



door Jonna De Clerck en Stijn Konning
| beiden advocaat bij Van Benthem & Keulen B.V.

Medische aansprakelijkheid en COVID-19

Inmiddels is het bijna een jaar geleden dat het coronavirus de Nederlandse gezondheidszorg raakte. De zorg heeft daardoor de afgelopen periode gekampt met schaarste op nagenoeg alle vlakken. Niet alleen het coronavirus zelf, maar ook de veranderde omstandigheden hebben onmiskenbaar geleid tot aanmerkelijke gezondheidsschade. We zien nu dat de eerste patiënten hun zorgverlener of zorginstelling aansprakelijk stellen vanwege medisch onzorgvuldig handelen in deze periode. In dit artikel bespreken we hoe kansrijk deze 'coronaclaims' zijn en hoe hiermee in de praktijk kan worden omgegaan.

Goed hulpverlener

Bij de beoordeling van het handelen van een zorgverlener staat centraal of er is gehandeld als een goed hulpverlener. Dit wordt getoetst aan de norm van de redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot onder soortgelijke omstandig-

heden.¹ De patiënt heeft recht op een zorgverlener die in vergelijking met vakgenoten een gemiddelde bekwaamheid heeft en ook in het specifieke geval conform die bekwaamheid heeft gehandeld. Er bestaat geen recht op de meest bekwame en ervaren professor die de norm ontstijgt, maar anderzijds

mag de patiënt verwachten dat geen inspanningen worden geleverd die benedenmaats zijn. De patiënt heeft met andere woorden recht op een goed gemiddelde; er wordt niet uitgegaan van het meest optimale handelen.² Uit de definitie van de norm volgt dat de omstandigheden van belang zijn voor de

beoordeling, getoetst wordt immers aan soortgelijke omstandigheden: zou een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot in die omstandigheden hetzelfde hebben kunnen handelen.³

Soortgelijke omstandigheden

Het in de norm gelegen aspect van soortgelijke omstandigheden is ook van belang bij de juridische beoordeling van medische aansprakelijkheidsclaims in tijden van het coronavirus. Het afgelopen jaar zijn de omstandigheden in de zorg immers in grote mate veranderd. Dit zal in veel gevallen hebben geleid tot een andere invulling van de norm van goed hulpverlenerschap. Te denken valt bijvoorbeeld aan de huisarts die voornamelijk via beeldverbinding consulten heeft verricht en de verloskundige die niet-essentieel echografisch onderzoek heeft uitgesteld. Onder normale omstandigheden zou de conclusie waarschijnlijk zijn dat niet is gehandeld als goed hulpverlener, omdat een vakgenoot op basis van richtlijnen en protocollen een andere keuze zou hebben gemaakt. Deze andere handelwijze is echter ingegeven door de veranderde omstandigheden en niet door een gebrek aan kennis of kunde. De eisen die worden gesteld aan het handelen als goed hulpverlener schuiven daarmee op. Wat onder normale omstandigheden als onvoldoende zou zijn aangemerkt, voldoet door de veranderde omstandigheden aan de norm. Immers, een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot zou onder die veranderde omstandigheden hetzelfde hebben gehandeld. Andersom geldt ook dat er op bepaalde aspecten juist meer verwacht mag worden door de veranderde omstandigheden. Denk daarbij bijvoorbeeld aan het gebruik van persoonlijke beschermingsmiddelen in de zorg.

Ongewenste neveneffecten

Bij elke coronaclaim zal dus beoordeeld moeten worden in hoeverre het handelen of nalaten van de zorgverlener is ingegeven door de veranderde omstandigheden. Dit zal niet altijd eenvoudig

vast te stellen zijn. Een belangrijk deel van de schade zal immers niet veroorzaakt zijn door bewuste afwegingen, maar juist door ongewenste neveneffecten die de grote druk op de zorg met zich heeft meegebracht. Hierbij kan bijvoorbeeld worden gedacht aan de verpleegkundige die door oververmoeidheid en drukte zonder controle het verkeerde medicament toedient en de oogarts die normaliter niet werkt op een verpleegafdeling en daardoor een belangrijke klinische achteruitgang van een patiënt over het hoofd ziet. In deze situaties is sprake van schade die is

Er bestaat geen recht op de meest bekwame en ervaren professor die de norm ontstijgt, maar anderzijds mag de patiënt verwachten dat geen inspanningen worden geleverd die benedenmaats zijn. De patiënt heeft met andere woorden recht op een goed gemiddelde.

beïnvloed door de gewijzigde omstandigheden in verband met het coronavirus. Indien een medisch adviseur of deskundige niet over de specifieke omstandigheden wordt voorgelicht, is het aannemelijk dat de beoordeling geen recht doet aan de bijzondere situatie. Medische claims die zien op handelen ten tijde van het coronavirus verdienen daarom extra aandacht. De gewijzigde situatie, en daarmee de soortgelijke omstandigheden, dienen centraal te worden gesteld en zo goed mogelijk in kaart te worden gebracht.

Per claim verschillend

Die omstandigheden zullen per claim verschillend zijn. Het kan dan gaan om van overheidswege opgelegde veranderde omstandigheden, zoals het besluit van de Inspectie voor Gezond-

heidszorg en Jeugd (IGJ) om vanwege schaarste tijdelijk ook dierlijke sedativa toe te staan⁴ of het besluit van het Ministerie van VWS dat onder voorwaarden ook niet BIG-geregistreerde hulpverleners konden worden ingezet.⁵ Maar er dient juist ook aandacht te zijn voor lokale afspraken, bijvoorbeeld over afschaling van poliklinische zorg of het uitstellen van operaties in een bepaald ziekenhuis.⁶ Daarnaast kan worden gedacht aan specifieke omstandigheden in een bepaald geval, zoals het gegeven dat een medewerker voor meer patiënten zorgde dan gebruikelijk of op een afdeling werkte waarvoor de kennis en deskundigheid ontbrak. Al deze factoren kunnen van invloed zijn op de norm van goed hulpverlenerschap. Bij nagenoeg alle claims op het gebied van medische aansprakelijkheid over het afgelopen jaar verdient het aanbeveling deze omstandigheden zorgvuldig in kaart te brengen, zodat deze kunnen worden meegewogen in de vraag of is gehandeld als goed hulpverlener.

Beroep op overmacht

Mocht toch worden geconcludeerd dat niet conform de norm is gehandeld – terwijl wel de overtuiging bestaat dat het handelen is beïnvloed door de gewijzigde omstandigheden – dan zou een beroep op overmacht nog uitkomst kunnen bieden. Er zijn immers situaties denkbaar dat de tekortkoming de hulpverlener door de bijzondere omstandigheden niet kan worden toegerekend. Binnen de medische aansprakelijkheid wordt zelden een beroep gedaan op overmacht, omdat toerekenbaarheid bij een normschending wordt geacht een gegeven te zijn (kwalitatieve aansprakelijkheden uitgezonderd). Indien er geen sprake is van 'schuld' (verwijtbaarheid) bij de zorgverlener, wordt er toegerekend op basis van verkeersopvatting (het oordeel dat de normschending voor rekening en risico van de veroorzaker dient te komen). Een overmachtsverweer bij zuivere medische aansprakelijkheid is voor zover ons bekend nooit gehonoreerd. Wel is enkele malen een beroep gedaan op het ontbreken van toerekenbaarheid, zoals bij de oogarts die onverwachts flauwviel tijdens een



Bekwaamheid

behandeling,⁷ de gynaecoloog die plotseling werd overmand door extreme drukte⁸ of (meer recent) het uitstel van een ingreep in verband met gebrek aan operatiepersoneel door ziekteverzuim.⁹ Steeds werd het beroep op overmacht afgewezen omdat naar verkeersopvatting van zorgverleners en zorginstellingen mag worden verwacht dat de zorg op een dergelijke wijze wordt ingericht dat men is voorbereid op onvoorziene en bijzondere omstandigheden.

Niet representatief

Wij menen dat de weinige uitspraken die zien op de vraag of een zorginstelling of hulpverlener zich kan beroepen op overmacht, niet representatief zijn voor de situatie die het afgelopen jaar in de gezondheidszorg gold. Er was schaarste aan nagenoeg alles dat benodigd is voor het leveren van goede zorg en een epidemie van deze omvang is onvoorzienbaar geweest. Het is maar zeer de vraag of deze omstandigheden op zorginstellingen of zorgverleners kunnen worden afgewenteld en daarmee of dit aan hen kan worden toegerekend. De rechtspraak zal zich moeten gaan buigen over de vraag of een

overmachtsverweer in deze situaties uitkomst biedt. Wat ons betreft geen bij voorbaat kansloos verweer.

Het lijkt immers niet aannemelijk dat een redelijk handelend en redelijk handelend bekwaam vakgenoot onder dezelfde omstandigheden anders zou hebben gehandeld. En dat blijft de norm voor de tekortkoming.

Normschending?

Nauwkeurige lezing van de uitspraken die wel gewezen zijn over het beroep op overmacht binnen de medische aansprakelijkheid, leidt tot de vraag of het juridisch wel juist is dat de normschending in die gevallen werd aangenomen. Voordat wordt toegekomen aan de toerekeningsvraag moet immers worden

beoordeeld of er wel sprake is van een tekortkoming. Dat dit soms over het hoofd wordt gezien en er in bepaalde situaties te gemakkelijk wordt uitgegaan van een tekortkoming, blijkt ook uit de arresten van de Hoge Raad afgelopen zomer over aansprakelijkheid bij gebruik van ongeschikte medische hulpzaken.¹⁰ Eerst dient de aandacht uit te gaan naar de vraag of er sprake is van een tekortkoming; of een norm is geschonden. Daarbij dienen we ons te realiseren dat de geneeskundige behandelingsovereenkomst naar zijn aard in beginsel een inspanningsverplichting van de hulpverlener inhoudt en geen resultaatverplichting.¹¹ Met andere woorden: van een hulpverlener mag worden verwacht dat hij zich inspannt om een zo goed als mogelijk resultaat te behalen, maar hij committeert zich in beginsel niet tot het behalen van een bepaald resultaat. Wanneer dat resultaat uitblijft is dus nog geen sprake van een tekortkoming. Pas als de hulpverlener zich niet heeft ingespannen conform hetgeen van een redelijk handelend en redelijk bekwaam vakgenoot onder dezelfde omstandigheden mag worden verwacht, schiet hij tekort en kan er gesproken worden van een tekortkoming. En pas dan kom je toe aan de toerekeningsvraag.



Bekwaamheid

Onvoldoende inspanning?

Kan wel gesproken worden van onvoldoende inspanning bij een door drukte overvallen hulpverlener of een arts die geen andere mogelijkheid zag dan het uitstellen van een operatie of behandeling? Het lijkt immers niet aannemelijk dat een redelijk handelend en redelijk handelend bekwaam vakgenoot onder dezelfde omstandigheden anders zou hebben gehandeld. En dat blijft de norm voor de tekortkoming. De meest logische – en juridisch meest zuivere – conclusie lijkt dan ook dat wanneer twijfel bestaat over de toerekening (overmacht), de oplossing dient te worden gezocht in de tekortkoming. Die verdient alle aandacht in de beoordeling van medische aansprakelijkheidsclaims, zeker in tijden van het coronavirus. Aan de discussie over de haalbaarheid van het overmachtsverweer wordt dan wellicht niet toegekomen.

Oproepen van de Staat

In procedures waar de toerekenbare tekortkoming toch wordt vastgesteld, zou in bepaalde situaties nog gedacht kunnen worden aan het in vrijwaring

oproepen van de Staat omdat zorginstellingen in sommige situaties onder directe druk van overheidsbesluiten in hun handelen beperkt waren. Dan ligt het voor de hand om aansprakelijkheid door te geleiden aan de partij

Wij menen dat een zorgvuldige beoordeling van goed hulpverlenerschap in een groot deel van de gevallen zou moeten leiden tot de conclusie dat de schade voortvloeit uit de veranderde omstandigheden door het coronavirus en niet valt af te wenden op de hulpverlener.

die de handelingsmogelijkheden heeft beperkt. Daarbij zullen we ons moeten realiseren dat het coronavirus dermate onvoorzienbaar is geweest, dat het heel goed denkbaar is dat de daaruit

voortvloeiende gezondheidsschade niet op een aansprakelijke partij kan worden afgewenteld maar dat gewoon sprake is van tegenspoed. Dan geldt het adagium 'ieder draagt zijn eigen schade'.

Zorgvuldigheid vereist

Kortom, het verdient aanbeveling om bij de beoordeling van coronaclaims zorgvuldig te werk te gaan en de veranderde omstandigheden nauwkeurig in kaart te brengen alvorens te beoordelen of er is gehandeld als goed hulpverlener. Wij menen dat een zorgvuldige beoordeling van goed hulpverlenerschap in een groot deel van de gevallen zou moeten leiden tot de conclusie dat de schade voortvloeit uit de veranderde omstandigheden door het coronavirus en niet valt af te wenden op de hulpverlener. Daarmee zou de schadelast door het coronavirus beheersbaar moeten blijven. Mocht toch een tekortkoming worden vastgesteld die hiermee samenhangt, dan kan een beroep op overmacht mogelijk uitkomst bieden.