

De informatieplicht van een zorgaanbieder bij de afwikkeling van medische schade

Over finale kwijting, geschilleninstanties en ongeïnformeerde patiënten

Mr. B. S. Laarman *

1. Inleiding

De Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) stelt nieuwe eisen aan de afhandeling van medische schade, namelijk dat die zo laagdrempelig, informeel en snel mogelijk wordt afgewikkeld. Dat is aanleiding om na te denken over de manier waarop patiënten worden geïnformeerd omtrent hun rechtspositie. Dat geldt met name wanneer de schade definitief wordt afgewikkeld zonder dat de patiënt wordt bijgestaan door een ter zake deskundige belangenbehartiger. In deze bijdrage worden twee situaties belicht waarin de informatiepositie van een patiënt een probleem kan opleveren, namelijk (1) wanneer een zorgaanbieder en een patiënt een schikkingsovereenkomst sluiten, en (2) wanneer een patiënt zijn vordering als geschil aan een geschilleninstantie voorlegt, die uitspraak doet bij bindend advies.

Ter achtergrondinformatie wordt in paragraaf 2 een korte toelichting gegeven op de veranderingen die hebben plaatsgevonden sinds de invoering van de Wkkgz. Afspraken die worden gemaakt wanneer een zorgaanbieder en een patiënt de schade schikken, worden vaak vastgelegd in een vaststellingsovereenkomst. Ook het bindend advies is een bijzondere vorm van de vaststellingsovereenkomst. In paragraaf 3 zal blijken dat een vaststellingsovereenkomst achteraf maar moeilijk is aan te tasten. Dat veronderstelt dat partijen elkaar over de aard en gevolgen van de overeenkomst informeren; zij dragen een informatieplicht. Voor inspiratie hoe een dergelijke informatieplicht invulling kan krijgen, wordt gekeken naar het medisch informed consent in paragraaf 4. In paragraaf 5 en 6

worden respectievelijk de positie van de patiënt bij een schikkingsovereenkomst en in de geschillenfase toegelicht, waarna in paragraaf 7 een korte samenvatting volgt. Paragraaf 8 licht toe wat de informatieplicht in de afronding van medische schade voor zorgaanbieders en geschilleninstanties betekent, waarna paragraaf 9 deze bijdrage afrondt met een conclusie.

2. Nieuwe ontwikkelingen in de afhandeling van medische schade

Een patiënt die zich tot een zorgaanbieder wendt met een verzoek tot schadevergoeding, mag daarop conform de Wkkgz binnen zes weken (met een maximale uitloop tot tien weken) een inhoudelijke reactie verwachten.¹ Als de klacht niet, of niet naar tevredenheid wordt afgehandeld, dan kan een patiënt zijn klacht inclusief verzoek tot schadevergoeding als een geschil aan een geschilleninstantie voorleggen.² Geschilleninstanties doen binnen zes maanden uitspraak bij bindend advies en kunnen tot € 25.000 schadevergoeding toekennen.³ In de procedure voor de geschilleninstantie worden de kosten van een belangenbehartiger in beginsel niet vergoed.⁴

Het ideaal van de wetgever staat (stond?) ver af van de praktijk. De behandeling van een claim kan maanden, zo niet jaren duren en geschiedt vaak door een de patiënt onbekende verze-

* Mr. B.S. Laarman is docent-onderzoeker aan het Amsterdam Centre for Comprehensive Law (ACCL), verbonden aan de afdeling Privaatrecht van de Faculteit Rechtsgeleerdheid van de Vrije Universiteit, en de uitvoerend onderzoeker in project OPEN (www.openinzorg.nl). OPEN is een leernetwerk van ziekenhuizen en onderzoekers van de VU, het NIVEL en AMC/UvA, dat inzichten opdoet over de organisatie van openheid na medische incidenten (www.openinzorg.nl). OPEN wordt gefinancierd door het Fonds Slachtofferhulp. Niemand is een eiland. Daarom wil de auteur prof. mr. Arno Akkermans, prof. mr. Jacobien Rutgers en dr. mr. Martine Schaub hartelijk danken voor hun hulp bij het schrijven van dit artikel.

1. Art. 17 Wkkgz. Tijdens het debat in de Eerste Kamer heeft de minister zodanig invulling gegeven aan deze termijn dat de zorgaanbieder de patiënt binnen zes weken te kennen moet hebben gegeven de klacht te hebben ontvangen en ermee aan de slag te gaan, Kamerstukken I 2015/16, 32402, 2, item 8. In de Modelklachtenregeling Ziekenhuizen wordt onderscheid gemaakt tussen een 'standpunt' en een 'bericht', waarbij een standpunt een inhoudelijke reactie is en een bericht de stand van zaken en een plan van aanpak bevat. Toelichting bij art. 1 sub k Modelklachtenregeling Wkkgz ziekenhuizen.
2. Art. 19-21 Wkkgz.
3. Overigens staat niet vast dat de geschilleninstanties maximaal € 25.000 kunnen toekennen. De Wkkgz spreekt van 'in ieder geval 25.000', waarmee dus niet is uitgesloten dat zij bevoegd zijn die grens te boven te gaan.
4. Zie bijv. art. 22 Reglement Geschillencommissie Ziekenhuizen, te vinden op <https://www.degeschillencommissiezorg.nl/clienten/zorgcommissies/ziekenhuizen/>.

keraar.⁵ Sommige ziekenhuizen zijn daarom meer claims zelf gaan afwickelen.⁶ Deze 'zelfregelende ziekenhuizen' geven aan dat zij sneller overgaan tot vergoeding van de schade, ook wanneer daar strikt genomen geen juridische aanleiding toe is.⁷ Ook de verzekeraars hebben nagedacht over manieren om de behandeling van claims te versnellen. Zij geven uitvoering aan de vereisten van de Wkkgz door de mogelijkheid te bieden tot 'versnelde routings'⁸ of het uitkeren van 'couancebetalingen' zonder de vraag naar aansprakelijkheid tot op de bodem uit te zoeken.⁹

De geschilleninstanties zijn operationeel sinds januari 2017. Er moest veel werk worden verzet om dat mogelijk te maken. Vóór inwerkingtreding van de Wkkgz opereerden onder de paraplu van de Geschillencommissie Consumentenzaken in Den Haag weliswaar ook geschillencommissies (de Geschillencommissies Zorg, hierna: GCZ's), maar deze commissies speelden een marginale rol in geschilbeslechting. Er werden namelijk maar weinig klachten ingediend, die bovendien voor het overgrote deel niet-ontvankelijk of ongegrond werden verklaard. Ook de bevoegdheidsgrens van de GCZ was een stuk lager, namelijk € 5.000, en vorderingen werden beoordeeld naar redelijkheid en billijkheid.¹⁰

De Wkkgz-geschilleninstanties daarentegen hebben een veelomvattende en complexe taakstelling. De leden van de geschilleninstanties moeten in ieder geval beschikken over voldoende actuele kennis van aansprakelijkheidsrecht, gezondheidsrecht en geschilbeslechting om naar Nederlands aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht over een vordering te kunnen oordelen. Dat, gecombineerd met de strakke behandeltermijn, bewoog Pans tot de oproep tot 'superrechters', 'en misschien wel heel veel'.¹¹ De woorden van Pans lijken haast profetisch,

want er zijn inmiddels maar liefst 35 geschilleninstanties.¹² Een aantal daarvan hoort bij een opnieuw opgetuigde GCZ. Daarnaast is een substantieel aantal nieuwe geschilleninstanties opgericht. Dat zijn geschilleninstanties die verbonden zijn aan beroepsverenigingen en zelfstandige instanties, zoals de 'Geschilleninstantie Zorg'.¹³ Het is de vraag of van al deze geschilleninstanties de benodigde kwaliteit van 'superrechter' kan worden verwacht.

3. De vaststellingsovereenkomst bij medische schade

3.1 Totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst

Goede mensen zijn ook echt wel nodig bij de geschilleninstanties. Want is er eenmaal uitspraak gedaan, dan is het idee van bindend advies dat je er niet zomaar op terug kunt komen.¹⁴ Een bindend advies is een bijzondere vorm van de 'vaststellingsovereenkomst', een overeenkomst die is gericht op beëindiging of voorkoming van een onzekerheid of een geschil, aldus artikel 7:900 van het Burgerlijk Wetboek (BW).¹⁵ Partijen kunnen hun afspraken zelf in een vaststellingsovereenkomst (laten) opnemen. Dat gebeurt vaak wanneer partijen een minnelijke regeling treffen. In de vaststellingsovereenkomst kunnen bepalingen worden opgenomen omtrent de hoogte van de schade en het verlenen van finale kwijting.¹⁶ Partijen die er samen niet uit komen, kunnen ook besluiten om een derde een beslissing te laten nemen. Dat is het geval wanneer een geschilleninstantie uitspraak doet bij bindend advies.¹⁷

5. Zie over de problemen in het medisch aansprakelijkheidsrecht J.L. Smeehuijzen, K.A.P.C. van Wees, A.J. Akkermans, J. Legemaate, S. van Buschbach & J.E. Hulst, Over problemen en oplossingen in het medisch aansprakelijkheidsrecht, NJB 2013/32, p. 2180-2186.
6. B.S. Laarman & A.J. Akkermans, De afwikkeling van medische schade onder de Wkkgz: de beloften van het klachtrecht voor patiënten, de eerste stappen naar verwezenlijking door de ziekenhuizen en de eerste veranderingen van de Wkkgz-geschilleninstanties, TVP 2017, afl. 3, p. 64.
7. Zie hierover het verslag van de Netwerkbijeenkomst 'De afhandeling van medische schade', die in oktober 2017 werd gehouden in het kader van OPEN. Het verslag is te downloaden via: <http://openindezorg.nl/verslag-netwerkbijeenkomst-15-september/>. OPEN is een leernetwerk van ziekenhuizen en onderzoekers van de Vrije Universiteit Amsterdam, het NIVEL en AMC/UVa dat kennis opdoet over een open en eerlijke reactie na klachten en incidenten. Zie www.openindezorg.nl.
8. MediRisk, Toelichting 'Procesflow: partnership in klachten- en claimopvang', herziene versie, oktober 2017, p. 2.
9. Verzekeraar Centramed deed reeds voor invoering van de Wkkgz ervaring op met zelfregelende ziekenhuizen die, al of niet in samenspraak met Centramed, tot een bedrag van € 25.000 of hoger zelf schadeclaims afwickelen en daarin de ruimte hebben zelf over te gaan tot couancebetalingen.
10. Zie hierover uitgebreider Laarman & Akkermans 2017, p. 75. Zie over het functioneren van de GCZ L.H.M.J. van de Laar & J.C.J. Dute, De afhandeling van schadeclaims door de Geschillencommissie Zorginstellingen, TvGR 2014, afl. 6, p. 438-450.
11. E. Pans, De nieuwe geschillenbeslechting in de zorg: (heel veel) superrechters gevraagd, TVP 2016, p. 64-70.

12. Zie <https://www.geschilleninstantieszorg.nl/erkende-instanties>, laatst bezocht op 6 augustus 2018.
13. Zie <https://www.geschillenoverzorg.nl/>.
14. Zie hierover ook A. Wilken, De geschilleninstanties in de zorg: een groot en bont gezelschap, TvGR 2017, p. 477-478. Wilken uit haar zorgen over de kwaliteit van rechtspraak, rechtseenheid en rechtszekerheid en vreest dat patiënten daarom huiverig zullen zijn hun geschil bij bindend advies te laten beslechten.
15. Bij de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst moet worden onderscheiden in de vaststellingsovereenkomst, de beslissing en de vaststelling. In de vaststellingsovereenkomst komen partijen overeen om een reeds bestaand of toekomstig geschil te (laten) beslechten. De beslissing beëindigt de onzekerheid of het geschil. De vaststelling is de vanaf dat moment geldende rechtsverhouding tussen partijen. Zie uitgebreid *Asser/Van Schaick 7-VIII** 2012/140.
16. Over de vaststellingsovereenkomst in letselschadezaken: R.A. Dozy, De vaststellingsovereenkomst in letselschadezaken, TLP 2018, art. 45. Tot voor kort kon een vaststellingsovereenkomst ook bepaalde 'zwijgclausules' bevatten, de afspraak dat partijen afzien van contact opnemen met de media, een tuchtklacht, of een melding bij de Inspectie voor de Gezondheidszorg en Jeugd (IGJ). Dergelijke zwijgclausules worden tegenwoordig als ongewenst beschouwd. Zie <https://www.igj.nl/onderwerpen/zwijgcontracten/nieuws/2017/05/18/resultaten-onderzoek-vaststellingsovereenkomsten-in-de-zorg>.
17. Als een zorginstelling en een patiënt overeenkomen hun geschil aan een geschilleninstantie voor te leggen, is de bindend-adviesovereenkomst reeds een vaststellingsovereenkomst: P. Ernste, Bindend advies (diss. Nijmegen; Serie Onderneming & Recht, deel 74), Deventer: Kluwer 2012, par. 2.2.2.

Voor de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst gelden de regels van artikel 3:32 e.v. BW.¹⁸ Vereist is dat er sprake is van een aanbod (een mondelinge of een schriftelijke wilsverklaring of een voorstel om tot een overeenkomst te komen) en een aanvaarding.¹⁹ Het aanbod is een rechtshandeling en vereist een op het rechtsgevolg gerichte wil. Om te kunnen spreken van een rechtsgeldige overeenkomst moeten het aanbod en de aanvaarding op hetzelfde rechtsgevolg zijn gericht; er moet wilsovereenstemming zijn. In dit geval bestaat er wilsovereenstemming wanneer de wil van beide partijen erop gericht is het geschil na de vaststelling achter zich te laten. Omtrent het bestaan van deze wilsovereenstemming mag geen twijfel bestaan. Volgens de Hoge Raad moet de overeenkomst tot bindend advies 'ondubbelzinnig' zijn.²⁰

3.2 Niet-totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst

Een vaststellingsovereenkomst komt niet tot stand wanneer een van de partijen aanvoert dat het niet haar bedoeling was om een vaststellingsovereenkomst te sluiten, tenzij de wederpartij er gerechtvaardigd op mocht vertrouwen dat er wél wilsovereenstemming bestond. Om het arbeidsrecht als voorbeeld te nemen: voor de werkgever die een beëindigingsovereenkomst (een bijzondere vorm van de vaststellingsovereenkomst) wil aangaan, is in dat kader een onderzoeksplicht aangenomen. Dat houdt in dat er situaties mogelijk zijn waarin de werkgever moet nagaan of de werknemer wel wil wat hij zegt te willen. Dat is bijvoorbeeld zo wanneer de wederpartij kwetsbaar is, het aanbod of de aanvaarding erg onverwacht of ongebruikelijk is, of wanneer er aanmerkelijk nadeel voor de wederpartij kan ontstaan,²¹ zeker wanneer dat juist voordeel voor de werkgever oplevert.²² Een werkgever kan zijn werknemer niet aan de gemaakte afspraken houden wanneer de werknemer door de beëindiging van het dienstverband werd overrompeld.²³ Relevante omstandigheden zijn verder de vaardigheden van de werknemer om de gevolgen van zijn verklaringen te overzien, of hij mondig is, of hij werd bijgestaan door een belangenbehartiger, en welke functie hij bekleedde.²⁴

Om er zeker van te zijn dat een werknemer de gevolgen van zijn handelen overziet, heeft een werkgever naast een onderzoeksplicht ook een informatieplicht. Een werkgever die zich er achteraf met succes op wil kunnen beroepen dat de werkne-

mer ook de bedoeling van de beëindigingsovereenkomst onderschreef, moet zich:

'(...) er met een redelijke mate van zekerheid van vergewissen of de werknemer beseft dat zijn instemming wordt gevraagd met ontslag, zonder garantie op terugkeer, en of hij de mogelijke consequenties van zijn instemming voor zijn rechtspositie overzag. Dit betekent dat van de werkgever mag worden verwacht dat hij de werknemer omtrent zijn rechtspositie volledige en juiste informatie verschaft.'²⁵

In deze casus oordeelde het hof dat de werkgever niet aan zijn informatieplicht had voldaan en de beëindigingsovereenkomst daarom nietig was. Daarvoor achtte hij van belang dat de werkgever zijn twee Duitse werknemers een Nederlandstalige beëindigingsovereenkomst had voorgelegd zonder eveneens in een vertaling te voorzien, zijn werknemers niet in de gelegenheid had gesteld een adviseur te raadplegen, hun geen informatie had verschaft over andere mogelijke ontslagprocedures en hen evenmin had geïnformeerd omtrent het recht op een werkloosheidsuitkering. In spiegelbeeld kan daaruit worden afgeleid dat een werkgever er zorg voor moet dragen dat een beëindigingsovereenkomst is opgesteld in een taal die de werknemer begrijpt, dat een werknemer in de gelegenheid wordt gesteld om zich over de inhoud te laten adviseren, en dat de werknemer wordt geïnformeerd omtrent zijn rechtspositie, onder andere over alternatieve juridische procedures. Behalve in de relatie werkgever-werknemer kan een dergelijke informatieplicht worden aangenomen in situaties waarin de ene partij een professionele partij is en er (dus) sprake is van een vertrouwensrelatie of een zorgplicht.²⁶ Uit het navolgende zal blijken dat ook een zorgaanbieder er bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst goed aan zal doen deze informatieplicht in acht te nemen. Daarover meer in paragraaf 5.

3.3 Vernietiging van een vaststellingsovereenkomst ex artikel 7:904 BW

De rechter kan een vaststellingsovereenkomst achteraf alleen marginaal toetsen. Voor een succesvol beroep op vernietigbaarheid moeten er ernstige gebreken aan de inhoud of de totstandkoming kleven, die gehouwenheid daaraan naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maken.²⁷

18. Ernste 2012, par. 2.2.2.2.

19. Art. 6:217 BW.

20. HR 31 mei 1996, NJ 1996/693 m.nt. P.A. Stein. Art. 9 lid 2 Implementatiewet buitengerechtelijke geschilbeslechting consumenten heeft dezelfde strekking. De bepalingen uit de Implementatiewet zijn echter niet van toepassing op de gezondheidszorg (art. 2 sub h Implementatiewet).

21. J. Hijma, C.C. van Dam, W.A.M. van Schendel & W.L. Valk, *Rechtshandeling en overeenkomst*, Deventer: Wolters Kluwer 2016, p. 40-42.

22. M.J. Aantjes & P. Stibbe, *Wilsgebreken in de beëindigingsovereenkomst*, *ArbeidsRecht* 2007/46.

23. Rb. Leeuwarden 11 maart 2004, ECLI:NL:RBLLE:2004:AO5428. Sinds de inwerkingtreding van de Wet werk en zekerheid worden werknemers overigens beschermd door de invoering van een bedenktijd, waarbinnen zij zonder opgaaf van redenen op de beëindigingsovereenkomst kunnen terugkomen.

24. Aantjes & Stibbe 2007.

25. Hof Leeuwarden 11 december 2012, ECLI:NL:GHLEE:2012:BY9401, r.o. 6. In dezelfde zin: Hof Den Haag 20 juli 2010, JAR 2010/214.

26. Of tussen een bank en een cliënt, in die zin HR 29 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1825 (ABN Amro/Hendriks): in het algemeen kan niet worden verlangd dat een partij haar wederpartij over haar rechtspositie ten opzichte van haarzelf informeert. Evenmin kan men die partij in het algemeen het recht ontzeggen haar rechtspositie rooskleuriger voor te stellen dan deze is. Relevante factoren die tot een ander oordeel kunnen leiden, zijn de hoedanigheid van partijen, zoals de rol die een partij in het maatschappelijk verkeer vervult. Daarbij wordt in aanmerking genomen dat een ondeskundige cliënt snel geneigd zal zijn op stellige mededelingen van de wel deskundige bank af te gaan en dat er tussen een bank en een cliënt een vertrouwensrelatie bestaat. Tot slot heeft een bank zich verplicht naar beste vermogen met de belangen van de cliënt rekening te houden.

27. Art. 7:904 BW.

Bij gebreken in de totstandkoming valt te denken aan de schending van processuele rechtsbeginselen, zoals het beginsel van hoor- en wederhoor. Voor wat betreft de inhoud geldt de maatstaf dat de grenzen waarbinnen redelijk denkende mensen van mening kunnen verschillen, zijn overschreden, of dat de overeenkomst op een onhoudbaar standpunt is gebaseerd.²⁸ Voor bindend advies geldt de maatstaf of een redelijk adviseur tot dezelfde uitspraak had kunnen komen.²⁹ Niet elk gebrek in het advies onttrekt daaraan de bindende kracht; er is wel gesteld dat het bindend advies 'apert onjuist' moet zijn.³⁰

3.4 Wilsgebreken bij de totstandkoming van een vaststellingsovereenkomst

Een vaststellingsovereenkomst kan achteraf ook worden aangetast als blijkt dat er sprake was van een wilsgebrek ten gevolge van dwaling,³¹ misbruik van omstandigheden, bedrog of bedreiging.³² Voor een beroep op dwaling ligt dat overigens ingewikkelder dan bij de andere wilsgebreken, omdat de aard van de vaststellingsovereenkomst in beginsel niet strookt met een succesvol beroep op dwaling achteraf. Dat geldt met name wanneer het beroep op dwaling ziet op datgeen waarover partijen van mening verschilden. Zij sloten de vaststellingsovereenkomst immers juist om daar een einde aan te maken.³³ Dozy wijst er in dat kader op dat precies het bindende karakter van de vaststellingsovereenkomst veronderstelt dat partijen weten welke standpunten en (toekomstige) rechten zij over en weer prijsgeven, en dat zij elkaar om die reden uitputtend dienen te informeren.³⁴ Gebeurt dat niet of gebrekkig, dan kan dat aanleiding zijn de vaststellingsovereenkomst te vernietigen op grond van dwaling (art. 6:228 BW).³⁵ Een werknemer kan zich bijvoorbeeld met succes op dwaling beroepen wanneer hem bij het beëindigen van zijn dienstverband onjuiste inlichtingen zijn verstrekt omtrent zijn recht op een WW-uitkering.³⁶

Een vaststellingsovereenkomst kan ook worden vernietigd door een succesvol beroep op misbruik van omstandigheden, zoals het geval was in de hierna nog te bespreken uitspraak van het Gerechtshof Den Haag. Een, wederom, arbeidsrechtelijk voorbeeld waarin misbruik van omstandigheden kan worden aangenomen, betreft de situatie dat een werknemer onder

druk wordt gezet om met de beëindiging in te stemmen.³⁷ Hoewel vernietiging op grond van een wilsgebrek dus niet geheel onmogelijk is, moet als uitgangspunt blijven gelden dat een vaststellingsovereenkomst partijen bindt.³⁸ Met andere woorden, je komt er niet zo gemakkelijk meer onderuit.

4. Probleem 1: schikkingsonderhandelingen met een onvertegenwoordigde patiënt

Een uitspraak van het Gerechtshof Den Haag vestigt de aandacht op problemen die kunnen ontstaan bij het sluiten van een vaststellingsovereenkomst met een patiënt zonder belangenbehartiger.³⁹ Het ging in deze zaak om een psychiatrische patiënt die ten gevolge van een schikkingsovereenkomst zijn uitkering kwijtraakte. Door een fout bij een longoperatie was de patiënt volledig en blijvend blind geworden aan beide ogen. Tijdens de schikkingsonderhandelingen deden zich problemen voor met de vertegenwoordiging van deze patiënt. Patiënt berichtte het Erasmus Medisch Centrum (EMC) dat zij geen contact meer met zijn advocaat mochten opnemen. Deze advocaat schreef het EMC vervolgens:

'Wij hebben te maken met een psychiatrisch patiënt die in een verpleeginrichting verblijft. Op grond hiervan verbied ik u elk contact met cliënt (...) Cliënt heeft eergisteren aan mij medegedeeld dat zijn familie de verdere contacten met mij zal gaan onderhouden omdat het voor hem psychisch een te zware last wordt.'

Om de verwarring compleet te maken ontving het EMC een paar maanden later een brief van patiënt:

'De heer mr. [x] is niet langer mijn advocaat. (...) Ik wijs u er met klem op dat ik van harte hoop om [op] korte termijn met het Erasmus MC tot een redelijke oplossing te komen van de problemen waarmee ik van dag tot dag af te rekenen heb.'

De Raad van Bestuur van het EMC droeg de verdere behandeling volledig over aan een advocaat. Nadat de advocaat van het EMC gevraagd had naar de nieuwe vertegenwoordiger van

28. Ernste 2012, par. 2.4.4.2.

29. E.H. Hondius & G.J. Rijken (red.), *Handboek consumentenrecht*, Zutphen: Uitgeverij Paris 2015, p. 552.

30. A-G Huydecoper, conclusie bij HR 25 november 2011, ECLI:NL:PHR:2011:BU5640, nr. 13.

31. Art. 6:228 BW.

32. Art. 3:44 BW.

33. HR 15 november 1985, NJ 1986/228 (Ebele/Dillema). Een beroep op dwaling is wel mogelijk indien het een punt betreft dat buiten het eigenlijke geschil viel. Hijma, in: *GS Verbintenissenrecht*, art. 6:228, aant. 10.15.1.

34. R.A. Dozy, *De vaststellingsovereenkomst in letselschadezaken*, TLP 2018, afl. 2, p.14.

35. HR 29 september 1995, ECLI:NL:HR:1995:ZC1825 m.nt. C.J.H. Brunner (ABN Amro/Hendriks), en recenter: HR 1 februari 2013, NJ 2013/84.

36. Aantjes & Stibbe 2007.

37. HR 5 februari 1999, C97/268 (Ameva/Van Venrooij). Aantjes en Stibbe wijzen erop dat misbruik van omstandigheden in lagere rechtspraak met name wordt aangenomen in gevallen waarin werknemers onder dreiging van ontslag op staande voet onder druk worden gezet om op korte termijn een beëindigingsovereenkomst te ondertekenen (Aantjes & Stibbe 2007). Zie bijv. ook Hof Arnhem-Leeuwarden 23 juli 2013, ECLI:NL:GHARL:2013:5394, waarin werknemster onder druk werd gezet de beëindigingsovereenkomst te ondertekenen, omdat zij in dat geval beter af zou zijn dan wanneer zij op staande voet werd ontslagen, waarvoor geen directe aanleiding bleek te bestaan.

38. Ohmann wijst in dit kader op het belang van rechtszekerheid voor het rechtsverkeer: D.O. Ohmann, *De vaststellingsovereenkomst anno 2013: niet alles staat vast*, Bb 2013/58. Ernste is om die reden zelfs van mening dat vernietiging van een vaststellingsovereenkomst slechts mogelijk is wanneer de dwalende aannemelijk maakt dat in de gegeven omstandigheden de gedane inlichting onbehoorlijk is, of dat het onbehoorlijk is dat er geen mededeling is gedaan. Parket bij HR 1 februari 2013, ECLI:NL:PHR:2013:BY3129, JOR 2013/160 m.nt. Ernste.

39. Hof Den Haag 30 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1409.

patiënt, is zij uiteindelijk overgegaan tot het sluiten van een vaststellingsovereenkomst met finale kwijting ter zake van bijna € 600.000, zonder dat patiënt door een belangenbehartiger werd bijgestaan. In de vaststellingsovereenkomst was geen rekening gehouden met het feit dat de patiënt door uitkering van de schadevergoeding zijn bijstandsuitkering zou kwijtraken. Een en ander leverde vernietigbaarheid van de vaststellingsovereenkomst op wegens misbruik van omstandigheden, aldus het hof:

‘In een zaak als deze, waarin sprake is van ernstig lichamelijk en psychisch letsel als gevolg van een serieuze medische fout, had EMC er in redelijkheid niet toe mogen overgaan met [appellant] een finale vaststellingsovereenkomst te sluiten, zonder dat hij werd bijgestaan door een ter zake kundig juridisch raadsman. Letselschadeberekening is immers ingewikkelde materie, zeker in een geval als het onderhavige waarin de schade op jonge leeftijd is ontstaan en sprake is van vele parameters, waarbij een kleine verschuiving tot grote consequenties kan leiden. Weliswaar had [appellant] er zelf voor gekozen zijn advocaat aan de kant te zetten en kon EMC [appellant] niet dwingen een nieuwe advocaat in de arm te nemen, maar dat neemt niet weg dat zij dit wel indirect had kunnen bewerkstelligen door te weigeren een finaal schikkingsaanbod te doen, zolang [appellant] niet (opnieuw) van deskundige bijstand was voorzien. Nu EMC dit heeft nagelaten, en – zoals hiervoor is overwogen – aan [appellant] een finaal schikkingsaanbod heeft gedaan, waarvan aangenomen moet worden dat hij dat – wanneer hij door een ter zake kundige raadsman was bijgestaan – nimmer zou hebben aanvaard, kan het oordeel niet anders zijn dan dat EMC misbruik heeft gemaakt van omstandigheden. Dit klemmt te meer, nu uit de brief van Psychiatrisch Centrum de Halte van 24 november 2004 blijkt dat [appellant] direct voorafgaand aan de schikkingsonderhandelingen (te weten van 15 juli 2002 tot 22 november 2004) ter behandeling in een psychiatrische inrichting verbleef en behandeld werd met antidepressiva en antipsychotica, terwijl zijn behandelaars hem zijn op eigen initiatief genomen ontslag uit die inrichting hebben ontraden. Dit betekent dat sprake is van een vernietigbare rechtshandeling.’

Kortom: zoals een werkgever zijn werknemer dient te informeren omtrent zijn rechtspositie, wordt ook van een zorgaanbieder verwacht dat hij zich de belangen van de patiënt aantrekt en daar ook naar handelt. De zorgaanbieder kan dus niet volstaan met het op een fatsoenlijke manier behartigen van zijn eigen belang. Hij moet in een bepaalde mate ook waken voor de redelijke belangen van de patiënt. Dit is uiteraard een fundamenteel andere figuur van ‘onderhandelen’ dan traditioneel bestaat op andere gebieden van het privaatrecht, zoals het recht tussen ondernemingen onderling. Een en ander betekent *in ieder geval* dat het sluiten van een vaststellingsovereenkomst met de nodige zorgvuldigheidsmaatregelen moet worden omkleed, en het liefst pas gebeurt nadat een patiënt deskundig

advies heeft ingewonnen. Met name een finale kwijting kan men beter niet vragen van de onvertegenwoordigde patiënt.

5. Probleem 2: bindend advies in de geschillenfase

5.1 Komt een patiënt bij de geschilleninstantie...

In beginsel is het zo dat een patiënt ontvankelijk is bij een geschilleninstantie wanneer hij de klachtenprocedure heeft doorlopen. De Wkkgz veronderstelt dat er gedurende die procedure uitleg is gegeven over de mogelijkheden die een patiënt ter beschikking staan, waaronder de aard en gevolgen van een geschillenprocedure. Die informatie zou moeten worden gegeven door bijvoorbeeld de patiëntencontactpersoon van de zorginstelling of door de daar werkzame jurist. Als een patiënt zich met een klacht tot een zorgaanbieder wendt, dan is hij tot het geven van die voorlichting verplicht. Artikel 15 Wkkgz luidt immers:

‘De zorgaanbieder wijst een of meer daartoe geschikt te achten personen aan die een klager op diens verzoek gratis van advies dienen met betrekking tot de indiening van een klacht en bijstaan bij het formuleren van de klacht en het onderzoeken van de mogelijkheden om tot een oplossing voor de klacht te komen.’

Dat een zorgaanbieder verplicht is om een patiënt in te lichten over alle mogelijkheden om tot een oplossing te komen, betekent niet noodzakelijkerwijs dat het ook gebeurt. Misschien ziet een klachtenfunctionaris geen aanleiding tot voorlichting over geschillen. Ook zijn er patiënten die een klacht indienen, maar daar geen reactie op krijgen. In dat geval is een patiënt ontvankelijk voor een geschilleninstantie, zonder dat iemand hem heeft voorgelicht.⁴⁰ Het kan ook misgaan omdat de kwaliteit van de geschilbeslechting zelf te wensen overlaat. Uit de praktijk is bijvoorbeeld bekend dat een geschilleninstantie niet altijd nagaat of een patiënt de klachtenprocedure ook daadwerkelijk heeft doorlopen. Zij vraagt dat bijvoorbeeld niet in alle gevallen aan de zorgaanbieder tegen wie het geschil is ingediend.

5.2 Beschikbare informatie over de geschilleninstanties in kaart gebracht

Wat kan een patiënt zelf ondernemen om goed beslagen ten ijs te komen? Om te achterhalen welke informatie er over de werkwijze van de geschilleninstanties beschikbaar is, zijn de websites van de geschilleninstanties bezocht.⁴¹ Vier van de

40. Art. 21 Wkkgz. Het is belangrijk te beseffen dat het voor patiënten nog wel eens moeilijk kan zijn een ingang te vinden bij de zorgaanbieder. Daar wordt aandacht aan besteed in de recent uitgevoerde evaluatie van de GOMA: B.S. Laarman, T. Coppenhagen, R. Bouwman & R.D. Friele, Ervaringen met de GOMA: ervaringen met deel A van de Gedragscode Openheid na medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (2010). Welke vragen spelen bij de implementatie van een open beleid in ziekenhuizen?, Utrecht: Nivel 2018, p. 14.

41. Er zijn in augustus 2018 negentien websites van geschilleninstanties bezocht. De verschillende commissies die onder de GCZ vallen, hanteren hetzelfde reglement en worden dus niet afzonderlijk besproken.

links op de verwijspagina van het ministerie van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) verwijzen naar een website van de beroepsorganisatie. Twee daarvan bevatten geen enkele informatie over de geschilleninstantie⁴² en twee alleen door via de zoekfunctie op 'geschil' te zoeken.⁴³

Sommige geschilleninstanties vermelden op hun website of in hun reglement dat patiënten na ontvangst van de klacht schriftelijk worden geïnformeerd over de gang van zaken. Daaruit blijkt niet of een patiënt op dat moment om extra uitleg kan verzoeken.⁴⁴ Evenmin is duidelijk of de geschilleninstantie daarna direct overgaat tot behandeling van het geschil, of dat er nog een mogelijkheid is om na te gaan of een patiënt wel echt uit is op bindend advies.

Zes van de negentien websites bevatten enige uitleg over de strekking van bindend advies:

'De uitspraak geldt voor beide partijen en moet altijd worden nagekomen. U kunt hiertegen niet in hoger beroep gaan.' (GCZ, <https://www.degeschillencommissiezorg.nl/>, laatst bezocht op 7 augustus 2018)

'De uitspraak van de geschillencommissie is bindend. Het kan alleen vernietigd worden door de rechter. Maar dan moet de wijze van totstandkoming ofwel de inhoud van het advies niet redelijk zijn.' (Geschilleninstantie kleinschalige zorgaanbieders, <https://www.klachtenregeling.nl/>, laatst bezocht op 7 augustus 2018)

'Na het onderzoek doet de Geschilleninstantie een uitspraak of uw geschil gegrond is. Daarnaast geeft de Geschilleninstantie een advies dat bindend is. De zorgverlener moet zich hier dus aan houden.' (Geschilleninstantie DOKh, <https://www.dokh.nl/geschillen-en-klachtenregeling>, laatst bezocht op 7 augustus 2018)

'U bent niet tevreden met de uitspraak. U kunt binnen 2 maanden na de uitspraak een verzoek indienen tot vernietiging bij de Kantonrechter. Dit gebeurt alleen bij hoge uitzondering.' (Geschilleninstantie Zorggeschil, <https://zorggeschil.nl/>, laatst bezocht op 7 augustus 2018)

'De uitspraak geldt voor beide partijen en moet altijd worden nagekomen. Er is geen hoger beroep mogelijk.' (Geschilleninstantie Verloskunde, <https://www.geschilleninstantieverloskunde.nl/>, laatst bezocht op 7 augustus 2018)

'Het is niet mogelijk beroep aan te tekenen tegen een uitspraak van de geschilleninstantie.' (Geschilleninstantie Mondzorg, www.geschilleninstantiemondzorg.nl/, laatst bezocht op 7 augustus 2018)

De meeste websites vermelden alleen dat uitspraak wordt gedaan bij wege van bindend advies en wijden over de consequenties niet verder uit. De Geschilleninstantie DOKh vermeldt niet dat het advies óók de patiënt bindt. Ook de reglementen van de geschilleninstanties geven maar zeer beperkt duidelijkheid. Vijf reglementen kennen een bepaling dat de uitspraak van de geschilleninstantie de gang naar de burgerlijke rechter afsluit. In het navolgende zijn deze bepalingen opgenomen, voor zover zij niet hetzelfde inhouden:

'Artikel 25. 1. Vernietiging van het bindend advies van de commissie kan uitsluitend plaatsvinden door het ter toetsing voor te leggen aan de gewone rechter binnen twee maanden na de verzending van de uitspraak aan partijen. De rechter zal het bindend advies vernietigen, indien de uitspraak in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.' (GCZ, <https://www.degeschillencommissiezorg.nl/>, laatst bezocht op 7 augustus 2018)

'Art. 8, lid 1: De geschilleninstantie is bevoegd over een geschil een uitspraak te doen bij wege van bindend advies, alsmede een vergoeding van geleden schade toe te kennen tot maximaal € 25.000,-. (...) Lid 7: Na uitspraak van de Geschilleninstantie is voorlegging van het geschil aan de burgerlijke rechter niet meer mogelijk.' (Geschilleninstantie Register Chiropractoren SGRC, <https://www.geschilleninstantie.com/>, en Geschilleninstantie Completaire/Integrale Geneeskunde (SGCIG, www.sgcig.nl/, laatst bezocht op 7 augustus 2018)

'Artikel 4: De geschilleninstantie heeft – onder meer – de volgende taken en bevoegdheden:
a (...) De uitoefening van deze bevoegdheid is gericht op finale geschillenbeslechting.'
(Geschilleninstantie DOKh, <https://www.dokh.nl/geschillen-en-klachtenregeling>, laatst bezocht op 7 augustus 2018)

Eén reglement benadert de verbindendheid van het advies van de andere kant en benoemt de mogelijkheid om de nakoming daarvan bij de burgerlijke rechter af te dwingen:

42. Geschillencommissie Paramedici (<https://www.kwaliteitsregisterparamedici.nl/default.aspx>) en Geschilleninstantie Koepel Alternatieve Behandelwijzen (www.kab-klachten.nl/).

43. Geschillencommissie Fysiotherapie (<https://www.kngf.nl/>) en Geschillencommissie Landbouwzorg (<https://www.landbouwzorg.nl/>).

44. Dat lijkt misschien een triviaal punt, maar het is niet vanzelfsprekend dat patiënten contact (kunnen) opnemen met een geschilleninstantie. Het is bekend dat er tuchtcolleges zijn die na ontvangst van een klacht telefonisch contact opnemen met klagers, bijv. om aanvullende informatie of documentatie op te vragen die nodig is voor de behandeling van een klacht. Op dat moment wordt eveneens de mogelijkheid geboden om aanvullende vragen te stellen omtrent de tuchtprocedure. Onder tuchtcolleges is dit een betwiste gang van zaken, omdat sommige tuchtrechters van mening zijn dat een dergelijk tegemoetkomen aan klagers in strijd is met het beginsel van *equality of arms*.

‘Art. 4.12: Het niet nakomen van een bindend advies is een tekortkoming (artikel 6:74 BW). Een schadevergoeding vanwege niet-nakoming is afdwingbaar via de civiele rechter.’ (Geschilleninstantie Verloeskunde, <https://www.geschilleninstantieverloeskunde.nl/>, laatst bezocht op 7 augustus 2018)

Vijf reglementen vereisen instemming met bindend advies. Afgaande op deze bepalingen geeft de patiënt die instemming bij het indienen van het geschil door het ondertekenen van een verklaring of het invullen van een vragenlijst, zie hieronder:

‘Art. 12: De Geschilleninstantie is bevoegd een aanhangig gemaakt Geschil te behandelen, indien Cliënt verklaart zich aan het bindend advies van de Geschilleninstantie te onderwerpen.’ (Geschilleninstantie kleinschalige zorgaanbieders, <https://www.klachtenregeling.nl>, laatst bezocht op 7 augustus 2018)

‘Artikel 7 (...)

2: Het geschil dient aan de commissie schriftelijk of elektronisch kenbaar te worden gemaakt door middel van een door de commissie te verstrekken en door de cliënt in te vullen vragenformulier, waarmee hij verklaart de door de commissie te wijzen uitspraak als bindend te aanvaarden.’ (GCZ, <https://www.degeschillencommissiezorg.nl>, laatst bezocht op 7 augustus 2018)

‘Artikel 7.

1. Na ontvangst van de klacht zendt de Geschilleninstantie aan Klager of diens gemachtigde schriftelijk een ontvangstbevestiging. Dit schrijven kan tevens bevatten:

(...)

b. een door klager in te vullen, te ondertekenen en retour te zenden verklaring waarin hij verklaart de door de Geschilleninstantie te wijzen uitspraak als bindend te aanvaarden.’ (Geschilleninstantie Zorggeschil, <https://zorggeschil.nl/>, laatst bezocht op 7 augustus 2018)

‘Art. 4.2.8: Met het voorleggen van het geschil aan de Geschilleninstantie Verloeskunde stemt de klager ermee in de door de Geschilleninstantie Verloeskunde te wijzen uitspraak als bindend te aanvaarden.’ (Geschilleninstantie Verloeskunde, <https://www.geschilleninstantieverloeskunde.nl/>, laatst bezocht op 7 augustus 2018)

‘Art. 10 lid 2: Het geschil dient aan de Stichting kenbaar te worden gemaakt door middel van een door de Commissie te verstrekken vragenformulier, waarmee hij verklaart de door de Commissie te wijzen uitspraak als bindend te verklaren.’ (Geschillencommissie Landbouwzorg, <https://www.landbouwzorg.nl/>, laatst bezocht op 7 augustus 2018)

Op vijf websites staat dat de patiënt om een schadevergoeding kan vragen. Van deze vijf benoemen drie websites expliciet de competentiegrens van € 25.000,⁴⁵ waarvan er twee aangeven dat een patiënt met een hogere vordering afstand dient te doen van het meerdere als hij zijn geschil door de geschilleninstantie wil laten behandelen.⁴⁶ Eén geschilleninstantie heeft de hoogte van het griffiegeld afhankelijk gemaakt van de hoogte van de vordering. Daaruit kan een patiënt eventueel afleiden dat een schadevergoeding tot de mogelijkheden behoort.⁴⁷ Het hoogste griffiegeld wordt betaald voor vorderingen van € 5.000 of meer, maar een bovengrens wordt niet genoemd. In sommige klachtformulieren wordt er specifiek naar gevraagd of de patiënt ook een claim wil indienen, en zo ja, voor welk bedrag.⁴⁸ Dat kan de geschilleninstanties helpen om vooraf te filteren. Daar staat tegenover dat het Programma van Eisen, de criteria waar de erkende geschilleninstanties aan moeten voldoen, geschilleninstanties verbiedt het gebruik van het klachtenformulier verplicht te stellen. Een absolute waarborg is het dus niet.⁴⁹

De competentiegrens is wel in de reglementen opgenomen. Vijf daarvan gaan in op de mogelijkheid dat een patiënt een hogere vordering blijkt te hebben.⁵⁰ De geschilleninstantie kan de patiënt in dat geval vooraf niet-ontvankelijk verklaren in zijn geschil of de procedure staken, tenzij de patiënt de behandeling van het geschil wenst voort te zetten en daartoe afziet van het recht op een hogere schadevergoeding dan € 25.000.

‘Artikel 5. De commissie verklaart de cliënt in zijn geschil ambtshalve niet-ontvankelijk: indien tijdens de behandeling aannemelijk wordt, dat het totale financiële belang meer bedraagt dan € 25.000,- tenzij de cliënt bereid is te verklaren – op grond van feiten en omstandigheden die hij redelijkerwijs kon weten tijdens de behandeling van het geschil – zijn vordering te beperken tot € 25.000,- en afstand te doen van het meerdere.’ (GCZ, <https://www.degeschillencommissiezorg.nl/>; in dezelfde zin: Geschilleninstantie kleinschalige zorgaanbieders, <https://www.klachtenregeling.nl/>, laatst bezocht op 7 augustus 2018)

‘Art. 7 lid 3: De commissie staakt de geschilprocedure indien tijdens de procedure blijkt dat het totale bedrag aan schadevergoeding meer bedraagt dan € 25.000, tenzij klager bereid is te verklaren, op grond van de feiten en omstandigheden die hij redelijkerwijs kon weten tijdens de

45. GCZ, Geschilleninstantie kleinschalige zorgaanbieders en Geschillencommissie Klachtenportaal.

46. GCZ en Geschilleninstantie kleinschalige zorgaanbieders.

47. Geschillencommissie SKGE.

48. GCZ, Geschilleninstantie Keurmerk Fysiotherapie en Geschilleninstantie Verloeskunde.

49. Art. 2 Programma van Eisen: ‘De Geschilleninstantie stelt een modelformulier ter beschikking waarmee schriftelijk en via internet een zaak ahangig kan worden gemaakt. De Geschilleninstantie stelt het gebruik van het modelformulier niet verplicht.’

50. GCZ, SKGE, Geschilleninstantie kleinschalige zorgaanbieders, Geschilleninstantie Verloeskunde, Geschillencommissie Landbouwzorg.

behandeling van het geschil, zijn vordering tot schadevergoeding te beperken tot € 25.000 en afstand te doen van het meerdere.’ (Geschillencommissie Openbare Apotheken/Huisartsenzorg SKGE, <https://www.skge.nl/>, laatst bezocht op 7 augustus 2018)

‘Een vordering kan aan de Geschilleninstantie Verloskunde worden voorgelegd voor zover deze niet meer bedraagt dan € 25.000,-, exclusief wettelijke rente maar inclusief de (proces- en andere) kosten die samenhangen met de beslechting van het geschil (alle buitengerechtelijke kosten dus), tenzij klager bereid is uitdrukkelijk te verklaren zijn vordering te beperken tot € 25.000,-.’ (Geschilleninstantie Verloskunde, <https://www.geschilleninstantieverloskunde.nl/>, laatst bezocht op 7 augustus 2018)

‘Artikel 6: De Commissie is niet bevoegd van het geschil kennis te nemen indien:

c. het een geschil betreft met een financieel belang van meer dan € 25.000,-, tenzij partijen uitdrukkelijk verklaren het geschil toch aan de Commissie voor te leggen;’ (Geschillencommissie Landbouwzorg, <https://www.landbouwzorg.nl/>, laatst bezocht op 7 augustus 2018)

Het is maar de vraag of de beschikbare informatie de patiënt echt verder helpt. Veruit de meeste websites zijn erg summier. Weliswaar is veel van de benodigde informatie via reglementen beschikbaar, maar deze zijn opgesteld in taalgebruik dat niet voor iedereen even goed te begrijpen is.⁵¹ Daarnaast zijn de reglementen niet altijd even toegankelijk. Vaak is een reglement pas te vinden wanneer er via de zoekfunctie wordt gezocht op het woord ‘geschil’ en meerdere malen wordt doorgeklikt. Dat veronderstelt dat een patiënt weet waar hij naar zoekt.

Deze informatieverstreking is zó gebrekkig dat het risico groot lijkt dat een patiënt niet weet waar hij aan begint als hij zijn zaak voorlegt aan een geschilleninstantie. Voor een geldige vaststellingsovereenkomst wordt ondertussen wel degelijk een

ondubbelzinnige wilsvorming vereist. Dat heeft tot gevolg dat wanneer een patiënt het bindend advies van een geschilleninstantie achteraf probeert aan te vechten met de stelling dat hij van het definitieve karakter daarvan niet op de hoogte was, het goed denkbaar is dat hij daarin zal slagen.

5.3 Een voorbeeld van de Geschillencommissie Ziekenhuizen

De eerste patiënt die probeert een uitspraak van een geschilleninstantie te laten vernietigen, heeft zich al aangediend.⁵² In een geschil voor de Geschillencommissie Ziekenhuizen vorderde klager tussen de € 15.000 en € 20.000.⁵³ Het betrof een operatie ter correctie van de kromstand van de penis. Klager meende dat er geen informed consent omtrent de risico’s van de ingreep bestond en dat de ingreep niet *lege artis* was uitgevoerd. Klager had de gewenste operatietechniek op televisie gezien en constateerde na de ingreep dat een andere techniek was toegepast. De klachten van de patiënt waren niet verbeterd, maar zelfs verergerd. Bovendien konden de problemen door schade aan het operatiegebied niet meer worden verholpen.

De Geschillencommissie Ziekenhuizen was het met klager eens dat hij niet goed was voorgelicht voorafgaand aan de ingreep en wees naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid € 2.500 van het gevorderde bedrag toe. Achteraf was klager van mening dat de Geschillencommissie zichzelf onbevoegd had moeten verklaren, omdat het volgens klager evident was dat zijn schade hoger is dan € 25.000. Klager diende, nu wel bijgestaan door een belangenbehartiger, een verzoek tot vernietiging van de uitspraak in bij de burgerlijke rechter wegens strijd met de redelijkheid en billijkheid. De zaak is tijdens de comparitie geschikt voordat de rechtbank zich heeft kunnen uitlaten over de ontvankelijkheid van klager.

6. De informatieplicht bij de afhandeling van medische schade

Geconstateerd kan worden dat bij de afwikkeling van schade een onderzoeks- en informatieplicht bestaat voor professionele partijen die een ondeskundige of zwakkere partij tegenover zich hebben. Dat geldt voor een werkgever die een werknemer een beëindigingsovereenkomst voorlegt, en kan ook worden aangenomen voor een zorgaanbieder die een schikkingsovereenkomst wil sluiten. De veelal kwetsbare en afhankelijke positie van een patiënt zal voor een zorgaanbieder aanleiding moeten zijn zich drie keer achter de oren te krabben voor hij in zee gaat met een patiënt, zeker wanneer deze geen belangenbehartiger heeft. De informatieplicht houdt in ieder geval in dat de zorgaanbieder de patiënt informeert omtrent zijn rechtspositie, indien nodig adviseert om deskundige bijstand in te winnen, en de patiënt de kans geeft om zich op het voorstel te bezinnen. Schending van de informatieplicht kan reden

51. 2,5 miljoen Nederlanders zijn laaggeletterd. Dat betekent dat zij moeite hebben met het lezen en invullen van formulieren, het werken met de computer en het begrijpen van gezondheidsinformatie. Zie Stichting Lezen en Schrijven, www.lezenenschrijven.nl. Uit onderzoek blijkt dat lezen van een scherm het lezen en begrijpen van ingewikkelde documenten nog moeilijker maakt, C.N. Coughlin, E-consent: Can informed consent be just a click away?, *Wake Forest Law Review* (50) 2015, p. 381-397. Beschikbaar via SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3134756>. Juridische documenten in het bijzonder kunnen moeilijk te begrijpen zijn. Onderzoekers in het Verenigd Koninkrijk vergeleken het leesbaarheidsniveau van algemene voorwaarden van energiebedrijven (de onderzoekers kozen met opzet een bedrijf waar iedereen, gewild of ongewild, mee te maken heeft) met bekende literaire werken. De eenvoudigste voorwaarden waren qua leesbaarheid te vergelijken met de Bijbel, Oud en Nieuw Testament (overigens is onbekend welke vertaling de onderzoekers hanteren); het moeilijkst te begrijpen document lag op het niveau van Jonathan Swifts *Gulliver's travels*. E. Luger, S. Moran & T. Rodden, Informed consent for all: Revealing the hidden complexity of terms and conditions, *CHI '13 Proceedings of the SIGCHI Conference on Human Factors in Computing Systems*, 2013, p. 2687-2696.

52. Gebaseerd op informatie verkregen van MediRisk.

53. Geschillencommissie Ziekenhuizen, referentienr. 108281, op trefwoord te vinden via www.degeschillencommissiezorg.nl, onder ‘Uitsprakenoverzicht’.

zijn de overeenkomst achteraf aan te tasten. Dat kan via de weg van artikel 7:904 BW, of op grond van een wilsgebrek (art. 3:44 en 6:228 BW) dan wel het ontbreken van wilsovereenstemming. Wanneer er geen aanleiding is om aan te nemen dat een patiënt de nodige voorlichting uit andere bron kreeg, is er een goede kans dat een dergelijk verzoek zal slagen.⁵⁴

Afhankelijk van de complexiteit van het verzoek kan de zorgaanbieder de patiënt zelf informeren of daartoe externe hulp inschakelen. Voor kleine of eenvoudige schades die door de zorgaanbieder zelf worden afgewikkeld, zal er meestal geen probleem zijn. Daarbij gaat de voorkeur uit naar de patiëntencontactpersoon. Deze is in dienst van de zorgaanbieder, maar heeft een wettelijke en van de zorgaanbieder onafhankelijke status.⁵⁵ Bovendien heeft een patiëntencontactpersoon kennis van verschillende juridische trajecten. Ook de nog in te stellen tuchtklachtfunctionaris⁵⁶ kan hier mogelijk van toegevoegde waarde zijn. Naarmate het verzoek van de patiënt complexer is, ligt minder voor de hand dat de zorgaanbieder, of iemand die daar werkzaam is, de patiënt informeert. De patiënt en de zorgaanbieder hebben immers een ander belang. Smeehuijzen wees in zijn noot bij de uitspraak van het Gerechtshof Den Haag, besproken in paragraaf 4, ook nog op de mogelijkheid een onafhankelijke deskundige om een oordeel over de vaststellingsovereenkomst te vragen.⁵⁷

Uit de Wkkgz vloeit voort dat zorgaanbieders patiënten moeten informeren over hun klachtmogelijkheden. Dat betekent dat zij patiënten ook moeten inlichten over de aard en gevolgen van de geschillenprocedure. Voor die gevallen waar de zorgaanbieder er vooraf niet in slaagt de patiënt uitputtend te informeren, mag vanuit het oogpunt van zorgvuldige geschil-

beslechting van de geschilleninstanties worden verwacht dat zij nagaan of een patiënt wel weet waar hij aan begint. Zorgvuldige geschilbeslechting houdt in ieder geval in dat men de betrokken partijen omtrent de aard en gevolgen van die geschilbeslechting inlicht.⁵⁸ De geschilleninstanties zullen bovendien alert moeten zijn op de inhoud van de klacht en of deze spoort met de schade die de patiënt vordert. Als achteraf ter discussie wordt gesteld of een patiënt eraan gehouden kan worden dat hij afstand deed van het meerdere, zal de manier waarop hij daarover werd geïnformeerd immers wederom een gewichtige rol spelen.

7. Praktische handvatten ter invulling van de informatieplicht

7.1 Goed communiceren is moeilijk

Ingewikkelde zaken begrijpelijk overbrengen is moeilijk. In de gezondheidszorg is men zich daar al langere tijd van bewust wanneer het gaat om de problemen die kunnen optreden bij het verkrijgen van *informed consent*: de verplichting van zorgverleners om patiënten te informeren omtrent de aard, het doel en de risico's van medische behandelingen.⁵⁹ Uit wetenschappelijk onderzoek blijkt dat patiënten informatie niet begrijpen, niet onthouden of niet goed op waarde kunnen

54. Het blijft gaan om de vraag of er bij de zorgaanbieder gerechtvaardigd vertrouwen mocht bestaan dat de patiënt wist waar hij aan begon. Er zullen dan ook situaties denkbaar zijn waarin de zorgaanbieder niet aan zijn informatieplicht voldoet maar desalniettemin sprake is van gerechtvaardigd vertrouwen. Het meest voor de hand liggende voorbeeld is de situatie waarin de patiënt wél wordt bijgestaan door een belangenbehartiger. Die mag immers worden geacht de patiënt te informeren. Maar ook overigens zijn situaties denkbaar waarin de weegschaal naar de andere kant uitslaat. Zo zagen we in par. 3.2 dat een van de relevante factoren voor het al of niet tot stand komen van een beëindigingsovereenkomst is of een werknemer zelf deskundig of vaardig is om de gevolgen van de overeenkomst te overzien. Denk aan de situatie dat de patiënt zelf advocaat is – vergelijkbaar met de klager voor het medisch tuchtcollege die (zie par. 7.3, noot 80) zelf had kunnen begrijpen dat hij ook door een arts-assistent geopereerd kon worden 'temeer nu hij zelf zorgverlener is'.

55. Uit de praktijk is bekend dat dit door patiënten niet altijd zo wordt ervaren. De patiëntencontactpersoon is immers toch 'in dienst van de zorgaanbieder'. Om de schijn van belangenverstrengeling te voorkomen ligt daarom voor de hand dat de patiëntencontactpersoon met name in beeld blijft bij de eenvoudige of kleine verzoeken tot schadevergoeding, maar de patiënt in complexere zaken naar een belangenbehartiger begeleidt.

56. In het wetsvoorstel tot wijziging van de Wet BIG wordt een tuchtklachtfunctionaris geïntroduceerd, die gratis en vrijblijvend kan adviseren bij het opstellen en wijzigen van een tuchtklacht of patiënten kan adviseren een andere klachtweg te volgen. Eerder is bepleit de tuchtklachtfunctionaris breder in te zetten dan alleen in tuchtrechtprocedures. Laarman & Akkermans 2017, p. 78-79.

57. Annotatie bij Hof Den Haag 30 mei 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:1409, JA 2017/124.

58. Wanneer een patiënt zich erop beroept dat hij niet goed is voorgelicht, zal dat meestal voor rekening van de zorgaanbieder komen, ook wanneer het de geschilleninstantie is geweest die de patiënt niet goed heeft geïnformeerd. Het gevolg zal immers meestal zijn dat de zorgaanbieder de patiënt niet kan houden aan de verplichtingen zoals die neergelegd zijn in het bindend advies. Overigens wordt gediscussieerd over de vraag of een bindend adviseur al of niet aansprakelijk zou kunnen zijn indien hij niet handelt als redelijk handelend adviseur en partijen daardoor schade lijden. Dat werpt de vraag op of een zorgaanbieder de eventuele schade zou kunnen afwentelen op de geschilleninstantie, wanneer zij (bijv.) niet is nagegaan of de patiënt de klachtenprocedure heeft doorlopen, en de patiënt niet heeft voorgelicht omtrent aard en gevolgen van bindend advies. Die kwestie laat ik hier voor het overige rusten. Zie o.m. Asser/Van Schaick 7-VIII 2018/172 en P.E. Ernste, De aansprakelijkheid van de bindend adviseur, *Trema* 2013, p. 11-16.

59. Zoals voor de totstandkoming van overeenkomsten in het algemeen geldt dat er sprake moet zijn van aanbod en aanvaarding, geldt voor de totstandkoming van een geneeskundige behandelingsovereenkomst in het bijzonder dat er sprake moet zijn van *informed consent*: het recht op informatie enerzijds en het vereiste van toestemming anderzijds (art. 7:448 jo. art. 7:450 BW). Het is vaste jurisprudentie dat de zorgverlener niet alleen informatie moet verschaffen, maar zich ook moet inspannen om ervoor te zorgen dat de patiënt de informatie ook kan begrijpen. Het toestemmingsvereiste is vormvrij. Op verzoek van de patiënt legt de zorgverlener vast voor welke verrichtingen van ingrijpende aard deze toestemming heeft gegeven (art. 7:451 BW), maar toestemming kan in beginsel ook mondeling worden gegeven. In Nederland wordt nog maar weinig gewerkt met de *informed consent*-formulieren die in de VS gangbaar zijn. Het is voor zorgverleners wel raadzaam om behandelafspraken schriftelijk vast te leggen. Volgens vaste jurisprudentie komt het ontbreken van informatie in het medisch dossier omtrent *informed consent* voor rekening van de zorgverlener, voor zover hij niet anderszins aannemelijk kan maken dat wel aan het vereiste van *informed consent* is voldaan. In het wetsvoorstel tot wijziging van de WGBO wordt de zorgverlener verplicht om de toestemming op te nemen in het medisch dossier.

schatten.⁶⁰ Lage gezondheidsvaardigheden kunnen daaraan bijdragen. Als een patiënt lage gezondheidsvaardigheden heeft, kan dat bijvoorbeeld betekenen dat hij niet goed in staat is om een bijsluiters te lezen. Het begrip gezondheidsvaardigheden ziet echter ook op sociale vaardigheden, zoals de sociale vaardigheden om zich assertief op te stellen of door te vragen wanneer iets onduidelijk is.⁶¹

Aan de andere kant van de tafel kan de zorgverlener ook niet altijd even goed uitleggen. Een gebrek aan training, tijdsdruk, strijdige verplichtingen en misvattingen over juridische verplichtingen kunnen daaraan bijdragen.⁶² Communicatie is tweerichtingsverkeer en vereist specifieke vaardigheden, die niet iedere zorgverlener heeft.^{63,64} Tot slot is de context waarin medische beslissingen worden genomen vaak verre van ideaal. Goed communiceren is in normale omstandigheden al lastig, maar in de context van een behandelrelatie komt daar nog eens bij dat medische condities de cognitieve vermogens van patiënten tijdelijk en soms blijvend kunnen beïnvloeden.

Ziekteprocessen zelf kunnen bovendien leiden tot afnamen van begrips- en oordeelsfuncties. Ook emoties ten gevolge van de ziekte kunnen een ontwrichtende rol spelen, evenals chronische pijn.⁶⁵ En dan zijn er ook nog patiënten die zelf helemaal geen beslissing willen nemen.⁶⁶

Ondertussen wordt er wel steeds meer belang gehecht aan de eigen regie van de patiënt. Er is dan ook veel belangstelling voor de manier waarop zorgverleners met patiënten communiceren.⁶⁷ Om inhoud te geven aan de informatieplicht bij de afwikkeling van medische schade ligt het daarom voor de hand om inspiratie op te doen bij een vakgebied waar op dat vlak al veel kennis bestaat. Kunnen we iets leren van de manier waarop zorgverleners voldoen aan het vereiste van informed consent?

7.2 Interventies die informed consent bevorderen

Het goede nieuws is dat er wel degelijk interventies zijn die informed consent bevorderen. Uit onderzoek blijkt de effectiviteit van verschillende interventies, zoals keuzehulpen,⁶⁸ meer tijd om risico's uit te leggen, ondersteuning met audiovisueel materiaal of schriftelijke informatie zoals folders, of de zogenaamde *test/feedbackmethode*, waarbij de patiënt wordt gevraagd om de informatie in eigen woorden te herhalen tot dat hij goed kan reproduceren wat er is besproken. Het lijkt erop dat het beste resultaat wordt behaald als verschillende methoden met elkaar worden gecombineerd.⁶⁹ Uit onderzoek blijkt dat een aanvullend informed-consentgesprek, bijvoorbeeld met een verpleegster, tot beter begrip kan leiden, ook bij patiënten met lage gezondheidsvaardigheden.⁷⁰

60. Over de mate waarin patiënten informatie onthouden: P. Turner & C. Williams, Informed consent: Patients listen and read, but what information do they retain?, *The New Zealand Medical Journal* 2002/115: 'Verbal and written information supplied to a patient may be understood, but it is easily and quickly forgotten.' De mate waarin patiënten informatie toepassen: C.H. Fellner & J.R. Marshall, Kidney donors: The myth of informed consent, *American Journal of Psychiatry* (126) 1970, p. 1245-1247: 'All the donors and potential donors interviewed (...) reported a decision-making process that was immediate and "irrational".' En de mate waarin patiënten risico's inventariseren: A. Lloyd, P. Hayes & P. Bell, The role of risk and benefit perception in informed consent for surgery, *Medical Decision Making* 2001, afl. 2, p. 141-149: 'Most patients failed to understand the risks and benefits associated with CEA. Some patients' estimates of stroke risk were actually greater than the perceived potential benefit of surgery in terms of risk reduction. The data also suggested a positive correlation between the degree of perceived benefit and the degree of perceived risk.' C. Grady, Enduring and emerging challenges of informed consent, *The New England Journal of Medicine* (372) 2015, p. 855-862. Voor een uitgebreide kritiek op *disclosure*-verplichtingen: O. Ben-Shahar & C. Schneider, The failure of mandated disclosure, *University of Pennsylvania Law Review* (159) 2011, p. 647-749, specifiek over medisch informed consent op p. 671. In de literatuur worden verschillende redenen genoemd waarom informed consent, ook als het niet altijd bijdraagt aan het nemen van een geïnformeerde beslissing, toch belangrijk is. Patiënten zijn soms in staat om rationele medische beslissingen te nemen. Maar ook als hun besluitvorming klunzig is, vinden patiënten het belangrijk dat ze hun eigen keuzes kunnen maken. Patiënten willen in ieder geval enige informatie krijgen over hun behandeling, al is het maar om beter voor hun aandoening te kunnen zorgen. Informed consent draagt ook bij aan therapietrouw. Tot slot kan het informed consent een waardevol ritueel zijn. C. Schneider & M. Farrell, Information, decisions, and the limits of informed consent, in: M. Freeman & A. Lewis (red.), *Law and medicine: Current legal issues*, vol. 3, 2000. Zie in dezelfde zin en van eigen bodem ook J. Legemaate, *Informed consent*, KNMG 2001.
61. 48% van de Nederlandse patiënten heeft lage gezondheidsvaardigheden. Zie hierover uitgebreid J. Rademakers, *De actieve patiënt als utopie (oratie Maastricht)*, NIVEL: Utrecht, 2016.
62. Grady 2015, p. 857.
63. L. Doyal, *Informed consent: Moral necessity or illusion? Quality in Health Care* 2001, afl. 10, p. i32.
64. Hannawa e.a. wijzen in die context op het misverstand dat 'understanding cannot be delivered (...) but must be co-constructed between care participants through skillful and effortful communication'. A. Hannawa, A. Wu & R. Juhasz, *New horizons in patient safety: Understanding communication*, Boston: De Gruyter 2017, p. 42.

65. R.W.M. Giard, *Informed consent: de spanning tussen de juridische theorie en de medische praktijk*, p. 237-267, op p. 254 (geraadpleegd via <http://epistemo.nl/blog/wp-content/uploads/2016/12/Informed-consent.pdf>); Schneider & Farrell 2000.
66. Doyal 2001, p. i30.
67. In het wetsvoorstel tot wijziging van de WGBO wordt art. 7:448 BW zodanig gewijzigd dat de zorgverlener de patiënt moet inlichten op 'duidelijke wijze, passend bij diens bevattingsvermogen'. Daarmee wordt beoogd dat patiënten meer dan nu in staat worden gesteld samen met de behandelaar te beslissen over een voorgenomen onderzoek en een voorgestelde behandeling.
68. D. Stacey, F. Légaré, N.F. Col e.a., *Decisions aids for people facing health treatment or screening decisions*, *Cochrane Database Systematic Review*, 2014, afl. 1, CD001431. Een voorbeeld van een keuzehulp is *Patiënt+*: <http://patientplus.info/>.
69. Voor een review van studies naar informed consent bij chirurgische ingrepen: Y. Schenker, A. Fernandez, R. Sudore & D. Schillinger, *Interventions to improve patient comprehension in informed consent for medical and surgical procedures: A systematic review*, *Medical Decision Making* 2011, afl. 1, p. 167; en een review van informed consent met wetenschappelijk onderzoek: A. Nishimura e.a., *Improving understanding in the research informed consent process: A systematic review of 54 interventions tested in randomized control trials*, *BMC Medical Ethics* 2013, p. 14-28. Met de kanttkening dat de ondersteuning door multimedia-middelen niet significant was. Daarbij kan een rol spelen dat multimedia-middelen in sommige studies als vervanging dienden van een informed-consentgesprek, in plaats van als aanvulling.
70. L. Tamariz e.a., *Improving informed consent process in low literacy*, *JGIM* 2013, afl. 1, p. 121-126, op p. 124. Schenker e.a. 2011 en Nishimura e.a. 2013. De interventie beschreven in Schenker e.a. was een individuele educatiesessie die 20-30 minuten duurde en door een zorgverlener of verpleegster werd uitgevoerd.

7.3 Wanneer heeft een zorgverlener aan zijn informatieplicht voldaan?

Wat deze interventies met elkaar gemeen hebben, is dat er persoonlijk contact moet zijn. Zoals ook blijkt uit de tekst van artikel 7:448 BW (de zorgverlener informeert de patiënt duidelijk en *desgevraagd* schriftelijk) is het mondeling informeren van patiënten het uitgangspunt en wordt aan schriftelijke informatie slechts ondersteunende betekenis toegekend.⁷¹

Uit het medisch tuchtrecht⁷² blijkt dat zorgverleners de manier waarop zij patiënten informeren, dienen af te stemmen op de specifieke patiënt in kwestie.⁷³ Zorgverleners worden bovendien geacht de informatie af te stemmen op het intelligentieniveau van een individuele patiënt. Dat kan enerzijds betekenen dat een zorgverlener moet signaleren dat een patiënt cognitieve problemen heeft en daar zijn uitleg op moet aanpassen.⁷⁴ Anderzijds mag een zorgverlener er niet zomaar van uitgaan dat een mondige patiënt hem wel begrijpt.⁷⁵ Evenmin mag informed consent worden verondersteld wanneer een ingreep in een bepaalde cultuur een traditie is. Zo is een zorgverlener gehouden de risico's van besnijdenis goed uit te leggen, ook als dat voor de betrokken patiënten een gangbare procedure is.⁷⁶

Zorgverleners moeten de patiënt ook tijdig en op een rustig moment informeren. Er kan geen sprake zijn van informed

consent wanneer informatie wordt verstrekt kort voor een ingreep,⁷⁷ tijdens een ingreep⁷⁸ en onder invloed van kalmerende dan wel verdovende medicatie.⁷⁹ Patiënten moeten de kans krijgen om informatie te laten bezinken en in staat worden gesteld om op een later tijdstip nog vragen te stellen.⁸⁰ Het herhalen van informatie, liefst op verschillende manieren, kan de tuchtrechtelijke toets doorstaan.⁸¹ Om een voorbeeld te noemen: de klaagster die voorafgaand aan een borstverkleining aangaf bang te zijn 'een paar platte frisbees' over te houden en haar hobby als kunstenaarsmodel kwijt te raken, werd niet gevolgd in haar klacht toen het resultaat achteraf tegenviel. De plastisch chirurg had zowel mondeling als schriftelijk herhaaldelijk aangegeven dat hij geen cupmaat kon garanderen en had daarmee, aldus het RTG Zwolle, aan zijn informatieplicht voldaan.⁸² In een uitspraak betreffende een klacht tegen een kno-arts werden het gebruik van tekeningen, een model en het meegeven van folders eveneens als voldoende beoordeeld.⁸³

8. Hoe nu verder?

8.1 Deskundige bijstand

In termen van de Wkkgz zijn er dus problemen met de informatiepositie van de onvertegenwoordigde patiënt, zowel in de fase van de klachtenafhandeling door de zorgaanbieder (probleem 1) als in de geschillenfase (probleem 2). Er zijn verschillende manieren om aan deze problemen tegemoet te komen. Een voor de hand liggende oplossing is het zoeken of aanbieden van deskundige bijstand. Een patiënt die een overeenkomst aangaat ter afwikkeling van medische schade, wordt daar bij voorkeur in geadviseerd door een deskundige

71. Hier is een opvallend verschil te zien met disciplinair recht voor advocaten. In de uitspraken van de Raden van Discipline dan wel het Hof van Discipline spits het al of niet bestaan van informed consent zich meestal toe op de vraag of afspraken schriftelijk zijn vastgelegd of bevestigd, dan wel of dit had gemoeten. In die afweging wordt het schriftelijk vastleggen van afspraken belangrijker naarmate het procesrisico groter is of de beslissing complexer. Bij gebreke van documentatie wordt ervan uitgegaan dat informed consent ontbrak. 'Het gaat hier om een belangrijk onderwerp dat voor een leek moeilijk te begrijpen is en bovendien betreft het een fors geldbedrag (...) Dergelijke belangrijke informatie moet dan ook schriftelijk worden vastgelegd, ter vermijding van onduidelijkheid' (ECLI:NL:TADRARL:2016:202). En ook: 'Nu dit zonder meer belangrijke informatie betreft die verweerders schriftelijk aan klager hadden moeten bevestigen (...)' (ECLI:NL:TAHVD:2017:41). Evenals: 'Tot de zorg die een goed advocaat steeds heeft te betrachten behoort het deugdelijk schriftelijk vastleggen van voor de cliënt belangrijke informatie' (ECLI:NL:TAHVD:2017:125). Het moge duidelijk zijn dat juristen van schrijven houden!

72. Er is gekozen voor een tuchtrechtelijk jurisprudentieonderzoek omdat het tuchtrecht er juist op is gericht om te leren. Oftewel: het tuchtrecht moet handvatten bieden hoe in een concrete situatie gehandeld moet worden. Daarnaast bestaat het medisch tuchtcollege uit zowel juristen als zorgverleners. Uitspraken geven daardoor informatie over de juridische invulling van het begrip van informed consent en zijn een indicatie van de stand van zaken in de medische praktijk en wetenschap. De database op <http://tuchtrecht.overheid.nl> is doorzocht met de zoektermen 'informed consent' (294 resultaten, januari 2018), 'informatieplicht' (164 resultaten, januari 2018) en '7:448' (106 resultaten, februari 2018). Een gebrek aan informed consent is meestal een van de klachtonderdelen, maar niet de hoofdklacht. Uitspraken zijn inhoudelijk bestudeerd wanneer expliciet op informed consent als klachtonderdeel werd ingegaan en in het feitencomplex informatie opgenomen was over de wijze waarop informatieverschaffing had plaatsgevonden.

73. RTG Eindhoven 15 maart 2017, ECLI:NL:TGZREIN:2017:37.

74. RTG Amsterdam 15 december 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:150.

75. RTG Zwolle 17 maart 2011, ECLI:NL:TGZRZWO:2011:YG0959.

76. RTG Zwolle 10 juni 2009, ECLI:NL:TGZRZWO:2009:YG0004.

77. RTG Den Haag 18 juni 2013, ECLI:NL:TGZRSGR:2013:YG3020; CTG 7 december 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:332; CTG 15 augustus 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:235; CTG 4 oktober 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:303.

78. CTG 18 mei 2017, ECLI:NL:TGZCTG:2017:151; RTG Zwolle 3 december 2010, ECLI:NL:TGZRZWO:2010:YG0730.

79. RTG Groningen 2 mei 2017, ECLI:NL:TGZRGRO:2017:12.

80. Voldoende in die zin: RTG Eindhoven 23 januari 2013, ECLI:NL:TGZREIN:2013:YG2582; RTG Zwolle 19 december 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:206; RTG Zwolle 31 oktober 2017, ECLI:NL:TGZRZWO:2017:168; CTG 5 januari 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:24; RTG Groningen 7 januari 2014, ECLI:NL:TGZRGR:2014:24; RTG Den Haag 11 april 2017, ECLI:NL:TGZSGR:2017:59. Een opvallende uitspraak deed het CTG in deze zin. In deze zaak werd klager op de operatietafel geïnformeerd dat hij door een zorgverlener-assistent werd geopereerd in plaats van de neurochirurg met wie het voorgaande contact was geweest. In tegenstelling tot het RTG in eerste aanleg achtte het CTG het uitreiken van een folder ('De zorgverlener die u op de polikliniek (...) heeft geholpen, is niet noodzakelijkerwijs degene die u zal opereren of behandelen') voldoende om van informed consent te spreken. Uit de enkele mededeling van klager (...) dat de neurochirurg een goed operateur was, behoefde de neurochirurg, anders dan klager heeft aangevoerd, niet te begrijpen dat klager alleen door hem geopereerd wenste te worden. Dit alles klemt temeer nu klager zelf zorgverlener is. Het afstemmen van informatie op de specifieke patiënt kan kennelijk ook in diens nadeel werken. CTG 19 januari 2016, ECLI:NL:TGZCTG:2016:39.

81. RTG Amsterdam 7 november 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:124.

82. RTG Zwolle 4 maart 2016, ECLI:NL:TGZRZWO:2016:26.

83. RTG Amsterdam 12 juli 2016, ECLI:NL:TGZRAMS:2016:39.

belangenbehartiger. Zolang daar geen sprake van is, doet de zorgaanbieder er zoals gezegd verstandig aan om geen finale kwijting te vragen.

In de procedure voor een geschilleninstantie gaat deze vlieger niet op. Op grond van de verschillende reglementen blijven de kosten van een belangenbehartiger immers voor eigen rekening van de patiënt. In een eerdere bijdrage in dit tijdschrift is mede om die reden bepleit de vergoeding van de kosten van deskundige bijstand (in juridisch taalgebruik: buitengerechtelijke kosten, afgekort tot BGK) te heroverwegen voor vorderingen boven de € 5.000.⁸⁴ Zolang daarvan geen sprake is, moet er worden nagedacht over de manier waarop patiënten worden geïnformeerd over de keuzes die tot hun beschikking staan en wat voor hen de beste route is.

8.2 Niet-bindend advies

Overigens is ook in de geschillenfase een oplossing denkbaar, analoog aan het niet vragen van finale kwijting in de voorfase. Een geschilleninstantie kan ook een advies geven zonder dat dit bindend is. De meerderheid van de geschilleninstanties behoudt zich de bevoegdheid voor om een minnelijke oplossing te bevorderen in plaats van een bindend advies te geven.⁸⁵ De SKGE kent de secretaris de bevoegdheid toe om in het vooronderzoek een minnelijke oplossing te beproeven. De Geschillencommissie kleinschalige zorgaanbieders benoemt, als daar aanleiding toe is, één lid tot bemiddelaar. De bemiddelaar legt de gemaakte afspraken vast in een brief of in een vaststellingsovereenkomst, al naar gelang de wensen van partijen. De Geschilleninstantie Alternatieve Therapeuten (GAT) rekent het zelfs expliciet tot haar takenpakket om vóór het doen van een bindende uitspraak te analyseren wat de mogelijkheden zijn om er samen uit te komen. Een aantal van hen legt deze afspraken eveneens vast in een vaststellingsovereenkomst.⁸⁶ Dat levert weliswaar nog steeds een bindend resultaat op, waar evengoed voorlichting over gegeven moet worden, maar de uitkomst zal partijen waarschijnlijk met een beter gevoel achterlaten dan een opgelegd advies. Dat is ook geheel in lijn met de verzoenende geest van de Wkkgz.

8.3 Voorlichting over de geschillenfase

Voor de geschilleninstanties is er hoe dan ook werk aan de winkel als het gaat om online informatieverstopping. Onderzoek naar informed consent in de context van medische behandeling laat zien dat ondersteuning van persoonlijk con-

tact tussen zorgverlener en patiënt met multimediamiddelen, zoals informatieve video's of *infographics*, het begrip van patiënten bevordert. Het lijkt aannemelijk dat dit ook het geval zal zijn met betrekking tot het begrip van juridische informatie. Bij indiening van een geschil bestaat in de regel geen persoonlijk contact, maar op zijn minst kan worden gewerkt aan de toegankelijkheid van de informatie die op de websites van de geschilleninstanties te vinden is. Er kan bijvoorbeeld worden gedacht aan het ontwikkelen van een voorlichtingsfilmpje of een *infographic* waarin uitgelegd wordt wat de geschilleninstantie voor een patiënt kan betekenen.

9. Tot slot

In de Wkkgz zijn verplichtingen opgenomen over de manier waarop zorgaanbieders klachten en claims afhandelen die moeten leiden tot een snellere, meer informele, patiëntvriendelijke manier van schade afwikkelen. De nadruk op dejuridisering die zo typerend is voor de Wkkgz leidt ertoe dat schade vaker wordt afgewikkeld zonder belangenbehartiger. Dat geldt in ieder geval in de geschillenfase, maar ook in de 'Wkkgz-voorfase' is het niet vanzelfsprekend dat een patiënt deskundige bijstand heeft. Dat legt extra gewicht op de manier waarop zorgaanbieders patiënten informeren. In deze bijdrage is voor een zorgaanbieder een onderzoeks- en informatieplicht geconstrueerd die aansluit bij de verplichtingen van een werkgever jegens zijn werknemer. Dat houdt in dat een zorgaanbieder zich de belangen van een patiënt dient aan te trekken, soms zodanig dat hij een patiënt tegen zichzelf zal moeten beschermen. De informatieplicht in de afwikkeling van medische schade ziet er *in ieder geval* op patiënten te informeren omtrent de aard en gevolgen van een bindende overeenkomst met betrekking tot hun schade.

In de Wkkgz-voorfase betekent dat in ieder geval dat afspraken omtrent de afwikkeling van medische schade in beginsel pas in een vaststellingsovereenkomst vastgelegd kunnen worden, nadat een patiënt deskundig advies heeft ingewonnen. Een zorgaanbieder die zich achteraf op de verplichtingen uit bindend advies wil beroepen, zal eveneens zijn informatieplicht in acht moeten nemen. Doet hij dat niet, dan kan een patiënt er zich achteraf mogelijk met succes op beroepen dat er helemaal geen 'ondubbelzinnige' bindend-adviesovereenkomst tot stand kwam. Uit deze bijdrage blijkt dat geschilleninstanties in ieder geval niet transparant informeren over de aard en gevolgen van een geschillenprocedure. Dat staat niet alleen lijnrecht tegenover de patiëntvriendelijke en laagdrempelige geschilbeslechting die de wetgever voor ogen stond, maar herbergt eveneens het risico in zich dat het bindend advies achteraf nietig of vernietigbaar blijkt te zijn.

84. Laarman & Akkermans 2017, p. 70.

85. Veertien van de negentien onderzochte reglementen bevatten hieromtrent een bepaling: GCZ, Geschilleninstantie Zorg Midden-Holland, Geschillencommissie Openbare Apotheken/Huisartsenzorg (SKGE), Geschilleninstantie kleinschalige zorgaanbieders, Geschilleninstantie DOKh, Geschilleninstantie Zorggeskil, Geschilleninstantie Register Chiropractoren, Geschilleninstantie Complementaire/Integrale Geneeskunde, Geschilleninstantie Alternatieve Therapeuten (GAT), Geschillencommissie Fysiotherapeuten, Geschilleninstantie Verloskunde, Geschillencommissie Landbouwwzorg, Geschilleninstantie Mondzorg en Geschillencommissie de Zorgprofessional.

86. Geschillencommissie SKGE; Stichting Geschilleninstanties Zorggeskil; Geschilleninstantie Verloskunde; Geschillencommissie Landbouwwzorg.