

Geschilbeslechting onder de Wkkgz: de theorie in de praktijk

Over de regels van geschilbeslechting en bindend advies, de mogelijkheden tot vernietiging van het bindend advies en enkele praktijkperikelen in dat verband

Mr. dr. R.P. Wijne*

1. Inleiding

Over de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg (Wkkgz) en de daarin vervatte klachten- en geschillenregeling is inmiddels veel geschreven.¹ Voor het functioneren van de klachten- en geschillenregeling in de praktijk geldt dat, gezien de recente inwerkingtreding, in mindere mate.² Tegelijkertijd roept de wettelijke regeling in de praktijk vragen op die bepalend zijn voor de wijze van geschilbeslechting, maar die niet zonder meer te beantwoorden zijn, zo is mijn ervaring. Die ervaring is gebaseerd op met mij gedeelde verhalen van klachtenfunctionarissen, juristen werkzaam in ziekenhuizen en leden van geschillencommissies en op mijn eigen rol als voorzitter van de Geschilleninstantie Verloskunde. Een poging om een aantal vragen te beantwoorden is dan ook de aanleiding voor dit artikel, dat uitdrukkelijk informierend en niet (ver)oordelend of dicterend van aard is en op persoonlijke titel is geschreven.

Het onderzoek dat daartoe is verricht, bestaat uit de analyse van diverse uitspraken van de Geschillencommissie Ziekenhuizen, de Geschillencommissie Zorg Algemeen en de

* Rolinka Wijne is auteur van de dissertatie *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade. Een onderzoek naar obstakels in het civiele aansprakelijkheidsrecht en alternatieven voor verhaal van zorggerelateerde schade* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers, 2013 (tweede druk 2017), docent Gezondheidsrecht aan de Universiteit van Amsterdam en medewerker van het Wetenschappelijk Bureau Holla advocaten te Eindhoven. Voorts bekleedt zij diverse andere functies op het terrein van het gezondheidsrecht. De auteur dankt prof. mr. S.D. Lindenbergh en prof. mr. J. Legemaate voor hun commentaar op een conceptversie van dit artikel.

- 1 Zie onder meer J. Legemaate, 'Nieuwe wetgeving over het klachtrecht: winst of verlies?', *TvGR* 2013, nr. 5, p. 449-456; J. Dute en L. van Laar, 'Komende klachtwet gezondheidszorg', *NJB* 2014/82; W.R. Kastelein, 'De Wkkgz is er: een nieuwe klachten- en claimregeling in de zorg!', *TvGR* 2016, nr. 2; J.C.J. Dute, 'De Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg: voortgang en achteruitgang', *TvGR* 2016, nr. 2; R.D. Friele, 'Klachtrecht: het recht op een luisterend oor', *TvGR* 2016, nr. 2; A.C. Hendriks e.a., 'Nieuwe kwaliteits- en klachtenwet voor gezondheidszorg', *NJB* 2016/71; E. Pans, 'De nieuwe geschillenbeslechting in de zorg: (heel veel) superrechters gevraagd', *TVP* 2016, nr. 3 en E.M. Deen, 'De klachten- en geschillenregeling van de Wkkgz', *TLP* 2016, nr. 3.
- 2 B.S. Laarman en A.J. Akkermans, 'De afwikkeling van medische schade onder de Wkkgz', *TVP* 2017, nr. 3 en B.S. Laarman, 'De informatieplicht van een zorgaanbieder bij de afwikkeling van medische schade', *TVP* 2018, nr. 3.

Geschillencommissie Huisartsenzorg uit de periode 1 januari 2017 tot 1 oktober 2018.³ Ook zijn de reglementen en websites van deze geschilleninstanties bestudeerd. Voor deze geschilleninstanties werd gekozen gezien de algemene en uiteenlopende aard van de (mogelijke) geschillen en de omstandigheid dat er inmiddels aardig wat uitspraken van deze geschilleninstanties gepubliceerd zijn.

Omdat de historie bekend wordt verondersteld, vang ik aan met een beschrijving van het wettelijk kader van de klachten- en geschillenregeling (par. 2 en 3). De nadruk ligt op de geschilbeslechting door een erkende geschilleninstantie eindigend in een bindend advies van de geschilleninstantie en soms, bijkomend, in de verplichting voor de zorgaanbieder om aan de patiënt een vergoeding van geleden schade te betalen. Daarbij worden de omstandigheden beschreven waaronder het mogelijk is om een bindend advies van een geschilleninstantie door de burgerlijke rechter te laten vernietigen.

Met inachtneming van het wettelijk kader van de geschillenregeling en dat van de vernietiging van het bindend advies worden vervolgens vier situaties, aspecten van geschilbeslechting door een geschilleninstantie, beschreven die vragen oproepen en wordt bezien of zij aanleiding kunnen geven voor een (succesvol) verzoek tot vernietiging van het door de geschilleninstantie gegeven bindend advies (par. 4). Dit heeft mede tot doel geschilleninstanties de mogelijkheid te bieden hun gedachten te vormen over de wijze waarop zij de geschilbeslechting willen, of zouden moeten, inrichten.

De vier situaties en de vragen die zij oproepen zijn van verschillende aard en hangen voor een deel samen met het feit dat een geschilleninstantie naast een bindend advies de verplichting tot betaling van een substantiële schadevergoeding kunnen uitspreken. Een samenloop van situaties kan zich (uiteraard) voordoen.

Het artikel wordt afgesloten met een conclusie (par. 5).

3 Het betreft achtereenvolgens Geschillencommissie Ziekenhuizen 24 juli 2017, ref.nr. 110597, Geschillencommissie Ziekenhuizen 13 november 2017, ref.nr. 109457, Geschillencommissie Ziekenhuizen 12 oktober 2017, ref.nr. 110887, Geschillencommissie Ziekenhuizen 21 augustus 2017, ref.nr. 111284, Geschillencommissie Ziekenhuizen 10 mei 2017, ref.nr. 108656, Geschillencommissie Ziekenhuizen 11 oktober 2017, ref.nr. 111565, Geschillencommissie Ziekenhuizen 17 mei 2017, ref.nr. 109252, Geschillencommissie Ziekenhuizen 6 juli 2017, ref.nr. 109246, Geschillencommissie Ziekenhuizen 10 november 2017, ref.nr. 111405, Geschillencommissie Ziekenhuizen 10 november 2017, ref.nr. 109165, Geschillencommissie Ziekenhuizen 11 april 2018, ref.nr. 115398, Geschillencommissie Ziekenhuizen 6 september 2018, ref.nr. 116318, Geschillencommissie Zorg Algemeen 1 december 2017, ref.nr. 112688, Geschillencommissie Zorg Algemeen 28 november 2017, ref.nr. 111246, Geschillencommissie Zorg Algemeen 26 oktober 2017, ref.nr. 111895, Geschillencommissie Zorg Algemeen 22 september 2017, ref.nr. 111803, Geschillencommissie Zorg Algemeen 4 juni 2018, ref.nr. 115296, Geschillencommissie Zorg Algemeen 4 juni 2018, ref.nr. 115816, Geschilleninstantie Huisartsenzorg Kamer Zuid 12 december 2017, referentie 2017/35/HAZ, Geschilleninstantie Huisartsenzorg Kamer Noord 11 december 2017, referentie 2017/24/HAN, Geschilleninstantie Huisartsenzorg Kamer Zuid 12 december 2017, referentie 2017/23/HAZ, Geschillencommissie Huisartsenzorg Zuid-Nederland 12 oktober 2017, referentie G5, Geschillencommissie Huisartsenzorg Zuid-Nederland 11 september 2017, referentie G7, Geschillencommissie Huisartsenzorg Noord 11 oktober 2017, referentie 2017/04/HAN, Geschillencommissie Huisartsenzorg Kamer Zuid 4 januari 2018, referentie 2017/44/HAZ, Geschilleninstantie Huisartsenzorg Kamer Zuid 29 mei 2018, referentie 2017/37/HAZ en Geschilleninstantie Huisartsenzorg Kamer Noord 11 juli 2018, referentie 2017/68/HAN.

2. Voorportaal geschilbeslechting: de behandeling van de klacht

De klachtprocedure van de Wkkgz is vervat in de artikelen 13 tot en met 17 Wkkgz. Wat een klacht is, is niet in de Wkkgz zelf geformuleerd. Wel volgt uit de wetsgeschiedenis dat daaronder een 'uiting van onvrede' wordt verstaan en dat een klacht vergezeld kan gaan van een verzoek om schadevergoeding. Het bedrag dat in het kader van een schadevergoeding kan worden gevraagd en toegewezen, is ongelimiteerd.⁴ De klacht moet bovendien betrekking hebben op 'een gedraging jegens een cliënt in het kader van de zorgverlening', zo volgt uit artikel 14 lid 1 Wkkgz. Bij een gedraging moet worden gedacht aan een handelen of nalaten, maar de klacht kan ook betrekking hebben op het gebruik van een medische hulppzaak of geneesmiddel of op een organisatorisch probleem dat invloed heeft (gehad) op de zorgverlening aan de patiënt; de Wkkgz sluit dit niet uit.

De Wkkgz hanteert als uitgangspunt dat de zorgaanbieder in eerste instantie zelf reageert op een klacht van een patiënt (in de Wkkgz 'cliënt' genoemd), een nabestaande van een overleden patiënt of een vertegenwoordiger van de patiënt. In dat verband is de zorgaanbieder verplicht een schriftelijke regeling te treffen voor een effectieve en laagdrempelige opvang en afhandeling van hem betreffende klachten, zo volgt uit artikel 13 lid 1 Wkkgz.⁵ De regeling moet worden vastgesteld in overeenstemming met een representatief te achten organisatie van cliënten, aldus artikel 13 lid 2 Wkkgz. De zorgaanbieder is voorts verplicht een persoon aan te wijzen die een klager op diens verzoek gratis van advies dient met betrekking tot de indiening van een klacht en bijstaat bij het formuleren van de klacht en het onderzoeken van de mogelijkheden om tot een oplossing voor de klacht te komen. De onafhankelijkheid van deze persoon, vaak een klachtenfunctionaris of patiëntenvertrouwenspersoon, moet zijn gewaarborgd.⁶ De klacht moet zorgvuldig worden onderzocht en van het beloop dient de patiënt, diens nabestaande of diens vertegenwoordiger, op de hoogte te worden gehouden, aldus artikel 16 lid 1 en 3 Wkkgz. Het doel van behandeling van de klacht is het bereiken van een voor de klager en de zorgaanbieder bevredigende oplossing, zo volgt uit artikel 16 lid 2 Wkkgz.

Terzijde zij opgemerkt dat een procedure ten overstaan van een klachtencommissie geen verplicht onderdeel van de klachtprocedure van de Wkkgz is en zeker geen minimumeis om te mogen spreken van een zorgvuldige behandeling, hoewel een aantal zorginstellingen over een klachtencommissie beschikt en hun klachtenregeling in een dergelijke procedure voorziet. Het bestaan van klachtencommissies kan historisch worden verklaard: de Wet klachtrecht cliënten zorgsector stelde immers de eis dat zorgaanbieders een klachten-

4 In tegenstelling tot het bedrag dat bij de geschilleninstanties kan worden verzocht, zie ook B.S. Laarman en A.J. Akkermans, 'De afwikkeling van medische schade onder de Wkkgz', *TVP* 2017, nr. 3, p. 57-79.

5 Er zijn verschillende modelklachtenregelingen in omloop, zie bijvoorbeeld de Modelklachtenregeling ziekenhuizen 1 november 2016.

6 Zie ook W.R. Kastelein, 'De Wkkgz is er: een nieuwe klachten- en claimregeling in de zorg!', *TvGR* 2016, nr. 2, p. 62-71. Zie voorts E. Pans, 'De nieuwe geschillenbeslechting in de zorg: (heel veel) superrechtters gevraagd', *TVP* 2016, nr. 3, p. 64-70 over 'superklachtenfunctionarissen'. Zie voor kritiek op de term 'klachtenfunctionaris' B.S. Laarman en A.J. Akkermans, 'De afwikkeling van medische schade onder de Wkkgz', *TVP* 2017, nr. 3, p. 57-79. Zie over de positie van de klachtenfunctionaris uitvoeriger R. Bouwman e.a., *Monitor Wkkgz – Stand van zaken implementatie "Effectieve en laagdrempelige klachten- en geschillenbehandeling"*, Utrecht: NIVEL 2017, p. 39-47.

regeling hadden die erin voorzag dat klachten werden behandeld door een klachtencommissie.⁷ Dit betekent mijns inziens ook dat een geschilleninstantie niet de eis mag stellen dat de patiënt, wil hij bij de geschilleninstantie kunnen worden ontvangen, zijn klacht eerst voorlegt aan de zorgaanbieder én aan een klachtencommissie. Toch wordt die eis wel gesteld en kan het zo zijn dat de geschilleninstantie een niet-ontvankelijkheid uitspreekt.⁸

Van een zorgvuldig proces maakt (wel) deel uit dat patiënt en zorgaanbieder de gelegenheid wordt geboden hun standpunt mondeling naar voren te brengen. Sterker nog, het streven naar een persoonlijk gesprek tussen de patiënt en de zorgaanbieder zou voorop moeten staan, hoewel dat in de praktijk niet steeds gebeurt. Dat valt te betreuren, want juist in een gesprek tussen de patiënt en de zorgaanbieder kan naar een oplossing worden gezocht voor de problemen die ten grondslag liggen aan de klacht. Daarnaast leent een gesprek door uitwisseling van informatie en wederzijdse inzichten zich ervoor om het geschonden vertrouwen van de patiënt in de zorgaanbieder te herstellen of te verbeteren.⁹

Zo de patiënt mede een financiële compensatie wil, is het wat mij betreft wenselijk als ook die vordering tot schadevergoeding met de zorgaanbieder en de klachtenfunctionaris wordt besproken, mede vanwege de mogelijkheid om op korte termijn een schikking te treffen of een coulancebetaling te doen, dan wel de patiënt te informeren over de mogelijkheden en onmogelijkheden van een vergoeding als de weg van de geschilleninstantie wordt bewandeld.¹⁰ In de praktijk, zo is mij gebleken, wordt de vordering ofwel verwezen naar een jurist belast met de afwikkeling van schadeclaims ofwel naar de beroepsaansprakelijkheidsverzekeraar; de zorgaanbieder kan immers nog steeds beslissen dat de vordering van de patiënt tot schadevergoeding wordt afgehandeld buiten de klachtprocedure om, al moet dit dan uit de klachtenregeling blijken.¹¹

De zorgaanbieder moet vervolgens, ingevolge artikel 17 lid 1 Wkkgz, uiterlijk binnen zes weken een schriftelijk en gemotiveerd 'oordeel' over de klacht – en dus ook over een vordering tot schadevergoeding – geven, aangeven welke beslissingen over en naar aanleiding van de klacht genomen zijn en binnen welke termijn maatregelen gerealiseerd zullen zijn. Deze termijn kan worden verlengd met vier weken, aldus artikel 17 lid 2 Wkkgz.¹²

In dat verband zij ten eerste opgemerkt dat de Wkkgz spreekt van een oordeel van de *zorgaanbieder* en niet van de *zorgverlener*. Een zorgaanbieder is een instelling dan wel een

7 Wet van 29 mei 1995, *Stb.* 1995, 308. Deze procedure zag niet op het vaststellen van burgerlijke rechten en verplichtingen. H.E.G.M. Hermans en M.A.J.M. Buijsen, *Recht en gezondheidszorg*, Amsterdam: Elsevier, tweede geheel herziene druk, 2010, p. 615. Zie voor een jurisprudentieoverzicht WKCZ E.M. Weening, 'Jurisprudentieoverzicht Wet klachtrecht cliënten zorgsector', *TvGR* 2000, nr. 7 p. 440 e.v.

8 Zie bijvoorbeeld Geschillencommissie Ziekenhuizen 21 augustus 2017, ref.nr. 111284.

9 Zie ook Geschillencommissie Zorg Algemeen 22 september 2017, ref.nr. 111803.

10 Zie ook B.S. Laarman en A.J. Akkermans, 'De afwikkeling van medische schade onder de Wkkgz', *TVP* 2017, nr. 3, p. 57-79. Zij hanteren de term 'zelfregelende' ziekenhuizen.

11 Zie ook B.S. Laarman en A.J. Akkermans, 'De afwikkeling van medische schade onder de Wkkgz', *TVP* 2017, nr. 3, p. 57-79.

12 Zie voor kritiek op de termijnen J.C.J. Dute, 'De Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg: voortgang en achteruitgang', *TvGR* 2016, nr. 2, p. 51-52; W.R. Kastelein, 'De Wkkgz is er: een nieuwe klachten- en claimregeling in de zorg!', *TvGR* 2016, nr. 2, p. 62-71 en E. Pans, 'De nieuwe geschillenbeslechting in de zorg: (heel veel) superrechtvaardig gevraagd', *TVP* 2016, nr. 3, p. 64-70.

solistisch werkende zorgverlener. Een instelling is gedefinieerd als een rechtspersoon die bedrijfsmatig zorg verleent, een organisatorisch verband van natuurlijke personen die bedrijfsmatig zorg verlenen of doen verlenen, alsmede een natuurlijke persoon die bedrijfsmatig zorg doet verlenen. Een solistisch werkende zorgverlener is een zorgverlener die, anders dan in dienst of onmiddellijk of middellijk in opdracht van een instelling beroepsmatig zorg verleent. Met andere woorden, op een arts in loondienst rusten bovengenoemde verplichtingen niet. In geval van een ziekenhuis zal daarom in beginsel de raad van bestuur een oordeel formuleren, met dien verstande dat de raad van bestuur zich kan laten vertegenwoordigen door anderen.¹³ In geval van een maatschap (een verband van natuurlijke personen) zullen alle maten moeten reageren op de klacht en een oordeel moeten formuleren. In geval van een solistisch werkende zorgverlener doet zich de bijzonderheid voor dat deze *persoonlijk* een oordeel moet geven over tegen hem gerichte klachten. Dit wordt in de literatuur als een probleem omschreven.¹⁴ De minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) zag het echter niet als een probleem.¹⁵ Zij lichtte toe dat het juist de bedoeling is dat de zorgaanbieder in een goed gesprek met de cliënt in een vroeg stadium beziet of en hoe hij de klacht kan oplossen. Dat moet leiden tot een oordeel van de zorgaanbieder over de klacht. Als hij de laagdrempelige aanpak van klachten goed aanpakt, kan de zorgaanbieder het overgrote deel van de eventuele klachten afronden met het oordeel dat in een gesprek tussen de cliënt en zorgverlener een aantal te benoemen punten zijn besproken en dat daarmee naar tevredenheid van de cliënt en zorgverlener de klacht is afgehandeld. Ook wanneer er een meningsverschil blijft bestaan, hoeven zorgaanbieders niet te krampachtig te doen over het geven van een oordeel over een klacht, maar kunnen zij volstaan met de constatering van het meningsverschil, aldus de minister. Ik kan het met haar eens zijn, en meen – zoals ik hiervoor reeds opmerkte – dat ook bij een klacht tegen een zorginstelling bij voorkeur de zorgverlener zelf met de patiënt in gesprek gaat.

Ten tweede wordt opgemerkt dat in de wettekst zelf niet is uitgewerkt wat onder ‘oordeel’ moet worden verstaan. Uit de wetsgeschiedenis volgt echter meer duidelijkheid. Naast een wat formeel klinkende ‘gegrond’- of ‘ongeground’-verklaring van de klacht behoort ook een vaststelling dat partijen eruit zijn gekomen of dat zij een volgende procedurele stap nemen tot de mogelijkheden.¹⁶ Bovendien is in de wetsgeschiedenis beschreven dat binnen genoemde termijn niet per definitie een ‘eindoordeel’ hoeft te zijn gegeven, maar dat in overleg met de patiënt ook kan worden volstaan met een ‘voorlopig’ oordeel (gezamenlijke conclusie dat er meer tijd nodig is).¹⁷

13 Zie in die zin ook B.S. Laarman en A.J. Akkermans, ‘De afwikkeling van medische schade onder de Wkkgz’, TVP 2017, nr. 3, p. 57-79.

14 W.R. Kastelein, ‘De Wkkgz is er: een nieuwe klachten- en claimregeling in de zorg!’, TvGR 2016, nr. 2, p. 62-71 en E.M. Deen, ‘De klachten- en geschillenregeling van de Wkkgz’, TLP 2016, nr. 3, p. 26-31.

15 Kamerstukken I 2014/15, 32402, M, p. 13-14 (nadere memorie van antwoord).

16 Standpunt Ministerie van VWS expertmeeting 4 maart 2014. Zie in die zin ook Kamerstukken I 2013/14, 32402, I, p. 38 (Brief van de Minister van VWS) en Handelingen I 2015/16, 32402, 2, item 8 (Verslag vergadering 29 september 2015). Zie hierover ook A.C. Hendriks, H.C.B. van der Meer en D.Y.A. van Meersbergen, ‘Nieuwe kwaliteits- en klachtenwet voor gezondheidszorg’, NJB 2016/71.

17 Kamerstukken I 2014/15, 32402, O (nota naar aanleiding van het verslag), p. 8 en Handelingen I 2015/16, 32402, 2, item 8 (Verslag vergadering 29 september 2015).

3. Geschilbeslechting door een geschilleninstantie

De geschilprocedure is vervat in de artikelen 18 tot en met 22 Wkkgz. Deze procedure is bedoeld voor die situatie waarin zorgaanbieder en patiënt (dan wel diens nabestaande of vertegenwoordiger) geen bevredigende oplossing hebben kunnen bereiken in de klachtprocedure, zo volgt uit artikel 21 lid 1 onder b Wkkgz.

Een geschil kan vergezeld gaan van een vordering tot schadevergoeding en dient te worden voorgelegd aan een daartoe ingerichte, en door de minister van VWS erkende, geschilleninstantie. Voorts volgt uit artikel 19 lid 2 Wkkgz dat de geschilleninstantie moet zijn ingesteld door een of meer representatief te achten cliëntenorganisaties en door een of meer representatief te achten organisaties van zorgaanbieders.¹⁸ De voorschriften en eisen voor erkenning zijn nader uitgewerkt in een regeling, de Uitvoeringsregeling Wkkgz.¹⁹ Aansluiting van de zorgaanbieder bij een geschilleninstantie is verplicht, zo volgt uit artikel 18 Wkkgz.

De geschilleninstantie heeft tot taak het aan haar voorgelegde geschil te beslechten, aldus artikel 19 lid 1 Wkkgz. Ietwat opmerkelijk is dat, anders dan in artikel 14 lid 1 Wkkgz dat ziet op de klachtprocedure, in dat verband bepaald is dat een geschil betrekking moet hebben op een *gedraging van de zorgaanbieder*. Het is dus de zorgaanbieder (bijvoorbeeld het ziekenhuis, de zorginstelling, de maatschap bestaande uit de maten x, y en z) waarvan de naam op het formulier prijkt waarmee het geschil wordt ingediend en waarvan de naam op het verweer(schrift) zal staan. Feitelijk zal echter ook in het geval dat de zorgaanbieder een instelling is, het geschil zien op een gedraging van de *zorgverlener* in dienst van of werkzaam voor de instelling. Bij voorkeur is het verweerschrift dan ook opgesteld in samenspraak met de desbetreffende zorgverlener teneinde de feitelijke gang van zaken te schetsen en duidelijkheid te verschaffen, zo meen ik. Voorts is het mijns inziens wenselijk dat de zorgverlener om diezelfde reden op de zitting verschijnt alsook om zijn betrokkenheid te tonen.²⁰

De geschilleninstantie dient haar werkzaamheden uit te oefenen op basis van een schriftelijke regeling, die waarborgt dat wordt voldaan aan de eisen van de Wkkgz, zo volgt uit artikel 19 lid 3 Wkkgz, evenals aan de eisen van de Uitvoeringsregeling Wkkgz. In de praktijk heeft die regeling de vorm van een reglement en soms een huishoudelijk reglement. De eisen zijn uitgewerkt in artikel 6 Uitvoeringsregeling Wkkgz. Zo is in artikel 6 lid 1 Uitvoeringsregeling Wkkgz bepaald dat het reglement in ieder geval regels bevat over:

- a de wijze waarop een geschil aanhangig wordt gemaakt, de termijn waarbinnen dit kan plaatsvinden en het bedrag dat daarbij dient te worden voldaan;

18 Zie voor een toelichting op 'de representatieve cliëntenorganisatie' *Kamerstukken I 2013/14, 32402, I, p. 52* (Brief van de Minister van VWS).

19 Erkenning geschiedt ingevolge de Regeling van de Minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport van 8 december 2015, houdende bepalingen ter uitvoering van artikel 18, derde lid, van de Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg en artikel 5.1, tweede lid, van het Uitvoeringsbesluit Wkkgz (Uitvoeringsregeling Wkkgz), *Start*. 2015, 45940.

20 Zie ook Geschillencommissie Ziekenhuizen 24 juli 2017, ref.nr. 110597.

- b de wijze waarop de wederpartij op de hoogte wordt gesteld van het aanhangig maken van het geschil en van de behandeling daarvan;
- c de mogelijkheid voor alle betrokken partijen op voet van gelijkheid hun standpunt mondeling, elektronisch of schriftelijk, desgewenst met bijstand van derden, kenbaar te maken en kennis te nemen van alle standpunten en alle feiten die door de andere partij naar voren zijn gebracht en eventueel van de verklaringen van getuigen en deskundigen;
- d de mogelijkheid om een deskundige een advies te laten uitbrengen;
- e de mogelijkheid om getuigen en deskundigen te horen;
- f de wijze waarop de besluitvorming in de geschilleninstantie plaatsvindt;
- g de mogelijkheid om partijen in de kosten van de behandeling van een geschil te veroordelen en vaststelling van een hierbij geldend maximumbedrag; en
- h de vorm, inhoud en bekendmaking van de uitspraak waarbinnen deze wordt gedaan.

Artikel 6 lid 2 Uitvoeringsregeling Wkkgz ziet op de motivering van de uitspraak en het openbaar maken ervan. In artikel 6 lid 3 Uitvoeringsregeling Wkkgz is geregeld dat in het reglement kan worden bepaald dat de geschilleninstantie bevoegd is een geschil niet in behandeling te nemen indien degene die het geschil aanhangig heeft gemaakt geen redelijk belang heeft en ingevolge artikel 6 lid 4 Uitvoeringsregeling Wkkgz kan het reglement voor te onderscheiden categorieën van geschillen verschillende regels bevatten. Een voorlopige uitspraak behoort ook tot de mogelijkheden, evenals het beproeven van een minnelijke regeling, zo volgt uit artikel 6 lid 5 en 6 Uitvoeringsregeling Wkkgz.²¹ Uit artikel 6 lid 7, Uitvoeringsregeling Wkkgz volgt dat het reglement regels ter zake van wraking van de leden van de geschilleninstantie moet bevatten.

Een erkende geschilleninstantie bestaat uit één lid – een meester in de rechten – of een oneven aantal leden, in welk geval de voorzitter meester in de rechten dient te zijn. Geen van de bij het geschil betrokken partijen mag bij de samenstelling van de geschilleninstantie een bevoorrechte positie innemen, zo volgt tot slot uit artikel 7 Uitvoeringsregeling Wkkgz.

In april 2016 is voorts door een groot aantal veldpartijen een ‘Programma van Eisen’ opgesteld, waarin een aantal minimumstandaarden voor de inrichting van en behandeling van geschillen door de geschilleninstantie is opgenomen.²² Het Programma van Eisen heeft tot doel te bevorderen dat (i) geschillen door geschilleninstanties landelijk uniform worden behandeld; (ii) de kwaliteit van de afdoening wordt gewaarborgd en (iii) de kosten van de behandeling van geschillen door geschilleninstanties redelijkerwijs voorzienbaar en aanvaardbaar zijn.²³ Het Programma van Eisen bevat daarmee een invulling van de in de Wkkgz gestelde eisen.

21 Wat een voorlopige uitspraak precies inhoudt, is niet verduidelijkt, zie ook E.M. Deen, ‘De klachten- en geschillenregeling van de Wkkgz’, *TLP* 2016, nr. 3, p. 26-31.

22 Zie ook E. Pans, ‘De nieuwe geschillenbeslechting in de zorg: (heel veel) superrechters gevraagd’, *TVP* 2016, nr. 3, p. 64-70 en G. de Groot, ‘Kaderstellend programma van eisen Wkkgz-geschilleninstanties’, *TVP* 2016, nr. 3, p. 53-63.

23 Zie Programma van Eisen onder b.

Hoewel, zoals beschreven, uitgangspunt is dat een geschilleninstantie als een soort hogeroepinstantie functioneert en de patiënt zijn klacht op straffe van niet-ontvankelijkheid eerst met de zorgaanbieder moet bespreken,²⁴ is het van belang te benadrukken dat er twee omstandigheden zijn waaronder rechtstreekse toegang tot de geschilleninstantie mogelijk is. Dit betreft de situatie waarin is gehandeld in strijd met §1 Wkkgz (bijvoorbeeld door geen klachtenregeling vast te stellen of door te laat op de klacht te reageren) en de situatie waarin van de patiënt in redelijkheid niet kan worden verlangd dat hij onder de gegeven omstandigheden zijn klacht over een hem betreffende gedraging van de zorgaanbieder in het kader van de zorgverlening bij de zorgaanbieder indient, aldus artikel 21 lid 1 onder a respectievelijk c Wkkgz. In dat verband zij opgemerkt dat uit de toelichting volgt dat een beroep op de 'c-grond' alleen is toegestaan in uitzonderlijke situaties. Deze zogenoemde 'hardheidsclausule' is opgenomen ten behoeve van patiënten die in een zeer afhankelijke situatie verkeren en die bang zijn dat het voorleggen van hun klacht aan de zorgaanbieder mogelijk vervelende repercussies zal hebben.²⁵ Het is aan de geschilleninstantie zelf om te beoordelen of daarvan sprake is. Een voorbeeld is een situatie waarin sprake is geweest van seksuele intimidatie.²⁶

De geschilleninstantie kan vervolgens binnen een termijn van uiterlijk zes maanden na het voorleggen van het geschil (of zoveel korter indien dat is aangewezen gelet op de aard van het geschil en de daarbij betrokken belangen) bij bindend advies elke redelijk en billijk te achten beslissing nemen ter beëindiging van het geschil, met dien verstande dat het wel moet gaan om 'rechtsgevolgen die ter vrije beschikking van partijen staan'. Bindende adviezen worden wel onderscheiden in een *eigenlijk of zuiver bindend advies* houdende een oordeel waarmee een einde wordt gemaakt aan een onzekere situatie en een *oneigenlijk of onzuiver bindend advies* waarmee een of meer geschillen worden beslecht (vergelijkbaar met een vonnis van een rechter). Een bindend advies geldt tussen partijen als een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 van het Burgerlijk Wetboek (BW).

De geschilleninstantie kan bovendien een vergoeding toekennen tot in elk geval € 25.000 (en partijen kunnen dus een hoger bedrag overeenkomen).²⁷ Een en ander volgt uit de artikelen 20 en 22 lid 1 Wkkgz.

In aanvulling daarop wordt opgemerkt dat met de aansluiting van de zorgaanbieder bij een erkende geschilleninstantie en met het voorleggen van een geschil aan de geschilleninstantie zowel de zorgaanbieder als de patiënt te kennen geeft te streven naar een finale beslechting van hun geschil. Die overeenstemming geldt tussen partijen als een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 BW, zoals werd opgemerkt. De reglementen van de geschilleninstanties (opgesteld door de organisatie van zorgaanbieders en een cliëntenorganisatie en akkoord bevonden door het ministerie van VWS) lijken tegen die achtergrond het karakter van een soort van algemene voorwaarden te hebben, die leidend zijn voor de inhoud van de mogelijkheden van de geschilbeslechting door de geschillen-

24 Zie bijvoorbeeld Geschillencommissie Ziekenhuizen 13 november 2017, ref.nr. 109457.

25 *Kamerstukken II 2009/10, 32402, 3, p. 133 (MvT)*.

26 *Kamerstukken II 2009/10, 32402, 3, p. 56 (MvT)*. Zie ook *Kamerstukken II 2012/13, 32402, 12, p. 29* (derde nota van wijziging).

27 Zie uitvoeriger E. Pans, 'De nieuwe geschillenbeslechting in de zorg: (heel veel) superrechters gevraagd', *TVP* 2016, nr. 3, p. 64-70.

instantie. Een vraag waar ik geen uitputtend onderzoek naar heb gedaan, maar die wel opkomt en ik niet onvermeld wil laten, is of de reglementen ook daadwerkelijk algemene voorwaarden in de zin van artikel 6:231 aanhef en onder a BW zijn. Algemene voorwaarden zijn in dat artikel gedefinieerd als een of meer bedingen die zijn opgesteld teneinde in een aantal overeenkomsten te worden opgenomen, met uitzondering van bedingen die de kern van de prestaties aangeven, voor zover deze laatstgenoemde bedingen duidelijk en begrijpelijk zijn geformuleerd. Voor een 'ja' zou pleiten als de bij de geschilleninstantie aangesloten zorgaanbieder kan worden gezien als aanbieder in de zin van artikel 6:217 BW om overeen te komen dat het geschil wordt beslecht bij bindend advies onder hantering van het reglement van de geschilleninstantie. Als de patiënt een geschil voorlegt, aanvaardt hij dat aanbod en tevens het gebruik van het reglement. In dat geval zouden ook de artikelen 6:231 BW en verder direct van toepassing zijn en kan een onredelijk bezwarende voorwaarde – niet zijnde een kernbeding – vernietigbaar zijn. Deze situatie – die uitgaat van een U-bocht – doet echter wel wat gewrongen aan en wijkt af van de 'normale' situatie waarin een contractpartij algemene voorwaarden gebruikt ten opzichte van haar wederpartij. Het gaat immers om voorwaarden die de geschilleninstantie stelt en niet de zorgaanbieder zelf. Ze worden in die zin niet door een contractpartij 'gebruikt' in de zin van artikel 6:231 BW. Belangrijk is ook dat de reglementen geen clausules bevatten die de zorgaanbieder tegen de patiënt kan invoeren. Ik kies er daarom voor de reglementen niet als 'echte' algemene voorwaarden te bestempelen. In de praktijk zal die keuze overigens niet of nauwelijks een rol spelen, zo lijkt mij. Als algemene voorwaarden in overleg tussen representatieve belangenorganisaties tot stand zijn gekomen, zal dat voor de rechter immers doorgaans reden zijn te oordelen dat de voorwaarden niet onredelijk bezwarend zijn.

Veelal wordt een gegrond- of ongegrondverklaring van de klacht uitgesproken (en in die zin lijkt de term 'advies' niet passend). De geschilleninstantie kan ook tot een ander oordeel komen. Gedoeld wordt op de niet-ontvankelijkheid van de klager in diens klacht of de onbevoegdheid van de geschilleninstantie. Een niet-ontvankelijkheid volgt (of zou moeten volgen) als de klacht niet ziet op de zorgverlening, de klacht ten onrechte niet eerst aan de zorgaanbieder is voorgelegd, het griffierecht niet is betaald, de klager geen redelijk belang heeft bij een bindend advies of de klacht louter ziet op de betaling van een factuur. De geschilleninstantie zou dit ambtshalve moeten beoordelen.

De geschilleninstantie moet mijns inziens ambtshalve haar onbevoegdheid aankondigen als er reeds over hetzelfde geschil een procedure bij de burgerlijk rechter aanhangig is, een andere instantie over hetzelfde geschil een bindend advies heeft gegeven of er sprake is van een te hoge vordering – dat wil zeggen hoger dan € 25.000 terwijl er geen overeenkomst of mogelijkheid is om een geschil dat een hogere financiële waarde vertegenwoordigt te beslechten – en de klager zijn vordering niet wenst te beperken. Een en ander volgt niet uit de Wkkgz zelf, maar uit de reglementen van de geschilleninstanties, waar overigens de door mij zojuist aangeduide redenen voor onbevoegdheid van de geschilleninstantie onder de niet-ontvankelijkheid worden geschaard, dan wel wordt gesproken over 'het niet in behandeling nemen van het geschil'.²⁸ Met dat laatste wordt wellicht de onbevoegdheid bedoeld.

28 Zie bijvoorbeeld Reglement van de Geschillencommissie Ziekenhuizen, art. 5 en 6, Reglement Zorg Algemeen, art. 5 en 6 en Reglement van de Geschillencommissie Huisartsen, art. 7.

Uit artikel 22 lid 3 Wkkgz volgt tot slot dat de uitspraak, het bindend advies, openbaar moet worden gemaakt.²⁹ Anders dan een vonnis van een rechter levert een bindend advies geen executoriale titel op. Het niet nakomen van bindend advies is echter wel een tekortkoming (art. 6:74 BW).

Twijfelt een van beide partijen of twijfelen ze beide aan de zorgvuldigheid of juistheid van het bindend advies, dan bestaat de mogelijkheid om het bindend advies te laten vernietigen.³⁰ Dit volgt uit artikel 7:904 lid 1 BW, in welk artikel is bepaald dat indien gebondenheid aan een beslissing van een partij of van een derde in verband met inhoud of wijze van totstandkoming daarvan in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn, die beslissing vernietigbaar is. Indien de beslissing van een partij of een derde vernietigd wordt, nietig blijkt of niet binnen een aan die partij of derde daartoe te stellen redelijke termijn wordt verkregen, dan kan de rechter een beslissing geven, tenzij uit de overeenkomst of de aard van de beslissing voortvloeit dat zij op andere wijze moet worden vervangen, aldus artikel 7:904 lid 2 BW. Een bindend advies is dus vernietigbaar indien gebondenheid daaraan, *in verband met de inhoud of wijze van totstandkoming daarvan*, in de gegeven omstandigheden naar normen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn. Het tweede lid regelt de gevolgen van het daardoor ontbreken van een (geldige) beslissing.³¹

De maatstaf 'onaanvaardbaar' betekent dat de rechter terughoudend dient te zijn. Er is (daarom) sprake van een marginale toetsing.³² De maatstaf 'onaanvaardbaar' betekent ook dat alleen ernstige gebreken in de beslissing tot haar vernietigbaarheid kunnen leiden. 'Ernstig gebrekkig' is bijvoorbeeld de beslissing die in strijd is met dwingend recht én met de goede zeden of de openbare orde.³³ Ook een schending van de fundamentele eisen van een goede en behoorlijke procesorde (zoals de beginselen van hoor en wederhoor,³⁴ motivering, en de onafhankelijkheid en onpartijdigheid van een bindend adviseur³⁵) leiden doorgaans tot vernietiging van het bindend advies. Dit betekent *onder meer* dat:

- a partijen in de gelegenheid moeten zijn gesteld hun standpunt kenbaar te maken;
- b de gegevens waarop het advies berust ter kennis van partijen moeten zijn gebracht;
- c de beslissing op deugdelijk onderzoek moet zijn gebaseerd; en

29 Maar niet tot de persoon herleidbaar, zie *Kamerstukken I 2014/15*, 32402, M, p. 17 en *Kamerstukken I 2014/15*, 32402, O, p. 8 (nota naar aanleiding van het verslag). De zorgaanbieder mag echter wel met naam en toenaam worden genoemd, zolang hij geen solist is, zie *Handelingen I 2015/16*, 32402, nr. 2, item 8, p. 36 (Verslag van de vergadering van 29 september 2015).

30 Zie voor een voorbeeld Hof Den Haag 30 oktober 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:2841 (hoger beroep verzoek tot vernietiging bindend advies Geschillencommissie Geestelijke Gezondheidszorg).

31 Deze bepaling is ingevolge art. 7:906 lid 2 BW van overeenkomstige toepassing indien aan een der partijen bij een rechtsverhouding of aan een derde de bevoegdheid is gegeven de regeling van die rechtsverhouding aan te vullen of te wijzigen.

32 HR 18 juni 1993, NJ 1993, 615; HR 14 november 2003, NJ 2004, 138 en HR 12 september 1997, NJ 1998, 382.

33 HR 12 september 1997, NJ 1998, 382.

34 HR 22 december 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK3585. Zie ook HR 8 juli 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ5081 over het vereiste van hoor en wederhoor bij het inschakelen van een deskundige.

35 Zie voor een geval van niet-onpartijdigheid en niet-onafhankelijkheid van een bindend adviseur HR 30 oktober 2009, ECLI:NL:HR:2009:BK1548.

d de beslissing voldoende gemotiveerd moet zijn.³⁶

Wat de motivering van het advies betreft, heeft overigens in beginsel te gelden dat, naarmate het bindend advies meer het karakter van rechtspraak heeft, de beslissing van de bindend adviseur(s) meer en beter behoort te worden gemotiveerd. Omgekeerd is het zo dat, naarmate de opdracht aan de bindend adviseur(s) meer het karakter heeft dat zij een door partijen zelf niet (volledig) bepaald element van hun rechtsverhouding dient vast te stellen, en het gevraagde oordeel meer op intuïtief inzicht berust, aan dat oordeel lagere motiveringseisen kunnen worden gesteld.³⁷

Bij de beantwoording van de vraag of een partij haar wederpartij aan een bindend advies mag houden indien bij de totstandkoming daarvan procedurele fouten zijn gemaakt, is mede van belang of, en zo ja in welke mate, door het gebrek *nadeel* aan de wederpartij is toegebracht.³⁸ Een gebrek in de procedure kan dus alleen tot vernietiging leiden indien de beslissing daardoor nadelig voor de belanghebbende is uitgevallen. Een motiveringsgebrek kan bijvoorbeeld nog worden gerepareerd indien alsnog voldoende inzicht wordt gegeven in de wijze waarop de bindend adviseurs tot hun bevindingen zijn gekomen of een toelichting geven.³⁹ Ook de omstandigheid dat geen reële bezwaren tegen de beslissing zijn ingebracht, mag de rechter in zijn oordeel betrekken.⁴⁰

De geschetste procedure oogt duidelijk, maar de praktijk wijst toch wat anders uit. Zoals aangekondigd, rijzen op (ten minste) vier deelaspecten van de geschilprocedure vragen die hieronder worden besproken.

4. Geschilbeslechting, maar hoe?

4.1. (On)bekendheid met het karakter van het bindend advies en de finaliteit – een informatieplicht

Herhaald wordt dat met de aansluiting van de zorgaanbieder bij een erkende geschilleninstantie en met het voorleggen van een geschil aan de geschilleninstantie zowel de zorgaanbieder als de patiënt te kennen geeft te streven naar – *overeenstemming te hebben over* – een finale beslechting van hun geschil door een *bindend advies* van de geschilleninstantie. Die overeenstemming over deze wijze van finale geschilbeslechting en de bereidheid zich te binden aan het bindend advies geldt tussen partijen als een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 BW. De reglementen van de geschilleninstanties zijn leidend voor de verplichtingen en mogelijkheden in het kader van de geschilbeslechting.

Met dit in het achterhoofd is het van belang te signaleren dat ingevolge de Wkkgz een geschilleninstantie (mede) een vergoeding van geleden schade kan toekennen tot in ieder geval € 25.000, te betalen door de zorgaanbieder, doch dat in alle reglementen is bepaald dat die vergoeding *maximaal* € 25.000 bedraagt. Uit de door mij bestudeerde reglementen volgt dat de geschilleninstantie een patiënt vervolgens ambtshalve in zijn geschil niet-ont-

36 Toelichting Meijers, p. 1147.

37 HR 24 maart 2006, NJ 2007, 115, m.nt. H.J. Snijders en HR 20 mei 2005, NJ 2007, 114.

38 HR 24 maart 2006, NJ 2007, 115, m.nt. H.J. Snijders en HR 20 mei 2005, NJ 2007, 114.

39 HR 24 maart 2006, NJ 2007, 115, m.nt. H.J. Snijders.

40 HR 24 maart 2006, NJ 2007, 115, m.nt. H.J. Snijders.

vankelijk verklaart indien het totale financiële belang meer bedraagt dan € 25.000, tenzij de patiënt 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).⁴¹ De sanctie van niet-ontvankelijkheid bij gebreke van een ‘beperkings’-verklaring volgt ook uit een van de bestudeerde uitspraken.⁴²

Een eerste vraag die bij mij in dit verband opkomt is of de niet-ontvankelijkheid de juiste reactie is indien een patiënt een vordering wenst die het bedrag van € 25.000 te boven gaat. Een niet-ontvankelijkheid wordt doorgaans uitgesproken indien (om redenen die buiten het geschil liggen) niet is voldaan aan de formele vereisten om een geschil aanhangig te maken. De niet-ontvankelijkheid staat aan een inhoudelijk beoordeling in de weg. Bij een onbevoegdheid wordt evenmin aan een inhoudelijke beoordeling toegekomen, maar komt dat omdat het de desbetreffende geschilbeslechter ontbreekt aan de (absolute of relatieve) competentie om te mogen oordelen. Die competentie wordt onder meer bepaald door het type geschil of de inhoud dan wel de hoogte van de vordering. Een voorbeeld betreft de kantongerechtoprocedure als bedoeld in artikel 93 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering (Rv). Bepaald is dat de kantonrechter zaken betreffende vorderingen met een beloop van ten hoogste € 25.000, de tot aan de dag van dagvaarding verschenen rente daarbij inbegrepen, behandelt en beslist, tenzij de rechtstitel dat bedrag te boven gaat en die rechtstitel wordt betwist.⁴³ Zoals ik reeds in de vorige paragraaf liet doorschemeren, is het daarom mijns inziens het meest zuiver als de geschilleninstantie zich bevoegd zou achten te oordelen over een financieel belang tot en met € 25.000 en zich *onbevoegd* zou verklaren bij een hoger bedrag of zich (alsnog) bevoegd zou verklaren indien de patiënt zijn vordering tot € 25.000 beperkt. Mogelijk wordt met ‘het geschil niet in behandeling nemen’ hetzelfde bedoeld als ‘onbevoegd verklaren’.

Een andere ook wel geuite visie is dat een patiënt zijn vordering niet beperkt tot € 25.000, de geschilleninstantie het geschil beoordeelt en bij een gegrond bevonden klacht simpelweg geen hogere vergoeding toekent dan € 25.000 ook al is de vordering bijvoorbeeld € 30.000 of € 40.000. Mijns inziens strookt deze visie echter niet met het doel van finale geschilbeslechting en dit heeft daarom niet mijn voorkeur, zie ook hetgeen hierna mijnerzijds over die finale geschilbeslechting wordt opgemerkt.

Een tweede vraag is of de verklaring tot beperking van de vordering tevens betekent dat de patiënt afstand doet van het meerdere. Het antwoord luidt in beginsel bevestigend, gezien het karakter van de procedure, *finale* geschilbeslechting, en geldt zonder meer als de eis van afstand in het reglement van de desbetreffende geschilleninstantie is opgenomen. In de

41 Zie bijvoorbeeld Reglement van de Geschillencommissie Ziekenhuizen, art. 5 aanhef en onder c; Reglement Zorg Algemeen, art. 5 aanhef en onder c en Reglement van de Geschillencommissie Huisartsen, art. 7 lid 1 en 3.

42 Geschillencommissie Huisartsenzorg Kamer Zuid 4 januari 2018, referentie 2017/44/HAZ.

43 Zie voor voorbeelden Rb. Noord-Nederland 15 november 2013, ECLI:NL:RBNNE:2013:7117 en Rb. Limburg 29 augustus 2016, ECLI:NL:RBLIM:2016:7449. Zie voorts voor een toelichting Asser Procesrecht/Van Schaick 2 2016/17.

door mij bestudeerde reglementen is dat zo.⁴⁴ Alleen als uit het bindend advies uitdrukkelijk anders blijkt (bijvoorbeeld door een voorbehoud) en het reglement daaraan niet in de weg staat, zou een patiënt het meerdere aan de burgerlijke rechter kunnen voorleggen en zal deze zich bevoegd achten over het meerdere te oordelen. Zeer waarschijnlijk zal de burgerlijke rechter vervolgens zelfstandig beslissen over de vordering tot schadevergoeding en zich niet gebonden achten aan de overwegingen van de geschilleninstantie die dragend waren voor haar uitspraak.⁴⁵

Een logische vervolgvraag is dan of de patiënt zich wel bewust is van de finaliteit en wat dit precies betekent. De huidige reglementen zijn immers in juridische taal opgesteld en een uitleg van de juridische termen ontbreekt. Begrijpt een jonge moeder zonder bijstand van een belangenbehartiger in geval van een geboorteschade bijvoorbeeld dat de schade van haar kind zeer omvangrijk kan zijn en dat zij haar kind tekortdoet op het moment dat zij akkoord zou gaan met een finale afwikkeling van de schade voor een bedrag van € 25.000? Dit lijkt in elk geval twijfelachtig als de schade niet aan de orde is gekomen in de klachtprocedure of de klachtenfunctionaris het niet tot zijn taak rekende haar te informeren over de implicaties van de geschilbeslechting door een geschilleninstantie.⁴⁶ Die twijfel zou kunnen worden weggenomen door goede (op het reglement) aanvullende informatie op dit punt door de geschilleninstanties zelf, bijvoorbeeld door begrijpelijke en volledige voorlichting op de website, of in een (te downloaden) brochure, ondersteund met een op de patiënt afgestemde brief. Uit onderzoek is echter gebleken dat de aanvullende informatie op de websites vaak tekortschiet.⁴⁷ Geldt dat ook voor persoonlijke informatie van de geschilleninstantie in een (eerste) brief aan de patiënt, of is zo'n brief er in het geheel niet, dan is een verzoek om vernietiging van het bindend advies – zo de patiënt de kennis alsnog vergaart – te verwachten.⁴⁸ En met een goede kans op succes, zo lijkt me.⁴⁹ Hoewel de burgerlijke rechter daar desgevraagd een oordeel over zal moeten vellen en daarbij een marginale toets zal aanleggen, levert een bindend advies dat zonder informed consent wordt gegeven en evident nadelig is, mijns inziens een ernstig en niet te repareren gebrek op en dit lijkt mij naar normen van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar.

44 Zie Reglement van de Geschillencommissie Ziekenhuizen, art. 5 aanhef en onder c; Reglement van de Geschillencommissie Zorg Algemeen, art. 5 aanhef en onder c en Reglement van de Geschillencommissie Huisartsen, art. 7 lid 3.

45 Zie voor die aanwijzingen in een ander, maar vergelijkbaar, kader (bestuursrechter versus burgerlijke rechter) Afdeling bestuursrechtspraak Raad van State 2 augustus 2017, ECLI:NL:RVS:2017:2081.

46 Zie ook B.S. Laarman, 'De informatieplicht van een zorgaanbieder bij de afwikkeling van medische schade', TVP 2018, nummer 3.

47 B.S. Laarman, 'De informatieplicht van een zorgaanbieder bij de afwikkeling van medische schade', TVP 2018, nummer 3. Laarman bekeek een aantal websites van de geschilleninstanties. De informatie geeft zij in haar artikel weer.

48 Zie daarvoor de door Laarman aangehaalde kwestie (Geschillencommissie Ziekenhuizen 18 mei 2017, ref.nr. 108281) in B.S. Laarman, 'De informatieplicht van een zorgaanbieder bij de afwikkeling van medische schade', TVP 2018, nummer 3. Die zaak is geschikt, zodat een gepubliceerde uitspraak ontbreekt.

49 Zie ook B.S. Laarman, 'De informatieplicht van een zorgaanbieder bij de afwikkeling van medische schade', TVP 2018, nummer 3. Laarman ziet in het informatieproces overigens een rol weggelegd voor de zorgaanbieder.

4.2. De bewijslastverdeling – een spanningsveld dat tot keuzes dwingt

De geschilleninstantie kan bij bindend advies elke redelijk en billijk te achten beslissing nemen ter beëindiging van het geschil. De geschilleninstantie kan bovendien een vergoeding toekennen tot in elk geval € 25.000.⁵⁰ Een en ander impliceert de noodzaak van een onderzoek naar de normschending door de zorgaanbieder (liever: de zorgverlener), het *condicio-sine-qua-non-verband* en de omvang van de schade.⁵¹ Als in een zaak niet aanstonds vaststaat of de zorgaanbieder of de voor hem werkzame zorgverlener een norm heeft geschonden en zo ja, of er een *condicio-sine-qua-non-verband* bestaat tussen de normschending en de schade en wat de omvang van de schade is, brengt dit mijns inziens de vraag met zich of een geschilleninstantie regels van bewijs(lastverdeling) moet hanteren en zo ja, welke regels.⁵²

Ter beantwoording van die vraag wordt vooropgesteld dat in het kader van een gerechtelijke procedure ten overstaan van de burgerlijke rechter het formeel bewijsrecht geldt zoals vervat in de artikelen 149 tot en met 207 Rv. In samenhang gelezen met het materiële (bewijs)recht komt het erop neer dat de patiënt in een gerechtelijke procedure bij het bestaan van een geneeskundige behandelingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:446 BW de tekortkoming van de zorgaanbieder moet stellen en, bij betwisting, moet bewijzen (art. 6:74 BW). Hij draagt de bewijslast en daarmee ook het bewijsrisico. De zorgaanbieder moet op zijn beurt stellen en, bij betwisting, bewijzen dat de tekortkoming hem niet kan worden toegerekend, omdat het hem ontbreekt aan schuld en de toerekening ook niet hoort plaats te vinden krachtens verkeersopvattingen of wet (art. 6:75 BW).⁵³ Komen de tekortkoming en de toerekening vast te staan, dan is het voorts aan de patiënt om te stellen en, bij betwisting, te bewijzen dat er een *condicio-sine-qua-non-verband* bestaat tussen de tekortkoming en de schade en wat de omvang van de schade is.⁵⁴ Ook daarvan draagt hij de bewijslast en het bewijsrisico.

De patiënt kan het benodigde bewijs proberen te leveren met behulp van het medisch dossier en een eventuele verklaring van de zorgaanbieder; op de zorgaanbieder rust een verzwaarde motiveringsplicht. Deze houdt de verplichting in om voldoende feitelijke gegevens te verstrekken ter motivering van de betwisting van de stellingen van de patiënt ten einde deze aanknopingspunten voor eventuele bewijslevering te verschaffen.⁵⁵ Toch is dit vaak niet voldoende en zal de patiënt het bewijs trachten te leveren met behulp van een deskundigenrapport van een medische deskundige. Bij twijfel over het *condicio-sine-qua-non-verband* kan hij voorts een beroep doen op de in de jurisprudentie ontwikkelde

50 Zie uitvoeriger E. Pans, 'De nieuwe geschillenbeslechting in de zorg: (heel veel) superrechters gevraagd', *TVP* 2016, nr. 3, p. 64-70.

51 Zie over die drie aspecten R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, Den Haag: Boom juridisch, 2e druk, 2017, hoofdstukken 4, 6 en 7.

52 Zie daarvoor ook A.J.J.G. Schijns en Chr.H. van Dijk, 'Bindt het bewijsrecht de bindend adviseur in verzekeringsrechtelijke geschillen?', in: *Bundel Onderzoekscentrum Onderneming en Recht* 2014, p. 251-283.

53 Zie daarover uitvoerig R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, Den Haag: Boom juridisch, 2e druk, 2017, hoofdstuk 4.

54 Zie daarover uitvoerig R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, Den Haag: Boom juridisch, 2e druk, 2017, hoofdstuk 6.

55 Zie bijvoorbeeld ook HR 17 november 2000, *NJ* 2001, 596, m.nt. W.D.H. Asser en HR 27 april 2007, *ECLI:NL:HR:2007:AZ6717*. Zie nader in algemene zin Asser *Procesrecht*/Asser 3 2013/306-309.

omkeringsregel.⁵⁶ De omkeringsregel strekt ertoe in bepaalde gevallen een uitzondering te maken op de hoofdregel van artikel 150 Rv in die voege dat het bestaan van een *condicio-sine-qua-non-verband* tussen de tekortkoming en het ontstaan van de schade wordt aangenomen (bewijsvermoeden), tenzij degene die wordt aangesproken bewijst – waarvoor in het kader van het hier te leveren tegenbewijs aannemelijk maken voldoende is en een specifiek bewijsaanbod niet nodig is⁵⁷ – dat de bedoelde schade ook zonder die tekortkoming zou zijn ontstaan.⁵⁸ Ook kan de patiënt bij causaliteitsonzekerheid een beroep doen op de proportionele aansprakelijkheid of de leer van de verloren kans.⁵⁹ De proportionele benadering bij onzekerheid over de normschending als oorzaak van de schade vindt haar grondslag in de gedachte die achter artikel 6:99 BW in combinatie met artikel 6:101 BW, respectievelijk alternatieve causaliteit en eigen schuld, schuilgaat;⁶⁰ de aansprakelijke zorgaanbieder dient dan alleen datgene te vergoeden wat in evenredigheid staat met de in een percentage uitgedrukte kans dat de schade door haar normschending is veroorzaakt.⁶¹ De benadering van de verloren kans is verwant aan de proportionele benadering, maar is daarvan tevens te onderscheiden.⁶² Deze benadering vindt plaats vanuit het schadebegrip. Uitgangspunt is de normale wijze waarop het *condicio-sine-qua-non-verband* wordt vastgesteld: er wordt een vergelijking gemaakt tussen de schade in de situatie met normschending en de schade die zou zijn ontstaan in de hypothetische situatie zonder

- 56 Zie daarover uitvoerig R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, Den Haag: Boom juridisch, 2e druk, 2017, hoofdstuk 6, par. 6.3.4. Zie voor jurisprudentie voorts onder meer HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524; HR 29 november 2002, NJ 2004, 304, m.nt. W.D.H. Asser; HR 29 november 2002, NJ 2004, 305, m.nt. W.D.H. Asser; HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307, m.nt. W.D.H. Asser; HR 9 april 2004, NJ 2004, 308; HR 8 april 2005, NJ 2005, 284; HR 7 december 2007, NJ 2007, 644; HR 19 december 2008, NJ 2009, 28 en HR 23 november 2012, JA 2013, 3, m.nt. J.P.M. Simons.
- 57 HR 9 januari 1999, NJ 1999, 413; HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307, m.nt. W.D.H. Asser en HR 9 juli 2004, NJ 2005, 78. Zie uitvoeriger over het tegenbewijs Asser *Procesrecht*/ Asser 3 2013/266.
- 58 Voor de eerste keer met zoveel woorden geformuleerd in HR 19 januari 2001, NJ 2001, 524. Daarna HR 29 november 2002, NJ 2004, 304, m.nt. W.D.H. Asser; HR 29 november 2002, NJ 2004, 305, m.nt. W.D.H. Asser; HR 19 maart 2004, NJ 2004, 307, m.nt. W.D.H. Asser; HR 9 april 2004, NJ 2004, 308; HR 8 april 2005, NJ 2005, 284; HR 19 december 2008, NJ 2009, 28 en HR 23 november 2012, JA 2013, 3, m.nt. J.P.M. Simons.
- 59 Zie daarover uitvoerig R.P. Wijne, *Aansprakelijkheid voor zorggerelateerde schade*, Den Haag: Boom juridisch, 2e druk, 2017, hoofdstuk 6, par. 6.3.5. Zie voor jurisprudentie voorts onder meer HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai, HR 24 december 2010, NJ 2011, 251, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai; HR 14 december 2012, NJ 2013, 236, m.nt. S.D. Lindenberg; HR 21 december 2012, JA 2013, 41, m.nt. C.H. van Dijk en A.J. Akkermans en NJ 2013, 237, m.nt. S.D. Lindenberg; HR 23 december 2016, GZR 2017-0001, m.nt. R.P. Wijne en HR 27 oktober 2017, GZR 2017-0383, m.nt. A.J. Van en J. De Clerck.
- 60 HR 31 maart 2006, NJ 2011, 250, m.nt. T.F.E. Tjong Tjin Tai en HR 14 december 2012, NJ 2013, 236, m.nt. S.D. Lindenberg, r.o. 4.3. Zie uitvoeriger A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband* (diss. Tilburg), Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 1997, p. 447. Zie ook Asser/Hartkamp & Sieburgh, 6-II 2017/81-81d.
- 61 HR 14 december 2012, NJ 2013, 236, m.nt. S.D. Lindenberg.
- 62 Zie voor kritiek op het onderscheidend karakter C.H. van Dijk en A.J. Akkermans bij HR 21 december 2012, JA 2013, 41. Van Dijk en Akkermans spreken van twee kanten van dezelfde medaille. Zie in dit verband ook C.J.M. Klaassen, 'Kansschade en proportionele aansprakelijkheid: volgens de Hoge Raad geen zijden van dezelfde medaille', *AV&S* 2013/14; A.G. Castermans en P.W. den Hollander, 'Omgaan met onzekerheid. Proportionele aansprakelijkheid, artikel 6:101 BW en de leer van de kansschade', *NTBR* 2013, nr. 5, p. 185-195 en C.H. van Dijk, 'Causale perikelen: het is moeilijk en zal moeilijk blijven', *TVP* 2013, nr. 3, p. 61-84. Zie juist instemmend T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Schadebegroting, verlies van een kans en proportionele aansprakelijkheid', *NJB afl.* 31/2016, p. 2239-2244.

normschending.⁶³ Wat de feitelijke situatie betreft, gaat het om de vaststelling van hetgeen daadwerkelijk is voorgevallen. Wat de hypothetische situatie betreft, gaat het om de vaststelling van wat feitelijk zou zijn gebeurd zonder de normschending en in plaats daarvan een juiste behandeling zou zijn toegepast.⁶⁴

Maar wat is rechtens in een bindendadviesprocedure? Gezien het karakter van de bindendadviesprocedure die juist in het leven is geroepen om op een meer informele, laagdrempelige en efficiënte wijze een einde te maken aan een geschil én het ontbreken van een wettelijke regeling (anders dan die van de vaststellingsovereenkomst) te dien aanzien, kan mijns inziens niet worden gezegd dat het formele bewijsrecht van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering onverkort van toepassing is.⁶⁵ Dit geldt ook voor het materiële bewijsrecht zoals dat volgt uit artikel 6:74 BW in samenhang gelezen met artikel 6:75 BW. Het is daarmee enerzijds aan de geschilleninstanties zelf om te bepalen hoe de bewijslast wordt verdeeld en of en in welke mate aan partijen wordt toegestaan bewijs te leveren, waarbij de toepasselijke reglementen leidend zullen zijn. Anderzijds kan die vrijheid mijns inziens beperkt worden door de eis dat het resultaat in burgerrechtelijke zin voldoende moet zijn geborgd. In die zin lijkt aansluiting bij de gerechtelijke regels voor de hand te liggen. Uit de bestudering van de reglementen van de Geschillencommissies Ziekenhuizen, Zorg Algemeen en Huisartsen volgt dat dat ook wel het geval is. Zo is bepaald dat het de patiënt en de zorgaanbieder is toegestaan getuigen of deskundigen mee te nemen en te doen horen, tenzij een goede procesorde zich daartegen verzet.⁶⁶ Regels over de bewijslastverdeling zijn er niet, maar wel is bepaald dat beslist wordt ‘op grond van het Nederlands recht’,⁶⁷ ‘met inachtneming van de regels van het recht’,⁶⁸ of ‘op basis van de van toepassing zijnde Nederlandse wet- en regelgeving’, waaruit mijns inziens mag worden afgeleid dat de geschilleninstanties zich gebonden achten aan de regels van bewijslastverdeling zoals die zijn vervat in het materiële recht.⁶⁹ Die gebondenheid volgt ook uit de bestudeerde uitspraken van genoemde geschilleninstanties; het is doorgaans aan de patiënt om aan te tonen dat er sprake is van een tekortkoming, een *condicio-sine-qua-non-verband* en schade.

63 Zie (niet-medische zaken) HR 17 september 2010, RvdW 2010, 1058 en HR 11 december 2009, NJ 2010, 3.

64 HR 23 december 2016, GZR 2017-0001, m.nt. R.P. Wijne (*Baby Esther*). Zie voor het arrest van Hof Den Haag op 21 april 2015, GZR 2015-0196. Zie voor een bespreking van het arrest ook A.N.L. de Hoogh, ‘Kansschade: wat zou er zijn gebeurd als de arts...?’, *PIV-Bulletin* februari 2017, p. 10-12, de annotatie van M.J.J. de Ridder *TvGR* 2017, nr. 3, p. 241-247, de annotatie van S.D. Lindenbergh *NJ* 2017, 133 en de annotatie van H.P. Verdam, *TVP* 2017, nr. 2, p. 46-50.

65 Zie voor die conclusie ook A.J.J.G. Schijns en Chr.H. van Dijk, ‘Bindt het bewijsrecht de bindend adviseur in verzekeringsrechtelijke geschillen?’, *Bundel Onderzoekscentrum Onderneming en Recht* 2014, p. 258.

66 Zie Reglement Geschillencommissie Ziekenhuizen, art. 14 lid 2; Reglement Geschillencommissie Zorg Algemeen, art. 14 lid 2 en Geschillencommissie Huisartsenzorg, art. 9 lid 5.

67 Zie Reglement Geschillencommissie Ziekenhuizen, art. 17 lid 1.

68 Zie Reglement Geschillencommissie Zorg Algemeen, art. 16 lid 1.

69 Zie voor dezelfde conclusie A.J.J.G. Schijns en Chr.H. van Dijk, ‘Bindt het bewijsrecht de bindend adviseur in verzekeringsrechtelijke geschillen?’, *Bundel Onderzoekscentrum Onderneming en Recht* 2014, p. 264-265. De auteurs wijzen in dat verband op de kortgedingprocedure.

Wat wel opvalt is het gebruik van de term ‘aannemelijkheid’ door de Geschillencommissies Ziekenhuizen en Zorg Algemeen in dat verband;⁷⁰ dit lijkt erop te duiden dat deze geschilleninstanties een lichtere toets hanteren dan in een gerechtelijke procedure gebruikelijk is.⁷¹ In een gerechtelijke procedure wordt een gestelde tekortkoming ‘vastgesteld’ of gezien het bewijs ‘aangenomen’. Voor een *condicio-sine-qua-non*-verband is ‘een redelijke mate van waarschijnlijkheid’ van dat verband vereist. De lichtere toets is een keuze waar ik niet onverkort achter sta, maar die mijns inziens wel aanvaardbaar is gezien, wederom, de aard en het doel van de geschilprocedure.

Met het voorgaande staat wel nog de vraag open of met ‘op grond van het Nederlands recht’, ‘met inachtneming van de regels van het recht’, en ‘op basis van de van toepassing zijnde Nederlandse wet- en regelgeving’ ook onverkort aan de in de jurisprudentie ontwikkelde omkeringsregel, de leer van de proportionele aansprakelijkheid en die van het verlies van een kans toepassing moet worden gegeven.

Voor een ‘ja’ pleit dat de rechtspraak een kernbron van het recht is en dat genoemde regels veelvuldig worden toegepast door de Nederlandse burgerlijke rechter, juist ook in kwesties waarin het handelen van een zorgaanbieder centraal staat.⁷² In de omstandigheid dat deze leerstukken voor enkele geschilleninstanties mogelijk (nog) onbekend zijn of als complex worden ervaren, zie ik geen belemmering. Willen geschilleninstanties zorgvuldig recht doen en een goed alternatief zijn voor een procedure ten overstaan van de burgerlijke rechter – zoals ook overigens met de regeling van de Wkkgz is beoogd –, dan mag mijns inziens van ze worden verlangd dat een en ander tot hun kennis en capaciteiten behoort.

Voor een ‘nee’ pleit dat voor toepassing van de leer van de proportionele aansprakelijkheid en het verlies van een kans doorgaans voorlichting door een deskundige vereist zal zijn. Het inschakelen van een deskundige brengt tijd en kosten met zich. Bovendien gaat reeds het inschakelen van een deskundige doorgaans gepaard met discussies over de persoon en de te stellen vragen en is het niet uitgesloten dat een deskundige geen uitspraak kan doen over mogelijke kansen. Een en ander staat op gespannen voet met de gedachte van de Wkkgz en de geschilprocedure: het moet efficiënt en laagdrempelig.

Gezien het ontbreken van een belangenbehartiger in de meeste zaken lijkt het overigens niet voor de hand te liggen dat de leerstukken (veelvuldig) aan de orde zullen komen. In geen van de door mij bestudeerde uitspraken is van toepassing ervan gebleken. Mocht de patiënt er echter een beroep op doen en laat de geschilleninstantie een beslissing daarop

70 Zie bijvoorbeeld Geschillencommissie Ziekenhuizen 24 juli 2017, ref.nr. 110597, Geschillencommissie Ziekenhuizen 13 november 2017, ref.nr. 109457, Geschillencommissie Ziekenhuizen 17 mei 2017, ref.nr. 109252, Geschillencommissie Ziekenhuizen 6 juli 2017, ref.nr. 109246, Geschillencommissie Zorg Algemeen 28 november 2017, ref.nr. 111246 en Geschillencommissie Zorg Algemeen 22 september 2017, ref.nr. 111803.

71 Vergelijk in die zin de voor inwerkingtreding van de Wkkgz bestaande Geschillencommissie Zorginstellingen. Zie voor een uitvoerige analyse van de werkwijze van de Geschillencommissie Zorginstellingen tegen de achtergrond van uitspraken over de periode 1996-2013 L.H.M.J. van de Laar en J.C.J. Dute, ‘De afhandeling van schadeclaims door de Geschillencommissie Zorginstellingen’, *TvGR* 2014, p. 438-450. De Geschillencommissie Zorginstellingen oordeelde over de vordering naar redelijkheid en billijkheid binnen het kader van de door de patiënt geuite klacht(en) en legde een ‘lichtere’ toets aan.

72 Zie voor dezelfde conclusie A.J.J.G. Schijns en Chr.H. van Dijk, ‘Bindt het bewijsrecht de bindend adviseur in verzekeringrechtelijke geschillen?’, *Bundel Onderzoekscentrum Onderneming en Recht* 2014, p. 266.

zonder nadere en navolgbare motivering achterwege *als gevolg waarvan* de klacht ongegrond wordt verklaard, dan lijkt het niet uitgesloten dat een patiënt de burgerlijke rechter een verzoek doet tot vernietiging van het bindend advies. Dat verzoek zou dan succesvol kunnen zijn als de burgerlijke rechter het niet toepassen van de leerstukken kwalificeert als een ernstig gebrek en alleen als er een ander advies gegeven had moeten worden; een gegrondheid en toekennen van een schadevergoeding. Dat de rechter het niet toepassen als een ernstig gebrek aanmerkt, waag ik te betwijfelen. Dat laatste juist (opnieuw) gezien het doel en de aard van de geschilprocedure en het feit dat dat doel en die aard keuzes met zich brengt, die misschien voor die ene patiënt jammer zijn, maar niet onaanvaardbaar. Voorts zou een motiveringsgebrek nog kunnen worden gerepareerd.

4.3. (G)een zitting – een wenselijk uitgangspunt

Een andere vraag die opkwam, betreft het bepalen van een zitting. Bij een geschilbeslechting door de geschilleninstantie zal normaal gesproken na de ontvangst van de geschilmelding beoordeeld worden of de klager ontvankelijk kan worden geacht en de geschilleninstantie bevoegd, hoewel dit ook kan nadat het verweer van de zorgaanbieder binnen is. Bij een op voorhand duidelijke niet-ontvankelijkheid van de klager in zijn klacht en/of de onbevoegdheid van de geschilleninstantie lijkt mij een zitting niet nodig; gepast is dan een vereenvoudigde afdoening op basis van de stukken.

Uit de door mij bestudeerde uitspraken volgt echter dat ook in andere situaties – waarin dus een beoordeling moet volgen van de tekortkoming, het *condicio-sine-qua-non*-verband en de omvang van de schade – een bindend advies wordt gegeven zonder dat een zitting heeft plaatsgevonden.⁷³ Dit past binnen het bepaalde in de door mij bestudeerde reglementen; alleen indien de geschilleninstantie dit nodig acht of indien één partij of beide partijen hiertoe de wens te kennen geeft of geven, worden beide partijen schriftelijk of elektronisch opgeroepen teneinde mondeling te worden gehoord.⁷⁴ Kan het uitblijven van een zitting niettemin gevolgen hebben in de zin van een vernietiging van het bindend advies door de burgerlijke rechter?

Ter beantwoording van die vraag wordt vooropgesteld dat het beginsel van hoor en wederhoor niet wordt geschonden indien wisseling van op schrift gestelde standpunten heeft plaatsgevonden. Maar hoe zit dat met het beginsel van een *fair and public hearing*?⁷⁵ Dit beginsel volgt uit artikel 6 EVRM welk artikel op gerechtelijke procedures ziet en dus niet zonder meer op andere vormen van geschilbeslechting. Ditzelfde geldt voor het onmiddellijkheidsbeginsel dat inhoudt dat partijen in de gelegenheid moeten zijn om ten overstaan

73 Zie bijvoorbeeld Geschilleninstantie Huisartsenzorg Kamer Zuid 12 december 2017, referentie 2017/35/HAZ, Geschilleninstantie Huisartsenzorg Kamer Noord 11 december 2017, referentie 2017/24/HAN, Geschilleninstantie Huisartsenzorg Kamer Zuid 12 december 2017, referentie 2017/23/HAZ, Geschillencommissie Huisartsenzorg Zuid-Nederland 12 oktober 2017, referentie G5, Geschillencommissie Huisartsenzorg Zuid-Nederland 11 september 2017, referentie G7, Geschillencommissie Huisartsenzorg Kamer Zuid 4 januari 2018, referentie 2017/44/HAZ, Geschilleninstantie Huisartsenzorg Kamer Zuid 29 mei 2018, referentie 2017/37/HAZ en Geschilleninstantie Huisartsenzorg Kamer Noord 11 juli 2018, referentie: 2017/68/HAN.

74 Reglement Geschillencommissie Ziekenhuizen, art. 14 lid 1; Reglement Geschillencommissie Zorg Algemeen, art. 14 lid 1 en Reglement Geschillencommissie Huisartsen art. 9 lid 3.

75 Zie onder meer EHRM 29 oktober 1991, zaaknr. 11274/84.

van een rechter bewijs van hun stelling te leveren.⁷⁶ Een en ander wil echter niet zeggen dat deze beginselen geen waarde hebben in een bindend adviesprocedure die behoorlijk wat overeenkomsten vertoont met een rechterlijke procesgang. Dat dit dan moet betekenen dat altijd een zitting moet plaatsvinden (die overigens niet openbaar is) lijkt mij niet. Ik ben gezien het bovenstaande en de wens om tot een zorgvuldige geschilbeslechting te komen, wel van mening dat het wenselijk is partijen steeds uit te nodigen en dat een zitting ook zou moeten plaatsvinden als een partij daarom vraagt.

Gebeurt dit laatste niet en wordt *als gevolg daarvan* een bindend advies uitgesproken dat nadelig is, dan lijkt het niet uitgesloten dat een partij met een verzoek om vernietiging naar de burgerlijke rechter stapt. Dit is succesvol als de burgerlijke rechter het achterwege laten van een zitting – dit kan bijvoorbeeld worden gezien als een gebrek in het onderzoek – kwalificeert als een ernstig gebrek en alleen als er een ander – niet nadelig – advies gegeven had moeten worden.

4.4. De minderjarige cliënt – een bijzondere situatie die bijzondere handelingen vereist

Uit artikel 19 lid 1 Wkkgz volgt dat het geschil moet zien op een gedraging van de zorgaanbieder jegens een *cliënt*. Een cliënt is ingevolge artikel 1 lid 1 Wkkgz ‘een natuurlijke persoon die zorg vraagt of aan wie zorg wordt verleend’. Een cliënt kan dus ook een minderjarige zijn. De Wkkgz sluit niet uit dat de minderjarige zelf een klacht aan de zorgaanbieder voorlegt. Dat gebeurde onder het regime van de WKCZ ook en vormde geen probleem. In het geval van echt jonge minderjarigen zullen overigens doorgaans de ouders een klacht indienen. Op zichzelf roept ook deze situatie vragen op, maar die wil ik op dit moment laten voor wat het is. De vragen die ik hier bespreek, hebben betrekking op het voorleggen van een geschil aan de geschilleninstantie, welk geschil resulteert in een bindend advies en onder omstandigheden ook in een schadevergoeding én waarbij uitgangspunt is dat een ander leidt tot de finale afwikkeling van het geschil. Kan ook dan de minderjarige zelf (zonder ouders) optreden?

Ter beantwoording van de vraag is allereerst van belang vast te stellen welke definitie van minderjarigheid mag of moet worden gehanteerd. Ingevolge artikel 1:233 BW zijn minderjarig ‘zij die de leeftijd van achttien jaren niet hebben bereikt en evenmin met toepassing van artikel 1:253ha BW meerderjarig zijn verklaard’. In aansluiting daarop is in artikel 1:234 lid 1 BW bepaald dat een minderjarige, mits hij met toestemming van zijn wettelijke vertegenwoordiger handelt, bekwaam is rechtshandelingen te verrichten, voor zover de wet niet anders bepaalt. Is er geen toestemming dan mag de minderjarige dus geen rechtshandelingen verrichten en bijvoorbeeld ook geen vaststellingsovereenkomst aangaan. Artikel 7:447 lid 1 BW maakt op deze hoofdregel een uitzondering door te bepalen dat een minderjarige die de leeftijd van zestien jaren heeft bereikt, bekwaam is tot het aangaan van een behandelingsovereenkomst ten behoeve van zichzelf, alsmede tot het verrichten van rechtshandelingen die met de overeenkomst onmiddellijk verband houden. In artikel 7:447 lid 2 BW is voorts bepaald dat de minderjarige aansprakelijk is voor de daaruit voortvloeiende verbintenissen, onverminderd de verplichting van zijn ouders tot voorziening in de kosten van verzorging en opvoeding. In artikel 7:447 lid 3 BW tot slot is bepaald dat de

⁷⁶ Zie over dit beginsel onder meer M.J. Dubelaar, *Betrouwbaar getuigenbewijs* (Meijersreeks deel 228), Deventer: Kluwer 2014, onder 9.5.

minderjarige in op die behandelingsovereenkomst betrekking hebbende aangelegenheden de minderjarige bekwaam in en buiten rechte op te treden.

Gezien de expliciete uitzondering voor de geneeskundige behandelingsovereenkomst waaraan ten grondslag ligt dat minderjarigen op steeds jongere leeftijd feitelijk zelfstandig aan het rechtsverkeer deelnemen en bij het bereikt hebben van de leeftijd van zestien jaar in het algemeen het noodzakelijke inzicht mag worden verondersteld,⁷⁷ komt het mij juist voor de leeftijdsgrens van zestien jaar aan te houden. Vanaf zijn zestiende levensjaar zou een minderjarige mijns inziens dus ook zonder toestemming van de wettelijk vertegenwoordigers, ouders, een geschil en een vordering ter bindend advies aan de geschilleninstantie mogen voorleggen. Ik acht daartoe mede redengevend dat ook in het tuchtrecht de leeftijdsgrens van zestien jaar wordt gehanteerd.⁷⁸

Ten aanzien van minderjarigen jonger dan zestien jaar is het wat de geschilprocedure betreft mijns inziens een ander verhaal en meen ik dat de ouders de minderjarige moeten vertegenwoordigen (anders dus dan bij de klachtprocedure). Dit heeft te maken met het feit dat een geschilprocedure eindigt in een bindend advies, een vaststellingsovereenkomst, en een minderjarige een schadevergoeding kan krijgen waarmee het geschil finaal wordt afgewikkeld. Er is dus sprake van een burgerlijke handeling, een handeling met rechtsgevolg, waarbij de minderjarige de beschikking krijgt over een bepaald vermogen ter compensatie van door hem geleden schade. Uit artikel 1:245 BW volgt dat minderjarigen onder gezag staan van een ouder of de ouders gezamenlijk of een voogd én dat het gezag betrekking heeft op de persoon van de minderjarige, het bewind over zijn vermogen en zijn vertegenwoordiging in burgerlijke handelingen, zowel in als buiten rechte.

Een vraag die daarmee samenhangt is wat als geschilleninstantie te doen indien slechts een van beide ouders het geschil voorlegt.⁷⁹

Ter beantwoording van die vraag is allereerst van belang vast te stellen wanneer sprake is van gezamenlijk gezag. Boek 1, titel 14, afdeling 2, BW kent daartoe een aantal regels (zowel over gezamenlijk gezag als over éénoudergezag), die ik hier niet opsom, maar die wel zouden moeten worden geraadpleegd.

Ter beantwoording van die vraag is voorts artikel 1:253i BW van belang. In dat artikel is in het derde lid bepaald dat indien een ouder het gezag alleen uitoefent door die ouder het bewind over het vermogen van het kind wordt gevoerd en alleen deze ouder het kind in burgerlijke handelingen vertegenwoordigt. In zoverre is er geen probleem. In het eerste lid van het artikel is voorts bepaald dat in geval van gezamenlijke gezagsuitoefening de ouders gezamenlijk het bewind voeren over het vermogen van het (minderjarige) kind en het kind vertegenwoordigen in burgerlijke handelingen. Daarbij geldt dat een van beide ouders daartoe bevoegd is wanneer niet van bezwaren van de andere ouder is gebleken.⁸⁰ Oftewel,

77 *Kamerstukken II* 1989/90, 21561, 3, p. 19 (MvT).

78 Zie CTG 1 oktober 2013, ECLI:NL:TGZCTG:2013:110 en CTG 1 oktober 2013, ECLI:NL:TGZCTG:2013:114.

79 Zie bijvoorbeeld Geschillencommissie Ziekenhuizen 10 november 2017, ref.nr. 111405, Geschillencommissie Ziekenhuizen 11 april 2018, ref.nr. 115398, Geschillencommissie Ziekenhuizen 6 september 2018, ref.nr. 116318, Geschillencommissie Zorg Algemeen 1 december 2017, ref.nr. 112688, Geschillencommissie Zorg Algemeen 4 juni 2018, ref.nr. 115296 en Geschillencommissie Zorg Algemeen 4 juni 2018, ref.nr. 115816.

80 Dit zou bijvoorbeeld zo kunnen zijn bij Geschillencommissie Ziekenhuizen 6 juli 2017, ref.nr. 109246 en Geschillencommissie Ziekenhuizen 10 november 2017, ref.nr. 109165.

als niet van bezwaar is gebleken, hoeft niet aanstonds een niet-ontvankelijkheid te worden uitgesproken als slechts een van beide ouders het geschil voorlegt. Ook dan is er dus geen probleem. Dat probleem is er logischerwijs wel als van bezwaar blijkt. In dat geval zullen de ouders ingevolge artikel 1:253i lid 2 BW in samenhang gelezen met artikel 1:253a BW hun onderlinge geschil eerst moeten voorleggen aan de kantonrechter. Me dunkt dat de geschilleninstantie pas dan een geschil met de zorgaanbieder in behandeling kan nemen als duidelijk is wat de kantonrechter heeft geoordeeld.

Een niet-ontvankelijkheid moet mijns inziens ook worden uitgesproken als de gezagdragende ouder (met instemming van de andere ouder) of ouders geen machtiging van de kantonrechter kan of kunnen overleggen, zelfs niet nadat gelegenheid is gegeven tot het vragen van zo'n machtiging. Uit artikel 1:345 lid 3 BW in samenhang gelezen met artikel 1:253k BW volgt immers dat de ouder/voogd een machtiging van de kantonrechter nodig heeft voor het aangaan van een overeenkomst tot beëindiging van een geschil waarbij een minderjarige is betrokken, tenzij het geschil een waarde van € 700 niet te boven gaat. Dat geldt dus ook voor het sluiten van een vaststellingsovereenkomst en mijns inziens daarom ook voor het overeenkomen van een bindend advies. In artikel 1:349 BW is in navolging daarvan bepaald dat een ouder/voogd, die zonder machtiging van de kantonrechter voor de minderjarige optreedt als eiser in rechte, niet-ontvankelijk wordt verklaard. In artikel 1:356 BW ten slotte is bepaald dat een machtiging door de kantonrechter slechts wordt gegeven indien dit hem in het belang van de minderjarige noodzakelijk, nuttig of wenselijk blijkt te zijn, waarbij de kantonrechter de keuze heeft tussen een bijzondere of een algemene machtiging en bovendien de bevoegdheid heeft aan zo'n machtiging voorwaarden te verbinden.

Het gevolg van een en ander is mijns inziens dat indien de geschilleninstantie een geschil beslecht zonder dat daartoe een machtiging van de kantonrechter is verkregen en het bindend advies evident nadeel oplevert voor de minderjarige (jonger dan zestien jaar) – wat bijvoorbeeld zo zal zijn als de gezondheidsschade van de minderjarige op het moment van het bindend advies nog onduidelijk is en omvangrijk kan zijn –, een verzoek om vernietiging van het bindend advies grote kans van slagen zal hebben, zo lijkt mij. Een kind behoeft (rechts)bescherming en de bescherming in de vorm van een machtiging van de kantonrechter lijkt mij van openbare orde, gezien de betrokkenheid van een algemeen belang en het feit dat de borging van dat belang niet afhankelijk kan worden gemaakt van de wil van partijen.

5. Conclusie

De theorie aangaande de geschilbeslechting door een geschilleninstantie die uitmondt in een bindend advies en de verplichting van de zorgaanbieder een schadevergoeding te betalen aan de patiënt blijkt in de praktijk niet zonder vragen. Ik omschreef vier situaties, aspecten van de geschilbeslechting door een geschilleninstantie, die in elk geval bij mij en anderen tot hoofdbrekens leidden. Het betreft het karakter van het bindend advies en de finaliteit, de bewijslastverdeling, de zitting en de minderjarige cliënt.

Ook de hoofdbrekens zelf heb ik gedeeld. Is een klager wel bekend met het karakter van een bindend advies en de finaliteit? Welke regels van bewijslastverdeling zijn van toepassing? Zijn er mogelijkheden om een geschil af te doen zonder zitting? Vereist een minderjarige cliënt een andere aanpak dan een meerderjarige cliënt?

Wat ik zelf van bovenstaande vragen en het onderzoek ter beantwoording van die vragen heb geleerd, is dat kennis van de rechtsfiguur het bindend advies, de (reikwijdte van de) informatieplicht, de bewijsregels en het personen- en familierecht onontbeerlijk is.

Ik denk dat die kennis zelfs zou moeten leiden tot *actie*. Ten eerste zou de patiënt in aanvulling op het reglement goed, duidelijk en het liefst persoonlijk moeten worden geïnformeerd over de mogelijkheden, maar vooral ook over de grenzen die aan de geschilbeslechting door een geschilleninstantie kleven. Ten tweede zou een goede motivering van het bindend advies met zich moeten brengen dat duidelijk is op wie waarvan de stelplicht en bewijslast rust en in hoeverre en op welk moment gebruik mag worden gemaakt van het leveren van bewijs. Het verdient mijns inziens de voorkeur om zo veel mogelijk aan te sluiten bij de regels van bewijslastverdeling zoals die voortvloeien uit het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering en het Burgerlijk Wetboek, omdat het bindend advies van de geschilleninstantie in de plaats moet komen van een oordeel van de rechter en het de rechtszekerheid dient als de spelregels van bewijs duidelijk zijn, zelfs overal hetzelfde. Dat houdt dus in dat op de klagende patiënt de bewijslast rust van het vermeende onzorgvuldig handelen en – bij schade – van het *condicio-sine-qua-non-verband* met de schade en de omvang van de schade. Tot slot spreek ik een voorkeur uit voor het ter zitting horen van partijen en moet mijns inziens aan een verzoek van partijen daartoe gehoor worden gegeven, ook al is de geschilleninstantie van mening dat de standpunten voldoende duidelijk zijn (situaties van misbruik van de procedure daargelaten).

Ik denk voorts dat die kennis in bepaalde zaken zou moeten leiden tot *controle*. Heeft de cliënt de leeftijd van zestien jaar nog niet bereikt en verzoekt hij om een bindend advies en schadevergoeding, dan dienen de ouders of de ouder die alleen het gezag heeft hem mijns inziens te vertegenwoordigen. De ouders dienen op hun beurt bij een vordering van meer dan € 700 een machtiging van de kantonrechter te vragen en over te leggen voordat het geschil kan worden behandeld.

Ik denk ook dat die kennis zou moeten aanzetten tot het *maken van doordachte keuzes*. Hoe ver bijvoorbeeld wil de geschilleninstantie gaan in het toepassen van in de jurisprudentie ontwikkelde regels omtrent de bewijslevering van het causaal verband en wanneer bijvoorbeeld wordt een deskundige benoemd om de geschilleninstantie nader te informeren? Beantwoording van deze vragen leidt tot het blootleggen van het spanningsveld tussen enerzijds de zorgvuldigheid van geschilbeslechting en de wens de waarheid aan het licht te brengen en anderzijds de laagdrempeligheid van de geschilbeslechting door een geschilleninstantie en de efficiency, maar is mijns inziens noodzakelijk om goed recht te doen.

Een en ander heeft wat mij betreft tot doel geschilbeslechting door een geschilleninstantie een waardig alternatief voor de burgerlijke rechter te laten zijn. Een doel dat de Wkkgz beoogde en mij een loffelijk streven lijkt.