

Coronaclaims in de (medische) zorg

Ton Hartlief, datum 14-09-2020

Datum

14-09-2020

Auteur

Ton Hartlief

Folio weergave

[Download gedrukte versie \(PDF\)](#)

JCDI

JCDI:ADS231166:1

Vakgebied(en)

Corona (V)

Gezondheidsrecht / Bijzondere onderwerpen

Verbintenissenrecht / Aansprakelijkheid

Twee crisisberichten die werden overschaduwd door de bruiloft van de minister van justitie. [1](#) Het eerste is bezorgd over gezondheid en welzijn van het zorgpersoneel (is dat bij een tweede corona-golf voldoende beschermd?; dreigt uitval?). In het tweede bericht waarschuwt Medirisk (net als Centramed een 'onderlinge'; samen verzekeren zij 95% van de ziekenhuizen tegen aansprakelijkheid) voor een golf die ons pas in 2022 bereikt: corona-claims. Beide berichten zijn te linken aan aansprakelijkheid in de (medische) zorg en wel op twee fronten. Het gaat in ieder geval om *werkgeversaansprakelijkheid*: claims van zorgpersoneel dat zijn werkgever verwijt het personeel onvoldoende te hebben beschermd tegen corona (met IC-verblijf, langdurig herstel of zelfs overlijden als gevolg) of zo zwaar te hebben belast dat uitval volgde. Maar het gaat ook over *medische aansprakelijkheid*: claims van corona-patiënten vanwege fouten bij hun behandeling en vooral van 'gewone' patiënten vanwege uitgestelde zorg, verkeerde diagnoses op afstand etc. Alleen al voor de leden van Medirisk en Centramed die met beide claimtypen te maken krijgen, zou het om tientallen miljoenen euro's gaan.

De (medische) zorgsector (eerstelijnszorg (huisartsen, fysiotherapeuten), ziekenhuizen, verpleeghuizen) heeft tijdens de eerste corona-golf vol in de wind gestaan. Dat dreigt nu weer te gebeuren: meer dan andere sectoren loopt zij het risico op aansprakelijkheidsclaims. Daarmee is nog niet gezegd dat toewijzing zal volgen. Het aansprakelijkheidsrecht buiten crisistijd is al een weinig klantvriendelijk systeem waarin vergoeding alleen is weggelegd voor diegenen die de drempels (fout, schade en causaal verband) weten te slechten. Zowel bij beroepsziekten als bij medische fouten is dat erkend lastig. Op beide terreinen wordt daarom voor alternatieve vergoedingsmechanismen gepleit, maar vooralsnog tevergeefs. Ook de ministers Schippers en Bruins zien geen heil in een schadefonds bij medische incidenten; zij hechten aan de uitgangspunten van het aansprakelijkheidsrecht en verwijzen gedupeerden die dan aan het kortste eind trekken naar ons sociale vangnet. [2](#) Het is echter de vraag of dit nu nog vol te houden is.

Ook in deze crisistijd is de route van het aansprakelijkheidsrecht, zowel bij werkgeversaansprakelijkheid als bij medische aansprakelijkheid, met voetangels en klemmen bezaaid. Niet uitgesloten is dat aansprakelijkheid ex art. 7:658 BW wordt aangenomen bij ziekte of overlijden door coronabesmetting tijdens het werk als gevolg van onvoldoende beschermingsmiddelen. Natuurlijk is de vraag of het reëel is werkgevers (behalve instellingen zijn dat bijvoorbeeld ook huisartsen) de rekening te presenteren – het was tijdens de eerste golf immers roeien met schaarse riemen –, maar of zij zich daar in art. 7:658-verband op kunnen beroepen, betwijfel ik. Lastiger zijn de gevallen van uitval van zorgpersoneel door overbelasting of onvoldoende nazorg. Dat de werkgever hier is tekortgeschoten, is moeilijk aan te tonen. Hetzelfde geldt voor het causaal verband. De reguliere art. 7:658-rechtspraak over overbelasting is niet gunstig voor eisers.

Bij claims ter zake van medische aansprakelijkheid moeten we onderscheid maken tussen eventuele fouten bij de behandeling van corona-patiënten (die bijvoorbeeld ten onrechte niet op de IC terechtkwamen) en fouten gemaakt bij de reguliere zorg (te laat gestelde kankerdiagnose of een onjuiste op afstand genomen beslissing). Aangesproken personen zullen ongetwijfeld een beroep doen op de extreme situatie waarin zij verkeerden. Zo'n *crisisverweer* zal veelal uitkomst bieden: de extreme situatie kan 'meewegen' bij de professionele standaard van art. 7:453 BW (in wezen mocht de patiënt dan minder zorg verwachten dan normaal (geen tekortkoming)) of een beroep op overmacht rechtvaardigen (wel een tekortkoming, maar geen toerekenbare). In beide 'routes' ontbreekt dan aansprakelijkheid en krijgt eiser nul op het rekest. Natuurlijk kan hij zijn heil blijven zoeken in het aansprakelijkheidsrecht door een andere fout (geen behandelingsfout maar een 'organisatiefout' ('ziekenhuis had zorg gewoon slecht georganiseerd')) of juist een andere 'dader', overheid of toezichthouder, in beeld te brengen. Zo'n 'opschaling' zal veelal niet baten. Ook hier is de kans op een *crisisverweer* groot

(‘in een extreme situatie hebben we moeten kiezen; achteraf gezien hadden we vast ook betere keuzes kunnen maken’) en zal het voor gedupeerden heel moeilijk zijn desondanks een fout (én causaal verband) aan te tonen. Steun vragen in ‘Den Haag’ is het nieuwe normaal. Medirisk roept overheid en zorgverzekeraars op afspraken te maken om haar leden te compenseren voor de aansprakelijkheidslast die met coronaclaims gepaard zal gaan. Als dat gebeurt, kan dat uiteraard niet tot de aansprakelijkheidslast van ziekenhuizen beperkt blijven. Of ziekenhuizen in 2022 inderdaad een forse rekening krijgen gepresenteerd, is echter niet zeker. Een reëel scenario lijkt mij dat gedupeerden (zorgpersoneel én zorgontvangers) in het crisisaansprakelijkheidsrecht nul op het rekest krijgen. Zij zijn echter wel slachtoffer van extreme omstandigheden: onder grote, ook politieke, druk (het kon niet verzaken) heeft het zorgpersoneel zijn zware werk verricht, terwijl de cliënten juist door de *lockdown* niet altijd kregen wat zij verdienden. Daarom mag ‘Den Haag’ zich inderdaad aangesproken voelen. Recentelijk is al bepleit getroffen *zorgpersoneel* de aansprakelijkheidsrechtelijke route te besparen en te voorzien in een compensatieregeling waarin adequate vergoeding voor gedupeerden wordt weggelegd.^[1] Licht het niet voor de hand deze regeling te combineren met een vergoedingsregeling voor *zorgontvangers* voor wie de horden van het crisisaansprakelijkheidsrecht ook (bijna) onoverkomelijk zijn, terwijl hun bijzondere situatie wel een zekere vergoeding rechtvaardigt? Natuurlijk rijzen dan inrichtingsvragen (wat is de verhouding tot het aansprakelijkheidsrecht?; hoe dubbele vergoeding en misbruik te voorkomen?), maar in deze crisis hebben we al eerder steun aan serieuze uitkeringsvoorwaarden weten te verbinden. Is een Coronafonds voor de (medische) zorgsector^[4] geen wenkend perspectief?

Voetnoten

[1]

www.parool.nl en www.zorgvisie.nl (4-9-2020).

[2]

Zie bijv. [Kamerstukken II 2011/12, 31765, nr. 32](#).

[3]

Overheul, Rijnhout & Van den Bos, *NJB* 2020/1644, afl. 26, p. 1880 e.v.

[4]

Inclusief dus eerstelijnszorg (huisartsen) en verpleeghuizen.