

Artikel

Mens durf te reeg'len!

Behandeling en afwikkeling van kindschades in medische aansprakelijkheidsdossiers:
zo kan het ook

Mr. C.E. Jeekel*

48

1. Herstelgerichte geschilbeslechting in de praktijk: baby Anna

Vijf jaar geleden drukte de mediator een papiertje in mijn handen met daarop een bedrag. Ik keek er naar, vol ongeloof. Ik keek naar mijn cliënten. Ook zij hadden het bedrag gezien. 'Zitten we uiteindelijk zo dicht bij elkaar?', constateerden ze tegelijkertijd. 'Dan zijn we er uit'.

Een dikke tien maanden daarvoor maakte ik kennis met Claire en Wessel. Hun dochtertje Anna¹ was vanaf haar geboorte in behandeling geweest in het ziekenhuis omdat zij geboren was met een waterhoofdje. De ouders stelden zich op het standpunt dat tijdens deze behandeling niet steeds conform het protocol werd gehandeld, onder andere op het gebied van hygiëne. Anna liep hierdoor – volgens de ouders – een hersenvliesontsteking op en een nieuwe hersenbloeding. Een tweezijdige cerebrale parese (hersenvlamming) was het gevolg. Anna had sindsdien lichamelijke beperkingen (spasticiteit) en zou er mogelijk ook cognitieve beperkingen aan overhouden.

* Mr. C.E. (Corinne) Jeekel is advocaat bij Ace Letselschade Advocaten in Zwolle. De titel is vrij naar 'Mensch, durf te leven', een lied uit 1917 geschreven door Dirk Witte en uitgevoerd door Jean-Louis Pisuise maar wellicht het meest bekend door de vertolking van Ramses Shaffy in 1967 († 2009) of Wende Sniijders in 2008.

1. Zowel de namen van de ouders als het dochtertje zijn uit privacyoverweging gefingeerd.

Tijdens mijn eerste gesprek met de ouders werd het mij al snel duidelijk: wij stonden aan de vooravond van een omvangrijk en langdurig traject om de aansprakelijkheid maar ook de voorvalsgerelateerde gevolgen vast te stellen. Het dossier van baby Anna was namelijk vanuit juridisch oogpunt uitermate complex. Anna was geboren met een waterhoofdje; hoe zou zij zich hebben ontwikkeld als er volkomen *lege artis* en zonder complicaties zou zijn gehandeld? Zou zij dan ook lichamelijke en geestelijke beperkingen hebben gehouden en, zo ja, in welke mate? En dan heb ik het nog niet eens over de onzekere prognose, zowel in een situatie *met* als *zonder* medisch verwijtbaar handelen. En vergeet de voorvraag niet: wás er in het ziekenhuis wel een zorgvuldigheidsnorm geschonden, was er wel medisch verwijtbaar gehandeld?

Vanuit het ziekenhuis en verzekeraar werd het voorstel gedaan de onvermijdelijke aansprakelijkheids- en causaliteitsdiscussie van meet af aan door middel van mediation te voeren.

Met mediation in de schadeafhandeling, bij vaststaande aansprakelijkheid en aan het eind van de rit was ik wel bekend. Mediation 'aan de poort' was mij echter onbekend. Bij de eerste mediationbijeenkomst in het voorjaar van 2014 werd duidelijk dat ik niet de enige was. Ook voor de mediator, het ziekenhuis, zijn verzekeraar en de overige partijen was dit een nog onontgonnen terrein.

De mediator loodste ons uitermate vakkundig door de mediation. Een kaart (één A4-tje), waarop wederzijdse partijen hun belangen en het te bereiken doel hadden opgeschreven, werd regelmatig in herinnering gebracht. Natuurlijk waren de verzekeraar en ik, ieder vanuit ons eigen standpunt en met behulp van advies van onze eigen medisch adviseur, aan het koersen in de richting

van omvangrijke specialistische expertises ter beoordeling van aansprakelijkheid en causaliteit. ‘De klassieke methode’ noemde de mediator dit. Deze methode heeft het niet gehaald. Winnaar werd een volslagen ‘out of the box-methode’. De partijen werden tijdens de een na laatste bijeenkomst uitgenodigd een reële inschatting te maken van de vermoedelijke uitkomst van het ‘klassieke traject’, maar dan bezien vanuit de perceptie van de andere partij. De mediator wilde tevens dat het bedrag blijk zou geven van het inleven in de standpunten van de andere partij en last but not least recht zou doen aan misschien wel de allerbelangrijkste wens van de ouders om de tijdsduur van het geschil te decimeren.

Zes intensieve mediationbijeenkomsten leidden bijna al vanzelf naar die bijzondere uitkomst. Dat ‘kippenvelmoment’. Tijdens die mediation. Met dat papiertje.

Deze casus had ook een heel andere wending kunnen krijgen. Van meet af aan. De ‘klassieke’ benadering die in de regel start met het adagium: ‘Fout gegaan betekent nog niet dat het fout is gedaan en als je dat wel vindt, dan heb je dat maar te bewijzen’.

De klassieke benadering ploert er vele maanden, zo niet jaren, langs wetsartikelen en daaraan gelieerde jurisprudentie. Ik bespreek die hierna.

2. Medische aansprakelijkheid, de ‘klassieke’ benadering

Artikel 7:453 Burgerlijk Wetboek bepaalt dat de hulpverlener bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht moet nemen en bij zijn werkzaamheden moet handelen conform de verantwoordelijkheid die voortvloeit uit de voor hem geldende professionele standaard.

Het criterium ‘redelijk handelend en bekwaam zorgverlener’² is een juridisch criterium. De jurist heeft een eigen taak om een juridisch oordeel te geven over het handelen van de hulpverlener. Vanzelfsprekend – ervan uitgaande dat de jurist medische kennis ontbeert – is advies van medisch deskundigen hierbij onontbeerlijk.

De aansprakelijkheid van de hulpverlener vloeit in het algemeen voort uit een overeenkomst en in het bijzonder uit de geneeskundige behandelingsovereenkomst, zoals bedoeld in artikel 7:446 BW.

In de dagelijkse praktijk wendt een patiënt zich tot een ziekenhuis of een hulpverlener met een hulpvraag. Wordt daarop ingegaan, dan ontstaat een (geneeskundige) behandelingsovereenkomst die in het algemeen een inspanningsverplichting van de hulpverlener met zich mee brengt. De hulpverlener gaat in beginsel geen *resultaats*verbintenis aan met de patiënt.

De bewijslast van de stelling dat de hulpverlener medisch verwijtbaar heeft gehandeld en dat de huidige klachten het gevolg zijn van dit medisch verwijtbaar handelen, rust op de patiënt (art. 150 Wetboek van Bur-

gerlijke Rechtsvordering). Van de hulpverlener mag echter worden verlangd dat hij voldoende feitelijke gegevens verstrekt ter motivering van zijn betwisting van de door de patiënt aangedragen stellingen. Op die manier verschaft de hulpverlener aanknopingspunten voor de door de patiënt aan te dragen bewijslevering. Op de hulpverlener rust wat dat betreft dus een verzwaarde stelplicht.³ Voldoet de hulpverlener niet aan deze verzwaarde stelplicht, dan verschuift de bewijslast van het tekortschietend handelen (door de hulpverlener) van patiënt naar de desbetreffende hulpverlener.⁴ En dankzij het arrest De Heel/Korver⁵ weten we dat niet of onvoldoende door de hulpverlener betwiste feiten of rechten als vaststaand worden beschouwd.

Maar uitgangspunt bij medische aansprakelijkheid blijft dat op de patiënt (of diens nabestaande) de bewijslast rust van het onzorgvuldig handelen door de zorgverlener. En ook dat door dat handelen de gestelde schade is veroorzaakt.

Met die bewijslast draag je ook het bewijsrisico. En, gekscherend, de wederpartij leunt ondertussen rustig achterover. Het loont dan ook voor de patiënt/eisende partij om de omkeringsregel in voorkomende situaties in stelling te brengen. Het *conditio sine qua non* verband tussen het handelen en de schade kan bij toepassing van de omkeringsregel⁶ ertoe leiden dat dit causaal verband als vaststaand wordt aangenomen en dat het op de weg ligt van degene die voor het handelen wordt aangesproken om te stellen en te bewijzen dat de schade ook zonder dat handelen zou zijn ontstaan. Het is in medische aansprakelijkheidsdossiers echter nog niet zo ver gekomen dat de omkering van bewijslast standaard als uitgangspunt heeft te gelden. In 2001 leek het wel die richting op te gaan: in het Protocol-arrest oordeelde de Hoge Raad dat de omkeringsregel kon worden toegepast omdat de geschonden norm (het protocol) beoogde te beschermen tegen een specifiek risico (trombose) en dat dit specifieke risico zich had verwezenlijkt.⁷ Zes jaar later oordeelde de Hoge Raad⁸ dat de door de gynaecoloog geschonden norm (het zo spoedig mogelijk uitvoeren van de meest geïndiceerde ingreep – te weten de spoedkeizersnede) er specifiek toe strekte zoveel mogelijk te voorkomen dat het ongeboren kind letsel zou oplopen. Hiermee was het *conditio sine qua non* verband volgens de Hoge Raad gegeven.

Een beroep op de omkeringsregel haalt het sindsdien echter bij lange na niet altijd in dossiers over medische aansprakelijkheid en in procedures bij de feitenrechtters. Met vaak een beroep op het arrest van de Hoge Raad van 23 november 2012 wordt een beroep op de omke-

2. HR 9 november 1990, NJ 1991/26 (*Speeckaert/Gradener*), ECLI:NL:HR:1990:AC1103.

3. HR 20 november 1987, NJ 1988/500 (*Timmer/Deutman*), ECLI:NL:HR:1987:AD0058.

4. HR 18 februari 1994, NJ 1994/368 (*Schepers/De Bruijn*), ECLI:NL:HR:1994:ZC1269.

5. HR 13 januari 1995, NJ 1997/175 (*De Heel/Korver*), ECLI:NL:HR:1995:ZC1611.

6. De Hoge Raad oordeelde hier voor het eerst over in het arrest van 19 januari 2001, NJ 2001/524 (*Ter Hofte/Oude Monnik*), ECLI:NL:HR:2001:AA9556.

7. HR 2 maart 2001, NJ 2001/649 (Protocol I), ECLI:NL:HR:2001:AB0377.

8. HR 7 december 2007 NJ 2007/655, ECLI:NL:HR:2007:BB3670.

ringsregels met regelmaat, zowel in als buiten rechte, afgewezen wanneer – kort gesteld – de specificiteit van de geschonden norm ontbreekt. Bij de schending van een *algemene* zorgvuldigheidsnorm van artikel 7:453 BW kom je als patiënt immers niet zomaar toe aan de toepassing van die omkeringsregel. De patiënt doet er daarom goed aan de norm, waarvan hij meent dat deze geschonden is, zo nauwkeurig mogelijk te omschrijven en (de rechter) erop te wijzen dat de norm van het goed hulpverlenerschap als bedoeld in artikel 7:453 BW – als zodanig *in het concrete geval* ingevuld – er specifiek toe strekt bescherming te bieden tegen de specifieke schade die zich bij de patiënt in kwestie heeft verwezenlijkt.

Artikel 6:98 BW bepaalt dat voor vergoeding slechts in aanmerking komt de schade die in zodanig verband staat met de gebeurtenis waarop de aansprakelijkheid van de schuldenaar berust, dat zij hem, mede gezien de aard van de aansprakelijkheid en van de schade, als een gevolg van deze gebeurtenis kan worden toegerekend. Voor wat betreft medische aansprakelijkheid is het sinds het arrest Vader Versluis duidelijk dat alleen in geval van overtreding van verkeers- en veiligheidsnormen een ruimere toerekening plaatsvindt. Voor die ruimere toerekening is geen plaats bij schending van een zorgvuldigheidsnorm (hetwelk over het algemeen in medische aansprakelijkheidsdossiers aangevoerd wordt). En voor de volledigheid: ook letsel dat buiten de normale lijn der verwachting ligt, kan aan de overtreder van voormelde norm worden toegerekend.⁹

Al deze regels ten spijt, of juist door deze regels, is het een feit van algemene bekendheid dat de geschillen waar medische aansprakelijkheid aan ten grondslag ligt, een fors aantal discussies kan opleveren. Discussies die gaan over onder meer de medische verwijtbaarheid, proportionele aansprakelijkheid, het verlies van een kans, gebrek aan informed consent, meerdere oorzaken/gebeurtenissen en overige causaliteits- en bewijsvraagstukken. Deze vraagstukken houden de betrokken partijen in de (medische) letselschadepraktijk heel lang bezig. Ze gaan bovendien vaak gepaard met omvangrijke specialistische deskundigenberichten ter onderbouwing van het gelijk dan wel het ongelijk.

3. Herstelgerichte geschilbeslechting theoretisch belicht

Ik vertel niets nieuws als ik zeg dat de afhandeling van een medisch aansprakelijkheidsdossier een forse impact heeft op de patiënt in kwestie of diens naasten/nabestaanden. De term ‘secundaire victimisatie’¹⁰ valt steeds vaker in dit verband en kan voor de patiënt leiden tot

9. HR 13 januari 1995, NJ 1997/175 (*De Heel/Korver*), ECLI:NL:HR:1995:ZC1611.

10. Secundaire victimisatie wordt wel omschreven als een hernieuwd slachtofferschap waarin iemand eerst slachtoffer wordt van een ongeval (medisch incident) en daarna opnieuw, maar dan van de houding van

(het verergeren van) psychische of lichamelijke klachten en daarmee tot vertraagd herstel. Een gepolariseerd debat over de medische aansprakelijkheid kan bovendien funest zijn voor het vertrouwen van de patiënt in de behandelrelatie met de aangesproken zorgverlener of zelfs het vertrouwen in de gezondheidszorg in het algemeen.

Maar niet alleen de patiënt/slachtoffer is de dupe. Ook de impact voor de zorgverlener die bij de gebeurtenis betrokken was, is vaak enorm. Onderstaand citaat op de website van het UMCG¹¹ vat deze impact naar mijn mening treffend samen:

‘Artsen hebben veel ervaring met zogenoemde slecht-nieuwsgesprekken. Ook zijn zij gewend aan het feit dat het niet goed gaat met patiënten, en dat deze kunnen komen te overlijden. In alle gevallen gaat dit gepaard met emoties. Echter, het type emoties dat optreedt wanneer een arts zelf een fout heeft gemaakt is wezenlijk anders. Dan kunnen gevoelens van schaamte, angst, onzekerheid en in vele gevallen ook eenzaamheid, optreden. Artsen schamen zich voor de gemaakte fout en zijn onzeker over hun functioneren en kwaliteiten. Daarnaast zijn zij bang voor reputatieschade voor henzelf en/of de afdeling, voor verwijten van patiënten en eventuele nabestaanden. Voor kritiek van collegae of leidinggevenden en voor eventuele klachtenprocedures of tuchtzaken. De neiging zal bestaan om situaties vergelijkbaar met die waarin de fout is opgetreden, te vermijden of dwangmatig extra te gaan controleren. Doordat de beroeps cultuur niet goed toestaat dat hierover gepraat wordt, ontstaat heel gemakkelijk een gevoel van isolatie. Dit gevoel wordt versterkt door collegae die de betrokkene niet steunen, maar eerder negeren. Vaak gaat het in de verwerkingsperiode niet goed met de betreffende arts: er zijn slaapproblemen, stemmingsproblemen, moeite met concentratie, gevoelens van onzekerheid en neiging tot dwangmatig herhalen van de gebeurtenis. Een enkeling is langdurig ziek en vertoont tekenen van depressie of burn-out. Desalniettemin blijkt gelukkig dat de meerderheid uiteindelijk herstelt en weer als voorheen kan functioneren. Dit neemt echter niet weg dat een tijdelijk disfunctionerende arts ongelukkig is en een risico vormt voor de veiligheid in de gezondheidszorg. Er zijn dus redenen genoeg te bedenken om hier waar mogelijk te interveniëren.’

De afgelopen jaren is er veel gedaan om deze gevolgen te beperken, althans te kanaliseren. Te denken valt onder meer aan de GOMA,¹² het kwalitatief onderzoek uit 2013 naar de behoeften van patiënten na een incident,¹³

de hulpverlener, diens verzekeraar, de advocaten, de rechtszaak en ga zo maar door.

11. overkwaliteitvanzorg.nl/2016/08/ervaring-peer-supportprogramma-umcg.

12. Gedragscode Openheid na medische incidenten; beter afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA) 2010.

13. Smeehuizen e.a., zie Laarman 2019, p. 71 noot 60.

het project OPEN¹⁴ en de wettelijke plicht van openheid in de Wkkgz.¹⁵ De rode draad in al deze initiatieven is het belang van openheid. De patiënt wil openheid en duidelijkheid over het incident. Onderzoek¹⁶ van de artsenfederatie KNMG uit 2016 laat zien dat ook artsen een open communicatie met de patiënt over incidenten essentieel vinden. De zorginstellingen nemen nu steeds meer zelf het initiatief wat betreft claimafhandeling in plaats van deze ‘over de schutting te gooien naar de verzekeraar’.¹⁷ Er zijn nu steeds meer zelfregulerende ziekenhuizen, waarbij het ziekenhuis zelf schadeclaims afhandelt met behulp van de klachtenfunctionaris, jurist en/of schaderegelingsbureau. De (vaak buitenlandse) verzekeraar komt vanwege het hoge eigen risico pas vanaf een bepaald schadebedrag in beeld. Maar ook de zorginstellingen die nog wel bij de ons bekende medische aansprakelijkheidsverzekeraars zijn aangesloten, zoals Medirisk, Centramed en VVAA, tonen in toeneemende mate initiatieven om anders om te gaan met de procedure na een incident. Centramed bijvoorbeeld verwoordde onlangs nog tijdens haar congres ‘Ketenkracht’ op 20 juni 2019 haar ambitie om claims binnen drie (! C7) maanden op te lossen, samen het proces van medische aansprakelijkheid te versnellen, met als doel een eerlijke oplossing voor alle betrokken partijen.¹⁸ Er lijkt al met al sprake te zijn van een duidelijke verschuiving van de klassieke benadering naar een meer herstelgerichte benadering.

3.1 Herstelrecht

Toeval bestaat niet; in de week dat ik startte met het schrijven van dit artikel landde nummer 3 van het Tijdschrift voor Vergoeding van Personenschade (TVP) op mijn bureau. Mr. B.S. Laarman¹⁹ bespreekt in haar zeer lezenswaardig artikel ‘Just culture en herstelrecht in de afwikkeling van medische schade’²⁰ de – zoals ik het zou willen noemen – ontstaansgeschiedenis van een alternatieve geschilbeslechting in medische aansprakelijkheidskwesties, genaamd het herstelrecht. Dit herstelrecht kan als theoretisch kader helpen een antwoord te vinden op de vraag hoe je een medische claim ‘just’ kunt afwickelen. Aan de hand van Nederlandse initiatieven en onderzoeken maar ook met verwijzing naar buitenlandse opgedane kennis en ervaringen maakt Laarman duidelijk dat de gezondheidszorg streeft naar een ‘just culture’.

14. OPEN is een leernetwerk van ziekenhuis en onderzoekers van de VU (prof. mr. Arno Akkermans en mr. Berber Laarman), het Nivel (prof. dr. dr. Roland Friele en dr. Renée Bouwman) en Amsterdam UMC/UvA (prof. mr. Johan Legemaate). In OPEN worden inzichten opgedaan over de organisatie van openheid na medische incidenten (www.openindezorg.nl).
15. Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz).
16. www.knmg.nl/actualiteit-opinie/nieuws/nieuwsbericht/artsen-over-incidenten-open-communicatie-met-patient-essentieel-grote-behoeftaan-steun-.htm.
17. Citaat van Wessel, vader van Anna, op 21 oktober 2019.
18. centramed.nl/25jaar.
19. Docent-onderzoeker aan het Amsterdam Centre for Comprehensive Law (ACCL), verbonden aan de afdeling Privaatrecht van de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit en uitvoerend onderzoeker in project OPEN.
20. B.S. Laarman, ‘Just culture en herstelrecht in de afwikkeling van medische schade’, *TVP* 2019/3, p. 65-83.

Het zoeken naar alternatieve manieren van rechtstoepassing die beter aansluiten bij de behoeften van iedereen die bij de gebeurtenis betrokken is. Zij benoemt onder andere de visie van Sydney Dekker²¹ en zijn aansluiting bij het gedachtegoed van het herstelrecht, het idee dat het recht verbindend en herstellend moet zijn, en dat oplossingen daarom niet moeten worden opgelegd door een onafhankelijke rechtsprekende instantie of neutrale derde, maar moet worden aangedragen door alle betrokkenen samen.²² Laarman zoomt daarbij in op een specifieke toepassing van herstelrecht, zijnde herstelconferenties (‘conferences’). Een dergelijke conference wordt begeleid door een neutrale derde. Uitgaande van het herstelgericht perspectief wordt ten eerste in kaart gebracht wie er zijn benadeeld, wat de belangen zijn van de schadelijgende (patiënt), de schadeveroorzakende partij (zorgverlener) en de gemeenschap (zorgaanbieder e.a.). Een dergelijke conference biedt een theoretisch kader dat ziet op de hele afwikkeling van een incident in plaats van te concentreren op de afwikkeling van het onderzoek, de klacht of het financiële plaatje. Deze benadering ‘sluit aan bij het idee dat verkokerde procedures strijdig zijn met de beleving en behoeften van patiënten, voor hen ingewikkeld en belastend zijn, dat de zorgplicht van een zorgaanbieder zich ook uitstrekt over het traject waarin de schade wordt afgewikkeld en daarnaast dat de patiëntveiligheid wordt gediend door een integrale aanpak van incidenten, klachten en claims, omdat ook van klachten of minder ernstige gebeurtenissen geleerd kan worden’.²³

3.2 Equality of arms

De door Laarman besproken ‘herstelconference’ bevat naar mijn mening de juiste ingrediënten voor een op basis van informed consent tot stand gekomen afronding van een medisch incident.

In het kader van dit Themanummer ga ik verder in op de praktische uitvoering van een dergelijke ‘herstelconference’ na een medisch incident bij een minderjarige patiënt. Let wel, niet elk incident hoeft op deze wijze afgehandeld te worden. Gelukkig lenen veel incidenten (zonder blijvende lichamelijke gevolgen) zich immers prima voor een goed gesprek met de klachtenfunctionaris van de betreffende zorginstelling.²⁴

Het gaat hier wat mij betreft om de ongewenste gebeurtenissen in het zorgproces die zijn aangemerkt als calamiteit dan wel ernstig incident met merkbare gevolgen.²⁵ Ik zie de volgende gesprekspartners aan tafel

21. S. Dekker, ‘The criminalization of human error in aviation and health-care; A review’, *Safety Science* (49) 2012/2, p. 121-127. Zie ook Laarman p. 68.
22. Laarman 2019, p. 69.
23. Laarman 2019, onder § 8.2 ‘Een restorative aanpak is inclusief’, p. 75.
24. De Wkkgz verplicht iedere zorgaanbieder om een klachtenfunctionaris te hebben.
25. Een calamiteit is volgens de Wkkgz: een niet-beoogde of onverwachte gebeurtenis die betrekking heeft op de kwaliteit van de zorg en die tot de dood van een cliënt of een ernstig schadelijk gevolg voor een cliënt heeft geleid (artikel 1 lid 1 Wkkgz). Calamiteiten moeten verplicht gemeld worden bij de Inspectie Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ). Een calamiteit is feitelijk een zeer ernstig incident in de zorg. Een incident is een ongewenste gebeurtenis in het zorgproces waarbij het net goed is

plaatsnemen. Aan de zijde van de patiënt: diens ouders (en desgewenst de patiënt zelf indien deze 16 jaar of ouder is) en hun belangenbehartiger. Aan de zijde van de zorginstelling: de aangesproken zorgverlener(s), de jurist van de zorginstelling of diens verzekeraar/schade-regelingsbureau en de klachtenfunctionaris. Je kunt je afvragen of in dit stadium een neutrale derde al nodig is. In mijn optiek hoeft dat niet en start de ‘herstelconferentie’ eerst verkennend, oriënterend. Alle betrokkenen zien erop toe dat het gesprek ordentelijk en informeel verloopt, waarbij een verwijtende sfeer vermeden wordt. Eenieder moet zich veilig voelen open te spreken. Het gesprek begint bijvoorbeeld met een beschrijving door de zorgverlener(s) van het medisch incident en een toelichting erop. Er bestaat vervolgens voldoende ruimte aan de zijde van de patiënt om daar vragen over te stellen. Het gesprek is geslaagd wanneer het duidelijkheid heeft gegeven over het incident, wat ervan is geleerd, dat ieders belangen en behoeften aan de orde zijn gekomen en afgestemd is wat het verdere vervolg wordt.²⁶ Afhankelijk van de uitkomst van dit eerste oriënterende gesprek kan alsnog besloten worden tot het laten aanschuiven van een neutrale derde, waarbij de keuze voor een MfN-registermediator een logische lijkt. Om de ‘herstelconferentie’ van meet af aan eerlijk en evenwichtig te laten verlopen, dient sprake te zijn van ‘equality of arms’.²⁷ Een eerlijk en fair ‘herstelconferentie’ bestaat alleen als aan beide zijden sprake is van gelijkheid. Gelijkheid op zowel medisch als juridisch gebied. Want alleen daarmee bereik je het wederzijds informed consent met de procedure en de uitkomst daarvan.

Hierin past het dan niet dat de aangesproken zorgverlener wél eenvoudig de beschikking kan hebben over medische en juridische deskundigheid terwijl de patiënt die eenvoud ontbeert.

Zolang aansprakelijkheid niet vaststaat, is toepassing van artikel 6:96 BW (op basis waarvan de redelijke kosten ter vaststelling van de aansprakelijkheid en schade als scha-

gegaan maar ook mis had kunnen gaan. De zorgaanbieder moet incidenten die merkbare gevolgen voor de patiënt hebben ook melden aan de patiënt en aantekenen in het patiëntendossier (bron: www.knmg.nl). Het verschil tussen een calamiteit en een incident is niet altijd duidelijk. Een animatie op de website van www.demedischspecialist.nl geeft antwoord op die vraag. (www.demedischspecialist.nl/nieuws/het-een-calamiteit-complicatie-incident-0).

26. Laarman 2019, kader op p. 74 ‘Gidsende vragen van herstelrecht’:
1. Wie zijn er benadeeld?
 2. Wat zijn hun behoeften?
 3. Wiens verantwoordelijkheid is het om daaraan tegemoet te komen?
 4. Waarom is dit gebeurd?
 5. Wie heeft een belang bij deze situatie?
 6. Wat is het juiste proces om belanghebbenden te betrekking bij een poging om het goed te maken en te voorkomen dat het nog een keer gebeurt?
27. Het beginsel van ‘equality of arms’ gaat uit van het idee dat de verdachte in een strafzaak een redelijke kans moet krijgen om zijn kant van het verhaal naar voren te brengen, zodat hij dezelfde kansen krijgt als de openbaar aanklager. Er moet sprake zijn van een evenwicht, een balans, in rechten. Het beginsel is verwoord in artikel 6 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens en is een van de elementen van ‘een eerlijke proces’. (Bron: cultureelwoordenboek.nl.)

depost kunnen worden verhaald) immers nog niet aan de orde. De drempel om specifieke deskundigheid in te roepen moet dan ook bij de patiënt worden weggenomen. En dat kan in mijn optiek alleen maar als de zorginstelling/verzekeraar de redelijke kosten overeenkomstig artikel 6:96 BW voor haar of zijn rekening neemt.

Ik pleit er dan ook voor dat ook aan de zijde van de patiënt bij de afhandeling van een medisch incident juridische en medische deskundigheid wordt gefaciliteerd. Dit moet dan gebeuren op kosten van de zorginstelling (althans diens verzekeraar), ongeacht de mate van aansprakelijkheid en causaliteit. Eventuele weerstand daartegen wordt naar mijn overtuiging weggenomen als men zich realiseert dat de gemeenschap nu al via de ziektekostenpremie en belastingen voor de deskundigheid aan de zijde van de zorgverlener betaalt. Waarom dan niet ook in een dergelijke situatie aan de zijde van de patiënt? Het schadebeperkend effect van een adequaat doorlopen ‘herstelconferentie’ staat niet ter discussie. Het voorkomt kostbare en belastende juridische procedures, waaronder (de veel te vaak onnodige) tuchtprocedures. Zoals eerder aangevoerd bevordert het uiteindelijk de kwaliteit van zorg. Omdat in de ‘herstelconferentie’ ook aandacht is voor de behoeften van de patiënt, de ouders en het gezin, kan al in een vroeg stadium oplossingsgericht te werk worden gegaan. Ook daar gaat een schadebeperkend effect van uit.²⁸

Laarman benoemt de functie van de advocaten aan de zijde van de patiënt in het herstelrecht: ‘Zij kunnen een belangrijke rol spelen in verwijzing naar herstelgerichte mogelijkheden en hun cliënt stimuleren het ‘moreel juiste te doen’. Op procedureel vlak kunnen zij voorlichting geven over de aard en de gevolgen van een herstelgerichte benadering en de rechten van partijen blijven bewaken. Voorlichting kan met name belangrijk zijn voor het waarborgen van informed consent met de procedure en de uitkomst’.²⁹

Onderschat die rol niet. De ter zake deskundige advocaat zal daarnaast waar nodig verwachtingen managen en bijdragen aan de totstandkoming van een breed gedragen uitkomst, zelfs – heel belangrijk – als die de patiënt niet welgevallig is. Herstelrecht omvat immers ook begrip en berusting als het niet fout is gedaan.

4. Baby Anna revisited, een herbezoek vijf jaar na dato

In een periode waarin de blame-cultuur en de klassieke benadering nog hoogtij vierden, had ik de mediation-ervaring in het dossier van baby Anna. Die positieve ervaring deelde ik destijds met de zaal bij het 26e jaarlijkse symposium van de LSA ‘(Je) geld of je leven (terug)’ en beschreef ik in de LSA-bundel met voor-

28. Mr. J.G. Vos beschrijft dit in haar artikel ‘Een goed begin is het halve werk’ elders in dit Themnummer.

29. Laarman 2019, p. 81.

drachten.³⁰ Vijf jaar na dato en ingegeven mijn bijdrage aan dit themanummer, leek het mij een uitgelezen gelegenheid eens met de ouders van baby Anna bij te praten en terug te kijken op die bijzondere, intense periode in 2014.

Het is maandag 21 oktober 2019: de inmiddels 6-jarige Anna doet, de hand van haar vader vasthoudend, de voordeur open. Ze is door haar ouders goed voorbereid op mijn komst. Ze loopt, met haar rechteronderbeentje in prachtig roze gips, met mij de zitkamer in. Gezellig kletsend laat zij mij haar poppenverzameling zien en in dezelfde zin het bobbeltje bovenop haar hoofd, de plek waar onderhuids de drain nog altijd zit. Verder vertelt zij trots dat haar beentje al jaren scheef stond en laatst was rechtgezet door de dokter, vandaar het gips. Over twee weken mag ze nieuw gips en hoopt dan op een nog mooiere roze kleur.

Anna is een innemend meisje met prachtige blonde krullen. Maar je ziet dat het hersenletsel zijn tol heeft geëist: Anna loopt wankel en verplaatst zich bij voorkeur zittend dan wel kruipend over het tapijt. Het uitspreken van bepaalde woorden of klanken lukt niet altijd goed en daardoor is zij niet altijd goed verstaanbaar. Claire en Wessel vertellen mij uitvoerig hoe intensief de afgelopen jaren zijn geweest met Anna, met vele operaties, intensieve revalidatie en therapieën. Mede hierdoor maar ook vanwege het feit dat Claire haar baan heeft opgezegd om zich voor de volle 100% te kunnen richten op haar dochter, is Anna's motorische ontwikkeling toch boven verwachting. De cognitieve beperkingen hebben zich helaas gerealiseerd. Er is autisme gediagnosticeerd, gecombineerd met een angststoornis. Het is gelukt Anna uiteindelijk geplaatst te krijgen bij een geschikte kinderdagopvang en inmiddels volgt zij speciaal onderwijs met zorg. Wessel en Claire vertellen mij over de strijd met gemeente, zorgverzekeraar en andere instanties, waarbij het spreekwoordelijke kastje en muur in elke zin valt.

Als ik ze vraag, de huidige situatie kennende, of zij het mediationtraject van vijf jaar geleden nog steeds op dezelfde wijze hadden doorlopen, antwoorden ze volmondig en heel resoluut met 'ja'. Wessel verwoordt het treffend: 'Je hebt in zo'n situatie met mensen te maken. Het overkomt niet alleen de patiënt. Het overkomt ook de arts, de afdeling, het ziekenhuis. Hoe ga je met elkaar om vanaf het allereerste moment dat duidelijk wordt dat er iets fout is gegaan? Je kan het immers niet laten rusten. Het ergste wat je dan kan gebeuren is als in zo'n situatie de verantwoordelijkheid wordt afgeschoven en over de schutting wordt gegooid naar de verzekeraar. Want dan word je van patiënt een zaak. En dat wil je helemaal niet. Hoe beter een arts omgaat met een klacht, des te groter de kans dat het vertrouwen in die arts wordt behouden. Bespreek dan ook vanaf het eerste moment als arts met de patiënt het te bepalen traject. Wees daarin open.'

30. C.E. Jeekel, 'De praktijk juridisch belicht van slachtofferzijde' in '(Je) geld of je leven (terug). Vergoeding in natura'. Voordrachten gehouden op het 26ste symposium van de Vereniging van Letselschade Advocaten 2015, p. 133-170.

Claire zegt in dit verband: 'Als de artsen nou meteen die menselijke maat hadden durven tonen, dan was dat voor ieders gemoedrust zoveel beter geweest. De woede overheerste nu. Was die menselijke reactie er wel geweest, van meet af aan, dan waren we veel milder geweest.'

Claire en Wessel hebben de periode in aanloop naar de mediation en de mediation zelf wel als heel intensief ervaren: 'Het is het werk van de verzekeraar, van de belangenbehartiger. Maar het is uitdrukkelijk niet het werk van de patiënt. Als ouders heb je een verantwoordelijkheid naar je kind om er iets mee te doen. Maar wij zagen direct dat de casus niet in één fout te vatten was, maar een cascade van problemen was. Er was geen begin, maar ook geen eind, het was niet te pinpointen op één situatie, op één persoon. Wij hadden het geluk samen – met jou als onze belangenbehartiger – over een enorme standvastigheid en drive te beschikken om de discussie met de artsen en het ziekenhuis aan te gaan.

Maar hoe moet dat dan met patiënten of hun ouders die daar niet over beschikken? Die daardoor, nadat duidelijk is dat het mis is gegaan, wél genoeg nemen met de eerste ontkenningen of ontwijkende antwoorden? In zo'n situatie moet je namelijk van meet af aan heel precies zijn in je formuleringen. Je moet je emoties zien te filteren en, heel belangrijk, je laten omringen door deskundigen. Het is namelijk een onontgonnen terrein voor de patiënt.'

Claire vat het uiteindelijk als volgt samen: 'Laat het, als dat kan, niet escaleren in zo'n situatie. Het verwoest mensenlevens en daarmee wordt niet alleen het leven van de patiënt of diens ouders bedoeld. Of het nou wel of geen terechte claim is, het is hoe dan ook slechte reclame voor de arts en de zorginstelling als het juridisch escaleert. Schuif als aangesprokene de verantwoordelijkheid niet te makkelijk af naar de verzekeraar. Ga in gesprek met elkaar, houd voor ogen dat wij allemaal mensen zijn. Zorg dat zo'n gesprek wel evenwichtig is. Laat je dus over en weer omringen door de juiste professionals. En probeer er met elkaar uit te komen. Zoek ieders echte belangen op want wanneer je die hebt gevonden, is de oplossing vaak dichterbij dan je denkt.'

Vijf jaar na dato zien Claire en Wessel achteraf wel dat het mediationtraject ergens therapeutisch is geweest: 'Het samen werken aan een oplossing. De niet verwijtende, de niet ontkenkende, maar juist constructieve benadering is een succes geweest. En maken dat het boek ook echt gesloten heeft kunnen worden.'

5. Conclusie en aanbevelingen voor de praktijk

In deze bijdrage aan het Themanummer heb ik vanuit de casus van baby Anna, mijn lezing daarover tijdens het 26e LSA symposium in 2015, de door mr. B.S. Laarman beschreven wetenschappelijke benadering uit

binnen- en buitenland en de ervaringen en retrospectieve benadering van de ouders van Anna ‘the best practice’ bevestigd gezien. Mens durf te reeg’len. Onder-schat als zorgverlener niet het belang van medeleven, excuses aanbieden, het aanbieden van een herstelconference. Ga van meet af aan, na een medische calamiteit of incident met merkbare gevolgen, met elkaar om de tafel. Om mr. J.G. Vos te citeren: ‘Zo vroeg mogelijk en zo snel mogelijk werken aan duidelijkheid zorgt voor een reductie van onnodige kosten, een beheersing van de schadelast en als belangrijkste een optimale zorg voor het kind en het gezin.’

En Laarman: ‘Het komt erop aan of men het gezamenlijk belang inziet bij een informele, herstelgerichte aanpak van claims wanneer dat kan, met de mogelijkheid om alle andere middelen uit de kast te trekken wanneer dat nodig is. Voor zorgaanbieder, zorgverleners en patiënten die betrokken zijn bij een klacht of claim ligt dat belang in het voorkomen van procedurele schade en de bevordering van de kwaliteit van zorg’.³¹

‘Mens durf te reeg’len’. Want hoe je het ook wendt of keert, je hebt in een situatie van een (mogelijke) medische aansprakelijkheid te maken met mensen. Het kind, de ouders, de behandelaar(s), zorginstelling, verzekeraar: allemaal mensen. Mensen die – uitzonderingen daargelaten – allen baat hebben bij ‘een restoratieve aanpak die uitgaat van behoeften in plaats van rechten en de blik richt op de toekomst in plaats van over de schouder’.³²

54 Dus mensen, stap over de barrière van schroom, weerstand, ‘onbekend maakt onbemind’ en durf op basis van wederzijdse ‘equality’ te reeg’len. Er is alleen maar winst te behalen.

31. Laarman 2019, p. 83.

32. Laarman 2019, p. 83.