

**Aansprakelijkheid
van de Inspectie voor de Gezondheidszorg
voor falend toezicht**

**J.C.M. Streekstra-van Lieshout, 24 september 2011
scriptie Nederlands recht
studentnummer 837173098**

INHOUDSOPGAVE

Inleiding	2
1. Presentatie drie casus	
1.1 Neuroloog Enschede	4
1.2 IJsselmeerziekenhuizen Emmeloord	5
1.3 Thoraxchirurgie UMC St. Radboud Nijmegen	6
2. Wat wordt van IGZ als toezichthouder vereist?	
2.1 Doel en taak van IGZ	8
2.2 Toezichthoudersdilemma	9
3. Hoe houdt IGZ toezicht?	
3.1 Preventief en repressief toezicht	11
3.2 Handhavingscyclus IGZ	12
3.3 Welke bevoegdheden en instrumenten heeft IGZ?	13
4. De relatie van IGZ met andere toezichthouders	
4.1 Toezichthouders NZa en NMa	16
4.2 Interne toezichthouders	17
4.3 Nieuwe Wcz, nieuwe verhoudingen?	19
5. Wat is de rechtvaardiging van civielrechtelijke aansprakelijkheid voor falend IGZ toezicht?	
5.1 Argumenten voor aansprakelijkheid van IGZ	21
5.2 Argumenten tegen aansprakelijkheid van IGZ	22
6. Juridische aspecten van de beoordeling van het toezicht door IGZ	
6.1 Juridische gronden voor een eventuele civielrechtelijke handhavingsplicht van IGZ	23
6.2 Reikwijdte van beginselplicht tot handhaving	24
6.3 Algemeen en concreet toezichtsfalen	25
6.4 Marginale of volledige toetsing door rechter	26
7. Specifieke aspecten van de aansprakelijkheid van IGZ	
7.1 Norm toezichthouder	29
7.2 Relativiteitsvereiste	30
7.3 Aansprakelijkheid bij nalaten	33
7.4 Toerekening	35
7.5 Causaal verband	37
7.6 Vrijwaring van aansprakelijkheid	38
7.7 Bewijs	
7.7.1 Verzwaarde stelplecht	39
7.7.2 Wettelijk vermoeden	40
7.7.3 Omkering bewijslast	40
7.8 Schade	41
7.9 Hoofdelijke, subsidiaire of proportionele aansprakelijkheid	
7.9.1 Hoofdelijke aansprakelijkheid	43
7.9.2 Proportionele aansprakelijkheid	43
7.9.3 Subsidiaire aansprakelijkheid	44
8. Oordeel drie gepresenteerde casus	
8.1 Neuroloog Enschede	46
8.2 IJsselmeerziekenhuizen Emmeloord	46
8.3 Thoraxchirurgie UMC St. Radboud Nijmegen	47
Samenvatting en conclusie	48
Geraadpleegde literatuur	51

Inleiding

“Waarom waren wij er niet? Waarom zagen wij het niet (terwijl wij er wel waren)? Waarom deden wij te weinig (terwijl wij het wel zagen)?”¹ Dit citaat uit een rapport van de Inspectie voor de Gezondheidszorg (IGZ) uit 2009 bevat vragen die ook bij mij opkwamen, toen ik geconfronteerd werd met gevallen van slechte zorgverlening in Nederlandse ziekenhuizen.

IGZ houdt toezicht op de kwaliteit van zorg in 88 algemene en 8 academische ziekenhuizen in Nederland. De afgelopen jaren is een aantal schrijnende gevallen van slechte kwaliteit van medisch specialistisch handelen in ziekenhuizen in de openbaarheid gekomen. Drie daarvan worden in deze scriptie nader belicht en vormden de aanleiding tot de centrale vraagstelling:

is IGZ aansprakelijk voor falend toezicht?

De bestuursrechtelijke aansprakelijkheid van IGZ, dat immers een publiekrechtelijk orgaan is, laat ik buiten beschouwing. Het gaat mij om de civiele aansprakelijkheid van IGZ. Evenmin bespreek ik gevallen waarin het onder toezichtgestelde ziekenhuis door het toezicht schade heeft geleden en IGZ daarvoor aansprakelijk stelt. Nee, ik kies de invalshoek van degene die in elk ziekenhuis centraal behoort te worden gesteld: de patiënt. Wanneer de kwaliteit van ziekenhuiszorg in het geding is en het toezicht daarop faalt, kan de patiënt als derde partij immers schade lijden.

Als introductie worden in hoofdstuk 1 de feiten van de drie casus weergegeven. In het volgende hoofdstuk wordt de vraag beantwoord wat van IGZ geëist mag worden: wat is precies haar taak? Daarbij komt ook het in de literatuur beschreven toezichthoudersdilemma aan bod. In hoofdstuk 3 wordt de wijze waarop IGZ toezicht houdt belicht en wordt een kort overzicht gegeven van instrumenten en bevoegdheden van IGZ. IGZ is niet de enige toezichthouder in de ziekenhuiswereld, zodat de vraag naar de reikwijdte en eventuele overlap van bevoegdheden met andere toezichthouders opkomt. Hoe functioneren die toezichthouders, hoe is hun onderlinge verhouding en hoe is de relatie met de onder toezichtgestelden? Deze vragen beantwoord ik in hoofdstuk 4. Kort wordt daarbij ook de nieuwe wetgeving, die bij de Tweede Kamer in behandeling is, aangestipt. Daarmee besluit ik het algemene deel van mijn scriptie. In het tweede deel komen specifiekere aspecten van aansprakelijkheid van IGZ aan de orde.

In hoofdstuk 5 behandel ik de vraag naar de rechtvaardiging van civielrechtelijke aansprakelijkheid van IGZ. Ik belicht daarbij zowel argumenten die voor, als argumenten die tegen aansprakelijkheid pleiten.

Bij het oordeel van de civiele rechter over het door IGZ uitgeoefende toezicht spelen diverse aspecten een rol. Deze komen in hoofdstuk 6 aan de orde. Zo behandel ik de vraag of IGZ verplicht is onder alle omstandigheden te handhaven en zo ja, wat de gronden zijn voor een eventuele handhavingsplicht. Ik bespreek ook de criteria die de rechter gebruikt om het

¹ IGZ-Jaarbeeld 2009, p. 4.

handelen of nalaten van IGZ te beoordelen en ik behandel de vraag of de rechter marginaal of volledig toetst.

Er is geen jurisprudentie bekend van casus waarin IGZ door een patiënt aansprakelijk is gesteld vanwege falend toezicht. Zoals ik al schreef zijn er echter (helaas) meerdere casus van falend toezicht bekend. Is de norm waaraan IGZ moet voldoen dan te laag gesteld of zijn de vereisten voor aansprakelijkheid te hoog? In hoofdstuk 7 worden beide vragen behandeld. Er wordt aandacht besteed aan het relativiteitsvereiste, dat bij aansprakelijkheid van toezichthouders een grote rol speelt. Ook bespreek ik de vraag of het voor aansprakelijkheid van belang is dat het bij falend toezicht vaak gaat om nalaten. Moet het nalaten van een toezichthouder op dezelfde wijze beoordeeld worden als het nalaten van anderen die daardoor schade hebben veroorzaakt? Kan de schade eigenlijk wel toegerekend worden aan de toezichthouder, die immers niet de primaire dader is? Hoe wordt gekeken of er een causaal verband bestaat tussen het toezichtsfalen en de schade? Deze vragen komen aan de orde in de eerste vijf paragrafen van hoofdstuk 7. Vervolgens wordt ingegaan op de vraag of IGZ zich bij aansprakelijkheid kan verweren met een beroep op een rechtvaardigingsgrond en komen in paragraaf 7.7 de methodes van bewijslastverdeling aan de orde. In de voorlaatste paragraaf van dit hoofdstuk wordt besproken welke schade door een patiënt geclaimd kan worden. Ten slotte worden kort enige aansprakelijkheidssystemen besproken, waaronder het systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid zoals dat in Nederland geldt.

In het achtste hoofdstuk wordt, met de kennis die in de voorliggende hoofdstukken is opgedaan, geoordeeld of IGZ aansprakelijk is in de drie casus van hoofdstuk 1. Ik besluit met een samenvatting en conclusie.

1. Presentatie drie casus

1.1 Neuroloog Enschede

Binnen de vakgroep neurologie in het Medisch Spectrum Twente (MST) Enschede bestaan vanaf begin jaren negentig slechte verhoudingen tussen de negen neurologen, leidend tot onder andere gebrekkige overdracht van patiëntengegevens. Later blijkt een van de neurologen ook nog vele onjuiste diagnoses te stellen en aan patiënten ten onrechte riskante medicijnen voor te schrijven. De Raad van Bestuur (RvB) weet van de problemen maar onderneemt geen actie richting de neurologen.² De RvB kent in 2001 aan een klagende patiënte een schadevergoeding toe maar bedingt daarbij een zwijgplicht, vernietiging van het dossier en intrekking van een aangespannen tuchtzaak.³ IGZ is niet op de hoogte en ziet geen aanleiding om gericht onderzoek te doen naar eventuele consequenties voor de patiëntenzorg van de slechte verhoudingen binnen de maatschap.⁴

Wanneer de RvB in 2003 ook medicijnendiefstal en receptvervalsing door de neuroloog constateert, kan de risicovolle situatie niet langer worden genegeerd. De RvB stuurt de disfunctionerende neuroloog met ziekteverlof en meldt de problemen aan IGZ. IGZ neemt zonder meer aan dat de verslaafde arts op dat moment geen bedreiging meer vormt voor de patiëntenzorg. Zij richt haar aandacht op herstel en werkhervatting door de betreffende neuroloog onder strikte voorwaarden. IGZ verzuimt zelf onderzoek te doen naar de zaak, ondanks het feit dat de zorgverzekeraar aan IGZ heeft gemeld dat bij de betreffende neuroloog sprake is van slechte dossiervoering en vervalsing van artsenverklaringen.⁵

Uiteindelijk ontslaat de RvB de neuroloog in 2006. Hoewel de neuroloog in januari 2006 nog niet aan alle voorwaarden van IGZ heeft voldaan, mag hij van IGZ een nieuwe werkring als neuroloog zoeken.⁶ In 2009 wordt echter landelijk bekend dat de neuroloog in 2006 een vertrekregeling heeft gehad en sindsdien werkzaam is in Duitsland.⁷ De publicaties in de media leiden tot een golf aan klachten en schadeclaims, maar zijn voor IGZ geen aanleiding haar eerdere verklaring dat de arts weer aan het werk mag, te herroepen.⁸ De kwestie leidt in 2009 tot Kamervragen aan de minister van VWS en de instelling van een externe Onderzoekscommissie Hoekstra.⁹ Het Openbaar Ministerie besluit de neuroloog te vervolgen voor valsheid in geschrifte en mishandeling.¹⁰ IGZ ziet echter af van een klacht bij het tuchtcollege.¹¹

² *Rapport Commissie Lemstra* 2009, p. 11.

³ *Rapport Commissie Lemstra* 2009, p. 22-24.

⁴ *Rapport Commissie Hoekstra* 2010, p. 5-6.

⁵ *Rapport Commissie Lemstra* 2009, p. 43.

⁶ *Rapport Commissie Hoekstra* 2010, p. 5-6.

⁷ *Rapport Commissie Lemstra* 2009, p. 3-5.

⁸ *Rapport Commissie Lemstra* 2009, p. 31-32.

⁹ *Rapport Commissie Hoekstra* 2010, p. 11.

¹⁰ <http://medischcontact.artsennet.nl/Tijdschriftartikel/Deskundigen-lichten-OM-in-over-Jansen.htm>.

¹¹ <http://medischcontact.artsennet.nl/nieuwsartikel/Inspectie-ziet-af-van-tuchtzaak-Jansen-Steur.htm>.

De bovenstaande casus roept een aantal vragen op. Hoe komt IGZ aan informatie? Is IGZ afhankelijk van informatie van de RvB of is zij gerechtigd zelf onderzoek te doen? Welke maatregelen had IGZ kunnen treffen om de patiënt te beschermen? Is IGZ verplicht om te handelen in een situatie zoals deze, waarbij regels overtreden worden en risico's ontstaan voor de patiënt? Kan IGZ gebrekkig toezicht worden verweten?

1.2 IJsselmeerziekenhuizen Emmeloord

Na de fusie tussen de ziekenhuizen in Emmeloord en Lelystad in 1990, komt het beleid van de RvB om beide ziekenhuizen zelfstandig te laten voortbestaan steeds meer onder druk te staan. De medische en technische ontwikkelingen blijken voor elk ziekenhuis afzonderlijk steeds moeilijker bij te houden. Vacatures worden niet vervuld of alleen met buitenlandse, vaak onvoldoende gekwalificeerde artsen. Dit levert gevaar op voor patiënten. Het feit dat de kwaliteit van de zorg in Emmeloord onvoldoende is, is bij IGZ vanaf 1999 bekend en wordt ook onderkend.¹² IGZ dringt dan ook regelmatig bij de directie aan op verbetering en in de zomer van 2000 dreigt zij met een ministeriële aanwijzing als geen maatregelen worden genomen. De RvB kondigt daarop aan klinische activiteiten voortaan in de vestiging Lelystad te verrichten. Dat wordt door allerlei partijen als contractbreuk ervaren. Gemeenteraden en provinciebestuur, burgers en patiënten, specialisten, huisartsen en media gaan zich ermee bemoeien. In juni 2002 treden leden van de Raad van Toezicht (RvT) af. De RvB raakt de regie kwijt en treedt per 1 juli 2002 eveneens af.¹³ Op advies van IGZ vraagt de Minister van VWS aan Gedeputeerde Staten van Flevoland om een onderzoekscommissie in te stellen.¹⁴

Deze commissie Kraaijeveld concludeert onder andere dat de RvB de integratie van de twee ziekenhuizen onvoldoende heeft gestuurd en ondersteund, dat de medische staf door onderlinge verdeeldheid zijn verantwoordelijkheid niet heeft genomen en dat de RvT tekort is geschoten in zijn toezichthoudende rol.¹⁵ De status van de commissie en haar rapport is echter onduidelijk en de bestuurlijke crisis duurt voort.¹⁶

Opeenvolgende ministers geven op verzoek van IGZ ministeriële aanwijzingen. Deze betreffen echter niet de kwaliteit van zorg maar de besluitvorming van RvB en RvT.¹⁷ Zij leiden dan ook slechts tot een komen en gaan van directeuren en voorzitters en een voortduring van de bestuurlijke chaos.

De opnamestop die IGZ in oktober 2002 aan de locatie Emmeloord oplegt, wordt in december 2002 opgeheven als het interim-bestuur steun krijgt van de nieuwe RvT en de specialisten. Op 10 juni 2003 wordt een definitief plan door de RvB vastgesteld en in november 2003 wordt door

¹² Hoek 2007, p. 215.

¹³ Hoek 2007, p. 201 e.v.

¹⁴ *Kamerstukken II 2002/03, 27 295 nr. 31.*

¹⁵ *Rapport Commissie Kraaijeveld 2002.*

¹⁶ Hoek 2007, p. 206.

¹⁷ Hetgeen waarschijnlijk in strijd is met de bevoegdheid van de minister, zie Kahn 2002.

de minister voorzichtig geconstateerd dat men op de goede weg is.¹⁸ Tot april 2005 oefent IGZ echter wel verscherpt toezicht op het ziekenhuis uit.¹⁹ Begin 2009 wordt het ziekenhuis overgenomen en wordt de naam gewijzigd in de oude naam Zuiderzeeziekenhuis.

Ook bij deze casus komt weer een aantal vragen op. Waar liggen de grenzen van de taak van IGZ? Dient IGZ op de hoogte te zijn van bestuurlijke problemen in een ziekenhuis of hebben dergelijke problemen geen invloed op de kwaliteit van zorg? In hoeverre is informatie van andere toezichthouders van belang voor de analyse van de situatie door IGZ? Had IGZ, toen bleek dat het aandringen op verbetering in Emmeloord in 1999 vergeefs was en de zorgwekkende situatie bleef voortduren, niet eerder andere maatregelen kunnen of moeten nemen?

1.3 Thoraxchirurgie UMC St. Radboud Nijmegen

In de hartchirurgische zorgketen van het UMC St. Radboud in Nijmegen (UMCN) ontstaat vanaf eind jaren negentig een neerwaartse spiraal door spanningen, conflicten en wanverhoudingen. IGZ ontvangt in 2003, 2004 en 2005 vanuit het ziekenhuis meldingen over incidenten in de thoraxchirurgie bij volwassenen, alle met dodelijke afloop. De inspecteur bespreekt deze meldingen met de RvB van het UMCN, maar laat het daarbij.²⁰ In het jaar 2004 is de sterfte onder patiënten die een cardiochirurgische operatie hebben ondergaan, abnormaal hoog.²¹ Door een gelekte e-mail over ernstige problemen met betrekking tot de kwaliteit van de medische zorg in het UMCN, ontstaat in 2005 grote onrust in de media. IGZ vraagt daarop uitleg aan de instelling. In het daaropvolgende overleg wordt afgesproken dat in het UMCN geen hoog risicovolle hartoperaties meer worden uitgevoerd. De organisatorische problemen worden door IGZ echter niet als risico voor de patiëntenzorg aangemerkt. IGZ wacht verder het onderzoek van de interne onderzoekscommissie af.²²

De conclusie van deze commissie luidt in april 2006 dat er sprake is van een slecht functionerend zorgproces met weinig afstemming, weinig protocollering, weinig multidisciplinair optreden, nauwelijks uniform optreden, nauwelijks toetsing van eigen handelen en gebrekkig leiderschap. IGZ sluit daarop de afdeling thoraxchirurgie acuut en verricht zelf onderzoek.²³ De conclusie daarvan is dat de vele tekortkomingen in het UMCN een dermate grote bedreiging vormen voor de patiënt, dat ze directe correctie behoeven.²⁴ In haar jaarrapport meldt IGZ dat *'de oorzaken voor de verhoogde mortaliteit en morbiditeit vooral gezocht [moesten] worden in een slecht functionerend zorgproces en niet uit het feit dat er in het UMCN meer complexe*

¹⁸ *Kamerstukken II 2002/03, 27 295 nr. 53 en 61.*

¹⁹ *IGZ-jaarrapport 2003, p. 27.*

²⁰ *Een onvolledig bestuurlijk proces 2008, p. 87-92.*

²¹ *IGZ-rapport 2006, p. 7.*

²² *Een onvolledig bestuurlijk proces 2008, p. 93.*

²³ *Een onvolledig bestuurlijk proces 2008, p. 96.*

²⁴ *IGZ-rapport 2006, p. 7.*

*patiënten geopereerd werden, integendeel.*²⁵ In september 2006 meldt het ziekenhuis aan IGZ dat de situatie is verbeterd. Het ziekenhuis heeft een andere leiding aangesteld, die stelt dat sprake is van voldoende voorwaarden voor een verantwoorde zorg. Per 1 oktober 2006 worden de operaties hervat.²⁶

Op verzoek van het UMCN voert IGZ in april 2009 opnieuw onderzoek uit op de afdeling kinderthoraxchirurgie, dat bevestigt dat de kwaliteit van zorg en patiëntveiligheid niet meer in het geding is. Toch komt in juni 2009 de commissie Lie met argumenten die opnieuw twijfels doen rijzen aan de kwaliteit van de professionele prestaties van het UMCN. Daarop besluit de RvB zelf de afdeling op te heffen.²⁷

Het voorgaande doet de vraag rijzen wanneer een toezichthouder handelt zoals dat behoort. Is er slechts één juiste wijze van toezicht houden, of heeft IGZ de vrijheid zelf haar werkwijze te bepalen? Kan een gebrek aan bevoegdheden, kennis of menskracht IGZ disculperen? Op de vragen bij de drie casus wordt in de volgende hoofdstukken ingegaan.

²⁵ *IGZ-rapport 2006*, p. 7.

²⁶ *IGZ-jaarbericht 2006*, p. 43.

²⁷ <http://umcweb02.umcn.nl/kindenziekenhuis/>, onderdeel Afdelingen/Kinderhartcentrum.

2. Wat wordt van IGZ als toezichthouder vereist?

Een van de vragen die hiervoor zijn opgeworpen, is hoe IGZ aan informatie komt over het disfunctioneren van een specialist. Is IGZ voor het verkrijgen van informatie afhankelijk van de RvB, of is zij gerechtigd zelf onderzoek te doen? Kan (of moet?) IGZ op de hoogte zijn van (bestuurlijke) problemen in een ziekenhuis of is haar taak beperkt tot bewaking van de kwaliteit van zorg? Anders gesteld: wat mag de patiënt eigenlijk van een toezichthouder als IGZ verwachten?

IGZ, maar ook andere toezichthouders, houden toezicht op de bescherming van cruciale maatschappelijke belangen in de zorg, zoals veiligheid, gezondheid en marktwerking. Daarmee wordt een bijdrage geleverd aan het verminderen van risico's (zij het niet het elimineren daarvan) en wordt het vertrouwen van patiënten in de ziekenhuizen waarop toezicht wordt gehouden, bevorderd.²⁸ Hieronder belicht ik wat specifieker het doel en de taak van IGZ.

2.1 Doel en taak van IGZ

IGZ is geen zelfstandig bestuursorgaan, maar onderdeel van het Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport. IGZ is ingesteld krachtens artikel 36 van de Gezondheidswet.²⁹ Als taken worden genoemd *'het verrichten van onderzoek naar de staat van de volksgezondheid [...] alsmede, waar nodig, het aangeven en bevorderen van middelen tot verbetering daarvan', 'het [houden van] toezicht op de naleving en de opsporing van overtredingen van [...] wettelijke voorschriften op het gebied van de volksgezondheid', en 'het uitbrengen van adviezen en het verstrekken van inlichtingen aan Onze Minister'*.³⁰

IGZ handhaaft 25 wetten bij ruim 800.000 beroepsbeoefenaren en 3000 instellingen.³¹ Over de individuele beroepsuitoefening handelt vooral de Wet op de Beroepen in de individuele Gezondheidszorg (Wet BIG), over de kwaliteit van ziekenhuizen gaat de Kwaliteitswet zorginstellingen (hierna KWZ).

IGZ houdt toezicht op 25 wetten:³²

- 1 Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (BIG)
- 2 Kwaliteitswet zorginstellingen (KWZ)
- 3 Wet toelating zorginstellingen (WTZI)
- 4 Wet bijzondere medische verrichtingen (WMBV)
- 5 Wet medisch wetenschappelijk onderzoek met mensen (WMWO)
- 6 Wet op de orgaandonatie (WOD)
- 7 Embryowet
- 8 Wet foetaal weefsel
- 9 Wet ambulancevervoer (WAV)
- 10 Wet afbreking zwangerschap (WAZ)
- 11 Geneesmiddelenwet
- 12 Opiumwet
- 13 Wet op de medische hulpmiddelen (WMH)
- 14 Wet inzake bloedvoorziening (WiBV)

²⁸ Gebaseerd op de algemene definitie van toezichthouders door Van Dam 2006, p. 9.

²⁹ Stb. 1956, 51, laatst gewijzigd op 10 oktober 2010.

³⁰ Art. 36 lid 1 en 2 Gezondheidswet.

³¹ IGZ-Handhavingskader 2008, p. 6.

³² IGZ-Jaarverslag 2008, p. 104.

- 15 Kernenergiewet (Kew)
- 16 Wet veiligheid en kwaliteit lichaamsmateriaal (WVKL)
- 17 Wet publieke gezondheid (WPG)
- 18 Wet op het bevolkingsonderzoek (WBO)
- 19 Infectieziektenwet
- 20 Quarantainewet
- 21 Wet geneeskundige hulpverlening bij ongevallen en rampen (WGHOR)
- 22 Wet bijzondere opnemingen in psychiatrische ziekenhuizen (Wet Bopz)
- 23 Wet klachtrecht cliënten zorgsector (WKCZ)
- 24 Wet donorgegevens kunstmatige bevruchting
- 25 Wet maatschappelijke ondersteuning (WMO)

IGZ kan op verschillende wijzen toezicht houden. Aan het eind van de vorige eeuw is het accent verschoven van direct toezicht, naar toezicht op toezicht. Dat wil zeggen het houden van toezicht op de kwaliteitsbewaking die door de partijen in het veld zelf wordt gerealiseerd.³³

Verschillende soorten situaties vragen van IGZ verschillende toezichthoudende kwaliteiten. Allereerst gaat het om toezicht op het algemene risico dat patiënten niet de best mogelijke gezondheidszorg ontvangen, bijvoorbeeld als onvoldoende gekwalificeerd personeel (zoals in de casus Emmeloord) beschikbaar is. Daarnaast gaat het om specifieke risicovolle situaties, bijvoorbeeld als op operatiekamers onhygiënisch wordt gewerkt (zoals eveneens in Emmeloord het geval was). Beide situaties bevatten risico's die goed in kaart te brengen zijn zodat IGZ met de onder toezichtgestelde preventieve maatregelen kan afspreken.³⁴ Wanneer het echter om onzekere risico's gaat, die nog niet volledig in kaart zijn gebracht maar die zichtbaar worden via bijvoorbeeld een overzicht van een klachtencommissie van een ziekenhuis (zoals in Enschede), een jaarrapportage (zoals in Nijmegen) of via een melding van de zorgverzekeraar (zoals in Enschede), wordt van IGZ actief onderzoek en zo nodig ingrijpen verwacht.

De inzet van IGZ moet dus zowel algemeen als specifiek zijn gericht. IGZ dient zowel actief te onderzoeken als achteraf te controleren. Haar toezicht kan preventief maar ook repressief van aard zijn. De drie hoofdtaken die daaruit voortvloeien zijn het verzamelen van informatie, het beoordelen ervan en naar aanleiding daarvan besluiten tot al dan niet ingrijpen. Bij de afweging die IGZ daarbij moet maken kan het toezichthoudersdilemma een rol spelen.

2.2 Toezichthoudersdilemma

IGZ kan bij haar taakuitvoering voor een keuze tussen twee kwaden komen te staan: krachtig –maar achteraf onnodig- ingrijpen kan leiden tot onrust en dus schade bij degene op wie toezicht wordt gehouden, doch niet ingrijpen kan eveneens tot schade leiden bij bijvoorbeeld de patiënt.³⁵ Het is logisch dat dilemma's voor de toezichthouder kunnen ontstaan, bijvoorbeeld wanneer het belang van een ziekenhuis om efficiënt en goedkoop te werken doorschiet en daardoor tegengesteld raakt aan dat van de patiënt die dicht bij huis kwalitatief hoogwaardige

³³ Leenen, Dute & Kastelein 2008, p. 132. Zie ook *Kamerstukken II 1993/94*, 23 633 nr. 3, p. 13 en p. 16.

³⁴ Kruikemeier e.a. 2010, p. 177.

³⁵ Zo concludeerde de Ombudsman na een klacht van Samenwerkende Algemene Ziekenhuizen dat IGZ in 2007 onnodig onrust heeft gezaaid over de kwaliteit van de zorg op afdelingen intensive care van kleine ziekenhuizen. *Rapport Ombudsman 2010/175*.

en veilige zorg wil verkrijgen. Hoewel de keuze van IGZ om al dan niet in te grijpen in beginsel valt binnen haar discretionaire ruimte, kan inzicht in het toezichthoudersdilemma het oordeel over haar (nalaten te) handelen wel beïnvloeden.³⁶

Dilemma's komen ten eerste voort uit de verschillende functies van en motieven voor het uitoefenen van toezicht. Zo onderscheidt IGZ algemeen, thematisch en interventietoezicht.³⁷ Elk van deze vormen vraagt een bepaalde stijl van toezichtuitoefening: stimulerend en communicatief of juist streng en afstandelijk. Bovendien moet een balans worden gevonden tussen voorspelbaarheid, rechtszekerheid en transparantie enerzijds en verrassing en willekeur anderzijds. Noch het totaal negeren van tips en klachten, noch het blind afgaan daarop worden beschouwd als behoorlijk toezicht.

Ook externe (politieke) factoren zijn van invloed op het oordeel over toezicht en kunnen aanleiding zijn tot een dilemma voor de toezichthouder. Europese regelgeving vereist soms strenge naleving en handhaving, terwijl nationaal dan weer flexibiliteit en een creatieve regeltoepassing worden verlangd.³⁸ Tegenover het openbare belang van de volksgezondheid, kan staan dat met deze openbaarheid de politieke positie van de minister in gevaar wordt gebracht, zoals bijvoorbeeld in de casus Emmeloord dreigde. Ook kunnen politieke meningen over gedogen dan wel handhaven, of centraal dan wel decentraal toezicht, variëren.³⁹ De toezichthouder drijft mee op deze maatschappelijke golven.

Ten slotte kan het totaalpakket aan regels, waarvan toezicht onderdeel uitmaakt, aanleiding zijn tot dilemma's. Toezicht houden is afhankelijk van het aantal regels dat gecontroleerd moet worden en de kwaliteit daarvan maar ook van de beschikbaarheid in menskracht, methoden en middelen. Als het vak toezicht houden serieus wordt genomen, moet geïnvesteerd worden in een professionele en hoogwaardige infrastructuur van IGZ.⁴⁰

De rechter toetst waar het gaat om het beleid van overheidsorganen, en dus het beleid van een toezichthouder als IGZ, vaak slechts of de toezichthouder in redelijkheid niet tot de gemaakte keuze had kunnen komen.⁴¹ Met deze marginale toets wordt minder snel geconcludeerd dat de toezichthouder aansprakelijk is.⁴² Inzicht in verschillende aspecten van het toezichthoudersdilemma is van belang voor het oordeel over het gebruik van de discretionaire ruimte door de toezichthouder.⁴³ Daarnaast is het van belang om inzicht te hebben in de wijze waarop IGZ toezicht houdt.

³⁶ Oftewel: 'Het toezichthoudersdilemma is een belangrijk aspect in de ruimte die het aansprakelijkheidsrecht aan toezichthouders biedt', *Kamerstukken II 2006/07*, 31 123 nr. 1, p. 1-2.

³⁷ Eijlander e.a. 2002, p. 145 en *IGZ-Jaarbeeld 2009*, p. 4.

³⁸ Een voorbeeld is richtlijn 2004/40/EG met minimumvoorschriften over gezondheid en veiligheid bij gebruik van elektromagnetische velden. Deze richtlijn bemoeilijkt in de praktijk de bediening van MRI-scanners door ziekenhuispersoneel.
http://www.gezondheidsraad.nl/sites/default/files/Persbericht%20signalement%20MRI_0.pdf.

³⁹ Eijlander e.a. 2002, p. 145-149.

⁴⁰ Eijlander e.a. 2002, p. 147-150.

⁴¹ HR 20 maart 1992, *NJ 1993*, 547 *Bussluit*.

⁴² Zie verder paragraaf 6.4 over volledige of marginale toetsing.

⁴³ Giesen 2005, p. 141-142.

3. Hoe houdt IGZ toezicht?

Er kan onderscheid worden gemaakt tussen algemeen (systematisch) toezicht en concreet toezicht (aan de hand van meldingen of incidenten). Dit onderscheid is vooral van belang bij toezichtsfalen (zie daarvoor paragraaf 6.3). Hier wil ik meer in het algemeen het onderscheid tussen preventief en repressief toezicht van IGZ bespreken en daarna ingaan op de manier waarop IGZ het toezicht heeft georganiseerd. In de laatste paragraaf geef ik enkele voorbeelden van bevoegdheden die IGZ bezit.

3.1 Preventief en repressief toezicht

IGZ stelt jaarlijks bepaalde prioriteiten in haar preventieve gezondheidsbeleid en bevordert daarmee de staat van de volksgezondheid, een taak die haar in artikel 36 lid 1 sub a Gezondheidswet wordt opgelegd. In 2010 stelde IGZ zich bijvoorbeeld de vermindering van overgewicht, roken, schadelijk alcoholgebruik en depressie tot doel.⁴⁴ Bij haar informatieverzameling besteedt IGZ dan speciale aandacht aan deze onderwerpen.

IGZ heeft op grond van artikel 36 lid 1 sub b Gezondheidswet de taak om overtreding van regels op te sporen. Wanneer zij op de hoogte is van een zeer risicovolle situatie, kan IGZ bijvoorbeeld een bevel geven tot sluiting van een afdeling. Hoewel het bekend worden van deze repressieve maatregelen een preventief effect kan hebben, hebben de meeste maatregelen toch een bestraffend karakter.⁴⁵

Tot 2003 richtte IGZ zich bij haar toezicht specifiek op de interne kwaliteitssystemen van ziekenhuizen: het externe toezicht op het interne toezicht.⁴⁶ In 2001 werd echter al geconstateerd dat die interne kwaliteitsbewaking door de ziekenhuizen nog lang niet in de ziekenhuiscultuur was geborgd en geen garantie vormt voor goede kwaliteit. Bovendien was een analyse verschenen van de Algemene Rekenkamer waarin stond dat controles en inspectiebezoeken gebaseerd zouden moeten zijn op een risicoanalyse.⁴⁷ Daarop heeft IGZ een handhavingscyclus ontwikkeld, waarvan zowel het algemene en concrete toezicht, als het preventieve en repressieve toezicht onderdeel zijn. Deze handhavingscyclus wordt hierna besproken. Helaas is recent geconcludeerd dat het interne en het externe toezicht nog steeds niet op elkaar aansluiten.⁴⁸

⁴⁴ *IGZ-Preventieplan 2010*, p. 11.

⁴⁵ *IGZ-Jaarbeeld 2009*, p. 15.

⁴⁶ Het bestaan van intern toezicht (personen die binnen een zorginstelling zijn belast met het houden van toezicht) wordt vereist in art. 7 lid 3 WTZi jo. art. 6.1 Uitvoeringsbesluit WTZi.

⁴⁷ *Kamerstukken II 1998/99*, 26 395, nr. 2 (rapport van de Algemene Rekenkamer).

⁴⁸ Kruikemeier e.a. 2010, p. 187 constateert dat er zorgen bestaan over de betrouwbaarheid van de aan IGZ verstrekte gegevens en onvoldoende inzicht in de validiteit ervan bij IGZ. Bovendien is er een groot tijdsverloop tussen het verzamelen van de data en inspectiebezoek. Ten slotte worden er verhullende bewerkingsslagen uitgevoerd op de ziekenhuisdata.

3.2 Handhavingscyclus IGZ

De handhavingscyclus bestaat uit informatieverzameling, analyse daarvan en het vormen van een oordeel daarover, gevolgd door een besluit om al dan niet te handhaven. Deze fases van de handhavingscyclus worden door IGZ telkens doorlopen. IGZ werkt het toezicht nader uit in incidententoezicht, thematisch toezicht, gefaseerd toezicht en opsporing van strafbare feiten.

Het incidententoezicht betreft concreet toezicht, achteraf, op basis van meldingen en signalen zoals die in de casus van de Enschedese neuroloog en het UMCN werden gedaan. Bij het incidententoezicht maakt IGZ ook gebruik van de door tuchtcolleges toegestuurde uitspraken.⁴⁹ Individuele klachten over zorgverlening behandelt IGZ niet; daarvoor zijn de klachtencommissies in de instellingen bedoeld. IGZ bekijkt individuele klachten wel op eventuele structurele tekortkomingen.⁵⁰

Het thematisch toezicht overstijgt het instellingenniveau en behelst het toezicht op een bepaald onderwerp. Op deze manier wordt geprobeerd inzicht te krijgen in specifieke of structurele knelpunten in de zorg. Uit dit toezicht komen vaak landelijke aanbevelingen voort. Een recent voorbeeld van thematisch toezicht is het onderzoek naar het beheer en onderhoud van medische apparatuur.⁵¹

Het gefaseerd toezicht is gericht op het verkrijgen van zicht op de aanwezigheid en werking van kwaliteitsmaatregelen. Het toezicht vindt plaats op basis van brede informatieverzameling waarop een risicoanalyse wordt toegepast. Allerlei bronnen, zoals jaarrapportages van ziekenhuizen en klachtencommissies, worden daarbij gebruikt. Het gefaseerd toezicht op de ziekenhuiszorg werkt nog steeds niet naar wens, maar IGZ hoopt dat door uitbreiding van het aantal indicatoren waarmee ziekenhuizen kwaliteit meten, in de toekomst een betere risico-inschatting kan worden gemaakt.⁵²

Ten slotte worden strafbare feiten opgespoord, waarbij wordt samengewerkt met het Openbaar Ministerie.

De handhavingscyclus wordt door IGZ op elk handhavingsonderwerp doorlopen waarbij verschillende instrumenten worden gebruikt, die in de volgende paragraaf worden belicht. Het aantal handhavingsonderwerpen is echter groter dan de capaciteit van IGZ en er moeten dus keuzes gemaakt worden.⁵³ Het uitgangspunt van IGZ daarbij is vertrouwen in het veld.⁵⁴

⁴⁹ Art. 72 lid 1 sub c jo. art. 74 lid 2 Wet BIG.

⁵⁰ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 700 XVI, nr. 149, p. 5.

⁵¹ Met als concrete aanleiding voor het onderzoek de OK-brand in het ziekenhuis in Almelo.

⁵² Kruikemeier e.a. 2010, p. 123.

⁵³ Er zijn 400 fte waarvan 275 fte in het primair proces werkzaam (*IGZ-handhavingskader 2008*, p. 6). De capaciteit van IGZ behoeft dan ook aandacht (*Kamerstukken II 2008/09*, 31 961 nr. 1 en 2).

⁵⁴ *IGZ-toezichtkader 2011*, p. 10.

3.3 Welke bevoegdheden en instrumenten heeft IGZ?

Bij de presentatie van de drie casus in hoofdstuk 1 kwam meerdere malen de vraag op welke maatregelen IGZ had kunnen treffen om de patiënt te beschermen. Een overzicht van de belangrijkste instrumenten en bevoegdheden van IGZ wordt hieronder gegeven.

Voor IGZ is van belang dat zij over voldoende informatie kan beschikken. Daarom zijn zorgaanbieders verplicht het kwaliteitsjaarverslag en het klachtenjaarverslag naar IGZ te zenden.⁵⁵ Zorgaanbieders zijn daarnaast verplicht om calamiteiten en seksueel misbruik aan IGZ te melden.⁵⁶ Ook moeten klachtencommissies tot melding overgaan bij een klacht over een *“ernstige situatie met een structureel karakter waartegen de zorgaanbieder geen maatregelen treft”*.⁵⁷ Bovendien ontvangt IGZ afschriften van de uitspraken van alle tuchtcolleges.⁵⁸

Informatie van andere toezichthouders in de zorgbranche (die besproken worden in paragraaf 4.1) kan van belang zijn voor de analyses van IGZ. Uit de gepresenteerde casus blijkt immers dat bestuurlijk wanbeleid of financieel wanbeheer de kwaliteit van zorg negatief kan beïnvloeden.

Naast de bevoegdheden die IGZ in specifieke wetten zijn toegekend, gelden voor IGZ de algemene toezichtsbevoegdheden van afd. 5.2 Awb en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De Inspecteur kan worden aangemerkt als toezichthouder in de zin van artikel 5:11 Awb en heeft daarmee een standaardpakket bevoegdheden zoals plaatsbetredingen en het vorderen van inlichtingen.⁵⁹ IGZ hoeft dus niet alleen op de informatie af te gaan die ze krijgt van bijvoorbeeld de RvB van het ziekenhuis, zoals in de casus van de neuroloog in Enschede en de thoraxchirurgie in UMCN, maar IGZ kan ook op eigen initiatief onderzoek doen. Zo heeft IGZ in artikel 15 WUBHV de bevoegdheid gekregen om zonder toestemming van de patiënt het patiëntendossier in te zien.

Concreet bestaat het handavingsinstrumentarium van IGZ uit vijf onderdelen:

1. Stimuleringsmaatregelen

Bekendmaking van ‘best practices’, maar ook de openbaarmaking van handavingsmaatregelen kan als stimulans tot verbetering werken voor minder presterende ziekenhuizen, hoewel voor openbaarmaking geen wettelijke basis bestaat.⁶⁰ Daarnaast publiceert IGZ in bijvoorbeeld vaktijdschriften adviezen, die in tegenstelling tot wat het woord ‘advies’ doet

⁵⁵ Art. 5 KWZ, resp. art. 2 lid 9 WKCZ. Hoewel dit een van de weinige concrete verplichtingen is die aan zorgaanbieders wordt opgelegd, verzuimde IGZ tot voor kort bij ontbrekende verslagen effectief op te treden (*Kamerstukken II 1998/99*, 26 395, nr. 2, p. 5-6, Rapport van de Algemene Rekenkamer). Ook door ziekenhuis Emmeloord was al jaren geen verslag aangeleverd. In 2010 vorderde IGZ echter voor het eerst bij zes zorginstellingen een dwangsom van 10.000 euro voor het niet aanleveren van het ‘Jaardocument maatschappelijke verantwoording 2008’.

⁵⁶ Art. 4a KWZ.

⁵⁷ Art. 2a WKCZ.

⁵⁸ Art. 72 lid 1 sub c jo. art. 74 lid 2 Wet BIG.

⁵⁹ Artt. 5:15-19 Awb.

⁶⁰ Met Legemaate 2009, p. 16-17 en Leenen p. 132 ben ik van mening dat openbaarmaking wettelijk geregeld zou moeten worden. De voorzieningenrechter Haarlem is echter met IGZ van oordeel dat actieve openbaarmaking minder presterende instellingen aanspoort tot verbeteringen. V.zr. Rb. Haarlem 2 februari 2010, *GJ* 2011, 66, LJN: BP3489.

vermoeden niet vrijblijvend van aard zijn maar beschouwd moeten worden als bekendmaking van beleidsregels.

2. corrigerende maatregelen

In situaties waarin de risico's te hoog worden kan IGZ op grond van artikel 8 lid 4 KWZ een verbeterplan van de instelling eisen of de instelling onder verscherpt toezicht plaatsen. Deze maatregel (en opheffing ervan) wordt altijd openbaar gemaakt. In Emmeloord heeft IGZ – tevergeefs- meerdere corrigerende maatregelen toegepast.

3. bestuursrechtelijke maatregelen

Bij ernstige normschendingen of situaties met een hoog risico kan IGZ op grond van artikel 8 lid 4 KWZ het bevel geven een afdeling te sluiten (zoals in Nijmegen en Emmeloord) of de minister adviseren tot het geven van een aanwijzing aan een zorgaanbieder (zoals in Emmeloord) of beroepsbeoefenaar.⁶¹ Met de inwerkingtreding van de WUBHV⁶² en de vierde tranche van de Awb per 1 juli 2009 is het instrumentarium van IGZ uitgebreid met een last onder dwangsom en de bestuurlijke boete. Daarmee is het gat tussen de instrumenten 'overreden' en 'het geven van een bevel' verkleind.⁶³

4. tuchtrechtelijke maatregelen

Bij ernstige normschending met een grote kans op herhaling, kan IGZ krachtens artikel 65 lid 1 sub d Wet BIG de zorgverlener voor de tuchtrechter brengen.⁶⁴ Deze maatregel had kunnen worden toegepast in de casus in Enschede, maar ook strafvervolgning was in deze casus een optie geweest.

5. strafmaatregelen

IGZ kan haar buitengewoon opsporingsambtenaren, ingesteld ex artikel 142 WvSv, strafrechtelijk onderzoek laten doen. Ook kan IGZ net als iedere burger aangifte doen bij het Openbaar Ministerie (O.M.) op grond van artikel 161 WvSv. De inspectie en het O.M. hebben hun samenwerking in een zogenoemd handhavingsarrangement vastgelegd.⁶⁵ Het O.M. beslist om in strafzaken al dan niet tot vervolging over te gaan. Het vermoeden van een strafbaar feit bepaalt het onderscheid tussen toezicht en opsporing.

IGZ heeft dus een groot aantal instrumenten en bevoegdheden, waarmee ze op meerdere manieren haar taken kan vervullen. Uit de casus blijkt dat IGZ de beschikbare instrumenten echter niet altijd toepast, vermoedelijk omdat IGZ denkt met overredingskracht en het geven van vertrouwen in de praktijk meer te kunnen bereiken. Wanneer het precaire evenwicht tussen

⁶¹ Art. 8 lid 1 KWZ resp. art. 87a Wet BIG.

⁶² Stcrt. 17 juni 2010.

⁶³ *Kamerstukken II 2008/09*, 31 122 nr. 1.

⁶⁴ Het tuchtrecht neemt een aparte plaats in tussen het strafrecht en bestuursrecht. Het tuchtrecht is namelijk in eerste instantie ingesteld als instrument om te leren binnen de beroepsgroep. In 2010 diende IGZ slechts 12 tuchtklachten in. *Jaarverslag Tuchtcolleges 2010*, p. 25.

⁶⁵ *IGZ-Handhavingskader 2008*, p. 16-17.

vertrouwen en controle verstoord wordt, zou dat kunnen leiden tot een moeizame of onwerkbaar situatie. De handhavingsinstrumenten fungeren dus meer als stok achter de deur.⁶⁶

Daarnaast is structurele informatie-uitwisseling tussen IGZ en andere toezichthouders in de zorgbranche van groot belang. Bestuurlijk wanbeleid of financieel wanbeheer kan een negatieve invloed hebben op de kwaliteit van zorg.⁶⁷ IGZ dient informatie daarover van andere toezichthouders dan ook mee te nemen in haar risico-analyse. Over de taken van andere toezichthouders in de zorgbranche en hun relatie met IGZ handelt de volgende paragraaf.

⁶⁶ Ook Legemaate 2009, p. 7 spreekt dit vermoeden uit.

⁶⁷ Kruikemeier e.a. 2010, p. 120.

4. De relatie van IGZ met andere toezichthouders

IGZ functioneert te midden van andere toezichthouders op de zorg. De controle op kwaliteit, veiligheid en gezondheid in ziekenhuizen wordt bijvoorbeeld niet alleen uitgevoerd door IGZ maar ook door de Arbeidsinspectie (die ik hier verder niet bespreek). Bij het toezicht in de zorg zijn daarnaast het College bescherming persoonsgegevens, het College voor Zorgverzekeringen, het College Sanering Zorginstellingen, het College ter beoordeling van geneesmiddelen en de Consumentenautoriteit betrokken, maar ook deze instanties vallen buiten het bestek van deze scriptie. Wel belicht ik in de komende paragraaf de taken van de Nederlandse Zorgautoriteit (NZa) en de Nederlandse Mededingingsautoriteit (NMa). Hun taken raken aan de taak van IGZ, zodat informatie-uitwisseling tussen deze toezichthouders zinvol is. Daarnaast baseert IGZ zich vaak op informatie van interne toezichthouders, hoewel er kritiek is op het interne toezicht. De belangrijkste kritiek bespreek ik in paragraaf 4.2. Nieuwe wetgeving poogt verbetering aan te brengen in de verantwoordelijkheidsverdeling tussen de diverse kwaliteitsbewakers. Deze wetgeving behandel ik (summier) in paragraaf 4.3.

4.1 Toezichthouders NZa en NMa

Het toezicht op de zorgmarkt is toebedeeld aan de NZa. De NZa is verantwoordelijk voor de kwaliteit van een vrije zorgmarkt, waar ziekenhuizen openlijk kunnen en moeten concurreren met elkaar.⁶⁸ De NZa kijkt daarbij naar de invloed van het aantal ziekenhuizen op de kwaliteit, de toegankelijkheid en de betaalbaarheid van de zorg. In de discussie of de locatie Emmeloord als zelfstandig ziekenhuis kan blijven bestaan, is bijvoorbeeld het oordeel van de NZa, over het minimale aantal ziekenhuizen dat in de regio kon functioneren met behoud van de vrije zorgmarkt, van belang.

De NZa houdt toezicht op de Wet Marktordening Gezondheidszorg (Wmg), de Algemene Wet Bijzondere Ziektekosten (AWBZ) en de Ziektekostenverzekeringwet. Bevoegdheden van de NZa zijn bijvoorbeeld het opvragen van relevante informatie, het opleggen van bepaalde verplichtingen aan zorgaanbieders of verzekeraars (bijvoorbeeld tot bekendmaking van informatie) en het reguleren van prijzen en contractvoorwaarden.⁶⁹ Daarnaast heeft de NZa bestuurlijke handhavingsbevoegdheden.⁷⁰

Het toezicht op naleving van de Mededingingswet (Mw) is neergelegd bij de NMa. De NMa gaat uit van de markten zoals ze zijn en heeft geen regulerende, scheppende bevoegdheid zoals de NZa. Kort gezegd kan de NZa vóóraf regels stellen, terwijl de NMa achteraf ingrijpt bij die zorgaanbieders die de regels overtreden hebben. Wel kan de NMa vooraf toetsen of fusies van ziekenhuizen (als in Emmeloord en Lelystad) leiden tot overtreding van het kartelverbod of

⁶⁸ *Kamerstukken II 2008/09*, 32 012 nr. 1, p. 39.

⁶⁹ Resp. art. 61 Wmg, art. 48 Wmg en art. 32 Wmg.

⁷⁰ Art. 76, 77 en 78 Wmg (aanwijzing), art. 82 Wmg (last onder bestuursdwang), art. 82, 83, 84 Wmg (last onder dwangsom) en afd. 6.4.1 Wmg (het opleggen van een bestuurlijke boete).

een te sterke economische machtspositie van het nieuwe ziekenhuis in de regio.⁷¹ De NMa kan vergunningen intrekken of boetes opleggen aan bestuurders en ondernemingen.⁷²

Zoals hierboven gesteld, wordt door de overheid voor de zorgmarkt een vrije marktwerking beoogd. In een vrije markt geldt het verbod tot het treffen van (overheidssteun) maatregelen, opdat de concurrentieverhoudingen niet verstoord raken. Zowel de NMa als de Europese Commissie controleren de handhaving van dit verbod. Slechts als de continuïteit van zorg in een regio in gevaar komt door een dreigend faillissement van een ziekenhuis, zoals in Flevoland in 2008, mag de overheid financieel bijspringen.⁷³

In artikel 18 van de Wmg zijn voorrangregels opgenomen voor het geval tussen de toezichthouders samenloop van bevoegdheden optreedt. Artikel 18 lid 3 Wmg bepaalt dat de NZa leidend is wanneer machtsposities van zorgaanbieders in het geding zijn, bijvoorbeeld door een fusie of door concentratie van specialistische zorg.⁷⁴ In artikel 18 lid 4 Wmg wordt bepaald dat de NMa leidend is bij de uitleg van mededingingsrechtelijke begrippen in de zorgmarkt, zoals 'kartelvorming'⁷⁵ of 'misbruik van economische machtspositie'⁷⁶ door bijvoorbeeld zorgverzekeraars of zorgaanbieders. De NZa en de NMa hebben hun werkafspraken met betrekking tot de samenloop van bevoegdheden vastgelegd in een Samenwerkingsprotocol.⁷⁷ In dit protocol worden ook de voorwaarden beschreven waaronder informatie tussen de NZa en de NMa kan worden uitgewisseld.

In artikel 19 Wmg is bepaald dat het oordeel van IGZ wordt gevolgd wanneer het gaat om de kwaliteit van zorg. Ook tussen de NZa en IGZ is in 2006 een samenwerkingsprotocol opgesteld.⁷⁸ Daarin is onder andere opgenomen dat elk kwartaal overleg plaatsvindt. Daarnaast betrekken ze elkaar wanneer sprake is van vermoedelijke overtreding van normen waarop de ander toezicht houdt.

De gepresenteerde casus dateren alle van vóór de genoemde samenwerkingsprotocollen. Met name bij het slecht verlopen fusietraject in Emmeloord, dat leidde tot gevaar voor de kwaliteit van zorg, zou samenwerking tussen NZa, NMa en IGZ echter zinvol kunnen zijn geweest.

4.2 Interne toezichthouders

Ging het in de vorige paragraaf over de samenwerking van IGZ met NZa en NMa, in deze paragraaf komt de relatie van IGZ met de interne toezichthouders aan de orde. De interne

⁷¹ Kartelverbod art. 6 Mw en 81 EG; misbruik van machtsposities art. 24 Mw en art. 82 EG.

⁷² Hoofdstuk 7 Mw.

⁷³ De Raad voor de Volksgezondheid en Zorg is van mening dat de overheidssteun aan IJsselmeer-ziekenhuizen onterecht was en waarschuwt voor herhaling <http://www.skipt.nl/actueel/id1376-rvz-pleit-tegen-steun-voor-orbis.html>.

⁷⁴ Art. 27 Mw.

⁷⁵ Art. 6 Mw.

⁷⁶ Art. 24 Mw.

⁷⁷ Stcrt. 24 januari 2011.

⁷⁸ http://www.nza.nl/96810/20527/Protocol_IGZ_NZa.pdf.

toezichthouders in het ziekenhuis zijn de RvB en de RvT. IGZ baseert zich bij haar analyses vaak op hun informatie.

RvB's zijn verantwoordelijk voor het verlenen van verantwoorde zorg.⁷⁹ Hun leiderschap is van grote invloed op het gedrag van medische professionals.⁸⁰ De RvB behoort met het personeel afspraken over taken en verantwoordelijkheden te maken en op de navolging daarvan toezicht te houden.⁸¹ De RvB in ziekenhuis Enschede is geen voorbeeld van goede kwaliteitsbewaking. Deze RvB liet het patiëntendossier vernietigen en gaf een patiënte zwijggeld op voorwaarde dat zij de aangespannen tuchtzaak tegen de disfunctionerende neuroloog zou intrekken. In de casus van het ziekenhuis Emmeloord had de RvB ruzie met de medische staf en spreidde daarmee geen sterk leiderschap ten toon. In het UMCN hield de RvB zich zelfs afzijdig van de problemen die bij de zorgprofessionals speelden.

De RvT controleert het beleid van de RvB en staat de RvB met raad en daad terzijde.⁸² Slecht beleid van ziekenhuizen, zich uitend in wisselingen in de top, financiële problemen, hoog personeelsverloop, hoog ziekteverzuim, spanningen tussen leiding en medische staf, enzovoorts, leiden per definitie tot slechte zorg. IJsselmeerziekenhuizen is hiervan een concreet voorbeeld.⁸³ Vaak blijkt de RvT zich echter op grote afstand te houden. Op zijn best vindt er jaarlijks een thematische bijeenkomst met de RvB plaats.⁸⁴ Een goed functionerende RvB had tegen de disfunctionerende neuroloog al veel eerder adequate actie ondernomen en in de casus Enschede en Nijmegen onthielden de bestuurders bewust informatie aan IGZ.⁸⁵

Gelukkig hoeft IGZ zich bij het toezicht niet alleen te baseren op informatie van de RvB. Vele niet-overheidsinstanties voeren, vaak gebaseerd op een wettelijke verplichting, enige vorm van toezicht of controle uit. Ook zij rapporteren over hun bevindingen aan IGZ.⁸⁶ IGZ analyseert dan ook de rapportages van instanties als de cliëntenraad, de klachtencommissie, de wetenschappelijke beroepsverenigingen, de Ondernemingsraad, et cetera, en vult zo het toezicht op toezicht in.⁸⁷

De afstand tussen IGZ en de interne kwaliteitsbewakers is vaak groot. In de casus van het UMCN, maar ook in Enschede, vertrouwde IGZ er ten onrechte op dat de RvB wel de kwaliteit

⁷⁹ Art. 2 KWZ. Wat verantwoorde zorg is, wordt door 'het veld' van zorgaanbieders zelf bepaald, hoewel IGZ sinds 2007 in het programma Zichtbare Zorg probeert normontwikkeling te stimuleren. Hendriks 2011, p. 535.

⁸⁰ Dückers 2009 p. 184.

⁸¹ *Kamerstukken II* 2008/09, 31 700 XVI nr. 151, p. 10.

⁸² Art. 6.1 lid 1 sub a Uitvoeringsbesluit Wtzi.

⁸³ Zie Kruikemeier e.a. 2010, p. 120.

⁸⁴ Van Ooijen 2007.

⁸⁵ *Rapport Commissie Lemstra* 2009, p. 22-24, en *Een onvolledig bestuurlijk proces* 2008, p. 87-92.

⁸⁶ Het aantal inspecties per ziekenhuis per jaar varieert van 13 tot 101, mede afhankelijk van de activiteiten die binnen het ziekenhuis worden uitgevoerd en de omvang van het ziekenhuis. Deze inspecties worden uitgevoerd door bijv. wetenschappelijke verenigingen en verzekeraars, maar ook door instanties die brand- en voedselveiligheid of naleving van de kernenergiewet bewaken. *Rapport Commissie Büller* 2007, p. 60.

⁸⁷ *IGZ-consultatiedocument 2010*, p. 17.

van zorg zou bewaken.⁸⁸ Van een regulier overleg over de aanpak van de RvB was geen sprake. IGZ en interne kwaliteitsbewakers zouden informatie eerder en vaker met elkaar moeten delen en regelmatig moeten bijeenkomen. De cliëntenraad en de klachtencommissie van een ziekenhuis rapporteren wel aan IGZ, maar van een regulier overleg tussen IGZ en deze organen is evenmin sprake. Het interne toezicht sluit dus slecht aan op het toezicht door IGZ en IGZ zou zich daar bij de uitvoering van haar taken veel meer bewust van moeten zijn.⁸⁹

Opgemerkt moet worden dat interne kwaliteitsbewakers, zoals de RvT en de cliëntenraad, beter zouden kunnen functioneren door zich te professionaliseren en hen toekomstige informatie op te eisen. Over de bevoegdheid daartoe beschikken ze vaak al.⁹⁰ Er is wat dat betreft geen nieuwe wetgeving nodig, hoewel deze op dit moment wel in behandeling is in de Tweede Kamer. De gevolgen van deze wetgeving voor de verhouding tussen IGZ en RvB, maar ook voor de patiënt, komen in de volgende paragraaf aan de orde.

4.3 Nieuwe Wcz, nieuwe verhoudingen?

De nieuwe Wet cliëntenrechten zorg (Wcz), die in juni 2010 is voorgelegd aan de Tweede Kamer, beoogt een aantal wetten te integreren⁹¹ en de patiëntenrechten te versterken.⁹² De Wcz gaat niet meer uit van een behandelingsovereenkomst, zoals de WGBO, maar van verbintenissen die ontstaan uit de wet.⁹³ De zeven rechten die in de Wcz aan patiënten worden toegekend kunnen via de rechter worden afgedwongen.⁹⁴ De samenwerking tussen IGZ en NZa wordt in de Wcz gereguleerd.⁹⁵ Er wordt voorgesteld om IGZ samen met NZa en andere instanties te laten opgaan in een nieuw publiekrechtelijk kwaliteitsinstituut.⁹⁶ In de Wcz worden de taken en bevoegdheden van de RvT vastgelegd en wordt één van de leden van de RvB van een ziekenhuis verantwoordelijk portefeuillehouder voor de kwaliteit en veiligheid van zorg.⁹⁷ Zorgaanbieders moeten op grond van de Wcz meer verantwoording gaan afleggen, omdat

⁸⁸ Het overzicht van betrokken toezichthouders en hun verklaringen voor het niet signaleren van de problemen in het UMCN in *Een onvolledig bestuurlijk proces* 2008, p. 96, is wat dat betreft confronterend.

⁸⁹ Goede voornemens maakt IGZ in het *IGZ-Toezichtkader 2011*, p. 7.

⁹⁰ Wanneer het komt tot gerechtelijke procedures is de verschillende status van ziekenhuizen een complicerende factor. Zes academische ziekenhuizen zijn zbo's, twee academische ziekenhuizen (UMCN St. Radboud Nijmegen en VUmc Amsterdam) zijn private instanties, net zoals de algemene ziekenhuizen. Daardoor is de ene keer de bestuursrechter, de andere keer de civiele rechter bevoegd te oordelen in geschillen. Zie bijvoorbeeld een uitspraak van de Rechtbank Arnhem *LJN AV7682*, AWB 05/4258.

⁹¹ WGBO, KWZ, WMCZ en WKZ

⁹² *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 4.

⁹³ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 25-27.

⁹⁴ Het gaat in hoofdstuk 2 t/m 5 Wcz om het recht op beschikbare en bereikbare zorg, keuze en keuze-informatie, kwaliteit en veiligheid, informatie, toestemming en privacy, het recht op afstemming tussen zorgverleners, het recht op een effectieve klachtenbehandeling en het recht op medezeggenschap en goed bestuur.

⁹⁵ Art. 59 Wcz.

⁹⁶ *Kamerstukken II* 2009/10, 32 402, nr. 3, p. 15.

⁹⁷ Art. 40 Wcz.

negatieve signalen over kwaliteit en veiligheid vaak samengaan met signalen van financiële problemen, zoals bleek in de casus van IJsselmeerziekenhuizen.⁹⁸

De Raad van State heeft negatief geadviseerd op het wetsvoorstel. Hij twijfelt onder andere aan de noodzaak van nieuwe regelgeving om de patiëntenrechten te versterken.⁹⁹ Daarnaast bestaat kritiek op het inconsequent gebruik van de term zorgaanbieder in de Wcz: de ene keer wordt een ziekenhuis bedoeld, de andere keer een natuurlijk persoon.¹⁰⁰ Bovendien wordt de keuze om onder vigeur van de Wcz de verbintenis tussen arts en patiënt uit het verbintenissenrecht te lichten afgewezen, zowel door juridische auteurs als door de Raad van State.¹⁰¹

Mocht de Wcz door de Tweede Kamer desondanks ongewijzigd worden geaccepteerd, zullen de verhoudingen tussen, en verantwoordelijkheden van, toezichthouders en kwaliteitsbewakers drastisch gewijzigd gaan worden. Ook aansprakelijkheidskwesties zullen daardoor worden beïnvloed.¹⁰²

⁹⁸ Art. 44 Wcz, zie ook *Kamerstukken II 2009/10*, 32 402, nr. 3, p. 67 en p. 148.

⁹⁹ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 402, nr. 4, p. 2.

¹⁰⁰ *Kamerstukken II 2009/10*, 32 402, nr. 4, p. 6.

¹⁰¹ Volgens Hondius & Ten Hoopen 2009 ontstaat een splendid isolation: een verwijdering van het algemene contractenrecht, het consumentenrecht, het aansprakelijkheidsrecht en het schadevergoedingsrecht. Het BW is volgens de auteurs een logische plaats: eerst was het de werknemer die daar wettelijke bescherming kreeg, toen de koper op afbetaling en de huurkoper, later de huurder van woonruimte, vervolgens kwam de consument, gevolgd door de patiënt. Vergelijkbare kritiek levert Gevers 2008. Zie voor de mening van de Raad van State over dit onderwerp *Kamerstukken II 2009/10*, 32 402, nr. 4, p. 17.

¹⁰² De cliënt kan er op grond van de Wcz bijvoorbeeld voor kiezen zijn vordering op de zorgaanbieder aanhangig te maken bij een geschilleninstantie, naast de mogelijkheid om het ziekenhuis aan te spreken voor niet-nakoming. Ook kan de cliënt de zorgverzekeraar aanspreken. Artikel 3 Wcz regelt de medeaansprakelijkheid van de zorgaanbieder. *Kamerstukken II 2009/10*, 32 402, nr. 3, p. 26-28.

5. Wat is de rechtvaardiging van civielrechtelijke aansprakelijkheid voor falend IGZ toezicht?

De voorgaande hoofdstukken betroffen vooral een inleidende en algemene bespreking over het houden van toezicht. Hierna spits ik me meer toe op de aansprakelijkheidsaspecten van falende toezichthouders, te beginnen met de bespreking van de vraag of IGZ als publiekrechtelijk toezichthouder wel aansprakelijk gesteld zou moeten kunnen worden.

Toezichthouders maken ingewikkelde afwegingen. Dat geldt echter niet exclusief voor toezichthouders maar ook voor bijvoorbeeld medici, zodat dit argument niet specifiek pleit tegen aansprakelijkheid. Argumenten die wel pleiten voor of tegen aansprakelijkheid van IGZ worden hieronder besproken.

5.1 Argumenten voor aansprakelijkheid van IGZ

IGZ is er om toezicht te houden op de kwaliteit van zorg. Dat is de ratio van haar toezicht. IGZ is in het leven geroepen omdat de wetgever bij handelingen in de zorgsector gevaren of risico's ziet, die een patiënt volgens de wetgever niet kan overzien. Patiënten worden door de wetgever gezien als zwakkere en te beschermen partij die moet kunnen vertrouwen op de toezichthouder. Beschaming van dit vertrouwen is een van de redenen om te pleiten voor een vorm van aansprakelijkheid.¹⁰³

Daarnaast kan de solvabiliteit van de overheid genoemd worden als argument voor aansprakelijkheid van IGZ.¹⁰⁴ Met name voor het betalen van grote schadevergoedingen, of wanneer meerdere benadeelden bestaan, zal de (verzekering van de) primaire dader mogelijk niet altijd voldoende soelaas bieden. De solvabiliteit van de publiekrechtelijke toezichthouder is echter nagenoeg onbeperkt. Patiënten krijgen bij aansprakelijkheid van IGZ dus een grotere zekerheid dat hun schade vergoed wordt. Ook is de mogelijkheid van spreiding van claims voor de patiënt interessant. De aansprakelijkheid van de toezichthouder bestaat immers naast de aansprakelijkheid van het ziekenhuis. Wel moet worden gewaakt voor risicovol gedrag van het ziekenhuis. Het is niet de bedoeling dat IGZ als financieel vangnet voor onderverzekering van het ziekenhuis gaat dienen: de belastingbetaler zou wel eens bezwaren kunnen uiten als overheden al te gemakkelijk aansprakelijk worden gehouden.¹⁰⁵

Ten slotte kan de preventieve werking van aansprakelijkheid van IGZ genoemd worden. IGZ zou, uit vrees voor aansprakelijkheidsclaims, de keuze kunnen maken om eerder te handhaven bij een onveilige en risicovolle situatie. Dergelijk defensief gedrag van IGZ kan leiden tot intensiever onderzoek en diepgravender analyses, maar ook tot meer bureaucratie doordat vaker rapportages geëist worden. Dit kost ziekenhuizen tijd en menskracht. Defensief gedrag

¹⁰³ Mijn conclusie hier komt overeen met de balans die Giesen 2005, p. 164 opmaakt.

¹⁰⁴ Dit argument wordt in de MvT van de Wcz ten onrechte niet genoemd, zie *Kamerstukken II 2009/10*, 32 402, nr. 3, p. 27-28.

¹⁰⁵ Spier e.a. 2009, p. 15.

van IGZ kan voor ziekenhuizen dan ook leiden tot een verhoging van administratieve lasten of onwerkbaar situaties.

5.2 Argumenten tegen aansprakelijkheid van IGZ

Er zijn ook argumenten die pleiten tegen aansprakelijkheid van IGZ. Zo heeft een toezichthouder discretionaire ruimte: de vrijheid om zelf te bepalen óf hij handelt en zo ja, met welke instrumenten. Deze beleidsvrijheid van IGZ is echter niet onbeperkt en kan nooit een rechtvaardiging zijn voor het onvoldoende of niet ingrijpen bij onveilige en risicovolle situaties. Dit argument overtuigt dan ook niet.

Bij aansprakelijkheid van een toezichthouder wordt soms gevreesd voor ‘Amerikaanse toestanden’. Daarmee wordt bedoeld dat de toezichthouder kan worden overspoeld door een vloedgolf aan claims. In de praktijk blijkt daarvan echter niets, zodat dit argument evenmin meeweegt.¹⁰⁶

Bij falende toezichthouders is nagenoeg altijd sprake van nalaten te handelen. Aansprakelijkheid bij nalaten wordt slechts zelden aanvaard.¹⁰⁷ Het veronderstelt namelijk een plicht tot handelen, en bij de aanvaarding van een dergelijke plicht is de inbreuk op de discretionaire vrijheid van IGZ groot. Naar mijn mening is deze inbreuk echter gerechtvaardigd wanneer risicovolle situaties in ziekenhuizen langdurig bestaan. Als toezicht en handhaving immers adequaat en efficiënt door IGZ zouden zijn uitgevoerd, zouden dergelijke situaties niet bestaan. Overigens verandert bij juridische auteurs langzaam het standpunt dat aansprakelijkheid bij nalaten zeldzaam moet zijn.¹⁰⁸

Van belang is ook dat de aansprakelijkheid van IGZ een afgeleide aansprakelijkheid is, want de onder toezichtgestelde is de primaire dader. Deze afgeleide aansprakelijkheid moet echter worden geaccepteerd omdat het rechtvaardig, gewenst en reëel is om dat te doen.¹⁰⁹ Het verwijt dat de toezichthouder kan worden gemaakt, is immers een zelfstandig verwijt.

Concluderend wegen de argumenten voor aansprakelijkheid van een publiekrechtelijke toezichthouder zwaarder dan de tegenargumenten. Argumenten die pleiten voor aansprakelijkheid van IGZ zijn vooral de ratio van toezicht en de solvabiliteit van de overheid. Hoewel het bij toezichtsrelaties gaat om een afgeleide aansprakelijkheid, en bovendien vaak om een nalaten, is aansprakelijkheid van IGZ gerechtvaardigd. Daarbij moet wel opgemerkt worden dat aansprakelijkheid altijd beoordeeld moet worden in het licht van de Kelderluikcriteria,¹¹⁰ de vervulling van de elementen van artikel 6:162 BW, maar ook afhankelijk is van de mogelijkheid het bewijs te kunnen leveren. Daarover gaan de volgende hoofdstukken.

¹⁰⁶ Van Dam 2006, p. 15.

¹⁰⁷ Van Rossum 2005, p. 92-93, Giesen 2004, p. 7. Zie ook paragraaf 7.3.

¹⁰⁸ Van Dam 2006, p. 280.

¹⁰⁹ Giesen 2005, p. 151-152.

¹¹⁰ HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 *Kelderluik*, zie verder paragraaf 6.1.

6. Juridische aspecten van de beoordeling van het toezicht door IGZ

Bij het oordeel van de rechter over het toezicht door IGZ spelen diverse aspecten mee. Voor publiekrechtelijke toezichthouders ontwikkelde de Raad van State een 'beginselplicht tot handhaving'.¹¹¹ Hoewel bespreking van de bestuursrechtelijke aansprakelijkheid buiten het bestek van deze scriptie valt, speelt deze beginselplicht wel een rol bij de civielrechtelijke procedure. Hierna bespreek ik in twee opeenvolgende paragrafen de juridische gronden voor een civielrechtelijke handhavingsplicht, indien en voor zover deze bestaat, gevolgd door een bespreking van de reikwijdte ervan. Ik besteed daarbij aandacht aan criteria die in jurisprudentie zijn ontwikkeld en aan het onderscheid tussen vormen van toezichtsfalen zoals dat in de literatuur wordt gemaakt. Ten slotte bespreek ik in de vierde paragraaf van dit hoofdstuk de wijze waarop het civielrechtelijke oordeel over het toezicht wordt gevormd. Daarbij is van belang of de rechter het handelen of nalaten van de toezichthouder marginaal of volledig toetst.

6.1 Juridische gronden voor een eventuele civielrechtelijke handhavingsplicht van IGZ

Een beginselplicht tot handhaving kan gebaseerd worden op een aantal gronden. Daarbij kan als eerste worden gewezen op het ongeschreven recht: het vertrouwensbeginsel en het kennis- en kundeoverschot van de overheid.¹¹² De patiënt moet erop kunnen vertrouwen dat IGZ ingrijpt wanneer dat geboden is.

Daarnaast kan als grond voor een beginselplicht tot handhaving worden gewezen op jurisprudentie van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM). Op basis van artikel 2 van het Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) heeft het EHRM zogenaamde positieve verplichtingen voor Staten gecreëerd. Op grond van deze positieve verplichtingen moet de Staat zich niet alleen onthouden van gedragingen die een gevaar zijn voor leven of welzijn van zijn burgers, maar is hij ook verplicht om zijn burgers te beschermen tegen dergelijke gedragingen van derden.¹¹³ Hoewel het EVRM wel ruimte laat voor een afweging van belangen, krijgen toezichthouders met deze formulering een verplichting opgelegd om preventief in te grijpen, indien zij op de hoogte (hadden kunnen) zijn van een daadwerkelijk en onmiddellijk risico voor het leven of gezondheid van personen. Daarmee kan bijna gesproken worden van een risico-aansprakelijkheid voor de toezichthouder.

Zelfs wanneer IGZ in alle gevallen voldoet aan deze plicht tot preventief ingrijpen, zullen onveilige en risicovolle situaties blijven voorkomen. Het is immers een illusie te denken dat elke overtreding door een toezichthouder geconstateerd zou kunnen worden, nog afgezien van de vraag of een dergelijke controlestaat wenselijk is. Het gaat bij toezicht altijd om een afweging tussen de aard en ernst van het risico en het bezwaar van het nemen van handhavingsmaatregelen. Daarom ook wordt in de regels waarin de bevoegdheden van de

¹¹¹ Zie Van Dam 2006, p. 117, met voorbeelden van jurisprudentie.

¹¹² Van Rossum 2005, p. 40.

¹¹³ Zie bijvoorbeeld EHRM 30 november 2004, *Öneriyildiz t. Turkije II*, dat ik bespreek in de volgende paragraaf.

toezichthouder zijn vastgelegd, uitgegaan van beleidsvrijheid van de toezichthouder. IGZ 'kan' een boete opleggen en 'kan' een afdeling sluiten. Beleids- en beoordelingsvrijheid kunnen echter nooit een rechtvaardiging zijn voor het inadequaaf uitvoeren van een taak, het miskennen van mensenrechten en het niet houden aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Een absolute handhavingsplicht, waarbij altijd en onder alle omstandigheden gehandhaafd moet worden, is niet haalbaar, maar een toezichthouder moet wel goede redenen hebben om *niet* te handhaven.¹¹⁴

Uit het voorgaande blijkt dat een absolute handhavingsplicht niet wenselijk en niet haalbaar is. De toezichthouder heeft beleidsvrijheid, maar deze vrijheid is niet onbeperkt. Een relatieve handhavingsplicht wordt vooral gebaseerd op het vertrouwensbeginsel en artikel 2 EVRM. In de volgende paragraaf wordt besproken in welke gevallen deze (relatieve) handhavingsplicht geldt.

6.2 Reikwijdte van beginselplicht tot handhaving

Zojuist constateerde ik dat een relatieve handhavingsplicht geldt: IGZ heeft beleidsvrijheid om te beoordelen of de noodzaak om in te grijpen, opweegt tegen het nadeel ervan. De reikwijdte van de ongeschreven zorgvuldigheidsplicht bij gevaarzettend handelen wordt door de HR besproken in het Kelderluikarrest. De HR bepaalde in dit arrest dat gelet moet worden op de aard en de ernst van het gevaar, de te verwachten schade, de grootte van de kans dat die schade zich verwezenlijkt, de voorzienbaarheid van de schade en de kosten van te nemen voorzorgsmaatregelen. Met deze criteria kan de rechter in een concreet geval beoordelen of maatregelen hadden moeten worden genomen, waarmee letsel in die bepaalde situatie had kunnen worden voorkomen.

Ook op het gevaarzettend handelen in ziekenhuizen kunnen de Kelderluikcriteria worden toegepast. Dat betekent dat, naarmate IGZ beter bekend is met misstanden, de voorzienbaarheid van de schade toeneemt en de door IGZ in acht te nemen handhavingsnorm strenger wordt.¹¹⁵ Zo was IGZ in alle in hoofdstuk 1 gepresenteerde casus op een gegeven moment op de hoogte van de aard en de ernst van de onveilige situaties. Toch ondernam IGZ geen of onvoldoende actie om te voorkomen dat de situatie zich zou herhalen, voortzetten of uitbreiden. De wijze waarop IGZ actief wordt kan zij in beginsel wel zelf bepalen. Maar naarmate het aan de orde zijnde risico groter is, zal de beleidsvrijheid verder afnemen en zal het gekozen instrument in elk geval effectief moeten zijn.¹¹⁶ IGZ moet daarbij eisen van doelmatigheid, evenredigheid, proportionaliteit en subsidiariteit afwegen.¹¹⁷

Het oordeel over de zorgvuldigheid van de toezichthouder wordt ook beïnvloed door het Europees recht. Hoewel het EVRM wel ruimte laat voor een afweging van belangen, hebben toezichthouders de plicht om preventief in te grijpen, indien zij op de hoogte (hadden kunnen) zijn van een daadwerkelijk en onmiddellijk risico voor het leven of gezondheid van personen,

¹¹⁴ Van Rossum 2005, p. 288; Giesen 2005, p. 69; Van Dam 2006, p. 118.

¹¹⁵ Van Ravels 2006, Van Dam 2006, p. 121.

¹¹⁶ Zie ook Van Dam 2006, p. 108-124.

¹¹⁷ Van Ravels 2006.

zoals in de zaak *Öneryildiz/Turkije* het geval was.¹¹⁸

Twee Turkse burgemeesters waren gewaarschuwd voor het risico op ontploffingen van afvalgassen in een vuilnisbelt. Desondanks gedoogden zij een krottenwijk naast de vuilnisberg. In 1993 veroorzaakte een explosie een aardverschuiving die de krottenwijk bedolf. Er kwamen 39 mensen om het leven waaronder negen gezinsleden van *Öneryildiz*, die ook al zijn bezittingen bij deze ramp verloor. *Öneryildiz* spande een procedure aan, waarbij hij verzocht om vergoeding van de door hem geleden materiële en immateriële schade. Nadat hij de mogelijkheden van het nationale recht had uitgeput, wendde hij zich tot het EHRM wegens schending van onder meer het recht op leven, zoals neergelegd in artikel 2 van het EVRM. Het Europees Hof oordeelde dat de Turkse overheid nalatig was geweest met het nemen van maatregelen om de burgers te beschermen tegen het bij de overheid bekende gevaar rond een vuilnisbelt, ook al was bewoning ervan illegaal. Bovendien waren de omwonenden ten onrechte door de overheid niet geïnformeerd over dat gevaar.

Uit de hiervoor besproken Europese jurisprudentie, maar ook uit de Kelderluikcriteria, is de plicht van IGZ af te leiden om in risicovolle situaties te handhaven en patiënten over het gevaar te informeren. Voor een afwachtende toezichthouder bestaat weinig ruimte. Bij het rechterlijk oordeel over het gedrag van IGZ wordt haar beleidsvrijheid erkend, maar deze beleidsruimte is niet onbeperkt. Wanneer eenmaal vaststaat dat sprake is van toezichtsfalen, wordt onderscheid gemaakt tussen algemeen en concreet toezichtsfalen. Deze twee vormen van toezichtsfalen worden hierna besproken.

6.3 Algemeen en concreet toezichtsfalen

In de literatuur worden twee vormen van toezichtsfalen onderscheiden: algemeen en concreet toezichtsfalen.¹¹⁹

Van algemeen toezichtsfalen wordt gesproken wanneer onvoldoende algemene controle gehouden wordt op naleving van de regels. Het algemene toezicht ligt binnen de beleidsvrijheid van IGZ: indien de toezichthouder een toezicht- en handavingsplan heeft dat gebaseerd is op een uitgebreide risico-analyse, en dit plan adequaat uitvoert, heeft de rechter veelal geen ruimte om op grond van algemeen toezichtsfalen een onrechtmatige daad van de toezichthouder aan te nemen.¹²⁰ De toezichthouder kan immers niet alles controleren en zal vaak een keuze moeten maken bij de inzet van schaarse middelen en mensen.

Hét voorbeeld van een uitspraak inzake algemeen toezichtsfalen is het Boeddha-arrest.¹²¹ Het ging in deze zaak om een brand in een Chinees restaurant in Hilversum waarbij het vuur zich razendsnel langs het plafond verspreidde. Bij de brand waren doden en gewonden te betreuren. De gewonden stelden onder anderen de gemeente Hilversum aansprakelijk, omdat het restaurant al jaren niet meer aan een inspectie was onderworpen, ook niet na een verbouwing. Het Hof overwoog dat noch artikel 71 van de Brandveiligheidsverordening, noch het gevoerde beleid, de gemeente verplichtte tot controle. Dit oordeel bleef bij de Hoge Raad in stand. Aansprakelijkheid van de gemeente

¹¹⁸ EHRM 18 juni 2002, *NJCM* 2003, 54-73 *Öneryildiz t. Turkije I*, bevestigd door EHRM 30 november 2004, *AB* 2005, 43, *NJ* 2005, 210 *Öneryildiz t. Turkije II*.

¹¹⁹ Bijvoorbeeld Van Dam 2006, p. 13, Giesen 2005, p. 116, Van Rossum 2005, p. 14.

¹²⁰ Van Dam 2006, p. 13.

¹²¹ HR 22 juni 2001, *AB* 2237, C99/265HR *Restaurant Boeddha*.

vanwege nagelaten controle op brandpreventie, werd niet aangenomen.

Van concreet toezichtsfalen van een toezichthouder wordt gesproken als niet wordt ingegrepen en geen eigen onderzoek wordt verricht, terwijl er concrete aanwijzingen zijn dat de regels niet worden nageleefd, bijvoorbeeld op basis van klachten of meldingen. Bij concreet toezichtsfalen kan aansprakelijkheid bestaan op grond van een onrechtmatige daad.

Het is dus van belang onderscheid te maken tussen die gevallen waarin IGZ is tekortgeschoten in de algemene controle en die waarin concrete aanwijzingen bestaan van onregelmatigheden. In het geval van de disfunctionerende neuroloog in Enschede waren er in eerste instantie onvoldoende aanwijzingen om eigen onderzoek van IGZ te rechtvaardigen. Er is hier sprake van algemeen toezichtsfalen, zonder aansprakelijkheid van IGZ. Vanaf het moment dat de RvB Enschede de schorsing van de disfunctionerende neuroloog aan IGZ meldde, had IGZ echter wel moeten ingrijpen. In de casus Emmeloord en Nijmegen hadden de analyse van de verzamelde data, maar vooral het gebrek aan effectiviteit van de al genomen maatregelen, voor IGZ reden moeten zijn om adequater in te grijpen. In deze twee casus is sprake van concreet toezichtsfalen en zal de rechter oordelen dat IGZ wel aansprakelijk is op grond van een onrechtmatige daad. In de volgende paragraaf bespreek ik op welke wijze de rechter zijn toetsing uitvoert.

6.4 Marginale of volledige toetsing door rechter

Het is uiteindelijk aan de rechter om te beoordelen of IGZ in een concrete situatie zorgvuldig heeft gehandeld. Ondanks de beleidsvrijheid die de toezichthouder heeft, wordt de vraag of sprake is toezichtsfalen door de rechter beantwoord. Erkenning van de discretionaire bevoegdheid van IGZ kan civielrechtelijk betekenen dat de keuze van de toezichthouder in beginsel gerespecteerd dient te worden.¹²² De rechter oordeelt dan met een marginale toets dat de toezichthouder in de omstandigheden en met de kennis van toen in redelijkheid tot zijn besluit heeft kunnen komen, maar treedt verder niet in de afwegingen die tot de gemaakte keuze hebben geleid.¹²³ Bij een volledige toetsing beoordeelt de rechter of de gevolgen van een besluit niet onevenredig zijn in verhouding tot de met dat besluit te dienen doelen.

Het verschil tussen een marginale dan wel volledige toetsing van het gedrag van een toezichthouder, wordt geïllustreerd in het arrest *Vie d'Or*.¹²⁴ In deze zaak werd toezichthouder de Verzekeringskamer¹²⁵ onder andere verweten de zaken bij *Vie d'Or* op hun beloop te hebben gelaten. Een van de vragen waar het in de cassatieprocedure om draaide, was of de Verzekeringskamer in november 1991 bij *Vie d'Or* eerder een stille bewindvoerder had moeten

¹²² Giesen 2005, p. 141-142.

¹²³ IGZ is een bestuursorgaan in de zin van art. 1:1 lid 1 onder b Awb, zodat de leer van de oneigenlijke formele rechtskracht ook een rol in de civiele procedure kan spelen. Dat wil zeggen dat bij vernietiging van een besluit van een toezichthouder door de bestuursrechter, in beginsel vaststaat dat de toezichthouder onrechtmatig heeft gehandeld. Ik ga hier verder niet op in.

¹²⁴ HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527 *Vie d'Or*.

¹²⁵ Tegenwoordig, na een wettelijke fusie: De Nederlandsche Bank.

benoemen. In rechtspraak en literatuur wordt vrij algemeen aangenomen dat het gedrag van de toezichthouder moet worden getoetst aan dat van een redelijk handelende en redelijk bekwame toezichthouder.¹²⁶ Met inachtneming van deze norm toetste de rechtbank in de Vie d'Or zaak terughoudend en het Hof intensief. Het verschil lag in de manier waarop de rechter rekening hield met de beleidsvrijheid van de toezichthouder. De toezichthouder beschikte immers over beleidsvrijheid bij zijn beslissing om bij Vie d'Or al dan niet een stille bewindvoerder te benoemen. De rechtbank vond dat in geval van beleidsvrijheid de toezichthouder alleen dan onrechtmatig handelde, indien hij niet in redelijkheid tot de door hem genomen beslissing om geen stille bewindvoerder te benoemen had kunnen komen.¹²⁷ Het Hof oordeelde echter dat rekening houden met de beleidsvrijheid niet betekent dat marginaal getoetst moet worden: ook dan dient een volledige toetsing plaats te vinden van het besluit.¹²⁸

In de literatuur wordt verschillend geoordeeld over deze rechterlijke uitspraak. Net als het Hof vinden sommige auteurs dat een overheidslichaam dat beleid ontwikkelt en uitvoert, niet in het 'normledige' kan handelen. Uit het bestaan van beleidsvrijheid mag volgens deze auteurs niet geconcludeerd worden dat het handelen van een toezichthouder dus marginaal moet worden getoetst, integendeel: zij vinden dat overheidshandelen vol moet worden getoetst aan het EVRM en aan de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹²⁹ Andere auteurs vinden echter een marginale toetsing van het besluit van de toezichthouder, zoals de rechtbank deed, essentieel om een toezichthouder zijn werk te kunnen laten doen. Er is nu eenmaal niet één juiste manier om toezicht te houden.¹³⁰

Hoewel ik het met dit laatste eens ben, dient naar mijn mening het handelen van een toezichthouder volledig getoetst te worden. Beleids- en beoordelingsvrijheid kunnen immers nooit een rechtvaardiging zijn voor het inadequaat uitvoeren van een taak, het miskennen van mensenrechten en het niet respecteren van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur. De grens ligt daar waar schade als gevolg van de gevaarlijke situatie zo waarschijnlijk is dat ingrijpen noodzakelijk is. De risico's zijn dan te groot om op hun beloop te laten. Naar mijn mening is de grens in alle hier gepresenteerde casus overschreden.

Overigens bestaat geen discussie over volledige dan wel marginale toetsing in geval de toezichthouder een duidelijk beleid heeft vastgesteld. In dergelijke gevallen is de toets volledig en moet het toezicht in overeenstemming met het vastgestelde beleid worden uitgevoerd. Dat betekent dat, indien IGZ heeft gekozen voor het inzetten van bepaalde bevoegdheden (zoals in Emmeloord en Nijmegen), de toezichthouder de uitwerking daarvan in de gaten moet houden en bij onvoldoende resultaat zo nodig andere (zwaardere) bevoegdheden moet inroepen.¹³¹

¹²⁶ Zie conclusie AG Timmerman, nr. 3.8, met verwijzingen. Zie ook mijn paragraaf 7.1.

¹²⁷ Arrest Hof, r.o. 7.2.

¹²⁸ Arrest Hof, r.o. 7.5.

¹²⁹ Van Dam 2006, p. 87, Van Rossum 2005, p. 34 en Giesen 2005, p. 89-90.

¹³⁰ Haan-Kamminga 2003, p. 129.

¹³¹ Scheltema 2008, p. 361.

Samenvattend: de rechter beoordeelt in de civiele procedure of IGZ in het voorliggende geval al dan niet over een bepaalde mate van beleidsvrijheid beschikte. Het bestaan van beleidsvrijheid betekent echter niet dat het handelen van IGZ marginaal moet worden getoetst: de rechter kan volledig toetsen of IGZ onzorgvuldig heeft gehandeld en heeft nagelaten bevoegdheden effectief in te zetten. Op specifieke aspecten van aansprakelijkheid van IGZ wordt in het volgende hoofdstuk dieper ingegaan.

7. Specifieke aspecten van de aansprakelijkheid van IGZ

7.1 Norm toezichthouder

In de gepresenteerde casus vroeg ik me af aan welke zorgvuldigheidsnorm IGZ eigenlijk moet voldoen. Eerder noemde ik al de Kelderluikcriteria: IGZ heeft de plicht om in risicovolle situaties te handhaven en patiënten over het gevaar te informeren.¹³² In de rechtspraak wordt de objectieve maatstaf van een 'redelijk bekwaam en redelijk handelend toezichthouder' aangehouden.¹³³ In *Vie d'Or* gaat de Hoge Raad uit van een ietwat andere formulering van de voornoemde norm, namelijk de 'behoorlijk en zorgvuldig handelend toezichthouder'.¹³⁴ Dit lijkt inhoudelijk echter geen wezenlijk andere norm te zijn. Belangrijker is dat de HR in *Vie d'Or* aangeeft dat hij bij zijn oordeel uitgaat van alle omstandigheden van het geval. Daarbij somt de HR in overweging 5.4.2 een behoorlijk aantal gezichtspunten op: de dwingendrechtelijke nationale of Europese regelgeving over de vervulling van de taak, de aard van de geschonden norm en de ernst van de geconstateerde schending ervan, de wel door de toezichthouder getroffen maatregelen, de voorzienbaarheid van de schade en de maatregelen die redelijkerwijze van de toezichthouder gevegd konden worden ter voorkoming van dit verwezenlijkte risico. Deze criteria van de Hoge Raad voor een zorgvuldig handelend toezichthouder sluiten aan bij de voornoemde Kelderluikcriteria.

In de literatuur wordt bij de invulling van de norm van een redelijk bekwaam en redelijk handelend toezichthouder nog verwezen naar de publiekrechtelijke beginselen van behoorlijk toezicht en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.¹³⁵ Daaruit vloeit bijvoorbeeld voort dat het optreden van IGZ voor ziekenhuizen voorzienbaar moet zijn, bijvoorbeeld door publicatie van beleidsregels.

De maatstaf van een redelijk bekwaam en redelijk handelend toezichthouder wordt wel vergeleken met de norm van de 'redelijk bekwame en redelijk handelende beroepsgenoot', zoals die bijvoorbeeld geldt voor artsen.¹³⁶ Daarbij moet echter bedacht worden dat artsen, maar ook andere beroepen, professionele standaarden kennen, waarmee in een concreet geval objectief getoetst kan worden of sprake is van redelijk handelen. Voor toezichthouders ontbreekt een dergelijk referentiekader, zodat aanvulling van de norm met de Kelderluikcriteria en de algemene beginselen van behoorlijk bestuur noodzakelijk is.

Uiteraard moet voor aansprakelijkheid, naast de onrechtmatige gedraging, ook voldaan worden aan de vereisten van relativiteit, toerekening, schade en causaal verband tussen schade en onrechtmatige daad. Al deze elementen worden hierna besproken.

¹³² Zie paragraaf 6.2.

¹³³ HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26 *Speeckaert/Gradener*.

¹³⁴ R.o. 5.3.

¹³⁵ Van Rossum 2005, p. 42, Scheltema 2008, p. 362.

¹³⁶ Van Rossum 2005, p. 29.

7.2 Relativiteitsvereiste

De plegger van een onrechtmatige daad dient de door zijn toedoen door een derde geleden schade te vergoeden, maar *“geen verplichting tot schadevergoeding bestaat, wanneer de geschonden norm niet strekt tot bescherming tegen schade zoals de benadeelde die heeft geleden.”*¹³⁷ De relativiteitseis, geformuleerd in artikel 6:162 lid 1 BW en artikel 6:163 BW, bestaat uit twee elementen: schade die het gevolg is van een onrechtmatige daad wordt slechts vergoed als zowel (1) de benadeelde persoon, als (2) de door hem geleden schade, onder het beschermingsbereik van de geschonden norm vallen. De strekking van een norm is dus van belang, maar kan slechts zelden worden afgeleid uit de parlementaire geschiedenis.¹³⁸ De schade die een patiënt lijdt door een onrechtmatige daad van bijvoorbeeld een specialist die werkt in het ziekenhuis, wordt echter niet vergoed als niet voldaan wordt aan de relativiteitseis. Dat betekent dat in dat geval de patiënt zijn schade niet op het ziekenhuis kan verhalen, bijvoorbeeld omdat het gedrag dat de specialist respectievelijk het ziekenhuis verweten wordt niet onrechtmatig was jegens de patiënt (maar slechts jegens de toezichthouder). Ook is het mogelijk dat de patiënt zijn schade niet vergoed krijgt, omdat de overtreden norm een ander belang beschermt dan zijn geschonden belang zodat niet voldaan is aan de relativiteitseis.¹³⁹ Een klassiek voorbeeld van toepassing van de relativiteitseis is het Tandartsenarrest.

Enkele tandartsen te Tilburg werden beconcurrereerd door iemand die niet bevoegd was tot het uitoefenen van de tandheelkunde. De tandartsen betoogden dat de beunhaas zich onrechtmatig gedroeg omdat hij zijn praktijk uitoefende zonder te voldoen aan de vereisten die voortvloeiden uit de Wet op de Tandheelkunde. Deze grond werd door de rechter als ondeugdelijk beschouwd, omdat de genoemde wet diende ter bescherming van patiënten en niet van de economische belangen van tandartsen.¹⁴⁰

Een voorbeeld van toepassing van het relativiteitsvereiste in het kader van toezicht is het arrest Duwbak Linda.¹⁴¹ In dit arrest had de eigenaar van het schip Duwbak Linda het vereiste certificaat van de toezichthouder verkregen, hoewel een onzorgvuldig inspectieonderzoek was verricht. Toen korte tijd daarna andere schepen schade leden door de onveilige staat waarin Duwbak Linda verkeerde, stelden schadelijdende derden de toezichthouder aansprakelijk. De HR overwoog in r.o. 3.4.3 dat

‘[aan] regelingen op het gebied van de bevordering van de veiligheid van het scheepvaartverkeer niet [kan] worden ontleend dat deze regelingen mede strekken tot bescherming van het individuele vermogensbelang van [...] derden en dat derhalve de Staat [...] voor de onderhavige schade aansprakelijk zou zijn te stellen. [...] Tegen deze achtergrond moet worden geoordeeld dat de uit de algemene verantwoordelijkheid van de

¹³⁷ Art. 6:163 BW.

¹³⁸ Van Dam 2006, p. 124.

¹³⁹ Bijvoorbeeld regelgeving over concurrentie en omzetbehoud van specialisten of ziekenhuizen is niet altijd (uitsluitend) in het belang van patiënten.

¹⁴⁰ HR 17 januari 1958, NJ 1961, 568, *Tandartsen I*.

¹⁴¹ HR 7 mei 2004, NJ 2006, 281, m. nt. J. Hijma, *Duwbak Linda*.

Staat voor een veilig scheepvaartverkeer voortvloeiende verplichting bij de keuring van schepen met het oog op de afgifte of verlenging van een certificaat van onderzoek zorgvuldig te werk te gaan, niet de strekking heeft een in beginsel onbeperkte groep van derden te beschermen tegen de vermogensschade die op een vooraf veelal niet te voorziene wijze kan ontstaan doordat de ondeugdelijkheid en onveiligheid van het schip bij de door of onder verantwoordelijkheid van de Staat verrichte keuring ten onrechte niet aan het licht is gekomen. Aan de omstandigheid dat de keuring onvoldoende zorgvuldig heeft plaatsgevonden, kunnen derden dan ook niet een aanspraak tot vergoeding van vermogensschade jegens de Staat [...] ontlenen.'

De HR kwam in deze casus dus met behulp van de relativiteitsleer tot het oordeel dat de toezichthouder niet aansprakelijk was voor vermogensschade die een derde leed doordat een ten onrechte gecertificeerd schip was gekapseisd. De normen, die de overheid verplichten om door middel van keuringen toezicht te houden op de deugdelijke staat van schepen, beschermen niet de vermogensrechtelijke belangen van derden die schade lijden, wanneer het schip toch ondeugdelijk blijkt en schade veroorzaakt.

Het arrest Duwbak Linda heeft veel kritiek gekregen. Giesen hekelt de zelfstandige waarde die de HR hecht aan het relativiteitsvereiste, terwijl hij de algemene zorgvuldigheidsnorm voor toezichthouders veel belangrijker vindt.¹⁴² Van Rossum wijst erop dat het in Duwbak Linda gaat om materiële schade. Mogelijk valt persoonsschade wel onder het beschermingsbereik van de norm.¹⁴³ Het arrest betekent niet dat IGZ nooit aansprakelijk kan zijn voor de schade die door een patiënt is geleden en die het gevolg is van falend toezicht. Ondanks deze kanttekeningen werpt de HR met zijn uitspraak in Duwbak Linda wel een hoge drempel op tegen aansprakelijkheid van de publiekrechtelijke toezichthouder. Ook ontstaat door Duwbak Linda een verregaande immuniteit van de overheid, die mij niet in overeenstemming lijkt met de Europese jurisprudentie die hiervoor is besproken.¹⁴⁴

Het relativiteitsvereiste heeft in meer zaken een prominente rol gespeeld. In paragraaf 6.4 kwam het arrest Vie d'Or al ter sprake. De Stichting Vie d'Or, die de belangen van de voormalige polishouders behartigde, stelde niet alleen de toezichthoudende Verzekeringskamer maar ook de voormalige accountants van Vie d'Or voor de schade aansprakelijk. De Stichting verweet de accountants onzorgvuldigheid bij hun controlerende taak. Zij zouden in strijd hebben gehandeld met de voor hun beroepsgroep geldende normen door de directie en de raad van commissarissen van Vie d'Or niet te waarschuwen voor het gevaar van discontinuïteit.

De HR overweegt in Vie d'Or dat beoordeeld moet worden wat van een redelijk handelend en redelijk bekwaam accountant moet worden verlangd. Een beroepsbeoefenaar die een wezenlijk publiek belang dient, zoals een accountant, moet volgens de HR rekening houden met het feit dat ook derden zullen afgaan op de door hem goedgekeurde jaarrekening van een

¹⁴² Giesen 2005, p. 169-170.

¹⁴³ Van Rossum 2005, p. 28.

¹⁴⁴ Paragraaf 6.1.

onderneming. Wat die zorgplicht jegens derden inhoudt is echter sterk afhankelijk van de concrete omstandigheden van het geval.¹⁴⁵

Opmerkelijk is dat in het arrest Duwbak Linda het relativiteitsvereiste ertoe diende om aansprakelijkheid te beperken, terwijl in *Vie d'Or* juist het omgekeerde het geval was. De gedupeerde polishouders konden dus wel de bescherming invoeren van de normen die de Verzekeringkamer verplichtte tot nauwkeurig toezicht, terwijl de derden die schade leden door de ten onrechte tot de vaart toegelaten Duwbak Linda die bescherming niet genoten. Volgens de HR is het verschil tussen beide zaken de bepaalbaarheid van de groep derden.¹⁴⁶ In *Vie d'Or* ging het om een duidelijk bepaalde groep van meer dan 10.000 benadeelde polishouders, in Duwbak Linda was niet van tevoren te zeggen wie schade zou lijden als gevolg van ondeugdelijke keuringen, hoewel duidelijk was dat het aantal personen in beginsel beperkt zou zijn.¹⁴⁷

Daarnaast wordt door de HR in de arresten verschillend geoordeeld over het andere deel van de relativiteitseis: strekt de geschonden norm wel tot bescherming tegen de geleden schade? In Duwbak Linda faalde de toezichthouder in zijn taak om zorg te dragen voor veilig verkeer op het water. Deze taak is algemeen geformuleerd en betreft een algemene verantwoordelijkheid, zoals de overheid er zoveel heeft. Het aannemen van aansprakelijkheid van de toezichthouder in dergelijke gevallen zou pas echt leiden tot een vloedgolf aan claims bij de rechter. In het arrest *Vie d'Or* oordeelde de HR dat de controlerende accountants gefaald hadden, omdat de door hen geschonden norm niet alleen strekte tot bescherming van de rechtspersoon om wiens jaarrekening het gaat, maar ook ter bescherming strekt van de individuele vermogensbelangen van derden. Die mogen in beginsel verwachten dat de verklaring van de accountant betrouwbaar is en in overeenstemming met de normen en standaarden van de beroepsgroep.¹⁴⁸ Het relativiteitsvereiste werd in *Vie d'Or* door de HR daarom toepasselijk geacht, en in Duwbak Linda (terecht) niet omdat de geschonden norm niet strekte tot bescherming tegen de door derden geleden schade.

Een logische vervolgvraag is dan of IGZ net als de Scheepvaartinspectie in het arrest Duwbak Linda 'slechts' in algemene zin toezicht houdt. De HR wijst in het arrest Duwbak Linda op de Herziene Rijnvaartakte en daarmee verband houdende verdragen, waaruit blijkt dat doel en strekking van deze regels zijn gelegen in de bevordering van de algemene veiligheid van de scheepvaart. Het vereiste van een veiligheidscertificaat door de scheepvaartinspectie beoogt daaraan slechts bij te dragen en ziet niet specifiek toe op de bescherming van belangen van derden.¹⁴⁹ Het relativiteitsvereiste vormt daarom een belemmering voor overheidsaansprakelijkheid in het arrest Duwbak Linda.

¹⁴⁵ R.o. 5.4.1 en 5.4.2.

¹⁴⁶ R.o. 4.2.2 in HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527 *Vie d'Or*.

¹⁴⁷ Zie voor kritiek op dit standpunt van de HR Van Dam 2008, p. 7.

¹⁴⁸ R.o. 5.4.1.

¹⁴⁹ R.o. 3.4.2.

Hoe zit het met de wetgeving die van toepassing is op IGZ en haar toezichhoudende taak? Strekt ook deze slechts tot een veilige gezondheidszorg in het algemeen, hetgeen betekent dat het relativiteitsvereiste een belemmering vormt voor aansprakelijkheid van IGZ? IGZ houdt *'het toezicht op de naleving en de opsporing van overtredingen [...] op het gebied van de volksgezondheid, een en ander voor zover de ambtenaren van het Staatstoezicht daarmede zijn belast bij of krachtens wettelijk voorschrift'*.¹⁵⁰ De KWZ bevat diverse artikelen die strekken tot bescherming van het individuele patiëntenbelang door IGZ. Artikel 2 KWZ bevat het vereiste dat de *'verleende zorg moet zijn afgestemd op de behoefte van de individuele patiënt'*. Artikel 4a KWZ verplicht de zorgaanbieder gevallen, waarin een calamiteit tot schadelijke gevolgen heeft geleid voor een individuele patiënt, te melden aan IGZ. Op basis van deze voorbeelden concludeer ik dat de KWZ niet slechts is gericht op een veilige gezondheidszorg in het algemeen maar strekt tot bescherming van de belangen van de individuele patiënt. Het relativiteitsvereiste is dan ook geen belemmering voor aansprakelijkheid van IGZ. Een vergelijkbare exercitie kan worden gemaakt met betrekking tot de Wet BIG.¹⁵¹

Duidelijk zal zijn dat het relativiteitsvereiste een belangrijke rol speelt bij aansprakelijkheid van toezichthouders. Pas als de toezichthouder een concreet verwijt gemaakt kan worden door een bepaalde groep benadeelden, hoe veel het er ook mogen zijn, aanvaardt de HR de bescherming van deze personen. Daarnaast moet de door de toezichthouder geschonden norm ertoe strekken niet 'slechts' algemene publieke, maar specifieke individuele belangen te beschermen. In alle drie de casus zijn de belangen van patiënten geschonden door overtreding van regels, die ertoe strekten de individuele patiënt te beschermen en waarop IGZ het toezicht hield. Bovendien is in alle drie de casus de groep benadeelden goed bepaalbaar. De relativiteitseis hoeft in deze gevallen dus geen belemmering te zijn voor aansprakelijkheid van IGZ.

7.3 Aansprakelijkheid bij nalaten

Eerder constateerde ik dat aansprakelijkheid bij nalaten slechts zelden wordt aanvaard.¹⁵² In artikel 6:162 BW wordt geen onderscheid gemaakt tussen handelen en nalaten. Is het dan zinvol om dat onderscheid hier wel te maken? Maakt het voor de beoordeling van de aansprakelijkheid van IGZ uit of zij heeft nagelaten in te grijpen, dan wel op een verkeerde wijze heeft ingegrepen? Veel situaties kunnen immers evengoed in termen van nalaten als in de vorm van een doen worden beschreven: nalaten te remmen wordt beschouwd als een onrechtmatige daad, maar de automobilist die heeft nagelaten te remmen heeft tegelijkertijd onzorgvuldig gereden.

Er zijn diverse gradaties in nalaten te onderscheiden, waaronder 'zuiver nalaten'. In jurisprudentie wordt alleen in gevallen van zuiver nalaten een plicht tot handelen aangenomen

¹⁵⁰ Art. 36 lid 1 sub b Gezondheidswet.

¹⁵¹ Zie bijvoorbeeld preambule, waarin staat dat de Wet BIG bedoeld is om *'een ruimer gebied van individuele gezondheidszorg [te] bestrijk[en]* dan de voorgaande wet.

¹⁵² Paragraaf 5.2.

(waarschuwen, opheffing gevaar), als de ernst van het gevaar tot het bewustzijn van de waarnemer is doorgedrongen.¹⁵³ In alle andere gevallen van nalaten bestaat terughoudendheid bij het aannemen van aansprakelijkheid.¹⁵⁴ De vraag dringt zich op van welke vorm van nalaten sprake is in toezichhoudersrelaties. Is er in de in hoofdstuk 1 besproken casus sprake van zuiver nalaten en dus een plicht tot handelen voor IGZ? Of zijn toezichhoudersrelaties wellicht van een andere orde en moet hun nalaten dus ook anders worden beoordeeld?

Tjong Tjin Tai werkt de aansprakelijkheid voor nalaten uit in een categorisering van drie soorten van nalaten, afhankelijk van de daad die eraan vooraf ging.¹⁵⁵ De eerste categorie nalaten betreft schadegevallen waarin een causaal verband bestaat met een eerdere daad van de laedens. Een voorbeeld: wanneer begonnen wordt met autorijden, volgt daaruit de verplichting om in voorkomende gevallen te remmen. Nalaten te remmen wordt beschouwd als een onzorgvuldige daad. De tweede categorie betreft gevallen waarbij de dader ten onrechte heeft nagelaten schadeveroorzakend handelen te voorkomen. De dader is aansprakelijk voor dit nalaten, ook al was hij op het moment zelf niet in de buurt van het object en ook niet met zijn gedachten daarbij. Dit is de bekende risico-aansprakelijkheid of foutaansprakelijkheid voor kinderen, dieren, opstallen, etc. De derde categorie ten slotte, wordt gevormd door gevallen van zuiver nalaten. Er is geen causaal (sine qua non) verband met een doen of nalaten van een derde, dat tot de schade heeft geleid, maar de derde heeft nagelaten in te grijpen waar dat wel mogelijk was geweest.

Of zuiver nalaten tot aansprakelijkheid moet leiden, en zo ja, wanneer, berust volgens Tjong Tjin Tai mede op rechtspolitieke keuzes.¹⁵⁶ Hoewel in noodsituaties wel wordt uitgegaan van een plicht tot ingrijpen, bestaat geen algemene rechtsplicht tot ingrijpen en is nalaten dus geoorloofd. Ik ben bijvoorbeeld niet verplicht mijn buurman te helpen met het schilderen van zijn huis, ook al leidt zijn onhandige werkwijze tot waardevermindering van het huis. Hoewel in dit concrete voorbeeld de buurman mijn hulp wellicht wel op prijs zal stellen, wordt in het algemeen een ongevraagd ingrijpen in andermans leven onwenselijk gevonden. Niet ieder zuiver nalaten dient dan ook tot aansprakelijkheid te leiden. Het nalaten zal daartoe nog steeds als onrechtmatig moeten worden aangemerkt.

Hierna wil ik de bovenstaande categorie-indeling toepassen op toezichhouders. In welke categorie kan hun nalaten te handelen worden ingedeeld? En leidt deze indeling automatisch tot een leidraad hoe met hun aansprakelijkheid als gevolg van het nalaten, omgegaan moet worden? Is nalaten van IGZ in een risicovolle situatie te beschouwen als zuiver nalaten?

De eerste categorie nalaten gaat om gevallen waarin een rechtstreeks causaal verband bestaat met een eerdere daad van de laedens. Het ligt niet voor de hand dat handelen of nalaten van falende toezichhouders onder deze categorie valt. De schade wordt immers niet

¹⁵³ HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149 m. nt. GJS, *Struikelende broodbezorger*.

¹⁵⁴ Giesen 2005, p. 66-68.

¹⁵⁵ Tjong Tjin Tai 2007.

¹⁵⁶ Tjong Tjin Tai 2007.

direct veroorzaakt door het nalaten van de toezichthouder maar door een primaire dader, al kan er wel een zekere causale relatie bestaan.

Zouden toezichtrelaties dan wellicht onder de tweede categorie van nalaten, de categorie van risico-aansprakelijkheid, kunnen vallen? Vaak gaat het om nalaten van IGZ bij het bewaken van de veiligheid van de patiënt in het ziekenhuis. Zij had moeten ingrijpen toen de patiënt gevaar liep en heeft dat niet gedaan, of zij heeft een bepaalde bevoegdheid niet gebruikt waar dat wel kon. Echter, een verschil tussen toezichthouders en de ouders en diereneigenaren van de tweede categorie, is de primaire zeggenschap over de onder toezichtgestelde. In Enschede was het de RvB die de primaire zeggenschap had over de disfunctionerende neuroloog, en niet IGZ. Hetzelfde geldt de slechte kwaliteit van zorg in Emmeloord of de ondermaatse afdeling thoraxchirurgie in Nijmegen. Een indeling in de gedefinieerde tweede categorie van risico-aansprakelijkheid is dus niet geschikt.

De derde gedefinieerde categorie van nalaten betreft zuiver nalaten. In deze categorie wordt een handelingsplicht aangenomen als het gaat om noodsituaties. Kunnen de langdurige, ernstige, risicovolle situaties als in de casus Nijmegen en Emmeloord, beschouwd worden als noodsituaties? Of moet daarvoor sprake zijn van acuut gevaar? Het onderscheid tussen een risicovolle situatie en een noodsituatie is niet altijd duidelijk te maken maar is wel van belang voor het oordeel of sprake is van een situatie van zuiver nalaten en dus een handelingsplicht voor IGZ. Bovendien zal het antwoord op die vraag afhankelijk zijn van een oordeel over de concrete omstandigheden.

Hoewel nalaten van de toezichthouder niet altijd valt onder de derde categorie van zuiver nalaten, kan naar mijn mening in gevallen van langdurig en ernstige risicovolle situaties desondanks sprake zijn van een handelingsplicht voor IGZ.¹⁵⁷ Bovendien constateerde ik in hoofdstuk 6 al dat uit het vertrouwensbeginsel en Europese jurisprudentie een (relatieve) handhavingsplicht voor IGZ voortvloeit en dus is terughoudendheid bij aansprakelijkheid voor toezichthouders die nalaten te handelen, juist vanwege hun speciale positie minder noodzakelijk.

7.4 Toerekening

IGZ is pas aansprakelijk wanneer een onrechtmatige daad aan haar kan worden toegerekend. Toerekening kan op drie manieren: op grond van schuld, de wet en verkeersopvattingen.¹⁵⁸ Hoofdregel is toerekening op grond van schuld: dat betekent dat vereist is dat IGZ wist of behoorde te weten dat haar gedraging in strijd was met het geschreven of ongeschreven recht. Toerekening op grond van de wet, dus zonder schuld, is ook mogelijk en wordt vooral toegepast bij gedragingen van een dader met een geestelijke of lichamelijke tekortkoming. Bij toerekening

¹⁵⁷ Volgens Van Dam is nalaten van een toezichthouder geen zuiver nalaten, hoewel daarbij aangetekend moet worden dat hij vooral doelt op de verantwoordelijkheid van toezichthouders als ouders en scholen. Zie Van Rossum 2005, p. 87.

¹⁵⁸ Art. 6:162 BW lid 3.

van een onrechtmatige daad aan een toezichthouder gaat het meestal om toerekening op grond van verkeersopvattingen.¹⁵⁹

Toerekening van een onrechtmatige daad aan IGZ op grond van verkeersopvattingen tendeeft in de richting van een risico-aansprakelijkheid. Er wordt daarbij op twee aspecten gelet: op de aard van het gedrag en op de hoedanigheid van IGZ.¹⁶⁰ Bij het aspect 'aard van het gedrag' wordt beoordeeld hoe groot de invloed van IGZ is geweest en hoezeer zij door haar gedrag de kans op het ontstaan van schade heeft vergroot.¹⁶¹ Gedacht kan bijvoorbeeld worden aan het toelaten van de Enschedese neuroloog te werken, terwijl hij aan de voorwaarden die IGZ had gesteld nog niet had voldaan.

Voor wat betreft de hoedanigheid van de toezichthouder, is voor toerekening op grond van verkeersopvattingen van belang in hoeverre IGZ deskundig is of moet zijn op het betreffende onderwerp.¹⁶² Opmerkelijk is bijvoorbeeld dat IGZ en een externe onderzoekscommissie van deskundigen tot tegengestelde conclusies kwamen over de in het UMCN geleverde kwaliteit van zorg. Een feitelijk gebrek aan kennis kan IGZ niet disculperen, als IGZ deze kennis wel had kunnen of behoren te verwerven!¹⁶³

Verontschuldigbare dwaling omtrent het recht of de feiten kan een reden zijn om een onrechtmatige daad niet aan IGZ toe te rekenen. Het voorzienbaarheidsvereiste speelt bij verontschuldigbare dwaling een grote rol. In de eerste voorbeeldcasus was IGZ aanvankelijk niet op de hoogte van de disfunctionerende neuroloog in Enschede, omdat de RvB er lang in slaagde de zaak in de doofpot te stoppen en zelfs een patiëntendossier liet vernietigen.¹⁶⁴ Er is in deze casus dus mogelijk grond om een disculperende dwaling aan te nemen, hoewel veelal wordt aangenomen dat een dergelijke dwaling toch verwijtbaar is of voor risico van de dwalende komt.¹⁶⁵

De toezichthouder kan zich tegen aansprakelijkheid op grond van een onrechtmatige daad verweren met een beroep op eigen schuld van de patiënt. Deze mogelijkheid vloeit voort uit artikel 6:101 BW. Ook al behoort IGZ toezicht te houden en te handhaven, dit ontslaat de patiënt immers niet van zijn verantwoordelijkheid om oplettend te zijn wanneer zijn eigen veiligheid en gezondheid in het geding zijn.¹⁶⁶ Anderzijds is het nogal paradoxaal om een toezichthouder als IGZ in te stellen om een patiënt te beschermen (die daartoe blijkbaar zelf

¹⁵⁹ Van Dam 2006, p. 88.

¹⁶⁰ Sieburgh 2000, p. 222.

¹⁶¹ Sieburgh 2000, p. 221.

¹⁶² Sieburgh 2000, p. 239.

¹⁶³ Sieburgh 2000, p. 224.

¹⁶⁴ De RvB is aansprakelijk gesteld door 78 patiënten, waarvan op de peildatum van het rapport 32 zaken waren afgehandeld. In 16 zaken is aansprakelijkheid door de verzekeraar van het MST erkend. *Rapport Commissie Lemstra 2010*, p. 56.

¹⁶⁵ Spier e.a. 2009, p. 80.

¹⁶⁶ Van Dam 2006, p. 128.

niet in staat wordt geacht), om vervolgens die patiënt alsnog aan te rekenen dat deze zelf onvoorzichtig is geweest.¹⁶⁷

Toerekening van een onrechtmatige daad aan IGZ geschiedt meestal op grond van verkeersopvattingen. Met de onrechtmatigheid van het gedrag van IGZ (artikel 6:162 lid 2 BW) is tevens de verwijtbaarheid (artikel 6:162 lid 3 BW) van dit gedrag gegeven.

7.5 Causaal verband

Aan de eis van causaal verband wordt voldaan als een bepaalde schade het gevolg is van een bepaalde gedraging. Als de schade ook zou zijn ontstaan zonder die gedraging, is er geen sprake van causaal (c.s.q.n.-)verband.

Bij het vereiste van causaliteit moet onderscheid gemaakt worden tussen causaal verband in de fase van vestiging van aansprakelijkheid en de fase van de bepaling van de omvang van aansprakelijkheid.¹⁶⁸ De eerste fase houdt in dat er een c.s.q.n.-verband moet worden vastgesteld tussen daad en schade. Leidt het nalaten van IGZ automatisch tot de schade zoals die is opgetreden? Wanneer het antwoord op deze vraag bevestigend is, wordt direct causaal verband aanwezig geacht. Dit verband is in toezichthoudersrelaties echter niet altijd aanwezig.

De tweede fase houdt een normatief oordeel in over de vraag welke schade redelijkerwijs het gevolg is van de gedraging of het nalaten. In hoeverre is het handelen of nalaten van de toezichthouder (mede) de oorzaak geweest van de opgetreden schade? De zes deelregels van Brunner zijn hulpmiddelen bij het beoordelen van het causaal verband.¹⁶⁹

Deelregels Brunner:

1. Naarmate het gevolg naar ervaringsregels waarschijnlijker is, is toerekening eerder gerechtvaardigd;
2. Naarmate het gevolg minder verwijderd is van de onrechtmatige daad, is toerekening eerder gerechtvaardigd;
3. Verkeers- en veiligheidsnormen die met het oog op de voorkoming van ongevallen zijn opgesteld, rechtvaardigen een ruime toerekening van dood- en letselschade;
4. Naarmate de schuld aan het schadeveroorzakend gebeuren groter is, is een ruimere toerekening gerechtvaardigd;
5. Schade door dood of verwonding wordt eerder toegerekend dan zaakschade, zaakschade eerder dan schade die bestaat in extra kosten en uitgaven en schade door vermogensverlies eerder dan derving van winst;
6. Bij schade toegebracht tijdens bedrijfsuitoefening is toerekening wellicht eerder gerechtvaardigd dan wanneer de aansprakelijke persoon een beroepsbeoefenaar of een particulier is.

Toepassing van de deelregels van Brunner op de gepresenteerde casus leidt tot de volgende overwegingen. De eerste twee deelregels betreffen de voorzienbaarheid van de schade. In de casus van Emmeloord en Nijmegen was sprake van langdurige en ernstige risicovolle situaties. In dergelijke gevallen is schade voorzienbaar en had IGZ naar mijn mening, onder verwijzing naar de eerste twee deelregels van Brunner, een minder afwachtende houding moeten aannemen. IGZ heeft immers (helaas) ervaring met meer casus van slecht georganiseerde

¹⁶⁷ Vgl. Giesen 2005, p. 173 en p. 180.

¹⁶⁸ Spier e.a. 2009, p. 157.

¹⁶⁹ Spier e.a. 2009, p. 243.

ziekenhuisafdelingen en ruziënde professionals die geleid hebben tot schade, dan alleen de hier gepresenteerde. Een mogelijk verweer van IGZ dat de rapportages van de RvB geen reden gaven tot nader onderzoek, doet daaraan niet af: IGZ heeft een eigen verantwoordelijkheid en had uit andere bronnen aanwijzingen om actie te ondernemen. Ook bij de slechte verhoudingen in Enschede had IGZ meer alert moeten zijn op de negatieve consequenties daarvan voor de patiëntenzorg. IGZ kreeg echter pas concrete aanwijzingen dat sprake was van gevaar voor de patiëntveiligheid, nadat de RvB de neuroloog had geschorst. Op dat moment was de schade al opgetreden. In deze casus valt het c.s.q.n.-verband tussen die schade en het falend toezicht door IGZ dan ook niet aan te tonen.

Deelregels 3 en 5, die de aard van de risicovolle situatie betreffen, zouden in alle drie de casus toerekening van de schade aan IGZ rechtvaardigen. De toezichthouder is niet de primaire veroorzaker van de schade, maar desondanks is toerekening gerechtvaardigd naarmate de schuld aan het schadeveroorzakend gebeuren groter is (de vierde deelregel). In de gepresenteerde casus varieerde deze schade van materiële schade tot dood- en letselschade. Deelregel 6, ten slotte, gaat over de aard van het toezicht. IGZ wordt in het maatschappelijk verkeer gezien als een toezichthouder die het belang beschermt van de kwetsbare patiënt in zijn spreekwoordelijk 'grootste goed', namelijk zijn gezondheid. Hoewel een overheidsinspectie niet gezien kan worden als een bedrijf, mag van IGZ wel een bepaalde mate van professionaliteit en kwaliteit worden verwacht, die een eerdere toerekening rechtvaardigt dan wanneer een particuliere partij betrokken is.

Geconcludeerd kan worden dat in de casus Nijmegen en Emmeloord een causaal verband wel aanwezig is, maar in de casus Enschede niet.

7.6 Vrijwaring van aansprakelijkheid

IGZ zou zich bij aansprakelijkheid vanwege falend toezicht kunnen verweren met een beroep op een rechtvaardigingsgrond. Ondanks de vaststelling van een onrechtmatige daad betekent een geslaagd beroep op een rechtvaardigingsgrond dat geen schadevergoeding hoeft te worden betaald.¹⁷⁰ De wet kent vier rechtvaardigingsgronden: overmacht, noodweer, wettelijk voorschrift en ambtelijk bevel. Van deze wettelijke rechtvaardigingsgronden, speelt bij toezichthoudersrelaties eigenlijk alleen overmacht een rol.

Met overmacht wordt in het strafrecht bedoeld een van buiten komende onweerstaanbare drang. Overmacht als rechtvaardigingsgrond in een civiele procedure betreft de situatie, waarin het voor IGZ absoluut onmogelijk is zich te gedragen als een redelijk handelend toezichthouder,

¹⁷⁰ In Nederland bestaat geen algehele immuniteit meer tegen aansprakelijkheid voor toezichthouders. Voor toezichthouders op het gebied van gezondheid en veiligheid zou deze ook stuiten op Europees recht, zoals ik al vaststelde in paragraaf 6.1. In het verleden bestond wel immuniteit voor de Verzekeringskamer en de Stichting Toezicht Effectenverkeer. Vooral bij financiële toezichthouders gaan nog steeds stemmen op om de toezichthouder immuniteit of beperking van aansprakelijkheid te verlenen, zie bijvoorbeeld Wibier 2011.

maar ook de situatie waar praktische bezwaren daaraan in de weg staan. Overmacht doet zich meestal voor als een noodtoestand, in de vorm van een conflict van plichten.¹⁷¹

Voor IGZ zou een conflict van plichten kunnen bestaan in het toezichthoudersdilemma, dat ik besprak in paragraaf 2.2. Het dilemma tussen de behartiging van het algemeen belang en de bescherming van het specifieke belang zoals dat in speciale wetgeving is verwoord, zou voor IGZ kunnen leiden tot een noodtoestand. Het maken van een keuze in het dilemma conflicteert dan met een van beide plichten. In de casus Nijmegen en Enschede is uit de gepresenteerde feiten geen dilemma op te maken, maar het is wel voorstelbaar dat IGZ in de casus van het ziekenhuis Emmeloord worstelde met een dilemma. Het betrof dan de keuze tussen het sluiten van een of meerdere ziekenhuisafdelingen die niet goed functioneerden, en het openhouden van een goed bereikbaar ziekenhuis. Ook speelde daar mogelijk het dilemma dat, door het uitblijven van verbetering in de situatie, de politieke positie van de minister in gevaar werd gebracht.

Hoe zeer echter optreden, of nalaten daarvan, in het ene belang noodzakelijk en wenselijk kan zijn, dit rechtvaardigt niet de aantasting van het andere belang. De belangen zijn ongelijksoortig en gaan niet dezelfde partijen aan. Het dilemma wordt dan ook niet opgelost door het ene belang van hogere orde te verklaren dan het andere belang. De keuze voor doen of nalaten in het ene belang kan daarom niet volgen uit een noodtoestand, zodat een beroep door IGZ op overmacht in casus Emmeloord op grond van het toezichthoudersdilemma niet gehonoreerd kan worden.

De conclusie luidt dus dat IGZ zich noch in de casus Emmeloord, noch in een van de andere besproken casus, kan verweren met een beroep op een rechtvaardigingsgrond.

7.7 Bewijs

De bewijslastverdeling speelt een belangrijke rol in het aansprakelijkheidsrecht. Het vereiste c.s.q.n.-verband tussen de schade en het falend toezicht is voor de patiënt echter niet altijd eenvoudig aan te tonen. Om tegemoet te komen aan de bewijslastproblemen van de eiser staan de rechter verschillende bewijsmethoden ter beschikking. De bewijslastverdeling heeft daarmee veel invloed op de uitkomst van de procedure. De diverse methodes worden hierna besproken.

7.7.1 Verzwaarde stelplicht

De rechter kan de bewijslast verlichten door de gedaagde een verzwaarde stelplicht op te leggen. Deze methode wordt regelmatig toegepast in onrechtmatige daadsacties tussen patiënt en arts, waar de patiënt vaak in het nadeel verkeert omdat vooral de dossiervorming van de arts zijn stellingen kan onderbouwen.¹⁷² Bij deze methode blijft dus het bewijsrisico bij de eisende patiënt, maar het gedaagde ziekenhuis - dat de stellingen van de patiënt betwist - moet zijn

¹⁷¹ Asser/Hartkamp 2006, p. 84-85.

¹⁷² Wieten 2008, p. 26.

stellingen extra motiveren. De methode van de verzwaarde stelplicht kan ook toepasbaar zijn in toezichthoudersrelaties. In dergelijke gevallen zou IGZ verplicht zijn de patiënt aanknopingspunten voor de bewijslevering te verschaffen. De verzwaarde stelplicht kan op deze manier bijdragen aan een goede balans tussen de mogelijkheden van de benadeelde patiënt en de plichten van IGZ.

7.7.2 Wettelijk vermoeden

Voor het gebruik van een wettelijk vermoeden (ook wel feitelijk of rechterlijk vermoeden geheten) bestaat nagenoeg altijd ruimte.¹⁷³ Bij deze methode stelt de rechter de partij die eigenlijk bewijs zou moeten leveren vrij van deze plicht. Deze vrijstelling wordt gebaseerd op grond van een wettelijk vermoeden dat de stellingen van de eiser waar zijn, bijvoorbeeld op grond van door de patiënt overlegde stukken of omdat uit een deskundigenonderzoek volgt dat de stellingen van eiser wel zullen kloppen. In de eerste besproken casus, van de neuroloog in Enschede, zou de rechter in de vernietiging van het bewijsmateriaal (de patiëntenstatus) door de RvB, en de zwijgplicht die aan de betrokken patiënte werd opgelegd, reden kunnen zien om het feitelijk vermoeden toe te passen dat de stellingen van de patiënt kloppen.

Wanneer de rechter een feitelijk vermoeden toepast, blijft het bewijsrisico - net als bij de methode van de verzwaarde stelplicht- waar het was. Toepassing van deze methode houdt slechts de mogelijkheid tot het leveren van tegenbewijs in.¹⁷⁴ Dit in tegenstelling tot de omkering van de bewijslast die in de volgende subparagraaf behandeld wordt.

7.7.3 Omkering bewijslast

Soms is de eisende partij, die volgens de hoofdregel de bewijslast draagt, in een onredelijk zware bewijspositie geraakt door toedoen van de wederpartij (zie het hiervoor genoemde voorbeeld van de vernietiging van het patiëntendossier). Dit kan voor de rechter een argument zijn om de bewijslast om te keren.¹⁷⁵

In het *Dicky Trading II*-arrest¹⁷⁶ verklaarde de HR de omkeringsregel van toepassing op alle gevallen *‘waarin sprake is van een als onrechtmatige daad of wanprestatie aan te merken gedraging die een risico voor het ontstaan van schade in het leven roept en waarin dit risico zich vervolgens verwezenlijkt’*. In die gevallen is het causale verband tussen gedraging en schade in beginsel gegeven. Het is aan de aangesprokene om tegenbewijs te leveren dat de schade ook zonder zijn gedraging zou zijn ontstaan.¹⁷⁷

¹⁷³ Giesen 2005, p. 201.

¹⁷⁴ Wieten 2008, p. 26.

¹⁷⁵ Snijders, Klaassen & Meijer 2007, p. 223.

¹⁷⁶ HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607 m. nt. WMK. Het betrof een beroepsfout van een notaris.

¹⁷⁷ Waarmee een uitzondering wordt gemaakt op de hoofdregel van art. 150 Rv. In dit artikel staat dat de gelaedeerde het causaal verband tussen de onrechtmatige daad en het ontstaan van de schade dient te bewijzen.

Het arrest leek door deze algemene formulering een enorme impact te hebben, maar de reikwijdte ervan is intussen ingeperkt.¹⁷⁸ Voor aansprakelijkheid van IGZ moet komen vast te staan dat de gedraging van de toezichthouder in strijd was met een norm, dat deze norm strekte tot voorkoming van een specifiek gevaar voor het ontstaan van schade, en dat die schade zich vervolgens heeft verwezenlijkt. Bij de omkeringsregel speelt de relativiteitseis dus een belangrijke rol: de norm moet de strekking hebben de benadeelde te beschermen tegen het risico dat zich heeft verwezenlijkt. Is aan de voorwaarden voor omkering van de bewijslast voldaan, dan wordt het bestaan van causaal verband tussen het falend toezicht en de opgetreden schade aangenomen, tenzij degene die wordt aangesproken, bewijst dat de bedoelde schade ook zonder die gedraging zou zijn ontstaan.

In de jurisprudentie over de aansprakelijkheid van toezichthouders is de omkeringsregel ten aanzien van het causaal verband nog niet aan de orde gekomen. In Duwbak Linda was immers aan de relativiteitseis niet voldaan, zodat de HR aan de causaliteitsvraag, en dus aan de omkeringsregel, niet meer toekwam. In Vie d'Or was wel aan de relativiteitseis voldaan, maar is de omkeringsregel evenmin ter sprake gekomen.

De omkeringsregel wordt met name toegepast bij schending van een verkeers- of veiligheidsnorm. Onduidelijk is of de omkeringsregel kan worden toegepast bij problemen om het causaal verband tussen falend toezicht en bij een patiënt opgetreden schade aan te tonen. Indien de patiënt in bewijsnood verkeert, zou ik willen pleiten voor toepassing van de omkeringsregel. Daarmee wordt tegemoet gekomen aan gevoelens van rechtvaardigheid jegens de patiënt. In ernstige, langdurige en omvangrijke crisissituaties is IGZ immers de enige kwaliteitsbewaker die het totaaloverzicht heeft, of zou moeten hebben. De situatie in het ziekenhuis Emmeloord en in het UMCN, waar jarenlang sprake was van een bestuurlijke chaos en ondermaatse zorgverlening, zouden wat mij betreft zulke gevallen kunnen zijn. In de casus Enschede concludeerde ik al eerder dat geen causaal verband aanwezig was.

7.8 Schade

Het laatste te bespreken vereiste voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad is schade. Volgens artikel 6:95 BW komen vermogensschade en ander nadeel voor vergoeding in aanmerking. Wat vermogensschade betreft wordt nader onderscheid gemaakt tussen personenschade (letsel- en overlijdensschade), zaakschade en puur financiële schade. Gedacht kan worden aan extra kosten voor huishoudelijke hulp van een patiënt, medische hulpmiddelen, vermindering van inkomen of gemaakte kosten die niet door andere verzekeringen worden vergoed. Daarnaast komen buitengerechterlijke kosten (artikel 6:96 lid 2 BW), kosten van deskundigen, toekomstige schade (artikel 6:105 BW) en wettelijke rente (artikel 6:119 BW) voor vergoeding in aanmerking. Ook het aangedane leed kan als schade worden gezien en in geld worden uitgedrukt. Patiënten van de disfunctionerende neuroloog

¹⁷⁸ Bijvoorbeeld HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 *TFS/NS* en HR 29 november 2002, *NJ* 305, m. nt. *DA Kastelein/Achtkarspelen*.

kunnen bijvoorbeeld ten onrechte in de veronderstelling hebben geleefd een ongeneeslijke ziekte onder de leden te hebben, hetgeen reden kan zijn tot vergoeding van immateriële schade (smartengeld).

De HR vroeg in het arrest Shockschade aandacht voor de grenzen van aansprakelijkheid.¹⁷⁹ In het zogeheten Coma-arrest¹⁸⁰ stelde de HR vervolgens vast dat *'het recht op vergoeding van immateriële schade wegens lichamelijk letsel een hoogstpersoonlijk recht is en dat nabestaanden conform artikel 6:106 lid 2 BW slechts recht hebben op vergoeding van deze schade als de overledene bij leven daarop zelf aanspraak heeft gemaakt'*. De kring van gerechtigden op schadevergoeding wordt bovendien beperkt door de relativiteitseis: aansprakelijkheid wordt alleen aangenomen als de overtreden norm ertoe strekte de belangen te beschermen van degene die in het concrete geval schade heeft geleden. Ook kan worden gewezen op de mogelijkheid van rechterlijke matiging van het schadevergoedingsbedrag.¹⁸¹

Natuurlijk bestaat voor een partij de mogelijkheid tot het nemen van regres op de andere aansprakelijke partij(en). Er gaan stemmen op om de verzekerde som van aansprakelijkheidsverzekeringen te verhogen, zodat dit recht van regres bij grote schades niet illusoir wordt.¹⁸² Mogelijk leidt dit bovendien bij verzekeraars tot het opleggen van preventieve verplichtingen aan hun verzekerden (de ziekenhuizen) zodat ook op deze wijze het meest wenselijke gedrag gestimuleerd wordt.

Claims van schadelijdende derde partijen tegen toezichthouders zijn zeldzaam.¹⁸³ Voor de gelaedeerde bestaan immers laagdrempeliger mogelijkheden tot vergoeding van kosten, zoals een ziektekostenverzekering of een verzekering tegen arbeidsongeschiktheid. Indien de gelaedeerde echter niet over een (toereikende) verzekering beschikt, zou naar mijn mening het aansprakelijkheidsrecht te hulp moeten schieten. Hiermee wordt tegemoet gekomen aan gevoelens van rechtvaardigheid jegens het slachtoffer, ook al moet de schadevergoeding uit publieke middelen worden voldaan als de toezichthouder aansprakelijk is. De kring van gerechtigden op schadevergoeding is echter meestal beperkt, de uitkeringen van de schadeverzekeraars voldoen tot op heden en bovendien kan de omvang van de schadevergoeding door de rechter gematigd worden, zodat het geen acuut of groot probleem betreft.

Het lage aantal claims tegen toezichthouders wordt mede veroorzaakt door het in Nederland geldende systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid. In veel gevallen wordt kennelijk slechts de primaire dader aansprakelijk gehouden voor de gehele schade en treedt de regresmogelijkheid minder op de voorgrond. Vanwege de invloed die het hoofdelijke aansprakelijkheidssysteem heeft op de aansprakelijkheid van de toezichthouder, bespreek ik hierna kort aansprakelijkheidssystemen.

¹⁷⁹ HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240 m. nt. JBMV.

¹⁸⁰ HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112.

¹⁸¹ Art. 6:109 BW.

¹⁸² Van Dam 2006, p. 164.

¹⁸³ Van Dam 2006, p. 10.

7.9 Hoofdelijke, subsidiaire of proportionele aansprakelijkheid

In het Nederlands rechtssysteem is een hoofdelijke aansprakelijkheid voor de gehele schade de regel.¹⁸⁴ De achtergrond daarvan is dat het risico van insolventie van de aangesprokene niet bij de gelaedeerde ligt. Bovendien hoeft de patiënt in dit systeem niet tegen ieder van de aansprakelijke partijen een procedure te voeren, met alle kosten en risico's van dien.¹⁸⁵

Alvorens ik enige aansprakelijkheidssystemen bespreek, moet ik opmerken dat het in de praktijk steeds vaker voorkomt dat een patiënt in verschillende ziekenhuizen wordt behandeld bijvoorbeeld omdat ervaring, kennis en/of capaciteit voor behandeling in een bepaald ziekenhuis ontbreken. Deze uitbesteding is te vergelijken met een soort onderaannemerschap. Als de patiënt in dergelijke gevallen schade lijdt, geldt de centrale aansprakelijkheid van ieder ziekenhuis voor het gedeelte van de schade dat daar is veroorzaakt.¹⁸⁶ Deze ketenaansprakelijkheid wijkt echter af van de aansprakelijkheid in situaties van gebrekkig toezicht als waarop ik doel. Mij gaat het in deze paragraaf om situaties waarin zowel een primaire dader, als de toezichthouder als afgeleid aansprakelijke, voor dezelfde schade van een derde is aan te wijzen. Er zijn meerdere systemen denkbaar voor de verdeling van die aansprakelijkheid, die ik hieronder kort belicht.

7.9.1 Hoofdelijke aansprakelijkheid

Als het causale verband tussen het handelen van de primaire dader en de schade kan worden aangetoond, evenals het causale verband tussen de falende toezichthouder en de schade, kan de patiënt beide partijen in beginsel voor het volle pond aanspreken. De eiser heeft dus de keuze wie hij aanspreekt. Voor het bestaan van hoofdelijke aansprakelijkheid is echter aansprakelijkheid voor dezelfde schade wel een essentiële voorwaarde.

Gebruikelijk is dat de benadeelde patiënt het ziekenhuis aanspreekt. De verzekeraar van het ziekenhuis zal meestal voldoende verhaal bieden, ook wanneer grote schade of meerdere schadegevallen bestaan als in de gepresenteerde casus. Er kan echter ook voor gekozen worden om IGZ aan te spreken omdat zij de 'diepste zakken' heeft. De toezichthouder heeft dan een verhaalsrecht jegens de primaire dader, meestal het ziekenhuis. In het kader van regres, kan rekening worden gehouden met de mate waarin de hoofdelijk aansprakelijke partijen aan de schade hebben bijgedragen.¹⁸⁷

In de praktijk, ook in de casus Nijmegen en Emmeloord, voldoet de hoofdelijkheidsregel. Er zijn echter twee alternatieven denkbaar, die hierna worden besproken.

7.9.2 Proportionele aansprakelijkheid

Bij proportionele aansprakelijkheid wijst de rechter een verdeling van de schadevergoeding naar rato toe. In complexe of omvangrijke schadegevallen kan deze

¹⁸⁴ Art. 6:102 BW.

¹⁸⁵ Spier e.a. 2009, p. 214.

¹⁸⁶ Spier e.a. 2009, p. 214.

¹⁸⁷ Van Dam 2006, p. 130.

proportionaliteitsbenadering redelijker zijn dan de hoofdelijkheidsregel, ook al blijft de verantwoordelijkheid en aansprakelijkheid van de primaire veroorzaker van de schade voorop staan. Echter doordat de verantwoordelijke toezichthouder er niet vanaf lijkt te komen met een excuus, sluit deze benadering beter aan bij opvattingen over rechtvaardigheid.

Aansprakelijkheid kan bovendien voor de toezichthouder stimulerend en preventief werken.¹⁸⁸

De hoofdelijkheidsregel moet echter niet zonder meer verlaten worden. IGZ is immers, afgezien van haar status als overheidsinspectie, verder geen bijzondere dader, noch maakt zij bijzondere fouten die een afwijking van de wettelijke hoofdelijkheidsregel rechtvaardigen.

Opgemerkt moet ook worden dat de consequentie van een proportionele aansprakelijkheidsverdeling is, dat een slachtoffer de vele bij een schade betrokken partijen alle voor hun proportionele deel aansprakelijk moet gaan stellen. Juist bij de complexe en omvangrijke schades waar deze proportionaliteitsbenadering wordt voorgesteld kan deze procedure bezwaarlijk zijn.¹⁸⁹ Toch kan het concept van de proportionele aansprakelijkheid soms een reëel alternatief zijn.¹⁹⁰

7.9.3 Subsidiaire aansprakelijkheid

Bij subsidiaire aansprakelijkheid kan de toezichthouder alleen dan aangesproken kan worden indien aansprakelijkheid van de primaire dader geen resultaat oplevert, doordat hij bijvoorbeeld insolvent is of onvindbaar is gebleken.¹⁹¹ Een dergelijke regel geldt in Duitsland.¹⁹² In Nederland wordt deze mogelijkheid tot op heden niet toegepast.¹⁹³

Het systeem van subsidiaire aansprakelijkheid is het meest effectief bij een niet al te omvangrijke schade, die door de primaire dader kan worden vergoed.¹⁹⁴ Immers, wanneer bij een grootschalige ramp de financiële draagkracht van de primair aansprakelijke begrensd blijkt, kan hij zich immuun wanen voor aansprakelijkheid. Dat kan er dan ook toe leiden dat de toezichthouder gaat fungeren als financieel vangnet. De toezichthouder wordt immers aangesproken in de gevallen waarin de primair aansprakelijke 'judgment proof' blijkt te zijn.¹⁹⁵ Op deze manier wordt geen recht gedaan aan het zelfstandig verwijt dat zowel de primaire dader als de falende toezichthouder gemaakt kan worden. Voor de benadeelde kan het bovendien erg tijdrovend zijn om te moeten afwachten of een partij wel solvabel is, alvorens de volgende procedure kan worden aangevangen. Tot op heden zijn overigens (de verzekeraars van) de ziekenhuizen voldoende solvabel.

Een subsidiair aansprakelijkheidssysteem kan tot ongewenste resultaten leiden. Dit geldt zowel de primaire daders (kleintjes worden aangepakt en grote blijven buiten schot vanwege

¹⁸⁸ Scheltema 2008, p. 365.

¹⁸⁹ Zie ook Hartlief 2010.

¹⁹⁰ Vgl. Van Rossum 2005, p. 106.

¹⁹¹ Busch e.a. 2008, p. 649.

¹⁹² Van Dam 2006, p. 169.

¹⁹³ Giesen 2005, p. 43.

¹⁹⁴ Van Dam 2006, p. 169, Giesen 2005, p. 38-40, Hartlief 2010.

¹⁹⁵ Busch e.a. 2008, p. 649.

onvoldoende solvabiliteit), als toezichthouders (die als financieel vangnet gaan fungeren voor het gehele schadebedrag), als benadeelden (voor wie dit systeem ten opzichte van het hoofdelijkheidsregime veel meer tijd en moeite kost om de schade vergoed te krijgen). Daarmee vormt het subsidiaire aansprakelijkheidssysteem geen alternatief voor het hoofdelijkheidsregime.¹⁹⁶

De toezichthouder moet aangesproken kunnen worden omdat hij heeft gefaald in zijn taak, niet omdat hij een beter solvabiliteit biedt dan de primaire veroorzaker van de schade. Een systeem van proportionele aansprakelijkheid zou bij complexe en omvangrijke schadegevallen wel een alternatief kunnen zijn voor het geldende hoofdelijke systeem, maar tot op heden functioneert het systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid naar tevredenheid.

¹⁹⁶ Tot deze conclusie komen ook Van Rossum 2005, p. 95 en Van Dam 2006, p. 169.

8. Oordeel drie gepresenteerde casus

Het wordt tijd een oordeel te vellen over het handelen van IGZ in de drie casus die in hoofdstuk 1 zijn gepresenteerd. De casus worden vanwege ruimtegebrek niet uitgebreid behandeld; slechts kort wordt doorgenomen of met de beschikbare gegevens voldaan wordt aan de hiervoor besproken vereisten voor aansprakelijkheid wegens falend toezicht van IGZ.

8.1 Neuroloog Enschede

De slechte verhoudingen tussen de neurologen in het MST Enschede vormden een gevaar voor de patiëntenzorg. IGZ had echter onvoldoende concrete aanwijzingen om in te grijpen, ook omdat de RvB zich beijverde de zaak binnenskamers te houden.¹⁹⁷ In deze casus is daarom sprake van algemeen toezichtsfalen en dan wordt aansprakelijkheid zelden aangenomen.¹⁹⁸ Er kan bovendien geen c.s.q.n.-verband worden aangetoond tussen het falend toezicht door IGZ en de schade die de verslaafde neuroloog aan zijn patiënten toebracht.¹⁹⁹ De RvB van het ziekenhuis is aansprakelijk gesteld door de patiënten die schade hebben geleden.

Vanaf het moment dat de RvB meldde dat de neuroloog met ziekteverlof was gestuurd, had IGZ overigens wel de gang van zaken beter moeten bewaken. Toen de neuroloog bovendien niet voldeed aan de eisen van IGZ hadden inschakeling van het straf- of tuchtrecht,²⁰⁰ of schorsing van de bevoegdheid tot beroepsuitoefening²⁰¹ in de rede gelegen.

8.2 IJsselmeerziekenhuizen Emmeloord

De onvoldoende kwaliteit van de zorg in Emmeloord was bij IGZ vanaf 1999 bekend. IGZ erkende ook zelf dat de bestuurscrisis directe en negatieve invloed had op de patiëntenzorg in Emmeloord.²⁰² Aan de effectiviteit van de daartegen door IGZ genomen maatregelen kan echter ernstig worden getwijfeld.²⁰³ Een redelijk handelende toezichthouder had dan andere maatregelen moeten nemen, opdat in elk geval de patiënt niet langer aan de risicovolle situatie zou zijn blootgesteld. IGZ heeft verzuimd deze maatregelen te nemen. Er is dan ook sprake van verwijtbaar toezichtsfalen. De overtreden regel²⁰⁴ strekte tot bescherming van de patiënt en het voorkomen van de schade die hij heeft geleden, zodat aan de relativiteitseis voldaan wordt.²⁰⁵

¹⁹⁷ Zie de gepresenteerde feiten van deze casus in paragraaf 1.1.

¹⁹⁸ HR 22 juni 2001, AB 2237, C99/265HR *Restaurant Boeddha*, besproken in paragraaf 6.3. Zie ook paragraaf 7.3 over aansprakelijkheid bij nalaten.

¹⁹⁹ Zie paragraaf 7.5.

²⁰⁰ Strafrecht: art. 142 WvSv, art. 161 WvSv, tuchtrecht: artikel 65 lid 1 sub d Wet BIG.

²⁰¹ Art. 48 lid 1 Wet BIG.

²⁰² *IGZ-jaarrapport 2002*, p. 32-33.

²⁰³ Zie de gepresenteerde feiten van deze casus in paragraaf 1.2.

²⁰⁴ In elk geval is art. 2 KWZ overtreden omdat geen verantwoorde zorg is verleend.

²⁰⁵ Zie paragraaf 7.2.

Een dergelijke langdurige, omvangrijke en ernstige crisissituatie als in Emmeloord is naar mijn mening vergelijkbaar met een noodsituatie, waarin voor IGZ een handhavingsplicht geldt.²⁰⁶ Een beroep op overmacht vanwege het toezichthoudersdilemma zal IGZ daarbij niet baten.²⁰⁷

Ondanks het feit dat IGZ haar toezichtsfalen erkende, zal het verband tussen het falende toezicht door IGZ en de opgetreden schade voor de patiënt moeilijk aantoonbaar zijn. Wanneer de patiënt in bewijsnood verkeert, zouden situaties als in Emmeloord naar mijn mening in aanmerking moeten komen voor een wettelijk vermoeden, dan wel toepassing van de omkeringsregel.²⁰⁸ IGZ kan dan tegenbewijs leveren dat haar falend toezicht niet de oorzaak is van de schade van de patiënt.

8.3 Thoraxchirurgie UMC St. Radboud Nijmegen

Net als in de eerste besproken casus, in Enschede, greep IGZ in het UMCN pas in, nadat de situatie in de openbaarheid kwam. In tegenstelling tot de situatie in Enschede, waar IGZ geen concrete aanwijzingen had van een slechte patiëntenzorg, was het hoge aantal dodelijke incidenten in Nijmegen wel bij IGZ bekend. Desondanks bleef het bij summiere navraag door IGZ. IGZ vertrouwde te lang op toezeggingen van het UMCN en gebruikte de mogelijkheden van de KWZ onvoldoende, waarmee niet gehandeld werd zoals van een zorgvuldig handelend toezichthouder verwacht mag worden.²⁰⁹

Opmerkelijk is verder nog dat IGZ begin 2009 de afdeling thoraxchirurgie in het UMCN voldoende gekwalificeerd achtte, terwijl een externe onderzoeksc commissie een paar maanden later ernstig aan de kwaliteit van zorg twijfelde. Als gevolg daarvan moest de afdeling thoraxchirurgie wederom sluiten. De vraag komt daardoor op of de kennis en capaciteit van IGZ voldoende was (en is) om de kwaliteit van de patiëntenzorg in het UMCN te beoordelen. Zou dat niet het geval zijn, is dat IGZ overigens eveneens te verwijten.²¹⁰

Net als in Emmeloord was in Nijmegen sprake van een langdurige en ernstige risicovolle situatie, waarin IGZ naar mijn mening een handhavingsplicht had. Net als in de casus Emmeloord zal echter het c.s.q.n.-verband tussen de opgetreden schade en het falend toezicht voor de patiënt moeilijk aantoonbaar zijn. In die omstandigheden pleit ik voor toepassing van de omkeringsregel of toepassing van het wettelijk vermoeden.²¹¹

²⁰⁶ Zie paragraaf 7.3.

²⁰⁷ Zie paragraaf 7.6.

²⁰⁸ Zie de paragrafen 7.7.2 en 7.7.3.

²⁰⁹ Tot deze conclusie komt ook de Onderzoeksraad voor de Veiligheid in *Een onvolledig bestuurlijk proces* 2008, p. 91. Zie bovendien de gepresenteerde feiten van deze casus in paragraaf 1.3.

²¹⁰ Zie paragraaf 7.4.

²¹¹ Zie de paragrafen 7.7.2 en 7.7.3.

SAMENVATTING en CONCLUSIE

De drie hoofdtaken van IGZ zijn het verzamelen van informatie die relevant is voor haar oordeel over de kwaliteit van de gezondheidszorg, het beoordelen daarvan en naar aanleiding daarvan besluiten tot al dan niet uitoefenen van (handhavings)bevoegdheden. IGZ hanteert een handhavingscyclus, waarvan zowel het algemene en concrete toezicht, als het preventieve en repressieve toezicht onderdeel zijn. In de afweging van een toezichthouder om al dan niet te handhaven speelt het toezichthoudersdilemma vaak een rol. Bevoegdheden om te handhaven worden IGZ toegekend in de Gezondheidswet, de Awb en in specifieke wetgeving. IGZ heeft vele bevoegdheden, maar paste in de besproken casus de beschikbare maatregelen weinig toe.

Voor haar oordeel vertrouwt IGZ sterk op de informatie van interne toezichthouders, de RvB en de RvT van het ziekenhuis, en op rapportages van diverse andere kwaliteitsbewakers in het ziekenhuis. Extern toezicht wordt uitgevoerd door onder andere NZa en NMa. Helaas sluiten het interne en het externe toezicht niet goed op elkaar aan. Wel bestaat de laatste jaren meer aandacht voor het belang van structurele informatie-uitwisseling tussen IGZ en andere toezichthouders in de zorgbranche. Kwaliteitsbewakers maken echter onvoldoende gebruik van bevoegdheden waarmee zij hun taak beter zouden kunnen vervullen. IGZ zou zich daar bij de analyse van rapportages veel meer bewust van moeten zijn. De wetgever hoopt dat een andere verantwoordelijkheidsverdeling in de nieuwe Wcz verbetering brengt. Mocht de Wcz door de Tweede Kamer ongewijzigd worden geaccepteerd, zal dat invloed hebben op aansprakelijkheidskwesties.

Publiekrechtelijke toezichthouders worden zelden civielrechtelijk aansprakelijk gesteld. De rechtvaardiging van civiele aansprakelijkheid van IGZ wordt vooral gevonden in de ratio van toezicht en de solvabiliteit van de overheid. Aansprakelijkheid van IGZ is dan ook gerechtvaardigd, hoewel het bij toezichtsrelaties gaat om een afgeleide aansprakelijkheid en bovendien vaak om een nalaten. IGZ heeft geen absolute handhavingsplicht. Er is sprake van beleidsvrijheid maar deze vrijheid is niet onbeperkt. Een relatieve handhavingsplicht wordt vooral gebaseerd op het vertrouwensbeginsel en art. 2 EVRM.

Het handelen van de toezichthouder wordt door de rechter getoetst aan de Kelderluikcriteria. Er dient niet marginaal, maar volledig getoetst te worden of de maatstaf van een redelijk bekwaam en redelijk handelende toezichthouder is geschonden. Daarbij worden alle omstandigheden van het geval meegenomen. Bij algemeen toezichtsfalen bestaat zelden aansprakelijkheid, maar ook in gevallen van concreet toezichtsfalen kan niet stelselmatig van aansprakelijkheid worden uitgegaan.

Daarnaast blijkt uit jurisprudentie het relativiteitsvereiste een belangrijke drempel te vormen bij aansprakelijkheid van toezichthouders. Er bestaat echter onderscheid tussen de wetgeving die van toepassing was op de Scheepvaartinspectie in het arrest Duwbak Linda en de wetgeving waaraan het handelen van IGZ wordt getoetst. Uit deze laatste regelgeving kan wél een specifieke (en niet 'slechts' een algemene) plicht tot bescherming van de individuele patiënt en

het voorkómen van schade afgeleid worden. In de drie casus kan de toezichthouder bovendien een concreet verwijt gemaakt worden door een goed bepaalde groep benadeelden. De geschonden norm strekte specifiek tot bescherming van hun individuele belangen, zodat de bescherming van deze personen aanvaard moet worden en de relativiteitseis geen belemmering is voor aansprakelijkheid van IGZ.

Bij falende toezichthouders is nagenoeg altijd sprake van nalaten te handelen. Echter niet ieder nalaten is verwijtbaar en aansprakelijkheid bij nalaten wordt dan ook slechts zelden aanvaard. Tot nu toe wordt alleen bij zuiver nalaten, in noodsituaties, een plicht tot handelen aanwezig geacht. Hoewel nalaten van IGZ niet altijd valt te definiëren als zuiver nalaten, kan naar mijn mening in langdurige en ernstige risicovolle situaties desondanks sprake zijn van een handelingsplicht voor IGZ. Ook uit het vertrouwensbeginsel en artikel 2 EVRM vloeit een (relatieve) handhavingsplicht voor IGZ voort en dus is terughoudendheid bij aansprakelijkheid voor toezichthouders die nalaten te handelen, juist vanwege hun speciale positie, minder noodzakelijk.

In Nederland bestaat voor toezichthouders geen algehele immuniteit tegen aansprakelijkheid. Bovendien zou deze voor toezichthouders op het gebied van gezondheid en veiligheid stuiten op Europees recht. Met de onrechtmatigheid van het gedrag van IGZ is dan ook tevens de verwijtbaarheid ervan gegeven. Verweer van IGZ met een beroep op een rechtvaardigingsgrond (overmacht omdat bij het toezichthoudersdilemma een conflict van plichten is ontstaan, voorstelbaar in de casus Emmeloord) wordt niet gehonoreerd.

Causaal verband tussen het falend toezicht en de schade is niet aanwezig in de casus Enschede, maar beredeneerde ik wel in de casus Nijmegen en Emmeloord. Het c.s.q.n.-verband tussen schade en falend toezicht is voor de eisende patiënt echter vaak moeilijk aan te tonen. Om tegemoet te komen aan diens bewijslastproblemen, staan de rechter verschillende bewijsmethoden ter beschikking. De methode van verzwaarde stelplicht en het feitelijk vermoeden roepen weinig discussie op, maar onduidelijk is of de omkeringsregel in gevallen van bewijsnood bij falend toezicht kan worden toegepast. In gevallen van ernstige en langdurige normschending die heeft geleid tot schrijnende schadegevallen, zoals in Emmeloord en Nijmegen, pleit ik daar echter wel voor. Hiermee wordt tegemoet gekomen aan gevoelens van rechtvaardigheid jegens het slachtoffer.

Het lage aantal claims tegen toezichthouders wordt mede veroorzaakt door het in Nederland geldende systeem van hoofdelijke aansprakelijkheid. Het systeem van subsidiaire aansprakelijkheid biedt geen zinvol alternatief, maar bij complexe en omvangrijke schadegevallen zou een systeem van proportionele aansprakelijkheid wel een optie kunnen zijn.

Ook al is een intensieve, voortdurende controle met bijbehorende administratieve lasten maatschappelijk ongewenst en in de praktijk niet haalbaar, toch kan uit de besproken casus de conclusie zijn dat IGZ teveel heeft vertrouwd en te weinig heeft geverifieerd, gecontroleerd en gecorrigeerd. Toezichthouders en kwaliteitsbewakers zouden beter gebruik moeten maken van

de mogelijkheden die de wet hen biedt, opdat ze de informatie verkrijgen die nodig is om hun taak goed te vervullen. Bovendien zouden zij eerder en vaker informatie over bijvoorbeeld een slecht bestuurs- of financieel beleid moeten delen met elkaar omdat dergelijk beleid leidt tot negatieve consequenties voor de patiëntenzorg.

Voor IGZ is het “*de uitdaging [...] om precies op tijd te zijn en de juiste interventie te plegen.*”²¹² In geen van de casus heeft IGZ echter gehandeld zoals van een redelijk en zorgvuldig handelende toezichthouder had mogen worden verwacht. Aan de effectiviteit en tijdigheid van de door IGZ genomen maatregelen kan ernstig worden getwijfeld. In Nijmegen en Emmeloord is er sprake van concreet toezichtsfalen, maar in Enschede gaat het om algemeen toezichtsfalen en dan wordt aansprakelijkheid zelden aangenomen. Bovendien bestaat hier geen c.s.q.n.-verband tussen de schade en het falend toezicht. In de casus Emmeloord en Nijmegen wordt wel voldaan aan alle vereisten voor aansprakelijkheid, maar is het de vraag of de patiënt in staat is het c.s.q.n.-verband tussen zijn schade en het falend toezicht aan te tonen. In ernstige, langdurige en omvangrijke crisissituaties als in Nijmegen en Emmeloord is IGZ de enige kwaliteitsbewaker die het totaaloverzicht heeft, of zou moeten hebben. In dergelijke situaties bestaat naar mijn mening voor IGZ dan ook een handelingsplicht. Bovendien vind ik de toepassing van een wettelijk vermoeden of de omkeringsregel door de rechter in die gevallen gerechtvaardigd. IGZ mag dan tegenbewijs leveren dat de schade ook zonder haar falend toezicht zou zijn ontstaan.

²¹² IGZ-Jaarbeeld 2009, p. 4.

Geraadpleegde literatuur

Akkermans 2001

A.J. Akkermans, *De 'omkeringsregel' bij het bewijs van causaal verband*. (Oratie Amsterdam VU), Den Haag: Boom Juridische Uitgevers 2001.

Albers 2004

C.L.G.F.H. Albers, 'Overheidsaansprakelijkheid voor gebrekkig toezicht en ontoereikende Handhaving', *NTB* 2004/6, p. 201-211.

Asser/Hartkamp 2006

A.S. Hartkamp, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. 4. Verbintenissenrecht. Deel III De verbintenis uit de wet*, Deventer: Kluwer 2006.

Barkhuizen & Van Emmerik 2005

T. Barkhuizen & M.L. van Emmerik, 'Overheidsaansprakelijkheid voor falend toezicht en ontoereikende handhaving. Nadere lessen uit de uitspraak van de Grote Kamer van het EHRM inzake Öneriyildiz tegen Turkije?', *Overheid en Aansprakelijkheid* 2005-3, p. 88.

Rapport Commissie Büller 2007

Zorg voor minder last. Voorstellen voor het terugdringen van toezichtlasten en verwante lasten in de Nederlandse ziekenhuizen. <www.igz.nl/publicaties>, Ministerie van Financiën juli 2007.

Busch e.a. 2008

D. Busch e.a., 'Civielrechtelijke aansprakelijkheid van financiële toezichthouders jegens derden', *Onderneming en financieel toezicht*. Serie Onderneming en recht, deel 40. Deventer: Kluwer 2008.

Van Dam 2006

C. van Dam, *Aansprakelijkheid van Toezichthouders. Een analyse van de aansprakelijkheidsrisico's voor toezichthouders wegens inadequaate handhavingstoezicht en enige aanbevelingen voor toekomstig beleid*, WODC-rapport, Den Haag: Ministerie van Justitie 2006.

Van Dam 2008

C. van Dam, 'Annotatie Vie d'Or-arresten', *NJ* 2008, p. 527-529.

Van Dijk 2008

C.H. van Dijk, 'boekbespreking CC van Dam, Aansprakelijkheid van toezichthouders', *Overheid en Aansprakelijkheid*, 2008-1, p. 33-44.

Dillman 2009

R. Dillman, 'Toezicht speerpunt van beleid', *ZM Magazine* 2009-11, p. 4-9.

Dückers 2009

M.L.A. Dücker, *Changing hospital care. Evaluation of a Multi-layered organisational development and quality improvement programme* (diss. Utrecht), Utrecht: Nivel 2009.

Een onvolledig bestuurlijk proces 2008

Een onvolledig bestuurlijk proces: Thoraxchirurgie in UMC St. Radboud. Onderzoek naar aanleiding van berichtgeving op 28 september 2005 over te hoge mortaliteit. Den Haag: Onderzoeksraad voor veiligheid 2008.

Eijlander e.a. 2002

Ph. Eijlander, R. van Gestel, W. Ligthart & S. Waslander (red.), *Dilemma's rond toezicht, opstellen over de werking van toezichtsarrangementen*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2002, p. 145-153.

Gevers 2008

J.K.M. Gevers, 'Wetgeving inzake de positie van de cliënt in de zorg: op koers of op drift?', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2009, p. 70-78.

Giesen 2004

I. Giesen, *Aansprakelijkheid na een nalaten. Een verkennend rechtsvergelijkend onderzoek naar de aansprakelijkheid wegens nalaten, in het bijzonder van toezichthouders*. Deventer: Kluwer 2004.

Giesen 2005

I. Giesen, *Toezicht en aansprakelijkheid. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar de rechtvaardiging voor de aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad van toezichthouders ten opzichte van derden*, Deventer: Kluwer 2005.

Giesen & Tjong Tjin Tai 2008

I. Giesen, T.F.E. Tjong Tjin Tai, *Proportionele tendensen in het verbintenissenrecht; een rechtsgeleerde dialoog*. Preadvies uitgebracht voor de vereniging voor Burgerlijk recht. Deventer: Kluwer 2008.

Haan-Kamminga 2003

A. Haan-Kamminga, 'Aansprakelijkheid voor toezicht', in: H.E. Boschma & L. Timmerman (red.), *Verzamelde 'Groninger' opstellen* (Timmerman-bundel). Deventer: Kluwer 2003, p. 117-129.

Hartlief 2010

T. Hartlief, 'Van schurken en toezichthouders', *NJBlog* <<http://njblog.nl/2010/03/08/van-schurken-en-toezichthouders/>>, publicatie 8 maart 2010. Laatst geraadpleegd 11 september 2011.

Hendriks 2011

A.C. Hendriks, 'Toezicht op de kwaliteit en veiligheid van de zorg, met bijzondere aandacht voor de IGZ', *Ars Aequi* 2011-07/08, p. 528-539.

Hoek 2007

H. Hoek, *Governance & gezondheidszorg. Private, publieke en professionele invloeden op zorgaanbieders in Nederland* (diss. Rotterdam), Assen: Van Gorcum 2007.

Rapport Commissie Hoekstra 2010

R.J. Hoekstra, *Angel en Antenne, het functioneren van de Inspectie voor de Gezondheidszorg in de casus van de neuroloog van het Medisch Spectrum Twente*. Den Haag: Ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport 2010.

Hondius & Ten Hoopen 2009

E. Hondius, R. ten Hoopen, 'Behandelingsovereenkomst past prima in het Burgerlijk Wetboek. Cliëntenrechten zijn niet beter af met aparte wet', *Medisch Contact online* 2009-50, <<http://medischcontact.artsennet.nl/blad/Tijdschriftartikel/Behandelingsovereenkomst-past-prima-in-het-Burgerlijk-Wetboek.htm>>, gepubliceerd op 11 december 2009.

IGZ-handhavingskader 2008

IGZ-handhavingskader. Richtlijn voor transparante handhaving, Den Haag: IGZ 2008.

IGZ-jaarbericht 2008

IGZ-jaarbericht 2008. Rapport van het onderzoek naar het peroperatief proces te Lelystad en Emmeloord op 5 en 12 september 2008, Den Haag: IGZ 2009, p. 42-43.

IGZ-rapport ic's 2008

IGZ-rapport 2008. IC-afdelingen van niveau 1: "op weg naar verantwoorde zorg". Een inventariserend onderzoek naar de kwaliteit van intensive care afdelingen van niveau 1, Den Haag: IGZ 2008.

IGZ-jaarrapport 2002

IGZ-jaarrapport 2002. Den Haag: IGZ 2003.

IGZ-jaarrapport 2003

IGZ-jaarrapport 2003. Den Haag: IGZ 2004.

IGZ-jaarbericht 2006

IGZ-jaarbericht 2006. Focus IGZ: veilige, effectieve en patiëntgerichte zorg, Den Haag: IGZ 2007.

IGZ-rapport 2006

IGZ-rapport. Een tekortschietend zorgproces. Een onderzoek naar de kwaliteit en veiligheid van de cardiochirurgische zorgketen voor volwassenen in het UMC St. Radboud te Nijmegen, Den Haag: IGZ 2006.

IGZ-werkplan 2009

IGZ-Werkplan 2009. Handhaven met effect, Utrecht: IGZ 2008.

IGZ-jaarbeeld 2009

IGZ-jaarbeeld 2009. Met hart en ziel werken aan krachtig toezicht. Utrecht: IGZ 2010.

IGZ-werkplan 2010

IGZ-Werkplan 2010. Vertrouwen en verifiëren. Utrecht: IGZ 2009.

IGZ-preventieplan 2010

IGZ. Staat van de gezondheidszorg 2010. Meer effect mogelijk van publieke gezondheidszorg. Utrecht: IGZ 2010.

IGZ-consultatiedocument 2010

Consultatiedocument. IGZ-toezichtkader voor de invulling van de bestuurlijke verantwoordelijkheid van zorginstellingen voor kwaliteit en veiligheid, Utrecht: IGZ 2010.

IGZ-toezichtkader 2011

Toezichtkader. Bestuurlijke verantwoordelijkheid voor kwaliteit en veiligheid, Utrecht: IGZ 2011.

Kahn 2002

Ph.S. Kahn, 'De minister en de Raad van Toezicht', *Medisch Contact* 2002-49.

Kahn 2009

Ph.S. Kahn, 'De vrijblijvendheid voorbij. De wetenschappelijke vereniging als kwaliteitskeurmeester', *Tijdschrift voor Gezondheidsrecht* 2009, p. 17-25.

Kingma 2002

H.J. Kingma, 'Wij zijn geen risicomijders' (interview), *Medisch Contact* 2002-51/52.

Kruikemeier e.a. 2010

S. Kruikemeier e.a., *Evaluatie gefaseerd toezicht*. Utrecht: Nivel 2010.

Rapport Commissie Kraaijeveld 2002

J.G. Kraaijeveld-Wouters, *Een ziekenhuis in de polders. Eindrapport commissie IJsselmeerziekenhuizen*. Lelystad 2002.

Leenen, Dute & Kastelein 2008

H.H.J. Leenen, J.C.J. Dute, W.R. Kastelein, *Handboek gezondheidsrecht. Deel II. Gezondheidszorg en recht*, Houten: Bohn Stafleu Van Loghum 2008.

Legemaate 2009

J. Legemaate, *Verantwoordelijkheid nemen voor kwaliteit. Advies naar aanleiding van de aanbevelingen van de Inspectie voor de Gezondheidszorg in haar rapport over de zaak van de Twentse neuroloog* (aangeboden aan Tweede Kamer, vergaderjaar 2008-2009, 31 700 XVI, nr. 173) Amsterdam 2009.

Rapport Commissie Lemstra 2009

W. Lemstra, *En waar was de patiënt...? Rapport over het (dis)functioneren van de medisch specialist en zijn omgeving*. Externe Onderzoekscommissie MST 2009.

Rapport Commissie Lemstra 2010

W. Lemstra, *Heel de patiënt. Het handelen van de beroepsmatig betrokkenen na het vertrek van een disfunctionerend medisch specialist*. Tweede Externe Onderzoekscommissie MST 2010.

Rapport Ombudsman 2010/175

Rapport over een klacht van de Vereniging van Samenwerkende Algemene Ziekenhuizen, gevestigd te Woerden, over de Inspectie voor de Gezondheidszorg uit Den Haag. Den Haag: De Nationale Ombudsman 2010.

Van Ooijen 2007

M. van Ooijen, 'Toezichthouders langs de meetlat', *ZM Magazine* 2007-6, p. 22-24.

Van Ravels 2006

B.P.M. van Ravels, 'Is de overheid aansprakelijk wegens falend toezicht, indien zich een extern veiligheidsrisico verwezenlijkt?' *Externe veiligheid. Tijdschrift voor informatie-uitwisseling en discussie over externe veiligheid*, 2006, p. 4-9.

Van Rossum 2005

A.A. van Rossum, L.F.M. Verhey, N. Verheij, 'Toezicht. Preadviezen', in: *Handelingen Nederlandse Juristen Vereniging 2005-1*, Deventer: Kluwer 2005.

Scheltema 2008

M. Scheltema & M.W. Scheltema, *Gemeenschappelijk recht: wisselwerking tussen publiek- en privaatrecht*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2008.

Sieburgh 2000

C.H. Sieburgh, *Toerekening van een onrechtmatige daad* (diss. Groningen), Deventer: Kluwer 2000.

Snijders, Klaassen & Meijer 2007

H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen, G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*. Deventer: Kluwer 2007.

Spier e.a. 2009

J. Spier e.a., *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer: Kluwer 2009.

Stolker 1988

C.J.J.M. Stolker, *De aansprakelijkheid van de arts, in het bijzonder voor mislukte sterilisaties*, Deventer: Kluwer 1988.

Tjong Tjin Tai 2007

T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Nalaten als onrechtmatige daad', *NJB* 2007, p. 2540-2546.

Jaarverslag Tuchtcolleges 2010

Jaarverslag Tuchtcolleges voor de gezondheidszorg 2010, Den Haag: april 2011.

Verheij 2005

A.J. Verheij, *Monografieën privaatrecht. 4. Onrechtmatige daad*. Deventer: Kluwer 2005.

Wibier 2011

R. Wibier, 'Het wordt hoog tijd voor een wettelijke beperking van de aansprakelijkheid van DNB', *Ars Aequi* 2011-01, p. 32-36.

Wieten 2008

H.L.G. Wieten, *Bewijs*. Studiereeks Burgerlijk Procesrecht. Deventer: Kluwer 2008.

Kamerstukken:

Kamerstukken II 1993/94, 23 633 nr. 3, p. 13 en p. 16

Kamerstukken II 1996/97, 25 085 nr. 2.

Kamerstukken II 1998/99, 26 395 nr. 2.

Kamerstukken II 2002/03, 27 295 nr. 31, 53 en 61.

Kamerstukken II 2006/07, 31 123 nr. 1

Kamerstukken II 2008/09, 31 122 nr. 1.

Kamerstukken II 2008/09, 31 700 XVI nr. 151 en 173.

Kamerstukken II 2008/09, 32 012 nr. 1.

Kamerstukken II 2008/09, 31 961 nr. 1-2.

Kamerstukken II 2008/09, 32 402 nr. 1-4.

Jurisprudentie:

EHRM 18 juni 2002, *NJCM* 2003, 54-73 *Öneryildiz t. Turkije I*

EHRM 30 november 2004, *AB* 2005, 43, *NJ* 2005, 210 *Öneryildiz t. Turkije II*

HR 17 januari 1958, *NJ* 1961, 568 *Tandartsen I*

HR 5 november 1965, *NJ* 1966, 136 *Kelderluik*

HR 22 november 1974, *NJ* 1975, 149 *Struikelende broodbezorger*

HR 9 november 1990, *NJ* 1991, 26 *Speeckaert/Gradener*

HR 20 maart 1992, *NJ* 1993, 547 *Bussluis*

HR 26 januari 1996, *NJ* 1996, 607

HR 22 juni 2001, *AB* 2237, C99/265HR *Restaurant Boeddha*

HR 22 februari 2002, *NJ* 2002, 240

HR 20 september 2002, *NJ* 2004, 112

HR 29 november 2002, *NJ* 2004, 304 *TFS/NS*

HR 29 november 2002, *NJ* 305 *Kastelein/Achtkarspelen*

HR 7 mei 2004, *NJ* 2006, 281 *Duwbak Linda*

HR 13 oktober 2006, *NJ* 2008, 527 *Vie d'Or*

Rechtbank Arnhem *LJN* AV7682, AWB 05/4258

Geraadpleegde websites:

www.aansprakelijkheidsrecht.com

www.gezondheidsraad.nl

www.igz.nl

www.medischcontact.nl

www.nationaleombudsman.nl

www.nivel.nl

www.rvz.net

www.skipr.nl

<http://umcweb02.umcn.nl/kindenziekenhuis/>