-Handicapped Children and Products Liability', in: D. K. Allen, C. J. Bourn en J. Holyoak (red.), *Accident Compensation After Pearson*, London: Sweet & Maxwell 1979, p. 166.

142 Het KNMG kwaliteitsmanifest stelt voor: "(...) om te onderzoeken of zodanige aanpassingen van het aansprakelijkheidssysteem kunnen worden gerealiseerd dat betere perspectieven ontstaan voor de afhandeling van claims maar ook voor de uitvoering van kwaliteitsbeleid. Dat zou kunnen gaan om de invoering van een geheel of gedeeltelijk NFCS (no-fault compensation scheme), maar mogelijk ook om de oprichting van een onafhankelijk expertisecentrum, dat op deskundige en relatief snelle wijze claims kan beoordelen en behandelen, al dan niet met een financiële bovengrens. Een aantal nadelen van het huidige systeem wordt dan al ondervangen." Het laatste voorstel lijkt mij zeker zinvol om te overwegen. Wel moet worden bedacht dat beide initiatieven op de compensatiedoelen van het aansprakelijkheidsrecht zijn geënt, terwijl de focus m.i. meer op preventie en risicomanagement zou moeten liggen. Juister lijkt het mij om (ook) te denken aan (aanscherping van) extern toezicht met bevoegdheden om de intramurale werkprocessen te verbeteren, bijv. voortbordurend op de lijn van de Inspectie voor de Volksgezondheid in persbericht juni 2005 'Risicomanager als bewaker van veilige zorg'.

143 Ik word daarin gesterkt door het overzicht van S.C.P. Giesen en R.P.J.L. Tjittes, in: S.D. Lindenbergh e.a., *Schade: vergoeden of beperken?* Den Haag: Vermande 2004, p. 73 e.v., dat n.m.m. laat zien dat de berekening van schadevergoeding bij jonge kinderen een hoog tombola-gehalte heeft.