

ANNOTATIE

Opmerkelijke uitspraken van de Geschillencommissie Zorg Algemeen. Dwaling waar je informed consent zou verwachten en een nieuw geschil waar het nakoming van het eerste bindend advies betreft.

mr. E.M. Deen

De Geschillencommissie Zorg Algemeen (hierna: de Geschillencommissie) heeft twee opmerkelijke uitspraken gedaan, op 26 oktober 2017 en op 30 mei 2018. De uitspraken betreffen dezelfde plastisch chirurgische casus. In eerste instantie trok de kwestie mijn aandacht omdat de Geschillencommissie het leerstuk dwaling toepaste waar ik het ontbreken van informed consent verwachtte. Maar de zaak werd nog interessanter toen er een tweede uitspraak volgde, waarin de eerste werd uitgelegd.

De casus

De casus is, voor zover hier van belang, als volgt. In 2003 heeft de cliënte in haar gezicht een liposuctie/liptransfer ondergaan, waarbij Bio Alcamid (hierna: BA) is ingespoten. In 2004 kreeg zij klachten, waaronder ontstekingen in haar gezicht op plaatsen waar de BA was aangebracht. Na een aantal vergeefse pogingen de BA te laten verwijderen, kwam de cliënte in 2016 in contact met een arts (hierna: de arts), verbonden aan zorgaanbieder Indigoletta (hierna: de zorgaanbieder). Op 15 januari 2017 is tussen de cliënte en de zorgaanbieder een geneeskundige behandelingsovereenkomst tot stand gekomen. Op grond van deze overeenkomst zou de zorgaanbieder in de persoon van de arts tijdens een wang-halslift en oogcorrectie BA verwijderen uit het gezicht (kin, oogkassen, wang en onder de oogleden) van de cliënte. Eerder hadden meerdere andere specialisten tot wie de cliënte zich had gewend voor verwijdering van BA de betreffende operatie niet aangedurfd in verband met de kans op

complicaties.

Op 30 januari 2017 heeft de arts de cliënte geopereerd. Kort gezegd is dit, en de nazorg, niet naar wens van de cliënte gegaan. Uiteindelijk is de cliënte op 31 mei 2017 geopereerd door een andere arts (een plastisch chirurg), waarbij restanten BA zijn verwijderd. Deze plastisch chirurg heeft de cliënte laten weten nog andere operaties te moeten uitvoeren. Volgens de cliënte moeten deze operaties worden gezien als hersteloperaties, de zorgaanbieder betwist dit.

Enige tijd na de operatie van 30 januari 2017 is de cliënte er naar eigen zeggen achter gekomen dat de arts geen plastisch chirurg was, terwijl zij zich ten tijde van het sluiten van de geneeskundige behandelingsovereenkomst tussen cliënte en de zorgaanbieder op de website van de kliniek wel als zodanig afficheerde. In het BIG-register staat de arts geregistreerd als basisarts. Het standpunt van de cliënte is dat de arts niet behandelingen heeft verricht die tussen partijen waren afgesproken en dat zij de behandelingen die zij wel heeft verricht, niet lege artis heeft verricht. In de uitspraak staat over de stellingen van de cliënte het volgende: 'De cliënte heeft de verzochte materiele en immateriële schadevergoeding van aanvankelijk € 8.000,- verhoogd tot € 25.000,-, nu hersteloperaties noodzakelijk zijn en ook nog eens is gebleken dat de arts zich op de website van de zorgaanbieder uitgaf voor plastisch chirurg, maar als zodanig niet BIG-geregistreerd bleek te zijn en dus onbevoegd was tot het verrichten van de operatie. De cliënte voelt zich daardoor opgelicht en bedrogen.'

De zorgaanbieder betwist dat de operatie niet lege artis is uitgevoerd, dat de garantie is gegeven dat alle BA verwijderd zou worden en dat de arts zich bij de ingreep niet naar behoren heeft ingespannen. Volgens de zorgaanbieder is het niet aannemelijk dat de arts fouten heeft gemaakt. Het meest interessante verweer in dit verband heeft betrekking op de BIG-registratie van de arts. De Geschillencommissie geeft het verweer op dit punt als volgt weer: 'De arts heeft tot 2015 in het BIG-register geregistreerd gestaan als plastisch chirurg. De arts heeft de cliënte hierover niet geïnformeerd. In dat jaar heeft de arts ook haar lidmaatschap van de vereniging van plastisch chirurgen opgezegd. Daarna heeft er geen herregistratie in het BIG-register meer plaatsgevonden. Voor herregistratie is vereist dat de arts congressen, seminars en cursussen volgt, waarmee punten zijn te behalen. Het volgen van opleidingen en nascholing is duur en daarvoor moet de arts de kliniek sluiten. Gedurende die sluiting kan zij geen inkomsten genereren. De arts heeft de voor herregistratie vereiste opleidingspunten niet behaald. De arts is het niet eens met de regels over de BIG-registratie en vindt deze onzin. Zij is 65-plusser en heeft talent en ruim voldoende ervaring als plastisch chirurg. De arts heeft vijf à zes keer eerder BA uit het gezicht verwijderd en aldus met een dergelijke verwijdering veel ervaring. De arts staat op de website van de zorgaanbieder niet meer als plastisch chirurg vermeld. De arts heeft medio 2017 vernomen dat zij niet meer als plastisch chirurg in het BIG-

register staat ingeschreven.’

Bij de beoordeling van het geschil gaat de Geschillencommissie inhoudelijk alleen in op de BIG-registratie van de arts en de stelling van de cliënte dat zij, had zij geweten dat de arts niet BIG-geregistreerd was, zich niet door deze arts zou hebben laten behandelen.[1] Eerst oordeelt de Geschillencommissie dat de argumenten die de arts naar voren heeft gebracht om herregistratie achterwege te laten, niet valide zijn. Nu er geen aanvraag voor herregistratie is gedaan is de registratie in het BIG-register doorgehaald, waarmee de rechten en plichten die verbonden zijn aan de inschrijving komen te vervallen. Dat de arts, zoals is aangevoerd, pas medio 2017 heeft vernomen dat zij niet meer als plastisch chirurg in het BIG-register is geregistreerd, acht de Geschillencommissie niet aannemelijk. De arts was dan ook niet meer bevoegd de handelingen te verrichten die verbonden waren aan de beroepstitel van plastisch chirurg en zij mocht de titel plastisch chirurg niet meer voeren anders dan met de toevoeging ‘niet praktiserend’. Ondanks dat heeft de arts dergelijke handelingen toch bij cliënte verricht.

Na deze constatering gaat de Geschillencommissie over tot interpretatie van de stelling van de cliënte dat zij zich nooit door deze arts zou hebben laten behandelen als zij van deze onbevoegdheid op de hoogte was geweest en dat zij zich opgelicht en bedrogen voelt. En daar wordt het interessant. De Geschillencommissie vat deze stelling namelijk op als een gegrond beroep op dwaling. Het feit dat een geslaagd beroep op dwaling geen grond geeft voor een schadevergoedingsplicht en de cliënte wel schadevergoeding heeft gevorderd, lost de Geschillencommissie als volgt op: ‘Naar het oordeel van de commissie is er een rechtsplicht om niet bewust onjuiste mededelingen te doen en is er een rechtsplicht om niet bewust te zwijgen waar spreken plicht is. Die rechtsplichten vloeien voort uit de eisen van redelijkheid en billijkheid (artikel 6:2 en 6:248 BW) en uit hetgeen volgens het ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (artikel 6:162 BW). Zoals hiervoor is overwogen, zijn die rechtsplichten geschonden. Deze schending leidt tot schadeplichtigheid.’ Volgens de Geschillencommissie kan wegens het geschonden vertrouwen niet van cliënte worden verlangd dat zij zich tot dezelfde zorgaanbieder wendt voor hersteloperaties. De Geschillencommissie overweegt: ‘De commissie is [dan ook] op grond van maatstaven van redelijkheid en billijkheid van oordeel dat de zorgaanbieder de kosten van hersteloperaties die de cliënte heeft ondergaan en eventueel nog moet ondergaan, dient te vergoeden voor zover die kosten het bedrag van € 25.000,- niet te boven gaan.’

Dwaling of ontbreken informed consent?

De Geschillencommissie is een geschilleninstantie als bedoeld in de Wet kwaliteit, klachten en geschillen in de zorg (Wkkgz). In die hoedanigheid is de Geschillencommissie bevoegd bij wege van bindend advies over een geschil uitspraak te doen, en een vergoeding van geleden

schade toe te kennen tot in ieder geval € 25.000. Op grond van artikel 19, derde lid, Wkkgz dient een dergelijke geschilleninstantie haar werkzaamheden uit te oefenen op basis van een schriftelijke regeling, die waarborgt dat wordt voldaan aan de eisen van de Wkkgz. Aanvullende eisen zijn opgenomen in de Uitvoeringsregeling van de Wkkgz. Om landelijke uniformiteit en kwaliteit van geschilbeslechting op basis van de Wkkgz te bevorderen, is door vertegenwoordigers van en voor zorgaanbieders, aansprakelijkheidsverzekeraars en consumenten-, cliënten- en patiëntenorganisaties een kaderstellend programma van eisen ontwikkeld (hierna: Programma van eisen).[2]

Een van de zaken die in het reglement van een geschilleninstantie geregeld moeten zijn is 'de wijze waarop besluitvorming in de geschilleninstantie plaatsvindt' (art. 6, eerste lid, onder f, Uitvoeringsregeling Wkkgz). In het Programma van eisen is daarover in artikel 12 opgenomen dat de geschilleninstantie een verzoek tot schadevergoeding beoordeelt naar Nederlands recht. En in artikel 13 van het Programma van eisen staat dat het reglement van de geschilleninstantie erin voorziet dat de geschilleninstantie, 'behoudens voor zover het de toekenning van schadevergoeding betreft, voorts iedere beslissing kan nemen die zij (...) redelijk en billijk acht ter beëindiging van het geschil'.

In de toelichting op artikel 12 Programma van eisen wordt verduidelijkt dat in dit geval beoordeling naar Nederlands recht betekent dat een geschilleninstantie met toepassing van het Nederlandse aansprakelijkheidsrecht en schadevergoedingsrecht beoordeelt of een verzoek tot schadevergoeding voor toewijzing in aanmerking komt.[3] In een geval als het onderhavige, waarin tussen partijen een geneeskundige behandelingsovereenkomst is gesloten, zou dit betekenen dat de desbetreffende artikelen van de Wet geneeskundige behandelingsovereenkomst (WGBO, Boek 7, titel 7, afdeling 5, BW) worden toegepast.[4] De algemene norm die in een dergelijk geval van toepassing is, is die van het goed hulpverlenerschap, artikel 7:453 van het Burgerlijk Wetboek (BW). De Rechtbank Rotterdam vulde het in een vergelijkbaar geval zo in dat de desbetreffende arts door de onjuiste indruk (ik ben plastisch chirurg) te (laten) wekken en te laten bestaan, gehandeld heeft in strijd met de norm dat hij bij zijn werkzaamheden de zorg van een goed hulpverlener in acht diende te nemen.[5] De rechtbank acht aannemelijk dat de betreffende eiseressen aan de arts geen toestemming voor de verrichtingen zouden hebben gegeven indien hij hen correct zou hebben geïnformeerd over zijn bevoegdheid, vergelijkbaar met de casus die voorlag bij de Geschillencommissie. Voor de Rechtbank Rotterdam was dat reden te oordelen dat de arts geen beroep toekomt op door eiseressen verleende toestemming. De rechtbank overweegt: 'Immers, [gedaagde] heeft eiseressen niet correct geïnformeerd en eiseressen zouden, zo neemt de rechtbank aan, [gedaagde] geen toestemming hebben verleend indien hij hen wel correct zou hebben geïnformeerd.'[6] De arts is naar het oordeel van de rechtbank dan

aansprakelijk voor eventuele schade die eiseressen hebben geleden als gevolg van het feit dat zij niet correct zijn geïnformeerd. Bij bepaling van de omvang van de eventueel aan de arts toe te rekenen schade voortvloeiende uit de schending van de informatieplicht vergelijkt de rechtbank de werkelijke situatie waarin de eiseressen niet correct geïnformeerd zijn, met de hypothetische situatie waarin ze wel tijdig op de hoogte waren geweest van de status van de arts.

In zekere zin is de keuze van de Geschillencommissie om de stellingen van de cliënte op te vatten als een beroep op dwaling op dit punt niet heel afwijkend.[7] Een geslaagd beroep op dwaling leidt tot vernietigbaarheid van de geneeskundige behandelingsovereenkomst die de grondslag vormt van behandeling van de cliënte. De Geschillencommissie overweegt: 'Gelet op de voorgaande overwegingen acht de commissie het beroep van de cliënte op dwaling gegrond, nu de dwaling door de zorgaanbieder is veroorzaakt door het bewust onjuist verstrekken van informatie en door bewust te zwijgen waar spreken plicht was. De klacht van de cliënte over het onbevoegd uitvoeren van de operatie door de arts acht de commissie eveneens gegrond.' [8] Daarna stuit de Geschillencommissie echter op de beperking van de gekozen weg, namelijk dat een geslaagd beroep op dwaling geen schadevergoedingsplicht oplevert.

Zoals gezegd lost zij dit op door te stellen dat de arts door te zwijgen waar zij moest spreken en het doen van onjuiste mededelingen, rechtsplichten heeft geschonden die voortvloeien uit eisen van de redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 en 6:248 BW) en uit de maatschappelijke zorgvuldigheidsplicht van artikel 6:162 BW. En dat deze schending leidt tot schadeplichtigheid. Een omslachtige, onnodige en opmerkelijke keuze.[9]

Een nieuw geschil, of tekortkoming in de nakoming?

Maar het wordt nog opmerkelijker. Ruim een half jaar na het geven van het hierboven besproken bindend advies heeft de Geschillencommissie opnieuw uitspraak gedaan in een geschil tussen deze partijen. Aanleiding was de klacht van de cliënte dat de zorgaanbieder niet voldoet aan het bindend advies van 26 oktober 2017. Kort gezegd weigert de zorgaanbieder volgens de cliënte de kosten van de hersteloperaties te betalen, en verweert de zorgaanbieder zich tegen deze klacht met de stelling dat niet alle operaties die de cliënte heeft ondergaan en nog moet ondergaan hersteloperaties zijn in de zin van het bindend advies van 26 oktober 2017. Daarbij doet de zorgaanbieder een beroep op de onbevoegdheid van de Geschillencommissie om in dezen een vervolg bindend advies te geven, omdat zij naar eigen zeggen wel heeft voldaan aan het eerste bindend advies. Nakoming van een bindend advies kan immers niet bij de commissie worden afgedwongen en het bindend advies ontbeert een executoriale titel, zo stelt de zorgaanbieder.

De Geschillencommissie geeft de zorgaanbieder ‘op zich’ gelijk. De Geschillencommissie overweegt: ‘Op zich is het standpunt van de zorgaanbieder juist dat een bindend advies zelf geen executoriale titel is en dat een partij in wiens voordeel het bindend advies strekt, zich op basis van het bindend advies een dergelijke titel kan verschaffen door nakoming van het bindend advies bij de overheidsrechter te vorderen.’ Maar, overweegt de Geschillencommissie, in dit geval spitst de discussie tussen partijen zich toe op de vraag of twee operaties al dan niet zijn aan te merken als hersteloperaties in de zin van het bindend advies van 26 oktober 2017. En daarmee is volgens de Geschillencommissie tussen partijen een nieuw geschil ontstaan. De Geschillencommissie is op grond van artikel 4 van het reglement van de Geschillencommissie bevoegd een aanhangig gemaakt geschil te behandelen, als partijen overeengekomen zijn zich aan het bindend advies van de commissie te onderwerpen. Dat laatste hebben partijen volgens de Geschillencommissie gedaan en daarom acht zij zichzelf bevoegd zich uit te laten over het ‘nieuwe geschilpunt dat partijen verdeeld houdt’.

Vervolgens oordeelt de Geschillencommissie dat een tweetal operaties waarvan de cliënte vergoeding vordert wél als hersteloperaties moeten worden gezien en dus door de zorgaanbieder vergoed moeten worden. Het bindend advies van 26 oktober 2017 bepaalt volgens de Geschillencommissie echter niet dat de zorgaanbieder het door de cliënte aan de zorgaanbieder betaalde bedrag van € 4.000 ter zake van de door de zorgaanbieder uitgevoerde operatie van 30 januari 2017 aan de cliënte dient terug te betalen, evenmin als de overige door de cliënte opgevoerde kosten.

Waarop de Geschillencommissie precies haar stelling baseert dat partijen zijn overeengekomen zich ook op dit punt aan het bindend advies van de Geschillencommissie te onderwerpen is niet helemaal duidelijk. Ja, beide partijen hebben stukken overgelegd en zijn verschenen ter zitting. Maar zou het feit dat de zorgaanbieder het onbevoegdheidsverweer voert, niet de indruk moeten wekken dat hij zich *niet* wenst te onderwerpen aan het bindend advies van de Geschillencommissie in dezen?

Bij onvrede na verkrijging van een bindend advies van een Wkkgz geschilleninstantie gelden andere regels dan die de Geschillencommissie lijkt toe te passen.[10] Aangezien het bindend advies geen executoriale titel oplevert, had de gebruikelijke weg de cliënte naar de civiele rechter geleid, alwaar zij nakoming had kunnen vorderen van het bindend advies. Het bindend advies geldt immers tussen partijen als een bijzondere vorm van een vaststellingsovereenkomst als bedoeld in artikel 7:900 BW.[11] Dus het niet-nakomen van een bindend advies is een tekortkoming in de zin van artikel 6:74 BW. Bij een dergelijke rechtsgang had de zorgaanbieder eventueel het verweer kunnen voeren dat hij de overeenkomst wel is nagekomen, door betaling van alle operaties die gezien zouden kunnen

worden als hersteloperaties.

Bij twijfel over de juistheid van het bindend advies kunnen partijen het advies op grond van artikel 7:904 BW ter vernietiging voorleggen aan de rechter. Deze zal het bindend advies echter slechts vernietigen bij constatering van ernstige gebreken aan de inhoud of de totstandkoming ervan, die gebondenheid aan de beslissing van een partij naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar maken. Waarom de Geschillencommissie, in weerwil van het expliciete verweer van de zorgaanbieder dat zij onbevoegd is zich hierover uit te spreken, van deze hoofdregels afwijkt is mij niet duidelijk.[12]

Slotsom

Het kader van deze annotatie leent zich niet voor een diepgravend onderzoek naar de door de Wkkgz geschilleninstanties toegepaste rechtsregels. Maar een signaal dat er mogelijk nog wat kinderziektes spelen bij deze nieuwe instanties lijken deze uitspraken wel af te geven. Het onderzoeken waard.

Noten

[1] Hoewel zij nog wel afsluit met de volgende overweging: 'De vraag hoe de door de arts verrichte geneeskundige behandeling van de cliënte juridisch gekwalificeerd moet worden, hoeft niet meer beantwoord te worden, omdat – indien de commissie zou oordelen dat de arts niet lege artis zou hebben gehandeld en schadeplichtig zou zijn – geen andere dan de hiervoor vermelde vergoeding zou zijn toegekend.'

[2] G. de Groot, 'Kaderstellend programma van eisen Wkkgz-geschilleninstanties', *TvP* 2016/3, p. 53-63.

[3] G. de Groot, 'Kaderstellend programma van eisen Wkkgz-geschilleninstanties', *TvP* 2016/3, p. 58, 59.

[4] Zoals dat bijvoorbeeld ook is gedaan door het Gerechtshof te Den Haag (7 maart 2017, ECLI:NL:GHDHA:2017:431) en de Rechtbank Rotterdam (24 november 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO7879) toen zij oordeelden over het zich ten onrechte uitgeven voor plastisch chirurg door een gynaecoloog.

[5] Rb. Rotterdam 24 november 2010, ECLI:NL:RBROT:2010:BO7879, r.o. 4.12.

[6] R.o. 4.21.

[7] Opvallend is overigens ook dat de Geschillencommissie, toen ze toch een van de WGBO afwijkend pad koos, niet de woorden van de cliënte heeft overgenomen, namelijk dat ze zich

opgelicht en bedrogen voelde.

[8] P. 7.

[9] Hoewel misschien niet zo opmerkelijk als men de volgorde van artikel 16, eerste lid van het Reglement Geschillencommissie Zorg Algemeen op dit punt in ogenschouw neemt: 'De commissie beslist het geschil naar redelijkheid en billijkheid, met inachtneming van de regels van het recht, de tussen partijen gesloten overeenkomst en de daarvan deel uitmakende voorwaarden.' En hetgeen op de website van deze geschilleninstantie staat: 'De Geschillencommissie Zorg kan klachten behandelen over: (...) schade die is ontstaan als gevolg van een (medische) fout tijdens de behandeling en verzorging door de zorginstelling (letselschade of immateriële schade). Dan kan De Geschillencommissie smartengeld toekennen.'

[10] J.C.J. Dute, 'De Wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg: vooruitgang en achteruitgang', *TvGR* 2016 (40) 2, p. 51-52; B.S. Laarman, 'De informatieplicht van een zorgaanbieder bij de afwikkeling van medische schade', *TvP* 2018/3, p. 89-100; R.P. Wijne, 'Geschilbeslechting onder de Wkkgz: de theorie in de praktijk', *TvGR* 2019 (43) 1, p. 24-45.

[11] B.S. Laarman, 'De informatieplicht van een zorgaanbieder bij de afwikkeling van medische schade', *TvP* 2018, nr. 3, p. 90; R.P. Wijne, 'Geschilbeslechting onder de Wkkgz: de theorie in de praktijk', *TvGR* 2019 (43) 1, p. 31.

[12] Ook de uitwerking van deze gekozen weg roept vragen op. Want als het inderdaad een nieuw geschil was geweest, had de cliënte dan niet conform artikel 21 Wkkgz eerst de klachtenprocedure moeten doorlopen, voordat zij bij de Geschillencommissie terecht kon? Of had de Geschillencommissie, als zij haar lijn consequent volgde, in ieder geval bijvoorbeeld moeten benoemen dat dat niet van haar gevergd kon worden, als bedoeld in artikel 21, eerste lid, onder c Wkkgz?