

De Siamese tweeling

Recht en moraal in de biomedische praktijk

Redactie:
W. van der Burg
P. Ippel

Uitgave in samenwerking met het
Centrum voor Bio-ethiek en Gezondheidsrecht



1994
Van Gorcum, Assen

Bio-ethiek en Gezond-
agement-team van het
de ingenomen stand-

6 De arts: heilige of koopman?

De arts-patiënt relatie en de Wet Geneeskundige Behandelingsovereenkomst

Alex Huijbers en Wibren van der Burg

6.1 Inleiding

In het voorjaar van 1990 is het ontwerp van de Wet Geneeskundige Behandelingsovereenkomst (Ontwerp WGBO) aangeboden aan de Tweede Kamer. De behandeling van dit wetsontwerp in deze Kamer lijkt inmiddels in haar laatste fase. In de literatuur is aan het wetsvoorstel - en het daaraan voorafgaande voorontwerp - ruim aandacht besteed.¹

Eén aspect is daarbij echter tot dusverre onderbelicht gebleven, namelijk een analyse van de mate waarin het in het wetsvoorstel gekozen contractuele model daadwerkelijk aansluit bij de arts-patiënt relatie. Voorzover op dit punt discussie plaatsvond, had ze betrekking op de vraag op welke wijze, in welke rechtsverhouding, bepaalde zaken zoals het toestemmingsvereiste en het recht op informatie, het meest effectief geregeld konden worden. Dat is echter een andere vraag dan de kwestie die in deze bijdrage aan de orde is.

Het gaat ons om een fundamentele analyse van voor- en nadelen van het contractuele model zoals dat in de WGBO voor de arts-patiënt relatie gehanteerd wordt.² Deze analyse blijft van belang, ook al ligt het uitgangspunt voor wetgeving inmiddels vast. Een meer afstandelijke beschouwing kan alert maken op knelpunten en een bijdrage vormen aan het vermijden van risico's die aan het gekozen model verbonden zijn.

Het wetsvoorstel leidt bovendien tot bezinning op de verhouding tussen ethiek en recht. Er worden namelijk juridische normen geformuleerd voor een praktijk die zich naar de mening van veel beroepsbeoefenaars maar moeilijk leent voor een juridische benadering en op een aantal punten een eigen beproefde interne moraal heeft ontwikkeld.

¹ Zie over het voorontwerp het artikel van Hondius en Nadorp-van der Borg uit 1988. Over het ingediende wetsontwerp gaat de bundel Hubben 1990, de artikelen van Leenen 1990 en Nadorp-van der Borg 1991, die gematigd positief van toon zijn. Uiterst kritisch is de civilist Kortmann 1990, die meent dat naast de algemene regeling van de opdracht in het Nieuw BW geen behoefte bestaat aan een specifieke regeling van de behandelingsovereenkomst.

² Overigens zijn de voor- en nadelen van het voorgestane contractuele model tijdens de schriftelijke behandeling van het wetsvoorstel wel aan de orde geweest. Vooral door de CDA-fractie werden vraagtekens gezet bij de wenselijkheid van een specifieke regeling van het arts-patiënt contract. Zie daarover het Eindverslag en de Nota naar aanleiding van het Eindverslag, Tweede Kamer 1992-1993, nr. 13 en nr. 15.

6.3 Hoofdlijnen van de WGBO

Bij invoering van de WGBO zal een bijzonder gedeelte worden ingevoegd in het Burgerlijk Wetboek. In de systematiek van het huidige BW vormt de behandelingsovereenkomst onderdeel van de overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten (1637 BW). In het NBW zal de behandelingsovereenkomst een species vormen van de 'opdracht' (boek 7) (enigszins vergelijkbaar met het oude 'lastgevingsconcept').

In het kort geeft de WGBO een wettelijke regeling van de relatie tussen patiënt en hulpverlener in de gezondheidszorg. Het hoofddoel van de WGBO vormt het versterken van de positie van de patiënt. Middel daarvoor is het afbakken van een aantal concrete rechten, zoals informed consent, recht op informatie, recht op inzage, centrale aansprakelijkheid van een ziekenhuis. Hoewel formeel sprake is van een wederkerige overeenkomst heeft deze nadruk op de positie van de patiënt ertoe geleid dat aan de zijde van de hulpverlener nauwelijks rechten zijn geformuleerd. Daarom wordt deze wet in de wandeling wel de patiëntenwet genoemd.

Van groot belang in het waarborgen van patiëntenrechten is dat art. 1653x bepaalt dat de regels met betrekking tot de behandelingsovereenkomst van dwingendrechtelijke aard zijn. Partijen kunnen daarvan dus niet afwijken, ook niet in onderling overleg.

Globaal worden in de WGBO de volgende onderwerpen geregeld:⁷

- 1 reikwijdte en duur van de overeenkomst: 1653, 1653o, 1653t
- 2 inlichtingen en inzage:
 - recht (en plicht) op mondelinge informatie 1653b, 1653c, 1653f
 - het dossier: 1653i, 1653j
 - inzage: 1653k, 1653l, 1653m
- 3 toestemming: 1653, 1653d, 1653e, 1653v
- 4 positie minderjarigen en feitelijk onbekwamen: 1653a, 1653d, 1653u
- 5 positie hulpverlener:
 - zorg van een goed hulpverlener: 1653g
 - samenwerking: 1653h
 - aansprakelijkheid: 1653q, 1653r

Het is uitdrukkelijk niet onze bedoeling een artikelsgewijs commentaar te leveren. Het is ons er veeleer om te doen de algemene vraag te stellen of een contractueel model aansluit op, past bij de sociale relatie tussen arts en hulpvrager.⁸

Zoals gezegd worden de rechten van de patiënt in de komende wet ingebed in een contractuele relatie. Als argument voert de regering hiermee aan 'dat veelal een overeenkomst tot het verrichten van enkele diensten ten grondslag ligt aan de

⁷ Wij volgen hierbij in grote lijnen de indeling die de Nationale Raad voor de Volksgezondheid in zijn advies (september 1987) bij het Voorontwerp hanteert.

⁸ Zie voor meer specifieke commentaren Nadorp-van der Borg 1991 en Leenen 1990.

Daarmee zijn we op de algemene vraag terechtgekomen in hoeverre en onder welke voorwaarden het recht geschikt is om een bestaande praktijk te reguleren. Kan het recht, en in het bijzonder een contractuele benadering, voldoende recht doen aan de complexiteit van de medische praktijk? Daarnaast rijst de vraag of door het formuleren van juridische normen een reële kans ontstaat dat minder aandacht uitgaat naar morele normen. Kan een overconcentratie op het recht of op een specifiek juridisch model leiden tot een beperkte en eenzijdige opvatting inzake de eigen morele verantwoordelijkheid, van arts en patiënt? In hoofdstuk 11 van dit boek wordt een dergelijk gevaar onderkend ten aanzien van een rechtenmodel; in deze bijdrage willen we de voordelen en eenzijdigheden van een contractueel model belichten.

6.2 Achtergrond

De gedachte dat de arts-patiënt relatie beschouwd moet worden als een contract is zeker niet nieuw. Al in het Romeins recht werd de arts-patiënt relatie gezien in het licht van het contract *mandatum* (lastgeving).³ Lastgeving was een contract om niet. Dat betekent dat tegenover de verplichting van de arts tot de dienstverlening geen verplichting van de patiënt tot betaling stond. Dat hangt samen met het feit dat het bij het contract van *mandatum* om een vriendendienst ging en 'contractum est officio merces': een prijs is in strijd met het fundament van dienstvaardigheid.⁴

Tegelijkertijd ruste op de patiënt wel een fautoensplicht tot het betalen van een honorarium (eregeld). In het klassieke recht⁵ was deze fautoensplicht echter niet afdwingbaar. Pas in het latklassieke recht ontwikkelde zich langzamerhand wel een mogelijkheid om dat honorarium in rechte op te eisen.

Deze situatie in het Romeins recht is illustratief voor de dubbele visie op de arts-patiënt relatie die voortdurend in de discussie terugkeert. Enerzijds beschouwen de arts als een nobele weldoener die onbaatzuchtig de mensheid dient. Als de arts al verplichtingen heeft in deze visie, is dat uitsluitend omdat hij die zelf aanvaard heeft, niet omdat zijn patiënt daar recht op heeft. Anderzijds treedt zo nu en dan de visie op de voorgrond dat de relatie tussen arts en patiënt beschouwd moet worden als een contract tussen twee partijen. De WGBO vormt een uitvloeisel van deze laatste visie.

³ Zie ondermeer Van Oven 1945, 291v; Feenstra 1984, 146-147.

⁴ Paulus, D.17.1.1.4 (te vinden in: *Digesta*, Mommsen, Th. (ed.), Berlin, 1872).

⁵ Het gaat hier globaal om de eerste twee eeuwen van onze jaartelling, die worden beschouwd als de bloeiperiode van het Romeinse recht.

⁶ Wij zullen in het vervolg regelmatig de termen arts en hulpverlener door elkaar gebruiken. De traditionele discussie heeft zich toegespitst op de positie van de arts; de WGBO gebruikt de term hulpverlener. Daar waar wij de term arts gebruiken, kan in het algemeen ook hulpverlener gelezen worden.

relatie tussen hulpverlener en patiënt'.⁹ Een privaatrechtelijke regeling - met een aantal dwingendrechtelijk geformuleerde bepalingen - is volgens de regering even effectief als een administratiefrechtelijke.

Over voor- en nadelen van de gekozen contractuele benadering valt echter meer te zeggen. Daarbij gaat het ons in deze bijdrage niet zozeer om een vergelijking tussen privaatrechtelijke, administratiefrechtelijke, tuchtrechtelijke of andere methoden om de arts-patiënt relatie te regelen. De keuze voor een bepaald juridisch model betekent dat sommige elementen van de arts-patiënt relatie extra belicht worden en andere elementen op de achtergrond komen. In de eerste plaats heeft dit gevolgen voor de juridische positie van betrokkenen. Maar daarnaast werkt de keuze voor een bepaald juridisch model (aangenomen dat het effectief is) ook door in de structuur en beleving van de arts-patiënt relatie in het algemeen. Een centrale vraag van deze bijdrage is dan ook: welke consequenties heeft het juridisch denken in contractuele termen voor deze relatie vanuit een ethisch gezichtspunt?

6.4 Voordelen van de contractuele benadering van de arts-patiënt relatie in de WGBO

Het structureren van de arts-patiënt relatie in termen van een contract lijkt drie belangrijke mogelijke voordelen te hebben:¹⁰

- 1 het betekent een doorbreken van het autoritaire model: de patiënt krijgt een gelijkwaardige positie;
- 2 een contract schept een basis voor juridische bescherming van patiënt en arts;
- 3 een contract veronderstelt geen menslievendheid van de arts maar gaat uit van het welbegrepen eigenbelang van partijen.

De vraag is nu hoe zwaar deze voordelen wegen en in hoeverre deze via de WGBO gerealiseerd (kunnen) worden.

1 Doorbreken autoritaire model

Kern van het contractuele model vormt de notie dat de (behandelings)overeenkomst tostandkomt op basis van wederzijdse toestemming van beide partijen. Daarmee wordt de basis gelegd voor een doorbreking van de autoritaire structuur waarbij de arts als een vader of als een priester bepaalt wat goed is voor de patiënt. Het toekennen van patiëntenrechten draagt bij aan het doorbreken van deze structuur.

In de afgelopen decennia heeft de ontwikkeling van het juridische leersstuk van

informed consent¹¹ eveneens een belangrijke rol gespeeld bij de doorbreking van het autoritaire model. Deze ontwikkeling heeft de weg gebaad voor de contractualisering van de arts-patiënt relatie. Maar tegelijk hoort informed consent eigenlijk niet thuis binnen het contractuele model. Immers, in het kader van een contract is het evident dat er sprake moet zijn van toestemming van beide partijen, anders komt het contract in het geheel niet tot stand. Informed consent is dan ook als zodanig eerder geworteld in een op zichzelf verticale relatie, in een oorspronkelijk autoritair model. Daarbinnen vormt het dan als het ware een 'horizontaliserend' element.

De sterke nadruk op het belang van informed consent kan naar onze mening geïnterpreteerd worden als een impliciete erkenning van het feit dat de puur contractuele benadering tekortschiet: het verticale element dat de arts-patiënt relatie feitelijk kenmerkt, kan niet worden genegeerd.

Nu kent het recht meer gebieden waarin een contract relaties tussen ongelijken regelt, zoals in het arbeidsrecht en in het huurrecht. Door introductie van dwingendrechtelijke bepalingen ter bescherming van de zwakste kan die ongelijkheid enigszins worden gecompenseerd. Iets soortgelijks geldt natuurlijk ook voor de WGBO. Men kan dus dit bezwaar tegen het contractmodel tot op zekere hoogte neutraliseren, maar dit neemt niet weg dat het een reël bezwaar blijft. Ten eerste blijft de gedachte van een contract die van gelijkwaardigheid: denken volgens dit model kan daarom leiden tot verwaarlozing van feitelijke ongelijkheid. Ten tweede kan men het juridisch systeem misschien evenwichtiger maken, maar dat garandeert nog niet dat het in de alledaagse praktijk ook beter gaat.

Dit brengt ons op de kwestie van de feitelijke effectiviteit van de in de WGBO geboden rechtsbescherming aan de patiënt. Is de erkenning van de patiënt als gelijkwaardige partner niet gedoemd puur symbolisch te blijven? De arts-patiënt relatie is feitelijk in het merendeel van de gevallen niet een relatie tussen gelijkwaardige contractpartners. Zelfs als men de rechten optimaal zou vormgeven, is het nog maar de vraag of de patiënt er gebruik van zou kunnen en willen maken.

De patiënt verkeert ten opzichte van de hulpverlener haast per definitie in een afhankelijke positie en dat brengt de vaak genoemde mondigheid in het gedrang. Deze realiteit wordt ook in het wetsvoorstel erkend, want de reden voor de WGBO is nu juist gelegen in de zwakkere positie van de patiënt. Tegelijkertijd tracht de wetgever via legislatieve weg die zwakkere positie te compenseren door middel van het creëren van een systeem waarin juist een sterk beroep gedaan wordt op de mondigheid van de patiënt.

Juist in de arts-patiënt relatie wringt het model van de mondigde burger met de sociale realiteit. Het gaat veelal om iemand die ziek is en zo snel mogelijk wil genezen. Daarmee is de afhankelijkheid van de patiënt meestal gegeven.¹² Bij

⁹ Memorie van Toelichting, TK 89-90, 21 561, nr. 3. 7. Op de voorafgaande bladzijde van de toelichting wordt gesteld: 'Gelet op de ongelijke verhouding tussen partijen, is niet te verwachten dat zonder een wetelijke regeling een algemeen aanvaard evenwicht kan worden bereikt'.

¹⁰ De indeling van deze voor- en nadelen is grotendeels gebaseerd op May 1983, 83v.

¹¹ Informed consent zoals vastgelegd in art. 1653d houdt in dat de patiënt telkens zijn toestemming moet geven voor verrichtingen.

¹² Zie ondermeer Gaylin 1982, 128-129 alsmede Annas 132: 'A sick person's first concern is to regain health, and in pursuit of health patients are willing to give up rights that they

voorbaat zijn dan twijfels over vrije-keuzemogelijkheden en handhaving van rechten op zijn plaats.

Een tweede vraag is of het - ook als een wettelijke regeling is getroffen - verstandig is voor patiënten om zich op hun rechten te beroepen. De rechtssocioloog Bruinsma heeft erop gewezen dat in de verzorgingsstaat 'consumentenrechten' eigenlijk alleen dan benut zullen worden, wanneer het gaat om belangrijke conflicten.¹³ In de meeste gevallen is het voor de consument te verkiezen om hetzij uit te wijken naar een alternatief (exit), hetzij zich neer te leggen bij de schending van rechten (berusting). Dit geldt ook voor patiëntenrechten. Gezien de ongelijkheid in status en kennis, en gezien de feitelijke afhankelijkheid van de patiënt, is het doorgaans voor de patiënt te verkiezen om zich niet op zijn rechten te beroepen. Dit neemt niet weg dat mondigde patiënten in hun onderhandelingsrelatie met een medische hulpverlener wel degelijk een behoorlijke macht kunnen ontwikkelen en zo voor hun rechten kunnen opkomen.

Alleen bij ernstige conflicten zal de patiënt ertoe overgaan zijn formeel-juridische rechten te mobiliseren. Dit zal soms het geval zijn bij ingrijpende medische fouten. Veel minder vaak zal dat gebeuren bij niet zo verstrekkende zaken, zoals het niet geven van volledige inlichtingen, of het niet uitgebreid informeren en toestemming vragen voor kleine ingrepen. In die gevallen is overigens wel in toenemende mate een beroep mogelijk op klachtenbehandelende instanties, die in steeds meer sectoren van de gezondheidszorg aanwezig zijn. Voor 'small claims' op het gebied van bejegening en behandeling is dit een aantrekkelijker alternatief dan de gang naar de rechter. Ook is het aanspannen van een tuchtrechtelijke procedure mogelijk, al gaat het dan primair om toetsing aan professionele normen en niet zozeer om genoegdoening van het individu.

Bij een realistische beschouwing moet worden verdisconteerd dat de overstap naar een andere arts (in het bijzonder bij specialisten) een niet gemakkelijk te realiseren optie is. Gezien de aard van de relatie zal vaak een sterke mate van afhankelijkheid ten opzichte van de medische professional bestaan. Een beroep op formele rechten (maar soms ook het indienen van klachten) tegenover een arts of een andere hulpverlener stelt de doorgaans aanwezige vrouwenrelatie sterk op de proef en kan tot negatieve reacties van de arts leiden, waaraan de patiënt zich moeilijk kan onttrekken.

De situatie is tot op zekere hoogte vergelijkbaar met die in het arbeidsrecht. De werknemer heeft, wettelijk gezien, een ruim scala aan mogelijkheden om onrechtmatig ontslag aan te vechten. De meeste werknemers mobiliseren die rechten evenwel niet. De enige compensatie, die via een gerechtelijke procedure te verkrijgen is, is een financiële. In feite zijn ontslagprocedures bij de rechter dan ook meestal gericht op financiële afwikkeling. Wanneer de arbeidsrelatie voortduurt, zal de neiging om juridische middelen in te schakelen gering zijn. In het algemeen blijkt uit onderzoek - en uit de alledaagse praktijk - dat het beroep op de rechter in verreweg de meeste situaties pas plaatsvindt bij (dreigende) breuken in

otherwise would vigorously assert.'

¹³ Bruinsma 1980, 357v.

menselijke relaties.

In de gezondheidszorg baat een beroep op formele rechten nog minder. Voorzover het contractuele model suggereert dat de formele rechtsbescherming van de patiënt sterk vergemakkelijkt zou worden, is dat misleidend. De door de WGBO geboden bescherming zal in de praktijk slechts effectief zijn, wanneer in de gezondheidszorg zelf de erkenning van de noodzaak van patiëntenrechten veld wint en wanneer voor een toegankelijke vorm van klachtenbehandeling wordt zorggedragen.

Dit betekent niet dat een wettelijke regeling er niet moet komen; ook een symbolische erkenning van patiëntenrechten kan haar functies hebben. Ze kan bijvoorbeeld een erkenning zijn van de gelijkwaardigheid die we behoren na te streven. Het wetgevingproces kan gezien worden als een leerproces, vooral voor de betrokken hulpverleners.¹⁴ Met name in publieke discussies over de hulpverlening kan dit van belang zijn.¹⁵ Maar de verwachtingen over een feitelijke doorbreking van het autoritaire model door actief optreden van patiënten moeten niet te hoog worden gesteld. De WGBO zal op dit punt een nuttige, maar beperkte bijdrage kunnen leveren.¹⁶

2 Juridische bescherming van patiënt en arts

Naar de mening van May kan een contract - in potentie - een basis bieden voor het afdwingen in rechte van de voorwaarden die de relatie beheersen. Voor het versterken van de processuele positie van een partij in een contract zijn twee aspecten van groot belang:

a duidelijkheid met betrekking tot de inhoud van de materieel-rechtelijke normen; b eenvoudige toepasbaarheid van formeel-rechtelijke bepalingen.

a Duidelijkheid van de materieel-rechtelijke normen

Volgens de WGBO mogen zonder de toestemming van de patiënt geen verrichtingen gepleegd worden, de patiënt heeft inzage in zijn dossier, heeft recht op informatie en in het algemeen mogen zonder zijn toestemming geen gegevens aan derden worden doorgegeven. Deze artikelen bieden bij overtrekking door de arts een zekere basis voor de patiënt om een juridische actie in te stellen.¹⁷ Bovendien

¹⁴ Vgl. Witteveen 1992, 66-68.

¹⁵ Over de retorische en andere functies van recht zie hoofdstuk 11 in dit boek. Vgl. hierover verder de klassieke studie van Aubert 1971, 46v.

¹⁶ Vgl. daarover het mooie beeld uit Trappenburg 1993, 232: 'In de, vanuit de gezondheidszorg meest verkieslijke situatie is het recht vergelijkbaar met een winterdijk, waar de rivier ruimschoots tussendoor stroomt maar op het moment dat er iets helemaal misgaat, niet overheen kan.'

¹⁷ Daarbij rijst overigens wel de vraag of over deze zaken niet reeds op dit moment duidelijkheid bestaat. Immers, een medische behandeling zonder toestemming kan onder bepaalde voorwaarden aanleiding zijn voor privaatrechtelijke, tuchtrechtelijke en zelfs strafrechtelijke acties. De Wet Persoonsregistraties biedt waarborgen betreffende gegevensregistratie en kent geregistreerden rechten toe, zoals dat op inzage en correctie. Over het recht op inzage in het eigen dossier heeft de rechter zich bovendien al diverse malen uitgelaten.

geldt dat de aansprakelijkheid niet kan worden uitgesloten en dat van de bepalingen van de WGBO niet kan worden afgeweken.

Anderzijds bevat de WGBO tal van bepalingen die vaag en open zijn geformuleerd en daarom in eerste instantie weinig bijdragen aan de verheldering van de juridische positie van de patiënt. Pas na rechtsvorming door de rechter zal daarover meer duidelijkheid kunnen ontstaan over formuleringen als: 'kennelijk ernstig nadeel opleveren' (1653b lid 2) 'niet opweegt tegen het nadeel dat daaruit voor hemzelf of anderen kan voortvloeien' (1653c), 'zorg van een goed hulpverlener' (1653g), 'voorzover dit voor een goede hulpverlening noodzakelijk is' (1653i lid 1), 'toestemming in redelijkheid niet mogelijk', 'een algemeen belang', 'niet onevenredig wordt geschaad' (1653m), 'gewichtige redenen' (1653o), 'in staat tot een redelijke waardering van zijn belangen terzake' (1653u lid 2 en 3).

Het is begrijpelijk waarom bij deze onderwerpen voor nader in te vullen formuleringen is gekozen. Tegelijkertijd doen deze formuleringen afbreuk aan de versterking van de mogelijkheden om juridisch bepaalde rechten af te dwingen. Overigens geldt dat zowel voor de arts als voor de patiënt. Van cruciale betekenis blijft, hoe de rechter met deze open normen om zal gaan.

Dit bezwaar klemmt temeer wanneer we de gedachtengang in de vorige paragraaf in herinnering roepen. De noodzaak van verheldering van materieel-rechtelijke normen via de rechtspraak blijft onverminderd bestaan, maar de weg naar de rechter is voor patiënten vol obstakels.

b Eenvoudige toepasbaarheid van formeel-rechtelijke bepalingen

Met betrekking tot de formeel-rechtelijke bepalingen die het contract beheersen, is met name de centrale aansprakelijkheid van het ziekenhuis van belang. Deze centrale aansprakelijkheid geeft de patiënt een 'adres' om zijn actie te deponeren. Juist in de ingewikkelde structuur van het ziekenhuis bleek het vaak uitermate lastig voor de patiënt te bepalen tegen wie hij zou moeten procederen en waar de grens ligt tussen de aansprakelijkheid van het ziekenhuis en die van de arts.¹⁹ Deze problematiek wordt door artikel 1653q op heldere wijze opgelost en dat is zeker een vooruitgang. In de praktijk zijn de laatste jaren al in de meeste gezondheidszorginstellingen voorzieningen voor centrale aansprakelijkheid getroffen. De wet heeft hier zijn schaduw vooruit geworpen.

Dit betekent echter niet dat de aard van de aansprakelijkheid en - daarmee samenhangend - de bewijslastverdeling verandert. Een belangrijk praktisch probleem voor een patiënt die een eis tot schadevergoeding wil indienen is, dat hij moet aantonen dat zijn schade veroorzaakt is door een fout. Zowel met betrekking tot het onzorgvuldig handelen als de causaliteit ligt de bewijslast in beginsel bij hem, zij het dat de rechter op dit punt een bepaalde beleidsvrijheid heeft. In een uitspraak van de Rechtbank Rotterdam uit 1979 (14-12-1979 en 3-4-1981, NJ '82, 500) wordt die bewijslast omgekeerd.

Er wordt wel gepleit voor een wettelijke regeling, waarin deze omkering van

de bewijslast terwille van een verbetering van de procespositie van de patiënt die stelt dat hij tengevolge van onzorgvuldig handelen schade heeft geleden, in algemene termen in de wet wordt verankerd. Een in 1991 gepubliceerd ontwerp voor een Europese richtlijn over aansprakelijkheid van diensten voorziet in een dergelijke omkering van de bewijslast. Bij nader inzien blijkt dat een zo drastische en ongeclausuleerde verandering met name in de medische sector tot ongewenste gevolgen kan leiden.¹⁹ Het risico van een 'defensieve geneeskunde', die anticipeert op een stijgend aantal aansprakelijkheidsstellingen, moet niet onderschat worden. Wel is het belangrijk dat patiënten in rechte faire kansen hebben. Uit een overzicht van de jurisprudentie van de laatste jaren komt, naar de mening van Asser, naar voren dat de rechter ten aanzien van de stelplicht en de bewijslastverdeling de in procedures ontwikkelde patiënten wel degelijk tegemoetkomt.²⁰ Met name op het punt van ter zake kundige rechtshulp kan nog veel verbeterd worden. Ook verdient een 'risico-achtige' assurantieform - zoals de zogenaamde patiëntenletselverzekering - waarmee in Scandinavië redelijke resultaten zijn geboekt, ernstige overweging. In zo'n benadering wordt de compensatie van medische schade uit de sfeer van aansprakelijkheid en schuld gehaald.²¹ Overigens moet bedacht worden dat de facto de meeste medische schadeclaims niet bij de rechter komen, maar door verzekeringsmaatschappijen (die daarvoor soms speciale deskundigen-commissies hebben ingesteld) worden afgedaan. De laatste jaren is een duidelijke stijging van het aantal en de hoogte van de claims merkbaar.

Ten aanzien van de formeel-rechtelijke positie van de patiënt kan gesteld worden dat via de WGBO wel een zekere verheldering van de juridische positie kan worden bereikt, maar dat dit op zichzelf nog niet garandeert dat ook de concrete 'rechtshans' voor degenen die met medische fouten worden geconfronteerd beter worden. Daarvoor zijn veranderingen in rechtshulp, ontwikkelingen in de rechtspraak en eventueel nader ingrijpen door de wetgever nodig.

3 Contract vormt geen uitvloeisel van menslievendheid

Het laatste voordeel van de contractuele visie zou kunnen zijn dat zij de arts-patiënt relatie niet baseert op de goedheid of paternalisme van de arts, maar op samenwerking op basis van welbegrepen eigenbelang. Dit is zowel een betere weergave van de realiteit als een wenselijker model. Erkend moet worden dat het verdwijnen van het aureool van de arts zeker bevrijdende kanten heeft.

Volgens May is er alleen al geen sprake van liefdadigheid omdat de arts juist veel aan de gemeenschap verschuldigd is. Allereerst heeft dat betrekking op zijn opleiding en op het feit dat juist hij in tegenstelling tot vele anderen met dezelfde

¹⁹ Zie daarover het advies van de Nationale Raad voor de Volksgezondheid uit 1991.

²⁰ Zie Asser 1991, die als advocaat-generaal bij de Hoge Raad een goed overzicht over de ontwikkelingen in de rechtspraak heeft.

²¹ Zie het pleidooi van de NRV voor het serieus onderzoeken van de haalbaarheid van zo'n patiëntenletselverzekering in een rapport uit 1989.

¹⁹ Zie ondermeer De Mol 1988, 45v. alsmede Sluyters 1984, 13-16.

kwaliteiten die opleiding heeft kunnen genieten. Bovendien betalen patiënten voor de diensten die de arts levert. Ten slotte heeft een arts patiënten nodig zoals een leraar leerlingen.²² Het contractuele model heeft bovendien psychologische voordelen boven het liefdadigheidsmodel. De patiënt die zich overgeleverd weet aan de menslievendheid van de arts zal zich waarschijnlijk heel anders opstellen dan mogelijk is voor de patiënt die weet dat zijn relatie met de arts een kwestie van wederzijds belang is. Anderzijds moeten we ons afvragen of de feitelijke afhankelijkheid van de patiënt ten opzichte van de arts waarover wij hierboven spraken, niet een aanzienlijk belangrijker rol speelt dan mogelijke geestelijke onafhankelijkheid die het gevolg zou kunnen zijn van een contractuele visie op de arts-patiënt relatie. Ook al beseft de patiënt dat het geen liefdadigheid van de arts is dat hij zich voor hem inzet, dan nog blijft hij wel van die arts afhankelijk voor het herwinnen of verbeteren van zijn gezondheid. En dat betekent weer dat dit voordeel gerelativeerd dient te worden.

6.5 Nadelen van een contractuele visie

Naast een aantal voordelen doemen bij een contractueel model voor de arts-patiënt relatie ook nadelen en risico's op. Wij bespreken een tweetal tegenwerpen uitgebreider.²³

1 de notie van het geven in menselijke relaties komt op de achtergrond en daarom ligt een minimalistische benadering op de loer:

2 er is geen sprake van de normale werking van het marktmechanisme: vaak kan de patiënt niet of nauwelijks kiezen welke arts hij wenst.

Wij zullen deze mogelijke bezwaren ook nu behandelen tegen de achtergrond van de WGBO.

1 *Het contract als minimaliserende factor*

May legt een sterk accent op het element van het geven in de arts-patiënt relatie. Hoewel hij de visie afwijst dat de arts-patiënt relatie geheel en al door weldoen en menslievendheid wordt bepaald, maakt hij zich niettemin zorgen over een reductie van deze relatie tot een waarin beide partijen louter eigenbelang nastreven.²⁴ Deze visie zou ertoe kunnen leiden dat artsen zich beperken tot hun contractuele verplichtingen. Een dergelijke opstelling kan bijzonder negatieve invloed hebben op de kwaliteit van de hulpverlening. Een minimalistische opvatting laat te weinig ruimte over voor die moeilijk grijpbare aspecten van de arts-patiënt relatie die meer zijn dan datgene waartoe artsen strikt genomen verplicht zijn, maar toch van groot belang, zoals persoonlijke aandacht of een bijzondere inzet bij intensieve stervensbegeleiding et cetera. Omgekeerd zou een te sterke doorwerking van de contractgedachte ertoe kunnen leiden dat patiënten niet meer

bereid zijn om bijvoorbeeld op te treden als bloeddonor, of zich te lenen voor noodzakelijke experimenten en medisch onderzoek.

De arts-patiënt relatie kent klaarblijkelijk meer aspecten dan het idee van calulerende wederkerigheid waarop een contract gebaseerd is. Bovendien impliceert de concentratie op het contract een juridisering van de arts-patiënt relatie, terwijl het recht slechts een minimummoraal inhoudt. Door een te sterke juridisering kan de verhoogde aandacht voor deze minimummoraal (met name wanneer juridische sancties het gevolg zijn van schending) ten koste gaan van de niet-juridisch afdwingbare, maar wel belangrijke andere aspecten. Contractgedachte en juridisering versterken elkaar en resulteren samen in een minimalistische instelling ten opzichte van de verplichtingen van arts en patiënt.

De eerste factor is dat er veel aspecten in de arts-patiënt relatie zijn die niet of nauwelijks in het contractuele model passen. De arts neemt bij het aanvaarden van zijn taak²⁵ een rol op zich waardoor hij een verwachtingspatroon bij zijn (toekomstige) patiënten creëert. Deze taak gaat verder dan het op zorgvuldige wijze uitvoeren van een contract. Zoals al eerder aangegeven, gaat het bij mensen die een behandelingsrelatie aangaan vrijwel vanzelfsprekend om mensen in een lastige positie. Ze zijn ziek en willen genezen worden. Of nog vager: ze voelen zich niet prettig en willen dat daar aandacht aan besteed wordt. Daardoor is er niet alleen sprake van een grote afhankelijkheid, maar ook van een bijzondere gevoeligheid voor niet in contracten uit te drukken zaken als vertrouwen, zorg en persoonlijke aandacht. Ook van de zijde van de patiënt gebeurt er overigens meer dan het zuiver contractuele (loon en informatie). Hij werkt vaak mee aan medische experimenten, levert een bijdrage aan de opleiding van artsen en stelt na zijn overlijden organen ter beschikking. Kortom, aan beide zijden van de relatie zijn aspecten aan de orde die niet goed passen in het contractuele model. Te veel de nadruk leggen op een contractuele benadering zou kunnen leiden tot verwaarlozing van deze aspecten.

De tweede factor is dat het recht een soort minimummoraal bevat. Het biedt als het ware de randvoorwaarden waarbinnen de actoren nog hun eigen morele keuzen kunnen maken. Het zou een misverstand zijn te menen dat met die regels het geheel van de verplichtingen van de arts gegeven is. Het risico bestaat dat wanneer het recht ervaren wordt als een vergaande en vrij uitputtende regeling van het medisch handelen, dit recht de beleving van het medisch handelen gaat bepalen. In plaats van zich te realiseren dat er naast het recht nog meer normen zijn die het medisch handelen dienen te regelen, beperkt de arts zich dan tot de juridisch vastgelegde regels. Het is immers soms al lastig genoeg daaraan te voldoen! Dit gaat dan ten koste van de niet-juridisch te regelen aspecten. De opstellers van de WGBO lijken aangevoeld te hebben dat met een puur contractueel, juridisch model niet alle verplichtingen van de arts te vangen zijn. De opname van 1653g (verplichting tot zorg van een 'goed hulpverlener') lijkt een poging hiervoor ruimte te scheppen. Die ruimte van de professionele autonomie is

²² Zie ook Vedder 1990, 66v.

²³ Vgl. hiervoor May 1983, 93.

²⁴ May 1983, 93-94.

²⁵ Wij bedoelen dat in tweeledig opzicht: als hij arts wordt en als hij met een patiënt een behandelingsovereenkomst aangaat.

gedefinieerde contractuele benadering, omdat deze bepaalde dimensies van de relatie verwaarloost.

2 Het ontbreken van een marktmechanisme

Anders dan bij veel 'normale' contracten functioneert de arts-patiënt relatie slechts in een beperkte mate in een omgeving die als een vrije markt kan worden gekarakteriseerd. In feite is de keuzevrijheid sterk beperkt, zodat patiënten vaak blijvend zijn aangewezen op de hulpverlener met wie zij van doen hebben. De keuzemogelijkheden zijn begrensd, bijvoorbeeld door geografische factoren, de starheid van het verzekeringssysteem of door verzekeringvoorwaarden. Daarnaast spelen psychologische aspecten, zoals de afhankelijkheid van de patiënt ten opzichte van de arts, een sterkere rol dan in andere sociale relaties. Van een effectief werkend marktmechanisme kan voor de betrokkene een beschermende werking uitgaan. Als een leverancier een slecht produkt of een minderwaardige dienst levert, zal de klant geneigd zijn voortaan een ander te zoeken. Hij heeft niet alleen de gelegenheid tot 'voice' (protest, juridisch verweer), maar kan ook de 'exit-optie' kiezen. Deze uitweg ontbreekt ten aanzien van de arts-patiënt relatie grotendeels, al moet men het traditioneel erkende 'recht op vrije artskeuze' niet negeren en moet in dat licht de mogelijkheid een andere hulpverlener te kiezen niet geheel worden uitgesloten. Dit neemt niet weg dat het zinvol is ten aanzien van het contract tussen arts en patiënt te zoeken naar een extra mate van bescherming.²⁶

Voor wat betreft de WGBO lijken deze extra beschermende maatregelen ten dele aanwezig te zijn. Het toestemmingsvereiste, het recht op informatie en het beroepsgeheim, die immers als patiëntenrechten zijn geformuleerd, zijn hiervan voorbeelden. Deze zullen echter in de meeste gevallen in een ongelijke onderhandelingspositie dienen te worden geëffectueerd. Probleem blijft bovendien dat veel zal afhangen van de invulling van de al eerder genoemde vage termen. Het ontbreken dan wel gebrekkig functioneren van het marktmechanisme in de gezondheidszorg dient in ieder geval een extra stimulans te zijn om wettelijke bepalingen ten gunste van de patiënt uit te leggen.

6.6 Conclusie

Op grond van het voorgaande zal het duidelijk zijn dat het oordeel over het contractuele model voor de relatie tussen hulpverlener en patiënt zoals dat in de WGBO wordt gekozen genuanceerd moet zijn. Enerzijds vindt er een zekere versterking plaats van de materiële rechtspositie van de patiënt, door vastlegging van het vereiste van informed consent en andere patiëntenrechten zoals het inzagerecht. Daarnaast kunnen patiënten met deze wet in de hand sterker voor de dag komen in juridische procedures. De centrale aansprakelijkheid van ziekenhuizen is in dit verband een verbetering.

²⁶ Vgl. hierover Ippel 1992.

echter niet een volstrekte vrijheid, maar dient ingevuld te worden vanuit een gerichtheid op datgene wat boven de strikt contractuele plicht uitstijgt, maar niet-temin van een goed hulpverlener verwacht mag worden. Het herziene wetsvoorstel spreekt op dit punt dan ook van 'de op hem rustende verantwoordelijkheid, voortvloeiende uit de voor hulpverleners geldende professionele standaard'. De norm van de zorg van een goed hulpverlener heeft daarom mede een symbolische betekenis, die benadrukt dat er meer is dan dat wat in regels, rechten en protocollen kan worden vastgelegd.²⁶

Misschien lijkt het ver gezocht wanneer we suggereren dat het juridische, contractuele model een belemmering zou kunnen vormen voor niet contractueel te vatten aspecten. Toch zien wij hier een risico opduiken dat niet onderschat mag worden. Het is denkbaar dat de arts door een veelheid van (dreigende) aansprakelijkheidsstellingen zich te zeer gaat concentreren op het precies uitvoeren van de op grond van het contract voorgeschreven verplichtingen, zodat juist voor de contractuele aspecten die niet in een contract te vangen zijn, geen ruimte meer overblijft.

Sommigen beweren dat dit risico in de Verenigde Staten in bepaalde onderdelen van de gezondheidszorg werkelijkheid is geworden. Artsen zouden zo angstig zijn in rechte aangesproken te worden, dat ze uiterst nauwkeurige aantekeningen bijhouden om in een eventuele schadevergoedingsprocedure sterker te staan. Of dit effect over de hele linie optreedt mag betwijfeld worden, maar zeker is dat de 'medical malpractice'-explosie bij de gerechtelijke instanties doorwerkt in spreekkamer en ziekenzaal.²⁷ Wanneer vanuit een dergelijke defensieve houding wordt gehandeld, treedt een te vergaande juridisering en verschraving van het gesprek en samenspel tussen hulpzoeker en hulpverlener op.

Een juridische escalatie zal zich in Nederlandse verhoudingen naar alle waarschijnlijkheid minder snel voordoen. Het aantal eisen tot schadevergoeding is de laatste jaren in ons land weliswaar gegroeid, maar dit gebeurt op een zeer veel lager niveau dan in de Verenigde Staten, ook al omdat ons tot nu toe bestaande vangnet van sociale zekerheid aan patiënten met door medisch handelen veroorzaakte schade compensatie biedt. Bij een sterke verslechtering van de sociale voorzieningen kan dit evenwel veranderen.

Een al te sterk accent op de contractuele aspecten van de arts-patiënt relatie kan ook in Nederland een ongewenste veraming van die relatie bewerkstelligen. Een eenzijdig juridische benadering van deze relatie werkt door in de beleving ervan door de betrokkenen. De visie op deze relatie als een juridisch contract heeft een effect op beide partijen. Vanuit ethisch oogpunt moet dan ook gewaarschuwd worden tegen een verzakelijke, in termen van 'the vocabulary of rights',

²⁶ Zie over deze norm de verschillende bijdragen over professionele normen in de zorgverlening (A.K. Huibers, R.H. Oudkirk, A.P.M. Heintz, M. Bakker-Winnubst en de Urrechtse projectgroep Ethiek en Recht) in Brom, Van den Bergh en Huibers 1993.

²⁷ Zie over de ontwikkelingen in het Amerikaanse schadevergoedingsrecht Stolker 1989. Hierover deze ontwikkelingen precies in praktijksituaties doorwerken, is moeilijk in algemene termen te beantwoorden.

Daartegenover staat dat de afhankelijkheid van de patiënt in het contractuele model niet echt doorbroken kan worden, en dat het ontwerp veel open termen kent, waarvan nog moet blijken wat patiënten er in de praktijk aan hebben. Een ernstig probleem vormt de potentieel minimaliserende werking die van het contractuele model kan uitgaan. Dat zou een bijzonder slechte ontwikkeling zijn, juist omdat de bedoeling van dit voorontwerp bescherming van de zwakkere partij is. Het is ironisch, om niet te zeggen tragisch, dat tengevolge van deze wetgeving die positie mogelijk eerder slechter dan beter zou worden.

Wij achten het daarom van groot belang dat de discussie over de arts-patiënt relatie niet versmald wordt tot een discussie over patiëntenrechten en contractuele plichten. Een te vergaande structureren van de medische praktijk door het recht is onwenselijk en kan tot verwaarlozing leiden van die morele aspecten die niet goed in een juridische benadering te vatten zijn. Naast het juridisch element blijft een benadering vanuit de ethiek van de arts-patiënt relatie van het allergeenste belang. Wat ons betreft zou het onderzoek op dit terrein zich met name dienen toe te spitsen op een analyse van de rol-moraal van artsen. Welke verantwoordelijkheden heeft een arts gezien zijn rol als arts? Hoe kunnen we normen formuleren die enerzijds van de arts geen heilige maken, maar anderzijds ook oog hebben voor het feit dat een arts geen koopman is? Dat is een belangrijke taak voor de medische ethiek van de komende jaren.

Literatuur

- Annas, G.J. (1982). 'A Model Patient's Bill of Rights', in: T.L. Beauchamp en L. Walters (ed.) (1982), *Contemporary Issues in Bioethics*, Belmont: Wadsworth, 130-132.
- Asser, W.D.H. (1991). 'Bewijslastverdeling, stelplicht en medische aansprakelijkheid in het Nederlandse recht', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, (1991)2, 62-76.
- Aubert, V. (1971). 'Enkele sociale functies van wetgeving', in: B. Peper en K. Schuyt (red.) (1971), *Proeven van rechtssociologie: uit het werk van Vilhelm Aubert*, Rotterdam: Universitaire Pers.
- Brom, F.W.A., B.J. van den Bergh en A.K. Huibers (red.) (1993), *Beleid en ethiek*. (1993) Assen: Van Gorcum.
- Bruinsma, F. (1980). 'The (non-)assertion of welfare rights: Hirschmann's theory applied', *Acta Politica* (1980) 3.
- Engelhardt, H.T. (1982). 'Rights and Responsibilities of Patients and Physicians', in: Beauchamp, T.L. en L. Walters (ed.) (1982), *Contemporary Issues in Bioethics*, Belmont: Wadsworth, 132-141.
- R. Feenstra, (1984), *Romeinsrechtelijke Grondslagen van het Nederlands Privaatrecht*, Leiden: Brill.
- Gaylin, W. (1982). 'The Patients Bill of Rights', in: T.L. Beauchamp en L. Walters (ed.) (1982), *Contemporary Issues in Bioethics*, Belmont: Wadsworth, 130-132.

wordt, 128-129.

- Hondius, E.H. en C.C.M. Nadorp-van der Borg (1988), 'De geneeskundige behandelingsovereenkomst in het Burgerlijk Wetboek', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht*, (1988)1, 3-29.
- Hubben, J.H. (red.) (1990), *De geneeskundige behandelingsovereenkomst; tekst en analyse van het wetsvoorstel*, Lochem: De Tijdstroom.
- Ippel, P. (1992), 'Het vergeten patiëntenrecht: vrije keuze van hulpverlener', in: *Recht & Gezondheid* (Liber Amicorum Oscar Oldenburg), Amsterdam: VU Uitgeverij, 95-104.
- Kortmann, S.C.J.J. (1990), 'De overeenkomst van opdracht, de lastgeving en de geneeskundige behandelingsovereenkomst', *WPNR* 5982 (1990), 740-748.
- Leenen, H.J.J. (1990), 'Voorstel van wet Geneeskundige Behandelingsovereenkomst en de rechten van de patiënt', *Nederlands Tijdschrift voor Geneeskunde* (1990), 1805-1811.
- May, W.F. (1983), 'The Physician-Patient Relationship, Code and Covenant of Philanthropy and Contract', in: Gorovitz, S. et al. (eds.) (1983), *Moral Problems in Medicine*, Englewood Cliffs N.J.
- Mijn, W.B. van der, (1987), 'Het Voorontwerp van een patiëntenwet', *Medisch Contact*, (1987)12, 369-370.
- Mol, B.A.J.M. de (1988), *Medisch letsel in het Ziekenhuis: No-fault verzekering*, Deventer: Kluwer.
- Nadorp-van der Borg, C.C.M. (1991), 'De geneeskundige behandelingsovereenkomst van voorontwerp tot wetsvoorstel', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* (1991)4, 198-214.
- Nationale Raad voor de Volksgezondheid (1987), *Advies inzake het voorontwerp van wet betreffende de geneeskundige behandelingsovereenkomst*, Zoetermeer.
- Nationale Raad voor de Volksgezondheid (1991), *Advies over de ontwerp-Europese richtlijn aansprakelijkheid voor diensten*, Zoetermeer.
- Oven, J.C. van (1945), *Leerboek van Romeinsch Privaatrecht*, Leiden: Brill.
- Sluyters, B. (1984), *De aansprakelijkheid van Arts en Ziekenhuis*, Deventer: Kluwer.
- Stolker, C.J.J.M. (1989), *Van arts naar advocaat. Aansprakelijkheid voor medische fouten in Amerika. Een les voor Nederland?*, Deventer: Kluwer.
- Trappenburg, M.J. (1993), *Soorten van gelijk. Medisch-ethische discussies in Nederland*. Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink. (dissertatie Leiden)
- Vedder, A.H. (1990), *Testen en Getest Worden*, Utrecht: Centrum voor Bio-ethiek en Gezondheidsrecht.
- Witteveen, W.J. (1992), 'Schrift de wet zichzelf?' in: Huls, N.J.H. en H.D. Stout (red.) (1992), *Reflecties op reflexief recht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.