Maastricht University

Rechtseconomische toetsing

Citation for published version (APA):

Faure, M. G. (2002). Rechtseconomische toetsing. In JCJ. Dute, M. G. Faure, & H. Koziol (Eds.), *No-Fault Compensatiesystemen* (pp. 211-225). ZonMw.

Document status and date:
Published: 01/01/2002

Document Version:
Publisher's PDF, also known as Version of record

Please check the document version of this publication:

• A submitted manuscript is the version of the article upon submission and before peer-review. There can be important differences between the submitted version and the official published version of record. People interested in the research are advised to contact the author for the final version of the publication, or visit the DOI to the publisher's website.
• The final author version and the galley proof are versions of the publication after peer review.
• The final published version features the final layout of the paper including the volume, issue and page numbers.

Link to publication

General rights
Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

• Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
• You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
• You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal.

If the publication is distributed under the terms of Article 25fa of the Dutch Copyright Act, indicated by the “Taverne” license above, please follow below link for the End User Agreement:

www.umlib.nl/taverne-license

Take down policy
If you believe that this document breaches copyright please contact us at:

repository@maastrichtuniversity.nl

providing details and we will investigate your claim.

Download date: 25 Apr. 2024

8

Rechtseconomische toetsing

M.G. Faure

8.1 Toetsing

In dit onderzoek werd, conform de opdracht en offerte, gestart met een rechtseconomische analyse van de optimale preventie en vergoeding van schade veroorzaakt door medische ongevallen. Uit die rechtseconomische analyse kwam naar voren dat bij medische ongevallen het van belang is dat een compensatiesysteem zodanig wordt gestructureerd dat dit een optimale preventie kan garanderen en dat anderzijds ook in de mate van het mogelijke aan de compensatiewens tegemoet kan worden gekomen. In de rechtseconomische analyse werd aangegeven dat die preventieve werking vanuit het aansprakelijkheidsrecht kan worden gegarandeerd hoewel er, juist bij medisch handelen, heel wat beperkingen aan het aansprakelijkheidsrecht kleven. Derhalve werd in die rechtseconomische uitgangspunten gesteld dat veelal de optimale kwaliteit van medische hulpverlening ook door regulering zal worden gegarandeerd. Niettemin werd tevens gesteld dat, althans vanuit een theoretisch perspectief, die regulering ook nogal eens tekort kan schieten. Dat is dan wederom een belangrijk argument in het voordeel van een aanvullende preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht. De rechtseconomie houdt, met andere woorden, niet voor dat het aansprakelijkheidsrecht het enige instrument is dat kwaliteit van het medisch handelen zou beïnvloeden, wel integendeel. Wel wordt gesteld dat vanuit dat aansprakelijkheidsrecht een belangrijke aanvullende preventieve werking kan worden verwacht.

Verder werd in die rechtseconomische uitgangspunten ook benadrukt dat de compensatiewens vanuit verschillende instrumenten kan worden gerealiseerd. Wanneer compensatie van slachtoffers van medisch handelen politiek gezien een belangrijke wens is, kunnen met het oog op dat doel verschillende instrumenten worden ingezet. Het ligt dan voor de hand om juist naar andere instrumenten dan het aansprakelijkheidsrecht te kijken, precies omdat, althans vanuit een rechtseconomisch perspectief, compensatie niet de primaire functie van het aansprakelijkheidsrecht is. Uitgangspunt voor de rechtseconoom is zelfs dat, althans bij de schuldaansprakelijkheid, de zorgverstrekker in beginsel prikkels zal krijgen om zorgvuldig te handelen. Gevolg daarvan zal zijn dat hij niet aansprakelijk wordt gehouden en derhalve dat het slachtoffer geen vergoeding krijgt. Wil men derhalve in

deze (of in andere) situaties waarbij vermijdbaar medisch handelen toch tot schade lijdt vergoeding garanderen, dan ligt het vanuit een rechtseconomisch perspectief inderdaad voor de hand om ook naar andere mechanismen dan het aansprakelijkheidsrecht te kijken. Directe verzekering, maar ook sociale zekerheid en compensatiefondsen kunnen daarbij een rol spelen.

Vervolgens werd in de loop van het onderzoek dit – voornamelijk theoretisch – rechtseconomisch perspectief verlaten en volgde een samenvatting van de landenberichten. Aan de hand van een vooraf opgestelde questionnaire werd aan rapporteurs vanuit verschillende landen (waarin soms wel en soms niet een no-fault compensatiemechanisme bestond) een groot aantal vragen voorgelegd betrekking hebbende op de wijze waarop slachtoffers van vermijdbaar medisch handelen vergoeding van hun schade krijgen. Die questionnaire was enerzijds gericht op de vraag naar de grondslagen van het vergoedingssysteem; anderzijds werden ook zuiver praktische vragen gesteld, bijvoorbeeld onder meer naar de hoogte van het vergoedingsniveau.

Een samenvatting van dit rechtsvergelijkend onderzoek werd in hoofdstuk 3 geboden in een vergelijkend rapport. Daarin bevinden zich ook enkele conclusies met het oog op de wenselijkheid van de invoering van een no-fault compensatiesysteem.

Zoals was vooropgesteld is de wenselijkheid van de invoering van een no-fault compensatiesysteem niet alleen rechtsvergelijkend onderzocht vanuit het perspectief van het aansprakelijkheidsrecht, maar ook vanuit het perspectief van het gezondheidsrecht. Immers, het is wel bekend dat aansprakelijkheidsjuristen en specialisten in medisch recht nogal eens anders denken over enerzijds wenselijkheid en functionaliteit van het aansprakelijkheidsrecht en anderzijds het nut van alternatieve compensatiesystemen. Derhalve leek het nuttig om die twee perspectieven ook in dit onderzoek aan bod te laten komen. Vandaar dat de buitenlandse ervaringen met bestaande no-fault compensatiesystemen ook vanuit een gezondheidsrechtelijk perspectief kritisch werden doorgelicht in hoofdstuk 5.

Bedoeling van dit hoofdstuk is om, met de rechtseconomische beschouwingen die het uitgangspunt voor dit onderzoek vormden, in gedachte, nogmaals terug te keren naar die uitgangspunten aan de hand van de bevindingen van de rechtsvergelijking. Cruciale vraag is uiteraard hoe de kritische vragen die vanuit rechtseconomisch perspectief werden gesteld, nu kunnen worden beantwoord rekening houdende met de ervaring die in het buitenland is opgedaan met no-fault compensatiesystemen.

8.2 Kernvragen

Uit het rechtseconomisch onderzoek (maar ook uit de vergelijkende analyses) is duidelijk naar voren gekomen dat bij de vergelijking van verschillende modellen van compensatie van medische schade eigenlijk steeds enkele kernvragen een rol spelen.

In de eerste plaats rijst steeds de vraag wat de invloed is van een bepaald gekozen compensatiemodel op de preventie van schade. Meer in concreet rijst steeds de vraag of van een bepaald juridisch instrument verwacht kan worden dat dit een positieve

invloed zal hebben op de kwaliteit van het medisch handelen of dat het omgekeerde juist het geval zal zijn. Uitgangspunt, althans vanuit een rechtseconomisch perspectief, is dat een systeem dat compensatie biedt aan slachtoffers van medisch handelen (of dit nu het aansprakelijkheidsrecht, verzekering of een collectief compensatiemechanisme is) in beginsel zodanig gefinancierd zal dienen te worden dat gekozen wordt voor een systeem waarbij degenen die een grotere bijdrage leveren aan medische schade ook een grotere bijdrage aan de vergoeding van die schade zullen moeten leveren. Gedachte is dus dat een financiële bijdrageplicht (in welke vorm ook) een positieve prikkel zal geven met het oog op het bevorderen van de kwaliteit van het medisch handelen. Dit is, voor de goede orde, een essentieel beginsel in het rechtseconomisch denken. Vraag is uiteraard of het, zeker bij medisch handelen, ook op empirische ondersteuning kan bouwen.

Tweede kernvraag is in welke mate een gekozen juridisch instrument in staat is om aan zo laag mogelijke kosten zo snel een zo adequaat mogelijke vergoeding van slachtoffers te garanderen. Dit betreft dus de vraag in welke mate het systeem in staat is adequate compensatie te bieden. Vraag die daarbij rijst is niet alleen of een integrale schadeloosstelling (inclusief smartengeld) wordt gegarandeerd, maar ook welke criteria (en welke procedure) worden toegepast om te achterhalen of bepaalde slachtoffers voor vergoeding in aanmerking komen of niet.

Duidelijk moge zijn dat de preventiewens en het compensatiestreven soms parallel lopen, maar dat zij in andere gevallen ook tegenstrijdig kunnen zijn. Vanuit preventieperspectief kijkt men immers primair naar de handelwijze van de medische zorgverstrekker. Wanneer deze *lege artis* heeft gehandeld, kan er vanuit preventieperspectief bijvoorbeeld geen aanleiding zijn tot compensatie, terwijl slachtoffers daardoor ongelijk behandeld zullen worden. Vanuit preventieperspectief is een differentiatie tussen daders (al naargelang hun handelen *lege artis* was of niet) geïndiceerd, maar die differentiatie leidt juist tot een ongelijkheid bij slachtoffers, omdat de een vergoeding zal krijgen en de ander niet. Vraag is dus of men meer gelijkheid bij slachtoffers (door een veralgemening van compensatieregelingen) dient na te streven en welke de invloed daarvan zou kunnen zijn op het vlak van de preventie.

Dit zijn vragen die klaarblijkelijk ook in de buitenlandse stelsels waar men no-fault compensatiemechanismen heeft in een of andere vorm steeds een rol hebben gespeeld.

8.3 Terugkoppeling

Bedoeling is nu om de rechtseconomische uitgangspunten uit hoofdstuk 2 te vergelijken met de rechtsvergelijkende studies vanuit het perspectief van het aansprakelijkheidsrecht (hoofdstuk 3) en vanuit het perspectief van het gezondheidsrecht (hoofdstukken 5-7). Vooraleer met die terugkoppeling een aanvang te nemen, kan al worden vastgesteld dat het verschillend perspectief dat men kon verwachten ook in de beide benaderingen is terug te vinden. De lezer zal bij de bestudering van hoofdstuk 3, dat door twee aansprakelijkheidsjuristen werd geredigeerd, een relatief groot enthousiasme voor het aansprakelijkheidsrecht hebben kunnen vaststellen en een grote schroom ten aanzien van no-fault

compensatiesystemen. Het omgekeerde lijkt het geval in hoofdstuk 5 en 7, dat door een specialist vanuit het medisch recht werd geredigeerd. Zij hebben duidelijk minder vertrouwen in preventieve en compenserende werking van het aansprakelijkheidsrecht en zien veel meer voordelen in no-fault compensatiesystemen. Opvallend is dat beide groepen onderzoekers de landen waarin no-fault compensatiesystemen bestaan hebben onderzocht en dat hun verschillend perspectief klaarblijkelijk ook tot een verschillende weging leidt van de noodzaak tot invoering van een no-fault compensatiesysteem.

De onderzoekers hebben niet getracht om deze verschillende perspectieven te vermijden, maar hebben er juist de voorkeur aan gegeven om die expliciet te laten blijken. Daarmee wordt immers tegelijk duidelijk dat de keuze voor of tegen een no-fault compensatiesysteem bepaald geen zwart/wit keuze is, maar dat veel afhankelijk is vanuit het perspectief van waaruit men naar de wenselijkheid van een no-fault compensatiesysteem kijkt. Als onderzoekers maken wij dan ook geen definitieve keuze voor of tegen een dergelijk systeem; dat is uiteindelijk een rechtspolitieke keuze die de beleidsmaker toekomt. Ook zal in dit hoofdstuk zeker geen poging worden gedaan om de verschillende perspectieven op enigerlei wijze te verzoenen. Wel kan in dit hoofdstuk aan de hand van de rechtseconomische uitgangspunten worden bekeken in hoeverre de inzichten uit de vergelijkende rapporten een antwoord hebben geboden op enkele vragen die vanuit het rechtseconomisch inleidend perspectief werden gesteld.

8.3.1 Preventie

Vanuit theoretisch perspectief, het is hierboven reeds benadrukt, wordt er vanuit gegaan dat, welke compensatieregeling men ook kiest, deze zodanig dient te worden gestructureerd dat de financiële bijdrageplicht aan een schaderegeling ook gerelateerd is aan de mate waarin men aan die schade heeft bijgedragen. De gedachte is dus dat wanneer de zorgverstrekker meer financieel zal moeten bijdragen aan de schade die door zijn toedoen is ontstaan, zulks hem prikkels zal geven tot zorgvuldig handelen of, positiever geformuleerd, dat dit een positieve invloed zal hebben op de kwaliteit van het medisch handelen. Dit theoretisch uitgangspunt wordt heel vaak naar voren geschoven als een argument in het voordeel van het aansprakelijkheidsrecht. Dat systeem verplicht immers, zeker bij schuldaansprakelijkheid, de zorgverstrekker tot vergoeding van de schade, terwijl die schade alleen vergoed dient te worden wanneer zijn gedrag niet beantwoordde aan de *lege artis*. Het aansprakelijkheidsrecht zou derhalve een belangrijke afschrikwekkende functie hebben, zo wordt ook in vele landenrapporten aangehaald.

Of het aansprakelijkheidsrecht *de facto* in de praktijk ook die preventieve werking had, wordt door anderen dan weer erg betwijfeld. Zo wordt opgemerkt dat zorgverstrekkers zelden gewoon blootstaan aan het aansprakelijkheidsrecht omdat hun aansprakelijkheid doorgaans door aansprakelijkheidsverzekering is gedekt. Wanneer onvoldoende risicodifferentiatie plaatsvindt (hetgeen inhoudt dat een onzorgvuldige zorgverstrekker een hogere premie betaalt dan een zorgvuldige) zou het verzekeringssysteem de prikkels tot zorg reduceren. Het betreft hier het bekende probleem van het moreel risico dat in de rechtseconomische analyse uitgebreid werd bestudeerd. Volgens Deense literatuur zou dit in Denemarken in belangrijke mate

hebben gespeeld[468]. Op zichzelf is een tekort aan controle door verzekeraars nog geen argument tegen de preventieve werking van het aansprakelijkheidsrecht. Immers, bij verzekering wordt inderdaad die preventieve werking door verzekering overgenomen en in de theorie werd aangegeven dat bij een onvoldoende controle van het moreel risico een negatief effect op de prikkels zal ontstaan. Zulks kan men echter bezwaarlijk het aansprakelijkheidsrecht euvel duiden; zulks ligt veeleer aan de gebrekkige werking van aansprakelijkheidverzekering.

Echter, in de gezondheidsrechtelijke analyse werd terecht verwezen naar onderzoek waaruit blijkt dat het aansprakelijkheidsrecht zich *de facto* slechts met een top van de ijsberg bezighoudt. Met name Verkruisen heeft aangetoond dat, enigszins afgerond, in 99 % van de gevallen waarin vermijdbare ernstige gezondheidsschade optreedt (en dus mogelijk het aansprakelijkheidsrecht zou kunnen tussenkomen) dit *de facto* niet gebeurt[469]. Dit beeld beantwoordt op zichzelf aan de theoretische uitgangspunten. Daar was immers ook gesteld dat verwacht kan worden dat van een aansprakelijkheidsvordering bij medisch handelen een onvoldoende preventief effect zal uitgaan; om die reden was ook vanuit het rechtseconomisch-theoretisch perspectief voorgehouden dat de kwaliteit van het medisch handelen primair door regulering zou moeten worden bepaald.

De vraag rijst uiteraard of alternatieve systemen, zoals een no-fault compensatiesysteem, wel in staat zou zijn om dit preventief effect te bewerkstelligen. Rekening houdende met de hierboven nogmaals geformuleerde uitgangspunten zou het dus belangrijk zijn dat ook bij een no-fault compensatiesysteem op een of andere wijze rekening wordt gehouden met het individuele gedrag van de zorgverstrekker. Hier ligt uiteraard een dilemma (zie daarover ook hieronder). Enerzijds is het vanuit preventief oogpunt aangewezen dat zoveel mogelijk wordt gedifferentieerd naar het individuele gedrag van de zorgverstrekker. Een dergelijke risicodifferentiatie zou immers een positieve invloed op de kwaliteit van het medisch handelen kunnen hebben; anderzijds zou een gedetailleerd onderzoek naar het actuele handelen van de zorgverstrekker terug op dezelfde problemen als bij het aansprakelijkheidsrecht kunnen uitlopen, namelijk dat vele slachtoffers na langdurige en kostbare procedures uiteindelijk toch geen vergoeding van hun schade krijgen. Theoretisch zou dit deels op te lossen zijn door slachtoffers wel relatief laagdrempelig en snel vergoeding toe te kennen (maar een oorzakelijk verband met vermijdbaar medisch handelen zal toch altijd geëist moeten worden), maar om anderzijds, bijvoorbeeld via de bijdrageplicht, de slecht functionerende zorgverstrekkers een hogere bijdrage te laten betalen, zodat het aspect van risicodifferentiatie nog steeds wordt gerespecteerd. Maar ook dat blijft lastig, want ook dan zal men altijd onderzoek moeten blijven doen naar de oorzaak van de schade en naar het handelen van de individuele zorgverstrekker.

Koziol en Koch wijzen erop dat uit het vergelijkend onderzoek blijkt dat bij no-fault systemen nog steeds naar fout zal moeten worden gekeken (zie Koch/Koziol, 3.2.2.5). Immers, wanneer men een no-fault compensatiesysteem uitsluitend in het leven wil

468 Zie de bespreking bij Dute, in 5.2.
469 Verkruisen, W.G., "De medische aansprakelijkheidsexplosie in Nederland: de voorgeschiedenis en het te verwachten gevolg". *NJB*, 1997, 846-853; zie ook de bespreking daarvan door Dute/Nys, 6.3.2

roepen voor vergoeding van schade door vermijdbaar medisch handelen, zal ook nog steeds moeten worden bepaald welk handelen nu vermijdbaar was en welk niet.

Ook Dute laat in zijn analyse zien dat in de landen waarin een no-fault compensatiesysteem bestaat, nog steeds naar een tekortschieten van de zorgverstrekker wordt gekeken. Koch/Koziol zouden daaruit afleiden dat derhalve bij een fondsoplossing klaarblijkelijk dezelfde vragen rijzen als in het aansprakelijkheidsrecht, zodat voor hen de vraag rijst naar het vergelijkend voordeel van een fondsoplossing. Anderzijds moet vanuit rechtseconomisch perspectief worden benadrukt dat het met het oog op de prikkels tot preventie verstandig lijkt om ook bij fondsoplossingen het tekortschieten van de zorgverstrekker te onderzoeken (en daar ook een consequentie aan te verbieden wat de financiële bijdrageplicht betreft).

Opvallend is vooral de conclusie van Dute dat naar zijn mening een no-fault compensatiesysteem juist veel beter dan het aansprakelijkheidsrecht in staat is om schadepreventie en veiligheid te bevorderen (zie Dute,7.6). Zijn belangrijkste argument is dat het aansprakelijkheidsrecht zou leiden tot het blokkeren van informatiesystemen en zou leiden tot een cultuur van verwijten en het verbergen van fouten. Een no-fault compensatiesysteem zou communicatie over veiligheid, fouten en (bijna) ongevallen beter mogelijk maken omdat zorgverstrekkers bij het melden van een probleem niet onmiddellijk het risico zouden lopen in een aansprakelijkheidsprocedure betrokken te worden.

Dit kan een argument zijn in het voordeel van een no-fault systeem, zeker wanneer men dit vergelijkt met het systeem van medische aansprakelijkheid dat vandaag in Nederland klaarblijkelijk gebrekkig functioneert. Toch past hier ook een enkel woord van relativering:

- het is nog maar de vraag of zorgverstrekkers bij een no-fault compensatiesysteem en het gelijktijdig beperken van het aansprakelijkheidsrecht tot opzettelijk of roekeloos gedrag voldoende prikkels zullen krijgen om fouten, veiligheidsproblemen of (bijna) ongevallen te melden. Zelfs bij een (gedeeltelijke) immuniteit van aansprakelijkheid blijft immers nog steeds de mogelijkheid van een strafrechtelijke (of disciplinaire) vervolging bestaan.
- Daarnaast geldt dat zelfs bij een no-fault compensatiesysteem (met eventuele gedeeltelijke immuniteit van aansprakelijkheid) toch op andere wijze een risicodifferentiatie (bijvoorbeeld via een gedifferentieerde financiële bijdrageplicht) zal moeten worden ingevoerd om prikkels te geven.
- Bovendien moet worden benadrukt dat het door Dute in het vorige hoofdstuk verdedigde systeem uitgaat van een volledige cumulatie van het huidige medische aansprakelijkheidsrecht met een no-fault systeem.

Als men bij een no-fault compensatiesysteem zou uitgaan van een financieringssysteem dat niet langer gerelateerd is aan de kwaliteit van het medisch handelen van de individuele zorgverstrekker (door bijvoorbeeld een malus toe te passen na ongeval), dan wordt men voor de kwaliteit van het medisch handelen integraal afhankelijk van alternatieve systemen, zoals vooral het tuchtrecht (waarover hieronder meer). In dat model zou het aansprakelijkheidsrecht gereserveerd moeten worden voor opzettelijk of roekeloos gedrag. Kernvraag is daar wederom of empirisch

blijkt dat bijvoorbeeld vanuit het tuchtrecht een zodanige prikkel kan worden verwacht dat een aanvullende werking van het aansprakelijkheidsrecht (of een gedifferentieerde bijdrageplicht aan een fonds) geen aanvullende prikkels op preventief vlak zou bieden. Dat is voornamelijk een empirische kwestie en concreet empirisch materiaal desbetreffend is niet beschikbaar. Weliswaar wordt door Dute in zijn analyse aangegeven dat uit de praktijk van de vijf onderzochte landen geen signalen komen dat van een no-fault compensatiesysteem enig negatief effect uitgaat op de kwaliteit van het handelen in de gezondheidszorg[470], maar empirisch materiaal op basis van betrouwbare statistieken en regressieanalyses om dit te onderbouwen ontbreekt helaas.

8.3.2 Mogelijke voordelen no-fault compensatiesysteem

Zoals zojuist reeds werd aangegeven, wordt door aansprakelijkheidsjuristen zoals Koch/Koziol twijfel geuit over het relatieve voordeel van een no-fault compensatiesysteem. Hun grootste bezwaar is dat een aantal vragen die in het aansprakelijkheidsrecht moeten worden gesteld, zoals naar tekortschieten en naar de causaliteit tussen de schade en vermijdbaar medisch handelen, klaarblijkelijk in een no-fault compensatiesysteem ook moeten worden gesteld. Zij betogen dan ook dat het relatieve voordeel van dergelijke systemen beperkt is[471]. Dute wijst er in zijn analyse op dat bijvoorbeeld in Zweden de stappen die dienen te worden gezet voordat men een uitkering krijgt uit het no-fault compensatiesysteem vergelijkbaar zijn met de vragen die ook in het aansprakelijkheidsrecht worden gesteld[472]. Ook hij geeft aan dat men bij vormgeving van een no-fault compensatiesysteem een criterium zal dienen te kiezen om duidelijk te maken dat het no-fault systeem alleen vergoeding zal geven bij vermijdbare medische schade en niet bij schade die voor rekening van de patiënt dient te blijven. Dute betoogt dat er geen bezwaar tegen lijkt te bestaan om in Nederland bij de vormgeving van een no-fault systeem voort te bouwen op de zorgvuldigheidsmaatstaf zoals die door de rechter in het kader van het aansprakelijkheidsrecht is ontwikkeld[473]. Voor hem is het feit dat in een no-fault systeem gelijkaardige vragen worden behandeld als bij het aansprakelijkheidsrecht dan ook niet problematisch, precies omdat hij betoogt dat kwaliteitscontrole en schadepreventie naar zijn mening in een no-fault systeem beter tot hun recht kunnen komen dan in het aansprakelijkheidsrecht.

Men zou zelfs kunnen betogen dat het feit dat ook bij een no-fault compensatiesysteem dezelfde vragen worden gesteld als in het aansprakelijkheidsrecht juist toe te juichen is. Die vragen vanuit het aansprakelijkheidsrecht (namelijk tekortschieten van de dader en causaliteit tussen dit tekortschieten en de schade van het slachtoffer) garanderen immers dat die dader optimale prikkels op preventief vlak krijgt en anderzijds dat alleen slachtoffers wier schade door tekortschieten werd veroorzaakt ook vergoeding krijgen. Echter, bij de besproken no-fault compensatiesystemen lijkt het merkwaardige dat het tekortschieten van de dader in vele gevallen het criterium is om te bepalen of het slachtoffer vanuit het fonds vergoeding zal krijgen of niet, maar niet om vervolgens (via regres of premieverhoging) ook een risicodifferentiatie toe te passen in de richting van de dader. Of het criterium van het tekortschieten zoals dat in de bestaande no-fault

470 Zie Dute, 7.6.
471 Koch/Koziol, 3.2.2.5.
472 Dute, 5.3.4.
473 Dute, 7.5.2.

compensatiesystemen voor vergoeding wordt gebruikt dan ook het verwachte effect op preventief vlak kan hebben, kan dan ook, althans vanuit theoretisch perspectief, worden betwijfeld.

Wanneer echter dit theoretisch perspectief wordt verlaten en het debat terugkeert naar de concrete Nederlandse situatie, zouden er enkele zwaarwegende argumenten in het voordeel van het no-fault compensatiesysteem naar voren kunnen worden geschoven. Deels zou weer kunnen worden gewezen op het Verkruisen-argument dat vele gevallen van vermijdbare gezondheidsschade door medisch handelen thans niet door het aansprakelijkheidsrecht worden gevat; het is echter nog maar de vraag of dit geheel aan het aansprakelijkheidsrecht te wijten is en of die gevallen dan wel gevat kunnen worden in een no-fault compensatiesysteem. Dat er in vele gevallen geen aansprakelijkheidsvordering plaatsvindt, is, voor de goede orde, vanuit rechtseconomisch perspectief geen probleem omdat slachtoffers dan niet gecompenseerd worden, maar wel omdat het aansprakelijkheidsrecht in die gevallen klaarblijkelijk onvoldoende in staat is een afschrikwekkend effect te hebben. De vraag rijst in hoeverre dat voldoende wordt opgevangen door andere sturingssystemen voor de kwaliteit van het medisch handelen, zoals het tuchtrecht. Daaraan kan sterk worden getwijfeld, immers, uit de analyse van Dute bleek juist dat van het sturend vermogen van het medisch tuchtrecht in de praktijk bovendien ook niet al te veel terecht komt.

Problematisch, vooral met het oog op de prikkels tot preventie, is vooral de huidige structuur van de aansprakelijkheidsverzekering in Nederland. Immers: in de rechtseconomische uiteenzetting is uiteengezet dat alleen bij een behoorlijke risicodifferentiatie (beloning van goede risico's; bestraffen van slechte risico's) aansprakelijkheidsverzekering een goede invloed op de prikkels tot preventie kan hebben. Tegelijk werd in dat theoretisch perspectief echter aangegeven dat die risicodifferentiatie alleen optimaal zal zijn wanneer er voldoende concurrentie op de verzekeringsmarkt bestaat[474]. Op dat vlak schort er natuurlijk heel wat aan de aansprakelijkheidsverzekeringsmarkt in Nederland. Zoals bekend wordt het medisch risico eigenlijk uitsluitend via enkele onderlinge maatschappijen gedekt; de laatste commerciële verzekeraar die zich met dekking van medische risico's bezighield, althans wat de ziekenhuizen betreft, schijnt thans die markt ook te hebben verlaten. Gevolg daarvan is dat van een behoorlijk gedifferentieerd aanbod en een behoorlijk concurrerende medische aansprakelijkheidsverzekeringsmarkt in Nederland geen sprake is[475]. Gevolg voor de zorgverstrekkers is evident dat het lastig is om aansprakelijkheidsverzekeringsdekking te verkrijgen, maar anderzijds valt ook te vrezen dat bij gebreke aan concurrentie de prikkels tot behoorlijke risicodifferentiatie te gering zullen zijn. Dit wordt althans vanuit een theoretisch perspectief vooropgesteld. Daaruit zou men dan kunnen afleiden dat voor de specifieke Nederlandse situatie waarin voor medische aansprakelijkheid klaarblijkelijk nauwelijks een behoorlijk gedifferentieerd verzekeringsaanbod beschikbaar is, het argument (dat klaarblijkelijk in Denemarken speelde) dat aansprakelijkheidsrecht geen prikkels meer geeft door het slecht functioneren van aansprakelijkheidsverzekering wel eens zeer reëel zou kunnen

474 Zie Faure, M., "Economic observations concerning optimal prevention and compensation of medical malpractice", annex 1, no. 63254.

475 Dit bleek reeds uit eerder onderzoek, zie Faure, M. en Hartlief, T., "Verzekering van medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen in Nederland", in Dute, J.C.J. en Faure, M.G. (red.), *Evaluatie. Tijdelijk besluit verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen*, Den Haag, ZonMw, 2002, 159-180.

zijn. In dat licht gaan de voordelen van een no-fault compensatiesysteem uiteraard weer veel zwaarder wegen.

8.3.3 Compensatie?

Essentiële vraag is uiteraard ook of een no-fault compensatiesysteem uiteindelijk beter in staat is om een behoorlijke schadevergoeding te garanderen aan slachtoffers van vermijdbaar medisch handelen.

Dute is desbetreffend zeer optimistisch en hij heeft uiteraard veel literatuur mee. Vele wezen reeds op de tekorten van het aansprakelijkheidsrecht als systeem voor de compensatie van gezondheidsschade veroorzaakt door vermijdbaar medisch handelen. Het aansprakelijkheidsrecht kan daar, precies door de voorwaarden die eraan verbonden zijn, veelal slechts een topje van de ijsberg bedienen.

Koch/Koziol relativeren die voordelen dan weer doordat zij wederom benadrukken dat die eisen van het aansprakelijkheidsrecht (die enkele slachtoffers inderdaad van vergoeding kunnen uitsluiten) ook gesteld worden om ervoor zorg te dragen dat alleen die daders die daadwerkelijk zijn tekortgeschoten gehouden worden tot schadeloosstelling en dan alleen van die slachtoffers wier schade door dat tekortschieten was veroorzaakt. Past men een dergelijke test ook toe in een no-fault compensatiesysteem, dan worden zowel in Zweden als in Nieuw-Zeeland volgens Koch en Koziol ook meer dan de helft van de claims in een no-fault compensatiesysteem afgewezen[476]. Natuurlijk zou het systeem kunnen worden opgetrokken door vergoeding niet alleen toe te kennen voor vermijdbaar medisch handelen, maar bijvoorbeeld ook bij foutloos medisch handelen. Dute bespreekt dit probleem uitgebreid en verwijst hier naar de categorie ongevallen die worden veroorzaakt door "medische pech"[477]. Dute bespreekt inderdaad uitgebreid de no-fault compensatiesystemen waarin de patiënt ook aanspraak kan maken op vergoeding als de schade het normale risico overtreft dat de patiënt geacht wordt te accepteren, ook wanneer de handeling *lege artis* werd gesteld. In dergelijke gevallen zou (bijvoorbeeld in Noorwegen) een patiënt die in slechte gezondheid verkeert, ook als dit het gevolg is van een op zichzelf juiste behandeling, waardoor hij ernstige schade lijdt, toch in aanmerking komen voor vergoeding[478]. Dit doet uiteraard de vraag rijzen naar de rechtsgrond voor een no-fault compensatiesysteem. Dute geeft terecht aan dat alleen wanneer ook dekking wordt geboden voor ernstige en zeldzame schade ook wanneer die *lege artis* werd verricht, sprake is van een echt no-fault systeem in de werkelijke betekenis.

Echter, hier rijzen inderdaad belangrijke vragen vanuit het gelijkheidsbeginsel. Denkbaar is immers dat iemand die een bijvoorbeeld aangeboren afwijking heeft daardoor gezondheidsschade lijdt. Die schade komt vanzelfsprekend normalerwijze niet voor vergoeding in aanmerking. Denkbaar is dat betrokkene een medische behandeling ondergaat die weliswaar lege artis wordt uitgevoerd maar waarbij verdere schade optreedt. Zou in een dergelijk geval dan toch compensatie van die schade worden verleend, dan zou zulks tot de merkwaardige consequentie leiden dat degene

476 Koch/Koziol, 3.2.2.9.
477 Dute, 5.2.3.
478 Dute, 7.2.

die toevallig een medische behandeling heeft ondergaan wel vergoeding van zijn schade krijgt terwijl dat niet het geval zou zijn voor degene die een dergelijke behandeling niet heeft ondergaan.

Duidelijk moge inderdaad zijn dat wanneer ook vergoeding voor dergelijke gevallen wordt geboden, het compensatiesysteem veel verder gaat dan het bieden van een alternatief voor een malfunctionerend aansprakelijkheidsrecht. Dat is wederom een politiek keuze die door de wetgever dient te worden gemaakt. Koch/Koziol zien desbetreffend grote bezwaren omdat dan aan bepaalde slachtoffers vergoeding zou worden toegekend en aan andere niet, zodat bepaalde slachtoffers met andere woorden een preferentiële behandeling genieten. Zij achten zulks in strijd met het gelijkheidsbeginsel[479]. Bovendien benadrukken zij ook dat het kenmerk van een fondsoplossing steeds is dat slachtoffers nooit integrale schadeloosstelling zullen genieten, terwijl zij dat bij het aansprakelijkheidsrecht wel zouden krijgen. Het feit dat in sommige gevallen slachtoffers die ook een aanspraak op het aansprakelijkheidsrecht zouden kunnen doen gedwongen worden naar de (naar hun mening beperktere) fondsoplossing te grijpen, achten Koch/Koziol zeer problematisch. Zij hebben het dan vooral ook over die gevallen waarin een fondsoplossing wordt gecombineerd met een (gedeeltelijke) immuniteit voor aansprakelijkheid.

Overigens kan het argument dat een preferentiële behandeling van bepaalde slachtoffers het gelijkheidsbeginsel zou schenden wellicht gepareerd worden wanneer patiënten (potentiële slachtoffers) zouden bijdragen aan het fonds. Dan genieten zij weliswaar een verhoogde bescherming (vergeleken met andere slachtoffers die geen medische behandeling hebben ondergaan), maar bieden zij een (vermoedelijk beperkte) bijdrage aan de financiering van het fonds. Of dit echter politiek haalbaar is is uiteraard nog maar de vraag.

8.3.4 Compensatie en preventie: verzoenbaar?

Zojuist werd reeds helder dat de vraag naar de rechtsgrond van een eventueel fonds een essentiële is. Ziet men het fonds uitsluitend als alternatief voor een (beweerdelijk) malfunctionerend aansprakelijkheidsrecht, dan ligt het voor de hand het fondssysteem uitsluitend die schade te laten vergoeden die normalerwijze via het aansprakelijkheidsrecht vergoed zou worden. Voorwaarde zou dan wel zijn dat de gezondheidsschade veroorzaakt is door een tekortschieten van de zorgverstrekker. Wanneer men echter bepaalde schade wil vergoeden ook wanneer *lege artis* werd gehandeld, dan gaat men uiteraard veel verder en dient ook een andere rechtsgrond te worden gevonden. Dute/Nys geven aan dat in enkele systemen die bijvoorbeeld wordt gezien in het feit dat het onredelijk zou zijn dat bepaalde (buitensporige) schade voor rekening van de patiënt zou blijven.

Vraag is uiteraard of het mogelijk is een systeem in te voeren dat enerzijds (althans vanuit theoretisch perspectief) prikkels tot preventie geeft en dat anderzijds een laagdrempelige compensatie aan slachtoffers garandeert. Dit lijkt, het werd hierboven reeds aangegeven, een moeilijk op te lossen dilemma. Immers: wanneer men het fonds als alternatief voor het aansprakelijkheidsrecht zou zien en wanneer men ook

479 Koch/Koziol, 3.2.2.4.

een differentiatie van de bijdrageplicht zou wensen, dan is het onvermijdelijk dat een deel van de vragen die in het aansprakelijkheidsrecht worden gesteld ook bij de fondsoplossing worden gesteld. In die hypothese zal moeten worden onderzocht of het handelen van de zorgverstrekker *lege artis* was of niet en, wanneer zulks niet het geval blijkt te zijn, of de door de patiënt geleden schade in oorzakelijk verband stond met dat tekortschieten. Alleen dan kan (via een aanpassing van de bijdrageplicht of via regres) een fondsoplossing ook prikkels tot preventie voor de zorgverstrekker geven en alleen dan kan worden gegarandeerd dat het fonds beperkt blijft tot die gevallen die normalerwijze via het aansprakelijkheidsrecht voor vergoeding in aanmerking hadden kunnen komen. Maar het moge duidelijk zijn dat het onderzoek van die vragen tijdrovend kan zijn, hetgeen nu juist weer haaks kan staan op de noodzaak een snelle en laagdrempelige regeling met eenvoudige procedure in het leven te roepen. De reden dat procedures in het aansprakelijkheidsrecht vaak complex en langdurig zijn hangt immers vaak gewoon samen met het feit dat het lastig is om de hierboven aangegeven vragen te beantwoorden. Ook zou men vanuit compensatieperspectief vermoedelijk een zo breed mogelijk scala aan slachtoffers willen bedienen, terwijl vanuit preventief oogpunt het van belang lijkt de juiste oorzaak van de schade te achterhalen met het oog op de prikkels tot preventie. Deels is de wens van een automatische en snelle vergoeding van slachtoffers dus onverzoenbaar met de preventie-eis.

Overigens dient te worden benadrukt dat de rechtseconomische wens om een bijdrageplicht aan het fonds te differentiëren aan de kwaliteit van het medisch handelen (risico-differentiatie dus) niet alleen een eis van preventie en efficiëntie is, maar eveneens vanuit de verdelende rechtvaardigheid kan worden gemotiveerd. Zou men immers de gedachte van risicodifferentiatie verlaten en bijvoorbeeld een fondssysteem in het leven roepen dat wordt gefinancierd door een bijdrage die in gelijke mate over alle zorgverstrekkers wordt verdeeld (zonder onderscheid of risico-differentiatie) dan zou zulks *de facto* meebrengen dat goed presterende zorgverstrekkers relatief meer dienen te betalen dan de slecht presterende zorgverstrekkers. In een dergelijk ongedifferentieerd model subsidiëren met andere woorden de goede risico's de slechte *risico's en vindt dus ook* een negatieve herverdeling van goede risico's naar slechte risico's plaats. Een dergelijke negatieve herverdeling kan uitsluitend worden vermeden door een adequate risico-differentiatie toe te passen, ook bij een fondsoplossing.

Koziol/Koch zijn precies vanuit dit perspectief bijzonder pessimistisch over fondsoplossingen. Zij wijzen naar het rapport uit Nieuw-Zeeland waarin is aangegeven dat daar de zorgverstrekkers geen enkele bijdrage dienen te leveren aan het fondssysteem en dat het systeem bovendien geen enkel afschrikwekkend effect zou hebben. Zij stellen dan ook provocatief dat een dergelijk systeem uiteindelijk uitsluitend ten voordele van de onzorgvuldige zorgverstrekkers strekt[480]. Dute is, het is hierboven reeds aangegeven, veel optimistischer. Dat optimisme wordt vooral gesteund op Amerikaanse literatuur die een lans breekt voor "cooperative approaches". Naar zijn mening is een no-fault compensatiesysteem potentieel een bron van informatie over kwaliteit omdat zorgverstrekkers niet langer bezorgd dienen te zijn wanneer zij informatie verstrekken over foutief handelen.

480 Koch/Koziol, 3.2.2.4.

Weer komt het verschil van inzicht uiteraard neer op de vraag of men gelooft dat een differentiatie van een bijdrageplicht een positieve prikkel ten aanzien van de kwaliteit van het medisch handelen zal hebben of niet.

Tot nu toe is benadrukt dat de bijdrageplicht voornamelijk op de zorgverstrekker zou dienen te rusten in de mate dat deze ook veroorzaker is van de schade. Echter, vanuit rechtseconomisch perspectief mag niet uit het oog worden verloren dat medische ongevallen zogenaamde bilaterale ongevallen zijn, dat wil zeggen ongevallen waarbij zowel de dader als het slachtoffer een invloed op het ongevalsrisico kunnen uitoefenen[481]. Inderdaad kan ook de patiënt potentieel bijdragen aan de schade of, positiever geformuleerd, kan de patiënt ook aan schadebeperking doen[482]. Wanneer men dit aanneemt is er vanuit rechtseconomisch perspectief zelfs veel voor te zeggen om, naar mate de compensatie laagdrempeliger wordt, het belangrijker wordt om ook met het gedrag van de patiënt rekening te houden. Dit kan hetzij door rekening te houden met de eigen schuld van de patiënt, hetzij door de schadevergoeding qua bedrag te limiteren.

8.3.5 Alternatieve preventieve instrumenten

Vanuit theoretisch perspectief is al benadrukt, het werd hierboven ook reeds herhaald, dat van het aansprakelijkheidsrecht natuurlijk slechts een beperkt preventief effect kan worden verwacht. Andere instrumenten, zoals regulering en zelf-regulering, lijken meer aangewezen om de kwaliteit van het medisch handelen te bepalen[483]. De kwaliteitsbewaking en bevordering bij het medisch handelen geschiedt natuurlijk, zo is ook door Dute/Nys benadrukt, voornamelijk vanuit het klacht- en tuchtrecht. Allerhande regelingen die patiënten mogelijkheden bieden om te klagen over gebrekkige kwaliteit, maar ook het medisch tuchtrecht zullen primair de kwaliteit van het medisch handelen garanderen. Bovendien is in dit verband vooral de kwaliteitswet zorginstellingen van belang. Dit is specifieke kwaliteitsregulerende wetgeving die overigens de zelfregulering op dit punt beoogt te stimuleren. Anderzijds heeft de praktijk eveneens aangetoond dat ondanks het bestaan van een uitgebreid medisch tuchtrecht dergelijke instrumenten van zelf-regulering niet altijd leiden tot een verbetering van kwaliteit. In de theoretische literatuur werd aangegeven dat systemen van zelf-regulering nogal eens worden bedoeld om de concurrentie in de beroepsgroep uit te sluiten en om op die manier hogere inkomens te genereren. Belangenbescherming voor de eigen beroepsgroep lijkt soms een belangrijker streven te zijn dan kwaliteitsverhoging[484]. Hoewel dit uiteraard niet veralgemeend mag worden en hoewel de situatie in Nederland grondig kan verschillen van die in andere landen zijn er natuurlijk altijd nog redenen om te vrezen dat het medisch tuchtrecht alleen onvoldoende garantie zal bieden van een behoorlijke kwaliteitsbewaking. Te vrezen valt, ook vandaag nog, dat de beroepsgroep er toch nog primair belang bij kan hebben falend handelen van een van haar leden niet aan het daglicht te laten komen.

---

481 Zie daarover ook Faure, M., hoofdstuk 2.

482 Uiteraard kan de patiënt weinig invloed uitoefenen op het ontstaan van schade an sich. Wel dient, zeker bij een no-fault systeem, te worden vermeden dat gefingeerde claims zouden worden ingediend.

483 Zie Faure, M., in hoofdstuk 2.

484 Zie Faure, M., Finsinger, J., Siegers, J., en Vandenbergh, R. (red.), *Regulation of professions*, Antwerpen, Maklu, 1993.

Om die redenen kan van het tucht- en klachtrecht veel, maar niet alles worden verwacht. Dat betekent dat, zo betoogt althans de literatuur, van het aansprakelijkheidsrecht ook een aanvullende werking kan worden verwacht. Het aansprakelijkheidsrecht is dan niet langer het primaire instrument ter controle van de kwaliteit van het medisch handelen, maar kan wel aanvullende prikkels geven, vooral wanneer de (zelf-) regulering tekort zou schieten. Juist die aanvullende werking kan in de praktijk toch zeer belangrijk zijn.

Vanuit dat theoretisch perspectief zou men er voor pleiten om het aansprakelijkheidsrecht steeds te laten bestaan naast een eventuele fondsoplossing. Koch/Koziol pleiten daar eveneens voor, voornamelijk omdat zij menen dat afschaffing van het aansprakelijkheidsrecht in die gevallen waar een slachtoffer aanspraak op een vordering uit onrechtmatige daad zou hebben, in strijd zou kunnen komen met artikel 6 EVRM of zelfs het gelijkheidsbeginsel zou kunnen schenden. Hoewel er derhalve vanuit theoretisch perspectief veel voor te zeggen valt om geen immuniteit van aansprakelijkheid te verlenen wijst Dute er anderzijds op dat in die landen waarin no-fault systemen bestaan het aansprakelijkheidsrecht geen (aanvullende) betekenis meer zou hebben[485]. Dit zou dan weer als belangrijk argument kunnen gelden dat geen immuniteit dient te worden verleend, het blijkt in de praktijk nauwelijks een rol te spelen.

Nadeel voor de zorgverstrekker is uiteraard dat hij dan wel nog steeds een aansprakelijkheidsverzekering zal moeten afsluiten; bovendien blijft voor de zorgverstrekker nog steeds het risico van een aansprakelijkheidsvordering bestaan zodat het vermeende voordeel van een gemakkelijke informatiedoorstroming bij fondsoplossingen verloren zou gaan. De vraag rijst echter of dat het geval is. Het instandhouden van aansprakelijkheid neemt dus enerzijds een belangrijk theoretisch bezwaar tegen no-fault systemen weg en anderzijds kan ook worden betoogd dat het voordeel van de betere informatiebeschouwing bij een no-fault systeem met behoud van aansprakelijkheid nauwelijks verloren dient te gaan, nu blijkt dat in de praktijk van dat aansprakelijkheidsrecht nauwelijks gebruik wordt gemaakt. Bovendien zou het op politiek niveau wellicht onhaalbaar zijn om zorgverstrekkers eerst te verplichten een bijdrage te leveren aan een fonds, maar dan ook nog premies te laten betalen voor een aansprakelijkheidsverzekering.

8.3.6 Verschillende compensatietechnieken

In het theoretisch model werd aangegeven dat aan zeer vele verschillende oplossingen kan worden gedacht wanneer men wil afwijken van aansprakelijkheid en aansprakelijkheidsverzekering om aan slachtoffers een vergoeding te garanderen van schade veroorzaakt door vermijdbaar medisch handelen. Al snel wordt over een fonds gesproken, maar er bestaan alternatieven, ook nu al, zodat minstens de relatie tussen die verschillende systemen geregeld zal moeten worden. Zo blijft doorgaans, het werd hierboven reeds aangegeven, het aansprakelijkheidsrecht bestaan en bovendien zal de meeste schade van slachtoffers van medisch handelen nog steeds via de sociale zekerheid worden vergoed (bijvoorbeeld voor de aanvullende medische kosten en het inkomensverlies). Minstens zal dus geregeld moeten worden of een fondsoplossing

485 Dute, 7.8.

immuniteit van aansprakelijkheid verleent, dan wel in combinatie met het aansprakelijkheidsrecht blijft bestaan. Zo zal ook de relatie met het sociale zekerheidsrecht (wel of niet regres) verduidelijkt moeten worden. Inderdaad: het sociaal zekerheidssysteem biedt immers essentieel al een schadevergoeding aan wanneer schade wordt geleden die niet door een onzorgvuldig handelen van een ander is veroorzaakt. Men zou dus kunnen betogen dat het sociale zekerheidsstelsel dat vandaag al bestaat nu juist in het leven is geroepen ook om die gevallen te bedienen waarvoor vandaag een no-fault compensatiesysteem wordt gepropageerd. Derhalve zou goed moeten worden nagegaan welke schade vandaag nog niet via de sociale zekerheid wordt vergoed; daarbij rijst uiteraard de vraag of die van zodanige omvang is dat deze een invoering van een separaat no-fault compensatiesysteem rechtvaardigt.

Bovendien dient een compensatiesysteem als alternatief voor het aansprakelijkheidsrecht en aansprakelijkheidsverzekering niet noodzakelijk de vorm aan te nemen van een fondsoplossing. Men zou immers ook kunnen denken aan een vorm van directe verzekering waarbij de zorgverstrekker (al dan niet verplicht) een verzekeringsdekking neemt ten behoeve van derden (in casu uiteraard zijn patiënten). Het grote voordeel van een systeem van directe verzekering in vergelijking met het fonds is dat de risico-differentiatie daar veel beter en directer kan verlopen. Bovendien heeft de verzekeraar de mogelijkheid dat een op maat gesneden polis kan worden aangeboden die rekening houdt met de specifieke situatie van de zorgverstrekker. Vele modellen van directe verzekering bestaan vandaag al in Nederland, ook voor wat medisch handelen betreft. Het voorbeeld van de wet medisch wetenschappelijk onderzoek met mensen (WMO) is bekend. Echter, uit onderzoek is nu juist gebleken dat de verzekering in het kader van die WMO niet goed functioneert, wederom mede door een bijzonder beperkt aanbod op de verzekeringsmarkt[486]. Het ligt derhalve in de Nederlandse context niet voor de hand een directe (verplichte) verzekering als alternatief voor medische aansprakelijkheid in te voeren in een situatie waarin onvoldoende dekking op de markt beschikbaar is.

Wil men een alternatief compensatiesysteem voor het aansprakelijkheidsrecht uitwerken, dan ligt een fondsoplossing voor de hand. Maar ook daar zijn verschillende technieken denkbaar om dit vorm te geven. Ongetwijfeld zal enige overheidstussenkomst noodzakelijk zijn om het fonds in het leven te roepen; het ligt niet voor de hand dat dit vrijwillig zal geschieden zolang nog steeds medische aansprakelijkheid ook blijft bestaan naast een fondsoplossing. Maar ook wanneer de overheid initiatiefnemer zou zijn, zijn nog verschillende modellen denkbaar, vooral wat betreft de financiering van het fonds.

In het buitenland werden desbetreffend verschillende modellen aangetroffen. Zoals aangegeven is vanuit theoretisch perspectief een grote voorkeur uit te spreken voor een model waarbij de veroorzakers als groep het fonds spijzen (zodat dit niet vanuit de algemene middelen wordt gespijsd) en bij voorkeur zou dan nog enige differentiatie in de bijdragen dienen te worden toegepast. Maar dat laatste hangt uiteraard weer af van de vraag of men gelooft dat een dergelijke differentiatie een positief effect zal hebben

486 Zie Faure, M.G. en Hartlief, T., "Analyse van de problemen op de Nederlandse verzekeringsmarkt met de WMO", in Dute, J.C.J. en Faure, M.G. (red.), *Evaluatie. Tijdelijk besluit verplichte verzekering bij medisch-wetenschappelijk onderzoek met mensen*, Den Haag, ZonMw, 2002, 181-208.

op de kwaliteit van het medisch handelen. Belangrijk element bij dat laatste is ook dat onderzocht dient te worden of de voordelen van een dergelijke differentiatie wel opwegen tegen de administratieve kosten.

Wat de administratieve kosten betreft zijn in het algemeen wel wat inlichtingen uit het buitenland verkregen. Gewezen kan desbetreffend worden op het overzicht van het aantal claims dat wordt geboden in het overzicht van Dute[487]. Daaruit blijkt dat, afhankelijk van de uitkeringen en het gekozen model de uitgekeerde som op jaarbasis gemiddeld per inwoner varieert tussen de 2 en 6,5 euro. Dat schetst uiteraard het beeld dat de kosten van een no-fault compensatiesysteem niet hoog hoeven te zijn. Echter, empirische data over de relatieve administratieve kosten van een risico-differentiatie zijn helaas niet beschikbaar, evenmin als van de relatieve voordelen op preventief vlak.

487 Dute, 5.3.6., tabel 3.