

De nieuwe geschillenbeslechting in de zorg: (heel veel) superrechters gevraagd

*Mr. dr. E. Pans**

1. Inleiding

Het afgelopen jaar kon je geen juridisch tijdschrift openslaan, of er stond een artikel in over de Wkkgz,¹ voluit: de Wet kwaliteit klachten en geschillen zorg.² Dat hoeft niet te verwonderen, omdat per 1 januari 2017 een ingrijpende hervorming van het klacht- en geschilrecht in de gezondheidszorg van kracht wordt. Niettemin is het vanuit 'de praktijk' tot nu toe nogal stil gebleven. Wat gebeurt er allemaal achter de schermen bij de direct betrokken partijen: de zorgaanbieders, de patiëntenorganisaties en de verzekeraars? Zijn ze klaar voor de Wkkgz? Hieronder schets ik eerst de hoofdlijnen van de regeling en de stand van zaken in de praktijk. Vervolgens licht ik enkele karakteristieken van de regeling eruit die naar mijn verwachting een knelpunt kunnen worden, waarbij ook 'geluiden uit de praktijk' worden betrokken.³

2. Het ideaal

Wie de Wkkgz en de bijbehorende stukken (wet, uitvoeringsregeling en parlementaire geschiedenis) leest, krijgt wel een aardig idee van wat minister Schippers voor ogen stond bij het ontwerpen van de Wkkgz: een klachten- en geschillenprocedure die zich kenmerkt door snelheid, eenvoud en een patiëntvriendelijke, oplossingsgerichte benadering; een opzet waar niemand in redelijkheid tegen kan zijn en die deels is gebaseerd op wetenschappelijk onderzoek.⁴ De vraag is wel of de eisen die de wet stelt aan de professionals en instellingen die

deze klachten- en geschillenregeling moeten gaan uitvoeren, haalbaar zijn. Zeker voor de geschilleninstantie geldt dat deze een ambitieuze opdracht heeft: een complexe taakstelling (beoordeling van de vordering tot schadevergoeding volgens Nederlands recht), uiterst strakke termijnen en de bevoegdheid een schadevergoeding tot (ten minste) € 25.000 op te leggen. Kortom: superrechters gevraagd. En misschien wel heel veel.

3. Wkkgz voor beginners

Voor wie de hoofdlijnen van de klachten- en geschillenprocedure volgens de Wkkgz nog niet geheel scherp op zijn netvlies heeft staan, dit is de essentie:

- Zorgaanbieders moeten per 1 januari 2017 aan drie verplichtingen voldoen: beschikken over een schriftelijke klachtenregeling (art. 13), een klachtenfunctionaris hebben aangewezen (art. 15) en zijn aangesloten bij een geschilleninstantie (art. 18).
- De zorgaanbieder moet zorgen voor een schriftelijke regeling voor effectieve en laagdrempelige opvang en afhandeling van klachten.
- Bij het maken van de schriftelijke regeling moet de zorgaanbieder rekening houden met het soort zorg en het soort cliënten waaraan de zorg wordt verleend (art. 13 lid 1).
- Bovendien moet de zorgaanbieder de klachtenregeling vaststellen in overeenstemming met een representatief te achten organisatie van cliënten (art. 13 lid 2).
- De zorgaanbieder is daarnaast verplicht de klachtenregeling op een geschikte wijze onder de aandacht van cliënten en vertegenwoordigers van cliënten te brengen (art. 13 lid 4).
- De patiënt kan schriftelijk (eventueel digitaal) een klacht indienen bij de zorgaanbieder.
- De patiënt krijgt een klachtenfunctionaris aangeboden die hem kosteloos terzijde staat bij het opstellen van de klacht, die hem adviseert en die bemiddelt in het geschil.
- Binnen zes (plus eventueel vier weken) na de indiening van de klacht moet de zorgaanbieder een gemotiveerd oordeel op de klacht geven.
- Indien de patiënt het niet eens is met het gemotiveerde oordeel van de zorgaanbieder kan hij zich wenden tot de geschilleninstantie.

* Mr. dr. E. Pans is advocaat bij de Gezondheidszorggroep van Kennedy Van der Laan en onderzoeker bij de afdeling Privaatrecht aan de Vrije Universiteit Amsterdam. Dit artikel is afgerond in juli 2016.

1. Zie o.m. A. Hendriks, H. van der Meer & D. van Meersbergen, Nieuwe kwaliteits- en klachtenwet voor gezondheidszorg, NJB 2016/71, afl. 2, p. 108-114, R.D. Friele, Tuchtrecht: het recht op een luisterend oor, TvGR 2016, afl. 2, p. 92-102 en J.C.J. Dute, De wet kwaliteit, klachten en geschillen zorg: voortgang en achteruitgang, TvGR 2016, afl. 2, p. 51-52.

2. De Wkkgz bestaat uit een wet (Stb. 2015, 407), een uitvoeringsbesluit (Stb. 2015, 447) en een uitvoeringsregeling (Kamerstukken II 2015/16, 32402, 71). De Kwaliteitswet zorginstellingen wordt ingetrokken, maar de inhoud van die wet keert grotendeels terug in de Wkkgz. De Wkcz wordt ingetrokken. De Leidraad meldingen IGZ komt te vervallen, maar is grotendeels overgenomen in het Uitvoeringsbesluit Wkkgz. Ten slotte zijn in tal van wetten aanpassingen vereist, zoals in de Wet BIG.

3. Voor dit artikel heeft de auteur enkele sleutelpersonen van de in noot 5 genoemde (koepel-/brancheorganisaties) telefonisch benaderd. Aan deze personen zijn vragen gesteld over de gang van zaken in het tripartite overleg, de knelpunten, de punten waarover consensus bestaat, de vervolgstappen en hun eigen visie op de Wkkgz.

4. J.L. Smeehuijzen e.a., Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen, Vrije Universiteit Amsterdam 2013.

- In de terminologie van de Wkkgz wordt een 'klacht' een 'geschil' zodra de klacht bij de geschilleninstantie wordt neergelegd.
- De geschilleninstantie is bevoegd een uitspraak te doen bij wege van bindend advies.
- De geschilleninstantie kan een schadevergoeding toekennen tot in ieder geval € 25.000 (art. 20).
- De geschilleninstantie moet binnen zes maanden uitspraak doen en haar oordelen publiceren (art. 22).

4. De praktijk heeft het 'opgepakt' ...

De tijd begint te dringen; 2017 nadert. Waar staan partijen nu? Achter de schermen wordt druk 'gepolderd'. Het uitgangspunt van de Wkkgz is dat zorgaanbieders samen met patiënten/cliënten zorg dragen voor de instelling van onafhankelijke geschilleninstanties. Deze taakstelling indachtig hebben de vertegenwoordigers (lees: koepelorganisaties/belangenverenigingen) van de zorgaanbieders, de patiënten/consumenten en de aansprakelijkheidsverzekeraars de koppen bij elkaar gestoken.⁵ Begin 2016 heeft een zogeheten 'tripartite overleg' plaatsgevonden tussen de belanghebbende partijen. Het doel was om in onderling overleg een 'kaderstellend programma van eisen' voor de inrichting van de geschilleninstanties op te stellen. Naar verluidt verliep het proces redelijk soepel. Dit programma van eisen (PvE) ligt er inmiddels en bevat minimumstandaarden voor de inrichting van geschilleninstanties.⁶ Het PvE is tot stand gebracht door het tripartite overleg onder leiding van prof. mr. Dineke de Groot, bijzonder hoogleraar Rechtspraak en conflictoplossing (Vrije Universiteit Amsterdam), tevens raadsheer in de Hoge Raad. Initiatiefnemer mr. Trudy Boshuizen MHA (senior beleidsadviseur NVZ) is opgetreden als secretaris van het overleg. De drie doelen van het PvE zijn: bevordering van een landelijke uniforme behandelwijze van geschillen, waarborging van de kwaliteit van de geschillenbehandeling en het vergroten van de voorzienbaarheid en aanvaardbaarheid van de kosten van de behandeling. In het PvE worden de verschillende eisen en (open) normen die in de Wkkgz en de Uitvoeringsregeling Wkkgz staan, nader uitgewerkt. Het bevat richtsnoeren over de wijze van geschilbehandeling, de samenstelling van de geschilleninstanties en de kosten. Zo wordt in dit document vermeld dat er een modelformulier beschikbaar moet zijn waarmee een geschil aanhangig kan worden gemaakt, maar dat dit formulier niet verplicht gesteld mag worden. Er staat dat de geschillenprocedure een laagdrempelige standaardprocedure in het leven moet roepen om de mainstreamzaken efficiënt en effectief te behandelen, maar daarnaast in staat moet zijn maatwerk te leveren in de meest complexe zaken. Het PvE bevat niet alleen de verplichting dat de leden van de geschilleninstantie

beschikken over de benodigde actuele kennis, deskundigheid en ervaring, maar ook bepalingen over het griffiegeld (voor een klacht ten hoogste € 50, voor een claim ten hoogste het kantongerechtstarief). Kortom, het is een document dat een belangrijke concretisering vormt van de Wkkgz en de Uitvoeringsregeling Wkkgz.

5. ... en moet nu doorpakken ...

Hoe nu verder? Het laatste overleg dateert van april 2016. Het tripartite overleg is beëindigd door de voltooiing van het PvE. Het volgende overleg staat gepland voor juli 2016. Dan moet het 'allemaal nog concreter worden', hetgeen naar mijn indruk niets anders kan betekenen dan dat voorbereidingen moeten worden getroffen voor de daadwerkelijke oprichting van één of meer geschilleninstanties. Met andere woorden: het overleg van juli 2016 zal zich naar verwachting richten op het opstellen van een (model)reglement en het voordragen van kandidaat-voorzitters, -leden en -secretarissen van de geschilleninstanties. De Nederlandse Federatie van Universitair Medische Centra (NFU) en de Nederlandse Vereniging van Ziekenhuizen (NVZ) hebben al naar buiten gebracht samen een geschilleninstantie te willen oprichten voor de ziekenhuiszorg.⁷ In het najaar van 2016 zal de advocatuur bij de regeling worden betrokken, opdat ook zij de procedure zal omarmen en de stap om naar de rechter te gaan pas zal zetten als de gang naar de geschilleninstantie niet zinvol of ongeschikt wordt bevonden. Achter de schermen wordt dus hard gewerkt, maar 1 januari nadert rap. Al met al zullen de partijen behoorlijk haast moeten maken om de geschilleninstanties op nieuwjaarsdag operationeel te hebben, nu ook nog diverse formaliteiten moeten plaatsvinden, zoals het regelen van de ministeriële erkenning, het wijzigen van de polisvoorwaarden door de verzekeraars en het informeren van patiënten over de nieuwe klachtenregeling. Minister Schippers blijft optimistisch. Op 30 juni 2016 antwoordde zij op Kamervragen:

'Ik heb begrepen dat het veld druk bezig is met het inrichten van geschilleninstanties op basis van de Wkkgz. Op dit moment heb ik nog geen erkenning verleend voor een dergelijke geschilleninstantie. Ik zie op dit moment geen aanleiding om te veronderstellen dat partijen vanaf 1 januari 2017 niet aan deze verplichting zouden kunnen voldoen.'

Intussen wordt steeds duidelijker dat de Wkkgz wel enkele flinke, inhoudelijke knelpunten in zich bergt.

6. Knelpunt 1: de onmogelijke positie van de klachtenfunctionaris

Wie moet worden aangesteld als klachtenfunctionaris? Dat is een cruciale vraag, aangezien de klachtenfunctionaris een spilfunctie gaat vervullen in het nieuwe klachtenstelsel. Hiervoor hanteert de Wkkgz een aantal open kwaliteitseisen. De zorgaanbieder moet een geschikte persoon voor de rol van klachtenfunctionaris aanwijzen, die de klager van gratis advies kan

5. ActiZ, GGZ Nederland, NVZ, NFU, VGN, KNMG, ANT, LHV, InEen, KNMT, KNMP, KNOV, KNGF, LVVP, PPN (VvOCM, NVH, EN, NVLF en NVD), VELO, VVAA/MediRisk, Centramed, Consumentenbond, Ieder(in), LSR, LPGGz, Patiëntenfederatie NPCF en Zorgbelang Nederland.

6. Zie <http://nvz-ziekenhuizen.nl/_library/33377/Programma%20van%20Eisen%20Wkkgz%20inrichting%20geschilleninstantie%20-%20definitief%20ap....pdf>.

7. Zie <<https://nvz-ziekenhuizen.nl/actueel/huidig-artikel/2854-instellen-wkkgz-geschilleninstantie-ziekenhuizen>>.

voorzien, die hem kan bijstaan bij het formuleren van de klacht en die de mogelijkheden onderzoekt om tot een oplossing voor de klacht te komen (art. 15 lid 1). De zorgaanbieder moet waarborgen dat hij een persoon aanwijst voor de functie van klachtenfunctionaris die zijn functie onafhankelijk kan uitvoeren (art. 15 lid 2). De klachtenfunctionaris mag niet betrokken zijn bij de aangelegenheid waarop de klacht betrekking heeft en richt zich bij het verrichten van zijn werkzaamheden op het bereiken van een zo bevredigend mogelijke oplossing voor de klacht (art. 7.1 sub a en b Uitvoeringsbesluit Wkkgz). De klachtenfunctionaris moet de vrijheid hebben om zijn werkzaamheden te verrichten overeenkomstig de Wkkgz, de voor hem geldende beroepsnormen en taakomschrijving en zonder inmenging van de zorgaanbieder (art. 7.1 sub c Uitvoeringsbesluit Wkkgz). Voor het aanwijzen van een klachtenfunctionaris als bemiddelaar is het dus van groot belang dat deze voldoende onafhankelijk kan opereren ten opzichte van de zorgaanbieder. Deze eis gaat echter niet zo ver dat de klachtenfunctionaris niet werkzaam mag zijn bij de zorgaanbieder. Voorwaarde is dat de zorgaanbieder de klachtenfunctionaris niet zal benadelen vanwege de manier waarop hij zijn functie uitoefent. De klachtenfunctionaris zal, kortom, moeten opereren in een veld van tegengestelde belangen, daarbij recht doende aan beide partijen, waarvan er een zijn werkgever is. Dat is zeker geen gemakkelijke opdracht. Het heeft iets weg van de positie van de bedrijfsarts, die ook altijd moet laveren tussen de belangen van werknemer en werkgever, terwijl hij wordt betaald door de werkgever. Niet voor niets is er uitgebreide tuchtrechtspraak over hoe integer en professioneel om te gaan met die verantwoordelijkheden. Los van het afhankelijkheidsvraagstuk moet de klachtenfunctionaris binnen de zorginstelling voldoende gezag hebben om zijn functie adequaat uit te kunnen oefenen, moet hij uiterst sociaal vaardig zijn en moet hij een verbindende kracht kunnen zijn tussen patiënt en zorginstelling. De klachtenfunctionaris fungeert als 'poortwachter' tot de geschilleninstanties. De handelwijze van de klachtenfunctionarissen zal sterk van invloed zijn op de hoeveelheid klachten die (als geschil) 'doorstromen' naar de geschilleninstanties. Vanuit de praktijk wordt aangestipt dat aan de klachtenfunctionaris in deze opzet hoge eisen worden gesteld, terwijl de achtergrond, bekwaamheid en senioriteit van de beroepsgroep sterk variëren:

'Je hebt de neiging op die plek een pas afgestudeerde neer te zetten, maar dat is – als je kijkt naar het takenpakket van de klachtenfunctionaris – op de lange termijn toch niet verstandig.'

En:

'Het is echt een moeilijke positie. De klachtenfunctionaris heeft veel petten op en moet heel veel kunnen, in korte tijd. Als je deel I (de klachtenfase) goed voor elkaar hebt, heb je veel minder last van deel II (de geschillenfase).'

Behalve superrechters worden er dus ook superklachtenfunctionarissen gezocht.

7. Knelpunt 2: de ultrakorte termijn voor de behandeling van de klacht

Het werk van de klachtenfunctionaris wordt nog moeilijker als daarbij wordt bedacht dat hij de gehele behandeling van de klacht zodanig moet zien te stroomlijnen dat de zorgaanbieder in staat wordt gesteld om binnen het knellende keurslijf van de 6+4-wekentermijn de klacht tot tevredenheid van patiënt (en zorginstelling) af te wikkelen en tot een gemotiveerd oordeel te komen. Dat betekent dat hij moet handelen onder grote tijdsdruk. Hoewel bij de totstandkoming van de wet door de belangenorganisaties van zorgaanbieders en verzekeraars is gepleit voor langere termijnen, en voor het ten minste zoeken van aansluiting bij de (iets langere) termijnen van de GOMA, wilde de minister hier niet aan. Een medische aansprakelijkheidsverzekeraar:

'Wij als aansprakelijkheidsverzekeraars vinden de termijnen van de Wkkgz verschrikkelijk spannend. Wij hadden ervoor gepleit om de termijnen af te stemmen op de GOMA, maar om onbegrijpelijke redenen is dat afgewezen door VWS. Terwijl de 13-wekentermijn van de GOMA vaak maar net wordt gehaald.'

Concreet wordt vanuit de praktijk aangevoerd dat een groot deel van de termijn in de klachtfase al zal opgaan aan het regelen van de medische volmacht en het opvragen van het medisch dossier, waar moeilijk een versnelling in kan worden aangebracht omdat daarbij afhankelijkheid van derde partijen bestaat, maar ook omdat vaak op voorhand niet meteen duidelijk is welke medische informatie (van welke medische afdelingen van de betrokken zorgaanbieder of van andere zorgaanbieders) noodzakelijk is. Een medische aansprakelijkheidsverzekeraar:

'Misschien moet je onorthodoxe maatregelen nemen en tegen zorgaanbieders zeggen: als de medische volmacht is getekend, meteen in de auto springen en het medisch dossier gaan bekijken, niet wachten op verzending, om tijd te winnen.'

Weliswaar heeft minister Schippers in een late fase van de totstandkoming van de Wkkgz de termijn gerelativeerd en gesuggereerd dat in overleg met klager de termijn verlengd kan worden, maar dit staat niet in de wet zelf en de uitleg van die bewoordingen is voor discussie vatbaar. De termijn zal dus nog wel voor onenigheid tussen klager en zorgaanbieder gaan zorgen, of tussen klager en klachtenfunctionaris. In de woorden van een aansprakelijkheidsverzekeraar:

'Met de redelijke en welwillende patiënten zal het wel gaan, met de personen die op korte termijn heel veel willen, zal het lastig worden.'

Een kanttekening vanuit een belangenorganisatie van zorgaanbieders:

‘Ik hoop dat de geschilleninstantie ook kritisch zal kijken naar de houding van de klager, bijvoorbeeld dat in het geval dat klachtenfunctionaris en zorgaanbieder samen goed bezig zijn het incident te onderzoeken en klager toch na ommekomst van de termijn naar de geschilleninstantie gaat, dat de geschilleninstantie dat onderzoek zal respecteren en zal zeggen: “Klager, heb nog even geduld, wacht nog even de uitkomst van het onderzoek af.”’

Daar lijkt inderdaad ook wel ruimte voor te zijn, nu de minister uiteindelijk heeft gezegd dat het erop neerkomt dat er binnen zes weken een reactie van de zorgaanbieder moet zijn, in die zin ‘dat hij ermee aan de slag is gegaan’.⁸ Voorts heeft de minister gesuggereerd dat het ook mogelijk is binnen de termijn van tien weken met een ‘voorlopig oordeel’ te komen, waarna dus nog een meer definitief oordeel volgt.⁹ Het lijkt erop dat de instemming van de patiënt voor de verlenging van de termijn uiteindelijk niet is vereist.¹⁰ Kortom, er zijn met een beroep op de parlementaire geschiedenis van de Wkkgz wel wat ontsnappingsmogelijkheden voor de strakke termijn. Ongetwijfeld zal in de praktijk ook naar creatieve oplossingen worden gezocht om de aanvang van de termijn te doen opschuiven. Zo is door een zorgaanbieder al gesuggereerd het systeem zo in te richten dat patiënten worden aangemoedigd hun klacht telefonisch of mondeling te uiten, de klachtenfunctionaris dan te laten onderzoeken of die klacht kan worden opgelost, en pas als dat niet lukt klager te verzoeken de klacht op schrift te stellen. Pas vanaf dat moment zal dan de 6+4-wekentermijn aanvangen. Dit lijkt wel toelaatbaar te zijn, aangezien de Wkkgz enkel bepaalt dat een klacht schriftelijk ‘kan’ worden ingediend en dat de termijn voor behandeling van de klacht vanaf de indiening van de klacht gaat lopen (art. 14 lid 1 jo. art. 17). Of deze handelwijze in de geest is van de Wkkgz, is een tweede vraag. Daar kan tegenover worden gesteld dat het ook in strijd met de doelstellingen van de Wkkgz zou zijn indien de kwaliteit van de klachtbehandeling structureel ernstig te lijden blijkt te hebben van de termijn. Een effectieve en laagdrempelige klachtbehandeling moet inhoudelijk wel voldoende om het lijf hebben om de klacht naar tevredenheid op te lossen. Ten slotte signaleert Kastelein dat door deze korte termijn in feite door de wetgever is ingezet op het opheffen van de huidige klachtencommissies, omdat de werkwijze van de klachtencommissies simpelweg te tijdrovend is (toepassen van hoor en wederhoor, houden van een mondelinge behandeling, formuleren van een uitspraak, opstellen van het oordeel door de zorgaanbieder).¹¹

8. Knelpunt 3: de toestroom van zaken

Hoeveel zaken de geschilleninstanties vanaf 1 januari 2017 te verwerken zullen krijgen ... niemand die daar een voorspelling over durft te doen. In de Wkkgz wordt geen onderscheid gemaakt tussen klachten en claims (= klachten met schade). Het lijkt een redelijke verwachting dat een groot deel van de patiënten met een claim vanaf 1 januari 2017 voor de weg van de geschilleninstantie zal kiezen en niet (meer) voor een (aansprakelijkheids)procedure voor de civiele rechter. Immers, door de geschilleninstantie kan een aanzienlijke schadevergoeding worden toegewezen (in ieder geval tot € 25.000), terwijl er geen procesrisico is, geen advocaat is vereist, geen of een laag griffiegeld is verschuldigd en de behandeltermijn kort is, zeker afgezet tegen de termijn van een civielrechtelijke procedure. Natuurlijk is daarbij wel van belang de patiënt voor te lichten over de routes die hij – al dan niet naast elkaar – kan bewandelen: de klachten- en geschillenprocedure, de medische tuchtrechter, de civiele rechter en (in uitzonderlijke gevallen) de strafrechter. Het in juli 2014 door klachtenfunctionarissen en medische aansprakelijkheidsverzekeraars gelanceerde ‘stroomschema klachtmogelijkheden’ laat zien dat dat zo eenvoudig nog niet is.¹² Niet alle wegen blijken naar Rome te leiden. De klachtenfunctionaris zal ook daar een belangrijke rol in hebben: door goed te luisteren naar wat de patiënt beoogt met zijn klacht en hem daarin de juiste weg te wijzen. Hoe groot de toestroom van zaken na 1 januari 2017 is, zal ook van invloed zijn op de mogelijkheden de geschilleninstanties adequaat (en voldoende) te bemensen en het geschil voortvarend te behandelen. In dat verband kan geen goede parallel worden getrokken met de huidige Geschillencommissie Zorginstellingen te Den Haag, die aan de patiënt een schadevergoeding tot € 5.000 kan toekennen, en die (daardoor?) slechts circa vijftig zaken per jaar behandelt.¹³ Uiteraard is de geschilleninstantie nieuwe stijl een veel meer gelijkwaardig alternatief voor de civiele rechter. Voorts is van belang dat de Wkkgz een veel grotere reikwijdte heeft dan de ‘oudere’ gezondheidszorgwetgeving, zoals de Wet op de beroepen in de individuele gezondheidszorg (Wet BIG), de Wet klachtrecht cliënten zorgsector (Wkcz) en de Kwaliteitswet, en dat daar dus een grotere groep zorgaanbieders onder valt dan voorheen onder de klachtenregelingen viel, waardoor ook een toestroom van zaken kan ontstaan. Het criterium voor toepassing van de Wkkgz is het verlenen van individuele gezondheidszorg. De bedoeling hiervan is wel duidelijk, maar over de precieze reikwijdte is discussie mogelijk.¹⁴ De medische aansprakelijkheidsverzekeraars zijn er in ieder geval niet gerust op. Zij hebben hun schadelast de afgelopen jaren zien stijgen.¹⁵ De gemiddelde schadelast per minnelijk geschikte claim bedroeg bij MediRisk in 2013 (afgerond) € 38.000, in 2015 was dit € 41.600,¹⁶ bij Centramed

8. Behandeling Wkkgz in de Eerste Kamer d.d. 29 september 2015, p. 44 en 55.

9. Kamerstukken I 2014/15, 32402, O, p. 8 (NV I).

10. E.M. Deen, De klachten- en geschillenregeling van de Wkkgz, TLP 2016, afl. 3, p. 30.

11. W.R. Kastelein, De Wkkgz is er: een nieuwe klachten- en geschillenregeling in de zorg!, TvGR 2016, afl. 2, p. 62-71.

12. Zie <<http://stichtingpiv.nl/stroomschema-helpt-patinten-helpt-met-klacht/>>.

13. Zie <www.degeschillencommissie.nl/over-ons/publicaties/>.

14. Kastelein 2016.

15. Zie <www.zorgvisie.nl/financien/nieuws/2014/3/medische-schadelast-stijgt-fors-1490494w/>.

16. Zie <www.medirisk.nl/over-medirisk/jaarverslag-2015>.

was dit in 2013 (afgerond) € 28.600, in 2015 € 30.700.¹⁷ De stijging van de schadelast wordt onder meer toegeschreven aan de toename van het aantal claims, de afname van de sociale zekerheid, de lage rente en de stijging van het smartengeldniveau.¹⁸ Deze achterliggende oorzaken lijken de komende tijd niet te zullen veranderen. Wat dat betekent voor de instroom van Wkkgz-klachten en -geschillen is echter moeilijk te voorspellen. Niet alleen het halen van de termijnen wordt 'verschrikkelijk spannend', ook het voorzien van de *case load* voor de geschilleninstanties en het daarop afstemmen van de opzet.

9. Knelpunt 4: de 'bemensing' van de geschilleninstanties

Hoe gaan alle zorgaanbieders hun geschilleninstanties van de juiste personen voorzien? Per 1 januari 2017 moet niet alleen elke zorgaanbieder zijn aangesloten bij een geschilleninstantie, ook moet die geschilleninstantie dan operationeel zijn. En 'zorgaanbieder' is in dit verband een zeer ruim begrip (art. 1 Wkkgz). Door de (voor het gezondheidsrecht) ongekende reikwijdte van de Wkkgz geldt die verplichting (bijvoorbeeld) ook voor de solistisch opererende ergotherapeut, de plaatselijke homeopaat en de basisarts die wat bijkluist in het cosmetische circuit. Zorgaanbieders hebben de mogelijkheid zich aan te sluiten bij een bestaande instantie, zoals de eerdergenoemde Geschillencommissie Zorginstellingen, of een nieuwe geschilleninstantie op te richten, mits dit gebeurt in samenspraak met een representatief te achten organisatie van cliënten en zorgaanbieders (art. 19 lid 2). Voor de rechtsgeldige oprichting van een geschilleninstantie is een erkenning van de minister van Volksgezondheid, Welzijn en Sport (VWS) vereist, die moet voldoen aan de bij ministeriële regeling vastgestelde eisen (art. 18 lid 2). Deze erkenning beoogt te waarborgen dat de geschilleninstantie deskundig, onafhankelijk en kwalitatief toereikend zal zijn. De geschilleninstantie moet beschikken over een schriftelijk reglement ten aanzien van haar werkzaamheden (art. 19 lid 3).¹⁹ In de Uitvoeringsregeling Wkkgz (art. 7) zijn over de samenstelling van de geschilleninstantie de volgende bepalingen opgenomen:

- De geschilleninstantie moet bij de behandeling van een geschil bestaan uit één of een oneven aantal leden (lid 2).
- Wanneer de geschilleninstantie bestaat uit één lid, moet dit lid de titel meester in de rechten bezitten (lid 2).
- Wanneer de geschilleninstantie uit meerdere leden bestaat, moet de voorzitter over de titel meester in de rechten beschikken (lid 2).
- Verder mag geen van de bij het geschil betrokken partijen een bevoorrechte positie genieten ten opzichte van de samenstelling van de geschilleninstantie (lid 3).

De geschilleninstanties moeten dus worden ingesteld met aanname van voldoende geschikte personen. Dezen moeten (actuele) kennis en ervaring hebben op het gebied van medisch

aansprakelijkheidsrecht en onafhankelijk en onpartijdig van zorgaanbieders en patiënten/cliënten kunnen opereren. Het ligt voor de hand dat deze personen afkomstig zijn uit de medische en de juridische beroepsgroepen. Daarbij moet nog worden uitgewerkt welke functies verenigbaar zijn met het zitting nemen in een geschilleninstantie. Bij rechters en wetenschappers lijkt dit punt minder problematisch te zijn dan bij advocaten en juristen uit 'de praktijk', te weten: die werkzaam zijn bij zorgaanbieders, verzekeraars en rechtsbijstandsverzekeraars. En hoe zit het bijvoorbeeld met leden-juristen en leden-beroepsgenoten die zitting hebben in medische tuchtcolleges? Kan dat samengaan met zitting hebben in een geschilleninstantie? Over deze kwestie moeten partijen nog doorpraten en doordenken, is mijn indruk. Waarbij het wellicht ook de vraag is hoe kieskeurig de geschilleninstanties zich kunnen veroorloven te zijn, mocht de toestroom van zaken komend jaar groot blijken te zijn en mocht die toestroom nopen tot benoemingen op grote schaal. Ten slotte dringt zich nog de vraag op of ook deskundigen van 'aanpalende terreinen', zoals rekenkundigen en arbeidsdeskundigen, aan de geschilleninstanties moeten worden verbonden, gezien de brede taakstelling van de geschilleninstanties: het beoordelen van de vordering naar Nederlands (aansprakelijkheids)recht. Nu voor het bepalen van de omvang van de schade in personenschadezaken vaak gebruik wordt gemaakt van deze expertise, ligt het voor de hand dat rekenkundigen en arbeidsdeskundigen op afroep beschikbaar zijn voor de geschilleninstanties, hoewel ook kan worden verdedigd dat dit een 'te zware bezetting' is voor vorderingen tot een bedrag van € 25.000, waarbij in de regel geen repeterende jaarschades in het geding zullen zijn.

10. Knelpunt 5: de omvangrijke taakstelling van de geschilleninstantie

Wat is dan de precieze taakstelling van de geschilleninstantie? Die is niet mis: het behandelen van de vordering tot schadevergoeding naar Nederlands recht (art. 12 PvE). Bij de toekenning van een bedrag kan de geschilleninstantie tevens een betalingsverplichting vaststellen. Binnen het tripartite overleg is wel overwogen de schadevergoeding 'naar redelijkheid en billijkheid' toe te kennen, maar uiteindelijk is bepaald dat dit naar Nederlands recht moet geschieden. Dat betekent in feite dat de geschilleninstantie moet doen wat de civiele rechter ook doet: oordelen over aansprakelijkheid en over omvang van de schade naar de regels van het aansprakelijkheids- en schadevergoedingsrecht. Alleen wel veel sneller dan de burgerlijke rechter, met minder middelen en zonder dat sprake is van verplichte procesvertegenwoordiging. Welke schadevergoeding kan de geschilleninstantie toekennen? De Wkkgz schrijft voor dat de geschilleninstantie een vergoeding van geleden schade kan toekennen tot in ieder geval € 25.000. Met de woorden 'in ieder geval' wordt geïmpliceerd dat de geschilleninstantie ook bevoegd is tot het toekennen van schadebedragen hoger dan € 25.000. Op grond van de Uitvoeringsregeling Wkkgz is het namelijk toegestaan dat organisaties van zorgaanbieders en cliënten in het reglement van de geschilleninstantie een hoger bedrag dan € 25.000 opnemen. In het PvE is evenwel opgeno-

17. Zie <<http://jaarverslag.centramed.nl/images/jaaroverzicht.pdf>>.

18. Zie <<http://jaarverslag.centramed.nl/images/jaaroverzicht.pdf>>.

19. In art. 6 en 7 Uitvoeringsregeling Wkkgz staat over welke onderwerpen in ieder geval regels moeten worden vastgelegd in het reglement.

men dat € 25.000 (plus wettelijke rente) het plafond zal zijn (art. 12). In het PvE is voorts opgenomen dat de geschilleninstantie, naast het toekennen van een schadevergoeding, 'iedere beslissing kan nemen die zij redelijk en billijk acht ter beëindiging van het geschil' (art. 13). Wat dit zoal voor een beslissing kan zijn, wordt niet nader uitgewerkt in het PvE of in de artikelsgewijze toelichting hierop. In ieder geval zal dit onder omstandigheden een mediationtraject kunnen zijn, mits dit als een passend en adequaat onderdeel van effectieve en efficiënte geschilbeslechting wordt gezien (art. 6). De geschilleninstantie richt zich op 'finale geschilbeslechting' en doet – derhalve – uitspraak bij wege van bindend advies (art. 20), daarbij 'rekening houdende met de eisen die naar Nederlands recht worden gesteld aan een bindend advies dat het karakter heeft van (particuliere) rechtspraak (artikel 7:900 en 7:904 BW)' (art. 10). Van belang daarbij is dat indien de eisen die naar Nederlands recht aan een bindend advies worden gesteld niet worden nageleefd, het bindend advies vatbaar is voor vernietiging door de overheidsrechter. En dan is een belangrijke doelstelling van de Wkkgz, dejuridisering van geschillen tussen patiënten en zorgaanbieders, alsnog onderuitgehaald. Een belangrijke, nog niet beantwoorde vraag is: wat te doen met vorderingen waarvan op voorhand duidelijk of aannemelijk is dat de schade het bedrag van € 25.000 te boven zal gaan? Door een aantal betrokkenen die ik hiernaar vroeg, werd gezegd dat de geschilleninstantie niet bedoeld is voor grotere (en wellicht ook complexere) vorderingen en dat de geschilleninstantie zich in zo'n geval onbevoegd moet verklaren. In de toelichting op het PvE is bepaald dat de instelling van het plafond van € 25.000 in het concrete geval tot gevolg kan hebben dat de geschilleninstantie onbevoegd is. De gedachte daarachter is dat wie een geschilleninstantie instelt, een bevoegdheid distribueert en dus moet regelen wanneer die instantie bevoegd is. Dat betekent evenwel niet dat de geschilleninstantie er wijs aan doet alle potentiële gevallen van onbevoegdheid ook van een regel te voorzien: de praktijk zal de nodige ruimte moeten krijgen om de regel over bevoegdheid toe te passen en in te vullen. Naar mijn oordeel zou een geval waarin op voorhand duidelijk is dat de omvang van de schade het plafond overschrijdt niet in behandeling moeten worden genomen door de geschilleninstantie, omdat de werkwijze en bezetting van de geschilleninstantie niet zijn ingericht op beoordeling van een dergelijke vordering, waardoor het risico bestaat dat de rechtzoekende niet krijgt wat hem rechtens toekomt en hij alsnog naar de civiele rechter zal stappen met de vordering het bindend advies te vernietigen. Dit zal op den duur het draagvlak voor de geschilleninstantie ondermijnen. Voorts is interessant de vraag of denkbaar is dat de geschilleninstantie die het PvE hanteert, een zaak boven het maximale bedrag kan behandelen als beide partijen daarom verzoeken. Ik meen van wel, mits beide partijen goed zijn voorgelicht over de voor- en nadelen van deze keuze, waarbij de patiënt naar mijn idee wel juridisch moet zijn bijgestaan. Het lijkt mij een te billijken opstelling dat een patiënt er onder omstandigheden voor kiest genoeg te nemen met een beperkte schadevergoeding in ruil voor een korte, snelle en minder belastende procedure. Hoe klagers die

afweging maken is aan hen, mits zij adequaat zijn voorgelicht. Ook dat is een vorm van *empowerment* van patiënten/cliënten.

11. Knelpunt 6: de korte termijn voor de behandeling van het geschil

De geschilleninstantie moet uitspraak doen op zo kort mogelijke termijn, maar in ieder geval binnen zes maanden na de voorlegging van het geschil (art. 22 lid 1 Wkkgz). Dat is een krappe termijn. De wet voorziet niet in verlenging van die termijn voor complexe of bewerkelijke gevallen. Zie voor bedenkingen bij die termijn de argumentatie vermeld bij knelpunt 2 (par. 7). Daarbij zijn naar mijn oordeel alle factoren die gelden voor de klachtenregeling nog in versterkte mate van toepassing op de geschillenregeling, aangezien de beoordeling van zaken in de geschillenfase in de regel complexer zal zijn dan in de klachtenfase: enerzijds door de filterfunctie van de klachtenfunctionaris, anderzijds door de mogelijkheid tot toekenning van financiële compensatie, hetgeen een extra beoordelingsmoment betekent. Wie ervaring heeft met medische aansprakelijkheidszaken weet dat het bepalen van de omvang van de schade vaak een langdurig en bewerkelijk traject is. Het vaststellen van aansprakelijkheid én van de omvang van de schade binnen zes maanden is een prestatie waarvan in de huidige praktijk van medische aansprakelijkheid alleen maar kan worden gedroomd.

12. Knelpunt 7: de verhouding van de geschilleninstantie tot de civiele rechter

In hoeverre zijn de uitspraken van de geschilleninstantie bindend? Zoals hierboven vermeld, is de geschilleninstantie bevoegd een bindend advies uit te brengen. In de toelichting bij de Uitvoeringsregeling Wkkgz staat dat de geschilleninstantie ook een schikking tussen partijen kan bevorderen. Een uitspraak van de geschilleninstantie is bindend voor alle partijen. Beide partijen moeten zich dus houden aan de uitspraak en kunnen hiertegen niet in beroep. Echter, wanneer niet is voldaan aan de eisen van een behoorlijke procedure (bijvoorbeeld aan de deskundigheidseisen, de onafhankelijkheid en onpartijdigheid of het beginsel van hoor en wederhoor) of wanneer het bindend advies niet adequaat is gemotiveerd, bestaat voor beide partijen wel de mogelijkheid om de uitspraak te laten toetsen door de rechter. Partijen kunnen de rechter dan verzoeken het bindend advies ter zijde te schuiven en een uitspraak te doen. In hoeverre patiënten met grote vorderingen de geschilleninstantie zullen gebruiken als 'opstapje' naar een civiele procedure, bijvoorbeeld een deelgeschil, moet worden afgewacht. De geschillenprocedure van de Wkkgz kan worden gezien als een manier om snel, laagdrempelig en goedkoop een uitspraak te krijgen over de aansprakelijkheid en (een indicatie van) de schade. Dat de Wkkgz-procedure zo niet bedoeld is, is evident. Dat die voor de patiënt grote voordelen biedt ten opzichte van het procederen voor de civiele rechter, is ook evident. De interpretatie door de geschilleninstanties van de bepalingen over de omgang met geschillen die voorzienbaar meer schade behelzen dan € 25.000 zal hierin leidend zijn. Voorts is denkbaar dat binnen de geschillenfase, die immers

maar zes maanden bedraagt, niet duidelijk wordt wat de omvang van de schade is (denk bijvoorbeeld aan geboorteschades) of dat pas na de uitspraak in het geschil blijkt dat de schade groter is dan zich aanvankelijk liet aanzien. Als patiënten in deze gevallen alsnog naar de overheidsrechter stappen om het bindend advies aan te vechten, zijn zorgaanbieder en verzekeraar met de hele exercitie weinig opgeschoten.

13. Knelpunt 8: de planning, ofwel: gaan we het redden vóór 1 januari?

De maanden tot de livegang van de geschilleninstantie tikken weg. Gaan 'we' het halen? Het wordt spannend, maar het algemene gevoel onder de betrokkenen is dat het gaat lukken. Zoals in het PvE is te lezen: de ontwikkeling van dit document wordt gezien als een belangrijke eerste stap bij de totstandbrenging van een laagdrempelig en toegankelijk systeem van geschilbeslechting in de zorg ('fase 1'). Deze fase wordt gevolgd door een tweede fase, waarin de betrokken organisaties gaan overleggen over de daadwerkelijke instelling van geschilleninstanties op basis van het PvE. Dit zal op korte termijn moeten gebeuren. Daarbij heeft elke brancheorganisatie in de zorg zo haar eigen (bijkomende) afstemmingsproblemen. Zo hebben ggz-instellingen niet alleen te maken met klachten die vallen onder de Wkkgz, maar ook met BOPZ-klachten, klachten in het 'sociaal domein' (gemeente) en klachten in een forensische setting (tbs-klinieken). Zitten de betrokken partijen op één lijn? Dat lijkt ten aanzien van de inhoud en kwaliteit van de geschillenprocedure wel zo te zijn. De kosten van de procedure lijken echter nog wel een punt van discussie te vormen. Wat er ook zij van de hierboven geschetste knelpunten, één ding is zeker: veel zal moeten blijken bij de uitvoering van de wet. Naar mijn indruk kan het geen kwaad nu vast een kloeke campagne te lanceren ter werving van de benodigde Wkkgz-superrechters.

14. Conclusie

Voor de inwerkingtreding van de geschillenprocedure van de Wkkgz op 1 januari 2017 moet door de betrokken partijen nog veel werk worden verricht. Met het recent tot stand gebrachte kaderstellend programma van eisen is wel belangrijk voorwerk verricht. Een aantal (juridische en uitvoerings)knelpunten die in de wet zelf besloten liggen, zal moeten worden opgelost in de praktijk, als de geschilleninstanties functioneren. Daarbij zal steeds de geest van de Wkkgz leidend moeten zijn, te weten: een klachten- en geschillenprocedure die zich kenmerkt door snelheid, eenvoud en een patiëntvriendelijke, oplossingsgerichte benadering. Of de eisen die de wet stelt aan de professionals en instellingen die deze klachten- en geschillenregeling moeten gaan uitvoeren, haalbaar zijn, zal grotendeels afhangen van de hoeveelheid zaken die vanaf 1 januari 2017 aanhangig zullen worden gemaakt bij de geschilleninstanties. De veelomvattende en complexe taakstelling van de geschilleninstanties in combinatie met de strakke termijnen vergt een strakke werkwijze van de geschilleninstanties en een grote professionaliteit en deskundigheid van de leden van de geschilleninstanties. Het is raadzaam voor zorgaanbieders om

ook sterk in te zetten op de klachtenfunctionaris en in die functie een 'zwaargewicht' te benoemen, met gezag in alle geleidingen van de instelling. Die kan ervoor zorgen dat veel klachten worden afgevangen en niet als geschil doorstromen naar de geschilleninstantie. Gevraagd: superrechters én superklachtenfunctionarissen!