

ANNOTATIE

# Het Centraal Tuchtcollege over de verantwoordelijkheid van zorgverleners bij schadeafwikkeling, het erkennen van fouten en excuses.

*mr. E.M. Deen*

*Annotatie bij Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg, 08-03-2018, ECLI:NL:TGZCTG:2018:68 (GZR-2018-0144)*

## **Inleiding**

In 2017 werden twee opmerkelijke uitspraken gedaan door het Regionaal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (hierna: RTG) te Amsterdam in een zaak tegen twee orthopedisch chirurgen.[1] Hierover werd in GZR Updates een tweetal noten gepubliceerd.[2] De uitspraken waren onder meer opmerkelijk omdat het RTG kort gezegd aannam dat zorgverleners ook verantwoordelijkheid dragen voor (het gedrag van hun verzekeraar bij) de financiële afwikkeling van een medisch incident.[3] Het Centraal Tuchtcollege voor de Gezondheidszorg (hierna: CTG) heeft zich op 8 maart jongstleden uitgesproken over deze kwestie.

## **Feiten**

Aanleiding voor de zaak waren de gebeurtenissen die plaatsvonden tijdens een operatie die klaggster op 16 mei 2014 onderging en de nasleep daarvan. Klagster werd door twee orthopedisch chirurgen (hierna: verweerders) geopereerd aan haar voet. Tijdens deze operatie verwijderden verweerders onder meer overtollig botweefsel, waarbij gebruik werd gemaakt van een oscillerende zaag. Op een bepaald moment heeft een van de verweerders de zaag op het linker bovenbeen van klaggster gelegd. Door een technisch mankement is de zaag oververhit geraakt, als gevolg waarvan een derdegraads brandwond op het been van klaggster

ontstond. Na ontdekking hiervan hebben verweerders adequate stappen genomen om de gevolgen van het voorval zo veel mogelijk te beperken. Klaagster is in de verkoeverkamer door (in ieder geval een van de) verweerders op de hoogte gebracht van het incident en uiteindelijk doorverwezen naar een plastisch chirurg voor behandeling van de brandwond. Naar aanleiding van het incident is een VIM-melding gedaan en een prisma-analyse op de situatie uitgevoerd. Daarnaast zijn maatregelen genomen om te voorkomen dat dergelijke incidenten zich in de toekomst nogmaals zullen voordoen.

Klaagster heeft naar aanleiding van het incident een klacht ingediend bij de klachtencommissie waar het betrokken ziekenhuis bij was aangesloten. Deze klacht is ten aanzien van het ontstaan van de brandwond gegrond verklaard. Verder heeft klaagster verweerders, het ziekenhuis en de producent van de zaag aansprakelijk gesteld.

## **RTG**

Aansprakelijkheid werd in eerste instantie door de (schaderegelaar van) de verzekeraar van verweerders van de hand gewezen, omdat aansprakelijkheid zou berusten bij de producent van de zaag, dan wel het ziekenhuis. Dit was voor klaagster reden tuchtklachten in te dienen tegen verweerders. In deze tuchtklachten verweet klaagster verweerders in eerste instantie onzorgvuldig te hebben gehandeld door (i) de oscillerende zaag in strijd met de gebruiksaanwijzing tijdens de operatie op het bovenbeen van klaagster neer te leggen, als gevolg waarvan een ernstige brandwond is ontstaan; (ii) na het incident geen contact met klaagster op te nemen om te informeren naar haar toestand en (iii) aansprakelijkheid van de hand te wijzen en de fabrikant aan te wijzen als schuldige.

Na de eerste zitting hield het RTG de zaak aan in afwachting van een mogelijke schikking. Een aantal dagen hierna, op 3 februari 2017, erkende de (vertegenwoordiger) van de aansprakelijkheidsverzekeraar namens verweerders alsnog aansprakelijkheid voor de door klaagster als gevolg van de brandwond geleden schade.

Vervolgens is tussen klaagster en de schadebehandelaar (opnieuw) discussie ontstaan over de hoogte van de schade. Klaagster heeft zich daarop in een (emotioneel) e-mailbericht tot verweerders gericht en aandacht gevraagd voor haar lichamelijke, emotionele en financiële problemen als gevolg van het incident. In dit bericht heeft zij aangedrongen op een spoedige financiële afwikkeling nu aansprakelijkheid is erkend. In de reactie van een van de verweerders van 26 februari 2017 gaf hij, mede namens zijn collega, aan dat het bericht van klaagster grote indruk had gemaakt. Ook schreef hij: 'Naar aanleiding van uw email zijn wij een standpunt aan het formuleren betreffende de, in onze ogen incorrecte, werkwijze van [de schadebehandelaar] in deze. Mogelijk kan dat u helpen om het, door u gewenste, doel te

bereiken van een reële schadevergoeding (en daarmee uiteraard ook het intrekken van uw klacht tegen ons bij het tuchtcollege). Wij willen dit standpunt echter eerst voorleggen aan mijn raadvrouw (...), zij is echter t/m 3 maart afwezig en verzoekt u derhalve ons tot 10 maart de tijd te geven dit af te ronden en met u te delen'. In een vervolgbericht van 10 maart 2017 schrijft deze verweerder: '(...) Wij hebben inmiddels vernomen dat [de verzekeraar] een aanbod heeft gedaan richting uw gemachtigde. Omdat wij geen partij zijn in de onderhandelingen tussen [de verzekeraar] en uw gemachtigde kunnen wij daar verder ook geen uitspraak over doen. Uiteraard hopen wij van harte dat jullie tot overeenstemming kunnen komen en dat u daarmee deze vreselijke periode uit uw leven kunt afsluiten. Ook wij zullen het gebeuren levenslang met ons meedragen'.[4]

Bij voortzetting van de tuchtzaak verweerden de zorgverleners zich door zich primair te beroepen op de niet-ontvankelijkheid van klagster, omdat sprake zou zijn van oneigenlijk gebruik van de tuchtprocedure. Aansprakelijkheid was op 3 februari 2017 immers alsnog erkend. Dit beroep is door het RTG verworpen. Het RTG benadrukt dat een eventueel civiel aansprakelijkheidstraject (en het verloop daarvan) niets afdoet aan het feit dat het klagster vrijstaat het handelen van verweerders tuchtrechtelijk te laten toetsen. Voor een beschouwing van het beroep op het misbruik van tuchtrecht verwijs ik naar de annotatie van Mooibroek.[5]

Over het eerste klachtonderdeel is het RTG vrij kort. Ja, het is in strijd met de gebruiksaanwijzing op het been van klagster leggen van de zaag is onzorgvuldig. Dat dit een gebruikelijke gang van zaken zou zijn in de praktijk doet daar niets aan af. Ook dat het in de praktijk kennelijk niet gebruikelijk is dat de gebruiksaanwijzing van dit soort 'simpele' apparaten wordt gelezen, wil niet zeggen dat de gebruiker van de zaag in dit kader geen tuchtrechtelijk verwijt gemaakt kan worden.

Het tweede klachtonderdeel, betreffende de gebrekkige nazorg, wordt door het RTG afgewezen. Hier wijst het RTG op de Gedragscode Openheid medische incidenten; betere afwikkeling Medische Aansprakelijkheid (GOMA) en oordeelt dat verweerders in beginsel adequaat op het incident hebben gereageerd. In dit kader is interessant dat het RTG daarbij onder meer meeweegt dat excuses zijn gemaakt door verweerders, hetgeen klagster in hoger beroep heeft bestreden.

Het deel waar deze uitspraken hun faam aan danken is de beoordeling van klachtonderdeel 3, dat inhield dat verweerders onzorgvuldig jegens klagster hebben gehandeld door aansprakelijkheid van de hand te wijzen en de fabrikant aan te wijzen als schuldige. Dit klachtonderdeel wordt door het RTG welwillend ruim gelezen en leidt zodoende tot een uitspraak over de verantwoordelijkheid van zorgverleners bij de afwikkeling van een civiele schadevordering.

Aan verweerders wordt toegegeven dat de beoordeling van de (civielrechtelijke) aansprakelijkheid (over het algemeen) namens de zorgaanbieder door zijn aansprakelijkheidsverzekeraar wordt uitgevoerd en dat zorgverleners zich in die verhouding niet behoren uit te laten over aansprakelijkheid. Maar daarna wijst het RTG erop dat erkenning van aansprakelijkheid niet gelijkstaat aan het erkennen van een fout, hetgeen juist wel tot het domein van de zorgverlener behoort. Hoewel verweerders volgens het RTG wel hun excuses hebben aangeboden, hebben zij hun fout niet erkend. Dat acht het RTG niet terecht; het in strijd met de gebruiksaanwijzing hanteren van een oscillerende zaag als gevolg waarvan een ernstige brandwond is ontstaan, kan volgens het RTG moeilijk anders gekwalificeerd worden dan als een fout. Het had volgens het RTG op de weg van verweerders gelegen dit ook jegens klaagster toe te geven. Tot een tuchtrechtelijk verwijt komt het echter niet, nu de klacht betrekking lijkt te hebben op de erkenning van aansprakelijkheid in het kader van civiele schadeafwikkeling.

Een en ander betekent echter niet dat verweerders volgens het RTG helemaal geen rol hadden bij de civiele schadeafwikkeling. Ook al laat een zorgverlener de civiele schadeafwikkeling meestal over aan zijn aansprakelijkheidsverzekeraar, hij draagt voor de manier waarop de schadeafwikkeling verloopt nog steeds wel enige verantwoordelijkheid. Hierop zet het RTG uiteen waarom het, ondanks dat het niet over alle informatie beschikt met betrekking tot de civiele schadeafwikkeling, toch van oordeel is dat deze schadeafwikkeling niet op zorgvuldige wijze plaatsvond. Hier benadrukt het RTG dat de onderhavige tuchtprocedure noodzakelijk was om aansprakelijkheid af te dwingen en wijst het op het handelen in strijd met de GOMA. Het RTG overweegt: 'Bovendien spreekt ook de collega van verweerder in zijn bericht aan klaagster van 26 februari 2017 van een in hun ogen incorrecte werkwijze van [de schaderegelaar] en heeft verweerder in zijn verweerschrift aangegeven dat hij zich de irritatie van patiënte gedurende de schadeafwikkeling met [de schaderegelaar] wel voor kan stellen omdat hij het volledig met haar eens is dat zij zich over de aansprakelijkheidsvraag in deze eigenlijk helemaal niet zou hoeven buigen'. De paragraaf wordt afgesloten met een scherpe veroordeling ('verwerpelijk') van het in civiele aansprakelijkheidszaken niet onbekende verschijnsel dat het patiënten onevenredig veel tijd, vechtlust, geld en aandacht kost om hun schade vergoed te kunnen krijgen (hetgeen lang niet ieder slachtoffer van een medische fout kan opbrengen).

De kern staat in paragraaf 5.12: de zorgplicht van de zorgverlener strekt zich ook uit tot de financiële afwikkeling van een incident, ook als de financiële gevolgen namens de zorgverlener worden afgewikkeld door een aansprakelijkheidsverzekeraar. Zoals eerder al door Simons uiteengezet redeneert het RTG stapsgewijs:[6]

- De zorgvuldigheid die de zorgverlener op grond van artikel 47 eerste lid Wet BIG jegens de

patiënt moet betrachten omvat ook de manier waarop hij na een (gestelde) fout met de patiënt omgaat.

- Bij een incident in het kader van de zorgverlening is communicatie, persoonlijke aandacht, empathie, zorgzaamheid en correcte bejegening van groot belang.
- Niet valt in te zien waarom dat voor de financiële afwikkeling van een (verwijtbaar) medisch incident anders zou zijn dan voor de medische afwikkeling; ook niet als de financiële gevolgen namens de zorgverlener worden afgewikkeld door zijn aansprakelijkheidsverzekeraar.
- Wetenschappelijk onderzoek heeft inmiddels voldoende aangetoond dat onzorgvuldige schadeafwikkeling negatieve invloed heeft op het welzijn van de patiënt.
- Het doel van de zorgverlener zou moeten zijn het bevorderen van het welzijn van patiënten.
- Als zijn aansprakelijkheidsverzekeraar de schade op onzorgvuldige wijze afwikkelt, ligt het daarom op de weg van de zorgverlener om zijn verzekeraar daarop aan te spreken.
- Dit geldt nog sterker als de zorgverlener (zoals een van de verweerders) deel uitmaakt van de directie van de zorgaanbieder in kwestie.
- De aansprakelijkheidsverzekeraar is op basis van de verzekeringsovereenkomst immers jegens de zorgverlener verplicht de schadeafwikkeling namens de zorgverlener op correcte wijze uit te voeren.

Nu het RTG, zoals het zelf zegt, een vrij ruime uitleg heeft gegeven aan het derde klachtonderdeel en de daarin vervatte norm, namelijk dat een zorgverlener ook verantwoordelijk is voor de correcte afwikkeling van de financiële gevolgen van zijn fout, die mogelijk onder artsen (nog) niet voldoende bekend is, acht het RTG het nalaten van verweerders om de verzekeraar (tijdig) aan te spreken op de incorrecte wijze waarop de schade werd afgewikkeld op dit moment en in deze situatie niet tuchtrechtelijk verwijtbaar.

## **CTG**

Klaagster heeft hoger beroep ingesteld bij het CTG, waarbij het beroep zich uitsluitend richt tegen het oordeel met betrekking tot klachtonderdelen 2 en 3. Daarmee staat vast dat verweerders in strijd hebben gehandeld met de van hen ten opzichte van klaagster te verwachten zorgvuldigheid, door de oscillerende zaag op haar heen te leggen. In tegenstelling tot waar het RTG van uitgaat, stelt klaagster in hoger beroep dat verweerders geen excuses hebben aangeboden en dat de betrokkenheid van verweerders met betrekking tot de nasleep van het incident minder was dan in eerste instantie werd gesuggereerd. Volgens klaagster

hebben verweerders zelfs hun verzekeraar aangespoord geen aansprakelijkheid te erkennen.

Voordat het CTG toekomt aan behandeling van de klachtonderdelen, geeft het een uiteenzetting van de algemene uitgangspunten van de GOMA, zoals die gelden bij de beoordeling van het beroep. Ook het CTG benadrukt het belang van deze gedragscode en oordeelt dat het RTG terecht het standpunt inneemt dat communicatie, persoonlijke aandacht, empathie, zorgzaamheid en correcte bejegening van groot belang zijn. De onderhavige casus is een voorbeeld van het belang van dat inzicht, gelet op de spanningen die bij klaagster zijn opgetreden en de frustratie en boosheid die zijn ontstaan doordat zij zich al jaren niet serieus genomen voelt, aldus het CTG. Maar, benadrukt het CTG, de mate waarin een zorgverlener daadwerkelijk persoonlijke betrokkenheid toont, is voor de tuchtrechter moeilijk te toetsen. Het CTG overweegt: 'Met name daarom is ook het standpunt van de GOMA van belang dat de te leveren nazorg zich praktisch gesproken niet kan beperken tot de gevolgen van het incident voor de gezondheidssituatie van de patiënt; die zorgplicht strekt zich ook uit tot de afhandeling van schade, als sprake blijkt te zijn van een toerekenbare tekortkoming van de zijde van de zorgverlener. Dat betekent dat de zorgverlener, voor zover dat in zijn vermogen ligt, erop moet toezien dat een schadeclaim binnen een redelijke termijn wordt afgehandeld en dat hij alles moet doen dat daaraan kan bijdragen'.<sup>[7]</sup> De belangrijkste verplichtingen die daarbij volgens het CTG op de zorgverlener komen te rusten, zien op zijn informatieplicht ten aanzien van de behandeling en het incident (aanbevelingen 1 en 3 GOMA), en zijn verplichting dergelijke informatie uit te wisselen (aanbevelingen 2, 5, 6, 7 en 14 GOMA), schade te beperken, fouten te erkennen en de patiënt over mogelijke procedures te informeren (aanbevelingen 4, 8 en 9 GOMA).

Daar waar het RTG nog alleen sprak van schending van het eerste lid van artikel 47 Wet BIG, oordeelt het CTG dat schending van de zorgverplichtingen die in voornoemde aanbevelingen besloten liggen een tuchtrechtelijke verwijt kan opleveren in de zin van artikel 47 eerste lid aanhef en onder b Wet BIG (de tweede tuchtnorm). Het antwoord op de vraag of dat aan de orde is, is in hoge mate afhankelijk van de omstandigheden van het concrete geval, waardoor er volgens het CTG geen algemene richtlijnen voor te geven zijn.<sup>[8]</sup> Van het dilemma dat het in veel zaken niet eenvoudig is de aansprakelijkheids- of causaliteitsvraag te beantwoorden, is onderhavige casus volgens het CTG 'een voorbeeld: met deze tuchtzaak wordt duidelijk dat de aanbevelingen in de GOMA nopen tot zorgvuldige afbakening van het grensgebied tussen verantwoorde nazorg en juridische afhandeling van claims'.<sup>[9]</sup> Dit licht het CTG toe aan de hand van twee voor de beoordeling van deze casus relevante aanbevelingen uit de GOMA.

### **Aanbeveling 3 GOMA; zo snel mogelijk contact opnemen**

Strikt genomen heeft een van de verweerders gehandeld volgens de aanbeveling uiterlijk

binnen 24 uur na het ontdekken van het incident contact op te nemen met klagster, door haar direct na het incident in de verkoeverkamer op te zoeken. Hij heeft daarbij uitleg gegeven over het incident en vervolgstappen voorgesteld. Achteraf was het volgens het CTG beter geweest wanneer hij zich op dat moment had beperkt tot een korte uiteenzetting en het voorstel zou hebben gedaan om op een later moment afzonderlijk met klagster over het incident en nadere stappen te spreken. Daar was volgens het CTG met name aanleiding voor vanwege de ernst van het letsel, de omstandigheden waaronder dat was ontstaan en het feit dat sprake was van dagbehandeling. Dat dat niet is gebeurd acht het CTG weliswaar betreurenswaardig, maar niet tuchtrechtelijk verwijtbaar.

### **Aanbeveling 8 GOMA; het erkennen van een fout**

De tweede aanbeveling uit de GOMA die het CTG eruit licht is aanbeveling 8, waarin staat dat als uit het onderzoek naar de toedracht van het incident blijkt dat sprake is geweest van een fout, de zorgverlener deze fout erkent en de patiënt zijn verontschuldiging aanbiedt. Hier maakt het CTG onderscheid tussen het begrip ‘fout’ in medische zin en ‘(verwijtbare) aansprakelijkheid’. Het CTG benadrukt dat het erkennen van een fout, en zeker ook het aanbieden van excuses daarvoor, in de rede ligt wanneer voor een zorgverlener evident is dat daarvan daadwerkelijk sprake is. Het CTG overweegt: ‘Problematisch wordt het echter in een casus als het onderhavige, waarin beide verweerders naar hun zeggen gehandeld hebben overeenkomstig hetgeen in de beroepsgroep gebruikelijk is, en de schade mede het directe gevolg is van een gebrek in een door hen gebruikt instrument’.[10] Volgens het CTG kan in zo’n situatie wel van de zorgverleners worden verlangd dat zij openheid van zaken geven, maar niet dat zij met zoveel woorden erkennen een fout te hebben gemaakt. Het feit dat het RTG heeft geconcludeerd dat van een fout wel degelijk sprake is geweest doet daar volgens het CTG niet aan af, omdat zorgverleners binnen marges van redelijkheid de vrijheid moet worden gegund een ander standpunt in te nemen. Verweerders zijn in dit geval binnen die marges gebleven, aldus het CTG.

In hoger beroep werd door klagster tegengesproken dat door verweerders excuses was aangeboden, zoals door het RTG was aangenomen. Het CTG oordeelt dat ook zonder dat voor verweerders duidelijk was of moest zijn dat zij een medische fout hadden gemaakt, excuses voor de gevolgen van het incident in de rede hadden gelegen. Het CTG rekent het verweerders echter niet tuchtrechtelijk aan als zij dat zouden hebben nagelaten: door bij herhaling schriftelijk en mondeling op het incident terug te komen en blijkt te geven van hun begrip voor de moeilijke situatie waarin klagster was terechtgekomen, hebben zij aan de in dit opzicht op hen rustende zorgplicht voldaan op een wijze die de tuchtrechtelijke toets kan doorstaan.

### **Klachtonderdeel 2; contact na het incident**

Het beroep tegen afwijzing van het tweede klachtonderdeel faalt. Het CTG onderschrijft hetgeen het RTG in de rechtsoverwegingen 5.6 en 5.7 heeft overwogen, in het bijzonder het onderdeel dat niet van verweerders kon worden verwacht dat zij ook na de beëindiging van de behandeling actief contact met klaagster zouden zoeken.

### **Klachtonderdeel 3; de verantwoordelijkheid van zorgverleners voor de schadeafwikkeling**

Na de door het RTG expliciet aangenomen verantwoordelijkheid van zorgverleners voor de financiële afwikkeling van incidenten, werd vooral reikhalzend uitgezien naar het oordeel van het CTG over klachtonderdeel 3. Het CTG is milder in zijn oordeel over verweerders en het traject van schadeafwikkeling dan het RTG. De stelling dat verweerders hun verzekeraar hebben aangespoord geen aansprakelijkheid te erkennen, acht het CTG in geen enkel opzicht onderbouwd en zelfs onaannemelijk. Daarbij is het, gezien de eerder genoemde e-mails van 26 februari en 10 maart 2017 volgens het CTG ook onjuist dat verweerders niets hebben gedaan om de schadeafwikkeling te bespoedigen. Los daarvan is het CTG er niet van overtuigd geraakt dat de wijze waarop de verzekeraar de afhandeling van de aansprakelijkstelling verzorgde voor verweerders aanleiding had moeten zijn om de verzekeraar tot meer actie aan te sporen. Het CTG overweegt: 'Het enkele feit dat dat dit proces moeizaam verliep en frustraties bij klaagster opriep, is in het kader van een tuchtrechtelijke beoordeling niet voldoende'.<sup>[11]</sup> Ook hier benadrukt het CTG het belang van een strikte scheiding tussen de rol van de zorgverlener en de inhoudelijke discussies over civiele aansprakelijkheid, causaliteit en schadebegroting. Het gaat daarbij om strikt juridische aangelegenheden ten aanzien waarvan van een zorgverlener geen kennis mag worden verwacht, en waaromtrent hij om die reden ook geen verplichting heeft, aldus het CTG. Het CTG overweegt: 'Ten aanzien van de soms tijdrovende discussie op dit vlak tussen de verzekeraar en (de belangenbehartiger(s) van) de cliënt past dus terughoudendheid aan de kant van de zorgverlener waar het gaat om een inhoudelijke beoordeling van die discussie'.<sup>[12]</sup> Maar ook het CTG oordeelt dat er voor de zorgverlener aanleiding kan zijn de verzekeraar in beweging te brengen of te proberen de communicatie tussen verzekeraar en patiënt te verbeteren.

Reden dat het CTG op dit vlak geen tuchtrechtelijk verwijtbaar tekortschieten constateert is dat, mede gelet op de in beroep overgelegde gegevens over de schadeafwikkeling, volgens het CTG de claim door de verzekeraar niet op een voor verweerders *kenbaar* (cursivering ED) onzorgvuldige wijze werd behandeld. Voor de verzekeraar was aanvankelijk onduidelijk of de fabrikant van de zaag mogelijk aansprakelijk was voor de schade. Het CTG overweegt: 'Van meet af aan heeft in de contacten tussen de verzekeraar en klaagster echter buiten elke discussie gestaan dat klaagster de schade vergoed diende te krijgen die zij als gevolg van het incident heeft geleden. (...) Op 17 december 2014 heeft de verzekeraar daarom laten weten dat



zij zonder erkenning van aansprakelijkheid de volledig toerekenbare schade van klaagster wilde vergoeden. Vervolgens zijn voorschotten verstrekt tot in totaal €10.000,-. Het aanbod tot het doen van een aanvullende slotuitkering van €15.000,- is door klaagster later afgewezen'.<sup>[13]</sup>

Een en ander betekent volgens het CTG niet alleen dat het RTG, hoewel het zelf erkende niet over alle informatie met betrekking tot de schadeafwikkeling te beschikken, omtrent die afwikkeling onjuiste en voorbarige conclusies heeft getrokken. Het betekent ook, nog steeds aldus het CTG, en vooral, dat verweerders ten tijde van het aanbrenge van de tuchtrechtelijke procedure niet in staat waren zich daaromtrent een duidelijk oordeel te vormen.<sup>[14]</sup> Het CTG overweegt: 'In de discussie over het al dan niet bestaan van juridische aansprakelijkheid konden zij zich niet mengen, en ook voor de schadeafwikkeling geldt dat van hen niet meer kon worden gevergd dan dat zij de verzekeraar aanspoorden om tot een afronding te komen. Dat hebben zij ook gedaan, meteen nadat klaagster daarover bij hen aan de bel trok. Dat er overigens aanleiding toe heeft bestaan in dit verband in actie te komen – waarbij met name valt te denken aan schending van de aan de verzekeraar gerichte aanbevelingen in de GOMA – is niet aannemelijk geworden'.<sup>[15]</sup>

De conclusie luidt dat de beroepsgronden falen en dat de bestreden beslissing onder verbetering van gronden dient te worden bevestigd.

### **Beschouwing**

De uitspraken van het RTG zijn in lijn met het pleidooi van Smeehuijzen uit 2009 dat een zorgverlener ook verantwoordelijk is voor de schadeafwikkeling door zijn verzekeraar.<sup>[16]</sup> Hoewel het voor het eerst is dat een tuchtcollege deze verantwoordelijkheid expliciet erkent, passen de uitspraken in de zoektocht die al jaren gaande is naar mogelijkheden om het afwikkelingstraject van medische incidenten te verbeteren. Ook het CTG neemt aan dat zorgverleners een zekere verantwoordelijkheid dragen voor de financiële afwikkeling door hun verzekeraar, doch gaat daarin minder ver dan het RTG. De uitspraken van het CTG hebben drie elementen die ik nader wil bespreken, te weten de erkenning van fouten, het maken van excuses en genoemde verantwoordelijkheid van de zorgverlener bij schadeafwikkeling.

### **Erkennen van een fout**

Waar het RTG stellig was en oordeelde dat het in strijd met de gebruiksaanwijzing hanteren van de oscillerende zaag als gevolg waarvan een brandwond bij klaagster was ontstaan moeilijk anders kan worden gekwalificeerd dan als een fout, geeft het CTG hier meer ruimte voor een eigen oordeel van de zorgverlener. Een aantal elementen valt daarbij op.

Het lijkt bijna alsof het CTG zo nadrukkelijk het civiele traject wil scheiden van het tuchtrechtelijke, medische beoordelingstraject, dat het weg heeft willen blijven bij parallellen met de protocolarresten en de schending van verkeers- en veiligheidsnormen zoals die door Simons in zijn annotatie bij de uitspraken van het RTG inzichtelijk en overtuigend zijn besproken.[17] Het handelen in strijd met de gebruiksaanwijzing wordt niet meer genoemd. Wel dat het voor verweerders onder andere kennelijk niet evident was dat zij een fout hadden gemaakt, omdat zij handelden zoals in de beroepsgroep gebruikelijk was. Niet het sterkste argument. Ook los van civielrechtelijke beschouwingen over parallellen met het al dan niet volgen van protocollen en praktijkstandaarden, en zonder op deze plaats een antwoord te willen geven op de vraag of het handelen van de zorgverleners in kwestie fout was, vind ik het argument ‘iedereen doet het’ niet sterk. Dat iedereen het doet, betekent immers niet per se dat het niet fout is. In het Havenziekenhuis te Rotterdam leerde men dat op pijnlijke wijze, toen de landelijk wijdverspreide praktijk om het narcosemiddel propofol toe te dienen uit een voor meerdere patiënten gebruikte verpakking de oorzaak bleek van het bijna overlijden van een patiënt en het feit dat meerdere patiënten ernstig ziek werden.[18] Natuurlijk hoeft een zorgverlener niet constant de praktijk in twijfel te trekken en steeds zelf opnieuw het wiel uit te vinden. Maar alertheid is wel geboden, zeker als de praktijk in strijd is met de instructies in de gebruiksaanwijzing van een instrument.

Een andere reden voor het CTG om verweerders de ruimte te bieden voor het niet erkennen van een fout is het feit dat de schade mede het gevolg was van een gebrek in de zaag. Dat is nou juist weer een argument met aansprakelijkheidsrechtelijke trekken. Ik kan me voorstellen dat ook iemand zonder juridische kennis kan denken dat hij weliswaar zelf een fout heeft gemaakt, maar dat hij ontstane schade niet hoeft te vergoeden omdat die nou juist het gevolg was van een gebrek in het instrument. Door dit argument te gebruiken bij het bieden van ruimte voor ontkenning van een *fout* laat het CTG een aansprakelijkheidsrechtelijke overweging (moet ik de schade vergoeden?) binnen in het denkkader van de zorgverlener.

Opvallend is verder dat het CTG verweerders de vrijheid gunt een ander standpunt in te nemen, ik lees het als *ook nadat* het RTG concludeerde dat van een fout wel degelijk sprake is geweest. Daarbij oordeelt het CTG dat die vrijheid wordt begrensd door de marges van redelijkheid, maar daarbinnen zijn verweerders volgens het CTG in dit geval gebleven. Ik ben nieuwsgierig naar waar deze grenzen dan liggen.

### **Excuses**

Klaagster heeft in hoger beroep aanvullend toegelicht hoe de gesprekken naar aanleiding van het incident in haar beleving waren verlopen. Zo stond op de ansichtkaart die zij van verweerders kreeg slechts ‘sterkte’ of ‘beterschap’ en de gesprekken over de brandwonden

vonden altijd plaats in reactie op opmerkingen van klaagster, nooit spontaan maar meer vanuit een uiting van plichtsbesef, aldus klaagster. Dit bezien in combinatie met de constatering van het CTG dat de mate waarin een zorgverlener zich daadwerkelijk persoonlijk betrokken toont voor een tuchtrechter moeilijk te toetsen is, vind ik het jammer dat aan het maken van excuses door het CTG niet meer gewicht wordt toegekend. Ook zonder dat voor verweerders duidelijk was of zij een fout hadden gemaakt, had het maken van excuses in de rede gelegen, aldus ook het CTG. Maar door het bij herhaling terugkomen op het incident en het tonen van begrip hebben verweerders volgens het CTG wat dit betreft aan hun zorgplicht voldaan.

Zoals in tuchtrechtelijke uitspraken wel wordt benadrukt, is het de toon die de muziek maakt. Iedereen die wel eens ingewikkelde gesprekken heeft gevoerd weet dat uitspraken anders kunnen worden begrepen dan ze worden bedoeld. Daarom kunnen rituelen of vaste frasen behulpzaam zijn, omdat daarmee een grotere kans bestaat dat de gesprekspartners elkaar begrijpen. Het maken van excuses is zo'n rituele uitspraak, waarmee met een grotere mate van waarschijnlijkheid bij de gesprekspartner de boodschap overkomt dan zelfgekozen, minder gangbare woorden met dezelfde intentie. Uiteraard verliezen excuses hun waarde als ze ongemeend worden uitgesproken, en zijn velen in staat zonder het uitspreken ervan hun gesprekspartner te bereiken en te raken. Echter in een situatie als deze, waar partijen zo tegenover elkaar staan en van mening verschillen over de wijze waarop het contact is verlopen, heeft het maken van excuses veel waarde. Zoals Zwart-Hink uiteenzet in haar artikel 'Moet wie excuses aanbiedt ook schade vergoeden?' zijn de baten van excuses tastbaar en omvangrijk, de risico's vooral theoretisch en hoe dan ook vermijdbaar.[19] Angst dat de zorgverlener zich met het maken van excuses toch op het juridisch inhoudelijke vlak van erkenning van aansprakelijkheid begeeft hoeven we in ieder geval niet te hebben. De Rechtbank Den Haag benadrukte dit in 2012 in een zaak waarin de raad van bestuur van een ziekenhuis per brief excuses had aangeboden aan een patiënt:

'Evenmin houdt de brief van de Raad van Bestuur van het ziekenhuis een erkenning van aansprakelijkheid in. In die brief wordt slechts erkend dat onzorgvuldig door de betrokken artsen is gehandeld. Het maken van verontschuldigen door een ziekenhuis wordt door patiënten als heel belangrijk ervaren en dient strikt te worden gescheiden van het erkennen van aansprakelijkheid, omdat ziekenhuizen anders deze voor patiënten zo belangrijke verontschuldigen achterwege zullen laten.'[20]

Zwart-Hink sluit af met: 'Omdat de baten de lasten verre overtreffen, moet het advies zijn dat openheid en excuses juist (nog meer) moeten worden gestimuleerd'.[21] Het is jammer dat het CTG dat in dezen niet wat meer heeft gedaan.

## **Verantwoordelijkheid zorgverlener bij afwikkeling civiele aansprakelijkheid**

Zoals gezegd, oordeelt het CTG in tegenstelling tot het RTG dat niet de conclusie getrokken kan worden dat de onderhavige claim door de verzekeraar werd behandeld op een voor verweerdens kenbaar onzorgvuldige wijze. En dat van hen niet meer kon worden gevergd dan dat zij de verzekeraar aanspoorden om tot een afronding te komen, op het moment dat zij dat ook hebben gedaan. Het RTG liet bij het oordeel dat de schadeafwikkeling op niet zorgvuldige wijze plaatsvond meewegen dat een der verweerdens in de eerder genoemde e-mail van 26 februari 2017 spreekt van een in de ogen van verweerdens incorrecte werkwijze door de verzekeraar. De e-mails van 26 februari en 10 maart 2017 zijn voor het CTG juist reden te oordelen dat het onjuist is dat de zorgverleners niets hebben gedaan om de afwikkeling te bespoedigen. Het een sluit het ander niet uit, maar het illustreert wel het verschil tussen de benadering van de twee colleges.

Dit betekent echter niet dat het CTG concludeert dat de zorgverlener geen verantwoordelijkheid draagt ten aanzien van het civiele schadeafwikkelingstraject. Het CTG tracht wel veel sterker dan het RTG duidelijk te maken dat de zorgverlener geen rol heeft bij de juridisch inhoudelijke kant van de afwikkeling van schade veroorzaakt door een medisch incident.

Het CTG lijkt in paragraaf 4.2.1 in eerste instantie te gaan voor eenzelfde verantwoordelijkheid als het RTG voorstond, door te oordelen dat de zorgplicht van de zorgverlener zich ook uitstrekt tot de afhandeling van schade, als sprake is van een toerekenbare tekortkoming van de zorgverlener. En dat hij voor zover in zijn vermogen ligt, erop moet toezien dat een schadeclaim binnen redelijke termijn wordt afgewikkeld en hij *alles* moet doen dat daaraan kan bijdragen. Bij de benoeming van de zorgverplichtingen waarop de zorgverlener tuchtrechtelijk kan worden aangesproken, beperkt het CTG de mogelijke tuchtrechtelijke verwijtbaarheid van de zorgverlener echter. Slechts schending van de informatieplicht ten aanzien van de behandeling en het incident (aanbevelingen 1 en 3 GOMA), de verplichting dergelijke informatie uit te wisselen (aanbevelingen 2, 5, 6, 7 en 14 GOMA), schade te beperken, fouten te erkennen en de patiënt over mogelijke procedures te informeren (aanbevelingen 4, 8 en 9 GOMA), kan schending van de tweede tuchtnorm opleveren, aldus het CTG.

Later, bij bespreking van het derde klachtonderdeel verwacht het CTG weer wat meer van zorgverleners, als het oordeelt dat voor de zorgverlener aanleiding kan bestaan de verzekeraar in beweging te brengen of te proberen de communicatie tussen verzekeraar en patiënt te verbeteren. Een en ander als de verzekeraar de schade op een voor de zorgverlener kenbaar onzorgvuldige wijze afwikkelt. Een alinea later wordt dat weer beperkt door de zinsnede dat

‘voor de schadeafwikkeling geldt dat van hen niet meer kon worden gevergd dan dat zij de verzekeraar aanspoorden om tot een afronding te komen’.

Al met al komt het beeld naar voren dat ook het CTG wel een zekere verantwoordelijkheid ziet voor de zorgverlener voor de financiële afwikkeling van een medisch incident, maar alleen voor zover de schade voor de zorgverlener *kenbaar onzorgvuldig* wordt afgewikkeld en zolang hij zich in vredesnaam maar op geen enkele manier bemoeit met de juridisch inhoudelijke kant van het verhaal.

Terecht benadrukt het CTG het vereiste dat de onzorgvuldigheid van het gedrag van zijn verzekeraar wel kenbaar moet zijn voor de zorgverlener. Het gaat in het tuchtrecht immers om persoonlijke verwijtbaarheid van de betrokken zorgverlener. Of daarmee voor zorgverleners een actieve plicht bestaat het schaderegelingsproces te volgen is niet helemaal duidelijk, nu het CTG niet toelicht wat precies moet worden verstaan onder deze kenbaarheid. Het enkele feit dat het proces moeizaam verliep en bij de patiënt grote frustraties opriep was volgens het CTG in de onderhavige kwestie niet voldoende om aan te nemen dat er voor verweerders aanleiding bestond om de verzekeraar tot meer actie aan te sporen. Het is begrijpelijk dat het CTG de frustratie van de patiënt niet als doorslaggevende factor heeft willen zien. Ook een zorgvuldige afwikkeling van een schadeclaim na een medisch incident kan immers helaas frustrerend lang duren. Hoe het voor de zorgverlener dan wel kenbaar kan worden als een schaderegelingsproces onzorgvuldig wordt uitgevoerd door zijn verzekeraar maakt het CTG niet duidelijk.

Een interessant element van deze uitspraken is de door het CTG sterk benadrukte afbakening van medische nazorg en juridische afhandeling van claims. Hoewel in zekere zin de werelden van de zorgverleners en hun verzekeraars nog steeds (en ten dele terecht) strikt gescheiden zijn, vraag ik mij wel af hoe de het CTG voor ogen staande afbakening zich verhoudt tot de groeiende praktijk van ‘samen schade regelen’. Verzekerden wordt steeds meer een actieve rol geboden bij de afhandeling van schadeclaims (zie bijvoorbeeld Aon, ‘Medische Aansprakelijkheid 2.0’) en de verzekerde kan bijvoorbeeld het verloop van de afwikkeling van claims op de voet volgen via een zogenoemd ‘dashboard’, zoals bij verzekeraar Medirisk. Daarbij worden schadeclaims steeds vaker dichtbij de bron afgewikkeld, door een hoog eigen risico of vanwege op basis van de Wkkgz ingediende schadeclaims, zoals onder andere door de onderzoekers van de VU wordt bepleit.[22]

Ook de vele aandacht die er terecht is voor het belang van openheid na incidenten brengt mee dat zorgaanbieders en zorgverleners steeds meer kennis vergaren over de afwikkeling van incidenten.[23] Nu kan het wrang lijken als al die belangstelling en inzet om het schaderegelingsproces soepeler te laten verlopen wordt ‘bestraft’ met extra tuchtrechtelijke

druk. De praktijk beweegt zich echter wel een andere kant op dan waar het CTG nog van uit lijkt te gaan.

## **Noten**

[1] RTG Amsterdam 4 juli 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:77 en 78.

[2] J.P.M. Simons, 'GOMA, nazorg, schadeafwikkeling door verzekeraar', *GZR Updates* 2017-0276; M.F. Mooibroek, 'Misbruik van tuchtrecht en de tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid van een zorgverlener bij afwikkeling van civiele aansprakelijkheid', *GZR Updates* 2017-0276.

[3] De uitspraken zijn ook interessant vanwege de overweging dat een eventueel civiel aansprakelijkheidstraject (en het verloop daarvan) niet afdoet aan de vrijheid van klaagster om over dezelfde kwestie een tuchtklacht in te dienen. Zie voor een uitgebreide beschouwing van dit aspect de noot van M.F. Mooibroek (*GZR Update* 2017-0276).

[4] Zie voor een beschouwing van de stelling van verweerders dat ze geen partij zijn in de onderhandelingen tussen hun verzekeraar en klaagster de annotatie van F.M. Ruitenbeek-Bart bij RTG Amsterdam 4 juli 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:77 en 78, *TvGR* 2017 (41) 8.

[5] M.F. Mooibroek, 'Misbruik van tuchtrecht en de tuchtrechtelijke verantwoordelijkheid van een zorgverlener bij afwikkeling van civiele aansprakelijkheid', *GZR Updates* 2017-0276.

[6] J.P.M. Simons, 'GOMA, nazorg, schadeafwikkeling door verzekeraar', *GZR Updates* 2017-0276.

[7] CTG 8 maart 2018, ECLI:NL:TGZRCTG:2018:67, par. 4.2.1.

[8] Opvallend is dat het CTG daarop stelt dat volgens de GOMA de aansprakelijkheidsvraag luidt: 'heeft de zorgaanbieder een fout gemaakt?'. Terwijl in de GOMA juist expliciet wordt vermeld dat '[d]e erkenning van een fout door de zorgaanbieder (...) niet gelijk [staat] aan civielrechtelijke aansprakelijkheid' (GOMA 2012, Toelichting op Aanbeveling 8). Hetgeen het CTG ook in paragraaf 4.3.4 bevestigt.

[9] CTG 8 maart 2018, ECLI:NL:TGZRCTG:2018:67, par. 4.2.2.

[10] CTG 8 maart 2018, ECLI:NL:TGZRCTG:2018:67, par. 4.2.4.

[11] CTG 8 maart 2018, ECLI:NL:TGZRCTG:2018:67, par. 4.4.1.

[12] CTG 8 maart 2018, ECLI:NL:TGZRCTG:2018:67, par. 4.4.1.

[13] CTG 8 maart 2018, ECLI:NL:TGZRCTG:2018:67, par. 4.4.2.

[14] Het feit dat een van de verweerders tevens deel uitmaakt van de directie van de zorgaanbieder in kwestie was voor het RTG extra aanleiding een verantwoordelijkheid aan te nemen van de zorgverlener voor het aanspreken van zijn verzekeraar (par. 5.12). Het CTG betreft deze omstandigheid niet in zijn overwegingen.

[15] CTG 8 maart 2018, ECLI:NL:TGZRCTG:2018:67, par. 4.4.3.

[16] J.L. Smeehuijzen, 'De verantwoordelijkheid van de arts voor schadeafwikkeling door zijn verzekeraar', *TvGR* 2009, nr. 3, p. 160-175. Zie ook zijn noot bij RTG Amsterdam 4 juli 2017, ECLI:NL:TGZRAMS:2017:77 en 78, *JA* 2017/126.

[17] J.P.M. Simons, 'GOMA, nazorg, schadeafwikkeling door verzekeraar', *GZR Updates* 2017-0276.

[18] M. Buikema, *Onder zeil. Reconstructie van een medische fout*, Woubrugge: ZIN Publishing 2011.

[19] A. Zwart-Hink, 'Moet wie excuses aanbiedt ook schade vergoeden? Mythe en werkelijkheid over het verband tussen excuses en aansprakelijkheid.', *NJB* 3 november 2017, afl. 38, p. 2808.

[20] Rb. Den Haag 25 oktober 2012, ECLI:NL:RBSGR:2012:BY2540.

[21] A. Zwart-Hink, 'Moet wie excuses aanbiedt ook schade vergoeden? Mythe en werkelijkheid over het verband tussen excuses en aansprakelijkheid.', *NJB* 3 november 2017, afl. 38, p. 2808. Zie over het belang van het maken van excuses ook J.L. Smeehuijzen e.a., *Opvang en schadeafwikkeling bij onbedoelde gevolgen van medisch handelen*, Vrije Universiteit Amsterdam 2013; A.J. Akkermans, E.M. Uijtenbroek, K.A.P.C. van Wees en J.E. Hulst, 'Excuses in het privaatrecht', *WPNR* 6772 (2009), p. 778-784.

[22] J.L. Smeehuijzen e.a., 'Over problemen en oplossingen in het medische aansprakelijkheidsrecht', *NJB* 2013/1966.

[23] Zie bijvoorbeeld [www.openindezorg.nl](http://www.openindezorg.nl).